

dem hier vorgestellten Gesetz zur Änderung des AÜG gilt auch für Deutschland das der Richtlinie zugrunde liegende Entleiherbetriebs-bezogene Modell. Die genannten Zweifelsfragen bezüglich der Ausnahmen des Diskriminierungsverbots des Art. 5 I stellen sich damit nicht. Allerdings wird die Neuregelung in der Praxis wahrscheinlich dazu führen, dass – entgegen der Absicht des Gesetzgebers¹¹⁴ – Zeitarbeit ganz erheblich zurückgedrängt wird. Aus zwei möglichen Grundmodellen hat der Gesetzgeber die Lösung gewählt, die die Nachteile für Verleiher kumuliert: Sie müssen den Leiharbeitnehmern ein höheres Entgelt zahlen, und eine Befristung des Leiharbeitsvertrages scheidet in Zukunft ganz aus – ein hoher Preis für die Abschaffung des Synchronisationsverbots.

114) BT-Dr 15/25, S. 1 ff., 23 ff., 48 ff.

Lohnungleichheit für Leiharbeit

Von Professor Dr. Volker Rieble und Wiss. Mitarbeiter Ulf Klebeck, Mannheim

Die ökonomischen und rechtlichen Auswirkungen der in § 10 V AÜG angeordneten Lohnungleichheit für Leiharbeitnehmer und Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs werden von den Verfassern kritisch hinterfragt. Dabei berücksichtigen sie bereits die geplanten Änderungen durch die Umsetzung des „Hartz-Konzepts“ und kommen zu dem Ergebnis, die Anordnung der Lohnungleichheit durch den Gesetzgeber entziehe der Leiharbeit die ökonomische Grundlage und sei verfassungswidrig. Auch könne die Europäische Gemeinschaft kein Lohnungleichheitsregelungsprogramm installieren, ihr fehle dazu die Kompetenz.

I. Ökonomische Funktionsbedingungen der Leiharbeit

Leiharbeit „funktioniert“ zweier Rahmenbedingungen wegen: Erstens ist dem Entleiher das Personaleinsatzrisiko – als Teil des Betriebsrisikos – abgenommen. Braucht er den Leiharbeiter nicht, so gibt er ihn zurück; desgleichen bei Nichtgefallen. Annahmeverzugsentgelt fällt nicht an. Leiharbeit ist so Flexibilitätsreserve: Bei schwankender Nachfrage auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt und dem damit verbundenen schwankenden Personalbedarf kann auf eine externe Personalreserve zurückgegriffen und so auf unterschiedliche betriebliche Bedürfnisse jederzeit flexibel reagiert werden. Sie macht insbesondere Neueinstellungen, Überstunden und die extensive Nutzung von Arbeitszeitkonten nicht vollständig überflüssig, bildet aber doch einen Puffer¹.

Zweitens und vor allem ist die Leiharbeit der – einzig effektive – Niedriglohnsektor, den der deutsche Arbeitsmarkt noch hat, und damit maßgebliche Marktzugang für Geringqualifizierte, Langzeitarbeitslose und andere Problemgruppen². Dieser Niedriglohnsektor begrenzt die Hochlohn-Tarifmacht der Gewerkschaften: Entmachtung durch Wettbewerb. Wen das mental stört, spricht abseitig von „Schmutzkonkurrenz“ und „Lohn- oder Sozialdumping“, so als ob jede Preisunterbietung verboten wäre und Tariflöhne gar nicht zu hoch sein könnten³. Aus einer empirischen Untersuchung im Rahmen des DFG-Projektes Entgeltflexibilisierung in ökonomischer und juristischer Sicht⁴ ist bekannt, dass die systemimmanente Möglichkeit

des nicht-tarifgebundenen Arbeitgebers, Arbeitnehmer zu untertariflichen Bedingungen zu beschäftigen, kaum genutzt wird. Der Lohnkostendruck entlädt sich auf den Leiharbeiter⁵.

Unter der Etikette „Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmer“, (neudeutsch: „equal pay“), soll dieser Unterbietung ein protektionistisches Ende bereitet werden – auf Kosten der Problemgruppen, denen der Marktzugang genommen wird. Der Verleiher soll nunmehr verpflichtet sein, Leiharbeitnehmern den gleichen Lohn zu zahlen, wie er auch im Entleiherbetrieb bezahlt wird. Wie beim Arbeitnehmer-Entsendegesetz geht es nicht darum, die betroffenen Arbeitnehmer zu schützen⁶. Ihnen soll vielmehr durch Mindestentgelte der Preisvorteil und damit der Wettbewerbsvorteil auf dem Arbeitsmarkt gezielt genommen werden, damit das Tarifentgelt für die Stammarbeitnehmer des Entleiher vom Kostendruck befreit wird⁷. Das aber kann das Ende der Leiharbeit insgesamt bedeuten⁸: Fällt der Wettbewerbsvorteil des Unternehmers, die Personalkosten durch Fremdpersonaleinsatz zu senken, weg, kann für die Leiharbeit letztlich nur der bloße Flexibilitätsvorteil streiten. Ob dieser Vorteil hinreichend schwer wiegt, ist zweifelhaft⁹. Für die Unternehmen bleibt die Flucht in den Werk- oder Dienstvertrag mit dem Verleiher oder – ganz geschickt – die

1) Dazu BT-Dr 14/4220, S. 14 ff.; Schröder/Huhn, Zeit- und Telearbeit, Flexible Beschäftigungsformen für den Mittelstand, 1998, S. 64 ff.; Behrend, Scheinwerkverträge bei bestehender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, 2001, S. 7 ff.; Ulber, AÜG, 2. Aufl. (2002); Einl. C Rdrrn. 2 ff.; Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen, RdW Bd. 225 (2002), 13; ders., Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Werkverträgen, 1994, S. 32; Kadel/Koppert, BB 1990, 2331 (2332); Semlinger, WSI-Mitteilungen 1989, 517 (519); Walle, Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998, S. 33 ff.

2) Hierzu Schröder, Der Einfluss der Regulierung auf die Verbreitung der Arbeitnehmerüberlassung und ihre arbeitsmarktpolitische Bedeutung, 2001, S. 45 ff.; Behrend (o. Fußn. 1), S. 10; krit: Krüger, AiB 1998, 621 (622); Ulber (o. Fußn. 1), Einl. C Rdrrn. 2 ff.; v. Seggern, Der Arbeitgeber 3/2000, 31; Hamann, NZS 1995, 493 (499).

3) Claus Eilrich, Gewerkschaftssprecher der IG Metall, FAZ v. 25. 11. 2002, S. 13: Qualifizierte Leiharbeiter müssten spätestens nach einer Einarbeitungsphase den gleichen Lohn wie die Stammbesatzung erhalten. Nur so werde vermieden, dass Leiharbeit zum Lohndumping missbraucht werde. Ebenso der DGB-Bundesvorstand, in: ISA, Leiharbeit – Erfahrungen im europäischen Vergleich (Ausgabe 6/2001), 11: „Leiharbeit ist ein gängiges Instrument des Lohndumpings“.

4) Franz/Gutzeit/Lessner u. a., Flexibilisierung der Arbeitsentgelte und Beschäftigungseffekte, ZEW-Dokumentation Nr. 00-09, S. 15.

5) So auch Schröder (o. Fußn. 2), S. 52; Brettfeld-Teichmann/Wiedmann, in: Bullinger (Hrsg.), Dienstleistungen 2000 plus, Zukunftsreport Dienstleistungen in Deutschland, 1998, S. 7 (21 ff.).

6) Zur „protektionistischen Staatshilfe für das Baugewerbe und seine Tarifverbände“ durch das AEntG eingehend Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29 (insb. 69 ff.); Löwisch, in: Külp/Vanberg (Hrsg.), Freiheit und wettbewerbsliche Ordnung, 2000, S. 221 ff.; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370.

7) Dies erinnert an den vom Bundesrat 1991 auf Drängen der SPD eingebrachten, letztlich gescheiterten Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Lohndumping (BR-Dr 153/91; BT-Dr 12/1060), dessen ausdrückliche Zielsetzung es war, die Arbeitsbedingungen der Stammbesatzung zu sichern. D. h.: Den Verdrängungswettbewerb auf dem Arbeitsmarkt zu unterbinden; hierzu Löwisch, in: Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 91 ff.; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rdrrn. 319 ff.

8) Zu den grundsätzlichen Defiziten des Zeitarbeitsrechts wegweisend Picker, ZfA 2002, 469.

9) Mit Blick auf den durch das Job-AQTIV-Gesetz v. 10. 12. 2001 (BGBl. I, 3443) neu eingefügten § 10 V AÜG Boenke, AÜG, 2002, § 10 Rdrrn. 114; Schweibert/Lembke, FAZ v. 3. 11. 2001, S. 21; Kammegieser/Schwarzkopf, BDA-KND Nr. 23 v. 21. 6. 2002, 2; Wuttke, Der Arbeitgeber 1/2002, 28; zum Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt der Fraktion SPD und Bündnis 90/Die Grünen v. 5. 11. 2002 (BT-Dr 15/25) s. die Stellungnahmen des BZA v. 11. 11. 2002, http://www.bza.de/downloads/BZA_Stgdn_GE_ModDL_111102.pdf (abgerufen am 3. 12. 2002), v. 4. 11. 2002, <http://www.bza.de/za/pressearchiv/pm29.htm> (abgerufen am 3. 12. 2002) Fickinger, FAZ v. 15. 11. 2002, S. 13; Broell, FAZ v. 7. 11. 2002, S. 11; Stellungnahme des Bundesverbands Zeitarbeit, in: Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit (9. Ausschuss), BT-Dr 15/91, S. 12.

Flucht in die Konzernüberlassung. Ansonsten empfehlen wir: Flucht ins Ausland.

Als Arbeitsmarktprogramm zur Integration geringqualifizierter Arbeitnehmer mit unterdurchschnittlicher Produktivität hat die Leiharbeit künftig ausgedient¹⁰ – wenn sie nicht vom Staat subventioniert wird¹¹. Im organisationspolitischen Interesse der Gewerkschaften wird also den Schwächsten die Beschäftigungschance genommen¹². Gewerkschaftspolitisch ist das konsequent: Gewerkschaften kämpfen seit Jahren gegen sinkende Mitgliederzahlen. Weil sie diesen Kampf mit eigener Kraft derzeit nicht gewinnen, verlangt es sie nach Staatshilfe, wie schon beim Arbeitnehmer-Entsendegesetz¹³. So amortisiert sich Wahlkampfhilfe¹⁴. Wer aber Lohnkostenvorteile ausmerzt, steigert die Lohnkosten. Die Konsequenz liegt auf der Hand: Arbeitsnachfrage und Beschäftigung sinken konstant weiter, die Arbeitslosigkeit steigt. Die Beliebtheit, mit der Gewerkschaftsrhetorik Arbeitslosigkeit im organisationspolitischen Interesse billigt, belegt einmal mehr die These, dass es kein beschäftigungspolitisches Mandat der Gewerkschaften geben kann¹⁵.

II. Das Gleichheitsregelungsprogramm

1. Erste Stufe: Job-AQTIV-Gesetz

a) *Das Prinzip.* Das Job-AQTIV-Gesetz¹⁶ fügte mit Wirkung zum 1. 1. 2002 § 10 AÜG einen Absatz 5 an, wonach der Verleiher ab dem 13. Monat einer Arbeitnehmerüberlassung die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren hat. § 10 V Halbs. 2 AÜG erklärt § 10 I 5 AÜG für entsprechend anwendbar, wonach dem Leiharbeitnehmer mindestens das mit dem Verleiher vereinbarte Entgelt zu zahlen ist¹⁷. Anspruchsgegner ist aber anders als in § 10 I 5 AÜG nicht der Entleiher, sondern nur der Verleiher¹⁸. Für die Berechnung der Überlassungsdauer, hinsichtlich des Entleiherbegriffs und der Anrechnung einer unmittelbar vorangehenden Überlassung gelten die Prinzipien des § 3 I Nr. 6 AÜG, auf den § 10 V AÜG Bezug nimmt, entsprechend¹⁹. Weil es aber in Deutschland keinem schlechter gehen darf, darf die Gleichbehandlung nur zur Entgeltsteigerung führen, ansonsten bleibt das Verleiherentgelt maßgebend²⁰.

Bereits die erste Stufe des Gleichheits- oder besser: Gleichstellungsprogramms zeigt die Schwierigkeiten auf. Wer sind die vergleichbaren Arbeitnehmer, welche Arbeitsbedingungen sind in den Vergleich einzubeziehen²¹? Gilt mit Blick auf den Verweis in § 10 V auf § 10 I 5 AÜG ein Günstigkeitsprinzip? Der Gesetzgeber lässt den Rechtanwender alleine. Bei der Feststellung der Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers ist der Verleiher auf die Unterstützung und Auskunft des Entleihers angewiesen.

b) *Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer des Entleihers.* Vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers sind solche Stammarbeitnehmer, die eine gleiche oder zumindest ähnliche Arbeit wie der Leiharbeitnehmer ausführen²². Bestehen für den Entleiherbetrieb Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen mit Vergütungsgruppen, so muss der Leiharbeitnehmer vom Verleiher dementsprechend eingruppiert werden. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen des Entleiherbetriebs gelten zwar normativ „an sich“ nicht im Verhältnis Verleiher – Leiharbeitnehmer, die Gleichbehandlung sorgt aber für eine Quasi-Erstreckung der Tarifverträge auf den Verleiher. Bestehen keine solchen allgemein festgehaltenen Arbeitsbedingungen, sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls entscheidend²³. Für den nicht seltenen Fall, dass im Entleiherbetrieb keine vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden sind, schlägt Boemke²⁴ unter Berufung auf den Rechtsgedanken des § 612 II BGB vor, auf die üblichen Arbeitsbedingungen der Stammebelegschaft vergleichbarer Betriebe abzustellen.

Danach müsste ein Verleiher, der IT-Spezialisten an einen Betrieb ohne eigenes IT-Personal verleiht, nach anderen, vergleichbaren Betrieben forschen, die vergleichbare Experten beschäftigen. Das stellt nicht nur einen inakzeptablen Aufwand für die Zeitarbeitsfirmen dar, es ist darüber hinaus vom Gleichbehandlungsprinzip gar nicht mehr gedeckt. Vielmehr geht es insofern nunmehr um einen allgemeinen branchenbezogenen Mindestlohn, den § 612 II BGB als bloße Auslegungsregel sowieso nicht liefern kann. Deshalb: beschäftigt der Entleiher keine vergleichbaren Arbeitnehmer, läuft die Lohngleichheit des § 10 V AÜG leer²⁵.

c) *Arbeitsentgelt.* Das Arbeitsentgelt ist in seiner Gesamtheit zu vergleichen²⁶. Neben dem Grundentgelt sind einzubeziehen Zuschläge für Mehr-, Nacht- und Feiertagsarbeit, Ansprüche auf Lohnfortzahlung und Sozialleistungen²⁷, Sonderzuwendungen²⁸, selbst Beiträge zur betriebli-

10) Vorsichtig auch der Vorsitzende der Kommission „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“, Hartz, in: Der Spiegel 48/2002, S. 31: „Wenn man sich jetzt aber statt dessen an die These ‚Gleicher Lohn für gleiche Arbeit‘ hält, kann die Leiharbeit in großem Umfang nicht funktionieren. Dann kann die angestrebte Zahl von Arbeitsplätzen nicht entstehen“.

11) Zu Lohnsubventionen auch Bieback, in: Otto-Brenner-Stiftung, Niedriglohnsektor und Lohnsubventionen im Spiegel des Arbeits- und Sozialrechts, 2000, 24 ff. Aber: Eine Begrenzung regionaler oder branchenspezifischer Lohnzuschüsse droht nunmehr durch eine geplante EU-Verordnung, hierzu Handelsblatt v. 7. 11. 2002, S. 4.

12) Hartz, in: Der Spiegel 48/2002, S. 31 (32): „Bei den Gewerkschaften hatten organisationspolitische Überlegungen Vorrang vor dem Abbau der Arbeitslosigkeit“.

13) Zur Kritik nur Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29 (30 ff.) m. w. Nachw.

14) Den Gewerkschaften selbst ist erfolgreiche Lobbyarbeit nicht vorzuwerfen: Creutzburg, Handelsblatt v. 15. 11. 2002, S. 13. Krit: zu den jüngsten Stabilisierungsversuchen des Staates auch Buchner, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 211 (212).

15) So Rieble, ZTR 1993, 54; Zöllner, DB 1989, 2121; Loritz, ZfA 1990, 133; Bengelsdorf, ZfA 1990, 563 (570); a. A. Dieterich, in: Otto Brenner Stiftung (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie, 2002, S. 11 ff.; Däubler, DB 1989, 2534 (2535 ff.); Zachert, DB 2001, 1198.

16) BGBl I, 3443; AQTIV steht für Aktivieren, Qualifizieren, Trainieren, Investieren und Vermitteln.

17) Hierzu auch Düwell, BB 2002, 98 (99); Behrend, NZA 2002, 372 (374).

18) Boemke (o. Fußn. 9), § 10 Rdnr. 121; Boemke/Lembke, DB 2002, 893 (897).

19) Sandmann/Marschall, AÜG (Stand: Juni 2002) § 10 Rdnr. 32; Boemke (o. Fußn. 9), § 10 Rdnr. 115; Boemke/Lembke, DB 2002, 893 (897); Behrend, NZA 2002, 372.

20) In der Diskussion stand, die Neuregelung auf die Fälle zu beschränken, in denen für das verleihernde Zeitarbeitsunternehmen kein Tarifvertrag gilt. Danach hätten Leiharbeitnehmer auch nach dem zwölften Überlassungsmonat zu den tarifvertraglich geregelten Arbeits- und Entgeltbedingungen des Verleihers beschäftigt werden können. Nach einer öffentlichen Anhörung und heftiger Debatte verblieb es jedoch bei der im Gesetz vorgesehenen Regelung; hierzu Ausschuss-Dr 14/1759; Sandmann/Marschall (o. Fußn. 19), Einl. Rdnr. 37 u; Schweibert/Lembke, FAZ v. 3. 11. 2001, S. 21.

21) S. auch Behrend, NZA 2002, 372 (373); Picker, ZfA 2002, 469 (492); Boemke (o. Fußn. 9), § 10 Rdnr. 119 ff.; eingehend und rechtsvergleichend zu „Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit“ Thüsing, NZA 2000, 570.

22) Zu den Schwierigkeiten, zu bestimmen, was gleichwertige Arbeit ist, s. schon Thüsing, NZA 2000, 570 (572 ff.); Sandmann/Marschall (o. Fußn. 19), § 10 Rdnr. 34; Behrend, NZA 2002, 372 (373); Boemke (o. Fußn. 9), § 10 Rdnr. 119; Boemke/Lembke, DB 2002, 893 (897).

23) Schneider, Zeitarbeit (Stand: Juni 2002), Rdnr. 259 e; Sandmann/Marschall (o. Fußn. 19), § 10 Rdnr. 34.

24) Boemke (o. Fußn. 9), § 10 Rdnr. 120; Boemke/Lembke, DB 2002, 893 (897).

25) Schneider, Zeitarbeit (o. Fußn. 23), Rdnr. 259 e.

26) Rundschreiben des Landesarbeitsamts NRW v. Dezember 2001, abgedr. in Behrend, NZA 2002, 372 (374); Schneider, Zeitarbeit (o. Fußn. 23), Rdnr. 259 g.

27) BAG (21. 9. 1989), NZA 1990, 351 = AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972.

28) BAG (15. 2. 1990), AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie.

chen Altersversorgung und vermögenswirksame Leistungen. Auch Sachleistungen wie die Überlassung des Firmenwagens, Möglichkeiten zum verbilligten Personaleinkauf (bis hin zum Jahreswagen), gar Aktienoptionen beim Entleiher sind Entgeltbestandteile²⁹. Nun hat der Verleiher weder Zugriff auf den Fuhrpark des Entleiherbetriebs, noch ist er befugt, dort Mitarbeiterrabatt für die Produkte des Entleihers zu geben. Nur wenn der Entleiher diese Leistungen freiwillig den Leiharbeitnehmern gewährt, wie das beim Kantinenessen vielfach vorkommt, ist die unmittelbare Leistungserbringung möglich³⁰. Sonst bleibt nur die aufwendige Möglichkeit, den Geldwert sonstiger Entgeltbestandteile zu ermitteln und dem Leiharbeitnehmer auszusuchen. Bei der betrieblichen Altersversorgung wird es besonders schwierig und besonders unsinnig: Regelmäßig kann der Arbeitnehmer nicht in das Versorgungssystem des Entleihers integriert werden. Deshalb trifft den Verleiher dann ein „Verschaffungsanspruch“, gerichtet auf eine wertgleiche Altersversorgung. Das alles wird buchhalterisch abgearbeitet, nur um die Altersversorgung dann nach Ende des Arbeitseinsatzes verfallen zu lassen.

2. Zweite Stufe: „Hartz-Konzept“

Als zweite Stufe des Gleichstellungsregelungsprogramms zündet jetzt das Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt³¹. Die geplante Neufassung des § 3 I Nr. 3 AÜG gibt einem Leiharbeitnehmer vom ersten Tag der Überlassung an einen Anspruch auf Gewährung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“. Dies soll nicht für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer gelten, wenn der Verleiher „für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Arbeitsentgelt in Höhe des Betrags, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat“ gewährt³². Ebenso soll ein „für den Verleiher geltender Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen“ regeln können. Die bereits bei § 10 V AÜG geltender Fassung aufgezeigten Schwierigkeiten der Vergleichbarkeit von Leiharbeitnehmer und Stammbeschaftigten konzentrieren sich nunmehr auf die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“.

Der Bundesrat hat am 29. 11. 2002 den Vermittlungsausschuss mit dem Ziel einer grundlegenden Überarbeitung angerufen³³. Die nicht tarifgebundenen Verleiher sollen sich im Geltungsbereich durch Bezugnahme auf die Entgeltabsenkung in Zeitarbeitsvertrag „anhängen“ dürfen. Die publizistische Frage nach der „eins zu eins“ Umsetzung verdeckt die eigentliche Frage: Nach der Distanzierung des Namensgebers Hartz fragt man sich, ob das „Hartz-Konzept“ als „größte Arbeitsmarktreform in der Geschichte der Bundesrepublik“³⁴ überhaupt ein Konzept ist.

3. Europäischer Hintergrund: Richtlinien-Entwurf über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern

Die Konzeptlosigkeit ihrer Vorgehensweise und den Widerstand der deutschen Wirtschaft erkennt auch die Bundesregierung. Zunehmend greift sie auf den Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern³⁵ zurück, um ihr Gleichheitsprogramm zu rechtfertigen³⁶. Im März 2002 hat die Europäische Kommission den Entwurf dieser Richtlinie angenommen, die Flexibilität bietet und die Schaffung von Arbeitsplätzen anregt, aber die Qualität der Beschäftigung schützt. Nach der Entwurfsbegründung soll die Richtlinie auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Leiharbeitnehmern beruhen und die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen – Richtlinien 91/383/EWG³⁷, 97/81/EG³⁸ und 1999/70/EG³⁹, die den

Grundsatz der Nichtdiskriminierung bereits für atypische Arbeitsverhältnisse festgeschrieben haben – ergänzen⁴⁰. Nach Art. 5 I des Richtlinienentwurfs sollen Leiharbeitnehmer „während der Dauer der Überlassung mindestens ebenso günstig behandelt werden wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens, was die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen betrifft, einschließlich derjenigen, für die eine bestimmte zurückgelegte Beschäftigungsdauer Voraussetzung ist, es sei denn eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt“⁴¹. Den Vergleichsmaßstab legt Art. 5 V des Entwurfs fest⁴².

Nach dem geltenden Recht der Arbeitnehmerüberlassung könnte Deutschland gem. Art. 5 II des Richtlinienentwurfs gänzlich von der Arbeitnehmergleichbehandlung i. S. des Art. 5 I des Richtlinienentwurfs absehen⁴³. Gem. § 3 Nr. 3 bis 5 AÜG gilt das Befristungs- und Synchronisationsverbot⁴⁴. Ob die Ausnahme auch nach der geplanten Änderung des AÜG noch griffe, ist eine hypothetische Frage⁴⁵: Leiharbeitnehmer sollen nach der geplanten Neufassung des § 3 I Nr. 3 AÜG von Anfang an gleichgestellt werden. Dass Abweichungen durch Tarifverträge zulässig sein sollen, ist konform mit dem Ausnahmebestand des Art. 5 III des Entwurfs. Im Gegensatz zu den arbeitsmarktpolitischen Bedenken an den geplanten Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes wäge die Kritik am Fehlen einer Ausnahme i. S. des Art. 5 IV Richtlinienentwurf gering⁴⁶, wäre aber letztlich Konsequenz des Rechts der Mitgliedstaaten, für Leiharbeitnehmer günstigere Rechtsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen, Art. 9 I Richtlinienentwurf.

29) Boemke (o. Fußn. 9), § 10 Rdnr. 121; Boemke/Lembke, DB 2002, 893 (897); a. A. Behrend, NZA 2002, 372 (373).

30) So aber Schneider (o. Fußn. 25), Rdnr. 259 d.

31) Entwurf, BT-Dr 15/25; zu den vorgeschlagenen Korrekturen s. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit (9. Ausschuss), BT-Dr 15/77, und dessen Bericht BT-Dr 15/91.

32) Die Beschlussempfehlung, BT-Dr 15/77, S. 41, sieht vor, dass dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrags zusteht, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat. Eine Rückausnahme soll aber für den Fall bestehen, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat.

33) S. hierzu die Pressemitteilung des Bundesrats v. 29. 11. 2002. Insb. hält der Bundesrat die grundsätzlich gleiche Entlohnung von Stamm- und Leiharbeitnehmern für verfehlt.

34) Kanzler Schröder, in: Deggerich, SPIEGEL-ONLINE – 15. 11. 2002, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,223018,00.html> (abgerufen am 3. 12. 2002).

35) KOM (2002) 149; hierzu auch der Überblick von Thüsing, DB 2002, 2218; N.N., in: Sozial Agenda – Europäische Kommission Beschäftigung und Soziales, Nr. 2 (Stand: Juli 2002), 3 ff.

36) Hierzu nur die Rede des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit Wolfgang Clement anlässlich des Adeco-Symposiums „Flexibilität am Arbeitsmarkt“ am 27. 11. 2002, <http://www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Reden%20&%20Statements> (abgerufen am 3. 12. 2002): „Ich will hier auch darauf hinweisen, dass die Europäische Kommission völlig unzweifelhaft auf diesem Weg ist und eine entsprechende Richtlinie vorbereitet“.

37) ABIEG Nr. L 206 v. 29. 7. 1991, S. 19 ff.

38) ABIEG Nr. L 14 v. 20. 1. 1998, S. 9 ff.

39) ABIEG Nr. L 175 v. 10. 7. 1999, S. 43 ff.

40) S. KOM (2002) 149 endgültig, S. 12 ff.

41) KOM (2002) 149 endgültig, S. 23.

42) KOM (2002) 149 endgültig, S. 23 f.

43) Die Entwurfsbegr. KOM (2002) 149 endgültig, S. 5, weist darauf hin, dass in Deutschland Leiharbeitnehmer zumeist unbefristete Arbeitsverhältnisse haben; hierzu Thüsing, DB 2002, 2218 (2219).

44) Hierzu nur Boemke (o. Fußn. 9), § 3 Rdnr. 51 ff.

45) In diesem Zusammenhang stellte sich insb. die Frage, ob trotz Aufhebung des Befristungs- und Synchronisationsverbots bei der Arbeitnehmerüberlassung die Einschränkungen des § 14 II TzBf griffen; zur geltenden Rechtslage s. Diwell, BB 1997, 46 (48); Feuerborn/Hamann, BB 1997, 2530 (2531 ff.); Gaul, NJW 1997, 1465 (1469); Groeger, DB 1998, 470 (472); Postler, NZA 1999, 179.

46) Zum Erfordernis der Ausnahme des Art. 5 IV Richtlinienentwurf s. auch Thüsing, DB 2002, 2218, 2220.

III. Zentralproblem: Dogmatische Einordnung der Lohnungleichheit bei zwei Arbeitgebern – Gleichbehandlung oder Gleichstellung

Wäre die Lohnungleichheit für Leiharbeitnehmer ein unmittelbares Gerechtigkeitspostulat, wie das Superminister Clement glauben machen will (Prinzip „in allen zivilisierten Volkswirtschaften“⁴⁷) stünden auch die Rechtsprobleme nicht an. So einfach liegt es indessen nicht.

Wie das BAG richtig klargestellt hat, gibt es keinen tätigkeitsbezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz im Sinne von „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“⁴⁸. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz knüpft an den Vertragsarbeitgeber an, dem die Ungleichbehandlung verboten wird⁴⁹. Das aber ist für den Leiharbeitnehmer der Verleiher und nicht der Entleiher. Diese zentrale Unterscheidung ist auch sonst anerkannt: Dass insbesondere das Gleichbehandlungsgebot gegenüber Tarifverträgen nur greifen kann, wenn die Ungleichbehandlung innerhalb des Tarifwerks derselben Tarifparteien (und zwar auf beiden Seiten) auftritt⁵⁰, erklärt sich hieraus. Andernfalls könnten die einen Tarifparteien die Tarifpolitik der anderen präjudizieren.

Eben dies hat der EuGH jüngst eindrucksvoll bestätigt: Jede Kontrolle auf Ungleichbehandlung (hier: Lohnungleichheit von Männern und Frauen nach Art. 141 I EGV) setzt voraus, dass ein und derselbe Adressat des Gleichheitsgrundsatzes die Ungleichbehandlung zu verantworten hat. Soweit es um den (individual-)arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geht, müssen die Beschäftigten beim gleichen Arbeitgeber angestellt sein. Beschäftigten bei unterschiedlichen Arbeitgebern können auf (Lohn-)Gleichheit nur kontrolliert werden, soweit Kollektivverträge derselben Kollektivvertragsparteien die Ungleichbehandlung steuern. Der EuGH drückt das so aus: „Lassen sich ... die ... festgestellten Unterschiede nicht auf ein und denselben Ursprung zurückführen, so fehlt eine Stelle, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist und die die Gleichbehandlung wiederherstellen könnte. ... In diesem Fall sind Arbeit und Entgelt dieser Arbeitnehmer nicht ... miteinander vergleichbar“⁵¹.

Anders gewendet: Das Gleichbehandlungsgebot kann immer nur ein und denselben Adressaten auf konsequentes eigenes Verhalten verpflichten. Indem der Adressat den Sachverhalt A in einer bestimmten Weise regelt oder faktisch behandelt, bindet er sich selbst für den gleichgelagerten Sachverhalt B. Gleichbehandlung ist – um ein altes Wort von Bötticher zu zitieren – ein Gebot zu konsequentem, widerspruchsfreiem Verhalten⁵². Das Gleichbehandlungsgebot knüpft stets an eine Entscheidung (oder deren Vollzug) durch den Verpflichteten an und gibt ihm auf, in anderen vergleichbaren Fällen ebenso zu verfahren. Und eben hierin liegt mit dem EuGH der entscheidende Unterschied: Wer ein Gleichbehandlungsgebot gegenüber dem Verhalten verschiedener Adressaten postuliert, dem geht es nicht um Selbstbindung, sondern um Fremdbestimmung. Das Verhalten des einen Adressaten – die Entgeltgewährung durch den Entleiher – soll nicht diesen selbst, sondern einen anderen binden, den Verleiher. Ein Gleichbehandlungsgebot, das aus dem Verhalten eines Akteurs ein Verhaltensgebot gegenüber einem anderen Akteur ableitet, stellt nicht eine ohnehin gebotene Gleichbehandlung her, sondern behandelt Ungleiches – genauer: nicht Vergleichbares – gleich. Zur Rechtfertigung lässt sich nicht einwenden, dass bei einer ein Jahr überschreitenden Tätigkeit eines Leiharbeitnehmers in demselben Entleiherbetrieb die tatsächliche Verbindung zum Entleiherbetrieb so stark zunehme, dass es nicht gerechtfertigt

erscheine, ihn von den dortigen Arbeitsbedingungen auszunehmen⁵³. Bei der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern handelt sich in Wahrheit nicht mehr um Gleichbehandlung sondern um Gleichstellung⁵⁴, nicht mehr um Arbeitnehmerüberlassung sondern um Arbeitsvermittlung⁵⁵.

Zudem ist die Regelung in willkürlicher Weise widersprüchlich⁵⁶. Denn die Leiharbeitnehmer sollen ihre besseren Arbeitsbedingungen beim Entleiher behalten dürfen – ohne dass hieraus der Schluss gezogen würde, dass die Arbeitnehmer des Entleihers nun die besseren Arbeitsbedingungen des Verleihers beanspruchen könnten. Wirkt das Gleichbehandlungsgebot nur halbseitig, geht es nicht um Gleichbehandlung, sondern um Mindestarbeitsbedingungen zugunsten der Leiharbeitnehmer.

IV. Europarechtliche Kompetenzfrage: Art. 137 VI EG

Ob die Bundesregierung nunmehr auch im Bereich der Leiharbeit von der europarechtlichen Gleichbehandlungseuphorie erfasst ist, oder im Gewerkschaftsinteresse der Leiharbeit ein protektionistisches Ende bereiten will, lenkt von der entscheidenden Frage ab: Welche europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen sind dem Streben nach Gleichbehandlung respektive Gleichstellung der Leiharbeitnehmer gesetzt?

Das nationale Gleichheitsregelungsprogramm mit der geplanten Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern zu rechtfertigen, ist aus juristischer Sicht ein untauglicher Versuch. Eine Vorwirkung einer noch nicht in Kraft getretenen Richtlinie auf nationale Gesetzgebungsvorhaben wird von der herrschenden Meinung zu Recht nicht anerkannt⁵⁷. Zum anderen setzt eine europarechtliche Regelung über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern eine Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass des vorgeschlagenen „Diskriminie-

47) S. SPIEGEL-ONLINE v. 25. 11. 2002, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,224323,00.html> (abgerufen am 3. 12. 2002).

48) BAG (21. 6. 2000), NZA 2000, 1050 = NJW 2000, 3589 = AP Nr. 60 zu § 612 BGB; eingehend Rieble (o. Fußn. 7), RdNr. 190 ff.

49) Eingehend hierzu schon G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im PrivatR, 1958, S. 232.

50) BAG (17. 10. 1995), NZA 1996, 656 = AP Nr. 132 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; EuGH (27. 10. 1993), NZA 1994, 797 = AP Nr. 50 zu Art 119 EWG-Vertrag – Enderby.

51) EuGH (17. 9. 2002), NZA 2002, 1144 = NJW 2002, 3160 – Lawrence/Regent Office.

52) Bötticher, RdA 1953, 161; Bötticher, Gleichbehandlung und Waffenungleichheit, 1979, S. 51 ff.; s. auch Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen VertragsR, 1997, S. 38; Richardt, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, 2. Aufl. (2000), § 14 RdNr. 6 ff.; Fastrich, RdA 2000, 65 (71).

53) So aber die Gesetzesbegr. z. Job-AQTIV-Gesetz, BT-Dr 14/6944, S. 53 f.; krit: auch Buchner, in: Festschr. f. Wiedemann (o. Fußn. 14), S. 211 (225).

54) Zu den Unterschieden zwischen Gleichbehandlung und Gleichstellung und den Gefahren der „Gleichbehandlungseuphorie“ s. Fastrich, RdA 2000, 65; Pickler, ZfA 2002, 469 (493).

55) Zutr. Behrend, NZA 2002, 372 (374).

56) Zum Erfordernis, Wertungswidersprüche bei der Auslegung und Fortbildung des Rechts zu vermeiden, um der Forderung der Gleichbehandlung von im Wesentlichen gleichgelagerten Fällen, Art. 3 I GG, zu genügen, s. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. (1983), S. 116; Zöllner, AcP 188 (1988), 85 (90), Larenz, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 334; Klumpp, Die Privatstrafe (2002), S. 46 ff.

57) So Ehrlicke, ZIP 2001, 1311 (1312); Ruffert, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV und EGV 1999, Art. 249 RdNr. 44; E. Klein, in: Festschr. f. Everling, 1997, S. 641 (645); Hilf, EuR 1993, 1 (7); Meßerschmidt, ZG 1993, 11 (22 ff.); Prechal, Directives in European Community Law, 1995, S. 25; die Gegenauffassung geht aber auch nur von einer Stillhaltepflicht des Mitgliedsstaats aus, s. Grabitz, Stillhalte-Vpflichtungen vor dem Binnenmarkt, 1988, S. 40 ff.; Arndt, DStR 1989, 471 (476).

rungsverbotes“ von Leiharbeitnehmern voraus. Es gilt das konstitutive Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁵⁸. Nach der Entwurfsbegründung der Richtlinie⁵⁹ soll Rechtsgrundlage Art. 137 II EG sein, wonach der Rat zur Verwirklichung der Ziele des Art. 136 EG durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen kann. Eine Regelungssperre zugunsten der Mitgliedstaaten enthält Art. 137 VI EG für die Materie Arbeitsentgelt; das Festsetzen eines allgemeinen europaweiten Mindestlohns ist durch diese Vorschrift ausgeschlossen⁶⁰. Das heißt: Soweit die Richtlinie einen allgemeinen Mindestlohn für Leiharbeiter festsetzt, fehlt der EG die Kompetenz. Folgerichtig kann unter die „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ i. S. des Art. 5 I des Richtlinienentwurfs das Arbeitsentgelt nicht subsumiert werden⁶¹. Das sieht aber Art. 3 I d ii des Entwurfs vor. Für die „Gleichbehandlung“ der Leiharbeiter greift auch nicht der Rechtfertigungsversuch, auf Grund der regelmäßig oder doch oftmals vorliegenden mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung gehe es letztlich um die Verwirklichung der Ziele des Art. 13 EG, der als Grundlage dienen könne. Bei der Leiharbeit liegt eine Geschlechterdiskriminierung nicht vor – das sieht auch die Entwurfsbegründung⁶². Endlich zeigt auch der Wortlaut des Art. 5 I des Richtlinienentwurfs den Mindestentgeltcharakter der „Gleichbehandlung“ der Leiharbeiter: Dieser soll „während der Dauer der Überlassung mindestens ebenso günstig behandelt“ werden. Wenn ein Gleichbehandlungsgebot nur halbseitig wirken soll, geht es um Mindestarbeitsbedingungen⁶³, vor allem um Mindestentgelte: Entgelte und sonstige Arbeitsbedingungen der Stammarbeiter sollen – vergleichbar einer Allgemeinverbindlicherklärung – auf die Leiharbeiter erstreckt werden⁶⁴. Wenn die EG bestimmen würde, dass die geringste Lohngruppe eines Tarifvertrags zugleich quasi-allgemeinverbindlicher Mindestlohn ist, dann ließe sich das ebenfalls nicht als Gleichbehandlung verkaufen. Für den Erlass einer Richtlinie über die Arbeitsbedingungen hat die EG keine Rechtssetzungskompetenz, soweit es um Entgelt geht, Art. 137 VI EG⁶⁵.

Das heißt: Europarechtlicher Zwang für das Gleichheitsregelungsprogramm besteht nicht. Das nationale Gleichheitsregelungsprogramm muss sich demnach an den Grundrechten messen lassen.

V. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Verstoß gegen die Tarifaufonomie

a) Für die Zeitarbeitsbranche. Art. 9 III GG schützt im Rahmen der kollektiven Koalitionsfreiheit die Tarifaufonomie, also die Befugnis zum Tarifabschluss unter Freiheit von staatlicher Einflussnahme⁶⁶. § 10 V AÜG verpflichtet nach geltendem Recht die Verleiher, sich ab dem Ende des ersten Jahres der Überlassung beim Arbeitsentgelt den Bedingungen im Entleiherbetrieb anzupassen. Vom Verleiher abgeschlossene Tarifverträge werden so ausgehebelt⁶⁷, eine ganze Branche tarifpolitisch bevormundet. Für Zeitarbeiter wird der Anreiz zum Beitritt in eine für sie zuständige Gewerkschaft (etwa ver.di) gemindert⁶⁸. Ein tarifpolitisches Mandat kann eine solche Gewerkschaft nach dem Job-AQTIV-Gesetz umfassend nur für das jeweils erste Überlassungsjahr entfallen – und für Arbeitnehmer, die nicht länger als ein Jahr überlassen werden⁶⁹. Für das Folgejahr ist den Tarifparteien ein Teil ihrer Gestaltungsfreiheit im Entgeltbereich entzogen⁷⁰. Die „subsidiäre Regelungszuständigkeit des Staates“ soll aber nach Ansicht des BVerfG erst dann eintreten, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinn-

voll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht⁷¹. Warum autonom vereinbarte Tarifverträge in der Zeitarbeitsbranche dies nicht gewährleisten können, bleibt offen⁷². Für einen derartigen Eingriff in die Tarifaufonomie muss der Gesetzgeber schwerwiegende Gründe haben⁷³. Diese sind – nicht anders als bei der Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht⁷⁴ oder dem AEntG⁷⁵ – nicht ersichtlich. Insbesondere der Schutz vor Arbeitslosigkeit ist auch in diesem Zusammenhang unschlüssig. Dass die Leiharbeiter womöglich „gehalten sind“, der beim Entleiher zuständigen Gewerkschaft beizutreten, macht den Verfas-

58) Der Grundsatz wird ausdr. von Art. 5 I EG festgelegt: „Die Gemeinschaft wird innerhalb ihrer Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig“. Dieser Grundsatz ist von besonderer Bedeutung, da das BVerfG im Maastricht-Beschluss das Zustimmungsgesetz nur für verfassungsgemäß erklärte, soweit eine Begrenzung des Gemeinschaftsrechtsgebers durch dieses Prinzip vorsieht: BVerfG (12. 10. 1993), BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047.

59) KOM (2002) 149 endgültig, S. 13.

60) Hierzu Rebhahn, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar 2000, Art. 137 EGV Rdnr. 23; Thüsing, DB 2002, 2218 (2220); Langensfeld, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU II, 2002, Art. 137 Rdnr. 91; Birk, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), § 18 Rdnr. 36 m. Nachw. auch zur Vorgängernorm des 11er-Abkommens.

61) Zur Entgeltgleichstellung qua Diskriminierungsverbot und zur Kompetenzsperre des Art. 137 VI EG Balze, Die sozialpolitische Kompetenz der EU, 1994, S. 262; Schmidt, NZA 1998, 576 (578); Wank/Bögmann, RdA 1999, 383 (384); anders „wohl“ Thüsing, DB 2002, 2218 (2220): es gehe um „Lohnverteilung“ nicht um Lohnhöhe, das sei etwas anderes. Dass Art. 137 VI hierauf „wohl keine Anwendung finden“ wird, ist wenig schlüssig. Dort ist schlicht die Rede vom Entgelt.

62) Vergleiche KOM (2002) 149 endgültig, S. 8; so auch Thüsing, DB 2002, 2218 (2220).

63) Konsequenz, aber verfehlt Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, 1995, S. 303, die einen gesetzlichen Mindestlohn (für Frauen) als Grundvoraussetzung dafür ansieht, gleichberechtigte Erwerbs- und Lebensverhältnisse herbeizuführen.

64) Im Ergebnis dann „wohl“ doch Thüsing, DB 2002, 2218 (2220), der aber aus „Respekt“ vor dem Gesetzgeber im Hilfsgutachten fortfährt.

65) So schon das bda-RdSchr. IX/26 v. 26. 3. 2002.

66) S. nur BVerfG (27. 4. 1999), BVerfGE 100, 271 (282) = NZA 1999, 992 = NJW 1999, 3033 = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = AR-Blattei ES 1650 Nr. 20 m. Anm. Dieterich; BVerfG (24. 4. 1996), BVerfGE 94, 268 (284 ff.) = NZA 1996, 1157 = NJW 1997, 513 = AP Nr. 2 zu § 57 a HRG; aus der Lit. vor allem Dieterich, RdA 2002, 1 (8), der bei diesem Angriff auf die Tarifaufonomie merkwürdig schweigt.

67) Überlegungen, eine Tariföffnungsklausel in die Vorschrift einzufügen, wurden verworfen; Dittell, BB 2002, 98 (99); Sandmann/Marschall (o. Fußn. 19), Einl. Rdnr. 37 u.

68) Zur Schwächung der kollektiven Interessenvertretungen durch den fehlenden Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt und deren negativen Auswirkungen auf die Tarifaufonomie s. auch Löwisch/Rieble, TVG, 1992, § 5 Rdnr. 94; Ansey/Koberski, AuR 1987, 230 (236); Reichel, BABI 1969, 359 (363 ff.).

69) Zum Verhältnis von Staatsgesetzgebungsbefugnis und Tarifaufonomie s. nur Andelewski, Staatliche Mindestarbeitsbedingungen, 2000, S. 51 ff.

70) Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken eines gesetzlichen Mindestlohns s. auch Peter (o. Fußn. 63), S. 233 ff.; Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG), 1989, S. 122 ff.; m. Blick auf Tariftreue-Verpflichtungen im Vergaberecht s. Löwisch, DB 2001, 1090 (1092 ff.).

71) BVerfG (24. 5. 1977), BVerfGE 44, 322 (342) = NJW 1977, 2255 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

72) Als Bsp., dass sich in der Zeitarbeitsbranche tarifaufonomie Verhandlungen möglich sind, sei nur der Tarifvertrag im Zusammenhang mit der EXPO 2000 genannt; hierzu auch BT-Dr 14/4220, S. 27; ebenso der Tarifvertrag START Zeitarbeit NRW GmbH (Leiharbeiternehmer) v. 6. 6. 2000; s. auch Witten, Vertragsgestaltung und Gesetzesbindung im Recht der Zeitarbeit, 2002, S. 222 ff.; Picker, ZfA 2002, 469 (482).

73) S. zuletzt BVerfGE 100, 271 (282) = NZA 1999, 992 = NJW 1999, 3033 = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = AR-Blattei ES 1650 Nr. 20 m. Anm. Dieterich; BVerfGE 94, 268 (284 ff.) = NZA 1996, 115 = NJW 1997, 513 = AP Nr. 2 zu § 57 a HRG.

74) Eingehend Löwisch, DB 2001, 1090 (1093).

75) Zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit i. S. des Art. 49 EGV insb. Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29 (59 ff.).

sungsverstoß nur greifbarer⁷⁶. Die Gleichstellung der Leiharbeiter bedeutet letztlich nichts anderes, als die Beseitigung der Tarifautonomie für diesen Personenkreis. § 10 V AÜG verstößt deshalb gegen Art. 9 III GG und ist nichtig⁷⁷.

Das leuchtet unmittelbar ein, wenn man sich vorstellt, die Arbeitsbedingungen würden durch Staatsakt auf die Zeitarbeiter erstreckt, vergleichbar der Allgemeinverbindlicherklärung. Die Allgemeinverbindlicherklärung geht zu Lasten der dortigen Tarifparteien⁷⁸. Ihnen wird das Recht genommen, für die Leiharbeiter konkurrenzfähige Arbeitsbedingungen vorzugeben. Dies kann eine Gewerkschaftsmitgliedschaft aus Arbeitnehmersicht ganz entbehrlich machen, verringert jedenfalls die Attraktivität. Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen⁷⁹ ist mit gutem Grund nicht anwendbar⁸⁰, wo es taugliche Tarifparteien gibt, § 1 II MindArbBG. Es respektiert den verfassungsrechtlich gebotenen Vorrang der tarifautonomen Lohnfestsetzung vor der staatlichen⁸¹.

Und selbst wenn die (Tarif-)Entgelte bei den Stammarbeitnehmern für tarifdispositiv erklärt werden, so dass die Tarifparteien der Leiharbeitsbranche – wie es die geplante Änderung des AÜG nach Art. 6 Nr. 1 § 3 I Nr. 3 inzwischen („Hartz I“) vorsieht – abweichen können, liegt in der tarifdispositiven Vorgabe doch eine erhebliche Beeinträchtigung der Tarifautonomie: Die Tarifverhandlungen sind nicht mehr frei, sondern werden von dieser Vorgabe geprägt. Sie verschafft derjenigen Tarifpartei eine bessere Ausgangsposition, der die gesetzliche Regelung näher steht und die sie deshalb nur zu verteidigen braucht. Das heißt: Die Gewerkschaften der Leiharbeiter müssten lediglich einen Abwehrstreik gegen die Angriffsaussperrung (Sie lesen richtig!) der Arbeitgeberseite führen⁸². Dass die Beeinträchtigung der Verhandlungsposition durch staatliche (Entgelt-)Vorgaben einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 III GG darstellen kann, hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 27. 4. 1999 (Abstandsgebot) ausdrücklich anerkannt⁸³. Eine Rechtfertigung hierfür kann nur im anders schlechthin unerreichbaren Schutz für die Leiharbeiter liegen. Der allein bezweckte Schutz der Stammarbeitnehmer vor Lohnunterbietung rechtfertigt das nicht.

b) Für die Branche der Stammarbeitnehmer (Entleiher). Mit der Erstreckung auch der tariflichen Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer greift der Staat zudem in die Tarifautonomie der dortigen Tarifparteien ein. Denn das „Gleichbehandlungsgebot“ als Mindestentgelt erstreckt faktisch den Geltungsbereich der Tarifverträge der Stammarbeitnehmer auf die Leiharbeiter. Und das geschieht, ohne dass die dortigen Tarifparteien dies mit einem Antragsrecht und Rechtsschutz verhindern könnten, auch ganz gegen ihren Willen. Für die Allgemeinverbindlicherklärung ist aber anerkannt, dass mit ihr in die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien eingegriffen wird, weshalb zumindest eine Tarifpartei diesen Rechtssetzungsakt beantragen muss⁸⁴ und der anderen Tarifpartei Rechtsschutz gegen die Tarifierstreckung auf die Außenseiter eingeräumt werden muss⁸⁵. Das hat der Gesetzgeber selbst bei der Arbeitnehmer-Entsendung mit § 1 III a AEntG und der dortigen Rechtsverordnung respektiert⁸⁶. Hier fehlt beides.

Die Erstreckung der Tarifverträge der Stammarbeitnehmer auf die Leiharbeiter verstößt zudem gegen ein zentrales Prinzip der Allgemeinverbindlicherklärung: Es kann und darf der Bundesarbeitsminister nämlich den Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrages niemals ausdehnen⁸⁷. Damit erstreckte er den Tarifvertrag auf einen Bereich, für den die Tarifparteien

selbst seine Geltung nie vorgesehen haben, für den sie womöglich (und bei den Leiharbeitnehmern eindeutig) gar nicht tarifzuständig sind und für den es mithin an der tariflichen Richtigkeitsgewähr fehlt. Wer sagt denn, dass die Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer überhaupt für die Leiharbeiter passen? Die Tarifparteien der Stammarbeitsverhältnisse jedenfalls nicht. Die hier vorgesehene Gleichstellung stellt eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung in einem anderen Gewand dar.

2. Legitimationslose Tarifierstreckung auf Außenseiter

Der Vergleich mit der Allgemeinverbindlicherklärung deckt einen weiteren Verstoß auf: Wäre wenigstens ein staatlicher Regelungsakt vorhanden, trüge der Staat die Regelungsverantwortung. Hier wird aber unter dem Etikettenschwindel „Gleichbehandlung“ letztlich dafür gesorgt, dass die beim Entleiher geltenden Tarifverträge auf die Leiharbeiter erstreckt werden, über ihren Geltungsbereich hinaus und ohne Legitimation⁸⁸. Der Arbeitnehmer wird einem Tarifwerk unterstellt, dessen Vertragspartner ihm gegenüber keinerlei mitgliedschaftliche Legitimation besitzen. Das Legitimationsproblem einer Tarifierstreckung auf Außenseiter hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung zur Allgemeinverbindlicherklärung erkannt: „Mit der Allgemeinverbindlicherklärung wird die Verbindlichkeit dieser Regeln auf die Nichtmitglieder ausgedehnt. ... Den Koalitionen ist dabei der maßgebliche Einfluss eingeräumt. Der die Außenseiter an die Tarifnorm bindende Geltungsbefehl bleibt dem Staat vorbehalten. Sowohl die Mitwirkung der Koalitionen und des diese repräsentierenden Tarifausschusses als auch die Beteiligung des Staates sind notwendig, um die Außenseiter dem Tarifvertrag zu unterwerfen“⁸⁹. Der verfassungsrecht-

76) Zum Umfang der sog. negativen Koalitionsfreiheit BVerfG (15. 7. 1980), BVerfGE 55, 7 (22) = NJW 1981, 215 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG; BVerfG (14. 6. 1983), BVerfGE 64, 208 (213 ff.) = NJW 1984, 1225 = SAE 1984, 1 m. Anm. Scholz; Löwisch/Rieble, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), § 246 Rdnr. 179; Scholz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Hdb. d. StaatsR., VI, 1989, § 151 Rdnrn. 82 ff.

77) Stellungnahme des BZA (o. Fußn. 9), S. 1 m. Anm. Böhm; Behrend NZA 2002, 372 (373); ausf. Boenke/Lembke, DB 2002, 893 (896). Zur nicht einfachen Abgrenzung zwischen Eingriff und Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit s. Löwisch/Rieble, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR. (o. Fußn. 76), § 244 Rdnrn. 37 f.

78) Hierzu Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, 1992, S. 82; Löwisch/Rieble, TVG (o. Fußn. 68), § 5 Rdnr. 94; Reichel, BABI 1969, 359 (363 ff.); Ansey/Koberski, AuR 1987, 230 (236).

79) V. 11. 1. 1952 (BGBl. I, 17).

80) Und wurde noch nie angewandt; hierzu Hueck/Nipperdey, Lehrb. d. ArbeitsR. I, 7. Aufl. (1963), § 25 IV, S. 148 ff.; Däubler, TarifvertragsR., 3. Aufl. (1997), Rdnr. 1587; ders., NJW 1999, 601 (607).

81) Eingehend Andelewski (o. Fußn. 69), S. 116 ff. und 255 f.

82) Hierzu schon Löwisch/Rieble, TVG (o. Fußn. 68), Grundlagen Rdnrn. 31 ff.

83) BVerfGE 100, 271 (282) = NZA 1999, 992 = NJW 1999, 3033 = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = AR-Blattei ES 1650 Nr. 20 m. Anm. Dietrich.

84) Vergleiche nur Wonneberger (o. Fußn. 78), S. 118; krit. mit Blick auf § 10 V AÜG Buchner, in: Festschr. f. Wiedemann (o. Fußn. 14), S. 211 (225); zu den verfassungswidrigen Verfahrensdefiziten bei der Tariftrue-Verpflichtung im VergabeR auch Löwisch, DB 2001, 1090 (1092); Scholz, RdA 2001, 193 (195 ff.).

85) Eingehend zu den Rechtsschutzmöglichkeiten Wonneberger (o. Fußn. 78), S. 132.

86) Zur verfassungsrechtlich bedenklichen Verordnungsermächtigung nach § 1 III lit. a AEntG aber Löwisch, in: Gedächtnisschr. f. Walter Eukken, 2000, S. 221 (243); C. Meyer, NZA 1999, 121 (127); Däubler, NJW 1999, 601 (607); Andelewski (o. Fußn. 69), S. 145 ff.

87) Hierzu Löwisch/Rieble, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR. (o. Fußn. 76), § 268 Rdnr. 25; Dies., TVG (o. Fußn. 68), § 5 Rdnr. 26; Wank, in: Wiedemann, TVG, 6. Aufl. (1999), § 5 Rdnr. 62.

88) Zur Kritik am Job-AQTIV-Gesetz s. auch Picker, ZfA 2002, 469 (502 f.).

89) BVerfGE 44, 322 (346) = NJW 1977, 2255 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

liche Ansatzpunkt für die „legitimationslose Zwangsbeglückung“ der Leiharbeitnehmer ist umstritten: Teilweise wird vertreten, dass die in Art. 9 III GG verankerte negative Koalitionsfreiheit auch die Freiheit, von der Normsetzung der Koalitionen verschont zu bleiben, umfasse⁹⁰. Hiergegen spricht, die negative Koalitionsfreiheit bewahrt nur davor, dass Druck oder Zwang auf eine Mitgliedschaft ausgeübt wird⁹¹. Die bloße Erstreckung einer Normwirkung könne ein Zwangs- oder Drucksituation gleichwohl nicht entfalten. Nach zutreffender Ansicht ergeben sich jedenfalls die Grenzen aus der gleichfalls verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie des Arbeitnehmers in Verbindung mit dem Demokratie- und/oder Rechtsstaatsprinzip⁹². Für den Eingriff durch die legitimationslose Erstreckung in die durch Art. 12 I GG⁹³ geschützte Arbeitsvertragsfreiheit der Nichtorganisierten – Arbeitnehmer und Verleiher – stehen rechtfertigende Gründe des Allgemeinwohls nicht zur Verfügung.

Richtet man den Vergleich der im Betrieb des Entleihers „für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ an den für das entleihende Unternehmen geltenden Tarifverträgen aus⁹⁴, handelt es sich letztlich um eine dynamische Allgemeinverbindlicherklärung gegenüber den Leiharbeitnehmern. Der staatliche Geltungsbefehl verweist nicht mehr statisch auf einen bestimmten Tarifvertrag, sondern dynamisch auf einen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung. Aber dynamisch verweisende Tarifverträge können nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden, weil dann entgegen dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip die Verantwortung für den Inhalt der Regelung nicht mehr beim Staat liegt⁹⁵. Das BVerfG hat folgerichtig dynamische Verweisungen auf Tarifverträge wenn sie in einem Gesetz enthalten sind, für verfassungswidrig erklärt⁹⁶. Diese verfassungsrechtliche Grenze steht auch der „Gleichbehandlung“ von Leiharbeitnehmern entgegen.

Das wird auch nicht dadurch abgemildert, „dass die Außenseiter unter den Zeitarbeitsunternehmen“ sich durch Bezugnahme an die Entgeltabsenkungstarifverträge anhängen können. Denn erstens müssen solche Zeitarbeitsverträge zustande kommen. Und zweitens funktioniert „das Anhängen“ nur innerhalb des Geltungsbereichs. Wenn aber, wie schon bisher, kein Flächentarifvertrag „Zeitarbeit“ zustande kommt, sondern nur Haustarifverträge der großen Zeitarbeitsunternehmen mit ver.di, so bleiben die kleinen Zeitarbeitsunternehmen ausgeschlossen und müssten weiter die teuren und existenzbedrohenden Tariflöhne der Entleihunternehmen bezahlen. Glückwunsch zu diesem Wettbewerbsvorteil durch Tarifvertrag.

3. Willkürliche Gleichbehandlung von Ungleichem

Die Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern des Entleiherbetriebes behandelt sachlich Verschiedenes ohne jeden Grund gleich⁹⁷. Das ist ein evidenter Eingriff in Art. 3 I GG⁹⁸. Ist der Gesetzgeber aus Art. 3 I GG gehalten, die Systemgleichheit zu wahren⁹⁹, erweist sich das Gleichheitsregelungsprogramm der Leiharbeitnehmer als Verstoß gegen das grundlegende Postulat der Gleichbehandlung, im Wesentlichen gleichgelagerte Fälle nicht willkürlich ungleich zu behandeln. Bei der „Zwangsunterwerfung“¹⁰⁰ der Leiharbeitnehmer unter den Tarif des vertragsfremden Entleihers handelt es sich um staatliche (Mindest-)Lohnfestsetzung „zugunsten“ der Leiharbeitnehmer.

Sie dürfen ihre besseren Arbeitsbedingungen beim Entleiher behalten. Umgekehrt ist den Arbeitnehmern des Entleihers verwehrt, die besseren Arbeitsbedingungen des Verleihers zu beanspruchen. Das heißt: Durch die halbseitige Gleichbehandlung entsteht eine Ungleichbehandlung.

Auf Tarifebene stellt sich ein insoweit vergleichbares Ungleichbehandlungsproblem: Nach der Rechtsprechung des BAG verstoßen Effektivklauseln in Tarifverträgen gegen Art. 3 I GG und sind unwirksam, weil hierdurch unterschiedliche Mindestlöhne zu Stande kommen¹⁰¹. Nichts anderes gilt für die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer. Ein sachlicher Grund für die unterschiedlichen Mindestlöhne in der Leiharbeitsbranche besteht nicht.

VI. Fazit

Mit dem durch § 10 VAÜG begonnenen und durch die geplanten Änderungen durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt zu „veredelnden“ Gleichheitsregelungsprogramm wird der Beschäftigungsmotor Zeitarbeit nicht angeworfen, sondern abgewürgt. Der Entwurf ist ökonomisch ungeeignet. Er ist aber vor allem verfassungswidrig, weil er unter Verstoß gegen die Tarifaufonomie der Zeitarbeitnehmer und ihrer Tarifparteien, aber auch der jeweiligen Branche der Entleiher tarifliche Arbeitsbedingungen erstreckt. Wegen der fehlenden staatlichen Legitimation verstößt dies gegen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip; zudem wird Ungleiches willkürlich gleich behandelt. Der Versuch der Europäischen Gemeinschaft, ein Lohnungleichheitsregelungsprogramm zu installieren, geht fehl: Ihr fehlt die Kompetenz.

90) So Picker, ZfA 2002, 469 (503) m. Blick auf § 10 VAÜG; allg.: s. auch Biedenkopf, Grenzen der Tarifaufonomie, 1964, S. 99; Buchner, Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, 1964, S. 60 ff.; Schüren, RdA 1988, 139 (142); Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tarifmacht, 1972, S. 44; Wiedemann, RdA 1969, 321 (330); Zöllner, RdA 1962, 453 (458); ders., DB 1967, 334 (336); umfassende Nachw. z. Streitstand bei Schubert, RdA 2001, 199 (200).

91) BVerfGE 44, 322 (347 ff., 352) = NJW 1977, 2255; BVerfGE 55, 7 (22) = NJW 1981, 215 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG m. Anm. Wiedemann; BVerfGE 64, 208 (213 ff.) = NJW 1984, 1225 = SAE 1984, 1 m. Anm. Scholz; Wonneberger (o. Fußn. 78), S. 58 ff.

92) Vgl. BVerfGE 64, 208 (213 ff.) = NJW 1984, 1225 = SAE 1984, 1 m. Anm. Scholz; BVerfGE (23. 4. 1986), BVerfGE 73, 261 (270 ff.) = NJW 1987, 827 Löwisch, DB 2001, 1090 (1091).

93) So zutr. Hanau, RdA 1996, 158 (160); Wonneberger (o. Fußn. 78), S. 63 ff.

94) So ausdr. Art. 5 V des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM (2002) 149 endgültig, S. 23 f.

95) Vergleiche hierzu nur Löwisch/Rieble, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 76), § 245 Rdnr. 45.

96) BVerfGE 64, 208 (213 ff.) = NJW 1984, 1225 = SAE 1984, 1 m. Anm. Scholz; einschränkend das BVerfGE (25. 2. 1988), BVerfGE 78, 32 (36 ff.) obiter für den Fall, dass der Tarifinhalt „im Wesentlichen“ feststeht; s. auch Löwisch/Rieble, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 76), § 245 Rdnr. 45.

97) S. o. III.

98) Dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz nicht nur die Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleichen Sachverhalten, sondern auch die Gleichbehandlung von Ungleichem verbietet, s. nur BVerfGE (23. 10. 1951), BVerfGE 1, 14 (52) = NJW 1951, 877; BVerfGE (27. 6. 1961), BVerfGE 13, 46 (53) = NJW 1961, 375; BVerfGE (15. 7. 1998), BVerfGE 98, 365 (385) = NZA 1999, 194; s. auch Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. (1996), S. 371 ff.; Stern, in: Festschr. f. Dürig, 1990, S. 207 ff.

99) Hierzu BVerfGE (7. 11. 1972), BVerfGE 34, 103 (115) = NJW 1973, 500 m. w. Nachw.

100) So auch Picker, ZfA 2002, 469 (502).

101) BAG (14. 2. 1968), NJW 1968, 1396 = AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel; BAG (16. 4. 1980), BAGE 33, 83 = AP Nr. 9 zu § 4 TVG Effektivklausel; BAG (16. 9. 1987), NZA 1988, 29 = AP Nr. 15 zu § 4 TVG Effektivklausel; BAG (21. 7. 1993), NZA 1994, 181 = AP Nr. 144 zu § 1 TVG Auslegung; hierzu auch Wank, in: Wiedemann (o. Fußn. 87), § 4 Rdnrn. 529 ff. m. w. Nachw.