

Zukunft der Zeitarbeit

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 15

Zukunft der Zeitarbeit

6. ZAAR-Kongress
München, 8. Mai 2009



ZAAR Verlag München 2009

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2009 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847

ISBN 978-3-939671-08-4

Vorwort

Die Zeitarbeit ist nach Jahrzehnten sozialpolitischen Nischendaseins einer der Beschäftigungsmotoren in der Bundesrepublik. Sie ist in ihrer sozialpolitischen Akzeptanz und ihrem volkswirtschaftlichen Nutzen immer noch umstritten. Die Rechtsfragen der Zeitarbeit definieren eine Sondermarktordnung innerhalb des Arbeitsmarktes. Ordnungspolitische Unsicherheit und der Ruf nach Staatsinterventionen prägen das Bild.

Der 6. ZAAR-Kongress behandelt in systematischer Zusammenstellung die Kernfragen der Zeitarbeit – Auswirkungen bei der betriebsbedingten Kündigung, Tarifkonkurrenz und Staatsintervention, Regulierung beim Entleiher, sozialrechtliche Rahmenbedingungen sowie Zeitarbeit und Arbeitskampf – und will auf diese Weise die Diskussion über die Zukunft der Zeitarbeit fördern.

München, im Oktober 2009

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	11
A. Helmut Platow: Zeitarbeit und Arbeitskampf	15
Referat	15
Diskussion	16
B. Ludger Hinsen: Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention – Die Sicht des Bundesverbandes Zeitarbeit.....	29
I. Einleitung/Problemaufriss	30
II. Zeitarbeit als Branche	30
1. Zeitarbeit und Arbeitsmarkt	30
2. Die Zeitarbeit als Arbeitgeber	31
3. Zukunft der Zeitarbeit: strangulieren oder gestalten?	32
III. Tarifkonkurrenz und Mindestlohn in der Zeitarbeit	35
1. Ausgangslage	35
2. Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit	36
3. Staatsintervention und Wettbewerbsneutralität	37
4. Mindestlöhne in der Zeitarbeit	38
IV. Ausblick	42

C. Gunter Smits: Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention – Die Sicht der Christlichen Tarifgemeinschaft	43
I. Zur Geschichte	45
II. Welche Gewerkschaftstypen gibt es?	46
III. Was ist Gewerkschaftskonkurrenz?	47
IV. Tarifkonkurrenz versus Tarifpluralität	48
V. Warum es im Interesse der Gewerkschaften ist, Tarifverträge in der Zeitarbeit zu schließen	49
VI. Gesetzlicher Mindestlohn für die Zeitarbeit?	51
VII. Nachwirkender Tarifvertrag und Gleichstellungsgrundsatz nach dem AÜG	52
VIII. Zusammenfassung	53
Diskussion der Referate Hinsen und Smits	54
 D. Volker Rieble: Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher	65
I. Zwiespalt um die Arbeitnehmerüberlassung	67
1. Positive Effekte	67
2. Beahlt mit Zweiteilung der Belegschaft	68
II. Gewerkschaftsprobleme	70
1. Geringer Organisationsgrad der Zeitarbeiter	70
2. Folgeprobleme für Gewerkschaften	71
3. Deshalb: Leiharbeitskampagnen	73
III. Tarifrrechtliche Regulierung beim Entleiher	75
1. Beschränkte Tarifmacht beim Entleiher	75
2. Ausweichen auf Koalitionsvereinbarung	79
IV. Mitbestimmungsrechte beim Entleiher	82
1. Trennung der betriebsverfassungsrechtlichen „Sphären“ von Verleiher und Entleiher	82

2. Informationsrechte	83
3. Mitbestimmung über die Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG	85
4. Vergütung, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	86
5. Ordnung im Betrieb, technische Überwachung, Arbeitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG) – volle Mitbestimmung	87
6. Personalplanung, § 92 BetrVG	87
7. Beschäftigungssicherung, § 92a BetrVG	88
8. Interne Stellenausschreibung, § 93 BetrVG	88
9. Qualifizierung, § 97 Abs. 2 BetrVG	89
10. Einstellung, § 99 BetrVG	90
11. Eingruppierung, § 99 BetrVG	92
12. Entlassung	92
13. Wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 111 f. BetrVG	94
14. Massenentlassungsschutz § 17 KSchG?	96
V. Freiwillige Betriebsvereinbarungen beim Entleiher	96
1. Zeitarbeitsquote und Überlassungsdauer	97
2. Einstellungsvorrang auf freie Stammarbeitsplätze?	99
3. Auswahl Verleiher	99
4. Vergütung der Zeitarbeitnehmer	100
5. Keine schuldrechtliche Vertragskompetenz des Betriebsrats	101
VI. Rechtsrisiken für den Entleiher?	101
Diskussion	104

E. Christian Rolfs: Sozialrechtliche Rahmenbedingungen der Zeitarbeit

I. Einleitung	115
II. Versicherungs- und Beitragsrecht	116
1. Arbeitnehmerüberlassung und andere Formen drittbezogenen Personaleinsatzes	116
2. Gewerbsmäßige und nicht gewerbsmäßige, legale und illegale Arbeitnehmerüberlassung	119
3. Sozialrechtliche Fragen der legalen Arbeitnehmerüberlassung	120
4. Sozialrechtliche Fragen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung	130

5.	Besonderheiten bei grenzüberschreitender Entsendung	131
III.	Leistungsrecht	134
1.	Gesetzliche Kranken- und soziale Pflegeversicherung	134
2.	Unfallversicherung	135
3.	Arbeitslosenversicherung	136
4.	Besonderheiten bei grenzüberschreitender Entsendung	138
IV.	Zusammenfassung	139
	Diskussion	143
 F. Gregor Thüsing: Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung		
	Referat	147
	Diskussion	148
	 Diskussionsteilnehmer	 157
	 Sachregister	 159

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz, Absätze	AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BAG	Bundesarbeits- gericht
ADM	Arbeitnehmerver- band der deutschen Milchkontroll- und Tierbeschutzberein- steten	BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AEntG	Arbeitnehmer- Entsendegesetz	Bd.....	Band, Bände
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedingungen	BDA.....	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberver- bände
AGG	Allgemeines Gleich- behandlungsgesetz	BeschFG	Beschäftigungs- förderungsgesetz
AiB.....	Arbeitsrecht im Be- trieb (Zeitschrift)	BetrAVG	Gesetz zur Ver- besserung der be- trieblichen Alters- versorgung
AMP.....	Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienst- leister	BetrVG	Betriebsverfas- sungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Ent- scheidungsamm- lung)	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
ArbG	Arbeitsgericht	BGBL.....	Bundesgesetzblatt
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	BGH	Bundesgerichtshof
ArbRB.....	Der Arbeits- Rechts-Berater (Zeitschrift)	BGHSt.....	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Strafsachen
ARGE.....	Arbeitsgemein- schaft	BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
Art.	Artikel	BSG	Bundessozial- gericht
AuA.....	Arbeit und Arbeits- recht (Zeitschrift)	BSGE.....	Entscheidungen des Bundessozial- gerichts
Aufl.....	Auflage	BT-Drucks.....	Bundestags- Drucksache
AÜG.....	Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz	B.V.D.....	Bundesverband Deutscher Dienst- leistungsunter- nehmen e.V.
		BVerfG	Bundes- verfassungsgericht

BVerfGE.....	Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts	Einl.	Einleitung
BZA	Bundesverband Zeitarbeit	etc.	et cetera
CCZ	Corporate Compliance Zeit- schrift	EU.....	Europäische Union
CDU	Christlich Demo- kratische Union Deutschlands	EuGH.....	Europäischer Ge- richtshof
CGB.....	Christlicher Ge- werkschaftsbund	e.V.....	eingetragener Ver- ein
CGM.....	Christliche Ge- werkschaft Metall	EWR	Europäischer Wirt- schaftsraum
CGPT.....	Christliche Ge- werkschaft Post- service und Tele- kommunikation	EzA	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Ge- werkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service- Agenturen	EzAÜG	Entscheidungs- sammlung zum Recht der Arbeit- nehmerüberlassung und zum sonstigen drittbezogenen Personaleinsatz
DA	Durchführungs- anweisung	f., ff.	folgende
DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)	FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeit- schrift)
ders.	derselbe	Fn.	Fußnote, Fußnoten
DGB	Deutscher Gewerk- schaftsbund	GG.....	Grundgesetz
DHV	Deutscher Handels- und Industrieange- stelltenverband	GKH.....	Gewerkschaft Kunststoffver- arbeitung und Holzgewerbe im CGB
DrittelbG.....	Drittelbeteiligungs- gesetz	GöD.....	Gewerkschaft öffentlicher Dienst und Dienst- leistungen
EG	Europäische Ge- meinschaft	GWB	Gesetz gegen Wett- bewerbsbeschrän- kungen
EGV.....	Vertrag zur Gründung der Europäischen Ge- meinschaft	Hrsg.	Herausgeber
Einf.	Einführung	IAB.....	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
		IG.....	Industriegewerk- schaft

iGZ.....	Interessenverband Deutscher Zeit- arbeitsunter- nehmen	Nr.....	Nummer, Nummern
info also.....	Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilfe- recht	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
InsO.....	Insolvenzordnung	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs- Report Arbeitsrecht
IPRax.....	Praxis des Inter- nationalen Privat- und Verfahrens- rechts (Zeitschrift)	NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
IT	Information Technology	OT	ohne Tarifbindung
KSchG.....	Kündigungsschutz- gesetz	PSA.....	Personalservice- Agenturen
KuG	Kurzarbeitergeld	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeits- gericht	RIW.....	Recht der Inter- nationalen Wirt- schaft (Zeitschrift)
LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeits- gerichte	Rn.....	Randnummer, Randnummern
lit.	littera	S.	siehe; Seite, Seiten
LM	Lindenmaier- Möhring (Nach- schlagewerk des Bundesgerichts- hofs)	SGB	Sozialgesetzbuch
LSG.....	Landessozialgericht	SozR	Sozialrecht (Ent- scheidungsamm- lung)
MDR.....	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)	StGB.....	Strafgesetzbuch
MitbestG.....	Mitbestimmungs- gesetz	TVG.....	Tarifvertragsgesetz
NGG.....	Gewerkschaft Nahrung-Genuss- Gaststätten	TzBfG	Teilzeit- und Be- fristungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	USK.....	Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenver- sicherung
NJW-RR.....	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs- Report	usw.....	und so weiter
		UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wett- bewerb
		ver.di.....	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft
		VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
		vgl.	vergleiche
		VO	Verordnung

WiStrG	Wirtschaftsstraf-
	gesetz
ZfA	Zeitschrift für
	Arbeitsrecht
ZRP	Zeitschrift für
	Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für
	Zivilprozess

A. Zeitarbeit und Arbeitskampf

Referat Helmut Platow*

Nach der Begrüßung der Teilnehmer durch *Prof. Dr. Volker Rieble* 1 (ZAAR) eröffnete *Helmut Platow* (Leiter Rechtsabteilung ver.di Bundesvorstand) den Kongress mit dem Vortrag „Zeitarbeit und Arbeitskampf“. Eine Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Zeitarbeitsbedingungen zeige, dass sich die Anzahl der beschäftigten Leiharbeiter in den letzten 5 Jahren mehr als verdoppelt habe (2002: 300.000/2008: 800.000). In der Automobilindustrie bestünden 20-50 % der Belegschaft aus Leihararbeitnehmern. Seien Leiharbeiter früher zur Überwindung von vorübergehenden Engpässen beschäftigt worden, erfolge eine Beschäftigung heute immer häufiger auf Dauer. Circa 38 % der Leiharbeiter würden länger als drei Monate beschäftigt. Die Auswirkungen dieser Zeitarbeitsbedingungen auf das Tarifvertragssystem zeigten sich nicht nur beim Grundsatz gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Auch die eingeschränkte Geltung von Branchentarifverträgen und die Erleichterung tarifwidriger Abweichungen vom Branchentarifvertrag seien Folge der Zeitarbeit. Weitere Konsequenzen seien die Stärkung der Position von Arbeitgebern in Tarifverhandlungen und die Einschränkung der effektiven Ausübung des Streikrechts. Als Strategien auf Arbeitnehmerseite sprach sich *Platow* für die Verstärkung tarifpolitischer Initiativen durch Abschlüsse von Tarifverträgen mit Entleihunternehmen aus; so erfolgt im April 2003 zwischen Airbus Deutschland und der IG Metall und im Dezember 2007 in einer dreigliedrigen Vereinbarung zwischen Krupp Mannesmann, dem Betriebsrat und der IG Metall. Als weitere Maßnahme sollten die Optionen zur Stärkung der Integration der Leiharbeiter in Gewerkschaften fortgeführt werden.

* Helmut Platow ist Bereichsleiter Recht beim ver.di-Bundesvorstand. – Die Zusammenfassung des Referats besorgte Frau Ass. iur. Christina Mennemeyer, München, im Auftrag der Herausgeber.

Diskussion

Werner Stolz, Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen, Münster:

- 2 Herr *Platow*: Sie haben die Tarifzuständigkeit von ver.di für die Zeitarbeitsbranche angesprochen. Ich kann mich erinnern, als der iGZ im Jahre 2002 mit Ihnen und der IG Metall zusammen, also vor der Hartz-Gesetzgebung, Tarifverhandlungen geführt hat, gab es einen erbitterten Streit zwischen ver.di und IG Metall, wie die Zuständigkeit denn eigentlich zu sehen ist. Warum haben Sie in der Zwischenzeit diese Frage nicht klar in Ihrer Satzung geregelt?

Helmut Platow, ver.di-Bundesvorstand, Berlin:

- 3 Das ist eine verbandspolitische Entscheidung. Der überwiegende Teil war und ist nur noch der Meinung, dass das sicher geregelt ist und stellt eben jetzt erst fest, dass die Gerichte auch einmal anders entscheiden. Und dass Sie dann Erfahrungen machen. Ihre Frage ist berechtigt. Das ist der eine Punkt als Antwort. Vereine sind eben auch abhängig von Mehrheiten und dann gibt es solche Mehrheiten und solche Mehrheiten. Der zweite Punkt ist: Man muss sich sehr genau angucken: Wer kann solche Satzungsänderungen beschließen? Auch darüber kann man trefflich streiten. Kann das alle vier Jahre der Gewerkschaftstag oder ist hier eine ausreichende Ermächtigung da, dass der Gewerkschaftsrat das macht.

Dr. Adrian Hurst, Adecco Group Germany, Düsseldorf:

- 4 Sie haben gesagt, dass Zeitarbeit Stammarbeitsplätze verdrängt. Eine relativ typische Gewerkschaftsargumentation. Gleichzeitig haben Sie aber auch gesagt, dass es kaum längerfristige Einsätze gibt. Wie passt das zusammen?

Helmut Platow:

- 5 Ich fange einmal damit an, mit Ihrer Bemerkung „typische Arbeitnehmer- oder Gewerkschaftsargumentation“. Ich persönlich habe mir angewöhnt, solche Dinge nur noch dann zu berichten, wenn ich eigene Erfahrungen gemacht habe. Ich habe, weil ich parallel jetzt 30 Jahre als Anwalt auch Betriebsräte betreue und das unmittelbar in den Betrieben mitbekomme, die Erfahrung gemacht, dass das nicht nur eine Sprechblase, sondern dass es Realität ist. Mehrere Betriebe, Unternehmen, die eben systematisch an-

geleitet von juristischen Beratern, Anwaltsbüros, die auch teilweise dazu veröffentlicht haben, sogar aus dieser Stadt hier, die man auch in den betrieblichen Verhandlungen dann jedes Mal auf der anderen Seite sitzen hat, und dieses Handeln hat Folgen. Und das ist so. Das ist der eine Punkt. Der zweite Punkt ist, dass Sie gefragt haben: Wie verträgt sich das mit der anderen Seite? Das schließt sich ja nicht aus, das heißt ja nicht, dass automatisch oder dauerhaft Menschen dort beschäftigt sind, die ein unbefristetes Arbeitsverhältnis haben, es sind oft Wechselbeschäftigte, auch teilweise befristet Beschäftigte, die sich jedenfalls auch persönlich immer in ein Abhängigkeitsverhältnis in dieser besonderen Situation befinden. Wir haben, um das auch an einem Beispiel deutlich zu machen, natürlich gibt es auch, dass ein Verlagsunternehmen eine Verlagsangestellte als Leiharbeiter plötzlich auf einem Dauerarbeitsplatz einstellt, die vorher in einem Verlag gearbeitet hat, über die eigene Tochter. Und wenn man das Ganze dann rechtlich untersuchen lassen will und es dann endlich nach drei Jahren vier Wochen vor der mündlichen Verhandlung beim Bundesarbeitsgericht, ist das Leiharbeitsverhältnis plötzlich beendet worden. Und damit dem Zustimmungsersetzungsverfahren des Betriebsrats der Boden entzogen. Und dann plötzlich, acht Wochen später, ist sie dann wieder entliehen worden. Das sind ja die, die auf der realen Ebene die Spielereien, mit denen man sich auseinandersetzen muss, und das führt zu dem Zustand, den ich beschrieben habe.

Ludger Hinsen, Bundesverband Zeitarbeit, Berlin:

Meines Erachtens geht es nicht zusammen, dass ich die Zahlen habe, die – 6
glaube ich – unstrittig sind: die Anzahl der Zeitarbeitnehmer, die Länge der Beschäftigungsdauer. Es ist zum Beispiel so, dass der Anteil der Zeitarbeit an der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung bei um 1,8 % liegt, dass die Einsatzdauer sehr kurz ist, dass nur ein ganz geringer Teil der Unternehmen in Deutschland überhaupt Zeitarbeit nutzt – der liegt nur bei ungefähr 4 % aller Unternehmen –, wie kann man da von einer streckenweiten Verdrängung von Stammarbeitsplätzen sprechen? Das ist mir nicht einsichtig.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Man muss vielleicht unterscheiden zwischen einer mikro- und einer 7
makroökonomischen Sicht. Makroökonomisch ist es in der Tat so, dass die Zeitarbeit in Deutschland noch nicht die Bedeutung hat, wie in anderen Staaten, aber die Gewerkschaften sehen natürlich ihre Interessenvertretung, die Betriebsräte, bezogen auf konkrete Unternehmen und Be-

triebe und da haben wir teilweise recht fulminante Zeitarbeitsquoten. Wenn Sie in einem Unternehmen 30 % Zeitarbeiter haben, dann ist das für den Betriebsrat und auch für die Gewerkschaft eine massive Beeinträchtigung ihrer Interessenvertretungsstärke. Ich glaube, das ist die unterschiedliche Sicht: Mikroebene – Makroebene. Und deswegen, glaube ich, gibt es gar keinen großen Widerspruch. Das sind unterschiedliche Bereiche.

Ludger Hinsen:

- 8 Ich habe gleich ja noch die Gelegenheit, und ich werde sie auch gebrauchen, das eine oder andere richtig zu stellen, was aus meiner Sicht vorgetragen worden ist. Eine Frage habe ich aber trotzdem: Ich bin ja als Zeitarbeiter ja durchaus bereit, mich verprügeln zu lassen von Gewerkschaften. Ich bin allerdings nicht bereit, mich verprügeln zu lassen, aus zwei ganz konträren Gründen: Wenn ich Sie richtig verstanden habe, beklagen Sie zum einen, dass wir – das Stichwort war Substitution – sehr lange Beschäftigung und Ausleihen in Betrieben haben und haben ja dann, als Sie Ihre Rezepte vorgetragen haben, gesagt, man müsse über Höchstentleihdauer und so weiter nachdenken, andererseits, in einem anderen Zusammenhang haben Sie aber beklagt, es seien zum Teil Einsätze von nur wenigen Wochen und wenigen Tagen, die Menschen dort eingesetzt sind. Was wäre Ihnen denn jetzt lieber? Wie hätten Sie es denn gern? Hätten Sie lieber langfristige und kontinuierliche Einsätze, die dann auch entsprechend natürlich vielleicht auch finanziell honoriert werden, oder ist es Ihnen lieber, dass sie nur kurz eingesetzt werden? Wie gesagt, ich lasse mich gerne verprügeln, aber nicht aus widersprüchlichen Argumenten heraus.

Helmut Platow:

- 9 Es tut mir Leid, wenn es falsch angekommen ist. Ich konnte hier überhaupt keinen, erst recht nicht von den Verbänden, verprügelt werden. Ich habe einen Zustand geschildert aus meiner Sicht. Die Ursache ist aus meiner Sicht eine ganz andere: Das ist der Gesetzgeber. Wenn man einmal unterstellt, dass es gewisse Gerechtigkeit hat, Menschen für gleiche Arbeit gleich zu bezahlen, wenn wir europarechtlich eigentlich diesen Grundsatz haben – *equal pay* – dann sollten wenigstens auch durch Tarifverträge, wenn man schon es zulässt, dann auch ansatzweise gleiche Bedingungen hergestellt werden. Das ist ja die Intention. Wir wissen aber auch alle, denke ich, die das historisch begleitet haben, dass die Motivation des Gesetzgebers hier die Arbeitnehmerüberlassung unbefristet zuzulassen, einen ganz anderen Grund hat, jedenfalls nach meiner persönlichen Er-

fahrung. Wenn man 25 bis 30 Jahre Tarifarbeit begleitet und immer wieder sieht, wie – das ist ja das normale, dass die Arbeitgeberseite dann versucht, wenn sie eingefangen worden ist, da wieder herauszukommen, auszubüchsen, wie ich als Hamburger sagen würde, das ist ja auch unser Geschäft immer wieder dann nachzukommen – dann muss ich einerseits damit rechnen, dass das passiert, aber andererseits ... für den Gesetzgeber, der das noch erleichtert und ermöglicht. Und die Motivation, ganz kurz in Stichworten aus meiner Sicht ist, gerade weil ich das teilweise auch als Prozessbevollmächtigter über die Jahrzehnte mit erlebt habe, erst Tarifbruch, das freie Wochenende, das erste Burda-Verfahren 1989, da gab es noch kein eigenes Klagerecht, dann Mitte der neunziger Jahre 35 Stunden-Woche wieder auf die Unternehmen, denen es wirtschaftlich gut ging haben dagegen verstoßen durch tarifwidrige Bündnisse auf betrieblicher Ebene. Da mussten wir wieder den Weg durchgehen, bis wir dann 1999 das Burda-Verfahren gewonnen hatten. Die Drohung allein, dass hier per einstweiliger Verfügung etwas passieren könnte, führte dazu, dass die Verbände und Arbeitgeber sich andere Wege suchten. Verbandsaustritt, nur die Folgen traten nicht schnell genug ein, dann der Wechsel in OT und dann parallel dazu, vor dem Hintergrund Globalisierung, jahrelange strukturelle Arbeitslosigkeit, Agenda 2010, das sind alles jetzt diese Stichworte, und Kanzler *Schröder* sagte und die Drohung, wenn die Gewerkschaften nicht selbst Öffnungsklauseln zulassen, um das Tarifniveau zu senken, dann muss der Gesetzgeber handeln. Dann der Versuch, im Rahmen der Agenda 2010 ins Günstigkeitsprinzip einzugreifen oder eben im 77 eine Öffnung zuzulassen. Und als das politisch nicht durchsetzbar war, kam das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als reine Reaktion darauf, dass man gesagt hat, dann öffnen wir eben auf dieser Ebene die Möglichkeiten, Tarifniveau zu senken. Und das ist auch gelungen. Der Angriff oder die Kritik richtet sich da an den Gesetzgeber, das ist auch Sinn und Zweck, auch auf dieser Ebene arbeiten ja auch politisch die Gewerkschaften. Die haben das nur am Anfang falsch eingeschätzt, überwiegend. Es ist ja von Teilen der Gewerkschaften begrüßt worden geradezu, dass wir jetzt *equal pay* haben und dann wir eben auch Tarifverträge auf dieser Ebene machen, bis man erkannt hat, dass man da auf dieser Ebene nicht durchsetzungsfähig ist. Ich glaube, auch Kritik innerhalb der Gewerkschaften, die gesagt haben, das schätzt ihr falsch ein, das ist blauäugig, das hat sich jetzt bewahrheitet. Aber die Kritik richtet sich gegen den Gesetzgeber, dass die, die darunter fallen unter das Gesetz und damit zu handeln haben, die gesetzlichen Möglichkeiten ausnutzen, ist für mich völlig normal.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

- 10 Eine kurze Frage zum Verhältnis von tarifvertraglicher Regulierung und Arbeitskampf, Herr *Platow*. Sie hatten ja verschiedene, für mich sehr neuartige und interessante Formen der tarifvertraglichen Regulierung von Zeitarbeit mit Entleihern geschildert. Dann waren Sie darauf eingegangen, dass diese Regelungen aus ihrer Perspektive erkämpfbar sind. Real scheinen mir noch keine Arbeitskämpfe stattgefunden zu haben. Meine Frage wäre: Wenn man sich die Verhandlungssituation anschaut, warum lassen sich Arbeitgeber darauf ein? Steht doch irgendwo die Arbeitskampfdrohung im Hintergrund oder wo kommt die Interessenlage her? Denn es ist doch immerhin eine gewisse Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, wenn tarifvertragliche Regelungen bestehen.

Helmut Platow:

- 11 Sie haben ja an den Beispielen gesehen, dass es sich überwiegend um Vereinbarungen aus dem Bereich der IG Metall handelt und ich auch nicht für die IG Metall sprechen kann. Das will ich einmal vorwegschicken. Aber ich kann mir vorstellen – auch das ist Realität, erlebe ich auch über die Jahrzehnte sehr oft – dass es ja zum Teil auch übereinstimmende Interessen in diesen Unternehmen gibt zwischen Belegschaft und Arbeitgeberseite. Und häufig kommt ja auch der Druck oder das Ansinnen zum Handeln aus den kollektiven Vertretungen in den Betrieben heraus. Das heißt der Betriebsrat hat in der Regel Handlungsbedarf, wendet sich an seine Gewerkschaft, überlegt, was machen wir da. Und vor diesem Hintergrund gibt es dann diese Dreierbeziehung in gut funktionierenden Unternehmen, wo es eben noch vertrauensvolle Zusammenarbeit gibt und alle profitieren davon, sage ich jetzt einmal aus meiner Sicht. Die Stammarbeitsplätze werden gesichert, die Krise zeigt es ja jetzt gerade, die Stammbeflegschaft wird nicht abgebaut und die Gewerkschaften sind da mit drin und regeln auf freiwilliger Ebene. Das ist aus deren Sicht aus meiner Einschätzung auch vernünftig, wenn wir die Rechtslage so haben, dann muss man sich damit auseinandersetzen und es lohnt sich nicht, zurückzuziehen. Wenn ich mich nämlich zurückziehe, die Erfahrung haben wir ja auch immer wieder gemacht, dann kommt man selten wieder hinein in die Betriebe und kann auch nicht mehr kollektiv regeln.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Sie haben eben eingestanden, dass es auf Gewerkschaftsseite Fehleinschätzungen im Hinblick auf die Rechtspolitik gab. Wenn Sie jetzt sagen, das hat nicht so geklappt, wie sich das viele überlegt haben, es gibt wohl Probleme mit der Tarifdispositivität, was sind Ihre Forderungen an den Gesetzgeber? Wie würde Ihre Rechtspolitik dann aussehen, um dann diese Fehlentwicklung in der Zeitarbeit, die auf eigenen Fehleinschätzungen beruht, zu korrigieren? Sollte die Zeitarbeit mit klarem *equal pay* verschwinden? Ist Zeitarbeit ein unerwünschtes Phänomen oder haben Sie andere rechtspolitische Vorstellungen dazu? 12

Helmut Platow:

Ich bin ja auch schon etwas älter und befinde mich bei ver.di im aktiven Teil der Altersteilzeit und bin vielleicht auch ein bisschen altmodisch. Sehr sympathisch ist mir immer noch das „Normalarbeitsverhältnis“. Und im Rahmen einer normalen vernünftigen Personalplanung, denke ich, kann man planen und Menschen dauerhaft beschäftigen, und für vorübergehende Spitzen braucht man vielleicht einen Bedarf. Damit bin ich bei meiner Antwort. Ich denke, das hat einen Sinn, Leiharbeit oder Zeitarbeit befristet zuzulassen, aber eben auch nur befristet. Und wer eben schon ein bisschen älter ist weiß, wie sich das Ganze entwickelt hat. Es braucht erst eine Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, arbeitsmarktpolitisch so etwas überhaupt zuzulassen rechtlich, dann war das Ganze drei Monate lang bei der ersten Erfahrung als selbständiger Anwalt in Hamburg – damals war, wenn ich einmal Zeitarbeitnehmer zu vertreten hatte, waren das alles gut bezahlte Ingenieure oder sonstige, die irgendwo eingesetzt waren bei Bosch oder in anderen Betrieben – und dann, wenn, aus welchen Gründen auch immer, etwas nicht klappte, nach acht Jahren Beschäftigung kamen die an und fragten, kann ich da jetzt nicht etwas machen, um einen sicheren Arbeitsplatz zu haben. Oder andere eben, die aber immer wesentlich mehr bezahlt bekamen, weil sie flexibel waren, von Betrieb zu Betrieb sprangen, dort aushalfen und dann mehr bekamen, als eigentlich in der Branche üblich bezahlt. Das Ganze hat sich ja umgedreht. Aber den Zustand fand ich eigentlich ganz vernünftig und könnte ich mir auch jetzt wieder vorstellen. Kurze Antwort: Befristung der Zeitarbeit und wenn Sie eine längere Befristung haben, aber frühzeitig Rückkehr zum Prinzip *equal pay*. 13

Dr. Ralf Busch, Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München:

- 14 Wir haben im Moment den Eindruck gewonnen, dass wir bei Zeitarbeit hauptsächlich über *equal pay* sprechen. Die Frage an Sie: Akzeptiert die Gewerkschaft grundsätzlich die Flexibilisierung des Arbeitsvolumens, was mit Zeitarbeit verbunden ist? Sie haben ja vor allen Dingen Firmen genannt, Großunternehmen, in denen die Zeitarbeit wahrscheinlich insbesondere verbreitet ist. Da gibt es ja oftmals Vereinbarungen, dass jegliche betriebsbedingte Kündigung ausgeschlossen ist, wird ja im Grunde genommen in einer gewissen Weise auf dem Rücken der Zeitarbeiter gemacht. Wie ist es mit der Flexibilisierung des Volumens angesichts unseres doch recht ausweiteten Kündigungsschutzes?

Helmut Platow:

- 15 Ich überlege jetzt, weil ich immer als Gewerkschaftsvertreter angesprochen werde. Es gibt nach meinen Erfahrungen keine einheitliche Meinung in den Gewerkschaften. Es gibt auch einen Entwicklungsprozess und es gibt Überlegungen, muss man sich hier weiter engagieren, um überhaupt mit in der Branche zu bleiben und es einigermaßen vernünftig zu regeln, damit die Bedingungen nicht ausfransen? Andere sagen wiederum, das Ganze ist Unsinn und natürlich *equal treatment* und gleiche Bedingungen für Zeitarbeitnehmer wie für Stammbeslegschaft.

Volker Rieble:

- 16 Erlauben Sie mir eine Bemerkung: Wenn Fragen gestellt werden – als Gewerkschaftsvertreter kann man eigentlich nicht antworten, man kann in wissenschaftlichen Fragen immer nur als Person mit seiner eigenen wissenschaftlichen Meinung antworten. Deswegen ist eine solche Frage kaum lösbar, kaum beantwortbar, zumal auch die gewerkschaftliche Meinung in hohem Maße unterschiedlich ist. Bei *equal pay* muss man vielleicht noch sagen, dass es hier eine Strategie gibt, protektionistische Hochlohnabschottung, damit es sich nicht mehr lohnt – das kennen wir aus dem Arbeitnehmerentsendegesetz – und natürlich ist die Überlegung die, ob eine Arbeitnehmerüberlassung für die Entleiher überhaupt noch attraktiv sein kann, wenn sie keine Lohnkostenvorteile haben, sondern nur noch die Flexibilitätsvorteile, dafür aber dann noch den Verwaltungskostenanteil und den Gewinnanteil des Verleihers bezahlen müssen. Dahinter steht die ökonomische Überlegung, das muss man einfach durchrechnen und das kann natürlich in der Tat sein, dass es dann weniger spannend wird, wenn man keine Lohnkosten sparen kann.

Ich habe auch noch eine echte arbeitskampfrechtliche Frage: Wir haben im Einzelhandel, aber auch in anderen Bereichen, gesehen, dass Zeitarbeit wirklich als „Arbeitskampfmittel“ auch eingesetzt werden kann, nämlich dann, wenn streikende Mitarbeiter durch Zeitarbeitnehmer relativ schnell und relativ billig ersetzt werden können. Die Zeitarbeiter könnten nach § 11 Abs. 5 AÜG die Streikarbeit verweigern, sie tun es aber nicht. Die Frage ist: Wenn der Zeitarbeitnehmereinsatz im Arbeitskampf womöglich ein Arbeitskampfmittel ist, welche Schranken gelten denn dann für ihn?

Helmut Platow:

Wir hatten uns im Vorfeld – oder ist die Frage jetzt ans Plenum gerichtet? 17
Es gibt ja noch mehr Fachleute zu dem Thema hier im Saal – beim Kaffee auch einmal ganz kurz über diese Frage unterhalten. Wohin geht möglicherweise die Rechtsprechung? Denn man kann ja in den letzten Jahren durchaus eine Entwicklung des 1. Senats sehen in Richtung Europäische Sozialcharta, Arbeitskampfrecht weiter gefasst als die Rechtsprechung bisher war. Aber ich bleibe ruhig einmal bei der bisher bundesrepublikanischen Rechtsprechung und will jetzt gar nicht nach Europäischer Sozialcharta schauen, sondern aus der Erfahrung berichten, aus der Verhandlung Blockaden, aus dem Arbeitskampf der Druckindustrie 1984, 1988 beim Bundesarbeitsgericht – das waren die Blockaden beim Springer-Verlag, ich hatte damals als Anwalt diese Verfahren vertreten. Damals wurde ja immer gesagt, die IG Druck und Papier beziehungsweise IG Medien hätte zu diesen Blockaden aufgerufen. Da war so ein gewisser Spagat zu machen – wir waren ja auch in den Vorinstanzen zum Schadensersatz verurteilt worden – haben wir nun aufgerufen oder nicht? Wir hatten nicht aufgerufen, aber man musste einmal beim Senat die Gelegenheit nutzen – zwei Stunden habe ich plädiert –, deutlich zu machen, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Blockade ein zulässiges Arbeitskampfmittel sein kann. Und Herr *Matthes* damals, das habe ich mitbekommen, auf den üblichen Veranstaltungen hat er selbst gesagt, dass der Senat sehr ins Grübeln gekommen ist und sich durchaus vorstellen kann, auch in bestimmten Arbeitskampf- oder Tarifsituationen, wenn die Kampfparität anders nicht gewährleistet ist, auch die Blockade als Arbeitskampfmittel zuzulassen. Hätte man von Herrn *Matthes* damals vielleicht gar nicht erwartet, aber die Diskussion war damals so. So haben wir auch argumentiert. Der Senat sagt nur eins – und das sagt er bis heute auch –, dass es nicht Aufgabe der Gerichte ist, Schwäche der Gewerkschaft auszugleichen. Also man muss schon deutlich machen, dass man nicht in der Lage ist, als Gewerkschaftler einen Arbeitskampf auch bei guter Organisation zu führen. Wir haben zwischendurch auch immer wieder durch Aufsätze belegt – eine Kollegin hat ja auch damals in den achtziger Jahren einen Aufsatz geschrieben und jetzt beim Bundesverfassungs-

gerichtet ist – zu dieser Frage, welche Auswirkungen hat die Technik in der Druckindustrie, und mit wenigen Menschen vorübergehend den Druck der Zeitung herstellen kann; zwar nicht schön und nicht gut gesetzt die Sachen, aber die Maschinenführer, also das leitende Personal, durchaus dafür sorgt, dass wir die Zeitung beim Frühstück auf dem Tisch haben. Ist dann noch die Kampfparität gewahrt oder kann man dann nicht noch mehr machen? Aus dieser Situation heraus haben sich auch die Wellenstreiks entwickelt, die Verfahren, die wir dann in den neunziger Jahren geführt haben, und vor diesem Hintergrund muss man auch Betriebsblockaden diskutieren oder auch verbleiben im Betrieb. So haben wir es damals genannt. Nicht Betriebsbesetzung – ist es auch nicht, das bedeutet ja Herrschaft über Produktionsmittel –, sondern im Betrieb bleiben, um zu sehen, ist mein Streik jetzt noch effektiv? Und wenn die Maschinenführer – die Leitenden – dafür gesorgt haben, dass die Produktion weiterläuft, ist ein Arbeitskampf nicht mehr effektiv, dann stehen die auf und gehen wieder an die Maschinen. Das ist damals untersagt worden vom Landesarbeitsgericht in Nordrhein-Westfalen mit Hinblick auf das Hausrecht. Aber man kann durchaus darüber nachdenken, ist das nicht auch eine zulässige Form? Denn wenn man den Erfurter Kommentar sich ansieht, was *Dieterich* dazu schreibt, deutet er ja auch an, das könnte ein zulässiges Kampfmittel sein, sagt nur, im Augenblick ist es nicht erforderlich, weil die Gewerkschaften andere Formen gefunden haben, Kampfparität herzustellen. Alles ist in Bewegung und das haben wir ja beim Arbeitskampf, wenn man das über die Jahrzehnte verfolgt, das ist eine Frage, sich kreativ etwas einfallen zu lassen, das in den Gesamtrahmen zu stellen, die Sicht der anderen Seite auch zu sehen und immer zu gucken, wie kommt man vor dem Hintergrund Kampfparität zu gerechten Ergebnissen. Vor dem Hintergrund – würde ich auch sagen – kann auch einmal eine Blockade zulässig sein. Europa hin – Europa her.

Volker Rieble:

- 18 Und die Manager Soweit sind wir noch nicht, oder?

Helmut Platow:

- 19 Die brauchen wir nicht, weil hier der 1. Senat dankenswerterweise den Tarifsozialplan zugelassen hat und da hat man andere Druckmittel.

Volker Rieble:

- 20 Die Fernwirkung dieser Frage ist natürlich das *Flashmob*-Verfahren, über das brauchen wir jetzt hier aber nicht zu sprechen, das ist ja keine genuine

zeitarbeitsrechtliche Kampffrage, sondern das ist eine Folgefrage für die Flächenkämpfe in den betroffenen Branchen. Hier im Einzelhandel, vielleicht auch noch woanders. Ich wollte nur noch sagen: Meine Frage zielt eigentlich mehr darauf, ob der Arbeitgeber womöglich daran gehindert werden kann, Zeitarbeit als Kampfmittel einzusetzen? Wenn Sie einmal denken an die berühmte Champagnerentscheidung des LAG Köln? Da hat ja das LAG Köln – aus meiner Sicht falsch – entschieden, dass Streikbruchprämien, wenn sie zu hoch sind, unverhältnismäßig sein können. Der Zeitarbeitnehmereinsatz dient genauso wie die Streikbruchprämie

oder besser die Arbeitsprämie – man kann ja einen Streikaufruf zumindest als Nichtorganisierter nicht brechen, weil man nicht verpflichtet ist – darauf, den Betrieb fortzuführen, also den Streikaufruf in seiner Wirksamkeit verpuffen zu lassen. Wenn ich jetzt einen Verhältnismäßigkeitsaspekt hätte, dann könnte man überlegen, ob nicht der gezielte Zeitarbeitnehmereinsatz im Flächenarbeitskampf Grenzen unterliegt. Das ist das eine. Das zweite ist, es ist ja wohl in den Zeitarbeitstarifverträgen – Herr *Hinsen*, wenn ich mich täusche, dann berichtigen Sie mich – in einer Protokollnotiz zumindest gesagt, dass die Zeitarbeiter nicht eingesetzt werden sollen zum Durchbrechen einer Streiktaktik in der Fläche. Das ist natürlich wenig. Nehmen wir an, im Tarifvertrag stünde es normativ drin, dann sind wir doch sofort bei dem Problem, ob ein Entleiherarbeitsvertrag normativ den Zeitarbeitnehmereinsatz als Kampfmittel im Entleiherarbeitskampf regeln kann. Das ist ein tarifdogmatisch interessantes Problem.

Ludger Hinsen:

Wenn ich es einmal etwas flapsig sagen darf, aber da steckt schon ein **21** wahrer Kern drin: Wir wollen eigentlich in diese Frage nicht hineingezogen werden, um es einmal klar zu sagen, als Zeitarbeiter und -arbeitgeber. Wir haben es natürlich in unserem Tarifvertrag drin, wir als BZA, die Kollegen vom iGZ werden etwas Ähnliches haben, wir haben einen Ehrenkodex, der auch Grundlage unserer Mitgliedschaft ist, und da ist es außerdem auch noch einmal geregelt. Es ist aber nicht wesentlich anders geregelt als jetzt im AÜG und jetzt die entscheidende Frage ist: Handelt es sich um einen legalen Arbeitskampf? Was ist denn jetzt? Sie haben das *Flashmob*-Thema angesprochen. Wir sagen immer, wenn es sich um einen legalen Arbeitskampf handelt, da gehen wir heraus, da würde auch keines unserer Mitgliedsunternehmen Zeitarbeiter überlassen – man guckt immer so ein bisschen, was so gerade geht und dann stehen wir genau vor der Frage, ist das jetzt noch nach AÜG und nach unserem Ehrenkodex und nach dem Tarifvertrag ein legaler Streik oder nicht? Wir raten unseren Unternehmern – das haben wir an einem

konkreten Fall auch einmal deutlich gemacht –, eigentlich sehr vorsichtig zu sein und generell, wenn irgendetwas nach Streik riecht, dann nicht mehr hinzugehen. Unsere Unternehmen würden sich normalerweise an Streiks nicht beteiligen. Ich habe vor kurzem einer Betriebsrätekonferenz von ver.di in Hamburg beigewohnt und da ist diese Frage auch diskutiert worden. Ich habe die Kollegen von den Gewerkschaften ausdrücklich gebeten, mir Fälle zu benennen, wenn sie das Gefühl haben, da sind irgendwelche Dinge jetzt von unseren Mitgliedsunternehmen, die sie nicht akzeptieren können. Bisher (bis heute) ist jedenfalls kein einziger Fall gekommen.

Volker Rieble:

- 22 Dankeschön für die Auskunft. Immerhin haben wir jetzt gehört, dass die Zeitarbeitsunternehmen sich nicht an Streiks beteiligen. Herr *Platow*, wollen Sie dazu etwas sagen?

Rüdiger Krause:

- 23 Das ist ein interessantes dogmatisches Problem, was Sie angesprochen haben, Herr *Rieble*. Ich glaube aber nicht, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herangezogen werden kann, um Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers zu begrenzen, die darauf abzielen, den Streik leer laufen zu lassen. Der traditionelle Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besteht doch darin, zusätzliche Kampfmaßnahmen, die Öl ins Feuer gießen, zu limitieren, beispielsweise die Aussperrung, die den Kampfrahmen erweitert. Da kann ich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz arbeiten, während hier der Arbeitgeber Maßnahmen ergreift, die lediglich dazu führen sollen, die Drucksituation, der er sich ausgesetzt sieht, zu mildern. In einem solchen Fall scheint es mir nicht möglich zu sein, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heranzuziehen. Insoweit wäre eher die Frage einer Nachjustierung des Arbeitskampfinstrumentariums der Arbeitnehmerseite aufzuwerfen. Stichwort: Betriebsblockaden, wozu ich jetzt noch keine abschließende Meinung habe. Jetzt der Arbeitgeberseite es zu untersagen, etwa mit Unterlassungsverfügungen, derartige Maßnahmen vorzunehmen, da scheint mir kein Anknüpfungspunkt vorzuliegen.

Helmut Platow:

- 24 Ich sehe da auch auf dieser Ebene, auch eben mit langjähriger Erfahrung in Tarifaueinandersetzungen. Mir persönlich ist es – jetzt unjuristisch gesprochen – sympathischer, wenn die Tarifvertragsparteien im

dialektischen Prozess ihrer Arbeitskampfmethoden sind und eine Reaktion finden, wie man damit umgeht. Um das einmal an einem Praxisbeispiel deutlich zu machen: Das ist ja auch immer wieder der Alltag, dass man sich etwas Neues überlegen muss und die rechtlichen Grenzen dabei auch im Auge haben muss. In der Nachwendezeit, als die Magdeburger Zeitung – wie auch immer sie genau heißt – damals vom Bauer-Verlag übernommen worden ist und ein Tarifvertrag erkämpft werden sollte, und die Kampfsituation nicht besonders ausgeprägt war auf Arbeitnehmerseite, hat es da auch so etwas wie Blockaden gegeben. Das heißt, die Unterstützer auf Arbeitnehmerseite haben dann unerkannt auch das Tor dicht gemacht mit Ketten und sonst was. Wie das manchmal in Eskalationsphasen so ist. Dagegen ist der Arbeitgeber nicht nur gerichtlich vorgegangen – kann man ja auch verstehen – und hat gleichzeitig, weil er im Inland keine Menschen bekam – und jetzt komme ich zum Thema Fremdbeschäftigte oder Leiharbeiter – er hat Drucker aus Großbritannien mit dem Hubschrauber eingeflogen. Da ist uns bekannt geworden, dass er so etwas vor hat und dann haben wir Kontakt aufgenommen mit der Schwester- oder Brüdergewerkschaft in Großbritannien und das Ergebnis war, nachts, als der Hubschrauber in dem Gelände landete von Herrn *Bauer*, sprangen zehn Drucker heraus und in dem Moment, als sie aus dem Hubschrauber sprangen, hoben sie dann ihr Plakat „Wir streiken – *we strike*“. Ich wollte nur sagen, da denke ich jetzt nicht darüber nach, was ist rechtlich erlaubt oder nicht, sondern der erste Gedanke ist immer, wie kann man darauf reagieren. Wenn die Arbeitgeberseite sich etwas Intelligentes einfallen lässt müssen wir uns auch etwas Intelligentes einfallen lassen. Oder das Blockadeverfahren 1988 vor dem Bundesarbeitsgericht, das war keine von uns veranlasste Blockade. Die haben sich da selbst organisiert, eine Gulaschkanone vom Roten Kreuz, und da ist die Schlange so lang geworden, dass keiner mehr hereinkam. Aber ich sage das jetzt nicht, um hier zur Belustigung beizutragen, aber das ist der Arbeitskampfalltag. Kreativ, aber auf beiden Seiten. Bei der Süddeutschen vor Jahrzehnten oder wann das war, das waren die Wellenstreiks damals. Hinterher habe ich mit Herrn *Mayer* vom Arbeitgeberverband haben wir beide dazu referiert. Wie ging das denn überhaupt mit den Wellenstreiks und kann das die Arbeitgeberseite lange durchhalten? Herr *Mayer* meinte, das hätten wir nicht mehr lange durchgehalten. Die Arbeitgeber waren mit den Nerven fertig. Aber hier bei der Süddeutschen war es so, dass im Hof im Schlafsack schliefen die Studentinnen und Studenten, die dann als Aushilfskräfte in der Weiterverarbeitung arbeiten sollten. In diesem Augenblick, wo die dann wieder blitzartig die Arbeit niederlegen, damit die dann aus dem Schlafsack springen können nachts und das weitermachen können. Und dann muss man sich die nächste Etappe überlegen. Was ist, wenn die einen dann die Arbeiten übernehmen, dann müssen die LKW-Fahrer bestreikt werden,

damit die Zeitungen nicht ausgefahren werden. Bloß wenn das alles nicht mehr hinhaut, dann muss das Tor wieder dicht werden. Also das ist der Alltag. Wir versuchen ja nur, einen rechtlichen Rahmen dafür herzustellen oder hinterher zu konstruieren.

Gunter Smits, Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland, Berlin:

- 25 Ich habe gleich noch die Ehre, ein paar Worte an Sie richten zu dürfen, aber auch einen Punkt zur Praxis zu den letzten Fragen, die hier angeführt worden sind. Was macht ein Zeitarbeitnehmer? Kann er tatsächlich Streik brechen, ja oder nein? Auch da sollten wir uns einfach einmal die Realitäten anschauen. Ein Großteil der Zeitarbeitnehmer, die in den Betrieben eingesetzt werden, die bestreikt werden, können ohne den Stammmitarbeiter überhaupt nicht ihrer Aufgabe nachkommen und deshalb ist die entsprechende Verzichtsfraße seitens des BZA, die hier vorhin angesprochen worden ist, eben auch relativ leicht, den Zeitarbeitnehmer dort auch tatsächlich einzusetzen. Zumindest in einem Großteil von Betrieben funktioniert das eben nicht und deshalb ist es dann eben eine theoretische und akademische Diskussion, ob ich Zeitarbeitnehmer als Streikbrecher tatsächlich einsetzen kann oder nicht. Das funktioniert zum Teil im Einzelhandel. Da bin ich absolut bei Ihnen. Aber es funktioniert eben in der produzierenden Industrie, wo viele Helfer eingesetzt werden als Zeitarbeitnehmer, eben so nicht und dann muss man sich dort auch die entsprechenden speziellen Punkte und Fälle eben anschauen. Es ist zum Teil praktisch möglich, aber zum großen Teil auch pure Theorie.

Helmut Platow:

- 26 Ich wollte sagen, wenn am Flughafen die Feuerwehr streikt, dann ist das auch kein Zeitarbeitnehmer, völlig klar. Ich fand es eine lebendige Diskussion. Ich bedanke mich.

B. Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention – Die Sicht des Bundesverbandes Zeitarbeit

Referat Ludger Hinsen*

Rn.

I. Einleitung/Problemaufriss	1
II. Zeitarbeit als Branche	3
1. Zeitarbeit und Arbeitsmarkt	3
2. Die Zeitarbeit als Arbeitgeber	4
3. Zukunft der Zeitarbeit: strangulieren oder gestalten?	6
III. Tarifkonkurrenz und Mindestlohn in der Zeitarbeit	14
1. Ausgangslage	14
2. Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit	17
3. Staatsintervention und Wettbewerbsneutralität	19
4. Mindestlöhne in der Zeitarbeit	23
a) Abschaffung des AÜG	24
b) Die konsequente Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	25
c) Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns	28
d) Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach dem Tarifvertragsgesetz	29
e) Aufnahme der Zeitarbeit in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz	30
IV. Ausblick	31

* Ludger Hinsen ist Hauptgeschäftsführer des Bundesverbandes Zeitarbeit.

I. Einleitung/Problemaufriss

- 1 Die Zeitarbeit ist – jedenfalls in Deutschland – ein noch relativ junges Phänomen. Ihren insbesondere seit 2003 zu verzeichnenden Aufstieg verdankt sie Deregulierungen, die einer Entfesselung gleichkamen. Dennoch oder vielleicht gerade deshalb steht sie seit einiger Zeit im Mittelpunkt politischer Kontroversen. Die Zeitarbeit kommt in einigen Parteiprogrammen zur Bundestagswahl am 27.9. 2009 vor, sei es direkt, sei es indirekt als Beleg für angebliche oder tatsächliche soziale Missstände, denen etwa mit einem Mindestlohn beizukommen sei (vgl. zum Beispiel *Bundestagswahlprogramm der SPD*: „Wir werden Leiharbeitsverhältnisse rechtlich besser absichern. Neben einer Lohnuntergrenze gehört dazu auch die Stärkung des Prinzips ‚Gleicher Lohn für gleiche Arbeit‘. Nach einer angemessenen Einarbeitungszeit im gleichen Unternehmen soll der Grundsatz ‚equal pay‘ uneingeschränkt gelten. Die konzerninterne Verleihung wollen wir begrenzen“; *Bundestagswahlprogramm der Linken*: „Einfallstore für Niedriglöhne schließen: [...], Leiharbeit abschaffen“).
- 2 Dem folgenden Beitrag liegt die These zugrunde, dass die Zeitarbeit ein modernes Instrument der Beschäftigung ist, das einen integralen Bestandteil des Arbeitsmarkts der Zukunft darstellen muss und wird. Er versucht insbesondere am Beispiel der Tarifpolitik zu zeigen, dass eine Reihe der Diskussionspunkte, die derzeit noch kontrovers diskutiert werden, einer veralteten Sichtweise des Arbeitsmarkts entspringen und daher behindernde Regulierungen keineswegs zu rechtfertigen vermögen. Andererseits benötigt die Zeitarbeit einen Regulierungsrahmen, der es ihr ermöglicht, die positiven Wirkungen für den Arbeitsmarkt der Zukunft optimal zu entfalten.

II. Zeitarbeit als Branche

1. Zeitarbeit und Arbeitsmarkt

- 3 Die Zeitarbeit hat im Zuge der Hartz-Reformen einen geradezu dramatischen Aufschwung genommen. Waren in der Vergangenheit etwa 200.000 bis 300.000 Menschen beschäftigt, so stieg diese Zahl ab 2003 kontinuierlich und erreichte ihren vorläufigen Höhepunkt im August 2008 mit gut 800.000 Beschäftigten. Führt man sich vor Augen, dass nach einer Untersuchung des Instituts der Deutschen Wirtschaft¹ eine erhebliche Anzahl von Beschäftigten die Zeitarbeit als Durchgangsstation nutzen und entweder im Entleihbetrieb eine Anstellung finden (Klebeffekt: ca. 25 % der Beschäftigten) oder in anderer Weise in ein anderes Arbeitsverhältnis aus der Zeitarbeit heraus wechseln (Brückeneffekt: ca.

1 Vgl. *Institut der Deutschen Wirtschaft Köln (IW)*, Zeitarbeitsindex vom 23.4. 2008.

20 %), so lag die Anzahl der in der Zeitarbeit im Jahr 2008 insgesamt Beschäftigten sicherlich bei deutlich über einer Million Menschen. Die gegenwärtige Wirtschaftskrise hat diesen Aufschwung stark gebremst und zu einem massiven Stellenabbau geführt. Gegenwärtig sind noch circa 500.000 Menschen in der Zeitarbeit beschäftigt, das heißt mehr als ein Drittel weniger als im August 2008, immerhin aber noch deutlich mehr als zu Beginn der Hartz-Reformen. Derzeit geht die Branche von einem zweigeteilten Beschäftigungsmarkt aus, da in einigen Teilbereichen der Zeitarbeit, etwa wenn es um IT- oder Gesundheitsberufe geht, eher noch Arbeitskräfte gesucht werden. Auch regional stellt sich die Situation sehr unterschiedlich dar. Insbesondere in den Regionen, die stark durch den Automobilbau und dessen Zulieferer geprägt sind, zeigen sich dramatische Rückgänge in der Beschäftigung. In anderen Regionen, etwa solchen, die stark dienstleistungsgeprägt sind, ist das Gegenteil der Fall.

2. Die Zeitarbeit als Arbeitgeber

Der Grundform der Zeitarbeit liegt das so genannte „Dreiecksverhältnis“ zugrunde. Der Arbeitnehmer unterhält arbeitsvertragliche Beziehungen ausschließlich mit dem Zeitarbeitsunternehmen, bei dem er beschäftigt ist. Diese arbeitsvertraglichen Beziehungen unterscheiden sich grundsätzlich nicht von denjenigen beliebiger anderer Beschäftigungsverhältnisse. Mithin gilt das Kündigungsschutzrecht ebenso wie das Bundesurlaubsgesetz; selbstverständlich handelt es sich auch um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 AÜG). Damit unterscheidet sich die Zeitarbeit von der bloßen Personalvermittlung, in der das Unternehmen keinerlei Arbeitgeberfunktion ausübt (vgl. § 1 Abs. 2 AÜG). 4

Typischerweise wird die Arbeit des Beschäftigten nicht im Betrieb des Arbeitgebers, sondern im Kundenbetrieb geleistet. Dies wiederum beruht auf einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Kundenbetrieb und dem Zeitarbeitsunternehmen. Typischerweise wird auch das Direktionsrecht, das heißt die konkrete Planung der Arbeit bis hin zur Befugnis der Einweisung des Beschäftigten auf den Kundenbetrieb verlagert. Demgegenüber gibt es – von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. §§ 10 Abs. 1, 13 AÜG, § 28e SGB IV) – grundsätzlich keine über das Direktionsrecht hinausgehende rechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Kundenbetrieb, jedenfalls nicht kraft Gesetz. Selbstverständlich steht es den Parteien des Überlassungsvertrags frei, auch hier zu Regelungen zu kommen, die den Status des Arbeitnehmers im Kundenbetrieb regeln. Dabei geht es zum Beispiel typischerweise um die Nutzung betrieblicher Einrichtungen des Kundenbetriebs, etwa der Kantine oder des Betriebskindergartens. Zugleich mit der Arbeitgeberrolle wird auch die Zeitarbeit selbst als eigenständige, insbesondere von den „Kunden- 5

branchen“ unabhängige Branche konstituiert. Ausdrücklich bestätigt dies auch die Zeitarbeitsrichtlinie der Europäischen Union²; insbesondere die Vorbemerkungen betonen den eigenständigen Wert und Nutzen der Zeitarbeit.

3. Zukunft der Zeitarbeit: strangulieren oder gestalten?

- 6 Der Aufstieg der Zeitarbeit verdankt sich einer Gemengelage von rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen und ist – wie bereits dargelegt – eine unmittelbare Folge ihrer Deregulierung. Die im Zuge der Hartz-Reformen vorgenommene Aufhebung des Synchronisations-, Befristungs-, und Wiedereinstellungsverbots sowie der Wegfall der Begrenzung der Überlassungsdauer versetzten die Zeitarbeitsunternehmen in die Lage, ihren Kundenunternehmen die in den Zeiten der Globalisierung besonders notwendige Form der Flexibilisierung des Produktionsfaktors Arbeit in einer Weise anzubieten, die über die sonst nach dem geltenden Arbeitsrecht bestehenden Möglichkeiten hinausgehen. Auch ganz neue Formen von Personalgewinnung und Personalmanagement lassen sich mit Hilfe der Zeitarbeit verwirklichen. Mit dem Aufstieg der Zeitarbeit wuchs auch die Kritik an ihr, jedenfalls aus Teilen des Gewerkschaftslagers und der Politik. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht dabei die so genannte „Stammebelegschaft“, der Fokus richtet sich mithin fast ausschließlich auf den Einsatzbetrieb. Durch den Einsatz von Zeitarbeitnehmern drohe eine Spaltung der Belegschaft, wobei in unterschiedlichen Fallkonstellationen einmal die „Stammmitarbeiter“, im anderen hingegen die Zeitarbeitnehmer selbst zu den Benachteiligten und daher durch zusätzliche Regulierung zu schützenden Personengruppen erklärt werden. So diene die Zeitarbeit dazu, gut bezahlte Stammarbeitsplätze durch schlecht bezahlte Zeitarbeitnehmer zu ersetzen (so genannter „Substitutionseffekt“). Selbst wo dies nicht geschehe, diene schon die bloße Drohung mit dem Einsatz von Zeitarbeitnehmern der Disziplinierung der Stammebelegschaften und ihrer Gewerkschaften. Die Mitwirkungsrechte der Betriebsräte würden unterlaufen. Andererseits sei es den Zeitarbeitnehmern nicht zuzumuten, für die gleiche Arbeit an einem vergleichbaren Arbeitsplatz zum Teil deutlich weniger zu verdienen. So ordnen Teile des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) die Zeitarbeit ohne Umschweife den so genannten „prekären“ Beschäftigungsverhältnissen zu.
- 7 Auch der volkswirtschaftliche Nutzen der Zeitarbeit wird bestritten. Der Beitrag der Zeitarbeit zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit sei unbewiesen, denn schließlich wisse man ja nicht, wie viele „reguläre“ Beschäftigungsverhältnisse im konjunkturellen Aufschwung ohne die Zeit-

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

arbeit entstanden wären. Jetzt, in den Zeiten der Krise, zeige sich jedenfalls das wahre Gesicht der Zeitarbeit, denn die dort Beschäftigten seien die ersten, die entlassen würden.

Als Schlussfolgerung schlagen die Kritiker der Zeitarbeit daher vor, die 8
Deregulierung weitgehend zurückzunehmen und insbesondere auf eine
konsequente Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu
drängen. Tarifverträge sollten, wenn überhaupt, nur noch für verleihfreie
Zeiten eine Rolle spielen.

Dieser Kritik und der daraus gezogenen Schlussfolgerung liegt gleich ein 9
doppeltes Missverständnis zugrunde. Zum einen verkennt sie die Eigen-
ständigkeit der Branche Zeitarbeit, zum anderen ignoriert sie die
Chancen, die in dem Arbeitsmarkt der Zukunft nicht nur für die Unter-
nehmer, sondern gerade auch für die Beschäftigten stecken. Der Arbeits-
markt der Zukunft im Zeitalter der Globalisierung wird tendenziell mehr
statt weniger Flexibilisierung benötigen. Vor diesem Hintergrund wird
sich auch die Bedeutung des Begriffs „Stammbelegschaft“ verändern. Wie
uns die Trend- und auch die Arbeitsmarktforschung zeigen, werden ins-
besondere produktionsorientierte Unternehmen zwar auch künftig immer
noch eine Kernbelegschaft benötigen, die Träger der „Matrix“ eines
Unternehmens sein wird³. Diese wird sich jedoch drastisch verkleinern.
Darüber hinaus werden sich die Unternehmen aber in verstärktem Maße
jeglichen Instrumentarien bedienen, um auf die Anforderungen der
Märkte flexibel reagieren zu können.

Mit diesem Bedürfnis der Unternehmen korrespondiert ein grundlegender 10
Wandel in der Einstellung der Beschäftigten zu ihrer Arbeit. Abgesehen
davon, dass ein Rückschritt in den Arbeitsmarkt der 50er Jahre des
vorigen Jahrhunderts, in dem es als ein Ideal galt, in dem Unternehmen,
in dem man als Lehrling angefangen hat, seine berufliche Laufbahn nach
weiteren 40 Jahren, versehen mit einer goldenen Uhr des Vorstands, zu
beenden, gar nicht mehr möglich sein wird, entspricht dies auch nicht
mehr dem Bedürfnis der Beschäftigten nach einer Individualisierung der
eigenen Erwerbsbiografie. Arbeitgeberwechsel werden daher nicht mehr
die unerwünschte Ausnahme, sondern ein Mittel zum Zweck der beruf-
lichen Selbstverwirklichung werden. Flexibilität ist daher nicht nur eine
Notwendigkeit aus Sicht der Unternehmen, sondern auch die Bedingung
für ein gelungenes Erwerbsleben aus Sicht der Beschäftigten selbst.

Dabei bleiben die menschlichen Grundbedürfnisse nach sozialer Sicher- 11
heit und grundsätzlicher Planbarkeit der eigenen Lebensläufe ebenso
dominant wie das Bedürfnis nach Anerkennung der beruflichen Leistung

3 Vgl. *Matthias Horx*: „Die Zukunftsgesellschaft – wie wir leben werden“, www.bza.de.

und insbesondere nach einer angemessenen Bezahlung. Hier liegt die Chance der Zeitarbeit und zugleich auch eine Chance für die Gewerkschaften als Interessenvertreter der Beschäftigten. Statt die Zeitarbeit zu verteufeln, läge es vielmehr im Interesse der dort Beschäftigten, diese Branche im Zusammenwirken mit den Arbeitgebern so auszugestalten, dass sich die menschlichen Grundbedürfnisse der Beschäftigten nach sozialer Sicherheit mit den Anforderungen der Arbeitswelt hinsichtlich der Flexibilität miteinander verbinden (neudeutsch: „*Flexicurity*“). Und dass mittlerweile auch die „Stammbelegschaften“ diese Flexibilität zu schätzen wissen, kommt gerade in der Krise besonders nachdrücklich zum Ausdruck. Ohne dass laut darüber geredet wird, sind manche Stammmitarbeiter sehr froh, dass ihr Arbeitsplatz aufgrund der von der Zeitarbeit zur Verfügung gestellten Flexibilität gerade in der Krise wesentlich sicherer erscheint.

- 12 Und damit sind wir beim Kern des Themas: Der Gleichbehandlungsgrundsatz, der die Zeitarbeit sachwidrig in die Abhängigkeit anderer Branchen bringt, verkennet nicht nur den eigenständigen Charakter der Zeitarbeit, er behindert vielmehr auch die dringend notwendige Entwicklung dieser Branche als entscheidendes Element, das das Bedürfnis nach sozialer Sicherheit mit dem Bedürfnis nach Flexibilität verbinden kann. Die im AÜG eröffnete Möglichkeit, vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifverträge abzuweichen, ist daher schon zur Gestaltung des Arbeitsmarkts der Zukunft die bessere Alternative, als die konsequente Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die bloße Reduzierung des Tarifrechts auf die Gestaltung von verleihfreien Zeiten liegt damit letztendlich nicht einmal im Interesse der Beschäftigten selbst. Zwar ist nicht zu verkennen, dass in manchen Bereichen derzeit die Tarifröhne unter denen einzelner Branchentarifverträge liegen. Dies ist aber nicht systemisch bedingt und mag sich im Verlauf der Zeit auch noch zugunsten der Zeitarbeitnehmer verändern.
- 13 Letztendlich fällt der Vorwurf der Teilung der Belegschaft auf die Befürworter des Gleichbehandlungsgrundsatzes zurück: Ein Mitarbeiter bei einem Zeitarbeitsunternehmen ist ein Mitarbeiter des Zeitarbeitsunternehmens. Die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes würde letztendlich dazu führen, dass das Zeitarbeitsunternehmen seine eigenen Mitarbeiter völlig unterschiedlich bezahlen und behandeln müsste; auch der Beschäftigte selbst müsste sich je nach Einsatz mit völlig unterschiedlichen Arbeitskonditionen auseinandersetzen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wäre demnach geeignet, die Belegschaft der Zeitarbeitsunternehmen zu spalten.

III. Tarifkonkurrenz und Mindestlohn in der Zeitarbeit

1. Ausgangslage

Die Zeitarbeit ist, wie bereits dargelegt, in besonderer Weise und wesentlich stärker als andere Branchen reguliert. Nach der gesetzlichen Regelung der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG dürfen sich die wesentlichen Arbeitsbedingungen eines Zeitarbeitnehmers einschließlich seines Arbeitsentgelts für die Zeit der Überlassung nicht von denen eines vergleichbaren Arbeitnehmers, der unmittelbar beim Kundenbetrieb angestellt ist, unterscheiden. Von diesem Grundsatz kann durch Tarifvertrag abgewichen werden. 14

Diese Regelung stellt einen Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte negative Koalitionsfreiheit, das heißt die Freiheit, Koalitionen fernzubleiben, dar, weil das Zeitarbeitsunternehmen durch die Gleichstellungsverpflichtung an die tariflichen Vereinbarungen gebunden wird, die zwischen den Sozialpartnern des Kundenbetriebs getroffen worden sind⁴. Darüber hinaus greift diese Regelung auch in tragende Grundsätze der Tarifautonomie ein, indem die Zeitarbeitsunternehmen faktisch zum Abschluss von Tarifverträgen gezwungen werden, weil eine Gleichstellung mit den im Entleihbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen praktisch und wirtschaftlich nicht umsetzbar ist⁵. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen einen derartig massiven Eingriff in die Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie aller Beteiligten sind zwar geltend gemacht worden, konnten sich aber vor dem Bundesverfassungsgericht nicht durchsetzen⁶. 15

Die Systematik der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG ist nunmehr auch europarechtlich durch die am 5.12. 2008 in Kraft getretene Zeitarbeitsrichtlinie abgesichert⁷. Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie besagt, dass die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Zeitarbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Gemäß Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie wird es den Mitgliedstaaten jedoch gestattet, den Sozialpartnern die Möglichkeit einzuräumen, Tarifverträge aufrechtzuerhalten 16

4 Vgl. *Thüsing*, Equal pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446, 450; *Pelzner*, in: *Thüsing* (Hrsg.), AÜG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 98.

5 Vgl. *Hümmerich/Holthausen/Weslau*, Arbeitsrechtliches im Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, NZA 2003, 7, 10.

6 Vgl. BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, NZA 2005, 153, 154; BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255.

7 Vgl. Richtlinie 2008/104/EG (Fn. 2).

oder zu schließen, die vom Grundsatz des Abs. 1 abweichende Regelungen enthalten können.

2. Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit

- 17 Die genannte Einschränkung der Tarifautonomie in Verbindung mit der mangelnden Akzeptanz des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Branche hat letztlich dazu geführt, dass alle Zeitarbeitsunternehmen und auch alle Beschäftigten Tarifverträgen unterliegen. Insgesamt treten vier Arbeitgeberverbände und zwei Tarifgemeinschaften verschiedener Gewerkschaften als Tarifpartner auf. Neben den von diesen in unterschiedlichsten Konstellationen abgeschlossenen Flächentarifverträgen bestehen eine derzeit nicht gänzlich überschaubare Fülle von Haustarifverträgen, die im Wesentlichen mit den Christlichen Gewerkschaften (CGZP) abgeschlossen worden sind.

18 Aktuelle tarifliche Bruttostundenlöhne in der Zeitarbeit:

Verband	Einstiegsgehalt in €		Gehalt ab dem 7. Beschäftigungsmonat in €	
	West	Ost	West	Ost
Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA)	7,38	6,42	7,38	6,42
Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (IGZ)	7,51	6,50	7,51	6,50
Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP)	6,53	6,00	7,21	6,00
Tarifgemeinschaft Zeitarbeitsunternehmen in der BVD	6,50	6,00	7,18	6,00

3. Staatsintervention und Wettbewerbsneutralität

Der dargestellte Zwang, Tarifverträge abschließen zu müssen, hat in der Branche zu Ausweichreaktionen geführt. Insbesondere die Tariftgemeinschaft der Christlichen Gewerkschaften hat Flächen- und vor allem Haustarifverträge geschlossen, die Stundenlöhne vorsahen, die selbst einer einzelnen Person kein Einkommen zur Verfügung stellten, das über Hartz IV lag. In der Konsequenz gab es im September 2007 noch mehr als 90.000 so genannte Aufstocker, das heißt solche Personen, die ergänzende Sozialleistungen durch den Staat beziehen mussten, um ein menschenwürdiges Dasein zu fristen. Besonders bemerkenswert ist, dass zu diesen Aufstockern weitaus überwiegend solche Personen gehörten, die Vollzeit arbeiteten⁸. Damit hat die Aussage einer IAB-Studie, wonach der Hauptgrund für Aufstockung nicht etwa zu geringe Löhne, sondern zu geringe Beschäftigung sei⁹, jedenfalls für die Zeitarbeit keine Bedeutung.

Damit steht aber die Branche in der Tat vor einem fast absurden Ergebnis. Der gesetzliche Zwang, Tarifverträge abschließen zu müssen, führt in Verbindung mit Tarifverträgen, denen „Verhandlungen“ zugrunde liegen, die keinesfalls dem Leitbild des Art. 9 Abs. 3 GG entsprechen dürften, im Ergebnis dazu, dass der Staat zu einer weiteren Intervention gezwungen ist, nämlich einer Vielzahl von Beschäftigten in der Zeitarbeit zusätzliche Unterstützung zu gewähren. Ganz unabhängig von den sozialpolitischen Dimensionen dieses Vorgangs bedarf die wettbewerbsrechtliche Situation dieser Vorgehensweise einer näheren Betrachtung.

Grundsätzlich ist der Staat aufgerufen, die Rahmenbedingungen für einen fairen Wettbewerb zu gestalten und sich selbst in dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Unternehmen neutral zu verhalten. Ersteres tut der Staat etwa durch das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Aus § 20 Abs. 4 Nr. 2 GWB ergibt sich das Verbot, Waren oder gewerbliche Leistungen systematisch unter Einstandspreis anzubieten, um damit Wettbewerber *qua* Marktmacht aus dem Wettbewerb herauszudrängen. Auch wenn diese Vorschrift nicht unmittelbar auf die Verhältnisse in der Zeitarbeit passt, trifft der Rechtsgedanke durchaus zu. In dem Bereich einfach gelagerter Tätigkeiten ist der Preis die entscheidende Determinante für ein Entleihunternehmen, mit welchem Zeitarbeitsunternehmen es einen Überlassungsvertrag abschließen soll. Es liegt auf der Hand, dass ein Unternehmen, das wesentlich geringere Löhne zahlt und demzufolge den Preis der entscheidenden Ressource, nämlich der menschlichen Arbeitskraft, anders kalkulieren kann, einen Wettbewerbs-

8 Vgl. BT-Drucks. 16/9657, S. 3.

9 Vgl. Dietz/Müller/Trappmann, Bedarfsgemeinschaften im SGB II: Warum Aufstocker trotz Arbeit bedürftig bleiben, IAB-Kurzbericht 2/2009, S. 2.

vorteil gegenüber demjenigen Unternehmen hat, das höhere Löhne zahlt und demzufolge auch höhere Preise aufrufen muss.

- 22 Dies wäre wettbewerbsrechtlich unbedenklich und in einer Marktwirtschaft geradezu erwünscht, wenn diese Lohnverzerrung nicht durch den Staat selbst ermöglicht, wenn nicht sogar hervorgerufen wird. Der Staat, der überall sonst für fairen Wettbewerb sorgt, tut dies in der Zeitarbeit nicht nur nicht; vielmehr trägt er selbst zur Wettbewerbsverzerrung bei, indem er Löhne, die bei weitem nicht zur Lebensführung ausreichen – also quasi unter Einstand liegen – auf ein erträgliches Maß subventioniert. Dass diejenigen Unternehmen und deren Beschäftigte, die auskömmliche Löhne vereinbart haben und daher dem Steuerzahler nicht zur Last fallen, sondern im Gegenteil selbst Steuern zahlen, für ihr vorbildliches Verhalten vom Staat bestraft werden, indem dieser gerade diese Steuermittel nimmt, um damit die Konkurrenz zu subventionieren, treibt die Absurdität dieses Vorgangs auf die Spitze. Mit fairem Wettbewerb unter marktwirtschaftlichen Bedingungen hat dies nichts mehr zu tun. Vielmehr verstößt eine solche Vorgehensweise des Staates und die Hinnahme solcher Verhältnisse nicht nur gegen das sozialpolitische Anliegen der Tarifautonomie, sondern auch gegen grundlegende Prinzipien der Wettbewerbsneutralität des Staates.

4. Mindestlöhne in der Zeitarbeit

- 23 Ist es aber der Staat, der durch seine Staatsintervention – das AÜG greift in die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ein – den Wettbewerb insbesondere durch Sozialleistungen verzerrt, so muss er auch selbst für eine Korrektur dieses von ihm hervorgerufenen Ergebnisses sorgen. Die sich dazu anbietenden Lösungsmöglichkeiten müssen höherrangigem Recht genügen.

a) Abschaffung des AÜG

- 24 Ob eine Gleichbehandlung der Branche „Zeitarbeit“ durch Abschaffung der Restriktionen des AÜG auf lange Sicht auch zur Verbesserung der Lohnverhältnisse der Beschäftigten und damit zur Wiederherstellung der Wettbewerbsneutralität des Staates beitragen würde, kann dahingestellt bleiben: Durch Art. 5 der Zeitarbeitsrichtlinie der Europäischen Union bleibt die grundsätzliche Struktur der Lohnfindung nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz mit der Abweichungsmöglichkeit durch Tarifverträge das europarechtlich festgeschriebene Leitbild der Branche auch in Deutschland.

b) Die konsequente Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Das der Gleichbehandlungsgrundsatz die Entwicklung der Zeitarbeit und des Arbeitsmarktes der Zukunft behindert, wurde bereits dargelegt (vgl. oben II 3). 25

Das gesetzliche Vorschreiben fremdbestimmter Arbeitsbedingungen stellt zudem einen massiven Eingriff in die unternehmerische Handlungsfähigkeit dar, denn das Zeitarbeitsunternehmen hat als (alleiniger) Arbeitgeber des Zeitarbeitnehmers sämtliche Beschäftigungsrisiken zu tragen, wobei ihm gleichzeitig das Recht auf Lohnfindung genommen wird. Darüber hinaus würde die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwangsläufig eine erhebliche Verteuerung und Bürokratisierung der Zeitarbeit bedeuten. Allein die Ermittlung und Bewertung der im Einsatzbetrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts bedeuten einen immensen Personal- und Zeitaufwand, der insbesondere von den kleinen und mittleren Zeitarbeitsunternehmen nicht zu bewältigen ist. Vor allem im Bereich der zu überlassenden Helfer würden sich die Verrechnungssätze bei Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erheblich erhöhen, mit der Folge, dass gerade die so genannten Problemgruppen am Arbeitsmarkt, die vorwiegend im Helferbereich eingesetzt sind, auch über die Zeitarbeit kaum noch eine Chance hätten. Die Verteuerung und Bürokratisierung der Zeitarbeit hätte konsequenterweise eine sinkende Nachfrage dieser Dienstleistung zur Folge. Nicht zuletzt scheitert die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes an der Mitwirkung der Kundenbetriebe. Denn die Kundenbetriebe wären gezwungen, ihre Vergütungsstrukturen offen zu legen, um die Gleichbehandlung des Zeitarbeitnehmers zu ermöglichen. Zeitarbeitnehmer haben bereits nach der aktuellen Gesetzeslage gemäß § 13 AÜG bei Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen direkten Auskunftsanspruch gegen den Kundenbetrieb, der gegebenenfalls auch gerichtlich durchsetzbar wäre. Ein Zeitarbeitnehmer könnte also, ohne selbst Arbeitnehmer des Kundenbetriebs zu sein, diesen auf Offenlegung seiner wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich der Gehaltsstrukturen in Anspruch nehmen. Dazu sind Kundenunternehmen verständlicherweise nicht bereit, zumal sie oft nicht nur mit einem Zeitarbeitsunternehmen zusammenarbeiten. Zudem führt die Regelung auch zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der betrieblichen Gleichbehandlung, denn Zeitarbeitnehmer, die bei dem gleichen Zeitarbeitsunternehmen beschäftigt sind und bei verschiedenen Kunden die gleiche Tätigkeit ausüben, würden unterschiedlich entlohnt werden. 26

Die konsequente Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Tariföffnungsklausel stößt zudem auf verfassungsrechtliche Bedenken. Zum einen stellt die Bindung des Zeitarbeitsunternehmens an die 27

Regelungen der Tarifverträge im Kundenunternehmen einen Eingriff in die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit dar. Zum anderen greift der Gesetzgeber, wenn er das Arbeitsentgelt und die wesentlichen Arbeitsbedingungen regelt, in das Vorbehaltsgut der Tarifparteien und damit in die ebenfalls durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifaufonomie ein¹⁰. Diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 29.12. 2004 ausgeführt, dass die gesetzliche Verankerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dennoch verhältnismäßig sei, weil durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel das Betätigungsrecht der Tarifvertragsparteien nicht eingeschränkt worden sei¹¹.

c) Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns

- 28 Auch ein gesetzlicher Mindestlohn stellt einen massiven Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Tarifaufonomie dar. Diese soll eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens gewährleisten, „bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrags grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat. Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung freigelassenen Raum in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen.“¹² Ein gesetzlich festgelegter, nicht tarifgestützter Mindestlohn träge den Nerv dieser grundrechtlich geschützten Tarifaufonomie¹³. Darüber hinaus bestehen Zweifel an der Geeignetheit eines staatlichen Mindestlohns, da ein vom Gesetzgeber und damit von der Politik festgelegter Mindestlohn manipulationsanfällig ist und nicht davon auszugehen ist, dass die Politik die Situation einer spezifischen Branche besser beurteilen kann, als die zuständigen Tarifparteien. Das Bundesverfassungsgericht bestätigt diese Auffassung und begründet sie wie folgt: „Das Zurücktreten des Staates zugunsten der Tarifparteien gewinnt seinen Sinn ebenso sehr aus dem Gesichtspunkt, dass die unmittelbar Betroffenen besser wissen und besser aushandeln können, was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse entspricht, als der demokratische Gesetzgeber, wie

10 Vgl. *Bayreuther*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, NZA 2005, 341, 342.

11 Vgl. BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 (Fn. 6), 154.

12 Vgl. BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74 (Fn. 6).

13 Vgl. *Fischer*, Gesetzlicher Mindestlohn – Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit?, ZRP 2007, 20.

aus dem Zusammenhang mit dem für die Gestaltung nicht öffentlich-rechtlicher Beziehungen charakteristischen Prinzip der ‚Privatautonomie‘, im Grunde also der Entscheidung des Grundgesetzes zugunsten des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates.“¹⁴ Auch hier gilt daher, dass die Lösung des Problems durch einen milderen Eingriff in die Tarifautonomie vorzuziehen ist. Daher kommt einer von den Koalitionsparteien im Grundsatz erwogenen, wenn auch in den Einzelheiten nicht festgelegten Einführung einer gesetzlichen Lohnuntergrenze in das AÜG bestenfalls nachrangige Bedeutung zu.

d) Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach dem Tarifvertragsgesetz

Für eine solche Lösung spricht, dass die Tarifparteien, anders als bei einem gesetzlich festgelegten Mindestlohn, einen maßgeblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Löhne behalten. Allerdings ist die Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG allein nicht geeignet, die zukünftigen Probleme der Zeitarbeitsbranche vollständig zu lösen. Nach Aufhebung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Jahre 2011 ist jedoch fest damit zu rechnen, dass Zeitarbeitsunternehmen aus den neuen osteuropäischen Mitgliedstaaten in erheblichem Maße Zeitarbeitsdienstleistungen auch in Deutschland anbieten werden. Dabei würden die Zeitarbeitnehmer auf der Grundlage ausländischer Tarifverträge entlohnt, die das heimische – besonders in den EU-Oststaaten wesentlich geringere – Lohnniveau widerspiegeln. Ein Wettbewerb auf der Grundlage fairer Arbeitsbedingungen wäre bei diesen unterschiedlichen Rahmenbedingungen keineswegs möglich. Daher ist es unbedingt erforderlich, dass ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag auch für ausländische Zeitarbeitsunternehmen bindend ist. Um Unsicherheiten, die sich aus Überschneidungen des Regelungsgehalts der Entsenderichtlinie und der Zeitarbeitsrichtlinie auf grenzüberschreitende Zeitarbeit ergeben mögen, zu vermeiden, ist die Aufnahme der Zeitarbeit in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in jedem Fall sinnvoll. Denn nach § 1 AEntG ist Ziel dieses Gesetzes die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen.

14 Vgl. BVerfG 27.2. 1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307, 316.

e) Aufnahme der Zeitarbeit in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz

- 30 Mit der Aufnahme der Zeitarbeit in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie der anschließenden Allgemeinverbindlicherklärung nach § 7 AEntG steht ein Instrumentarium zur Verfügung, das die vorgenannten Nachteile weitgehend vermeidet und gleichwohl zu einer Lösung des Problems von wettbewerbswidrigen Dumpinglöhnen beiträgt. Mit der Aufnahme in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz würde der Gesetzgeber deutlich machen, dass er wettbewerbswidrige Löhne in der Branche Zeitarbeit nicht hinzunehmen gewillt ist. Eine Ausdehnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auch auf die Zeitarbeitsbranche wäre verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß, weil sich der Mindestlohntarifvertrag auf diejenigen Lohngruppen beschränken würde, in denen der Staat – wie bereits dargelegt, durch Aufstockung – den Wettbewerb verzerren muss. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung würde lediglich vorgegeben, welcher Lohn in der untersten Entgeltgruppe zu zahlen ist. Alle übrigen Entgeltgruppen und Bestimmungen der Mantel-, Entgelt- und Entgeltrahmentarifverträge blieben davon unberührt. Der Einwand, ein derartiger Mindestlohn sei ungeeignet, weil es auch dann zu Situationen kommen kann, in denen der Staat mit Sozialleistungen aufstocken muss, etwa bei Alleinverdienern mit Familie, greift nicht durch. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten kommt es allein darauf an, wie der Zeitarbeitsunternehmer den Lohn der Person in seine Angebote einpreisen muss, die dann tatsächlich überlassen sind. Wenn der Staat daneben aus familienpolitischen oder anderen Erwägungen Hilfe gewährt, vermag dies den Wettbewerb nicht negativ zu beeinflussen.

IV. Ausblick

- 31 Die Zeitarbeit ist eine moderne Form der Beschäftigung, die idealer Weise soziale Sicherheit mit einem Höchstmaß an Flexibilität und Qualifizierung in der Beschäftigung verbindet. Ihr eigentliches Potenzial wird sich überhaupt erst in der Zukunft entfalten. Der Staat ist aufgerufen, den rechtlichen Regulierungsrahmen so zu gestalten, dass Zeitarbeit die optimalen Bedingungen zum Nutzen der Volkswirtschaft entfalten kann. Eine Orientierung an marktwirtschaftlichen Leitbildern, insbesondere denen eines fairen Wettbewerbs, ist dabei anzustreben. Ein nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz für allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohn ist notwendig, um die sozialen Bedürfnisse der Beschäftigten zu sichern und zugleich einen fairen, von Staatsinterventionen freien Wettbewerb zu ermöglichen.

C. Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention – Die Sicht der Christlichen Tarifgemeinschaft

Referat Gunter Smits*

Rn.

I. Zur Geschichte	7
II. Welche Gewerkschaftstypen gibt es?	11
III. Was ist Gewerkschaftskonkurrenz?	13
IV. Tarifkonkurrenz versus Tarifpluralität	17
V. Warum es im Interesse der Gewerkschaften ist, Tarifverträge in der Zeitarbeit zu schließen	23
VI. Gesetzlicher Mindestlohn für die Zeitarbeit?	28
VII. Nachwirkender Tarifvertrag und Gleichstellungsgrundsatz nach dem AÜG	32
VIII. Zusammenfassung	36
Diskussion der Referate Hinsen und Smits	37

* Gunter Smits ist Generalsekretär des Christlichen Gewerkschaftsbunds (CGB).

- ¹ „Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention, die Sicht der christlichen Tarifgemeinschaft,“ so das Thema, das mir vom Veranstalter gestellt worden ist. Dieses Thema hat insoweit tagesaktuell ein wenig an politischer Brisanz verloren, weil aufgrund der nahenden Bundestagswahl die Frage nach Mindestlöhnen in der Zeitarbeit vorerst hinten angestellt zu sein scheint. Der CGB ist sich aber sicher, dass spätestens im Jahr 2010 eine neue Phase in dieser Diskussion anbrechen wird. Die Zeitarbeit ist nicht oder noch nicht Gegenstand des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und deshalb wird die Aufhebung der Schranken zur Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der gesamten Europäischen Union im Jahr 2011 die Diskussion anheizen, um Mindestarbeitsbedingungen für Zeitarbeiter aus den europäischen Nachbarländern auch in Deutschland festzuschreiben.
- ² Im Gegensatz zu den meisten Branchen, die im neuesten Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen worden sind ist in der Zeitarbeit mit einer Entsendefrage/-problematik zu rechnen. Schließlich liegt es in der Natur der Zeitarbeit, dass Zeitarbeiter in fremde Betriebe für eine gewisse Zeit entsandt werden. Dies geschieht in bestimmten Fachbereichen schon heute über Hunderte von Kilometern innerhalb Deutschlands. Wieso sollen innereuropäische Grenzen vor dieser Entwicklung Halt machen?
- ³ Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschland rechnet also mit einer erneuten Diskussion in dieser Frage spätestens im Jahr 2010. Dabei sieht der CGB in dieser Frage vor allem die Gefahr, dass durch gesetzgeberische Maßnahmen Monopole geschaffen werden, die nicht ausschließlich zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausfallen. Es besteht eine Gefahr der Staatsintervention zu Lasten von frei gebildeten Tarifvertragskoalitionen.
- ⁴ Aber auch in anderer Hinsicht ist die Zeitarbeit heute schon bestimmten gesetzgeberischen Maßnahmen unterworfen, die als staatsinterventionistisch angesehen werden können oder müssen.
- ⁵ Und dennoch erscheint es schwierig, dieses Thema richtig zu fassen. Es ist deshalb zuerst einmal kurz auf historische Entwicklungen der Gewerkschaftsbewegung in Deutschland einzugehen. Denn aus Sicht des Christlichen Gewerkschaftsbundes Deutschlands besteht in der Öffentlichkeit eine völlig falsche Wahrnehmung über die Gewerkschaftslandschaft im Allgemeinen. Dabei wird die Zeitarbeit als eine Besonderheit wahrgenommen, die sie in unserem Tarifwesen hinsichtlich Gewerkschaftspluralismus sein soll, aber gar nicht ist. Außerdem sind einige Begriffsbestimmungen vorzugeben, da diese Konsequenzen für die Tarifvertragslandschaft ergeben, wie sie sich in Deutschland tatsächlich darstellt.

Es bedarf der Definition, was Gewerkschaftspluralismus ist. Es ist festzuhalten, welche Gewerkschaftstypen es gibt. Es ist eine kurze Festlegung des tarifpolitischen Selbstverständnisses christlicher Gewerkschaften vorzunehmen. Hinzu kommen Festlegungen zur Frage, was Gewerkschaftskonkurrenz im Gegensatz zu Gewerkschaftspluralismus ist. Gewerkschaftskonkurrenz unterscheidet sich von Tarifkonkurrenz, und dieses ist wiederum etwas anderes als Tarifpluralität. Alle Begrifflichkeiten müssen erklärt werden, um eine strukturierte Beantwortung der Frage zu ermöglichen, unter welchen Voraussetzungen durch Staatsintervention in die Tarifautonomie in der Zeitarbeit eingegriffen werden könnte und sollte. 6

I. Zur Geschichte

Die alliierten Kontrollmächte haben sich schon sehr früh darauf festgelegt, dass die Gewerkschaften in den Besatzungszonen so genannte „Einheitsgewerkschaften“ sein sollten. Es gab ein erstes Treffen des Bischofs von Osnabrück, *Berning*, und des Erzbischofs von Paderborn, *Jäger*, mit dem britischen Befehlshaber General *Templer* am 16.8. 1945, welches zum Ziel hatte, die Wiedergründung der christlichen Gewerkschaftsbewegung der Weimarer Republik vorzubereiten. In dem Gespräch wurde den Bischöfen übermittelt, dass es einen gemeinsamen Beschluss der alliierten Kontrollmächte gebe, die Einheitsgewerkschaft in Deutschland zu etablieren. Einheitsgewerkschaft bedeutet demnach, dass nur eine Gewerkschaft im Betrieb oder in der Branche allein alle Beschäftigungsverhältnisse organisieren oder repräsentieren soll. So wurde den Initiativen, christliche Gewerkschaften in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg wiederzugründen, schon früh die Chance der baldigen Realisierung genommen. 7

Neugründungen christlicher Gewerkschaften konnten, mit Ausnahme des Saargebiets und des Bundes der Hotel-, Restaurant- und Café-Angestellten – Union Ganymed – erst wieder nach dem 23.5. 1949 erfolgen. Die christlichen Angestelltengewerkschaften, der Verband der weiblichen Angestellten und der Deutsche Handlungsgehilfen Verband gründeten sich bereits 1949/1950 wieder, die christlichen Arbeitergewerkschaften bildeten sich ab 1954 wieder, nachdem eine Fraktionslösung unter dem Dach des DGB nach österreichischem Vorbild endgültig gescheitert war. Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands als Dachorganisation der christlichen Gewerkschaften gründete sich am 27.6. 1959 in Mainz. 8

Gewerkschaftspluralismus war damit spätestens seit den 1950er Jahren in Deutschland Realität. Auch die Zulassung von Gewerkschaften des Deutschen Beamtenbundes und der Deutschen Angestellten Gewerkschaft ab 1946 durch die alliierten Kontrollmächte unterstreicht, dass es Gewerkschaftspluralismus bereits unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg 9

wieder gab. Es war demnach nicht so, dass die Alliierten konsequent den Einheitsgewerkschaftsgedanken etablierten. Der Gewerkschaftspluralismus ist also keine Erfindung der letzten Jahre oder der Zeitarbeit, sondern er ist Bestandteil deutscher Geschichte, auch der deutschen Nachkriegsgeschichte.

- 10 Auch christliche Gewerkschaften haben seit Jahrzehnten an den Arbeitsbedingungen in der Bundesrepublik mitgewirkt und auch das nicht erst seit einigen Jahren, seitdem es die Zeitarbeit gibt. Als Beispiele seien hier nur zwei kleine Gewerkschaften unter dem Dach des CGB genannt, die Gewerkschaft Kunststoffverarbeitung und Holzgewerbe im CGB (GKH), die die Tarifführerschaft im deutschen Tischlerhandwerk trägt. Oder auch der Arbeitnehmerverband der deutschen Milchkontroll- und Tierschutzbediensteten (ADM), der die Tarifarbeit bei der Milchkontrolle seit Jahrzehnten dominiert. Aber auch in der Metall- und Elektroindustrie oder im Wach- und Sicherheitsgewerbe sind CGB-Gewerkschaften seit über zehn Jahren Tarifführer.

II. Welche Gewerkschaftstypen gibt es?

- 11 Zu unterscheiden ist zwischen Branchengewerkschaften und Berufsgewerkschaften. Während unter der Vorstellung der „Einheitsgewerkschaft“ nur die Möglichkeit bestand und besteht, sich in Form einer Branchenzuständigkeit zu definieren, gab es seit jeher auch das Modell der Berufsgewerkschaft. Berufsgewerkschaft heißt, dass es ganz bestimmte Berufe sind, die sich in einer Gewerkschaft vereinigen. Dabei kommt es nicht darauf an, wo der Beschäftigte berufstätig ist, sondern seine gewerkschaftliche Zugehörigkeit definiert sich aus der ausgeübten Berufstätigkeit. Bekannte Berufsgewerkschaften sind zum Beispiel der Marburger Bund oder die Vereinigung Cockpit.
- 12 Unter dem Dach des CGB finden sich Branchengewerkschaften wie die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM) und Berufsgewerkschaften wie die DHV – Die Berufsgewerkschaft e.V., die seit jeher kaufmännische und verwaltende Berufe organisiert. Alle eint der Wille, dass in einer strategischen tarifpolitischen Ausrichtung Tarifverträge für alle Beschäftigungsverhältnisse im jeweiligen Betrieb oder der jeweiligen Branche geschlossen werden sollen. Die Durchsetzung von Partikularinteressen in Tarifverträgen nur für bestimmte Berufsgruppen, wie sie manch einer Berufsgewerkschaft nachgesagt werden, liegt der Tarifpolitik aller CGB-Gewerkschaften, seien es Branchengewerkschaften oder Berufsgewerkschaften, fern. Da nach dem Selbstverständnis des CGB mehrere Gewerkschaften in einer Branche als Tarifvertragsparteien auftreten können, streben diese regelmäßig auch mehrgliedrige Tarifverträge an, die dann alle Beschäftigungsverhältnisse zweifelsohne repräsentieren.

III. Was ist Gewerkschaftskonkurrenz?

Gewerkschaftskonkurrenz kann sich bei dem Konzept der Einheitsgewerkschaft nicht ergeben. Wenn ein gesellschaftlicher Konsens besteht, dass Einheitsgewerkschaften in Form von Einzelgewerkschaften bestehen sollen, so ist Gewerkschaftskonkurrenz und damit auch Tarifvertragskonkurrenz ausgeschlossen. Dies ist das Selbstverständnis der Gewerkschaften, die sich im Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) zusammengeschlossen haben und ergibt sich auch aus der Satzung des DGB. Der DGB hat dafür seiner Satzung eine Richtlinie über die Abgrenzung der Organisationsbereiche beigefügt. In Ziffer 2 a. der Richtlinie definiert der DGB das strikte Prinzip, dass nur eine Gewerkschaft im Betrieb auftreten darf. 13

Dieser Konsens ist vom Gesetzgeber jedoch nicht angeordnet, im Gegenteil. Als nicht verrückbares Verfassungsrecht steht es jedem Bürger frei, Vereinigungen zu gründen, um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für jedermann und alle Berufe zu fördern, so Art. 9 Abs. 3 GG. Das hat zwingend zur Folge, dass die Gewerkschaftskonkurrenz als verfassungsrechtliches Gut gegeben ist. Als Folge ist zu beobachten, dass sich neben den DGB-Gewerkschaften sowohl weltanschaulich orientierte Branchengewerkschaften gebildet haben, als auch die Tatsache, dass Berufsgewerkschaften in Deutschland existieren. Damit treten in Betrieben und Branchen regelmäßig mehr als eine Gewerkschaft auf, die sich in ihrem satzungsgemäßen Auftrag, die Interessen für alle Arbeitnehmer oder bestimmte Berufsgruppen zu vertreten, zumindest teilweise überschneiden. 14

Diese Gewerkschaftskonkurrenz hat im Selbstverständnis der Tarifvertragskartelle bis in die 1990er Jahre eine eher untergeordnete Rolle gespielt. Auch wenn die Deutsche Angestellten Gewerkschaft kein Mitglied des Deutschen Gewerkschaftsbundes war, sondern eine eigenständige und unabhängige Standesgewerkschaft (die des Standes der Angestellten im arbeitsrechtlichen Sinne), so hat sie mehr oder weniger friedlich gemeinsam mit den jeweiligen Branchengewerkschaften des DGB Tarifverträge für Angestellte abgeschlossen. Erst mit der Fusionswelle unter dem Dach des DGB änderte sich daran etwas entscheidend. Waren unter dem Dach des DGB im Jahre 1994 noch 16 Gewerkschaften organisiert, so sind es heute nur noch acht, wobei die Deutsche Angestellten Gewerkschaft ebenfalls durch Fusion auf die Gewerkschaft verdi unter das Dach des DGB geschlüpft ist. 15

Als Reaktion ist zu beobachten, dass eine einheitliche Tarifpolitik unter Einbeziehung aller Gewerkschaften beziehungsweise Berufsverbände für die jeweilige Branche oder den jeweiligen Betrieb nicht mehr in dem Maße angestrebt wird, wie dies bis in die 1990er Jahre hinein der Fall war. Daraus ergibt sich nun im Grundsatz die Möglichkeit einer faktischen 16

Tarifkonkurrenz. Theoretisch bestand die Tarifkonkurrenz schon seit 1949.

IV. Tarifkonkurrenz versus Tarifpluralität

- 17 Tarifkonkurrenz im eigentlichen Sinne ist die Konkurrenz zweier oder mehrerer Tarifverträge, die auf ein und dasselbe Arbeitsverhältnis Anwendung finden können. Es muss demnach davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber, bei dem das Arbeitsverhältnis besteht, auch tatsächlich mehr als einen Tarifvertrag auf sich anwenden kann. Dies kann dadurch geschehen, dass er mit konkurrierenden Gewerkschaften Tarifverträge abgeschlossen hat, die nicht inhaltsgleich sind, sich aber in ihrem Geltungsbereich überschneiden. Das kann aber auch durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme Klauseln geschehen. Der einheitliche Tarifvertrag besteht nicht mehr im Betrieb, sondern es kommen unterschiedliche Tarifverträge in ein und demselben Betrieb zum Tragen. Die Rechtsprechung lässt dieses Modell zwar heute nicht oder allenfalls eingeschränkt zu, aber es ist theoretisch denkbar, dass in ein und demselben Betrieb für ein und dasselbe Beschäftigungsverhältnis zwei Tarifverträge zur Anwendung kommen könnten.
- 18 Die Rechtsprechung hat bislang die Frage der Tarifvertragskonkurrenz nach dem Spezialitätsgrundsatz auflösen können. Sie hat den spezielleren Tarifvertrag oder dem Tarifvertrag, der betriebsnäher war, dem vorgezogen, der eine größere Ferne zum Betrieb aufwies. Der Firmentarifvertrag erhielt danach den Vorrang vor dem Flächentarifvertrag. Damit ist die Rechtsprechung auch bis heute ausgekommen, auch wenn die Frage nach der Tarifeinheit im Betrieb seit einigen Jahren strittig diskutiert wird. Aus Sicht des CGB ist die Tarifeinheit im Betrieb wünschenswert, denn nur so kann dem Auspielen verschiedener berufsgruppenspezifischer Partikularinteressen zu Lasten einer Berufsgruppe in Tarifverträgen erfolgreich begegnet werden.
- 19 Tarifvertragspluralität hingegen unterscheidet sich von der Tarifvertragskonkurrenz. Tarifvertragspluralität findet sich zum Beispiel in der Zeitarbeit wieder. Es haben sich unterschiedliche Tarifvertragskoalitionen herausgebildet. Diese haben je ein in sich abgeschlossenes Tarifvertragswerk, welches auf alle Beschäftigungsverhältnisse des jeweiligen Geltungsbereichs des Tarifvertrags Anwendung findet. So gesehen handelt es sich in diesem Falle also um eine Konkurrenz zwischen verschiedenen Tarifvertragskoalitionen und nicht um einen Wettbewerb von Tarifverträgen in ein und demselben Betrieb. Der CGB begrüßt die Konkurrenz von in sich geschlossenen Tarifvertragskoalitionen. Damit wird dem Ordnungsprinzip der Tarifautonomie entsprochen, ohne dass die Tarifeinheit im Betrieb aufgegeben werden muss.

Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit besteht nur insoweit, als sich Unternehmen in der Zeitarbeit aussuchen können, in welchen Arbeitgeberverband sie eintreten oder auf welchen Tarifvertrag eine arbeitsvertragliche Inbezugnahme Klausel vorgenommen wird. Letztere muss hinreichend bestimmt sein. Das Bundesarbeitsgericht verlangt eine klare Definition, auf welchen Tarifvertrag sich das Zeitarbeitsunternehmen beziehen will¹. 20

Die tarifvertragliche Situation in der Zeitarbeit ist demnach nichts Neues. Die Tatsache, dass der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands die Vorgaben des Gesetzgebers aus dem Jahre 2002 genutzt hat, um mit Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden Tarifverträge auszuhandeln, ist allein dadurch erwähnenswert, dass diese Tarifarbeit für öffentliche Aufmerksamkeit gesorgt hat. Das war nicht in dem Maße der Fall mit dem Tarifvertragswerk zwischen Ostmetall und der Christlichen Gewerkschaft Metall im Jahre 1998. Dies war auch nicht der Fall bei den ersten Abschlüssen der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) für das Wach- und Sicherheitsgewerbe ab 1999. 21

Das sind nur zwei von zahlreichen Beispielen, die einen Wandel der Tariflandschaft seit Mitte der 1990er Jahre dokumentieren. Und deshalb sollte es in der Zeitarbeit auch als tarifpolitische Normalität bewertet werden, dass verschiedene Gewerkschaften mit verschiedenen Arbeitgebern und/oder Arbeitgeberverbänden auftreten und Tarifverträge schließen. Diese übliche tarifpolitische Praxis wird für die Zeitarbeit in der veröffentlichten Meinung als eine nicht zu dulden Fehlentwicklung des Tarifvertragsrechts dargestellt, und das zu Unrecht. 22

V. Warum es im Interesse der Gewerkschaften ist, Tarifverträge in der Zeitarbeit zu schließen

Es gibt gleichwohl einen Unterschied in der Zeitarbeit zu anderen Tarifbereichen. Dieser ist nicht durch den Tarifvertragspluralismus gegeben, sondern er ist durch den Gesetzgeber gewollt. Er ist auch nicht im Tarifvertragsgesetz verankert, sondern ergibt sich aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Wie von verschiedenen Autoren immer wieder geschrieben, sind die Maßgaben von Arbeitgebern und Gewerkschaften in der Zeitarbeit andere, um zu einem Tarifvertragsergebnis zu kommen. § 3 Abs. 1 Ziffer 3 in Verbindung mit § 9 Ziffer 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sehen bekanntlich vor, dass vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Zeitarbeitsnehmers abgewichen werden kann, wenn ein speziellerer Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Daraus wird fast ausnahmslos geschlossen, dass die Gewerkschaft einen Zwang zum Tarif- 23

1 BAG 15.1. 2009 – 2 AZR 641/07, BB 2009, 213 = DB 2009, 1299.

abschluss aufbauen kann, auch ohne dass sie über einen nennenswerten gewerkschaftlichen Organisationsgrad verfügt.

- 24 Der Abschluss von Tarifverträgen in der Zeitarbeit befreit vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und damit mittelbar von einer Staatsintervention. Dies, so die überwiegende Meinung, geschieht *per se* oder zumindest vorwiegend zu Lasten der Zeitarbeitnehmer. Denn es wird angenommen, dass der Zeitarbeitstarifvertrag generell schlechtere Arbeitsbedingungen festschreibt, als sich aus dem Gleichstellungsgrundsatz nach dem AÜG ergibt.
- 25 Aus Sicht des Christlichen Gewerkschaftsbundes Deutschlands ist diese These nicht uneingeschränkt zutreffend und deshalb müssen auch die Gewerkschaften ein Interesse an einem Abschluss von Tarifverträgen in der Zeitarbeit haben. Erstens ist ein geregeltes verstetigtes Einkommen nur durch einen Zeitarbeitstarifvertrag garantiert. Der „*equal pay*-Grundsatz“ gilt nach dem Gesetz nur für den Verleihzeitraum. Für entleihfreie Zeiten ist zwar ein Fortzahlungsanspruch vorgesehen, die Höhe kann jedoch erheblich vom letzten Einsatz abweichen, zuungunsten des Arbeitnehmers. Zum zweiten erhält der Arbeitnehmer ein kalkulierbares, regelmäßig etwa gleich hohes Einkommen, denn er erhält es unabhängig davon, welches vergleichbare Entgelt bei den unterschiedlichen Kundeneinsätzen zu zahlen ist. Und er erhält es auch unabhängig davon, welcher Tätigkeit er nachgeht.
- 26 Schließlich ist festzustellen, dass der Gleichstellungsgrundsatz den Arbeitnehmer nicht *per se* besser stellt, als ein Zeitarbeitstarifvertrag. Es seien hier drei Beispiele exemplarisch ausgewählt, die das widerlegen. Maßstab für einen Vergleich sind die Entgelte zwischen der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA mit dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP). Danach verdient ein Einzelhandelskaufmann in Nordrhein-Westfalen nach dem aktuellen Entgelttarifvertrag zwischen 1.622 € und 2.066 € brutto/monatlich. Der vergleichbare Bruttoverdienst nach dem AMP-Tarifvertrag liegt bei 1.795 € monatlich. Der Hotelkaufmann oder der Koch, auch im Tarifgebiet Nordrhein-Westfalen, verdient aktuell 1.529 € brutto/monatlich. Der AMP-Tarifvertrag sieht einen Monatsverdienst von 1.563 € brutto vor. Auch in der nordrhein-westfälischen Schuhindustrie wird laut Tarifvertrag für Versandmitarbeiter ein niedrigeres Entgelt gezahlt, als nach dem AMP-Tarifvertrag. Ein Zeitarbeitnehmer würde hier 1.344 € brutto/Monat verdienen, nach dem Tarifvertrag für die Schuhindustrie hätte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen Lohn, der je nach Betriebszugehörigkeit zwischen 1.087 € und 1.418 € brutto/Monat liegt.

Allein diese Beispiele zeigen, dass die These, der Gleichstellungsgrundsatz sei *per se* für den Zeitarbeitnehmer günstiger, als die Bestimmungen eines Zeitarbeitstarifvertrag, nicht zutrifft. Diese Beispiele sind auch keine theoretischen Beispiele, denn nachgewiesenermaßen werden Zeitarbeitnehmer in allen genannten Branchen eingesetzt. Diese Tatsache unterstreicht, dass auch auf der Arbeitnehmerseite ein Interesse bestehen muss, Tarifverträge in der Zeitarbeit abzuschließen. 27

VI. Gesetzlicher Mindestlohn für die Zeitarbeit?

Ja, aber nur unter Wahrung der Tarifautonomie.

Die Diskussion um die Einführung eines Gesetzlichen Mindestlohns in der Zeitarbeit ist aus Sicht des CGB nicht beendet, sondern allenfalls aufgeschoben. Der CGB wehrt sich dabei nicht gegen einen gesetzlichen Rahmen, solange dadurch die Tarifautonomie gewahrt bleibt und die tarifvertragschließenden Parteien in die Gestaltung von Lohnuntergrenzen eingebunden sind. Grundsätzlich ist deshalb aus Sicht des CGB auch das Arbeitnehmerentsendegesetz ein Instrument, um Lohnuntergrenzen auch für nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer festzulegen. Damit kann eventuellen Verwerfungen, die sich aus einer Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der Europäischen Union ergeben, wirkungsvoll begegnet werden. 28

Das bestehende Arbeitnehmer-Entsendegesetz taugt dafür aber nicht. In § 7 Abs. 2-5 legt das AEntG fest, welchen Verordnungsweg ein Tarifvertrag zu durchlaufen hat, ehe eine Mindestlohnrechtsverordnung in Kraft treten kann. Dieser Verordnungsweg kann vom CGB nicht mitgetragen werden. Er gibt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, auch gegen den Willen von Tarifvertragskoalitionen Lohnuntergrenzen festzulegen. Ob der Gesetzgeber davon tatsächlich Gebrauch macht, das steht hier nicht zur Diskussion. Die reine Tatsache, dass er sich selbst dazu ermächtigen kann, wird von Seiten des CGB kritisch bewertet. 29

Dennoch ist der CGB bereit, mit allen Tarifvertragsparteien eine Grundvoraussetzung zu schaffen, damit für die Zeitarbeit über das Instrument AEntG eine Lohnuntergrenze festgelegt werden kann. Er strebt einen zwischen allen maßgeblichen Tarifvertragsparteien ausgehandelten gemeinsamen Mindestlohntarifvertrag an, der auch von allen Tarifvertragsparteien gezeichnet wird. Dies ist bislang an dem Widerstand einiger Tarifvertragsparteien in der Zeitarbeit gescheitert, nicht an der Bereitschaft des CGB, sich an einer konstruktiven Lösung zu beteiligen. 30

Der CGB sieht diesen Weg als einen legitimen und den einzig gangbaren Weg an, um auf Grundlage des aktuellen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes eine Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit einzuführen, die gleichzeitig dem grundgesetzlich garantierten Gebot der Tarifautonomie gerecht wird. 31

VII. Nachwirkender Tarifvertrag und Gleichstellungsgrundsatz nach dem AÜG

- 32 Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands sieht ein anderes Hindernis in der Rechtsfrage, ob ein nachwirkender Tarifvertrag vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz befreit. Wenn ein nachwirkender Tarifvertrag vom Gleichbehandlungsgrundsatz befreit, dann wird es den Gewerkschaften nahezu unmöglich gemacht, dass es zum Abschluss von Anschlusstarifverträgen kommt. Mit einem ersten Tarifvertragsabschluss hätte ein Zeitarbeitsunternehmen Lohnuntergrenzen und Mindestarbeitsbedingungen festgelegt, die auch im Falle der Nachwirkung Anwendung finden würden. Selbst arbeitsvertragliche Inbezugnahme Klauseln von neu eingestellten Arbeitnehmern auf einen nachwirkenden Tarifvertrag würden vom Gleichbehandlungsgrundsatz befreien. Worin läge dann noch ein Grund für den Arbeitgeber, einen neuen Tarifvertragsabschluss zu tätigen?
- 33 Aus gewerkschaftlicher Sicht ist ein Tarifvertrag theoretisch durch einen Erzwingungsstreik zu erreichen. Dieser setzt unabhängig vom gewerkschaftlichen Organisationsgrad eine Streikwilligkeit der Mitglieder voraus. Diese ist zwar in den Satzungen der tarifvertragschließenden Gewerkschaften verankert, aber das reicht zur Durchsetzung eines Streiks nicht aus.
- 34 Die Streikwilligkeit ist in den Belegschaften der Zeitarbeitsunternehmen nur schwach ausgeprägt. Allein dadurch ist ein Streik schwer organisierbar. Dabei spielen Mitgliederzahlen in den Gewerkschaften keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle, obwohl die Zahl der Zeitarbeitnehmer, die gewerkschaftlich organisiert sind, deutlich höher ist, als in der Wissenschaft gemeinhin unterstellt. Für einen Streik ist es notwendig, dass die Arbeitnehmer während der Dauer des Streiks ihr Beschäftigungsverhältnis nicht ihrerseits aufkündigen. Allein darin unterscheidet sich die Zeitarbeit von anderen Branchen. Bekanntlich ist die durchschnittliche Beschäftigungsdauer des Zeitarbeitnehmers bei seinem Arbeitgeber mit etwa vier Monaten sehr kurz. Wie soll ein Streik organisiert werden, wenn während des Streiks damit zu rechnen ist, dass eine erhebliche Zahl der gewerkschaftlich organisierten Mitglieder im Verlaufe des Streiks den Arbeitgeber wechseln und sich damit dem Streik entziehen? Ein Erzwingungsstreik scheitert in der Zeitarbeit deshalb nicht an den theoretischen Vorgaben, sondern allein daran, dass Zeitarbeitnehmer für die Durchführung eines Erzwingungsstreiks in der Regel zu kurz bei einem Zeitarbeitsunternehmen beschäftigt sind.
- 35 Die Frage der Nachwirkung von Tarifverträgen bezieht sich nicht auf das Tarifvertragsgesetz. Der CGB sieht keine Notwendigkeit, das Tarifvertragsgesetz ändern zu müssen und die Nachwirkung von Tarifverträgen

gesetzlich neu zu fassen. Es geht dem CGB ausschließlich darum, Rechtsklarheit im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu schaffen. Hier ist eine Präzisierung herbeizuführen, die festlegt, dass ein nachwirkender Tarifvertrag vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach dem AÜG nicht befreit.

VIII. Zusammenfassung

1. Christliche Gewerkschaften stehen in der Zeitarbeit unter der gleichen öffentlichen Kritik wie bei ihrer Tarifarbeit in allen anderen Branchen. 36
2. In der Zeitarbeit besteht keine Tarifkonkurrenz, sondern eine Tarifpluralität.
3. Gewerkschaften müssen ein Interesse am Abschluss von Tarifverträgen in der Zeitarbeit haben.
4. Der Gesetzgeber sollte eine Mindestlohnöffnung nach dem AEntG zulassen, wobei gleichzeitig der Tarifvertragsvorrang gelten muss (Spezialitätsprinzip).
5. Nachwirkende Tarifverträge dürfen nicht vom Gleichbehandlungsgrundsatz befreien.

Diskussion der Referate Hinsen und Smits

Verena zu Dohna-Jaeger, IG Metall Vorstand, Frankfurt am Main:

- 37 Herr *Hinsen*, sehen Sie es mir bitte nach, ich kann es nicht anders als zynisch bewerten, wenn Sie feststellen, dass die Leiharbeitnehmer in den ersten Arbeitsmarkt verschwunden sind. Wo sind sie denn? In Zeiten, wo wir es mit bereits erfolgten Entlassungen im großen Stil und noch bevorstehenden zu tun haben. Der viel beschworene Klebeeffekt der liegt ja nach Untersuchungen des IAB bei maximal 12-15 %, wobei völlig unberücksichtigt bleibt, wie viele von diesen kleben gebliebenen Leiharbeitnehmern auch ohne die Erfahrung Leiharbeit wieder in ein reguläres Beschäftigungsverhältnis gefunden hätten. Auch die These, die hier immer so beiläufig fällt, von der Erstarrung des Arbeitsrechts, können wir so nicht stehen lassen. Wer kündigen möchte, der tut es auch, und unter anderem das Befristungsrecht bietet ja auch Möglichkeiten für notwendige Flexibilität der Firmen. Zu den sog. Aufstockern: Herr *Hinsen*, auch hier zäumen Sie das Pferd leider von hinten auf. Das Problem ist doch nicht, dass der Sozialstaat ein Existenzminimum garantiert, das Problem ist, dass so viele Menschen trotz Arbeit auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen sind. Und zu guter Letzt die Frage: Haben wir überhaupt ein funktionierendes Tarifsystem in der Leiharbeitsbranche? Hierzu hat Professor *Dieterich* ein sehr lesenswertes Gutachten abgegeben, in welchem er dies in Teilen verneint, wo er Störungen ausmacht, die eben aus einer gegenseitigen Unterbietungskonkurrenz entstehen, und hier ist unseres Erachtens auch der Bund gefragt, dem diesbezüglich eine Aufsichtspflicht zukommt.

Ludger Hinsen:

- 38 Zwei kurze Sachen, ansonsten ist das ein Statement, das ich erst einmal so stehen lasse. Ich denke, es bietet aber noch einmal Anlass, noch einmal auf einen ganz wichtigen Punkt hinzuweisen. In der Tat wird der Zeitarbeit vorgehalten, sie habe möglicherweise einen sinnvollen Beitrag zur Aufschwungphase geleistet, und zwar ich habe ja die Zahlen genannt, aber jetzt im Abschwung zeigen sich die hässlichen Seiten der Zeitarbeit, weil Zeitarbeitnehmer als erste gefeuert werden. Dazu vielleicht einmal eine kurze Anmerkung: Ich glaube, auch im Abschwung jetzt – und ich habe die Zahlen ja selber ehrlicherweise gesagt, wie sich die Entwicklung darstellt – haben wir trotzdem noch eine positive Funktion an dieser Stelle. Das sollte vielleicht auch die IG Metall zur Kenntnis nehmen. Ich hatte es eben ja auch ein bisschen angedeutet. Wenn Mercedes oder ich nenne jetzt

irgendein Beispiel *pars pro toto*, jemand entlässt in dieser Krise, trennt er sich von einem Kostenfaktor und gut ist. Unsere Leute, unsere Arbeitgeber würden sich eher die rechte Hand abhacken, als Leute ohne Not zu entlassen. Und nicht nur deswegen, weil wir gute Menschen sind, das sind wir auch, sondern deswegen, weil wir davon leben. Wir verdienen nur Geld, wenn unsere Beschäftigten Arbeit haben. Wir sind, wenn Sie so wollen, ein zweites Arbeitsamt aus intrinsischen Motivationen heraus. Wir wollen, dass unsere Leute arbeiten. Deswegen ist es auch im Abschwung durchaus so, dass es unseren Leuten in vielen Fällen nach wie vor gelingt, wenn eben große Unternehmen Zeitarbeiter zurückschicken, etwas Neues für sie zu finden. Noch einmal: nicht nur, weil sie gute Menschen sind, sondern weil sie damit ihr Geld verdienen. Also von daher gesehen haben wir selbst im Abschwung auch durchaus noch eine positive stabilisierende Funktion. Ich will auf das große Thema Kurzarbeit usw. jetzt noch gar nicht eingehen. Letztendlich, und das war die zweite kurze Bemerkung, müssen sich die Gewerkschaften eigentlich entscheiden, wie sie mit uns umgehen wollen. Ich habe so ein bisschen das Gefühl, Sie haben da eine Entwicklung verschlafen – ich werde jetzt genauso deutlich wie Sie – was vor allem die Mitgliederentwicklung angeht an dieser Stelle, und versuchen jetzt dahinterher hechelnd uns den Hals umzudrehen. Das wird nicht mehr klappen, um es klar zu sagen. Wir sind europarechtlich geschützt, wir sind eine eigene Branche und anstatt Kämpfe der Vergangenheit mit irgendwelchen Kampagnen zu führen, würde ich an Sie einfach den Appell richten, den Versuch zu unternehmen, mit uns gemeinsam die Branche über Tarifverträge zu entwickeln. Und das kann ja am Ende des Tages beziehungsweise, zitieren Sie mich nicht in irgendwelchen Tarifverhandlungen, dazu führen, dass bei uns sogar mehr verdient wird als *equal pay*. Von daher gesehen bitte nutzen Sie diese Chance und bekämpfen Sie nicht die Schimären aus der Vergangenheit. Das wird nicht mehr helfen.

Holger Dahl, Amadeus Fire AG:

Ich habe eine ganze Menge und bin vielleicht der einzige Fan des Urteils vom Arbeitsgericht Berlin vom 1. April. Ich fand es sehr lesenswert, muss ich sagen. Ich persönlich fand es auch gut geschrieben. Ich habe natürlich eine ganze Menge Fragen wenn ich sage, ich bin Fan. Einziger Punkt, wo ich übereinstimme, nur die Frage an Sie, Herr *Smits*, ich habe natürlich ein paar Dinge gehabt an Ihren Folien, die mich aufmerksam gemacht haben. Unter anderem war mir neu, dass in den verleihfreien Zeiten kein Geld zu zahlen ist. Ich glaube nicht, dass Herr *Thüsing* die Meinung ernsthaft vertritt. Es gibt einen § 11, ich glaube es ist Abs. 4 [des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes], dass die Verleiher in den verleihfreien Zeiten selbstverständlich Geld zu zahlen haben. Das kann man auch nicht

durch Tarifverträge irgendwie aufheben. Aber sei es drum, ich finde es gut, dass der öffentliche Druck so auf Ihnen [Gunter Smits] lastet, in dieser Sache Statements machen. Ich frage mich nur, was – einmal fern ab von allem – was tragen Sie denn positiv, ich habe nur das Urteil gelesen, habe natürlich nicht die Schriftsätze gehabt, und da waren ja auch gute Rechtsanwälte im Spiel. Was wird denn positiv vorgetragen zur Tariffähigkeit der CGZP? Wurde nur jetzt gesagt vom Gericht, dass allein die Tatsache, dass Tarifverträge abgeschlossen werden, jedenfalls kein Anhaltspunkt ist für die Tariffähigkeiten der Zeitarbeit. Was wird denn positiv vom CGZP eingeworfen für die Tariffähigkeit?

Gunter Smits, Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland:

- 40 Ich sagte vorhin schon, es ist eine schwierige Konstellation. Wir haben als Sachvortrag erbracht, dass die Tarifgemeinschaft Zeitarbeit zurückgreifen kann auf entsprechende Gewerkschaften, die als tariffähige Gewerkschaften in der Bundesrepublik Deutschland bestehen und das die mit ihrer organisatorischen Leistungsfähigkeit mit den Dingen, die dort auch mit hinzugezogen worden sind, dass diese Dinge ausreichen müssen, um der Spitzenorganisation eben auch diese entsprechende Tariffähigkeit darzustellen. Das Arbeitsgericht Berlin hat – und das war hilfsweise von uns beantragt – negiert, dass eine möglicherweise nicht tariffähige Gewerkschaft unter dem Dach des CGZP dann das Ganze zu Fall bringen könnte. Wir haben beantragt, wenn es auf die Tariffähigkeit der Einzelgewerkschaften ankommt und haben den umfassenden Gewerkschaftsbegriff, den ungeteilten Gewerkschaftsbegriff dort auch vorgetragen, dass dann zwingend ausgesetzt werden müsste, und bei den Einzelgewerkschaften überprüft werden müsste, ob die Tariffähigkeit einer Einzelgewerkschaft besteht, ja oder nein. Aber ich stelle Ihnen die Frage, warum sollte die Christliche Gewerkschaft Metall mit ihrem Beschluss vom Bundesarbeitsgericht vom 26.3. 2006 daran zweifeln, dass sie heute nicht tariffähig sein sollte, zumindest nicht für die Zeitarbeit. Und diese partielle Tariffähigkeit dann aufgehoben werden soll oder eine partielle Tariffähigkeit *de facto* für die Zeitarbeit hergestellt werden soll. Und das macht die gesamte Frage eben rechtlich auch so spannend, was in der zweiten Instanz hier eben tatsächlich erbracht werden müsste. Die zweite Frage, die sich stellt, und die hängt ein Stück weit mit dem zusammen, was hier gerade eben zur Frage der Nachwirkung von Tarifverträgen gesagt wird. Wenn Tarifverträge in der Zeitarbeit kein Indiz für entsprechende Durchsetzungsfähigkeit als Gewerkschaft sind, weil der Gesetzgeber das so setzt, dann dürfte die Frage der Nachwirkung der Tarifverträge, also wenn nachwirkende Tarifverträge mit Anschlussstarifverträgen tatsächlich zustande kommen, dann wird beim zweiten Tarifvertrag spätestens das aber wiederum aufgehoben. Denn dann würde es ja

bedeuten, dass der anschließende Tarifvertrag eben durch die Vertragsparteien tatsächlich zustande gekommen ist und nicht nur deshalb, weil der nachwirkende Tarifvertrag schon ausreicht, um den Gleichbehandlungsgrundsatz aufzuheben, diese gesetzgeberische Geschichte nicht erfolgt ist. Das heißt dann müsste man ihn werten; das hat aber das Gericht ebenfalls nicht gewertet, und auch das ist ein entsprechender Punkt, der im Rahmen der Arbeitsrechtsprechung zur Gewerkschaftseigenschaft ja eine wichtige Funktion hat, die hier weiter diskutiert werden muss.

Friedrich Schindele, Rechtsanwälte Schindele, Eisele, Gerstner & Kollegen, Landshut:

Ich war an diesem CGZP-Verfahren beteiligt und möchte nur drei Sachen klarstellen. Meiner Ansicht nach geben Sie das, was in dieser Entscheidung steht, so nicht richtig wieder. Der erste Punkt war der, Sie sind vom Gericht konkret aufgefordert worden, zur Mächtigkeit und zur Leistungsfähigkeit vorzutragen. Das sind Sie bis zur letzten mündlichen Verhandlung dieser Aufforderung nicht nachgekommen und haben nur irgendwelche Mitgliedszahlen der Mitglieder der Spitzenorganisation ohne Konkretisierung auf die Zeitarbeit vorgetragen. Das zweite war: Das Arbeitsgericht Berlin hat unter anderem beanstandet, dass Sie Ihre Tariffähigkeit dadurch konstruieren, dass Sie behaupten, dass die vier Mitglieder der Spitzenorganisation tariffähige Gewerkschaften sind und damit automatisch die Tariffähigkeit der Spitzenorganisation gegeben ist, wobei aber das Arbeitsgericht Berlin darauf hingewiesen hat, dass die Satzungen der Mitglieder nichts dafür hergeben, dass die Mitglieder für die Zeitarbeit zuständig sind und sie damit über die Spitzenorganisation die Tarifizzuständigkeit der Mitglieder ausdehnen würden, und das sei nicht zulässig. Dritter Punkt war gewesen, dass Sie sich genauso wie in der CGM-Entscheidung in anderen Verfahren hinsichtlich der Mächtigkeit immer darauf stützen, dass Sie schon 500 Tarifverträge abgeschlossen haben, die dann in der Fließbandmethode nur unterzeichnet, ich weiß nicht, wie Sie das machen, wenn Sie im Prinzip nur einen Hauptamtlichen haben, trotzdem hunderte von Tarifverträgen abschließen und dabei haben Sie sich nur berufen auf Tarifverträge, die Sie in der Zeitarbeit abgeschlossen haben, vor allem Haustarifverträge. Nur wenn die Zuständigkeit nicht gegeben ist, das ist Punkt 1, den ich erwähnt habe, dann können Sie sich auf diese Tarifverträge nicht berufen, weil es keine wirksamen Tarifverträge sind, weil Sie nicht zuständig sind, und von daher bricht diese Argumentation auch in sich zusammen. Das waren eigentlich die drei wesentlichen Punkte. 41

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 42 Danke Herr *Schindele*, für die O-Ton-Erläuterungen. Manchmal ist es ganz gut, wenn ein Anwalt erklärt, was das Gericht eigentlich hätte klarer sagen müssen in seinen Urteilsgründen. Ich selber bin natürlich einerseits auch ein Fan dieses Arbeitsgericht Berlin-Urteils, denn das Arbeitsgericht Berlin sagt im Kern, *Rieble* hat mit seinem Konzept der relativen Tariffähigkeit Recht und das Bundesarbeitsgericht hat mit seinem Konzept der absoluten Tariffähigkeit Unrecht. Wenn man solchermaßen Recht bekommt, dann darf man das Gericht eigentlich nur loben, das ist ja klar. Wollen Sie [*Gunter Smits*] zu dem Tarifbericht von Herrn *Schindele* noch etwas vortragen?

Gunter Smits:

- 43 Ich möchte zumindest zu der gesamten Tarifzuständigkeit noch ein Wort sagen, denn das betrifft ja alle Gewerkschaften. Und Herr *Schindele*, wenn Sie den DGB und die Gewerkschaft ver.di vertreten haben, Sie können doch auch nicht glücklich darüber sein, dass die Gewerkschaft ver.di nach diesem Tenor eben nicht tarifzuständig ist. Nach dieser Entscheidung bedeutet es das nämlich, wenn die rechtskräftig würde. Es gibt in Deutschland keine Gewerkschaft, die für die Zeitarbeit für alle Beschäftigungsverhältnisse in der Zeitarbeit Tarifverträge abschließen kann, sondern es gibt allenfalls einzelne Gewerkschaften wie die NGG, die eine Formulierung sinngemäß hat, dass die Zeitarbeitnehmer bei der NGG auch vertreten sein sollen in den Betrieben, in denen die NGG ihre Kernzuständigkeit hat. Aber in allen anderen Bereichen gibt es das eben bei den anderen DGB-Gewerkschaften auch nicht. Und das sollte die gesamte Zeitarbeit bezüglich dieser Entscheidung schlichtweg in Unruhe versetzen oder man sollte dort sagen: „Moment einmal, da hat das Gericht plötzlich eine völlig neue Ansicht vertreten, die zu gewaltigen rechtlichen Problemen insgesamt in der Zeitarbeit führen kann.“ Und das ist eben der entsprechende Grund, warum wir sagen, dass es eben notwendig sein muss, dass auch für die Zeitarbeit eben jetzt hier genau im tarifrechtlichen Sinne eben nicht der gleiche Maßstab angelegt werden darf und sollte wie das in anderen Bereichen der Fall ist, sondern dass sich eben eine so genannte Annextarifzuständigkeit dadurch ergibt, dass Gewerkschaften selbstverständlich die Zeitarbeitnehmer mitbetreuen wollen, in den Betrieben, in denen sie als Gewerkschaft für die Stammmitarbeiter auch zuständig sind, was im Grunde den Modellen, wie sie im Betriebsverfassungsrecht ja auch abgebildet sind, sehr nahe kommen und die im Grunde auch in der Frage des Streikrechts nach AÜG, wie wir das im Prinzip auch vorhin hier diskutiert haben, auch eher entsprechen.

Ludger Hinsen:

Was mir an dem Urteil gefällt, um es klar zu sagen, ist ein einziger Satz. 44
Das ganze Problem der Tarifizzuständigkeit entsteht ja dadurch, dass das Gericht in wünschenswerter Deutlichkeit gesagt hat, Ihr von der Zeitarbeit seid eine eigene Branche. Recht so. Da hat es vollkommen Recht. Die praktischen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, sind für die beiden Gewerkschaftsfamilien sehr unterschiedlich. Ich glaube, ohne jetzt den Kollegen von den DGB-Gewerkschaften allzu sehr Honig um den Bart schmieren zu wollen, die Kollegen vom DGB könnten, wenn sie es wollten jedenfalls, ihr Problem relativ einfach lösen, jedenfalls einfacher als die Christlichen Gewerkschaften.

Volker Rieble:

Man darf auch nicht vergessen, auch die IG Metall hat eine relativ beweg- 45
liche Satzung, die ganz schön viel hergibt, wenn man da einmal hineinschaut. Das ist vielleicht auch ein Ergebnis dieser Entscheidung. Man muss mehr Gewerkschaftssatzungen lesen, als man das vielleicht bislang getan hat. Jeder muss seine eigene Satzung lesen. Ich will nur vielleicht, damit Sie hier auch noch einmal etwas Unruhe mit nach Hause nehmen, noch auf ein kleines Zusatzproblem hinweisen. Wenn es wirklich so sein sollte, dass ganze Tarifwerke zur Entgeltabsenkung in der Zeitarbeit von *equal pay* auf dieses eine oder andere Tarifniveau unwirksam sein sollten, weil die Gewerkschaft oder der Tarifpartner auf Arbeitnehmerseite nicht tariffähig oder nicht tarifizzuständig ist, dann müssen wir uns einmal ganz dringend unterhalten über die Haftung von Tarifparteien für unwirksame Tarifverträge. Im sonstigen Recht ist es durchweg anerkannt, dass zum Beispiel eine Gemeinde, die einen nichtigen Bebauungsplan erlässt, ein Amtshaftungsproblem bekommt, weil sie eben wirksame Normen setzt und Vertrauen erweckt. Wenn der Tarifpartner etwas schwächelt, nicht tariffähig oder nicht tarifizzuständig ist, dann geht die Arbeitgeberseite ein Rechtsrisiko ein. Ob Sie da zumindest die Mitglieder warnen müssen rechtzeitig, widrigenfalls Sie womöglich in Höhe der Entgeltdifferenz plus Sozialversicherungsbeiträgen plus Säumniszuschläge einen Schadensersatz fürchten, das ist jedenfalls einmal eine spannende Frage. Zu dieser Frage gibt's nichts, in keinem TVG-Kommentar. Es gibt eine einzige Dissertation von Frau *Todenhöfer* zu diesem Thema.

Ludger Hinsen:

- 46 Herr Professor *Rieble*, sollte das wirklich einmal zum Thema werden, werden wir entsprechende Forderungen an unsere Tarifpartner weiterleiten. Um es klar zu sagen: Ich kenne die Dissertation zwangsläufig noch nicht, aber ich sehe das doch sehr gelassen. Es wird doch gute Gründe geben, weshalb das bisher als Thema noch nicht so richtig im Vordergrund stand.

Ralf Holten, DHV Landesverband Bayern:

- 47 Kurz zu Ihren letzten Ausführungen, Herr Professor *Rieble*. Das ist doch eigentlich dem Mitgliedsstatut vorbehalten. Dann müsste ja das Mitglied aus der Mitgliedschaft heraus die Konsequenz ziehen. Also von daher glaube ich nicht, dass das eine direkte staatshaftungsrechtliche Sache ist, die in die Tarifaufonomie hineinfallen kann. Erlauben Sie mir aber vielleicht kurz noch eine andere Sache im Rahmen der Tarifkonkurrenz beziehungsweise des arbeitsgerichtlichen Urteils Berlin nur das Stichwort zu nennen: Sandhaufentheorie Spitzenorganisation. Das ist für meine Begriffe viel zu wenig in diesem Urteil zum Ausdruck gebracht worden. Denn das steht auch hinter der Konstruktion einer Spitzenorganisation.

Volker Rieble:

- 48 Ich kann es kurz für diejenigen sagen, die im Tarifrecht vielleicht nicht ganz so zu Hause sind. Die Frage ist, wann ist eine Spitzenorganisation tariffähig. Ist sie das a) dann und nur dann, wenn jedes ihrer Mitglieder tariffähig (und tarifzuständig) ist – so eine ältere Lehre –, ist sie das b) unter Umständen dann, wenn die Gesamtheit aller Mitglieder vom Spitzenverband in Anspruch genommene Tariffähigkeit sagen die Organisationsstärke bringt, das heißt: Das Fehlen von Stärke bei einem Mitgliedsverband kann durch etwas mehr Stärke beim anderen ausgeglichen werden. Man gießt also praktisch die jeweiligen Verbandsstärken zusammen auf einen großen Haufen. Dann guckt man, ob der große Haufen insgesamt reicht oder nicht reicht. Das Arbeitsgericht Berlin hat sich dieser zweiten Meinung angeschlossen, hat aber dann gesagt, auch wenn wir hier ganz viel zusammenschütten, ist es immer noch zu wenig. Das vielleicht nur zur Erklärung.

Gunter Smits:

- 49 Es gibt aber noch eine zweite differenzierte Form zur Sandhaufentheorie, so verstehe ich zumindest die Ausführungen, die Professor *Thüsing* in der

Vergangenheit dazu gemacht hat, nämlich dass aufgrund des unmittelbaren persönlichen Rechts, was eine Gewerkschaft in einer gewerkschaftlichen Spitzenorganisation die zweifelsohne als tariffähige Gewerkschaft gilt, ebenfalls Recht hat, dass das durch ein möglicherweise fehlendes Recht einer zweiten Gewerkschaft nicht zerstört werden kann. Und wenn ich dann mindestens zwei tariffähige Gewerkschaften in der Spitzenorganisation habe, dass ich dann völlig unabhängig davon, ob Zweifel bei Dritten besteht, eben automatisch eine entsprechende Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit dieser Spitzenorganisation ergibt. So verstehe ich zumindest den dritten Ansatz, den ich in der Wissenschaft auch gefunden habe.

Volker Rieble:

Das ist in der Tat streitig. Aber da kommt noch ein zweites Problem 50 hinein, dass wir normalerweise Tarifautonomie begreifen als Selbstregelung eigener Angelegenheiten und die Mitwirkung Dritter, die nicht tariffähig sind, kann die tarifliche Willensbildung beschädigen. Wir diskutieren das bei OT, da ist jetzt der 4. Senat ganz streng, OTs dürfen nicht mitwirken. Wir diskutieren es auch bei den typischen dreigliedrigen Vereinbarungen – Arbeitgeber plus Gewerkschaft plus Betriebsrat; der Betriebsrat ist nicht tariffähig, der darf sich in die tarifliche Willensbildung der Gewerkschaft nicht einmischen (tut er aber trotzdem), und es ist eben auch hier das Problem: Dann bin ich unter Umständen nicht mehr bei der Tariffähigkeit als solcher, sondern bei der Einwirkung von tariflich nicht legitimierten Verbänden auf den tariflichen Willensbildungsprozess.

Friedrich Schindele:

Es gibt schon eine BAG-Entscheidung. Sie ist zwar schon älter, aber die 51 sagt, es müssen alle tariffähig sein. Da findet nur keiner mehr die Begründung, so alt ist die. Da ist nur der Leitsatz ... Aber es gibt eine Entscheidung. Das zweite, worauf ich auch hinweisen will: Nach der Rechtsprechung ist es ja so, dass wenn Sie in einer Organisation zuständig und nicht zuständig waren, dann haben ja die Nichtzuständigen, so wie Sie es schon gesagt haben, Professor *Rieble*, Einfluss auf die Entscheidung in der Diskussion und in der Abstimmung. Da können Sie ein Beispiel nehmen: Sie haben drei Nichttariffähige und zwei Tariffähige und die stimmen mit 3:2 ab, dann bestimmen die Nichttariffähigen im Prinzip wie der Tarifvertrag aussieht. Von daher kann das so nicht sein, sondern sie müssen alle tariffähig sein. Im Übrigen würden Sie dann nämlich auch einen Hebel haben, um Nichttariffähige tariffähig zu machen. Wenn Sie nämlich dann die Zuständigkeiten dieser Spitzenorganisation genau auf die Bereiche er-

strecken, wo Sie eine nicht tariffähige Organisation haben. Das funktioniert alles so.

Volker Rieble:

- 52 Deswegen müssen wir uns überlegen, ob die Gewerkschaft der Polizei wirklich bei der DGB-Tarifgemeinschaft mitwirken kann. Denn bei Polizisten gibt es keine Arbeitnehmerüberlassung.

Gunter Smits:

- 53 Aber eine Klarstellung hier zur Tarifgemeinschaft CGZP. In der Tarifgemeinschaft CGZP sind vier Gewerkschaften von den 16 CGB-Gewerkschaften organisiert, von denen die Christliche Gewerkschaft Metall eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu ihrer Tariffähigkeit aus dem Jahr 2006 hat, in der die Gewerkschaft DHV eine rechtskräftige Entscheidung aus dem Jahr 1997 des Landesarbeitsgerichts Hamburg hat die Tariffähigkeit bestätigt und die beiden anderen Gewerkschaften, die Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation und die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen, diese beiden Gewerkschaften haben sich Gott sei Dank seit den fünfziger Jahren derartigen Statusverfahren noch nicht stellen müssen. Und so lange sie solchen Statusverfahren sich noch nicht haben stellen müssen, gelten sie als Gewerkschaft im Sinne des Tarifvertragsgesetzes.

Volker Rieble:

- 54 Wobei man bei DHV sagen muss, DHV war so klug, vor kurzem die Satzung zu ändern; ob die Rechtskraft des Beschlusses das überlebt hat, das ist wieder eine Frage.

Werner Stolz, iGZ-Bundesgeschäftsstelle, Münster:

- 55 Von dieser Tagung kann ja ein gutes branchenpolitisches Signal ausgehen, das nicht untergeht. Ich will es noch einmal hervorheben. Herr *Smits* hat ja gesagt, ein Stück weit weniger Staatsintervention wird es geben, weil die CGZP durchaus der Meinung ist, dass ein tarifgestützter Mindestlohn für die Branche spätestens mit Beginn der EU-Entsendeproblematik – also volle Arbeitnehmerfreizügigkeit ab Mai 2011 – zustande kommt. Wir haben das in den vergangenen Wochen in Berlin, Herr *Ludger Hinsen*, ja auch schon gehört, dieses Signal. Haben Sie, Herr *Smits*, darüber mit Ihren Tarifpartnern – B.V.D. und AMP – auch schon gesprochen? Gibt es

da ein gemeinsames Signal? Da kommen wir ja sehr schnell zum Zuge. Die Politik wird es freuen. Möglicherweise kann man Zeitarbeit dann auch im Wahlkampf heraushalten. Dann sollten wir sehr schnell einmal gemeinsam den tariflichen Mindestlohnvertrag für die Branche angehen. Das wäre ein schönes Signal von dieser Tagung.

Ludger Hinsen:

Ich will einmal so formulieren: Dass es so ein Signal gibt, hat vielerlei Gespräche im Hintergrund bewirkt und da sollten sie auch erst einmal bleiben, diese Gespräche. Daran arbeiten wir. Ich will einmal zwei Bilder nebeneinander halten. Dann wird auch die Problematik der Situation deutlich. Angenommen, wir würden diesen Weg, der in der Tat in den letzten Wochen durch vielfältige Gespräche im Hintergrund, über die ich hier jetzt nicht erzählen will, gangbar erscheint, gehen. Dann würden alle gewinnen. Der Weg würde so aussehen, die Arbeitgeberverbände einigen sich auf ein gemeinsames Angebot. Listigerweise hatte ich ja eben die Tarife einmal dargestellt. Zehn Minuten brauchen wir, um uns da über ein gemeinsames Angebot zu verständigen. Das schreibt sich von selbst. Und dann gilt es: Entweder die beiden Gewerkschaftsfamilien machen es zusammen oder jeweils getrennt gleich lautende Mindestlohnverträge, die man beide für allgemeinverbindlich erklären könnte. Es würden alle gewinnen. Es würde gewinnen die Tarifaautonomie. Die BDA könnte glücklich sagen, es haben ja alle mitgemacht. Es würde die CDU gewinnen, weil sie ein ihr wirklich unangenehmes Thema aus dem Wahlkampf heraushalten könnte. Es würden gewinnen die DGB-Gewerkschaften und alle, die an dem Thema Mindestlohn interessiert sind. Wir auch, weil wir ein Stück weit eben ein politisches Versprechen, das wir auch unseren Leuten gegeben haben, einhalten würden. Das, wie gesagt, ohne Beschädigung der Tarifaautonomie. Alle haben mitgemacht. Das finde ich ein gutes Ergebnis. Das andere, das jetzt passieren wird, werden wir Folgendes erleben: Wir kommen mit unserer Branche voll in den Wahlkampf hinein, mit all den Imageproblemen, die das auslösen wird. Wir werden am Ende möglicherweise – je nachdem, wie die Wahlen ausgehen – einen gesetzlichen Mindestlohn haben, woran aus meiner Sicht überhaupt kein Tarifpartner Interesse haben kann, und selbst, wenn die Tarifaautonomie nicht beschädigt werden sollte am Ende des Tages, dann können diejenigen, die bisher den Mindestlohn blockiert haben, nur verlieren. Gerade die Diskussion, da muss Herr Smits etwas zu sagen, die es ja jetzt im Umfeld des Arbeitsgerichtsurteils gibt, schafft bestimmt für den AMP und für die CGB jetzt keine wirklich einfache Situation. Es kann am Ende des Tages so auskommen: Tarifaautonomie gerettet – Patient tot. Wenn ich diese beiden Bilder einmal nebeneinander male, ist es ja relativ klar, was eigentlich der vernünftige Weg wäre. Nämlich in der Tat jetzt relativ schnell zu einer

56

Lösung zu kommen. Es scheitert, wenn ich das richtig sehe, an genau ein bis zwei Personen eines benachbarten Arbeitgeberverbandes.

Gunter Smits:

- 57 Von meiner Seite, weil wir ja auch angesprochen worden sind. Wir haben im vergangenen Jahr bereits das Signal ausgesendet, dass wir in dieser Richtung Verhandlungsbereitschaft gezeigt haben. Und wir zeigen sie eben auch heute, und ich habe das eben hier schlichtweg nur bestätigen wollen, dass sich an unserer Position im Grundprinzip nichts verändert hat. Gleichwohl wollen wir eine entsprechende rechtssichere Regelung herbeiführen, und die heißt eben unter Einbeziehung der CGZP.

Volker Rieble:

- 58 Soweit ich das sehe, war das auch gleich ein schönes Schlusswort für eine Diskussion. Ich bedanke mich sehr bei den Referenten.

D. Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher

Referat Volker Rieble*

unter Mitwirkung von Bernd Wiebauer**

Rn.

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

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

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

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

I. Zwiespalt um die Arbeitnehmerüberlassung

1. Positive Effekte

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

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

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

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

2. Bezahlt mit Zweiteilung der Belegschaft

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

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

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

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

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

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

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

-
- 14 *Schüren*, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl. 2007, § 9 Rn. 107; *Kramme/Kremer*, Leiharbeitsrecht – Der Status quo und die notwendigen Reformen, AiB 2009, 66, 67; *Schindele*, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt, AuR 2008, 31, 32; *Ulber*, AÜG, 3. Aufl. 2006, § 9 Rn. 228; *Müller* (Fn. 6), S. 37. Eine Übersicht über die von den christlichen Gewerkschaften und denen des DGB abgeschlossenen Tarifverträge gibt *Kowalski*, Leiharbeit als neue Beschäftigungsform, 2006, S. 43 ff.
 - 15 BAG 24.3. 2003 – 5 AZR 303/03, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 2 = AP Nr. 59 zu § 138 BGB = NZA 2004, 971.
 - 16 *Schüren*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 9 Rn. 113.
 - 17 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9).
 - 18 *Fuchs*, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009, 57, 61.
 - 19 In diese Richtung aber – gerade für die Zeitarbeitstarifverträge *Schüren*, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239 ff.

II. Gewerkschaftsprobleme

1. Geringer Organisationsgrad der Zeitarbeiter

- 6 Weil die DGB-Gewerkschaften die Leiharbeit über Jahrzehnte als „moderne Sklavenhaltung“²⁰ abgetan hatten, verweigerten sie den Abschluß von Tarifverträgen für die Branche²¹ und organisierten die Beschäftigten nicht.
- 7 Hinzu kommt die tarifpolitische Anomalie der Zeitarbeit: Die – ökonomisch unsinnige und auch nicht ernsthaft gewollte – Gleichstellung der Zeitarbeiter mit den Stammbeslegschaften²² sorgt dafür, daß die Gewerkschaften bei der Nutzung der Tarifdispositivität nur nachteilige Abweichungen vereinbaren können²³. Die durch die Entgeltgleichstellung „künstlich verschaffte“ Verhandlungsmacht wendet sich organisationspolitisch gegen sie: Wer wird Mitglied einer Gewerkschaft, wenn deren Tarifverträge nur zur Verschlechterung gesetzlicher Arbeitsbedingungen führen können?
- 8 Historische Abneigung und dysfunktionale Tariffunktion einerseits treffen auf Arbeitnehmer, die auf eine Zukunft außerhalb der Zeitarbeit hoffen, dieselbe also nur für ein Durchgangsstadium halten. Der extrem geringe Organisationsgrad von etwa 3 %²⁴ läßt an der Tariffähigkeit zweifeln. Die christliche Tarifgemeinschaft ist vom ArbG Berlin jüngst für tarifunfähig gehalten worden²⁵. Ein Triumph der DGB-Gewerkschaften ist nicht zu

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

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

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

23 Oben Fn. 14.

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

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

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

2. Folgeprobleme für Gewerkschaften

a) Schwächung der eigenen Position

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Mitbestimmungsprobleme

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Deshalb: Leiharbeitskampagnen

Eben diese Schwierigkeiten bewegen die Gewerkschaften zu unterschiedlichen Leiharbeitskampagnen:

- Politisch soll ein Mindestlohn auch für Leiharbeiter³⁴ den Unterbietungswettbewerb begrenzen und die „Christentarife“ ausschalten. Mit dem Motto „Gleiche Arbeit – Gleiches Geld“ fordert die IG Metall Gleichbehandlung von Stamm- und Leiharbeitnehmern. Die Zeitarbeiter dürfte freilich erstaunen, daß die IG Metall verlangt, „die Regelungen im AÜG wieder zurückzunehmen, die zu einer Ausweitung der Leiharbeit geführt haben“³⁵ – also die Zeitarbeit wieder stramm durchregulieren will. In dieselbe Richtung zielt die Forderung nach einer Streichung der Tariföffnungsklausel für das Gleichstellungsgebot³⁶. Dahinter steht die – angesichts des Erfolgs der Leiharbeit³⁷ nicht unberechtigte – Angst vor dem Verdrängungswettbewerb zu Lasten der Stammbesellschaft³⁸.
- Daneben treten Bemühungen, die Solidarität zwischen Leiharbeitnehmern und Stammbesellschaft zu steigern, um zumindest im Entleiherbetrieb effektiven Druck ausüben zu können. Diesem Ziel soll ein gesetzlicher Anspruch der Leiharbeitnehmer auf Festanstellung nach gewisser Beschäftigungsdauer und eine vorrangige Berücksichtigung der Zeitarbeiter bei der Besetzung offener Stellen im Entleiherbetrieb dienen. Dahinter steht die Hoffnung, die Besetzung zu einen und die Leiharbeitnehmer für Aktionen im Entleiherbetrieb zu gewinnen. Wenn diese zumindest die Perspektive haben, von den erkämpften Verbesserungen später im Rahmen einer Festanstellung

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

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

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

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

37 Nachweise oben Fn. 27.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Tarifrechtliche Regulierung beim Entleiher

1. Beschränkte Tarifmacht beim Entleiher

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

a) Individualnormen (Entgelt, Arbeitszeit)

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

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

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

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

46 Nachweise oben Fn. 12.

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

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

b) Betriebsnormen gemäß § 3 Abs. 2 TVG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Ausweichen auf Koalitionsvereinbarung

a) Weite schuldrechtliche Regelungsmacht

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

Schuldrechtlich regelbar ist etwa 32

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

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

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

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

b) Aber komplexes Schrankensystem

- 33 Auch solche Koalitionsvereinbarungen unterliegen jedoch gesetzlichen Grenzen.

[1] Arbeitsrecht

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

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

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

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

[2] Kartellrecht

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

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

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

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

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

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

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

IV. Mitbestimmungsrechte beim Entleiher

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

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

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

66 Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MünchKomm-StGB), Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 174.

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

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

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

2. Informationsrechte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

81 *Jüttner* (Fn. 69), S. 184.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Personalplanung, § 92 BetrVG

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

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

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

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

92 Ulber (Fn. 14), § 14 Rn. 106.

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

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

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

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

7. Beschäftigungssicherung, § 92a BetrVG

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

8. Interne Stellenausschreibung, § 93 BetrVG

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

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

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

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

98 Nachweise oben Fn. 13.

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

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

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

9. Qualifizierung, § 97 Abs. 2 BetrVG

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Einstellung, § 99 BetrVG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

121 Dazu sogleich unter 11.

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

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

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

11. Eingruppierung, § 99 BetrVG

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

12. Entlassung

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

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

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

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

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

127 Oben Fn. 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 111 f. BetrVG

a) Einführung Zeitarbeit als Betriebsänderung?

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

b) Rückführung Zeitarbeit als Betriebseinschränkung?

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

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

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

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

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

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

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

138 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 5/05, AP Nr. 12 zu § 112a BetrVG = EzA § 111 BetrVG 2001 Nr. 4 = NZA 2006, 932; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier* (Fn. 29), § 111 Rn. 75.

139 BAG 18.1. 1989 – 7 ABR 21/88, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972 = EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4 = NZA 1989, 724; BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04, EzA § 14 AÜG Nr. 5 = NZA 2005, 1006 = DB 2005, 1855; *Reichhold*, Betriebsverfassung ohne „Betrieb“? – Zur Strukturreform des Betriebsverfassungsgesetzes aus privatrechtsdogmatischer Sicht, NZA 1999, 561, 567 ff.; *Eisemann/Koch*, in: ErfK (Fn. 12), § 7 BetrVG Rn. 2; *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 7 Rn. 18 f. mit weiteren Nachweisen.

140 *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 58; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 25; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 49a; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier* (Fn. 29), § 5 Rn. 237 mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht BAG 18.1. 1989 – 7 ABR 21/88, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972 = EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4 = NZA 1989, 724; BAG 22.3. 2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 4 = NZA 2000, 1119; BAG 10.3. 2004 – 7 ABR 49/03, AP Nr. 8 zu § 7 BetrVG 1972 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 2 = NZA 2004, 1340; *Brose*, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Leiharbeitnehmern nach den Änderungen des AÜG, NZA 2005, 797; *Eisemann/Koch*, in: ErfK (Fn. 12), § 7 BetrVG Rn. 6; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 328: „Es ist nicht Sinn und Zweck der §§ 112, 112a BetrVG, Nachteile nicht betriebsangehöriger Arbeitnehmer auszugleichen, die sich aus einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben. Hierfür ist allein der vertragliche Arbeitgeber zuständig“.

141 *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 328; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 146; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 183; *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 215; *Fröhlich*, ArbRB 2008, 212, 214.

142 So *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 215.

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

14. Massenentlassungsschutz § 17 KSchG?

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

V. Freiwillige Betriebsvereinbarungen beim Entleiher

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

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

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

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

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

betrieblich über freiwillige Betriebsvereinbarungen allgemeine arbeitsmarktpolitische Ziele durchgesetzt werden.

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

einen *Vorrang der Festanstellung* von Arbeitnehmern vorsieht und

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

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

1. Zeitarbeitsquote und Überlassungsdauer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

156 Diehn, BB 2006, 1794, 1795.

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

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

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

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

Das heißt: Solange es nicht um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses 83 geht (§ 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG¹⁶⁰), sondern um die Besetzung freier Arbeitsplätze, kann der Betriebsrat keinen allgemeinen Vorrang der Beschäftigung von Stamm-Arbeitnehmern gegenüber Zeitarbeitern durchsetzen. Einen begrenzten Einfluß ermöglichen Auswahlrichtlinien im Sinne von § 95 BetrVG. Dabei handelt es sich um abstrakt-generelle Grundsätze, welche die für die jeweilige personelle Auswahl maßgeblichen fachlichen, persönlichen oder sozialen Gesichtspunkte gewichten¹⁶¹. Zeitarbeitsbegrenzungen lassen sich damit nicht rechtfertigen. Es geht gerade nicht um die personelle Auswahl¹⁶² – sondern um die vorgelagerte Entscheidung, ob Zeitarbeit nachgefragt wird.

2. Einstellungsvorrang auf freie Stammarbeitsplätze?

Das gilt grundsätzlich auch für Regelungen, die vom Arbeitgeber ver- 84 langen, im Betrieb bereits beschäftigte Zeitarbeiter bei der Besetzung freier (Stamm-) Arbeitsplätze im Betrieb vorrangig zu berücksichtigen¹⁶³. Eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers auf einen solchen Einstellungsvorrang ist nicht möglich. Anders als bei der Abwehr von Leiharbeitnehmern können *Auswahlrichtlinien* im Sinne von § 95 BetrVG hier durchaus die Arbeitgeberentscheidung beeinflussen. Die bisherige Arbeitserfahrung und die Integration des Zeitarbeiters im Betrieb ist ein relevanter fachlicher oder sozialer Belang.

3. Auswahl Verleiher

Ausgeschlossen sind Regelungen über die Verleiherauswahl – ins- 85 besondere nach dessen Tarifbindung¹⁶⁴. Äußerste Grenze der funktionellen Zuständigkeit des Betriebsrats ist der Betrieb. Auf Gütermarktentscheidungen des Arbeitgebers darf er keinen Einfluß nehmen,

160 Dazu oben D.IV.12.

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

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

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

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

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

4. Vergütung der Zeitarbeitnehmer

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

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

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

167 Reuter, ZfA 2006, 459, 471.

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

169 Rieble, CCZ 2008, 121, 123.

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

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

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

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

5. Keine schuldrechtliche Vertragskompetenz des Betriebsrats

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

VI. Rechtsrisiken für den Entleiher?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diskussion

Ludger Hinsen, Bundesverband Zeitarbeit, Berlin:

- 95 Herzlichen Dank. Beim Thema „Kontroverse“ fühle ich mich natürlich immer gleich angesprochen. Professor *Rieble*, Sie haben aus meiner Sicht am Ausgangspunkt eine These aufgestellt, die ich zumindest für diskussionswürdig halte. Das ist die Aussage, dass die Tariföffnungsklausel bei *equal pay* zwangsläufig zu einer Reduzierung der Löhne führt. Das ist derzeit der Fall, ohne jeden Zweifel. Aber es ist ja nicht zwangsläufig so. Ich meine, Herr *Smits* hat ja früher deutlich gemacht, dass selbst unter den derzeitigen Bedingungen es gelegentlich sogar jetzt schon anders sein kann. Und der Idee nach zumindest ist es ja durchaus nicht ausgeschlossen, dass man über Tarifverträge dann irgendwann einmal auch deutlich über *equal pay* hinausgeht. Wenn man das aber als Ausgangspunkt Ihrer weiteren Überlegungen ernst nimmt, diese meine Erwägung, dann wäre es ja doch den Mitarbeitern sehr zu raten, sich den Gewerkschaften anzuschließen und dort für eine Politik in diese Richtung zu sorgen. Was meine These unterstützen würde. Wir sind eine eigenständige Branche und wollen uns auch über eigene Tarifverträge vor allem entwickeln. Ich hoffe, ich habe jetzt genug zur Kontroverse beigetragen.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

- 96 So kontrovers ist das gar nicht. Natürlich ist es ganz arg theoretisch denkbar, dass eine Zeitarbeitsgewerkschaft am Ende 120 % des Stammarbeitnehmerlohns durchsetzt. Ich glaube nicht daran, weil das Modell dann ökonomisch nicht mehr funktioniert. Irgendwo muss ja auch der Zeitarbeitsunternehmer, der Verleiher, noch etwas verdienen, sonst bietet er die Dienstleistung letztlich nicht an. Jedenfalls bis es dahin kommt – und das ist noch mindestens viele, viele Jahre der Fall – bleibt es dabei, dass in der Wahrnehmung des Arbeitnehmers der Tarifvertrag nur die Funktion hat, seine Arbeitsentgelte zu verschlechtern. Das ist einfach ein Funktions- und ein Wahrnehmungsproblem. Es verkehrt sich die Tarifautonomie, verstellt sich und stellt alle Verhältnisse auf den Kopf, weil die Gewerkschaften ja nicht so sehr Erfolge haben. Warum ist eine Gewerkschaft attraktiv für Arbeitnehmer? Warum sollen Arbeitnehmer eintreten? Weil die Gewerkschaft sagen kann: „Hier, wir haben gestreikt, wir haben zusammen etwas erreicht und das ist der Lohn und deswegen hast Du im Geldbeutel das mehr.“ Das habe ich natürlich von einer Runde zur nächsten, aber ich habe eben immer noch diesen bitteren Nachgeschmack, dass alles immer noch nur Absenkung und *equal pay* ist. Das muss man

einfach zur Kenntnis nehmen, dass das nicht gerade die Begeisterung für Gewerkschaften verstärkt.

Werner Stolz, iGZ-Bundesgeschäftsstelle, Münster:

Herr Professor *Rieble*, ich glaube, Sie haben die systemischen AÜG-Schwachstellen richtig beschrieben. Richtigkeitsgewähr im Sinne der Tarifautonomie lässt sich, glaube ich, schwerlich aufgrund der Identifikation, die Sie dargestellt haben – Organisationsgrad der Gewerkschaften –, übersetzen. Wenn Sie einmal versuchen, rechtspolitisch zu überlegen: Könnte es nicht sein, dass man auf Dauer aufgrund dieser Situation, wie Sie von Ihnen zu recht beschrieben wurde, dazu kommt – und so war die Anfangszeit auch, als *Clement* versuchte, das AÜG zu ändern mit der Idee der Tariföffnungsklausel –, dass sich im Grunde genommen alles stützt auf die Kundenbetriebsräte und auf die Kundenunternehmen und sagt, ähnlich wie in Österreich zum Beispiel – da sind ja Tarifverträge Alibigeschichten, es sind ja nicht eigenständige Zeitarbeitsverträge im europäischen Ausland installiert, sondern sind in der Regel kundenbezogen. Das heißt, könnte es sein, dass die Zeitarbeitsbranche perspektivisch ein Stück weit fremdbestimmt wird, eben keine eigenständige Branche ist auf Dauer, sondern dass das alles über Kundenbetriebe geregelt wird und die Branche ist außen vor und wird Nutzer oder sie leidet eben unter diesen Regeln. 97

Volker Rieble:

Faktisch ist das gewiss so, das kann man sagen. So funktioniert es ja im Moment auch. Deswegen würde ich stark dafür plädieren, eine andere Form der Regulierung der Zeitarbeit zu überlegen, etwa durch Mindestlöhne – aber dann bitte kein *equal pay*, das geht dann aber europarechtlich schon wieder nicht mehr –, sinnvoller wäre es aber, einen Raum zu belassen, in dem Gewerkschaften auch eigenständige autonome Erfolge feiern können, die dann wieder sie attraktiv machen. Es muss eine Möglichkeit zum Erfolg in einem solchen tarifautonomen System geben. Deswegen hatte ich ja damals in einer vollkommen erfolglosen Verfassungsbeschwerde für den BZA versucht, diesen Strukturirrsinn in Bezug auf die Tarifautonomie hervorzuheben. Aber das hat das Bundesverfassungsgericht nicht interessiert. Ich bleibe bei meiner Meinung, dass das letztlich auch nicht im Interesse der Gewerkschaften ist, weil sie bei den Zeitarbeitern dann praktisch immer außen vor bleiben, wenn sie nur Nachteile verkaufen können. Das ist eben zu wenig. Gewerkschaften sind, wie das *J.H. Kaiser* einmal so nett gesagt hat, Kinder der Not, das heißt es muss irgendeine Form des „Es geht den Leuten schlecht“ als Möglichkeit 98

geben, damit sie ein Interesse empfinden können, durch einen autonomen Zusammenschluss mit anderen dem abzuhelpen. Wenn der Staat – ich überspitze jetzt einmal – sagt, wir machen einen Mindestlohn von 50 € die Stunde für alle, kann aber durch Tarifvertrag abgesenkt werden, so ist kein besseres Gewerkschaftsvernichtungsprogramm denkbar. Da machen wir noch ein paar Traditionsvereine und dann lösen wir den Streikfonds auf und dann ein schönes Fest, aber das war es. Da sieht man, dass das eben dysfunktional ist. Man muss jeder Form von kollektiver Interessenvertretung eine Möglichkeit zum Erfolg belassen. Das brauchen die. Weil nämlich sonst kein Sinn und keine Funktion in dem System drin ist, das eine Attraktion ausstrahlt. Und deswegen würde ich rechtspolitisch sagen: Weg vom *equal pay* hin zu einem Mindestlohn, damit Gewerkschaften wieder ein echtes Betätigungsinteresse haben und auch eine Solidarisierung von Zeitarbeitnehmern mit Stammbeslegschaften wieder möglich und interessant ist. Das wäre aus meiner Sicht richtig, aber ich glaube, wir haben jetzt mit der Zeitarbeitsrichtlinie für viele Jahre einen ordnungspolitisch verfehlten Weg eingeschlagen und der führt dann wieder dazu – was Herr *Hinsen* überhaupt nicht gern hört –, dass eben doch letztlich die Zeitarbeitsvolumina den jeweiligen Stammbeslegschaften zugeschlagen wird und man eine eigenständige Tarifautonomie dieser Branche nicht anerkennt. Das ist letztlich jetzt diese europäische Verfestigung.

Gunther Smits, Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland, Berlin:

- 99 Erst einmal, bevor ich auf diese Dinge kurz noch einmal eingehen möchte, zu dem Lacher von vorhin: Es waren nicht wir, die beim Arbeitsgericht in Frankfurt irgendetwas angestrengt haben, sondern es war ein Arbeitgeberverband, mit dem wir in Tarifpartnerschaft standen, der gegen dieses Fairnessabkommen der IG Metall vorgegangen ist und zwar wettbewerbsrechtlich vorgegangen ist, und dann landete das plötzlich beim Arbeitsgericht Frankfurt am Main, weil das ja schließlich der Gerichtsstand der IG Metall ist. Möglicherweise haben dort die Rechtsvertreter schlichtweg die falschen rechtlichen Aspekte angesprochen und das Ganze nicht auf die Schiene gezogen, auf die sie es letztlich hier vorhin gemacht haben.

Volker Rieble:

- 100 Darf ich dazu ganz kurz sagen: Das war ein UWG-Fall. Da hat man unlauteren Wettbewerb geltend gemacht. Das ist natürlich in der Tat fragwürdig, ob es überhaupt unlauter ist, aber dafür ist natürlich in der

Tat der Rechtsweg ausschließlich gegeben, § 13 UWG, und auch dort gibt es einen Gerichtsstand zum Begehungsort des § 14 UWG, so dass man auch nicht hätte in Frankfurt klagen müssen, sondern hätte anderswo klagen können. Das war ein Fehler. Was haben Sie für Tarifpartner?

Gunter Smits:

Aber noch einmal zu dem zweiten Punkt, den Sie jetzt hier gerade an- 101
gesprochen haben. Ich denke, man sollte dort auch noch einmal sehr deutlich unterscheiden: Es gibt nicht *die* Zeitarbeit, sondern es gibt sehr verschiedene Facetten der Zeitarbeit. Und wir müssen sehr wohl auch anerkennen, dass ein nicht unbedeutender Teil der Zeitarbeitnehmer in Zeitarbeitsunternehmen auch langfristig beschäftigt ist, allerdings alle Vierteljahre an neuen Einsatzorten tätig sind mit unterschiedlichen Tarifverträgen, die dann gelten, beispielsweise im Bereich der Montagedienstleistungen. Und das ist jetzt nicht ein Segment, was man so völlig unter den Tisch fallen lassen sollte, welches in der Zeitarbeit eine Rolle spielt. Und dort kann man mit entsprechenden Tarifverträgen in der Zeitarbeit, in denen dann auch Faktoren mit Berücksichtigung finden, die ein *on top* für die Zeitarbeitnehmer im Zeitarbeitsunternehmen bedeutet, wenn er längerfristig im Unternehmen gebunden ist – Stichwort: betriebliche Altersversorgungsmodelle beispielsweise – durchaus auch diese entsprechende Gewinnsituation, die Möglichkeit des Erfolgs, wie Sie es ausgedrückt haben, erreichen. Dieses Segment ist völlig anders zu beobachten, als das Segment, was hier heute Vormittag auch angesprochen worden ist, welches eine Verbleibedauer im Zeitarbeitsunternehmen von durchschnittlich drei bis vier Monaten hat. Und aus diesem Grund denke ich nicht, dass man sagen kann, Gewerkschaften sind *per se* gescheitert oder werden *per se* scheitern, um Zeitarbeitnehmer auch tatsächlich zu organisieren. Man muss nur dann schauen, wie organisiert man diese Frage, und die werde ich in allgemeinen Flächentarifverträgen in der Zeitarbeit nicht abbilden können, sondern dann allenfalls durch entsprechende Zusatzvereinbarungen, von denen Sie einige Möglichkeiten ja hier auch angesprochen haben.

Volker Rieble:

Völlig einverstanden. Ich warte auf den ersten Streik der Montagezeit- 102
arbeitnehmer. Es ist letztlich ein ganz allgemeiner Streit, ob sich die Reichweite der Tarifmacht aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt oder aus dem Tarifvertragsgesetz. Da gibt es unterschiedliche Konzepte. Klassisch-dogmatisch sagt man, die Ausgestaltung der tariflichen Regelungsbefugnis, die im Prinzip von Art. 9 GG garantiert ist, ist durch das TVG erfolgt.

Es gibt keine Tarifnormen außerhalb des TVG. Die Gegenauffassung, die auch viele Vertreter hat, aber bislang noch nicht beim Bundesarbeitsgericht Erfolg gehabt hat, sagt nein, Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist das richtige Maß. Und da haben Sie natürlich Recht und ich sage hier soziale Verwerfung, dann muss ich auch durch Quoten befrieden können. Das ist eine Arbeits- und Wirtschaftsbedingung. Aber es ist eben aus meiner Sicht keine Betriebsnorm im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG, weil ich eben keinen hinreichend konkreten Schutzbelang der Organisierten habe. Eine Wettbewerbsbedrohung ist eine überbetriebliche Bedrohung, das ist keine betriebsbezogene Drohung. Und Betriebsnormen haben auch nicht die Funktion, den Wettbewerb durch irgendeine Form von Gleichschaltung zu unterbinden, denn sonst könnte ich alle Entgeltfragen durch Betriebsnormen regeln. Das ist wirklich, dann gibt es keine Individualnormen mehr, dann sind die Betriebsnormen nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel und das ist eben nach dem Grundkonzept des TVG nicht der Fall. Es würde dann im Übrigen auch den Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften vollkommen ausschalten, weil es dann über den § 3 Abs. 2 TVG ein schönes Prinzip der Tarifeinheit gäbe, weil ja die störende andere Gewerkschaft unterbietet. Also muss ich durch Betriebsnormen deren Tarifvertrag abschießen können.

Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 103 Ich wollte genau an dieser Stelle einhaken. Die qualitativen Besetzungsregeln haben sich natürlich auf die Zusammensetzung von Belegschaften an Maschinen bezogen; genauso war es mit den Auszubildendenquoten. Von daher ist es meines Erachtens auch sogar nach der Rechtsprechung des BAG eindeutig, dass Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen nach § 3 Abs. 1 TVG hier zum Tragen kommen, und dann eben Inhaltsnormen über die Entgelthöhe. Dann hätten wir keine Möglichkeit, nach § 3 Abs. 2 TVG vorzugehen. Das scheint mir noch sehr viel deutlicher zu sein, als Du es eben gesagt hast. Interessanter wäre die Sache der Einstellungsregeln, weil nach der Geschichte des TVG die Abschlussnorm gerade darauf zielt, Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz im Arbeitskampf verloren haben, das war noch vor 1955, wieder eingestellt werden können. Dementsprechend hätten wir auch die Möglichkeit – allerdings als Abschlussnorm – Gewerkschaftsmitglieder in das Unternehmen hinein zu nehmen. Was ich viel gefährlicher finde ist Deine These über die schuldrechtliche Regelbarkeit entsprechender Sachverhalte. Dieses Grundprinzip – das was ich normativ nicht regeln kann, mache ich eben schuldrechtlich – halte ich für sehr gefährlich. Die Zielsetzung des TVG auch schon in *Sinzheimerscher* Tradition ist darauf gerichtet, eben gerade nicht durch Konstrukte wie Verträge zugunsten Dritter, § 328 BGB, oder Ver-

tretung, tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Regelungen zu treffen. Deswegen wäre meine These, ganz im Gegenteil: Sperrwirkung normativer Regelung dort, wo ich etwas normativ nicht regeln kann, darf ich nicht mit Hilfe des Schuldrechts umgehen. Von daher wäre meine rechtliche Prüfung schon sehr viel früher geendet. Da hätte ich dann gesagt: Schuldrechtlichen Zwang auf einen Arbeitgeber auszuüben, entsprechende Vertragsregelungen zu treffen, ist wohl unzulässig.

Volker Rieble:

Das ist schön, dass mir im ersten Punkt *Richard Giesen* Undeutlichkeit vorwirft. Das schlucke ich jetzt einfach einmal herunter. Das Zweite ist in der Tat interessant. Gibt es eine solche Sperrwirkung? Darüber wird auch diskutiert, lange schon. Also erstens ist es nicht sachgerecht. Was zum Beispiel in der chemischen Industrie in Sachen Umweltschutz usw. gelaufen ist, das hat eine ganze Branche vor dem Absturz bewahrt und war sehr sinnvoll und sehr sinnreich. Und wenn ein Unternehmen mit jedem dahergelaufenem Greenpeace- oder sonstigem Interessenverband eine schuldrechtliche Vereinbarung über Dünnsäureverklappung in der Nordsee treffen kann, warum dann nicht mit der Gewerkschaft? Das sehe ich nicht ein. Das muss ich ehrlich sagen. Deswegen gibt es auch ein manifestes Interesse und außerdem wird auch nur so der andere Streit verfassungsgemäß ordentlich ausgetragen, den wir zuerst hatten, nämlich die Frage, wie weit reicht die Regelungsmacht? Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG oder Individual- und Betriebsnormen im Sinne von § 1 TVG? Denn dort, bei diesem Streit, sagen strukturkonservative Juristen wie ich einer bin, die Ausgestaltung ist abschließend, aber das behindert die Gewerkschaften niemals unverhältnismäßig, weil sie noch die Möglichkeiten haben, sich im allgemeinen Schuldvertragssystem auszutoben über diejenigen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die nicht nach dem TVG normativ regelbar sind. Das glaube ich schon. Das muss man in einem Wechselspiel sehen und dann kommt noch ein Drittes hinzu: Ich habe eben ein anderes Schranken-system. Tarifverträge muss ich deswegen beschränken mit Grundrechtsbindung und anderem, weil sie ja eine massive Fremdsteuerung durch Tarifmacht bedeuten. Wenn die Tarifvertragsparteien mit dem Finger schnippen, ändern sich die Arbeitsverhältnisse. Davor muss ich die Normunterworfenen erst einmal schützen. Bei einem Schuldvertrag habe ich erstens die Möglichkeit, zuwiderzuhandeln; es gibt keine normative Wirkung. Selbst beim Vertrag zugunsten Dritter kann der drittbegünstigte Arbeitnehmer nach § 333 BGB das zugewandte Recht zurückweisen. Also eine deutlich geringere Fremdbelastungswirkung. Schuldverträge wirken nur *inter partes*, nicht gegenüber Dritten, und dementsprechend brauche ich dann nicht so enge Schranken, da kann ich viel großzügiger sein. Und

sobald Drittinteressen betroffen sind, muss ich mich eben auf die Suche machen, nach allgemeinen rechtlichen Erwägungen wie Kartellrecht oder Eingriffe in geschützte Rechte Dritter finale Fremdschädigung, und da kann ich dann ein eigenes Schranken- und Schutzsystem entwerfen. Da würde ich sagen, da ist mir *Giesen* viel zu radikal.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

- 105 Ich würde gern noch einmal auf die Implikationen des Burda-Beschlusses eingehen. Burda war eine Situation, bei der ein Tarifvertrag normativ galt und faktisch gewissermaßen beiseite gedrängt wurde. Mir scheint hier die Situation im Ausgangspunkt jedenfalls phänomenologisch doch anders zu sein. Es geht darum, dass der Entleiher daran gehindert werden soll, mit einem Verleiher einen Vertrag zu schließen, also einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, wenn der Verleiher wiederum einen anderen Tarifvertrag geschlossen hat als denjenigen, der jetzt diesem ersten Tarifvertrag, sprich: dem DGB-Tarifvertrag, entspricht. Ich will nicht ausschließen, dass man jetzt, wenn man Burda weiter denkt und dabei sehr großzügig ist, auch noch einmal in die Überlegungen eintreten kann, wie weit Art. 9 Abs. 3 GG eigentlich reicht. Aber zumindest sollte man dies nicht gleichsetzen, weil es mir doch eine andere Konstellation zu sein scheint. Immerhin könnte der Entleiher freiwillig entscheiden, ob er mit dem Verleiher 1 oder mit dem Verleiher 2 einen Vertrag schließt. Das ist in seine freie Kompetenz gestellt und man wird sicherlich nicht die Auswahlfreiheit deswegen beschränken, weil er möglicherweise, wenn er mit dem Verleiher 1 einen Vertrag schließt, den Tarifvertrag, den der Verleiher 2 mit einer anderen Gewerkschaft geschlossen hat, in irgendeiner Form benachteiligt. Da fehlt mir der Anknüpfungspunkt. Ich sehe daher nur geringe Realisierungsmöglichkeiten, über § 1004 BGB zu einem Unterlassungsanspruch zu kommen. Was das Kartellrecht angeht, ist dies noch einmal eine ganz andere Thematik. Das ist sehr spannend, auch darauf einen Blick zu werfen, aber das will ich jetzt nicht tun.

Volker Rieble:

- 106 Das ist zunächst eine etwas andere Konstellation. Sie ist aber aus meiner Sicht mit einem Erst-Recht-Schluss zu beantworten. Denn hier wird ja nicht nur verhindert, dass ein Tarifvertrag, dort wo er gilt, auch zur Anwendung kommt, sondern hier wird sogar der Unternehmer für seine Tarifbindung mit Auftragsverlust und Exklusion bestraft und die Arbeitnehmer ebenso. Das heißt dann sogar auch noch die Beschäftigung genommen. Sie bekommen nicht nur nicht ihre Tarifbedingungen, sondern

sie werden gleich ganz abgeschossen. Und aus diesem Mehr an Beeinträchtigung zu folgern, das sei harmloser, das finde ich mit Blick auf Burda nicht überzeugend. Dass der Einzelne frei entscheiden darf wie er es hält, dass er sagt „Ich mag den DGB so gern und deswegen zahle ich gerne mehr und dafür bekomme ich ja auch etwas, nämlich friedlichere Arbeitnehmer, nicht diese ausgebeuteten, ausgehungerten Christengestalten, die abends noch auf ein Zweitarbeitsverhältnis angewiesen sind“, das kann er natürlich frei entscheiden, das ist ja ganz in Ordnung. Aber der Dritte darf ihn nicht dahin lenken wollen. Dass jemand sich dafür entscheidet, einen DGB-Verleiher zu nehmen, das ist das immanente Vertragsrisiko jedes Christenanbieters. Dass aber ein Dritter sagt – und zwar zufällig eine DGB-Gewerkschaft – „nimm ihn nicht“, das gehört nicht mehr zum autonomen Risiko und deswegen spricht das aus meiner Sicht auch und gerade gegen Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem privatrechtlichen Schutz, weil hier der Zugang eines Unternehmens nur wegen seiner Tarifbindung zum Markt unterbunden werden soll. Das ist auch eine kartellrechtsähnliche Betrachtungsweise, aber mit einer autonomen arbeitsmarktlichen Begründung. Damit möchte ich es dann auch bewenden lassen.

E. Sozialrechtliche Rahmenbedingungen der Zeitarbeit

Referat Christian Rolfs*

Rn.

I. Einleitung	1
II. Versicherungs- und Beitragsrecht	3
1. Arbeitnehmerüberlassung und andere Formen drittbezogenen Personaleinsatzes	3
a) Abgrenzung	3
b) Sozialrechtliche Konsequenzen bei fehlerhafter Behandlung des Rechtsverhältnisses durch die Vertragsparteien	5
[1] Konsequenzen für den Entleiher	6
[2] Konsequenzen für den Verleiher	8
2. Gewerbsmäßige und nicht gewerbsmäßige, legale und illegale Arbeitnehmerüberlassung	9
3. Sozialrechtliche Fragen der legalen Arbeitnehmerüberlassung	11
a) Beitragspflichten des Verleihers	11
[1] Bei Arbeitszeitkonten	12
[2] Bei Anwendung von Tarifverträgen der Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP)	16
[3] Bei hilfsweiser Inbezugnahme von Tarifverträgen der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB	21
b) Beitragspflichten des Entleihers	24
[1] Allgemeines	24
[2] Bei einem Doppelarbeitsverhältnis	26
4. Sozialrechtliche Fragen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung	28
5. Besonderheiten bei grenzüberschreitender Entsendung	30
a) Bestimmung des anwendbaren Rechts	30
b) Konsequenzen für die grenzüberschreitende Zeitarbeit	33

* Professor Dr. Christian Rolfs ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Privatversicherungsrecht, Arbeits- und Sozialrecht am Institut für Versicherungsrecht der Universität zu Köln.

III. Leistungsrecht	37
1. Gesetzliche Kranken- und soziale Pflegeversicherung	37
2. Unfallversicherung	38
3. Arbeitslosenversicherung	40
a) Arbeitslosengeld	40
b) Kurzarbeitergeld	41
c) Zeitarbeit und Sperrzeit	42
4. Besonderheiten bei grenzüberschreitender Entsendung	43
a) Allgemeines	43
b) Unfallversicherungsrechtlicher Haftungsausschluss	44
IV. Zusammenfassung	47
Diskussion	56

I. Einleitung

Seit der Reform der Zeitarbeit im Zuge des ersten Hartz-Gesetzes¹ 2003 hat sich die Zeitarbeitsbranche dynamisch entwickelt. Viele Arbeitgeber nutzen die Möglichkeiten des reformierten AÜG, Leiharbeitskräfte als Flexibilitätsreserve nicht nur für akuten und kurzfristigen Bedarf einzusetzen und mit ihnen Leistungsspitzen abzudecken². In der aktuellen Wirtschaftskrise können Maßnahmen der Personalanpassung auf diese Weise zeitnah umgesetzt werden. Das Stammpersonal des Unternehmens kann gehalten werden und mit Hilfe weiterer Flexibilisierungsinstrumente wie der Absenkung der Wochenarbeitszeit, der Auflösung von Arbeitszeitkonten und notfalls der Einführung von Kurzarbeit auch über einen längeren Zeitraum von betriebsbedingten Kündigungen verschont bleiben. Bei einer Wiederbelebung der Konjunktur kann damit sogleich auf die vorhandenen Fachkräfte vollständig zurückgegriffen werden.

Das Sozialgesetzbuch kennt nur in wenigen Zusammenhängen ausdrückliche Bestimmungen für Leiharbeitsverhältnisse. Im Kern ist allein § 28e Abs. 2 SGB IV einschlägig, der sowohl bei erlaubter als auch bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung die Pflicht zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge (auch) dem Entleiher auferlegt – bei legaler Überlassung in der Stellung eines selbstschuldnerischen Bürgen, bei verbotener Leiharbeit als Gesamtschuldner neben dem Verleiher (falls dieser zumindest Teile des Arbeitsentgelts zahlt). Gleichwohl resultieren aus den allgemeinen sozialrechtlichen Bestimmungen über die Versicherungs- und Beitragspflicht in Verbindung mit einigen im Rahmen der Zeitarbeit typischen individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Situationen im Folgenden besonders hervorzuhebende Risiken. Für den Leiharbeiter schließlich stellen sich im Leistungsrecht der gesetzlichen Sozialversicherung spezifische Fragestellungen.

1 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12. 2002, BGBl. I 2002, S. 4607.

2 Neunter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG – sowie über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG – vom 4.10. 2000, Bundestags-Drucksache 14/4220, S. 14.

II. Versicherungs- und Beitragsrecht

1. Arbeitnehmerüberlassung und andere Formen drittbezogenen Personaleinsatzes

a) Abgrenzung

- 3 Drittbezogener Personaleinsatz kann nicht nur im Wege der Leiharbeit erfolgen. Vielmehr sind vielfältige andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten denkbar, namentlich der Dienst- und der Werkvertrag. In den beiden letztgenannten Fällen organisiert der Unternehmer (Arbeitgeber) die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen selbst und bedient sich dabei seiner Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen; er bleibt für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werks verantwortlich. Dagegen liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitgeber dem Dritten geeignete Arbeitskräfte überlässt, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt³.
- 4 Für die Beurteilung der beitragsrechtlichen Konsequenzen ist – nicht anders als für die arbeitsrechtliche Abgrenzung⁴ – weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt. Die Vertragsschließenden können die Anwendung der zwingenden Schutzvorschriften des AÜG nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom tatsächlichen Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus dem Wortlaut des Vertrags als auch aus dessen praktischer Durchführung ergeben. Widersprechen beide einander, so ist die tatsächliche Handhabung maßgebend, weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich ge-

3 Vgl. BAG 10.2. 1977 – 2 ABR 80/76, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972 = NJW 1977, 1413; BAG 15.6. 1983 – 5 AZR 111/81, AP Nr. 5 zu § 10 AÜG = NJW 1984, 2912; *Becker*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen, DB 1988, 2561, 2565 f.; *Koch*, in: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl. 2007, § 120 Rn. 6 ff.; *Wank*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)*, 9. Aufl. 2009, § 1 AÜG Rn. 17.

4 BAG 15.6. 1983 – 5 AZR 111/81 (Fn. 3); BGH 8.11. 1979 – VII ZR 337/78, BGHZ 75, 299, 301 = NJW 1980, 452; BGH 25.6. 2002 – X ZR 83/00, NJW 2002, 3317, 3317 f.; BGH 21.1. 2003 – X ZR 261/01, NJW-RR 2003, 773, 773; *Kalb*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.)*, Arbeitsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 1 AÜG Rn. 14.

wollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragspartner bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp⁵.

b) Sozialrechtliche Konsequenzen bei fehlerhafter Behandlung des Rechtsverhältnisses durch die Vertragsparteien

Die fehlerhafte Beurteilung des Rechtsverhältnisses durch die Parteien 5 kann namentlich für den Entleiher erhebliche beitragsrechtliche Konsequenzen zeitigen. Liegt nämlich in Wahrheit kein Dienst- oder Werkvertrag, sondern Arbeitnehmerüberlassung vor, ist diese in aller Regel mangels Überlassungserlaubnis illegal (§ 9 Nr. 1 AÜG). Der Entleiher gilt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Arbeitgeber.

[1] Konsequenzen für den Entleiher

Sozialrechtlich gewendet bedeutet dies, dass zwischen dem Entleiher und 6 dem Arbeitnehmer ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV besteht, das schon nach allgemeinen Regeln (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV) die Beitragspflicht begründet⁶. Dass die Zahlung des Arbeitsentgelts regelmäßig nicht durch den Entleiher, sondern auch bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung durch den Verleiher erfolgt, ändert hieran nichts. Denn die Beitragspflicht in der Sozialversicherung knüpft nicht allein an den tatsächlichen Zahlungsweg des Arbeitsentgelts, sondern auch an den privatrechtlichen Anspruch an, sogenannte „Entstehungstheorie“ oder „kombinierte Anspruchs- und Zuflusstheorie“⁷. Folge ist, dass der Entleiher als Gesamtschuldner neben dem Verleiher auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV) und die Umlage zur gesetzlichen Unfallversicherung (§ 150 Abs. 3 SGB VII) haftet.

5 BSG 14.12. 1999 – B 2 U 38/98 R, BSGE 85, 214, 217 = NZA-RR 2000, 434; BSG 10.8. 2000 – B 12 KR 21/98 R, BSGE 87, 53, 56 = NJW 2001, 1965; BSG 24.1. 2007 – B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 = NZS 2007, 648, 650; BSG 17.10. 2007 – B 11a AL 25/06 R, NZS 2008, 499, 499; Rolfs, in: ErfK (Fn. 3), § 7 SGB IV Rn. 18.

6 BSG 18.8. 1992 – 12 RK 38/92, SozR 3-2200 § 1399 Nr. 2; Thüsing, in: Thüsing (Hrsg.), AÜG, 2. Aufl. 2008, Einf. Rn. 79; Voelzke, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch 2009, Arbeitnehmerüberlassung Rn. 60; anderer Ansicht Schüren, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl. 2007, Einl. Rn. 788; Wank, in: ErfK (Fn. 3), Einl. AÜG Rn. 40.

7 BVerfG 11.9. 2008 – 1 BvR 2007/05, NZA 2009, 44, 44 f.; BSG 28.6. 1995 – 7 RAr 102/94, BSGE 76, 162, 164 ff. = NZS 1996, 178; BSG 14.7. 2004 – B 12 KR 1/04 R, BSGE 93, 119, 123 ff. = NZS 2005, 538; BGH 2.12. 2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009, 528, 530; Rolfs, in: ErfK (Fn. 3), § 8 SGB IV Rn. 11.

- 7 Die fehlerhafte Behandlung des Rechtsverhältnisses zeitigt für den Entleiher aber noch weitere Konsequenzen: Da sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem vermeintlichen Entleiher gemäß § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG nach dem in dessen Betrieb geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen richtet, steht dem Arbeitnehmer in aller Regel ein ergänzender Entgeltanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem Leiharbeitslohn und dem der vergleichbaren Stammbesellschaft gezahlten Arbeitsentgelt zu⁸. Auf diese Entgeltdifferenz hat der Entleiher – und zwar er allein – Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten⁹. Auch hier besteht die Beitragspflicht unabhängig davon, ob das Entgelt dem Arbeitnehmer tatsächlich gewährt worden ist oder nicht. Da ein nachträglicher Abzug der an sich vom Arbeitnehmer zu tragenden Anteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag regelmäßig an § 28g Satz 3 SGB IV scheitert¹⁰, hat der vermeintliche Entleiher im Ergebnis regelmäßig auch diesen Teil der Beiträge letztlich allein zu tragen. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 25 Abs. 1 SGB IV vier, in den Fällen vorsätzlicher – auch nur bedingt vorsätzlicher¹¹ – Vorenthaltung der Beiträge sogar 30 Jahre.

[2] Konsequenzen für den Verleiher

- 8 Den Verleiher entlastet die arbeitsrechtliche Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG sozialversicherungsrechtlich freilich häufig nicht. Solange er nämlich das vermeintliche Leiharbeitsverhältnis weiterhin tatsächlich durchführt, namentlich das Arbeitsentgelt zahlt, besteht – unabhängig von der umstrittenen Frage, ob zwischen ihm und dem Arbeitnehmer ein faktisches Arbeitsverhältnis besteht¹² – jedenfalls sozialrechtlich ein wirksames Be-

8 Vgl. BAG 15.6. 1983 – 5 AZR 111/81 (Fn. 3); BAG 21.7. 1993 – 5 AZR 554/92, AP Nr. 10 zu § 10 AÜG = NZA 1994, 217; BAG 19.9. 2007 – 4 AZR 656/06, NZA-RR 2008, 231, 232; *Mengel*, in: Thüsing (Fn. 6), § 10 Rn. 26; *Wank*, in: ErfK (Fn. 3), § 10 AÜG Rn. 13.

9 *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), Einl. Rn. 789; *Thüsing*, in: *Thüsing* (Fn. 6), Einf. Rn. 82.

10 Vgl. *Kreikebohm*, in: *Kreikebohm* (Hrsg.), SGB IV, 2008, § 28g Rn. 2 ff.; *Seewald*, in: *Leitherer* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (KassKomm), Stand: Januar 2009, § 28g SGB IV Rn. 5 ff.; *Schlegel*, in: *Küttner* (Fn. 6), Lohnabzugsverfahren Rn. 34 ff.

11 BSG 21.6. 1990 – 12 RK 13/89, DB 1992, 2090, 2090; BSG 30.3. 2000 – B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25 Nr. 7 = NZS 2000, 515; *Kreikebohm*, in: *Kreikebohm* (Fn. 10), § 25 Rn. 5; *Mette*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeits- und Sozialrecht (BeckOK), Stand: März 2009, § 25 SGB IV Rn. 7; *Seewald*, in: *KassKomm* (Fn. 10), § 25 SGB IV Rn. 6.

12 Generell dafür *Koch*, in: *Schaub* (Fn. 3), § 120 Rn. 60; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 10 Rn. 148; nur für die überlassungsfreie Zeit BGH 31.3. 1982 – 2 StR 744/81, BGHSt 31, 32, 35 = NJW 1982, 1952; BGH 18.7.

beschäftigungsverhältnis¹³. Der Verleiher bleibt also beitragspflichtig, wie § 28e Abs. 2 Satz 3 SGB IV klarstellt. Für die beschäftigungslose Zeit zwischen zwei Fremdfirmeneinsätzen gilt dies sogar dann, wenn der vermeintliche Verleiher dem Arbeitnehmer das versprochene Arbeitsentgelt vorenthält. Denn solange er sich nicht von dem Beschäftigungsverhältnis lossagt, besteht der Lohnanspruch und damit – unabhängig von dessen tatsächlicher Erfüllung – auch der Beitragsanspruch¹⁴.

2. Gewerbsmäßige und nicht gewerbsmäßige, legale und illegale Arbeitnehmerüberlassung

Die besonderen beitragsrechtlichen Bestimmungen des SGB IV für die Leiharbeit knüpfen an das AÜG und damit an die in ihm allein normierte *gewerbsmäßige* Arbeitnehmerüberlassung an. Nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, also solche, die unselbständig, nicht auf Dauer angelegt und/oder ohne Gewinnerzielungsabsicht¹⁵ erfolgt, wird demgegenüber nicht anders als gewöhnliche Beschäftigungsverhältnisse behandelt: Die sozialversicherungsrechtlichen Beitrags- und Meldepflichten treffen allein den Verleiher als Arbeitgeber¹⁶. Dasselbe gilt im Falle der Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werks gebildeten Arbeitsgemeinschaft, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG – insbesondere also die Geltung der Tarifverträge desselben Wirtschaftszweigs für alle an der ARGE beteiligten Arbeitgeber – erfüllt sind¹⁷ und daher nach der gesetzlichen Fiktion dieser Bestimmung keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Genauso zu behandeln sind schließlich die drei vom Gesetz in § 1 Abs. 3 AÜG privilegierten Überlassungstatbestände, also die „Nachbarschaftshilfe“, die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung und der Verleih an ein deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen. Sie werden sozialver-

2000 – X ZR 62/98, NJW 2000, 3492, 3495; Wank, in: ErfK (Fn. 3), § 10 AÜG Rn. 5.

13 Diebold/Schüren, Sozialversicherung bei Arbeitnehmerüberlassung, NZS 1994, 296, 297; Seewald, in: KassKomm (Fn. 10), § 28e SGB IV Rn. 22; Thüsing, in: Thüsing (Fn. 6), Einf. Rn. 79; Wank, in: ErfK (Fn. 3), Einl. AÜG Rn. 40.

14 Schüren, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 776; Seewald, in: KassKomm (Fn. 10), § 28e SGB IV Rn. 22; Voelzke, in: Küttner (Fn. 6), Arbeitnehmerüberlassung Rn. 61.

15 Näheres bei BAG 10.2. 1977 – 2 ABR 80/76 (Fn. 3), 1413; Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 1 Rn. 268 ff.; Kalb, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 1 AÜG Rn. 32 ff.; Koch, in: Schaub (Fn. 3), § 120 Rn. 12; Waas, in: Thüsing (Fn. 6), § 1 Rn. 94 ff.

16 Voelzke, in: Küttner (Fn. 6), Arbeitnehmerüberlassung Rn. 57.

17 Näher dazu Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 1 Rn. 346 ff.; Waas, in: Thüsing (Fn. 6), § 1 Rn. 110 ff.; Wank, in: ErfK (Fn. 3), § 1 AÜG Rn. 37 ff.

sicherungsrechtlich wie nicht gewerbsmäßige Leiharbeit behandelt. § 28 Abs. 2 SGB IV findet keine Anwendung, den Entleiher treffen keine beitragsrechtlichen Pflichten¹⁸.

- ¹⁰ In den verbleibenden Fällen der nicht-privilegierten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ist die Leiharbeit legal, wenn sie entweder nach § 1a AÜG nicht erlaubnispflichtig ist oder der Verleiher über die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis verfügt. Erlaubnisfrei ist die Überlassung für einen Arbeitgeber, der weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigt und diese oder einen Teil von ihnen zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen anderen Arbeitgeber bis zur Dauer von zwölf Monaten nach vorheriger Anzeige an die Bundesagentur für Arbeit überlässt. In allen übrigen Fällen besteht Erlaubnispflicht, wobei die Erlaubnis im Bereich des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, nur unter den Voraussetzungen des § 1b Sätze 2 und 3 AÜG erteilt werden darf.

3. Sozialrechtliche Fragen der legalen Arbeitnehmerüberlassung

a) Beitragspflichten des Verleihers

- ¹¹ Bei legaler Arbeitnehmerüberlassung steht der Arbeitnehmer allein zum Verleiher in einem Arbeits- und damit auch nur zu ihm in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV. Die sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten treffen allein den Verleiher (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Freilich bergen einige häufige Vertragskonstellationen spezifische beitragsrechtliche Risiken.

[1] Bei Arbeitszeitkonten

- ¹² Der typische Zeitarbeitsvertrag sieht bei Vollzeitbeschäftigung lediglich eine 35-Stunden-Woche vor¹⁹. Gleichzeitig ist der Arbeitnehmer aber regelmäßig verpflichtet, während seiner Überlassung die im Betrieb des Entleihers übliche Arbeitszeit gegen sich gelten zu lassen, also – je nach Branche – beispielsweise 38, 39 oder 40 Stunden. Darüber hinaus kann er

¹⁸ Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 1 Rn. 590; Waas, in: Thüsing (Fn. 6), § 1 Rn. 213; Wank, in: ErfK (Fn. 3), § 1 AÜG Rn. 56.

¹⁹ So zum Beispiel gemäß § 2 des Manteltarifvertrags Zeitarbeit vom 22.7. 2003 in der Fassung des Änderungstarifvertrags vom 30.5. 2006 zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) und der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB, ebenso § 3.1 des Manteltarifvertrags für die Zeitarbeit vom 29.5. 2003 zwischen dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ) und der Tarifgemeinschaft der DGB-Gewerkschaften.

auch zu Überstunden herangezogen werden. Die Vergütung erfolgt freilich nur auf der Basis der rechtlich fix geschuldeten Arbeitszeit, der Differenzbetrag wird dem Arbeitszeitkonto des Beschäftigten gutgeschrieben. Während verleihrefreier Zeiten wird dieses Konto entsprechend belastet.

Eine solche Vertragsgestaltung, die den Verleiher in beachtlichem Umfang von seinem unternehmerischen Risiko entlastet und das Risiko des Annahmeverzugs im Umfang des Arbeitszeitkontos und seines zulässigen Negativsaldos dem Arbeitnehmer aufbürdet²⁰, ist nicht ohne Risiko. Im Recht der Entgeltfortzahlung hat das BAG nämlich bereits vor einigen Jahren betont, dass sich die maßgebliche individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers nicht allein aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt. Vielmehr müsse das „gelebte Rechtsverhältnis“, also ein längerfristiger Beschäftigungszeitraum, in den Blick genommen werden²¹. Der Vergleichszeitraum bezwecke die sichere Erfassung dessen, was die Arbeitsvertragsparteien als regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers tatsächlich gewollt hätten. Er sei auf zwölf Monate zu bemessen, damit das Arbeitsverhältnis mit seinen Besonderheiten möglichst umfassend in den Blick komme und Zufallsergebnisse vermieden würden²². Der *Fünfte Senat* hat seinerzeit ausdrücklich betont, dass es sich nicht lediglich um einen Referenzzeitraum zur praktikablen Berechnung des Lohnausfalls handele, sondern um die rechtsgeschäftliche Bestimmung der beständigen Arbeitszeit²³. Daran vermag auch eine formularmäßig vereinbarte Schriftformklausel im Arbeitsvertrag nichts zu ändern, weil sich die spätere (konkludente) Individualvereinbarung ihr gegenüber gemäß §§ 305b, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB durchsetzt²⁴.

Ergibt sich hieraus jedoch eine von den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien abweichende, durch den entsprechenden Arbeitsein-

20 J. Ulber, Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232, 236 f.

21 BAG 21.11. 2001 – 5 AZR 296/00, AP Nr. 56 zu § 4 EntgeltFG = NZA 2002, 439; BAG 26.6. 2002 – 5 AZR 592/00, AP Nr. 61 zu § 4 EntgeltFG.

22 BAG 21.11. 2001 – 5 AZR 296/00 (Fn. 21); BAG 26.6. 2002 – 5 AZR 592/00 (Fn. 21); Linck, in: Schaub (Fn. 3), § 98 Rn. 88; Schliemann, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 4 EFZG Rn. 6; Schmitt, EFZG/AAG, 6. Aufl. 2007, § 4 EFZG Rn. 31.

23 BAG 21.11. 2001 – 5 AZR 296/00 (Fn. 21); BAG 26.6. 2002 – 5 AZR 592/00 (Fn. 21).

24 BAG 20.5. 2008 – 9 AZR 382/07, AP Nr. 35 zu § 307 BGB = NZA 2008, 1233; Däubler, Der Änderungsvertrag – das vergessene Problem, Festschrift Richardi, 2007, S. 205, 215; Preis, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2009, II S 30 Rn. 13; Stoffels, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, Anhang zu § 310 BGB Rn. 172; Stoffels, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rn. 347, 351.

satz konkludent vereinbarte Arbeitszeit, ist diese auch für die Beitragspflicht maßgebend. Dass das rechtlich geschuldete höhere Arbeitsentgelt tatsächlich nicht gezahlt wird, ist wegen des beitragsrechtlichen Entstehungsprinzips²⁵ unerheblich. Die Sonderregelung des § 23b SGB IV zur Bestimmung der beitragspflichtigen Einnahmen bei flexiblen Arbeitszeitregelungen kommt nicht zur Anwendung, da sie nur Wertguthaben im Sinne von § 7b SGB IV, nicht aber Gleitzeit- und Flexikonten betrifft (§ 7b Nr. 2 SGB IV)²⁶. Der Verleiher schuldet dann sowohl während der Überlassung als auch in verleihfreien Zeiten auf der Basis des Referenzzeitraums berechnete höhere als die tatsächlich gezahlten Beiträge. Auch hier trifft ihn wegen des Abzugsverbots aus § 28g Satz 3 SGB IV im Ergebnis die gesamte Beitragslast einschließlich des Arbeitnehmeranteils allein.

- 15 Offen ist bislang, wie zu verfahren ist, wenn – wie in der Zeitarbeitsbranche regelmäßig – das Arbeitsverhältnis weniger als zwölf Monate besteht. Da das BAG rechtsgeschäftlich argumentiert, also eine konkludente Änderung der ursprünglich vertraglich vereinbarten Arbeitszeit annimmt, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft in größerem Umfang eingesetzt wird, dürfte die Nichterreichung des Zwölf-Monats-Zeitraums beachtlich sein: Arbeitet der Arbeitnehmer lediglich für einen kürzeren Zeitraum über das vertraglich fest geschuldete Maß hinaus, verrichtet er lediglich Überstunden, die keine Veränderung des Vertragsinhalts zur Folge haben.

[2] Bei Anwendung von Tarifverträgen der Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP)

- 16 Das derzeit wohl größte Risiko für die Leiharbeitsbranche resultiert aus der umstrittenen Tariffähigkeit der CGZP. Diese Tarifgemeinschaft besteht aus der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM), der Gewerkschaft öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD), der Christlichen Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT)²⁷ und dem Deutschen

25 BVerfG 11.9. 2008 – 1 BvR 2007/05 (Fn. 7), 44 f.; BSG 28.6. 1995 – 7 RAR 102/94 (Fn. 7), 164 ff.; BSG 14.7. 2004 – B 12 KR 1/04 R (Fn. 7), 123 ff.; BGH 2.12. 2008 – 1 StR 416/08 (Fn. 7), 530; *Rolfs*, in: *ErfK* (Fn. 3), § 8 SGB IV Rn. 11.

26 *Hanau/Veit*, Neues Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze, *NJW* 2009, 182, 183; *Langohr-Plato/Sopora*, Neue gesetzliche Bedingungen für Zeitwertkonten, *NZA* 2008, 1377, 1377; *Wellisch/Lenz*, Wertkonten und andere Arbeitszeitkonten, *DB* 2008, 2762, 2762 f.

27 Nicht zu verwechseln mit der Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ), deren Tariffähigkeit ebenfalls zweifelhaft ist (LAG Köln 20.5. 2009 – 9 TaBV 105/08, noch nicht veröffentlicht; Vorinstanz: ArbG Köln 30.10. 2008 – 14 BV 324/08, *AuR* 2009, 100 ff.).

Handels- und Industrieangestelltenverband (DHV)²⁸. Die CGZP hat in den vergangenen Jahren zahlreiche Tarifverträge zur Leiharbeit abgeschlossen, und zwar sowohl Verbandstarifverträge mit dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP)²⁹ als auch Firmentarifverträge³⁰. Ihre Tarifpolitik wird teilweise heftig kritisiert, namentlich *Peter Schüren*³¹ und Autoren aus seinem Umfeld³² geißeln immer wieder die „Billig-Tarifverträge“ der CGZP³³.

Die CGZP ist selbst keine Gewerkschaft. Ihr Name scheint sie als „Tarifgemeinschaft“ auszuweisen. Ob eine solche Gesellschaft bürgerlichen Rechts überhaupt selbst tariffähig sein kann, ist streitig. *Martin Henssler* hält dies unter der Voraussetzung, dass alle ihre Mitglieder selbst tarif-

28 www.cgb.info.

29 Demgegenüber haben die beiden anderen Arbeitgeberverbände der Zeitarbeitsbranche, der BZA und die iGZ, Tarifverträge nur mit der Tarifgemeinschaft der DGB-Gewerkschaften abgeschlossen.

30 *Ankersen*, Neues AÜG seit 1.3. 2003 bundesweit in Kraft, NZA 2003, 421, 423 f.; *Schüren*, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239, 240; *Wank*, in: ErfK (Fn. 3), § 19 AÜG Rn. 2.

31 *Schüren*, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ein Rückblick mit Ausblicken, RdA 2006, 303, 306; *ders.*, Die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA vor den deutschen Arbeitsgerichten, NZA 2007, 1213, 1213; *ders.*, Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231, 235; *ders.*, Unwirksame Vereinbarungen über die Organisation der Betriebsverfassung, Festschrift Löwisch, 2007, S. 367, 371 ff.; *ders.*, Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für die Leiharbeitsbranche, NZA 2008, 453, 453 ff.; *ders.*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 9 Rn. 114 ff.; *Schüren/Behrend*, Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform – Risiken der Neuen Freiheit, NZA 2003, 521, 524 ff.; *Schüren/Riederer von Paar*, Risiken nichtiger Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 241, 241; *Park/Riederer von Paar/Schüren*, Arbeits-, sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, NJW 2008, 3670, 3671.

32 *Brors*, Zweifelhafte Zulässigkeit der gestaffelten individualvertraglichen Verweisung auf die Zeitarbeitstarifverträge der christlichen Gewerkschaften und des DGB, BB 2006, 101, 102; *Reipen*, Dubiose Gewerkschaften – Sozialversicherungsrechtliche Risiken für Zeitarbeitsunternehmen und ihre Kunden, NZS 2005, 407, 409.

33 Kritik ferner unter anderem bei *Böhm*, Zeitwende bei der Zeitarbeit – Start mit Irritationen, NZA 2003, 828, 829 ff.; *ders.*, „Billig-Tarifverträge“ in der Zeitarbeit – Risiken für die Kunden, DB 2003, 2598, 2598; *Deinert*, Zur Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition, AuR 2004, 212, 217; *J. Ulber*, NZA 2009, 232, 235.

fähig sind, für möglich³⁴. *Manfred Löwisch* und *Volker Rieble* stehen dagegen auf dem Standpunkt, dass eine Tarifgemeinschaft *per se* nicht selbst tariffähig sein kann, sondern lediglich ihre tariffähigen Mitglieder Partei des Tarifvertrags sind, wenn auch in Verbundenheit mit den anderen Mitgliedern der Tarifgemeinschaft³⁵. Der letztgenannten Auffassung scheint auch der *Zehnte Senat* des BAG zuzuneigen³⁶. Ausweislich §§ 1, 7 Abs. 1 ihrer Satzung³⁷ versteht sich die CGZP freilich gar nicht als Tarifgemeinschaft, sondern als Spitzenverband im Sinne von § 2 Abs. 3 TVG³⁸. Welche Voraussetzungen ein solcher Spitzenverband für die Tariffähigkeit erfüllen muss, ist freilich nicht weniger umstritten: Teilweise wird im Anschluss an eine ältere Entscheidung des BAG³⁹ verlangt, dass alle ihn tragenden Einzelgewerkschaften tariffähig sein müssen⁴⁰; ein anderer Teil der Literatur will es dagegen genügen lassen, dass mindestens zwei Einzelgewerkschaften diese Voraussetzung erfüllen, solange der Verband nicht durch die weiteren, nicht tariffähigen Mitglieder dominiert wird⁴¹. Die Tariffähigkeit der CGM steht durch einen Beschluss des BAG aus dem

-
- 34 *Henssler*, Tarif- und arbeitsvertragliche Folgen der Auflösung von Arbeitgeberverbänden und Tarifgemeinschaften, Festschrift 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 37, 38; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 4), § 1 TVG Rn. 26a.
- 35 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 165.
- 36 Vgl. BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05, AP Nr. § 34 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2007, 448.
- 37 § 1: „Die Tarifgemeinschaft vertritt die tariflichen Interessen ihrer Mitgliedsgewerkschaften als Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG und schließt für deren Mitglieder Tarifverträge mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden ab, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitnehmerüberlassung überlassen wollen.“ – § 7 Abs. 1: „Tarifvertragschließende Partei in der Zeitarbeit kann nur die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) sein. Die Mitgliedsgewerkschaften haben durch ihren Beitritt zur Tarifgemeinschaft ihre Tarifhoheit für die Branche der Zeitarbeit an die Tarifgemeinschaft abgetreten.“
- 38 Während die von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge die CGZP als Tarifpartner benennen, treten die DGB-Gewerkschaften zwar gemeinsam auf, die Tarifwerke bezeichnen aber jeweils alle Gewerkschaften einzeln als Tarifpartner.
- 39 BAG 2.11. 1960 – 1 ABR 18/59, AP Nr. 1 zu § 97 ArbGG 1953.
- 40 *Peter*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 56; *D. Ulber*, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation?, NZA 2008, 438, 439.
- 41 *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 4), § 2 TVG Rn. 26; *Lembke*, Die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, NZA 2007, 1333, 1334 ff.; *Oetker*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 Rn. 426, 431 f.

Jahre 2006 rechtskräftig fest⁴², diejenige des DHV durch einen Beschluss des LAG Hamburg⁴³, für die beiden anderen Gewerkschaften ist sie streitig⁴⁴. Da die Tariffähigkeit einer Koalition nach Überzeugung des BAG für den beanspruchten Zuständigkeitsbereich einheitlich und unteilbar ist, also nicht auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkt werden kann⁴⁵, lässt sich den beiden Gewerkschaften nicht entgegenhalten, dass sie zwar in ihren angestammten Branchen, nicht aber in der Zeitarbeitsbranche über die erforderliche Durchsetzungskraft verfügen. Nach einer dritten Auffassung soll es auf die Tariffähigkeit der den Spitzenverband tragenden Einzelgewerkschaften freilich gar nicht ankommen, sondern entscheidend sein, ob der Spitzenverband selbst hinreichend sozial mächtig ist⁴⁶.

Dieser Ansicht hat sich offenbar auch das ArbG Berlin angeschlossen, das mit – nicht rechtskräftigem – Beschluss vom 1.4. 2009 im Verfahren nach § 97 ArbGG die Tariffähigkeit der CGZP festgestellt hat. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es fehle der CGZP an der erforderlichen „Sozialmächtigkeit“. Das BAG setze für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie voraus, dass die jeweiligen sozialen Gegenspieler über eine Durchsetzungskraft gegenüber der tariflichen Gegenseite verfügen⁴⁷. Das ArbG Berlin vermochte eine solche Durchsetzungsfähigkeit der CGZP nicht festzustellen. Dass die CGZP eine Reihe von Tarifverträgen abgeschlossen habe, führe, anders als im Regelfall, nicht zu einer Indizwirkung für eine Sozialmächtigkeit. Denn in der vorliegenden Konstellation der Zeitarbeit müsse die Arbeitgeberseite nicht zum Ab-

42 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2006, 1112.

43 LAG Hamburg 18.2. 1997 – 2 Ta 9/95, zitiert bei *Lembke*, NZA 2007, 1333, 1336 Fn. 39; vgl. zur beschränkten Tariffzuständigkeit des DHV allerdings auch BAG 10.2. 2009 – 1 ABR 36/08, AuR 2009, 131.

44 Verneinend *D. Ulber*, NZA 2008, 438, 439.

45 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 42); anderer Ansicht *Bayreuther*, Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom ‚Einheitstarifvertrag‘?, BB 2005, 2633, 2637 f.; *Dütz*, Zur Entwicklung des Gewerkschaftsbegriffs, DB 1996, 2385, 2389 f.; *Rieble*, Relativität der Tariffähigkeit, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 519, 526 ff.

46 *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 29; *Löwisch/Rieble* (Fn. 35), § 2 Rn. 111 f.; *Wiedemann/Thüsing*, Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, RdA 1995, 280, 281 f.

47 BAG 10.9. 1985 – 1 ABR 32/83, AP Nr. 34 zu § 2 TVG = NZA 1986, 332; BAG 16.1. 1990 – 1 ABR 10/89, AP Nr. 39 zu § 2 TVG = NZA 1990, 623; BAG 6.6. 2000 – 1 ABR 10/99, AP Nr. 55 zu § 2 TVG = NZA 2001, 160; BAG 14.12. 2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2005, 697; BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 42).

schluss eines Tarifvertrags „gedrängt“ werden, vielmehr habe sie ihrerseits ein massives eigenes Interesse daran, überhaupt einen Tarifvertrag abzuschließen, weil nur so dem „*Equal-Pay-Gebot*“ in § 9 Nr. 2 AÜG entgegen gewirkt werden könne. Sonstige Merkmale, wie beispielsweise die Mitgliederzahl in den Organisationen, hätten ebenfalls nicht für das Vorliegen einer „Sozialmächtigkeit“ gesprochen. Hieraus ergebe sich, dass von einer Tariffähigkeit der CGZP nicht auszugehen sei⁴⁸.

- 19 Sollte die CGZP letztinstanzlich unterliegen, ergäben sich eine Reihe teilweise komplizierter und umstrittener Folgeprobleme: Zum einen ist fraglich, ob die Tarifverträge der CGZP in Gänze unwirksam wären⁴⁹ oder ob sie im Verhältnis zu den tariffähigen Mitgliedsgewerkschaften in Geltung blieben⁵⁰. Im zweitgenannten Fall wäre, da die Anwendung der Tarifverträge in der Praxis ohnehin kaum jemals auf der beiderseitigen Tarifbindung (§ 3 TVG), sondern nahezu stets allein, zumindest aber auch auf einer einzelvertraglichen Inbezugnahme beruht⁵¹, die Tarifunfähigkeit einzelner Mitglieder der Tarifgemeinschaft unschädlich. Man wird im Ergebnis jedoch zur vollständigen Unwirksamkeit der Tarifverträge gelangen müssen, wenn auch nur eine Vertragspartei tarifunfähig ist: Zweck der Tarifgemeinschaft ist die einheitliche Tarifgestaltung für alle Mitgliedsgewerkschaften und deren Einzelmitglieder, eine Teilbarkeit widerspricht dem dokumentierten Vertragswillen der Tarifpartner. Hätte die Tarifunfähigkeit damit die (Gesamt-) Nichtigkeit der von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge zur Folge, stellte sich die Frage, ob diese *ex tunc* oder nur *ex nunc* einträte. Die Entscheidung im Verfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG hat feststellenden, nicht rechtsgestaltenden Charakter⁵². Daraus folgt, dass die Tarifunfähigkeit rückwirkend festgestellt wird, was zugleich die ebenfalls rückwirkende Feststellung der Nichtigkeit der von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge zur Folge

48 ArbG Berlin 1.4. 2009 – 35 BV 17008/08, DB 2009, 1079; anderer Ansicht Ankersen, NZA 2003, 421, 424; Bayreuther, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, NZA 2005, 341, 342; Buchner, Leiharbeit: Ablösung der Verpflichtung zur Gewährung der im Entleiherbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen (§ 10 Abs. 4 AÜG) durch Tarifregelungen, DB 2004, 1042, 1042 ff.; Schöne, „Billig-Tarifverträge“ in der Zeitarbeit – Wo genau liegt das Risiko?, DB 2004, 136, 136 f.

49 BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05 (Fn. 36); Oetker in: Wiedemann (Fn. 41), § 2 Rn. 17; Peter, in: Däubler (Fn. 40), § 2 Rn. 181.

50 Buchner, DB 2004, 1042, 1043 f.; Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 2 TVG Rn. 26.

51 D. Ulber, NZA 2008, 438, 439.

52 BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05 (Fn. 36); Buchner, DB 2004, 1042, 1042; Franzen, in: ErfK (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 39; Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 2 TVG Rn. 41; Röller, in: Küttner (Fn. 6), Leiharbeitnehmer Rn. 10.

hat⁵³. Dann kommt auch eine Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) nicht in Betracht⁵⁴. Weitgehend unbestritten dürfte nach dem Urteil des BAG vom 15.11. 2006 sein, dass es kein schützenswertes Vertrauen in die Tariffähigkeit und damit die Wirksamkeit der Tarifverträge gibt⁵⁵. Weder arbeits- noch sozialrechtlich können die Beteiligten, im hiesigen Zusammenhang also namentlich die Verleiher, sich darauf berufen, von der Tariffähigkeit der CGZP überzeugt gewesen zu sein.

Arbeitsrechtliche Konsequenz wäre, dass mit Ausnahme der Beschäftigung eines zuvor Arbeitslosen für die Dauer der ersten sechs Wochen des Leiharbeitsverhältnisses das „*equal treatment*“-Gebot des § 9 Nr. 2 AÜG zur Anwendung gelangte. Der Verleiher müsste dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts („*equal pay*“) gewähren⁵⁶. Wegen des bereits mehrfach erwähnten beitragsrechtlichen Entstehungsprinzips gälte dies auch insoweit, als dem Leiharbeitnehmer das Arbeitsentgelt in dieser Höhe tatsächlich nicht zugeflossen ist und wegen etwaiger Ausschlussfristen (in dem im Betrieb des Entleihers anwendbaren Tarifvertrag, nicht im unwirksamen Tarifvertrag mit der CGZP!) auch nicht mehr gezahlt zu werden bräuchte. Lediglich die vierjährige Verjährungsfrist des § 25 Abs. 1 SGB IV würde dann die Zahlungspflicht des Verleihers begrenzen, der wegen der Abzugsbeschränkung des § 28g SGB IV neben den Arbeitgeber- auch die Arbeitnehmeranteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu tragen hätte.

[3] Bei hilfsweiser Inbezugnahme von Tarifverträgen der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB

Eine Reihe von Zeitarbeitsunternehmen hat die Risiken der Anwendung oder Inbezugnahme von Tarifverträgen mit der CGZP erkannt und deshalb in den Arbeitsverträgen hilfsweise auf die zwischen der Tarifgemeinschaft

53 BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05 (Fn. 36); *Franzen*, in: ErfK (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 39; *Löwisch/Rieble* (Fn. 35), § 2 Rn. 178; *Röller*, in: Küttner (Fn. 6), Leiharbeitnehmer Rn. 10; anderer Ansicht *Buchner*, DB 2004, 1042, 1042 ff.; *Schöne*, DB 2004, 136, 136 f.

54 *Böhm*, DB 2003, 2598, 2599; *Reipen*, NZS 2005, 407, 408; anderer Ansicht *Löwisch/Rieble* (Fn. 35), § 2 Rn. 183.

55 BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05 (Fn. 36); *Böhm*, „Billig-Tarifverträge“ in der Zeitarbeit – Wo genau liegt das Risiko? – Replik, DB 2004, 137, 137; *Franzen*, in: ErfK (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 5; *Park/Riederer von Paar/Schüren*, NJW 2008, 3670, 3671; *Röller*, in: Küttner (Fn. 6), Leiharbeitnehmer Rn. 10; *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 41), § 2 Rn. 15; anderer Ansicht *Mengel*, in: Thüsing (Fn. 6), § 9 Rn. 46 a.

56 *Schüren*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 9 Rn. 121.

Zeitarbeit des DGB und dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) beziehungsweise dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ) abgeschlossenen Tarifverträge verwiesen. Ob damit die Anwendung des „*equal pay*“-Gebots aus § 9 Nr. 2 AÜG vermieden werden kann, ist freilich seinerseits umstritten. Geltend gemacht wird, die hilfsweise Inbezugnahme eines DGB-Tarifvertrags sei in arbeitgeberseitig vorformulierten Arbeitsverträgen unwirksam. Zum einen verstoße sie gegen die Regel des § 306 Abs. 2 BGB, dass an die Stelle einer unwirksamen Vertragsklausel die gesetzliche Regelung trete, zum anderen gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB⁵⁷.

- 22 Daran ist zwar richtig, dass eine Ersetzungsklausel, nach der im Falle der Unwirksamkeit nicht das dispositive Recht, sondern eine andere Regelung maßgeblich sein soll, deren wirtschaftlicher Erfolg der unwirksamen so weit wie möglich entspricht, unwirksam ist⁵⁸. Voraussetzung des § 306 Abs. 2 BGB ist freilich, dass die Klausel selbst unwirksam ist, was bei bloßer Nichtigkeit des in Bezug genommenen Tarifvertrags nicht der Fall ist. Demgegenüber dürfte der Hinweis auf das Transparenzgebot durchgreifen. Der durchschnittliche Vertragspartner, der ja die Tariffähigkeit der CGZP genauso wenig rechtssicher zu beurteilen vermag wie der Arbeitgeber, kann durch eine derartige Hilfsregelung den gültigen Vertragsinhalt nicht mehr in zumutbarer Weise erkennen⁵⁹. Er bleibt darüber im Unklaren, dass sich seine Rechte und Pflichten möglicherweise nach dem DGB-Tarifvertrag richten, zumal das Zeitarbeitsunternehmen ja bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Tariffähigkeit der CGZP den gegenteiligen Rechtsstandpunkt einnehmen und den Tarifvertrag der Christlichen Gewerkschaften anwenden wird.
- 23 Im Ergebnis vermag also auch diese Vertragsgestaltung nichts an der Geltung der „*equal-pay*“-Regel des § 9 Nr. 2 AÜG zu ändern. Der Verleiher muss auf der Basis des im Betrieb des Entleihers üblichen Arbeits-

57 Brors, BB 2006, 101, 103 ff.; Röller, in: Küttner (Fn. 6), Leiharbeitnehmer Rn. 10; anderer Ansicht Mengel, in: Thüsing (Fn. 6), § 10 Rn. 46b.

58 BGH 22.11. 2001 – VII ZR 208/00, NJW 2002, 894, 895; BGH 12.10. 2005 – IV ZR 162/03, BGHZ 164, 297, 312 ff. = NJW 2005, 3559; BAG 25.5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB = NZA 2005, 1111; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 306 Rn. 9; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 306 BGB Rn. 39; Stoffels (Fn. 24), Rn. 625 f.

59 Vgl. BAG 15.1. 2009 – 2 AZR 641/07, BB 2009, 213; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 58), § 307 BGB Rn. 340; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 58), § 307 Rn. 19; Oetker, Dynamische Verweisungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem, JZ 2002, 337, 340 f.; Stoffels (Fn. 24), Rn. 562.

entgelts für vergleichbare Beschäftigte Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen⁶⁰.

b) Beitragspflichten des Entleihers

[1] Allgemeines

Den Entleiher trifft bei erlaubter Leiharbeit (lediglich) die subsidiäre Haftung des § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV. Nach dieser Vorschrift haftet er bei einem wirksamen Vertrag für die Erfüllung der Beitragspflicht wie ein selbstschuldnerischer Bürge, soweit ihm Arbeitnehmer gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen worden sind. Durch den Verweis auf § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist dem Entleiher die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) abgeschnitten, nach § 28e Abs. 2 Satz 2 SGB IV kann er die Zahlung lediglich verweigern, solange die Einzugsstelle den Verleiher nicht gemahnt hat und die Mahnfrist nicht abgelaufen ist. Die Haftung des Entleihers beschränkt sich jedoch auf die Hauptforderung gegen den Verleiher und auch hier nur auf diejenigen Zeiträume, für die er Leiharbeiter in Anspruch genommen hat⁶¹. Säumniszuschläge und Zinsen für gestundete Beiträge braucht er nur insoweit zu entrichten, als er selbst nach Zahlungsaufforderung durch die Einzugsstelle die Beitragszahlung verzögert hat⁶².

Die Bürgenhaftung trifft den Entleiher auch dann, wenn der Verleiher zahlungsunfähig ist und unter (vorläufiger) Insolvenzverwaltung steht⁶³. Dem steht nicht entgegen, dass durch diese Zahlungspflicht das Ziel des Insolvenzverfahrens, die Fortführung des Unternehmens zu ermöglichen⁶⁴, konterkariert wird, weil potenzielle Entleiher angesichts der finanziellen Risiken vor einem Vertragsabschluss mit dem Zeitarbeitsunternehmen zurückschrecken könnten. Das Interesse der Sozialversicherungsträger an einer vollständigen Befriedigung ihrer Beitragsansprüche ist demgegenüber vorrangig und vermag eine teleologische

60 Brors, BB 2006, 101, 104 f.

61 Kreikebohm, in: Kreikebohm (Fn. 10), § 28e Rn. 7.

62 Kreikebohm, in: Kreikebohm (Fn. 10), § 28e Rn. 7; anderer Ansicht Park/Riederer von Paar/Schüren, NJW 2008, 3670, 3673.

63 BSG 29.6. 2000 – B 12 KR 10/00 B, EzAÜG SGB IV Nr. 23; BSG 7.3. 2007 – B 12 KR 11/06 R, SozR 4-2400 § 28e Nr. 1; Seewald, in: KassKomm (Fn. 10), § 28e SGB IV Rn. 20; Voelzke, in: Küttner (Fn. 6), Arbeitnehmerüberlassung Rn. 58.

64 Becker, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 134; Becker, in: Nerlich/Römermann (Hrsg.), InsO, Stand: Januar 2009, § 1 Rn. 24; Foerste, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2008, Rn. 14; zurückhaltender Ganter, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (MünchKommInsO), Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 1 Rn. 85 ff.

Reduktion von § 28e Abs. 2 SGB IV nicht zu begründen⁶⁵. Die Zahlungspflicht tritt hier sogar ohne das Erfordernis vorheriger Mahnung des Verleihers ein, weil die Einzugsstelle in dessen Insolvenz ihre Forderungen nur nach den Vorschriften der InsO zu verfolgen braucht (§ 87 InsO)⁶⁶.

[2] Bei einem Doppelarbeitsverhältnis

- ²⁶ Versicherungs- und beitragsrechtlich besonders zu behandeln sind diejenigen Fälle, in denen der Arbeitnehmer zwei Arbeitsverträge abgeschlossen hat: Ein reguläres Beschäftigungsverhältnis mit dem Entleiher und ein weiteres (Teilzeit-) Leiharbeitsverhältnis mit einem Zeitarbeitsunternehmen, auf dessen Grundlage er an seinen anderen Arbeitgeber entliehen wird. Derartige Fälle sollen in der Praxis vergleichsweise häufig anzutreffen sein⁶⁷.
- ²⁷ Nach der insoweit immer noch maßgebenden Rechtsprechung des BSG aus dem Jahre 1983 soll ohne Rücksicht auf die arbeitsvertragliche Gestaltung in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis anzunehmen sein, wenn bei demselben Arbeitgeber gleichzeitig mehrere Beschäftigungen ausgeübt werden⁶⁸. Wird das Direktionsrecht allein von einem einzigen Arbeitgeber ausgeübt und dient die zusätzliche Begründung des Zeitarbeitsverhältnisses lediglich dazu, beim Hauptarbeitgeber anfallende Auftragsspitzen im Wege der Mehrarbeit zu bewältigen, wird die Arbeitnehmerüberlassung beitragsrechtlich außer Betracht gelassen⁶⁹. Konsequenz ist, dass die Beitragspflicht in vollem Umfang den Entleiher trifft.

4. Sozialrechtliche Fragen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung

- ²⁸ Hinsichtlich der sozialrechtlichen Konsequenzen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung kann auf die Bemerkungen zur fehlerhaften Behandlung des Vertragsverhältnisses durch die Parteien verwiesen werden: Mit dem Verleiher besteht zwar wegen § 9 Nr. 1 AÜG kein Arbeits-, wohl aber ein sozialrechtliches Beschäftigungsverhältnis, solange der Verleiher weiterhin das Weisungsrecht für sich in Anspruch nimmt und sich nicht von dem Vertrag lossagt. Deshalb hat er nach § 28e Abs. 2 Satz 3 SGB IV auch die Sozialversicherungsbeiträge auf der Basis des von ihm gewährten Arbeitsentgelts zu entrichten.

⁶⁵ BSG 7.3. 2007 – B 12 KR 11/06 R, SozR 4-2400 § 28e Nr. 1.

⁶⁶ BSG 7.3. 2007 – B 12 KR 11/06 R (Fn. 65); Voelzke, in: Küttner (Fn. 6), Arbeitnehmerüberlassung Rn. 58.

⁶⁷ Kreikebohm, in: Kreikebohm (Fn. 10), § 28e Rn. 9.

⁶⁸ BSG 16.2. 1983 – 12 RK 26/81, BSGE 55, 1, 2 = NZA 1984, 206.

⁶⁹ Kreikebohm, in: Kreikebohm (Fn. 10), § 28e Rn. 9.

Zum Entleiher wird bei illegaler Überlassung kraft Gesetzes (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG) ein Arbeits- und damit auch ein Beschäftigungsverhältnis begründet. Da der Entleiher wegen § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG regelmäßig ein höheres Arbeitsentgelt schuldet, als der Arbeitnehmer vom Verleiher erhält, sind auf diese Entgeltdifferenz die Sozialversicherungsbeiträge vom Entleiher (allein) zu entrichten; im Übrigen haftet er für die Beitragsansprüche neben dem Verleiher als Gesamtschuldner (§ 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV).

5. Besonderheiten bei grenzüberschreitender Entsendung

a) Bestimmung des anwendbaren Rechts

Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung ist innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und des Europäischen Wirtschaftsraums grundsätzlich zulässig. Für die Überlassung vom Ausland nach Deutschland folgt dies aus § 3 Abs. 4 AÜG, für die Überlassung in die umgekehrte Richtung aus § 3 Abs. 2 AÜG⁷⁰. Das anwendbare Sozialversicherungsstatut ergibt sich aus den Kollisionsnormen des internationalen Sozialrechts, insoweit genießt das europäische Sekundärrecht Vorrang vor den §§ 4 und 5 SGB IV (§ 6 SGB IV). Da die VO (EG) Nr. 883/2004⁷¹ in Ermangelung des Erlasses der Durchführungsverordnung noch nicht in Kraft ist (vgl. Art. 91 VO [EG] Nr. 883/2004), ist derzeit noch die VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6. 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern⁷², einschlägig.

Art. 14 Nr. 1 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71 bestimmt, dass eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wird, weiterhin den Rechtsvor-

70 Näher *Kalb*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 3 AÜG Rn. 40 ff., *Koch*, in: *Schaub* (Fn. 3), § 120 Rn. 32 a; *Pelzner*, in: Thüsing (Fn. 6), § 2 Rn. 117 ff.; *Wank*, in: *ErfK* (Fn. 3), § 3 AÜG Rn. 26 ff.

71 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Amtsblatt EU 2004 L 166/1, berichtet in Amtsblatt EU 2004 L 200/1).

72 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6. 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Amtsblatt EG 1971 L 149/2, in der konsolidierten Fassung der Verordnung [EG] Nr. 118/97 vom 2.12. 1996, Amtsblatt EG 1997 L 28/1, in der Fassung der Verordnung [EG] Nr. 631/2004 vom 31.3. 2004, Amtsblatt EU 2004 L 100/1).

schriften des ersten Mitgliedstaats unterliegt, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Ausnahmsweise kann mit Genehmigung der zuständigen Behörde die Entsendungsdauer auf bis zu 24 Monate verlängert werden, wenn die Ausführung der Arbeit aus nicht vorhersehbaren Gründen die Dauer von zwölf Monaten überschreitet (Art. 14 Nr. 1 lit. b VO [EWG] Nr. 1408/71). Durch bilaterale Abkommen kann von diesen Bestimmungen abgewichen werden (Art. 17 VO [EWG] Nr. 1408/71). Die Staatenpraxis macht hiervon insbesondere dadurch Gebrauch, dass sie die starre Höchstfrist im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen auf bis zu fünf oder sechs Jahre verlängert⁷³.

- ³² Dass Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 auch auf die Zeitarbeit grundsätzlich Anwendung findet, steht seit dem Urteil des EuGH in Sachen „Manpower“ bereits seit nahezu 40 Jahren fest⁷⁴. Der EuGH betont insbesondere, dass es nicht darauf ankomme, ob das verleihende Unternehmen selbst die Verrichtung von Arbeiten zum Zweck hat oder nicht. Entscheidend sei vielmehr, dass die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen, namentlich die Zahlung des Arbeitsentgelts, durch den Verleiher erfolge, in gleicher Weise, wie dieser vertragliche Rechte, namentlich die Kündigung, ausüben könne, selbst wenn die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher begangen worden sei⁷⁵. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof später im Grundsatz wiederholt bestätigt⁷⁶, aber zugleich zur Vermeidung von Missbräuchen eingeschränkt: Art. 14 Nr. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 finde nur dann Anwendung, wenn der Verleiher im Entsendestaat eine Betriebsstätte unterhalte und dort gewöhnlich eine

⁷³ Görres, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EG, 2003, S. 73 f.; Nowak/Reiter, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung und Sozialversicherungspflicht im Europäischen Wirtschaftsraum, ZESAR 2005, 53, 55; Schulte, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2008, § 33 Rn. 68; Steinmeyer, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, Art. 17 VO (EWG) Nr. 1408/71 Rn. 3.

⁷⁴ EuGH 17.12. 1970 – Rs. 35/70, Slg. 1970, 1251 = SozR Nr. 2 zu Art. 13 EWG-VO Nr. 4 (Manpower).

⁷⁵ EuGH 17.12. 1970 – Rs. 35/70 (Fn. 74) (Manpower); vgl. auch Nowak/Reiter, ZESAR 2005, 53, 56 ff.; Steinmeyer, in: Fuchs (Fn. 73), Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 Rn. 12 f.

⁷⁶ EuGH 10.2. 2000 – Rs. C-202/97, Slg. 2000, I-883 = AP Nr. 1 zu EWG-Verordnung Nr. 1408/71 (Fitzwilliam); EuGH 9.11. 2000 – Rs. C-404/98, Slg. 2000, I-9379 = AP Nr. 9 zu EWG-Verordnung Nr. 1408/71 (Plum); EuGH 26.1. 2006 – Rs. C-2/05, Slg. 2006, I-1079 = AP Nr. 13 zu EWG-Verordnung Nr. 1408/71 (Herbosch Kiere).

nennenswerte Geschäftstätigkeit ausübe⁷⁷. Dies bedeutet, dass er in erheblichem Umfang auch in seinem Sitzstaat Arbeitnehmerüberlassung betreiben muss. Übt er dagegen – abgesehen von der reinen Verwaltungstätigkeit – seine gesamte Geschäftstätigkeit in dem anderen Mitgliedstaat aus, kommt nicht Art. 14, sondern die Grundregel des Art. 13 Abs. 2 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71 zum Tragen, wonach sich das Sozialversicherungsstatut nach dem Ort der tatsächlichen Beschäftigung richtet⁷⁸.

b) Konsequenzen für die grenzüberschreitende Zeitarbeit

Aus dieser komplizierten Rechtslage ergibt sich im Einzelnen Folgendes: 33
Das Versicherungs-, Beitrags- und Leistungsrecht folgt stets nur der Rechtsordnung *eines* Staates. Eine Doppelversicherung ist ausgeschlossen. Eine Beitragspflicht kumulativ an deutsche und ausländische Sozialversicherungsträger existiert nicht, das gilt auch für den Fall konzerninterner – aber eben grenzüberschreitender – Arbeitnehmerüberlassung⁷⁹.

Erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung legal von einem auch in seinem Sitzstaat aktiven Verleiher in den zeitlichen Grenzen des Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 vom Ausland nach Deutschland, unterliegt das Beschäftigungsverhältnis dem Sozialversicherungsstatut des Entsendestaats⁸⁰. In Deutschland sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Die Bürgenhaftung des § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV trifft den Entleiher nicht, da sie nur gegenüber den inländischen Trägern der Sozialversicherung besteht⁸¹. Erfolgt umgekehrt die Entsendung legal von Deutschland ins Ausland, muss der Verleiher auf das von ihm geschuldete Arbeitsentgelt hiezulande Sozialversicherungsbeiträge entrichten⁸². Der Entleiher schuldet nichts. 34

In den übrigen Fällen trifft die Beitragspflicht dagegen den Entleiher nach den Vorschriften des Beschäftigungsstaats. Dies gilt sowohl im Falle il- 35

77 EuGH 10.2. 2000 – Rs. C-202/97 (Fn. 76) (Fitzwilliam); *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 682; *Steinmeyer*, in: Fuchs (Fn. 73), Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 Rn. 13.

78 EuGH 9.11. 2000 – Rs. C-404/98 (Fn. 76) (Plum); *Steinmeyer*, in: Fuchs (Fn. 73), Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 Rn. 13.

79 *Schulte*, in: von Maydell/Ruland/Becker (Fn. 73), § 33 Rn. 68; *Thüsing*, in: Thüsing (Fn. 6), Einf. Rn. 71 f.

80 *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 681; *Urban-Crell/Schulz*, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, 2003, Rn. 1197.

81 *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 684; *Thüsing*, in: Thüsing (Fn. 6), Einf. Rn. 69; *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 80), Rn. 1198; *Voelzke*, in: Küttner (Fn. 6), Arbeitnehmerüberlassung Rn. 58.

82 *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 80), Rn. 1197.

legaler Arbeitnehmerüberlassung, also beispielsweise vom Nicht-EWR-Ausland nach Deutschland⁸³ oder bei fehlender Überlassungserlaubnis⁸⁴, als auch bei fehlender Geschäftstätigkeit des Verleihers in seinem Sitzstaat⁸⁵. Schließlich richtet sich die Beitragspflicht auch dann nach dem Recht des Beschäftigungsorts, wenn die zulässige Verleihdauer überschritten wird, und zwar nicht erst nach Ablauf des zwölf- oder 24-Monats-Zeitraums, sondern bereits vom ersten Tag an⁸⁶. Soweit hiernach deutsches Sozialversicherungsrecht Anwendung findet, ist zu beachten, dass wegen des international zwingenden⁸⁷ § 10 AÜG Beitragsbemessungsgrundlage nicht allein das vom Verleiher gezahlte, sondern auch das vom Entleiher im Rahmen des Gleichbehandlungsgebots (§ 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG) geschuldete Arbeitsentgelt ist.

- 36 Bei einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung von Deutschland ins Nicht-EWR-Ausland findet die VO (EWG) Nr. 1408/71 keine Anwendung. Soweit kein vorrangiges (§ 6 SGB IV) bi- oder multilaterales Sozialversicherungsabkommen mit dem anderen Staat besteht, richtet sich das Sozialversicherungsstatut nach § 4 SGB IV. Danach bleibt der Verleiher gegenüber den hiesigen Sozialversicherungsträgern beitragspflichtig, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist⁸⁸, was bei der Zeitarbeit die Regel sein dürfte.

III. Leistungsrecht

1. Gesetzliche Kranken- und soziale Pflegeversicherung

- 37 Für die Gesetzliche Kranken- und die soziale Pflegeversicherung ergeben sich für die Zeitarbeit gegenüber anderen Beschäftigungsverhältnissen keine Besonderheiten. Der Versicherte kann auch dann, wenn – etwa

83 BSG 25.10. 1988 – 12 RK 21/87, BSGE 64, 145, 150 = SozR 2100 § 5 Nr. 3; *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 686; *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 80), Rn. 1206.

84 *K. Louven/C. Louven*, Sozialversicherungsrechtliche Probleme bei der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, NZA 1992, 9, 12; *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 686; anderer Ansicht *Thüsing*, in: Thüsing (Fn. 6), Einf. Rn. 70.

85 EuGH 9.11. 2000 – Rs. C-404/98 (Fn. 76) (Plum).

86 *Thüsing*, in: Thüsing (Fn. 6), Einf. Rn. 70.

87 *Deinert*, Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union, RdA 1996, 339, 343; *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 646; *Thüsing*, in: Thüsing (Fn. 6), Einf. Rn. 61; *Wank*, in: ErfK (Fn. 3), Einl. AÜG Rn. 46.

88 Vgl. BSG 4.5. 1994 – 11 RAr 55/93, USK 9435; *Marschner*, in: Kreikebohm (Fn. 10), § 7 Rn. 12 ff.; *Mette*, in: BeckOK (Fn. 11), § 4 SGB IV Rn. 6; *Seewald*, in: KassKomm (Fn. 10), § 7 SGB IV Rn. 11 ff.

wegen der Verletzung des „*equal-pay*“-Gebots – die Sozialversicherungsbeiträge nur unvollständig an die Einzugsstelle abgeführt worden sind, die Leistungen in vollem Umfang beanspruchen. Allerdings erhält er das Krankengeld (§ 44 SGB V) lediglich auf der Basis des „erzielten“ regelmäßigen Arbeitsentgelts (§ 47 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Dies bedeutet, dass der Berechnung grundsätzlich nur das ihm im Bemessungszeitraum tatsächlich zugeflossene, in seine Verfügungsgewalt gelangte Arbeitsentgelt zugrunde gelegt wird⁸⁹. Wird dem Leiharbeitnehmer also entgegen § 9 Nr. 2 oder § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG das vergleichbaren Stammbeschäftigten im Betrieb des Entleihers gewährte Arbeitsentgelt teilweise vorenthalten und nur der geringere Leiharbeitslohn gezahlt, wird auch das Krankengeld lediglich auf dieser Basis berechnet⁹⁰. Nur wenn das rechtlich geschuldete höhere Arbeitsentgelt dem Leiharbeitnehmer später tatsächlich noch zufließt, ist auch das Krankengeld nachträglich entsprechend zu erhöhen⁹¹.

2. Unfallversicherung

Der Leiharbeitnehmer ist als Beschäftigter gesetzlich unfallversichert (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). Im Falle eines Arbeits- oder Wegeunfalls sowie bei Eintritt einer Berufskrankheit kann er daher von der zuständigen Berufsgenossenschaft Leistungen beanspruchen. 38

Während seiner Überlassung genießt er im Betrieb des Entleihers das Haftungsprivileg des § 105 SGB VII. Nicht nur die Beschäftigten seines Verleihers, sondern auch die Stammarbeitnehmer des Entleihers sind „Versicherte desselben Betriebes“ im Sinne von Absatz 1 Satz 1 dieser Vorschrift⁹², so dass eine Haftung für Personenschäden nach privatrechtlichen Vorschriften nur im Falle vorsätzlicher Schadensverursachung oder bei einem Wegeunfall in Betracht kommt, wenn sich der Unfall für den Geschädigten als ein Versicherungsfall darstellt. Umgekehrt kann auch 39

89 BSG 30.5. 1978 – 1 RA 61/77, BSGE 46, 203, 206 f. = SozR 2200 § 1241 Nr. 9; BSG 16.9. 1981 – 4 RJ 55/80, BSGE 52, 102, 105 f. = SozR 2200 § 182 Nr. 75; Joussen, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 2008, § 47 Rn. 6.

90 Vgl. BSG 16.9. 1981 – 4 RJ 55/80 (Fn. 89); BSG 24.7. 1985 – 8 RK 14/84, SozR 2200 § 182 Nr. 99; BSG 25.6. 1991 – 1/3 RK 6/90, SozR 3-2200 § 182 Nr. 8; Höfler, in: KassKomm (Fn. 10), § 47 SGB V Rn. 21; Ruppelt, in: Küttner (Fn. 6), Krankengeld Rn. 28.

91 BSG 16.2. 2005 – B 1 KR 19/03 R, SozR 4-2500 § 47 Nr. 2; Höfler, in: KassKomm (Fn. 10), § 47 SGB V Rn. 21a. Zur Korrektur bereits bestandskräftig gewordener Leistungsbescheide bei nachträglichem Zufluss des Arbeitsentgelts siehe BSG 21.3. 1996 – 11 RAr 101/94, BSGE 78, 109, 114 = NZA-RR 1997, 28.

92 OLG Hamm 15.6. 1998 – 6 U 34/98, VersR 1999, 597, 597; Giesen, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 105 SGB VII Rn. 3; Rolfs, Die Neuregelung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerhaftung bei Arbeitsunfällen durch das SGB VII, NJW 1996, 3177, 3180; Rolfs, in: ErfK (Fn. 3), § 105 SGB VII Rn. 2.

der Leiharbeitnehmer bei einer Verletzung seiner Person weder den Entleiher (§ 104 Abs. 1 SGB VII) noch den in dessen Betrieb tätigen Unfallverursacher in Anspruch nehmen (§ 105 Abs. 1 SGB VII). Gesperrt ist neben allen privatrechtlichen Ansprüchen des Versicherten, seiner Angehörigen und Hinterbliebenen auf Ersatz des Personenschadens namentlich auch derjenige auf Schmerzensgeld⁹³.

3. Arbeitslosenversicherung

a) Arbeitslosengeld

- 40 Für den Anspruch auf das Arbeitslosengeld gilt das zum Krankengeld Gesagte entsprechend. Auch hier erfolgt die Leistungsberechnung auf der Basis des zugeflossenen einschließlich des aufgrund nachträglicher Vertragserfüllung gewährten Arbeitsentgelts⁹⁴.

b) Kurzarbeitergeld

- 41 In Bezug auf das Kurzarbeitergeld (Kug) entsprach es bis zum Herbst 2008 der – durch die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit bestätigten⁹⁵ – Praxis der Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmern unter Berufung auf § 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB III keine Leistungen zu gewähren. Vor dem Hintergrund der weltweiten Wirtschaftskrise, insbesondere des massiven Einbruchs in der Automobilindustrie, in der Tausende von Leiharbeitnehmern beschäftigt sind, hatte die Nürnberger Behörde jedoch schon Anfang November 2008 ihre diesbezüglichen Dienstanweisungen (DA) geändert und DA 2.8.1 Abs. 8 des Kug-Sammelerlasses ergänzt⁹⁶. Die Anordnung sah vor, dass Leiharbeitnehmer dann Kurzarbeitergeld erhalten, „wenn eine nicht nur kurzfristige Auftragschwankung vorliegt, bei der auch in absehbarer Zeit kein Folgeauftrag zu erwarten ist“. Weiter hieß es in der Anweisung: „Die Kurzarbeit in Verleihbetrieben kann zum Beispiel durch eine nicht vorhersehbare krisenhafte Entwicklung im Finanzsektor verursacht sein, die in der Folge die industrielle Produktion und damit die Nachfrage nach Leiharbeit-

93 BVerfG 22.6. 1971 – 2 BvL 10/69, BVerfGE 31, 212, 218 ff. = NJW 1971, 1837; BVerfG 7.11. 1972 – 1 BvL 4/71 und andere, BVerfGE 34, 118, 128 ff. = NJW 1973, 502; BVerfG 8.2. 1995 – 1 BvR 753/94, NJW 1995, 1607, 1607 f.; *Rolfs*, Die Haftung unter Arbeitskollegen und verwandte Tatbestände, 1995, S. 208 ff.

94 BSG 28.6. 1995 – 7 RAR 102/94 (Fn. 7); BSG 21.3. 1996 – 11 RAR 101/94 (Fn. 91); *Brand*, in: Niesel (Hrsg.), SGB III, 4. Aufl. 2007, § 131 Rn. 10 ff.; *Rolfs* in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Stand: Januar 2009, § 131 SGB III Rn. 22.

95 Zum Beispiel LSG Baden-Württemberg 14.12. 2007 – L 13 AL 4932/06, info also 2008, 113, 114 ff.; ebenso die Literatur, etwa *Krodel*, in: Niesel (Fn. 94), § 170 Rn. 30.

96 E-Mail-Info SGB III vom 5.11. 2008 – SP III 32 – 71169 / 71170.

nehmern nachhaltig beeinträchtigt. Bei derartigen außergewöhnlichen Verhältnissen hat der Verleiher das Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten in absehbarer Zeit glaubhaft zu machen“. Mittlerweile hat auch der Gesetzgeber reagiert und im Rahmen des „Konjunkturpakets II“⁹⁷ § 11 Abs. 4 AÜG um einen neuen Satz 3 ergänzt. Danach kann – befristet bis zum 31.12. 2010 – das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung durch Vereinbarung von Kurzarbeit für die Zeit aufgehoben werden, für die dem Leiharbeiter Kurzarbeitergeld nach dem SGB III gezahlt wird⁹⁸. Die Bundesagentur für Arbeit hat daraufhin ihre Dienst-anweisungen Anfang April 2009 erneut geändert. Betriebe des Verleih-gewerbes sind nunmehr vorübergehend Kug-rechtlich Betrieben anderer Wirtschaftszweige gleichgestellt, die Erfüllung besonderer Zugangs-voraussetzungen entfällt⁹⁹.

c) Zeitarbeit und Sperrzeit

Hingewiesen sei schließlich noch darauf, dass der Wechsel von einem Zeitarbeitsverhältnis in ein reguläres Beschäftigungsverhältnis sperrzeit-rechtlich privilegiert ist. Während die Lösung eines Beschäftigungsver-hältnisses grundsätzlich auch dann eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe (§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III) auszulösen vermag, wenn der Arbeit-nehmer nicht unmittelbar anschließend, sondern erst infolge der – ge-gebenenfalls auch von ihm nicht verschuldeten – Beendigung des Folge-arbeitsverhältnisses arbeitslos wird¹⁰⁰, geht die Praxis mit Zeitarbeit-nehmern großzügiger um: Die Bundesagentur für Arbeit erkennt im An-schluss an entsprechende Hinweise in der Rechtsprechung des BSG¹⁰¹ einen „wichtigen Grund“ (§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGB III) für die Lösung sogar eines unbefristeten Zeitarbeitsverhältnisses an, wenn dieses zugunsten einer regulären Beschäftigung von mindestens zweimonatiger Dauer auf-

97 Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3. 2009, BGBl. I 2009, S. 416.

98 Einzelheiten zum Kurzarbeitergeld bei *Dendorfer/Krebs*, Kurzarbeit und Kurz-arbeitergeld – Überblick unter Berücksichtigung des Konjunkturpakets II, DB 2009, 902, 903 ff.

99 DA 2.8.1 Abs. 8 der Geschäftsanweisung Kurzarbeitergeld der Bundesagentur für Arbeit in der Fassung vom 6.4. 2009.

100 BSG 21.9. 1956 – 7 RAr 104/55, BSGE 3, 298, 302 = NJW 1957, 847; BSG 26.10. 2004 – B 7 AL 98/03 R, SozR 4-4300 § 144 Nr. 9 = NJW 2005, 381; BSG 12.7. 2006 – B 11a AL 55/05 R, SozR 4-4300 § 144 Nr. 14 = NJW 2006, 3517; *Schweiger*, Die Systematik der Sperrzeitnorm des § 144 I 1 Nr. 1 SGB III, dar-gestellt am Beispiel des befristeten Anschlussbeschäftigungsverhältnisses, NZS 2002, 79, 80 ff.; *Winkler*, in: Gagel (Fn. 94), § 144 SGB III Rn. 78.

101 BSG 12.7. 2006 – B 11a AL 73/05 R, AP Nr. 9 zu § 144 SGB III; weitergehend *Rolfs*, in: ErfK (Fn. 3), § 144 SGB III Rn. 15.

gegeben wird¹⁰². Darauf, ob im Zeitpunkt der Lösung des Zeitarbeitsverhältnisses eine konkrete Aussicht bestand, dass das neue Arbeitsverhältnis später in ein unbefristetes umgewandelt wird, kommt es – anders als sonst¹⁰³ – nicht an.

4. Besonderheiten bei grenzüberschreitender Entsendung

a) Allgemeines

- 43 Bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung richtet sich das Leistungsrecht nach dem anwendbaren Sozialversicherungsstatut. Dieses ist, nicht anders als im Beitragsrecht, innerhalb des EWR sowie der Schweiz nach der VO (EWG) Nr. 1408/71 zu ermitteln. Bei legaler Überlassung in den zeitlichen Grenzen des Art. 14 Nr. 1 der Verordnung bleibt der Leiharbeitnehmer sozialversicherungsrechtlich dem Entsendestaat zugeordnet, so dass sich seine Ansprüche nach der Rechtsordnung jenes Staates richten.

b) Unfallversicherungsrechtlicher Haftungsausschluss

- 44 Schwierigkeiten wirft diese Anknüpfung allein für den unfallversicherungsrechtlichen Haftungsausschluss (§§ 104 ff. SGB VII) auf. Der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten richtet sich nämlich nicht nach Internationalem Privatrecht (und damit gemäß Art. 4 VO [EG] Nr. 864/2007¹⁰⁴ [„Rom II-Verordnung“] dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort von Schädiger und Geschädigtem, hilfsweise dem Ort, an dem der deliktische Erfolg eingetreten ist¹⁰⁵), sondern nach Internationalem Sozialrecht¹⁰⁶. Nach Art. 93

102 DA 9.1.1. Abs. 1 Ziffer 17 zu § 144 SGB III, Stand: 12/2008.

103 BSG 26.10. 2004 – B 7 AL 98/03 R (Fn. 100); *Winkler*, in: *Gagel* (Fn. 94), § 144 SGB III Anhang 1 Rn. 23.

104 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Amtsblatt EU 2007 L 199/40).

105 *von Hein*, Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss?, *VersR* 2007, 440, 443; *Junker*, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (MünchKommBGB), Bd. 10, 4. Aufl. 2006, Anhang Art. 42 EGBGB Rn. 28; *ders.*, Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, *NJW* 2007, 3675, 3678; *Leible/Lehmann*, Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), *RIW* 2007, 721, 725 f.; *Thorn*, in: *Palandt* (Fn. 58), Anhang zu Art. 38-42 EGBGB, Art. 4 Rom II Rn. 3.

106 BGH 7.11. 2006 – VI ZR 211/05, *NJW* 2007, 1754, 1755; BGH 15.7. 2008 – VI ZR 105/07, BGHZ 177, 237, 240 = *NJW* 2009, 916; *Jerczynski/Zimmermann*, Arbeitsunfälle bei der Beschäftigung ausländischer Leiharbeitnehmer – Un-

Abs. 2 VO (EWG) Nr. 1408/71¹⁰⁷ sind die sozialrechtlichen Vorschriften zur Haftungsfreistellung von Arbeitgebern und den von ihnen beschäftigten Arbeitnehmern bei Arbeitsunfällen derjenigen Rechtsordnung zu entnehmen, die auf den Geschädigten anzuwenden ist. Maßgeblich sind danach die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, nach denen für den Arbeitsunfall Leistungen zu erbringen sind, dessen Sozialversicherungsträger die Unfallfürsorge also zu gewähren haben. Diese Rechtsvorschriften gelten auch dann, wenn das zivilrechtliche Haftungsrecht und das Sozialversicherungsrecht für Arbeitsunfälle dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten zu entnehmen sind¹⁰⁸.

Bei legaler Leiharbeit im zeitlichen Rahmen des Art. 14 Nr. 1 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71 bedeutet dies, dass bei der Entsendung vom Ausland nach Deutschland die §§ 104 ff. SGB VII bei einer Verletzung des Leiharbeitnehmers keine Anwendung finden¹⁰⁹. Anzuwenden sind vielmehr die vergleichbaren Vorschriften des Entsendestaats. Da deren Voraussetzungen und Reichweite von hier aus kaum zuverlässig beurteilt werden können, ist der Praxis der Abschluss einer privaten Unfall- und Haftpflichtversicherung dringend zu empfehlen¹¹⁰. Umgekehrt bleiben die §§ 104 ff. SGB VII anwendbar, wenn der Leiharbeitnehmer von Deutschland aus ins Ausland entsandt und dort verletzt wird.

Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung ist demgegenüber das Sozialrecht desjenigen Staates anwendbar, in dem der Beschäftigte seiner Tätigkeit nachgeht¹¹¹. Dementsprechend kommen die §§ 104 ff. SGB VII in einem solchen Fall zur Anwendung, wenn der Entleiher den Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt, nicht aber bei einer Überlassung von Deutschland ins Ausland.

IV. Zusammenfassung

1. Bei legaler Arbeitnehmerüberlassung trifft die Pflicht zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags sowie der Umlage zur gesetzlichen Unfallversicherung das Zeitarbeitsunternehmen. Dies gilt sowohl für die nach dem AÜG ausdrücklich behördlich erlaubte als auch die nach § 1

bekannte Risiken, NZS 2007, 243, 245 ff.; *Magnus*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2002, Art. 33 EGBGB Rn. 92.

107 Künftig (inhaltsgleich) Art. 85 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004.

108 BGH 15.7. 2008 – VI ZR 105/07 (Fn. 106); *Eichenhofer*, Haftungssersatzung durch Versicherungsschutz im Binnenmarkt, IPRax 2003, 525, 526 f.; *Haas*, Unfallversicherungsschutz und ordre public, ZZP 108 (1995), 219, 236 ff.

109 *Schüren*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einl. Rn. 725 ff.

110 *Mastmann/Offer*, Ausgewählte Probleme der Leiharbeit, AuA 2005, 330, 333.

111 Oben Rn. 35.

Abs. 1 Sätze 2 und 3, Abs. 3 AÜG privilegierte und die nicht gewerbmäßige Arbeitnehmerüberlassung.

- 48 2. Typische Vertragskonstellationen der Zeitarbeitsbranche werfen freilich sozialversicherungsrechtliche Risiken auf:
- a) Wird der Arbeitnehmer längerfristig beim Entleiher mit einer höheren Wochenstundenzahl beschäftigt, als sie vertraglich mit dem Zeitarbeitsunternehmen als regelmäßige Arbeitszeit vereinbart ist, kann daraus eine konkludente Änderung der arbeitsvertraglichen Abreden („gelebtes Rechtsverhältnis“) folgen. Dann sind auf dieser Basis Sozialversicherungsbeiträge (auch für die verleihfreien Zeiten) zu entrichten. Wegen des beitragsrechtlichen Entstehungsprinzips ist unerheblich, ob dem Arbeitnehmer das entsprechende Entgelt ausgezahlt wird oder worden ist.
- 49 b) Komplizierte Fragen vornehmlich arbeitsrechtlicher Art stellen sich bei einer Anwendung oder Inbezugnahme von Tarifverträgen mit der CGZP. Nach Auffassung des ArbG Berlin soll die CGZP mangels sozialer Mächtigkeit nicht tariffähig sein. Möglich erscheint freilich auch, dass es auf die eigene soziale Mächtigkeit der CGZP gar nicht ankommt, sondern nur darauf, ob einige oder alle ihrer Mitglieder ihrerseits tariffähig sind. Dann wäre unter Umständen zu klären, ob außer der CGM und dem DHV – deren Tariffähigkeit rechtskräftig feststeht – auch die übrigen beiden Gewerkschaften (GÖD und CGPT) tariffähig sind. Träfe dies für eine von ihnen nicht zu, wäre zu entscheiden, ob daraus die rückwirkende Nichtigkeit des gesamten Tarifwerks resultiert und ob gegebenenfalls eine Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG in Betracht zu ziehen ist. Nur bei vollständiger Nichtigkeit ohne Nachwirkung gälte das „*equal-pay*“-Gebot des § 9 Nr. 2 AÜG, das dann freilich auch zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtete. Wegen § 28g Satz 3 SGB IV hätte das Zeitarbeitsunternehmen dabei im wirtschaftlichen Ergebnis regelmäßig auch den Arbeitnehmeranteil allein zu tragen. Die Verjährungsfrist beträgt vier, bei (bedingt) vorsätzlicher Vorenthaltung der Beiträge 30 Jahre.
- 50 c) Die Anwendung des „*equal-pay*“-Gebots kann nicht dadurch vermieden werden, dass in den Arbeitsverträgen hilfsweise auf die Tarifverträge des BZA oder der iGZ mit der Tarifgemeinschaft der DGB-Gewerkschaften verwiesen wird. Eine solche hilfsweise Inbezugnahme ist in vorformulierten Arbeitsverträgen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB intransparent und damit unwirksam.
- 51 3. Der Entleiher haftet für die Beitragsschulden des Verleihers gemäß § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Dies gilt auch dann, wenn das Zeitarbeitsunternehmen – zum Beispiel infolge Nachzahlungspflichten bei Nichtigkeit der CGZP-Tarifverträge – insolvent

werden sollte. Den Entleiher trifft wegen der „Einheit des Beschäftigungsverhältnisses“ die Beitragspflicht allein, wenn er den Arbeitnehmer sowohl als Stammkraft als auch, etwa bei Auftragsspitzen, im Wege der Zeitarbeit einsetzt.

4. Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung wird kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer begründet, das den in seinem Betrieb anwendbaren Bestimmungen unterliegt. Der vermeintliche Entleiher schuldet daher die Sozialversicherungsbeiträge in voller Höhe, selbst wenn dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem Zeitarbeitslohn und dem Entgelt vergleichbarer Stammbeschäftigter im Entleiherbetrieb tatsächlich nicht zugeflossen ist. Zahlt der vermeintliche Verleiher trotz der Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses den vereinbarten Lohn, muss er auch die darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge entrichten. Zu ihm besteht, solange sich keine Partei von dem unwirksamen Vertrag lossagt, ein Beschäftigungsverhältnis. Der vermeintliche Entleiher haftet gemäß § 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV insoweit als Gesamtschuldner. 52

5. Arbeitnehmerüberlassung ist auch grenzüberschreitend innerhalb der EG und des EWR legal möglich. Unter den Voraussetzungen des Art. 14 Nr. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 bleibt für die Dauer der Überlassung das Sozialversicherungsstatut des Staates, aus dem der Arbeitnehmer entsandt worden ist, anwendbar. Dementsprechend treffen in diesem Rahmen das Zeitarbeitsunternehmen die Melde- und Beitragspflichten; der Entleiher schuldet keine Sozialversicherungsbeiträge. Erfolgt die Überlassung illegal oder unter Überschreitung der Grenzen des Art. 14 Nr. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71, richtet sich die Beitragspflicht nach dem Recht desjenigen Staates, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verrichtet. Beitragspflichtig ist dann der Entleiher. 53

6. Der Zeitarbeitnehmer ist – nicht anders als ein gewöhnlicher Arbeitnehmer – gesetzlich sozialversichert. Er kann Leistungen der Kranken- und Pflegeversicherung in Anspruch nehmen, das Krankengeld jedoch nur auf der Basis des ihm tatsächlich zugeflossenen (oder nachgezahlten) Arbeitsentgelts. Er ist gesetzlich unfallversichert und genießt auch im Betrieb des Entleihers das Haftungsprivileg des § 105 SGB VII, dafür sind umgekehrt auch seine Haftpflichtansprüche gegen den Entleiher und dessen Stammarbeitskräfte sowie andere Leiharbeitnehmer gesperrt. Kurzarbeitergeld bleibt Leiharbeitnehmern üblicherweise versagt (§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB III), aufgrund der befristeten Ergänzung des § 11 Abs. 4 AÜG um einen Satz 3 im Rahmen des „Konjunkturpakets II“ gilt dies jedoch nicht für die Zeit bis zum 31.12. 2010. Gibt der Arbeitnehmer das Zeitarbeitsverhältnis auf, so droht ihm trotz der Lösung dieses Beschäftigungsverhältnisses keine Sperrzeit, wenn er in ein reguläres Arbeitsverhältnis von mindestens zweimonatiger Dauer wechselt. 54

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

Diskussion

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich habe nur eine informatorische Frage. Ich will gleich an den letzten Fall anknüpfen, der Unfall der beiden Deutschen. Das kann man ja beliebig variieren, nicht nur ein Holländer und ein Deutscher. Verstehe ich das richtig, dass sich dieser Art. 93 nur auf die Frage des Haftungsausschlusses bezieht? Das Internationale Deliktsrecht müsste doch anders anknüpfen, nämlich am Haftungstatbestand. Der kann in den einzelnen Staaten aber durchaus variieren. 56

Professor Dr. Christian Rolfs, Universität zu Köln:

Der Haftungstatbestand richtet sich nach Internationalem Privatrecht, nur der Haftungsausschluss und gegebenenfalls der Regress der Sozialversicherungsträger – also in Deutschland 110 SGB VII – richtet sich nach Internationalem Sozialrecht. Und gerade dieses Zusammenspiel macht noch etwas Schwierigkeiten. 57

Professor Dr. Gregor Thüsing, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn:

Frage: Es geht mir darum, die CGZP ist nicht tariffähig. Das unterstellen wir jetzt. Damit wären die Tarifverträge rückwirkend entfallen, keinerlei Vertrauensschutz unterstellen wir. Dann würde eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen folgen. Es kommt dann entscheidend auf die Ausschlussfristen an. Handelt es sich hier um eine vorsätzliche Nichtentrichtung – zum Vorsatz beim 28 gegenüber dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dabei im Zeitpunkt der Nichtleistung – oder reicht das willentliche Handeln, nicht geleistet zu haben? 58

Christian Rolfs:

Nicht Ausschlussfristen, sondern Verjährung. Frage: Sind wir beim bedingten Vorsatz oder doch nur bei Fahrlässigkeit? Mir scheint relativ klar zu sein, dass wir nur bei Fahrlässigkeit sind, und dass das Vertrauen in die Tariffähigkeit der CGZP nicht zum bedingten Vorsatz führt. Aber ich gebe gern zu: Diese Frage ist in der Rechtsprechung des BSG bislang noch nicht abschließend beantwortet. Die Fälle, die dort behandelt worden sind zum bedingten Vorsatz, lagen so weit von der Problemkonstellation entfernt, 59

über die wir hier reden, dass ich das nicht abschließend hier beurteilen kann.

Gregor Thüsing:

- 60 Wenn der Gesetzgeber Probleme damit hätte, könnte er ihn ändern in einem Hauruck-Verfahren und sagen, Tarifverträge werden bis zur Entscheidung der Unwirksamkeit letztinstanzlich als wirksam behandelt? Wäre das eine Offerte, die man dem Gesetzgeber machen könnte?

Christian Rolfs:

- 61 Beitragsrechtlich könnte man das natürlich machen, aber das wird er nicht tun, so klamm wie die Sozialkassen typischerweise sind. Er bastelt ja an allen möglichen Stellen gerade herum, etwa im Insolvenzrecht. Ich glaube nicht, dass wir bei diesem Gesetzgeber, der im Moment ja die nächsten sechs Monate nicht handlungsfähig ist, auf Erfolg stoßen können.

Gunter Smits, Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland, Berlin:

- 62 Dann doch wieder noch einmal eine tarifrechtliche beziehungsweise arbeitsrechtliche Frage zu den Ausschlussfristen im AÜG, die das Ganze eventuell noch einmal auf einen etwas noch diffuseres Bild bringen könnte. Wenn ich einen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 9 Abs. 2 AÜG tatsächlich habe, dann galt er ja nicht nur im Rahmen des *equal pay*-Gebots, sondern des *equal treatment*-Gebots, das heißt es müsste dann im Rahmen des *equal treatment*-Gebots doch eigentlich der Tarifvertrag voll umfänglich Anwendung finden, der im Kundenbetrieb auch tatsächlich für den Stammmitarbeiter gilt. Müssten dann aber nicht auch die Ausschlussfristen mit übernommen werden, die im Tarifvertrag des Kundenbetriebs bestehen? Und man hätte dann dort möglicherweise wieder deutlich kürzere Ausschlussfristen.

Christian Rolfs:

- 63 Arbeitsrechtlich ja. Wenn der CGZP-Tarifvertrag unwirksam wäre, kämen wir zur Anwendung von *equal treatment* und damit des Metall-, Chemie- oder was auch immer Tarifvertrags, so dass der arbeitsrechtliche Anspruch tatsächlich den dortigen Ausschlussfristen unterläge. Das Dumme ist aber eben nur, dass die arbeitsrechtlichen Ausschlussfristen für den

Sozialversicherungsbeitrag nicht gelten, weil das BSG immer sagt, wir knüpfen zwar beim Entstehen ans Arbeitsrecht an, nicht aber beim Erlöschen. Und beim Erlöschen sehen wir nur ins Sozialgesetzbuch in die dortige Verjährungsregelung, aber eben nicht auf Ausschlussfristen, die im Arbeitsrecht gelten.

Dr. Mark Zimmer, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München:

Ich habe folgende Frage im Anschluss an die Frage von Professor *Thüsing* 64 zur Abgrenzung Fahrlässigkeit – Vorsatz bei der Anwendung eines solchen Christentarifvertrags: Wenn man eher in Richtung Fahrlässigkeit tendiert, dann würde das sicherlich auch und erst recht für die Anwendung des § 266a StGB gelten – Veruntreuung von Sozialversicherungsbeiträgen. Stimmen Sie zu?

Christian Rolfs:

Ich mache zwar kein Arbeitsstrafrecht, das ist eigentlich eher die Aufgabe 65 von Herrn *Rieble*, aber: ja. Herr *Rieble* glaubt auch eher ja. Also auch eher nur Fahrlässigkeit und damit kein § 266a StGB.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Nur eine klitzekleine Anregung, Ergänzung oder auch Nachfrage: Es gibt 66 ja noch ein zusätzliches Risiko, wenn man Arbeitnehmerüberlassung in einen von dem AEntG erfassten Entgeltbereich vornimmt und sich darüber nicht im Klaren ist. Dann wird man nicht von den Tarifverträgen der Zeitarbeit erfasst, sondern von den gegebenenfalls höheren Mindestentgelten des Einsatzbetriebs. Und wenn man das erkennt, dann hat man genau dieselben beitragsrechtlichen Probleme auch. Das ist noch ein Zusatzrisiko, und je mehr Arbeitnehmer-Entsendegesetz geschützte flankierte Tarifverträge wir haben, desto größer wird dann natürlich auch das Problem.

Christian Rolfs:

Ja, das Risiko gibt es in der Tat auch noch.

67

Holger Dahl, Amadeus Fire AG:

- 68 Ich habe noch einmal eine Frage: Auch zwischen iGZ und BZA gibt es einen erheblichen Unterschied in den Tarifverträgen, das ist Nr. 8.6 des Tarifvertrags des BZA. Da gibt es die Möglichkeit, bis zu 25 % der Vergütung umzuwandeln in Fahrgeld und Verpflegungsmehraufwendungen. Das scheint mir sehr umstritten zu sein sowohl arbeitsrechtlich als auch sozialversicherungsrechtlich. Es wird kolportiert, dass einige BZA-Unternehmen beziehungsweise Anwender des BZA-DGB-Tarifvertrags sozialversicherungsrechtlich, beitragsrechtlich zur Kasse gebeten worden sind. Gibt es da von Ihnen schon irgendeinen Anhaltspunkt? In der Literatur habe ich bisher nichts darüber gefunden.

Christian Rolfs:

- 69 In der Tat: Ich habe das Problem hier weggelassen. Ich habe es zwar gelesen, muss aber gestehen, dass ich in den Details vor allem der Tarifpraxis einfach zu wenig gewusst habe. Ich kann das auch nur so wiedergeben wie Sie es gesagt haben. Da werden offenbar Beiträge nacherhoben, weil man nicht bereit war, von Seiten der Sozialversicherungsträger einfach auf die Sachbezugsverordnung zu sehen. Das ist umgewandeltes Arbeitsentgelt. Da wollen die Einzugsstellen ganz normal auf der Basis der Vorschriften des § 14 SGB IV Beiträge erheben und nicht nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung und den Sachbezugsregeln. Ja, das könnte am Ende richtig sein.

F. Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung

Referat Gregor Thüsing*

Der Vortrag von Professor Dr. *Gregor Thüsing*, LL.M. (Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn) befasste sich mit dem Thema „Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung“. Die Grundsätze der betriebsbedingten Kündigung seien auch auf das Leiharbeitsverhältnis anwendbar. Für die betriebsbedingte Kündigung durch den Entleiher gelte: Solle die Stammbesellschaft durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden, sei eine Kündigung aus diesem Grund als „Austauschkündigung“ gemäß § 1 Abs. 1, 2 KSchG sozial ungerechtfertigt. Auch seien mit Leiharbeitnehmern besetzte Dauerarbeitsplätze nicht als freie Arbeitsplätze im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1b KSchG anzusehen. Für die betriebsbedingte Kündigung durch den Verleiher gelte: Sei der bisherige Auftrag, in dessen Rahmen der Leiharbeitnehmer eingesetzt wurde, beendet und lägen keine Anschlussaufträge vor, sei eine Kündigung nicht schon bei kurzfristigen Auftragslücken gerechtfertigt. Auch setzte *Thüsing* sich mit dem Fall der betriebsbedingten Änderungskündigung gegenüber Leiharbeitnehmern mit dem Ziel der Bindung an tarifvertragliche Regelungen der Verleihbranche auseinander. Als Gestaltungsmöglichkeiten untersuchte *Thüsing* verschiedene Fälle der Befristung von Leiharbeitsverhältnissen durch den Verleiher beziehungsweise den Entleiher. Mangels Sachgrund oder aufgrund des Synchronisationsverbots scheide eine solche Möglichkeit zumeist aus. Ein Weg, dem betriebsbedingten Kündigungsrecht zu entgehen, bestünde im Fall der Bildung einer konzerninternen Personalführungsgesellschaft.

* Professor Dr. Gregor Thüsing ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. – Die Zusammenfassung des Referats besorgte Frau Ass. iur. Christina Mennemeyer, München, im Auftrag der Herausgeber.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 2 Meine Frage bezieht sich auf ein Element, das Du leider nicht vorgetragen hast, wie es beim Verleiher mit der Sozialauswahl aussieht. Da sollten man vielleicht ein paar Sätze sagen, gerade wenn man umfassende Mobilitätsklauseln hat. Bundesweite Sozialauswahl unter 20.000 Arbeitnehmern, wenn man dann auch noch eine Klausel hat, dass jeder alles machen muss, ist jeder mit jedem austauschbar, vergleichbar. Da wünsche ich viel Spaß.

Zur Änderungskündigung bei Verträgen ohne Tarifbezugnahme, also Hineinkündigung der Bezugnahme Klausel muss man vielleicht unterscheiden. Wenn jemand so dumm war, nach Inkrafttreten des neuen AÜG einen Vertrag ohne Bezugnahme Klausel zu machen, dann war er dumm und muss in den bitteren Apfel beißen. Aber diejenigen, die Altverträge haben, vor Inkrafttreten des Gesetzes, die können ja wohl wirklich nicht darauf verwiesen werden, dass es keine Änderungskündigung gibt, denn das ist ein Geschäftsgrundlagenfall. Die konnten sich in ihrer Vertragsgestaltung überhaupt nicht auf das unerwartete neue AÜG einstellen. Man würde sagen, wenn man das verweigert, dann wäre das AÜG ein Staatshaftungsproblem. Deswegen würde ich da vielleicht noch differenzieren wollen. Zu dem, was Du zum Schluss gesagt hast: § 613a BGB schützt nur Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer stehen und das tun die Leiharbeiter nicht. Dementsprechend weiß ich, dass viele Unternehmen, die mittelfristig eine Restrukturierung vorhaben – insbesondere Veräußerung von Betrieben und Betriebsteilen – dass diese ganz planmäßig, um die Veräußerbarkeit zu erhöhen, Personalaustausch im Rahmen der Fluktuation durch Zeitarbeiter machen. Sie sagen, wir bauen uns eine Schlankheitsreserve auf – 80 % Stammbesellschaft, 20 % Zeitarbeiter –, dann hat der Erwerber die freie Wahl; er kann sofort 20 % der Leute nicht mit übernehmen. Dann bekomme ich einen besseren Kaufpreis. Das ist eine gelebte Praxis, die findet statt. In dem Konzernfall ist es, glaube ich, ein ganz anderes Problem, auf das aber Herr *Schüren* schon aufmerksam gemacht hat. Er sagt richtig, dass das Konzernprivileg der Arbeitnehmerüberlassung nur gelten kann für solche Konzernunternehmen, die selbst reguläre Arbeitsplätze anbieten. Also eine reine Konzernüberlassungsgesellschaft, die keinen einzigen Arbeitsplatz selbst hat, sondern nur verleiht, die fällt nicht unter das Konzernprivileg mit der weiteren Folge, dass sie eine Erlaubnis braucht. Und wenn ich eine Erlaubnis brauche, dann kann ich über die Gewerbeaufsicht solchen Missständen, wie Du sie eben angedeutet hast, auch hinreichend entgegenwirken, insbesondere durch Entzug der Überlassungserlaubnis.

Professor Dr. Gregor Thüsing, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn:

Das waren drei Punkte, die ich ansprechen will. Ich will sie von hinten 3
aufzäumen. Dass die Personalführungsgesellschaft nicht unter das Konzernprivileg fällt, ist umstritten. Die herrschende Meinung widerspricht ja Herrn *Schüren* und sagt, auch die Personalführungsgesellschaft ist eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, die insofern von der Regelung der Erlaubnispflichtigkeit befreit ist. Im Übrigen ist die Frage: Wäre das, wenn es denn zulassungspflichtig wäre, eine Erwägung, die geprüft werden könnte? Es ist ja keine Rechtswidrigkeit, die man mir dann vorwerfen kann. Es wäre auch keine Gefahr, dass das nicht ordnungsgemäß abläuft. Insofern ist es die Frage der Umgehung des Arbeitsrechts oder des Arbeitnehmerschutzes, wenn ich sage: Ich erlaube solche Personalführungsgesellschaften. Dann ist die Frage: Wieso könnte ich dann einfach die Zulassung verweigern? Müsste ich generell bei Personalführungsgesellschaften sagen in dem Konzern: Dafür gibt es keine Erlaubnis. Das scheint mir problematisch zu sein. Insofern würde das Problem nur verlagert werden. Zum zweiten: Die Tatsache, dass etwas gelebte Praxis ist, beeindruckt mich nur mäßig. Es gibt allerlei gelebte Praxis in Betrieben, die eine rechtswidrig gelebte Praxis ist. Wir werden hier auf absehbare Zeit eine Entscheidung des EuGH bekommen, denn es gibt eine niederländische Vorlage der Amstel-Brauerei, die genau diese Frage dazu hat, nämlich ob Leiharbeiternehmer mit übergehen. Soweit dies die niederländische Literatur sagt, die verweist zu Recht auf den Wortlaut der europäischen Richtlinie, die vom Übergang von Arbeitsverhältnissen spricht, und Arbeitsverhältnis ist ein weiterer Begriff als Arbeitsvertrag. Die rechtliche Qualifikation des Verhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Entleiher aus europäischer Perspektive – diese glasklare Abtrennung, wie wir jetzt hier sagen würden, das muss so sein, dass nur der Arbeitnehmer übergeht – das weiß ich nicht, ob der EuGH das tatsächlich so nachvollziehen wird. Es wäre jedenfalls eine Frage, die der EuGH legitim für sich in Anspruch nehmen könnte zu entscheiden. Wenn ich mir die arbeitnehmerfreundliche Tendenz vieler Entscheidungen ansehe, dann glaube ich, haben wir schon viel größere Überraschungen erlebt und auch zivilrechtlich größere Überraschungen erlebt beim EuGH, als wenn die Frage sein würde, auch der Leiharbeiternehmer geht mit über. Insofern weise ich nur darauf hin, dass wir hier nicht allein national argumentieren können. Im Hinblick auf die Sozialauswahl: Da würde ich für den Gleichklang mit dem „normalen Arbeitgeber“ argumentieren. Wenn ich eine Großzahl vergleichender Arbeitnehmer habe, dann habe ich auch eine Großzahl von Arbeitnehmern, die in die Sozialauswahl einbezogen sind. Und wenn ich bei jedem Arbeitnehmer hineinschreibe, Du kannst vom

Skagerrak bis an die Etsch und von der Oder bis zum Rhein, wenn ich in allen deutschen Gauen eingesetzt werden kann, dann ist das eben so, dass hier keine örtliche Begrenzung stattfindet. Ich würde sehr wohl danach differenzieren, um welche Arbeitnehmergruppe es sich handelt. Die Sozialauswahl findet dann eben nur unter den Ingenieuren statt, die Sozialauswahl findet dann eben nur unter den Krankenschwestern statt, weil das Anforderungsprofil ist dann eben ein anderes an die verschiedenen Arbeitnehmer. Da sehe ich aber keine Besonderheit. Da sehe ich auch keinen Grund, den Verleihunternehmen hier einen Extrapbonus erleichterter Sozialauswahl zu geben.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

- 4 Ein Satz zur Personalführungsgesellschaft: Man kann nicht sagen, „die herrschende Meinung ist das eine und die Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit ist eine andere“. Und es ist doch wohl so, dass die Vertreter der Bundesagentur sagen, Personalführungsgesellschaften brauchen eine Erlaubnis von uns, oder habe ich das falsch in Erinnerung? Mein Eindruck aus bayerischen Unternehmen – in diesem Raum ist ein sehr großes Unternehmen vertreten, das eine Personalführungsgesellschaft hat – ist, dass alle die Erlaubnis der Bundesagentur haben, weil sie sagen, für uns sind nur diese Durchführungsanweisungen interessant.

Gregor Thüsing:

- 5 Das Problem: Durchführungsanweisungen binden nur im Innenverhältnis. Sie wissen: eine Verwaltungsanordnung wie andere auch. In meiner Kommentierung steht drin, dass ich diese Herausnahme von Konzernführungsgesellschaften aus dem Konzernprivileg nicht für stichhaltig halte, insbesondere deswegen, weil sie ja irgendwann unterscheiden müssen, die Personalführungsgesellschaft von der nicht so Personalführungsgesellschaft, sondern nur ein bisschen Personalführungsgesellschaft. Sie haben, wenn Sie von der Personalführungsgesellschaft sprechen, diese Vorstellung, da sind nur Leiharbeitnehmer und die werden nur verliehen und andere reguläre Arbeitsplätze gibt es nicht. Was ist denn, wenn ich sie überwiegend verleihe? Sind sie dann die 51 % oder 49 %? Das heißt also: Sie müssten hier eine *gliding skill* wieder erfinden, die im Gesetz nicht angelegt ist. Da neige ich eben dazu, das Gesetz beim Wortlaut zu nehmen, die kennt diese Ausnahme nicht, und insofern verweise ich auf die Rechtsprechung. Die Rechtsprechung hat diese Herausnahme der Personalführungsgesellschaft aus dem Konzernprivileg noch

nie anerkannt. Insofern gibt es hier keine bindende Entscheidung der Gerichte.

Abbo Junker:

Ich hatte nur eben den Eindruck, dass man in der Praxis anders verfährt. 6

Friedrich Schindele, Rechtsanwälte Schindele, Eisele, Gerstner & Collegen, Landshut:

Noch einmal zu der Kündigung beim Entleiher, wenn Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt sind. Wenn es möglich ist, innerhalb der Kündigungsfrist diesen Platz frei zu machen, in der Zeit ist der zu kündigende Arbeitnehmer noch im Betrieb, dann wüsste ich nicht, warum der Arbeitgeber verpflichtet ist, diesen Arbeitsplatz frei zu machen nach dem *ultima ratio*-Prinzip. Denn Sie können ja nur kündigen, das ist das letzte Mittel. Sie haben sonst kein milderes Mittel. Da sagt das BAG, wenn möglich Kurzarbeit, könnten Sie auch sagen: Da brauche ich erst einen Betriebsrat. Sie müssten versetzen und was weiß ich, was Sie alles machen müssen, bis Sie endlich bei der Kündigung sind. Das muss ja in den Fällen der Leiharbeit auch möglich sein. Das heißt, der Arbeitgeber müsste im Prozess doch nachweisen, dass er aus dem Vertrag mit dem Verleiher innerhalb der Kündigungsfrist nicht herauskommt. Wenn er innerhalb dieser Kündigungsfrist die Möglichkeit hat, die Leiharbeitnehmer zurückzuschicken, dann macht er die Arbeitsplätze frei, dann sind sie auch frei, dann ist meiner Ansicht nach die Kündigung unwirksam. Punkt 2: Zu der Geschichte mit konzerninternen Arbeitnehmerüberlassungen, § 613a BGB: Wenn ein Konzern eine Verleihgesellschaft gründet, nur um die Möglichkeit zu haben, möglichst flexibel umzugehen und da die Möglichkeit, einen Betrieb zu verkaufen, ohne dass die Arbeitnehmer mitgehen, dann bin ich der Meinung, dass es a) diesem Sondertatbestand des § 1 nicht entspricht, denn die Intention des Arbeitgebers ist ja eine ganz andere als das, was das Gesetz meint mit der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung. Das hätte ja dann zur Folge, dass der Verleih rechtswidrig wäre mit der Folge, dass tatsächlich ein Arbeitsverhältnis besteht bei dem Unternehmen, bei dem Konzernunternehmen, wohin verliehen worden ist. Und wenn dieses faktische Arbeitsverhältnis besteht, dann würde als Folge des § 613a BGB dieses Arbeitsverhältnis beim Verkauf auch mit übergehen. Ich glaube, dass das AÜG nicht dazu geschaffen ist, solche Sonderkonstruktionen zu ermöglichen, sondern das meiner Ansicht nach bei einer solchen Konstruktion der Arbeitnehmer sowieso bei dem Betrieb, der dann verkauft wird, beschäftigt ist und dass dort ein Arbeitsverhältnis entsteht. 7

Alles andere wäre eine Umgehung der AÜG-Bestimmungen des § 613a BGB.

Gregor Thüsing:

- 8 Zwei Dinge, zu denen ich ganz kurz Stellung nehmen kann. Vielleicht von hinten: Ihre Argumentation ist letztlich nichts anderes, als eine reine Personalführungsgesellschaft im Konzern kann es nicht geben und jeder Arbeitnehmer, der aus einer Konzernführungsgesellschaft im Konzern verliehen wird, hat deswegen ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleihunternehmen. Das vertritt niemand. Das wäre auch ohne Grundlage. Man kann darüber diskutieren, ob es eine Erlaubnis braucht. Wenn es aber eine solche Erlaubnis gibt, dann verhält es sich genauso hier wie bei jedem anderen Verleihunternehmen. Und wenn es die Regelung des AÜG beachtet, dann kann man es nicht schlechter stellen, nur weil es im Konzern verleiht. Insofern glaube ich, darüber kann man rechtspolitisch gerne diskutieren, da kann man Vorschläge machen, dass man hier Korrekturen, um den Missbrauch von Konzerngestaltungen Einhalt zu bieten, dass man die auf den Weg bringt, *de lege lata*, glaube ich, wäre diese Argumentation letztlich nicht tragfähig. Das zweite ist: Sie haben im Grunde nur die Gegenthese zu dem aufgestellt, was ich gesagt habe. Sie sagen, wenn der sich trennen kann, dann muss er sich eben trennen. Ich sage nein, er muss sich nicht trennen. Frei heißt nicht die Verpflichtung, dass ich einen Arbeitsplatz frei machen muss, er ist ja nicht frei. Und genauso wie ich einen anderen Arbeitsplatz nicht freikündigen muss, um den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, sage ich, muss ich auch nicht einen Entleihvertrag beenden. Wenn man anders denken würde, wäre die Kündigungsfrist nicht das entscheidende Kriterium. Denn stellen Sie sich vor, wenn wir von einer generellen Pflicht ausgehen, Entleihverträge zu beenden, dann kann es nicht darauf ankommen, ob der einen Tag vor oder einen Tag nach der gedachten Kündigungsfrist beendet ist. Denn haben wir diesen Entleihvertrag einmal beendet, dann ist dieser Arbeitsplatz ja dauerhaft frei geworden und dann kommt es nicht darauf an, dass er einen Tag nach Kündigungsfrist noch besetzt war mit einem anderen Arbeitnehmer. Insofern glaube ich – hier ist die grundsätzliche Wertung, zu der man sich entscheiden muss – Leiharbeiter sind valide Arbeitskräfte und Zeitarbeit ist ein akzeptables Mittel zur Personalgestaltung. Dann glaube ich, wird man dieser Argumentation des Landesarbeitsgerichts Hamm widersprechen müssen. Wenn Sie anders werten, haben Sie immer noch nicht gelöst diese Frage, mit welchen Kosten ist es denn mir zuzumuten, mich vom Verleihvertrag zu lösen. Kann es tatsächlich auf die Gestaltung des Entleihvertrags ankommen? Ich glaube, das sind Folgefragen, die deutlich machen, in welche Richtung eine solche Argumentation führen würde, die vom Wortlaut nicht gedeckt ist, von der

generellen Wertschätzung des Gesetzgebers für die AGG nicht Entsprochen wird und deswegen glaube ich, sollte man sie auch nicht gehen.

Claudine Gemeiner, Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München:

Zum Thema Sozialauswahl: Ich gehe schon damit konform, dass man sagt, 9
man muss die Verleiher nicht privilegieren, bezogen auf die Mobilität und
ähnliche Klauseln, aber wir haben hier in der Praxis eigentlich mit einem
ganz anderen Problem zu kämpfen, dass ich nämlich vergleichbare
Arbeitnehmer bei anderen Kunden habe, die sozial weniger schützenswert
sind, aber ich kann natürlich diese Kunden nicht zwingen, dass sie jetzt
gerade den Arbeitnehmer, den ich nicht im Einsatz habe bei einem
Kunden, nehmen, weil der bei Ihnen gerade beschäftigte und bereits ein-
gearbeitete Arbeitnehmer weniger schützenswert ist und ich den eigent-
lich herauswerfen muss.

Gregor Thüsing:

In dem Moment, wo der Kunde auf einen bestimmten Arbeitnehmer an- 10
gewiesen ist, ist er ja nicht mehr vergleichbar, weil Sie können ihn nicht
wechselseitig austauschen. Wo Sie im Vertrag sich Rechte vorbehalten
haben, die Arbeitnehmer auszutauschen, in dem Moment ist eine
Vergleichbarkeit gegeben. Vergleichbarkeit auch hier wieder der all-
gemeine Maßstab. Kann ich die Arbeitnehmer wechselseitig umsetzen?
Wenn ich das kann, dann gilt es nicht anders in der Zeitarbeit, sind sie in
die Sozialauswahl mit einzubeziehen. Wenn ich das nicht kann, das gilt
nicht anders in der Zeitarbeit, sind sie nicht in die Sozialauswahl ein-
bezogen.

Claudine Gemeiner:

Aber das würde ja bedeuten, dass ich beispielsweise, wenn ich 50 11
vergleichbare Arbeitnehmer habe bei irgendwelchen Kunden, dass ich den
Arbeitnehmer, den ich eigentlich nicht im Einsatz habe und kündigen
möchte, den 50 Kunden jeweils anbieten muss, und nur wenn die jeweils
sagen, nein, den wollen wir nicht, dann kann ich den vorgesehenen
Arbeitnehmer entlassen.

Gregor Thüsing:

- 12 Sie sollten am Anfang einmal schauen – wenn Sie davon ausgehen, diese 50 Arbeitnehmer sind ihren Qualifikationen nach vergleichbar, alles Ingenieure – und diesen einen, den Sie jetzt nicht eingesetzt haben, das ist der, der besonders schutzwürdig ist und müsste beschäftigt werden, wenn die anderen denn in die Sozialauswahl mit einzubeziehen sind, dann ist es in der Tat so, bevor Sie den entlassen können, müssen wir sehen, ob wir sie nicht anderswo beschäftigen können, dann müssen wir die Kunden fragen, ja.

Verena zu Dohna-Jaeger, IG Metall Vorstand, Frankfurt am Main:

- 13 Sie haben die Rechtsprechung des BAG zur betriebsbedingten Kündigung durch den Verleiher skizziert und haben gesagt, da würde so etwas diffus auf das Wesen der Branche abgestellt. Am nächsten Tag kommt ein Kunde oder eben auch nicht. Ich glaube, wir haben da eine ganz klare und zwingende Regelung zum Betriebs- und Beschäftigungsrisiko in § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG, nämlich dass dieses in verleihfreien Zeiten erst einmal grundsätzlich vom Verleiher zu tragen ist. Also müssen wir uns da mit Diskussionen über das Wesen des Wesens eigentlich gar nicht weiter aufhalten. Zugegebenermaßen schwieriger wird es bei der Frage, wann ist ein Auftragsmangel vorübergehend und wann dauerhaft? Aber da gibt es ja auch durchaus Ansätze und Auffassungen, das etwas praktisch handhabbarer zu machen, etwa dergestalt, dass man davon ausgehen muss, wenn ein Auftragsmangel weniger als drei Monate vorliegt, dass er dann schon einmal in jedem Fall nicht als dauerhaft angesehen werden kann.

Gregor Thüsing:

- 14 Die Drei-Monats-Regel hat das Bundesarbeitsgericht aber ausdrücklich zurückgewiesen. Die war ja an der alten Fassung des § 9 Abs. 3. Weil wir die nicht mehr haben hat das Bundesarbeitsgericht gesagt, können wir uns daran auch nicht mehr orientieren. Insofern sind die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts vage und diesen Konkretisierungsvorschlag, den Sie gerade machen, wurde gerade zurückgewiesen. Ich habe eine gewisse Sympathie dafür, aber ich würde nicht sagen, dass dies direkt dem Bundesarbeitsgericht entspricht.

Verena zu Dohna-Jaeger:

- 15 Die Entscheidung ist mir bekannt.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich hatte vor kurzem die Ehre, mit dem schon zitierten Rechtsanwalt *Moll* 16 über die Frage zu diskutieren – und ich meine, wir sind da zu dem Ergebnis gekommen, was schon von Herrn *Schindele* angedeutet wurde und auch von der Kollegin –: Wir müssen überlegen, gibt es einen doppelten Kündigungsschutz für einen verliehenen und entliehenen Arbeitnehmer beim Verleiher und zusätzlich beim Entleiher? Das kann nicht sein. Wir müssen die Arbeitsverhältnisse zuordnen. Und es kann am Ende dann nur so funktionieren, dass der Arbeitnehmer, der bei einem Verleihunternehmen arbeitet, beim Verleiher seinen Kündigungsschutz hat und findet, und dass dementsprechend dann die Stammebelegschaft ihren Kündigungsschutz bei ihrem Arbeitgeber hat. Und dann wird man im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, aber auch im Rahmen der ordnungsgemäßen Zuordnung der Arbeitsverhältnisse, zu dem Ergebnis kommen müssen, dass natürlich zuerst die entliehenen Arbeitnehmer zum Verleiher zurückgeschickt werden. Die haben dort ihren Kündigungsschutz, müssen ihn suchen und gegebenenfalls finden nach den entsprechenden Maßgaben. Und ebenso haben dann die Stammebelegschaften ihren Kündigungsschutz. Soweit wir einen Wettbewerb beim Entleiher zulassen zwischen den entliehenen und den Stammebelegschaften, führt das zu merkwürdigen Doppelungen und Lücken. Und das wird wohl kaum im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsrechts sein.

Gregor Thüsing:

Doppelung und Lücken sollte man immer diskutieren, aber ich glaube, 17 diese Doppelung des Kündigungsschutzes offenbart sich als nicht ganz stimmiges Argument, wenn Sie sich die aktuelle Situation anschauen: Wir haben eben einen breitflächigen Rückgang von Entleihungen. Man sagt, das ist das erste, was ich eben freiwillig herausnehme aus dem Betrieb, weil ich es mir mit meiner Stammebelegschaft nicht verscherzen will, das führt eben dazu, dass breitflächig der Beschäftigungsbedarf bei Verleihunternehmen verloren gegangen ist. Dann haben wir eben nicht einen doppelten Kündigungsschutz, sondern wir haben gar keinen Kündigungsschutz. Die Verleiharbeitnehmer trifft es dann zuerst. Ich würde ganz anders sagen: Wenn wir den Leiharbeitnehmer systemkonform schützen müssen, dann können wir nicht sagen, er ist der erste der hinaus muss, und der Verleiher ist dann nur noch der Vollzieher dessen, dass er ihn nicht mehr vermitteln kann. Dieses Argument, das Herr *Moll* ja auch gebracht hat, mit dem doppelten Kündigungsschutz, halte ich für ein Scheinargument.

Diskussionsteilnehmer

Busch, Ralf, Seite 22
Dahl, Holger, Seite 55, 146
Dohna-Jaeger, Verena zu, Seite 54, 154
Gemeiner, Claudine, Seite 153
Giesen, Richard, Seite 21, 108, 155
Hinsen, Ludger, Seite 17, 18, 25, 54, 59, 60, 63, 104
Holten, Ralf, Seite 60
Hurst, Adrian, Seite 16
Junker, Abbo, Seite 150, 151
Krause, Rüdiger, Seite 20, 26, 110, 143
Platow, Helmut, Seite 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 28
Rieble, Volker, Seite 17, 22, 24, 26, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 104, 105, 106,
107, 109, 110, 145, 148
Rofls, Christian, Seite 143, 144, 145, 146
Schindele, Friedrich, Seite 57, 61, 151
Smits, Gunter, Seite 28, 56, 58, 60, 62, 64, 106, 107, 144
Stolz, Werner, Seite 16, 62, 105
Thüsing, Gregor, Seite 143, 144, 149, 150, 152, 153, 154, 155
Zimmer, Mark, Seite 145

Sachregister

AEntG

- Mindestlohnöffnung nach AEntG
C. Rn. 28, 36

AÜG

- Abschaffung der Restriktionen des AÜG *B. Rn. 24*
- Gleichstellungsgrundsatz nach dem AÜG *C. Rn. 32*

Airbus Deutschland *A. Rn. 1, D. Rn. 21*

Allgemeinverbindlicherklärung eines TV nach TVG *B. Rn. 29*

Arbeitnehmerüberlassung *E. Rn. 3*

- Abgrenzung zu anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes *E. Rn. 3*
- Fehlerhafte Behandlung durch Vertragsparteien *E. Rn. 5*
- Gewerbsmäßige und nicht gewerbsmäßige *E. Rn. 9*
- Legale und illegale *E. Rn. 9*
- Sozialrechtliche Fragen der legalen Arbeitnehmerüberlassung *E. Rn. 11*

Belegschaft

- Zweiteilung *D. Rn. 3*

Betriebsnormen gem. § 3 Abs. 2 TVG *D. Rn. 24*

Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland *C. Rn. 1*

- Branchengewerkschaften unter dem Dach des CGB *C. Rn. 12*

Deutscher Gewerkschaftsbund
C. Rn. 13, D. Rn. 18

Entleiher

- Abschluss TV mit Entleiher
A. Rn. 1, D. Rn. 21
- Beschränkte Tarifmacht beim Entleiher *D. Rn. 21*
- Mitbestimmungsrechte beim Entleiher *D. Rn. 41*
- Rechtsrisiken *D. Rn. 90*
- Sozialrechtliche Konsequenzen fehlerhafter Behandlung *D. Rn. 5*

Equal Pay *C. Rn. 25, E. Rn. 21*

First in, first out *D. Rn. 13*

Freiwillige Betriebsvereinbarung beim Entleiher *D. Rn. 77*

- Auswahl Verleiher *D. Rn. 85*
- Einstellungsvorrang *D. Rn. 84*
- Überlassungsdauer *D. Rn. 80*
- Vergütung *D. Rn. 86*
- Vertragskompetenz des Betriebsrats *D. Rn. 89*
- Zeitarbeitsquote *D. Rn. 80*

Gesetzlicher Mindestlohn
B. Rn. 28

Gewerkschaftskonkurrenz *C. Rn. 13*

Gewerkschaftspluralismus *C. Rn. 9*

- Gewerkschaftsprobleme *D. Rn. 6*
- Gewerkschaftstypen *C. Rn. 11*
- Gleichbehandlungsgrundsatz
B. Rn. 12, 25
- Gleiche Arbeit – gleiches Geld
D. Rn. 16
- Gleichstellungsgrundsatz *C. Rn. 32, 36*
- Grenzüberschreitende Entsendung
 - Anwendbares Recht *D. Rn. 30*
 - Besonderheiten *D. Rn. 30*
 - Konsequenzen *D. Rn. 33*
- IG Metall A. Rn. 1, D. Rn. 21**
- Individualnormen (Entgelt, Arbeitszeit) *D. Rn. 22*
- Koalitionsvereinbarung
D. Rn. 31**
 - Komplexes Schrankensystem
D. Rn. 33
 - Weite schuldrechtliche
Regelungsmacht *D. Rn. 31*
- Leiharbeiterkampagnen
D. Rn. 16**
- Mindestlohn B. Rn. 14, 23,
C. Rn. 28**
- Mitbestimmungsprobleme *D. Rn. 13*
- Mitbestimmungsrechte beim Entleiher *D. Rn. 41*
 - Arbeitszeit *D. Rn. 48*
 - Beschäftigungssicherung
D. Rn. 57
 - Eingruppierung *D. Rn. 68*
 - Einstellung *D. Rn. 62*
- Entlassung *D. Rn. 69*
- Freiwillige Betriebsvereinbarung
D. Rn. 77
- Informationsrechte *D. Rn. 44*
- Interne Stellenausschreibung
D. Rn. 59
- Massenentlassungsschutz
D. Rn. 76
- Ordnung im Betrieb *D. Rn. 54*
- Personalplanung *D. Rn. 55*
- Qualifizierung *D. Rn. 61*
- Sphäre von Verleiher und Entleiher *D. Rn. 42*
- Vergütung *D. Rn. 52*
- Wirtschaftliche Angelegenheiten
D. Rn. 72
- Nachwirkender Tarifvertrag
C. Rn. 32, 36**
- Organisationsgrad der Zeitarbeiter D. Rn. 6, 9**
- Quotenregelungen D. Rn. 27**
- Schrankensystem bei
Koalitionsvereinbarungen
D. Rn. 33**
 - Arbeitsrecht *D. Rn. 34*
 - Kartellrecht *D. Rn. 38*
- Sozialrechtliche Fragen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung *E. Rn. 28*
- Sozialrechtliche Fragen bei legaler Arbeitnehmerüberlassung *E. Rn. 11*
 - Beitragspflicht des Verleihers
E. Rn. 11
 - Beitragspflicht des Entleihers
E. Rn. 24

Staatsintervention *B. Rn. 19*

Substitutionseffekt *B. Rn. 6*

**Tarifkonkurrenz *B. Rn. 14, 17,*
*C. Rn. 17, 36***

Tarifpluralität *C. Rn. 17, 36*

Tarifrechtliche Regulierung beim
Entleiher *D. Rn. 21*

- Beschränkte Tarifmacht *D. Rn. 21*
- Betriebsnormen *D. Rn. 24*
- Individualnormen *D. Rn. 22*

Tarifvertrag

- Abschluss mit Entleihunter-
nehmen *A. Rn. 1, D. Rn. 21*

**Wettbewerbsneutralität
*B. Rn. 19, 24***

Zeitarbeit

- Aktuelle Bruttostundenlöhne
B. Rn. 18
- Aufnahme in AEntG *B. Rn. 42*
- Dreiecksverhältnis *B. Rn. 4*
- Einführung als Betriebsänderung
D. Rn. 72
- Leistungsrecht *E. Rn. 37*
- Rückführung als Betriebsein-
schränkung *D. Rn. 73*
- Versicherungs- und Beitragsrecht
E. Rn. 3

Zeitarbeitsquote *D. Rn. 80*

Zweiteilung der Belegschaft
D. Rn. 3

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7