

Inhaltsverzeichnis

Eugen Dermanowski

Aktuelle Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs von Leiharbeit

A. Einleitung.....	1
B. Die massenhafte Ausweitung von Leiharbeit – Gründe und Symptome .	1
I. Liberalisierung der Leiharbeit durch „Hartz I“	1
II. Auswirkungen der Hartz-Reformen auf die Praxis	2
III. Der Schlecker-Skandal und seine Folgen	4
IV. Zur Tarif(un)fähigkeit der CGZP.....	5
C. Aktuelle Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs von Leiharbeit .	8
I. Maßnahmen im Koalitionsvertrag	8
1. Wiedereinführung einer Höchstüberlassungsdauer.....	9
2. Equal Pay nach 9 Monaten	16
3. Fazit	16
II. Die Vorschläge von SPD, Grünen und Linkspartei im Überblick	17
III. Vorschlag Brors/Schüren MAIS NRW 2014.....	18
1. Beschränkung der Leiharbeit auf den „vorübergehenden Bedarf“.....	18
2. Bei Verstoß: Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher.....	19
3. Keine Abweichungen mehr für befristet beschäftigte Leiharbeiter.....	21
4. <i>Equal Pay</i> und Maßnahmen zur Sicherung und erleichterten Durchsetzung von Lohnansprüchen.....	23
5. Fazit	24
D. Zusammenfassung	24

Katharina Fischer

Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG

A. Einleitung.....	27
B. Die Bedeutung des Tarifvertragsrechts.....	27
I. Rechtsnatur des Tarifvertrages	28
II. Bindung, Geltung und Formen des Tarifvertrages.....	29
III. Funktion des Tarifvertrages	29
IV. Gesetzliche Grenzen des Tarifvertrages.....	30
C. Regelungsbedarf bei Mehrheiten von Tarifverträgen	31
I. Tarifkonkurrenz	31
II. Tarifpluralität.....	33
1. Lösungsweg der Rechtsprechung bis zum Jahre 2010.....	34
2. Kritik an der bis dato geltenden Rechtsprechung.....	35
3. Aufgabe durch den 4. und 10. Senat des BAG	37
D. Folgefragen der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität.....	38
I. Arbeitsvertragliche Folgen.....	38
1. Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit	38
2. Bezugnahmeklauseln	39
II. Betriebsverfassungsrechtliche Folgen.....	39
1. Betriebsnormen.....	39
2. Betriebsverfassungsrecht	40
III. Arbeitskämpfungrechtliche Folgen.....	42
1. Problemaufriss	42
2. Veränderung der Rechtsstellung der Andersorganisierten und Nichtorganisierten?	43
3. Beeinträchtigungen aufgrund der Aufgabe der Tarifeinheit	43
4. Lösungsansätze und Modifikationen der Arbeitskämpfungregeln.....	44
E. Aktuelle tarifpolitische und rechtliche Entwicklungen.....	45

I. Initiative des DGB und der BDA als Antwort auf die Rechtsprechungsänderung	45
II. Aktueller Koalitionsvertrag zwischen SPD und CDU, Stand: Dezember 2013	46
1. Bedarf einer gesetzlichen Regelung und Realität	47
2. Verfassungskonformität einer gesetzlich geregelten Tarifeinheit?	47
F. Fazit	48

Patrick Zimmer

Zulässigkeit und Erzwingbarkeit von Sozialplantarifverträgen

A. Problemaufriss und Gang der Untersuchung	51
B. Zulässigkeit von Sozialplantarifverträgen	51
I. Tarifliche Regelbarkeit von Sozialplanforderungen, § 1 Abs. 1 TVG...52	
1. Verlängerte Kündigungsfristen	52
2. Abfindungsansprüche	52
3. Qualifizierungsmaßnahmen	52
4. Zwischenergebnis	53
II. Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG?	54
1. Argumente der Sperrwirkungstheorie	54
2. Stellungnahme	56
3. Zwischenergebnis	59
III. Die Unternehmerfreiheit als Zulässigkeitsgrenze tariflicher Regelungen?	59
IV. Ergebnis	60
C. Erzwingbarkeit von Sozialplantarifverträgen	60
I. Grundsätzliche Zulässigkeit des Firmenarbeitskampfs	62
II. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG?	62
1. Rechtswidrigkeit von Streiks gegen Standortentscheidungen.....	63
2. Ermittlung des wahren Kampfziels anhand weiterer Umstände?	65
3. Gerichtliche Kontrolle des Forderungsumfangs?.....	66

4. Zwischenergebnis	71
III. Die Friedenspflicht als Kampfhindernis	71
1. Relative Friedenspflicht aus bestehenden Tarifverträgen	71
2. Übertragung der Friedenspflicht aus § 74 Abs. 2 BetrVG?	73
IV. Der ultima-ratio-Grundsatz des Arbeitskampfs	74
1. Die erzwingbare Sozialplanmitbestimmung als weniger belastendes Mittel?	74
2. Stellungnahme	75
V. Der Grundsatz der Kampfparität	76
1. Der Arbeitgeber im Zangengriff?	77
2. Stellungnahme	79
3. Zwischenergebnis	81
VI. Art. 49 AEUV als Schranke des Streikrechts	82
1. Der zugrunde liegende Sachverhalt	82
2. Die Vorgaben des EuGH	82
3. Zwischenergebnis	85
VII. Ergebnis	85
D. Fazit und Ausblick	86

Daniel Holler

Die Ablösung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung – kollektiver Günstigkeitsvergleich und betriebsvereinbarungsoffener Arbeitsvertrag

A. Einführung	87
B. Hauptteil	89
I. Entwicklung des Verhältnisses von Arbeitsvertrags- und Betriebsvereinbarung in Literatur und Rechtsprechung	89
1. Entwicklung in der Literatur	89
2. Entwicklung in der Rechtsprechung	92

3. Zwischenergebnis	94
II. Der kollektive Günstigkeitsvergleich – eine Rechts(er)findung des Großen Senats	95
1. Der kollektiven Günstigkeitsvergleichs als Modifikation des allgemeinen Günstigkeitsprinzips	95
2. Entwicklung des kollektiven Günstigkeitsvergleichs in der weiteren Rechtsprechung des BAG	97
3. Beurteilung des kollektiven Günstigkeitsvergleichs in der Rechtswissenschaft	98
4. Stellungnahme	100
5. Zwischenergebnis	102
III. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit – ein kollektives Änderungsmittel im individualrechtlichen Kleid	103
1. Begriff der betriebsvereinbarungsoffenen Vertragsgestaltung	103
2. Betriebsvereinbarungsoffenheit durch Implementierung sog. „Betriebsvereinbarungsöffnungsklauseln“	104
3. Schranken einer Betriebsvereinbarungsoffenen Vertragsgestaltung	107
4. Schranke der ablösenden Betriebsvereinbarung, § 75 BetrVG	118
5. Zwischenergebnis	118
IV. Rechtsfolge der ablösenden Betriebsvereinbarungen – Ablösung oder doch nur Verdrängung auf Zeit?	119
1. Allgemeine Rechtsfolgenwirkung bei der Kollision von Arbeitsvertrags- und Betriebsvereinbarungsregelungen	119
2. Rechtsfolgenwirkung bei betriebsvereinbarungsoffenen Verträgen und kollektivem Günstigkeitsvergleich	120
3. Stellungnahme	123
V. Kollektiver Günstigkeitsvergleich und Betriebsvereinbarungsoffenheit im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge	125
1. Einschränkung des kollektiven Günstigkeitsvergleichs und der Betriebsvereinbarungsoffenheit bei Versorgungsleistungen – die Modifikation der Modifikation	125
2. Auswirkung von ablösenden Betriebsvereinbarungen auf Ruheständler?	126

C. Schlussbemerkung	127
---------------------------	-----

Jan Liesenfeld

Probleme der Betriebsratsvergütung de lege lata und de lege ferenda

A. Einführung	131
I. Was ist der richtige Lohn für ein Ehrenamt?	131
II. Wissenschaftliches Erkenntnisinteresse	131
III. Gang der Darstellung	133
B. Grundsätze der Betriebsratsvergütung	133
I. Ehrenamtsprinzip	134
II. Lohnausfallprinzip	134
III. Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit	135
IV. Entgeltschutz	135
V. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot	136
C. Vergütungsprobleme de lege lata – Fragen der Rechtsanwendung	136
I. Bemessung der Vergütung	136
1. Möglichkeit einer Vergütung als „Co-Manager“?	136
2. Berechnung variabler Lohnbestandteile	139
3. Lohnanpassung nach dem Entgeltschutz	149
II. Verhältnis vertraglicher Abreden zu § 37	153
1. Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Modifikation	153
2. Pauschale als Königsweg?	154
III. Rückforderung von unzulässiger Übervergütung	160
1. Pflicht zur Rückforderung	160
2. Möglichkeiten zur Rückforderung	161
D. Vergütungsprobleme de lege ferenda – Fragen der Rechtsänderung ...	165
I. Praktikablere Regeln zur Lohnbemessung	165
1. Bemessung variabler Vergütung	165
2. Festlegung von Vergleichspersonen und betriebsüblicher Entwicklung	166

II. Vergütung als Co-Manager – Abschied vom Ehrenamt?.....	166
1. Problem eines Betriebsratslohns unter Wert.....	167
2. Belastung von Berufskarrieren und Engagement im Amt	169
3. Reformidee – zwingende Amtszulage oder Vereinbarungslösung?.....	170
III. Korruptionsgefahr – Prävention unzulässiger Zahlungen	172
1. Rechtsschutzdefizite im Betriebsverfassungsrecht	173
2. Reformideen – Stärkung des Filzschutzes	174
IV. Abschluss: Formulierung eines Reformvorschlags.....	176

Mary Christina Kurusumuthu

Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 140 i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV als Rechtfertigungsgrund gesteigerter Loyalitäten

A. Einführung	179
B. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht	180
I. Definition des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts	180
II. Sachlicher Schutzbereich	181
1. Ordnung	181
2. Verwaltung	181
3. Eigene Angelegenheiten	181
III. Persönlicher Schutzbereich	181
IV. Schranken	182
C. Auswirkungen des Selbstbestimmungsrechts auf das kirchliche Individualarbeitsrecht	182
I. § 9 Abs. 1 AGG	182
II. § 9 Abs. 2 AGG: Loyalitätspflichten	183
1. Definition	183
2. Vertragliche Einbeziehung.....	183
3. Beispiele verletzter Loyalitätspflichten	184
4. Wirkung von Loyalitätspflichten	184

5. Gerichtlicher Überprüfungsumfang	184
D. Der Fall „Schüth“ als Beispiel des unterschiedlichen	185
E. Kritische Stellungnahme	188
I. Würdigung: Die grundsätzliche Legitimität des Selbstbestimmungsrechts	188
II. Vorschlag: Kriterien für eine interessengerechte Abwägung.....	190
1. Freiwilligkeit der Begründung des Arbeitsverhältnisses	190
2. Kenntnis der Loyalitätsanforderungen	191
3. Verkündigungsnahe/-ferne der Tätigkeit des Arbeitnehmers	191
4. Konkrete Beeinträchtigung im Einzelfall	192
5. Mitverursachung der Loyalitätspflichtverletzung	193
6. Erforderlichkeit der Maßnahme	194
7. Angemessenheit der Loyalitätsanforderungen	194
III. Kritik: Die Zeitgemäßheit von Loyalitätspflichten bezüglich der Religionszugehörigkeit und der privaten Lebensführung	195
1. Religionszugehörigkeit	195
2. Private Lebensführung	196

Aktuelle Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs von Leiharbeit

A. Einleitung

Leiharbeit hatte ursprünglich dazu gedient, um auf schnellem und unkompliziertem Wege plötzlich auftretenden Personalausfall zu kompensieren oder um kurzfristige Auftragsspitzen abzufangen.¹ Nach Liberalisierung der Leiharbeit durch die „Hartz-Gesetze“ trat jedoch ein zunehmender Funktionswandel ein. Leiharbeit wurde nun verstärkt dazu genutzt, um strategisch die Kosten zu senken und einen Personalpuffer für „schlechte Zeiten“ aufzubauen.² Der Einsatz von Leiharbeitern erfolgte nunmehr auf ungewisse Zeit und führte nicht selten zu einer Substitution der Stammbeslegschaft. Binnen weniger Jahre verdreifachte sich nahezu die Zahl der Leiharbeitnehmer (2000: ca. 328.000³, 2011: ca. 877.600⁴). Gleichzeitig mehrten sich in den Medien Berichte über Missbrauch von Leiharbeit. Was war geschehen?

Zunächst sollen die Gründe skizziert werden, die zur massenhaften Verbreitung von Leiharbeit beigetragen haben. Im Rahmen der Missbrauchsfälle soll insbesondere auf den Schlecker-Skandal, die Reaktion des Gesetzgebers bei der AÜG-Reform 2011 sowie die Tarifpraxis der CGZP zurückgeblendet werden. Dieser Rückblick ist unerlässlich, um die aktuellen Vorschläge in der Politik zur Eindämmung des Missbrauchs von Leiharbeit, welche den Kern dieser Seminararbeit darstellen sollen, nachvollziehen und bewerten zu können.

B. Die massenhafte Ausweitung von Leiharbeit – Gründe und Symptome

I. Liberalisierung der Leiharbeit durch „Hartz I“

Bei seiner Einführung im Jahre 1972 hatte das AÜG ursprünglich⁵ noch eine dreimonatige Höchstüberlassungsgrenze vorgesehen. Hinzu traten zudem ein

¹ Holst, WSI Mitteilungen 3/2009, 143 (145).

² Holst, WSI Mitteilungen 3/2009, 143 (145).

³ BT-Drucks. 15/6008, S. 16.

⁴ BT-Drucks. 18/673, S. 31.

⁵ Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung v. 7.8.1972, BGBl. I, 1393.

Befristungsverbot, ein Synchronisationsverbot (Leiharbeiter dürfen nicht nur für die Zeit einer Überlassung beschäftigt und danach wieder entlassen werden) und Wiedereinstellungsverbot (Verleihunternehmen dürfen entlassene Mitarbeiter innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten nicht erneut einstellen). In den darauf folgenden Jahrzehnten wurden diese Restriktionen immer mehr gelockert und die Höchstüberlassungsdauer schrittweise auf bis zuletzt 24 Monate⁶ angehoben.

Im Rahmen der Hartz-Gesetzgebung⁷ entschloss sich der Gesetzgeber dazu, mit Wirkung zum 1.1.2004 die Höchstüberlassungsdauer gänzlich abzuschaffen und mit ihr auch die Befristungs-, Synchronisations- und Wiedereinstellungsverbote. Dadurch sollte die Leiharbeit flexibilisiert und neues Beschäftigungspotential eröffnet werden.⁸ Im Gegenzug wurde – auch mit Blick auf den zu jener Zeit in Brüssel diskutierten Kommissionsentwurf für eine Leiharbeitsrichtlinie⁹ – im AÜG der *Equal-Pay*-Grundsatz verankert, womit man den Leiharbeitnehmerschutz als hinreichend gesichert sah und sich zugleich eine bessere Anerkennung der Leiharbeit in der Bevölkerung erhoffte.¹⁰ Gleichzeitig wurde jedoch auch eine Tariföffnungsklausel im AÜG normiert, von der wiederum in der Praxis umfassend Gebrauch gemacht wurde. Eine Vorreiterrolle nahm hierbei die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP) ein, ein Zusammenschluss aus mehreren Mitgliedsgewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB).

II. Auswirkungen der Hartz-Reformen auf die Praxis

Die CGZP ging zahlreiche Firmen- und Verbandstarifverträge ein, in denen – ganz im Sinne der Arbeitgeber – vom *Equal-Pay*-Grundsatz auf unbegrenzte Zeit erheblich zuungunsten der Leiharbeiter abgewichen wurde.¹¹

In den der CGZP zugeordneten Gewerkschaften waren allerdings nur wenige Leiharbeiter organisiert¹², sodass von den CGZP-Zeitarbeitstarif-

⁶ Art. 7 des Gesetzes zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) v. 14.12.2001, BGBl. I, S. 3443.

⁷ Art. 6 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl. I, S. 4607.

⁸ BT-Drucks. 15/25, S. 23 f.

⁹ Richtlinienentwurf vom 20.3.2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM (2002) 149 endg. – 2002/0072 (COD).

¹⁰ BT-Drucks. 15/25, S. 24.

¹¹ Siehe Ausführungen unter B.IV.

verträgen *unmittelbar* nur wenige Leiharbeitnehmer betroffen waren. Der Grund für die enorme Verbreitung der CGZP-Tarifbedingungen lag vielmehr an anderer Stelle: Nach § 10 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, § 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG können etwaige Zeitarbeitsarbeitsverträge in ihrem Geltungsbereich auch auf nicht tarifgebundene Leiharbeitnehmer Anwendung finden, soweit ihre Anwendung einzelvertraglich vereinbart wird (sog. schuldrechtliche Tarifbindung).¹³ Da Leiharbeitnehmern in der Praxis oftmals jegliche Verhandlungsmöglichkeit fehlt, können sie sich auch nicht gegen die Aufnahme einer solchen Bezugnahme Klausel in ihren Leiharbeitsvertrag wehren.¹⁴ In der Praxis führte dies dazu, dass der *Equal-Pay*-Grundsatz faktisch leer lief.

Dieses Phänomen erlangte zudem dadurch besondere Bedeutung, dass mit dem 1.1.2004 auch die Höchstüberlassungsdauer von zuletzt 24 Monaten abgeschafft worden war, sodass folglich nun auch dauerhafte Überlassungen zulässig¹⁵ waren.

In der Folgezeit wurden zahlreiche, insbesondere konzerneigene Verleihunternehmen gegründet, deren einzige Aufgabe darin bestand, Leiharbeitnehmer einzustellen, um sie zu den schlechteren Bedingungen der Zeitarbeitsarbeitsverträge wieder auf unbegrenzte Zeit an die (konzerneigenen) Entleihunternehmen zu überlassen.¹⁶ Faktisch führte dies dazu, dass frei werdende Dauerarbeitsplätze in zahlreichen Unternehmen nur noch mit Leiharbeitnehmern besetzt wurden. Denn deren Einsatz war für die Entleihunternehmen nicht nur günstiger, sondern man ersparte sich bei zurückgehendem Bedarf auch die Einhaltung etwaiger Kündigungsfristen und die Aufstellung teurer Sozialpläne.¹⁷ In den Betrieben fand so eine dauerhafte Spaltung in Stammbesetzung und Leiharbeitnehmer statt.

Durch die CGZP-Tarifverträge unter Druck gesetzt, sahen sich auch die DGB-Gewerkschaften dazu gezwungen, Tarifverträge mit nur unwesentlich höheren Entgelten abzuschließen.¹⁸

¹² BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BAGE 136, 302 (310).

¹³ *Waltermann* geht davon aus, dass 95 % der Tarifverträge kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme gelten, NZA 2010, 482 (483); ebenso *Schüren*, RdA 2007, 231 (232).

¹⁴ *Brors*, BB 2006, 101 (102).

¹⁵ BAG 25.1.2005 – 1 ABR 61/03, BAGE 113, 218 (220).

¹⁶ Ausführlich *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745 ff.

¹⁷ *Schüren*, BB 2007, 2346.

¹⁸ *Schüren*, RdA 2006, 303 (307).

Die Politik wiederum ignorierte diese Zustände – bis zur Aufdeckung des *Schlecker*-Skandals.

III. Der Schlecker-Skandal und seine Folgen

Ende 2009 ging ein Aufschrei durch die Medien: Das Management der Drogeriekette *Schlecker* hatte mit Beginn des Jahres angefangen, mehrere *Schlecker*-Filialen zu schließen, und den Mitarbeiterinnen mit einer betriebsbedingten Kündigung gedroht. An die Stelle der bisherigen Filialen sollten Filialen der rechtlich selbständigen *Schlecker XL GmbH* treten. Diese unterschieden sich in ihrer Konzeption nur unwesentlich von den bisherigen *Schlecker*-Filialen, jedoch rekrutierten sich mehr als zwei Drittel der dort tätigen Mitarbeiterinnen von einer – vermutlich konzernangehörigen – Leiharbeitsfirma. Den von der Kündigung bedrohten *Schlecker*-Mitarbeiterinnen wurde angeboten, einen Arbeitsvertrag mit der Leiharbeitsfirma *Meniar* zu unterschreiben, über den sie als Leiharbeiterinnen zu ihren gewohnten Tätigkeiten in den „neuen“ *Schlecker XL*-Filialen zurückkehren hätten können – selbstverständlich jedoch nur zu den schlechteren Arbeitsbedingungen der Leiharbeitsbranche und somit zu einem Lohn, der nicht selten gerade einmal der Hälfte der vorherigen Bezahlung entsprach.¹⁹

Die öffentliche Empörung war groß, sodass sich der Gesetzgeber zum Handeln gezwungen sah. In Anlehnung an das schwedische Modell²⁰ wurde mit dem Ersten Missbrauchsverhinderungsgesetz²¹ mit Wirkung zum 30.4.2011 die sog. „Drehtür-Klausel“ in § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 4 und § 9 Nr. 2 Hs. 4 AÜG eingeführt. Danach dürfen Arbeitnehmer, die innerhalb der letzten sechs Monate entlassen worden sind, demselben Konzern nur unter ausnahmsloser Achtung des *Equal-Pay*-Gebots als Leiharbeitnehmer überlassen werden. Zwar wurde so – zumindest in den wohl überwiegenden Fällen – verhindert, dass Arbeitnehmer entlassen und zu schlechteren Bedingungen als Zeitarbeitnehmer wieder „zurückentliehen“ wurden. Demgegenüber war die Drehtür-Klausel ungeeignet, zu verhindern, dass *andere* Leiharbeitnehmer an die frei gewordenen Stellen traten. DGB²² und Opposition²³ kritisierten daher zurecht,

¹⁹ Böhm, DB 2010, 672.

²⁰ Böhm, DB 2010, 672 (674).

²¹ Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung v. 28.4.2011, BGBl. I, S. 642.

²² BT-Ausschussdrucks. 17 (11) 431, S. 43 f.

²³ BT-Drucks. 17/5253; BT-Drucks. 17/5254.

dass die betriebliche Spaltung in Stammbesellschaft und Leiharbeiter durch das Missbrauchsverhinderungsgesetz nicht beendet würde.

Zumindest aber konnte die Opposition gegen den anfänglichen Willen der Regierungsparteien Union und FDP ihre Forderung nach einem gesetzlichen Mindestlohn für die Leiharbeit durchsetzen (sog. Hartz-IV-Kompromiss), um einer weiteren Absenkung der Zeitarbeitslöhne entgegenzuwirken. Aus gutem Grund: Zum 1.5.2011 sollte die EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit für acht osteuropäische Mitgliedsstaaten volle Geltung erlangen, sodass eine noch größere Tarifkonkurrenz erwartet wurde²⁴.

Andere Änderungen des AÜG durch die beiden AÜG-Reformen 2011 hatten (lediglich) die Umsetzung der zum 5.12.2011 in Kraft tretenden europäischen Leiharbeitsrichtlinie²⁵ (im Folgenden Leih-RL) zum Gegenstand, ohne jedoch nach der Gesetzesbegründung eine explizit missbrauchsbekämpfende Tendenz zu haben.²⁶

IV. Zur Tarif(un)fähigkeit der CGZP

Voraussetzung für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ist, dass sie sich in ihrer Satzung der Interessenvertretung ihrer Mitglieder verpflichtet hat, dass sie tarifwillig, frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert ist und dass sie das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennt. Ferner wird für eine sinnvolle Aufgabenerfüllung eine gewisse Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler sowie organisatorische Leistungsfähigkeit erwartet.²⁷ Nur dann könne von einem sozialen Ausgleich die Rede sein und nur dann könne dem in Tarifverträgen vereinbarten Inhalt eine Richtigkeitsgewähr zukommen (anderenfalls würde der Vertragsinhalt grundlos der Inhaltskontrolle nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB entzogen).²⁸

²⁴ BT-Ausschussdrucks. 17 (11) 446, S. 2.

²⁵ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. EU 2008, L 327 vom 10.11.2008, S. 9.

²⁶ Zum Verbot der dauerhaften Überlassung s. C.I.

²⁷ St. Rspr., BAG 28.4.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 m.w.N.

²⁸ Brors, BB 2006, 101 (102).

Von Teilen der Literatur wurde insbesondere bezweifelt, ob die CGZP die geforderte soziale Mächtigkeit besaß und ob sie tatsächlich gegnerfrei war.²⁹ Ferner wurde auch die Tarifzuständigkeit der CGZP bestritten.³⁰

2008 kam es erstmals auf Betreiben der Berliner Arbeitssenatorin und der Gewerkschaft ver.di zu einem Statusfeststellungsverfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG und damit zu einer gerichtlichen Klärung der Tariffähigkeit der CGZP. Hatte sich in erster Instanz das Arbeitsgericht Berlin noch zur Begründung der Tarifunfähigkeit der CGZP auf die fehlende soziale Mächtigkeit bezogen³¹, stützten sich das LAG Berlin-Brandenburg³² sowie das BAG³³ vielmehr auf formelle Gründe, nämlich die fehlende Tarifzuständigkeit der CGZP, die die Unwirksamkeit der von ihr geschlossenen Tarifverträge zur Folge hatte: Zum einen hatten ihre Mitgliedsgewerkschaften nur Teile ihres Organisationsbereiches (nämlich nur den der Zeitarbeit) übertragen, zum anderen ging der Zuständigkeitsbereich der CGZP über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinaus (die CGZP nahm für sich in Anspruch, für alle Leiharbeitsverhältnisse im Bundesgebiet tarifzuständig zu sein, derweil sich die Zuständigkeitsbereiche der Mitgliedsgewerkschaften nur auf einzelne Branchen erstreckten). Somit konnte vom BAG offen gelassen werden, ob die CGZP überhaupt die für eine Gewerkschaft erforderliche soziale Mächtigkeit besaß.³⁴

Indes handelt es sich bei den o.g. Gründen lediglich um Mängel formeller Natur, die durch kosmetische Satzungsänderungen relativ schnell behoben werden können. Im Folgenden soll daher in der gebotenen Kürze auf die noch nicht gerichtlich³⁵ geklärten Fragen eingegangen werden:

Wie bereits erwähnt wird für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung eine gewisse Durchsetzungskraft vorausgesetzt, sodass zu erwarten ist, dass sie vom sozialen Gegenspieler wahr- und ernstgenommen wird.³⁶ Teile

²⁹ Brors, BB 2006, 101 (102); Schindele, AuR 2008, 31; Schüren, NZA 2008, 453 (456); Ulber/J. Ulber, § 9, Rn. 162 ff.; D. Ulber, NZA 2008, 438 (440); a.A. Lembke, NZA 2007, 1333.

³⁰ D. Ulber, NZA 2008, 438 (442).

³¹ ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08, BB 2009, 1477 (1478).

³² LAG Berlin-Brandenburg 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09, LAGE § 2 TVG Nr. 8.

³³ BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BAGE 136, 302.

³⁴ Was jedoch aus taktischen Gründen klug war, um einer etwaigen Selbstauflösung der CGZP zuvorzukommen, Schüren, RdA 2011, 368 (369).

³⁵ Mit Ausnahme des Beschlusses des ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08, BB 2009, 1477 (1478).

³⁶ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 (317 ff.).

der Literatur haben darauf verwiesen, dass diese bereits automatisch aufgrund § 9 Nr. 2 AÜG gegeben sei, da sich die Gewerkschaften in Tarifverhandlungen immer auf die gesetzliche, günstige „Rückfallposition“ (Equal Pay) berufen können würden.³⁷ Ferner wurde zugunsten der CGZP angeführt, dass diese bereits mehrere Flächentarifverträge und mehr als 200 Haustarifverträge abgeschlossen hätte, sodass unter Verweis auf das BAG-Urteil vom 28.3.2006³⁸ zweifelsohne von der Tarifwilligkeit und Durchsetzungskraft der CGZP ausgegangen werden könne.³⁹

Diese Argumente gehen jedoch fehl. Im Regelfall regeln Tarifverträge die Mindestarbeitsbedingungen, sie sollen die Situation von Arbeitnehmern verbessern. Hier aber schafft schon die gesetzliche Regelung in § 9 Nr. 2 AÜG ein Optimum. Daraus folgt, dass es nun die Arbeitgeber sind, die auf den Abschluss eines Tarifvertrags drängen, um von dem für sie ungünstigen *Equal-Pay*-Grundsatz „nach unten“ abweichen zu können. Die Zahl der von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge spricht daher weniger für als gegen die Tariffähigkeit der CGZP, da sie ohne Not von einer günstigen Verhandlungsposition abgewichen war.⁴⁰

Insbesondere der Inhalt der von der CGZP vereinbarten Tarifverträge sprach Bände: niedrige Löhne, verkürzte Kündigungs- und Abruffristen nach § 12 TzBfG, Ausweitung der max. Befristungsdauer und Verlängerungsmöglichkeiten nach § 14 Abs. 2 TzBfG etc.⁴¹ Die CGZP war den Arbeitgeberwünschen in allen nur erdenklichen Punkten nachgekommen.

Oben beschriebene Tarifverträge waren nicht zuletzt auch das Resultat der geringen Mitgliederzahlen innerhalb der CGZP.⁴² In den der CGZP angehörenden Mitgliedsgewerkschaften waren zum Jahresende 2008 gerade einmal 1.383 Leiharbeitnehmer organisiert (zum Vergleich: Im Gebiet der BRD, auf das sich laut Satzung der Zuständigkeitsbereich der CGZP erstreckte, waren 2008 durchschnittlich insg. 760.604 Leiharbeiter beschäftigt).⁴³ Dies ist höchst bedenklich angesichts der Tatsache, dass die von der CGZP ausgehan-

³⁷ Boemke, BB 03/2004, S. I.

³⁸ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 (317 ff.).

³⁹ So insb. Lembke, NZA 2007, 1333 (1334).

⁴⁰ ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08, BB 2009, 1477 (1478); Brors, BB 2006, 101 (102); Schüren, NZA 2008, 453 (455).

⁴¹ Insbesondere zu den noch deutlicher zulasten der Leiharbeitnehmer abweichenden CGZP-Haustarifverträgen Schüren, AuR 2008, 239 ff.

⁴² Schüren, NZA 2008, 453 (454).

⁴³ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 (317 ff.).

delten Flächentarifverträge wegen § 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG potenziell auf *alle* Leiharbeiter im Bundesgebiet Anwendung finden konnten. Hier kann nicht mehr von einer angemessenen Repräsentativität gesprochen werden.⁴⁴ Dies gilt umso mehr, als dass die CGZP vor dem Arbeitsgericht Berlin nur sehr grobe Angaben dazu machen konnte, inwiefern die bei ihr organisierten Leiharbeiter überhaupt an den Tarifverhandlungen und der tariflichen Willensbildung beteiligt wurden.⁴⁵

Kurzum: Sowohl der CGZP als auch ihren Mitgliedsgewerkschaften fehlte die für den Bereich der Leiharbeit erforderliche Mächtigkeit, zudem bestanden profunde Zweifel an der Gegnerfreiheit. Es bleibt daraus lediglich das Fazit zu ziehen, dass aufgrund § 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG mehr als in anderen Branchen darauf geachtet werden muss, dass ausschließlich ernstzunehmende tariffähige Gewerkschaften Zeitarbeitsvertrag abschließen.

Im Übrigen haben sich die christlichen Gewerkschaften mittlerweile aus der Leiharbeitsbranche zurückgezogen, nachdem auch der Versuch eines mehrgliedrigen Tarifvertrages vor dem BAG⁴⁶ gescheitert war und drei ihrer Mitgliedsgewerkschaften für tarifunfähig erklärt⁴⁷ worden sind. Die AMP/CGB-Tarifverträge wurden zum 31.3.2013 ohne Nachwirkung allesamt gekündigt.⁴⁸

C. Aktuelle Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs von Leiharbeit

Mittlerweile scheint ein Paradigmenwechsel in der Politik eingetreten zu sein. Nahezu alle politischen Akteure haben mittlerweile eigene Vorschläge zur Missbrauchsbekämpfung in der Leiharbeit vorgelegt.

I. Maßnahmen im Koalitionsvertrag

Im zwischen CDU, CSU und SPD am 27.11.2013 geschlossenen Koalitionsvertrag findet sich die Absichtserklärung, den Missbrauch von Leiharbeit zu

⁴⁴ So auch Ulber/J. Ulber, § 9, Rn. 162 f.

⁴⁵ ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08, BB 2009, 1477 (1478); krit. zur tariflichen Willensbildung innerhalb der CGZP auch Schüren, NZA 2008, 453 (456); Ulber/J. Ulber, § 9, Rn. 167.

⁴⁶ BAG 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, DB 2013, 1361.

⁴⁷ LAG Hamburg 21.3.2012 – 3 TaBV 7/11, AuR 2011, 271; ArbG Duisburg 22.8.2012 – 4 BV 29/12, AuR 2012, 375; ArbG Bonn 31.10.2012 – 4 BV 90/12, AuR 2012, 501.

⁴⁸ „AMP/CGB Tarifvertrag endet zum 31.3.2013 ohne Nachwirkung“ (4.2.2013), unter http://www.personalorder.de/index.php?load=2,2&art_id=44580 (abgerufen am 16.4.2014).

verhindern⁴⁹ und die Leiharbeit wieder „auf ihre Kernfunktionen hin [zu] orientieren“⁵⁰. Als missbrauchsverhindernde Maßnahmen findet sich unter der Überschrift „Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln“⁵¹ der Vorschlag, die Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate zu begrenzen (jedoch mit Tariföffnungsklausel). Spätestens nach 9 Monaten sollen Leiharbeitnehmer künftig hinsichtlich des Arbeitsentgelts den Stammarbeitskräften gleichgestellt werden.

Es handelt sich hierbei um einen Kompromiss, denn die SPD hatte zunächst darauf gezielt, die maximale Einsatzdauer auf 12 Monate zu begrenzen und *equal pay* bereits vom ersten Einsatztag an zu gewähren⁵², CDU und CSU hatten zunächst keine Gesetzesänderung gewollt⁵³.

Diese im Koalitionsvertrag geplanten Einschnitte im AÜG sind nicht unumstritten.⁵⁴ Im Folgenden sollen die geplanten Reformen jedoch nicht einer umfassenden politischen Bewertung unterzogen werden, sondern lediglich hinsichtlich ihrer Geeignetheit zur Erreichung der von den Koalitionspartnern ins Visier genommenen Ziele (Missbrauchsbekämpfung, Reorientierung der Leiharbeit auf ihre ursprünglichen Kernfunktionen⁵⁵) sowie im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der Leih-RL untersucht werden.

1. Wiedereinführung einer Höchstüberlassungsdauer

Aus dem Koalitionsvertrag ergibt sich nicht, ob die geplante Höchstüberlassungsdauer arbeitsplatzbezogen zu verstehen ist (eine oder mehrere Überlassungen, die auf denselben Arbeitsplatz erfolgen und insg. 18 Monate überschreiten, wären demnach unzulässig) oder aber arbeitnehmerbezogen.

Ungeachtet dessen ist zu fragen, welche Vorgaben die Leiharbeitsrichtlinie macht und ob eine – wie auch immer geartete – Höchstüberlassungsgrenze von 18 Monaten überhaupt zulässig wäre.

⁴⁹ Koalitionsvertrag, S. 9.

⁵⁰ Koalitionsvertrag, S. 69.

⁵¹ Koalitionsvertrag, S. 69.

⁵² SPD Regierungsprogramm 2013-2017, S. 20.

⁵³ CDU/CSU Regierungsprogramm 2013-2017, S. 16.

⁵⁴ Insb. von Arbeitgeberseite hagelte es Kritik, *Bauer*, DB 2014, 60 (61): „Die arbeitsmarktpolitischen Erfolge der Agenda 2010 werden dadurch fahrlässig aufs Spiel gesetzt“; *Schiefer/Pöttering*, DB 2013, 2928 (2932): „Ein ‚modernes Arbeitsrecht‘ stellt man sich wahrlich anders vor“.

⁵⁵ Siehe A.

In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, wie weit die Vorgaben der Richtlinie gehen. Teilweise wird angenommen, der Richtlinie läge ein arbeitsplatzbezogenes Verständnis zugrunde.⁵⁶ Demnach wären anlasslose Überlassungen, die nicht der Abhilfe eines vorübergehenden Bedarfs dienen, nicht gestattet. Andere wollen lediglich ein arbeitnehmerbezogenes Verständnis erkennen.⁵⁷ Demnach sei entscheidend, dass allein die Überlassung zeitlich befristet ist. Auf einen etwaigen vorübergehenden Bedarf komme es nicht an. Wieder ein anderer Teil der Literatur sieht demgegenüber auch die dauerhafte Überlassung eines Arbeitnehmers noch als zulässig an.⁵⁸

Das BAG selbst hat sich zu dieser Fragestellung bisher noch nicht geäußert. Bei der Begründung des Verbots der dauerhaften Überlassung stützte es sich auf das nationale Recht. Mit Blick auf die Leih-RL konstatierte es lediglich, dass ein solches Verbot „jedenfalls“ nach Art. 4 Abs. 1 Leih-RL gerechtfertigt sei.⁵⁹

Demgegenüber hat nun ein finnisches Arbeitsgericht vor kurzem die genau oben aufgeworfene Frage dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.⁶⁰ Erst dann wird wohl endgültig feststehen, welche Vorgaben die Richtlinie tatsächlich macht.

Ungeachtet dessen soll im Folgenden schon einmal ein eigener Auslegungsversuch unternommen werden.

a) Wortlaut der Richtlinie

Die Richtlinie erwähnt in ihrer deutschen Fassung sowohl in Art. 1 Abs. 1 als auch in Art. 3 Abs. 1 lit. b - e mehrfach den Begriff „vorübergehend“. Sucht man Worterläuterungen für den Begriff, so stößt man zwangsläufig auf die Synonyme „zeitweilig“, „begrenzt“ und „nicht von Dauer“.⁶¹ Mithin scheint jedenfalls die dauerhafte Überlassung ausgeschlossen zu sein. Die Formulie-

⁵⁶ LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11, AiB 2013, 130 (131f.); LAG Schleswig-Holstein 8.1.2014 – 3 TaBV 43/13, DB 2014, 489; *Brors*, AuR 2013, 108 (112); *Dürwell*, ZESAR 2011, 449 (454); *J. Ulber*, AuR 2010, 10 (11).

⁵⁷ So LAG Hamburg 4.9.2013 – 5 TaBV 6/13, BeckRS 2013, 75020; *Boemke*, jurisPR-ArbR 27/2012 Anm. 2; *Hamann*, RdA 2011, 326 (327); *Steinmeyer*, DB 2013, 2740 (2742); *Ludwig*, BB 2013, 1276 (1278).

⁵⁸ *Lembke*, DB 2011, 414 (415); *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474 (487ff.); *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 (634).

⁵⁹ BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, DB 2013, 2629 (2630 f.).

⁶⁰ ABl. EU 2013, C 352 vom 28.12.2013, S. 10.

⁶¹ <http://www.duden.de/rechtschreibung/voruebergehend> (aufgerufen am 4.4.2014).

rung, wonach der Arbeitnehmer vorübergehend überlassen wird, deutet zudem auf ein arbeitnehmerbezogenes Verständnis hin.⁶²

b) Historische Auslegung

Der ursprüngliche Richtlinienentwurf vom 20.3.2002⁶³ hatte noch keine zeitliche oder mit Sachgründen versehene Beschränkung vorgesehen. Erst nachträglich wurde „zur Präzisierung der Begriffsbestimmung der Überlassung“ der Begriff „temporarily“ eingeführt.⁶⁴ Dieser wurde im Verlauf des weiteren Verfahrens zunächst mit „zeitweilig“, dann mit „befristet“ und schlussendlich mit „vorübergehend“ übersetzt.⁶⁵

Die Entwicklungsgeschichte deutet somit wie schon der Wortlaut auf den Ausschluss des Dauerverleihs hin.

c) Vergleich mit anderen europäischen Vorschriften

Hilfreich kann schließlich auch ein Blick in andere Legislativwerke des europäischen Gesetzgebers sein.

So schreibt Art. 8 Abs. 2 Satz 2 der Rom-I-Verordnung vor: „Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit *vorübergehend* in einem anderen Staat verrichtet.“ Im 36. Erwägungsgrund zur Rom-I-VO wird dazu näher erläutert: „Bezogen auf Individualarbeitsverträge sollte die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als *vorübergehend* gelten, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt.“

In Art. 16 Abs. 3 von Richtlinie 2004/38/EG über das Recht auf Daueraufenthalt findet sich: „Die Kontinuität des Aufenthalts wird weder durch vorübergehende Abwesenheiten von bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr, noch durch längere Abwesenheiten wegen [...] berührt.“

In den Begriffsbestimmungen der Richtlinie 96/71/EG („Entsende-RL“) wird in Art. 2 Abs. 1 als entsandter Arbeitnehmer „jeder Arbeitnehmer“ bezeichnet,

⁶² So aber *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632; zu Recht abl. *Zimmer*, AuR 2012, 422 (423).

⁶³ Richtlinienentwurf vom 20.3.2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM (2002) 149 endg. – 2002/0072 (COD).

⁶⁴ Geänderter Richtlinienentwurf vom 28.11.2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM (2002) 701 endg. – 2002/0072 (COD), S. 2.

⁶⁵ Zur Gesetzgebungsgeschichte ausführlich *Hamann*, EuZA 2009, 287 (311).

„der während eines *begrenzten Zeitraums* seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet“. In den Erwägungsgründen Nr. 8, 10 und 12 der Entsende-RL wird dieser „begrenzte Zeitraum“ als „vorübergehend“ bezeichnet.

Zusammenfassend lässt sich somit konstatieren, dass jedes Mal, wenn der europäische Gesetzgeber den Begriff „vorübergehend“ verwendet hat, er einen begrenzten Zeitraum bezeichnen wollte, ohne aber eine feste zeitliche Grenze zu bestimmen. Die Bestimmung, was noch als vorübergehend bezeichnet werden kann und was nicht, richtet sich vielmehr nach dem Zweck der jeweiligen Regelung.⁶⁶

d) Teleologische Auslegung

Teilweise wird eingewandt, dass der Dauerverleih gar nicht von der Leih-RL erfasst wäre, da sich diese nur auf den „vorübergehenden“ Verleih beziehen würde (weil dieses Ergebnis aber wiederum „widersinnig“ wäre, solle die Leih-RL auf den dauerhaften Verleih entsprechend angewendet werden).⁶⁷ Diese Ansicht überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

Aus Art. 6 Abs. 1 Leih-RL (= Pflicht des Entleihers zur Unterrichtung über offene Stellen) sowie Art. 6 Abs. 2 u. 3 Leih-RL (= Verbot von Barrieren, die einen Wechsel in ein festes Arbeitsverhältnis zum Entleiher erschweren) ergibt sich das legislatorische Ziel, den Zugang von Leiharbeitnehmern zu einem – möglichst unbefristeten – Arbeitsplatz beim Entleiher zu fördern.⁶⁸ Die Zulässigkeit von dauerhaften Überlassungen liefe dieser Zielbestimmung hingegen zuwider, da das Entleihunternehmen keinen Anreiz hätte, den entliehenen Leiharbeitnehmer zu übernehmen.⁶⁹

Daneben spricht auch noch Art. 5 Abs. 5 Leih-RL gegen die Zulässigkeit des Dauerverleihs: Art. 5 Abs. 5 Leih-RL geht notwendigerweise von befristeten (da „aufeinander folgenden“) Überlassungen aus. Wäre der Dauerverleih zulässig, so gäbe es bereits nichts, was umgangen werden könnte.⁷⁰

⁶⁶ Ausführlich *Brors*, AuR 2013, 108 (110 ff.).

⁶⁷ *Lembke*, DB 2011, 414, (415); *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474 (487); *Steinmeyer*, DB 2013, 2740 (2741); *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 (633 f.).

⁶⁸ *Hamann*, RdA 2011, 321 (325).

⁶⁹ *Hamann*, RdA 2011, 321 (325).

⁷⁰ *Brors*, AuR 2013, 108 (112); *Hamann*, RdA 2011, 321 (325).

Nicht zuletzt ist auch nicht erkennbar, welche Existenzberechtigung der Dauerleihverleih überhaupt hätte. Die Intention des europäischen Gesetzgebers kann es nicht gewesen sein, eine Spaltung der Betriebe in Leiharbeitnehmer und Stammbesellschaft zu fördern.⁷¹

I.E. ist daher festzustellen, dass dauerhafte Überlassungen von der Richtlinie ausgeschlossen werden.⁷² Dies korrespondiert auch mit den Erkenntnissen aus der grammatischen, vergleichenden und historischen Auslegung.

Gleichwohl ist dadurch noch nicht gesagt, ob „vorübergehend“ i.S.d. Richtlinie arbeitsplatzbezogen oder arbeitnehmerbezogen zu verstehen ist.

Art. 5 Abs. 5 Leih-RL verpflichtet die Mitgliedsstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um „insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern“. Daraus könnte abgeleitet werden, dass der Richtlinie ein arbeitnehmerbezogenes Verständnis zugrunde liegt, denn die aufeinanderfolgende Überlassung eines Leiharbeitnehmers wäre geeignet, das Verbot der dauerhaften Überlassung zu unterlaufen. Die Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes durch wechselnde Leiharbeitnehmer wäre nach diesem Verständnis aber weiterhin möglich.⁷³

Freilich könnte man jedoch auch darunter verstehen, dass die Deckung eines *dauerhaften Bedarfs* durch aufeinanderfolgende Überlassungen zu unterbinden sei, die Richtlinie demnach arbeitsplatzbezogen zu verstehen wäre.⁷⁴

Brors vertritt letztere Ansicht⁷⁵ und beruft sich hierbei auf die Begründung des ersten Kommissionsentwurfs vom 20.3.2002, wonach ein „steigende[r] Bedarf nach Flexibilität“ bestehe, da „Aufträge rascher und stärker fluktuieren“ würden; Leiharbeit könne wiederum dazu dienen, „einen Mangel an ständigem Personal oder einen vorübergehenden Anstieg des Arbeitsanfalls auszugleichen“⁷⁶. Daraus und aus Erwägungsgrund 11 wird hergeleitet, dass für den Einsatz eines Leiharbeiters ein besonderes Flexibilitätsinteresse erfor-

⁷¹ *Blanke*, DGB-Rechtsgutachten, S. 103; *Hamann*, RdA 2011, 321 (325).

⁷² BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, DB 2013, 2629 (2632); *Blanke*, DGB-Rechtsgutachten, S. 118; *Hamann*, RdA 2011, 321 (324 ff.); *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1 (3); *Zimmer*, AuR 2012, 422 (423).

⁷³ So *Steinmeyer*, DB 2013, 2740 (2742).

⁷⁴ So *Düwell*, jurisPR-ArbR 49/2013 Anm. 1; *Ulber/J. Ulber*, § 1, Rn. 230v ff.

⁷⁵ *Brors*, AuR 2013, 108 ff.

⁷⁶ ABl. EU 2002 Nr. C 203 E.

derlich sei. Anderenfalls würden Leiharbeitnehmer ohne aner kennenswerten Grund nur zu Kostensenkungszwecken ungleich behandelt.⁷⁷

Brors geht hier jedoch von einer falschen Prämisse aus: Nicht daraus, dass der Einsatz eines Leiharbeitnehmers nicht bedarfsbedingt erfolgt, resultiert die Ungleichbehandlung der Leiharbeitnehmer, sondern vielmehr aus den von den Mitgliedstaaten zugelassenen Ausnahmen nach Art. 5 Abs. 2-4 Leih-RL. Denn grundsätzlich gilt das *Equal-Pay/Treatment*-Gebot des Art. 5 Abs. 1 Leih-RL. Wenn also ein Leiharbeitnehmer *equal pay* erhält, kann nicht aus Gründen des Schutzes der Leiharbeitnehmer ein solch arbeitsplatzbezogenes Verständnis hergeleitet werden. Im Gegenteil wird es dann sogar regelmäßig im Interesse des Leiharbeitnehmers sein, möglichst lange an einem Arbeitsplatz zu verbleiben.

Aus der Richtlinie ein arbeitsplatzbezogenes Verständnis herzuleiten, geht daher fehl.

e) Zulässigkeit einer Einschränkung

Nichtsdestoweniger stellt sich die Frage, ob die Einschränkung auf eine arbeitsplatzbezogene, d.h. von dem Vorliegen eines vorübergehenden Bedarfs abhängige Sichtweise durch nationales Recht zulässig wäre. Die einzige Rechtfertigung die sich für eine solche Sichtweise finden könnte, wäre der Schutz der Stammebelegschaft vor Substitution.⁷⁸

Das BAG geht in seiner Entscheidungsbegründung vom 10.7.2013 offensichtlich davon aus, dass dies ein rechtfertigender Grund i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Leih-RL ist.⁷⁹ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, auch wenn sich dieser Grund nicht explizit in Art. 4 Abs. II Leih-RL findet:

Zwar gibt Art. 2 Leih-RL die Parole aus, dass Verleihunternehmen als Arbeitgeber „anerkannt“ werden sollen. Gleichwohl ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1-3 Leih-RL, dass der Übergang zu einem „regulären“ Arbeitsverhältnis besonders förderungswürdig ist, es im Umkehrschluss also gerade nicht im Sinne des europäischen Gesetzgebers ist, durch die Leih-RL den Abbau von „Normalarbeitsverhältnissen“ und eine Spaltung in Leih- und Stammebelegschaft zu

⁷⁷ Brors, AuR 2013, 108 (112).

⁷⁸ Darauf stützen sich u.a. LAG Schleswig-Holstein 8.1.2014 – 3 TaBV 43/13, DB 2014, 489 f.; Düwell, jurisPR-ArbR 49/2013 Anm. 1; Hamann, jurisPR-ArbR 39/2013 Anm. 2; Kranich/Simon, BB 2012, 1414 (1417).

⁷⁹ BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, DB 2013, 2629 (2630 f.).

fördern.⁸⁰ Vermehrt ist in der vergangenen Zeit auch über die negativen sozialen Phänomene berichtet worden, die ein solches dauerhaftes Nebeneinander (oder besser: Konkurrenz) in den Einsatzbetrieben mit sich führt.⁸¹ Die Steigerung der Qualität der Arbeit und Arbeitsplatzsicherheit ist ein sozialer Belang und somit als ein im Allgemeininteresse liegender Grund anzuerkennen.

Die Einführung einer Höchstüberlassungsgrenze oder die Beschränkung auf Einsätze des nur vorübergehenden Bedarfs zur Verhinderung einer Spaltung der Betriebe ist somit m.E. vor Art. 4 Abs. 1 Leih-RL gerechtfertigt. Es sollte nicht zuletzt auch betont werden, dass die von Großbritannien vorgeschlagene Formulierung, wonach Einschränkungen der Leiharbeit nur aus „*zwingenden* Gründen des Allgemeininteresses“ zulässig sein sollten⁸², nicht übernommen wurde⁸³, auch da wohl Staaten wie Frankreich, in deren Recht explizit das Verbot der Substitution von Stammbesellschaften durch Leiharbeiter festgeschrieben ist⁸⁴, nicht von diesem Standpunkt abweichen wollten.

Die von der Koalition geplante Höchstüberlassungsgrenze, sei sie arbeitnehmerbezogen oder aber arbeitsplatzbezogen, ist somit vor Art. 4 Abs. 1 Leih-RL gerechtfertigt, nicht zuletzt auch, da für Fälle, in denen der vorübergehende Bedarf 18 Monate übersteigen sollte, die Möglichkeit durch Abweichung durch oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung besteht, um den unterschiedlichen Ansprüchen nach Flexibilität Rechnung tragen zu können. Dies ist nach der Rechtsprechung des BVerfG auch keine Verletzung des negativen Rechts des Arbeitgebers auf Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, da es ihm unbenommen bleibt, eigene Koalitionen zu bilden oder Haustarifverträge abzuschließen.⁸⁵

Welche Sanktionen für den Fall des Überschreitens der 18-Monatsgrenze drohen, ist wiederum noch offen. Die von der SPD gewünschte Formulierung, wonach im Falle einer nicht nur vorübergehenden Überlassung ein Arbeits-

⁸⁰ So auch *Düwell*, ZESAR 2011, 449 (454); *Hamann*, RdA 2011, 321 (326).

⁸¹ *Holst*, WSI Mitteilungen 3/2009, 143 ff.

⁸² Vgl. geänderter Richtlinienentwurf vom 29.11.2007 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern KOM (2002) 701 endg. – 2002/0072 (COD), S. 7.

⁸³ Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „aus Gründen des Allgemeininteresses“ in anderen Rechtsvorschriften wird vom EuGH gleichfalls großzügig gehandhabt, *Rieble/Vielmeyer*, EuZA 2011, 474 (491 f.) m.w.N.

⁸⁴ Zum frz. System *Blanke*, DB 2010, 1528 (1530).

⁸⁵ BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, DB 2005, 110 (112).

verhältnis zum Entleiher fingiert werden sollte⁸⁶, wurde in der finalen Fassung des Koalitionsvertrages wieder gestrichen.⁸⁷

2. Equal Pay nach 9 Monaten

Künftig sollen Leiharbeitnehmer nach 9 Einsatzmonaten einen Anspruch auf equal pay erhalten. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da nach 9 Monaten i.d.R. kein Grund mehr bestehen dürfte, Leiharbeitnehmer für die gleiche Arbeit geringer zu entlohnen als vergleichbare Stammarbeitskräfte. Auch fällt das Risiko zwischenzeitlicher Nichteinsatzzeiten im Vergleich zur Einsatzzeit nicht mehr allzu schwer ins Gewicht.⁸⁸

Soweit die Höchstüberlassungsgrenze von 18 Monaten nicht arbeitsplatzbezogen ist und die Koalition auch keine anderen Maßnahmen gegen aufeinanderfolgende Überlassungen auf denselben Arbeitsplatz plant, ist jedoch zu befürchten, dass die Entleihbetriebe auch künftig Dauerarbeitsplätze mit kostengünstigeren Leiharbeitnehmern besetzen werden, indem die Leiharbeitnehmer einfach alle neun Monate „ausgewechselt“ werden.⁸⁹ Dies dürfte zumindest dort attraktiv sein, wo die Einarbeitungszeiten gering sind, also insbesondere im Helferbereich. Anzumerken ist zudem, dass schon heute ca. 50 % aller Leiharbeitseinsätze weniger als drei Monate dauern⁹⁰, und noch deutlich weniger dürften die 9 Monate überschreiten. Die Reichweite der 9-Monats-Regelung dürfte somit relativ gering sein.⁹¹

3. Fazit

Die Wiedereinführung einer Höchstüberlassungsdauer ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist noch offen, wie genau sie gestaltet sein wird, sodass noch nicht abgeschätzt werden kann, wie wirksam sie den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen verhindern wird. Die Höchstüberlassungsdauer, wie immer sie auch geartet sein mag, dürfte jedenfalls richtlinienkonform sein. Die Reichweite der im Koalitionsvertrag geplanten *Equal-Pay*-Regelung dürfte wiederum eher gering sein. Kurzum: Die Pläne der Großen

⁸⁶ Siehe auch Gesetzesantrag der SPD-Bundestagsfraktion v. 19.2.2013 (BT-Drucks. 17/12378, S. 6); ferner die Bundesratsinitiative der rot-grünen Bundesländer v. 11.9.2013 (BT-Drucks. 687/13, S. 1).

⁸⁷ Zimmermann, ArbRAktuell 2013, 613 (614).

⁸⁸ Brors/Schüren, Gutachten MAIS NRW 2014, S. 8.

⁸⁹ Sog. Befristungskarussell, Düwell, jurisPR-ArbR 49/2013 Anm. 1.

⁹⁰ BT-Drucks. 18/673, S. 30 f.

⁹¹ Ebenso dieser Ansicht Zimmermann, ArbRAktuell 2013, 613 (614).

Koalition dürften die schlimmsten Auswüchse der Liberalisierung durch die Hartz-Reform wieder rückgängig machen. Allzu weit gehen die Pläne im Koalitionsvertrag jedoch nicht, sodass die im Vertrag gesetzten Ziele nicht gänzlich erreicht werden.

II. Die Vorschläge von SPD, Grünen und Linkspartei im Überblick⁹²

SPD, Grüne und Linke haben gemeinsam, dass sie *equal pay* vom ersten Einsatztag an fordern. Dies würde nicht nur erheblichen Verwaltungsaufwand wegen etwaiger Ausnahmeregelungen ersparen, sondern auch einer Substitution der Stammebelegschaften entgegenwirken, da es dann kein Kostensenkungspotential im Einsatz von Leiharbeit mehr gäbe.

Linkspartei und Grüne fordern darüber hinaus nach französischem Vorbild die Einführung einer sog. „Flexibilitätszulage“ (bzw. „Prekaritätsprämie“) von 10 % des Bruttolohns, mit der der hohen Flexibilität der Leiharbeitnehmer Rechnung getragen werden soll. Eine solche Maßnahme wäre eine sog. günstigere Rechtsvorschrift i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Leih-RL.

SPD und Linke fordern zudem gemeinsam die Wiederbelebung des Synchronisationsverbots sowie das Verbot von Befristungen bei Leiharbeitsverhältnissen. Damit würde wieder das deutsche Leiharbeitsmodell gestärkt und das arbeitgebertypische Risiko der Nichtbeschäftigung wieder in Richtung Verleiher verschoben werden.⁹³

Die von der Linkspartei geforderte Begrenzung von Überlassungen auf 3 Monate ist demgegenüber wohl richtlinienwidrig. Eine derart kurze Frist ginge über das zum Schutz der Stammebelegschaft vor Substitution erforderliche Maß deutlich hinaus und würde mit den Zielen der Richtlinie nach mehr Flexibilität kollidieren. Die Maßnahme scheint vielmehr auf die Bekämpfung der Leiharbeit als solche gerichtet zu sein⁹⁴, was jedoch zweifelsfrei richtlinienwidrig wäre.

⁹² Im Folgenden wird Bezug genommen auf die Programme der drei Parteien im Bundestagswahlkampf 2013: SPD Regierungsprogramm 2013 – 2017, S. 20; Bundestagswahlprogramm 2013 von Bündnis 90/Die Grünen, S. 91; Wahlprogramm 2013 der Partei Die Linke, S. 12 f.

⁹³ Zum Vergleich von fiz. und dt. Leiharbeitsmodell s. *Blanke*, DB 2010, 1528 (1532).

⁹⁴ So auch das erklärte langfristige Ziel der Linkspartei, BT-Drucks. 17/8794.