

Prof. Franz Josef Düwell, Vors.Ri. am BAG, Erfurt / Holger Dahl, Frankfurt/M.

Verhinderung des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung und Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie

► DB0361955

I. Einleitung

Im Januar 2010 geriet die Drogeriemarktkette Schlecker in den öffentlichen Fokus. Die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di warf ihr eine Doppelstrategie zur Personalkostenreduzierung vor: Kleinere Märkte (Inhaber: AS Schlecker) wurden geschlossen und deren Arbeitnehmer entlassen. Die gleichen Personen sollen dann als Leiharbeiter vom Verleiher Meniar („Menschen in Arbeit“) an die neu eröffneten größeren Märkte (Inhaber: Schlecker XL GmbH) überlassen worden sein¹. Meniar soll die Betroffenen zu erheblich niedrigeren Gehältern unter Anwendung der günstigen Tarifverträge der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) eingestellt haben. Laut ver.di hat Meniar so rund 4.300 Beschäftigte an Schlecker XL überlassen.

Die öffentliche Empörung über diese „setz frei und hol zurück“ Masche² erreichte auch die neue Bundesministerin für Arbeit und Soziales. Sie kündigte an, diese Praxis zu überprüfen und Maßnahmen einzuleiten. Schlecker hat sich daraufhin öffentlich von Meniar distanziert und im Juni 2010 mit ver.di Tarifverträge abgeschlossen, die auch für die Schlecker XL GmbH gelten. Ein Beschäftigungssicherungstarifvertrag sieht vor, dass freiwerdende Stellen in den XL-Märkten vorrangig mit Beschäftigten der AS-Märkte besetzt werden. Das hat der Bundesministerin für Arbeit und Soziales nicht genügt. Sie hat am 4. 6. 2010 den Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und des AEntG vorgelegt. Mit diesem Gesetz will sie vor allem den „missbräuchlichen Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung“ ausschließen. Daneben sollen die Vorgaben der Europäischen Leiharbeitsrichtlinie vom 19. 11. 2008³, die am 5. 12. 2008 in Kraft getreten ist, umgesetzt werden. Schließlich soll durch eine Lohnuntergrenze die Möglichkeit für Verleiher begrenzt werden, durch die Anwendung oder einzelvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrags ohne eine untere Grenze vom Schlechterstellungsverbot in § 9 Nr. 2 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG abzuweichen.

II. Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung

1. Tarifsituation

Die Diskussion über dem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung ist eng mit der Tarifsituation, insbes. der Konkurrenz zwischen DGB- und CGB-Gewerkschaften, sowie der geringen Verbreitung aller Gewerkschaften in den Betrieben der Verleiher verbunden. Nach Inkrafttreten der Hartz-Reform im Jahr 2004⁴ verständigten sich zuerst die Gewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbunds (Tarifgemeinschaft CGZP) mit dem Arbeitgeberverband AMP⁵ auf einen Tarifvertrag, der vom Schlechterstellungsverbot in § 9 Nr. 2 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG abweicht. Die DGB-Gewerkschaften kamen in Zugzwang, ebenfalls Tarifverträge mit ihren Verhandlungspartnern iGZ⁶ und BZA⁷ abzuschließen, die weitgehend unter dem Niveau ihrer Tarifverträge in ihren „eigenen“ Branchen lagen. Denn sie wollten die Arbeitnehmerüberlassung nicht der CGZP

überlassen, hatten aber ob ihrer geringen Verbreitung in den Betrieben der Verleiher nicht die Verhandlungsmacht, höhere Abschlüsse durchzusetzen. Die DGB-Gewerkschaften versuchen seither vor allem durch politischen und öffentlichen Druck die uneingeschränkte Geltung des Schlechterstellungsverbots durchzusetzen. Erreicht haben sie, dass die zuvor als „Billigtarife“⁸ bezeichneten Flächentarifverträge zwischen dem AMP und der CGZP im Rahmen des Tarifrunde 2010 deutlich bessere Vergütungen vorsehen und nur noch knapp unter den neuen Abschlüssen der DGB-Gewerkschaften mit dem iGZ und BZA liegen. Insgesamt hat sich die Vergütung der Leiharbeiter damit deutlich erhöht, soweit nicht durch Haustarifverträge der CGZP das Niveau der Flächentarifverträge abgesenkt wird⁹.

Das ArbG Berlin hat auf Antrag des Landes Berlin festgestellt, dass die CGZP nicht tariffähig ist¹⁰. Ihr fehle es an der erforderlichen Sozialmächtigkeit i. S. der Rechtsprechung des BAG. Das LAG Berlin-Brandenburg hat die Entscheidung zwar bestätigt¹¹, es hat sie aber auf eine andere Begründung gestützt. Der CGZP fehle es als Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG an einer ausreichenden satzungsrechtlichen Grundlage für ihre Tariffähigkeit. Denn die CGZP schließe Tarifverträge unabhängig davon ab, in welche Wirtschaftszweige und welche Berufe Leiharbeiter entleihen werden. Damit gehe die CGZP über die Aufgabenbereiche hinaus, die in den Satzungen der einzelnen Mitgliedsverbände festgelegt seien. Sollte sich der Erste Senat des BAG im Rechtsbeschwerdeverfahren¹² dieser Auffassung anschließen, wird dies die Konkurrenzsituation zwischen den DGB- und CGB-Gewerkschaften in der Arbeitnehmerüberlassung nicht beseitigen. Denn sie betrifft nur die Tariffähigkeit des CGZP als Spitzenorganisation und nicht die ihrer Mitgliedsgewerkschaften. Es bedürfte dann nur einer entsprechenden Korrektur der Satzung der Spitzenorganisation oder neuer Tarifabschlüsse durch die Mitgliedsgewerkschaften. Bereits in der Tarifrunde 2010 hat der Arbeitgeberverband AMP seine Lehre gezogen und vorsorglich mit den Einzelgewerkschaften des CGB als eigenständigen Tarifvertragsparteien Tarifverträge abgeschlossen.

Prof. Franz Josef Düwell ist Vorsitzender Richter am BAG (9. Senat), Erfurt und **Holger Dahl** ist Partner der roland lukas Konfliktlösungen, Frankfurt/M.

1 Vgl. Böhm, DB 2010 S. 672.

2 Vgl. Böhm, DB 2010 S. 1351.

3 ABIEU L 327/9, RL 2008/104/EG.

4 Erstes Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002, BGBl. I S. 4607.

5 Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V.

6 Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.

7 Bundesverband Zeitarbeit/Personal-Dienstleistungen e.V.

8 Schüren, NZA 2007 S. 1213.

9 Vgl. Schüren, ArbuR 2008 S. 239, Düwell/Dahl, DB 2009 S. 1070.

10 ArbG Berlin vom 1. 4. 2009 – 35 BV 17008/08, DB 2009 S. 1079.

11 LAG Berlin-Brandenburg vom 7. 12. 2009 – 23 Ta BV 1016/09, DB 2010 S. 1020; vgl. Rolfs/Witschen, DB 2010 S. 1180.

12 Beim BAG anhängig unter 1 ABR 19/10.

2. Konzernpersonalgesellschaften

Schon vor der Hartz-Reform haben Konzerne über eigene Personalgesellschaften begonnen, Arbeitnehmerüberlassung und Personalvermittlung zu betreiben¹³. Nach der Rechtsprechung der Mehrheit der Instanzgerichte werden dabei Gestaltungsspielräume des AÜG genutzt, auch wenn dies unter Nutzung der „günstigeren“ Tarifverträge der Arbeitnehmerüberlassung erfolgt¹⁴. Diese Ansicht wird von einigen Gerichten und vom Schrifttum insbes. für die Variante kritisiert, in der eine konzernabhängige Personaldienstleistungsgesellschaft ausschließlich den Personalbedarf der (tarifgebundenen) Obergesellschaft deckt¹⁵. Eine derartige konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung diene nur dem Zweck der Umgehung der eigenen höheren Branchentarifverträge. Gleich ob Scheingeschäft, Umgehung oder Strohmänn-Konstruktion angenommen wird, diese Form der Überlassung sei rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig¹⁶. Zwar hat schon 2005 der damalige Vorsitzende des für das Recht der Arbeitnehmerüberlassung zuständigen Siebten Senats des BAG in einem Ausblick festgestellt, dass die Rechtsprechung sich diesen neuen, durch die Liberalisierung der Arbeitnehmerüberlassung entstandenen Problemen stellen müsse¹⁷, das BAG hat jedoch bisher dazu noch keinen Anlass gesehen. Vielmehr hat es in einem obiter dictum das Vorbringen des Betriebsrats, es handle sich bei einer konzerninternen Überlassung um eine „Strohmänn-Konstruktion“, als unerheblich bezeichnet. Aus einer derartigen Konstruktion folge nämlich weder ein Beschäftigungsverbot noch eine Zustimmungsverweigerung i. S. von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG¹⁸. Das wird im Schrifttum kritisiert¹⁹. Die Bundesregierung hat zwar bereits im 10. Bericht über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG warnend darauf hingewiesen, dass Tendenzen erkennbar sind, Stammpersonal durch Leiharbeiter zu ersetzen, um sie zu günstigeren Tarifbedingungen beschäftigen zu können²⁰. Allerdings wurde wegen des nach wie vor geringen Anteils der überlassenen Leiharbeiter an den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten von rund 2,3% (Stand 30. 6. 2006) und wegen der weiterhin kurzen durchschnittlichen Beschäftigungsdauer von rund drei Monaten keine akute Aufgabe für die Gesetzgebung angenommen²¹. Unter dem Druck der öffentlichen Meinung nach der erfolgreichen Kampagne der DGB-Gewerkschaften gegen Schlecker, reagierten stattdessen die Tarifvertragsparteien. In ihren Neuabschlüssen haben sie eine Geltungsbereichsausnahme für die Umgehung von im Entleiherbetrieb bestehenden Entgelttarifverträgen durch konzerninterne Überlassung aufgenommen²². Trotzdem ist das Problem damit nicht gelöst. Richtigerweise muss auch der persönliche Geltungsbereich der Tarifverträge für alle Rücküberlassungen eingeschränkt werden²³.

3. Befristungskarusell

In seiner Entscheidung vom 18. 10. 2006 hat der Siebte Senat des BAG festgestellt, dass eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG vereinbart werden kann, wenn der Arbeitnehmer eines Entleihers unter Beibehaltung seines Arbeitsplatzes als Leiharbeiter zu einem Verleiher wechselt²⁴. Selbst wenn der Wechsel nach Ausnutzen des maximal zulässigen Zeitraums der sachgrundlosen Befristung von zwei Jahren erfolge, ergebe sich allein daraus kein nach § 242 BGB rechtsmissbräuchliches Verhalten, soweit der Leiharbeiter auch vom Verleiher nur zwei weitere Jahre befristet beschäftigt werde. Denn die Beschäftigungsdauer von insgesamt max. vier Jahren halte sich noch innerhalb des Rahmens, den der Gesetzgeber in anderen Fällen (§ 14 Abs. 2a TzBfG) für sachgrundlose Befristungen ausdrücklich zugelassen hat. Ebenso wie zuvor das LAG Niedersachsen²⁵ und später das LAG Kiel²⁶ sah das BAG in

einer solchen Konstruktion eine zulässige Nutzung der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Das ArbG Köln hat dem BAG in seiner Entscheidung vom 24. 9. 2009 widersprochen²⁷. Wenn der Gesetzgeber eine sachgrundlose Befristung grundsätzlich, von bestimmten, klar definierten Ausnahmefällen abgesehen, nur bis zu einem zeitlichen Volumen von zwei Jahren zulasse, so sei eine Verdoppelung dieses Zeitrahmens dogmatisch nicht nachvollziehbar²⁸. Das ArbG Köln hat damit den Finger in die Wunde gelegt. Denn selbstverständlich nutzen seit dem 18. 10. 2006 viele Arbeitgeber die Möglichkeit, § 16 TzBfG durch die „Übertragung“ des Arbeitsverhältnisses auf einen Verleiher auszuhebeln. Der Siebte Senat muss sich fragen lassen, welchen anderen Grund es haben könnte, wenn ein Arbeitsverhältnis just einen Tag nach Auslaufen der maximalen Befristungsdauer von einem Verleiher unter „Rückverleih“ auf demselben Arbeitsplatz fortgesetzt wird.

4. Sonderfall Umstrukturierung im Fall Schlecker

Im Fall Schlecker gibt es keinen Anhalt dafür, dass Meniar eine Konzernpersonalgesellschaft war. Die Arbeitsverhältnisse wurden auch nicht zur Umgehung des § 16 TzBfG auf Meniar übertragen. Vielmehr ging es um eine Umstrukturierung von kleineren auf neue, größere Märkte, die von einer anderen juristischen Person im Schlecker-Konzern eröffnet wurden. Die Mitarbeiter von AS Schlecker erhielten keine Übernahmeangebote durch eine Konzerngesellschaft, sondern sollten über den Verleiher Meniar unter Anwendung der Tarifverträge der Arbeitnehmerüberlassung überlassen werden. Diese konkrete Fallkonstellation hat das BAG noch nicht beurteilt. Allerdings ergeben sich aus der bisherigen Rechtsprechung Grenzen. Austauschkündigungen mit dem Ziel, einen Tätigkeitsbereich auf Arbeitnehmerüberlassung umzustellen, sind nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt²⁹. Ferner geht das BAG von einem Betriebsübergang aus, wenn ein Unternehmen eine Servicegesellschaft gründet, diese z. B. alle Reinigungskräfte des Unternehmens übernimmt, sie im Wege der Arbeitnehmerüberlassung an das Unternehmen zurückverleiht und sie dort die gleichen Tätigkeiten verrichten wie bisher. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ausschließlicher Gegenstand der Servicegesellschaft die Stellung von Personal an das Unternehmen ist³⁰.

13 Vgl. BAG vom 25. 1. 2005 – 1 ABR 61/03, DB 2005 S. 1693 = EZA § 99 BetrVG 2001 Nr. 7 und vom 20. 4. 2005 – 7 ABR 20/04, DB 2005 S. 1855.

14 Vgl. LAG Niedersachsen vom 28. 2. 2006 – 13 Ta BV 56/05, AuA 2006, jurisPR-ArbR 48/2006 Anm. 3, *Boemke*; vom 28. 2. 2008 – 12 Ta BV 142/07, jurisPR-ArbR 30/2008 Anm. 4, *Hamann*; vom 20. 2. 2007 – 9 Ta BV 107/05, jurisPR-ArbR 39/2007 Anm. 3, *Hamann*; LAG Düsseldorf vom 30. 10. 2008 – 15 Ta BV 114/08, jurisPR-ArbR 14/2009, Anm. 3, *Hamann*.

15 *Dahl*, jurisPR-ArbR 22/2009 Anm. 5 sowie *Hamann*, jurisPR-ArbR 30/2008 Anm. 4.

16 LAG Kiel vom 18. 6. 2008 – 3 Ta BV 12/08; vom 3. 7. 2008 – 4 Ta BV 9/08; *Däubler*, AiB 2008 S. 524; *Schüren*, BB 2007 S. 2346; *Brors/Schüren*, BB 2004 S. 2745 zu *Melms/Lipinski*, BB 2004 S. 2409.

17 *Dörner*, in: FS Wissmann, 2005, S. 286.

18 BAG vom 21. 7. 2009 – 1 ABR 35/08, DB 2009 S. 2157.

19 *Hamann*, jurisPR-ArbR 44/2009 Anm. 3.

20 BT-Drucks. 15/6008.

21 Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, BT Drucks. 16/6221.

22 Statt aller: § 1.2 MTV BZA und DGB Tarifgemeinschaft.

23 Vgl. *Böhm*, DB 2010 S. 1351.

24 BAG vom 18. 10. 2006 – 7 AZR 145/06, DB 2007 S. 1471 = jurisPR-ArbR 15/2007 Anm. 4, *Hamann*.

25 LAG Niedersachsen vom 29. 1. 2003 – 10 Sha 18/02, NZA-RR 2003 S. 624.

26 LAG Kiel vom 20. 1. 2009 – 5 Ta BV 33/08.

27 ArbG Köln vom 24. 9. 2009 – 17 BV 70/09, AiB 2010 S. 202 m. Anm. *Biermann*, AiB 2010 S. 204 mit Anm. *Dahl*, jurisPR-ArbR 30/2010, Anm. 5.

28 ArbG Köln vom 24. 9. 2009, a.a.O. (Fn. 27).

29 BAG vom 26. 9. 1996 – 2 AZR 200/96, DB 1997 S. 178 = EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 80.

30 BAG vom 21. 5. 2008 – 8 AZR 481/07, DB 2009 S. 291; vgl. speziell zu Schlecker ArbG Marburg vom 23. 4. 2010 – 2 Ga 1/10.

5. Diskussionsentwurf des BMAS

Die beabsichtigte gesetzliche Neuregelung soll unter dem Druck der öffentlichen Meinung in Sachen Schlecker das Schlechterstellungsverbot stärken. Von diesem in § 9 Nr. 2 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG geregelten Verbot soll durch Tarifvertrag künftig nicht mehr abgewichen werden können, wenn der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher mit diesem oder einem mit diesem einen Konzern bildenden Arbeitgeber in einem Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis gestanden hat. Die Einschränkung der Tariföffnungsklausel gilt auch für das Befristungskarussell. Nach der Rechtsprechung des Siebten Senats ist die Umgehung des § 16 TzBfG damit zwar nach wie vor möglich. Allerdings muss der Verleiher bei einem Rückverleih innerhalb von sechs Monaten zumindest die wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleihers gewähren. Nicht erfasst wird durch diese Neuregelung der von Teilen der Literatur als Missbrauch kritisierte Verleih über reine Konzernpersonalgesellschaften.

Mit seinem Entwurf ist das BMAS weder dem Vorschlag der Bundesagentur für Arbeit gefolgt, einen eigenständigen Ordnungswidrigkeitstatbestand aufzunehmen, noch hat es die weitergehende Empfehlung des Gutachtens für den 68. Deutschen Juristentag³¹ aufgenommen. Danach soll das Unterlaufen des Schlechterstellungsverbots verhindert werden, indem die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf verschlechterte Tarifverträge ersatzlos gestrichen wird.

III. Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie

1. Europäische Richtlinie zur Arbeitnehmerüberlassung

Das Europäische Parlament und der Europäische Rat haben sich nach jahrzehntelangen Diskussionen im Dezember 2008 auf eine RL zur Leiharbeit verständigt³², die nach Art. 11 der RL bis spätestens 5. 12. 2011 in nationales Recht umgesetzt werden muss. Ziel der Leiharbeitsrichtlinie ist gem. Art. 2 der Schutz der Leiharbeitnehmer und die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit. Dazu sollen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer für die Dauer der Überlassung mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von dem Entleiher unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären (Art. 5 Abs. 1 der RL). Gemäß Art. 5 Abs. 2 können die Mitgliedstaaten vom Schlechterstellungsverbot in Bezug auf das Arbeitsentgelt nach Anhörung der Sozialpartner abweichen, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden. Ferner können die Mitgliedstaaten gem. Art. 5 Abs. 3 nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder abzuschließen, die Regelungen zu Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthalten können, welche unter Achtung des Gesamtschutzes vom Grundsatz des Schlechterstellungsverbots abweichen.

Nach Art. 4 Abs. 1 sind Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarkts zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhindern. Die Mitgliedstaaten haben gem. Art. 4 Abs. 2 bis zum 5. 12. 2011 nach Anhörung der Sozialpartner zu überprüfen, ob bestehende Einschränkungen oder Verbote des Einsatzes von Leiharbeit aufzuheben sind. Nach Art. 6 Abs. 1 werden Leiharbeitnehmer

über die im entleihenden Unternehmen offenen Stellen unterrichtet. Ferner dürfen nach Art. 6 Abs. 3 Verleiher im Gegenzug zur Überlassung an ein entleihendes Unternehmen oder in dem Fall, dass der Leiharbeitnehmer nach beendigter Überlassung mit dem betreffenden entleihenden Unternehmen einen Arbeitsvertrag abschließen, kein Entgelt vom Leiharbeitnehmer verlangen. Nach Art. 6 Abs. 4 haben Leiharbeitnehmer beim Entleiher zu den gleichen Bedingungen wie die Stammarbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten. Schließlich können die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 vorsehen, dass Leiharbeitnehmer bei der Berechnung des Schwellenwerts für die Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen auch beim Entleiher berücksichtigt werden.

2. Diskussionsentwurf des BMAS

Mit den neuen § 13a und b AÜG sollen die in Art. 6 der Leiharbeitsrichtlinie vorgesehenen Ansprüche der Leiharbeitnehmer auf Information über freie Arbeitsplätze und auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten geregelt werden. Ferner soll eine der Abweichungsmöglichkeiten vom Schlechterstellungsverbot in § 9 Nr. 2 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG gestrichen werden. Die in der Praxis ohnehin weitestgehend bedeutungslose Regelung, wonach eine Abweichung dann möglich ist, wenn dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt i. H. des Betrags gewährt wird, den er zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat, entfällt ersatzlos³³. § 9 Nr. 4 AÜG soll dahingehend ergänzt werden, dass die Vereinbarung von Vermittlungsvergütungen, die ein Leiharbeitnehmer in Fall des Eingehens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher an den Verleiher zu zahlen hat, unwirksam sind. Hinsichtlich der Abweichung vom Schlechterstellungsverbot insbes. durch Haustarifverträge sieht das BMAS trotz der von *Schüren*³⁴ dokumentierte Missstände keinen Handlungsbedarf.

In Anpassung an die Leiharbeitsrichtlinie wird § 1 AÜG in mehrfacher Hinsicht geändert. Eine Erlaubnispflicht soll künftig schon dann gegeben sein, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Auf die Gewerbmäßigkeit und damit auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht mehr an³⁵. Somit bedürfen auch Konzernpersonalgesellschaften, die Personal zum Selbstkostenpreis zzgl. Verwaltungsgebühren verleihen, einer Verleiherlaubnis. Weiter wird in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG klargestellt, dass die Überlassung stets nur vorübergehend erfolgen darf. Ergänzend wird in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ausgeschlossen, dass Arbeitnehmer von einer Konzerngesellschaft zur Überlassung eingestellt werden.

Nach Art. 4 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie sind die nationalen Einschränkungen und Verbote der Arbeitnehmerüberlassung zu überprüfen. Offensichtlich geht das BMAS von einer Vereinbarkeit des in § 1b AÜG geregelten sektoralen Verbots der Überlassung in Baubetriebe aus. Dennoch erwähnt der Entwurf die durchgeführte Prüfung an keiner Stelle. Er macht auch nicht von der in Art. 7 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie geregelten Möglichkeit Gebrauch, die Leiharbeitnehmer bei der Berechnung des Schwellenwerts für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen der Entleiher zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des BAG aus der Zeit vor der Hartz-Reform sind Leih-

31 *Waltermann*, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag – Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, 2010, S. 62.

32 Siehe Rdn. 3; zur Entstehungsgeschichte *Wank*, NZA 2003 S. 14.

33 Vgl. schon *Düwell/Dahl*, DB 2009 S. 1073.

34 *Schüren*, a.a.O. (Fn. 9).

35 *Boemke*, RIW 2009 S. 177 (178); *Hamann*, EuZA 2009 S. 287 (299).

arbeitnehmer keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs i. S. von § 9 BetrVG³⁶ und von § 38 BetrVG³⁷. Das heißt, sie zählen bei der Berechnung der jeweiligen Schwellenwerte nicht mit. Dem hat sich auch die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte für die Schwellenwerte der §§ 76, 77, 77a BetrVG 1952 (nunmehr § 1 Abs. 1 DrittelbG) bei den Wahlen zum Aufsichtsrat angeschlossen³⁸. Neuen Erwägungen im Schrifttum, ob im Hinblick auf den Wegfall der Höchstüberlassungsdauer an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten werden kann³⁹, ist die jüngste Rechtsprechung⁴⁰ nicht gefolgt. Auch die Streichung der auf 24 Monate begrenzten höchstzulässigen Verleihdauer führe nicht zu einem Bedürfnis, die Rechtsprechung zu ändern. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der vom Betriebsrat behaupteten übrigen tatsächlichen Veränderungen im Hinblick auf die Integration der Leiharbeitnehmer in den Verleihbetrieb und die sich daraus angeblich ergebende höhere Belastung des Betriebsrats. Die Möglichkeit, dass ein Leiharbeitnehmer über mehrere Jahre hinweg in demselben Entleiherbetrieb tätig werde und vielleicht faktisch dieselben Interessen wie der Stammarbeitnehmer habe, möge Unbehagen auslösen, dieses Unbehagen könne jedoch nur vom Gesetzgeber beseitigt werden. Das BMAS hat diese Steilvorlage der Rechtsprechung nicht angenommen.

Trotz der umfassenden Kritik aus allen Lagern hat das BMAS auch davon abgesehen, den unglücklichen Sprachgebrauch des AÜG zu verbessern. Die Änderung tut dringend Not. Das Rechtsverhältnis der Arbeitnehmer sollte nicht mit dem unpassenden Begriff der „Leihe“ bezeichnet werden. Die Leihe ist nach bürgerlichem Recht (§§ 598 ff. BGB) durch die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung einer Sache charakterisiert. Dennoch wird in § 1 Satz 1 AÜG der überlassende Arbeitgeber als „Verleiher“, der Dritte, an den überlassen wird, als „Entleiher“ und der Arbeitnehmer, der überlassen wird, als „Leiharbeitnehmer“ bezeichnet.

IV. Mindestarbeitsbedingungen

1. In der Arbeitnehmerüberlassung

Der politisch umstrittenste Teil des Diskussionsentwurfs betrifft die Festlegung einer Mindestvergütung. BZA und iGZ drängen die Politik gemeinsam mit den DGB-Gewerkschaften schon seit langem, die Arbeitnehmerüberlassung in den Anwendungsbereich des AEntG aufzunehmen. Sie haben dazu gemeinsam einen „Tarifvertrag zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen in der Zeitarbeit“ abgeschlossen. Nach der Aufnahme der Arbeitnehmerüberlassung in § 4 AEntG soll der Tarifvertrag nach dem Willen der Tarifpartner gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt oder gemäß § 7 AEntG als Rechtsverordnung wirksam werden. So soll bundesweit ein durch Tarifvertrag begründeter einheitlicher Mindeststandard geschaffen werden. Ferner soll Sozialdumping verhindert werden; denn nach dem Wegfall der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1. 5. 2011 kann ein Verleih aus dem Ausland zu den dortigen Arbeitsbedingungen nach Deutschland stattfinden. Der Mindeststandard verhindert einen grenzenlosen Unterbietungswettbewerb.

Das BMAS ist in seinem Diskussionsentwurf der Forderung nach einer Mindestvergütung zwar gefolgt. Im neuen § 3a AÜG soll der Ordnungsgeber aber ermächtigt werden, die Untergrenze auf Vorschlag des Tarifausschusses festzusetzen. Der Mindestlohn würde damit nicht vom tariflichen Mindestentgelt getragen.

Die Einführung eines Mindestlohns ist in der Arbeitnehmerüberlassung bisher am Widerstand der FDP gescheitert. Sie hat verlautbaren lassen, dass man sich auch nicht mit dem Vorschlag

des BMAS anfreunden könne. Überraschend hat der sozialpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion *Dr. Kolb* erklärt, dass man nunmehr stattdessen das Schlechterstellungsverbot stärken und die Ausnahme für Tarifverträge auf eine Einarbeitungszeit begrenzen wolle. Dieser Sinneswandel geht sogar über die Pläne der CDU hinaus und entspricht der Forderung, die die Gewerkschaften seit der Hartz-Reform stellen. Der DGB hat den Verstoß der FDP dementsprechend auch begrüßt.

2. In anderen Branchen

Bei einem Einsatz von Leiharbeitnehmern in Branchen, die in § 4 AEntG aufgenommen sind und deren Tarifverträge allgemeinverbindlich erklärt oder Gegenstand einer Rechtsverordnung gem. § 7 AEntG sind, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer gem. § 8 Abs. 3 AEntG die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AEntG aufgeführten Mindestarbeitsbedingungen dieser Tarifverträge/Rechtsverordnungen zu gewähren. Das heißt, dass die Branchentarifverträge/Rechtsverordnungen die zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer vereinbarten Arbeitsbedingungen verdrängen. Dies gilt allerdings nach der Entscheidung des BAG vom 21. 10. 2009 nur, wenn der Entleiher in den betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags/der Rechtsverordnung zu den Mindestarbeitsbedingungen fällt⁴¹. Es reicht nicht aus, wenn der Leiharbeitnehmer lediglich eine entsprechende Tätigkeit verrichtet. Mit der Erstreckung des tariflichen Mindestarbeitsentgelts habe der Gesetzgeber verhindern wollen, dass Arbeitgeber der betroffenen Branche auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern ausweichen, um sich der Anwendung des tariflichen Mindestarbeitsentgelts zu entziehen. Leiharbeitnehmer hätten indes nicht besser gestellt werden sollen als die Stammarbeitnehmer. Dazu käme es jedoch, wenn die ausgeübte Tätigkeit maßgeblich wäre.

Überraschend sieht das BMAS zur „Korrektur“ der Rechtsprechung eine Ergänzung des § 8 Abs. 3 AEntG vor. Danach soll der Verleiher auch dann die Mindestarbeitsbedingungen gewähren, wenn der Entleiher nicht in den betrieblichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages oder dieser Rechtsverordnung fällt. Eine Begründung hält der Diskussionsentwurf nicht für erforderlich.

V. Zusammenfassung

Die in dem Diskussionsentwurf des BMAS angestrebte Regelung zur Verhinderung des Drehtüreffekts wird die Versuche zur „Unterwanderung“ von Tarifverträgen durch (konzerneigene) Verleiher zwar nicht beenden. Sie setzt aber deutliche Zeichen, die die Rechtsprechung zur Abwehr von Umgehungen nutzen kann. Unverständlich ist, warum das BMAS an dem sprachlich missglückten Begriff der Leihe festhält. Ungeachtet aller kritischen Vorbehalte enthält der Diskussionsentwurf dringend erforderliche Verbesserungen. Dies gilt neben der Verhinderung des Drehtüreffekts vor allem für die Einführung einer Mindestvergütung zur Absicherung der Tariföffnungsklausel nach unten. Es wäre zu begrüßen, wenn der Entwurf des BMAS in der politischen Diskussion nicht zerredet, sondern durch konstruktive Kritik begleitet würde.

36 BAG vom 10. 3. 2004 – 7 ABR 49/03, DB 2004 S. 1836 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 2.

37 BAG vom 16. 4. 2003 – 7 ABR 53/02, DB 2003 S. 2128 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 1 mit krit. Anm. von *Brors* in *juris* Newsletter Arbeitsrecht 17/2003.

38 OLG Düsseldorf vom 12. 5. 2004 – I-19 W 2/04 AktE, GmbHR 2004 S. 1081.

39 *Dörner*, a.a.O. (Fn. 17), S. 286 (293 ff.); *Brose*, NZA 2005 S. 797.

40 LAG Kiel vom 2. 7. 2009 – 4 Ta BV 7/09, *juris*PR-ArbR 51/2009 Anm. 6, *Bürger*.

41 BAG vom 21. 10. 2009 – 5 AZR 951/08, DB 2010 S. 232, *juris*PR-ArbR 8/2010 Anm. 1, *Hamann*.