

Minusstunden bei Leiharbeit?

Rechtsgutachten

erstattet von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Sachverhalt

I. Die tarifliche Regelung

Bei der Firma Randstad Deutschland GmbH & Co. KG wird in den Arbeitsverträgen der Leiharbeitnehmer auf die zwischen dem BZA und den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge Bezug genommen.

Die Arbeitszeit ist im Manteltarifvertrag (MTV) vom 22.07.2003 geregelt, der im Folgenden auf dem Stand vom 30.05.2006 zugrunde gelegt wird. Unter der Überschrift „Dauer der Arbeitszeit/Vollzeitarbeit“ bestimmt § 2 MTV in seinem ersten Absatz:

„Die individuelle regelmäßige monatliche Arbeitszeit beträgt 151,67 Stunden; dies entspricht einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden. Diese muss im Durchschnitt von 12 Kalendermonaten nach Maßgabe des § 4 erreicht werden.“

Zur Verdeutlichung bestimmt Abs. 3, die individuelle regelmäßige jährliche Arbeitszeit würde sich aus der monatlichen Arbeitszeit nach Abs. 1 Satz 1 „multipliziert mit 12“ ergeben. Soweit ein Mitarbeiter dauerhaft einem Unternehmen überlassen wird, in dem länger als 35 Stunden pro Woche gearbeitet wird, kann nach Abs. 2 der Arbeitsvertrag bis auf 40 Stunden angehoben werden; entsprechend soll auch die Vergütung steigen.

§ 3 betrifft die hier nicht näher interessierende Teilzeitarbeit.

§ 4 regelt unter der Überschrift „Verteilung der Arbeitszeit/Flexibilisierung“ die Lage der Arbeitszeit. Nach § 4.1 bestimmen sich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage nach den im jeweiligen Kundenbetrieb geltenden Regelungen. Dies betrifft die (Regel-) Fälle, in denen anders als in § 2 Abs. 2 keine dauerhafte Überlassung vorliegt. Im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung steht die Bestimmung des § 4.2, die die Einrichtung eines Arbeitszeitkontos zum Gegenstand hat. Sie bestimmt:

„Zum Ausgleich der monatlichen Abweichungen zwischen der nach § 2 vereinbarten individuellen regelmäßigen Arbeitszeit des Mitarbeiters und der tatsächlichen Arbeitszeit nach § 4.1 wird ein Arbeitszeitkonto eingerichtet. In das Arbeitszeitkonto können Plus- und Minusstunden eingestellt werden.“

§ 4.3 definiert als „Plusstunden“ die über die individuelle regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinaus entstandenen Arbeitsstunden. „Minusstunden“ sind demgegenüber „die unter der individuellen regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit liegenden Arbeitsstunden.“

Im Folgenden werden Obergrenzen für Plusstunden festgelegt und eine Insolvenzversicherung vorgesehen. Minusstunden werden in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

Nach § 4.4 ist das Arbeitszeitkonto spätestens nach zwölf Monaten auszugleichen. Ist dies nicht möglich, muss eine vertragliche Abmachung getroffen werden, um den Ausgleich innerhalb der folgenden drei Monate vorzunehmen. Anschließend heißt es:

„Ist auch in diesem Zeitraum der Zeitausgleich aus betrieblichen Gründen nicht möglich, kann ein Übertrag in den nächsten Ausgleichszeitraum mit maximal 150 Stunden erfolgen. Die darüber hinausgehenden Stunden sind in Geld auszugleichen.“

Die Formulierung legt den Schluss nahe, dass es insoweit ausschließlich um Plusstunden geht. Im folgenden § 4.5 wird der „Ausgleich der Zeitkonten“ durch „Freizeitentnahme“ geregelt, was gleichfalls nur für Plusstunden in Betracht kommt. Eine Ausnahme stellt insoweit die Regelung des § 4.6 dar, wo es heißt:

„Im Falle des Ausscheidens des Mitarbeiters ist der Saldo auf dem Arbeitszeitkonto wie folgt auszugleichen: Plusstunden werden abgegolten, Minusstunden werden bei Eigenkündigung des Mitarbeiters bzw. außerordentlicher Kündigung bis zu 35 Stunden verrechnet, soweit eine Nacharbeit betrieblich nicht möglich ist.“

Die Verrechnung der Minusstunden dürfte in der Weise erfolgen, dass die noch ausstehenden Zahlungen um die Vergütung für 35 Stunden gemindert werden. Darüber hinausgehende Minusstunden sollen ersichtlich verfallen, ohne dass dies allerdings ausdrücklich angeordnet wäre.

II. Die Regelung durch Gesamtbetriebsvereinbarung

Die „freiwillige Gesamtbetriebsvereinbarung“ vom 13. Dezember 2004 enthält in § 2.3 eine Regelung zu den Minusstunden. Danach darf das Arbeitszeitkonto grundsätzlich nicht mehr als 105 Minusstunden aufweisen. Vor Erreichen von 70 Minusstunden soll keine betriebsbedingte Kündigung (nach Ablauf der Probezeit) erklärt werden.

§ 3 enthält eine Regelung über die Handhabung der einsatzfreien Zeit. Von wesentlicher Bedeutung ist dabei die Vorschrift des § 3.1, wo es heißt:

„Die einsatzfreien Stunden, die sich durch die Differenz der Stunden effektiv geleisteter Arbeitszeit zu der individuellen regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit gemäß § 2 MTV ZA ergeben, werden entweder als Minusstunden in das Arbeitszeitkonto gebucht oder von im Arbeitszeitkonto als Guthaben vorhandenen Plusstunden in Abzug gebracht.“

Wer also im Laufe eines Monats zu weniger als 151,67 Stunden herangezogen wurde, erhält einen Abzug von seinem Arbeitszeitkonto in Höhe der Differenz. Wurden etwa nur 130 Stunden gearbeitet, würde entweder ein vorhandenes Arbeitszeitguthaben um 21,67 Stunden verringert oder - beim Ausgangspunkt „Null“ - ein Negativsaldo in Höhe von 21,67 Stunden entstehen. Wird über die monatliche Sollzeit von 151,67 Stunden hinaus gearbeitet, entstehen Plusstunden. Diese sind zunächst zur Tilgung eines Negativsaldos zu verwenden. Dies gilt auch für solche Stunden, die nach § 7.1 MTV über 15 % der Soll-Arbeitszeit hinausgehen und deshalb an sich mit einem Zuschlag von 25 % abzugelten wären.

III. Arbeitsverträge und betriebliche Praxis

Der vorliegende Formulararbeitsvertrag für überbetriebliche Mitarbeiter regelt die Arbeitszeit in § 3. Dort wird in Abs. 1 die monatliche Arbeitszeit auf 151,67 Stunden festgelegt. Abs. 2 übernimmt inhaltlich die Regelung des § 4.1 MTV, wonach sich die tatsächliche Lage der Arbeitszeit nach den Verhältnissen im Einsatzbetrieb richtet. Abs. 3 bestimmt dann, dass sich in „einsatzfreien Zeiten“ die wöchentlichen 35 Stunden gleichmäßig mit je sieben Stunden auf die Tage Montag bis Freitag verteilen. Im Folgenden heißt es:

„Der Ausgleich von Zeitkonto-Plusstunden erfolgt in einsatzfreien Zeiten durch Freizeit; sofern keine Plusstunden vorliegen, bauen sich Minusstunden auf.“

Damit ist festgelegt, dass die Nichtbeschäftigung an einem der Werkzeuge von Montag bis Freitag ein bestehendes Konto mit Plusstunden jeweils um sieben Stunden abbaut; existiert kein Guthaben, entstehen in derselben Höhe Minusstunden. Werden an einem Tag nur drei Stunden gearbeitet, würden vier Stunden Abzug entstehen.

Nach § 4 wird in der Regel eine monatliche verstetigte Vergütung auf Basis der individuellen durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit bezahlt.

Die praktische Handhabung der Arbeitseinsätze geschieht in der Weise, dass alle Mitarbeiter von morgens 08.00 Uhr bis nachmittags 17.00 Uhr telefonisch erreichbar sein müssen, damit sie umgehend bei Kundenunternehmen eingesetzt werden können.

Dies ergibt sich aus dem Schriftsatz der Rechtsanwältin Dr. Beduhn v. 15.02.2005 an das Arbeitsgericht Düsseldorf, Rechtssache 6 Ca 8642/04, S. 5. Der Rechtsstreit, bei dem es um die Nichtbelastung mit Minusstunden ging, wurde durch rechtskräftiges Versäumnisurteil vom 29.3.2005 zugunsten des Klägers entschieden. Vor dem ArbG Köln wurde im Übrigen von der Arbeitgeberin in einem anderen Rechtsstreit um dieselbe Problematik am 20.10.2005 ein Vergleich geschlossen, der - allerdings ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - gleichfalls den Wegfall der Minusstunden und ihre Ersetzung durch Plusstunden vorsieht.

IV. Die Gutachtenfragen

Der Randstad-Betriebsrat Region Mitte hat auf seiner Sitzung vom 21.09.2006 zwei Gutachtenaufträge beschlossen. Der erste hat die Regelung über Minusstunden in § 4 MTV zum Gegenstand. Im Einzelnen wird danach gefragt, wann ein Zeitkonto gebildet werden kann und was Minusstunden sind, ob man einsatzfreie Stunden ins Minuskonto einstellen kann, wie der Abbau von Minusstunden durch Mehrarbeit erfolgen kann und wie Plusstunden mit einsatzfreien Stunden verrechnet werden können. Außerdem soll geklärt werden, ob die §§ 4.2 bis 4.5 MTV abschließenden Charakter besitzen oder ob daneben noch Mitbestimmungsrechte aus dem BetrVG bestehen können.

Das zweite Rechtsgutachten hat die freiwillige Gesamtbetriebsvereinbarung zum Gegenstand, soweit sie die Führung von Arbeitszeitkonten und die Handhabung von einsatzfreien Zeiten behandelt. Die genannten Einzelfragen entsprechen den beim MTV gestellten.

Wegen der weitgehenden inhaltlichen Übereinstimmung der zu untersuchenden Fragen werden beide Gutachten zu einer einheitlichen Stellungnahme zusammengefasst.

B. Rechtliche Würdigung

I. Die Beurteilung der tariflichen Regelung

1. Mögliche Minusstunden nach dem Tarifvertrag

Die oben unter A I wiedergegebene Regelung des § 4.2 MTV sieht die Einrichtung eines Arbeitszeitkontos vor, in das auch Minusstunden eingestellt werden können. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift hat das Arbeitszeitkonto nur die Funktion, über Unterschiede Buch zu führen, die sich aus den Arbeitszeiten in den einzelnen Kundenbetrieben nach § 4.1 und der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit ergeben. Nur wenn im Einsatzbetrieb kürzer oder länger gearbeitet wird, sollen Minus- bzw. Plusstunden entstehen. Dass auch der Nichteinsatz an einzelnen Tagen zu Minusstunden führen könnte, ist in keiner Weise ersichtlich. Wie die gewählte Formulierung deutlich macht, wird allein auf den Fall des § 4.1 verwiesen, der die Regelungen im Kundenbetrieb bzw. die dortigen Anforderungen regelt; von einem tageweisen Nichteinsatz ist nirgends die Rede. Hätte man auch Letzteres einbeziehen

wollen, wäre es naheliegend gewesen, von der „tatsächlichen Arbeitszeit“ statt wie im Text des Tarifvertrags von der „tatsächlichen Arbeitszeit nach § 4.1“ zu sprechen. Auch der systematische Zusammenhang bietet keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass aus sonstigem Anlass entstehende Minusstunden zu berücksichtigen sind. Soweit die Tarifparteien eine andere Absicht gehabt haben sollten - was der Gutachter nicht aufklären kann - wäre dies ohne Bedeutung, da es keinen Niederschlag in Wortlaut und Systematik des Tarifvertrags gefunden hat.

Zu diesem Auslegungsgrundsatz bei Tarifverträgen s. BAG DB 1991, 607 und 2192; BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Apotheken, Bl. 1R; BAG AP Nr. 35 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie, Bl. 2R. Überblick über die Literatur bei Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Einl. Rn. 490 ff.

Ob sich die Berücksichtigung von einsatzfreien Tagen aus anderen Rechtsgrundlagen ergibt, soll an späterer Stelle erörtert werden.

2. Vereinbarkeit mit § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG?

a) Die Sonderregelung des § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG

Auch soweit es lediglich um unter 35 Wochenstunden liegende Arbeitszeiten im Einsatzbetrieb geht, könnten sich mit Rücksicht auf § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG rechtliche Bedenken ergeben. Die Vorschrift bestimmt, dass das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 BGB) nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden kann.

Der zwingende Charakter des § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG wirkt unbestrittenermaßen auch gegenüber den Tarifparteien; diese können genauso wenig wie die Arbeitsvertragsparteien eine abweichende Regelung treffen.

S. statt aller Ulber, AÜG, Kommentar, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2006, § 11 Rn. 101

Verstöße gegen § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG in Verbindung mit § 615 Satz 1 BGB führen zur Nichtigkeit der Abmachung nach § 134 BGB.

Schüren-Feuerborn, AÜG, 2. Aufl., München 2003, § 11 Rn 92; Ulber, aaO, § 11 Rn 94

Die Regelung des § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG erstreckt sich nicht nur auf das von § 615 Satz 1 BGB erfasste Wirtschaftsrisiko, zu dem das hier interessierende Fehlen von ausreichender Nachfrage gehört. Vielmehr stellt § 615 Satz 3 BGB das Betriebsrisiko ausdrücklich gleich, behandelt es also wie einen Fall des § 615 Satz 1 BGB. Die zwingende Wirkung des § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG bezieht daher auch auf diesen Fall; ob eine bestimmte Konstellation direkt in § 615 Satz 1 BGB geregelt ist oder diesem nur unterstellt wird, kann ersichtlich im Ergebnis keinen Unterschied machen.

Dem Verleiher soll es durch § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG unmöglich gemacht werden, das Beschäftigungsrisiko auf den Arbeitnehmer abzuwälzen, diesen also ohne Vergütung zu lassen, wenn sich zu einem bestimmten Zeitpunkt kein Einsatz in einem Kundenbetrieb ermöglichen lässt.

Ebenso Marschall, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2000, § 175 Rn 29 ff.; Schüren-Feuerborn, AÜG, § 11 Rn. 88; Thüsing-Mengel, AÜG, München 2005, § 11 Rn. 40

b) § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG bei regelmäßiger Arbeitszeit

Die Handhabung dieser Vorschrift macht keinerlei Schwierigkeiten, wenn mit dem einzelnen Leiharbeitnehmer feste Arbeitszeiten vereinbart sind; würde er hier ohne tatsächliche Beschäftigung bleiben, wäre seine Vergütung nach dem Lohnausfallprinzip fortzubezahlen.

Für Rückgriff auf das Lohnausfallprinzip Boemke, AÜG, 2. Aufl., Heidelberg 2003, § 11 Rn. 119; Schüren-Feuerborn, a. a. O., § 11 Rn. 96; Thüsing-Mengel a. a. O. § 11 Rn. 43; Ulber, a. a. O., § 11 Rn. 94, 103

c) § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG bei flexiblen Arbeitszeiten: Der Ausgangspunkt des BAG

In der Praxis wie auch in dem hier zu untersuchenden Tarifvertrag dominieren flexible Arbeitszeiten. So passt sich § 4.1 MTV an die Verhältnisse im Kundenbetrieb an, die nur ausnahmsweise mit der 35-Stunden-Woche des Tarifvertrags übereinstimmen werden. Häufig wird die regelmäßige Arbeitszeit höher liegen, doch ist auch der Fall erfasst, dass die Kundenfirma beispielsweise nur eine Arbeitskraft für 25 oder 30 Stunden in der Woche benötigt. Fraglich ist in solchen Fällen, ob hier überhaupt eine Abweichung von § 615 Satz 1 vorliegt, da ja mangels Arbeitspflicht gar kein Annahmeverzug entstehen kann. Stellt es eine Abweichung von § 615 Satz 1 BGB dar, wenn die Arbeitszeit in einer Weise flexibilisiert wird, dass nur die effektiv im Kundenbetrieb verbrachten Stunden zur Anrechnung kommen?

Das BAG hatte sich in einer neueren Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob es zulässig sei, im Arbeitsvertrag eine 30-Stunden-Woche zu vereinbaren, die der Arbeitgeber bei Bedarf auf 40 Stunden aufstocken konnte.

BAG v. 07.12.2005, NZA 2006, 423

Nach Auffassung des Gerichts stand § 12 TzBfG einer solchen Regelung nicht entgegen, doch überprüfte es diese am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB.

BAG NZA 2006, 423, 426

Dabei war u. a. zu untersuchen, ob die arbeitsvertragliche Vereinbarung von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen war und ob das eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellte. Dazu führte das BAG im Einzelnen aus (a. a. O. S. 427, li. Sp. oben):

„Mit dem dem Arbeitgeber eingeräumten Recht, die vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden einseitig auf bis zu 40 Stunden verlängern zu können, wird ein Teil des den Arbeitgeber nach § 615 BGB treffenden Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert.

Nach § 615 BGB trägt der Arbeitgeber grundsätzlich das Risiko, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen zu können. Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen Auftragsmangels nicht beschäftigen, wird er nicht von seiner Gegenleistungspflicht befreit. ... Durch die ... vereinbarte Arbeit auf Abruf hat der Arbeitgeber abweichend von diesem Rechtsgrundsatz einen Teil seines Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert. Er ist nur verpflichtet, den Arbeitnehmer 30 Stunden in der Woche zu beschäftigen und auch nur in diesem Umfang zu vergüten. Soweit der Arbeitgeber einen weitergehenden Arbeitsbedarf hat, kann er jedoch den Arbeitnehmer anweisen, bis zu 40 Stunden in der Woche zu arbeiten. Der Arbeitnehmer ist dann zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet, ohne seinerseits einen Anspruch auf Beschäftigung über 30 Wochenstunden hinaus zu haben ...“

In dieser Regelung wurde somit eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der in § 615 BGB geregelten Verteilung des Wirtschaftsrisikos gesehen.

Im Ergebnis war das BAG allerdings der Auffassung, eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers liege erst vor, wenn - wie im vorliegenden Fall - der flexible Teil der Arbeitszeit mehr als ein Viertel der „Garantiarbeitszeit“ ausmache.

d) Folgen aus der BAG-Rechtsprechung

Das BAG hat also eine Abweichung von § 615 Satz 1 BGB nicht nur in dem (evidenten) Fall angenommen, dass die Entgeltzahlung im Falle eines Annahmeverzugs ausgeschlossen oder reduziert wird. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift gilt vielmehr dasselbe auch dann, wenn eine Arbeitszeitgestaltung gewählt wird, die an den Voraussetzungen ansetzt, die also bereits den Eintritt eines Annahmeverzugs verhindert, indem die Arbeitszeit so gelegt wird, dass nur effektiv geleistete Stunden zählen. In einem früheren Urteil war diese Frage als nicht entscheidungserheblich noch dahingestellt geblieben.

BAG NZA 1995, 1000, 1003

Dies führt nach allgemeinem Arbeitsvertragsrecht dazu, dass nur die Angemessenheit der vereinbarten Abweichung zu prüfen ist. Soweit § 615 Satz 1 - wie im Bereich der Leiharbeit - zwingenden Charakter hat, ist dagegen jede Abweichung ausgeschlossen.

e) Sonstige Rechtsprechung und Literatur

Das Bundessozialgericht hat im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Auflage, die einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung beigelegt war, entschieden, es stelle einen unzulässigen Verstoß gegen § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG dar, wenn eine Jahresarbeitszeit von 50 Tagen vereinbart werde, deren konkrete Lage im Ermessen des Arbeitgebers stehe.

BSG DB 1993, 1477

Allerdings hat das BSG angedeutet, dass es eine Flexibilisierung im Rahmen eines Monats oder eines kürzeren Zeitraums durchaus akzeptieren würde.

Ähnlich Düwell, in: Leinemann (Hrsg.), Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Neuwied 2000, Abschnitt 4.5 Rn. 363

Diese Aussage ist jedoch durch die gegenteilige des BAG überholt, das zudem eine gerichtliche Auseinandersetzung über die vorliegend untersuchten Fragen in letzter Instanz entscheiden würde.

In der Literatur ist die Frage nur selten mit voller Klarheit gestellt worden. Gegen eine Arbeit auf Abruf entsprechend § 12 TzBfG bei Leiharbeit haben sich Ulber und Schaub ausgesprochen, die einen Verstoß gegen § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG annehmen.

Ulber, a. a. O., § 1 Rn. 62; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl., München 2005, § 120 Rn. 47

Urban-Crell und Schulz sowie Boemke haben demgegenüber Bedarfsarbeitsverhältnisse auch für Leiharbeitnehmer zugelassen, weil § 12 TzBfG ja ein bestimmtes monatliches Arbeitsvolumen festschreibe.

Urban-Crell und Schulz, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, München 2003, Rn. 312; Boemke, a. a. O. § 11 Rn. 126

Urban-Crell und Schulz sowie Boemke konnten allerdings aus zeitlichen Gründen die neueste BAG-Rechtsprechung noch nicht berücksichtigen. Entgegen ihrer Auffassung hat das BAG auch in der bloßen Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit eine Abweichung von § 615 Satz 1 BGB gesehen, die allerdings mit Rücksicht auf den dispositiven Charakter des § 615 BGB und der quantitativen Begrenzung auf ein Viertel gebilligt wurde. Im Bereich der Leiharbeit besitzt § 615 Satz 1 demgegenüber zwingenden Charakter, so dass keinerlei Abweichungen, auch nicht die vom BAG nach allgemeinem Arbeitsvertragsrecht gebilligte, möglich sind. Davon ganz abgesehen, würde die Regelung des § 4.1 MTV auch keine Gewähr dafür bieten, dass sich die Abweichung von der Normalarbeitszeit in einem bestimmten Rahmen von z.B. einem Viertel bewegt; besteht im Einsatzbetrieb lediglich Bedarf nach einer Teilzeitarbeit, könnte auch eine Halbierung in Frage kommen.

3. Zwischenergebnis

§ 4.1 MTV verstößt gegen § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG in Verbindung mit § 615 Satz 1 BGB. Er ist daher nichtig, soweit er die Entstehung von Minusstunden ermöglicht und es ausschließt, dass Zeiten der Nichtbeschäftigung wie Arbeitszeit behandelt werden. Soweit die tatsächlichen Einsatzzeiten unter 151,67 Stunden im Monat liegen, ist dieser Wert als „Garantiearbeitszeit“ zu berücksichtigen. Ist der Arbeitnehmer an einzelnen Tagen arbeitsbereit, sind ihm jeweils 7 Stunden gutzuschreiben.

Eine solche Lösung scheidet nicht daran, dass die einzelnen Leiharbeitnehmer im Zweifel nicht von sich aus an den Arbeitgeber herantreten, um jeden Tag nach einer Arbeitsgelegenheit zu fragen. Ist es wie im vorliegenden Fall Praxis, dass die Arbeitnehmer ab 08.00 Uhr morgens telefonisch erreichbar sind, um alsbald einen Einsatz beginnen zu können, besteht für sie kein Anlass, von sich aus initiativ zu werden. Davon ganz abgesehen lehnt die Rechtsprechung sogar eine ausdrückliche Abmachung ab, die den Arbeitnehmer zu einer regelmäßigen Manifestation seiner Arbeitsbereitschaft verpflichtet, da sie gegen den zwingenden Charakter des § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG verstoße.

So LAG Frankfurt/Main DB 1987, 1741 = BB 1987, 1602; zustimmend Pods/Gotthardt, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht. Kommentar, 2. Aufl., Köln 2006, § 11 AÜG Rn. 23

II. Die Zulässigkeit der Regelung in § 3 der Gesamtbetriebsvereinbarung

Die oben unter A II referierte Regelung geht in Sachen Flexibilisierung über den Tarifvertrag hinaus: Ausdrücklich bestimmt sie in § 3.1, dass einsatzfreie Stunden zu entsprechenden Abzügen auf dem Arbeitszeitkonto führen. Die Bedenken, die gegen die weniger weitreichende tarifliche Regelung sprechen (oben I 2), gelten daher hier erst recht. Auch diese Bestimmung ist somit unwirksam.

Hinzu kommen tarifrechtliche Bedenken. Zum einen liegt der Einwand nahe, die Frage der Minusstunden sei bereits durch den Tarifvertrag geregelt, so dass § 77 Abs. 3 BetrVG dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung entgegenstehe. Dies kann jedoch letztlich dahinstehen, da die Bestimmung des § 3.1 zum zweiten daran scheitert, dass sie zu Lasten der Arbeitnehmer

von dem Tarifvertrag abweicht und deshalb gegen das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG verstößt: Sie ermöglicht ein höheres Maß an Minusstunden als der Tarifvertrag. Dass sie zu anderen Fragen bessere Regelungen als der Tarifvertrag enthält, vermag daran nichts zu ändern, da kein „Gesamtvergleich“ stattfinden darf. Im Übrigen würde eine reine Abrufarbeit, die dem Verleiher jedes unternehmerische Risiko nimmt, den Unterschied zur Arbeitsvermittlung völlig verwischen, so dass auch von daher durchgreifende Bedenken bestehen. Ein solcher Fall wäre deshalb gegeben, weil zwar eine kontinuierliche Bezahlung erfolgt, Minusstunden jedoch nachgearbeitet werden müssen; nur dann, wenn wegen Auftragsmangels eine betriebsbedingte Kündigung erfolgt, würde in Bezug auf die über die Zahl 35 hinausgehenden Minusstunden das Risiko beim Arbeitgeber liegen.

III. Weitere Fragen

1. Minusstunden bei Ausscheiden

Der Betriebsrat möchte weiter wissen, wie die Regelung nach § 4.6 MTV zu beurteilen ist. Soweit man in Übereinstimmung mit dem BAG die Entstehung von Minusstunden als unzulässig ansieht, ist bei Ausscheiden kein Negativsaldo vorhanden, der nachgearbeitet oder verrechnet werden könnte. Gäbe es dagegen wirksam begründete Minusstunden, bestünde kein grundsätzliches Bedenken dagegen, diese in gewissem Umfang nacharbeiten zu lassen oder mit ausstehenden Entgeltansprüchen zu verrechnen. Die Nacharbeit hätte allerdings die Obergrenzen des ArbZG zu beachten. Bei der zweiten Alternative wäre zu berücksichtigen, dass die unpfändbaren Beträge nach § 850c ZPO auch im Wege der Verrechnung nicht angetastet werden dürfen.

2. Verbleibende Mitbestimmungsrechte

Der MTV enthält im Hinblick auf die Regelungen seines § 4 keine Öffnungsklausel zugunsten von Abmachungen zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung. Ein Mitbestimmungsrecht besteht daher nur in Bereichen, auf die sich die tarifliche Regelung nicht erstreckt. Soweit der Tarifvertrag ein bestimmtes Sachgebiet abdeckt, ist auch eine günstigere Betriebsvereinbarung nicht möglich.

Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2006, § 87 Rn. 30 m. w. N.

So wäre es beispielsweise nicht zulässig, das Maximum an Plusstunden von den im Tarifvertrag vorgesehenen 200 auf 150 zu reduzieren oder einen Ausgleich des Arbeitszeitkontos bereits nach 12 Monaten vorzuschreiben, obwohl beides der Arbeitnehmerseite stärker entgegenkommen würde. Möglich ist demgegenüber, die in § 4.3 Abs. 4 nur im Grundsatz verlangte Insolvenzversicherung näher auszugestalten, beispielsweise festzulegen, dass diese durch Bankbürgschaft erfolgen soll. Auch könnten Sanktionen für Verstöße vorgesehen werden.

Im Einzelfall ist immer zu prüfen, ob die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG gegeben sind. Daneben können tariflich nicht geregelte Materien durch freiwillige Betriebsvereinbarung gestaltet werden.

Der Tarifvorrang nach dem Einleitungssatz von § 87 BetrVG besteht nur dann, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Dies ist bei der Firma Randstad Deutschland GmbH & Co. KG der Fall.

