

Schritte zur Gleichstellung von Leiharbeitnehmern

mit Stammbeschäftigten im Entleiherbetrieb

- Rechtsgutachten -

erstattet im Auftrage der Hans-Böckler-Stiftung

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Inhaltsverzeichnis

I. Die Problematik	2
II. Vollständige Ersetzung des Equal-pay-Grundsatzes durch Tarifverträge?	4
1. Was wird durch den Equal-pay-Grundsatz erfasst?	5
a) Die Bezugsgröße: Vergleichbarer Arbeitnehmer	5
b) Wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts	7
2. Eingreifen des Equal-pay-Grundsatzes bei partieller Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag?	9
3. Wann sind die Leiharbeitstarife anwendbar?	10
4. Umfassende oder partielle Regelung durch die Leiharbeitstarifverträge?	12
a) Ausdrückliche Klarstellung?	12
b) Der Parallelfall Friedenspflicht	13
c) Der Parallelfall Tarifvorrang nach § 87 Abs.1 BetrVG	15
d) Konkrete Konsequenzen für die Leiharbeit	16
III. Gleicher Lohn für gleiche Arbeit?	18
1. Völkerrechtliche Grundlagen	18
2. Konkreter Inhalt und innerstaatliche Verbindlichkeit	20
3. „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ – Ausdruck des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?	22
IV. Diskriminierungsverbote	23
1. Der Entleiher als Adressat von Diskriminierungsverboten	23
2. Mögliche Benachteiligungsformen	24
3. Beweisprobleme	25

V. Sondersituation bei firmen- und konzerneigener Verleihfirma	26
1. Der Sachverhalt	26
2. Die sog. Strohmannproblematik	27
a) Die These der Literatur	27
b) Einwände	31
c) Parallelen in der Rechtsprechung des BAG	33
d) Bestätigende Stimmen in der Literatur	34
3. Anwendungsprobleme	35
VI. Zusammenfassung	36

I. Die Problematik

Nach § 9 Nr. 2 AÜG sind Vereinbarungen unwirksam, die für die Zeit der Überlassung den Leiharbeitnehmer in Bezug auf wesentliche Arbeitsbedingungen schlechter stellen als einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleiher. Tritt ein solcher Fall ein, kann der Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs.4 AÜG von seinem Arbeitgeber, d. h. dem Verleiher, die Gewährung der genannten Entleiher-Bedingungen verlangen. Ein Entleiher, der nicht bereit ist, diesen sog. Equal-pay-Grundsatz zu befolgen, erhält nach § 3 Abs.1 Nr. 3 AÜG keine Erlaubnis; eine bereits erteilte wird nach derselben Vorschrift nicht verlängert. Auch kommt ein nachträglicher Widerruf nach § 5 Abs.1 Nr. 3 AÜG in Betracht.

Vom Equal-Pay-Grundsatz kann nach § 9 Nr. 2 dritter Halbsatz AÜG durch Tarifvertrag abgewichen werden. Nach dem vierten Halbsatz können in dessen Geltungsbereich auch nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien auf die tarifliche Regelung verweisen. Von beiden Ermächtigungen ist in umfassender Weise Gebrauch gemacht worden. Derzeit gibt es drei bundesweit geltende Tarifwerke:

- Die Tarifverträge Zeitarbeit BZA – DGB-Tarifgemeinschaft vom 22.7.2003, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag vom 30.5.2006, abrufbar unter <http://www.bza.de/406/html>
- Das iGZ-/DGB-Tarifwerk 2007/2008, abrufbar unter http://www.ig-zeitarbeit.de/fs_infos_tarifizierung.htm
- Das Tarifwerk CGZP – AMP, abrufbar unter <http://www.amp-info.de/Tarifvertraege.46.0.html>

In allen drei Fällen wird der Praxis in anderen Branchen entsprechend zwischen Manteltarifvertrag, Entgeltrahmentarifvertrag und Entgelttarifvertrag unterschieden; auch existieren Beschäftigungssicherungsabkommen. Im Hinblick auf eine mögliche Einbeziehung in das Arbeitnehmerentendegesetz wurden „Mindestlohtarife“ vereinbart. Dazu kommen ca. 200 von der CGZP geschlossene Firmentarife, die normalerweise unter dem Niveau des von derselben Organisation abgeschlossenen Flächentarifs liegen.

Zahlreiche Haustarife sind abrufbar unter <http://www.jura.uni-muenster.de/go/organisation/institute/zivilrecht/aw2.html>. Näher Schüren, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008 Heft 7

Das in den Flächentarifen festgeschriebene Entgeltniveau liegt nach verbreiteter Einschätzung im Durchschnitt etwa 40 % unter den Beträgen, die vergleichbare Beschäftigte in den Einsatzbetrieben erhalten, wobei der Abstand bei den DGB-Tarifen etwas geringer, bei den CGZP-Tarifen erheblich größer ist. Auch werden „Helfer“ und andere weniger qualifizierte Leiharbeitnehmer stärker benachteiligt als Personen mit höherer Qualifikation.

Die Existenz eines solchen „Billiglohnsektors“ sieht sich nachhaltiger Kritik ausgesetzt. Bestritten wird zum einen die Gültigkeit der Leiharbeitstarife. Das ArbG Berlin hat erhebliche Zweifel angemeldet, ob die CGZP überhaupt die Voraussetzungen der Tariffähigkeit erfüllt.

ArbG Berlin, 5.2.2008, 54 BV 13961/06 – juris; dazu Schindele AiB 2008, 190 und Schüren NZA 2008, 453

Wäre sie nicht gegeben, lägen insoweit keine wirksamen Tarifverträge vor, so dass das Equal-pay-Prinzip zur Anwendung käme. Weiter wird die Gültigkeit aller Tarife mit dem Argument bestritten, sie würden sich jenseits der gesetzlichen Ermächtigung bewegen, da sie – pauschal gesprochen – vom Equal-pay-Grundsatz nichts mehr übrig lassen.

Vgl. Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2006, § 9 AÜG, Rn 196 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2008, Rn 2013b ff.

Dieser Strang wird hier nicht weiterverfolgt. Vielmehr soll es darum gehen, Möglichkeiten zu erkunden, wie unter den gegebenen Rahmenbedingungen, also trotz der vorhandenen Tarifverträge, Leiharbeitnehmer an die Rechtsstellung der Stammbeschäftigten herangeführt werden können. Dabei kommen verschiedene Wege in Betracht.

Relativ wenig erörtert ist bisher die Frage, ob es Sachgebiete gibt, die von den Leiharbeitstarifen nicht erfasst sind und bei denen weiterhin der Equal-Pay-Grundsatz gilt. Dies könnte beispielsweise bei Erschwerniszulagen oder bei vermögenswirksamen Leistungen praktische Bedeutung gewinnen. Näher dazu unten II.

Weiter ist im vorliegenden Zusammenhang von Interesse, ob es einen übergeordneten Rechtssatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gibt. Dieser findet sich insbesondere in völkerrechtlichen Quellen, deren Hineinwirken in den innerstaatlichen Bereich im Einzelnen zu untersuchen ist. Er könnte im Prinzip der durch die Leiharbeitstarife vorgenommenen Differenzierung entgegenstehen. Näher dazu unter III.

§ 6 Abs.2 Satz 2 AGG bestimmt, dass die Diskriminierungsverbote des AGG auch für den Entleiher gelten. Dies ist überall dort von Bedeutung, wo dieser wie z. B. bei der Anforderung von Arbeitskräften oder bei der Zuteilung von Arbeit eigene Entscheidungsbefugnisse besitzt. Zu dieser Problematik näher unten IV.

Schließlich ist den in der Literatur erhobenen Einwänden nachzugehen, wonach unternehmens- und konzerneigene Verleihunternehmen lediglich die Funktion von „dazwischen geschalteten“ Einheiten haben, die bei geplanten Einstellungen ein Ausweichen auf die „billigeren“ Leiharbeitstarife ermöglichen sollen. Verstößt es möglicherweise gegen Treu und Glauben, wenn sich der „Entleiher“ unter solchen Umständen auf die niedrigeren Leiharbeitsbedingungen beruft? Näher dazu unten V.

II. Vollständige Ersetzung des Equal-pay-Grundsatzes durch Tarifverträge?

Um festzustellen, ob es einen „Restbereich“ gibt, in dem der Equal-pay-Grundsatz trotz der bestehenden Tarifverträge weiter gilt, muss zunächst seine gegenständliche Tragweite bestimmt werden. Weiter ist zu klären, was bei unvollständiger tariflicher Erfassung dieses Bereichs geschieht. Sollte bei den „Lücken“ effektiv das Gleichstellungsgebot greifen, wäre im Einzelnen zu bestimmen, wie weit die in den geltenden Flächentarifen getroffenen Regelungen gehen und welche Sachgebiete dort nicht angesprochen sind.

1. Was wird durch den Equal-Pay-Grundsatz erfasst?

Dem übereinstimmenden Wortlaut von § 3 Abs.1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG nach bezieht sich das Gleichstellungsgebot auf die „für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“.

a.) Die Bezugsgröße: Vergleichbarer Arbeitnehmer

„Vergleichbare“ Arbeitnehmer sind solche, die eine identische oder ähnliche Tätigkeit im Entleiherbetrieb ausüben.

So Pods/Kalb, in: Henssler-Willemsen-Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 2. Aufl., Köln 2006, § 3 AÜG Rn 32 (im Folgenden: HWK-Pods/Kalb); Ulber, Personal-Service-Agenturen und Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2003, 7, 11; Wank, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2008, § 3 AÜG Rn 21 (im Folgenden: ErfK-Wank)

Entscheidend ist die ausgeübte Funktion; persönliche Eigenschaften wie das Alter bleiben normalerweise aus dem Spiel.

Ebenso ErfK-Wank § 3 Rn 22; HWK-Pods/Kalb § 3 Rn 32; Sandmann-Marschall, Kommentar zum AÜG, Loseblatt (Stand: November 2007), Art. 1 § 3 Anm. 21e (im Folgenden: Sandmann-Marschall)

Einen gewichtigen Anhaltspunkt bietet die Tatsache, dass die in Frage kommenden Personen im Rahmen einer sozialen Auswahl nach § 1 Abs.3 KSchG vergleichbar wären, dass der Arbeitgeber also den einen durch den andern kraft seines Direktionsrechts ersetzen könnte.

Ebenso Urban-Crell/Schulz, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, München 2003, Rn 355; Bachner, in: Kittner/Zwanziger (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2007, § 131 Rn 46 (im Folgenden: Kittner/Zwanziger-Bachner). Ähnlich Koch, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., München 2007, § 120 Rn 54 (im Folgenden: Schaub-Koch)

Wird ein Leiharbeiter als Vertretung für einen ausgefallenen Stammarbeiter eingesetzt, ist dieser die „geborene“ Vergleichsperson.

Ebenso ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 21

Gibt es im Entleiherbetrieb keinen vergleichbaren Arbeitnehmer (weil z. B. die fragliche Funktion ausschließlich durch Leiharbeiter wahrgenommen wird), so ist auf die Bewertung durch den Branchentarif, notfalls auf das Übliche abzustellen. Ähnlich wird nach § 2 Abs.1 Satz 3 TzBfG für Teilzeitkräfte und in § 3 Abs.2 TzBfG für befristet Beschäftigte verfahren.

Für Leerlaufen des Gleichstellungsgrundsatzes in einem solchen Fall Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn 817

Gibt es mehrere vergleichbare Arbeitnehmer, haben diese aber unterschiedliche Arbeitsbedingungen, insbesondere unterschiedliche Vergütungen, so ist nach der Literatur auf die relativ schlechteste Bewertung abzustellen,

ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 21; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 818; Urban-Crell/Schulz, aaO, Rn 356

doch wird man anders entscheiden, wenn der Leiharbeiter die Bedingungen erfüllt, die für die Besserstellung eines der verschiedenen vergleichbaren Arbeitnehmer maßgebend sind. Dies kann z. B. bei einer längeren Betriebszugehörigkeit der Fall sein, die nach heute geltendem Recht auch der Leiharbeiter erreichen kann.

Soweit der Leiharbeiter nur für eine bestimmte Zeit im Betrieb eingesetzt wird, wäre auf die Bedingungen eines vergleichbaren befristet Beschäftigten abzustellen.

Ulber AuR 2003, 7, 11

b.) Wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts

Nach der Entstehungsgeschichte der Regelung gehören zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ neben der Vergütung die Dauer der Arbeitszeit, der Urlaub und die Nutzung von Sozialeinrichtungen.

So BT-Drucksache 15/25 S. 38

Erfasst sind insbesondere nach allgemeiner Auffassung sämtliche Entgeltbestandteile. Dazu gehören alle Formen von Zuschlägen, Zulagen und auch solche Sonderzahlungen, die mit Rücksicht auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses gewährt werden.

HWK-Pods/Kalb § 3 AÜG Rn 30; Reim, Neue Wege bei der Leiharbeit – Die Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 1.1.2003, AiB 2003, 73, 74; ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 20; Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21d

Einbezogen sind auch Sachleistungen und Aktienoptionsrechte; soweit diese vom Verleiher nicht unmittelbar gewährt werden können, ist ihr Geldwert an den Leiharbeitnehmer auszuzahlen.

HWK-Pods/Kalb § 3 AÜG Rn 30; Kittner/Zwanziger-Bachner § 131 Rn 45; Reim AiB 2003, 73, 74; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 808; Urban-Crell/Schulz Rn 353, 367

Auch die Möglichkeit zum Erwerb einer betrieblichen Altersversorgung wird erfasst,

Kittner/Zwanziger-Bachner § 131 Rn 45; Reim, Neue Flexibilität bei der Leiharbeit, ZTR 2003, 106, 108

doch erscheint dies für die gegenwärtige Praxis wenig relevant. Denkbar wäre, dass das Recht auf Gehaltsumwandlung nach § 1a BetrAVG vom Arbeitgeber des Entleiherbetriebs mit einer Zusatzleistung aufgestockt wird, die dann gleichfalls einzubeziehen wäre.

Die Nutzung von Sozialeinrichtungen wie der Kantine oder einer Kinderbetreuungseinrichtung, verbilligte Personaleinkäufe und Werkswohnungen gehören gleichfalls zur „Gegenleistung“ des Arbeitgebers. In der amtlichen Begründung zur Neufassung des AÜG sind die Sozialeinrichtungen ausdrücklich genannt.

S. BT-Drucksache 15/25 S. 38

Schon aus diesem Grund ist es völlig inkonsequent, wenn die Bundesregierung den Standpunkt vertritt, Werksverkäufe sowie die Nutzung von Werkswohnungen und von firmeneigenen Einrichtungen wie Kinderbetreuungsstätten gehörten zu den „unwesentlichen Arbeitsbedingungen“ und unterlägen deshalb nicht dem Equal-Pay-Grundsatz.

BT-Drucksache 15/6008 S. 9 (10. AÜG-Bericht)

Wäre dies so, könnte zudem durch Verlagerung erheblicher Teile des Entgelts auf derartige „Nebenleistungen“ der Equal-Pay-Grundsatz fast beliebig ausgehöhlt werden. Es muss daher dabei bleiben, dass das Entgelt immer zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen gehört.

Ebenso in Auseinandersetzung mit der Bundesregierung Sandmann-Marschall
Art. 1 § 3 Anm. 21d

Ob auch Kündigungsfristen zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ gehören,

dafür Reim ZTR 2003, 106, 108

kann im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben: Der Wortsinn spricht dafür, der ggf. häufig eintretende Wechsel der Fristen eher dagegen. Faktisch konzentrieren sich mögliche Auseinandersetzungen auf die einzelnen Formen der Gegenleistung des Arbeitgebers.

2. Eingreifen des Equal-pay-Grundsatzes bei partieller Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag?

Was geschieht, wenn ein für Leiharbeitnehmer abgeschlossener Tarif nur einen Teil der Vergütungsfragen oder der sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen regelt? Die Literatur spricht sich einhellig dafür aus, in den offen gebliebenen Sachgebieten den Equal-pay-Grundsatz anzuwenden.

So etwa Boemke-Lembke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. Frankfurt/Main 2005, § 9 Rn 117 (im Folgenden: Boemke-Lembke); Pelzner, in: Thüsing (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, München 2005, § 3 Rn 89 (im Folgenden: Thüsing-Bearbeiter); Lorenz, in Däubler-Hjort-Hummel-Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, Baden-Baden 2008, § 3 AÜG Rn 38 (Im Folgenden HK-ArbR-Bearbeiter); Ulber, § 9 Rn 167, 200, 239 (im Folgenden: Ulber); Sandmann-Marschall, Art. 1 § 3 Anm. 21h; Schüren, in: Schüren-Hamann (Hrsg.) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2007, § 9 Rn 162 (Im Folgenden: Schüren/Hamann-Bearbeiter).

Genauso wird für den Fall entschieden, dass im Arbeitsvertrag von Nichtorganisierten nur auf einen Teil des Tarifvertrags verwiesen wird.

Boemke-Lembke § 9 Rn 147; ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 31; Thüsing-Mengel § 9 Rn 41; HK-ArbR-Lorenz § 3 AÜG Rn 42; Ulber § 9 Rn 200

In der Tat stellt das Equal-pay-Prinzip die allgemeine Regel dar, von der nur ausnahmsweise durch Tarifvertrag abgewichen werden kann: Will dieser einen bestimmten Bereich nicht erfassen, bleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz. Weiter spricht § 9 Nr. 2 3. Halbsatz AÜG unspezifisch von „abweichenden Regelungen“, was ersichtlich nicht nur eine Totalersetzung meint. Auch einzelne Arbeitsbedingungen können daher durch Tarifvertrag verändert werden.

In diesem Sinne auch Ulber § 9 Rn 200

Die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit legt gleichfalls diese Sicht zugrunde; wenn der Tarifvertrag nur eine bestimmte Sachgruppe regelt, gelte im Übrigen der Equal-pay-Grundsatz.

Wiedergegeben bei Boemke-Lembke § 9 Rn 118

Allerdings wird insofern eine Ausnahme gemacht, als „kleine Teile“ wie z. B. Reisekosten und Verpflegungsmehraufwand nicht erwähnt werden müssten. In diesen Fällen greife das Gesetz ein, nicht die für den vergleichbaren Arbeitnehmer beim Entleiher bestehende Regelung.

Wiedergegeben bei Boemke-Lembke § 9 Rn 119

Dem ist entgegenzuhalten, dass „gesetzliche Regelung“ im Rahmen der Leiharbeit nun mal der Equal-pay-Grundsatz ist und nicht die gesetzliche Sachnorm. Außerdem ist es primär Sache der Tarifparteien, den Umfang der gewollten Regelung zu bestimmen. In der Praxis gibt es keinen Erfahrungssatz, dass die Nichterwähnung von weniger wichtigen Fragen einer Einbeziehung in das tariflich Geregelter gleichkommen soll. Davon ganz abgesehen, ist die Abgrenzung zu „wichtigeren Teilen“ alles andere als sicher, was nicht zuletzt das Beispiel der Reisekosten und des Verpflegungsmehraufwands belegt: Für Leiharbeiter, die häufig außerhalb ihres Wohngebiets eingesetzt werden, sind die damit zusammenhängenden Fragen alles andere als „kleine Münze“ und entscheiden mit darüber, wie der wirtschaftliche Ertrag der Tätigkeit im Ergebnis beschaffen ist. Schließlich ist auch zu bedenken, dass es bei fast allen Gegenleistungen des Arbeitgebers keineswegs eine subsidiär eingreifende gesetzliche Regelung gibt: Die Ausklammerung aus dem Equal-pay-Grundsatz würde hier zu einer definitiven Schlechterstellung des Leiharbeitnehmers führen.

3. Wann sind die Leiharbeitstarife anwendbar?

Bevor der Frage nachgegangen werden kann, ob die drei Flächentarife der Leiharbeitsbranche eine umfassende Regelung beinhalten, muss zuerst geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen sie überhaupt anwendbar sind.

In der Regel gelten die Leiharbeitstarife im einzelnen Arbeitsverhältnis nur kraft arbeitsvertraglicher Verweisung; eine unmittelbare Tarifbindung nach § 3 Abs.1 TVG ist die absolute Ausnahme. Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme ist nach § 3 Abs.1 Nr. 3 letzter Halbsatz AÜG und nach dem gleichlautenden § 9 Nr. 2 letzter Halbsatz AÜG aber nur „im Geltungsbereich“ des jeweiligen Tarifvertrags möglich. Dies bedeutet, dass dieser unmittelbar anwendbar sein müsste, wenn beide Parteien Mitglieder der tarifschließenden Verbände wären. Oder anders ausgedrückt: Nur wenn das Arbeitsverhältnis in den räumlichen, zeitlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt, kann auf diesen verwiesen werden.

Ebenso Boemke-Lembke § 9 Rn 142; HK-ArbR-Lorenz § 3 AÜG Rn 42; HWK-Pods/Kalb § 3 AÜG Rn 39; Thüsing-Pelzner § 3 Rn 89

Ausgeschlossen ist deshalb, sich auf einen für ein anderes Unternehmen geschlossenen Firmentarif zu beziehen

ebenso Boemke-Lembke § 9 Rn 144; Thüsing-Pelzner § 3 Rn 89; Schüren/Hamann-Schüren § 9 Rn 157

oder auf einen aufgehobenen oder in einem andern Gebiet geltenden Tarifvertrag Bezug zu nehmen.

Ebenso Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21h

Die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags kann auch bei sog. Mischbetrieben zweifelhaft sein, die neben der Arbeitnehmerüberlassung noch andere unternehmerische Aktivitäten betreiben. Die Literatur weist insoweit kein einheitliches Bild auf. Zum einen wird behauptet, Mischbetriebe seien vom Geltungsbereich der Leiharbeitstarife generell ausgenommen.

So Ulber AuR 2003, 7, 12; ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 29; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 843

Nach anderer Auffassung muss die Arbeitnehmerüberlassung „überwiegen“

so Schaub-Koch § 120 Rn 57; ähnlich Sandmann-Marschall Art. 1 § 3, Art. 1 § 3 Anm. 21i, wonach mehr als 50 % aller geleisteten Arbeitsstunden auf die Leiharbeit entfallen müssen.

oder dem Unternehmen das Gepräge geben.

So HK-ArbR-Lorenz § 3 AÜG Rn 40

Schließlich wird auch der Standpunkt vertreten, nur diejenigen Arbeitnehmer seien ausgenommen, die zumindest zeitweise auch im Betrieb des Verleihers tätig sind.

So Schüren/Hamann-Schüren § 9 Rn 159

Eine Antwort lässt sich nur dadurch finden, dass man im Einzelnen den Geltungsbereich der drei Flächentarife bestimmt. Bei den Tarifverträgen von BZA und iGZ mit den DGB-Gewerkschaften wird auf Arbeitgeberseite ausschließlich auf die Mitgliedschaft im jeweiligen Verband abgestellt. Soweit ein Mischbetrieb diese Voraussetzung erfüllt, bestehen gegen die Anwendung der Tarife keine Bedenken. Bei Nichtmitgliedern kommt sie dagegen prima facie nicht in Betracht. Betrachtet man die Festlegung als rein deklaratorisch, wäre wohl darauf abzustellen, wie der Verband seine eigene Zuständigkeit definiert. Die Tarifverträge zwischen CGZP und AMP umschreiben den fachlichen Geltungsbereich in der Weise, dass alle „Unternehmen, Betriebe, Betriebsabteilungen sowie Hilfs- und/oder Nebenbetriebe, die Dienstleistungen in der Arbeitnehmerüberlassung erbringen“, erfasst sein sollen. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob der fragliche Arbeitnehmer zu dem Unternehmensbereich gehört, der der Arbeitnehmerüberlassung dient.

4. Umfassende oder partielle Regelung durch die Leiharbeitstarifverträge?

a) Ausdrückliche Klarstellung?

Die drei Flächentarifwerke für die Leiharbeit enthalten keine ausdrückliche Aussage zu der Frage, ob sie alle „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ regeln wollen. Angesichts der Existenz des gesetzlichen Equal-pay-Prinzips hätte eine solche ausdrückliche Festlegung nahegelegen, zumal den Beteiligten vermutlich durchaus bewusst

war, dass die Literatur für die tariflich nicht geregelten Teile vom Fortbestehen des Gleichstellungsgebots ausgeht. Den Tarifparteien hätte es auch freigestanden, alle Sozialleistungen des Entleiher-Arbeitgebers pauschal abzugelten,

dafür Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21h

was sie jedoch ersichtlich nicht getan haben. Eher gegen den abschließenden Charakter spricht weiter § 7.1 des BZA-DGB-Entgelttarifvertrags: Danach wird es ausdrücklich für zulässig erklärt, dass mit dem Arbeitgeber des Kundenbetriebs eine günstigere tarifliche Regelung vereinbart werden kann, an der dieser, der BZA und die zuständige DGB-Gewerkschaft beteiligt sind. Eine umfassende Öffnungsklausel enthält § 1.5 der CGZP – AMP – Manteltarifvertrags (die allerdings wegen ihrer Weite rechtliche Probleme bereiten könnte). Beide Klauseln lassen aber keine abschließende Aussage über den Regelungsgegenstand der fraglichen Tarifverträge zu.

Das Problem, ob eine tarifliche Regelung bestimmte Sachgebiete erschöpfend regelt, wird im geltenden Recht auch an zwei anderen Stellen bedeutsam. Einmal gilt dies für die Frage nach der Reichweite der Friedenspflicht, die sich als „relative“ auf das tariflich Geregelte beschränkt. Zum zweiten muss im Rahmen des Tarifvorrangs bei § 87 BetrVG bestimmt werden, inwieweit eine vorhandene tarifliche Regelung ein Sachgebiet umfassend regelt und so das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließt. Aus beiden Bereichen lassen sich Kriterien für die Auslegung der Leiharbeitstarife bestimmen.

b) Der Parallelfall Friedenspflicht

Im Zusammenhang mit der Friedenspflicht hat die Rechtsprechung betont, der Tarifvertrag müsse einen Sachkomplex „erkennbar abschließend“ regeln, um einen Arbeitskampf um damit verbundene Fragen auszuschließen. Dies wurde für Kündigungsschutzbestimmungen in den Tarifwerken des öffentlichen Dienstes bejaht.

Eingehend BAG 1 AZR 96/02 AP Nr. 162 zu Art. 9 Arbeitskampf = NZA 2003,
734 LS 2

Schweigt der Tarifvertrag zu einem bestimmten Problemkomplex, so stellt dies keine „Negativregelung“ dar. Vielmehr ist der fragliche Gegenstand weiterhin für tarifliche Auseinandersetzungen offen.

Reim, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, § 1 Rn 1009 (Im Folgenden: Däubler-Bearbeiter); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, § 22 II 2a S. 1078 (Im Folgenden: Gamillscheg)

Das BAG hat deshalb einen Arbeitskampf um die Festlegung des Ladenschlusses nicht daran scheitern lassen, dass ein ungekündigter Tarifvertrag die Festsetzung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einer Einigung zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung überlassen hatte – der Verweis auf das gesetzliche Mitbestimmungsrecht schließe eine inhaltliche Regelung nicht aus.

BAG 1 AZR 404/88 AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = DB 1989, 2228

Die Literatur hat sich dem im Wesentlichen angeschlossen.

Gamillscheg § 22 II 2 b, S. 1079; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2007, § 1 Rn 900

Als abschließende Regelung wird eine Aufzählung der Verhinderungsgründe nach § 616 BGB angesehen, auch wenn der Wortlaut insoweit „neutral“ ist.

Gamillscheg § 22 II 2 a, S. 1078; Wiedemann-Thüsing § 1 Rn 885

Ist ein einheitlicher Urlaub für alle festgelegt, so wäre damit auch ein Kampf um einen Zusatzurlaub für Ältere ausgeschlossen.

Wiedemann-Thüsing § 1 Rn 885

Auf der anderen Seite decken längere Kündigungsfristen nicht auch den Gegenstandsbereich „Kündigungsschutz“ ab, und ein ungekündigter Lohnstarif steht einer Forderung nach vermögenswirksamen Leistungen nicht entgegen.

Beide Beispiele bei Gamillscheg § 22 II 2 b (S. 1079)

c) Der Parallellfall Tarifvorrang nach § 87 Abs.1 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 BetrVG entfällt dann, soweit ein im Betrieb anwendbarer Tarifvertrag eine „zwingende und abschließende“ inhaltliche Regelung enthält.

So ausdrücklich BAG 1 ABR 47/06, DB 2007, 1476 Tz 20

Der bloße Ausschluss eines Mitbestimmungsrechts genügt nicht, da dies dem Sinn der Vorschrift – Beteiligung der Arbeitnehmer an den sie betreffenden Entscheidungen – zuwiderlaufen würde.

So zuletzt BAG 1 ABR 14/05 DB 2007, 60, 61

Dies lässt allerdings die Möglichkeit offen, dass eine Angelegenheit nicht zu 100 % im Tarif geregelt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen wird.

BAG, aaO. Im konkreten Fall war der Arbeitgeber im Tarifvertrag ermächtigt worden, unter bestimmten Voraussetzungen in Höhe von einer Stunde arbeitstäglich vom Schichtplan abzuweichen. Dies wurde als abschließende Regelung angesehen, die ein Mitbestimmungsrecht über eine Verlegung des Schichtbeginns ausschloss.

Auch wenn der Tarifvertrag im Einzelfall Auslegungsfragen aufwirft und einen bestimmten Anwendungsfall nicht bedacht hat, kann das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen sein.

BAG 1 ABR 44/02, NZA 2004, 746, 749

Übertarifliche Zulagen, die der Arbeitgeber freiwillig gewährt, sind durch die tarifliche Regelung des Entgelts nicht erfasst.

BAG 1 ABR 6/84 AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; weitere Nachweise bei Wiese, in: Kraft-Wiese u.a., Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar, Bd. II, 8. Aufl., Neuwied 2005, § 87 Rn 947 (im Folgenden: GK-Bearbeiter)

Dies gilt etwa für ein (tariflich nicht vorgesehenes) dreizehntes Monatsgehalt, für Prämien, die wegen sparsamen Materialverbrauchs oder an Außendienstmitarbeiter gewährt werden, für Ergebnisbeteiligungen, für (im Tarifvertrag nicht vorgesehene) vermögenswirksame Leistungen, für Zuschüsse zu Essensmarken oder für die Möglichkeit zur Privatnutzung eines Dienstwagens.

Dazu und mit weiteren Anwendungsfällen Klebe, in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2008, § 87 Rn 243 (im Folgenden: DKK-Bearbeiter)

Voraussetzung ist immer, dass die Leistung an Umstände anknüpft, die im Tarifvertrag keine Rolle gespielt haben.

d) Konkrete Konsequenzen für die Leiharbeit

Die drei Flächentarife für die Leiharbeit (Nachweise mit Fundstellen oben I) sprechen zahlreiche Fragen an, lassen jedoch wichtige Komplexe ungeregelt.

Die Vergütung ist als solche erfasst, allerdings in der Weise, dass je nach Entgeltgruppe ein bestimmter „Stundenlohn“ festgesetzt wird. Leistungskomponenten spielen insoweit keine Rolle. Dies bedeutet, dass auch beim Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf dem Arbeitsplatz eines Leistungslöhners nur eine Stundenvergütung geschuldet ist. Insoweit wird der Leiharbeitnehmer aufgrund der für ihn maßgebenden Tarifverträge ggf. erheblich schlechter als eine Stammarbeitskraft behandelt. Der Equal-pay-Grundsatz ist in diesem Bereich abbedungen.

Zur Frage, inwieweit diese Schlechterstellung inhaltlich zu beanstanden ist, s. unten III

Nicht angesprochen ist in den Leiharbeitsstarifen dagegen die Frage, ob der Einzelne eine Erschwerniszulage für besonders belastende Arbeitsbedingungen oder eine persönliche Leistungszulage erhält, mit der sein besonders nachhaltiger Einsatz abgegolten werden soll. Auch Prämienregelungen finden sich dort nicht, ebenso wenig Ansprüche auf vermögenswirksame Leistungen. Eine Ertragsbeteiligung findet gleichfalls keine Erwähnung.

Es wäre völlig fiktiv, wollte man alle diese Gebiete als durch die Stundenvergütung mit abgedeckt ansehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass viele andere Fragen in den Manteltarifverträgen angesprochen sind: Zuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, persönliche Arbeitsverhinderung, Entgeltumwandlung und Jahressonderzahlungen in Form von zusätzlichem Urlaubs- und Weihnachtsgeld.

S. die §§ 7 – 15 des BZA-DGB-Manteltarifvertrags, ähnlich die §§ 4 – 8 des iGZ-DGB-Manteltarifvertrags; Punkt 4. bis 14. des CGZP-AMP-Tarifvertrags

Von den Regelungsgegenständen her orientieren sich die Leiharbeitsstarife durchaus an der Praxis anderer Branchen. Genau wie dort muss man daher die nicht erfassten Bereiche als offen für neue Tarifforderungen bzw. die Mitbestimmung und das heißt hier als offen für den Equal-pay-Grundsatz ansehen. Besonders augenfällig ist dies für den Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen, der im CGZP-AMP-Tarifvertrag, nicht aber in den beiden anderen geregelt ist: In ihrem Anwendungsbereich besteht insoweit ersichtlich ein Lücke, die durch die gesetzliche Regelung nach den §§ 3 Abs.1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG gefüllt wird.

Ebenso für übertarifliche Zulagen und Gewinnbeteiligungen, die mangels Erwähnung in den Leiharbeitsstarifen auch den Leiharbeitnehmern zugute kommen, DKK-Klebe § 87 Rn 6. Für generellen Vorrang aller Regeln über den Leistungslohn Ulber § 9 Rn 211

Zum Entgelt und den wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb gehört auch die Nutzung von Sozialeinrichtungen wie der Kantine oder des Betriebskindergartens.

Dazu oben 1 b

Die damit zusammenhängenden Fragen sind in keinem der drei Tarifwerke angesprochen. Deshalb greift der Equal-pay-Grundsatz ein und verpflichtet den Verleiher, dafür zu sorgen, dass die Nutzung der Kantine und anderer Einrichtungen zu denselben Bedingungen möglich ist, die für Stammbeschäftigte des Entleiherbetriebs gelten. Dies kann entweder mit dem Entleiher vereinbart oder durch eine „Ausgleichszahlung“ (etwa für ein nicht verbilligtes Kantinenessen) bewerkstelligt werden.

In der Praxis dürften die Erschwerniszulagen, die Ertragsbeteiligungen und im Bereich der DGB-Leiharbeitsstarife die vermögenswirksamen Leistungen die größte Bedeutung haben. Dazu kommen die Nutzungsbedingungen von Sozialeinrichtungen wie z. B. einer Kantine oder einer Kinderbetreuungseinrichtung. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen sind die kurzen Ausschlussfristen in den Leiharbeitsstarifen zu beachten.

III. Gleicher Lohn für gleiche Arbeit?

Die tarifliche Abbedingung des Equal-Pay-Grundsatzes für die wichtigsten Arbeitsbedingungen führt dazu, dass bei gleicher Arbeit ungleiche Vergütungen bezahlt werden. Der als Vertretung einspringende Leiharbeitnehmer erbringt zwar dieselbe Leistung wie der Ausgefallene, erhält aber eine um 40 % niedrigere Vergütung. Dies wirft die Frage auf, ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gibt, der ggf. der Tariföffnung in §§ 3 Abs.1 Nr. 1 und 9 Nr. 2 AÜG vorgeht oder diese zumindest einschränkt.

1. Völkerrechtliche Grundlagen

Das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ findet sich in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948.

In Auszügen abgedruckt in Däubler-Kittner-Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994, unter Nr. 110

Dort ist in Art. 23 Nr. 2 bestimmt:

„Alle Menschen haben ohne jede unterschiedliche Behandlung das Recht auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit.“

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist von der Generalversammlung der UNO beschlossen worden und hatte, da diese grundsätzlich keine Rechtsetzungsbefugnisse besitzt, zunächst keinerlei unmittelbare rechtliche Relevanz. Man sprach von einer reinen Empfehlung. In der Zwischenzeit wird ihr jedoch gewohnheitsrechtliche Bedeutung jedenfalls insoweit beigemessen, als es z. B. um Diskriminierungsverbote geht.

S. Brinkmeier, Der allgemeine völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, insbesondere nach Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, Berlin 2002, S. 81, 93 ff.

Auch der deutsche Gesetzgeber ist ersichtlich von der generellen Rechtsverbindlichkeit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte ausgegangen, da er in Anlage I Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 zum Einigungsvertrag bestimmte, ein früherer Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes der DDR könne u. a. dann außerordentlich gekündigt werden, wenn er „die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 enthaltenen Grundsätze“ verletzt habe (Abs. 5 Nr. 1).

Es ist daher zumindest vertretbar, diese gewohnheitsrechtliche Geltung auch auf Art. 23 Nr. 2 der Allgemeinen Erklärung zu erstrecken.

Eine weitere Rechtsgrundlage findet sich im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (BGBl 1973 II S. 1570).

Die Text ist abgedruckt bei Däubler-Kittner-Lörcher, aaO, unter Nr. 130

Sein Art. 7 Buchstabe a bestimmt:

„Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige

Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird

a) ein Arbeitsentgelt, das allen Arbeitnehmern mindestens sichert

i) angemessenen Lohn und **gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ohne Unterschied**; insbesondere wird gewährleistet, dass Frauen keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen als Männer haben und dass sie für gleiche Arbeit gleiches Entgelt erhalten.

ii) einen angemessenen Lebensunterhalt für sie und ihre Familien in Übereinstimmung mit diesem Pakt;“ (Hervorhebung vom Verfasser)

Der Pakt ist unbestrittenermaßen Teil des innerstaatlichen Rechts.

Piepenstock, Zur Durchsetzung internationaler Sozialrechte, in: Faber-Frank (Hrsg.), Demokratie in Staat und Wirtschaft, Festschrift für Ekkehart Stein, Tübingen 2002, S. 377, 379; Scherf, Die Umsetzung des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 in die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/Main 1990, S. 30; Zuleeg, Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, RdA 1974, 321, 324

Daneben existieren im Völkerrecht nur Diskriminierungsverbote, wonach Entgeltunterschiede nicht auf bestimmte Merkmale wie das Geschlecht oder die Rasse gestützt werden dürfen.

S. etwa die ILO-Übereinkommen Nr. 100 (Lohngleichheit von Mann und Frau) und 111 (andere Diskriminierungsgründe) sowie Art. 4 der Europäischen Sozialcharta, der in Nr. 3 das „Recht männlicher und weiblicher Arbeitnehmer auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit“ anerkennt. Die fraglichen Abkommen sind abgedruckt bei Däubler-Kittner-Lörcher, aaO, unter Nr. 218, 217 und 320.

2. Konkreter Inhalt und innerstaatliche Verbindlichkeit

Die beiden Garantien des Grundsatzes „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ haben in der deutschen Diskussion bislang keine Bedeutung erlangt. In zwei Entscheidungen, in denen sich das BAG mit diesem Begriff befasste, fanden sie keine Erwähnung.

BAG 5 AZR 806/98, NZA 2000, 1050; BAG 1 AZR 604/02, NZA 2004, 803, 807;
zu beiden Entscheidungen s. auch unten 3.

Auch in der Literatur sind insoweit keine Bemühungen zu verzeichnen. Dies mag damit zusammenhängen, dass ein konsequent realisiertes Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ automatisch in Kollision mit der Tarifautonomie und mit marktwirtschaftlichen Prinzipien geraten würde: Es wäre ausgeschlossen, etwa die gleichartige Tätigkeit eines Fahrers in einem wenig rentablen Unternehmen oder in einer mit dem Überleben kämpfenden Branche schlechter zu bezahlen als in prosperierender Umgebung. Die mit der Tarifautonomie untrennbar verbundene Möglichkeit zur Differenzierung wäre aufgehoben. Auch wären die „gerechten Löhne“ gewissermaßen dem gesamten wirtschaftlichen Geschehen vorgegeben. Dies lässt sich mit Grundprinzipien der in der Bundesrepublik und anderen marktwirtschaftlich verfassten Ländern bestehenden Wirtschaftsordnung nicht vereinbaren.

Nun könnte man versuchen, den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ vom Anwendungsbereich her zu reduzieren und ihn lediglich auf das einzelne Unternehmen oder den einzelnen Betrieb zu beschränken. Das würde den genannten Einwänden Rechnung tragen. Insoweit ergibt sich allerdings ein weiteres Hindernis.

Die gewohnheitsrechtliche geltende Allgemeine Erklärung der Menschenrechte gilt nur für das Verhältnis Bürger – Staat. Eine „Horizontalwirkung“, die das Verhältnis einzelner Bürger untereinander wie Arbeitgeber und Arbeitnehmer regeln würde, ist damit nicht verbunden.

Ebenso Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57, 59

Dasselbe wird für den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte angenommen, aus dem der Einzelne keine subjektiven Rechte ableiten könne.

Ebenso Piepenstock, aaO, S. 380; Scherf, aaO, S. 64 ff.; Zuleeg RdA 1974, 321, 326

Formulierungen in der Präambel, die für eine unmittelbare Drittwirkung sprechen könnten, sind insoweit ohne Bedeutung.

Gleichwohl kommt den völkerrechtlichen Vorgaben insoweit Bedeutung zu, als sie bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen sind: Dort, wo dieses Interpretationsspielräume lässt, muss eine völkerrechtskonforme Lösung gewählt werden.

So etwa BAG 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055, 1058 Tz. 24 und 31. Zur völkerrechtskonformen Auslegung s. auch Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. Reinbek 2006, Rn 20

Dieser Weg ist in gesetzlich nicht durchnormierten Bereichen aussichtsreich,

die genannte BAG-Entscheidung betraf den Unterstützungsstreik

scheidet jedoch dann aus, wenn eine eindeutige gesetzliche Entscheidung vorliegt. Dies ist bei der Unterscheidung von Stamm- und Leiharbeitnehmern der Fall: Die §§ 3 Abs.1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG lassen abweichende Regelungen zu Lasten (und theoretisch auch zu Gunsten) von Leiharbeitnehmern eindeutig zu. Diese Öffnungsklausel bewegt sich als solche innerhalb des gesetzgeberischen Ermessens,

für Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Grundgesetz s. BVerfG NZA 2005, 153

sie ist eine inhaltlich eindeutige Regelung. Insoweit besteht kein Platz für eine völkerrechtskonforme Auslegung. Die Frage, welcher Gebrauch von dieser Ermächtigung gemacht wurde, liegt auf einer anderen Ebene.

3. „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ – Ausdruck des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?

Zu überlegen wäre schließlich, ob der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt werden kann, der sich aus § 75 Abs.1 BetrVG ableiten lässt und dem heute wohl wohl gewohnheitsrechtliche Geltung zukommt.

Näher dazu Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2008, Rn 182 ff.,
Rn 608 ff. mwN

Das BAG hat in zwei neueren Entscheidungen die Annahme eines Grundsatzes „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ abgelehnt. Gäbe es ihn, wäre die Vorschrift des § 612 Abs.3 BGB a. F. überflüssig gewesen, die bei gleicher (und gleichwertiger) Arbeit eine Differenzierung wegen des Geschlechts verboten hatte.

BAG 5 AZR 806/98 – NZA 2000, 1050; BAG 1 AZR 604/02 – NZA 2004, 803, 807;
zustimmend Schaub-Linck § 112 Rn 9

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbiete nur eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe und eine Gruppenbildung nach sachfremden Kriterien. Dies wird man in der Praxis zugrunde legen müssen, zumal abweichende Meinungen nicht erkennbar sind. Auch die Tatsache, dass § 612 Abs.3 BGB durch das AGG aufgehoben wurde, ändert daran nichts, da er der Sache nach im Benachteiligungsverbot des § 7 Abs.1 AGG fortbesteht.

Insoweit ist eine Korrektur der Schlechterstellung von Leiharbeitnehmern durch Rückgriff auf den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ unter den gegebenen Umständen nicht möglich.

IV. Diskriminierungsverbote

Im Einzelfall kann beim Einsatz von Leiharbeitnehmern eine Diskriminierung wegen eines der Merkmale des § 1 AGG in Betracht kommen. Relevant können neben dem Geschlecht insbesondere das Alter und das Vorliegen einer Behinderung sein.

1. Der Entleiher als Adressat von Diskriminierungsverboten

Nach § 6 Abs.2 Satz 2 AGG gilt der Entleiher als Arbeitgeber im Sinne des AGG. Da auch er Entscheidungsbefugnisse gegenüber dem Leiharbeitnehmer hat, soll der Schutz vor Diskriminierungen insoweit lückenlos sein.

Ebenso Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines

Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008,
§ 6 Rn 21a (im Folgenden: Däubler/Bertzbach-Bearbeiter)

Konkret bedeutet dies, dass der Entleiher überall dort, wo er Einfluss ausübt und Entscheidungen trifft, auch die Diskriminierungsverbote beachten muss.

v. Roetteken, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Heidelberg u. a. 2007 (Loseblatt) § 6 Rn 35; Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert § 6 Rn 29; Wendeling-Schröder/Stein, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2008, § 6 Rn 29

2. Mögliche Benachteiligungsformen

Diskriminierungen können einmal im Rahmen des Einstellungsverfahrens und der Einstellung selbst auftreten. Dies ist etwa der Fall, wenn der Entleiher der Verleihfirma gegenüber erklärt, nur Männer oder nur Personen „nicht älter als 35“ haben zu wollen, ohne dass er sich dabei auf eine Rechtfertigung nach §§ 8, 10 AGG stützen könnte. Insoweit gelten keine anderen Grundsätze als bei der Einstellung unmittelbar durch den Arbeitgeber.

Dazu im Einzelnen Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 19 ff. mwN

Neben einer von vorne herein diskriminierenden Anforderung von Arbeitskräften kommt auch eine benachteiligende Zurückweisung in Betracht: Der Verleiher schickt eine Person mit dunkler Hautfarbe, die der Entleiher wegen dieser „Besonderheit“ zurückweist.

Ebenso Wendeling-Schröder/Stein § 6 Rn 17

Dieselbe Situation kann sich bei der Beendigung der Arbeitnehmerüberlassung ergeben.

Adomeit-Mohr, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Stuttgart u. a. 2007, § 6 Rn 14

Der Entleiher verlangt beispielsweise die „Abberufung“ der Leiharbeiterin, weil diese zum islamischen Glauben konvertiert ist und ein Kopftuch trägt oder weil sie erhebliche Fehlzeiten hat, die Folge einer Behinderung sind.

Eine Benachteiligung kann auch bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses selbst erfolgen, indem z. B. einem bestimmten Leiharbeiter mit Rücksicht auf seine ethnische Zugehörigkeit besonders schlechte Arbeiten zugewiesen werden.

Rebhahn, in Rebhahn (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar,
Wien - New York 2005, § 1 Rn 27 zum österreichischen Recht (im Folgenden:
Rebhahn-Bearbeiter)

Auch eine rein faktische Benachteiligung ist verboten.

Adomeit-Mohr § 6 Rn 14

3. Beweisprobleme

Für Beweisfragen gelten die Grundsätze des § 22 AGG, wonach die potentiell benachteiligte Person lediglich Indizien beweisen muss, die vermuten lassen, dass sie wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde. Diese können beispielsweise in mündlichen Äußerungen des Entleihers oder in einer bestimmten Personalpolitik liegen, wonach Angehörige bestimmter Gruppen über längere Zeit hinweg immer wieder benachteiligt oder bei Anforderungen nie berücksichtigt wurden, ohne dass die Gründe erkennbar sind.

Einzelfragen bei Däubler/Bertzach-Bertzach und bei
v. Roetteken, aaO, jeweils Erl. zu § 22

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebes hat unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, nach § 17 Abs.2 AGG ein Beschlussverfahren einzuleiten, weil der Entleiher grob gegen die Diskriminierungsverbote des AGG verstoßen hat. Dies ist etwa der Fall, wenn er bei der Anforderung von Leiharbeitskräften auf Geschlecht und Alter abstellt oder wenn er bei Rücknahmeverlangen ein Merkmal des § 1 AGG eine Rolle spielt. In beiden Fällen genügt

es, wenn das fragliche Merkmal mitursächlich für die getroffene Entscheidung, wenn sie (nur) ein Motiv in einem „Motivbündel“ war.

So BVerfG 1 BvR 258/86 AP Nr. 9 zu § 611a BGB Bl. 4R; BAG 8 AZR 112/03
NZA 2004, 540, 544 für die geschlechtsspezifische Benachteiligung

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn außer der Hautfarbe auch noch das schlechte Verhältnis zu einem Vorgesetzten zu einem „Rückrufverlangen“ führte.

V. Sondersituation bei firmen- oder konzerneigener Verleihfirma

1. Der Sachverhalt

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG stellt die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen grundsätzlich von den Anforderungen des Arbeitnehmerüberlassungsrechts frei, „wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet“. Damit ist sinngemäß vorausgesetzt, dass bisher Arbeit beim Überlassenden, d. h. beim Verleiher geleistet wurde und dass diese auch in Zukunft wieder möglich sein sind.

ErfK-Wank § 1 AÜG Rn 70; Thüsing-Waas § 1 Rn 193, 199; Schüren, Kostensenkung durch konzerneigene Verleihunternehmen, BB 2007, 2346, 2349

Einzelheiten sind hier nicht zu vertiefen.

In zahlreichen Unternehmen und Konzernen wurden in den vergangenen Jahren Tochtergesellschaften gegründet, die ausschließlich Arbeitnehmerüberlassung an ein Unternehmen wie z. B. eine „Konzernschwester“ oder an alle Unternehmen des Konzerns betreiben. Die „verliehenen“ Arbeitskräfte könnten nicht im eigenen Betrieb beschäftigt werden, weshalb im Normalfall auch eine Verleiherlaubnis nach § 1 AÜG beantragt und erteilt wurde.

Soweit es sich dabei um ein Verleihunternehmen handelt, das in relevantem Umfang auch am Markt für Leiharbeit aktiv ist, bestehen gegen eine solche Gestaltung keinerlei rechtliche

Bedenken. Einem Unternehmen ist es nicht untersagt, sich in einer zusätzlichen Branche zu betätigen, sofern es die dort vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt. Problematisch wird ein solches Vorgehen erst, wenn das „Verleihunternehmen“ ausschließlich oder fast ausschließlich die Funktion hat, Personal zu rekrutieren und dieses zu den niedrigen Leiharbeitstarifen an einzelne Konzernunternehmen zu verleihen.

Beispiel: Ein Automobilzulieferer will neue Mitarbeiter rekrutieren. Statt diese zu den Bedingungen der Metallindustrie einzustellen, werden allen Bewerbern nur Arbeitsverträge der konzerneigenen Verleihfirma angeboten, deren Leistungen ca. 40 % tiefer liegen. Die Mitarbeiter werden dann den Produktionsunternehmen zur Verfügung gestellt.

2. Die sog. Strohmannproblematik

a) Die These der Literatur

In der Literatur haben insbesondere Brors und Schüren in einer solchen Gestaltung einen Missbrauch gesehen. Das „normale“ Arbeitsrecht des Entleiherbetriebs und der Bestandsschutz würden umgangen, weil die Verleihfirma nur zwischengeschaltet werde, ohne dass diese andere Funktionen erfülle.

Brors-Schüren, Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung und Kostensenkung, BB 2004, 2745 ff.; Schüren, aaO, BB 2007, 2346 ff.

Dies hat Zustimmung beim LAG Berlin (6 Sa 2008/04 – NZA-RR 2005, 353) und beim LAG Schleswig-Holstein (Beschluss vom 18.6.2008, 3 TaBV 8/08), Widerspruch jedoch beim LAG Niedersachsen (13 TaBV 56/05 – juris und EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 64 – Leitsätze auch in BB 2007, 2352) erfahren. Eine Entscheidung des BAG liegt noch nicht vor. Von daher erscheint eine nähere Betrachtung angezeigt.

Durch die Zwischenschaltung eines Verleihunternehmens büßt der Betroffene die meisten betriebsüblichen Rechte, insbesondere die Bezahlung nach den Metalltarifen ein, obwohl er von vorne herein nur für das konkrete Unternehmen oder den Konzern eingestellt wird. Die „Zwischenperson“ ermöglicht unter Verwendung der Leiharbeitstarife die Absenkung des

Entgelts um etwa 40 %. In Bezug auf das konkrete Arbeitsverhältnis kommt ihr keine andere Funktion zu. Sie ist gewissermaßen ein ausgelagerter Teil der Personalabteilung, der anders als die Firma selbst Zugang zum „Billig-Lohn-Segment“ der Leiharbeit hat.

In der geschilderten Situation hat der Beschäftigte darüber hinaus eine Position, die erheblich schlechter ist als die eines normalen Leiharbeitnehmers. Zwar erhält er denselben (geminderten) Verdienst wie dieser, doch trägt er ein ungleich höheres Arbeitsplatzrisiko. Reduziert der Entleiher seinen Bedarf oder kündigt er gar den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Verleiher, weil er z. B. einen preiswerteren externen Anbieter findet, so sind betriebsbedingte Kündigungen der Leiharbeitnehmer unabdingbar. Wird der ganze „Auftrag“ gekündigt, werden alle entlassen, verlieren die Leiharbeitnehmer automatisch ihren Arbeitsplatz, da keine weitere Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. Im Kündigungsschutzprozess sind die Betroffenen praktisch chancenlos: Das Gericht kann die zum Wegfall der Arbeitsplätze führende Entscheidung des Entleihers keiner Kontrolle unterziehen, nicht mal ihre innere Schlüssigkeit überprüfen. Im Normalfall müsste der Arbeitgeber darlegen und notfalls beweisen, dass er eine bestimmte Entscheidung getroffen hat, dass die von ihm genannten Gründe tatsächlich vorliegen und dass die Entscheidung effektiv zum Wegfall der Arbeitsplätze führt.

Zur Missbrauchskontrolle der Gerichte gegenüber unternehmerischen Entscheidungen
s. etwa BAG NZA 2003, 549 ff.

Hier kann sich der Verleiher-Arbeitgeber damit begnügen, auf die Kündigung des Vertrages durch das entleihende Konzernunternehmen zu verweisen. Eine soziale Auswahl findet mangels verbleibender Beschäftigungsmöglichkeiten beim Wegfall des Auftrags nicht statt, obwohl es im „Einsatzbetrieb“ möglicherweise zahlreiche vergleichbare Arbeitnehmer gibt, die sich nur dadurch unterscheiden, dass sie einen Vertrag mit dem Konzernunternehmen haben. Der Bestandsschutz der unter solchen Umständen Verliehenen geht gegen null.

Im Normalfall der Leiharbeit wäre die Situation eine andere. Der auf dem Markt tätige Verleiher hätte möglicherweise andere Einsatzmöglichkeiten, die erst auszuschöpfen sind, bevor eine Kündigung in Betracht kommt. Dies bringt mit hinreichender Deutlichkeit ein Orientierungssatz in der BAG-Entscheidung vom 18.5.2006 (2 AZR 412/05 – DB 2006, 1962

= AP Nr. 7 zu § 9 AÜG) zum Ausdruck, der den Kündigungsschutz des Leiharbeitnehmers wie folgt umschreibt:

„Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung entsteht ein Überhang an Leiharbeitnehmern, wenn der Einsatz von Leiharbeitnehmern endet, ohne dass der Arbeitnehmer wieder bei anderen Entleihern oder im Betrieb des Verleihers sofort oder auf absehbare Zeit eingesetzt werden kann. Dabei reicht ein bloßer Hinweis auf einen auslaufenden Auftrag und auf einen fehlenden Anschlussauftrag regelmäßig nicht aus, um einen – dauerhaften – Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu begründen. Der Arbeitgeber muss an Hand der Auftrags- und Personalplanung vielmehr darstellen, warum es sich nicht nur um eine – kurzfristige – Auftragsschwankung, sondern um einen dauerhaften Auftragsrückgang handelt und ein anderer Einsatz des Arbeitnehmers bei einem anderen Kunden bzw. in einem anderen Auftrag – auch ggf. nach entsprechenden Anpassungsfortbildungen – nicht in Betracht kommt. Dies gilt umso mehr, als es dem Wesen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Geschäft eines Arbeitnehmerüberlassungs-Unternehmens entspricht, Arbeitnehmer – oft kurzfristig – bei verschiedenen Auftraggebern einzusetzen und zu beschäftigen. Es kann geschehen, dass bereits einen Tag nach Ausspruch der Kündigung ein neuer Kunde kurzfristig Bedarf für einen Arbeitnehmer und dessen Einsatz anmeldet. Deshalb ist es gerechtfertigt, an die Darlegung der Tatsachen, auf denen die zu stellende Prognose des zukünftigen Beschäftigungsvolumens beruht, dezidierte Anforderungen – auch in zeitlicher Hinsicht – zu stellen. Das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Auftragsschwankungen muss auszuschließen sein. Kurzfristige Auftragslücken sind bei einem Leiharbeitsunternehmen nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung iSv § 1 Abs.2 S. 1 KSchG zu rechtfertigen, da sie zum typischen Wirtschaftsrisiko dieser Unternehmen gehören.“

Dieser durchaus nicht unbeträchtliche Schutz geht dem Leiharbeitnehmer verloren, der bei einer unternehmens- oder konzerninternen Verleihfirma beschäftigt ist.

Die Ausführungen des BAG machen zugleich deutlich, es gehöre zum Wesen der Arbeitnehmerüberlassung, dass sich der Verleiher um weitere Kunden auf dem Markt bemühe. Dem entspricht § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG, der eine einzel- oder kollektivvertragliche Abweichung von den Regeln des Betriebsrisikos nach § 615 BGB zu Lasten des

Arbeitnehmers ausschließt. Weiter verlangt § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AÜG, zu den schriftlich nachzuweisenden wesentlichen Arbeitsbedingungen nach dem NachwG gehöre auch „Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist.“ Auch die spezifische Risikoverteilung, die darin zum Ausdruck kommt, lässt sich in dem hier interessierenden Fall aushebeln. Das Risiko, dass die Konzernschwester als einzige „Kundin“ ihre Aufträge zurückfährt, wird voll auf den Leiharbeitnehmer verlagert. An anderer Stelle betont das BAG, die Leiharbeitsbranche weise gegenüber den Branchen der Entleiherbetriebe einige Besonderheiten auf. Dazu gehöre, dass der Arbeitnehmer bereit sein müsse, wechselnde Arbeitsaufgaben in den unterschiedlichsten Unternehmen zu erfüllen, dass andererseits aber der Arbeitgeber das Risiko fehlender Einsatzmöglichkeiten trotz vereinbarter Bezahlung tragen müsse, „das in dieser Form in anderen Arbeitsverhältnissen nicht besteht.“

So BAG 5 AZR 303/03 NZA 2004, 971, 973

Von dieser Grundstruktur der Arbeitnehmerüberlassung kann auch nicht unter Berufung auf die Vertragsfreiheit abgewichen werden, wie dies etwa im Mietrecht außerhalb der Wohnungsmiete der Fall ist, wo es nicht wenige „atypische“ Verträge gibt.

S. etwa das Leasing als atypischen Mietvertrag: BGH NJW 1990, 3016, 3017; dazu Däubler, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 20 Rn 134 ff.

Vielmehr liegt keine „Arbeitnehmerüberlassung“ mehr vor, wenn der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das in § 3 Abs.1 AÜG näher umschriebene Arbeitgeberrisiko übernimmt. Gemäß § 1 Abs.2 AÜG wird in einem solchen Fall vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt, also lediglich daran mitwirkt, dass ein Arbeitsvertrag zwischen „Entleiher“ und Arbeitnehmer zustande kommt. Möglicherweise könnten auch andere Rechtsfolgen wie die Unwirksamkeit der Verträge eintreten, da der ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingierende § 13 AÜG a. F. vor einigen Jahren aufgehoben wurde.

Zur Auseinandersetzung um die Folgen der Streichung s. Ulber, Einl. Teil D Rn 47 mwN

Darauf kommt es aber gar nicht an, da § 1 Abs.2 AÜG im vorliegenden Zusammenhang nur insoweit herangezogen wird, als er die Abweichung vom verbindlichen gesetzlichen Leitbild der Leiharbeit zusätzlich zu unterstreichen vermag.

Alles dies spricht dafür, die beschriebene Verleihpraxis als Missbrauch zu qualifizieren: Der Arbeitnehmer hat nicht die normalen Rechte anderer Leiharbeitnehmer, der Arbeitgeber dispensiert sich von dem sonst vorhandenen Risiko. Will man diese Konstruktion nicht schlicht als gesetzwidrig und damit nach § 134 BGB als nichtig qualifizieren, verstößt es jedenfalls gegen Treu und Glauben, wenn sich der Arbeitgeber auf die Abmachungen beruft, die der zwischengeschaltete Verleiher geschlossen hat. Stattdessen muss er sich so behandeln lassen, als hätte er die fragliche Person selbst zu den betriebsüblichen Bedingungen eingestellt.

Ebenso LAG Berlin NZA-RR 2005, 353 und LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.6. 2008, 3 TaBV 8/08

b) Einwände

Das LAG Niedersachsen (13 TaBV 56/05 – juris) ist dem mit dem Argument entgegengetreten, der konzerninterne Verleiher sei nach Ende eines Auftrags in derselben Situation wie ein Drittverleiher, der im Schwerpunkt an einen oder wenige Großkunden gebunden sei (Tz 45). Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil auch der „einseitig“ ausgerichtete Normalverleiher der BAG-Rechtsprechung genügen und grundsätzlich erst einmal beschäftigungsfreie Zeiten hinnehmen muss, während der konzerninterne Verleiher vom sicheren Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit ausgehen kann. Nicht bedacht ist weiter, dass der konzerninterne Verleiher nicht notwendig über eine eigene Willensbildung verfügt, so dass letztlich der Entleiher nach eigenen Vorstellungen über den Personalabbau entscheidet, ohne sich dafür der üblichen gerichtlichen Kontrolle stellen zu müssen.

Weiter betont das LAG Niedersachsen, bei § 1 Abs.2 AÜG (auf den sich die „Strohmanntheorie“ – angeblich - entscheidend stütze), handle es sich heute um eine rein gewerberechtliche Vorschrift, deren Verletzung keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen habe (Tz 47 – 49). Dies mag man so sehen,

Bedenken bei Schüren BB 2007, 2346, 2347

doch kommt es darauf gar nicht an: Auch eine gewerberechtliche Vorschrift kann die hier vertretene Ansicht bestätigen, dass das Leiharbeitsverhältnis durch eine bestimmte Risikostruktur charakterisiert ist, von der die Beteiligten nicht abweichen können. Bemerkenswert ist, dass in Tz 50 auch das LAG Niedersachsen Bedenken durchschimmern lässt, wenn es betont:

„Hier mag ein rechtlicher Gestaltungsspielraum genutzt werden, der nicht dem eigentlichen Gesetzeszweck entspricht, der aber – und das ist wesentlich – durch das AÜG nicht untersagt ist.“

Schließlich verweist das LAG Niedersachsen in Tz 44 auf zwei Entscheidungen des BAG, die die zu entscheidende Frage bereits in bejahendem Sinne beantwortet hätten.

Im einen Fall (BAG 1 ABR 61/03, NZA 2005, 1199 = AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972) ging es um eine gemeinnützige GmbH, deren Anteile zu 100 % beim Kreisverband des Deutschen Roten Kreuzes lagen. Dieser betrieb am fraglichen Ort ein Alten- und Pflegeheim und stellte neue Arbeitskräfte nur noch mit Hilfe der GmbH ein. Diese war ihrerseits nicht tarifgebunden. Der Betriebsrat des Alten- und Pflegeheims verweigerte seine Zustimmung zu der Einstellung von Leiharbeitnehmern, die von der GmbH geschickt wurden. Das BAG ersetzte die Zustimmung, weil kein Verweigerungsgrund vorgelegen habe: Ob der Equal-pay-Grundsatz auch für die (hier vorliegende) nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gelte, sei zweifelhaft, doch könne der Betriebsrat jedenfalls in der gegebenen Konstellation die Verletzung dieses Prinzips nicht als Zustimmungsverweigerungsgrund heranziehen. Die Frage eines Rechtsmissbrauchs wurde nicht zum Thema gemacht. Rückschlüsse auf die hier interessierende Problematik sind des anderen Ausgangspunkts und des anderen Streitgegenstands wegen nicht möglich.

Im zweiten Fall (BAG 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006 = DB 2005, 1855) ging es um eine Personalführungsgesellschaft innerhalb eines multinationalen Konzerns, die den Einsatz von Arbeitnehmern aus deutschen Betrieben im Ausland und den Einsatz der aus dem Ausland kommenden in Deutschland koordinierte. Sie schloss mit den ihren Arbeitsstaat verändernden

Personen jeweils einen Arbeitsvertrag und sandte die fraglichen Personen an konzernzugehörige Unternehmen, wobei diese durchaus wechseln konnten. Im Verfahren ging es um die (vom BAG bejahte) Frage, ob die „überlassenen“ Mitarbeiter bei der Betriebsratswahl mitzuzählen waren. Daraus Schlüsse auf den vorliegenden Fall zu ziehen, scheidet schon deshalb aus, weil es ersichtlich nicht um die Unterbietung der Normalbedingungen ging. Den Betroffenen wurde vielmehr ein stabiles Arbeitsverhältnis verschafft, das sie in keiner Weise benachteiligte; sich auf dieses zu berufen, hätte für keine Seite gegen Treu und Glauben verstoßen.

c) Parallelen in der Rechtsprechung des BAG

Im Zusammenhang mit dem mittelbaren Arbeitsverhältnis hat das BAG eine wichtige, auch im vorliegenden Zusammenhang relevante These entwickelt. Würden sich dem Arbeitgeber verschiedene arbeitsvertragliche Gestaltungsformen anbieten, so dürfe er nicht willkürlich die ihm günstigere auswählen. Vielmehr könne er dies nur aus sachlichem Grund tun, weil sonst Schutzvorschriften umgangen würden.

So BAG 3 AZR 446/80, AP Nr. 5 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis = NJW 1983, 645

Als Parallele verwies das Gericht auf seine damalige Befristungsrechtsprechung, die ein Ausweichen vom unbefristeten, dem KSchG unterliegenden auf ein befristetes Arbeitsverhältnis nur aus „sachlichem Grund“ zuließ.

BAG AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Unzulässig wäre es auch, wollte man einen Betrieb in so viele Teile zerlegen, dass die Kleinbetriebsgrenze bei vielen oder allen neuen Einheiten nicht mehr überschritten und so das KSchG unanwendbar würde.

Zusammenfassend BAG 2 AZR 636/01 NZA 2003, 549, 551 linke Spalte; darauf beruft sich auch das LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.6.2008 3 TaBV 8/08

Wurde eine bestimmte Tätigkeit sowohl von freien Mitarbeitern als auch von Arbeitnehmern ausgeübt, so konnte bei weiteren Einstellungen das Freie-Mitarbeiter-Verhältnis gleichfalls nur aus sachlichem Grund gewählt werden.

BAG AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit

Überträgt man dies auf den vorliegenden Fall, so ist ein „sachlicher Grund“ für die Wahl einer „Dreieckskonstruktion“ über einen „konzerneigenen“ Verleiher nicht erkennbar. Das schlichte Einsparen von Lohnkosten genügt hierfür nicht, da der arbeitsrechtliche Schutz auch im Bereich Kündigungsschutz/Befristung nicht deshalb zur Disposition steht, weil ggf. ein befristetes Arbeitsverhältnis weniger Kosten verursacht.

Ebenso im Ergebnis Schüren BB 2007, 2346, 2348

d) Bestätigende Stimmen in der Literatur

Einzelne Autoren haben sich in jüngerer Zeit zu der hier interessierenden Frage geäußert. So hat etwa Dörner (Der Leiharbeiter in der Betriebsverfassung, in: Kohte-Dörner-Anzinger (Hrsg.), Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wißmann, München 2005, S. 286, 297) den Standpunkt vertreten, auch im Falle des § 1 Abs.2 AÜG könne keine automatische Betriebszugehörigkeit des überlassenen Arbeitnehmers angenommen werden, da § 13 AÜG a. F. ersatzlos weggefallen sei. Allerdings seien Umgehungstatbestände denkbar, in denen man doch zu einer direkten Zuordnung komme. Im Einzelnen führt er aus:

„Allenfalls im Einzelfall, wenn festgestellt werden könnte, dass der Überlassende überhaupt keine Möglichkeit hätte, seine Arbeitnehmer selbst einzusetzen oder anderweit zu vermitteln, käme unter Anwendung allgemein gültiger Rechtsregeln die Annahme einer Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitsnehmern auch ohne ausdrückliche vertragliche Bindung in Betracht.“

Vorsichtig, aber in dieselbe Richtung gehend ist auch eine Aussage von Rieble (Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin u.a. 1996, Rn 874). Vor allem im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung gelte: „Wenn der

Arbeitgeber...kein vollwertiger Arbeitgeber ist, sondern sich diese Funktionen mit dem hinter ihm stehenden Auftraggeber teilt, kann ein Durchgriff erforderlich sein.“ Im hier interessierenden Zusammenhang dürften die Arbeitgeberfunktionen nicht einmal geteilt sein, sondern voll beim Einsatzunternehmen liegen. Schließlich hat Henssler schon vor längerer Zeit (Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin 1983, S. 59 - zitiert auch bei Schüren BB 2007, 2346, 2347) ausgeführt:

„Ein wichtiges Argument für die Arbeitgeberstellung des entleihenden Konzernunternehmens bilden die andernfalls aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung bestehenden Umgehungs- und Missbrauchsmöglichkeiten ... Der verleihenden Gesellschaft kommt in diesem Fall nur untergeordnete Bedeutung zu. Über die Art des Arbeitseinsatzes entscheidet allein die entleihende Konzerngesellschaft. Ihr muss daher zugleich die volle Pflichtenstellung eines Arbeitgebers zukommen.“

3. Anwendungsprobleme

Die bisherigen Ausführungen gingen davon aus, dass das unternehmens- oder konzernabhängige Verleihunternehmen ausschließlich oder fast ausschließlich damit befasst ist, Arbeitskräfte einzustellen und als „Leiharbeiter“ an das Unternehmen bzw. einzelne Konzernunternehmen zu überlassen. In diesem Fall kann sich der „Entleiher“ nach § 242 BGB nicht auf die Existenz eines Leiharbeitsverhältnisses berufen, sondern muss den Betroffenen wie einen eigenen Beschäftigten behandeln. Daran ändert sich aber nichts, wenn das „Verleiherunternehmen“ daneben noch andere Funktionen erfüllt, beispielsweise Entwürfe für die Personalplanung erstellt. Weiter bleibt das Vorliegen des Umgehungstatbestands unberührt, wenn der „Verleiher“ für den Einsatz im Konzern ausbildet: Auch dann verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn die Einzelnen nach Abschluss der Ausbildung einem Konzernunternehmen überlassen werden und zuvor ein Arbeitsvertrag unter Verweisung auf die Leiharbeitstarife geschlossen wird. Nur bei erheblicher Aktivität auf dem Markt für Leiharbeitskräfte kann anderes gelten.

VI. Zusammenfassung

1. Die Flächentarife für die Leiharbeit haben die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ nicht erschöpfend geregelt. Erschwerniszulagen, Erfolgsbeteiligungen und – im Geltungsbereich der DGB-Leiharbeitstarife – vermögenswirksame Leistungen können daher unter Wahrung der Ausschlussfristen gerichtlich geltend gemacht werden. Auch Ansprüche wegen gleichberechtigter Nutzung von Sozialeinrichtungen kommen in Betracht.
2. Ein Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ ist im Völkerrecht anerkannt, doch wird er in der deutschen Diskussion praktisch nicht zur Kenntnis genommen. Auch wenn man ihn auf den einzelnen Betrieb oder das einzelne Unternehmen beschränkt, scheitert seine Anwendung daran, dass die einschlägigen völkerrechtlichen Normen nicht im Verhältnis zwischen Privatpersonen gelten. Die Differenzierung zwischen Leiharbeitnehmern und eigenen Arbeitskräften des Entleihers ist als solche im Gesetz eindeutig festgelegt, so dass auch eine völkerrechtskonforme Auslegung ausscheidet. Auch hat es das BAG ausdrücklich abgelehnt, ein Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten.
3. Soweit der Entleiher selbst Entscheidungsbefugnisse besitzt (etwa Anforderung und Abberufung von Arbeitskräften, Zuteilung von Arbeit) ist er an das AGG gebunden.
4. Unternehmens- oder konzerneigene Verleiher, die unter Heranziehung der Leiharbeitstarife Arbeitskräfte ausschließlich oder fast ausschließlich an das Stammunternehmen bzw. eine Konzernschwester überlassen, missbrauchen die vom AÜG eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten. Das „entleihende“ Unternehmen würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte es die übernommenen Arbeitskräfte nicht wie eigene Beschäftigte behandeln.