

Thomas Blanke

**Welche Änderungen des deutschen Gesetzes erfordert die
Umsetzung der EU-Richtlinie Leiharbeit – mit dem
Schwerpunkt Gleichbehandlungsgrundsatz und
Abweichungen gem. Art. 5 der EU-RI?**

Rechtsgutachten

Erstattet im Auftrag des DGB

Oldenburg i.O. April 2010

GLIEDERUNG:

I. Sachverhalt und Problemstellung	5
1. Sachverhalt: Die EU-RL 2008/104/EG – Der Grundsatz der Gleichbehandlung, Ziel der RL, Überprüfung der Einschränkungen und Verbote	5
2. Gutachtenfragestellung - Differenzen zwischen der neuen RL Leiharbeit und dem Kommissionsentwurf von 2002	10
II. Rechtsgutachten: Der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips nach der RL 2008/104/EG	10
1. Empirische und historische Vergewisserung	11
1.1. Zur Empirie der Leiharbeit	11
1.2. Leiharbeit als prekäre Beschäftigung	19
1.3. Die Entstehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Recht der EU	21
1.4. Die Entstehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Deutschland	28
1.5. Die Entstehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Recht der Mitgliedstaaten der EU	37
1.6. Grundmuster der Leiharbeit in der EU: Deutschland und Frankreich	41
1.7. Ergebnis: Der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips in der Leiharbeit in empirischer und historischer Sicht	44
2. Normative Bezugspunkte des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Leiharbeit	48
2.1. Die EU-Grundrechte-Charta	48
2.1. 1. Der Status der Grundrechte-Charta	48
2.1.2. Art. 20 Grundrechte-Charta	52
2.1.3. Die speziellen Gleichheitsrechte der Grundrechte-Charta	54
2.1.4. Nichtdiskriminierung gemäß Art. 21 Grundrechte-Charta: Diskriminierungsverbot versus Gleichstellungsgebot?	56
2.1.5. Art. 151AEUV (ex Art. 136 EG) und die Nicht-Regressionsklausel	

<i>des Art. 9 Abs.2 RL 2008/154/EG</i>	60
<i>2.1.6. Sonstige Gleichbehandlungsgebote im internationalen Recht und im Recht der EU</i>	65
2.2. Zusammenfassung: Der Gleichbehandlungsgrundsatz der RL Leiharbeit im Lichte der Gleichbehandlungsgewährleistungen des internationalen und des EU-Rechts	71
2.3. Der Stellenwert des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen des Flexicurity-Ansatzes	73
Ergebnis	85
3. Die Auslegung des Art.5 RL 2008/104/EG	85
3.1. Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	85
3.2. Die Ausnahme nach Art. 5 Abs.2 RI 2008/104/EG	88
3.3. Die Tarifausnahme gem. Art. 5 Abs.3 RI 2008/104/EG	91
3.4. Die Ausnahme gem, Art. 5 Abs.4 RL 2008/104/EG	101
3.5. Das Missbrauchsverbot des Art. 5 Abs.5 RL 2008/104/EG	103
4. Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG: Arbeitsvertragliche Bezugnahme, Tariffähigkeit der CGZP und die konzerninterne Ausgründung von Personalleasingunternehmen	104
4.1. Die Unzulässigkeit der Abweichung vom gesetzlichen Gleichbehandlungsgebot durch arbeitsvertragliche Bezugnahme	105
4.2. Tarifliche Unwirksamkeit mangels Tariffähigkeit der CGZP?	108
4.3. Konzerninterne Ausgründung von Personalleasingfirmen und „Strohmannkonstruktionen“	109
5. Änderungsbedarfe im AÜG aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie der EU	115
5.1. Der Anwendungsbereich: Vorübergehende Überlassung	116

5.2. Nicht nur gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung i.S. des AÜG	117
5.3. Aufhebung der Konzernprivilegierung gem. § 1 Abs.3 Nr.2 AÜG?	118
5.4. Aufhebung des Verbots der Leiharbeit im Baugewerbe gem. § 1 b Abs.1 S.3 AÜG?	119
5.5. Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art.5 RL	120
<i>5.5.1. Streichung der Sechs-Wochen-Ausnahme</i>	120
<i>5.5.2. Die Ausnahme bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen gem. Art. 5 Abs.2 RL Leiharbeit</i>	121
<i>5.5.3. Die Tarifausnahme nach Art. 5 Abs. 3 RL</i>	121
5.6. Gleichbehandlungsgrundsatz und Vergütung des Leiharbeitnehmers zwischen einzelnen Überlassungen	122
5.7. Die Unterrichtungspflicht über offene Stellen im Entleiherbetrieb nach Art. 6 Abs.1 RL	125
5.8. Zugang zu Sozial- und Gemeinschaftseinrichtungen	126
5.9. Sanktionen bei Verstößen gegen die RL	126
6. Reaktionen	126
6.1. Referentenentwurf in Deutschland	126
6.2. Umsetzung in Großbritannien durch nationales Tarifabkommen und Gesetz	128
7. Gesamtergebnis des Gutachtens	129
7.1. Der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips in der Leiharbeit in empirischer und historischer Sicht	129
7.2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz der RL Leiharbeit im Lichte der Gleichbehandlungsgewährleistungen des internationalen und des EU-Rechts	133
7.3. Flexicurity und Gleichbehandlungsgebot	135
7.4. Änderungsbedarfe im AÜG aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG	137
LITERATURVERZEICHNIS	139

I. Sachverhalt und Problemstellung*

1. Sachverhalt: Die EU-RL 2008/104/EG – Der Grundsatz der Gleichbehandlung, Ziel der RL, Überprüfung der Einschränkungen und Verbote

Die wesentliche Neuerung, die die EU-RL Leiharbeit i.d.F. der RL 2008/104/EG bewirkt hat, bezieht sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Er ist in Art. 5 RL enthalten und lautet:

Grundsatz der Gleichbehandlung

(1) Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.

Bei der Anwendung von Unterabsatz 1 müssen die im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln in Bezug auf

*a) den Schutz schwangerer und stillender Frauen und den Kinder- und Jugendschutz sowie
b) die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung so eingehalten werden, wie sie durch Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Tarifverträge und/oder sonstige Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind.*

*Ich danke K. Lörcher für Anregungen zu Korrekturen und nützliche Tipps, Herrn Walser und Frau Dr. Graue für hilfreiche Vorarbeiten und Frau Mazur für Unterstützung bei der Literaturbeschaffung.

(2) In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.

(3) Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können.

(4) Sofern Leiharbeitnehmern ein angemessenes Schutzniveau gewährt wird, können Mitgliedstaaten, in denen es entweder kein gesetzliches System, durch das Tarifverträge allgemeine Gültigkeit erlangen, oder kein gesetzliches System bzw. keine Gepflogenheiten zur Ausweitung von deren Bestimmungen auf alle vergleichbaren Unternehmen in einem bestimmten Sektor oder bestimmten geografischen Gebiet gibt, — nach Anhörung der Sozialpartner auf nationaler Ebene und auf der Grundlage einer von ihnen geschlossenen Vereinbarung — Regelungen in Bezug auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern festlegen, die vom Grundsatz des Absatzes 1 abweichen. Zu diesen Regelungen kann auch eine Wartezeit für Gleichbehandlung zählen.

Die in diesem Absatz genannten Regelungen müssen mit den gemeinschaftlichen Bestimmungen in Einklang stehen und hinreichend präzise und leicht zugänglich sein, damit die betreffenden Sektoren und Firmen ihre Verpflichtungen bestimmen und einhalten können. Insbesondere müssen die Mitgliedstaaten in Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 angeben, ob betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, einschließlich Rentensysteme, Systeme zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Systeme der finanziellen Beteiligung, zu den in Absatz 1 genannten wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zählen. Solche Vereinbarungen lassen Vereinbarungen auf nationaler, regionaler, lokaler oder sektoraler Ebene, die für Arbeitnehmer nicht weniger günstig sind, unberührt.

(5) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen gemäß ihren nationalen

Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, um eine missbräuchliche Anwendung dieses Artikels zu verhindern und um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern. Sie unterrichten die Kommission über solche Maßnahmen.

Ähnliche Regelungen finden sich in den Erwägungsgründen zu der RL. Dort heißt es in Nr. 14ff.

(14) Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Leiharbeitnehmer sollten mindestens denjenigen entsprechen, die für diese Arbeitnehmer gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt würden.

(15) Unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Im Falle von Arbeitnehmern, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen geschlossen haben, sollte angesichts des hierdurch gegebenen besonderen Schutzes die Möglichkeit vorgesehen werden, von den im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln abzuweichen.

(16) Um der Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen auf flexible Weise gerecht zu werden, können die Mitgliedstaaten den Sozialpartnern gestatten, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festzulegen, sofern das Gesamtschutzniveau für Leiharbeitnehmer gewahrt bleibt.

(17) Außerdem sollten die Mitgliedstaaten unter bestimmten, genau festgelegten Umständen auf der Grundlage einer zwischen den Sozialpartnern auf nationaler Ebene geschlossenen Vereinbarung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in beschränktem Maße abweichen dürfen, sofern ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet ist.

(18) Die Verbesserung des Mindestschutzes der Leiharbeitnehmer sollte mit einer Überprüfung der Einschränkungen oder Verbote einhergehen, die möglicherweise in Bezug auf Leiharbeit gelten. Diese können nur aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem des Arbeitnehmerschutzes, der Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz und der Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten, gerechtfertigt sein.

(19) Die vorliegende Richtlinie beeinträchtigt weder die Autonomie der Sozialpartner, noch sollte sie die Beziehungen zwischen den Sozialpartnern beeinträchtigen, einschließlich des Rechts, Tarifverträge gemäß nationalem Recht und nationalen Gepflogenheiten bei gleichzeitiger Einhaltung des geltenden Unionsrechts auszuhandeln und zu schließen.

Der Zusammenhang zwischen dem Schutz der Leiharbeitnehmer und dem Grundsatz der Gleichbehandlung wird in Art 2 RL näher definiert. Dort heißt es:

Ziel

Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen.

Auch Erwägungsgrund Nr. 23 betont, dass das Ziel der RL im Schutz der Leiharbeitnehmer bestehe.

„ (23) Da das Ziel dieser Richtlinie, nämlich die Schaffung eines auf Gemeinschaftsebene harmonisierten Rahmens zum Schutz der Leiharbeitnehmer,...“

Auch Erwägungsgründe Nr. 12, 23 betonen, dass das Ziel der RL im Schutz der Leiharbeitnehmer bestehe. Zugleich wird die Zielsetzung der RL („Schutz der Leiharbeitnehmer“ einerseits und Wahrung der „Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen“ andererseits) definiert.

(12) Die vorliegende Richtlinie legt einen diskriminierungsfreien, transparenten und verhältnismäßigen Rahmen zum Schutz der Leiharbeitnehmer fest und wahrt gleichzeitig die Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen.

(23) Da das Ziel dieser Richtlinie, nämlich die Schaffung eines auf Gemeinschaftsebene harmonisierten Rahmens zum Schutz der Leiharbeitnehmer...

Die Regelungen zur Überprüfung von Einschränkungen und Verboten finden sich in Art. 4 der RL:

Überprüfung der Einschränkungen und Verbote

(1) Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind 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 Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten.

(2) Nach Anhörung der Sozialpartner gemäß den nationalen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und Gepflogenheiten überprüfen die Mitgliedstaaten bis zum 5. Dezember 2011 die Einschränkungen oder Verbote des Einsatzes von Leiharbeit, um festzustellen, ob sie aus den in Absatz 1 genannten Gründen gerechtfertigt sind.

(3) Sind solche Einschränkungen oder Verbote durch Tarifverträge festgelegt, so kann die Überprüfung gemäß Absatz 2 von denjenigen Sozialpartnern durchgeführt werden, die die einschlägige Vereinbarung ausgehandelt haben.

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 gelten unbeschadet der nationalen Anforderungen hinsichtlich der Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanziellen Garantie und Überwachung der Leiharbeitsunternehmen.

(5) Die Mitgliedstaaten informieren die Kommission über die Ergebnisse der Überprüfung gemäß den Absätzen 2 und 3 bis zum 5. Dezember 2011.

Ähnlich formuliert Erwägungsgrund 18. Dort heißt es:

(18) Die Verbesserung des Mindestschutzes der Leiharbeitnehmer sollte mit einer Überprüfung der Einschränkungen oder Verbote einhergehen, die möglicherweise in Bezug auf Leiharbeit gelten. Diese können nur aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem des Arbeitnehmerschutzes, der Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am

Arbeitsplatz und der Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten, gerechtfertigt sein.

2. Gutachtenfragestellung - Differenzen zwischen der neuen RL Leiharbeit und dem Kommissionsentwurf von 2002 mit Schwerpunkt auf dem Gleichberechtigungsprinzip

Die RL zur Leiharbeit 2008/104/EG

der Begriff Leiharbeit wird hier als „pars pro toto“ synonym für den rechtstechnischen Begriff der Arbeitnehmerüberlassung und die branchentypischen Begriffe der Zeitarbeit oder des Personalleasing verwendet (vgl. dazu unten unter II.1.); im übrigen wird nachstehend zur Vermeidung von Dopplungen allein die männliche Form verwendet

betont in Art. 5 den Grundsatz der Gleichbehandlung, sieht von ihm aber auch in spezifischen Fällen Ausnahmen vor. Die Gutachtenfragestellung geht dahin, welcher gesetzliche Umsetzungsbedarf sich angesichts dieser Gemeinsamkeiten und Differenzen aus der RL 2008/104/EG unter besonderer Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergibt. Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung ist in Deutschland im AÜG geregelt. Dessen Korrekturbedarf gilt es also auszuloten.

II. Rechtsgutachten: Der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips nach der RL 2008/104/EG

Der Aufbau des nachstehenden Rechtsgutachtens bestimmt sich wie folgt: Es gilt, den Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach der RL 2008/104/EG herauszuarbeiten (II.) Dazu wird zunächst eine empirische und historische Vergewisserung vorgenommen. (1.) In diesem Kontext ist die Empirie der Leiharbeit (1.1.) aufzunehmen, sodann wird die Qualität von Leiharbeit als atypische bzw. prekäre Beschäftigung (1.2.) näher erläutert. Die gesetzlichen Änderungsbedarfe sind auf das AÜG bezogen, dessen geltende Fassung sich seit dem 1.1.2003 an dem RL- Entwurf der EU Kommission zur Leiharbeit orientiert. Deshalb kann die Bestimmung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nur auf der Basis der Entstehung

der Rechtslage in der EU (1.3.) und der nationalen Regelungen in Deutschland (1.4.) sowie den übrigen Mitgliedstaaten der EU (1.5.) erfolgen. Diese Entwicklung hat zur Entstehung divergierender Regelungen der Leiharbeit in der EU geführt, wobei dem deutschen und dem französischen Modell besondere Relevanz zukommt (1.6.). Damit kann der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips in der Leiharbeit in empirischer und historischer Sicht bestimmt werden (2.).

Daran anschließend erfolgt die Untersuchung der normativen Grundlagen des Gleichbehandlungsprinzips (II.2). Hierbei wird zum einen die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Leiharbeit vor dem Hintergrund der EU-Grundrechte-Charta und der Gewährleistung sonstiger Gleichbehandlungsrechte (2.1.) ausgelotet und sein Stellenwert im Rahmen des Flexicurity-Ansatzes auf nationaler und internationaler Ebene (2.2.) bestimmt.

Sodann erfolgt eine detaillierte Auslegung von Art. 5 der RL Leiharbeit 2008/104/EG (II. 3.) und die Bestimmung seiner Grenzen (II. 4.). Diese Untersuchung dient als Folie für die Präzisierung der gesetzlichen Änderungsbedarfe (II.5.).

Abschließend werden die zwischenzeitlich erfolgten Reaktionen zur Umsetzung der EL (II.6.) aufgezeigt.

1. Empirische und historische Vergewisserung

1.1. Zur Empirie der Leiharbeit

Die tatsächliche Lage der Leiharbeiter ist inzwischen recht gut dokumentiert

vgl. den 10. und 11. Erfahrungsbericht der Bundesregierung zur Zeitarbeit, die vorbereitende Stellungnahme zum 11. Erfahrungsbericht der Bundesregierung der BZA v. 31.1.2009 und den Forschungsbericht des IAB v. 20.5.2009 zum Thema „Arbeitnehmerüberlassung“, dessen Ergebnisse ebenfalls im 11. Bericht der Bundesregierung, BT- Drs. 17/464 berücksichtigt werden sollten; kritisch zur Einarbeitung der Ergebnisse des Forschungsberichts und der aktuellen Erhebungen der

Bundesanstalt für Arbeit: DGB, Arbeitsmarkt aktuell Nr. 4, März 2010; vgl. ferner die Darstellung bei Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? - Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, (Stand 15.4.2010), B I a).; Sehrbrock, Reform des Arbeitsrechts, AiB 2008, 563, 565,

Die *Zahl der Leiharbeitsverhältnisse* ist von Beginn ihrer Zulassung im Jahr 1972 an beständig angestiegen und hat seit 2004 einen rasanten Aufschwung genommen. In der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise ist ihr Anteil rückläufig. Der beschäftigungspolitische Höhepunkt war im Juli 2008 mit ca. 823.000 Leiharbeitsverhältnissen (= 2,6 % der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten) erreicht und ging danach auf ca. 580.000 im Oktober 2009 zurück

zu den Daten siehe Waltermann, Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), B. I. a) ; nach: Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland, Monatsbericht Oktober 2009, S. 58 und Monatsbericht Dezember und für das Jahr 2009, S.74.

Dies zeigt die *Konjunkturabhängigkeit der Leiharbeit*. Die konjunkturelle Variabilität ist dabei noch erheblich stärker ausgeprägt als beispielsweise bei der befristeten Beschäftigung oder Überstunden

Burda/Kvasnicka, PwP 2006, 209.

In der aktuellen Wirtschaftskrise haben innerhalb von einem Jahr 430.000 Leiharbeitnehmer ihren Job verloren; Leiharbeitnehmer werden bei nachlassender Konjunktur als erste entlassen und im Aufschwung als erste wieder eingestellt

vgl. ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010, S. 74 und 75 (bezogen auf die USA). Der Studie von ciett zufolge ist Deutschland im Jahr 2008 nach den USA, Japan, Großbritannien und Brasilien zum fünftgrößten Markt für Leiharbeitnehmer aufgestiegen, S. 20; Adamy, Job-Verluste und Arbeitslosigkeit in der Wirtschaftskrise, 2009, S. 2.

Darüber hinaus ist die *Dauer von Leiharbeitsverhältnissen* trotz ihrer gesetzlichen Ausgestaltung als grundsätzlich unbefristet kurz: Während in der Leiharbeit der Bestand an Leiharbeitnehmern rund 1,7 mal im Jahr (etwa alle sieben Monate) umgeschlagen oder erneuert wurde, belief sich dieser Wert in der Gesamtwirtschaft auf lediglich 0,25 (alle vier Jahre). 60 Prozent aller beendeten Leiharbeitsverhältnisse hatten 2004 eine Beschäftigungsdauer von unter drei Monaten und zwar trotz der Ausgestaltung der Leiharbeit in Deutschland als grundsätzlich unbefristetes Arbeitsverhältnis sowie der Aufhebung der Überlassungshöchstdauer; die gleichen Zahlen werden auch für 2008 berichtet

Burda/Kvasnicka, PwP 2006, 213; Brenke/Eichhorst, Leiharbeit breitet sich rasant aus, DIW Wochenbericht 19/2008, 242, 246. „Im zweiten Halbjahr 2008 hatten 8,7% der in diesem Kalenderhalbjahr beendeten Leiharbeitsverhältnisse eine Dauer von unter einer Woche, 42,4 % hatten eine Dauer von einer Woche bis unter drei Monate und 48,9%waren länger als drei Monate beschäftigt“, Elfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 13.1.2010, BT-Drs. 17/464, S.48; die empirische Studie von Antoni/Jahn weist nach, dass die Flexibilisierung der Leiharbeit in den Jahren 1997, 2002 und 2003 trotz Ausdehnung der Überlassungshöchstdauer dazu geführt hat, dass die Beschäftigungsdauer in der Branche gesunken ist und die Zahl der Kettenarbeitsverträge zugenommen hat, vgl. Antoni/Jahn, Boomende Branche mit hoher Fluktuation, IAB-Kurzbericht Nr. 14/2006, 1,3.

Der *Organisationsgrad der Leiharbeitnehmer* ist mit ca. 2,5% nach wie vor sehr gering

vgl. DGB-Bundesvorstand, Arbeitsmarkt aktuell 7/2008, 1, 14;

entsprechend *niedrig sind die Tariflöhne*. Im Feld der Leiharbeit hat zunächst die Christliche Gewerkschaft Zeitarbeit (CGZP) einen Tarifvertrag abgeschlossen

Düwell in: Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, 2005, 74; Martin, Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 247.

Die mit der Interessengemeinschaft Nordbayrischer Zeitarbeitsunternehmen, e.V. im Tarifvertrag v. 24.2.2003 flächentariflich vereinbarten Stundengrundlöhne betragen in den alten Bundesländern 6,30 € und in den neuen Bundesländern 5,70 €. Das in dem Tarifvertrag vorgesehene „Aufwachsen“ der Entgeltentwicklung bis hin zu 100% des Entgelts vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes sollte erst ab dem 37. Monat des ununterbrochenen Einsatzes erfolgen – eine angesichts der durchschnittlichen Überlassungsdauer von 3 bis 4 Monaten „in der Praxis nicht erreichbare“ Bezugsgröße

Düwell in: Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, 2005, 74.

Sodann kam es auch zum Abschluss von Tarifverträgen zwischen der beim DGB gebildeten Tarifgemeinschaft von acht Gewerkschaften mit dem BZA und der iGZ unter dem 22.7.2003 bzw. dem 29.5.2003. Das am 1.1.2004 in Kraft getretene Tarifwerk lag zwar über den von der CGZP vereinbarten Löhnen, überschritt diese aber nicht wesentlich

vgl. die Darstellung bei Martin, Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 247;
Düwell in: Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, 2005, 74f.; Waltermann,
Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), B. I. 2. a)

Nach mehreren Verlängerungen der Tarifverträge verhandelten der DGB und die BZA im Frühjahr 2010 erneut über die Tarifverträge zur Leiharbeit. Der zunächst abgeschlossene Mindestlohtarifvertrag, dessen Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG beantragt werden sollte, wurde von der IG Metall und Ver.di nicht unterzeichnet und konnte deshalb nicht in Kraft treten

vgl. den Bericht auf der homepage von UNI Global Union v. 12.2.2010

Am 9. März 2010 erfolgte dann der Durchbruch: Neben einem Entgelttarifvertrag wurde (erneut) auch ein Tarifvertrag zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen in der Zeitarbeit beschlossen. Auch dieser „Mindestlohtarifvertrag“ geht von geringen Stundenlohnsätzen aus

vgl. den Bericht auf der homepage des DGB, der iGZ und des BZA (Bundesverband Zeitarbeit) v. 9.3.2010; dort heißt es: „Nachdem der Mindestlohtarifvertrag Ende 2008 ohne Nachwirkung ausgelaufen war, haben die Tarifvertragsparteien heute einen

neuen Mindestlohntarifvertrag verhandelt und sich dabei auf die Entgelte der Entgeltgruppe 1 verständigt“. Das allgemeine Tarifniveau (unklar ist, ob dies auch für den Mindestlohntarifvertrag gilt) steigt in der Entgeltgruppe 1 bis zum 31.10.2013 im Westen auf EUR 8,19 und im Osten auf EUR 7,50. Gleichzeitig einigten sich die Tarifparteien aus aktuellem Anlass darauf, dass das Tarifwerk „künftig bei missbräuchlicher Nutzung der Zeitarbeit innerhalb eines Konzerns keine Anwendung mehr finden“ solle. Jedoch sind die Neuerungen mangels Rechtskraft des Tarifabschlusses noch nicht in die ebendort abgedruckten Tarifverträge eingearbeitet. Diese tarifliche Einigung diente den Regierungsparteien als Argument für die Vorzugswürdigkeit von tariflichen Lösungen des Missbrauchsproblems in der Leiharbeit vor gesetzlichen Regelungen; denn erstens gilt die vereinbarte Klausel nur für Missbrauchsfälle „innerhalb eines Konzerns“, während der als Auslöser dieser Regelung immer wieder bemühte „Fall Schlecker“ gerade kein Konzernunternehmen betraf; und zum anderen ist eine derartige Klausel durch den Abschluss von Haus- oder Firmentarifverträgen sowie die – nach dem AÜG mögliche - Vereinbarung individualrechtlicher Bezugnahmeklauseln jederzeit leicht zu umgehen; der Antrag der Fraktion der SPD „Fairness in der Leiharbeit“ BR-Drs., 17-1155, wurde in der Aussprache auf der 35. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 9.3.2010 zurückgewiesen, vgl. Plenarprotokoll 17/35, S. 3350.

Leiharbeitnehmer werden im Vergleich zu sonstigen Arbeitnehmern überproportional häufig nur befristet eingestellt und sie verdienen im Durchschnitt gegenüber vergleichbaren Stammarbeitnehmern im Einsatzbetrieb deutlich weniger

so lag das durchschnittliche sozialversicherungsrechtliche Monatsentgelt von Helfern in der Zeitarbeit im Jahr 2006 um ca. 45% unter dem von Helfern in anderen Branchen, vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Studie zur Zeitarbeit in NRW, November 2008, S.13; diese Zahlen werden bestätigt von Schüren, Leiharbeit in Deutschland, RdA 07, 31, 233; nach Ulber, J., Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232, 236 liegen die Tarifentgelte von Leiharbeitnehmern im Einzelfall sogar 60% unter den Tarifentgelten bei Entleihern.

Hinzu kommt, dass nach den vor dem Jahr 2010 abgeschlossenen Tarifverträgen zwischen der CGZP und AMP die Vergütung im ersten halben Jahr der Beschäftigung noch um weitere 9,5% abgesenkt werden durfte; der zwischen dem DGB und der BZA abgeschlossene MTV sah in § 8.6. vor, dass das Brutto-Tarifentgelt vom Verleiher einseitig und willkürlich um bis zu 15% abgesenkt werden darf, soweit der Leiharbeiter einen Anspruch auf Übernachtungskosten, Verpflegungsmehraufwand, Fahrgeld oder ähnliche Aufwendungsersatzansprüche geltend machen kann. Diese Regelungen waren ersichtlich sittenwidrig gem. § 138 BGB

Ulber, J., NZA 2009, 232, 235; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1072.

Während die Löhne in der Gesamtwirtschaft ein beträchtliches Wachstum verzeichnen konnten, sind im gleichen Zeitraum die Löhne in der Leiharbeit erheblich gesunken

Burda/Kvasnicka, Zeitarbeit in Deutschland: Trends und Perspektiven, PwP 2006, 195, 212.; insgesamt waren sie 2006 gegenüber dem Jahr 1999 um 7% rückläufig, vgl. Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Studie zur Zeitarbeit in NRW, November 2008, S.13.

Aber auch europaweit liegen die Durchschnittseinkommen in der Leiharbeit erheblich unter den Durchschnittseinkommen in der jeweiligen Gesamtwirtschaft

Fischer, Gesetzlicher Mindestlohn, sozialrechtlich garantiertes Mindesteinkommen und Grundgesetz, ZG 2008, 31, 35.

Dabei gilt es zu beachten, dass der Niedriglohnsektor in Deutschland insgesamt zu den Arbeitsmarktsegmenten gehört, die besonders rasch wachsen. Er macht schon fast 18 Prozent aus

Weinkopf, Mindestarbeitsbedingungen für die Zeitarbeit? Expertise im Auftrag des Interessenverbandes Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ e.V.). 2006, 3.

Eine Studie der EU-Kommission

Europäische Kommission, Employment in Europe, Luxemburg 2004, S. 167,

ergab, dass Deutschland damit bereits 2004 über dem EU-Durchschnitt lag.

Der Einsatz von kostengünstigen Leiharbeitnehmern zieht zudem die Gefahr negativer Auswirkungen auf das gesamtwirtschaftliche Lohngefüge nach sich.

Schüren, RdA 2007, 231, 233.

Bemerkenswert ist, dass die niedrigeren Lohnkosten in der Leiharbeit für die Entleiher *keineswegs der einzige Grund* sind, Leiharbeitnehmer zu beschäftigen. So zeigt eine Studie des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (Mannheim) für das Jahr 2003

Ammermüller u.a., Die ZEW-Erhebung bei Zeitarbeitsbetrieben. Dokumentation der Umfrage und Ergebnisse von Analysen., 2003, 25,

dass ein relativ großer Anteil an Leiharbeitnehmern für die Entleiher im Vergleich zu den Lohnkosten bei regulärer Beschäftigung keineswegs günstiger ist. Angesichts der niedrigen Einkommen in der Leiharbeitsbranche lässt dies den zusätzlichen Schluss zu, dass die Verdienstspannen, die die Leiharbeitsunternehmen berechnen, durchaus erheblich sein können.

Ca. 25% der Leiharbeitnehmer haben *keinen beruflichen Abschluss*, 34% arbeiten in *Hilfsberufen*; ungelernte Tätigkeiten, überwiegend im gewerblichen Bereich, haben den größten Anteil. *Altersmäßig* überwiegt die Gruppe der 30-44-Jährigen.

Waltermann, Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.a).

Der *Frauenanteil* ist in Deutschland mit ca. 25% bei steigender Tendenz gering; Damit liegt Deutschland international an viertletzter Stelle von 28 aufgeführten Ländern

vgl. ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010, S.30.

Der Frauenanteil variiert von Land zu Land je nach den Branchen, in denen Leiharbeit verbreitet ist; so ist etwa der Frauenanteil in dienstleistungsorientierten Ökonomien wie etwa Portugal mit 55% deutlich höher als in Märkten, in denen Leiharbeitnehmer – wie in Deutschland (23% in Metall- und Elektroberufen, gegenüber 31% im Dienstleistungsbereich) und etwa Süd Afrika (60% im produzierenden Gewerbe) - primär im industriell-gewerblichen Bereich eingesetzt werden

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Der Arbeitsmarkt in Zahlen, Arbeitnehmerüberlassung 1. Halbjahr 2008, Tabelle 4 und ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010, S.30.

Schließlich wird die *geringere Bezahlung* von Leiharbeitnehmern damit gerechtfertigt, dass der Entleiher durch den Überlassungsvertrag mit dem Verleiher gehalten sei, an diesen ein „Überlassungsentgelt“ zu bezahlen. Dadurch werde der Spielraum für eine Angleichung der Entgelte von Leiharbeitnehmern an diejenigen vergleichbarer Arbeitnehmer im Entleihbetrieb drastisch eingeschränkt. „Bisher besteht,“ so kommentiert Wank

RdA 2003, 9

die von ihm im Grundsatz begrüßten Änderungen vom 1.1.2003 in Bezug auf die Leiharbeit, „- überspitzt formuliert – nur die Alternative zwischen Arbeitslosigkeit als Nichtstun gegen Arbeitslosengeld einerseits und Aufnahme einer regulären Beschäftigung zum vollen Gehalt andererseits.“

1.2. Leiharbeit als atypische bzw. prekäre Beschäftigung

Der Begriff der atypischen Beschäftigung ist sowohl empirisch als auch normativ bezogen auf das Schutzkonzept des Normalarbeitsverhältnisses, welches als „Denkkonstrukt“ mit Leitbildfunktion fungiert

Hoffmann/Walwei, Normalarbeitsverhältnis: Ein Auslaufmodell?, MittAB 3/1998, 409, 410; Schiek, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, KJ H.1/2002, 18, 21.

Unabhängig davon, wie eng oder weit das Normalarbeitsverhältnis definiert wird: Sicher ist, dass es sich – nicht nur in Deutschland - auf dem Rückzug befindet

Waltermann, Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), A.I. 1.

Definiert man prekäre Beschäftigung nach Maßgabe der durch sie vermittelten Sicherheit als ein Beschäftigungsverhältnis, das nicht geeignet ist, auf die Dauer den Lebensunterhalt einer Person einschließlich der sozialen existenzsichernden Absicherung zu gewährleisten

Dörre, Prekarisierung contra Flexicurity, in: Kronauer/Linne (Hrsg.), Flexicurity, 2005, 53; dgl., Die Wiederkehr der Prekarität, in: Lorenz/Schneider, 2007, 15;
Waltermann, Gutachten 68. djT, (Stand 15.4.2010), A. III

so ist Leiharbeit in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht eine besonders prekäre Form der atypischen Beschäftigung. Als Indikator hierfür ist zunächst auf die Tatsache zu verweisen, dass 77% der Leiharbeitnehmer einen Lohn erhalten, der mit 1.300.-€ noch unter der Niedriglohnschwelle liegt und dass 1997 ca. 12,6% der Leiharbeitnehmer neben ihrem Lohn auf Aufstockungsleistungen der steuerfinanzierten Grundsicherung nach dem SGB II zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts angewiesen waren

vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Lötzer, Dr. Barbara Höll, Werner Dreibus, Kornelia Möller, Dr. Herbert Schui, Dr. Axel Troost, Sabine Zimmermann und der Fraktion DIE LINKE vom September 2007, so Waltermann, Gutachten 68. djt, 2010, (Stand 15.4.2010), B. I 2.a.); dagegen beläuft sich diese Zahl auf ergänzende Sozialleistungen angewiesenen Leiharbeitnehmer nach Angaben des Parlamentarischen Staatssekretärs bei der Bundesministerin für Arbeit und Soziales, Dr. Braucksiepe, in der Aussprache auf der 35. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 26.3.2010 über den Antrag der Fraktion der SPD „Fairness in der Leiharbeit“ BR-Drs., 17-1155, auf knapp 10%, vgl. Plenarprotokoll 17/35, S. 3352.

Tatsächlich ist Leiharbeit darüber hinaus nicht zuletzt deshalb prekär, weil Leiharbeitnehmer „Diener zweier Herren“, des Vertragsarbeitgebers und des Beschäftigungsarbeitgebers, sind.

Ihre Beschäftigungsbedingungen sind auf Grund der wechselnden Einsatzorte unstet, ihre Integration in die Belegschaft bleibt problematisch:

Auch in Betriebsvereinbarungen wird ihnen typischer Weise die Rolle als Personalpuffer – und damit der Randbelegschaft – zugewiesen

Zumbeck, Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu prekären Arbeitsverhältnissen, in: Lorenz/Schneider, Ende der Normalarbeit? 2007, S. 110, 123.

Leiharbeitnehmer werden im Vergleich mit den übrigen Arbeitnehmern mehr als doppelt so häufig arbeitgeberseitig gekündigt

im Jahr 2003 wurde jedes dritte Arbeitsverhältnis mit Leiharbeitnehmern durch eine Kündigung des Arbeitgebers beendet, während dies bei anderen Arbeitnehmern nur jedes siebte Arbeitsverhältnis betraf, vgl. Promberger, Leiharbeit: Flexibilität und Prekarität in der betrieblichen Praxis, in: Keller/Seifert (Hrsg.), Atypische Beschäftigung – Flexibilisierung und soziale Risiken, 2007, S. 127ff., 134.

1.3. Die Entstehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Recht der EU

Die Regelungen in der EU zur Leiharbeit blicken auf eine wechselvolle Geschichte zurück. Erste Ansätze zur Schaffung eines einheitlichen Rahmens für die Leiharbeit datieren seit der Zeit vor 1980. Bereits damals ging es u.a. darum, den sozialen Schutz der Leiharbeit zu verstärken: In einer Entschließung des Rats vom 18.12.1979 heißt es, dass „eine Gemeinschaftsaktion zur Unterstützung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten unternommen werden soll, um einerseits die Zeitarbeit zu überwachen und andererseits den *sozialen Schutz* der Arbeitnehmer zu gewährleisten“

Entschließung des Rats über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl EG 1980 C 2/1.3; vgl. hierzu und zum Folgenden Hamann, EuZA 2009, 287, 288ff.

Daraufhin forderte das Europäische Parlament die Kommission auf, dem Rat „Vorschläge für eine klare Definition der Zeitarbeit und für Leitlinien zu unterbreiten, die den bisherigen Missbrauch der Leiharbeit unterbinden“

Entschießung zur Beschäftigung und Neugestaltung der Arbeitszeit v. 17.9.1981, ABI EG 1981 C 260/54, 60.

Die Kommission legte sodann ihren Vorschlag für eine RI des Rates zur Regelung der Zeitarbeit am 7.5.1982 vor

ABI EG 1982 C 128/2 = BR-Drs. 211/82 v. 2.6.1982.

Dieser nach zwei Jahren überarbeitete Vorschlag wurde vom Rat nicht behandelt

Geänderte Fassung v. 6.4.1984, ABI EG 1984 C 133/1.

Stattdessen wurde der Vorschlag gemacht, die Materie unter den Aspekten des Wettbewerbs- und des Gesundheitsschutzes zu regeln und in diesem Zusammenhang ein Gleichbehandlungsgebot mit den Beschäftigten im Entleiherbetrieb einzuführen

Wank, RdA 2003, 1, 14.

Die Kommission unterbreitete daraufhin am 29.6.1990 *drei neue Richtlinienvorschläge* u.a. zu atypischen Arbeitsverhältnissen, die die Teilzeitarbeit, die befristeten Arbeitsverhältnisse und die Leiharbeit regeln sollten. Dadurch sollte den betroffenen Arbeitnehmern eine Vielzahl von Rechten zugestanden werden, durch die ihnen *Gleichbehandlung* mit den Arbeitnehmern mit unbefristetem Vollerwerbsarbeitsplätzen verschaffen sollten. Lediglich der Vorschlag für eine „Richtlinie des Rates zur Ergänzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Zeitarbeitnehmern“ wurde als „Richtlinie des Rates zur Ergänzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis“ – RL 91/383/EWG - verabschiedet

RI v. 25.6.1991, ABI EG 1991 L 206/19 = RdA 1992, 143ff.

Die RI sollte gem. Art.2 Abs.2 den Leiharbeitnehmern in den Bereichen Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit den *gleichen Schutz* bieten wie unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern.

Dabei lag der RL das *französische Modell der Leiharbeit* zugrunde, wonach der Leiharbeitnehmer grundsätzlich nur einen befristeten Arbeitsvertrag mit dem Verleiher schließt, der auf die Dauer der Überlassung beschränkt ist. Dies erschwerte ihre Einfügung ins deutsche Rechtssystem

vgl. Wank, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 18 Rn.926.

Darüber hinaus wurden wegen der speziellen Gefährdungen, denen befristet Beschäftigte und Leiharbeitnehmer ausgesetzt sind, besondere Arbeitsschutzvorschriften erlassen, die die Unterrichtung, die Unterweisung und ärztliche Überwachung dieser Arbeitnehmer vorsehen

Wank, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 18 Rn.926ff.

Der Rat erzielte indes in Bezug auf die nicht realisierten Maßnahmen keine Fortschritte. Daraufhin leitete die Kommission gem. Art. 3 Abs.2 des Abkommens über die Sozialpolitik am 26.9.1995 die Anhörung der Sozialpartner zur Flexibilität der Arbeitszeit und der Sicherheit der Arbeitnehmer ein. Nach Auswertung der Stellungnahme der Sozialpartner, die sie ungeachtet aller Differenzen „bezüglich Form und Rahmen der zu ergreifenden Maßnahmen“ als „eine breite Unterstützung des grundlegenden Leitgedankens der Nichtdiskriminierung der Arbeitnehmer“

KOM (2002) 149, endg., S.10; zur Anhörung vgl. das von der Kommission erarbeitete „background paper“ v.26.9.1995 SEC (95)1540/3

wertete, beschloss die Kommission, am 9.4.1996 die zweite Phase der Anhörung der Sozialpartner nach Art. 3 Abs.3 des Abkommens über die Sozialpolitik einzuleiten

vgl. hierzu den Bericht von Kommissar Flynn v. 9.4.1996 an die Kommission, SEC(96)658, S.7: Danach antworteten alle Gewerkschaften positiv auf die Frage, ob sie die Auffassung der Kommission teilten, dass eine Europäische Regulierung von Teilzeitarbeit, Befristeter Beschäftigung und Leiharbeit nötig sei, und betonten die Notwendigkeit, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung auch auf alle anderen neuen Beschäftigungsformen wie Tele-, Heim- und Saisonarbeit auszudehnen, während die Mehrzahl der Arbeitgeberorganisationen jeder bindenden Initiative von Seiten der Kommission widersprach.

Die europäischen Sozialpartner nahmen am 19.6.1996 Verhandlungen über diesen Gegenstand auf und vereinbarten, die einzelnen Punkte nacheinander zu behandeln. Nachdem ihre Rahmenvereinbarungen über Teilzeitarbeit

ABI EG 1998 L 14/9

und befristete Arbeitsverhältnisse

ABL EG 1999 L 175/43

in Richtlinien umgesetzt waren,

RL 97/81/EG v. 15.12.1997 und 99/70/EG v. 28.6.1999

nahmen sie sich im Mai 2000 der Thematik an, konnten sich jedoch nicht auf eine Rahmenvereinbarung einigen und erklärten am 21.5.2001 das Scheitern der Verhandlungen

KOM (2002) endg. S.10; Wank, RdA 2003, 14, 15.

Als eines der Hauptprobleme hierbei erwies sich die Definition des „vergleichbaren“ Arbeitnehmers, wobei die Gewerkschaften als Bezugspunkt auf einen Arbeitnehmer des Entleiherunternehmens, die Arbeitgeber hingegen auf einen Arbeitnehmer des Verleihers abstellen wollten

KOM (2002) 149endg., S.10; Riederer von Paar, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 604.

Daraufhin legte die Kommission am 20.3.2002 einen neuen „Vorschlag für eine Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern“ vor. Neben der Etablierung des *Grundsatzes der Nichtdiskriminierung* von Leiharbeitnehmern, der für den Fall einer unterschiedlichen Behandlung aus *sachlichen Gründen* beschränkt werden können sollte, waren drei durch die Mitgliedstaaten regelbare Ausnahmemöglichkeiten von diesem Grundsatz dann vorgesehen, wenn zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher ein *unbefristeter Vertrag* abgeschlossen worden war und der Leiharbeitnehmer auch *zwischen zwei Überlassungen bezahlt* werde sowie eine *Tarifausnahme unter der Bedingung*, dass „ein angemessener Schutz gewährleistet ist“ (Art. 5 Abs.3 RL-E)

vgl. KOM (2002) 149 endg., Begründung, S.14.

Art. 5 Abs. 4 des Vorschlags sah ferner vor, dass die Mitgliedstaaten eine Ausnahmemöglichkeit für *kurzfristige Entleihzeiten* (sog. 6-Wochen-Ausnahme) regeln konnten.

Ferner enthielt der Richtlinienvorschlag eine Reihe von Bestimmungen zur Verbesserung der Qualität der Leiharbeit

vgl. Gagawczuk, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert?, DRdA 2003, 597.

Der Wirtschafts- und Sozialausschuss des Europäischen Parlaments bemängelte in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag insbesondere, dass dieser von dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu viele Ausnahmen mache

vgl. SOC/1010 v. 19.9.2002; dazu: Feuerborn in: Schüren, AÜG, 2. Aufl. 2003, Einl. Rn. 503c.

Das Europäische Parlament forderte in seiner in 1. Lesung am 21.11.2002 abgegebenen Stellungnahme neben der Präzisierung der in Art. 5 Abs.1 des Kommissionsentwurfs v. 20.3.2002 angesprochenen Vergleichbarkeit der Leiharbeitnehmer mit den

Stammbeschäftigten die Streichung der 6-Wochen-Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 5 Abs.4, da das Prinzip der Nichtdiskriminierung vom ersten Tag des Arbeitsverhältnisses und für seine gesamte Dauer gewährleistet sein müsse

vier Delegationen befürworteten die Erweiterung der 6-Wochen-Ausnahme auf 6 Monate, die Mehrheit war jedoch anderer Ansicht: „Das Parlament und die Mehrheit der Mitgliedstaaten forderte die Gleichbehandlung ab dem ersten Tag des Leiharbeitsverhältnisses ohne ‚Schonfrist‘“, so Steuer, Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, 2009, 135.

Im übrigen war das Europäische Parlament der Ansicht, dass die Zulässigkeit der Tarifausnahme entgegen der Auffassung der Kommission nicht an die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus für die Leiharbeitnehmer gekoppelt werden sollte; dies gebiete angesichts der Gefahr einer Aufhebung der Vereinbarung durch den EuGH auf Grund unzureichenden Schutzes der Grundsatz der Tarifautonomie

Fuchs, NZA 2009, 58f.; in dem in 1. Lesung festgelegten Standpunkt des Europäischen Parlaments v. 21.11.2002, ABL C E/2004/25/368 wird in Ziff. 3 der Erwägungsgründe der Bezug zum - von Deutschland allerdings nicht ratifizierten - Übereinkommen der ILO über private Arbeitsvermittler (Nr. C 181) von 1997 hergestellt: „Diese Richtlinie basiert auf dem Übereinkommen über private Arbeitsvermittler (C 181) und der Empfehlung (R 188), die mit uneingeschränkter Unterstützung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände sowie der Regierungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union von der IAO-Konferenz 1997 angenommen wurden. Diese Instrumente der IAO stellen einen wesentlichen Schritt in Richtung auf die Anerkennung der positiven Rolle dar, die private Leiharbeitunternehmen im Rahmen eines gut funktionierenden Arbeitsmarkts spielen können, wobei der Notwendigkeit des Schutzes der Arbeitnehmer vor Missbrauch Rechnung getragen wurde.“

Unter dem 28.11.2002 legte die Kommission einen überarbeiteten Vorschlag für die RI Leiharbeit vor

KOM (2002) 701 endg.

Darin war vorgesehen, dass Bezugspunkt für den Vergleichsmaßstab des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Entleiherbetrieb sein sollte und zwar unter der (hypothetischen) Annahme, dass der fragliche Leiharbeiter „unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wäre“

vgl. Art. 1 des RL-Vorschlags v.28.11.2002.

Ebenfalls übernommen wurde von der Kommission die Anregung des Parlaments, die Ausnahmemöglichkeiten vom Gleichbehandlungsgrundsatz für unbefristete Arbeitsverhältnisse und in Bezug auf die Sechs-Wochen-Ausnahme (Art. 5 Abs.2 und 4 des Entwurfs) auf das Arbeitsentgelt zu beschränken, wohingegen die Tarifausnahme (Art.5 Abs.3 des Vorschlags) erweitert wurde um die Möglichkeit, Tarifverträge *aufrecht zu erhalten* (und nicht nur zu schließen). Der Auffassung des Parlaments, dass eine Bindung der Tarifausnahme an die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus wegen der damit verbundenen Auslegungsspielräume, die im Zweifel von der Rechtsprechung ausgefüllt würden, unterbleiben sollte, ist die Kommission nicht gefolgt: Eine uneingeschränkte Tarifabweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz sollte demnach nicht zulässig sein

vgl. zum Folgenden Hamann, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287, 291., Steuer, 2009, 132ff.

Es folgten jahrelange Bemühungen des Rates, zu einer politischen Einigung über den Erlass der RL Leiharbeit zu gelangen: Einerseits herrschte Übereinstimmung, dass Leiharbeit als Schlüsselfaktor für die Erfüllung der Ziele der vom Europäischen Rat im März 2000 in Lissabon beschlossenen Beschäftigungsstrategie anzusehen sei; denn sie ermögliche sowohl Wachstum der Beschäftigung als auch eine gesteigerte Wettbewerbsfähigkeit. Andererseits konnte man sich aber nicht über die Reichweite der Ausnahmemöglichkeiten vom Grundsatz der Gleichbehandlung einigen

vgl. hierzu die in der procedure file des Europäischen Parlaments, COD/2002/0072 abgedruckten Dokumente und ihre Auswertung bei Walter, Historische Exegese der Leiharbeitsrichtlinie, Exposé, März 2010 (unveröffentlicht).

Bewegung in die festgefahrenen Positionen kam erst, nachdem der Rat auf seiner Sitzung am 5.12.2007 die Beratungen über die Leiharbeitsrichtlinie mit derjenigen über die Arbeitszeitrichtlinie

COD/2004/0209; diese führten aber nicht zum Ergebnis einer Einigung: So heißt es in dem Bericht des Vermittlungsausschusses v. 29/04/2009 - OD/2004/0209 - EP/Council: „As no compromise could be found in conciliation, the proposal now lapses and the current directive remains in force. The Commission may, if it so chooses, draft a new proposal from scratch which would again have to be submitted to Parliament for scrutiny. It should be noted that this was the first time that no agreement had been reached at the conciliation stage since the entry into force of the Amsterdam Treaty which significantly extended the scope of the codecision procedure.“

verbunden hatte. Der Durchbruch erfolgte sodann auf der Tagung des Rates am 9./10.6.2008 in Luxemburg: Hier wurde mit qualifizierter Mehrheit ein gemeinsamer Standpunkt über den Richtlinienentwurf zur Leiharbeit verabschiedet, wobei insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und die Überprüfung der Einschränkungen und Verbote in Bezug auf die Leiharbeit betont wurden

Pressemitteilung vom 9/10.6. 2008, C/ 08/166, Dokument 10414/08.

Auf der Tagung des Rates am 15.9.2008 in Brüssel wurde der gemeinsame Standpunkt im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie offiziell festgelegt und am 22.10.2008 vom Europäischen Parlament in zweiter Lesung unverändert verabschiedet

vgl. hierzu die Pressemitteilungen v. 15.9.2008 (C /08/254, Dokument 13028/08) und v. 22.10.2008 (IP/08/1561).

Nicht unwesentlichen Anteil daran hatte die gemeinsame EntschlieÙung der sektoral für Leiharbeit zuständigen europäischen Sozialpartner, Eurociett und Uni-Europa v. 28.5.2008, die sich in Ziff.5 ihrer „Guiding principles for an EU regulatory framework on TAW“ darauf verständigt hatten, dass das Gleichbehandlungsprinzip im Interesse besserer

Entwicklungsbedingungen für einen gut funktionierenden Leiharbeitsmarkt gesetzlich festgeschrieben werden sollte.

Die Richtlinie Leiharbeit unternimmt wie die Richtlinienentwürfe der Kommission aus dem Jahr 2002 den problematischen Spagat zwischen einer Förderung von unternehmerischer Flexibilität (und damit auch: Rentabilität) auf der einen Seite und einer Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer. In diesem Sinne ist es Ziel der Richtlinie, zum Wachstum von Leiharbeit durch Verbesserung seines negativen Images beizutragen und nicht etwa, diese einzuschränken. Deshalb werden die Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs.1 RL aufgefordert, etwaige „Einschränkungen oder Verbote“ der Leiharbeit zu überprüfen; nach Schindler

die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich , DRdA 09,176; ebenso bereits Schiek, Die Hartz-Gesetze – EU-rechtliche Perspektiven, KJ H.1/2003, S. 35, 40.

beruht die neue RL auf dem Tausch der weitgehenden Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gegen die Überprüfung und gegebenenfalls Aufhebung von Verboten und Einschränkungen der Leiharbeit.

Der Änderungsantrag von Mitgliedern des Europäischen Parlaments,

vgl. Änderungsantrag von Mitgliedern der Fraktion „Vereinigte Europäische Linke/Nordische Grüne Linke“, Nr. 2 – A 60373/2, mitgeteilt von Waas, Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, ZESAR 2009, 207, 208 Fn.26

den Einsatz von Leiharbeitnehmern z.B. auf Zeiten außergewöhnlichen Arbeitsanfalls zu beschränken, wurde folgerichtig verworfen.

1.4. Die Entstehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Deutschland

In *Deutschland* war die gewerbliche Leiharbeit bis zu Beginn der 70er Jahre generell verboten. Sie galt als verbotene Arbeitsvermittlung

vgl. § 37 Abs.3 AVAVG, RGBI I, 1927, S.187 i.d.F. der Bekanntmachung v. 3.4.1957, BGBl. I 1957, S. 706; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 48.

Eine Änderung brachte erst die Entscheidung des BVerfG v. 4.4.1967

- 1 BvR 84/65 – AP Nr.7 zu § 37 AVAVG; dazu Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 47ff.

durch die das generelle Verbot für verfassungswidrig erklärt wurde und der Gesetzgeber beauftragt wurde, die Leiharbeit sozialverträglich zu regeln. Daraufhin wurde das AÜG geschaffen: es trat am 12.10.1972 in Kraft

BGBl. I S. 1393.

Aufrecht erhalten blieb das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe gem. § 1b AÜG wegen ihrer Anfälligkeit für illegale Praktiken. So blieben Leiharbeiter typischer Weise von den tariflichen Sozialleistungen (Urlaubs- und Lohnausgleichskasse, Zusatzversorgungskasse) ausgeschlossen. Auf diese Weise verschafften sich diejenigen Unternehmen, die Leiharbeiter beschäftigten, sozialpolitisch unerwünschte Wettbewerbsvorteile gegenüber Bauunternehmen mit tarifgebundener Belegschaft. Ferner erwiesen sich die geltenden Kontrollrechte und Meldepflichten als unzulänglich. Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung mit Entscheidung vom 6.10.1987

E 77, 84; die Entscheidung erging zur Vorläuferbestimmung in § 12a AFG; vgl. Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1b Rn. 14ff.

gebilligt, während der EuGH sie mit seinen Urteilen vom 25.10.2001

RS. C 493/99, NZA 2001, 1299

wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für gemeinschaftswidrig erklärt hat. Daraufhin wurde durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002

54

BGBI. I S. 4607

S.3 in § 1b AÜG eingefügt

Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1b Rn. 70ff.

Das AÜG unterlag von Beginn an zahlreichen Änderungen, durch die die zunächst im Gesetz enthaltenen Restriktionen schrittweise gelockert wurden und Leiharbeit mehr und mehr als willkommenes beschäftigungspolitisches Instrumentarium behandelt wurde

Waltermann, GA 68. dJt, (Stand 15.4.2010), B I 2.b), verdeutlicht dies u.a. an der Veränderung des Rechtsrahmens bezüglich der Überlassungsdauer, die binnen 30 Jahren von drei Monaten (1972) auf 2 Jahre (2002) ausgedehnt wurde und seit 2003 keinerlei zeitlicher Beschränkung mehr unterliegt; zur Heraufsetzung der Höchstverleihdauer vgl. auch Wank, RdA 2003, 1, 5.

Mit der Ausdehnung der Überlassungsdauer auf bis zu 24 Monaten mit Wirkung vom 1.1.2002 gem. § 10 AÜG i.d.F. des Job-AQTIV-Gesetzes

G. v. 10.12.2001, BGBI. I, 2001, S. 3443

wurde im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

vgl. Mitteilung des Landesarbeitsamts Berlin-Brandenburg v. 24.1.2004, Umfassende Reform am Arbeitsmarkt ab 1.1.2003, im Internet unter: www.kontinuum-berlin.de/marktbuero/dokus/Arbeitsmarktreform.pdf.

erstmalig in § 10 Abs.5 a.F. AÜG bei einer 12 Monat übersteigenden ununterbrochenen Überlassungsdauer der *Gleichbehandlungsgrundsatz* in Bezug auf die für vergleichbare

Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts eingeführt. Die Regelung blieb jedoch ohne größeren Effekt; insbesondere wurde von der Möglichkeit der Überlassung über 12 Monate hinaus in der Praxis kein Gebrauch gemacht

Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, führen als Gründe hierfür neben der mangelnden Gesetzesbegründung, die zu Rechtsunsicherheit geführt habe, den Verwaltungsaufwand bei der Ermittlung der Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer, die Abneigung der Entleiher, vertrauliche Arbeitsbedingungen der eigenen Arbeitnehmer zu offenbaren sowie den Widerwillen der Leiharbeiter, von einem großzügigen Entleiher zu einem eher sparsamen Entleiher zu wechseln und damit Vergütungsverluste zu erleiden, an. Statt sich in solchen Spekulationen zu ergehen, hätten die Verfasser die Gründe der Nichtakzeptanz des Gesetzes mit Wank, RdA 2003, 1, 5, und Picker, ZfA 2002, 469, 502, leichterding auf die „erhöhten Kosten“ (Wank) zurückführen oder aus den identischen Gründen für die Tatsache erschließen können, dass die Praxis den Gleichbehandlungsgrundsatz auch in der Fassung der sog. „Hartz“-Gesetze zu keiner Zeit angenommen hat, vgl. hierzu unten II 1 6, S. 42 und II 1.7., S.46.

Das 1. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz I“ v. 23.12.2002)

BGBl I, 2002, S. 4607

setzte den eingeschlagenen Weg der arbeitsmarktpolitischen Förderung der Leiharbeit fort. Es statuierte gem. §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 Nr.2, 10 Abs. 4 n.F. AÜG die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom 1. Tage des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Verleiher an, ließ allerdings weit reichende Ausnahmen von diesem Grundsatz zu. Abgewichen werden kann danach in folgenden Fällen:

- Wenn der Verleiher dem zuvor arbeitslosen Leiharbeiter für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages zahlt, den der Leiharbeiter zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat, und

- sofern ein Tarifvertrag abweichende Regelungen vorsieht oder im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages dessen Regelungen im Wege der arbeitsvertraglichen Bezugnahme zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher vereinbart werden.

Um den Tarifparteien Zeit zu geben, in Tarifverträgen angemessene Regelungen zu finden, die sowohl Verleihzeiten wie verleihfreie Zeiten umfassen, traten die Neuregelungen des AÜG erst nach einer Übergangszeit zum 1. Januar 2004 in Kraft. Gleichzeitig wurden die besonderen Synchronisationsverbote des §§ 3 Abs.1 Nr.3-5, 9 Nr.2 u.3 a. F., das Befristungsverbot und das Wiedereinstellungsverbot aufgehoben. Ferner entfiel die Höchstüberlassungsdauer (§§ 1 Abs.2, 3 Abs.1 Nr.6, 10 Abs.5 a.F.). Dies bewirkte allerdings keine umfassende Deregulierung, weil infolge dieser Änderungen das KSchG und das TzBfG anwendbar wurden

die Anwendbarkeit des TzBfG führt nach Wank, RdA 2003, 1, 9 „jedenfalls de facto“ dazu, dass nunmehr „ein Beschäftigungsverhältnis mit einem Leiharbeitnehmer nur noch unbefristet möglich ist“; ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 14 Abs.2 TzBfG sei „nicht sinnvoll“; den Grund hierfür wird man darin zu sehen haben, dass auch innerhalb des Rahmens von § 14 Abs.2 TzBfG wegen des Verbots der Vorbeschäftigung gem. § 14 Abs.2 S.2 eine erneute Befristung dann unzulässig ist, wenn die vorherige Befristung bereits abgelaufen war; deshalb spricht der Wortlaut von einer „Verlängerung“, vgl. Raab, Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 427 m. Nachw. ; ErfK-Müller-Glöge, 8. Aufl. 2008, § 14 TzBfG , Rn. 88; BAG 18.1.2006, AP TzBfG § 14 Nr.22 = NZA 2006, 605.

Leiharbeit eignet sich auf Grund ihrer rechtlichen Ausgestaltung wie keine andere Beschäftigungsform dazu, „Normalarbeitsverhältnisse“ betrieblicher Stammarbeitnehmer zu substituieren

dieser Funktionswandel der Leiharbeit - vgl. dazu nur: Melms/Lipinsky, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004 S. 2409 - wird auch in der Rechtsprechung konstatiert, vgl. Beschluss des LAG Niedersachsen v. 28. 2. 2006 – 13 TaBV 56/05

Dazu hat wesentlich die jüngste Reform der Leiharbeit im Zuge des „Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ v. 22.12.2002

BGBI. I S. 4607

beigetragen. Aus Arbeitgebersicht schien die Einführung des Gleichbehandlungsprinzips vor allem aus folgenden Gründen problematisch: Zum einen deshalb, weil es – ernst genommen und tatsächlich praktiziert – den Kostenvorteil der Leiharbeit beseitigen würde, der sie aus ihrer Sicht nicht nur zur Abfederung von Auftragsspitzen geeignet macht. Soweit erkennbar, hat sich die Arbeitgeberseite im Unterschied zu den Gewerkschaften wohl aus diesem Grund zunächst stets gegen die Einführung und Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips mit den Beschäftigten des Entleiherbetriebes auf die Leiharbeit ausgesprochen

dies hat sich in der letzten Zeit – jedenfalls auf europäischer und nationaler Ebene - geändert, vgl. die gemeinsame EntschlieÙung der sektoral für Leiharbeit zuständigen europäischen Sozialpartner, Eurociett und Uni-Europa v. 28.5.2008. Sie hatten sich in Ziff.5 ihrer „Guiding principles for an EU regulatory framework on TAW“ darauf verständigt, dass das Gleichbehandlungsprinzip im Interesse besserer Entwicklungsbedingungen für einen gut funktionierenden Leiharbeitsmarkt gesetzlich festgeschrieben werden solle. In Deutschland lässt sich eine veränderte Einstellung der Gewerkschaften zur Leiharbeit spätestens seit Beginn dieses Jahrhunderts feststellen, dazu Vitols, Zwischen Stabilität und Wandel: Die Sozialpartnerschaft in Deutschland und die atypische Beschäftigungsform Zeitarbeit, 2008, Kap.5, S.177; Wank, RdA 2003, 1, 8,

sofern sie nicht – wie in Deutschland im Zuge der Hartz-Reformen mit der Novellierung des AÜG zum 1.1.2003 - in Gestalt der Tarifausnahme von diesem Prinzip der Preis für die Tarifbarkeit der Arbeitsbeziehungen im Bereich der Leiharbeit war. Aber selbst in diesem Fall, so hat es den Anschein, war den Arbeitgebern und vielen juristischen Experten zunächst keineswegs bewusst. So ging die Mehrzahl der Stellungnahmen zur Reform des AÜG v. 1.1.2003, welches erstmals den Grundsatz der Gleichbehandlung vom ersten Tag an aufnahm, diesen jedoch unter den Vorbehalt der 6-Wochen-Ausnahme stellte und ihn tarifdispositiv

(auch durch arbeitsvertragliche Bezugnahme) ausgestaltete, dahin, dass damit das Ende des Booms der Leiharbeit herbeigeführt werde;

dazu Däubler, KJ H.1/2003, S.17, 22; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1071; Lembke, Die „Hartz-Reform“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98, 99; Rieble/Klebeck, Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23, 27; Thüsing, Equal pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446, 448;

auch Wank,

RdA 2003, 1, 8,

konnte sich offenbar nicht vorstellen, dass den Arbeitgebern willfährige Gewerkschaften entgegen kommen würden. Ihm zufolge können sich die Gewerkschaften infolge der Neuregelung „aufs Nichtstun beschränken. Ohne den Abschluss von Tarifverträgen bleibt es beim Lohn in Höhe von 100% des Lohns im Entleiherbetrieb. Nur mit Hilfe der Gewerkschaften können es Arbeitgeberverbände von Leiharbeitsunternehmen erreichen, dass Leiharbeitnehmer einen niedrigeren Lohn erhalten.“ Noch 2003 gaben 85 Prozent der Betriebe in einer Studie an, dass sie durch die Neufassung des AÜG einen Anstieg der Beschäftigungskosten erwarteten. Gleichzeitig erwartete die Mehrzahl dieser Betriebe Umsatzrückgänge. Kurze Zeit später wies die iGZ dann darauf hin, dass die Marktpreise in der Leiharbeit nach Abschluss der Tarifverträge sogar eher gesunken sind

Ammermüller u.a., 2005, 17

Aus Arbeitgebersicht war die Einführung des Gleichbehandlungsprinzips aber auch deshalb problematisch, weil auf diese Weise der spezifische Vorteil, der sich für sie beim Einsatz von Leiharbeit bietet, wieder verloren zu gehen drohte: Leiharbeit verbindet die Vorteile des Einsatzes von „Arbeit auf Abruf“ mit denjenigen der befristeten Beschäftigung, ohne in der Praxis an die rechtlichen Restriktionen (wie z.B. Abfindungszahlungen im Gefolge von Kündigungsschutz und/oder Sozialplänen) gebunden zu sein, mit denen diese Beschäftigungsformen verbunden sind

dazu Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23; ob es zulässig ist, Leiharbeit in der Form der Abrufarbeit nach § 12 TzBfG zu organisieren, ist streitig; ablehnend Ulber, J., AÜG 3. Aufl., 2006, § 1 Rn.62; ebenso Becker/Wulfgramm, Kommentar zum AÜG, 3. Aufl. 1985; nach allgemeinen Grundsätzen zulässig: Schüren in: Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl. 2010 Einl. Rn. 1992 ; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1072;.

Zudem entfällt hinsichtlich des „Abrufs“ der Leiharbeitnehmer nach verbreiteter Tarifpraxis

Schüren, AuR 2008, 239

die in § 12 Abs.1 S.2 TzBfG vorgesehene Festlegungspflicht der Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit und die vorherige Ankündigungspflicht von 4 Tagen nach § 12 Abs.2 TzBfG. Die Befristung des Arbeitseinsatzes ist von kündigungsrechtlichen Beschränkungen ganz freigestellt; die Austausch Kündigung mit dem Ziel, freie Arbeitsplätze zu schaffen, um sie mit kostengünstigeren Leiharbeitskräften zu besetzen, ist unstreitig nicht zulässig

BAG v. 16.12.2004, NZA 2005, 761; Schüren in: Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl., 2010 Einl. Rn. 104; ebenso Thüsing: Die Kündigungsregelungen gelten zwar primär, aber nicht ausschließlich im Verhältnis von Leiharbeitnehmer und Verleiher, vgl. dgl., Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), ZAAR Schriftenreihe Bd.15, 2009S.147ff.; aA. Giesen, Diskussion, ebd., S. 155.

Und schließlich spricht aus ihrer Sicht gegen die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, dass dadurch die privatautonomen Grundlagen des Individualvertrages wie der kollektivvertraglichen Beziehungen gefährdet würden: Je stärker nämlich sich dieser Grundsatz etabliert, desto mehr würde der privatautonome Gestaltungsspielraum sowohl im Einzelarbeitsvertrag als auch im Kollektivvertrag eingeengt. Welche Arbeitsbedingungen auf ein Arbeitsverhältnis Anwendung finden, ließe sich nicht länger den vertraglichen Abmachungen, den subjektiven Interessen und Präferenzen der jeweiligen Parteien entnehmen, sondern beurteilte sich nach objektiv-rechtlichen Kriterien der „Vergleichbarkeit“: Im Zweifel käme es auf die tarifliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen für andere Arbeitnehmer an. Damit wäre nicht nur das Problem aufgeworfen, dass der Verleiher über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Entleiherbetrieb detailliert

informiert werden müsste, sondern es würde dadurch auch die normative Wirkung von tariflichen Regelungen in einer Weise erweitert, die ihnen rechtliche Allgemeinverbindlichkeit verschafft, ohne dass die für eine Allgemeinverbindlicherklärung vorgesehenen gesetzlichen Verfahren und die darin vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Tarifparteien eingehalten werden müssten

Rieble/Klebeck. Lohngleichheit für Leiharbeit, RdA 2003, 23.

Die Folgen dieser rechtlichen Konstruktion waren und sind fatal: Es ließ nicht lange auf sich warten, bis systematisch Tarifverträge dazu genutzt wurden, die Kosten der Leiharbeit zu verbilligen

die Risiken solcher wegen mangelnder Tariffähigkeit u.U. unwirksamer Billigtarifverträge sind beachtlich, vgl. Schüren/Riederer v. Paar, AuR 2004 S. 241, 244; Park/Riederer von Paar/Schüren, Arbeits-, sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, NJW 2008, 3760; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1073; Reipen, Dubiose Gewerkschaften – Sozialversicherungsrechtliche Risiken für Zeitarbeitsunternehmen und ihre Kunden, NZS 2005, 407 .

„Tarifdumping“ ist schon per se ein denkwürdiger Funktionswandel der Tarifautonomie, die doch Mindeststandards zum Schutz der Arbeitnehmer setzen sollte

Thüsing, Equal pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446, 448; Vorschläge zur juristischen Eindämmung dieser aus dem Ruder gelaufenen Praxis bei Dieterich, Verfassungsmäßigkeit tarifgestützter Mindestlöhne bei Zeitarbeit, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 103.

Verstärkt wird diese Anomalie noch durch die Tatsache, dass die Tarifverträge zur Leiharbeit und die jederzeit vom Arbeitgeber einseitig durchsetzbare arbeitsvertragliche Bezugnahme auf derartige „Billigtarife“ allein dazu dienen, eine Negativabweichung vom gesetzlich statuierten Gleichbehandlungsgebot zu ermöglichen

Blanke, Th., Die Zukunft des Arbeitsrechts, KJ 2004 S.2, 16; Ulber, J., „Die abgeschlossenen Tarifverträge weichen allerdings ausnahmslos und ausschließlich zu

Lasten des Arbeitnehmers vom gesetzlichen Gleichstellungsgrundsatz ab“, NZA 2009, 232, 237.

Tatsächlich bewirkten diese Reformen, was mit ihnen angestrebt war: Leiharbeit wurde attraktiv. Zunehmend mehr Unternehmen entdecken die neuen Chancen, die das veränderte Instrumentarium bot, um aus ihrer Sicht teures Stammpersonal durch Leiharbeiter zu ersetzen.

1.5. Die Entstehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Recht der Mitgliedstaaten der EU

Aktuelle Überblicke zur Leiharbeit in den *Mitgliedstaaten der EU* sind Mangelware. Zumeist wird sich noch auf den – allerdings sehr kursorischen – Überblick im RL-Entwurf der EU-Kommission v. 20.3.2002

KOM (2002) 149 endg; recht ausführliche und aktuelle Informationen zur Rechtslage – allerdings beschränkt auf Spanien, Frankreich, Großbritannien und den Niederlanden - enthält die Studie von Steuer, 2009, 270ff.; die ansonsten schmale Datenbasis beklagt auch: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.), *Temporary agency work in the European Union*, Bericht vom 22.12.2008: Dort heißt es auf S.43 einleitend zum Thema der Lohngleichheit, dass die verfügbaren Daten hierzu sehr begrenzt seien: „As will become apparent from the presentation of the available data in the national reports, basic statistics and research on the working conditions of temporary agency workers are very limited.“ Die jüngste Ausgabe des AÜG-Kommentars von Schüren/Hamann, 4. Aufl. 2010 gibt lediglich einen Literaturüberblick, vgl. Riederer von Paar, Einl. Rn. 629; soweit ersichtlich enthält die 3. Aufl. des AÜG-Kommentars von Ulber, J., keinen Überblick über die Rechtslage in anderen EU- Mitgliedstaaten

bezogen, der die damaligen 15 Mitgliedstaaten der EU je nach dem Grad der Regulierung und der Existenz einer Definition von Leiharbeit in drei Kategorien einteilt. Zudem wird dort eine Reihe von Gemeinsamkeiten herausgearbeitet wie z.B., dass mit Ausnahme von Deutschland und Schweden die Leiharbeiter befristet eingestellt werden. In den Niederlanden, so wird dort ausgeführt, werde der Arbeitsvertrag bei Überschreiten einer bestimmten

Höchstdauer entfristet. Als Gemeinsamkeit wird hervorgehoben, dass der Grundsatz des „Equal-Pay“ im Recht von insgesamt 10 Mitgliedstaaten (Österreich, Niederlande, Belgien, Frankreich, Italien, Portugal, Spanien, Luxemburg und Griechenland) verankert sei

ebd., S.5.

Entgegen dem Bericht der Kommission ist damit jedoch keineswegs gesagt, dass „Leiharbeiter eine Vergütung (erhalten), die mindestens derjenigen entspricht, die ein ständig bei den betreffenden Unternehmen beschäftigter Arbeitnehmer erhalten würde, welcher die gleichen oder ähnliche Aufgaben verrichtet“

ebd., S.5;

denn dies Bild differenziert sich, sobald die zulässigen Ausnahmen – wie z.B. die Tarifaufnahme in den Niederlanden – in die Betrachtung aufgenommen wird;

vgl. Jahn, Was macht den Unterschied? Determinanten der Nachfrage nach Leiharbeit in Deutschland und den Niederlanden, Industrielle Beziehungen 2005, S.191, 407ff.; Prop, Die gesetzliche Regelung der Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden und Europa, 2007 und den Bericht von van der Krogt, Wie sieht die Regulierung der Leiharbeit seit der Einführung des Flexgesetzes in den Niederlanden aus?, Juni 2008, soweit ersichtlich unveröffentlicht; die Niederlande waren zwar in vieler Hinsicht Vorbild für die „Liberalisierungsansätze“ durch die AÜG-Reform vom 1.1.2003, dazu näher unten unter II 2.3., S.73ff. ; jedoch finden die dortigen Leiharbeitsunternehmen „ein deutlich unternehmerfreundlicheres Klima“ vor als die bundesdeutschen Verleiher, so resümiert Steuer, 2009, 316, seine Darstellung des niederländischen Rechts.

In Österreich ist eine Tarifaufnahme von Gleichbehandlungsgrundsatz zwar gem. § 10 Abs.3 öAÜG nicht vorgesehen; dies gilt auch für die Zeit zwischen Überlassungen. Jedoch kommt Letzteres angesichts der regelmäßig erfolgenden Kündigung bei fehlenden Einsatzmöglichkeiten in der Praxis nicht zum Tragen,

vgl. Schindler, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRdA, 176; Grünanger, *ecolex* 2009, 424, 426 Fn. 19, stellt dagegen allein auf die insoweit günstigere Rechtslage ab.

Aktuellere, wenn auch kursorische Daten (bis Ende 2008) enthält der Bericht

in: ciett (Hrsg.), *The agency work industry around the world*, 2010, S. 23, 24;
vgl. ferner: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.): *Temporary agency work and collective bargaining in the EU*, 2009

danach schwankt die durchschnittliche prozentuale Beschäftigung von Leiharbeitnehmern an der aktiven Arbeitsbevölkerung („agency work penetration rate“) im Jahr 2008 zwischen 0,2 % in Griechenland und 4,1% im UK. Deutschland liegt dieser Angabe zufolge bei 2%. Sicher ist, dass die Leiharbeit inzwischen in allen Mitgliedstaaten erlaubt ist, nachdem sie zunächst regelmäßig restriktiv behandelt worden war

vgl. ciett (Hrsg.), *The agency work industry around the world*, 2010, S. 23, 24.

Allerdings wird bereits für das Jahr 2002 angegeben, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer „keine Erfindung des europäischen Gesetzgebers (ist). Vielmehr geht er auf Erfahrungen von Ländern wie Finnland, Griechenland, Italien, Österreich, Portugal und Spanien zurück“

Düwell/Dahl, DB 2009, 1070 unter Berufung auf die Studie von Nienhüser/Mattiaske, Der „Gleichheitsgrundsatz“ bei Leiharbeit – Entlohnung und Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern im europäischen Vergleich, WSI Mitteilungen 2003, 466.

Ungeachtet der Reformen in den Niederlanden und in Deutschland sowie der EU-Programmatik, die der Leiharbeit im Konzept der Europäischen Beschäftigungsstrategie eine Schlüsselstellung zuwies, wurde die Leiharbeit in einigen Mitgliedstaaten erst deutlich später zugelassen, so etwa in *Italien* 1997

näher zu Italien: Zappalà, Italy: From Prohibition to Introduction of Temporary Agency Work as a Measure to Promote Employment, in: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 99.

und in *Griechenland* sogar erst im Jahre 2001

Hamann, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in der EU, in: Hekimler (Hrsg.), EU - Türkei, Industrielle Beziehungen 2004, S-567, 585.

Bemerkenswert erscheint, dass in beiden Ländern der Markt für Leiharbeiter gleichwohl unterschiedlich rasch angewachsen ist; er umfasste in Italien bereits im Jahr 2004 ca. 0,7% der Gesamtbeschäftigung

Zappalà. In: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 105,

während er in Griechenland noch im Jahr 2008 erst lediglich 0,2% betrug und damit in der EU an letzter Stelle rangierte

ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010, S. 24.

Der Grund hierfür dürfte in der – im Vergleich zu anderen EU-Mitgliedstaaten - strikten Regulierung von Leiharbeit liegen, die z.B. darin ihren Ausdruck findet, dass Überlassungszeiten den Zeitraum von 8 Monaten nicht überschreiten dürfen und andernfalls ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet wird; im Übrigen findet der Grundsatz des „Equal Pay“ strikte Anwendung

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.), Temporary agency work in an enlarged European Union, 2006, S.22 f.;

Im Vergleich mit den anderen EU-Mitgliedstaaten hat *Frankreich* offenbar die strengsten Regelungen in Bezug auf Leiharbeit, die dort aber gleichwohl mit 2,3% in 2008 eine – auch gegenüber Deutschland mit 2,0% - vergleichsweise große Verbreitung besitzt

Fuchs, NZA 2009, 57,62; im Detail vgl. Vigneau, Another Approach to Flexicurity, In: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 85; zur prozentualen Verbreitung der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern an der aktiven Arbeitsbevölkerung: Vgl. ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010, S. 24; Steuer, 2009, 287ff.

Auch hier ist der Gleichbehandlungsgrundsatz festgeschrieben; ferner enthält der „Code de Travail“ in Art. L 1251-5 und Art. 1251 -6 und -7 spezifische Regelungen, durch die verhindert werden soll, dass Leiharbeitnehmer Stammarbeitsplätze im Entleiherbetrieb einnehmen; zunächst wird dort in Art. L 1251-5 (ex-Art. L. 124-2) der Grundsatz aufgestellt, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur erlaubt ist, wenn auch die Tätigkeit vorübergehenden Charakter besitzt. Dieser Grundsatz wird sodann in Art. L 1251-6 und L 1251-7 (ex-Art. 124-7, par. 3) für *drei Fallgruppen spezifiziert*, nämlich für die vorübergehende Ersetzung von Beschäftigten „on leave“, ferner für vorübergehenden Arbeitsanfall und für Saisonarbeit (hier ist speziell an Saisonbetriebe im Bereich der Landwirtschaft, Lebensmittelherstellung und im Tourismusgewerbe gedacht) sowie schließlich für Tätigkeiten, für die es – in spezifischen Branchen, die in einer Liste der Arbeitsverwaltung aufgeführt sein müssen – unüblich ist, Arbeitnehmer auf der Basis unbefristeter Arbeitsverträge einzustellen

Vigneau, in: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 85, 88ff.; zur prozentualen Verbreitung der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern an der aktiven Arbeitsbevölkerung: Vgl. ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010, S.24; nach Steuer, 2009, 289, ist durch Gesetz v. 18.1.2005 – dazu European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.), Temporary agency work in an enlarged European Union, 2006, S.23- der Umkreis der Gründe für die Einstellung von Leiharbeitnehmern geringfügig erweitert worden.

Weiterhin müssen die Verleiher bei Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses jeweils 10% der Lohnsumme der Leiharbeitnehmer als Entschädigung für den prekären Charakter (sog. „Prekaritätsprämie“) der Leiharbeit und angesichts der Kürze der Mehrzahl der Beschäftigungsverhältnisse an Urlaubsgeld an die Leiharbeitnehmer zahlen

Vigneau, in: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008,97; Steuer, 2009, 291.

1.5. Grundmuster der Leiharbeit in der EU: Deutschland und Frankreich

Bis zum Jahr 2002 gab es in der EU zwei Grundmodelle der Leiharbeit: Das deutsche (und schwedische), verleihbetriebs-bezogene und das mehrheitliche, insbesondere in Frankreich bestehende entleiherbetriebs-bezogene Modell: Beide unterscheiden sich in der Frage, wer das Beschäftigungsrisiko trägt: Nach dem französischen Modell ist das der Leiharbeitnehmer, nach dem deutschen der Verleiher. Findet er keine Möglichkeit zum Anschlussverleih, so hat er idR den Leiharbeitnehmer zu bezahlen. Dagegen ist in Frankreich die Befristung auf den Verleihfall gestattet (was im Wiederholungsfalle bis zum 1.1.2003 in Deutschland, gestützt auf das besondere Synchronisationsverbot des § 3 Nr.5 AÜG a.F. , nicht der Fall war).

Das deutsche Modell lässt sich beschreiben als Versuch, Leiharbeitnehmer unter den Schutz des Normalarbeitsverhältnisses zu stellen. Allerdings zeigte sich, dass die Praxis dieses Modell zu keiner Zeit angenommen hat:

Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn.3 und Rn.251:

„Verbreitet sind insbesondere die Befristung, die an eine einmalige Überlassungszeit anknüpft, der Aufhebungsvertrag und die Kündigung zum Ende der Überlassungszeit sowie die Vereinbarung von unbezahltem „Urlaub“ für die Nichtverleihzeiten“, vgl. dazu die Auswertung von Tarifverträgen bei Schüren, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239; 10. Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 27.9.05, BT-Drs 15/6008, S.33; 11. Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 13.1.2010 , BT-Drs. 17/464, S.23ff.:

Antoni/Jahn: Arbeitnehmerüberlassung: Boomende Branche mit hoher Fluktuation, IAB Kurzbericht v. 19.9.2006, Nr. 14/2006; Waltermann, Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.a).

Leiharbeitnehmer wurden zwischen den unterschiedlichen Einsatzphasen vom Verleihunternehmen, wie es an sich gesetzlich vorgesehen war, nicht bezahlt, sondern vielmehr entlassen. Viele Verleiher kannten nicht einmal den Inhalt des gesetzlichen Terminus des Synchronisationsverbots. Im Entleiherbetrieb wurden sie vom BR nicht oder nur kaum vertreten und in die Systeme der betrieblichen Fort- und Weiterbildung kaum einbezogen. Außerdem besaßen sie dort so gut wie keine Aufstiegschancen. Im Verleiherbetrieb kam es idR nicht zur Wahl von Betriebsräten.

Seit Beginn des Jahres 2000 wurde das deutsche Modell infiziert mit Anleihen aus dem anderen Modell

Wank, RdA 2003,1,3.

Dadurch ist es „hybrid“ geworden. Die aktuelle EG-RL Leiharbeit setzt diesen Weg insoweit fort, als die Definition der Leiharbeit, die allein auf „*vorübergehende*“ Überlassung abstellt, die Ausnahme vom Gleichbehandlungsprinzip in Art. 5 Abs.2 der RL für den Fall *dauerhafter* Arbeitsverträge mit dem Verleiher und der Bezahlung zwischen einzelnen Überlassungszeiten und das Missbrauchsverbot durch *aufeinander folgende Überlassungen* nur vor dem Hintergrund des französischen Modells verständlich sind. Dessen Bestreben geht primär dahin, die Ersetzung von Stammarbeitsplätzen durch Leiharbeitnehmer zu verhindern. Insofern enthält die RL – bezogen auf dieses Modell – durchaus Ansätze zu einer Re-Regulierung der Leiharbeit.

Angesichts des Scheiterns des hybrid gewordenen deutschen Modells wäre zu überlegen, ob nicht auch in Deutschland in stärkerem Maße an die französischen Regelungen im Code de Travail, insbesondere an die Art. L 1251-5 (ex-Art. L. 124-2) und L 1251-7 (ex-Art. 124-7, par. 3, angeknüpft werden sollte

dagegen Böhm, Lohndumping durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung?!, DB 2010, 672, 674: „Die Beschäftigung ist prekär und vom Gesetzgeber als prekär gewollt“. Dabei übersieht er allerdings, dass die Praxis in Deutschland dem normativen Leitbild der Leiharbeit nach dem AÜG in Gestalt der Angleichung an das Normalarbeitsverhältnis seit den Reformen vom 1.1.2003 diametral zuwiderlief und

dass der Anwendungsbereich des AÜG ohnehin an die (französischen) Vorgaben der RL durch lediglich vorübergehenden Einsatz beim Entleiher anzupassen ist.

So wird in Frankreich „deutlich mehr Wert auf die Verbesserung der Position der Leiharbeitnehmer in der Gesellschaft und deren soziale Stellung gelegt“,

Steuer, 2009, 293.

1.7. Ergebnis: Der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips in der Leiharbeit in empirischer und historischer Sicht

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Leiharbeit empirisch eine besonders benachteiligte Form der Beschäftigung darstellt. Sie ist nicht nur eine atypisches, sondern darüber hinaus auch eine prekäres Beschäftigungsverhältnis, das mit hohen Unsicherheiten bezüglich der sozialen Absicherung der Beschäftigten verbunden ist. Die Reform der Leiharbeit zum 1.1.2003 hat sich an dem Entwurf der EU-Kommission vom 20.3.2002 orientiert und an dem dort verfolgten Ansatz, den allgemeinen *Grundsatz der Nichtdiskriminierung* von Leiharbeitnehmern zu etablieren. Dieser sollte nach dem Kommissionsentwurf allerdings dann beschränkt werden können, wenn eine unterschiedliche Behandlung aus *sachlichen Gründen* gerechtfertigt sei. Zusätzlich vorgesehen waren in Art. 5 des Entwurfs durch die Mitgliedstaaten regelbare Ausnahmemöglichkeiten von diesem Grundsatz für den Fall, dass zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher ein *unbefristeter Vertrag* abgeschlossen worden war und der Leiharbeitnehmer auch *zwischen zwei Überlassungen bezahlt* werde, einerseits, und eine *Tarifausnahme* andererseits, „sofern ein angemessener Schutz gewährleistet ist“ (Art. 5 Abs.3 des RL-Entwurfs).

KOM (2002) 149 endg., Begründung, S.14.

Art. 5 Abs. 4 des Vorschlags sah ferner vor, dass die Mitgliedstaaten eine Ausnahmemöglichkeit für kurzfristige Entleihzeiten (sog. 6-Wochen-Ausnahme) regeln konnten

diese Ausnahme war ebenso wie das Konzept des „vergleichbaren Arbeitnehmers“ sehr umstritten, vgl. KOM (2002) 149 endg., S.10, und führte letzten Endes zum (vorläufigen) Scheitern des RL- Vorschlags, vgl. Gagawczuk, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert?, DRdA 2003, 597.

Das AÜG hat sich zwar an diesem Richtlinienvorschlag orientiert, jedoch eine Reihe von Änderungen an ihm vorgenommen: So wurde – ebenso wie in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG - der Gleichbehandlungsgrundsatz (in der Form eines Schlechterstellungsverbots)

Ulber, J., NZA 2009, 232; ebenso Boemke, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177

vom ersten Tag der Überlassung eines Leiharbeitnehmers an aufgestellt, dabei jedoch auf die Beschränkungsmöglichkeit aus „sachlichen Gründen“ verzichtet. Gleichzeitig wurden in zwei Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz vorgesehen und zwar einmal in Gestalt der Tarifaufnahme (einschließlich der Möglichkeit der individualvertraglichen Bezugnahme), zum anderen in Gestalt der 6-Wochen-Ausnahme unter der Voraussetzung, dass der „Verleiher ... dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens 6 Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages (gewährt), den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat.“ (§§ 3 Abs.1 Nr.3 S.1, 9 Nr.2 S.1 AÜG). Eine Ausnahme für den Fall eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit dem Verleiher, falls der Leiharbeitnehmer auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werde, war nicht vorgesehen.

Zudem wurde die Arbeitnehmerüberlassung dadurch erheblich erleichtert, dass die zuvor bestehenden Verbote der besonderen Synchronisation, der Wiedereinstellung und der Befristung aufgehoben wurden. Infolge dieser Liberalisierungen der Leiharbeit ist eine deutliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer zu verzeichnen. Gleichzeitig hat die Zahl der Leiharbeitsverhältnisse beträchtlich zugenommen.

Eines der Kernprobleme der Leiharbeit in Deutschland liegt darin, dass der deutsche Gesetzgeber ihre tarifliche Regelung in hoch problematischer Weise mit dem

Gleichbehandlungsgrundsatz derart verkoppelt hat, dass von diesem Prinzip in der Praxis nichts übrig bleibt

dazu Blanke, Die Zukunft des Arbeitsrechts, KJ H. 1/2004, S. 16f.; Däubler, Die neue Leiharbeit, KJ H.1/2003, 17ff. ; Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl., 2010, Einl. Rn.3.

Nachdem bis zum 31.12.2002 im AÜG die Regelung galt, dass Leiharbeitnehmer, die länger als 12 Monate in einem Entleiherbetrieb beschäftigt werden, in Bezug auf ihre „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ wie „vergleichbare Arbeitnehmer“ dieses Betriebes zu behandeln seien, greift dieser Gleichbehandlungsanspruch des Leiharbeitnehmers seit dem 1.1. 2003 bereits vom ersten Tage der Überlassung an ein. Dies gilt allerdings nach § 3 S.1 Nr.3 S.3, § 9 S.1 Nr.2 S.2, 2. Hlfs. AÜG dann nicht, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt. Nach § 3 S.1 Nr.3 S.4 und § 9 S.1 Nr.2, 4. Hlfs. AÜG gilt ferner, „dass im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages ... nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können“. Diese „Tarifausnahme“ vom Gleichbehandlungsgrundsatz in Verbindung mit der Möglichkeit zur „Abwahl“ des Gleichbehandlungsgrundsatzes per Bezugnahme auf Tarifverträge hat den Effekt gehabt, dass der Bereich der Leiharbeit inzwischen nahezu vollständig durch Verbandstarife oder Haustarifverträge tariflich geregelt ist

Schüren, RdA 2007, 232 ist „kein Fall bekannt, dass Leiharbeitnehmer (freiwillig!) die gesetzliche Vergütung (Equal Pay, Equal Treatment) erhalten. Die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen haben sich vollständig durchgesetzt.“ In der aktuellen Ausgabe des Kommentars zum AÜG, Schüren/Hamann, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn.104 ergänzt er in Bezug auf die Rechtsfolge: „Die gesetzliche Gestaltung ist damit zu einer Auffangregelung für unwirksame Tarifverträge und unwirksame Bezugnahmeklauseln geworden“.

In Tarifverträgen können grundsätzlich natürlich auch für die Arbeitnehmer günstigere Bedingungen vereinbart werden. Praktisch wirkten sich jedoch alle bisher geschlossenen Tarifverträge ausschließlich zu Lasten der Leiharbeitnehmer aus

Ulber, J., NZA 2009, S. 236.

Alle bislang für Leiharbeiter abgeschlossenen Tarifverträge senkten den durch die gesetzliche Gleichbehandlungspflicht vorgesehenen Standard sogar so dramatisch, „dass man entweder an der Ernsthaftigkeit des Equal-Pay-Gebots oder an der Funktionsfähigkeit der tariflichen Interessenvertretung in dieser Branche zweifeln muss.“

Brors, Zweifelhafte Zulässigkeit der gestaffelten individualvertraglichen Verweisung auf die Zeitarbeitsverträge der Christlichen Gewerkschaften und des DGB, BB 2006, 101.

Die Verabschiedung der RL Leiharbeit 2008/104/EG ist in Reaktion auf diese Missstände erfolgt. Sie bindet nunmehr die – nach wie vor grundsätzlich zulässige – Tarifausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz an die „*Achtung des Gesamtschutzes*“ der Leiharbeiter. Zugleich hat sie die Möglichkeit einer weiteren Ausnahmeregelung im Fall besonders kurzer Arbeitsverhältnisse zwischen Verleiher und Leiharbeiter (sog. 6-Wochen-Ausnahme) gestrichen und generell die Zulässigkeit solcher Ausnahmen daran gebunden, dass der Leiharbeiter auf der Basis von unbefristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt und zwischen den Verleihzeiten bezahlt wird.

Die Richtlinie Leiharbeit unternimmt den problematischen Spagat zwischen einer Förderung von unternehmerischer Flexibilität (und damit auch: Rentabilität) auf der einen Seite und einer Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeiter. In diesem Sinne ist es Ziel der Richtlinie, zum Wachstum von Leiharbeit beizutragen und nicht etwa, diese einzuschränken. Deshalb werden die Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs.1 RL aufgefordert, etwaige „Einschränkungen oder Verbote“ der Leiharbeit zu überprüfen; nach Schindler

Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich , DRdA 09,176; ebenso bereits Schiek, Die Hartz-Gesetze – EU-rechtliche Perspektiven, KJ H.1/2003, S. 35, 40.

beruht die neue RL auf dem Tausch der weitgehenden Gleichbehandlung von Leiharbeitern gegen die Überprüfung und gegebenenfalls Aufhebung von Verboten und Einschränkungen der Leiharbeit.

Der Änderungsantrag von Mitgliedern des Europäischen Parlaments,

vgl. Änderungsantrag von Mitgliedern der Fraktion „Vereinigte Europäische Linke/Nordische Grüne Linke“, Nr. 2 – A 60373/2, mitgeteilt von Waas, Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, ZESAR 2009, 207, 208 Fn.26

den Einsatz von Leiharbeitnehmern z.B. auf Zeiten außergewöhnlichen Arbeitsanfalls zu beschränken, wurde folgerichtig verworfen.

Die Richtlinie 2008/104/EG beruht, wie bereits die Kommissionsentwürfe aus dem Jahr 2002 und das auf ihrer Grundlage reformierte AÜG auf dem *französischen Modell* der Leiharbeit.

Dies legt es nahe, angesichts des Scheiterns des deutschen Modells beim Versuch, zentrale Elemente des französischen Modells zu adaptieren, dass die gesetzlichen Restriktionen der Leiharbeit, die dort eingeführt worden sind, ebenfalls ins deutsche Recht übernommen werden sollten.

2. Normative Bezugspunkte des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Leiharbeit

2.1. Die EU-Grundrechte-Charta

2.1.1. Der Status der Grundrechte-Charta

Im Titel III der Grundrechte-Charta findet sich das Kapitel zur Gleichheit. Zu unterscheiden sind danach der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 20 *Grundrechte-Charta* sowie eine Reihe von speziellen Gleichheitssätzen, die in den Art. 21 bis 26 *Grundrechte-Charta* niedergelegt sind. Bevor auf die Gleichheitsrechte im einzelnen Bezug genommen wird, bedarf es eines Blicks auf den allgemeinen Status der Charta, um die inhaltliche Verbindlichkeit der Gleichheitsgrundrechte näher bestimmen zu können.

War der Status der Charta seit ihrer Verabschiedung unklar und fehlte ihr die rechtliche Verbindlichkeit

Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 352 Rn. 638; Fischer, Klemens H., Der Europäische Verfassungsvertrag, 2004, S. 263,

was durch die gescheiterte Europäische Verfassung noch unterstrichen wurde, so hat sich dies sei dem Vertrag von Lissabon geändert. Art. 6 EUV nimmt in der Fassung des Vertrags von Lissabon an erster Stelle auf die Charta der Grundrechte Bezug. Er lautet:

„(1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Strassburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind gleichrangig. (...)

Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt.

(2) Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. (...)

(3) Die Grundfreiheiten, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

Art. 6 EUV i.d.F. des Vertrags von Lissabon schafft zunächst Rechtsverbindlichkeit, indem er die Charta ausdrücklich dem Primärrecht der Gemeinschaft zuordnet und sie in der europäischen Normenhierarchie auf dieselbe Stufe mit dem EU- und dem EG-Vertrag (künftig: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) stellt. Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass nunmehr an vorderster Stelle für die Interpretation des Unionsrechts die Rechte und Grundfreiheiten der Charta stehen und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie der EMRK rechtssystematisch in den Hintergrund gerückt werden. Damit hat sich die Gemeinschaft eine eigene

verfassungsrechtliche Grundlage geschaffen. Durch die in Art. 6 Abs. 2 EUV erklärte Verpflichtung zum Beitritt der EU zur EMRK

der EuGH hatte noch vor 12 Jahren in seinem Gutachten zur EMRK festgestellt, dass die EU der EMRK wegen fehlender Ermächtigung in den Verträgen nicht beitreten könne, vgl. Gutachten 2/94, Slg. 1996, S. 1763

wird außerdem die unmittelbare Geltung der EMRK in der Gemeinschaft festgeschrieben und damit in die Unionsrechtsordnung verbindlich integriert. Art. 6 Abs. 3 EUV formuliert deshalb auch, dass sowohl die in der EMRK als auch die in den mitgliedstaatlichen Verfassungen niedergelegten Grundfreiheiten als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind. Nach Art. 6 Abs. 2 EUV i.d.F. des Vertrags von Nizza waren die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und die EMRK als *Rechtserkenntnisquellen* zu beachten. Bestandteil des EU-Rechts waren sie dadurch aber nicht. Nunmehr sind die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten von einer bloßen Rechtserkenntnisquelle zur ergänzenden verbindlichen Rechtsgrundlage „aufgestiegen“, die der EuGH nicht nur zu beachten, sondern tatsächlich anzuwenden hat.

Die Anhebung der Charta der Grundrechte in den Rang des rechtsverbindlichen Primärrechts geht einher mit einer weiteren Aufwertung des Grundrechtsschutzes aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Zwar verfügt die EU auf diese Weise immer noch nicht über eine geschriebene Verfassung, jedoch werden mit dem Art. 6 EUV i.d.F. des Vertrags von Lissabon die Grundrechte für die EU als Staatengemeinschaft

dies gilt allerdings nicht für die EU-Länder Großbritannien und Polen

erstmalig ausdrücklich auf eine rechtsverbindliche Basis gestellt. Soweit der EuGH schon bisher in verschiedenen Rechtsstreitigkeiten die Gelegenheit wahrgenommen hat, sich zur Wirkung von Grundrechten aus den genannten Quellen zu äußern, war er darauf angewiesen, wegen des Fehlens eines Grundrechtskatalogs der Gemeinschaft ungeschriebene und durch das Richterrecht ausgefüllte allgemeine Rechtsgrundsätze zu entwickeln

vgl. hierzu prominent die Entscheidung des EuGH in Sachen Mangold./Helm, v.25.11.2005- Rx. C -144/04 = NZA 2005, 1345; dazu kritisch Preis, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, NZA 2006, 401; vgl. auch: Däubler, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, 2. Aufl.2008, Rn.118.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon kann der EuGH unbeschadet der von ihm getroffenen Entscheidungen auf geschriebene Grundrechte zurückzugreifen und sich der im Titel VII der Charta verankerten Auslegungs- und Anwendungsregeln zu bedienen, wobei sich die Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte-Charta „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union... und die Mitgliedstaaten“ auch aus Art. 51 Abs.1 der Charta ergibt. Nach dieser Bestimmung sind die Legislative, Exekutive und Judikative sowohl der EU als auch der Mitgliedstaaten an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 Grundrechte-Charta gebunden, allerdings nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“. Der ungewöhnliche Begriff der „Durchführung des Rechts der Union“ meint die Anwendung des Unionsrechts.

Der EuGH hatte im Rahmen seiner Urteilsfindung zum ungeschriebenen allgemeinen Gleichheitssatz u.a. Probleme mit der Begrifflichkeit. So wurde der Gleichheitssatz manchmal als Diskriminierungsverbot oder als allgemeines Diskriminierungsverbot etc. bezeichnet

Jarass, 2005, 285 Rn. 2.

Außerdem hat das Gericht nicht selten die Spezialität der im EGV vorhandenen besonderen Diskriminierungsverbote wie z.B. Art 12 EGV übersehen

Callies/Ruffert (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. 20 Grundrechte-Charta Rn. 3.

Die Aufwertung der Charta, der EMRK und der Verfassungsüberlieferungen von ihrer bloßen Beachtung zur rechtsverbindlichen Geltung als geschriebene Grundrechte des Primärrechts und die verstärkte Rechtssicherheit durch klare Auslegungs- und Anwendungshinweise haben

Auswirkungen auf den allgemeinen Gleichheitssatz. Seine Konturen, die der EuGH bislang nur richterrechtlich gestaltet hat, werden durch die gesetzliche Absicherung als Primärrecht der EU schärfer. Auch wenn Art. 6 Abs. 1 EUV i.d.F. des Vertrags von Lissabon zu entnehmen ist, dass die Rechte und Freiheiten der Charta entsprechend den Bestimmungen des Kapitels VII der Charta auszulegen und anzuwenden sind, wird der EuGH hierdurch in seiner führenden Rolle bei der Weiterentwicklung des Rechts nicht beschränkt

Fischer, 2004, 116

– seine dynamische Interpretation ist nicht zuletzt der Motor eines europäischen Grundrechtsschutzes gewesen. Allerdings sind die anderen Institutionen der EU wie z.B. die Kommission, das Parlament etc. an die enge Interpretationsklausel gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 3 EUV i.d.F. des Vertrags von Lissabon gebunden

Fischer, 2004, 116.

Diese Bestimmung schreibt die Auslegung und Anwendung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta gemäß Titel VII der Charta vor. Konkret handelt es sich um die Art. 51 bis 54 der Charta, die den Anwendungsbereich, die Tragweite der garantierten Rechte, das Schutzniveau und das Verbot des Mißbrauchs der Rechte aus der Charta festlegen.

2.1.2. Art. 20 der Grundrechte-Charta

Art. 20 Grundrechte-Charta lautet:

„Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.“

Mit diesem in der Charta niedergelegten Grundrecht knüpft die EU an die vom EuGH geprägte Rechtsprechung *zum allgemeinen Gleichheitssatz* an und hebt dieses Grundprinzip des Unionsrechts aus den allgemeinen ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen heraus. Während

der richterrechtliche Rechtsgrundsatz eher objektiv-rechtlichen Charakter hat, betont Art. 20 Grundrechte-Charta die subjektiv-rechtliche Seite der Gleichheit durch den personalen Bezug

Jarass, 2005, 286 Rn.2

und verstärkt damit die Grundrechtsdimension.

Da die Grundrechte-Charta nicht in die Verträge aufgenommen wird, bleibt sie ein eigenständiges primärrechtliches Dokument

Jarass, 2005, 286 Rn.2

EU-Bürger und Bürgerinnen können sich auf Art. 20 Grundrechte-Charta genauso berufen wie Drittstaatsangehörige, denn die Vorschrift spricht von „allen Personen“

Hölscheidt, Kap. III, Gleichheit, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Vorbemerkung Art. 20 Rn. 16; Jarass, 2005, 289 Rn. 10,

aber auch juristische Personen des Privatrechts sind in den Schutz des Grundrechts einbezogen

Callies/Ruffert, 2006, Art. 20 Grundrechte-Charta Rn. 5.

Nach Art. 51 Grundrechte-Charta sind Legislative, Exekutive und Judikative sowohl der EU als auch der Mitgliedstaaten an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 Grundrechte-Charta gebunden, allerdings nur, soweit es um die Anwendung von Unionsrecht geht

Callies/Ruffert, 2006, Art. 20 Grundrechte-Charta Rn. 7ff. ; Jarass, 2005, 86 Rn.3.

Rein innerstaatliche Sachverhalte sind demnach nicht erfasst, so dass inländische Diskriminierungen bzw. Ungleichbehandlungen ohne Unionsrechtsbezug vom Schutzbereich ausgenommen sind

Jarass, 2005, 86 Rn.3.

Eine unmittelbare Drittwirkung des Gleichheitsgrundrechts unter Privaten wird in der Literatur außerdem abgelehnt, so dass lediglich von einer mittelbaren Drittwirkung im Privatrechtsverkehr gesprochen werden kann

Callies/Ruffert, 2006, Art. 20 Grundrechte-Charta Rn. 12; Hölscheidt, Kap. III, Gleichheit, in: Meyer (Hrsg.), Vorbemerkung Art. 20 Rn. 17; anders soll es sich nach Callies/Ruffert, ebd., bei Diskriminierungen aufgrund von Art. 13 EGV verhalten, sofern das sekundärrechtsetzende Organ bei Diskriminierungen unter Privaten die unmittelbare Drittwirkung des jeweiligen Diskriminierungsverbots für zulässig erachtet; dies ist als Hinweis auf das Urteil des EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, NZA 2005, S. 1345, Mangold./Helm zu verstehen, denn der EuGH hat das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts anerkannt und innerhalb eines privaten Arbeitsverhältnisses unmittelbar angewendet.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass das allgemeine Gleichheitsrecht aus Art. 20 Grundrechte-Charta keinen anderen Inhalt und keine andere Struktur besitzt als der vom EuGH geprägte ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung, so dass an dieser Stelle die Rechtsprechung des EuGH nach wie vor die wichtigste Rolle für das Verständnis von Art. 20 Grundrechte-Charta spielt

Hölscheidt in: Meyer (Hrsg.), 2003, Art. 20 Rn. 13 f.; zur Normstruktur der Gleichheitssätze eingehend: Stein/Frank, Staatsrecht, 20. Aufl. 2007, 8. Kapitel.

2.1.3. Die speziellen Gleichheitsrechte der Grundrechte-Charta

Die besonderen Gleichheitssätze aus den Art. 21 bis 26 Grundrechte-Charta verdrängen als *lex specialis* den allgemeinen Gleichheitssatz

Hölscheidt in: Meyer (Hrsg.), 2003, Vorbemerkung Kapitel III Rn. 2 m. Hinw.,

sofern ihr Schutzbereich eröffnet ist. Für die hier interessierende Frage scheidet Art.22 Grundrechte-Charta aus, da die Verpflichtung der Union auf die Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen keine unmittelbare Bedeutung für den untersuchten Bereich der Regelung der Leiharbeit besitzt. Dagegen ist der Anwendungsbereich der in Art. 24 bis 26 verankerten Rechte des Kindes, älterer Menschen oder von Menschen mit Behinderung dann eröffnet, wenn dies für den Untersuchungsgegenstand von Relevanz ist. Dies ist zweifellos der Fall für Art. 23 Grundrechte-Charta, wonach

„die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts sicher zu stellen (ist).“

Gem. UAbs.2

„steht der Grundsatz der Gleichheit ... der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen“.

Dieser ausdrückliche Gleichstellungsauftrag kommt u.a. dann zur Anwendung, wenn Frauen im Bereich der Leiharbeit in statistisch signifikantem Maße benachteiligt werden und sie dadurch mittelbar diskriminiert werden. In Deutschland ist Leiharbeit noch immer eine Männerdomäne. Sie stellen über 70% der Leiharbeiter, der Frauenanteil liegt – bei steigender Tendenz – bei ca. 25%

Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarkt in Zahlen, Arbeitnehmerüberlassung 1. Halbjahr 2008, Tabellen 56 und 7; Waltermann, Gutachten 68. djt, 2010, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.a); igz (Interessenverband Deutscher Zeitarbeiterunternehmen e.v.), Zahlen zur Zeitarbeit (Stand 3/09), auf der homepage des Verbandes.

Darin liegt deshalb keine mittelbare Diskriminierung von Frauen, weil es an einem Diskriminierungstatbestand fehlt. Allein die Tatsache, dass der Frauenanteil in der Leiharbeit

geringer ist als derjenige von Männern begründet solange nicht den Tatbestand der Entgeltdiskriminierung, wie für ihren geringeren Anteil an der Leiharbeit sachliche Gründe gegeben sind und sie wie vergleichbare Leiharbeitsstätigkeiten ausübende Männer entlohnt werden. Als Begründung für die Unterrepräsentation der Frauen führt der 11. Erfahrungsbericht der Bundesregierung zum AÜG vom 13.1.2010 an

BT- Drs. 17/464, S.45,

dass Frauen in den Branchen und Berufsfeldern, in denen Zeitarbeitskräfte vornehmlich eingesetzt werden – wie z.B. in der Elektro- und Metallindustrie

in dieser Branche, dem drittgrößten Einsatzfeld der Leiharbeit, waren 2008 23% der Leiharbeitnehmer beschäftigt, vgl. Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland, aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, 2009, S.9f. -

ebenfalls unterrepräsentiert sind. „Eine andere Erklärung ist der Umstand, dass Frauen häufiger in Teilzeitarbeitsverhältnissen zu finden sind, welche wiederum in der Zeitarbeit seltener zum Einsatz kommen“

Ebd., S.45.

Darin liegt ein sachlicher Grund, der die geringere Verbreitung der Leiharbeit bei Frauen erklärt. In ihrer Unterrepräsentanz liegt demnach keine mittelbare Diskriminierung

ebenso Schiek, in: dgl. (Hrsg.), AGG, § 3 Rn22: „Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung erfordert nicht, jede faktische Benachteiligung zu beseitigen, sondern nur diejenigen, die nicht aus diskriminierungsneutralen Gründen, u.a. unter Bezug auf ökonomische Effizienz, gerechtfertigt werden kann“.

2.1.4. Nichtdiskriminierung gemäß Art. 21 Grundrechte-Charta:

Diskriminierungsverbot versus Gleichstellungsgebot?

Nach Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta sind Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verboten. Art. 21 Abs. 2 Grundrechte-Charta stellt darüber hinaus klar, dass unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verfassung in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.

Die einzelnen Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta gehen teilweise auf Vorgaben des internationalen Rechts, teilweise auf bereits bestehende Diskriminierungsverbote im EG-Recht, aber auch auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen zurück. So finden die in der Ermächtigungsnorm des Art. 13 Abs. 1 EGV enthaltenen Diskriminierungsmerkmale jedenfalls in Teilen eine Entsprechung in Art. 21 Grundrechte-Charta

Hölscheidt, in: Meyer (Hrsg.), 2003, Art. 21 Rn. 2 f.

Der Richtlinien-Entwurf der Kommission vom 30.2.2002

KOM (2002) 149 endg.

trug in Art.5 noch die Überschrift: Grundsatz der *Nichtdiskriminierung* (in Art. 5 der RL 2008/104EG heißt es an dieser Stelle: Grundsatz der *Gleichbehandlung*). Damit stellt sich die Frage, ob diese terminologische Differenz einen rechtlich erheblichen Unterschied macht: Ist Nichtdiskriminierung identisch mit Gleichbehandlung?

In diesem Zusammenhang ist zunächst an den Wortlauf der beiden in Rede stehenden Vorschriften zu erinnern: Art. 5 idF der RL 2008/104/EG lautet:

„(1) Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.

Bei der Anwendung von Unterabsatz 1 müssen die im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln in Bezug auf

*a) den Schutz schwangerer und stillender Frauen und den Kinder- und Jugendschutz sowie
b) die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung so eingehalten werden, wie sie durch Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Tarifverträge und/oder sonstige Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind.“*

Demgegenüber fehlt in Art. 5 Abs.1 des Kommissionsentwurfs der RL Leiharbeit vom 20.3.2002 ein derartiger Verweis auf die Antidiskriminierungsbestimmungen. Dort heißt es:

1. Leiharbeitnehmer werden während der Dauer der Überlassung mindestens ebenso günstig behandelt wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des entliehenen Unternehmens was die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbestimmungen betrifft, für die eine bestimmte zurückgelegte Beschäftigungsdauer Voraussetzung ist, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Es gilt, wo dies angemessen ist, der Pro-rata-temporis-Grundsatz.“

In Unterabsatz 2 von Art. 5 idF der RL 2008/104/EG ist nunmehr ein ausdrückliches und verpflichtendes („müssen“) Diskriminierungsverbot aufgenommen worden. Ob und wie diese Regeln in die Tarifpraxis übernommen werden können, ist jedoch fraglich. Hier bietet sich u.U. an, diese Maßnahmen, soweit sie nicht unmittelbar von den Leiharbeitnehmern genutzt werden können, auf der Basis eines pauschalen Ansatzes monetär zu entgelten. In der Literatur war bereits im Hinblick auf die im AÜG v.1.1.002 enthaltene Regelung des § 10

Abs.5 bezweifelt worden, ob diese im Entleiherbetrieb geltenden Regeln – etwa auf die Gewähr eines „Jahreswagens“ - auf den Verleiherbetrieb tatsächlich übertragbar sind. „Der Verleiher ist nicht in der Lage, den Leiharbeitnehmer hinsichtlich der gesamten Arbeitsbedingungen in den Betrieb des Entleihers zu integrieren. Dazu müsste er ihn vermitteln. ...Das Problem stellt sich ganz ähnlich beim Anspruch auf Gleichbehandlung gem. 4 II TzBfG. Da kann es bei geringfügig Beschäftigten sinnvoll sein, statt sie in die betriebliche Altersversorgung zu integrieren, ihnen den Wert dieser Leistung unmittelbar zufließen zu lassen. Diese Lösung ist auf die Leiharbeitnehmer übertragbar“

so Behrend, Arbeitnehmerüberlassung bis zu 24 Monaten – Job AQTIV mit Hindernissen, NZA 2002, 372, 374f..

Dieser Rückgriff auf den Wert einer Leistung zur Kompensation der fehlenden Integrierbarkeit des Leiharbeitnehmers in den Entleiherbetrieb erscheint angemessen

vgl. Lembke, Die „Hartz-Reform“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98, 101; Platzhoff, Arbeitnehmerüberlassung und Legitimität, 2009 217, die jedoch betont, dass es sich dabei lediglich um ein Surrogat handelt; Schüren, Münchener Hdb. Zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Ergänzungsbd. § 162 Rdnr.188f.; Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn.163.

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ist darin nicht zu erblicken.

Vergleicht man die oben zitierten Regelungen zu Art.5 Abs.1 im Kommissionsentwurf der Leiharbeitsrichtlinie von 2002 mit der jetzigen Fassung der RL 2008/104/EG, so fällt die in Art.5 Abs.1 des Entwurfs von 2002 enthaltene Einschränkung auf, wonach beim *Vorliegen sachlicher Gründe* vom grundsätzlichen Diskriminierungsverbot abgewichen werden darf

eine ähnliche Regelung enthält die neue RL 2008/104/EG in Art. 6 Abs.4, wonach der Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder – diensten unter dem Vorbehalt einer „unterschiedlichen Behandlung“ steht, die aus „objektiven Gründen gerechtfertigt“ ist.

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist in diesen Fällen demnach nicht strictu sensu zu verstehen, sondern nur nach Maßgabe des Vorliegens *identischer Sachverhalte*. Das

entspricht der Fassung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nach deutschem Recht, wonach nicht strikte Ergebnisgleichheit angestrebt wird, sondern bloße Willkürfreiheit hinsichtlich der Bewertung der privatautonom definierten Voraussetzungen der Gleichbehandlung

Fastrich, Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, 65; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, S.156 bemerkt zum Gleichbehandlungsgebot des AÜG: „Es geht nicht darum, die Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen zu verhindern, sondern Ziel ist es, Verteilungsgerechtigkeit zu realisieren“; das AÜG gestattet deshalb im Gegensatz zum Kommissionsentwurf vom 20.3.2002, KOM (2002) 149 endg. keine individualvertragliche Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot aus sachlichem Grund, a.A. unter Verweis auf § 4 Abs.1 S.1 und Abs.2 S.1 TzBfG Lembke, BB 2003, 98, 103; dagegen zu Recht Platzhoff, 2009, 115; Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23,26f.; die von den Verf. angenommene Verfassungswidrigkeit des § 10 Abs.5 AÜG, der durch das Job-AQTIV-Gesetz mit Wirkung vom 1.1.2002, BGBl. I, 3443, (vorübergehend) eingefügt worden war, hat das BVerfG nicht geteilt, vgl. BVerfG v. 29.12.2004- 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03 = DB 2005, 110.

Die jetzige Fassung des Art. 5 Abs.1 RL Leiharbeit ist demgegenüber deutlich weiter gehend: Sie gebietet aufgrund ausdrücklichen Gesetzesbefehls zwingend – soweit überhaupt machbar

dazu Behrend, NZA 2002, 372, 374f.; Schüren. In: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl.2010, § 9 Rn. 160ff.

- die *Gleichstellung* der Leiharbeitnehmer mit den Stammarbeitnehmern im Entleiherbetrieb. Die dort geltenden allgemeinen Regeln, zu denen auch Bestimmungen in Betriebsvereinbarungen oder in Allgemeinen Arbeitsbedingungen bzw. auf Grund betrieblicher Übung zählen

Schindler, dRDA 2009,176,

sind danach so auf Leiharbeitnehmer zu erstrecken, wie sie im Entleiherunternehmen gelten.

Das Diskriminierungsverbot idF der Leiharbeits-RL 2008/104/EG ist daher sachlich ein *Gleichstellungsgebot*. Als solches ist es, wie Art. 10 *des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV) zeigt, zulässig.

***2.1.5. Art. 151 AEUV (ex Art. 136 EG) und die Nicht-Regressionsklausel
des Art. 9 Abs.2 RL 2008/154/EG***

Die Harmonisierung auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts steht gem. Art. 151 AEUV (*ex Art. 136 EG*) unter dem Gebot, dass sie „auf dem Wege des Fortschritts“ zu erfolgen habe

danach soll die Rechtsangleichung kein Vorwand für die Absenkung von Normen durch die Mitgliedstaaten sein, vgl. Langer, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag, 6. Aufl., 2003, Bd.3 Art. 117, Rn.19.

Dies „betrifft“, wie in Nr.7 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer v. 1989

v. 9.12.1989, KOM (89) 248 endg.

hervorgehoben wird, „namentlich andere Arbeitsformen als das unbefristete Arbeitsverhältnis, wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit“. Ziff. 3 der Erwägungsgründe der RL 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge

v. 28.6.1999, ABl 1999 L 175/43; dazu Schmalenberg, Die richtige Umsetzung der Befristungsrichtlinie der EG – Konsequenzen des Gesetzgebers, NZA 2000, 1043; KDZ-Däubler, KSchR, 7. Aufl., 2008, § 14 TzBfG Rn.4, 152

nimmt ausdrücklich Bezug auf diesen Grundsatz. Er wird konkretisiert in Art. 9 Abs.2 RL 2008/104/EG: „Die Durchführung dieser Richtlinie ist unter keinen Umständen ein hinreichender Grund zur Rechtfertigung einer Senkung des allgemeinen Schutzniveaus für Arbeitnehmer in den von dieser Richtlinie abgedeckten Bereichen“:

Diese im EU-Recht geläufige *Nichtregressionsklausel*

vgl. zuvor z.B. § 8 Nr.3 der Sozialpartnervereinbarung über befristete Arbeitsverträge; Art. 9 Abs.4 und Erwägungsgrund Nr.31 der Rahmen-RL Unterrichtung und Anhörung 2002/14/EG v.11.3.2002, ABl. L 80/29; § 6 Abs.2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die die Grundlage der Teilzeit-RL 97/81/EG bildet, ABl. v. 20.1.1998, L 14/9 sowie Nr.6 der Erwägungsgründe der Rahmenvereinbarung Telearbeit v. 16.7.2002 und Art. 9 Abs.2 des Vorschlages für die Leiharbeits-RL, vgl. KOM (2002) 701 endg; sie findet sich aber auch in Richtlinien, die keinen direkten Bezug auf atypische Beschäftigungsverhältnisse haben, so etwa in der Arbeitszeit-RL KOM (2002) 136 endg., Art. 23 sowie in den Gleichbehandlungsrichtlinien in Beschäftigung und Beruf (00/78/EG v. 27.11.2000), ABl. L. 2.12.2000, S.16, Erwägungsgrund 28, S.2 und in der Antirassismus-RL (00/43/EG v. 29.6.2000), ABl. L. 180 v. 19.7.2000, S. 22, Erwägungsgrund 25

hat zunächst die Bedeutung eines allgemeinen sozialen Rückschrittsverbots. In Zusammenhang mit der auch im Rahmen des Unionsrechts angestrebten Normalisierung atypischer Beschäftigungsverhältnisse wie insbesondere auch der Leiharbeit erhält es darüber hinaus eine spezielle Bedeutung. Solange atypische Beschäftigungsverhältnisse als problematische Bedrohungen des Normalarbeitsverhältnisses angesehen wurden, wurde dessen Schutz juristisch durch Rückgriff auf die *Rechtsfigur der unzulässigen Gesetzesumgehung* gesichert. In dem Maße, wie atypische Beschäftigungsverhältnisse gesetzlich zugelassen und „normalisiert“ werden, greift das Umgehungsverbot des Arbeitnehmerschutzes zur Begrenzung ihrer rechtlichen Anerkennung nicht mehr

prüfungsrechtlicher Ausgangspunkt ist seit Erlass des TzBfG nicht länger die Umgehung des KSchG, sondern die Befristungsabrede als solche, vgl. KDZ-Däubler, 7. Aufl., 2008, § 14 TzBfG Rn.9; ErfK-Müller-Glöge, 8. Aufl. 2008, TzBfG § 14 Rn.2.; Blanke, Th., KJ 2004, 1, 9f.

An seine Stelle tritt nunmehr das Erfordernis, der (mit der Zulassung atypischer Beschäftigungsverhältnisse verbundenen) Gefahr einer Absenkung des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes entgegen zu wirken.

Die „Nichtregressionsklausel“ gewinnt im Zuge dieser Entwicklung eine über ein allgemeines Rückschrittsverbot hinausgehende Bedeutung als ein spezielles *Instrumentalisierungsverbot*: Sie soll verhindern, dass arbeitsvertragliche Gestaltungen, bei denen es in besonderem Ausmaß an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Vertragsparteien fehlt, für eine gezielte Reduktion des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes instrumentalisiert werden. Der Schutz des Normalarbeitsverhältnisses soll unter Bedingungen der Normalisierung atypischer Beschäftigung nicht ins Gegenteil verkehrt und zu einem sozialen Auslaufmodell herabgestuft werden

entsprechend diesem Postulat wird in der Leiharbeits-RL 2008/104/EG in Erwägungsgrund Nr.15 betont, „unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses.“ Deshalb gestattet die Richtlinie, wie es in Erwägungsgrund 15 anschließend heißt, im Hinblick auf den „hierdurch gegebenen besonderen Schutz“ im Falle unbefristeter Arbeitsverträge mit dem Verleiher „von den im Entleihunternehmen geltenden Regeln abzuweichen“ und für den Fall ihrer Entlohnung zwischen den Überlassungen vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt abzusehen (Art. 5 Abs.2 RL).

Gestützt auf diese Regelung und die darin zum Ausdruck kommende Risikoverteilung zwischen Ver- und Entleiher hat Schüren

in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., Einl. Rn. 183 und Rn.92, 94

gefolgert, dass das ursprüngliche *spezielle Synchronisationsverbot* mit seinen besonderen Befristungsregelungen im Fall der Leiharbeit gem. §§ 3 Abs.1 Nr.4 und 5, 9 Nr.2 des AÜG a.F., das zum 1.1.2003 aufgehoben wurde, nunmehr nach *Maßgabe der allgemeinen Regeln über den Bestandsschutz* im Arbeitsverhältnis (die Regeln des KSchG und des TzBfG) durch ein *generelles Synchronisationsverbot* ersetzt worden sei. Dies folge aus der Regelung zum Annahmeverzug in § 14 Abs.4 S.2 AÜG und aus der Anwendbarkeit des TzBfG sowie des KSchG auf die Leiharbeit. Danach sei für den „vorübergehenden Bedarf“ gem. § 14 Abs.1 S.2 Nr.1 TzBfG auf die *Verhältnisse beim Verleiher* abzustellen, so dass eine Befristung des Leiharbeitsverhältnisses zu diesem nicht wirksam mit einem zeitlich begrenzten Fremdfirmeneinsatz begründet werden könne

Ulber, AÜG, 3. Aufl., § 9 Rn.306; ebenso Wank, RdA 2003, 1, 9; Waas, ZESAR 2009, 207, 211.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen: Danach ist es dem Verleiher grundsätzlich verwehrt, den Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer auf seine erstmalige Einsatzzeit bei einem Entleiher zu befristen

Ulber, J., AÜG, 3. Aufl., 2006, § 9 Rn.314.

Gleichzeitig ist der RL 2008/104/EG der Auftrag an den Gesetzgeber zu entnehmen, die Synchronisation dann zu verbieten, wenn sie mit der tariflichen Abbedingung des Gleichbehandlungsgebots einhergeht

Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einl. Rn. 183 und Rn.92, 94.

Als *Instrumentalisierungsverbot* verstanden dient die *Nichtregressionsklausel* der Sicherung des Gleichgewichts zwischen den verschiedenen Formen der typischen und atypischen Beschäftigung. Sie ist in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz die *notwendige Kompensation* für die Zulassung von Abweichungen vom Normalarbeitsverhältnis und die Aufhebung der Restriktionen, denen die Leiharbeit früher unterworfen war

vgl. Waltermann, Gutachten 68.djt, 2010, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.b); sie wurde auch in § 6 Abs.2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit aufgenommen, die die Grundlage der Teilzeit-RL 97/81/EG bildet, ABl. v. 20.1.1998, L 14/9 sowie in Nr.6 der Erwägungsgründe der Rahmenvereinbarung Telearbeit v. 16.7.2002 und in Art. 9 Abs.2 des Vorschlages für die Leiharbeits-RL, vgl. KOM (2002) 701 endg.

Sie stellt die *notwendige Ergänzung* zur Anerkennung atypischer Beschäftigungsverhältnisse als Teil der arbeitsrechtlichen Normalität dar. Dies wird durch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Rechtsangleichung „auf dem Wege des Fortschritts“ gem. Art. 136 EGV bestätigt

Zwar hatte der EuGH in der Rechtssache Zaera

EuGH v. 29.9.1987 – 126/86 (Zaera), Slg. 1987, 3697; dazu Bercusson (Hrsg.), European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, 2006, 447; Langer, in: Van der Groeben/Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl., 2003, Bd.3 Art. 117, Rn.22.

– entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts – die These vertreten, dass Art. 152 AEUV (ex-Art. 137 EG) zwar als Rechtssatz zu Auslegungszwecken des Vertrages verbindlich sei, ihm jedoch keine subjektiven Ansprüche entnommen werden könnten, weil die Sozialpolitik von den Mitgliedstaaten zu gestalten sei; dieser Auffassung ist jedoch durch die Betonung eines hohen Maßes an sozialem Schutz in Art. 2 des EG-V i.d.F. des Vertrags von Maastricht die Grundlage entzogen worden

vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, S.119 und 123.

Zudem geht es in vorliegendem Zusammenhang allein um die Auslegung von Unionsrecht und nicht um die Frage, ob aus Art. 151 AEUV (Ex- Art. 136) subjektive Ansprüche hergeleitet werden können. Insofern kommt es auf die vom EuGH gemachten Einschränkungen in der Relevanz der Nicht-Regressionsklausel nicht an.

2.1.6. Sonstige Gleichbehandlungsgebote im internationalen Recht und im Recht der EU

Das Prinzip der Gleichbehandlung spielt in der EU von Anbeginn an eine zentrale Rolle. Dabei stand mit dem in Art. 7 Abs.1 EWG-Vertrag statuierten Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und dem Lohnleichheitsgebot des Art. 157 AEUV (zuvor Art. 119, dann Art. 141 EG-Vertrag) zwischen Männern und Frauen zunächst der Gesichtspunkt der Herstellung einheitlicher Marktbeziehungen und damit der Beförderung der europäischen Integration im Vordergrund. Die weitere Entwicklung ist durch eine starke Ausweitung der „verpönten“ Kriterien für unzulässige Diskriminierungen und den Übergang von einem formellen zu einem materialen Gleichheitskonzept geprägt

vgl. Blanke/Graue, Einleitung VI Das Gleichheitskonzept der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008.

Dabei kam dem Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag (später Art. 141 EG, derzeit Art. 157 AEUV) eine herausragende Bedeutung zu; namentlich die Rechtsprechung des EuGH hat wesentlich zu der dargestellten Ausweitung von Inhalt und Konzeption des Diskriminierungsverbots beigetragen

Bieback, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, Art. 141 EG.

Diese Rechtsprechung konnte sich dabei auf eine Fülle normativer Regelungen sowohl im Bereich des internationalen und europäischen wie des nationalen Rechts stützen, die die Legitimität der Transformation des Diskriminierungsverbots über ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot und schließlich partielle Gleichstellungsgebote verbürgten. Zu nennen sind die *menschenrechtlichen Gleichheitsverbürgungen* in Art. 1 und 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948

vgl. zu den nachstehend erwähnten Normen die Darstellung bei Schiek in: Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, Einleitung, Rn.8ff.; Däubler in: Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl, 2008, Einl. V, Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote, Rn.140ff. und Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994,

die im Hinblick auf den kontrafaktischen Charakter der Gleichheitspostulate die Form von Diskriminierungsverboten besitzen

Radbruch, Rechtsphilosophie, S.126,

Art. 1 Abs.3, 13 2 (b), 55 lit. c) und 76 lit.c) der Charta der Vereinten Nationen, Art. 1, 2, und 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR), die Art. 2 Abs.1 und 2 der Menschenrechtspakte der UN, hier insbesondere die Gleichheitsgarantie gem. Art. 26 Abs.1 und 2 des Internationalen Pakts über Zivile und Politische Rechte (CCPR), Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), ferner die UN-Nichtdiskriminierungsinstrumente (Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung wegen der Rasse, CERD, und Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, CEDAW, sowie die – von der Bundesrepublik nicht ratifizierte - UN-Wanderarbeiterkonvention v. 18. Dezember 1990 und

die UN Behindertenrechtskonvention, die in Deutschland seit dem 26. März 2009 in Kraft ist) sowie im Rahmen der UN-Familie insbesondere der ILO (ILO-Übereinkommen Nr. 111, 100 und 97), und der UNESCO (Konvention gegen die Diskriminierung im Unterrichtswesen).

Auf der *Ebene des primären Unionsrechts* sind neben den Bestimmungen des Unionsrechts in den Art. 18 und 157 AEUV (ex- Art.12 und Art. 141 EG) insbesondere die Spezifizierung des Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit in den Art. 34, 45, 49 und 56 AEUV (ex-Art. 28, 39, 43 und 49 EG) sowie das wettbewerbliche Diskriminierungsverbot des Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) von Bedeutung. Mit der Vertragsrevision von Amsterdam (1997) wurden in Art. 19 und 151 AEUV (ex-Art. 13 EG und Art. 141 Abs.3 EG) zwei neue Rechtsgrundlagen geschaffen und damit das Antidiskriminierungsrecht als eigenständiges europäisches Rechtsgebiet entfaltet

Schiek in: Schiek (Hrsg.), AGG, Einl. Rn.32; zugleich wurden durch den Vertrag von Amsterdam (1999) in Art. 151 AEUV (ex-Art. 136 EG) neben der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte auch die Europäische Sozialcharta in das EU-Recht inkorporiert und die Aufgabenstellung der EU gem. Art. 2 EG dahingehend neu gefasst, dass „eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz“ angestrebt werde; hinzuweisen ist ferner auf Art. E der – allerdings von der Bundesrepublik nicht ratifizierten - Revidierten Europäischen Sozialcharta und Abs.3 der ESC-Präambel; vgl. ferner Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, Rn. 519.

Bereits im Vertrag über die Europäische Union von 1992, mit dem der Europäische Binnenmarkt hergestellt wurde, wurden in Art. 2 EUV (aufgehoben durch den Vertrag von Lissabon v. 31.12.2007

ABL. C 306 v. 17.12.2007 i.d.F. der Bekanntmachung v. 9.5.2008, ABL. C 115 v. 9.5.2000; Neufassung veröffentlicht in: ABL. C 83 v. 30.3.2010

und im Wesentlichen ersetzt durch Art. 3 EUV) als Ziele der EU „die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts und eines hohen Beschäftigungsniveaus“ definiert und damit die Wechselbeziehung von wirtschaftlichem und sozialem Fortschritt verdeutlicht

Rebhahn, Europäisches Sozialmodell – oder nationale Sozialmodelle – für Arbeitsbeziehungen und Welfare? In: Eilmansberger/Herzig (Hrsg.), Soziales Europa, 2009, 15, 19; Wittelsberger, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag, 6. Aufl., 2003, Bd.3, Art. 98; Bercusson, Labour law and Social Europe, Brüssel 2009; Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, Rn. 31; Fuchs (Hrsg.) Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, Einführung Rn. 114; Stein/Frank, Staatsrecht, 20. Aufl. 2007, § 21

eine Zielbestimmung, die durch die Aufgabenbeschreibung der Gemeinschaft in den Art. 3 und 4 sowie in Art. 136ff. EG näher ausgeführt wurde.

Besonders bemerkenswert ist, dass sich die EU in S.2 des neu aufgenommenen Artikel 2 über die Werte der EU als eine Gesellschaft bezeichnet, die sich durch *Solidarität* auszeichnet: „Diese Werte (scil. gem. Art. 2 S.1 EUV, die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören’) sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Männern und Frauen auszeichnet“. Geradezu als Manifest der spezifisch europäischen Wirtschafts- und Sozialtradition liest sich die im Lissabon-Vertrag neue aufgenommene Sozialklausel des Art.3 Abs.3 S.2 EUV, wonach die EU „auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin(wirkt). Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz (...)“. “ Der EU-Vertrag enthält damit an prominenter Stelle die *neue Zielsetzung* einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen *sozialen Marktwirtschaft*“.

Diese *Sozialklausel* stellt eine „Querschnittsaufgabe“ dar, die bei der Festlegung und Durchführung aller politischen Maßnahmen zu berücksichtigen ist

Schubert/Schwithal, Das Nein der Iren zum Vertrag von Lissabon – Konsequenzen, Lösungswege, Chancen, NJ 2008, 337.

Während der EUV damit an zwei Stellen eine deutliche Abkehr vom Prinzip der offenen Marktwirtschaft vollzieht, stellt der Vertrag über die Arbeitsweise der EU in den Artikeln 119 Abs.1 (ex-Art. 4 EGV) und 120 S.2 (ex-Art. 98 EGV) weiterhin auf das System der offenen Marktwirtschaft ab. Das europäische Primärrecht kennt daher im EUV die Verpflichtung zur „sozialen Marktwirtschaft“ und im AEUV die Verpflichtung zur „offenen Marktwirtschaft“.

Welche Konsequenzen sich an diese uneinheitliche Rechtslage knüpfen werden, ist weitgehend ungeklärt. Soweit sich damit ein Wandel von der offenen zur sozialen Marktwirtschaft vollziehen würde, wäre die Bedeutung dieses möglichen Paradigmenwechsels in der europäischen Wirtschaftspolitik für das Arbeitsrecht immens. Beide Systeme unterscheiden sich in der Beziehung von Markt und staatlichem Eingriff zueinander und sind schwerlich miteinander zu vereinbaren. In der sozialen Marktwirtschaft dürfen steuernde staatliche Eingriffe in das Wirtschaftsgeschehen erfolgen, solange sie mit der marktwirtschaftlichen Ordnung vereinbar sind und das Zusammenwirken von Angebot und Nachfrage am Markt nicht behindern

Reichel, Soziale Marktwirtschaft, Sozialstaat und liberale Wirtschaftsordnung. Aufklärung und Kritik, Sonderheft 02/1998, 83; ausführlich: AK-GG-Kittner, 2. Aufl. 1989, Art. 20 Abs.1 – 3 IV, Rn.1ff.; Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays, 1968; Stein/Frank, Staatsrecht, 20. Aufl. 2007, § 21.

Der Vertrag von Lissabon könnte daher nicht weniger als einen grundlegenden Wandel in der Ausrichtung der europäischen Wirtschaftspolitik bedeuten. Insbesondere würden sich die Rolle der Europäischen Union und die Aufgabe der Europäischen Kommission als Hüterin des Wettbewerbs verändern. Statt wie bisher eine beobachtende Funktion einzunehmen, käme ihr ein positiver Gestaltungsauftrag zu mit dem Ziel, Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt am Arbeitsmarkt zu erreichen. Demnach sind mit dem Inkrafttreten des geänderten EUV und des AEUV erhebliche Unsicherheiten in Bezug auf die europarechtlichen Vorgaben des Arbeitsrechts verbunden.

Mit dem Bestreben, einen Verfassungsvertrag für die EU zu schaffen und mit dem nach dem Scheitern dieses Vorhabens vereinbarten Vertrag von Lissabon, ist ferner erneut Bewegung in die Gleichbehandlungsthematik gekommen. Die gem. Art. 6 Abs.1 EUV in den Rang primären Unionsrechts erhobene Grundrechte-Charta der EU sieht in ihren Artikeln 27 bis 38

zum Sachgebiet „Solidarität“ nicht nur ein umfassendes Programm für die Entwicklung der künftigen Sozialpolitik der Gemeinschaft vor

Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, Rn.57,

sondern enthält mit den bereits dargestellten Gleichheitsgrundrechten im Sachgebiet „Gleichheit“ gem. Art. 20 bis 26 auch zentrale Regelungen zum Gleichheitsgrundsatz. Problematisch an diesen ist namentlich die ihnen zugrunde liegende – und ihre Interpretation deutlich erschwerende - Hierarchisierung von Gleichheitsrechten

dazu in Bezug auf die Kompetenzvorschriften der Art. 13 und 141 Abs.3 EG Schiek in: Schiek, AGG, Einl. Rn.34; das Gleiche trifft auf das Verhältnis von Art. 20 zu Art. 23 Abs.2 der Grundrechte-Charta zu.

Auf der Ebene des *sekundären Unionsrechts* besteht eine derart große Vielzahl von Gleichbehandlungsbestimmungen, dass ihre Auflistung den vorliegenden Zusammenhang sprengen würde. Erwähnenswert sind namentlich die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU, deren erste vier – die „Antirassismus“-RL 2000/43/EG, die Rahmenrichtlinie Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, RL 2000/78/EG, die Rahmenrichtlinie Gleichbehandlung Geschlecht in Beschäftigung und Beruf, RL 2002/73/EG und die Richtlinie Gleichbehandlung Geschlecht bei Gütern und Dienstleistungen, RL 2004/113/EG den rechtlichen Rahmen des AGG bilden

hierzu: Rust/Däubler/ Falke u.a. (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Loccumer Protokolle 40/03, 2003; Däubler, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, Einl. Rn.3ff.

und inzwischen in allen Mitgliedstaaten der EU umgesetzt worden sind. Hinzugekommen ist seitdem die RL 2006/54/EG v. 5.6.2006 zur „Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen“. Diese Richtlinie fasst die nachfolgend genannten Richtlinien bzw. deren spätere Änderungsrichtlinien (2002/73/EG, 97/80/EG, 98/52/EG) unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH in einer einzigen Richtlinie zusammen und hebt zum 15. August 2009 auch die vier in die vorliegende

Richtlinie integrierte Richtlinien sowie die genannten drei weiteren, diese konkretisierende Richtlinien auf. Die aufgehobenen Richtlinien sind:

75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen,

76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen,

86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit und

97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Die Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie beschränkt sich auf die Bestimmungen, die eine inhaltliche Veränderung gegenüber den früheren Richtlinien darstellen. Welche dies sind, ist umstritten: Nach Däubler

in: Däubler/Betzbach (Hrsg.), , AGG, Einl. Rn. 4

bringt die RL nur insoweit ein neues Element, als Art. 18 Schadensersatz und Entschädigung zu obligatorischen Sanktionen macht. Dagegen verweisen Raasch und Wagner in einem Schreiben an die vormalige Bundesjustizministerin Zypries v. 7.3.2008 darauf hin, dass in Bezug auf den in Art. 4 formulierten Grundsatz der Entgeltgleichheit und den in Art. 21 angesprochenen Sozialen Dialog Umsetzungsbedarf bestehe. Die Bundesjustizministerin verneinte indes jeglichen Änderungsbedarf; deshalb blieb es in Deutschland bei der Umsetzung durch die Bestimmungen des AGG.

2.2. Zusammenfassung: Der Gleichbehandlungsgrundsatz der RL Leiharbeit im Lichte der Gleichbehandlungsgewährleistungen des internationalen und des EU-Rechts

Sowohl im internationalen Recht als auch im primären und sekundären Recht der EU existieren eine Fülle von Gleichberechtigungsgarantien. In der Zeitachse lässt sich nicht nur

eine deutliche Zunahme der Zahl dieser Gewährleistungen, sondern auch eine Verschiebung des Gehalts dieser Garantien von formalen Gleichberechtigungsgewährleistungen über bestimmte Diskriminierungsverbote hin zu Geboten materieller Gleichstellung feststellen. Die Gründe für diese Entwicklung näher auszuleuchten, ist hier nicht der Ort

Dazu eingehend: Blanke/Graue, Einleitung VI, Das Gleichheitskonzept der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, in: Däubler/Bertzsch (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, Rn.195ff

Schrittmacher dieser Entwicklung war das in Art. 119 des ursprünglichen EWG-Vertrages enthaltene Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Bezug auf das Arbeitsentgelt. Aber: „Der Grundsatz der Entgeltgleichheit (hat) wenige praktische Wirksamkeit, wenn er nicht von einem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung begleitet wird...Aus diesem Grunde muss das Gebot der Entgeltgleichheit durch den Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Einstellung, dem Aufstieg und den übrigen Arbeitsbedingungen einschließlich der Kündigung ergänzt werden“

Schick, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, S.246.

Das Gleichbehandlungsgebot von Leiharbeitnehmern mit Beschäftigten im Entleiherbetrieb beruht auf ihrer in der Praxis erfahrenen und empirisch eindrücklich belegten Ungleichbehandlung. Diese Ungleichbehandlung ist durch die tarifdispositive Ausgestaltung dieses Gleichbehandlungsprinzips sogar noch verstärkt worden. Die dramatische Zunahme der Leiharbeit seit dem Ersten Gesetz für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 1.1.2003 stellt nicht nur eine ernst zu nehmende Bedrohung für den Bestand des „Normalarbeitsverhältnisses“ dar, zumal in wachsendem Ausmaß Stammarbeitskräfte durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden, sondern für das Vertrauen in den Rechtsstaat insgesamt

Waltermann, Gutachten 68.djt, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.c).

Dies macht es erforderlich, das Vordringen des Missbrauchs der Leiharbeit zu stoppen. Wie dies rechtlich zu bewerkstelligen sei, dafür liegen derzeit *zwei Varianten* auf dem Tisch:

Entweder werden die Bestimmungen der RL 2008/104/EG in Verbindung mit Kernaussagen des deutschen AÜG so kombiniert, dass der im Zentrum beider Rechtsmaterien stehende Schutz der Leiharbeiter effektiv erreicht wird. Dies erfordert die Bindung der Zulässigkeit rechtlicher Gestaltungen in der Leiharbeit an den Gleichbehandlungsgrundsatz. Hierfür wird in der Literatur auf die Verstärkung des Gleichbehandlungsgebots in der RL Leiharbeit sowie auf Erwägungsgrund 15 verwiesen. Aus dem deutschen Recht wird auf die Unzulässigkeit der Arbeitsvermittlung (im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung) sowie auf die Regelung zum Annahmeverzug in § 11 Abs.4 AÜG und die Transformation des speziellen Synchronisationsverbots zu einem allgemeinen Synchronisationsverbot Bezug genommen. Beide Ansätze zusammen führen zur Bejahung eines Instrumentalisierungsverbots, wonach die Leiharbeit nicht dazu missbraucht werden darf, den Umkreis der Normalarbeitsverhältnisse einzuengen.

Die *andere Variante* will den gleichen Effekt dadurch herbei führen, dass sie den bisher eingeschlagenen Weg der Reformen auf dem Gebiet der Leiharbeit konsequent zu Ende geht und die Regelungen übernimmt, die das französische Recht im Code de travail zur Verhinderung der Ersetzung von Stammarbeitskräften im Entleiherbetrieb durch Leiharbeiter entwickelt hat. Zunächst wird dort in Art. L 1251-5 (ex-Art. L. 124-2) der Grundsatz aufgestellt, dass der Einsatz von Leiharbeitern nur erlaubt ist, wenn auch die Tätigkeit vorübergehenden Charakter besitzt. Dieser Grundsatz wird sodann in Art. L 1251-6 und L 1251-7 (ex-Art. 124-7, par. 3) für *drei Fallgruppen spezifiziert*, nämlich für die *vorübergehende Ersetzung von Beschäftigten „on leave“*, ferner für *vorübergehenden Arbeitsanfall und für Saisonarbeit* (hier ist speziell an Saisonbetriebe im Bereich der Landwirtschaft, Lebensmittelherstellung und im Tourismusgewerbe gedacht) sowie schließlich für Tätigkeiten, für die es – in spezifischen Branchen, die in einer Liste der Arbeitsverwaltung aufgeführt sein müssen – *unüblich ist, Arbeitnehmer auf der Basis unbefristeter Arbeitsverträge einzustellen*.

2.2. Der Stellenwert des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen des Flexicurity-Ansatzes

Das Konzept der Flexicurity stellt eine Reaktion auf die zunehmende Verbreitung atypischer Arbeitsverhältnisse angesichts veränderter Wirtschafts- und Wettbewerbsbedingungen dar. Es

handelt sich um eine neuartige Kombination von wirtschaftlichen Interessen an einer Förderung von Flexibilität der Arbeitskräfte und deren sozialer Sicherheit. Erste Ansätze zur Durchsetzung einer derartigen Veränderung gehen sowohl auf EU-Ebene als auch auf derjenigen der Mitgliedstaaten bereits bis in die 80er Jahre zurück. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die frühen Vorstöße der EU zur Regelung der Arbeitsbedingungen in der Leiharbeit aus dem Jahr 1984

vgl. Steuer, 2009, 133

sowie in Deutschland an das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985

dazu Blanke, Th., Die rechtliche Situation von prekär Beschäftigten, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Ende der Normalarbeit? 2007, 55.

Im Konsens zwischen den Sozialpartnern entfaltet und ausgearbeitet wurde das Konzept der Flexicurity allerdings zunächst in den Niederlanden und in Dänemark:

1995 veröffentlichte der größte gewerkschaftliche Dachverband in den Niederlanden, der FNV, entsprechend dem Motto „Flexibility within certain limits“ ein Memorandum unter dem Titel: „A Better Job: A Balance Between Dynamics and Protection“. vgl. Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?, WZB discussion paper, März 1998, S.17; Wilthagen/Tros, The concept of ‚flexicurity‘: A new approach to regulating employment and labour markets?, TRANSFER 2/04 S.166; Jahn, Industrielle Beziehungen 2005, S.191; Waas, ‚Bausteine‘ einer Flexibilisierung des deutschen Arbeitsrechts aus rechtsvergleichender Sicht am Beispiel der Niederlande, ZfA 2003, 1; Wilkens, Zwischen Flexibilität und Sicherheit – Leiharbeit in den Niederlanden, in: Vogel (Hrsg.), Leiharbeit, 2004, S. 166: dgl., Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden BARbBl H. 11/2005, 18; van der Krogt, Wie sieht die Regulierung der Leiharbeit seit der Einführung des Flexgesetzes in den Niederlanden aus?, Juni 2008, soweit ersichtlich unveröffentlicht; einen guten Überblick bietet auch Steuer, 2009, 301ff.; die Entstehung des Flexicurity-Ansatzes in Dänemark behaupten Kaufmann/Schwan, Flexicurity auf Europas Arbeitsmärkten – Der schmale Grat zwischen Flexibilität und sozialer Sicherheit, in: FES (Hrsg.) Nov. 2007, S. 2; ebenso human resource

management, flexicurity, im Netz unter:

<http://www.hrm.de/SITEFORUM?&t=/Default/gateway&i=1169747321057&application=story&active=no&ParentID=1169812876510&StoryID=1207066624544&xref=>.

Wem auch immer die Palme der Ehre gebührt, ob den Niederlanden oder Dänemark: Sicher ist, dass in beiden Ländern etwa Mitte der 90er Jahre aufgrund der Krise des tradierten Sozialstaatsmodells das neue Konzept entwickelt wurde.

Ausgangspunkt war die Annahme, dass die Ökonomie im Übergang zu einer globalisierten Wettbewerbsgesellschaft und auf Grund der veränderten Bedeutung des technologischen Fortschritts sowie der Überalterung der Erwerbsbevölkerung sich grundlegend verändert habe. Dies gelte speziell für den Arbeitsmarkt:

vgl. Kraemer/Speidel, Prekäre Leiharbeit, in: Vogel (Hrsg.), Leiharbeit, 2004, S.119.

Dieser sei immer weniger durch Vollbeschäftigung charakterisiert; vielmehr ruhe er auf einem Sockel an verfestigter Arbeitslosigkeit auf. Ökonomisches Wachstum gehe nicht länger mit einer Ausweitung der Binnennachfrage nach Arbeit einher, sondern tendiere – jedenfalls auf nationalem Niveau - eher zu beschäftigungslosem Wachstum. Die Präferenzen der Arbeitnehmer unterlägen im Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft einem Prozess beständiger Differenzierung. Deshalb seien sie immer weniger bereit, sich gewerkschaftlich zu organisieren und für ihre gemeinsamen Interessen einzutreten.

Angesichts dieser Herausforderungen komme der Integration der Arbeitslosen in den Beschäftigungsmarkt verstärkte Bedeutung zu. Das Arbeitsrecht könne sich immer weniger auf den Schutz der sog. „Normalarbeitnehmer“ allein beziehen, sondern müsse der Tatsache der Exklusion vieler potentieller Personen von deren effektiven Beschäftigung und seinem Beitrag zu dieser fatalen Spaltung des Arbeitsmarktes Rechnung tragen. Es gehe deshalb nicht länger primär um „job security“, sondern um „employment security“. Dies mache die flexible Ausgestaltung der Arbeitsbeziehungen und des Arbeitsrechts nötig. Sie seien auch auf die Bedürfnisse und Interessen der neuen Arbeitnehmergruppen zuzuschneiden. Den neuen Arbeitnehmergruppen müsse durch die Einräumung bislang unbekannter Optionen in Bezug auf individuelle Arbeitszeitwünsche, Lebensphasen und soziale Absicherung entgegengekommen werden.

Dänemark und die Niederlande haben die Grundgedanken der Flexicurity seit etwa Mitte der 90er Jahre entwickelt. Diese Überlegungen führten in den Niederlanden 1998 zur Verabschiedung des sog. „Flexgesetzes“ („Wet flexibiliteit en zekerheid“) und des „Gesetzes über Verleihunternehmen („Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs“, WAADI)

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary agency work in an enlarged European Union, 2006, S.13, 19; Wilkens, Zwischen Flexibilität und Sicherheit – Leiharbeit in den Niederlanden, in: Vogel (Hrsg.), Leiharbeit, 2004, S. 166, 167; Prop, Die gesetzliche Regelung der Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden und Europa, 2007, 78.

Dieses Gesetz führte den *Gleichbehandlungsgrundsatz* der Leiharbeitnehmer mit vergleichbaren Beschäftigten des Entleiherbetriebes ein, sah jedoch die Möglichkeit einer Tarifaufnahme von diesem Grundsatz vor. Im Übrigen ist das niederländische Modell der Regulierung der Leiharbeit hochgradig komplex: Es zeichnet sich durch zwei Aspekte aus. Zum einen dadurch, dass es auf mehreren Rechtsgrundlagen aufbaut (Gesetzen und Tarifverträgen, zuletzt von 2009) und zum anderen durch eine schrittweise Verstärkung der sozialen Absicherung der Arbeitnehmer entsprechend einem Phasenmodell, dass an die Zeitdauer des Vertrages mit dem Verleiher anknüpft. Erst in Phase C – nach einer Vertragslaufzeit von 3,5 Jahren - erhielt der Leiharbeitnehmer im Jahr 2004 einen unbefristeten Vertrag.

vgl. Wilkens, Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden BArbBl H. 11/2005, 18, 22; Bezug nehmend auf die ältere Rechtslage: Zachert, Kündigungsschutz, Befristung und Leiharbeit in Europa, WSI-Mitteilungen 2004, 132, 134.

Die Förderung der Leiharbeit stand seit Mitte der 80er Jahre im Zentrum der EU-Beschäftigungspolitik; Anfang dieses Jahrtausends wurde auch explizit der Zusammenhang zur Strategie der Flexicurity hergestellt: So nimmt die Begründung zum RL-Entwurf der Leiharbeit v. 20.3.2002

KOM (2002) 149 endg.

bereits einleitend Bezug auf die beschäftigungspolitischen Zielen der Lissabon-Strategie und stellt die beabsichtigte Maßnahme in den Kontext des „Flexicurity“-Ansatzes: „Die wissensbasierte Wirtschaft beruht auf Innovation und Humankapital und erfordert eine größere Anpassungsfähigkeit auf Seiten der Unternehmen wie auch der Arbeitnehmer. Soll der Übergang zu dieser Wirtschaftsform gelingen, so gilt es, gemeinsam mit den Sozialpartnern flexiblere Formen der Arbeitsorganisation zu fördern und die einschlägigen Rechtsvorschriften und vertraglichen Vereinbarungen zu reformieren, um Flexibilität und Sicherheit besser zu vereinbaren, aber auch, um mehr und bessere Arbeitsplätze zu schaffen“

KOM (2002) 149 endg., S.2.

Unter dem 22.11.2006 hat die EU-Kommission ein „Grünbuch“ unter dem Titel „Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“

KOM (2006) 708 endg.

vorgelegt; in ihm werden die arbeitsrechtlichen Konsequenzen der Flexicurity-Strategie vorgestellt. Ziel dieses Grünbuchs war es, eine öffentliche Debatte in der EU darüber einzuleiten, wie „durch Weiterentwicklung des Arbeitsrechts positive Wirkungen im Hinblick auf das Ziel der Lissabon-Strategie erzielt werden können, nachhaltiges Wachstum und gleichzeitig mehr und bessere Arbeitsplätze zu schaffen. Die Modernisierung des Arbeitsrechts ist von zentraler Bedeutung für eine bessere Anpassungsfähigkeit von Arbeitnehmern und Unternehmen. Dieses Ziel muss im Sinne der Gemeinschaftsziele Vollbeschäftigung, Arbeitsproduktivität und sozialer Zusammenhalt weiterverfolgt werden.“ Danach stelle sich die Aufgabe, „größere Flexibilität mit größtmöglicher Sicherheit zu verbinden. Der Wunsch nach mehr Flexibilität“, so heißt es einleitend weiter, „hat zu immer vielfältigeren Arbeitsvertragsformen geführt, die vom Standardvertragsmodell hinsichtlich Beschäftigungs- und Einkommenssicherheit und relativer Stabilität der damit verbundenen Arbeits- und Lebensbedingungen erheblich abweichen können... Befristete Arbeitsverträge, Teilzeitverträge, Abrufverträge, Null-Stunden-Verträge, Verträge für Arbeitnehmer, die über Zeitarbeitsfirmen eingestellt werden, Freelance-Verträge usw. haben sich inzwischen fest auf den europäischen Arbeitsmärkten etabliert. Der Anteil der Beschäftigten, die keinen Standardarbeitsvertrag haben, und der Selbständigen ist von über 36% im Jahr 2001 auf nahezu 40% der Arbeitskräfte in der EU-25 im Jahr 2005 gestiegen“

Grünbuch, KOM (2006) 708 endg., S.3., 8.

Sodann werden die Auswirkungen dieser Wandlung skizziert und hierbei neben der Freiwilligkeit der Arbeitsvertragsformen, dem flexiblen Ressourceneinsatz, der Fähigkeit, den Umstrukturierungsbedarf zu bewältigen und der Senkung der direkten und indirekten Arbeitskosten auch auf die Gefahr des „unzureichenden sozialen Schutz(es)“ und der Befangenheit in „einer prekären Situation“ hingewiesen.

Grünbuch, KOM (2006) 708 endg., S.9.

Im Diskussionsteil des Grünbuchs wird speziell zur Leiharbeit ausgeführt: „Leiharbeit wird in den meisten Mitgliedstaaten durch eine Kombination aus Gesetzen, Tarifvertragsbestimmungen und freiwilliger Selbstkontrolle geregelt. Mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern versucht die Kommission im Sinne des Prinzips der Nichtdiskriminierung durchzusetzen, dass Leiharbeitnehmer im „entleihenden Unternehmen“ nicht schlechter behandelt werden als die „normalen“ Arbeitnehmer.“

Nachdem hat die EU-Kommission in ihrer Mitteilung v. 27.6.2007 die Zielsetzungen der Flexicurity-Strategie

KOM (2007) 0359 endg.

genauer umschrieben hatte, kam sie in ihrer Auswertung der Debatte um das Grünbuch zum Arbeitsrecht unter dem 24.20.2007

KOM (2007) 0627 endg.

zu dem Ergebnis, dass zwar die Mehrzahl der von ihr angestoßenen Themen nicht auf Zustimmung in den abgegebenen Stellungnahmen gestoßen sei, aber dass gleichwohl die Diskussion ihren Zweck erfüllt habe. Speziell zur Leiharbeit betonten die Mitgliedstaaten und die Sozialpartner abermals die Vorteile des EU-Vorschlags für eine Richtlinie über die Leiharbeit, verharrten ansonsten aber auf ihren konträren Positionen: „Mehrere

Mitgliedstaaten verlangten ihre Verabschiedung als eine der Prioritäten der Reform des Arbeitsrechts. ...Die Arbeitgeberverbände vertraten hingegen die Ansicht, die Rechtsstellung von Leiharbeitnehmern sei in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften hinreichend definiert.“

KOM (2007) 0627 endg., S. 6.

Unter dem 6.12.2007 hat schließlich der Rat der Europäischen Union in einer Schlussfolgerung auf der Basis der Mitteilung der EU-Kommission v. 27.6.2007 gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz beschlossen

„Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz“, SOC 523.

Demnach verbindet Flexicurity flexible vertragliche Vereinbarungen mit Strategien des lebenslangen Lernens und aktiven arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen sowie moderne Systeme der sozialen Sicherheit. Der Ansatz geht ferner aus von einem Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten für Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Arbeitsuchenden und staatlichen Stellen, der Verringerung der Kluft zwischen den Insidern und den Outsidern auf dem Arbeitsmarkt. und einer Förderung interner und externer Formen der Flexibilität. Die Gleichstellung der Geschlechter ist ihm ebenso ein wichtiges Anliegen wie die Schaffung eines Klimas des Vertrauens und des Dialogs zwischen staatlichen Stellen, Sozialpartnern und sonstigen Akteuren. Schließlich wird die Berücksichtigung von Haushaltskosten und die Beachtung einer tragfähigen Haushaltspolitik betont.

In Bezug auf die These von einem möglichen Ausgleich unternehmerischer Rentabilitätsinteressen und dem Schutzinteresse der Leiharbeitnehmer ist die feste Überzeugung, dass beides schwerlich miteinander zu vermitteln sei, seit der Förderung der Leiharbeit durch das niederländische Konzept von „Flexicurity“

dazu Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?, WZB discussion paper, März 1998; Wilthagen/Tros, The concept of ‚flexicurity‘: A new approach to regulating employment and labour markets? , TRANSFER 2/04 S.166; van der Krogt, Wie sieht die Regulierung der Leiharbeit seit der Einführung des Flexgesetzes in den Niederlanden aus?, Juni 2008, soweit ersichtlich unveröffentlicht

und der von der rot-grünen Koalition verabschiedeten Novelle des AÜG zum 1.1.2003 eher der Unsicherheit über den Zusammenhang beider Bezugsgrößen gewichen. Ausnahmsweise, so wird angenommen, sei jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Flexicurity-Strategie erfolgreich sei. Dies wird gerade in Bezug auf Leiharbeit behauptet, weil sie arbeitsmarktpolitisch durchaus positive Effekte besitze: So würden durch sie Beschäftigte in den Arbeitsmarkt integriert, die anderweitig keine Stelle mehr finden könnten. Zudem komme sie den Bedürfnissen vieler Arbeitnehmer nach „Abwechslung“ und der Möglichkeit zur Erprobung unterschiedlicher Tätigkeiten entgegen und bewirke durch den sog. „Klebeeffekt“

andere bevorzugen den Begriff Stepping-Stone-Effekt, so: Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, Fn.11,

dass nicht wenige Arbeitnehmer auf diese Weise eine Dauerarbeitsstelle erhielten. Tatsächlich ist dies einer Untersuchung der Bundesagentur für Arbeit aus dem Jahr 2003 zufolge jedoch nur in maximal 15% der Fälle gegeben

so der IAB-Bericht Übernahme von Leiharbeitern in die Stammbesellschaft. Wie groß ist der Klebeeffekt? In: Ergebnisse aus dem Betriebspanel, S. 1; im Netz unter: http://doku.iab.de/betriebspanel/ergebnisse/2005_01_01_04 ; Sehrbrock, AiB 2008, 565,

Deshalb begegnet die These von der Vereinbarkeit unternehmerischer Wettbewerbsinteressen und sozialpolitischem Schutzanliegen in der Leiharbeit einer skeptischen Beurteilung

vgl. hierzu die einhellig kritische Auffassung der Repräsentanten der Oppositionsparteien (inklusive der SPD und von Vertretern von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) in der Plenardebatte des Deutschen Bundestages v. 26.3.2010, vgl. Plenarprotokoll 17/35, S. 3350.

Dagegen sprechen die angeführten empirischen Befunde zur Leiharbeit und die besonders prekäre Stellung der Leiharbeitnehmer, die nicht zuletzt darin ihren Ausdruck findet, dass ihre Integration in den Beschäftigungsbetrieb nur bruchstückhaft erfolgt. So sind sie vom beruflichen Aufstieg wie der Wahrnehmung von Weiterbildungsmöglichkeiten regelmäßig

ausgeschlossen. Auch im Kontext der Strategie der Flexicurity sind die widerstreitenden Interessen nicht zu versöhnen.

Das Konzept der Flexicurity ist zunächst sehr vage formuliert. Insbesondere fällt auf, dass vor allem Wert gelegt wird auf die Förderung der Mobilität der Beschäftigten, während die zunehmende Spaltung des Arbeitsmarktes im Zuge der Ausweitung prekärer Arbeit als eine Art unvermeidlicher Nebenaspekt dieser Entwicklung betrachtet wird. An die Stelle von Arbeitsplatzsicherheit (»job security«) tritt – wie bereits im niederländischen und dänischen Modell - *Beschäftigungssicherheit* (»employment security«), wobei »alte Sicherheiten« wie der Kündigungsschutz gelockert werden sollen.

vgl. Pickshaus, Gute Arbeit statt Flexicurity, im Netz unter:

www.wiki-gute-arbeit.de/index.php/Gute_Arbeitstatt_Flexicurity

In der Arbeitsmarktpolitik geht es darum, »aktivierende« bzw. faktisch infolge der wirtschaftlichen Zwänge disziplinierende Elemente zu stärken, damit Beschäftigte jede Arbeit unabhängig von ihrer Qualität akzeptieren. Die Erfahrungen mit diesem Typus von »aktivierender Arbeitsmarktpolitik« im Hinblick auf die Reformen des SGB II zeigen, dass sie den Betroffenen gerade jene Sicherheiten nehmen, die nötig wären, um selbstständig Auswege aus prekären Lagen zu finden.

Auch die Betonung der Bedeutung lebenslangen Lernens bleibt ein folgenloses Versprechen, weil das Flexicurity-Konzept keine einklagbaren Ansprüche und Rechte der Beschäftigten enthält. Umgekehrt gilt: Wer sich weiterbildet, soll für die Kosten selbst aufkommen.

Damit verfehlt die EU-Strategie ihr proklamiertes Ziel, ein Gleichgewicht von Flexibilität und sozialer Sicherheit herzustellen. Vorherrschend sind die wirtschaftlichen Wettbewerbsinteressen, denen die soziale Sicherheit nicht nur untergeordnet, sondern auch funktional zugeordnet ist: Die gepriesenen „modernen Systeme der sozialen Sicherheit« sind Mittel zum Zweck – z.B. zur Erhöhung der Mobilität der Beschäftigten.

Pickshaus, Gute Arbeit statt Flexicurity, im Netz unter:

www.wiki-gute-arbeit.de/index.php/Gute_Arbeitstatt_Flexicurity.

Inzwischen ist die Debatte um Flexicurity, die im vergangenen Jahrzehnt im Zentrum der Europäischen Beschäftigungs- und Arbeitsrechtspolitik stand, merklich abgeflaut. Dazu hat

nicht unwesentlich die Tatsache beigetragen, dass die EU zwar eine ehrgeizige ökonomische und speziell arbeitsmarktpolitische Programmatik entwickelt hatte, durch die sie bis 2010 durch umfangreiche Reformen zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“ werden wollte, „der ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum mit mehr und besseren Arbeitsplätzen und einem größeren sozialen Zusammenhalt ermöglicht und dem Umweltschutz verpflichtet ist.“

so der Beschluss der Staats- und Regierungschefs beim Europäischen Rat in Lissabon v. März 2000.

Jedoch fehlten ihr angesichts der beschränkten Befugnisse zur Rechtsetzung auf dem Gebiet der Sozialpolitik die rechtlichen (und finanziellen) Mittel, diese Strategie in effektive Praxis umzusetzen

so resumiert der Endbericht des Projekts: „Flexicurity: Indikatoren zum Anspruch auf bestimmte Sozialschutzleistungen für Personen in flexiblen Arbeitsverhältnissen in der Europäischen Union“, VC/2007/0870 v. 27.3.2009, Zentrale Punkte (auf deutsch) S.1: „Die meisten Systeme der sozialen Sicherheit wurden ... geschaffen, um Beschäftigte in regulären Vollzeitverhältnissen abzusichern. **Solange diese Systeme nicht so umgestellt werden, dass sie auch in atypischen Situationen greifen, besteht ein deutliches Risiko, dass Flexicurity ohne entsprechende Sicherheit gefördert wird.**“ (Hervorheb. von mir, TB.); vgl. auch die Bewertung der Lissabon-Strategie durch die Europäische Kommission v. 2.2.2010, SEK (2010) 114 endg. , S.5. Kaufmann/Schwan, Flexicurity auf Europas Arbeitsmärkten – Der schmale Grat zwischen Flexibilität und sozialer Sicherheit, in: FES (Hrsg.) Nov. 2007, S.4, kritisieren die Flexicurity-Strategie wegen der „Schieflage zwischen Flexibilität und sozialer Sicherheit“; ähnliche Kritik bei Pfarr, Flexicurity – Ein Konzept für das Arbeitsrecht der Zukunft?, WSI-Mitt. 2007, 416, 418.

Von Bedeutung ist ferner die Transformation der Ökonomie hin zu einer kapitalmarktgetriebenen wirtschaftlichen Verflechtung. In ihrem Gefolge entpuppte sich die um ihre soziale Dimension halbierte Flexicurity-Strategie als eine Strategie der Marktsteuerung von Arbeit, durch die die atypischen Formen der Beschäftigung prekären Charakter annahmen. Diese Transformation der sozialstaatlich regulierten

Lohnarbeitsgesellschaft zum Finanzmarktkapitalismus, die die aktuelle Wirtschaftskrise heraufgeführt hat,

vgl. auch die Bewertung der Lissabon-Strategie durch die Europäische Kommission v. 2.2.2010, SEK (2010) 114 endg. , S.3: „, Rückblickend auf zehn Jahre Lissabon-Strategie hat sich die Welt während dieses Zeitraums sicherlich mehr verändert und anders entwickelt als Analysten, Entscheidungsträger und Politiker dies damals erwartet hatten“;

hat nicht unerheblich dazu beigetragen, dass es um die Flexicurity-Strategie deutlich ruhiger geworden ist.

Ergebnis

Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit steht in direktem Zusammenhang mit dem Konzept der Flexicurity. Nur auf der Basis dieses Ansatzes war es möglich, dass dieses Prinzip als Gestaltungsprinzip der Leiharbeit formuliert und schließlich durchgesetzt wurde. Bei dem Ansatz der Flexicurity geht es um eine neuartige Kombination von wirtschaftlichen Interessen an einer Förderung der Mobilität und Flexibilität der Arbeitskräfte und deren sozialer Sicherheit. Erstmals formuliert und praktiziert wurde das Konzept der Flexicurity in Dänemark und den Niederlanden. Den Ausgangspunkt bildete jeweils die Krise der sozialen Sicherungssysteme verbunden mit der Annahme, dass die Ökonomie sich in einer Weise verändert habe, dass Beschäftigungssicherheit an die Stelle von Arbeitsplatzsicherheit getreten sei.

Auf der Ebene der EU wurde Begriff und Instrumentarium der Flexicurity erstmals rezipiert im Kontext des beschäftigungspolitischen Ansatzes der Lissabon-Strategie, die auf dem Sondergipfel der europäischen Staats- und Regierungschefs im März 2000 in Lissabon formuliert wurde. Das dort verabschiedete Programm verfolgt das Ziel, die EU innerhalb von zehn Jahren, also bis 2010, zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensgestützten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. Mit der Europäischen Sozialagenda, die der Europäische Rat im Dezember 2000 annahm, hält der Begriff sodann Einzug in ein neues europäisches Sozialmodell.

Der Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in der Leiharbeit wird erstmals im Entwurf der RL Leiharbeit der EU-Kommission v. 20.3.2002 hergestellt. Dabei geht es primär um die Verbesserung des Schutzes der Leiharbeit und darum, diese Tätigkeit attraktiv auszugestalten und dadurch zu fördern, - ein Ziel, das angesichts der schlechteren Lebens- und Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern gegenüber Beschäftigten mit anderen Arbeitsverträgen dringend geboten schien. Nur am Rande behandelt wird in der Begründung der Richtlinie die an sich zentrale Frage, warum die Formulierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht den Tarifparteien überlassen werden kann, sondern eine gesetzliche Statuierung dieses Prinzips notwendig erscheint. In diesem Zusammenhang wird auf die Rechtslage in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten der EU verwiesen, auf das Gebot der Kohärenz zwischen den Entwürfen der Kommission und den Richtlinien über Teilzeitarbeit und befristete Beschäftigung aus dem Jahr 1990, durch die den betroffenen Arbeitnehmern Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern mit unbefristeten Vollerwerbsarbeitsplätzen verschafft werden sollte, und auf entsprechende Erwartungen der europäischen Sozialpartner (nicht nur) auf dem Gebiet der Leiharbeit sowie auf Normen des internationalen und des EU-Rechts, aus denen sich die Geltung dieses Grundsatzes ergibt

KOM (2002) 149 endg., S. 5, 9, 12 und 13.

In den übrigen Dokumenten der EU zur Flexicurity, die sich im Jahr 2007 insbesondere in Zusammenhang mit dem „Grünbuch“ zum Arbeitsrecht, der Auswertung der hierauf erfolgten öffentlichen Diskussion und den Schlussfolgerungen des Rates vom Dezember 2007 häufen, wird nur selten ein direkter Zusammenhang mit der Förderung der Leiharbeit und in diesem Kontext dem Gleichbehandlungsgrundsatz hergestellt. Jedoch erhellen diese Dokumente schlagend die innere Widersprüchlichkeit des „Flexicurity-Ansatzes“, der auf das Primat der Förderung wirtschaftlicher Wettbewerbsinteressen bei bloß funktionaler Zuordnung des Aspekts der sozialen Sicherheit ausgerichtet ist.

Infolge der nach wie vor gegebenen Dominanz der einzelnen Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Sozialpolitik und der aktuellen Krise der Ökonomie ist die Strategie der „Flexicurity“ sowohl auf der Ebene der EU als auch auf derjenigen der Mitgliedstaaten ihrerseits in die Krise geraten. Die EU-Kommission wehrt sich indes gegen die Interpretation, die Strategie sei gescheitert, auch wenn sie zugibt, dass das Instrumentarium der Lissabon-Strategie – namentlich zur Bekämpfung der Ursachen der Wirtschaftskrise - unzureichend war

vgl. die Bewertung der Lissabon-Strategie, SEK (2010) 114 endg. v. 2.2.2010, S. 3,4.

Die Reform der Leiharbeit in Deutschland zum 1.1.2003 hat, wie die Empirie und der prekäre Charakter dieses Beschäftigungsverhältnisses deutlich machen, einseitig die Elemente der Mobilität und Flexibilität dieser Arbeitnehmer gefördert, so dass von ihrer „security“ nichts oder allenfalls wenig übrig blieb. Angesichts dieser Schieflage ist davon auszugehen, dass in Deutschland die Strategie der – ohnedies unausgewogenen - Flexicurity in Bezug auf die Leiharbeit gescheitert ist. Deshalb ist es angezeigt, ihren Rechtsrahmen zu verändern.

3. Die Auslegung des Art.5 RL 2008/104/EG

Nach Art.5 der RL Leiharbeit 2008/104/EG unterliegen Leiharbeitnehmer dem Gleichbehandlungsgebot: *Ihre wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.*

3.1. Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

In Art. 5 Abs.1 RL Leiharbeit wird zunächst der *Grundsatz der Gleichbehandlung* dadurch definiert, dass die für den Leiharbeitnehmer und die Leiharbeitnehmerin geltenden Arbeitsbedingungen mindestens den „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von dem Entleihunternehmen „unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären“. Was unter „wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ zu verstehen ist, wird unter den Begriffsbestimmungen der Richtlinie in Art.3 lit f. definiert als Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag und/oder sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die im entleihenden Unternehmen gelten, festgelegt sind und sich auf folgende Punkte beziehen:

- i) Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage,
- ii) Arbeitsentgelt.

Diese *Legaldefinition*

Boemke, RIW 2009, 177, 180; Riederer v. Paar, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einl. Rn. 609

der „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ enthebt die juristische Debatte in Deutschland allerdings nicht von dem Streit, wie eng oder weit dieser Begriff zu fassen sei

vgl. Hamann, EuZA 2009, 287, 304; ferner Thüsing, RdA 2009, 118; zu Recht befürwortet Hamann mit der „wohl überwiegenden Ansicht“ eine *enge Auslegung*, die sich an der RL orientiert; während sich der Entgeltbegriff nach Art. 3 Abs.2 der RL nach nationalem Recht richtet und dort auch gem. Art. 5 Abs.4 RL in Bezug auf die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit zu konkretisieren ist, werden die übrigen wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abschließend definiert; der Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ wird auch in deutschen Rechtstexten gebraucht. Ein Beispiel hierfür ist neben der Regelung in §§ 2, und 3 NachwG – dazu ErfK-Preis, 8. Aufl. 2008, NachwG, § 2 Rn.7 - § 6 Abs. 3 S.1 Nr.3 PostG. Nach dieser Bestimmung war die Erteilung der – bis zum 1.1.2008 erforderlichen – Lizenz für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1000 Gramm für andere u.a. dann zu versagen, wenn „der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet.“ Vgl. zur Interpretation des Begriffs der wesentlichen Arbeitsbedingungen: Blanke, Th., Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, in: WISO Diskurs, Bonn 2007, S. 35ff.

Das Entgelt zählt jedenfalls sowohl nach der RL als auch nach dem AÜG zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen. Die Arbeitsstunde eines Leiharbeitnehmers muss demnach mindestens genauso vergütet werden, wie die eines Stammbeschäftigten. Dazu gehören auch etwaige Überstunden-, Nacht- und Feiertagszuschläge, wie auch eine Belastungszulage

vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/25, S. 38.

Bei Entgeltbestandteilen wie z.B. Jahressonderzahlungen, die über das laufende Entgelt hinausgehen und neben der Arbeitsleistung auch die Betriebstreue honorieren, kommt es darauf an, ob ein entsprechend der Überlassungsdauer befristet beschäftigter Stammarbeitnehmer ebenfalls Anspruch auf die Leistung hätte

BAG v. 8.11.1978, AP Nr. 100 zu § 611 BGB Gratifikation; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., § 9 Rn. 131.

Neben dem Arbeitentgelt gem. Art.3 lit.f.ii der RL werden in Art. 3 lit.f. im wesentlichen Aspekte umfasst, die die Dauer der Arbeitszeit und die Länge des Urlaubs betreffen (Art. 3 lit.f.i RL 2008/104)

so auch Blanke, Th., für den Begriff der wesentlichen Arbeitsbedingungen in § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, WISO-Diskurs. Bonn 2007. S.35.

Ansonsten enthält Unterabsatz (UAbs) 2 von Art.5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie die zwingende Anordnung, dass jedenfalls die in entleihenden Unternehmen geltenden Regeln betr. den Schutz schwangerer oder stillender Frauen, den Kinder- und Jugendschutz sowie die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen, so eingehalten werden, wie sie durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag und/oder sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die im entleihenden Unternehmen gelten, festgelegt sind

diese Verpflichtung ergibt sich auch aus Art.2 der RL 91/383 v. 26.6. 1991 betr. den Arbeitsschutz für Leiharbeitnehmer, ABI EG 1991 L 206/19 = RdA 1992, 143ff.

Soweit Leiharbeitnehmer – etwa auf Grund der kurzen Dauer der Überlassung - nicht direkt in den Genuss der entsprechenden Regelungen bzw. Maßnahmen gelangen können, sind diese *zu pauschalisieren und monetär abzugelten*.

Die in §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 Nr.2 AÜG enthaltene Formulierung des Grundprinzips der Gleichbehandlung stellt auf den vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb ab. Sie beruht noch auf der Fassung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wie er in dem (gescheiterten) ersten Richtlinienentwurf der Kommission vom 20.3. 2002

KOM (2002) 149 endg.

enthalten war; stattdessen kommt es nunmehr entsprechend dem geänderten Kommissionsentwurf vom 28. 11. 2002

KOM (2002) 701 endg.

darauf an, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für den Leiharbeiter gelten würden, wenn er direkt vom Entleiherbetrieb für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wäre.

3.2. Die Ausnahme nach Art. 5 Abs.2 der Richtlinie 2008/104/EG

Werden Leiharbeiter vom Verleiher unbefristet beschäftigt und auch zwischen den einzelnen Überlassungen bezahlt, so können die Mitgliedstaaten „nach Anhörung der Sozialpartner“ vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Abs.1 der RL abweichen. Nach in der Literatur vertretener Ansicht zur Rechtslage in Deutschland wäre die in §§ 3 Abs.1 Nr.3 S.2, 9 Nr.2 AÜG vorgesehene Tarifaufnahme vom Gleichbehandlungsgebot dann verzichtbar, „wenn für unbefristet angestellte Leiharbeiter der Zwang zum Equal Pay aufgehoben würde“

Thüsing, BB 6/2010 , I.

Deren Schutz könnte, so Thüsing, sodann durch einen „maßvollen gesetzlichen Mindestlohn“ nach dem AEntG „nach unten hin abgesichert werden“. Nun besteht nach Art. 5 Abs.2 und Erwägungsgrund 15 der RL bei unbefristet angestellten Leiharbeitern in der Tat keine Notwendigkeit zum Equal Pay, sofern die Leiharbeiter auch zwischen den Einsatzzeiten bezahlt werden. Daraus ergibt sich aber für die Tarifaufnahme nach deutschem Recht nur dann deren Überflüssigkeit, wenn unterstellt wird, dass diese Tarifaufnahme nur für unbefristet angestellte Leiharbeiter zur Anwendung kommt. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn man der nachstehenden Auffassung folgt.

Nach dieser Ansicht ist die Tarifausnahme nach Art. 5 Abs.2 RL im Verhältnis zu den anderen Ausnahmemöglichkeiten vom Gleichbehandlungsgrundsatz der RL nach Art.5 Abs.3 und 4 dahingehend zu interpretieren

vgl. Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., Einl. Rn.94: „Hinzu kommt, dass nach der RL nur der Verleiher durch Tarifvertrag vom „equal pay“-Grundsatz abweichen kann, der mit seinen Leiharbeitnehmern **unbefristete Arbeitsverträge** abschließt“ (Hervorhebg. daselbst). Die zurzeit geltenden Tarifverträge sehen aber ausnahmslos mehrfache Befristungsmöglichkeiten vor, bis hin zu einer sechsmaligen Verlängerung innerhalb von zwei Jahren. ...Diese Tarifverträge entsprechen demnach nicht den Vorgaben der Richtlinie“. Die von Schüren in Rn. 95 skizzierten zwei Alternativen, von denen die RL zur Gestaltung von Leiharbeitsverhältnissen ausgeht, sind einmal die Tarifabweichung vom Grundsatz des „equal pay“ für den Fall, dass der Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem Verleiher geschlossen hat und auch zwischen den Verleihzeiten von diesem bezahlt wird, und die Vergütung des Leiharbeitnehmers nach dem Prinzip des „equal pay“. In diesem Fall „ist es möglich, das Leiharbeitsverhältnis zu befristen, was zu einer echten Synchronisation führt.“ Ebenso im Ergebnis Ulber, J., Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10, 13.

dass die Tarifausnahme ebenfalls nur dann eingreift, wenn sich der Tarifvertrag auf Leiharbeitnehmer bezieht, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum Verleiher stehen. Art. 5 Abs.2 der RL ist in dieser Lesart als eine spezielle Bestimmung anzusehen, die in die übrigen Ausnahmeregelungen des Art. 5 RL 2008/104/EG hineinzulesen ist. Dies setzt voraus, dass die Tarifverträge präzise zugeschnitten sind auf diese Ausnahmemöglichkeit nach Art. 5 Abs.2 RL und (lediglich) *für Leiharbeitnehmer mit einem unbefristeten Vertrag* gelten, sofern diese vom Verleihunternehmen auch zwischen den Verleihzeiten bezahlt werden. Nun differenzieren Tarifverträge in der Praxis nicht danach, ob die von ihnen erfassten Leiharbeitnehmer in einem befristeten oder unbefristeten Beschäftigungsverhältnis zum Verleiher stehen und ob dieser sie zwischen den einzelnen Verleihzeiten vergütet

vgl. das aktualisierte Tarifwerk zwischen dem iGZ und der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit beim DGB (Stand: 01.11.2007); der Stand des Tarifabschlusses vom März 2010 ist noch nicht in Kraft und weder auf dieser homepage noch derjenigen des dgb oder der BZA eingearbeitet. Auch auf der Internetseite der CGZP und des

Arbeitgeberverbandes Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) ist kein Tarifvertrag einsehbar.

Damit stellt sich die Frage, ob der Tarifvertrag nur in Bezug auf diese Leiharbeitnehmer vom „equal-pay“-Grundsatz abweichen darf oder insgesamt. Entsprechend dem Wortlaut von Art. 5 Abs.2 RL ist dies nur soweit zulässig, wie die von der Richtlinie vorgesehene Ausnahme konkret betroffen ist.

Dem ist zuzustimmen. Art. 5 Abs.2 Richtlinie 2008/104/EG ist *deutlich enger* gefasst als Art. 5 Abs.3 und 4 der Richtlinie, indem die nach dieser Bestimmung zulässige Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz sich *nur auf das Arbeitsentgelt* bezieht. Demgegenüber gestattet die Tarifaufnahme nach Abs.3 unter „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ auch Abweichungen von den übrigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 5 Abs.1

der Verweis auf Abs.1 in Abs.3 von Art. 5 Richtlinie Leiharbeit ist zudem ungenau, weil er sich gem. § 6 Abs.2 S.2 AGG nicht auf die in UAbs.2 genannten Diskriminierungstatbestände beziehen kann.

Die engere Bestimmung des Art. 5 Abs.2 geht den allgemeineren des Abs.3 und 4 vor und ist damit im Verhältnis zu diesen als *lex specialis* anzusehen. Für diese Auslegung spricht ferner die Systematik von Art. 5 RL: Danach greift Abs.4 nur ein, wenn Abs. 3 nicht zur Anwendung kommt und dieser nur, wenn Abs. 2 nicht anwendbar ist. Die Regelung des Abs.2 in Art. 5 RL würde nämlich keinen Sinn ergeben, wenn im Wege der Tarifaufnahme vom Gleichbehandlungsgebot nach Abs.3 sowohl befristete wie unbefristete Arbeitsverträge erfasst würden und damit „alles möglich“ wäre. Im übrigen folgt aus dem Wortlaut von Abs. 2, dass sich dieser an den Gesetzgeber richtet: („können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner vorsehen,...“). Die Richtigkeit dieser Interpretation folgt nicht zuletzt aus Erwägungsgrund 15 der RL und der Tatsache, dass nur auf diese Weise der RL zu praktischer Wirksamkeit verholfen werden kann und damit der in der Rechtsprechung des EuGH immer wieder betonte teleologische Gesichtspunkt des „effet utile“

Schlachter (Hrsg.), Casebook Europäisches Arbeitsrecht, 2005, S. 37 m. Nachw.;
Kocher, in: Schiek (Hrsg.), AGG. 1007, Vorbem. zu § 13 AGG, Rn.6

Der Charakter von Art. 5 Abs.2 RL Leiharbeit als Spezialvorschrift ergibt sich zudem auch aus der Tatsache, dass die Richtlinie Leiharbeit in Bezug auf alle in ihr enthaltenen Befristungsregelungen – also auch in Bezug auf Art. 5 Abs.2 der RL - eine Spezialregelung darstellt; denn die Richtlinie über befristete Arbeitsverträge 1999/70/EG v. 28.6.1999

ABl. L 175/45 v. 10.7.1999

gilt nicht für Leiharbeitsverhältnisse (vgl. Erwägungsgrund 13 und die Präambel). Sofern die Tarifverträge – wie in der Vergangenheit üblich – nicht danach differenzieren, ob Leiharbeitnehmer einen befristeten oder unbefristeten Vertrag mit dem Verleiher abgeschlossen haben, widersprechen sie angesichts von Art. 5 Abs.2 und 3 der Neufassung der Richtlinie Leiharbeit

Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., Einl. Rn.94; Ulber, AuR 2010, 10,13.

Sie sind deshalb unter Beachtung des Günstigkeitsprinzips gem. Art. 153 AEUV (ex-Art. 137 Abs.2 EG) bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der RL am 5.12.2011 entsprechend zu ändern.

3.3. Die Tarifausnahme gem. Art. 5 Abs.3 Richtlinie 2008/104/EG

Die brisanteste Regelung des Art. 5 Richtlinie findet sich in Abs.3: Danach ist es zulässig, dass die Mitgliedstaaten es den Tarifparteien gestatten, „nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrecht zu erhalten oder zu schließen“, die „unter *Beachtung des Gesamtschutzes* von Leiharbeitnehmern“ eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Abs.1 Richtlinie in „Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ enthalten können. Damit wird sowohl der Neuabschluss von Tarifverträgen als auch ihre Aufrechterhaltung dann erlaubt, wenn sie den „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern beachten“. Wie diese Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu interpretieren ist, ist fraglich. Das Erfordernis, ungeachtet der von diesem Absatz ermöglichten Tarifausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz den *Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer zu achten*, ist im AÜG bislang nicht enthalten

Hamann, EuZA 2009, 287, 301; Boemke, RIW 2009, 177, 182; allerdings sprach bereits die *Gesetzesbegründung* zum AÜG, BT-Drs. 15/25, S.24, davon, dass von der

Tarifausnahme nach § 9 Nr. 2 AÜG nur dann Gebrauch gemacht werden dürfe, „wenn ein *angemessenes Schutzniveau* für die Leiharbeitnehmer gewährleistet ist“.

Richtigerweise waren Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz daran gebunden, dass ein den Zwecken des Gesetzes entsprechender sachlicher Grund vorlag, vgl. Ulber, AÜG, 3. Aufl., 2006, § 9 Rn. 232; Reim, Neue Flexibilität in der Leiharbeit, ZTR 2003, 103, 209; Grimm/Brock, Praxis der ANÜ, 2004, 127; Schüren, in: Schüren, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 9 Rn.223; Raab, ZfA 2003, 389; Däubler, KJ 2003, 99; ebenso: Thüsing/Pelzner, § 3 Rn.71: Aus diesem Grund sei eine Lohnzahlung in „symbolischer Höhe“ unzulässig; vielmehr „müssen ... die tariflichen Regelungen im Rahmen der gesetzlichen Wertentscheidung ... zumindest annähernd gleiche Arbeitsbedingungen vorsehen“, ebd., Rn 82, vgl. auch BVerfG v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgScheinG NRW = AuR 1984, 88.

Art. 5 Abs.3 der RL 2008/104/EG richtet sich an den Gesetzgeber („Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen...“); dieser sollte, wie aus dem auch auf die Tarifausnahme nach Art. 5 Abs.3 RL übertragbaren Erwägungsgrund 17 hervorgeht, dabei die zulässigen Abweichungen genau angeben und nur in beschränktem Maße zulassen.

Ziel des § 9 Abs. 2 AÜG ist es, in erster Linie Lohndumping zu verhindern

Thüsing/Mengel, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn.32.

Da es Grundgedanke der Tarifdispositivität ist, dass die Tarifparteien den Besonderheiten der Leiharbeit besser Rechnung tragen können als ein branchenübergreifendes Gleichbehandlungsprinzip, müssen diese Besonderheiten auch die Grundlage der tariflichen Regelung bilden

Ulber, J., NZA 2009, 235.

Diesen Vorgaben wird die Praxis jedoch nicht gerecht. Die bestehenden Tarifverträge in der Leiharbeitsbranche stehen damit konträr zum Schutzzweck des AÜG. Dies ist zudem im Hinblick auf den - allgemein zu beachtenden

Thüsing, BB H.6/2010 S. I.; dgl. RdA 2009, 118; Thüsing/Pelzner, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 82; Platzhoff, 2009, S. 298; Ulber, J., NZA 2009, 237; BAG v.24.3.2004, 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971-

arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine normwidrige Abweichung. Zudem liegt darin u.U. ein verfassungswidriger Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer, da das AÜG einen Anreiz zum Austritt oder Nicht-Beitritt in die Gewerkschaften bietet. Dadurch werden die üblichen tariflichen Verhältnisse auf den Kopf gestellt. Während normalerweise Mindestarbeitsbedingungen geregelt werden, ist es in der Leiharbeit genau umgekehrt

Boemke/Lembke, AÜG, § 9 Rn.102

Angesichts dieser Umkehr der Funktion von Tarifverträgen

Thüsing, DB 2003, 446, 448; eine derartige willkürliche Schlechterstellung von Leiharbeitnehmern gegenüber Stammarbeitnehmern ist unzulässig, vgl. Ulber, J., AÜG, 3. Aufl., 2006, § 9 Rn. 233; Böhm, Demontage der ‚Billig-Tarifverträge‘ in der Zeitarbeit: Wachsende Risiken für die Kunden, DB 2005, 2023.

durch die die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit „zum Instrument der Selbstentmündigung pervertiert“ werde

Böhm, DB 2005, 2023,

was zu einer „Totaldemontage von Tarifrecht durch Tarifvertrag“ führe,

Burda/Kvasnicka, PwP 2006, 204.

könnte zudem die verfassungsrechtliche Bestandsgarantie der Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt sein, da die tarifschießenden Gewerkschaften aufgrund der gesetzlichen Konstruktion keine nennenswerte Anzahl an Mitgliedern gewinnen könnten

Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 103; die Verfassungsmäßigkeit des tariflichen Schlechterstellungsverbots nach §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 Nr.2, 10 Abs.4 AÜG stoße auf angesichts der Möglichkeit, den Tariflohn etwa auf „80% des für vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleihers geltenden Bruttoentgelts“ abzusinken, auf „erhebliche Bedenken“, so Boemke/Lembke, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 95; ungeachtet der (insoweit abweichenden) Entscheidung des BVerfG v. 29.12.2004, BB 2005, 495 bestehen die Autoren darauf, dass das gesetzliche Schlechterstellungsgebot einen verfassungswidrigen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit darstelle, weil „durch die gesetzliche Konzeption ... ein gebotsähnlicher Druck auf die Leiharbeitnehmer ausgeübt (wird), aus der für die Zeitarbeit zuständigen Gewerkschaft auszutreten bzw. nicht in sie einzutreten....Die Koalitionsfreiheit ist schrankenlos gewährleistet, so dass es zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs der Berufung auf Grundrechte Dritter oder Verfassungsgüter bedarf. Eine derartige Rechtfertigung ...ist nicht ersichtlich.“ Darüber hinaus stelle sich die Frage, ob darin nicht eine Verletzung der gewerkschaftlichen Bestandsgarantie liege, so: Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 96ff, 102f.; a.A. Thüsing/Mengel, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 96.

Tarifverträge werden auf diese Weise nicht länger zur Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Mitglieder genutzt, sondern allein dazu, von der gesetzlichen Vorgabe der Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern des Entleiherbetriebes „nach unten“ abzuweichen.

Waltermann, GA 68. dJt, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.b); nach h.M. ist es geboten, den Gleichbehandlungsgrundsatz an die „Achtung des Gesamtschutzes“ der Leiharbeitnehmer zu binden, so Fuchs, NZA 2009, 57, 62; dabei wird teilweise dafür plädiert, die Konkretisierung dieses Begriffs der Rechtsprechung des BAG bzw. des EuGH zu überlassen: Hamann, EuZA2009, 287, 309; Waas, ZESAR 2009, 207; 211; andere Autoren warnen dagegen vor der dadurch entstehenden Ungewissheit und treten für eine eindeutige gesetzliche Regelung ein, so: Ulber, J., AuR 2010, 10, 14; Thüsing, RdA 2009, 118,119 und dgl., BB H.6, 2010, I sieht primär die Tarifvertragsparteien in der Pflicht: „Man wird zukünftig fragen müssen, ob die Tarifverträge der Leiharbeit den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern hinreichend achten“; ebenso Klump, GPR, 2009, 89, 92: vgl. den Überblick bei Walter, Synopse,

Aufsätze zum Thema Änderungsbedarf bei der Leiharbeit, Expertise, Februar 2010 (unveröffentlicht).

Deshalb ist darin ein Verstoß sowohl gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit als auch gegen das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes zu sehen

ErfK-Dieterich, 8.Aufl. 2008, Einl. GG, Rn. 79; Dieterich, in:
Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, S. 103, 116.

Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stellt im übrigen nach Fuchs

NZA 2009, 57, 61

auch keine existentielle Bedrohung für die Verleihunternehmen dar: Denn sie könnten die höhere Vergütung an die Entleiher weitergeben. Angesichts der ungleich geringeren Transaktionskosten sowohl bei der Einstellung wie bei der Entlassung von Leiharbeitnehmern gegenüber der Stammebelegschaft, bliebe für sie die Leiharbeit auch unter dieser Voraussetzung attraktiv. Dies werde gerade in der aktuellen Krisensituation deutlich. Ferner habe sich der europäische Dachverband der Zeitarbeit (EUROCIETT) wiederholt für die Festschreibung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgesprochen

dies war zuerst im Jahr 2001 der Fall, vgl. KOM (2002) 149 endg., 12.

Die Verpflichtung auf den „Gesamtschutz“ schließt einzelne Tarifabweichungen – auch soweit sie „nach unten“ erfolgen – nicht aus. Allerdings bindet dies Prinzip diese Möglichkeit an die Notwendigkeit eines Ausgleichs durch andere Regelungen, die über dem zu beachtenden Gleichheitsniveau im Sinne eines verbindlichen „Gesamtschutzes“ liegen

Klump, GPR 2009, 89, 91: „der Grundsatz der Gleichbehandlung darf bei der tariflichen Regelung nicht aus den Augen verloren werden, eine zu große Abweichung gilt es zu unterlassen“.

Wie hoch diese Ausschläge „nach oben“ und „unten“ ausfallen dürfen, ist in der RL nicht bestimmt. Erwägungsgrund 17 der RL – der sich allerdings seinem Wortlaut nach offenbar auf die als „lex Großbritannien“ eingeführte Ausnahmebestimmung nach Art. 5 Abs.4 RL

dazu Walter, historische Exegese der Leiharbeitsrichtlinie, Expertise, März 2010, S. 19
(unveröffentlicht)

bezieht - besagt lediglich, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten, „*genau festgelegten Umständen*“ auf der Grundlage einer zwischen den Sozialpartnern auf nationaler Ebene geschlossenen Vereinbarung vom Grundsatz der Gleichbehandlung „*in beschränktem Maße*“ abweichen dürfen, „sofern ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet ist“. Diese Begründung ist auch auf die Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs.3 RL zu übertragen

Hamann, EuZA 2009, 287, 309 spricht allgemein von der Geltung eines Angemessenheitspostulats; ebenso Thüsing, RdA 2009, 118.

Die Gewährleistung eines „angemessenen Schutzniveaus“ nach Art. 5 Abs.4 RL stellt eher geringere Anforderungen an den zu wahren Schutz der Leiharbeitnehmer als die in Abs.3 von Art.5 enthaltene Formulierung der „Achtung des Gesamtschutzes“. Gleichwohl erfolgt in der Literatur eine Gleichsetzung beider Grenzbestimmungen für die Unterschreitung des Gleichheitspostulats.

Damit stellt sich die Frage, wie weit das im Entleiherbetrieb übliche Tarifentgelt unterschritten werden darf, um noch von der Wahrung eines – durch andere Regelungen zu kompensierenden - angemessenen Gesamtschutzniveaus sprechen zu können. Darf es bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (bei der von Lohnwucher zu sprechen ist), also im Sinne der neueren BAG-Rechtsprechung

vgl. die Urteile des 5. Senats vom 26.4.2006 – Az: 5 AZR 549/05 und v. 22.4.2009 - Az.: 5 AZR 436/08

um ca. 1/3 unterboten werden oder würde dies die nur in „beschränktem Maße“ zulässige Abweichung überschreiten?

Das deutsche Recht kennt verbindliche gesetzliche Lohnuntergrenzen nur in vergleichsweise seltenen Ausnahmefällen: Diese festzulegen ist im Grundsatz den Tarifparteien vorbehalten, wobei staatliche Instanzen diese allerdings nach den Bestimmungen des TVG und des AEntG für allgemein verbindlich erklären können. Von der generellen gesetzlichen Möglichkeit, nach dem Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen Mindestlöhne vorzuschreiben, ist bislang kein Gebrauch gemacht worden.

Was als „angemessene Vergütung“ anzusehen ist, hat die Rechtsprechung zu § 17 BBiG näher definiert. Danach begründet die Vergütung eines Auszubildenden, die die im Ausbildungsbetrieb maßgebliche tarifliche Vergütung um mehr als 20% unterschreitet, die Vermutung ihrer Unangemessenheit

BAG v.30.9.1998, AP BBiG § 10 Nr.8; v. 8.5.2003, AP BBiG § 10 Nr.14; ErfK-Schlachter, BBiG § 18 Rn. 3.

Vergleichsmaßstab ist dabei nicht der Auszubildendentarifvertrag

dieser ist stets auch für die nicht tariflich gebundenen Auszubildenden als angemessen anzusehen, vgl. BAG v.18.6.1980 AP BGB § 611 Ausbildungsverhältnis Nr.4,

sondern die für den Ausbildungsbetrieb einschlägigen Tarifverträge. Angemessen ist die Vergütung des Auszubildenden nach allgemeiner Ansicht, wenn sie hilft, die Lebenshaltungskosten zu bestreiten und zugleich eine Mindestentlohnung für die Leistungen des Auszubildenden darstellt. Diese Kriterien gelten auch für Leiharbeitnehmer. Für die Vergütung eines in Vollzeit beschäftigten Leiharbeitnehmers ist aber nach den von der Bundesrepublik 1965 bzw. 1973 ratifizierten Art. 4 Abs.1 ESC, Art. 7 Abs. a S. ii des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie zahlreicher deutscher Länderverfassungen

Art.166 Abs.2 Verfassung Bayern, Art. 48 Verf. Brandenburg, Art. 30 Verf. Hessen, Art. 6a der revidierten Verf. Niedersachsens, Art. 24 Abs.2 Verf. Nordrhein-Westfalens, Art. 56 Verf. Rheinland-Pfalz, Art. 67 Verf. Saarland, Art. 7 Abs.1 Verf Sachsen, Art. 39 Verf. Sachsen –Anhalt, abgeschwächt in: Art. 36 Verf. Thüringen; die gleiche Verpflichtung folgt auch aus Art. 1, 2 Abs.1 und 20 Abs.1 GG

ebenfalls auf die Kriterien der Hilfe zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten und der Mindestentlohnung für die Leistungen des Arbeitnehmers abzustellen.

Nach zutreffender Ansicht des ArbG und des LAG Bremen

v. 30.8.2000 – Az: Ca 5152, 5198/00, NZA-RR 2001, 27 = AuR 2001, 231 m. Anm. Walter; LAG Bremen v. 17.6.2008, BechRS 2008/56018; ebenso das Sozialgericht Fulda v. 17.3.2004 – Az: S 1 AL 77/03 = info also 2004, 217 und das SG Berlin v. 27.2.2006 (S 77 AL 742/05); zustimmend: Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Anh.1, Rn. 48; Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, 1995, S.114ff; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 9 Rn.Rn.155; Ulber, NZA 2009, 232, 235 m.w. Nachw.

muss daher der Lohn für eine Vollzeittätigkeit für eine Einzelperson angesichts des Lohnabstandsgebots der Sozialhilfe (früher BSHG; jetzt SGB II für erwerbsfähige Hilfebedürftige) über dem Existenzminimum liegen; folglich sei bei einem Stundenlohn eines Zeitarbeitnehmers in Höhe von 11,60 DM (5,93 €), der bei 150 vertraglich vereinbarten Monatsstunden zu einem monatlichen Nettolohn von 685, 64 € führe, ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben. Das BAG urteilt jedoch anders: Es hat

v. 24.3.2004 – Az: 5 AZR 303/03; ihm folgend Löw, Lohnwucher – Unangemessene Entgeltvereinbarungen und ihre Folgen, MDR 2004, 734, 735; ebenso Thüsing/Mengel, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 44

den Vergleich mit der Sozialhilfe als unzulässig erachtet. Sozialleistungen knüpften nämlich an die jeweilige Bedürftigkeit an, weshalb nach der Anzahl der Unterhaltsberechtigten differenziert werde; auf das Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt, bei der auch Branchenbesonderheiten bedeutsam seien, komme es im übrigen im Unterschied zu Lohnvereinbarungen nicht an.

Der Vergleich mit der Sozialhilfe (Grundsicherung) ist im Hinblick auf die soziale Funktion der Existenzsicherung zweifellos zulässig

Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Anh.1, Rn. 48.

Dies bedarf hier indes keiner Vertiefung, weil sich die Beachtlichkeit der angeführten Kriterien der Lebensunterhaltssicherung und der Mindestentlohnung bereits aus den genannten nationalen und internationalen Rechtsnormen ergibt; in diesem Zusammenhang ist namentlich auf Art. 4 Nr.1 der von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten

BGBI. II 1964, S. 1262; dazu: Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Anh. 1, Rn. 22

Europäischen Sozialcharta hinzuweisen, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet sind, „das Recht der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsentgelt anzuerkennen, welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern“ sowie auf die Garantie „gerechte(r) und angemessene(r) Arbeitsbedingungen“ in Art. 31 der Grundrechte-Charta

dazu Blanke, Fair and just working conditions, in: Bercusson (Hrsg.), European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, 2006, 357; ferner Lörcher, Das Recht auf angemessenes Arbeitsentgelt nach der Europäischen Sozialcharta, in: Sterkel/Schulten/Wiedemuth (Hrsg.), Mindestlöhne gegen Lohndumping, 2006, 216.

Nach § 17 BBiG wären demnach als „angemessen“ diejenigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts anzusehen, die ca. 20% des Tariflohns im Entleiherbetrieb unterschreiten. Anders als Auszubildende üben Leiharbeiter überwiegend einfache Hilfstätigkeiten aus und konkurrieren damit um diejenigen Arbeitsplätze, für die allenfalls eine kurze Anlernphase erforderlich ist. Als solche sind sie „fertige“ Arbeitskräfte, die keiner weiteren Qualifikation bedürfen, und als solche auch eingesetzt werden. Dies ermöglicht es, im Hinblick auf ihre atypischen, besonders prekären Beschäftigungsverhältnisse den Maßstab der Gleichstellung anzuwenden. Da auch bei Unterbietung des Gleichheitspostulats der Gesamtschutz der Leiharbeiter zu beachten ist, ist eine engere Sicht als bei Auszubildenden, bei denen es an jeglichem verpflichtenden Maßstab fehlt, geboten: Angesichts der (auch bei § 17 BBiG und der Rechtsprechung des BAG zum Lohnwucher *gegriffenen*) Größendimension zulässiger

Abweichung vom einschlägigen Tarifentgelt erscheint hier nur eine Minderung desselben um maximal 10% noch als angemessene Vergütung

so Blanke, Th., *Wiso-Diskurs*, S. 40: Nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG war die Lizenzvergabe an Konkurrenten der DP AG zu versagen, wenn „der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“. Eine solche „nicht unerhebliche“ Unterschreitung wurde in der Literatur dann angenommen, wenn die im lizenzierten Bereich üblichen, Arbeitsbedingungen um mehr als 10% unterschritten wurden, ebenso: Säcker, *Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht*. Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, 2007; nach dem SGB III, § 170 Abs.1 Nr.4, ist ein Arbeitsausfall als Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld erheblich, wenn „mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10% ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind“. Demnach ist davon auszugehen, dass die „Erheblichkeitsschwelle“ bei Einkommenseinbußen von 10% in jedem Falle erreicht ist. Nach Schüren, in: Schüren/Hamann, *AÜG*, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn.171, verlangt die RL eine „eigenständige Gestaltung der Arbeitsbedingungen, der aber eine ernsthafte Interessenvertretung der Arbeitnehmer zu Grunde liegt. Eine echte Interessenvertretung ist nur denkbar, wenn sie eine Besserstellung der tarifgebundenen Arbeitnehmer anstrebt und dieses Streben in die Tarifverhandlungen hineinwirkt“. Auch daraus ergibt sich ein niedriger Schwellenwert für die zulässigen Unterschreitungen des Gleichheitsgebots der RL.

Auch in diesem Fall ist freilich zu gewährleisten, dass im Rahmen des Tarifvertrages durch notwendige Kompensationen der Gesamtschutz der Leiharbeiter gesichert ist

Schüren, in: Schüren/Hamann, *AÜG*, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn.171.

Dies erfordert einen Vergleich zwischen den einzelnen Regelungen der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unter dem Aspekt, ob sich die für die betroffenen Leiharbeiter „positiven“ und die „negativen“ Klauseln auf einem Niveau ausgleichen, welches ihrem intendierten Gesamtschutz entspricht. Angesichts der Ungeklärtheit der Materien, der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und der Imponderabilien der Tarifpraxis erscheint es darüber hinaus erforderlich, in Bezug auf jede einzelne Regelung, durch die der

Gleichbehandlungsgrundsatz unterboten wird, die Perspektive der Gleichbehandlung durch ein „*Aufwachsen*“ der betreffenden Regelungen auf das vergleichbare Tarifniveau zu fordern. Hierzu muss der Gesetzgeber detaillierte Vorgaben machen.

3.4. Die Ausnahme nach Art. 5 Abs.4 RL 2008/104/EG der EU

Nach Abs.4 der RL können Mitgliedstaaten, in denen es entweder „kein gesetzliches System“ gibt, durch das Tarifverträge allgemeine Gültigkeit erlangen, oder kein gesetzliches System bzw. keine Gepflogenheiten zur Ausweitung von deren Bestimmungen auf alle vergleichbaren Unternehmen in einem bestimmten Sektor oder geographischen Gebiet bestehen, - nach Anhörung der Sozialpartner auf nationaler Ebene und auf der Grundlage einer von ihnen geschlossenen Vereinbarung – Regelungen für Leiharbeiter festlegen, die vom Grundsatz des Abs.1 abweichen, „sofern Leiharbeitnehmern ein *angemessenes Schutzniveau* gewährt wird“. Zu *diesen Regelungen* kann nach Abs.4 S. 2 RL *auch eine Wartezeit für Gleichbehandlung* zählen.

Hierbei handelt es sich um eine im Interesse von Großbritannien und Irland eingeführte Ausnahmebestimmung, da Unklarheit darüber bestand, ob in Großbritannien die Bedingungen der Tarifaufnahme nach Art. 5 Abs.3 RL erfüllt sind

Walter, Historische Exegese der Leiharbeitsrichtlinie, Expertise, März 2010, S.19.

Die Einfügung von Art. 5 Abs.4 geschah jedoch erst auf der Sitzung des Rats am 9.6.2008, nachdem die Beratungen über die Leiharbeitsrichtlinie und die Arbeitszeitrichtlinie miteinander verbunden worden waren. Im Ergebnis sieht die Arbeitszeitrichtlinie gem. Art. 22 für Großbritannien die Möglichkeit eines individuellen „opt out“ vor – eine Regelung, die in die Einführung der „britischen“ Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 5 Abs.4 der RL Leiharbeit ebenso wenig aufgenommen wurde wie die Möglichkeit einer individualvertraglichen Abdingbarkeit des gesetzlichen Gleichbehandlungsanspruchs durch arbeitsvertragliche Bezugnahme. Diese Tatsache spricht dafür, dass damit auch für die Tarifaufnahme nach Art. 5 Abs.3 der RL keine individualvertragliche Ausnahme durch Bezugnahme möglich sein soll.

Entsprechende Ansinnen wurden von der Kommission mit dem Argument zurückgewiesen, es bedeute eine Negierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes an sich, wenn in der Richtlinie 2008/104/EG durch nationale Rechtsvorschriften andere Regelungen für Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz als Tarifverträge vorgesehen würden

vgl. den Bericht des Ausschusses der Ständigen Vertreter (I. Teil) an den Rat 1568/07 v. 29.11.2007, S.6f.; dazu Steuer, 2009, S.141.

Da es in Deutschland ein gesetzliches System gibt, durch das TV allgemeine Gültigkeit erlangen, scheidet die Ausnahmeregelung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 5 Abs.4 der RL in Deutschland aus. Abs.4 ist daher in Deutschland nach allgemeiner Ansicht nicht anwendbar. Fraglich ist, ob dies auch für die Bestimmung in Art. 5 Abs.4 Uabs.1 S.2 der Richtlinie gilt, wonach „zu diesen Regelungen auch eine *Wartezeit* für Gleichbehandlung zählen (kann)“. Der Wortlaut („zu diesen Regelungen“) und die Gesetzssystematik (vgl. Art.5 Abs.4 UAbs.2 S.1 RL: Nähere Qualifikation der „in diesem Absatz genannten Regelungen“) sprechen jedoch gegen diese Auslegung: Danach bezieht sich dieser Satz allein auf die in Art.5 Abs.4 der RL enthaltene Bestimmung

ebenso Steuer, 2009, S.141.

Dies schließt allerdings nicht aus, dass der deutsche Gesetzgeber es den Tarifpartien erlaubt, gem. Art. 5 Abs.3 RL zeitlich gestaffelte Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu machen: In einer Anfangsphase könnten etwa – im Rahmen der genannten 10%-Differenz - in größerem Umfang Abweichungen von diesem Prinzip zulässig sein als nach einem gewissen Zeitablauf; für diesen ersten Zeitabschnitt könnte zudem eine verbindliche Lohnuntergrenze durch einen Mindestlohnvertrag vorgesehen werden, der nach den Regelungen des AEntG für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Eine derartige Differenzierung ist angedeutet im Antrag der SPD-Bundestagsfraktion „Fairness in der Leiharbeit“

BR-Drs., 17-1155, der am 9.3.2010 Gegenstand der Plenardebatte im Deutschen Bundestag war ebenso im Antrag der Länder Rheinland-Pfalz und Bremen, auf eine „Entscheidung des Bundesrats gegen die Verdrängung oder Ersetzung von Stammbeschäftigten durch die Beschäftigung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern“, BR-Drs. 62/10 v. 4.2.2010.

Danach soll der Grundsatz „Gleiche Arbeit – Gleiches Entgelt“ erst nach einer „kurzen Einarbeitungszeit“ greifen und die „Befristung eines Leiharbeitsverhältnisses und die Kopplung der Befristung an einen Arbeitseinsatz (Synchronisation)“ lediglich „außerhalb der Probezeit“ verboten werden. Angesichts der Tatsache, dass die gem. § 14 Abs.1 Nr.5 TzBfG grundsätzlich zulässige Vereinbarung einer Probezeit 6 Monate beträgt (§ 1 Abs.1 KSchG) und ein Großteil der Leiharbeitsverhältnisse kürzer währt, würde letztere Regelung bedeuten, dass das allgemeine Synchronisationsverbot für die Mehrzahl der Leiharbeitsverhältnisse aufgehoben würde. In diesen Fällen ist von einer kürzeren Probezeit von maximal 3 Monaten auszugehen

Ulber, J. AÜG, 3. Aufl. 2006, § 9 Rn. 319.

Die zulässige Dauer einer Probezeit muss nämlich in einem inneren Zusammenhang mit der Arbeitsaufgabe stehen

BAG v. 23.6.2004, AP Nr. 12 zu § 14 TzBfG.

3.5. Das Missbrauchverbot nach Art. 5 Abs.5 RL Leiharbeit

Nach Art. 5 Abs.4 RL Leiharbeit ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, „um eine missbräuchliche Anwendung dieses Artikels zu verhindern und um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern“.

Dieses aus dem französischen Recht

vgl. Vigneau, in: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 85, 91.

übernommene Missbrauchsverbot zielt wie sein französisches Vorbild darauf ab, durch das Verbot von „auf einander folgenden Überlassungen“ zu verhindern, dass Stammarbeitsplätze durch Leiharbeitnehmer besetzt werden. Die RL geht demnach davon aus, dass Leiharbeitnehmer nur vorübergehend im Entleiherbetrieb eingesetzt werden dürfen. Dies ist

auch im Wortlaut von Art.1 Abs.1 RL Leiharbeit so festgehalten worden. Danach gilt „diese Richtlinie ...für Leiharbeiter, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben....und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um *vorübergehend* unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten“ (Hervorhebg. von mir, T.B.).

Diese Herkunft und Zwecksetzung der Bestimmung spricht zugleich gegen die Annahme, Art. 5 Abs.5 der Richtlinie 2008/104/EG enthalte zwei unterschiedliche, durch ein „und“ verbundene Tatbestände, nämlich einmal einen Missbrauchstatbestand und zum anderen einen Kettenbefristungstatbestand. Vielmehr ist letzterer als spezifische Erläuterung des Missbrauchstatbestandes zu verstehen. Dies wird deutlicher noch als in der deutschen in der englischen und französischen Fassung der Richtlinie:

So heißt es in der englischen Version:

„Member States shall take appropriate measures....with a view to preventing misuseand, in particular, to preventing successive assignments....“

In der französischen Version lautet diese Passage:

Les États membres prennent les mesures nécessaires...., en vue d'éviter le recours abusif ... et, en particulier, l'attribution de missions successives...“

Die Einfügung der Worte „and, in particular“ sowie „et, en particulier“, machen besser als die deutsche Formulierung „und um insbesondere“ deutlich, dass der jeweils nachfolgende Halbsatz vom ersteren mit umfasst ist.

4. Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG der EU: Arbeitsvertragliche Bezugnahme, Tariffähigkeit der CGZP und die konzerninterne Ausgründung von Personalleasingunternehmen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG der EU krankt in Deutschland primär daran, dass die in Abs.3 von Art. 5 RL eröffnete Tarifausnahme flächendeckend dazu genutzt wurde, die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auszuhebeln. Hierfür waren insbesondere zwei Aspekte maßgeblich: Zum einen die im AÜG eröffnete Möglichkeit, auch durch Bezugnahme auf einen einschlägigen Tarifvertrag die Regelungen des „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ auszuschalten (dazu unter 4.1.); zum anderen die Tatsache, dass sich im Gestalt der Christlichen Gewerkschaft Zeitarbeit ein Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite fand, der bereit war, diese Politik zur Unterbietung des gesetzlichen Gleichheitsstandards mit zu tragen (dazu unter 4.2.).

Beide Effekte zusammen genommen haben dazu geführt, dass in Gestalt von (meist: konzerninternen) Ausgründungen von Personalleasingfirmen systematisch dazu übergegangen werden konnte, Stammpersonal durch (entsprechend „billigere“) Zeitarbeitnehmer zu ersetzen. (dazu unter 4.3.).

4.1. Die Unzulässigkeit der Abweichung vom gesetzlichen Gleichbehandlungsgebot durch arbeitsvertragliche Bezugnahme

Nach §§ 3 Abs.1 Nr. 3 S.3, 9 Nr.2 letzter Hlfs. AÜG kann ein Tarifvertrag abweichende Regelungen vom Gleichbehandlungsgebot nach §§ 3 Abs.1 Nr.3 S.1, 9 S.1 AÜG zulassen. Nach diesen Bestimmungen des AÜG können „im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.“ Eine wirksame arbeitsvertragliche Übernahme eines Tarifvertrages ist daher nur in dessen Geltungsbereich möglich; darunter ist der fachliche, räumliche und zeitliche Geltungsbereich zu verstehen

allg. Ansicht, vgl. Ulber, J., AÜG, 3. Aufl. 2006. § 9 Rn. 290; Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 71.

Die Vereinbarung eines fremden Haus- oder Firmentarifvertrages ist damit ausgeschlossen

Hamann, Gleichbehandlungsgrundsatz im AÜG, BB 2005, 2185; Thüsing/Mengel, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 41.

Die RL 2008/104/EG zur Leiharbeit sieht eine Abdingbarkeit des gesetzlichen Gleichbehandlungsanspruchs durch arbeitsvertragliche Bezugnahme ausdrücklich nicht vor

vgl. dazu oben unter 3.4. sowie Steuer, 2009, S.141.

Damit scheidet diese vom AÜG eröffnete Möglichkeit aus. Sie ist nicht nur deshalb abzulehnen, weil sie faktisch Voraussetzung der flächendeckenden Unterbietung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen der Leiharbeit war und damit dem Sinn und Zweck der RL diametral zuwiderlief

dazu eingehend Waltermann, Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.b) und e).

sondern namentlich auch deshalb, weil sie den vom Richtliniengeber mehrfach betonten Schutzbedarf der Leiharbeit durch die *Verdopplung ihrer Benachteiligung* untergräbt. Die Tatsache, dass die Anwendung von Tarifverträgen auf die Masse der Leiharbeitsverträge nicht aufgrund der Mitgliedschaft der Parteien in den Tarifverbänden (§ 3 Abs. 1 TVG) erfolgt, sondern – sofern man diese entgegen der hier vertretenen Ansicht für zulässig erachtet - aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme

vgl. nur Ulber, J., NZA 2009, S. 233,

belegt, dass die Arbeitnehmer beim Abschluss dieser Verträge nicht die Verhandlungsmacht haben, die Aufnahme einer solchen Klausel zu verhindern. Damit unterwerfen sie sich den ungünstigen Tarifbedingungen, an deren Zustandekommen sie nicht beteiligt waren

Brors, BB 2006, 101, 102

Damit wird die verfassungsrechtlich verbürgte *Vertragsfreiheit* zum „Instrument der Selbstentmündigung“ pervertiert

Ulber, J., NZA 2009, 2337; Böhm, DB 2005, 2023.

Sowenig in Bezug auf die Mehrzahl der Tarifverträge dieser Branche von einer „Richtigkeitsgewähr“ ausgegangen werden kann

dies scheidet bereits an der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP, vgl. ArbG Berlin v. 1.4..2009, NZA 2009, 740; LAG Berlin-Brandenburg v. 7.1.2.2009, Az: 23 TaBV 1016/09 = AuR 2010, 172 m. Anm. Ulber, J.; vgl. auch Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. § 9 Rn. 171; dgl., Tariffunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239; Schindele, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt – Tarifliche Abweichungen vom equal pay in der Leiharbeit, AuR 2008, 31; Ulber, D., Tariffähigkeit und Tariffzuständigkeit der CGZP

als Spitzenorganisation, NZA 2008, 436; Ulber, J., AÜG 3. Aufl. 2006, § 9 Rn.192; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1072;

sowenig kann unterstellt werden, dass die bei Leiharbeitnehmern besonders ausgeprägte vertragliche Unterlegenheit durch eine „freiwillige“ Vereinbarung der tariflichen Verweisungsklausel konterkariert worden ist.

a.A. unter Verweis auf die – auch im Bereich der Leiharbeit unterstellte – tarifliche Richtigkeitsgewähr Waas, ZESAR 2009, 207, 212; in Widerspruch dazu plädiert er allerdings für eine „sorgsame Prüfung der am Tarifabschluss beteiligten Gewerkschaften“, ebd., 211; ebenso Thüsing, RdA 2009, 118,119 und dgl. BB 6/2010, I.; ähnlich Thüsing/Mengel, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 44ff.

Folglich findet die – ebenfalls privatautonom begründete - Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien hier ihre Grenze an der Verfassungsgarantie der Vertragsfreiheit.

Im Hinblick auf die RL Leiharbeit kann die in Bezug genommene tarifliche Regelung auch *nicht als wirksame AGB* vereinbart werden. Dies folgt daraus, dass die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr.1 BGB als eine *unangemessene Benachteiligung* anzusehen ist, weil sie - so der gesetzliche Wortlaut - mit „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“. Der nationale Gesetzgeber darf die mit einer EU-Richtlinie verfolgten Zwecke nicht in der Umsetzungsfrist durch den Erlass von Regelungen konterkarieren . Insoweit ist er bereits im Vorfeld ihrer Umsetzung an sie gebunden

EuGH v. 18.12.1997 – C- 129/96. Slg. 1997 I-7411.

Aus dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung folgt, dass entgegenstehendes nationales Recht unangewendet bleiben muss

enger Hamann, EuZA 2009, 287, 329.

Dies gilt auch für Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen; im Ergebnis hätte selbst eine nach deutschem Recht zulässige tarifliche Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag

nach Waltermann, Gutachten 68. djt, (Stand 15.4.2010), B.I. 2.e) sind arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln, abgesehen von der hier in Rede stehenden Klausel nach § 9 Nr.2 HlBs.4 AÜG „im Prinzip ... nützlich und rechtlich unbedenklich“;

wegen Verstoßes gegen den Schutzzweck der RL 2008/104EG außer Anwendung zu bleiben

Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3.Aufl. 2007, Teil I B Rn. 89.

Wird in der tariflichen Verweisungsklausel in gestaffelter Form auf unterschiedliche Tarifverträge verwiesen, etwa weil die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung und damit die Wirksamkeit des zunächst in Bezug genommenen Tarifvertrages zweifelhaft ist, so führt dies gem. der Unklarheitenregelung in § 307 Abs.1 S.2 BGB ebenfalls zur Unwirksamkeit der Verweisungsklausel

BAG v. 15.1.2009, DB 2009, 1299; Brors, BB 2006, 101; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. § 9 Rn. 171,

4.2. Tarifliche Unwirksamkeit mangels Tariffähigkeit der CGZP?

Die Tariffähigkeit ist Voraussetzung dafür, dass Vereinigungen nach § 4 TVG wirksame Tarifverträge abschließen können

BAG v. 13.11.2006 – 10 AZR 665/05 – AP Nr. 34 zu § 4 Tarifkonkurrenz,; LAG Berlin-Brandenburg v. 7.1.2.2009, Az: 23 TaBV 1016/09, Umdruck S.24f.,

die für die Tarifunterworfenen mit normativer Wirkung gelten. Dadurch soll eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens, speziell der Lohngestaltung, ermöglicht werden

Wank/Schmidt, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, RdA 2008, 257; BAG v. 15.3.1977, AP Nr. 24 zu Art.9 GG.

Nur wenn sie diese Aufgabe erfüllen können, können Vereinigungen Tariffähigkeit besitzen

BVerfG v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – AP Nr.1 zu Art. 9 GG.

Die Übertragung der Normsetzungsbefugnis beruht auf der Annahme, dass Tarifverträge eine bessere Gewähr für die Richtigkeit ihrer Inhalte bieten als Arbeitsverträge. Diese unterstellte materielle Richtigkeitsgewähr beruht auf dem – ebenfalls unterstellten – Verhandlungsgleichgewicht der Tarifvertragsparteien. Dadurch soll ein angemessener und sozial befriedigender Ausgleich der beiderseitigen Interessen hergestellt werden

BAG v. 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 AP Nr.36 zu § 2 TVG und v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr.4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

Folglich muss zwischen den Tarifvertragsparteien eine *Gleichgewichtigkeit der Interessen* bestehen

BAG 15.3.1977 – AP Nr. 24 zu Art. 9 GG.;

Dies setzt ihre soziale Mächtigkeit voraus. Vor allem an ihr fehlt es bei der CGZP. Deren Tariffähigkeit wird aus vielerlei Gründen bezweifelt: Selbstverständnis, Zuständigkeit, organisatorische Verfasstheit, Mitgliederstärke und satzungrechtliche Grundlage

Berg, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 2009, S. 79.

Das BAG hat die Anforderungen an die soziale Mächtigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zwar mit Beschluss vom 28.3.2006

AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit m. Anm. Henssler/Heiden = RdA 2007, 117 m.
Anm. Richardi

zur Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaft Metall deutlich herabgesetzt und misst nunmehr der aktiven Teilnahme am Tarifgeschehen in der Vergangenheit im Normalfall erhebliche Indizwirkung für ihre Durchsetzungskraft zu. Zugleich hat es den Abschluss von Gefälligkeits- und Anschlussarbeitsverträgen einer Neubewertung unterzogen

hier findet sich namentlich bei ersteren ein in vorliegendem Zusammenhang interessanter Ansatz; so stellt das BAG fest, dass von dem bei „Gefälligkeitstarifen“ erforderlichen „kollusiven Zusammenwirken“ beider Tarifseiten etwa dann ausgegangen werden kann, „wenn in einem Tarifvertrag unter Ausnutzung einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel gesetzliche Mindestbedingungen ohne Kompensation unterschritten werden“, BAG v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, Rn.69 – AP Nr.4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; dies verkennen Thüsing/Mengel, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 46.

Gemessen an diesen Kriterien kam das BAG zum Ergebnis, dass eine *Tariffunfähigkeit* der CGM nicht gegeben sei, weil Anhaltspunkte für die Annahme, es handele sich bei den von der CGM originär geschlossenen Tarifverträgen in nennenswertem Umfang um Schein- oder Gefälligkeitstarifverträge, nicht gegeben seien. An einer derartigen Indizwirkung ihrer Tarifpraxis für ihre soziale Mächtigkeit fehlt es indessen in Bezug auf die CGZP, weil diese Tarifverträge keine andere Funktion besitzen, als den gesetzlichen Standard des Gleichbehandlungsgebots in § 9 Nr.2 AÜG zu unterlaufen. Deshalb besitzt sie auch dann keine Tariffähigkeit

ArbG Berlin v. 1.4.2009, NZA 2009, 740, 745; LAG Berlin-Brandenburg v. 7.1.2.2009, Az: 23 TaBV 1016/09, unter 4.2.4.2. ebenso bereits zuvor: ArbG Limburg, v. 19.11.2008 – 1 Ca 541/08, Rn.8; ArbG Osnabrück v. 15.1.2007, 3 Ca 535/06, BecksRS 2008, 55164 Rn.7; vgl. die Darstellung bei Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1073 m. zahlr. Hinweisen in Fn. 31; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. § 9 Rn. 171; dgl./Riederer v. Paar, AuR 2004, 241; dgl. Die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaften Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA vor den deutschen Arbeitsgerichten, NZA 2007, 1213; dgl., Tariffunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für die Leiharbeitsbranche, NZA 2008, 453; dgl., AuR 2008, 239; Schindele, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt – Tarifliche Abweichungen vom equal pay in der Leiharbeit, AuR 2008, 31; Daniel Ulber, D., NZA 2008, 436; Ulber, J., AÜG 3. Aufl. 2006, § 9 Rn.192 a.A.: Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn.122ff. die vorschlagen, auf das Kriterium der sozialen Mächtigkeit ganz zu verzichten,

wenn sie – wie tatsächlich der Fall - in der Vergangenheit bereits zahlreiche Flächen- und Haustarifverträge abgeschlossen hat

a.A. Thüsing-Mengel, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn.46a; Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005 § 9 Rn.149ff.

Dies gilt auch dann, wenn man diese gesetzliche Regelung mit Wank

ErfK-Wank, 8. Aufl.2008, § 3 AÜG Rn.29

nicht als Mindestarbeitsbedingung interpretiert, da sie für den Leiharbeitnehmer „das Optimum“ biete

mangels Tariffähigkeit der CGZP käme automatisch der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung, Däubler, Totale Verdrängung von Equal Pay durch Leiharbeitstarife?, DB 2008, 1914.

Denn die Tarifparteien sind auch nach dieser Ansicht an die dem Gesetz zugrunde liegende Wertentscheidung gebunden

ErfK-Wank, 8. Aufl.2008, § 3 AÜG Rn.29

und in der Tarifpraxis führt die Möglichkeit der Tariföffnung in § 9 Nr.2 AÜG keineswegs zu einer Anhebung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer im Vergleich zu den Stammarbeitnehmern. Eine innertarifliche Kompensation der schlechteren Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer auf das zu wahrende Niveau ihres dem Gleichheitsgebot entsprechenden Gesamtschutzes findet nicht statt

ArbG Berlin v. 1.4.2009, NZA 2009, 740, 745; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 171.

4.3. Konzerninterne Ausgründung von Personalleasingfirmen und „Strohmannkonstruktionen“

Der Missbrauch der Leiharbeit ist zum einen an der flächendeckenden Bezugnahme auf Tarifverträge, die den Gleichbehandlungsgrundsatz unterlaufen, deutlich geworden; nicht minder gravierend sind die in jüngster Zeit vermehrt aufgetretenen Fälle der Ersetzung von Stammarbeitskräften durch Leiharbeitnehmer

vgl. hierzu die empirische Studie von Wassermann/Rudolph, Leiharbeit als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung, Arbeitspapier Nr.148 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2007; vgl. auch Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1074;.

In diesem Zusammenhang hat zuletzt der „Fall Schlecker“ für erhebliches Aufsehen gesorgt. Auch wenn der „Fall Schlecker“ – was streitig war

vgl. den Bericht in: Spiegel online v. 11.1.2010: „Schlecker stoppt Billig-Leiharbeit“-

kein Konzernunternehmen betraf, sondern ein externes Verleihunternehmen damit beauftragt worden war, Leiharbeitskräfte für die Firma einzuwerben und in diesem Zusammenhang Stammarbeitskräfte durch kostengünstigere Leiharbeitnehmer ersetzt wurden

vgl. die Berichte v. 1.12.2009 in: zdf.de: „Lohndrücken nach Schlecker-Art“ und in: Spiegel online v. 11.1.2010: „Schlecker stoppt Billig-Leiharbeit“; Böhm, , DB 2010, 672

so stellen sich insoweit doch die gleichen Probleme der Ersetzung von „normal“ tariflich entlohnten Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer, die zudem nur befristet beschäftigt werden. Dieser Fall hat auf Antrag der Länder Rheinland-Pfalz und Bremen den Anlass für eine EntschlieÙung des Bundesrates „gegen die Verdrängung oder Ersetzung von Stammebelegschaften durch die Beschäftigung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern“

BR-Drs. 62/10 v. 4.2.2010

gebildet, mit der die Bundesregierung aufgefordert wurde, Vorschläge zu erarbeiten, „wie Missbrauch in der Zeitarbeit wirksam begegnet werden kann“.

In weiten Bereichen, nicht nur bei Automobil-, Telekommunikations-

vgl. dazu Bednarsky/Kühnast, Arbeitnehmerüberlassung in der Praxis, in:
Lorenz/Schneider, Ende der Normalarbeit? 2007, S. 124

und Pressekonzernen

so der Sachverhalt im Beschluss des LAG Niedersachsen v. 28. 2. 2006 – 13 TaBV
56/05,

sondern selbst beim Roten Kreuz

eine zur Personalgestaltung gegründete Tochtergesellschaft des Roten Kreuzes lag der
Fallgestaltung des Beschlusses des BAG v. 25. 1. 2005 – 1 ABR 66/03 – zugrunde;

und der Caritas

für diakonische Dienstgeber ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern inzwischen durch
Entscheidung des Kirchengerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland v. 9.
10. 2006 – II-0124/M 35-06 = AuR 2007 S. 361ff. beschränkt worden auf Fälle zur
Überbrückung kurzzeitigen Beschäftigungsbedarfs

sind z. T. auch konzerneigene Verleihunternehmen keine Seltenheit mehr, die die Aufgabe der
Personalrekrutierung für die „Muttergesellschaft“ übernehmen

zu den hieraus resultierenden mitbestimmungsrechtlichen Fragen vgl. den Beschluss
des LAG Niedersachsen v. 28. 2. 2006 – 13 TaBV 56/05 -, mit dem die Beschwerde
des Betriebsrats gegen den Beschluss des AG Oldenburg v. 18. 2. 2005 – 6 BV 105/05
- zurückgewiesen wurde. In beiden Entscheidungen wurde ein
Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebes im Konzern
nach § 99 Abs.2 BetrVG verneint; das BAG v. 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 – hat sich
dieser Ansicht im Ergebnis angeschlossen.

Nach verbreiteter Ansicht handelt es sich hierbei um eine „Strohmann-Konstruktion“, sofern die Verleihfirma nicht am Markt aktiv werde und deshalb nicht das typische Arbeitgeberisiko trägt

Schüren, in: Schüren/Hamann, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn.101, 731; § 1 Rn. 378ff.; § 3 150ff.; Ulber, J., AÜG, 3. Aufl. 2006, § 1 Rn.201; a.A. Willemsen/Annuß, Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 437.

Da nach allgemeiner Ansicht eine *Austauschkündigung*, mit der Stammarbeitskräfte durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden sollen, unzulässig ist,

BAG v. 26. 9. 1996, NZA 1997 S.202

und auch der beabsichtigte Belegschaftsaustausch keinen Befristungsgrund gem. § 14 Abs.1 Nr.1 TzBfG darstellt

BAG v. 17. 1. 2007, NZA 2007 S. 566; BAG v. 16.12.2004, NZA 2005, 761,

kann der Austausch der Beschäftigtengruppen nur sukzessive – im Gefolge von Neueinstellungen – geschehen. Inwieweit diese rechtliche Restriktion allerdings auch in der Praxis ein Hindernis darstellt, ist damit nicht gesagt. So wird im “Fall Schlecker” berichtet, dass im Zuge von Umstrukturierungsmaßnahmen Angehörige der Stammsbelegschaft gekündigt wurden und ihnen von einer Zeitarbeitsfirma Arbeitsplätze in den neu gegründeten Filialen zu erheblich schlechteren Bedingungen (rund die Hälfte des früheren Gehalts) angeboten worden seien.

Die Tarifparteien DGB und BZA haben in ihrem Tarifabschluss vom März 2010 eine Klausel vereinbart, wonach dem Missbrauch der Leiharbeit zur Ersetzung von Stammsbelegschaften vorgebeugt werden soll. Eine ähnliche Klausel findet sich in dem zwischen der CGZP und dem AMP vereinbarten Tarifvertrag (ebenfalls vom März 2010). Nach dieser Klausel findet das jeweilige Tarifwerk künftig bei missbräuchlicher Nutzung der Zeitarbeit innerhalb eines Konzerns keine Anwendung

vgl. die Information auf der homepage des bza und des AMP sowie die Aussprache auf der 35. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 26.3.2010, vgl. Plenarprotokoll 17/35, S. 3350, 3351, 3355, 3357.

Ob die Vermutung allerdings richtig ist, dass sich deshalb der Fall Schlecker nicht wiederholen werde,

so die CDU-Bundestagsabgeordnete Heike Bremer in der Aussprache auf der 35. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 26.3.2010, vgl. Plenarprotokoll 17/35, S. 3350, 3357; ebenso Böhm, DB 2010, 672

ist zu bezweifeln. Denn diese Klausel bewirkt lediglich, dass damit die Tarifausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach §§ 3 Abs.1 Nr.3 S.2, 9 Nr.2 AÜG für die Mitgliedsfirmen des tarifschließenden Verbandes entfällt – sowie die Möglichkeit, Gleiches durch eine evtl. Bezugnahme auf diese Tarifverträge zu erreichen. Das jeweilige Unternehmen ist indes nicht daran gehindert, durch den Abschluss eines Firmen- oder Haustarifvertrages die gleiche Wirkung herbei zu führen. Im Übrigen bleibt jedenfalls eine Bezugnahme auf einen einschlägigen Tarifvertrag möglich.

Durch Tarifklauseln allein wird sich folglich ein Missbrauch der Leiharbeit zur Ersetzung von Stammebelegschaften durch Leiharbeitnehmer nicht verhindern lassen. Deshalb ist insoweit eine gesetzliche Regelung angezeigt.

5. Änderungsbedarfe im AÜG aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG

Damit bleibt die Frage zu beantworten, ob und ggf. welche *Änderungsbedarfe* sich aus der RL 2008/104EG für das deutsche AÜG ergeben.

Bereits oben wurde angesprochen, dass sich hierbei zwei Varianten anbieten: Einmal die Übernahme der in Frankreich geltenden Regelungen des Code de Travail, Art. L 1251-5 (ex-Art. L. 124-2) und L 1251-7 (ex-Art. 124-7, par. 3) oder eine „deutsche Lösung“, die den Versuch macht, im Hinblick auf den Schwerpunkt der Gutachtenfragestellung die Korrekturbedarfe im AÜG auszuloten.

Nachstehend wird im Gefolge der deutschen Debatte der letztere Weg eingeschlagen. Dabei werden jedoch nicht alle Änderungsaspekte behandelt; ausgeklammert bleiben insbesondere diejenigen Änderungsbedarfe, die sich auf den Anspruch der Leiharbeitnehmer auf Fort- und Weiterbildung gem. Art. 6 Abs.5 der RL sowie auf die kollektive Interessenvertretung der Leiharbeitnehmer und den Anspruch der Arbeitnehmervertreter auf Unterrichtung gem. Art. 7 und 8 der RL beziehen.

5.1. Der Anwendungsbereich: Vorübergehende Überlassung

Schon der Anwendungsbereich der RL 2008/104/EG macht deutlich, dass sie nur für Arbeitnehmer gilt, die *vorübergehend* entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Die aktuell zunehmende Tendenz, Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen ohne zeitliche Beschränkung einzusetzen und auf diese Weise die Stammbesetzung zu reduzieren, ist demnach vom Anwendungsbereich der RL ausgenommen. Dem entsprechend wird unter den Begriffsbestimmungen in Art. 3 Abs.1 lit. c RL bestimmt, dass Leiharbeitnehmer nur solche Arbeitnehmer sind, die in einem entleihenden Unternehmen unter dessen Aufsicht und Leitung *vorübergehend* arbeiten.

Die gesetzlich notwendige Korrektur *erfordert nicht* die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer

dies gilt auch für die sog. Konzernleihe, die bei der *vorübergehenden* Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem anderen Arbeitgeber gem. § 1 Abs.3 Nr.2 AÜG privilegiert ist, ErfK –Wank, 8. Aufl. 2008, § 1 Rn. 70; BAG v. 5.5.1988 – 2 AZR 795/87 = DB 1989, 1139: Danach sei nach dem Sinn und Zweck der Regelung, konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung wegen der insoweit in der Regel nicht bestehenden Gefährdung des arbeits- und sozialrechtlichen Status der Leiharbeitnehmer zu erleichtern, ist der Begriff "vorübergehend" weit auszulegen. Dies liege im Interesse der betreffenden Arbeitnehmer. Ein Wechsel des Arbeitgebers habe für die betreffenden Arbeitnehmer insbesondere in arbeitsrechtlicher Hinsicht unter Umständen nachteilige Folgen, da zahlreiche Arbeitsbedingungen an die Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit anknüpfen; nach H/W/K-Kalb, § 1 AÜG, Rn. 54, kann selbst die mehrjährige Abordnung zu einem anderen Konzernunternehmen noch als vorübergehend angesehen werden.

Vielmehr genügt es, wenn der Gesetzgeber klarstellt, dass die Regelung des konkreten Einsatzes des Leiharbeitnehmers – also arbeitnehmerbezogen und arbeitsplatzbezogen - nicht auf unbestimmte Zeit geschlossen sein darf

nach Riederer von Paar, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einl. 617, kommt es darauf an, dass der Verleiher nicht nur eine einmalige Überlassung eines Arbeitnehmers an den Entleiher beabsichtigt. Entscheidend ist, dass er die Voraussetzungen für den wechselnden Verleih seiner Leiharbeitnehmer schafft; der Überlassungsvertrag *ist demnach auf den konkreten Einsatz des Leiharbeitnehmers zu befristen*, ohne dass darin eine missbräuchliche Umgehung des Verbots der dauerhaften Überlassung gem. Art. 5 Abs.5 RL liegt. Dies setzt voraus, dass von der Regelung der *sachgrundlosen Mehrfachbefristung* gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Arbeitsvertrag mit dem Verleiher kein Gebrauch gemacht wird; zur Beendigung des Überlassungsvertrages allgemein vgl. Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einl. 336.

5.2. Nicht nur gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung i.S. des AÜG

Die Definition des Leiharbeitnehmers gem. Art. 3 Abs. 1 lit.c) der RL als Arbeitnehmer, der „mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen, überlassen zu werden“, ist zudem im Hinblick auf die Zweckbestimmung des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher nicht allein auf die Rechtsfigur der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung, die durch das AÜG geregelt ist (vgl. § 1 Abs.1 S.1 AÜG), bezogen

Waas, ZESAR 2009, 209; Boemke, RIW 2009, 177; Hamann, EuZA 2009, 287, 299; anders das AÜG, vgl. ErfK-Wank, Einleitung AÜG Rn. 15.

Nach den Vorgaben der RL gilt das Gleichbehandlungsgebot gem. Art. 5 Abs.1 RL auch für die gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung. Nach h.M. fehlt es bei der gemeinnützigen Arbeitnehmerüberlassung an der Gewinnerzielungsabsicht und insofern an der Gewerblichkeit

so: Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 AÜG, Rn.15, 42; HWK/Kalb/Pods, Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 3 AÜG Rn.28; Ulber, J., AÜG, 1. Aufl. 1998, § 1 Rn.156; Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010 § 1 Rn.276; a.A. Thüsing/Pelzner, AÜG 2. Aufl. 2008, § 3 Rn.59.

Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre deshalb hilfreich.

5.3. Aufhebung der Konzernprivilegierung gem. § 1 Abs.3 Nr.2 AÜG

Nach § 1 Abs.3 findet das AÜG keine Anwendung auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen i.S. des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Die RL sieht eine entsprechende Ausnahme für die Anwendbarkeit des Equal Pay Gebotes nicht vor

Thüsing, RdA 2009, 119.

Folglich enthebt die Konzernleihe nicht vom Entgeltgleichheitsgebot der RL.
§ 1 Abs.3 Nr.2 AÜG ist aufzuheben.

5.4. Aufhebung des Verbots der Leiharbeit im Baugewerbe gem. § 1 b Abs.1 S.3 AÜG ?

Das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe gem. § 1 b Abs.1 S.3 AÜG lässt sich nach Art. 4 Abs.1 der RL nur aus Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen. Hierzu „zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhindern“ (Art. 4 Abs.1 2. Hlfs. RL)

Das BVerfG hatte mit Beschluss vom 6.10.1987

E 77, 84; dazu Ulber, J., AÜG, 1. Aufl. 1998, § 1b Rn.3

das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe insbesondere mit Kontrolldefiziten begründet. Auch wenn diese Begründung regelmäßig nach verwaltungsrechtlicher Ansicht

Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, S. 51ff; Wank, RdA 2003, 2; das Verbot beschränkt sich allerdings auf Arbeiter; in Bezug auf Angestellte wird eine Kontrolle eher für möglich gehalten

nicht hinreicht, um darauf ein Gewerbeverbot zu stützen, sind die Kontrolldefizite in diesem Bereich doch nach wie vor sehr gravierend, So zeigen aktuelle Untersuchungen aus den Niederlanden, dass die Branche noch immer besonders anfällig für illegale Tätigkeiten wie Unterbezahlung und auch Steuerhinterziehung ist. Auch besteht in einigen Fällen sogar die Vermutung, dass die organisierte Kriminalität hinter einigen Leiharbeitsunternehmen steht

vgl. www.agf.nl/nieuwsbericht_detail.asp?id=56803

In Limburg etwa wurden in fünf von sieben untersuchten Leiharbeitsunternehmen Verstöße festgestellt, in Noord-Brabant waren es sechs von 13

vgl. den Bericht in: www.flexmarkt.nl/nieuws/aanpak-illegale-arbeid-blijkt-effectief-3138.html

15% der Leiharbeitsunternehmen in den Niederlanden haben nach Angaben des niederländischen Sozialministeriums im Jahr 2005 illegale Arbeitnehmer beschäftigt und hierzu beispielsweise Papiere gefälscht

http://home.szw.nl/index.cfm?menu_item_id=14125&hoofdmenu_item_id=13826&rubriek_id=391818&link_id=77370

Der Prozentsatz an Verstößen jeglicher Art lag 2005 bei 35 %, 2009 waren es immer noch 18 %

so der Bericht in: www.flexmarkt.nl/nieuws/aanpak-illegale-arbeid-blijkt-effectief-3138.html

Angesichts dieser Daten, die auch auf die Situation in Deutschland übertragbar sind, stellt das Verbot der Leiharbeit in Bezug auf Arbeiter keinen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff für die betroffenen Bauunternehmen dar. Gesetzlicher Änderungsbedarf ist insoweit nicht angezeigt

offen Thüsing, RdA 2009, 119.; ähnlich Riederer von Paar, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einl. 618: Die Einschränkung sei zu überdenken; der Grund liege in der Anfälligkeit der Baubranche für illegale Praktiken. Sollten diese den Schutz der Leiharbeiter, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes gefährden, könne das Verbot i.S. der RL bestehen; für die Aufhebung des Verbots: Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1b Rn.17; dgl, EuZA 2009, 287,312.

5.5. Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art.5 RL

In Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 5 RL ergeben sich eine Reihe von Änderungsnotwendigkeiten:

Die Mutmaßung, dass „die Verabschiedung der lang ersehnten EG-Richtlinie wohl keine Änderungen im AÜG erforderlich machen (wird)“, so Platzhoff, Arbeitnehmerüberlassung und Legitimität, 2009, S.298, hat offensichtlich getrogen – sie war zu pessimistisch.

5.5.1. Streichung der Sechs-Wochen-Ausnahme

Zu streichen ist nach allgemeiner Ansicht die 6-Wochen-Ausnahme in § 9 Nr.2 AÜG, wonach vom Grundsatz der Gleichbehandlung dann abgewichen werden kann, wenn „der Verleiher ...dem zuvor arbeitslosen Leiharbeiter für die Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Nettoarbeitentgelt in Höhe des Betrages (gewährt), den der Leiharbeiter zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat“, weil diese Ausnahme in der RL nicht mehr vorgesehen ist

eine 6-Wochen-Ausnahme war dagegen noch in Art. 5 Abs.4 des Richtlinienvorschlags von 2002, KOM (2002) 149 endg., enthalten, vgl. Boemke, RIW 2009, 177, 183; Waas, ZESAR, 2009, 207, 210; Thüsing, BB H.6/2010, I ; Klumpp, , Die neue Leiharbeitsrichtlinie, GPR 2009, 89,91; Fuchs, NZA 2009, 57, 63; Schüren/Schüren, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 9 AÜG Rn.147.

5.5.2. Die Ausnahme bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen gem. Art. 5 Abs.2 RL Leiharbeit

Nach Art. 5 Abs.2 RL ist nach allgemeiner Ansicht auch die Herausnahme vom „entgeltbezogenen“ Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes dann eröffnet, wenn der Leiharbeitnehmer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht und auch in der Zeit zwischen den Überlassungsphasen bezahlt wird. Die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 ist eine spezialgesetzliche Regelung, die den Ausnahmen in Art. 5 Abs.3 und 4 RL vorgeht. Der Richtliniengeber war der Ansicht, dass der Leiharbeitnehmer in diesem Fall durch seinen Entgeltanspruch gegen den Verleiher hinreichend sozial abgesichert ist, so dass für ihn die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Entleiherbetrieb nicht maßgeblich sein müssen. Für diese Interpretation spricht der in Erwägungsgrund 15 enthaltene Hinweis auf den „besonderen Schutz“ des Leiharbeitnehmers. In diesem Fall fehlt es nämlich an der „leiharbeitstypischen Gefahr“ für den Arbeitnehmer, nach dem Einsatz beim Entleiher wieder entlassen zu werden

Klumpp, GPR 2009, 89, 91.

Der Leiharbeitnehmer, so wird man im Umkehrschluss folgern können, ist also bei dem von der RL unterstellten „Normalfall“ eines befristeten Arbeitsvertrages mit dem Verleiher und der – jedenfalls in der überwiegenden Praxis darauf abgestimmten - Befristung seines Einsatzes beim Entleiher nicht „besonders“ geschützt. Der Richtliniengeber hat offen gelassen, wie hoch im Fall der Bezahlung zwischen unterschiedlichen Einsatzzeiten die Bezahlung sein muss (dazu unter 5.7.).

5.5.3. Die Tarifausnahme nach Art. 5 Abs. 3 RL

In Bezug auf die – nicht auf das Arbeitsentgelt beschränkte - *Tarifausnahme* vom Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 5 Abs.3 RL besteht gesetzlicher Handlungsbedarf insoweit, als die jetzt in der RL enthaltene Begrenzung durch Verpflichtung der Tarifparteien, zwischen unbefristeten und befristeten Leiharbeitsverhältnissen zu differenzieren und bei diesen den Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer zu achten, ausdrücklich aufzunehmen ist. Die Mitgliedstaaten sind zu verpflichten, nur soweit die Möglichkeit zum Abschluss (oder zur Aufrechterhaltung) von Tarifverträgen zu eröffnen, wie dadurch nicht gegen „die Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ verstoßen wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, „selbst die Entscheidung darüber zu treffen..., wann Tarifverträge einen ausreichenden ‚Gesamtschutz‘ von Leiharbeitnehmern sicher stellen“. Dies setzt voraus, dass das Entgelt der Leiharbeitnehmer maximal 10% unterhalb des tariflichen Lohnniveaus liegen darf, das im Entleiherbetrieb für den Arbeitsplatz vorgesehen ist, auf dem der Leiharbeitnehmer beschäftigt wird und dass diese Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach „unten“ kompensiert wird durch eine gleichwertige Besserstellung des Leiharbeitnehmers in Bezug auf sonstige „wesentliche Arbeitsbedingungen“. Im Übrigen ist vorzusehen, dass auch bei einer (im Grundsatz) zulässigen Tarifabweichung hinsichtlich der Entgeltzahlung „nach unten“ diese auf das „übliche“ Tarifniveau für diesen Arbeitsplatz im Entgeltbetrieb ansteigt – und zwar in einer Weise, die im Regelfall dem jeweiligen Leiharbeitnehmer auch zugute kommt.

„Eines scheint sicher: Die jetzige Fassung der Ausnahmetatbestände in § 3 I Nr.3 S.2 und § 9 Nr.2 AÜG steht nicht im Einklang weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck von Art. 5 III Richtlinie“

Fuchs, NZA 2009, 57, 61; ähnlich Ulber, J., AuR 1/2010, 10,14: Danach „bleibt der Gesetzgeber nach Art. 5 Abs.3 gehalten, die einschränkenden Bedingungen zur Zulässigkeit verschlechternder Tarifverträge zur Arbeitnehmerüberlassung gesetzlich klarzustellen.“ In diesem Sinne auch Klumpp, GPR 2009, 89, 92: „Hier ist freilich das AÜG zu präzisieren und der Inhalt des abweichenden Tarifvertrages auf eine Achtung des Gesamtschutzes zu binden.“

5.6. Gleichbehandlungsgrundsatz und Vergütung des Leiharbeitnehmers zwischen einzelnen Überlassungen

Der Richtlinie 2008/104/EG liegt ein Konzept von Leiharbeit zugrunde, welches auf mehrfache, jeweils vorübergehende Entleihzeiten gerichtet ist. Damit stellt sich die Frage, wie die Vergütung der Leiharbeitnehmer zwischen den einzelnen Verleihzeiten geregelt ist und speziell, ob es insoweit einen Schutz der Vergütungshöhe der Leiharbeitnehmer durch die Bestimmungen der Richtlinie oder nach nationalem Recht gibt. Weder in der RL noch im AÜG finden sich hierzu nähere Bestimmungen. Grundsätzlich gilt, dass der Leiharbeitnehmer auch in dieser Zeit vertragsgemäß beim Verleiher „arbeitet“ und deshalb Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Arbeitsvergütung besitzt. Dies sieht das AÜG in §§ 3 Abs.1 Nr.3, 11 Abs. 1 S.2 Nr.2 ausdrücklich vor. Die Sittenwidrigkeitsgrenze

BAG v. 22.4.2009 (Az.: 5 AZR 436/09); Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 148; Thüsing/Mengel, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 44.

von maximal 30% unterhalb des üblichen Tariflohns ist hierbei freilich zu beachten. Da der Leiharbeitnehmer für den Verleiher jedoch mangels seines Einsatzes in einer Entleiherfirma nicht produktiv tätig ist, geht dessen Bestreben dahin, den Leiharbeitnehmer in diesen Zwischenphasen entweder nur sehr gering zu entlohnen oder ganz zu entlassen. Letzterem wirken zwar der Kündigungsschutz und das gesetzliche Befristungsverbot entgegen; die Mehrzahl der Leiharbeitsverhältnisse erreicht aber die 6-Monatsfrist bis zum Eingreifen des KSchG nicht und infolge der Streichung des speziellen Synchronisationsverbots zum 1.1.2003 greifen diese Schutzvorkehrungen auch bei längerer Dauer des Leiharbeitsverhältnisses nicht ein. Allerdings ist der RL gem. Art. 5 Abs.2 i.Vb. m. Erwägungsgrund 15 der Auftrag an den Gesetzgeber zu entnehmen, bei tariflicher Abbedingung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Synchronisation von Arbeitsvertrag und Überlassungsvertrag zu verbieten; andernfalls wäre der Verleiher Vermittler einer befristeten Beschäftigung

Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 183, 256 m. zahlr. Hinweisen.

Allerdings ist der gesetzliche Korrekturbedarf nach verbreiteter Auffassung begrenzt durch die Aussicht des Verleihers auf *wirtschaftlich sinnvolle Überlassungsverträge*, die diesen infolge der für ihn günstigen Relation von Überlassungszeiten und Auftragslücken in die Lage versetzen, einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen. Hierbei wird davon ausgegangen, dass

der Verleiher die Aussicht haben muss, einen erheblichen Teil der Leiharbeitnehmer binnen einer Dreimonatsfrist wieder zu überlassen

Schüren in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 279, § 11 Rn.116.

Um die Arbeitsplätze in der Zeitarbeit zu erhalten, hat der Gesetzgeber

durch Art. 10 Nr.6 und Art. 16 des Gesetzes zur Sicherung von Stabilität und Beschäftigung in Deutschland v. 2.3.2009, BGBl. I S.416,

gem. § 11 Abs.4 S.3 AÜG bis zum 31.10.2010 die Leiharbeitnehmer in die Regelungen über Kurzarbeit aufgenommen

kritisch im Hinblick auf das häufig wegen der geringen Löhne nicht existenzsichernde Kurzarbeitergeld Ulber, J., Kurzarbeit, Kurzarbeitergeld und Leiharbeit, AiB 2009,139, 144.

Eine andere Begrenzung ergibt sich aus der Befugnis des Verleihers, auf die gesetzlichen Möglichkeiten zur Arbeitszeitflexibilisierung etwa durch Nutzung positiver Salden von Gleitzeitkonten zurück zu greifen

Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1072.

Gegen diese Möglichkeit ist ebenso wenig einzuwenden wie gegen die Einführung von Kurzarbeitergeld für Leiharbeitnehmer. Dagegen ist angesichts der Bestimmung des § 11 Abs.4 AÜG, die gerade zu verhindern sucht, dass der Verleiher das Beschäftigungsrisiko auf den Leiharbeitnehmer überwälzt

Schüren in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 11 Rn.94; Ulber, J., AÜG,3. Aufl. 2006, § 11 Rn. 94,

zu bezweifeln, dass es Sinn und Zweck von Regelungen in Bezug auf die Leiharbeit sein kann, dem Verleiher das Wirtschaftsrisiko der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb abzunehmen. Dies folgt im Übrigen auch aus der Einbeziehung der

Leiharbeitnehmer in die Regelungen zum Kurzarbeitergeld. Die Drei-Monats-Regelung ist daher nicht anzuwenden.

In den Zwischenphasen zwischen einzelnen Überlassungen sind Leiharbeitnehmer nach den im Arbeitsvertrag getroffenen Regelungen zu entlohnen. Dabei ist die Sittenwidrigkeitsgrenze, nicht jedoch die Dreimonatsregelung, zu beachten.

5.7. Die Unterrichtungspflicht über offene Stellen im Entleiherbetrieb nach Art. 6 Abs.1 RL

Art. 6 Abs.1 RL bestimmt, dass Leiharbeitnehmer über die offenen Stellen im Entleiherunternehmen zu unterrichten sind. Wie dies zu geschehen hat, wird nicht näher ausgeführt, sondern lediglich bestimmt, dass die Unterrichtung durch allgemeine Bekanntmachung an geeigneter Stelle im Entleiherunternehmen erfolgen kann. Da dies bei größeren Unternehmen auf praktische Schwierigkeiten stoßen kann, ist hier der Zugang der Leiharbeitnehmer zu den entsprechenden elektronischen Foren in Betracht zu ziehen. Verstöße hiergegen sollten als Ordnungswidrigkeit gem. § 16 AÜG sanktioniert werden

5.8. Zugang zu Sozial- und Gemeinschaftseinrichtungen

Gleiches gilt für den Anspruch des Leiharbeitnehmers gem. Art. 6 Abs.4 RL auf Gleichstellung hinsichtlich des Zugangs zu den Sozial- und Gemeinschaftseinrichtungen des Entleiherbetriebes, „insbesondere zur Gemeinschaftsverpflegung, zu Kinderbetreuungseinrichtungen und zu Beförderungsmitteln, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt“. Hier sollte der Gesetzgeber auflisten, welche Gemeinschaftseinrichtungen in Betracht kommen.

5.9. Sanktionen bei Verstößen gegen die RL

Nach Art. 10 Abs.2 RL Leiharbeit müssen Sanktionen im Falle von Verstößen gegen die RL „wirksam, angemessen und abschreckend“ sein. Verstöße gegen den für die RL zentralen Gleichbehandlungsgrundsatz werden im deutschen Recht gem. §§ 9 Nr.2, 10 Abs.4 AÜG dadurch zivilrechtlich sanktioniert, dass die Vereinbarungen für unwirksam erklärt werden; Differenzentgeltansprüche des Leiharbeitnehmers richten sich gem. § 10 Abs.4 AÜG allein gegen den Verleiher, während der Entleiher für die auf diese entfallenden Sozial- und

Unfallversicherungsbeiträge sowie der darauf entfallenden Lohnsteuern nach sozialrechtlichen und steuerrechtlichen Bestimmungen wie ein selbstschuldnerischer Bürge haftet. Nach Hamann

EuZA 2009, 287, 326

ist dies mit dem durch die RL gebotenen Schutz der Leiharbeitnehmer nicht vereinbar. Im Interesse wirksamer Sanktionen sei der Gesetzgeber gehalten, in § 1 Abs.2 AÜG klar zum Ausdruck zu bringen, dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bei zu vermutender und nicht widerlegter Arbeitsvermittlung zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führt

diese Konsequenz war vom BAG mit Urteil v. 28.6.2000, 7 AZR 100/99, = NZA 2000, 1160 entgegen der überwiegenden Auffassung in der Literatur abgelehnt worden.

Dieser Auffassung von Hamann ist zuzustimmen, weil die im AÜG vorgesehene Sanktion ersichtlich nicht ausreicht, um dem Gleichbehandlungsgebot Achtung zu verleihen.

6. Reaktionen

6.1. Referentenentwurf in Deutschland

Die Umsetzungsfrist der RL Leiharbeit 2008/104/EG läuft bis zum 5.12.2011. In Deutschland wurde bereits am 24.3.2008 ein - bislang nicht verabschiedeter - Referentenentwurf vorgelegt

Das BMAS hat am 24.3.2009 einen Referentenentwurf zur Umsetzung der am 5.12.2008 in Kraft getretenen RL 2008/104/EG vorgelegt, obwohl die Umsetzungsfrist noch bis zum 5.12.2011 gelaufen wäre. In diesem Referentenentwurf beschränkt sich das BMAS im Wesentlichen auf folgende Änderungen:

- Streichung der 6-Wochen-Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz in den §§ 3 und 9 AÜG für zuvor arbeitslose Arbeitnehmer

- Aufnahme der Informationspflicht des Entleihers über zu besetzende Arbeitsplätze in seinem Betrieb durch Einfügung von § 13a AÜG, wobei „die Information ...durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb erfolgen (kann)“

- Durch Einfügung von § 13b AÜG sollte der Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder – diensten wie folgt geregelt werden:

„Der Entleiher hat dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne des Satz 1 sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.“

Als sachlicher Grund, der eine unterschiedliche Behandlung von Leiharbeitnehmern und vergleichbaren Stammarbeitnehmern im Einsatzbetrieb des Entleihers rechtfertigen kann, wird in der Begründung des Referentenentwurfs darauf verwiesen, dass dieser in der sehr kurzen Einsatzzeit des Leiharbeitnehmers liegen könne

- Einfügung einer neuen Nr.3a in § 3 Abs.1 AÜG, wonach die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass (der Verleiher) *„die Entleiher nicht verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher gem. § 13b Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten im Unternehmen des Entleihers zu gewähren“*

vgl. Begründung, B., Besonderer Teil, zu Nummer 4

- Verbot der Vereinbarung einer Vermittlungsgebühr zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (§ 9 Nr. 4 2.Hs.)

Der Referentenentwurf ist in der Literatur auf Kritik gestoßen

Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1073 kritisieren mit dem iGZ, dass es nicht angemessen sei, dem Verleiher nach § 3 Nr. 3a des Entwurfs dem Verleiher die Erlaubnis zu versagen, „wenn er den Entleiher nicht verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen zu gewähren“; ferner, dass die Aufrechterhaltung des

Verbots der Leiharbeit im Baugewerbe nicht begründet sei, ebd.; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl., Einl. Rn.204 bemängelt die Nichtaufnahme eines Synchronisationsverbots; Riederer von Paar, in: Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl., Einl. Rn. 623: der Entwurf „erstaunt in seiner Kürze“.

Außerdem wurde bemängelt, dass sich der Entwurf nur auf die unbedingt erforderlichen Anpassungen des deutschen Rechts an die Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie der EU beschränke, das Erfordernis eines sachlichen Grundes in § 13b) AÜG sei unbestimmt und die erforderliche Konkretisierung werde der Rechtsprechung überlassen, obwohl ein Verstoß gegen diese Regelung zum Entzug der Leiharbeiterlaubnis führen könne

Henning in: www.zeitarbeit-und-recht.de/tce/frame/main/747.htm,

Die Aufhebung von Einschränkungen und Verboten der Leiharbeit sei nicht wirklich geprüft worden

Pressemitteilung von: [Personalundwissen.de Ltd. - Das Internetportal für den Personalbereich, im Netz unter: www.openpr.de/news/296281/Gesetzesentwurf-sieht-Aenderung-des-AUeG-zur-Anpassung-an-EU-Zeitarbeitsrichtlinie-schon-ab-2010-vor.html](http://Personalundwissen.de).

Vor allem aber hat der Referentenentwurf ohne jegliche Begründung davon abgesehen, die deutlich stärkere Betonung der Gleichbehandlungsgrundsatzes in der RL 2008/104/EG umzusetzen

ebenso Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 93, .254.

6.2. Umsetzung in Großbritannien durch nationales Tarifabkommen und Gesetz

Demgegenüber erfolgte bereits gem. Art. 5 Abs.4 RL die Umsetzung in Großbritannien durch Tarifabkommen zwischen dem TUC und der Confederation of British Industry (CBI), demzufolge spätestens nach 12 Wochen Leiharbeiternehmer und Stammpersonal gleich zu behandeln sind

EU-Kommission, Press release „Statement by Commissioner Vladimir Spidla on the agreement of the TUC and the CBI in UK regarding agency workers“.

Dieses Abkommen ist durch Gesetz v. 20.1.2010

Law Nr. 93 „Terms and Conditions of Employment. The Agency Workers Regulations 2010 ; vgl. hierzu die Darstellung in: TUC, Equal treatment for agency workers: Overview of the Agency Workers Regulations 2010, März 2010

das zum 1. Oktober 2011 in Kraft tritt, umgesetzt worden. Zuvor war die Rechtslage vergleichsweise zersplittert und orientiert an deutlich wirtschaftsliberalen Mustern

Steuer, 2009, 294ff.

Das Gesetz v. 20.1.2010 enthält mit seinen 25 Artikeln umfangreiche Rechtsvorschriften zur Regulierung der Leiharbeit. Auch dieses Gesetz sieht vor, dass den Leiharbeitnehmern die gleichen „basic working and employment conditions“ zu gewähren sind (Part 2, Art. 5 Par. 1), wie wenn sie für den gleichen „Job“ vom Entleiher eingestellt worden wären. Vorausgesetzt ist allerdings, dass sie die „qualifying period“ (Wartezeit) von 12 Wochen erfüllt haben, in der sie während einer oder mehrerer Überlassungen für ein und denselben Entleiher ununterbrochen in der gleichen Funktion tätig gewesen sein müssen.

7. Gesamtergebnis des Gutachtens

7.1. Der Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprinzips in der Leiharbeit in empirischer und historischer Sicht

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Leiharbeit empirisch eine besonders benachteiligte Form der Beschäftigung darstellt. Sie ist nicht nur eine atypisches, sondern darüber hinaus auch eine prekäres Beschäftigungsverhältnis, das mit hohen Unsicherheiten bezüglich der sozialen Absicherung der Beschäftigten verbunden ist. Die Reform der Leiharbeit zum 1.1.2003 hat sich an dem Entwurf der EU-Kommission vom 20.3.2002 orientiert und an dem

dort verfolgten Ansatz, den allgemeinen *Grundsatz der Nichtdiskriminierung* von Leiharbeitnehmern zu etablieren. Dieser sollte nach dem Kommissionsentwurf allerdings dann beschränkt werden können, wenn eine unterschiedliche Behandlung aus *sachlichen Gründen* gerechtfertigt sei. Zusätzlich vorgesehen waren in Art. 5 des Entwurfs durch die Mitgliedstaaten regelbare Ausnahmemöglichkeiten von diesem Grundsatz für den Fall, dass zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher ein *unbefristeter Vertrag* abgeschlossen worden war und der Leiharbeitnehmer auch *zwischen zwei Überlassungen bezahlt* werde, einerseits, und eine *Tarifausnahme* andererseits, „sofern ein angemessener Schutz gewährleistet ist“ (Art. 5 Abs.3 des RL-Entwurfs).

KOM (2002) 149 endg., Begründung, S.14.

Art. 5 Abs. 4 des Vorschlags sah ferner vor, dass die Mitgliedstaaten eine Ausnahmemöglichkeit für kurzfristige Entleihzeiten (sog. 6-Wochen-Ausnahme) regeln konnten

diese Ausnahme war ebenso wie das Konzept des „vergleichbaren Arbeitnehmers“ sehr umstritten, vgl. KOM (2002) 149 endg., S.10, und führte letzten Endes zum (vorläufigen) Scheitern des RL- Vorschlags, vgl. Gagawczuk, DRdA 2003, 597.

Das AÜG hat sich zwar an diesem Richtlinienvorschlag orientiert, jedoch eine Reihe von Änderungen an ihm vorgenommen: So wurde – ebenso wie in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG - der Gleichbehandlungsgrundsatz (in der Form eines Schlechterstellungsverbots)

Ulber, J., NZA 2009, 232; ebenso Boemke, RIW 2009, 177

vom ersten Tag der Überlassung eines Leiharbeitnehmers an aufgestellt, dabei jedoch auf die Beschränkungsmöglichkeit aus „sachlichen Gründen“ verzichtet. Gleichzeitig wurden in zwei Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz vorgesehen und zwar einmal in Gestalt der Tarifausnahme (einschließlich der Möglichkeit der individualvertraglichen Bezugnahme), zum anderen in Gestalt der 6-Wochen-Ausnahme unter der Voraussetzung, dass der „Verleiher ... dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens 6 Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe

des Betrages (gewährt), den der Leiharbeiter zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat.“ (§§ 3 Abs.1 Nr.3 S.1, 9 Nr.2 S.1 AÜG). Eine Ausnahme für den Fall eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit dem Verleiher, falls der Leiharbeiter auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werde, war nicht vorgesehen.

Zudem wurde die Arbeitnehmerüberlassung dadurch erheblich erleichtert, dass die zuvor bestehenden Verbote der besonderen Synchronisation, der Wiedereinstellung und der Befristung aufgehoben wurden. Infolge dieser Liberalisierungen der Leiharbeit ist eine deutliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter zu verzeichnen. Gleichzeitig hat die Zahl der Leiharbeitsverhältnisse beträchtlich zugenommen.

Eines der Kernprobleme der Leiharbeit in Deutschland liegt darin, dass der deutsche Gesetzgeber ihre tarifliche Regelung in hoch problematischer Weise mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz derart verkoppelt hat, dass von diesem Prinzip in der Praxis nichts übrig bleibt

dazu Blanke, KJ H. 1/2004, S. 16f.; Däubler, KJ H.1/2003, 17ff. ; Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl., 2010, Einl. Rn.3.

Nachdem bis zum 31.12.2002 im AÜG die Regelung galt, dass Leiharbeiter, die länger als 12 Monate in einem Entleiherbetrieb beschäftigt werden, in Bezug auf ihre „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ wie „vergleichbare Arbeitnehmer“ dieses Betriebes zu behandeln seien, greift dieser Gleichbehandlungsanspruch des Leiharbeiters seit dem 1.1. 2003 bereits vom ersten Tage der Überlassung an ein. Dies gilt allerdings nach § 3 S.1 Nr.3 S.3, § 9 S.1 Nr.2 S.2, 2. Hlfs. AÜG dann nicht, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt. Nach § 3 S.1 Nr.3 S.4 und § 9 S.1 Nr.2, 4. Hlfs. AÜG gilt ferner, „dass im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages ... nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können“. Diese „Tarifausnahme“ vom Gleichbehandlungsgrundsatz in Verbindung mit der Möglichkeit zur „Abwahl“ des Gleichbehandlungsgrundsatzes per Bezugnahme auf Tarifverträge hat den Effekt gehabt, dass der Bereich der Leiharbeit inzwischen nahezu vollständig durch Verbandstarife oder Haustarifverträge tariflich geregelt ist

Schüren, RdA 2007, 232 ist „kein Fall bekannt, dass Leiharbeitnehmer (freiwillig!) die gesetzliche Vergütung (Equal Pay, Equal Treatment) erhalten. Die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen haben sich vollständig durchgesetzt.“ In der aktuellen Ausgabe des Kommentars zum AÜG, Schüren/Hamann, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn.104 ergänzt er in Bezug auf die Rechtsfolge: „Die gesetzliche Gestaltung ist damit zu einer Auffangregelung für unwirksame Tarifverträge und unwirksame Bezugnahmeklauseln geworden“.

In Tarifverträgen können grundsätzlich natürlich auch für die Arbeitnehmer günstigere Bedingungen vereinbart werden. Praktisch wirkten sich jedoch alle bisher geschlossenen Tarifverträge ausschließlich zu Lasten der Leiharbeitnehmer aus

Ulber, J., NZA 2009, S. 236.

Alle bislang für Leiharbeitnehmer abgeschlossenen Tarifverträge senkten den durch die gesetzliche Gleichbehandlungspflicht vorgesehenen Standard sogar so dramatisch, „dass man entweder an der Ernsthaftigkeit des Equal-Pay-Gebots oder an der Funktionsfähigkeit der tariflichen Interessenvertretung in dieser Branche zweifeln muss.“

Brors, BB 2006, 101.

Die Verabschiedung der RL Leiharbeit 2008/104/EG ist in Reaktion auf diese Missstände erfolgt. Sie bindet nunmehr die – nach wie vor grundsätzlich zulässige – Tarifausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz an die „*Achtung des Gesamtschutzes*“ der Leiharbeitnehmer. Zugleich hat sie die Möglichkeit einer weiteren Ausnahmeregelung im Fall besonders kurzer Arbeitsverhältnisse zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (sog. 6-Wochen-Ausnahme) gestrichen und generell die Zulässigkeit solcher Ausnahmen daran gebunden, dass der Leiharbeitnehmer auf der Basis von unbefristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt und zwischen den Verleihzeiten bezahlt wird.

Die Richtlinie 2008/104/EG beruht, wie bereits die Kommissionsentwürfe aus dem Jahr 2002 und das auf ihrer Grundlage reformierte AÜG auf dem *französischen Modell* der Leiharbeit.

Dies legt es nahe, angesichts des Scheiterns des deutschen Modells beim Versuch, zentrale Elemente des französischen Modells zu adaptieren, dass die gesetzlichen Restriktionen der Leiharbeit, die dort eingeführt worden sind, ebenfalls ins deutsche Recht übernommen werden sollten.

7.2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz der RL Leiharbeit im Lichte der Gleichbehandlungsgewährleistungen des internationalen und des EU-Rechts

Sowohl im internationalen Recht als auch im primären und sekundären Recht der EU existieren eine Fülle von Gleichberechtigungsgarantien. In der Zeitachse lässt sich nicht nur eine deutliche Zunahme der Zahl dieser Gewährleistungen, sondern auch eine Verschiebung des Gehalts dieser Garantien von formalen Gleichberechtigungsgewährleistungen über bestimmte Diskriminierungsverbote hin zu Geboten materieller Gleichstellung feststellen. Die Gründe für diese Entwicklung näher auszuleuchten, ist hier nicht der Ort

Dazu eingehend: Blanke/Graue, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, Rn.195ff

Schrittmacher dieser Entwicklung war das in Art. 119 des ursprünglichen EWG-Vertrages enthaltene Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Bezug auf das Arbeitsentgelt. Aber: „Der Grundsatz der Entgeltgleichheit (hat) wenige praktische Wirksamkeit, wenn er nicht von einem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung begleitet wird...Aus diesem Grunde muss das Gebot der Entgeltgleichheit durch den Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Einstellung, dem Aufstieg und den übrigen Arbeitsbedingungen einschließlich der Kündigung ergänzt werden“

Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, S.246.

Das Gleichbehandlungsgebot von Leiharbeitnehmern mit Beschäftigten im Entleiherbetrieb beruht auf ihrer in der Praxis erfahrenen und empirisch eindrücklich belegten Ungleichbehandlung. Diese Ungleichbehandlung ist durch die tarifdispositive Ausgestaltung dieses Gleichbehandlungsprinzips sogar noch verstärkt worden. Die dramatische Zunahme der Leiharbeit seit dem Ersten Gesetz für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom

1.1.2003 stellt nicht nur eine ernst zu nehmende Bedrohung für den Bestand des „Normalarbeitsverhältnisses“ dar, zumal in wachsendem Ausmaß Stammarbeitskräfte durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden, sondern für das Vertrauen in den Rechtsstaat insgesamt

Waltermann, Gutachten 68.djt, (Stand 15.4.2010), B.I. b).

Dies macht es erforderlich, das Vordringen des Missbrauchs der Leiharbeit zu stoppen. Wie dies rechtlich zu bewerkstelligen sei, dafür liegen derzeit *zwei Varianten* auf dem Tisch:

Entweder werden die Bestimmungen der RL 2008/104/EG in Verbindung mit Kernaussagen des deutschen AÜG so kombiniert, dass der im Zentrum beider Rechtsmaterien stehende Schutz der Leiharbeitnehmer effektiv erreicht wird. Dies erfordert die Bindung der Zulässigkeit rechtlicher Gestaltungen in der Leiharbeit an den Gleichbehandlungsgrundsatz. Hierfür wird in der Literatur auf die Verstärkung des Gleichbehandlungsgebots in der RL Leiharbeit sowie auf Erwägungsgrund 15 verwiesen. Aus dem deutschen Recht wird auf die Unzulässigkeit der Arbeitsvermittlung (im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung) sowie auf die Regelung zum Annahmeverzug in § 11 Abs.4 AÜG und die Transformation des speziellen Synchronisationsverbots zu einem allgemeinen Synchronisationsverbot Bezug genommen. Beide Ansätze zusammen führen zur Bejahung eines Instrumentalisierungsverbots, wonach die Leiharbeit nicht dazu missbraucht werden darf, den Umkreis der Normalarbeitsverhältnisse einzuengen.

Die *andere Variante* will den gleichen Effekt dadurch herbei führen, dass sie den bisher eingeschlagenen Weg der Reformen auf dem Gebiet der Leiharbeit konsequent zu Ende geht und die Regelungen übernimmt, die das französische Recht im Code de travail zur Verhinderung der Ersetzung von Stammarbeitskräften im Entleiherbetrieb durch Leiharbeitnehmer entwickelt hat. Zunächst wird dort in Art. L 1251-5 (ex-Art. L. 124-2) der Grundsatz aufgestellt, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur erlaubt ist, wenn auch die Tätigkeit vorübergehenden Charakter besitzt. Dieser Grundsatz wird sodann in Art. L 1251-6 und L 1251-7 (ex-Art. 124-7, par. 3) für *drei Fallgruppen spezifiziert*, nämlich für die *vorübergehende Ersetzung von Beschäftigten „on leave“*, ferner für *vorübergehenden Arbeitsanfall und für Saisonarbeit* (hier ist speziell an Saisonbetriebe im Bereich der Landwirtschaft, Lebensmittelherstellung und im Tourismusgewerbe gedacht) sowie schließlich für Tätigkeiten, für die es – in spezifischen Branchen, die in einer Liste der

Arbeitsverwaltung aufgeführt sein müssen – *unüblich ist, Arbeitnehmer auf der Basis unbefristeter Arbeitsverträge einzustellen*

7.3. Flexicurity und Gleichbehandlungsgebot

Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit steht in direktem Zusammenhang mit dem Konzept der Flexicurity: Nur auf der Basis dieses Ansatzes war es möglich, dass dieses Prinzip als Gestaltungsprinzip der Leiharbeit formuliert und schließlich durchgesetzt wurde. Es handelt sich nämlich um das Verbot, diese Form der atypischen Beschäftigung zu Lasten des Normalarbeitsverhältnisses zu instrumentalisieren. Bei dem Ansatz der Flexicurity geht es um eine neuartige Kombination von wirtschaftlichen Interessen an einer Förderung der Mobilität und Flexibilität der Arbeitskräfte und deren sozialer Sicherheit. Erstmals formuliert und praktiziert wurde das Konzept der Flexicurity in Dänemark und den Niederlanden. Den Ausgangspunkt bildete jeweils die Krise der sozialen Sicherungssysteme verbunden mit der Annahme, dass die Ökonomie sich in einer Weise verändert habe, dass Beschäftigungssicherheit an die Stelle von Arbeitsplatzsicherheit getreten sei. Auf der Ebene der EU wurde Begriff und Instrumentarium der Flexicurity erstmals rezipiert im Kontext des beschäftigungspolitischen Ansatzes der Lissabon-Strategie, die auf dem Sondergipfel der europäischen Staats- und Regierungschefs im März 2000 in Lissabon formuliert wurde. Das dort verabschiedete Programm verfolgt das Ziel, die EU innerhalb von zehn Jahren, also bis 2010, zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensgestützten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. Mit der Europäischen Sozialagenda, die der Europäische Rat im Dezember 2000 annahm, hält der Begriff sodann Einzug in ein neues europäisches Sozialmodell.

Der Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in der Leiharbeit wird erstmals im Entwurf der RL Leiharbeit der EU-Kommission v. 20.3.2002 hergestellt. Dabei geht es primär um die Verbesserung des Schutzes der Leiharbeit und darum, diese Tätigkeit attraktiv auszugestalten und dadurch zu fördern, - ein Ziel, das angesichts der schlechteren Lebens- und Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern gegenüber Beschäftigten mit anderen Arbeitsverträgen dringend geboten schien. Nur am Rande behandelt wird in der Begründung der Richtlinie die an sich zentrale Frage, warum die Formulierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht den Tarifparteien überlassen werden kann, sondern eine gesetzliche Statuierung dieses Prinzips notwendig erscheint. In diesem Zusammenhang wird

auf die Rechtslage in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten der EU verwiesen, auf das Gebot der Kohärenz zwischen den Entwürfen der Kommission und den Richtlinien über Teilzeitarbeit und befristete Beschäftigung aus dem Jahr 1990, durch die den betroffenen Arbeitnehmern Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern mit unbefristeten Vollerwerbsarbeitsplätzen verschafft werden sollte, und auf entsprechende Erwartungen der europäischen Sozialpartner (nicht nur) auf dem Gebiet der Leiharbeit sowie auf Normen des internationalen und des EU-Rechts, aus denen sich die Geltung dieses Grundsatzes ergibt

KOM (2002) 149 endg., S. 5, 9, 12 und 13.

In den übrigen Dokumenten der EU zur Flexicurity, die sich im Jahr 2007 insbesondere in Zusammenhang mit dem „Grünbuch“ zum Arbeitsrecht, der Auswertung der hierauf erfolgten öffentlichen Diskussion und den Schlussfolgerungen des Rates vom Dezember 2007 häufen, wird nur selten ein direkter Zusammenhang mit der Förderung der Leiharbeit und in diesem Kontext dem Gleichbehandlungsgrundsatz hergestellt. Jedoch erhellen diese Dokumente schlagend die innere Widersprüchlichkeit des „Flexicurity-Ansatzes“, der auf das Primat der Förderung wirtschaftlicher Wettbewerbsinteressen bei bloß funktionaler Zuordnung des Aspekts der sozialen Sicherheit ausgerichtet ist.

Infolge der nach wie vor gegebenen Dominanz der einzelnen Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Sozialpolitik und der aktuellen Krise der Ökonomie ist die Strategie der „Flexicurity“ sowohl auf der Ebene der EU als auch auf derjenigen der Mitgliedstaaten ihrerseits in die Krise geraten. Die EU-Kommission wehrt sich indes gegen die Interpretation, die Strategie sei gescheitert, auch wenn sie zugibt, dass das Instrumentarium der Lissabon-Strategie – namentlich zur Bekämpfung der Ursachen der Wirtschaftskrise - unzureichend war

vgl. die Bewertung der Lissabon-Strategie, SEK (2010) 114 endg. v. 2.2.2010, S. 3,4.

Die Reform der Leiharbeit in Deutschland zum 1.1.2003 hat, wie die Empirie und der prekäre Charakter dieses Beschäftigungsverhältnisses deutlich machen, einseitig die Elemente der Mobilität und Flexibilität dieser Arbeitnehmer gefördert, so dass von ihrer „security“ nichts oder allenfalls wenig übrig blieb. Angesichts dieser Schieflage ist davon auszugehen, dass in Deutschland die Strategie der – ohnedies unausgewogenen - Flexicurity in Bezug auf die Leiharbeit gescheitert ist. Deshalb ist es angezeigt, ihren Rechtsrahmen zu verändern.

7.4. Änderungsbedarfe im AÜG aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG

Damit bleibt die Frage zu beantworten, welche *Änderungsbedarfe* sich aus der RL 2008/104/EG für das deutsche AÜG ergeben.

Hierbei bieten sich *zwei Varianten* an: Einmal die Übernahme der in Frankreich geltenden Regelungen des Code de Travail (dazu unter 7.2.).

Die andere Variante besteht in einer „deutschen Lösung“, die den Versuch macht, die Korrekturbedarfe im AÜG auszuloten. Im Gefolge der deutschen Debatte wird nachstehend begrenzt auf den Schwerpunkt der Gutachtenfragestellung der letztere Weg eingeschlagen. Dabei kann dieser Weg mit der zunächst genannten Variante in der Form kombiniert werden, dass die im französischen Recht zum Schutz der Stammarbeitnehmer vorgesehenen Einschränkungen des Einsatzes der Leiharbeit ins AÜG aufgenommen werden. Zugleich werden im Folgenden nicht alle gesetzlichen Korrekturen behandelt; ausgeklammert bleiben insbesondere diejenigen Änderungsbedarfe, die sich auf den Anspruch der Leiharbeitnehmer auf Fort- und Weiterbildung gem. Art. 6 Abs.5 der RL sowie auf die kollektive Interessenvertretung der Leiharbeitnehmer und den Anspruch der Arbeitnehmervertreter auf Unterrichtung gem. Art. 7 und 8 der RL beziehen.

Gesetzliche Änderungsbedarfe im AÜG ergeben sich in den folgenden Punkten:

1. Erforderlich ist eine Klarstellung, dass der Einsatz der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht für unbestimmte Zeit vereinbart werden darf, sondern nur vorübergehender Natur ist.
2. Eine Klarstellung ist ferner dahingehend geboten, dass auch die gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung und die Konzernleihe nicht vom Gleichbehandlungsgebot ausgenommen sind. In diesem Kontext ist die Konzernprivilegierung gem. § 1 Abs.3 Ziff.2 AÜG aufzuheben.
3. Die Tarifausnahme gem. §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 Nr.2 AÜG ist an die „Achtung des Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer“ zu binden und an die Voraussetzung des Abschlusses eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer zu knüpfen. Gleichzeitig ist die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf derartige Tarifverträge zu streichen. Gleiches gilt für die 6-Wochen-Ausnahme in §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 Nr.2 AÜG.

Der Gesetzgeber ist nach Erwägungsgrund 17 der RL 2008/104/EG verpflichtet, „selbst die Entscheidung darüber zu treffen..., wann Tarifverträge einen ausreichenden ‚Gesamtschutz‘ von Leiharbeitnehmern sicher stellen“. Danach darf das Entgelt der Leiharbeitnehmer maximal 10% unterhalb des tariflichen Lohnniveaus liegen, das im Entleiherbetrieb für den Arbeitsplatz vorgesehen ist, auf dem der Leiharbeitnehmer beschäftigt wird. Ferner muss die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach „unten“ kompensiert werden durch eine gleichwertige Besserstellung des Leiharbeitnehmers in Bezug auf sonstige „wesentliche Arbeitsbedingungen“. Im Übrigen ist vorzusehen, dass auch bei einer (im Grundsatz) zulässigen Tarifabweichung hinsichtlich der Entgeltzahlung „nach unten“ diese auf das „übliche“ Tarifniveau für diesen Arbeitsplatz im Entgeltbetrieb ansteigt – und zwar in einer Weise, die im Regelfall dem jeweiligen Leiharbeitnehmer auch zugute kommt.

4. Verstöße gegen die Unterrichtungspflicht über offene Stellen im Entleiherbetrieb sind als Ordnungswidrigkeit zu ahnden. Gleiches gilt bei verweigertem Zugang zu Sozial- und Gemeinschaftseinrichtungen. Welche Einrichtungen hierbei in Betracht kommen, ist im Gesetz aufzulisten.

5. Sanktionen bei Verstößen gegen die Verpflichtungen aus dem AÜG müssen „abschreckend, wirksam und effektiv“ sein. Deshalb ist in § 10 Abs.1 S.1 AÜG eine Regelung einzuführen, wonach Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führen.

Literaturverzeichnis:

- Adamy, Job-Verluste und Arbeitslosigkeit in der Wirtschaftskrise, 2009
- Ammermüller u.a., Die ZEW-Erhebung bei Zeitarbeitsbetrieben. Dokumentation der Umfrage und Ergebnisse von Analysen, 2003
- Antoni/Jahn, Boomende Branche mit hoher Fluktuation, IAB-Kurzbericht Nr. 14/2006, 1
- Becker/Wulfgramm. Kommentar zum AÜG, 3. Aufl. 1985
- Bednarsky/Kühnast, Arbeitnehmerüberlassung in der Praxis, in: Lorenz/Schneider, Ende der Normalarbeit? 2007, S. 124
- Behrend, Arbeitnehmerüberlassung bis zu 24 Monaten – Job AQTIV mit Hindernissen, NZA 2002, 372
- Bercusson, Lessons for Transnational Labour Regulation from a Case Study of Temporary Agency Work in: Ahlberg/Bercusson/Bruun/Kountouros et.al., Transnational Labour Regulation. A Case Study of Temporary Agency Work, Brüssel 2008, S.321
- Bercusson (Hrsg.), European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, 2006
- Bercusson Labour law and Social Europe, Brüssel 2009
- Berg, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung. JbArbR 2009, 69
- Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, 5. Aufl, 2001
- Bieback, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, Art. 141 EG.
- Blanke, Th., Die Zukunft des Arbeitsrechts, KJ H. 1/2004, 16
- Blanke, Th., Fair and just working conditions, in: Bercusson (Hrsg.), European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, 2006, 357
- Blanke, Th., Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, in: WISO Diskurs, Bonn 2007
- Blanke/Graue, Einleitung VI, Das Gleichheitskonzept der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, Rn.195ff.
- Böhm, Demontage der ‚Billig-Tarifverträge‘ in der Zeitarbeit: Wachsende Risiken für die Kunden, DB 2005, 2023
- Böhm, Lohndumping durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung?!, DB 2010, 672

- Boemke, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177
- Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005
- Brors, Zweifelhafte Zulässigkeit der gestaffelten individualvertraglichen Verweisung auf die Zeitarbeitsstarifverträge der Christlichen Gewerkschaften und des DGB, BB 2006, 101
- Bundesregierung, Zehnter Bericht über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 27.9.05, BT-Drs 15/6008
- Bundesregierung, Elfter Bericht über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 13.1.2010, BT-Drs. 17/464
- Burda/Kvasnicka, Zeitarbeit in Deutschland: Trends und Perspektiven, PwP 2006, 195
- Callies/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, 2006
- ciett (Hrsg.), The agency work industry around the world, 2010
- Däubler, Die neue Leiharbeit, KJ H.1/2003, 17
- Däubler, Totale Verdrängung von Equal Pay durch Leiharbeitsstarife?, DB 2008, 1914
- Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994
- Däubler (Hrsg.), TVG, 2. Aufl. 2006 (Zit: Däubler/Bearbeiter, TVG)
- Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008
- Dieterich, Verfassungsmäßigkeit tarifgestützter Mindestlöhne bei Zeitarbeit, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007, 103
- Brenke/Eichhorst, Leiharbeit breitet sich rasant aus. DIW Wochenbericht 19/2008, 242
- DGB-Bundesvorstand, Arbeitsmarkt aktuell 7/2008
- DGB-Bundesvorstand, Arbeitsmarkt aktuell Nr. 4, März 2010
- Dörre, Prekarisierung contra Flexicurity, in: Kronauer/Linne (Hrsg.), Flexicurity, 2005, 53
- Dörre, Die Wiederkehr der Prekarität, in: Lorenz/Schneider, 2007, 15
- Düwell/Dahl, Aktuelle Gesetzes- und Tariflage in der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2009, 1070
- Düwell in: Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, 2005, 74
- Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006
- ErfK, 8.Aufl. 2008 (zit: ErfK-Bearbeiter)
- EU Kommission: Kommissionsvorschlag v. 20.3.2002, KOM (2002), 149 endg.
- EU Kommission: Kommissionsvorschlag v. 28.11.2002, KOM (2002) 701 endg.
- Europäische Kommission, Employment in Europe, Luxemburg 2004

- EU Kommission: Endbericht (auf deutsch): „Flexicurity: Indikatoren zum Anspruch auf bestimmte Sozialschutzleistungen für Personen in flexiblen Arbeitsverhältnissen in der Europäischen Union“, VC/2007/0870 v. 27.3.2009
- EU Kommission: Entschließung zur Beschäftigung und Neugestaltung der Arbeitszeit v. 17.9.1981, ABI EG 1981 C 260/54
- EU-Kommission: Bewertung der Lissabon-Strategie v. 2.2.2010, SEK (2010) 114 endg
- EU Parlament, Stellungnahme v. 19.9.2002, ABI. C 2003/61/124
- Eurociett und Uni-Europa gemeinsame Entschließung v. 28.5.2008: „Guiding principles for an EU regulatory framework on TAW“
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.): Temporary agency work in an enlarged European Union, 2006
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.): Temporary agency work and collective bargaining in the EU. 2009
- Fastrich, Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, 65
- Fischer, Gesetzlicher Mindestlohn, sozialrechtlich garantiertes Mindesteinkommen und Grundgesetz, ZG 2008, 31
- Fischer, Klemens H., Der Europäische Verfassungsvertrag, 2004
- Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays, 1968
- Fuchs, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009,57
- Gagawczuk, Leiharbeitsrichtlinie – wiederholter Anlauf gescheitert?, dRdA 2003, 597
- Giesen, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Bd.15, 2009, Diskussion, 155
- Grimm/Brock, Praxis der Arbeitnehmerüberlassung, 2004
- Grünanger, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, (Österreich), ecolex 2009, 414
- Hamann, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in der EU, in: Hekimler (Hrsg.), EU - Türkei, Industrielle Beziehungen 2004, S-567, 585.
- Hamann, Gleichbehandlungsgrundsatz im AÜG, BB 2005, 2185
- Hamann, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287
- Henssler/Willemsen/Kalb (zit.: HWK/ Bearbeiter), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl. 2008

- Hölscheidt, Kap. III, Gleichheit, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, 263
- Hoffmann/Walwei, Normalarbeitsverhältnis: Ein Auslaufmodell?, MittAB 3/1998, 409
- human resource management, flexicurity, im netz unter:
<http://www.hrm.de/SITEFORUM?&t=/Default/gateway&i=1169747321057&application=story&active=no&ParentID=1169812876510&StoryID=1207066624544&xref=>
- Jahn, Was macht den Unterschied? Determinanten der Nachfrage nach Leiharbeit in Deutschland und den Niederlanden, Industrielle Beziehungen 2005, S.191
- Jarass, Die EU-Grundrechte, 2005
- Kaufmann/Schwan, Flexicurity auf Europas Arbeitsmärkten – Der schmale Grat zwischen Flexibilität und sozialer Sicherheit, in: FES (Hrsg.) Nov. 2007
- Keller/Seifert (Hrsg.), Atypische Beschäftigung – Flexibilisierung und soziale Risiken, 2007
- Kittner, Alternativkommentar zum Grundgesetz (AK-GG), 2. Aufl. 1989, Art. 20Abs.1 – 3 IV, Rn.1ff.
- Kittner/Däubler/Zwanziger (zit: KDZ-Bearbeiter), KSchR, 7. Aufl., 2008
- Klumpp, Die neue Leiharbeitsrichtlinie, GPR 2009, 89
- Kocher, in: Schiek (Hrsg.), AGG. 1007, Vorbem. zu § 13 AGG
- Kraemer/Speidel, Prekäre Leiharbeit, in: Vogel (Hrsg.), Leiharbeit, 2004, S.119
- Kronauer/Linne (Hrsg.), Flexicurity, 2005
- Langer, in: Van der Groeben/Schwarze (Hrsg.), , Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag, 6. Aufl., 2003, Bd.3, Art. 117
- Lembke, Die „Hartz-Reform“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98
- Linne/Vogel (Hrsg.), Leiharbeit und befristete Beschäftigung, Hans Böckler Stiftung, Arbeitspapier, 2003, Nr. 68
- Lörcher, Das Recht auf angemessenes Arbeitsentgelt nach der Europäischen Sozialcharta, in: Sterkel/Schulten/Wiedemuth (Hrsg.), Mindestlöhne gegen Lohndumping, 2006, 216
- Löw, Lohnwucher – Unangemessene Entgeltvereinbarungen und ihre Folgen, MDR 2004, 734
- Martin, Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 247
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000
- Melms/Lipinsky, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004 S. 2409
- Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003
- Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Studie zur Zeitarbeit in NRW, November 2008

- Nienhüser/Matiaske, Der „Gleichheitsgrundsatz“ bei Leiharbeit – Entlohnung und Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern im europäischen Vergleich, WSI-Mitteilungen 2003, 467
- Park/Riederer von Paar/Schüren., Arbeits-, sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, NJW 2008, 3670
- Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, 1995
- Pfarr, Flexicurity – Ein Konzept für das Arbeitsrecht der Zukunft?, WSI-Mitteilungen 2007, 416
- Picker, Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 469
- Pickshaus, Gute Arbeit statt Flexicurity, im Netz unter:
www.wiki-gute-arbeit.de/index.php/Gute_Arbeitstatt_Flexicurity
- Platzhoff, Arbeitnehmerüberlassung und Legitimität, 2009
- Preis, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, NZA 2006, 401
- Promberger, Leiharbeit: Flexibilität und Prekarität in der betrieblichen Praxis, in: Prop, Die gesetzliche Regelung der Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden und Europa, 2007
- Raab, Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 410
- Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 1970
- Rebhahn, Europäisches Sozialmodell – oder nationale Sozialmodelle – für Arbeitsbeziehungen und Welfare? In: Eilmansberger/Herzig (Hrsg.), Soziales Europa, 2009, 15
- Reichel, Soziale Marktwirtschaft, Sozialstaat und liberale Wirtschaftsordnung. Aufklärung und Kritik, Sonderheft 02/1998, 83
- Reim, Neue Flexibilität in der Leiharbeit, ZTR 2003, 103
- Reipen, Dubiose Gewerkschaften – Sozialversicherungsrechtliche Risiken für Zeitarbeitsunternehmen und ihre Kunden, NZS 2005, 407
- Rieble/Klebeck. Lohngleichheit für Leiharbeit, RdA 2003, 23.
- Riederer von Paar, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. V, „Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung auf internationaler Ebene“.
- Rust/Däubler/Falke u.a. (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Locomer Protokolle 40/03, 2003
- Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht. Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, 2007
- Schiek, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, KJ H.1/2002, 18

- Schiek, Die Hartz-Gesetze – EU-rechtliche Perspektiven, KJ H.1/2003, S. 35
- Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007
- Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007
- Schindele, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt – Tarifliche Abweichungen vom equal pay in der Leiharbeit, AuR 2008, 31
- Schindler, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, dRDA 2009,176
- Schlachter (Hrsg.), Casebook Europäisches Arbeitsrecht, 2005
- Schmalenberg, Die richtige Umsetzung der Befristungsrichtlinie der EG – Konsequenzen des Gesetzgebers, NZA 2000, 1043
- Schubert/Schwital, Das Nein der Iren zum Vertrag von Lissabon – Konsequenzen, Lösungswege, Chancen, NJ 2008, 337
- Schüren/Riederer v. Paar, Risiken nichtiger Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 241;
- Schüren, Die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaften Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA vor den deutschen Arbeitsgerichten, NZA 2007, 1213
- Schüren, Leiharbeit in Deutschland, RdA 07, 231
- Schüren, Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für die Leiharbeitsbranche, NZA 2008, 453
- Schüren, Tariffähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239
- Schüren, Tariffähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239
- Schüren, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Ergänzungsband, § 162
- Schüren, AÜG, 3. Aufl. 2007
- Schüren/Hamann, AÜG 4. Aufl., 2010
- Sehrbrock, Reform des Arbeitsrechts, AiB 2008, 563
- Steuer, Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, 2009
- Stein/Frank, Staatsrecht, 20. Aufl. 2007
- Thüsing, Equal pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446
- Thüsing, Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Bd.15, 2009, S.147
- Thüsing, Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht, RdA 2009, 118
- Thüsing, Zeitarbeit als Aufgabe der Gesetzgebung, BB H. 6/2010, S. I

- Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2008
- Thüsing, AÜG, 2. Aufl. 2008 (zit: Thüsing/Bearbeiter)
- Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft (1887), 2005
- TUC, Equal treatment for agency workers: Overview of the Agency Workers Regulations 2010, März 2010
- Ulber, D., Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation, NZA 2008, 436
- Ulber, J., Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232
- Ulber, J., Kurzarbeit, Kurzarbeitergeld und Leiharbeit, AiB 2009, 139
- Ulber, J., Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10
- Ulber, J., AÜG 1. Aufl. 1998, 3. Aufl. 2006
- Ulber, J., Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Basiskommentar zum AÜG, 2008
- van der Krogt, Wie sieht die Regulierung der Leiharbeit seit der Einführung des Flexgesetzes in den Niederlanden aus?, Juni 2008 (soweit ersichtlich unveröffentlicht)
- Vigneau, Another Approach to Flexicurity, In: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 85
- Vitols, Zwischen Stabilität und Wandel: Die Sozialpartnerschaft in Deutschland und die atypische Beschäftigungsform Zeitarbeit, 2008
- Vogel, Die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft, 2007
- Waas, ‚Bausteine‘ einer Flexibilisierung des deutschen Arbeitsrechts aus rechtsvergleichender Sicht am Beispiel der Niederlande, ZfA 2003, 1
- Waas, Die Richtlinie des Europäischen °Parlaments und des Rates über Leiharbeit, ZESAR 2009, 207
- Walter, Synopse, Aufsätze zum Thema Änderungsbedarf bei der Leiharbeit, Expertise, Februar 2010 (unveröffentlicht)
- Walter, historische Exegese der Leiharbeitsrichtlinie, Expertise, März 2010, (unveröffentlicht)
- Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? - Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010 (Stand 15.4.2010)
- Wank, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002
- Wank, Neuere Entwicklungen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2003, 2

- Wank/Schmidt, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, RdA 2008, 257
- Wassermann/Rudolph, Leiharbeit als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung, Arbeitspapier Nr.148 der Hans Böckler Stiftung, 2007
- Weinkopf, Mindestarbeitsbedingungen für die Zeitarbeit? Expertise im Auftrag des Interessensverbandes Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ e.V.). 2006
- Willemsen/Annuß, Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 437
- Wilkens, Zwischen Flexibilität und Sicherheit – Leiharbeit in den Niederlanden, in: Vogel (Hrsg.), Leiharbeit, 2004, S. 166
- Wilkens, Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden BArbBl H. 11/2005, S. 18
- Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?, WZB discussion paper, März 1998
- Wilthagen/Tros, The concept of ‚flexicurity‘: A new approach to regulating employment and labour markets? , TRANSFER 2/04, 166
- Wittelsberger, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag, 6. Aufl., 2003, Bd.3, Art. 98
- Zachert, Kündigungsschutz, Befristung und Leiharbeit in Europa, WSI-Mitteilungen H. 3/04, 32
- Zappalà, Italy: From Prohibition to Introduction of Temporary Agency Work as a Measure to Promote Employment, in: Ahlberg/Bercusson/Bruun et al, Transnational Labour Regulation, 2008, 99
- Zumbeck, Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu prekären Arbeitsverhältnissen, in: Lorenz/Schneider, Ende der Normalarbeit? 2007, S. 110