

---

---

# **Leiharbeit zwischen Flexibilisierung und Arbeitnehmerschutz: Deregulierung und Re-regulierung in Deutschland**

## **Monika Schlachter\***

---

### **1. Einleitung**

In einer globalisierten Wirtschaft sollen sich die Zahl und das Qualifikationsniveau des betrieblichen Personalbestands flexibel an die veränderlichen Bedürfnisse des Unternehmens anpassen. Es sollen jeweils nur so viele Personen mit genau den Qualifikationen beschäftigt werden, wie aktuell benötigt werden;<sup>1</sup> das Vorhalten einer Personalreserve gilt als zu teuer. Unter den Bedingungen des nationalen Arbeitsrechts werden dem Wunsch nach personeller Flexibilität jedoch Grenzen gesetzt. Auch die Interessen der Arbeitnehmer, durch eine verlässliche Vertragsbeziehung Sicherheit für ihre wirtschaftliche und persönliche Lebensgestaltung zu erlangen, sind in einer sozialen Marktwirtschaft schützenswert. Die gegenläufigen Interessen werden von Gesetzen ausgeglichen, die die Zulässigkeit verschiedener Mittel zur Gestaltung von Arbeitsverträgen an besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen knüpfen. Die Voraussetzungen unterscheiden danach, ob die Flexibilität des Unternehmens intern durch Vertragsänderungen, oder extern durch kurzfristige Einstellungen und Entlassungen verwirklicht werden soll.

Die „interne“ Flexibilität, d. h. die Veränderung des Tätigkeitsinhalts, der Lage und Dauer der Tätigkeit oder der Vergütung wird durch die Anforderungen des Vertragsrechts geregelt. Ob das Unternehmen Arbeitsbedingungen kurzfristig ändern kann, hängt regelmäßig vom Einverständnis der Parteien des Arbeitsvertrages, der Betriebsparteien oder der Tarifpartner ab, die den Veränderungen zustimmen müssen. Im Konfliktfall ist ein Gericht zur Kontrolle der Änderungsbefugnisse des Unternehmens berufen. Anderenfalls erfolgt eine Koordination zwischen dem Flexibilitätsbedarf des Unternehmens und den Sicherheitsinteressen der Beschäftigten im Konsens. Demgegenüber werden die beteiligten Interessen im Falle der „externen“ Flexibilität nicht durch einen

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter, Universität Trier, Rechtswissenschaft.

<sup>1</sup> M. Lembke, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312.

Aushandlungsprozess koordiniert, sondern durch die Gestaltungsmacht der Unternehmen verwirklicht. Die Anpassung der Zahl der Beschäftigten an einen schwankenden betrieblichen Bedarf werden nur gesetzlich, z. B. vom Kündigungsrecht und den Zulässigkeitsbedingungen für die Befristung von Arbeitsverhältnissen beschränkt; ein Einfluss der Arbeitnehmerseite besteht grundsätzlich nicht.<sup>2</sup>

Um die engen rechtlichen Voraussetzungen für den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse oder für die Vertragsbeendigung durch Kündigung zu vermeiden, sind Unternehmen zunächst auf Leiharbeit ausgewichen. Das bietet den Vorteil, dass der Einsatzbetrieb sich nicht mehr arbeitsvertraglich an die dort tätigen Arbeitnehmer bindet. Externe Flexibilität wird verwirklicht, indem der gesetzliche Bestandsschutz nicht an den Entleiher adressiert ist, sondern an den Verleiher als den vertraglichen Arbeitgeber. Der Verleiher muss den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz verwirklichen, der Entleiher kann sich durch Zahlung des Entgelts an den Verleiher von Arbeitgeberpflichten gegenüber den Leiharbeitnehmern befreien, obwohl er sie wie eigene Arbeitnehmer einsetzen und anweisen kann. Wird ihre konkrete Leistung im Betrieb nicht mehr benötigt, muss nur der Überlassungsvertrag mit dem Verleiher beendet werden. Das geht regelmäßig mit kurzen Fristen, ohne Abfindungen, betriebliche Mitbestimmung oder arbeitsgerichtliche Kontrolle.

Trotz dieser Vorteile für die Entleiher hat die Popularität der Leiharbeit in jüngerer Zeit nachgelassen, weil die Gestaltungsoptionen für die Nutzung von Leiharbeit sowohl im Unionsrecht wie auf nationaler Ebene stärker kontrolliert werden.<sup>3</sup> Daher wird den Unternehmen von der Beratungspraxis empfohlen, verstärkt auf Vertragsformen auszuweichen, die völlig aus dem Geltungsbereich des Arbeitsrechts herausfallen.<sup>4</sup> Werkverträge mit Einzelanbietern („Soloselbständigen“) oder mit Fremdfirmen bieten funktionell vergleichbare Flexibilität wie die Leiharbeit; auch Werkverträge können jederzeit ohne besonderen Grund beendet werden; werden die vereinbarten Qualitätsanforderungen nicht erfüllt, unterliegt der Auftragnehmer Nachbesserungspflichten oder muss Entgeltkürzungen hinnehmen. Andererseits besteht im Werkvertrag keine persönliche Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers, die Einflussmöglichkeiten des Einsatzunternehmens auf die Tätigkeit des Vertragspartners müssen aus Rechtsgründen geringer ausfallen als im Arbeitsverhältnis. Wird diese Voraussetzung beim Einsatz von „Werkvertragsarbeitnehmern“ im Betrieb nicht beachtet, drohen Konsequenzen. Die Rechtsprechung kann diese Beschäftigungsformen als Arbeitsvertrag oder als

---

<sup>2</sup> Die Vereinbarung besonderer Voraussetzungen der Vertragsbeendigung im Tarifvertrag wäre möglich (Beendigungsnorm).

<sup>3</sup> Satori, Temporary Agency Work in Europe, *European Labour Law Journal* 7 (2016), 109, 110.

<sup>4</sup> Böhm, 60 Jahre Betriebsverfassungsgesetz - Rückblick und Ausblick anhand der Zentralbegriffe Betrieb und Arbeitnehmer, RdA 2013, 193, 209; Lembke, NZA 2013, 1312, 1313.

verdecktes Leiharbeitsverhältnis<sup>5</sup> einordnen und darauf die arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien anwenden.<sup>6</sup>

## 2. Leiharbeit zwischen Flexibilität und Sicherheit („flexicurity“)

**2.1. Tatsächliche Situation der Leiharbeit in Deutschland.** Welche wirtschaftliche Bedeutung der Leiharbeit in einem Mitgliedstaat der EU zukommt, ist stark abhängig von den Umständen des jeweiligen Arbeitsmarktes.<sup>7</sup> Es zeichnet sich also kein unionsweit einheitliches Bild ab, sondern die Unterschiede in den Mitgliedstaaten sind beträchtlich. Für Deutschland lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die Zahl der als Leiharbeitnehmer Beschäftigten zwar nach der Liberalisierung des AÜG im Jahre 2003 erheblich angestiegen ist, dieser Anstieg sich aber nicht dauerhaft fortsetzt. In der Leiharbeit sind seit 2011 zwischen 800.000 und 980.000 Personen tätig, also 2,5 bis 3 % aller Beschäftigten. Dabei ist das Qualifizierungsniveau der Leiharbeiter in Deutschland unterdurchschnittlich gering,<sup>8</sup> die Hälfte von ihnen übt lediglich eine Tätigkeit als „Helfer“ aus, 26% besitzen keinen Berufsabschluss. Eingesetzt werden sie überwiegend in den Bereichen Metall- und Elektroindustrie, Verkehr, Logistik, Call Center, Bewachungsgewerbe oder Landwirtschaft. Die Dauer der Beschäftigungszeiten ist kurz, mehr als die Hälfte der Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern endet bereits innerhalb von 3 Monaten, im Durchschnitt aller Branchen liegt die Beschäftigungsdauer bei etwa 10 Monaten.<sup>9</sup> Die größere Flexibilität für Unternehmen geht einher mit einer instabilen Beschäftigungssituation der Leiharbeitnehmer. Bei einem Auftragsrückgang im Entleiher-Unternehmen wird der Personalbestand rasch durch eine Verringerung der Leiharbeiter reduziert, wie etwa in der Wirtschaftskrise 2008/2009.<sup>10</sup> Auch wenn dies nicht direkt durch Kündigung des Arbeitsvertrages geschieht, da der Entleiher nicht Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist, wird auf den Verlust der Einsatzmöglichkeit beim Entleiher eine Kündigung durch den Verleiher folgen.<sup>11</sup> Auch das vertragliche Entgelt der Leiharbeitnehmer liegt durchschnittlich 20% - 30% unter der Entlohnung der regulär im Entleiherbetrieb Beschäftigten.<sup>12</sup> Leiharbeitnehmer selbst sehen in ihrer Beschäftigungsform typischerweise keine längerfristige Perspektive.<sup>13</sup> Tatsächlich

---

<sup>5</sup> BGH 25.6.2002, XZR 83/00, NZA 2002, 1086.

<sup>6</sup> *Deinert*, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften - Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbeslegschaften, RdA 2014, 65,72.

<sup>7</sup> *Kiss/ Banko*, Die Arbeitnehmerüberlassung im ungarischen Arbeitsrecht und die Richtlinie über Leiharbeit, EuZA 2010, 208.

<sup>8</sup> Bundesagentur für Arbeit: Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit (Juli 2016), S. 11.

<sup>9</sup> Bundesagentur für Arbeit, S. 13.

<sup>10</sup> Bundesagentur für Arbeit, S. 7.

<sup>11</sup> Bundesagentur für Arbeit, S. 14.

<sup>12</sup> Bundesagentur für Arbeit, S. 20.

<sup>13</sup> *Mayer/ Scheibe*: Wer sind die Leiharbeitnehmer (2012), Empirische Studie im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung: <http://www.boeckler.de/11145.htm?projekt=S-2010-401-3F&chunk=1> .

erfüllt sich die Hoffnung, aus der Leiharbeit heraus in eine Festanstellung übernommen zu werden, jedoch nur für einen geringen Teil der Betroffenen.<sup>14</sup>

**2.2.Rechtliche Regulierung.** Die Gestaltungsfreiheit der Unternehmen wird bei der Leiharbeit durch gesetzliche Regulierung begrenzt. Sektorale Einschränkungen der Leiharbeit sind in Deutschland allerdings ab 2003 weitgehend abgebaut worden. Auch eine Höchstdauer für Überlassungszeiten wurde abgeschafft, ebenso das Verbot der Befristung von Arbeitsverträgen mit Leiharbeitnehmern und das Verbot, ihre Arbeitsverträge mit der Überlassungsdauer zu verknüpfen („Synchronisierungsverbot“) oder sie abhängig von Erhalt neuer Aufträge wieder einzustellen.<sup>15</sup> Davon erhoffte sich der Gesetzgeber zusätzliche Beschäftigung, insbesondere für die sogenannten Problemgruppen des Arbeitsmarktes wie die gering Qualifizierten, die Langzeitarbeitslosen, Berufseinsteiger oder Zuwanderer. Zum Schutz der Beschäftigten wurde im Gegenzug der Gleichbehandlungsgrundsatz verbindlich gemacht, der ihnen Anspruch auf Gleichstellung mit den Arbeitsbedingungen im Entleiherunternehmen verschafft hätte.<sup>16</sup> Der Anspruch konnte allerdings tariflich abbedungen werden; wenn ein Tarifvertrag die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zuließ, durften alle nicht tarifgebundenen Unternehmen durch Verweis auf diesen Tarifvertrag dessen Inhalt in die Arbeitsverträge mit ihren Leiharbeitnehmern übertragen. Da auf diese Weise die Leiharbeit ganz erhebliche Kostenvorteile ermöglichte,<sup>17</sup> wurde sie zunehmend attraktiver. Unternehmen gingen dazu über, ganze Tätigkeitsbereiche nicht mehr mit eigenen Beschäftigten zu besetzen, sondern mit Leiharbeitnehmern. Zum Teil waren dies dieselben Personen, die zuvor fest angestellt waren und dann als Leiharbeitnehmer zu verschlechterten Bedingungen an ihre ehemaligen Arbeitsplätze zurück verliehen wurden.<sup>18</sup> Die betriebliche Realität war gekennzeichnet allein durch die Flexibilität für Unternehmen.

In der Folge versuchten Gesetzesreformen, den Beschäftigtenschutz wieder zu stärken. Ende 2011 wurde ein Änderungsgesetz erlassen, demzufolge die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“ erfolgen soll, § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Damit orientierte sich der Gesetzeswortlaut an der EU-Richtlinie, deren Art. 1 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 lit. b bis e, ebenfalls auf ein „vorübergehendes“ Tätigwerden des Leiharbeitnehmers abstellt. In beiden Rechtsgrundlagen wird aber gerade keine Höchstdauer der Überlassung vorgeschrieben. Die Gefahr, dass auch solche Arbeitsplätze mit Leiharbeitern besetzt werden, die dauerhaft benötigt werden, ist also nicht beseitigt worden; Arbeitsplätze der Stammarbeitskräfte bleiben gefährdet. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht bald entschieden, dass das AÜG eine nicht nur

---

<sup>14</sup> Lehmer/ Ziegler, Zumindest ein schmaler Steg, IAB Kurzbericht Nr. 13/2010.

<sup>15</sup> Bundesagentur für Arbeit, S. 5.

<sup>16</sup> Waas, A quid pro quo in temporary agency work, CLLPJ 2012, 58.

<sup>17</sup> Müller/ Brugger, Werkverträge als Alternative zur Leiharbeit?, ArbRAktuell 2013, 538.

<sup>18</sup> Zum berüchtigten Fall der Drogeriemarkt-Kette „Schlecker“ vgl. Böhm, Lohndumping durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung?! - Bad cases make bad laws (\"Fall Schlecker\"), DB 2010, 672-675.

vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verbietet.<sup>19</sup> Wird das Verbot auf die dauerhafte Besetzung eines Arbeitsplatzes durch Leiharbeit bezogen, statt auf die Beschäftigungszeit eines konkreten Leiharbeitnehmers, wäre eine dauerhafte Ersetzung von Stammarbeitskräften durch Leiharbeitnehmer unzulässig. Zugleich hat das Gericht jedoch betont, dass das Gesetz in seiner aktuell gültigen Fassung keine Sanktionen an eine Verbotsverletzung knüpft.<sup>20</sup> Die Unsicherheiten bei der Anwendung des AÜG sollen mit einem aktuellen Gesetzesentwurf<sup>21</sup> beseitigt werden. Er sieht vor, dass eine Überlassung grundsätzlich höchstens 18 Monate dauern darf,<sup>22</sup> aber tarifvertraglich unbegrenzt verändert werden kann. Nicht tariflich gebundene Unternehmen können in einer Betriebsvereinbarung von den gesetzlichen Vorgaben abweichen, falls ein Tarifvertrag mit einer Öffnungsklausel solche Betriebsvereinbarungen zulässt; dann darf die zeitliche Obergrenze insgesamt 24 Monate nicht überschreiten. Allerdings dauern die meisten Überlassungsverträge deutlich kürzer; von einer Überlassungshöchstdauer von 18 oder mehr Monaten profitieren die so Beschäftigten nicht.<sup>23</sup>

### 2.3. Vereinbarkeit mit der EU- Leiharbeitsrichtlinie

**2.3.1. Beschränkung der Einsatzdauer.** Gegen die Re-regulierung im Gesetzesentwurf wurde eingewendet, dass eine Vorschrift zur Beschränkung der Dauer des Einsatzes von Leiharbeit gegen Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG verstoße.<sup>24</sup> Diese Bestimmung gibt den Mitgliedstaaten auf, Verbote und Einschränkungen der Leiharbeit zu überprüfen. Das hat der EuGH<sup>25</sup> allerdings so ausgelegt, dass damit nur eine Verhaltensnorm an die Behörden adressiert werde; die Mitgliedstaaten seien nur dazu verpflichtet, alle Beschränkungen zu prüfen und das Ergebnis der EU-Kommission mitzuteilen.<sup>26</sup> Wird eine dabei festgestellte Beschränkung nicht beseitigt, sind die nationalen Gerichte deswegen nicht verpflichtet, die einschränkende Vorschrift unangewendet zu lassen.<sup>27</sup> Dieses Ergebnis geht kaum überzeugend von einer rein prozessualen Bedeutung des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie aus.<sup>28</sup> Viel näher liegend wäre es gewesen, eine materielle Rechtspflicht zur Beseitigung unzulässiger Beschränkungen zu bejahen, die jedoch dem 2. Halbsatz der Norm zufolge nur unzulässig ist, wenn die Beschränkungen nicht gerechtfertigt werden können. Die einschlägige Rechtfertigung besteht im Schutz des Arbeitsmarktes und der Verhütung von Missbrauch der Leiharbeit: diese soll Flexibilität der Unternehmen fördern, aber eine unternehmerische

<sup>19</sup> BAG 10.7.2013, 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296.

<sup>20</sup> BAG 10.12.2013, 9 AZR 51/13, NZA 2014, 196; 12.7.2016, 9 AZR 352/15.

<sup>21</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 1.6.2016.

<sup>22</sup> Der Wortlaut scheint von einer Überlassung derselben Person für maximal 18 Monate auszugehen; dann wäre es möglich, anschließend auf demselben Arbeitsplatz einen anderen Leiharbeitnehmer einzusetzen. Dem Regelungszweck widerspricht das allerdings.

<sup>23</sup> *Haller/ Jahn*, Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauer, IAB- Kurzbericht Nr. 13/2014.

<sup>24</sup> *Thüsing/ Stiebert*, Die Gewährleistung der Leiharbeit durch das Unionsrecht, ZESAR 2014, 27-29.

<sup>25</sup> EuGH 17.3.2015, C-533/13 „AKT“.

<sup>26</sup> EuGH 17.3.2015, C-533/13 „AKT“, Rn. 28.

<sup>27</sup> EuGH 17.3.2015, C-533/13 „AKT“, Rn. 32.

<sup>28</sup> *Sartori*, ELLJ 7 (2016), 109, 117.

Entscheidung zur Fremdvergabe von Aufgaben, die den eigentlichen Betriebszweck verwirklichen,<sup>29</sup> ist weder mit dem Schutz des Arbeitsmarktes noch dem der Arbeitnehmer vereinbar;<sup>30</sup> sie dient auch nicht vorrangig der Flexibilisierung, sondern der Kostensenkung.

### **2.3.2. Tarifvertragliche Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz.**

Der vom EuGH entschiedene Fall betraf gerade keine gesetzlichen Beschränkungen der Leiharbeit, sondern tarifvertragliche Regelungen. Auch in Deutschland werden die Beschäftigungsbedingungen in der Leiharbeit von tariflichen Bestimmungen konkretisiert und ausgestaltet, da das AÜG in seiner noch gültigen Fassung ebenso wie im Reformentwurf gesetzliche Vorgaben tarifdispositiv gestellt hat.<sup>31</sup> Damit ist es den Tarifparteien gestattet, auch von zwingendem Gesetzesrecht abzuweichen. Solche Optionen eröffnet das deutsche Arbeitsrecht auch in anderen Zusammenhängen, weil erwartet wird, einer tariflich ausgestalteten Abweichung werde nur bei einem angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen zugestimmt.<sup>32</sup> Diese Erwartung hat sich in der Leiharbeitsbranche allerdings nicht erfüllt, weil das Gesetz eine Funktion für Tarifvereinbarungen ermöglicht, die ein erhöhtes Missbrauchspotential eröffnet. Anders als in anderen Branchen können Unternehmen Tarifverträge in der Leiharbeit dazu einsetzen, ihre Personalkosten gegenüber einem gesetzlich vorgeschriebenen Normalzustand erheblich zu senken.<sup>33</sup> Das AÜG geht zwar, wie die Richtlinie, von einem Gleichbehandlungsanspruch der Leiharbeitnehmer aus; ihr Lohn und ihre Arbeitsbedingungen sollen mindestens dem entsprechen, was sie erhalten hätten, wenn sie einen Arbeitsvertrag unmittelbar mit dem Entleiher geschlossen hätten, Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG; § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 1 AÜG.<sup>34</sup> Blicke es jedoch dabei, müssten Entleiher für den Einsatz von Leiharbeitnehmern dasselbe aufwenden, was sie für ihre eigenen Beschäftigten ansetzen, und zusätzlich das Verleihunternehmen bezahlen. Kostenvorteile durch Leiharbeit blieben dem Entleiher dann allenfalls mittelbar; darüber hinaus böte die Leiharbeit nur noch den Vorteil, flexibel Personal im Betrieb einsetzen und wieder wegschicken zu können, ohne ein Auswahl-, Einstellungs- oder Entlassungsverfahren durchführen zu müssen.<sup>35</sup> Damit entfielen auch der Anreiz, die Stammbesetzung großflächig durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen.

Dass diese im Gesetz angelegten Effekte tatsächlich nicht eintreten, wird von der Leiharbeits-RL wie vom AÜG durch die großzügige Zulassung von tariflichen Ausnahmeregelungen ermöglicht, die zur Abweichung vom

---

<sup>29</sup> Greiner, *Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung - Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik*; NZA 2013, 697

<sup>30</sup> so auch GA Szpunar, *Schlussanträge vom 20.11.2014*, RS C-533/13, „AKT“ Rn. 93, 116-118.

<sup>31</sup> Deinert, *RdA* 2014, 65, 68.

<sup>32</sup> Franzen, *Tarifdispositive Gestaltung einer Höchstüberlassungsdauer nach AÜG*, *ZfA* 2016, 25, 29.

<sup>33</sup> Schlachter/Klauk, *Tarifdispositivität – eine zeitgemäße Regelung?*, *AuR* 2010, 354- 362.

<sup>34</sup> Vgl. auch BAG 19.2.2014, 5 AZR 1046/12 und 5 AZR 1047/12.

<sup>35</sup> Krause, *Flexibler Personaleinsatz – Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge zwischen Markt und Regulierung*, *ZfA* 2015, 349, 374.

Gleichbehandlungsgebot ermächtigen.<sup>36</sup> Für Unternehmen ist es besonders attraktiv, eine solche Ausnahme zu erreichen; dazu brauchen sie allerdings die Zustimmung einer Gewerkschaft zu einem verschlechternden Tarifvertrag. Diese Zustimmung ist leichter zu erreichen, wenn eine Gewerkschaft nicht durchsetzungsfähig genug ist, gute Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder notfalls durch Arbeitskampf durchzusetzen. Eine 2002 gegründete Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften hat Tarifverträge geschlossen, deren Entgeltsätze erheblich unter den Bedingungen der Entleiher lag. Die geringe Mitgliederzahl dieser Gewerkschaften konnte in der Leiharbeit eine Tarifwirkung nicht beeinträchtigen, weil es dort auf die Tarifgebundenheit der Mitglieder nicht ankommt. Das AÜG erlaubt es, eine vertragliche Bezugnahme auf solche Tarifverträge arbeitsvertraglich zu vereinbaren, und damit den Gleichbehandlungsgrundsatz auszuschließen. Die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter wichen in der gesamten Branche von denen der Entleiher in erheblichem Ausmaß ab, obwohl der Abbau der Beschränkungen für die Leiharbeit mit der künftigen Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes begründet worden war.<sup>37</sup> Um die weitreichendsten Abweichungen zu korrigieren, hat die Gesetzesreform 2011 verboten, eine per Verordnung festgelegte Lohnuntergrenze für die Leiharbeit tarifvertraglich zu unterschreiten. Für höhere Entgeltstufen und alle anderen Arbeitsbedingungen gibt es solche Beschränkungen nicht, durch Tarifvertrag kann insoweit vom Gleichbehandlungsgrundsatz beliebig abgewichen werden.

Auch der aktuelle Gesetzesentwurf behält diese Regelung im Grundsatz bei (§ 8 Abs. 2 Gesetzesentwurf), schränkt die tarifliche Gestaltungsfreiheit aber zeitlich ein. Künftig sollen Leiharbeiter grundsätzlich nach 9 Monaten Beschäftigungsdauer im Einsatzbetrieb Anspruch auf Entgeltgleichheit („equal pay“) erhalten. Branchentarifverträge dürfen davon abweichen, sofern sie tarifliche Lohnzuschläge vorschreiben, die nach spätestens 15 Monaten stufenweise die Entgeltgleichheit erreichen. Den Tarifparteien wird dabei nur vorgeschrieben, dass nach einer Einarbeitungszeit von höchstens 6 Wochen irgend ein Zuschlag zu zahlen sein muss; die Bestimmung der Höhe, der Anzahl und des Abstands zwischen den Erhöhungsstufen bleibt den Tarifparteien freigestellt. Auch auf solche Tarifverträge kann einzelvertraglich Bezug genommen werden, um eine Anwendung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes nach den grundsätzlich vorgesehenen 9 Monaten auszuschließen. Tarifverträge über Branchenzuschläge hat es auch bisher bereits in mehreren Branchen des verarbeitenden Gewerbes gegeben,<sup>38</sup> in denen der Organisationsgrad der Beschäftigten traditionell deutlich höher liegt als bei den Dienstleistungen; Leiharbeitern im Bewachungs- oder Reinigungsgewerbe werden Branchenzuschläge daher bisher nicht gewährt. Aber auch angesichts der festgestellten geringen durchschnittlichen Einsatzdauer von Leiharbeitern in einem Entleiherunternehmen ist zu erwarten, dass ein

<sup>36</sup> *Waltermann*, Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrages in der Leiharbeit?, in: Festschr. f. K. Beppler (2012), 569, 574.

<sup>37</sup> Dazu: Waas, CLLPJ 2012, 58.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/673, 26.6.2014, S. 14.

Großteil von ihnen nicht in den Genuss des Entgeltgleichheitsgrundsatzes gelangt. Der für alle Leiharbeitnehmer maßgebliche Entgeltsschutz wird vielmehr auch weiterhin in der Lohnuntergrenze bestehen, die tariflich nicht unterschritten werden darf.

Dass eine Beschränkung der tariflichen Abweichungsbefugnis kritisch gesehen wird,<sup>39</sup> ist durch die damit verbundene Kostensteigerung zu erklären. Eine Einschränkung der personellen Flexibilisierung, die mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern primär verfolgt wird, liegt darin aber gerade nicht. Auch die Leiharbeits-RL 2008/104/EG, die den Gleichbehandlungsgrundsatz als Regel formuliert, eröffnet den Mitgliedstaaten nur die Möglichkeit, tarifvertragliche Abweichungen davon zuzulassen, zwingt sie aber nicht dazu. In gerade der entgegengesetzten Stoßrichtung wird daher gefragt, ob Art. 5 der Leiharbeits-RL womöglich eine weitergehende Beschränkung der tariflichen Abweichungsbefugnis vorschreibt als die im AÜG verwirklichte.<sup>40</sup> Art. 5 Abs. 3 der RL stellt die Abweichungsbefugnis für Sozialpartner nämlich unter den Vorbehalt der „Achtung des Gesamtschutzes der Leiharbeiter“. Wie diese Anforderung zu verstehen ist, hatte der EuGH bisher noch nicht zu entscheiden. Es scheint aber nicht fernliegend, unter „Gesamtschutz“ eine Situation zu verstehen, die vom Gleichbehandlungsgrundsatz zwar abweichen darf, aber nicht in substantiellem Umfang. Unter dieser Voraussetzung wäre die gesetzlich vorgesehene Abweichungsbefugnis der Tarifpartner zu großzügig gestaltet: die gesetzliche Lohnuntergrenze liegt deutlich unterhalb der Entgelte in vielen Entleiherbranchen, kann also allein einen „Gesamtschutz“ in angemessener Nähe zum Entgeltgrundsatz nicht garantieren. Dass die Entgeltgleichheit grundsätzlich nach 9 Monaten erreicht sein soll, schützt nach den verfügbaren Daten nur weniger als ein Drittel aller Leiharbeitnehmer,<sup>41</sup> dürfte zur Herstellung eines „Gesamtschutzes“ also ebenfalls nicht genügen. Das gilt umso mehr, wenn dieser Zeitrahmen tarifvertraglich auf 15 Monate erweitert wird, denn nur etwa 18 % der Leiharbeitnehmer sind in Deutschland länger als ein Jahr beschäftigt. Dass diese Tarifverträge ansteigende Entgeltzuschläge auch in vorgelagerten Zeiträumen vorsehen müssen, verringert das Problem nur zum Teil. Die Richtlinie sieht eine Differenzierung nach der Überlassungsdauer nicht vor, erkennt dies also auch nicht als selbständigen Differenzierungsgrund an. Ob eine Differenzierung den vorgeschriebenen Gesamtschutz verwirklichen kann, hängt also von der konkreten Ausgestaltung im jeweiligen Tarifvertrag ab: je früher ein Zuschlag gezahlt wird, der das Entgelt substantiell an den Gleichbehandlungsgrundsatz annähert, desto wahrscheinlicher ist die tarifliche Lösung richtlinienkonform. Für die zahlreichen Leiharbeitnehmer, die nur für kurzfristige Einsätze im Entleiherbetrieb gebraucht werden, wird dieser Zustand dagegen nicht erreicht.

---

<sup>39</sup> *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit - der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, 18, 23.

<sup>40</sup> *Rödl Ulber*, Unvereinbarkeit von § 9 Nr. 2 AÜG mit der Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2012, 841, 844.

<sup>41</sup> *Haller/ Jahn*, Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauer, IAB Kurzbericht 13/2014; Bundesagentur für Arbeit, S. 14.

**2.4. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Arbeitskampf.** Ein weiterer Anwendungsfall für eine Flexibilisierung durch Leiharbeit besteht darin, sie als Ersatz für streikbedingt ausfallende Arbeit im Entleiherunternehmen zu nutzen. Wenn die eigenen Arbeitnehmer streiken, beschafft sich das Unternehmen kurzfristig Ersatz durch Leiharbeitnehmer, deren Beschäftigung nach Ende des Arbeitskampfs problemlos beendet werden kann. Dass dieses Vorgehen die Arbeitskampffähigkeit der Beschäftigten des Entleihers beträchtlich beeinträchtigt, liegt auf der Hand, denn ein Streik hat auf das Unternehmen weniger Auswirkungen. Daher ist in der geltenden Fassung von § 11 Abs. 5 AÜG vorgesehen, dass Leiharbeitnehmer „nicht verpflichtet“ sind, bei einem Entleiher tätig zu sein, „soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist“. Auf dieses Recht, seinen Einsatz bei dem Entleiher zu verweigern, muss der Leiharbeitnehmer vom Verleiher sogar ausdrücklich hingewiesen werden. Damit verbleibt dem Beschäftigten grundsätzlich die freie Entscheidung darüber, ob er „Streikarbeit“ leisten will oder nicht. Rechtsnachteile würde er wegen einer Entscheidung gegen die Streikarbeit nicht erleiden: Da eine vertragliche Arbeitspflicht im bestreikten Einsatzbetrieb nicht besteht, stellt die Arbeitsverweigerung keine Pflichtverletzung dar; das vertragliche Entgelt ist dennoch vom Verleiher weiter zu gewähren, § 615 S. 3 BGB.

Könnten sich Leiharbeitnehmer tatsächlich frei entscheiden, wäre zu erwarten, dass sie häufig ihre Arbeitsleistung im bestreikten Betrieb verweigern würden. Das ist allerdings tatsächlich nicht der Fall. Entleiher haben viele Möglichkeiten, auf Leiharbeitnehmer in unsicheren Beschäftigungsverhältnissen Druck auszuüben oder Anreize zu setzen, im umkämpften Betrieb Streikarbeit zu leisten. Der Gesetzentwurf ergänzt deshalb dieses Recht zur Verweigerung von Streikarbeit um ein an den Entleiher gerichtetes Verbot. Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht einsetzen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Eine Ausnahme wird zugelassen, wenn die Leiharbeitnehmer nicht mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die zuvor unmittelbar oder mittelbar von jetzt streikenden Arbeitnehmern ausgeführt worden sind. Ein Entleiher darf also weiterhin Leiharbeitnehmer in einem bestreikten Betrieb einsetzen, sie aber nicht mit „Streikarbeit“ beschäftigen.

Das entspricht einer – zeitlich begrenzten – Einschränkung der Zulassung von Leiharbeit, die Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeits- RL grundsätzlich nur akzeptiert, wenn sie gerechtfertigt werden kann. Dass eine Rechtfertigungsmöglichkeit auch nach Unionsrecht in Betracht kommt, belegt bereits Erwägungsgrund Nr. 20 der RL. Dort heißt es, dass die Richtlinie nationale Rechtsvorschriften „unberührt“ lässt, „die es verbieten, streikende Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen“. Die Rechtfertigungswirkung knüpft daran an, das grundrechtlich von der EU geschützte Streikrecht der Stammarbeiter nicht durch den Einsatz von Leiharbeit auszuhebeln. Können Streikende jederzeit durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden, verlieren die Stammarbeitnehmer ihr Druckmittel zur Durchsetzung von Tarifforderungen. Umgekehrt haben die Leiharbeitnehmer in Deutschland im Einsatzbetrieb kein

Streikrecht,<sup>42</sup> können sich also nicht rechtmäßig am Streik der Stammbeschäftigten beteiligen. Soll der Ersatz der Streikenden durch Leiharbeitnehmer verhindert werden, stehen dem Gesetzgeber kaum noch Regelungsalternativen zur Verfügung, seit sich das bisher geltende Leistungsverweigerungsrecht aus tatsächlichen Gründen als ungeeignet erwiesen hat. Da der Gesetzentwurf das geplante Verbot auf die Fälle der Streikarbeit beschränkt, wird der in der RL gesteckte Rahmen einer Verhinderung der „Ersetzung von streikenden Arbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer“ gewahrt.

In der deutschen Rechtslehre wird das Verbot jedoch als verfassungswidrig beanstandet, weil es die Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer, Art. 12 GG, auch gegen ihren Willen beschränkt.<sup>43</sup> Weiterhin werde in die Arbeitskampffähigkeit der Arbeitgeber (Art. 9 Abs. 3 GG) eingegriffen, die sich gegen einen Arbeitskampf nicht mehr wehren könnten, wenn Leiharbeitnehmer automatisch in einen Streik einbezogen würden.<sup>44</sup> Leiharbeitnehmer würden durch ein solches Verbot zwangsweise am Arbeitskampf beteiligt, obwohl ihnen selbst kein Streikrecht zusteht. Ob diese Einwände sich durchsetzen, ist jedoch fraglich. Da das vom Gesetzentwurf verfolgte Ziel, den Ersatz von Streikenden durch Leiharbeitnehmer zu verhindern, ohne das Mittel des Einsatzverbotes bislang nicht erreicht werden konnte, ist das Verbot weder entbehrlich noch unverhältnismäßig. Es stellt das Ergebnis einer Interessenabwägung dar, die zumindest nachvollziehbar ist: die Leiharbeitnehmer verlieren während des Streiks ihren Entgeltanspruch nicht, und können bei anderen Entleiher eingesetzt werden, die nicht im Arbeitskampf stehen. Einen Anspruch auf Beschäftigung gerade beim bisherigen Entleiher haben sie nicht, denn ihr arbeitsvertraglicher Beschäftigungsanspruch schließt einen Einsatz an wechselnden Arbeitsorten ein. Die Interessen der Unternehmen, nicht unverhältnismäßig von einem Arbeitskampf betroffen zu werden, bleiben gewahrt, solange das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern auf das Leisten von Streikarbeit beschränkt wird. Zwar stünde sich ein Betrieb, der eigenes Personal beschäftigt, im Arbeitskampf günstiger als ein Entleiher, weil eigenes Personal dazu aufgefordert werden darf, sich trotz Streikaufrufs der Gewerkschaft am Arbeitskampf nicht zu beteiligen. Die Streikarbeit von eigenen Arbeitnehmern darf das Unternehmen daher abnehmen, die Streikarbeit von Leiharbeitnehmern dagegen nicht. Diese Differenzierung ist jedoch nicht unverhältnismäßig. Da der Entleiher sich bewusst für eine vertragliche Konstruktion entschieden hat, die ihm die Vorteile einer fehlenden Arbeitgeberstellung sichert, muss er etwaige Nachteile einer fehlenden Arbeitgeberstellung in Kauf nehmen. Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, die Rechtsstellung vertraglicher und nicht-vertraglicher Arbeitgeber identisch auszugestalten, kann auch nicht aus dem Arbeitskampfrecht abgeleitet werden.

---

<sup>42</sup> Möglich bliebe ein Unterstützungsstreik der Leiharbeitnehmer zugunsten der Stammarbeitnehmer.

<sup>43</sup> *Bauerl Haußmann*, Arbeiten verboten! – Das neue Streikbrecherverbot für Leiharbeitnehmer, NZA 2016, 803, 805; *Henssler*, RdA 2016, 18, 24.

<sup>44</sup> *Henssler*, RdA 2016, 18, 24; *G. Thüsing*, Von der Quadratur einer gesetzlichen Arbeitnehmerdefinition zur Zwangssolidarisierung der Leiharbeitnehmer, NZA 2015, 1478, 1479; *Franzen*, Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes - Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrags, RdA 2015, 141, 151.

### 3. Ergebnis

Leiharbeit ist ein effektives Instrument zur externen Flexibilisierung von Personalbeständen. Dieser Vorteil ist jedoch mit Kosten für die Beschäftigten verbunden: die Stammbesellschaft in Entleiherbetrieben kann durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden und diese Gefahr verringert ihre Fähigkeit, in Tarifverhandlungen bessere Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Die Leiharbeitnehmer selbst erhalten zwar zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten, aber nur zu schlechteren Arbeitsbedingungen in überwiegend kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen. Einen angemessenen Ausgleich zwischen Flexibilität und Sicherheit zu schaffen, obliegt dem Gesetzgeber und den Tarifparteien. Das dem zugrunde liegende unionsrechtliche Konzept der „flexicurity“ verlangt die Zulassung der Leiharbeit, ermöglicht aber ihren Einsatz nur vorübergehend und zwar bei grundsätzlicher Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Tarifliche Abweichungen davon bleiben allerdings in weitem Umfang möglich. Die auf „flexicurity“ gestützte Deregulierung hat im deutschen Leiharbeitsrecht unangemessene Vertragsgestaltungen ermöglicht, die durch die aktuelle Gesetzesreform weiter eingeschränkt werden sollen. Das Unionsrecht begrenzt eine solche Re-regulierung nicht substantiell.

---

---