



XVIII WORLD CONGRESS OF LABOUR AND SECURITY LAW

Paris, September 5th to 8th 2006

TOPIC 2

INDUSTRIAL LAW AND THE DECENTRALIZATION OF PRODUCTION

LEIHARBEIT (EMPLOYEE LEASING OR TEMPORARY WORK) IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Peter Schüren
unter Mitwirkung von stud. jur. Birte Albertsmeier

I. ROLLE DER LEIHARBEIT IN DEUTSCHLAND

Die Leiharbeit hat in Deutschland bislang eine langsam wachsende, aber im Vergleich zu anderen europäischen Ländern sehr begrenzte Rolle gespielt. Seit 1972 ist sie überhaupt legalisiert. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, das Leiharbeit gestaltet, ließ anfangs nur Überlassungen bis zu maximal drei Monaten zu. Seit 2003 ist eine zeitlich unbegrenzte Überlassung erlaubt.

Die Besonderheit des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsrechts ist, dass der Verleiher Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers auch während der Überlassungszeiten und der verleihfreien Zwischenzeiten bleibt. Das gesetzliche Leitbild ist das unbefristete Arbeitsverhältnis zum Verleiher, der den Leiharbeitnehmer immer wieder vorübergehend an verschiedene Entleiher ausleiht.

Die Praxis entspricht diesem Leitbild überwiegend nicht. Häufig werden Leiharbeitnehmer von den Verleihern nur für die Zeit einer bestimmten Überlassung eingestellt. Diese den gesetzgeberischen Intentionen zuwiderlaufende Synchronisation von Arbeitsverhältnis und Fremdfirmeneinsatz wurde seit 1972 mit wenig Erfolg vom Gesetzgeber bekämpft.

II. REFORM DER LEIHARBEIT SEIT 2003

Ende 2002 ist das Arbeitnehmerüberlassungsrecht in Deutschland in erheblichem Umfang liberalisiert worden.

Seit 2003 gibt es keine zeitliche Begrenzung für die Überlassungshöchstdauer mehr. Ein Verleiher kann Arbeitnehmer zeitlich unbegrenzt an einen Entleiher überlassen, der diese Leiharbeitnehmer wie eigene Arbeitnehmer beschäftigt, ohne aber deren Arbeitgeber zu werden.

Die Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung hat aber nicht nur die Überlassungshöchstdauer wegfallen lassen. Der Gesetzgeber hat durch die Einführung des „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ als Regelfall der Arbeitsvergütung bzw. der Lohnnebenleistungen der Leiharbeitnehmer die Branche faktisch zu Tarifabschlüssen gezwungen. „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ bedeuten, dass Leiharbeitnehmer für die Zeit ihrer Überlassung einen gesetzlichen Anspruch auf die Vergütung und die Nebenleistungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes haben.

Der Gesetzgeber lässt als Ausnahme zu, dass eine geringere Vergütung der Leiharbeitnehmer entweder kraft beiderseitiger Tarifbindung greift oder durch arbeitsvertragliche Übernahme des einschlägigen Tarifvertrags zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern vereinbart werden kann. Die Folge dieser gesetzlichen Gestaltung war, dass ab 2003 in der Leiharbeitsbranche sehr schnell eine größere Zahl von Flächen- und Haustarifverträgen abgeschlossen wurde. Diese Tarifverträge legen ein sehr niedriges Lohnniveau für die einfachen Tätigkeiten von Leiharbeitnehmern fest. Inzwischen ist es eine seltene Ausnahme, dass Leiharbeitnehmer die gesetzliche Vergütung (Equal Pay/ Equal Treatment) erhalten, denn die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen haben sich vollständig durchgesetzt.

Mit diesem Lohnniveau ist es derzeit recht attraktiv, Leiharbeitnehmer anstelle von Stammpersonal insbesondere für einfache Tätigkeiten zu beschäftigen. Teilweise liegen die Tariflöhne in den Einsatzbetrieben bis zu 100 % über der tariflichen Vergütung von Leiharbeitnehmern.

Der Gesetzgeber hatte hohe Erwartungen an diese Liberalisierung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts gestellt. Man erhoffte sich einen erheblichen Abbau der Arbeitslosigkeit bei einfachen Tätigkeiten. Die Zahlen für die Leiharbeit haben sich nach der Liberalisierung tatsächlich deutlich nach oben entwickelt. Freilich ist nicht klar, inwieweit hierin auch die Verschiebung von Stammpersonal in die Leiharbeit enthalten ist – das wäre faktisch nur eine Entgeltkürzung ohne Arbeitsmarkteffekt.

Bestand an überlassenen Leiharbeitnehmern

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004
Durchschnitt	328.011	341.053	319.299	330.219	385.256

Durchschnitt aus 12 Monaten berechnet

Quelle: 10. Erfahrungsbericht der Bundesregierung zur Anwendung des AÜG, Auszug aus Tabelle 6¹

1. Einsatzzeiten

Die Beschäftigungsdauer von Leiharbeitnehmern bei einem Verleiher hat sich nach der Reform im Durchschnitt geringfügig verlängert. Das Dauerbeschäftigungsverhältnis zum Verleiher mit einer Vielzahl von einzelnen Einsätzen bei verschiedenen Entleihern ist aber keineswegs der Regelfall.

Die auch in der Fachpresse diskutierte dauerhafte Ersetzung von Stammbeslegschaften durch weitaus billigere Leiharbeitnehmer im unteren Bereich² hat in der Praxis offensichtlich noch nicht in großem Umfang stattgefunden.

Die Zahlen der Bundesanstalt für Arbeit, die bis Ende 2004 reichen, machen deutlich, dass insgesamt die kurzfristigen Arbeitsverträge von bis zu drei Monaten in der Leiharbeitsbranche überwiegen.

Beendete Arbeitsverhältnisse nach Dauer des Arbeitsverhältnisses				
Stichtag	unter 1 Woche	1 Woche bis unter 3 Monate	3 Monate und mehr	Zusammen
Jahr 2000	40.482	208.897	129.880	379.259
Jahr 2001	37.274	183.486	140.172	360.932
Jahr 2002	36.701	175.305	124.375	336.381
Jahr 2003	41.934	184.269	139.164	365.367
Jahr 2004	44.484	181.422	144.724	370.630

Stichtag 31.Dez.

Quelle: 10. Erfahrungsbericht der Bundesregierung zur Anwendung des AÜG, Auszug aus Tabelle 8³

2. Lohnniveau und tarifliche Interessenvertretung

Die Vergütungen der Leiharbeiter liegen auf niedrigem Niveau. Das hat vermutlich auch damit zu tun, dass eine tarifliche Interessenvertretung der Leiharbeiter nur in sehr begrenztem Umfang erfolgt. Zwar haben die Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes 2003 mit den beiden großen Arbeitgebervereinigungen IGZ und BZA Tarifverträge abgeschlossen. Doch standen diese Tarifabschlüsse erheblich unter Druck, weil gleichlaufend sog. Christliche Gewerkschaften, die über nahezu keine Mitgliederbasis verfügen, den Arbeitgebern sehr „billige“ Tarifverträge anboten und mit kleineren Arbeitgeberverbänden und einzelnen Arbeitgebern auch abschlossen.

Die Diskussion über die Tariffähigkeit dieser sog. Christlichen Gewerkschaften ist noch nicht abgeschlossen. Derzeit ist ein Statusverfahren eingeleitet, mit dem die Industriegewerkschaft Metall die Tariffähigkeit der *Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Leiharbeit* klären lassen will.⁴

Diesem Verfahren kommt erhebliche Bedeutung zu, weil es für das Lohnniveau in der Branche wichtig ist, ob solche Dumpingabschlüsse, wie sie mit den Christlichen Gewerkschaften getätigt wurden, Bestand haben.

3. Kostensenkung durch Leiharbeit im Konzern

Ein Weg zur Kostensenkung durch Leiharbeit ist die Gründung von konzerneigenen Verleihunternehmen, die konzernintern den Bedarf an Billiglohnarbeitskräften abdecken. Soweit ein solches Unternehmen nicht am Markt agiert, liegt es nahe, es als Strohmännchen zu bewerten. Dann sind die Arbeitnehmer dem Einsatzunternehmen zuzuordnen.⁵ Die Haftungsfolgen sind erheblich, denn die im Einsatzunternehmen geltenden Tariflöhne müssen samt aller Abgaben nachgezahlt werden.

4. Personal-Service Agenturen

Die Bundesregierung hat ab 2002 versucht, durch sog. Personal-Service-Agenturen⁶ die Massenarbeitslosigkeit anzugehen. Der Gedanke war, dass staatlich geförderte Verleiher auch problematische Fälle von Arbeitslosigkeit dadurch in den Arbeitsmarkt zurückführen sollten, dass sie diese vorübergehend an Unternehmen überließen. Mit dem sog. Klebeeffekt sollte dann ein großer Teil dieser Personen in Dauerarbeitsplätze überführt werden. Man hoffte also, dass die Entleiher nach einiger Zeit der Überlassung Gefallen an den überlassenen Arbeitnehmern finden und sie in Dauerbeschäftigungsverhältnisse übernehmen.

In der Praxis hat sich das Konzept trotz hohen finanziellen Einsatzes nicht bewährt. Es zeigt sich, dass mit diesem Verfahren nur solche Arbeitslose zu vermitteln sind, die auch im konventionellen Verfahren vermittelbar waren. Letztendlich ist die Frage der Vollbeschäftigung eine Frage des Preises. So lange die Lohnkosten für einfache Aufgaben derartig hoch sind, wie es jetzt noch der Fall ist, kann nicht damit gerechnet werden, dass Arbeitgeber Arbeitnehmer einstellen, wenn diese Arbeitnehmer leistungsgeschwächt sind.

5. Fernwirkungen der Reform

Trotz der recht geringen praktischen Bedeutung der Leiharbeit, die auch nach der Reform nicht mehr als 1,5 % aller sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer stellt, sind doch Wirkungen auf das Lohngefüge erkennbar. Die Tarifabschlüsse in der Leiharbeit haben mit ihrem niedrigen Niveau im Helferbereich gezeigt, dass der Marktpreis solcher einfachen Tätigkeiten erheblich niedriger liegt, als das Tarifniveau für einfache Aufgaben in einer Reihe von Branchen. Es ist zu erwarten, dass es langsam zu einer Absenkung des Vergütungsniveaus auch in diesen Branchen kommen wird: Sei es durch den vermehrten Einsatz von Leiharbeitnehmern im Helferbereich, sei es aber auch durch eigene Tarifabschlüsse auf niedrigerem Niveau. Vermutlich werden beide Wege gleichzeitig begangen werden. Von Gewerkschaftsseite sieht man diese Entwicklungstendenz durchaus. Offensichtlich hat man sie aber akzeptiert, weil man ansonsten schwerlich so niedrige Tarifabschlüsse getätigt hätte, wie sie im Jahr 2003 zustande kamen.

6. Gesamtbetrachtung der Reform

Die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsrechts hat die Stellung der einzelnen Leiharbeitnehmer nicht erkennbar verbessert. Leiharbeitnehmer haben theoretisch Anspruch auf den gleichen arbeitsrechtlichen Schutz wie andere Arbeitnehmer auch. Weil ein großer Teil der Leiharbeitnehmer in einfachsten Tätigkeiten beschäftigt ist, sind ihre Möglichkeiten der Interessenvertretung begrenzt. Die Chancen einer kollektiven Interessenvertretung werden in der Leiharbeit kaum genutzt. Nur wenige Unternehmen, die Arbeitnehmer gewerksmäßig verleihen, haben einen Betriebsrat. Ein winziger Anteil der Leiharbeitnehmer ist gewerkschaftlich organisiert.

Diese beiden Umstände zeigen, dass die Leiharbeitnehmer über die den individuellen arbeitsrechtlichen Schutz ergänzende eigene kollektive Interessenvertretung faktisch nicht verfügen. Gerade dort, wo der einzelne Arbeitnehmer aufgrund seiner sozialen Stellung und seiner Durchsetzungsmacht kaum in der Lage ist, die eigenen Interessen alleine zu vertreten, ist eine kollektive Interessenvertretung notwendige Voraussetzung der wirksamen Wahrnehmung der eigenen Interessen.

III. RECHTLICHE GESTALTUNG DER LEIHARBEIT IN DEUTSCHLAND

1. Grundsätzliches

Die Überlassung von Arbeitnehmern eines Unternehmens an ein anders Unternehmen ist nur dann ohne besondere Erlaubnis gestattet, wenn sie nicht gewerksmäßig erfolgt. Eine gewerksmäßige Überlassung liegt aber bereits dann vor, wenn die Überlassung mehr als einmal erfolgt und zumindest kostendeckend bezahlt wird. Deshalb kann Arbeitnehmerüberlassung in der Praxis in Deutschland nur in der Form der erlaubnispflichtigen gewerksmäßigen Arbeitnehmerüberlassung betrieben werden.

Der einzige Ausnahmetatbestand, der daneben erhebliche praktische Bedeutung hat, ist die Konzernleihe. Danach ist es zulässig zwischen Konzernschwestern Arbeitnehmer vorübergehend zu überlassen. Vorausgesetzt wird, dass von Anfang an beabsichtigt ist, den überlassenen Arbeitnehmer auf seinen alten Arbeitsplatz zurück zuholen.

§ 1 AÜG Erlaubnispflicht

(1) ¹Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. ²Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. ³Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn deutsche Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges wie für die anderen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des Satzes 2 erfüllt.

(2) Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3), so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.

(3) Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung

1. zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,
2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet, oder
3. in das Ausland, wenn der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.

2. Überlassungserlaubnis und illegale Überlassung

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung selbst ist nur zulässig, wenn das Verleihunternehmen eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt. Eine solche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ist verhältnismäßig einfach zu bekommen. Sie wird von der Bundesagentur für Arbeit erteilt und ist anfangs befristet und später unbefristet. Jedes Unternehmen, das aufgrund seiner Organisationsstruktur in der Lage ist, Arbeitnehmerüberlassung abzuwickeln, kann diese Erlaubnis beantragen und gegen eine entsprechende Gebühr erhalten.

Wird Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis betrieben, hat das erhebliche rechtliche Konsequenzen. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz bestimmt, dass bei Fehlen der Erlaubnis die Verträge zwischen Verleiher und Entleiher und das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer rechtlich unwirksam sind. Stattdessen wird kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer begründet. Der illegal tätige Verleiher und der Entleiher werden mit einem spürbaren Bußgeld bestraft. Im Jahre 2001 wurden 2183 Bußgeldverfahren wegen des Verleihs von Arbeitnehmern ohne Erlaubnis i. S. v. § 16 I Nr. 1a AÜG abgeschlossen und Verwarnungsgelder, Geldbußen und Verfallsbeträge in Höhe von € 13 Millionen festgesetzt.⁷

Im Jahre 2002 lag die Zahl der abgeschlossenen Bußgeldverfahren bei 1886, wobei Verwarnungsgelder, Geldbußen und Verfallsbeträge in Höhe von € 4.6 Millionen festgesetzt wurden.⁸ Im Jahre 2003 wurden 2217 Bußgeldverfahren erledigt und Verwarnungsgelder, Geldbußen und Verfallsbeträge in Höhe von € 3.3 Millionen festgesetzt.⁹ Für das Jahr 2004 liegen keine statistischen Angaben über Ordnungswidrigkeiten wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung vor, da diese Ordnungswidrigkeiten in der Gesamtzahl der in der Arbeitsstatistik der Zollverwaltung erfassten Verfahren aufgehen.¹⁰

In der Regel wird eine Vielzahl von Verschleierungstaktiken angewandt, um den Anschein der Legalität zwischen den Geschäftspartnern vorzutäuschen, wobei nach den Erkenntnissen der Zollverwaltung neu ist, dass Unternehmen ihren Personalbedarf nebeneinander sowohl durch Erlaubnisinhaber als auch durch illegale Verleiher (Scheinwerkverträge) decken.¹¹

3. Arbeitsrechtlicher Schutz der Leiharbeitnehmer

Das Arbeitsrecht schützt die überlassenen Leiharbeitnehmer in ungefähr dem gleichen Umfang wie sonstige Arbeitnehmer. Sie genießen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz.

Sie haben Anspruch auf kollektive Interessenvertretung durch Einrichtung eines Betriebsrats. Freilich müssen die Arbeitnehmer einen Betriebsrat wählen, damit dieses Recht auf kollektive Interessenvertretung realisiert werden kann – bislang kommt das nur selten vor.

Während der Überlassung des Arbeitnehmers an den Entleiher bleibt das Arbeitsverhältnis zum Verleiher ununterbrochen bestehen. Der Verleiher ist also weiterhin Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Gleichwohl übt der Entleiher die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse während der Zeit der Überlassung des Leiharbeitnehmers aus. Der Entleiher bestimmt während der Überlassungszeit im Rahmen des Direktionsrechts, was der Leiharbeitnehmer zu tun hat. Darin besteht der Kern der Arbeitnehmerüberlassung, die insoweit einem Mietvertrag ähnelt, der die Nutzung des vermieteten Gegenstandes vorübergehend dem Mieter überantwortet.

Die Vergütung des Leiharbeitnehmers wird auch während der Überlassungszeit vom Verleiher bezahlt. Dieser ist auch verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge und die Lohnsteuer abzuführen. Es gibt insoweit eine begrenzte, ergänzende Haftung des Entleihers für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge, die als eine Art Bürgschaft wirkt.

Der Verleiher als Arbeitgeber ist dafür zuständig, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Wenn er den Leiharbeitnehmer kündigen will, müssen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Eine wirksame Kündigung ist nur möglich, wenn der Verleiher aus betriebsbedingten Gründen, also aus Mangel an Arbeit, den Leiharbeitnehmer nicht mehr beschäftigen kann. Ansonsten gibt es die üblichen Kündigungsgründe wie etwa schwere Leistungspflichtverletzungen oder dauerhafte Arbeitsunfähigkeit.

Der Entleiher hat keine Befugnis zur Kündigung des Leiharbeitnehmers. Er kann nur vom Verleiher verlangen, einen untauglichen Leiharbeitnehmer zurückzunehmen und ihm ggf. einen anderen Arbeitnehmer zu schicken. Von diesem Recht kann er Gebrauch machen, wenn der Leiharbeitnehmer nicht in der vereinbarten Form leistungsfähig ist.

Eine Befristung des Leiharbeitsverhältnisses ist nur in den üblichen Grenzen rechtlich zulässig – das bedeutet aber nicht, dass sie in der Praxis ungebräuchlich wäre. Ein Leiharbeitsverhältnis kann bei der erstmaligen Begründung des Arbeitsverhältnisses auf maximal 2 Jahre befristet werden, wobei eine bis zu dreimalige Verlängerung in dieser Zeit möglich ist. Es gelten die allgemeinen Regeln des Teilzeit- und Befristungsgesetzes.

Eine Befristung allein deshalb, weil der vom Verleiher ins Auge gefasste Überlassungsauftrag zeitlich begrenzt ist, bleibt dagegen unzulässig, denn es ist die Funktion des Leiharbeitsverhältnisses, nicht nur den Bedarf eines einzigen Entleihers abzudecken, sondern als Arbeitsverhältnis eigener Art eine lange Reihe von Entleihen zu bedienen.

Leiharbeit ist grundsätzlich in allen Branchen zulässig. Die einzige Ausnahme ist derzeit noch das Bauhauptgewerbe.¹²

1. Struktur der vertraglichen Beziehungen

Die Überlassung des Arbeitnehmers ist im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher geregelt. Dieser Vertrag legt fest, für welchen Zeitraum der Verleiher seinen Leiharbeitnehmer dem Entleiher überlässt und welche Vergütung der Verleiher für die Überlassung erhält. Das Leiharbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ist Grundlage für die Leistungspflicht des Leiharbeitnehmers. Diese Leistungspflicht besteht darin, für den jeweiligen Entleiher und nach dessen Weisungen zu arbeiten (Vertrag zu Gunsten Dritter).

Somit gibt es zwei Verträge, die die Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers gestalten. Der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher und der Leiharbeitsvertrag, der ein arbeitsrechtlicher Vertrag ist und das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Verleiher regelt.

Eine Haftung des Entleihers für arbeitsrechtliche Pflichtverletzungen des Verleihers, z. B. bei Nichtzahlung des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, gibt es nur in sehr begrenztem Umfang. Es gibt die bereits erwähnte Ausfallbürgschaft für die Sozialversicherungsbeiträge. Bei erheblichen Pflichtverletzungen des Verleihers besteht aber die gesetzliche Vermutung, dass der Verleiher in Wirklichkeit nur Strohmännchen ist und für den Entleiher als solcher fungiert. Es wird dann Kraft Gesetzes Arbeitsvermittlung vermutet. Die Bedeutung dieser Regelung ist sehr begrenzt. Denn der Entleiher und der Verleiher können sich von dem Vorwurf der Arbeitsvermittlung dadurch entlasten, dass sie den Nachweis führen, dass es sich doch um Arbeitnehmerüberlassung gehandelt hat. Der Nachweis ist erbracht, wenn der Verleiher am Markt auftritt und seine Leiharbeitnehmer nicht nur für einen Entleiher einstellt. Die Pflichtverletzung indiziert also Arbeitsvermittlung, aber sie fingiert sie nicht.

5. Kollektive Interessenvertretung

Hier muss zwischen der Betriebsverfassung, der tariflichen Interessenvertretung und der Unternehmensmitbestimmung unterschieden werden. Die kollektive Interessenvertretung der Leiharbeitnehmer ist zwangsläufig problematisch, weil der Schwerpunkt der Tätigkeit nicht im Verleiher-, sondern im Entleiherbetrieb liegt.

Die betriebliche Interessenvertretung der Leiharbeitnehmer erfolgt sowohl im Verleiherbetrieb als auch im Entleiherbetrieb.

§ 14 AÜG : Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebs- und Personalrates

(1) Leiharbeitnehmer bleiben auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers.

(2) ¹Leiharbeitnehmer sind bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen und bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb nicht wählbar. ²Sie sind berechtigt, die Sprechstunden dieser Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen. ³Die §§ 81, 82 Abs. 1 und die §§ 84 bis 86 des Betriebsverfassungsgesetzes gelten im Entleiherbetrieb auch in bezug auf die dort tätigen Leiharbeitnehmer.

(3) ¹Vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 99 des Betriebsverfassungsgesetzes zu beteiligen. ²Dabei hat der Entleiher dem Betriebsrat auch die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 Satz 2 vorzulegen. ³Er ist ferner verpflichtet, Mitteilungen des Verleihers nach § 12 Abs. 2 unverzüglich dem Betriebsrat bekannt zu geben.

(4) Die Absätze 1 und 2 Sätze 1 und 2 sowie Absatz 3 gelten für die Anwendung des Bundespersonalvertretungsgesetzes sinngemäß.

Im Verleiherbetrieb können die Leiharbeitnehmer wie andere Arbeitnehmer einen Betriebsrat wählen, der für ihre Interessenvertretung nach Maßgabe des Betriebsverfassungsgesetzes zuständig ist. Da die Leiharbeitnehmer in der Praxis ihre Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb erbringen und dort vergleichbar schutzbedürftig sind wie das Stammpersonal, obliegt es aber dem Betriebsrat des Entleiherbetriebes, ihre Interessen dort zu vertreten, soweit es den Ablauf der Arbeit, die Arbeitsleistung selbst betrifft. Die Leiharbeitnehmer haben, um diese Interessenvertretung zu fundieren, nach einer Tätigkeitsdauer von sechs Monaten ein zusätzliches Wahlrecht im Entleiherbetrieb. Ob sie auch bei der Belegschaftsgröße dort mitzählen, ist noch nicht endgültig klar. Die Rechtsprechung¹³, die das Wählen akzeptiert hat, aber davon ausgeht, dass die Leiharbeitnehmer nicht mitzählen, ist zur Rechtslage vor 2003 ergangen. Damals war die Arbeitnehmerüberlassung im Regelfall auf maximal ein Jahr befristet. Die tatsächliche Lage bei einer Arbeitnehmerüberlassung, die möglicherweise mehrere Jahre dauert, ist heute aber eine andere. Deshalb besteht hier die Möglichkeit, dass sich die Rechtsprechung ändert.

Die tarifliche Interessenvertretung der Leiharbeitnehmer ist noch sehr mangelhaft. Die DGB-Gewerkschaften haben sich zwar zu einer Tarifgemeinschaft zusammengeschlossen, die 2003 erstmals mit den großen Interessenverbänden der Verleiher Tarifverträge abschloss. Freilich ist der Or-

ganisationsgrad der Leiharbeitnehmer so gering, dass die Interessenvertretung auch durch die DGB-Gewerkschaften nicht auf einer gesunden Mitgliederbasis aufbaut.

Bei den sog. Christlichen Gewerkschaften ist diese fehlende Anknüpfung an einen ernsthaften Mitgliederbestand noch bedenklicher, weil diese weder unter Leiharbeitnehmern noch unter anderen Arbeitnehmern eine Mitgliederbasis haben, die die Gewerkschaft kontrollieren kann. Hier können die Funktionsträger der Gewerkschaft weitgehend ohne Kontrolle durch eine Mitgliederbasis agieren und dubiose Tarifverträge abschließen. Deshalb geht eine erhebliche Meinung in der arbeitsrechtlichen Literatur davon aus, dass es sich hierbei überhaupt nicht um Gewerkschaften handelt. Dementsprechend wären die von diesen Organisationen abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam und die Arbeitnehmer haben Anspruch auf „Equal Pay/ Equal Treatment“.

Hier ist demnächst Klärung zu erwarten, weil die IG-Metall die Gewerkschaftseigenschaft der Christlichen Tarifgemeinschaft arbeitsgerichtlich prüfen lässt.¹⁴

Was die Unternehmensmitbestimmung angeht, gibt es vermutlich keine Interessenvertretung der Leiharbeitnehmer, da Verleiher nach Kenntnis des Verfassers derzeit keine mitbestimmten Unternehmen sind. Bereits das Fehlen eines Betriebsrates schließt es faktisch aus, dass dort die gesetzliche Unternehmensmitbestimmung durchgesetzt wird.

- ¹ Zehnter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG, BT-DS 15/6008.
- ² Melms/ Lipinski, BB 2004, 2409; einschränkend LAG Berlin, 7.1.2005 - 6 SA 2008/04 - BB 2005, 672 = AuA 2005, 249.
- ³ Zehnter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG, BT-DS 15/6008.
- ⁴ ausführlich dazu Schüren, demn. BB 2006.
- ⁵ BAG 24.3.2004, 5 AZR 303/03 - BB 2004, 1909; Bay OLG 1981, AP Nr.4 zu § 1 AÜG; Brors/ Schüren, BB 2005, 494; Brors/ Schüren, BB 2004, 2745; konträr: Wilhelmsen/ Annuß, BB 2005, 437; Melms/ Lipinski BB 2004, 2409.
- ⁶ Ausf. Reipen, Die Personal Service Agenturen, 2006.
- ⁷ Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, BT-DS 15/5934, 47, 72 (Tabelle 11).
- ⁸ Ebenda, 47, 74 (Tabelle 13).
- ⁹ Ebenda, 47, 76 (Tabelle 15).
- ¹⁰ Ebenda, 47.
- ¹¹ Ebenda, 47.
- ¹² § 1b AÜG lautet wie folgt:
¹ Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig. ² Sie ist gestattet
- a) zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn diese Betriebe erfassende, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge dies bestimmen,
- b) zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird.
- ³ Abweichend von Satz 2 ist für Betriebe des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung auch gestattet, wenn die ausländischen Betriebe nicht von deutschen Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen erfasst werden, sie aber nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird.
- ¹³ Ablehnend bisher: BAG 10.3.2004 - 7 ABR 49/03 - BB 2004, 2753 = NZA 2004, 1340; BAG 16.4.2003 - 7 ABR 53/02 - MDR 2033, 1422 = DB 2003, 2128.
Für eine Berücksichtigung der wahlberechtigten Leiharbeiter: Schüren, Anmerkung zum BAG Beschl. v. 16.4.2003-7 ABR 53/02, RdA 2004, 184; Brors/ Schüren, BB 2004, 2745; Däubler, AuR 2004, 81; Däubler/ Kittner/ Klebe (Hrsg.) *Trümmler*, BetrVG 9. Aufl., § 5 Rn. 15; Richardi/ *Thüsing* (Hrsg.), BetrVG 9. Aufl., § 15, Rn. 13; Ulber, Kommentar zum AÜG 2. Aufl., § 14 Rn. 49a; Hamann, Anmerkung EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 2; ders., NZA 2003, 526; Schüren/ *Hamann*, Kommentar zum AÜG, § 14 Rn. 137; Brors, NZA 2003, 1380; Boemke, Kommentar zum AÜG, 2002, § 14 Rn. 57; Etzel, BetrVG 8. Auflage, Rn. 85.
Dagegen: Brose, NZA 2005, 797; Kreuz, Arbeitsrecht im sozialen Dialog (Festschrift für Helmut Wissmann zum 65. Geburtstag) 2005, 376; ders., SAE 2004, 168; Franke NJW 2002, 656; Lindemann/ Simon, NZA 2002, 365; Neumann BB 2002, 510; Schiefer/ Korte, NZA 2002, 57; Konzen, RdA 2001, 76; Löwisch, BB 2001, 1734; Maschmann, DB 2001, 2446; Löwisch/ Kaiser, BetrVG, 5. Aufl., § 7 Rn. 7.
- ¹⁴ Zum Meinungsstand: Böhm, DB 2005, 2023; Reipen, NZS 2005, 407; Schöne, DB 2004, 136; Schüren/Riederer Frfr. v. Paar, AuR 2004, 241; Buchner, DB 2004, 1042; Schüren/ Behrend, NZA 2003, 521.