

Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht (HSI)

Überarbeitete und aktualisierte zweite Auflage

Juni 2012

Professor Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht

Georg-August-Universität Göttingen

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Rechtstatsächliche Ausgangslage	11
1.	Expansion der Leiharbeit.....	11
2.	Wirtschaftliche Ursachen für die Ausdehnung der Leiharbeit.....	12
3.	Folgen für die Arbeitnehmerseite	14
II.	Leiharbeitsrechtliche Rahmenbedingungen	18
1.	Gesetzliche Grenzen des Umfangs der Leiharbeit?	18
2.	Equal-Pay-Grundsatz als gesetzlicher Ausgangspunkt.....	19
3.	Abbedingung des Equal-Pay-Grundsatzes durch Tarifverträge und Bezugnahmeklauseln	20
a)	Tarifverträge der christlichen Arbeitnehmerorganisationen und der CGZP	20
b)	Tarifverträge der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit.....	23
c)	Situation nach dem CGZP-Beschluss des BAG	23
4.	Rechtslage nach dem novellierten AÜG und der Leiharbeitsrichtlinie	25
III.	Gegenstrategien der Arbeitnehmerseite	30
1.	Eindämmung des Umfangs der Leiharbeit.....	30
a)	Quoten für den Einsatz von Leiharbeitnehmern/Bindung an sachliche Gründe	30
b)	Begrenzungen der Höchstdauer/Übernahmepflichten.....	31
c)	Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats	32

2.	Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes	33
a)	Vereinbarungen mit bzw. unter Einbeziehung der Verleiherseite ...	33
b)	Vereinbarungen ausschließlich mit der Entleiherseite	34
c)	Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats	36
IV.	Tarifvertragliche Regulierungen der Leiharbeit	37
1.	Tarifrechtliche Ausgangspositionen.....	37
2.	Regelungen der Leiharbeit als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.	42
3.	Einordnung als normative Tarifregelungen.....	53
a)	Individualnormen	53
aa)	Abschlussnormen	53
bb)	Inhaltsnormen.....	55
b)	Betriebsbezogene Normen	62
aa)	Betriebliche Normen	62
bb)	Betriebsverfassungsrechtliche Normen.....	67
4.	Einordnung als obligatorische Tarifregelungen	75
a)	Firmentarifverträge	76
b)	Verbandstarifverträge.....	78
5.	Kompetenz der Tarifparteien auf der Entleiherseite.....	83
a)	Grundsätzliche Reichweite	83
b)	Tarifzuständigkeit	87
6.	Innenschranken der Tarifmacht	89
a)	Grundrechte	89
aa)	Entleiherseite.....	89
bb)	Verleiherseite.....	95
cc)	Leiharbeitnehmer	99

b) Kartellrechtliche Grenzen	102
c) Dienstleistungsfreiheit.....	115
d) Betriebsverfassungsrecht	118
e) Arbeitnehmerüberlassungsrecht.....	120
7. Dreiseitige Vereinbarungen.....	122
8. Tarifkollisionsfragen.....	123
9. Erstreikbarkeit tarifvertraglicher Regelungen	126
V. Ergebnisse.....	132
LITERATURVERZEICHNIS	136

I. Rechtstatsächliche Ausgangslage

1. Expansion der Leiharbeit

Die tatsächliche Bedeutung der Leiharbeit hat im letzten Jahrzehnt erheblich zugenommen. Die Deregulierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, zu der es im Zuge der so genannten Hartz-Reformen zum 1.1.2003¹ gekommen ist und bei der u. a. die schon in den Jahren zuvor sukzessiv angehobene Höchstüberlassungsdauer vollständig aufgehoben wurde,² hat in Verbindung mit der allgemeinen ökonomischen Entwicklung der folgenden Jahre zunächst zu einer rasanten Ausdehnung der Leiharbeit geführt. So stieg die Gesamtzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Zeitarbeit von 385.000 Arbeitnehmern im Jahresdurchschnitt 2004 auf 760.000 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt 2008, wodurch nahezu eine Verdoppelung eintrat.³ Nach einem vorläufigen Höchststand von 823.000 Leiharbeitnehmern im Juli 2008 kam es infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 zu einem drastischen Rückgang der Anzahl der Leiharbeitnehmer, die auf 580.000 im April 2009, also um fast 30%, zurückging. Dem massiven Abbau um rund 250.000 Arbeitnehmer folgte ein ebenso steiler Anstieg auf mehr als 900.000 im November 2010, was einem Zuwachs von 55% entspricht.⁴ Soweit ersichtlich hat sich der Bestand an Leiharbeitnehmern seit einiger Zeit auf eine Gesamtzahl von 800.000 bis 900.000 eingependelt, wobei zwischenzeitlich sogar ein Höchststand von fast 950.000 erreicht wurde.⁵ Die gegenwärtige Staatsschuldenkrise hat anders als die Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 bislang nicht zu einem signifikanten Rückgang der Zahl der Leiharbeitnehmer geführt, was auf der derzeit guten Verfassung der deutschen Realwirtschaft beruhen dürfte. Für die Zukunft wird sogar noch mit einem weiteren Anstieg gerechnet. So wollen nach einer repräsentativen Umfrage des Bundesarbeitgeberverbandes der Personaldienstleister (BAP) 60 % der Unternehmen die Zahl der von ihnen beschäftigten Zeitarbeitnehmer im ersten Halbjahr 2012 aufstocken, während es ein halbes Jahr zuvor nur 22% waren.⁶

¹ Zum Übergangsrecht unten II 3 a.

² Zur Entwicklung siehe nur Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, 4. Aufl. (2010), Einleitung Rn. 58 ff.; Ulber, AÜG, 4. Aufl. (2011), Einleitung B Rn. 15 ff.

³ Vgl. BT-Drucks. 17/464 vom 18.1.2010, S. 21.

⁴ Zahlen nach: IW Consult GmbH/Institut der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), Zeitarbeit in Deutschland (2011), S. 10 f., abrufbar unter: <http://www.iwkoeln.de/LinkClick.aspx?fileticket=bQQ9NzX7xtQ%3D&tabid=252> (abgerufen am 1.6.2012).

⁵ So der IW-Zeitarbeitsindex, BAP-Umfrage April 2012 (Welle 51), abrufbar unter: http://www.personaldienstleister.de/pdf/BAP-Bericht_Welle_51.pdf (abgerufen am 1.6.2012).

⁶ Abrufbar unter: <http://www.personaldienstleister.de/ankuendigung-42.php> (abgerufen am 1.6.2012).

Auch wenn im Jahresdurchschnitt 2010 rund 40 Millionen Personen abhängig beschäftigt gewesen sind und der Anteil der Leiharbeiter an der Gesamtzahl der Beschäftigten damit nur etwas mehr als 2 % beträgt, belegen diese Zahlen doch den enormen Aufwärtstrend der Zeitarbeit. Hält man sich vor Augen, dass Ende 1993 erst ungefähr 100.000 Arbeitnehmer in diesem Bereich tätig waren,⁷ ist es in knapp 20 Jahren somit zu einer Steigerung um rund 900 % gekommen. Dementsprechend betraf ein großer Teil des Beschäftigungsaufbaus der letzten Jahre die Leiharbeit, während auf Festanstellungen in zahlreichen Betrieben nur ein deutlich geringerer Teil entfiel.

Die Leiharbeit spielt in vielen Bereichen des produzierenden Gewerbes (insbesondere in der Metall- und Elektroindustrie sowie in der chemischen Industrie) eine erhebliche Rolle. Sie greift aber zunehmend auch auf andere Branchen über (Gesundheitssektor, karitativer Bereich) und macht selbst vor dem Luftverkehr nicht halt.⁸ In manchen Betrieben besteht die Belegschaft mittlerweile zu 20 % und mehr aus Leiharbeitern („Intensivnutzer“).⁹

2. Wirtschaftliche Ursachen für die Ausdehnung der Leiharbeit

Die massive Erhöhung der Nachfrage der Unternehmen auf der Entleiherseite (Einsatzbetriebe) nach Leiharbeitern beruht im Wesentlichen auf zwei Ursachen.

Zum einen dient Leiharbeit der Verringerung der unmittelbaren Personalkosten. So wurde für die Vergangenheit ein durchschnittlicher Lohnabstand von mehr als einem Drittel bei der Personengruppe der geringqualifizierten männlichen Arbeitnehmer ermittelt.¹⁰ Hintergrund ist in erster Linie das niedrige Entgeltniveau der im Bereich der Leiharbeitsbranche geltenden Tarifverträge.¹¹ Zudem fehlt es in diesen Tarifverträgen im Vergleich zu den in den Einsatzbetrieben geltenden Tarifverträgen häufig an Vergünstigungen wie Sonderzahlungen und zusätzlichen Urlaubstagen.

⁷ Vgl. BT-Drucks. 13/5498 vom 6.9.1996, S. 9.

⁸ Vgl. FAZ Nr. 40 vom 16.2.2012, S. 14: Einsatz von „Leih-Stewardessen“ bei der Lufthansa.

⁹ Näher *Bellmann/Kühl*, Expansion der Leiharbeit? (2008), S. 19 ff. Siehe auch *Ulber*, AÜG, Basiskommentar (2008), Einleitung Rn. 23, der davon berichtet, dass bei der Herstellung von Mobiltelefonen teilweise mehr als 50% der Arbeitsplätze in der Produktion mit Leiharbeitern besetzt werden. Ferner wurde kürzlich bekannt, dass BMW im Jahr 2011 auf der einen Seite das beste Ergebnis der Firmengeschichte eingefahren hat, während auf der anderen Seite auf 70.000 Beschäftigte in den deutschen Werken 11.000 Leiharbeiter (und zusätzlich 3.000 bis 5.000 auf Werkvertragsbasis Tätige) kommen, vgl. Handelsblatt Nr. 36 vom 20.2.2012, S. 20 f.

¹⁰ *Promberger*, Leiharbeit: Zwischenbilanz und offene Fragen, WSI Mitteilungen 2008, 223 f.; *Rudolph/Schröder*, Arbeitnehmerüberlassung: Trends und Einsatzlogik, MittAB 1/1997, S. 102, 117, abrufbar unter: http://doku.iab.de/mittab/1997/1997_1_MittAB_Rudolph_Schroeder.pdf (abgerufen am 1.6.2012).

¹¹ Dazu noch unten II 3.

Flankiert wird diese Situation durch (tarifvertragliche) Regelungen, die unter Ausnutzung von Tariföffnungsklauseln die Arbeitsbedingungen zulasten der Arbeitnehmer weiter absenken.¹² Die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ist für die Unternehmen auf der Entleiherseite damit regelmäßig erheblich kostengünstiger als die Beschäftigung von vergleichbaren Stammarbeitnehmern. Hinzu kommen die Einsparungen bei der Personaladministration. Allerdings wird zumindest ein Teil dieser Kostenvorteile durch das an die Verleiherunternehmen zu zahlende Überlassungsentgelt wieder kompensiert, das im Allgemeinen deutlich über dem vom Verleiher an die Leiharbeitnehmer gezahlten Arbeitsentgelt liegt. Sofern eine konzerneigene Personalführungsgesellschaft als Verleiher zwischengeschaltet wird, kann das Überlassungsentgelt größtenteils eingespart werden, weil eine solche Personalführungsgesellschaft keine wirtschaftlichen Eigeninteressen entfalten muss, sondern zum Selbstkostenpreis arbeiten kann. Freilich tritt im Hinblick auf das Personalmanagement bei einer konzerndimensionalen Betrachtung in diesem Fall keine Entlastung ein.

Zum anderen ist der strukturelle Wandel der Leiharbeit zu nennen.¹³ Während Zeitarbeit anfänglich lediglich der Kompensation eines kurzfristigen Personalausfalls diente (ad-hoc-Ersatz), ging es auf der nächsten Stufe um die Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens (Flexibilitätspuffer). Mittlerweile ist die dritte Stufe der Nutzung der Leiharbeit erreicht, die diese Beschäftigungsform als strategisches Mittel der Personalpolitik begreift, um die allgemeine Unsicherheit über die künftige Entwicklung der Märkte auf die Beschäftigten zu verlagern. Danach ist Leiharbeit nicht lediglich eine personalwirtschaftliche Reaktion auf bereits eingetretene Veränderungen, sondern eine proaktives „Instrument der Ungewissheitskontrolle“, das zusammen mit anderen Maßnahmen der Stabilisierung der Rendite des eingesetzten Kapitals bei volatilen Märkten dient. Die Leiharbeit, die sich durch das Dreiecksverhältnis von Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer sowie durch die damit verbundene Entkoppelung von tatsächlichem Arbeitsverhältnis und arbeitsvertraglicher Beziehung auszeichnet, wird von zahlreichen Unternehmen in einem immer größeren Maße als dauerhafter Bestandteil ihrer Personalpolitik eingesetzt, um den Personalbestand im Einsatzbetrieb in kurzer Zeit an die Marktverhältnisse anpassen zu können. Mangels eines Arbeitsvertrages zwischen dem Entleiher

¹² Einzelheiten bei *Schüren*, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239 ff.

¹³ Zum Folgenden *Adamy*, Wirtschaftsdienst 2010, 598, 603 f.; *Holst*, Disziplinierung durch Leiharbeit? Neue Nutzungsstrategien von Leiharbeit und ihre arbeitspolitischen Folgen, WSI Mitteilungen 2009, 143 ff.; *Promberger/Bellmann/Dreher/Sowa/Schramm/Thener*, Leiharbeit im Betrieb – Strukturen, Kontexte und Handhabung einer atypischen Form (2006), S. 69 ff., abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2002-418-3-9.pdf (abgerufen am 1.6.2012); *Seifert/Brehmer*, Leiharbeit: Funktionswandel einer flexiblen Beschäftigungsform, WSI Mitteilungen 2008, 335 ff.

und dem Leiharbeiter entfallen in dieser Beziehung alle Hindernisse und Transaktionskosten, die mit einer unmittelbaren Einstellung und vor allem mit einer Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer verbunden sind (insbesondere durch Kündigungsschutz sowie durch etwaige Sozialpläne bei Betriebseinschränkungen durch Personalabbau). In wirtschaftlicher Hinsicht werden damit aus der Perspektive des Entleihers gesetzlich vorgesehene Personalabbaukosten in (niedrigere) Kosten der Durchführung des Personalüberlassungsvertrages zwischen dem Entleiher und dem Verleiher transformiert.¹⁴ Der rasante Rückgang der Zahl der Leiharbeiter während der Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 bei gleichzeitiger Beibehaltung der Stammbeschaften (vor allem durch Nutzung des Instruments der Kurzarbeit) sowie der steile Anstieg nach der Überwindung der Krise hat diesen Funktionswandel der Zeitarbeit eindrucksvoll bestätigt und dürfte bei zahlreichen Personalverantwortlichen den Eindruck verfestigt haben, mit der Leiharbeit ein probates Instrument in der Hand zu haben, um in volatilen Märkten die Vorteile externer Flexibilität zu nutzen, die damit kraft Gesetzes an sich verbundenen Nachteile aber weitgehend vermeiden zu können.

3. Folgen für die Arbeitnehmerseite

Für die unmittelbar betroffenen Leiharbeiter führen die soeben geschilderten Ursachen für die Ausbreitung der Leiharbeit zunächst spiegelbildlich dazu, dass sie ihre Tätigkeit unter vielfach deutlich schlechteren Konditionen als vergleichbare Stammarbeiter zu leisten haben.¹⁵ Dies betrifft vor allem die Vergütung, bei der nach wie vor ein deutlicher Rückstand gegenüber Festangestellten besteht, der keineswegs nur auf Qualifikationsunterschiede zurückgeführt werden kann.¹⁶ Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit belief sich der durchschnittliche Verdienst in der Zeitarbeit im Jahr 2010 auf gut die Hälfte des durchschnittlichen Verdienstes aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, wobei die absoluten Unterschiede je nach Tätigkeitsart allerdings stark variieren und mit zunehmendem Qualifikationsniveau ansteigen.¹⁷ Die Schlechterstellung gilt

¹⁴ Die als Folge dieser Transformation nunmehr beim Verleiher im Falle eines Personalabbaus an sich entstehenden Entlassungskosten scheinen sich dort aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen (z. B. Fehlen eines Betriebsrats) nicht oder nur in geringerem Umfang zu realisieren, so dass bei einer Gesamtbetrachtung schon aus diesem Grunde (also selbst bei Ausblendung des Entgeltniveaus) der Preis für den Faktor Arbeit sinkt.

¹⁵ Zum Folgenden *Adamy*, Wirtschaftsdienst 2010, 598, 599 ff.; *Siebenbüter*, Integrationshemmnis Leiharbeit, OBS-Arbeitsheft 69 (2011), S. 39 ff., mit Blick auch auf die besonders prekäre Lage von Menschen mit Migrationshintergrund.

¹⁶ Dazu näher *Jahn*, Entlohnung in der Zeitarbeit: Auch auf die Mischung kommt es an, in: IAB-Forum, Nr. 1/2011, 40-49. Zum Preisdruck in der Leiharbeitsbranche ferner eindringlich *Siebenbüter*, Integrationshemmnis Leiharbeit, OBS-Arbeitsheft 69 (2011), S. 28 ff.

¹⁷ Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland, Zeitarbeit in Deutschland – Aktuelle Entwicklungen (2012), S. 20 f., abrufbar unter:

aber auch für sonstige tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, für die Dauerhaftigkeit des Beschäftigungsverhältnisses sowie nicht zuletzt für den Zugang zu Weiterbildungsmöglichkeiten und Aufstiegschancen. Die Hoffnung, dass Leiharbeit zu großen Teilen nur ein Durchgangsstadium von der Arbeitslosigkeit zur Festanstellung im Einsatzbetrieb ist, hat sich nicht bewahrheitet. Der „Klebe-Effekt“ beläuft sich trotz einer geringfügigen Steigerung auf nach wie vor deutlich unter 10 %¹⁸ und geht daher an den meisten Leiharbeitnehmern vorbei. Der Sache nach geht es bei der Leiharbeit neben der Bereitstellung eines personalwirtschaftlichen Flexibilisierungsinstrumentes für die Einsatzbetriebe somit im Wesentlichen um einen Beitrag zur Etablierung eines Niedriglohnsektors in Deutschland. Seinen Ausdruck findet dies nicht zuletzt darin, dass rund 10 % der in der Zeitarbeit Beschäftigten auf ergänzende Sozialleistungen nach dem SGB II („Hartz IV“) angewiesen sind. Trotz der im Allgemeinen eher geringen Perspektiven auf eine Übernahme hoffen die meisten Leiharbeitnehmer auf eine Festanstellung, weil sie den Status als lediglich überlassener Arbeitnehmer selbst als bloße Interimslösung begreifen. Da ihr Verbleib im Einsatzbetrieb nicht durch Kündigungsschutzrecht stabilisiert wird, sondern Leiharbeitnehmer auf bloßen, rechtlich nicht kontrollierbaren Wunsch des Entleihers praktisch von heute auf morgen aus ihrem Arbeitsumfeld herausgerissen werden können, müssen sie in besonderem Maße darauf bedacht sein, durch gesteigerte Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft den Fortbestand ihrer tatsächlichen Beschäftigung ständig unter Beweis zu stellen und die Chance auf eine Übernahme zu wahren. Die Aufspaltung von tatsächlichem und rechtlichem Beschäftigungsverhältnis versetzt die davon betroffenen Arbeitnehmer, die zumeist ein Interesse an der Beendigung dieser Situation haben, daher regelmäßig in einen Zustand permanenter Anspannung. Es verwundert deshalb nicht, dass die Leiharbeitnehmer ihre Arbeitssituation im statistischen Mittel deutlich schlechter beurteilen als Stammarbeitnehmer.¹⁹

<http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Berichte-Broschueren/Arbeitsmarkt/Generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung-2HJ2010.pdf> (abgerufen am 1.6.2012); siehe auch Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Herausforderung Zeitarbeit (2012), S. 25 ff., abrufbar unter: http://www.bertelsmannstiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_35839__2.pdf (abgerufen am 1.6.2012).

¹⁸ BT-Drucks. 17/464 vom 18.1.2010, S. 28. Colorandi causa sei darauf hingewiesen, dass von den im Jahr 2009 in den Bundesministerien sowie den nachgeordneten Bundesbehörden/Bundesämtern eingesetzten 1343 Arbeitnehmern nur 34 Arbeitnehmer (= ca. 2,5 %) übernommen wurden, vgl. BT-Drucks. 17/736 vom 17.2.2010, S. 5 f.

¹⁹ Näher *Nienhäuser/Matiáske*, Leiharbeit ist gleich gut? - Arbeitsbedingungen, Arbeitszufriedenheit und Gleichbehandlung von Leiharbeitern in Europa, in: Martin (Hrsg.), Personal als Ressource (2003), S. 157, 164 ff., abrufbar auch unter: <http://www.uni-due.de/personal/Leiharbeit.pdf> (abgerufen am 1.6.2012).

Leiharbeit hat freilich nicht nur für die überlassenen Arbeitnehmer selbst nachteilige Auswirkungen. Vielmehr sind mit ihr für die Arbeitnehmerseite zahlreiche weitere negative Begleiteffekte verbunden.²⁰ Zunächst hat die Zweiteilung der Belegschaft in Stammbesellschaft und Leiharbeitnehmerschaft vielfach den Aufbau einer „zweiten Entgeltlinie“ für vergleichbare Arbeit zur Folge. Dies bedeutet, dass den Stammarbeitnehmern jeden Tag hautnah vor Augen geführt wird, dass ihre Tätigkeit für den Arbeitgeber am Arbeitsmarkt auch zu geringeren Kosten beschaffbar ist. Schon dieses Gefühl der Ersetzbarkeit durch „billigere“ Kräfte kann unabhängig davon eine disziplinierende Wirkung entfalten, ob eine solche Wirkung vom Arbeitgeber intendiert wird. Zu handgreiflichen Folgen für die Stammbeschäftigten kann der Einsatz von Leiharbeitnehmern weiter bei Leistungslohnsystemen führen, die an Gruppenleistungen anknüpfen. Sofern Arbeitsgruppen immer wieder neue und unerfahrene Leiharbeitnehmer in die betrieblichen Abläufe integrieren müssen, leidet die Produktivität der Gruppe, so dass die Stammarbeitnehmer entweder Entgelteinbußen hinnehmen oder die Minderleistung der Zeitbeschäftigten durch überobligationsmäßige Leistungen kompensieren müssen. Mit der gegebenenfalls rotierenden Zuweisung von Leiharbeitnehmern kann der Arbeitgeber bei allen an Gruppenergebnissen orientierten Lohnsystemen somit Parameter setzen, die sich auf das absolute Entgeltniveau der Stammbeschäftigten oder aber auf die Arbeitsintensität auswirken. Ferner kann der Einsatz oder auch nur die Ankündigung einer verstärkten Inanspruchnahme von Leiharbeitnehmern von der Arbeitgeberseite strategisch eingesetzt werden, um die Arbeitnehmerseite auf der betrieblichen Ebene oder im Rahmen von Tarifverhandlungen zu Zugeständnissen zu veranlassen.²¹ Vor allem bei Tarifaueinandersetzungen kann sich die Kampfkraft der Arbeitnehmerseite verringern. So werden die Leiharbeitnehmer im Allgemeinen kein Interesse daran haben, für einen Tarifvertrag im Einsatzbetrieb zu kämpfen, von dessen Ergebnissen sie

²⁰ Zum Folgenden *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, *JbArbR* 46 (2009), 69, 74 ff.; *Holst*, Disziplinierung durch Leiharbeit? Neue Nutzungsstrategien von Leiharbeit und ihre arbeitspolitischen Folgen, *WSI Mitteilungen* 2009, 143 ff. Gänzlich abweichend *Reuter*, Betriebsräte an die Front?, *ZfA* 2006, 459, 463, der im massenhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern nur Vorteile für die Stammarbeitnehmer zu erkennen vermag. Ähnlich *Picker*, Arbeitnehmerüberlassung, *ZfA* 2002, 469, 478 ff., nach dessen Auffassung Leiharbeit für alle Beteiligten nahezu ausschließlich Vorteile mit sich bringt und deshalb möglichst wenig reguliert werden sollte. Vergleichbar jüngst der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Verantwortung für Europa wahrnehmen, Jahresgutachten 2011/12, Rn. 481 ff., obgleich auch er nicht umhin kommt, die Leiharbeit im Vergleich zum Normalarbeitsverhältnis als „inferior“ zu bezeichnen (Rn. 492), abrufbar unter: <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/aktuellesjahrgutachten.html> (abgerufen am 1.6.2012).

²¹ Drastischer Fall bei *Ulber*, AÜG, Basiskommentar (2008), Einleitung Rn. 26: Schaffung einer eigenen Personalüberlassungsgesellschaft unter der auflösenden Bedingung einer Verschlechterung tariflicher Arbeitsbedingungen (Anhebung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden ohne Lohnausgleich).

ohnehin nicht profitieren. Zudem können sie im Einzelfall sogar als Streikbrecher instrumentalisiert werden, mag ihnen individualrechtlich auch gemäß § 11 Abs. 5 AÜG das Recht zur Verweigerung von Streikarbeit zustehen. Darüber hinaus kann das in den Entleiherbetrieben erzielte Tarifergebnis unterlaufen werden, wenn der Arbeitgeber zur Deckung seines Personalbedarfs im Nachhinein in größerem Umfang auf Leiharbeitnehmer zurückgreift und für diese Beschäftigten andere Arbeitsbedingungen gelten.

Schließlich kann der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern auch im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung zu negativen Auswirkungen führen. Zum einen kann es nach dem von der Rechtsprechung bislang vertretenen Grundsatz, dass Leiharbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 7 S. 2 BetrVG bei den Betriebsratswahlen zwar mitwählen dürfen, bei den verschiedenen Schwellenwerten des BetrVG aber nicht mitzählen,²² dazu kommen, dass trotz einer vergleichsweise großen Zahl von Leiharbeitnehmern, die in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind, nicht die für eine bestimmte Betriebsratsgröße, für die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern oder für die Sozialplanpflichtigkeit einer Betriebsänderung erforderliche Arbeitnehmerzahl erreicht wird.²³ Zum anderen verursacht die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern dem im Entleiherbetrieb bestehenden Betriebsrat, der häufig die einzige effektive Vertretung von Leiharbeitnehmer darstellt, zusätzliche Arbeit, weil sich aus dem Dreiecksverhältnis von Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer zahlreiche schwierige Rechtsfragen ergeben und der Betriebsrat außerdem darum bemüht sein muss, die Interessen der Stammebelegschaft und der Leiharbeitnehmer angemessen auszubalancieren.

²² Vgl. BAG vom 16.4.2003 – 7 ABR 53/02 – AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7 = NZA 2003, 1345; BAG vom 22.10.2003 – 7 ABR 3/03 – AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28 = NZA 2004, 1052; BAG vom 10.3.2004 – 7 ABR 49/03 – AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 9 = NZA 2004, 1340; zum Ausschluss vom passiven Wahlrecht auch BAG vom 17.2.2010 – 7 ABR 51/08 – AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 14 = NZA 2010, 832.

²³ Anders jetzt BAG vom 18.10.2011 – 1 AZR 335/10 – NZA 2012, 221 im Hinblick auf den Schwellenwert für einen Interessenausgleich beim Entleiher. In diese Richtung bereits *Dörner*, Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung, FS Wißmann (2005), S. 286, 295 ff.

II. Leiharbeitsrechtliche Rahmenbedingungen

1. Gesetzliche Grenzen des Umfangs der Leiharbeit?

Eine Begrenzung des Anteils, den Leiharbeitnehmer an der Gesamtbelegschaft eines Betriebes oder Unternehmens einnehmen dürfen, sieht das AÜG eindeutig nicht vor. Damit ist es zumindest theoretisch denkbar, dass nicht nur Teile, sondern sogar die gesamte Belegschaft eines Betriebes ausschließlich aus Leiharbeitnehmern besteht, die von einem Verleiher oder auch von mehreren Verleihern überlassen werden.

Rechtlich zweifelhafter ist die Situation in zeitlicher Hinsicht. Dies betrifft sowohl die Frage nach etwaigen Höchstgrenzen der Überlassung als auch die Frage nach den Rechtsfolgen möglicher Verstöße. Blendet man die jüngste Novellierung des AÜG zum 1.12.2011²⁴ sowie die dieser Änderung zugrunde liegende Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG²⁵ zunächst aus,²⁶ nahm ein Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung²⁷ sowie des Schrifttums²⁸ an, dass die Aufhebung der Höchstüberlassungsdauer zur Zulässigkeit eines zeitlich unbeschränkten Einsatzes von Leiharbeitnehmern geführt habe. In diesem Sinne hat sich auch das BAG – in einer allerdings nicht entscheidungserheblichen Weise – geäußert.²⁹ Demgegenüber wollte *Ulber* bereits bei einem über zwei Jahre hinausgehenden Einsatz die Vermutung einer Arbeitsvermittlung im Sinne von § 1 Abs. 2 AÜG eingreifen lassen.³⁰ Andere Stimmen in der Literatur befürworteten dagegen eine qualitative Betrachtungsweise und wollen nach allgemeinen Kriterien darauf abstellen, ob der Verleiher die Übernahme des typischen Arbeitgeberrisikos der Beschäftigung in verleihfreien Zeiten ausgeschlossen hat. Dies sei dann der Fall, wenn der Verleiher nicht die Absicht hat, den Leiharbeitnehmer über das Ende der Überlassungszeit hinaus weiterzubeschäftigen, bzw. wenn unter Verdrängung von Stammarbeitnehmern ein Dauereinsatz beim selben Entleiher geplant ist, mag dieser Einsatz auch auf mehrere befristete

²⁴ Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011, BGBl. I, S. 642 ff.

²⁵ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABIEU 2008 Nr. L 327, S. 9 ff.

²⁶ Hierzu noch unten II 4.

²⁷ LAG Niedersachsen vom 28.2.2006 – 13 TaBV 56/05 – Juris; LAG Düsseldorf vom 30.10.2008 – 15 TaBV 114/08 – LAGE AÜG § 14 Nr. 4; LAG Niedersachsen vom 19.11.2008 – 15 TaBV 159/07 – Juris; LAG Niedersachsen vom 16.11.2011 – 17 TaBV 99/11 – Juris.

²⁸ *Lembke*, Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit, BB 2010, 1533, 1538; *Melms/Lipinski*, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaft als alternative oder flankierende Maßnahmen zum Personalabbau, BB 2004, 2409, 2416; *Willemsen/Annufß*, Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 437, 438 f.

²⁹ BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 – AP BetrVG 1972 § 77 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199 (unter B I 1).

³⁰ *Ulber*, AÜG, 3. Aufl. (2006), § 1 Rn. 201b.

Überlassungen verteilt sein.³¹ In der entscheidenden Frage der Rechtsfolgen plädieren Teile des Schrifttums³² für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher, sofern keine zulässige Arbeitnehmerüberlassung, sondern stattdessen eine verdeckte Arbeitsvermittlung vorliegt. Das BAG hat sich freilich gegen eine solche Rechtsfolge ausgesprochen und damit alle Versuche zurückgewiesen, auf diesem Wege zumindest auf eine Begrenzung sehr langfristiger Arbeitnehmerüberlassungen hinzuwirken.³³ Dementsprechend ist es in der Vergangenheit soweit ersichtlich nicht gelungen, langfristigen Überlassungen von Leiharbeitnehmern durch erfolgreiche Festanstellungsklagen gegen den Entleiher wirksam entgegenzutreten.

2. Equal-Pay-Grundsatz als gesetzlicher Ausgangspunkt

Leiharbeitnehmer haben für die gesamte Dauer der Überlassung an einen Entleiher im Ausgangspunkt gegen den Verleiher als Vertragsarbeitgeber im Ausgangspunkt einen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung der für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 Hs. 1, 10 Abs. 4 S. 1 AÜG). Dieser spezielle Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern (Equal Pay/Equal Treatment) dient nach der gesetzgeberischen Grundkonzeption dem Ausgleich für die Beseitigung von Beschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung durch die Hartz-Reform.³⁴ Im Prinzip soll damit vom ersten Tag der Überlassung an der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gelten.

³¹ Schüren/Hamann/*Schüren*, AÜG, 4. Aufl. (2010), Einleitung Rn. 101; Thüsing/*Waas*, AÜG, 2. Aufl. (2008), § 1 Rn. 146; als zusätzlicher Tatbestand auch *Ulber*, AÜG, 3. Aufl. (2006), § 1 Rn. 201c; *ders.*, Personal-Service-Agenturen und Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2003, 7, 10.

³² *Mohr/Pomberg*, Die Änderung der Rechtsprechung zu der vermuteten Arbeitsvermittlung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, DB 2001, 590, 592 ff.; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), Einleitung D Rn. 47 ff.

³³ BAG vom 28.6.2000 – 7 AZR 100/99 – AP AÜG § 13 Nr. 3 = NZA 2000, 1160; BAG vom 19.3.2003 – 7 AZR 267/02 – AP AÜG § 13 Nr. 4; ebenso etwa *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Aufl. (2005), § 1 Rn. 168; *Säcker/Kühnast*, Die vermutete Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2 AÜG) als gesetzgebungspolitische Fehlleistung, ZfA 2001, 117, 126 ff.

³⁴ BT-Drucks. 15/25 vom 5.11.2002, S. 39. Der leiharbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz war bereits mit Wirkung zum 1.1.2002 durch das so genannte Job-AQTIV-Gesetz erstmals in das AÜG eingeführt worden, galt zunächst aber nur für Arbeitnehmerüberlassungen mit einer Dauer von mehr als 12 Monaten (bei gleichzeitiger Festsetzung einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten).

3. Abbedingung des Equal-Pay-Grundsatzes durch Tarifverträge und Bezugnahme Klauseln

Allerdings ist der Equal-Pay-Grundsatz von Anfang an nicht als zwingendes, sondern nur als dispositives Gesetzesrecht ausgestaltet worden.

Neben der ursprünglich vorgesehenen Möglichkeit der Unterschreitung vergleichbarer Entgelte bei Überlassung eines ehemals Arbeitslosen in den ersten sechs Wochen der Beschäftigung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 Hs. 1 AÜG a. F.), die sich in der Praxis als bedeutungslos erwiesen hat und die im Zuge der jüngsten Novellierung des AÜG wegen Unvereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG wieder abgeschafft worden ist,³⁵ sieht das Gesetz vor, dass durch Tarifverträge vom Equal-Pay-Grundsatz zulasten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2, 10 Abs. 4 S. 2 AÜG). Diese Ausnahme soll es den Tarifvertragsparteien nach der Vorstellung des Gesetzgebers ermöglichen, die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und die Leistungen für Zeiten des Verleihs und des Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln.³⁶ Die personelle Reichweite der grundsätzlichen Öffnung des AÜG für tarifvertragliche Abweichungen „nach unten“ wird entscheidend dadurch verbreitert, dass auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG).

a) Tarifverträge der christlichen Arbeitnehmerorganisationen und der CGZP

Der geschilderte gesetzliche Mechanismus, der – in diametralem Gegensatz zur traditionellen „Gefechtslage“ – ein eigenes Interesse der Arbeitgeberseite am Abschluss von Tarifverträgen generiert, um auf diesem Wege zu einer Absenkung von Arbeitsbedingungen zu gelangen, hat von Anfang an die christlichen Arbeitnehmerorganisationen auf den Plan gerufen, die in der Leiharbeitsbranche offenbar ein geeignetes Tätigkeitsfeld sehen, um sich tarifpolitisch zu etablieren.

Da es im Unterschied zu anderen Wirtschaftszweigen keine auf die Arbeitnehmerüberlassung als solche bezogene Branchengewerkschaft gibt, weil sich Leiharbeitnehmer nicht als eine eigenständige und einheitliche Arbeitnehmergruppe begreifen, haben mehrere zum CGB gehörende Mitgliedsverbände Ende 2002 die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) gegründet, die bereits weniger als zwei Monate nach dem Inkrafttreten der

³⁵ BT-Drucks. 17/4804 vom 17.2.2011, S. 9.

³⁶ BT-Drucks. 15/25 vom 5.1.2002, S. 38.

Hartz-Reform zum 1.1.2003³⁷ im Februar 2003 das erste Tarifwerk mit der (seinerzeitigen) Interessengemeinschaft nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen (INZ) vorlegte. Im Juni 2003 kam es mit der (seinerzeitigen) Mittelstandsvereinigung Zeitarbeit (MVZ) zu einem Tarifabschluss. In den Folgejahren wurden von der CGZP mit dem zwischenzeitlich aus INZ und MVZ gebildeten Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP)³⁸ sowie der Tarifgemeinschaft Zeitarbeitsunternehmen im B.V.D. – Bundesvereinigung Deutscher Dienstleistungsunternehmen (TZ-BVD) weitere Verbandstarifverträge vereinbart. Außerdem schloss die CGZP nach eigenen Angaben über 200 Firmentarifverträge mit Verleiherunternehmen.³⁹

Inhaltlich sahen diese Tarifverträge von Anfang an sehr niedrige Entgeltsätze vor, die nicht nur deutlich unter den tariflichen Arbeitsbedingungen in den meisten Einsatzbetrieben liegen, sondern auch die Vorstellungen der DGB-Gewerkschaften von einer angemessenen Vergütung für die Zeitarbeitsbranche noch unterboten.⁴⁰ Zudem enthalten bzw. enthielten sie teilweise die Möglichkeit der Entgeltabsenkung in den ersten Monaten des Beschäftigungsverhältnisses sowie zahlreiche weitere Verschlechterungen nicht zuletzt durch Nutzung gesetzlicher Tariföffnungsklauseln etwa bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen.⁴¹

Dass diese Regelungen in der Praxis überhaupt nennenswerte Relevanz entfalten konnten, beruht einzig auf der erwähnten Möglichkeit, sie durch einzelvertragliche Bezugnahme den Arbeitsverträgen der Leiharbeitnehmer zugrunde zulegen.⁴² Da der Organisationsgrad der Leiharbeitnehmer traditionell sehr gering ist und sich in der Vergangenheit auf nicht mehr als 5 % belief,⁴³ verschafft in der Tat erst die grundsätzliche Zulässigkeit einer

³⁷ Die Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes ist durch eine Übergangsvorschrift grundsätzlich auf den 1.1.2004 hinausgezögert worden. Durch das Inkrafttreten eines entsprechenden Tarifvertrages konnte diese Frist (in dessen Geltungsbereich) verkürzt werden, wozu es auch gekommen ist. Einzelheiten bei *Ankersen*, Neues AÜG seit 1.3.2003 bundesweit in Kraft, NZA 2003, 421 ff.

³⁸ Zum Zusammenschluss siehe *Lembke*, Die Fusion von Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche – Die tarifrechtlichen Folgen der Verschmelzung von INZ und MVZ auf AMP, FS Leinemann (2006), S. 427, 430 ff.

³⁹ Vgl. *Lembke*, Die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, NZA 2007, 1333, 1334.

⁴⁰ *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69, 73.

⁴¹ Zur Tarifpraxis der CGZP eingehend *Schüren*, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239 ff.

⁴² *Schüren/Riederer von Paar*, Risiken nichtiger Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 241, 242; *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag (2010), S. B 54.

⁴³ Vgl. *Schüren*, Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231, 232. *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit (2009), S. 65,

Bezugnahmeklausel entsprechenden tariflichen Vereinbarungen ihre „Durchschlagskraft“. Insoweit geben auch der Arbeitgeberseite nahestehende Autoren unumwunden zu, dass kein Leiharbeitnehmer vernünftigerweise einer Gewerkschaft beitreten wird, wenn der einzige Effekt seiner Mitgliedschaft in einer Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen im Vergleich zum gesetzlich vorgesehenen Niveau besteht.⁴⁴ Während Tarifverträge an sich dazu dienen, die strukturelle Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auszugleichen,⁴⁵ sind sie im Bereich der Leiharbeit somit von Anfang an von weitgehend mitgliederlosen Arbeitnehmerorganisationen als Instrument zur Verfügung gestellt worden, um mittels einer auf Betreiben der Verleiher in die Arbeitsverträge implementierten Bezugnahmeklausel⁴⁶ den Gleichbehandlungsgrundsatz praktisch flächendeckend abzubedingen und hierdurch von den in den Einsatzbetrieben geltenden – tariflichen – Arbeitsbedingungen zum Nachteil der Leiharbeitnehmer abzuweichen.⁴⁷ In wirtschaftlicher Hinsicht dient Leiharbeit somit dazu, einen Teil der im Betrieb tatsächlich tätigen Arbeitnehmer dem für den Entleiher geltenden Tarifsysteem zu entziehen und durch Zwischenschaltung eines Verleihers angesichts der geringen Marktmacht der Leiharbeitnehmer letztlich einseitig niedrigere Entgelte festsetzen zu können.

70, spricht sogar von nur ungefähr 3%. In jüngerer Zeit ist der IG Metall allerdings eine stärkere Mobilisierung der Leiharbeitnehmerschaft gelungen, so dass inzwischen mehr als 30.000 Beschäftigte als Mitglieder gewonnen werden konnten; vgl. *Klebe*, Die Leiharbeitsentscheidung des BAG – Kritik mit der Kneifzange?, AuR 2011, 352.

⁴⁴ *Lembke*, Die Fusion von Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche – Die tarifrechtlichen Folgen der Verschmelzung von INZ und MVZ auf AMP, FS Leinemann (2006), S. 427, 429. Dies dürfte einer der Gründe dafür sein, dass jedenfalls in der Vergangenheit manche Arbeitgeber in völliger Umkehrung der allgemeinen Interessenlage versuchten, den Leiharbeitnehmern der eine Mitgliedschaft in einer christlichen Arbeitnehmerorganisation geradezu aufzudrängen; vgl. *Schindele*, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt, AuR 2008, 31, 33.

⁴⁵ Siehe nur BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG vom 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 und 1, 2, 3, 4/87 und 1 BvR 1421/86 – BVerfGE 92, 365, 395; JKO/*Krause*, TVR (2007), § 1 Rn. 17.

⁴⁶ *Plastischer Fall ArbG Krefeld* vom 19.4.2011 – 4 Ca 3047/10 – n. v. (Kündigung wegen Weigerung einer Arbeitnehmerin, eine Bezugnahmeklausel auf AMP/CGZP-„Tarifvertrag“ in den Arbeitsvertrag aufzunehmen).

⁴⁷ Warum für diese Tarifverträge eine „besondere Angemessenheitsvermutung“ gelten soll, so *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474, 501, ist nicht erkennbar.

b) Tarifverträge der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit

Der Abschluss von Verbandstarifverträgen durch die CGZP wirkte sich in der Folgezeit auch auf den Abschluss von Verbandstarifverträgen durch die Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB mit den beiden größeren Arbeitgeberverbänden im Bereich der Zeitarbeit, nämlich dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA)⁴⁸ und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) aus, bei denen zwar etwas höhere Entgeltsätze vereinbart werden konnten, die von der Gewerkschaftsseite aber gleichwohl als unbefriedigend niedrig und nur als dem Vorhandensein einer Unterbietungskonkurrenz geschuldet aufgefasst werden.⁴⁹

c) Situation nach dem CGZP-Beschluss des BAG

Mit dem CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2010 ist zunächst geklärt worden, dass die CGZP keine tariffähige Spitzenorganisation im Sinne von § 2 Abs. 3 TVG ist.⁵⁰ Die aus dieser Entscheidung für die von der CGZP in der Vergangenheit⁵¹ vereinbarten Tarifverträge in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht zu ziehenden Schlüsse sind sofort zum Gegenstand eines heftigen Streits geworden,⁵² der hier indes nicht näher ausgebreitet werden soll.

⁴⁸ Im Jahr 2011 haben sich der BZA und der AMP zum Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister (BAP) zusammengeschlossen.

⁴⁹ *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69, 74. Zahlenmaterial bei *Martin*, Tarifverträge in der Leiharbeit (Übersicht), AuR 2004, 247, 249. Freimütig zum Einsatz der – aus Arbeitgebersicht – günstigeren Tarifverträge als Instrument in Tarifverhandlungen mit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit *Hurst*, Tarifverträge in der Zeitarbeit (2010), S. 31.

⁵⁰ BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 = NZA 2011, 289.

⁵¹ Gegen eine Tariffähigkeit der CGZP (auch) in den Jahren 2004, 2006 und 2008 LAG Berlin-Brandenburg vom 9.1.2012 – 24 TaBV 1285/11 u. a. – DB 2012, 693. Ebenso jetzt BAG vom 23.5.2012 – 1 AZB 58/11 und 1 AZB 67/11 – NZA 2012, 623 und 625.

⁵² Dazu LAG Rheinland-Pfalz vom 15.6.2011 – 6 Ta 99/11 – BB 2011, 1916; LAG Baden-Württemberg vom 21.6.2011 – 11 Ta 10/11 – BB 2001, 2557; LAG Berlin-Brandenburg vom 20.9.2011 – 7 Sa 1318/11 – DB 2012, 119; LAG Nürnberg vom 23.11.2011 – 7 Ta 111/11 – DB 2012, 118; LAG Rheinland-Pfalz vom 16.1.2012 – 11 Ta 274/11 – DB 2012, 356; LAG Rheinland-Pfalz vom 16.2.2012 – 10 Sa 453/11 – Juris; LAG Hamm vom 24.2.2012 – 7 Ta 797/11 – Juris; LAG Hamm vom 21.3.2012 – 7 Ta 767/11 – Juris; *Giesen*, Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, (2011); *Lembke*, CGZP-Sachverhalte vor dem 14.12.2010: Aussetzen oder Durchentscheiden?, NZA 2011, 1062 ff.; *Lunk/Rodenbusch*, Der CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2010 und seine Folgen – Ein Zwischenbericht, RdA 2011, 375 ff.; *Neef*, Reichweite der CGZP-Beschlusses, NZA 2011, 615 ff.; *Schlegel*, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, NZA 2011, 380 ff.; *Schüren*, Anmerkungen zur CGZP-Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 und ihrer Bindungswirkung, RdA 2011, 368 ff.; *Zeppenfeld/Faust*, Zeitarbeit nach dem CGZP-Beschluss des BAG, NJW 2011, 1643 ff.

Festzuhalten bleibt in jedem Fall, dass die christlichen Arbeitnehmerorganisationen schon im Vorfeld der Entscheidung des BAG ihre Tarifpraxis umgestellt haben und die neuen Tarifverträge nunmehr als so genannte mehrgliedrige Tarifverträge sowohl im Namen der CGZP als auch aller einzelnen christlichen Gewerkschaften mit dem Ziel abschließen, etwaigen aus der Gestaltung der Satzung der CGZP resultierenden rechtlichen Risiken von vornherein vorzubeugen und hierdurch die Aushebelung des Equal-Pay-Grundsatzes möglichst umfassend abzusichern.⁵³ Infolgedessen hängt die flächendeckende Abbedingung des Gleichbehandlungsgrundsatzes künftig von der Tariffähigkeit der einzelnen christlichen Arbeitnehmerorganisationen als rechtstatsächliche Voraussetzung eines Unterbietungswettbewerbs, die weder in der einen noch in der anderen Hinsicht als rechtlich abschließend geklärt angesehen werden kann,⁵⁴ von der problematischen Frage der Tarifzuständigkeit der Einzelgewerkschaften⁵⁵ sowie bis zu einem gewissen Grade auch von der Kontrolle der Bezugnahmeklauseln ab, derer es regelmäßig bedarf, um die Arbeitsbedingungen im Einsatzbetrieb unterschreiten zu können⁵⁶.

Hiervon abgesehen haben die von der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit für den Bereich der Leiharbeit abgeschlossenen Verbandstarifverträge eine Mindestlaufzeit bis zum 31.10.2013. Auch wenn der konkrete Tarifinhalt maßgeblich von der Konkurrenzsituation durch die CGZP-Tarifverträge geprägt worden ist und man zumindest die Frage aufwerfen kann, ob durch den CGZP-Beschluss des BAG eine Veränderung der Sachlage eingetreten ist, der eine Abstandnahme von diesen Tarifverträgen rechtfertigt,⁵⁷ ist eine

⁵³ Vgl. *Bayreuther*, Tarifzuständigkeit beim Abschluss mehrgliedriger Tarifverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2012, 14; *Freckmann*, Leiharbeitsbranche in Not? – Auswirkungen des CGZP-Beschlusses des BAG, KSzW 2012, 58, 59.

⁵⁴ Hierzu jüngst im Windschatten des CGZP-Beschlusses BAG vom 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 = NZA 2011, 300 (GKH); dazu *Greiner*, Der GKH-Beschluss - Evolution oder (erneute) Revolution der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit?, NZA 2011, 825 ff.; *Ulber*, Neues zur Tariffähigkeit, RdA 2011, 353 ff.

⁵⁵ Dazu *Brors*, Die tarifrechtlichen Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, AuR 2011, 138, 140 f.

⁵⁶ Hierzu LAG Berlin-Brandenburg vom 20.9.2011 – 7 Sa 1318/11 – DB 2012, 119; ArbG Lübeck vom 15.3.2011 – 3 Ca 3147/10 – AuR 2011, 419; ArbG Stuttgart vom 9.3.2012 – 9 Ca 109/11 – Juris; LAG Niedersachsen vom 19.4.2012 – 5 Sa 1607/11 – Juris; *Heimann*, Leiharbeitnehmer mit Formulararbeitsvertrag – Verweisung auf die mehrgliedrigen christlichen (CGZP)-Tarifverträge 2010 – eine intransparente Überraschung!?, AuR 2010, 50 ff.; *Stoffels/Bieder*, AGB-rechtliche Probleme der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf mehrgliedrige Zeitarbeitsverträge, RdA 2012, 27 ff.; zum Ausschlussfristenproblem ferner LAG Düsseldorf vom 8.12.2011 – 11 Sa 852/11 – DB 2012, 921.

⁵⁷ Ob ein Fortfall der Existenz von konkurrierenden Tarifverträgen mit Unterbietungscharakter die DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit zu einer außerordentlichen Lösung vom eigenen Tarifvertrag berechtigen würde (Kündigung aus wichtigem Grund oder wegen Störung der Geschäftsgrundlage), ist allerdings zweifelhaft. Zur grundsätzlichen Problematik der außerordentlichen Kündigung von Tarifverträgen näher *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 4 Rn. 28 ff. m. w. N.

solche vorzeitige Beendigung nicht geplant und wäre aus grundsätzlichen tarifpolitischen Erwägungen heraus wohl auch sehr untunlich.

Damit steht zunächst fest, dass der gesetzliche Ausgangspunkt des Equal-Pay-Grundsatzes nach der bisherigen Rechtslage zumindest bis zum Auslaufen der DGB-Tarifverträge in erheblichen Teilen der Leiharbeitsbranche keine Wirkung entfaltet, die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes insoweit also nicht einfach auf das Gesetz gestützt werden kann.

4. Rechtslage nach dem novellierten AÜG und der Leiharbeitsrichtlinie

Das novellierte AÜG, das am 1.12.2011⁵⁸ in Kraft getreten ist und der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG dient, enthält nach wie vor keine Beschränkungen des Umfangs der Leiharbeit in quantitativer Hinsicht.

Dagegen erklärt § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nunmehr ausdrücklich, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“ erfolgt. Der Sinngehalt dieser Aussage ist umstritten. Ein Teil des Schrifttums sieht in dieser Bestimmung lediglich einen Programmsatz ohne einen eigenen Regelungsgehalt und verweist zur Begründung darauf, dass der Gesetzgeber kein klares Verbot der dauerhaften Überlassung angeordnet hat.⁵⁹ Gegen diese Sichtweise spricht freilich, dass das AÜG nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers zumindest künftig nur noch die vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern an den jeweiligen Entleiher regeln will.⁶⁰ Ein solches Regelungsmodell macht indes nur dann Sinn, wenn damit zugleich eine dauerhafte Überlassung von Leiharbeitnehmern untersagt werden soll.⁶¹ Die alternative Lesart, die Dauerüberlassung als einen völlig außerhalb des AÜG und seiner Schutzmechanismen angesiedelten Tatbestand anzusehen,⁶² wäre widersinnig.⁶³ Gestützt wird die Auslegung der Neufassung des AÜG als

⁵⁸ Mit Ausnahme von § 3a AÜG, der bereits am 30.4.2011 Geltung erlangt hat; dazu sogleich im Text.

⁵⁹ *Lembke*, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414, 415; *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474, 486 ff.; *Thüsing/Stiebert*, Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632, 633 ff., im Erg. ebenso ArbG Leipzig vom 15.2.2012 – 11 BV 79/11 – Juris; ArbG Leipzig vom 23.3.2012 – 3 BV 84/11 – Juris; ArbG Leipzig vom 23.3.2012 – 5 BV 85/11 – Juris.

⁶⁰ BT-Drucks. 17/4804 vom 17.2.2011, S. 8.

⁶¹ *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321, 324 ff.; so auch – trotz Kritik am Gesetzgeber – *Dünnell*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449, 450 f.

⁶² So *Thüsing/Stiebert*, Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632, 633 ff., die als Grenze lediglich ein – restriktiv verstandenes – Rechtsmissbrauchsverbot anerkennen wollen.

⁶³ Insoweit auch *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474, 487.

Verbot der dauerhaften Überlassung von Leiharbeitnehmern durch die weitere Aussage in den Gesetzesmaterialien, dass der Begriff „vorübergehend“ als flexible Zeitkomponente verstanden und auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet wird.⁶⁴ Wäre auch eine Dauerüberlassung zulässig, hätte der Verzicht auf die Festsetzung einer Höchstüberlassungsfrist schlicht mit der prinzipiellen Unbegrenztheit der Leiharbeit begründet werden müssen, nicht aber durch einen Verweis auf eine „flexible Zeitkomponente“. Schließlich entspricht das grundsätzliche Verbot einer Dauerüberlassung auch den Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG. Diese Richtlinie betont an zahlreichen Stellen, dass es sich bei der Leiharbeit um eine vorübergehende Tätigkeit eines Leiharbeitnehmers unter Aufsicht und Leitung des entleihenden Unternehmens handelt (z. B. Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 lit. b bis e RL 2008/104/EG). Alle diese Bestimmungen sind nur dann schlüssig, wenn der Leiharbeitsrichtlinie zugleich das Verbot einer Dauerüberlassung entnommen wird.⁶⁵ Allerdings ist zuzugeben, dass sowohl der deutsche als auch der europäische Gesetzgeber diesen Regelungsgehalt deutlicher hätten zum Ausdruck bringen sollen. Zudem ist es misslich, dass von klaren und eindeutigen Höchstüberlassungsfristen abgesehen worden ist. Vielmehr lässt sich aus dem novellierten AÜG wie auch aus der Leiharbeitsrichtlinie mit Sicherheit nur ableiten, dass die Arbeitnehmerüberlassung von vornherein zeitlich befristet sein muss oder das Leiharbeitsverhältnis über die Dauer der Überlassung hinausreichen muss.⁶⁶

Auch wenn man extrem lange Überlassungsfristen (etwa zehn Jahre), seien sie von vornherein fest vereinbart oder im Laufe der Zeit sukzessive erreicht, bei wertender Betrachtung als Dauerüberlassung einstufen kann, ist es doch kaum möglich, die Regelungen trotz des bewussten Verzichts auf Höchstüberlassungsfristen dahin zu interpretieren, dass jede Überschreitung einer Überlassungsdauer von zwei Jahren oder sogar nur von einem Jahr künftig eine unzulässige Dauerüberlassung darstellt. Vor allem aber ist es ein

⁶⁴ BT-Drucks. 17/4804 vom 17.2.2011, S. 8.

⁶⁵ Ebenso *Diwv*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449, 450 f.; *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287, 310 ff.; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), S. 460 ff.; *Schüren/Wank*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1, 3; *Ulber*, Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10, 11; a. A. *Boemke*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177, 179.

⁶⁶ So auch – zur RL 2008/104/EG – *Schüren/Wank*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1, 3; zusätzlich für qualitative Kriterien *Diwv*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449, 454 (Orientierung am Befristungsrecht); *Hamann*, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70, 74; *ders.*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321, 326 (Rechtsmissbrauchskontrolle); ferner *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), S. 464 ff.

großes Manko, dass das modifizierte AÜG keine klare Rechtsfolge für den Fall vorsieht, dass die Überlassung eines Leiharbeitnehmers als unzulässige Dauerüberlassung zu qualifizieren ist. So enthalten weder die verwaltungsrechtliche Bestimmung des § 3 AÜG noch die arbeitsrechtlichen Vorschriften der §§ 9, 10 AÜG eine Regelung des Inhalts, dass bei einer unstatthafter Dauerüberlassung automatisch ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet wird.⁶⁷ Die bisherige Judikatur des BAG⁶⁸ spricht eher dagegen, eine solche Rechtsfolge bei einem Gesetzesverstoß eintreten zu lassen. Zwar ließe sich eine entsprechende Argumentation auf die allgemeine Überlegung stützen, dass Art. 10 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG entsprechend allgemeinen Grundsätzen verlangt, Sanktionen bei Verstößen gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie müssten wirksam, angemessen und abschreckend sein. Wenn man der Leiharbeitsrichtlinie bzw. dem novellierten AÜG also das Verbot einer Dauerüberlassung entnimmt, ist es nur konsequent, dieses Verbot effektiv abzusichern, was der Sache nach praktisch nur durch die gesetzliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher bewerkstelligt werden kann.⁶⁹ Die Begründung eines solchen Arbeitsverhältnisses würde dann automatisch zur Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Equal Pay/Equal Treatment) führen, wobei aber noch das Zusatzproblem zu lösen wäre, ob dieser Grundsatz dann nur für die Zukunft eingreift oder auch bzw. unter welchen Voraussetzungen für die Vergangenheitswirkung entfaltet. Eine derart weitgehende Rechtsfortbildung ist allerdings mit erheblichen Unsicherheiten behaftet und kann auch vor dem Hintergrund der teilweise recht weit gehenden Auslegung europäischen Rechts durch den EuGH nicht sicher prognostiziert werden. Dementsprechend besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit über die Frage, ob die (deutschen) Gerichte für Arbeitssachen bereit sind, aus den eher spärlichen legislativen Vorgaben derart einschneidende Rechtsfolgen abzuleiten. Schließlich würde selbst eine dahingehende Interpretation bzw. Fortbildung des AÜG nur bei den eher seltenen Fällen der dauerhaften Überlassung ein und desselben Arbeitnehmers Abhilfe schaffen. Da die meisten Leiharbeitnehmer nur kürzere Zeit im Einsatzbetrieb verbleiben,⁷⁰ kann dem Equal-Pay-Grundsatz auf der Basis des geltenden Rechts nicht schon auf diesem Wege umfassend zum Durchbruch verholfen werden würde.

⁶⁷ Abl. daher *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321, 326 f.

⁶⁸ Vgl. BAG vom 28.6.2000 – 7 AZR 100/99 – AP AÜG § 13 Nr. 3 = NZA 2000, 1160; BAG vom 19.3.2003 – 7 AZR 267/02 – AP AÜG § 13 Nr. 4.

⁶⁹ In diese Richtung auch *Düwell*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449, 454 f.

⁷⁰ Vgl. BT-Drucks. 17/464 vom 18.1.2010, S. 23 ff.

Stattdessen ist fraglich, ob der Equal-Pay-Grundsatz mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG am 5.12.2011 bereits automatisch gilt. Anknüpfungspunkt für diese Überlegung ist Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG, der im Grundsatz die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anordnet. Im Hinblick auf das Arbeitsentgelt eröffnet Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG den Mitgliedstaaten die Option, von diesem Grundsatz abzuweichen, wenn Leiharbeitnehmer über einen unbefristeten Arbeitsvertrag verfügen und auch in der Zeit zwischen den Überlassung bezahlt werden. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG den Sozialpartnern die Möglichkeit einräumen, vom Gleichbehandlungsgrundsatz „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abzuweichen. Würde man nun zum einen davon ausgehen, dass Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG nur Abweichungen unmittelbar durch gesetzliche Regelungen erlaubt, aber keine Ermächtigung zur Schaffung von tarifdispositivem Recht enthält,⁷¹ und diese Bestimmung zum anderen zugleich als *lex specialis* für den Bereich des Arbeitsentgelts begreifen, die durch Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG vorgesehene Möglichkeit einer Tariföffnung also nur auf sonstige Arbeitsbedingungen außerhalb des Arbeitsentgelts bezieht,⁷² stünde das europäische Recht jeder Tarifdispositivität des Equal-Pay-Grundsatzes ohne Rücksicht auf einen wie auch immer gearteten „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“ entgegen. Sofern man aus einer solchen europarechtlichen Vorgabe darüber hinaus den Schluss ziehen würde, die Tariföffnungsklausel der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2, 10 Abs. 4 S. 2 AÜG für unanwendbar zu halten, bestünde schon jetzt ein umfassender gesetzlicher Anspruch auf Entgeltgleichheit. Mangels wirksamer abweichender tarifvertraglicher Regelungen wären alle gewerkschaftlichen Gegenstrategien, die auf eine Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes hinauslaufen, schlicht unnötig. Ob das europäische Recht aber entgegen der überwiegenden Literatur, die Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG auch auf das Arbeitsentgelt anwendet und somit dafür votiert, dass die Mitgliedstaaten den Tarifvertragsparteien eine Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz erlauben,⁷³ tatsächlich in diesem Sinne interpretiert

⁷¹ So *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, *EuZA* 2009, 287, 308; ebenso wohl *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), Einleitung F Rn. 62; anders aber *ders.*, Die Richtlinie zur Leiharbeit, *AuR* 2010, 10, 13.

⁷² *Blanke*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Arbeitnehmerüberlassung, *DB* 2010, 1528, 1530 f.; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), Einleitung F Rn. 63.

⁷³ *Boemke*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, *RIW* 2009, 177, 182 f.; *Fuchs*, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, *NZA* 2009, 57, 61; *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, *EuZA* 2009, 287, 308 ff.; *Klumpp*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie, *GPR* 2009, 89, 91; *Schüren/Wank*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, *RdA* 2011, 1, 5; *Waltermann*, Fehlentwicklung in der Leiharbeit, *NZA* 2010, 482, 484 f.

werden kann, ist zumindest zweifelhaft und kann jedenfalls vor einer klarstellenden Entscheidung des EuGH nicht leichtfertig bejaht werden.⁷⁴ Entsprechendes gilt für die auf der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Tariföffnungsklausel aufbauende Möglichkeit gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG, durch einzelvertragliche Bezugnahme vom Equal-Pay-Grundsatz abzuweichen,⁷⁵ deren Unionsrechtskonformität keineswegs feststeht, die aber auch nicht ohne weiteres verneint werden kann.⁷⁶ Daher besteht im Moment keine Situation, nach der (nicht organisierte) Leiharbeitnehmer einen unabdingbaren Anspruch auf Entgeltgleichheit problemlos durchsetzen können.

Keine Abhilfe verschafft schließlich die durch § 3a AÜG in das Arbeitnehmerüberlassungsrecht mit Wirkung bereits zum 30.4.2011⁷⁷ neu eingefügte Möglichkeit der verbindlichen Festsetzung von Lohnuntergrenzen durch eine Rechtsverordnung des BMAS⁷⁸. Dieser Mechanismus ist das leiharbeitsrechtliche Pendant zur Festsetzung von Mindestentgelten nach dem Arbeitnehmersenderecht. Er verhindert eine Abwärtsspirale der Entgelte im Bereich der Leiharbeit durch permanenten Unterbietungswettbewerb und verschafft den betroffenen Arbeitnehmern somit einen Mindestschutz. Da auf diesem Weg aber praktisch nicht mehr als eine Verbreiterung der von der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit vereinbarten Verbandstarifverträge mit BAP und iGZ erreicht werden kann, ist § 3a AÜG kein taugliches Instrument zur Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes. Dementsprechend beläuft sich die Lohnuntergrenze, die nach der Zustimmung des Tarifausschusses beim BMAS Anfang Dezember 2011 am 1.1.2012 in Kraft getreten ist⁷⁹ und eine Laufzeit bis zum 31.10.2013 hat, auf 7,89 EUR (West) bzw. 7,01 EUR (Ost)⁸⁰ und damit auf ein weit geringeres Entgelt, als es dem Tarifniveau der Einsatzbetriebe regelmäßig entspricht.

⁷⁴ Dies gilt erst recht für die Vorfrage, ob Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2008/104/EG unter Umständen gegen primäres Unionsrecht verstoßen; dazu *Henschmid/Klank*, Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeits-Richtlinie, SR 2012, 84 ff.

⁷⁵ Zur Eigenständigkeit dieser Frage *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287, 310.

⁷⁶ Dazu näher – wenn auch letztlich unentschieden – *Waas*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, ZESAR, 2012, 7, 10 ff.

⁷⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

⁷⁸ Dazu etwa *Düvell*, Überlassung zur Arbeitsleistung - Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung DB 2011, 1520; *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321, 329 ff.

⁷⁹ Bundesanzeiger vom 28.12.2011, Nr. 195, S. 4608.

⁸⁰ Ab 1.11.2012 beträgt die Lohnuntergrenze 8,19 EUR (West) bzw. 7,50 EUR (Ost).

III. Gegenstrategien der Arbeitnehmerseite

Die Arbeitnehmerseite bemüht sich seit einigen Jahren darum, den durch die Leiharbeit hervorgerufenen Friktionen entgegenzutreten. So ist es allein im Organisationsbereich der IG Metall mittlerweile zu insgesamt über 1.200 so genannten „Besser-Vereinbarungen“ gekommen,⁸¹ die sehr unterschiedliche Inhalte aufweisen. Dabei lassen sich im Wesentlichen zwei Strategien unterscheiden.

1. Eindämmung des Umfangs der Leiharbeit

Insoweit geht es zum einen darum, durch tarifvertragliche oder betriebliche Regelungen den Umfang der Leiharbeit zu beschränken.

a) Quoten für den Einsatz von Leiharbeitnehmern/Bindung an sachliche Gründe

Insoweit sind zunächst Regelungen zu nennen, die bestimmte Höchstquoten für die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Verhältnis zur Stammbesellschaft festlegen. Ein aktuelles Beispiel ist der Zukunftstarifvertrag vom Oktober 2011 bei Airbus, der u. a. vorsieht, dass ab 1. Januar 2012 maximal 20 % Leiharbeiter und ab 1. Januar 2015 maximal 15 % Leiharbeitnehmer (sowie maximal fünf Prozent befristet Beschäftigte) bei Airbus tätig sein sollen.⁸² In einem Firmentarifvertrag bei der Still GmbH von 2007 wird zwar auf Höchstquoten verzichtet und stattdessen nur vergleichsweise allgemein eine Pflicht des Arbeitgebers zur Reduzierung des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern begründet, die Heranziehung solcher Beschäftigten aber an das Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ gebunden, der freilich nicht näher umschrieben wird. Konkreter formuliert nun der Verbandstarifvertrag in der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg vom Mai 2012, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern zulässig sein soll, wenn der Einsatz zeitlich befristet ist, ein Sachgrund wie etwa ein Vertretungsfall oder das Fehlen einer erforderlichen Fachkraft mit speziellen Qualifikationen vorliegt oder aber ein zeitlich begrenzter Mehrbedarf besteht. Ein firmenbezogener Verbandstarifvertrag im Bereich der Miederindustrie von 2009 kombiniert verschiedene Elemente, indem er neben einer grundsätzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers, zur Überbrückung von vorübergehenden Personalengpässen vorrangig Arbeitnehmer befristet einzustellen anstatt auf Leiharbeitnehmer zurückzugreifen, den Einsatz von Zeitarbeitnehmern auf die Überbrückung von kurzfristigen Engpässen beschränkt und darüber hinaus eine Höchstquote von sogar nur 2,5 %

⁸¹ Vgl. IG Metall direkt 1/2012, S. 7.

⁸² Für den Anlauf eines neuen Flugzeugprogramms sollen die Quoten nicht gelten.

anordnet. Auf einer ähnlichen Linie liegen (Gesamt)Betriebsvereinbarungen bei Ford (2003) und Opel (2004), die Höchstquoten von 3 % (teilweise mit Ausnahmen für Sondersituationen) sowie darüber hinaus den Ausschluss des Einsatzes von Leiharbeitnehmern in bestimmten Bereichen (z. B. bei der Qualitätssicherung) enthalten. Eine Gesamtbetriebsvereinbarung bei DaimlerChrysler (2004) sieht neben einer absoluten Größe (2.500 Zeitarbeitnehmer) eine relative Höchstquote von 4% vor. Eine neuere Gesamtbetriebsvereinbarung bei Daimler (2010) schreibt im Grundsatz eine Höchstquote von 8% fest, bezieht dabei aber nicht nur Zeitarbeitnehmer, sondern auch befristet Beschäftigte ein. Zudem wird bei allen drei Automobilherstellern ein Vorrang von Maßnahmen auf dem internen Arbeitsmarkt (z. B. Versetzung von Stammarbeitnehmern), bei Ford darüber hinaus ausdrücklich eine Begrenzung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern auf bestimmte Sondersituationen (z. B. nicht planbare Abwesenheitszeiten) fixiert.

b) Begrenzungen der Höchstdauer/Übernahmepflichten

Um eine Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer zu verhindern, wird zum Teil die Höchsteinsatzdauer begrenzt bzw. der Arbeitgeber dazu verpflichtet, den eingesetzten Leiharbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen eine Festanstellung anzubieten. So schreibt der erwähnte Firmentarifvertrag bei der Still GmbH eine Höchstüberlassungsdauer von sechs Monaten fest. Ein Verbandstarifvertrag für die saarländische Eisen- und Stahlindustrie von Dezember 2010 sieht eine Einsatzdauer des einzelnen Leiharbeitnehmers von grundsätzlich sogar nur drei Monaten, höchstens aber sechs Monaten vor.⁸³ Weiter regelt der genannte Zukunftstarifvertrag bei Airbus, dass im Jahr 2016 insgesamt 300 Zeitarbeitnehmern unbefristete Arbeitsverträge anzubieten sind. Ferner ist im Verbandstarifvertrag in der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg vom Mai 2012 für den Fall, dass es nicht zu entsprechenden betrieblichen Regelungen kommt, eine gestufte Übernahmeregulierung vorgesehen: So soll der Entleiher nach einer 18 Monate dauernden Überlassung eines Leiharbeitnehmers die Möglichkeit des Angebots eines unbefristeten Arbeitsvertrages überprüfen, während er nach 24 Monaten ein solches Übernahmeangebot grundsätzlich zu unterbreiten hat.

⁸³ Ausnahmen sind mit Zustimmung des Betriebsrats bzw. durch Entscheidung einer tariflichen Schlichtungsstelle möglich.

c) Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats

Schließlich geht es um Regelungen, die auf eine Ausdehnung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats hinauslaufen und ihn dazu berechtigen sollen, der ungebremsten Zunahme des Einsatzes von Leiharbeitnehmern entgegenzutreten. Hierzu zählen zum einen „unechte“ Erweiterungen in dem Sinne, dass die Tarifparteien auf dem bereits kraft Gesetzes vorhandenen Mechanismus bei personellen Einzelmaßnahmen aufbauen, der ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG vorsieht, wenn die Einstellung eines Zeitarbeitnehmers im Entleiherbetrieb⁸⁴ gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag verstoßen würde, wobei insoweit insbesondere an die Überschreitung bestimmter Höchstquoten oder bestimmter Einsatzzeiten zu denken ist.⁸⁵ Zum anderen kommen Erweiterungen in dem Sinne in Betracht, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Ausgangspunkt überhaupt nur auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung möglich sein soll, die verschiedene begrenzende Parameter enthält, wie es im Verbandstarifvertrag für die saarländische Eisen- und Stahlindustrie von Dezember 2010 vorgesehen ist. Noch stärker auf die Schaffung eines betrieblichen Verhandlungsrahmens gerichtet wären verbandstarifvertragliche Regelungen, die nicht selbst inhaltliche Grenzen festlegen, sondern die dem Betriebsrat insbesondere auch unterhalb des Schwellenwertes des § 95 Abs. 2 BetrVG ein Initiativrecht auf Auswahlrichtlinien einräumen, mit denen gegebenenfalls leiharbeiterbezogene Schranken wie insbesondere Höchstquoten etabliert werden können,⁸⁶ die den konkreten betrieblichen Verhältnissen

⁸⁴ Zur Mitbestimmungspflichtigkeit des tatsächlichen Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb einschließlich der Beschäftigung über den ursprünglich vorgesehen Zeitpunkt hinaus und des Austausches des Beschäftigten gemäß § 14 Abs. 3 AÜG, § 99 Abs. 1 BetrVG siehe nur BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199; BAG vom 23.1.2008 – 1 ABR 74/06 – AP AÜG § 14 Nr. 14 = NZA 2008, 603; BAG vom 1.2.2011 – 1 ABR 79/09 – NZA 2011, 703; BAG vom 9.3.2011 – 7 ABR 137/09 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 63 = NZA 2011, 871; BAG vom 1.6.2011 – 7 ABR 18/10 – NJOZ 2012, 20; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 99 Rn. 57 ff.; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rn. 49 ff.

⁸⁵ Zur Frage, ob der als nicht nur vorübergehend geplante Einsatz eines Leiharbeitnehmers nach der Novellierung des AÜG zu einem Zustimmungsverweigerungsgrund führt, vgl. bejahend *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 99 Rn. 192a; *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321, 327; verneinend ArbG Leipzig vom 15.2.2012 – 11 BV 79/11 – Juris. Zu Beteiligungsrechten, die der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes dienen, siehe unten III 2 c.

⁸⁶ Zur bislang nicht abschließend geklärten Frage, ob in Auswahlrichtlinien im Sinne des § 95 Abs. 2 BetrVG auch Quoten für Leiharbeiter fixiert werden können, vgl. bejahend *DKKW/Klebe*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 95 Rn. 27; grds. ebenso für Skalen über die Zusammensetzung der Belegschaft *MünchArbR/Matthes*, 3. Aufl. (2009), § 260 Rn. 11; *GK-BetrVG/Raab*, 9. Aufl. (2010), § 95 Rn. 34; *Zöllner*, Auswahlrichtlinien für Personalmaßnahmen, FS G. Müller (1981), S. 665, 680 f.; a. A. *Gussen*, Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG als Arbeitgeberkorsett für die Einstellung von Leiharbeitnehmern?, NZA 2011, 830, 831, 834; im Erg. abl. auch *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 95 Rn. 21.

angepasst sind und die dann über § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG zu einem Zustimmungsverweigerungsrecht führen. In eine ähnliche Richtung geht nunmehr der Verbandstarifvertrag in der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg vom Mai 2012, der den Betriebsparteien einen Verhandlungsanspruch über den Einsatz von Leiharbeit einräumt und als mögliche Regelungsgegenstände u. a. die Einsatzbereiche und das Volumen sowie die Höchstdauer des Einsatzes sowie Übernahmeregelungen vorsieht. Darüber hinaus finden sich Variationen wie etwa die Bindung der Überschreitung einer grundsätzlichen Höchstquote an die Zustimmung des Betriebsrats in der erwähnten Gesamtbetriebsvereinbarung bei Daimler (2010). Ferner wird diskutiert, solche Abreden durch eine Modifikation des Verfahrens nach § 100 BetrVG zu flankieren, um den Arbeitgeber daran zu hindern, durch vorläufige Maßnahmen insbesondere zusätzliche Mitspracherechte des Betriebsrats im Hinblick auf Leiharbeitnehmer letztlich leerlaufen zu lassen. In diesem Sinne enthält der soeben erwähnte Verbandstarifvertrag in der baden-württembergischen Metall- und Elektroindustrie gewisse Einschränkungen der Befugnis des Arbeitgebers zu vorläufigen personellen Maßnahmen, indem er eine Art Karenzfrist vorsieht.⁸⁷

2. Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes

Zum anderen sind Bestrebungen zu nennen, den an sich kraft Gesetzes geltenden, durch Tarifvertrag aber praktisch flächendeckend abbedungenen Equal-Pay-Grundsatz unmittelbar oder mittelbar wiederherzustellen.

a) *Vereinbarungen mit bzw. unter Einbeziehung der Verleiherseite*

Insoweit geht es auf der einen Seite um Vereinbarungen (Tarifverträge), die auf der Arbeitgeberseite (nur) von den einzelnen Verleiherunternehmen bzw. von den entsprechenden Verleiherarbeitgeberverbänden geschlossen werden. Hierzu ist zum einen auf die Absichtserklärungen in der chemischen Industrie zu verweisen, in der sich die IG BCE und der BAP im Dezember 2011 im Grundsatz auf ein Zuschlagssystem geeinigt haben, durch das Leiharbeitnehmer bei einem Einsatz in der chemischen Branche in mehreren zeitlichen Stufen an die in diesem Industriezweig gezahlten Entgelte herangeführt werden sollen.⁸⁸ Zum anderen hat die IG Metall mit den führenden Zeitarbeitsunternehmensverbänden BAP und iGZ im Mai 2012 tarifvertraglich Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Metall- und Elektroindustrie vereinbart, die je nach Einsatzdauer ebenfalls eine stufenweise Erhöhung der Vergütung vorsehen. Schon früher (2007)

⁸⁷ So soll eine vorläufige personelle Maßnahme frühestens zehn Kalendertage nach Antragstellung gemäß § 100 BetrVG bzw. frühestens drei Kalendertage nach erfolgter Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 BetrVG durchgeführt werden können.

⁸⁸ Vgl. F.A.Z. Nr. 285 vom 7.12.2011, S. 14.

hatte die IG Metall mit einem Zeitarbeitsunternehmen für die bei Audi in Ingolstadt eingesetzten Leiharbeiter eine Angleichung der Entgelte durch Zahlung einer Zulage verabredet. Denkbar sind ferner dreiseitige Vereinbarungen zwischen der Arbeitgeberseite (Entleiher und Verleiher) sowie der Arbeitnehmerseite (Gewerkschaft oder Betriebsrat), deren Ziel darin besteht, den Leiharbeitern gegen das Verleiherunternehmen einen unmittelbaren Anspruch auf Gewährung eines im Wesentlichen gleichen Entgelts im Vergleich zu Stammarbeitnehmern des Einsatzbetriebes zu verschaffen. Demgegenüber hat das so genannte Fairness-Abkommen der IG Metall mit den (ehemaligen) Arbeitgeberverbänden BZA und iGZ gleichsam nur eine unterstützende Funktion, indem es die Bereitschaft zum Abschluss solcher dreiseitigen Vereinbarungen fördern und im Übrigen lediglich zur Beachtung des Tarifvertrages der DGB-Arbeitsgemeinschaft Zeitarbeit mit BZA und iGZ anhalten soll, der freilich gerade nicht den Equal-Pay-Grundsatz verwirklicht.⁸⁹

b) Vereinbarungen ausschließlich mit der Entleiherseite

Auf der anderen Seite finden sich Vereinbarungen, die auf der Arbeitgeberseite ausschließlich mit einzelnen Entleiherunternehmen bzw. mit den Entleiherarbeitgeberverbänden getroffen werden und mittelbar bewirken sollen, dass den Leiharbeitern der Equal-Pay-Grundsatz zugutekommt.

Die umfassendste Regelung dieser Art enthält der Tarifvertrag für die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie vom September 2010.⁹⁰ In diesem Verbandstarifvertrag wird zunächst in § 2 eine Verpflichtung der Mitgliedsunternehmen festgeschrieben, in ihrer Eigenschaft als Entleiher beim Abschluss von Verträgen mit Verleihern darauf hinzuwirken, dass Leiharbeitern während ihres Einsatzes im Betrieb des jeweiligen Mitgliedsunternehmens gegen ihren Vertragsarbeitgeber ein Anspruch auf ein Entgelt zusteht, das sich danach bemisst, wie die ausgeübte Tätigkeit nach der jeweils gültigen Lohn- bzw. Gehaltstabelle für die Stahlindustrie vergütet wird (Vergleichsentgelt). Die Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes soll nach Maßgabe von § 3 durch eine Schadensersatzpflicht des Entleihers gegenüber dem Leiharbeiter abgesichert werden. Diese Schadensersatzpflicht wird an die Voraussetzung gekoppelt, dass der Leiharbeiter das Vergleichsentgelt nicht erhalten hat und umfasst die Differenz zwischen dem arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch des Leiharbeiters gegen seinen Vertragsarbeitgeber (Verleiher) und dem Vergleichsentgelt. Der

⁸⁹ Zur UWG-rechtlichen Zulässigkeit von gewerkschaftlichen Maßnahmen, mit denen das Fairness-Abkommen verbreitet werden soll vgl. ArbG Frankfurt vom 27.8.2008 – 2 Ga 115/08 – AuR 2009, 51.

⁹⁰ Überblick über die Regelungen bei *Karthaus*, „Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.“, AuR 2010, 494 ff.

Schadensersatzanspruch soll nicht bestehen, wenn das Mitgliedsunternehmen nachweist, dass es den Verleiher vertraglich dazu verpflichtet hat, dem Leiharbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf das Vergleichsentgelt einzuräumen. Der Tarifvertrag spricht insoweit von einer „Haftung für fehlerhafte Vertragsgestaltung mit dem Verleiher“. Ein direkter Entgeltanspruch des Leiharbeitnehmers gegen das Mitgliedsunternehmen wird dagegen ausdrücklich ausgeschlossen (§ 2 Abs. 1 S. 2). Im erwähnten firmenbezogenen Verbandstarifvertrag im Bereich der Miederindustrie von 2009 ist – wenn auch wesentlich weniger ausführlich – ebenfalls davon die Rede, dass Leiharbeitnehmer mit Stammarbeitnehmern gleichbehandelt werden sollen. Insbesondere wird der Einsatz von Leiharbeitnehmern an die Voraussetzung gebunden, dass sich ihre Entgeltbedingungen nach den Tarifverträgen für die Miederindustrie richten. Auf firmentarifvertraglicher Ebene ist der Airbus-Tarifvertrag von 2003 zu nennen, der von Airbus verlangt, gegenüber den beauftragten Verleiherunternehmen darauf hinzuwirken, dass eingesetzte Leiharbeitnehmer ab dem Beginn des vierten Einsatzmonats einen Anspruch auf Equal Pay haben, wobei diese Pflicht allerdings nicht durch etwaige Zahlungsansprüche der überlassenen Arbeitnehmer direkt gegen Airbus unterstützt wird. Vergleichbares gilt für den Firmentarifvertrag mit der Still GmbH, der den Equal-Pay-Grundsatz sogar schon von Anfang an durchsetzen will und dabei auf eine entsprechende Auswahl im Hinblick auf die Personaldienstleister setzt, mit denen der Entleiher kooperiert.

Daneben ist es im Bereich der Metallindustrie auf der betrieblichen Ebene zu zahlreichen „Besservereinbarungen“ gekommen. Diese Betriebsvereinbarungen sehen vor, dass die Leiharbeitnehmer während ihres Einsatzes die (tariflichen) Entgelte erhalten sollen, die vergleichbaren Stammarbeitnehmern zustehen. Konstruktiv soll dies regelmäßig dadurch bewerkstelligt werden, dass sich der Entleiher dazu verpflichtet, in den Überlassungsvertrag mit dem Verleiher Regelungen aufzunehmen, die darauf hinauslaufen, dass der Verleiher im Verhältnis zu den bei ihm beschäftigten Leiharbeitnehmern den Equal-Pay-Grundsatz einhält, solange diese Leiharbeitnehmer bei den jeweiligen Entleiher eingesetzt werden. Dies gilt etwa für (Gesamt)Betriebsvereinbarungen, die bei BMW, Ford und Opel abgeschlossen worden sind. In den Gesamtbetriebsvereinbarungen bei Daimler-Chrysler bzw. Daimler ist sogar von der Gewährung einer Zulage durch das Unternehmen selbst die Rede, die den Zeitarbeitnehmern zusätzlich zu ihrem Arbeitsentgelt, auf das sie einen Anspruch gegen ihren Vertragsarbeitgeber haben, zugutekommen soll.

c) Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats

Gleichsam eine Mittelstellung zwischen den Strategien zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes und zur Eindämmung des Umfangs der Leiharbeit bilden solche Erweiterungen von betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechten, die dem Betriebsrat ein Mittel in die Hand geben sollen, auf die Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatz hinzuwirken. Konkret geht es in erster Linie darum, ob das Zustimmungsverweigerungsrecht des § 99 BetrVG, das dem Betriebsrat kraft Gesetzes keine Handhabe gibt, die betriebsverfassungsrechtliche Einstellung eines Leiharbeitnehmers unter Berufung auf die Nichteinhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes zu verweigern,⁹¹ entsprechend erweitert werden kann. Wäre eine solche Regelung zulässig, so würden einem Leiharbeitnehmer zwar keine individuellen Ansprüche eingeräumt werden. Durch eine solche Vetoposition des Betriebsrats würde aber eine Situation geschaffen werden, bei der der Arbeitgeber vor die Wahl gestellt wird, entweder für die Einhaltung von Equal Pay zu sorgen oder das Ausmaß der Leiharbeit zu reduzieren und vom Einsatz von solchen Zeitarbeitnehmern Abstand zu nehmen, bei denen Equal Pay nicht gewährleistet werden kann. Noch einen Schritt weiter geht der Verbandstarifvertrag für die saarländische Eisen- und Stahlindustrie von Dezember 2010, der die Sicherstellung von Equal Pay nur als ein Teilelement der Betriebsvereinbarung einstuft, die abgeschlossen werden muss, damit es überhaupt zu einem Einsatz von Leiharbeitnehmern kommt.

⁹¹ BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199; BAG vom 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 – AP AÜG § 3 Nr. 4 = NZA 2009, 1156; BAG vom 1.6.2011 – 7 ABR 117/09 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 64 = NZA 2011, 1435; *Diemell/Dahl*, Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, NZA-RR 2011, 1, 4; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 99 Rn. 192; Schüren/Hamann/Hamann, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 14 Rn. 192; GK-BetrVG/Raab, 9. Aufl. (2010), § 99 Rn. 135; Richardi/Thüsing, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rn. 187; *von Tiling*, Beteiligungsrechte beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, BB 2009, 2422, 2426; a. A. *Grimm/Brock*, Das Gleichbehandlungsgebot nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs, DB 2003, 1113, 1115 f.; *Reim*, Neue Flexibilität bei der Leiharbeit, ZTR 2003, 106, 111.

IV. Tarifvertragliche Regulierungen der Leiharbeit

1. Tarifrrechtliche Ausgangspositionen

Schon auf den ersten Blick ist erkennbar, dass alle vorstehend beschriebenen Ansätze einer Einflussnahme auf das in den letzten Jahren sprunghaft angestiegene Phänomen der Leiharbeit durch tarifvertragliche Regulierungen als Gegenstand der folgenden Ausführungen⁹² in ein vielschichtiges Interessengeflecht hineinführen, bei dem auf der Arbeitgeberseite sowohl die Interessen der Entleiher als auch der Verleiher berührt werden, während es auf der Arbeitnehmerseite sowohl um die Interessen der Leiharbeitnehmer als auch der Stammarbeitnehmer geht. Um die verschiedenen rechtlichen Ebenen klar voneinander abzugrenzen, soll bei der Untersuchung der hier in Rede stehenden Tarifforderungen bzw. Tarifinhalte im Folgenden zwischen der – gegenständlichen und personellen – Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien zur grundsätzlichen Regelung bestimmter Angelegenheiten („Außenschränken“) und der Zulässigkeit der jeweiligen tarifvertraglichen Regelungen („Innenschränken“),⁹³ d. h. der Frage, ob eine Vereinbarung gegen (höherrangiges) Recht verstößt,⁹⁴ unterschieden werden, wobei diese Differenzierung es nicht ausschließt, dass bestimmte rechtliche Aspekte wie insbesondere das Verhältnis zwischen Arbeitsmarktregulierung und Dienstleistungsmarktregulierung auf beiden Ebenen zur Sprache kommen.

Die rechtliche Analyse der tarifvertraglichen Regelungen wird dadurch erschwert, dass über die funktionellen und inhaltlichen Grenzen der Tarifautonomie trotz einer jahrzehntelangen Diskussion⁹⁵ bislang noch keine Einigkeit erzielt worden ist. Legt man insbesondere diejenigen

⁹² Die rechtliche Würdigung betrieblicher Regelungen bleibt einer eigenständigen Untersuchung vorbehalten.

⁹³ Die Begrifflichkeit variiert; für eine Gleichsetzung von Unzuständigkeit mit „Innenschranke“ und Unzulässigkeit mit „Außenschränke“ offenbar *Gamillscheg*, *KollArbR*, Bd. I (1997), § 7 III 3 a (1), S. 333; in diesem Sinne auch *Wiedemann/Wiedemann*, *TVG*, 7. Aufl. (2007), Einleitung Rn. 151 ff., 431 ff., der das höherrangige Recht als Grenze tarifvertraglicher Regelungsmacht gerade nicht zu den „Innenschränken“ zählt; im Ansatz vergleichbar ferner *Richardi/Richardi*, *BetrVG*, 13. Aufl. (2012), § 77 Rn. 103 ff. Für eine solche Begriffsverwendung auch noch die 1. Aufl. dieses Werkes. Aussagekräftiger erscheint letztlich aber doch der gegenteilige Sprachgebrauch, wie er nunmehr der 2. Aufl. zugrundegelegt wird. Ebenso etwa *GK-BetrVG/Kreutz*, 9. Aufl. (2010), § 77 Rn. 74 ff., 290 ff.

⁹⁴ Dazu bereits *Krause*, *Standortsicherung und Arbeitsrecht* (2007), S. 58 m. w. N. Im systematischen Ansatz ebenso die grundlegende Untersuchung von *Säcker/Oetker*, *Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie* (1992). Vergleichbar im Problemzugang *Gamillscheg*, *KollArbR*, Bd. I (1997), § 7 III 5 a, S. 339, der im Hinblick auf die Abgrenzung von Tarifautonomie und Unternehmensautonomie zwischen einem äußeren Bereich (= fehlende Zuständigkeit der Tarifparteien) und einem inneren Bereich (= trotz vorhandener Zuständigkeit der Tarifparteien Vorrang grundrechtlich geschützter Interessen des Arbeitgebers) unterscheidet.

⁹⁵ Beginnend mit *Biedenkopf*, *Grenzen der Tarifautonomie* (1964).

Konkretisierungen zugrunde, zu denen es durch die Rechtsprechung des BVerfG und des BAG im Laufe der Zeit gekommen ist, ergeben sich folgende tarifrechtlichen Ausgangspositionen, auf denen die weiteren Überlegungen aufbauen sollen.⁹⁶

Zunächst kann als unstreitig angesehen werden, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gleichermaßen Grundlage wie Grenze der funktionellen Zuständigkeit der Tarifparteien ist.⁹⁷ Dies bedeutet, dass eine Vereinbarung von vornherein nur dann als rechtmäßiger Tarifvertrag angesehen werden kann bzw. eine tarifpolitische Initiative rechtmäßig ist, wenn sie als Arbeits- und Wirtschaftsbedingung zu qualifizieren ist. Bei der Interpretation dieser Doppelformel hat sich mehrheitlich eine mittlere Sichtweise durchgesetzt, die sich auf eine allerdings nicht in jeder Beziehung völlig eindeutige Judikatur des BAG stützen kann und die darauf hinausläuft, dass unter Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sämtliche Bedingungen zu verstehen sind, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird oder die sich regulierend auf den Arbeitsmarkt auswirken.⁹⁸

Mit dieser Auffassung wird auf der einen Seite allen Ansätzen eine Absage erteilt, welche die Funktion der Tarifautonomie auf eine bloße Regelung von Arbeitsbedingungen im Einzelarbeitsverhältnis bzw. im Betriebsverhältnis zurückstutzen wollen⁹⁹. Insbesondere nimmt die überwiegende Ansicht die vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung vertretene Aussage ernst, nach der die Koalitionen von Verfassung wegen die Aufgabe einer „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“¹⁰⁰ haben. Hieraus ergibt sich vor allem, dass sich die Tarifparteien noch im Rahmen ihrer funktionellen Zuständigkeit bewegen, wenn sie ihre Regelungen nicht ausschließlich durch konkrete Aspekte des Arbeitnehmerschutzes, sondern auch durch übergreifende Ordnungs- und Verteilungsgesichtspunkte motivieren, wenn und soweit Bezugspunkt der Arbeitsmarkt ist und es nicht um eine Steuerung der allgemeinen Güter- und Dienstleistungsmärkte geht.¹⁰¹ Auf der anderen Seite werden mit der

⁹⁶ Im Anschluss an JKO/Krause, TVR (2007), § 1 Rn. 16 ff.

⁹⁷ Statt aller eindringlich jüngst BAG vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920 (Rn. 38).

⁹⁸ ErfK/Dieterich, 12. Aufl. (2012), Art. 9 GG Rn. 73; Gamillscheg, KollArbR, Bd. I (1997), § 6 II 1, S. 219 ff.; Sachs/Höfling, GG, 6. Aufl. (2011), Art. 9 Rn. 54; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, GG, Bd. 1, 6. Aufl. (2010), Art. 9 Rn. 89; Sacker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 48 ff.; Söllner, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, JbArbR 16 (1979), 19, 26 ff.; Wiedemann/Wiedemann, TVG, 7. Aufl. (2007), Einleitung Rn. 88 ff.; ders., Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, 231, 232.

⁹⁹ In diesem Sinne etwa Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 20 ff.

¹⁰⁰ BVerfG vom 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 107; BVerfG vom 20.10.1981 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 340 f.; BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG vom 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 – BVerfGE 58, 233, 248; BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42, 45 f.

¹⁰¹ Dazu insbesondere überzeugend Wiedemann, Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA 1997, 297, 298 ff.

mehrheitlich vertretenen Konzeption weitergehende Vorstellungen zurückgewiesen, nach der die Doppelformel unabhängig von einem unmittelbaren oder mittelbaren Bezug zu Arbeitsverhältnissen unter ausdrücklicher Einbeziehung der unternehmerischen Sphäre sämtliche Entscheidungen umfasst, die in irgendeiner Form Rückwirkungen auf die Tätigkeit als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber haben,¹⁰² wodurch – zumindest theoretisch – nicht nur das Arbeitsmarktverhalten von Unternehmen, sondern auch das Verhalten auf den allgemeinen Güter- und Dienstleistungsbeschaffungs- und -absatzmärkten in die funktionelle Zuständigkeit der Tarifparteien fallen würde¹⁰³. Statt dessen werden solche Maßnahmen von der Doppelformel des Art. 9 Abs. 3 GG von vornherein ausgeklammert, die sich ausschließlich auf das Unternehmerverhalten auf den allgemeinen Güter- und Dienstleistungsmärkten beziehen und bei denen Arbeitnehmerinteressen erst durch eine Reaktion dieser Märkte berührt werden.

Soweit es um die von der funktionellen Regelungszuständigkeit zu unterscheidende Fähigkeit der Tarifparteien zur Normsetzung geht, ist davon auszugehen, dass aus rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen ein staatliches Monopol für die Anerkennung gesellschaftlicher Eigenregulierungen als echte Rechtsnormen besteht.¹⁰⁴ Hieraus ergibt sich, dass die Tarifparteien nur solche Rechtsnormen schaffen können, die sich gegenständlich dem Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG (bzw. des § 4 Abs. 2 TVG) zuordnen lassen. Für eine unmittelbar aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit fließende Befugnis der Tarifparteien, losgelöst vom einfachgesetzlichen Regelwerk des TVG auf dem gesamten Feld der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen tarifvertragliche Bestimmungen mit normativer Wirkung zu kreieren, lassen sich weder der Rechtsprechung des BVerfG noch des BAG hinreichende Anhaltspunkte entnehmen.¹⁰⁵ Sofern die Zuordnung einer konkreten Regelung zum Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG möglich ist, entfällt die Tarifmacht entsprechend den Darlegungen zur funktionellen Zuständigkeit der Tarifparteien allerdings nicht deshalb, weil die fragliche Bestimmung nicht allein den innerbetrieblichen Schutz des einzelnen Arbeitnehmers bzw. der Belegschaft bezweckt, sondern zusätzlich oder sogar vorrangig überbetrieblichen Ordnungs- und Verteilungszielen dient. Unterfällt eine tarifliche Bestimmung einer Normenart im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG, kann sich die Unzulässigkeit somit allein aus der Bindung an sonstiges höherrangiges Recht ergeben, nicht aber daraus, dass die Regelung als

¹⁰² *Däubler*, TVR, 3. Aufl. (1993), Rn. 175 b, ferner Rn. 1112 f.

¹⁰³ Für eine Ausklammerung von solchen Maßnahmen, die sich ausschließlich auf die Märkte für Waren, Dienstleistungen und Kapital beziehen, gleichwohl *Däubler*, TVR, 3. Aufl. (1993), Rn. 175 b.

¹⁰⁴ Grdl. *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), S. 112 ff., 133 f. m. w. N.; ferner *Bachmann*, Private Ordnung (2006), S. 62 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *JKO/Krause*, TVR (2007), § 1 Rn. 33 m. w. N.

ordnungspolitisch motiviert eingestuft wird. Erst recht ist es nicht angängig, die von den Tarifparteien mit einer bestimmten Regelung intendierten innerbetrieblichen Schutzzwecke auszublenden und der Vereinbarung statt dessen eine ausschließlich überbetriebliche Stoßrichtung zu attestieren, um daraus eine Überschreitung der Kompetenzgrenzen sowie eine Unwirksamkeit des Kollektivvertrages zu folgern.

Jenseits des Normenkataloges des § 1 Abs. 1 TVG steht den Tarifparteien der obligatorische Teil des Tarifvertrages zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zur Verfügung. Dies wird im Schrifttum zwar teilweise bestritten.¹⁰⁶ Für eine Kongruenz in dem Sinne, dass durch schuldrechtliche Abreden zwischen den Tarifvertragsparteien nur solche Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geregelt werden können, die dem Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG zugeordnet werden können, die also mit anderen Worten auch normativ hätten geregelt werden können, besteht indes kein Anlass. Aus § 1 Abs. 1 TVG mit seiner Beschreibung der beiden grundsätzlich möglichen Bestandteile von Tarifverträgen („Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ und „Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen“) lässt sich nicht ableiten, dass sich die Tarifvertragsparteien bei ihrem Bemühen, das Arbeitsleben zu ordnen, nur im gegenständlichen Bereich zulässiger Tarifnormen bewegen dürfen und nicht zusätzlich auf die erste Alternative zurückgreifen dürfen. Da die Koalitionsfreiheit und die aus ihr abzuleitende Tarifautonomie die Tarifvertragsparteien in die Lage versetzen sollen, in einer sich ständig wandelnden Arbeitswelt die Interessen der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite immer wieder neu zu einem vertraglichen Ausgleich zu bringen, kann die funktionelle Regelungszuständigkeit der Tarifparteien nicht auf diejenigen Angelegenheiten eingegrenzt werden, die sich in den Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG hineinzwängen lassen. Vielmehr gebietet es die Entwicklungsoffenheit der Tarifautonomie,¹⁰⁷ neue Problemlagen auf dem Arbeitsmarkt gemeinsam zu bewältigen, auch wenn sich die jeweiligen Angelegenheiten nicht für eine tarifliche Normsetzung eignen. Dass es für Schaffung echter Rechtsnormen durch Tarifvertrag aus rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen einer hinreichend konkreten gesetzlichen Geltungsanordnung bedarf und die Tarifparteien somit außerhalb des

¹⁰⁶ *Benthien*, Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1983, 141, 159 ff.; *Reuter*, Die Grenzen des Streikrechts, ZfA 1990, 535, 548; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. S. 155 ff.; im Ergebnis auch *Lönisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 425, nach denen den Tarifparteien auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen außerhalb des durch den Normenkatalog in gegenständlicher Hinsicht abgesteckten Bereichs nur der außertarifliche Koalitionsvertrag zur Verfügung steht.

¹⁰⁷ Vgl. BAG vom 3.4.1990 – 1 AZR 123/89 – AP GG Art. 9 Nr. 56 = NZA 1990, 886; ferner *Sachs/Höfling*, GG, 6. Aufl. (2011), Art. 9 Rn. 55, 88; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 64 ff.; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG (Stand: 1999), Art. 9 Rn. 163, 259.

Normenkataloges des § 1 Abs. 1 TVG zur Schaffung von Tarifrecht nicht in der Lage sind, bedeutet nicht, dass ihre funktionelle Regelungszuständigkeit nicht weiter reicht und nicht den gesamten Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erfasst. Eine Sichtweise, die alle neueren tarifpolitischen Initiativen nur dann als rechtmäßig anerkennen will, wenn sie sich in den gegenständlichen Anwendungsbereich des tradierten und seit Jahrzehnten unveränderten Normenkataloges hineinpressen lassen, wird der Dynamik des Arbeitslebens nicht gerecht und würde im Übrigen angesichts einer ständigen Zunahme von Handlungsoptionen in einer komplexer werdenden Arbeitswelt ein immer größeres Feld schaffen, in dem eine faktisch einseitige Gestaltungsmacht der Arbeitgeberseite an die Stelle eines vertraglichen Interessenausgleichs als Ideal einer gesellschaftlichen Selbstregulierung tritt.

Die hier vertretene Konzeption einer Kongruenz der gegenständlichen Reichweite von Art. 9 Abs. 3 GG und der Befugnis zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im obligatorischen Teil eines Tarifvertrages kann sich nicht zuletzt auf die Sichtweise des BAG stützen, das es in einer aktuellen Entscheidung auf der einen Seite abgelehnt, die Vereinbarung eines tariflichen Zustimmungsvorbehalts für Outsourcing-Maßnahmen als Betriebsnorm im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG zu qualifizieren, auf der anderen Seite aber keinen Zweifel daran gelassen, dass es sich um einen Tarifvertrag von § 1 Abs. 1 TVG handelt, der darauf gerichtet war, im Zusammenhang mit einer Privatisierung einen steuernden Einfluss auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der von dieser Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer zu nehmen.¹⁰⁸

Vor diesem tarifrechtlichen Hintergrund ist somit in einem ersten Schritt danach zu fragen, ob die zu untersuchenden tariflichen Regulierungen der Leiharbeit gegenständlich als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen qualifiziert werden können. Sofern dies bejaht werden kann, ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob sich die Regelungen dem Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG zuordnen lassen oder ob sie nur als schuldrechtliche Tarifbestimmungen möglich sind. Schließlich ist angesichts der Eigenart eines Teils der hier in Rede stehenden tariflichen Regelungen, nämlich die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer in der Entleihersphäre für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Verleihersphäre zu nutzen, in einem dritten Schritt die Zuständigkeit in personeller Hinsicht zu problematisieren.

¹⁰⁸ BAG vom 26.1.2011 – 4 AZR 159/09 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 7 = NZA 2011, 808.

2. Regelungen der Leiharbeit als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Auch wenn die hier in Rede stehenden tarifvertraglichen Regelungen bzw. tarifpolitischen Initiativen allesamt auf das Phänomen der Leiharbeit bezogen sind, folgt daraus noch nicht zwangsläufig, dass sie sachlich-gegenständlich unterschiedslos als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zu qualifizieren sind. Vielmehr sind die einzelnen Bestimmungen jeweils für sich auf ihren rechtlichen Charakter zu untersuchen.

Geht man von der soeben geschilderten überwiegenden Ansicht aus, unter Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen alle rechtlichen Bedingungen zu verstehen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird oder die sich regulierend auf den Arbeitsmarkt auswirken werden, ist bei verschiedenen Regelungen die Zuordnung zu dieser Doppelformel allerdings von vornherein unproblematisch. Dies gilt zunächst für die Festschreibung des Equal-Pay-Grundsatzes in einem unter Beteiligung des Verleiherunternehmens geschlossenen Tarifvertrag, weil es insoweit nur um die Regelung derjenigen Arbeitsbedingungen geht, zu denen die Leiharbeitnehmer ihre Arbeitskraft ihrem eigenen Arbeitgeber zur Verfügung stellen. Weiter ist auch die Schaffung einer Verpflichtung des Entleihers, Leiharbeitnehmer in eine feste Anstellung zu übernehmen, also einen Arbeitsvertrag abzuschließen, eine Bestimmung, die sich auf die Konditionen der Tätigkeit des abhängig Beschäftigten bezieht oder doch zumindest den Arbeitsmarkt als denjenigen Markt betrifft, auf dem Angebot und Nachfrage nach abhängiger Arbeit aufeinandertreffen. Insoweit gilt im Hinblick auf die funktionelle Zuständigkeit der Tarifparteien nichts anderes als bei der Begründung anderer Einstellungs- bzw. Wiedereinstellungspflichten, wie etwa im Anschluss an eine betriebsbedingte Kündigung,¹⁰⁹ bei befristeten Arbeitsverhältnissen¹¹⁰ oder bei Auszubildenden nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung¹¹¹. Insoweit liegen die eigentlichen Probleme in der Reichweite der Tarifmacht im Sinne der normativen Regelbarkeit bei solchen Einstellungsgeboten, die nicht an einen vorherigen Arbeitsvertrag anknüpfen,¹¹² sowie in den Grenzen solcher Einstellungsgebote,¹¹³ nicht aber in der vorgelagerten Frage nach der funktionellen Kompetenz für die Schaffung solcher Regelungen.

¹⁰⁹ Vgl. BAG vom 22.2.1961 – 4 AZR 44/59 – AP TVG § 1 Auslegung Nr. 106.

¹¹⁰ *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 998; *Däubler/Reim/Nebe*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 325; *Wiedemann/Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 608.

¹¹¹ BAG vom 14.5.1997 – 7 AZR 159/96 – AP BGB § 611 Übernahme ins Arbeitsverhältnis Nr. 2 = NZA 1998, 50; BAG vom 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 und 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 154 und 155 = NZA 1998, 775 und 778.

¹¹² Hierzu unten IV 3 a aa.

¹¹³ Dazu unten IV 6 a aa.

Nähere Aufmerksamkeit verdienen dagegen diejenigen tariflichen Bestimmungen, die darauf abzielen, den Umfang der Inanspruchnahme von Leiharbeit durch Entleiher unmittelbar einzuschränken. Dies gilt einmal für die Ausdehnung der Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats im Hinblick auf die Einstellung von Leiharbeitnehmern, erst recht aber für unmittelbare Höchstfristen und Höchstquoten für den Einsatz von Leiharbeitnehmern beim Entleiher. Insoweit ist fraglich, welche Rolle es spielt, dass hierdurch die Nachfrage des Entleihers nach überlassenen Arbeitnehmern reduziert werden soll. Erst recht problematisch erscheinen prima facie diejenigen tariflichen Regelungen, die der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes dienen, indem der Entleiher dazu gebracht werden soll, auf bestimmte Konditionen im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag hinzuwirken. Hintergrund dieser Überlegungen ist der Umstand, dass die Arbeitnehmerüberlassung als solche im Verhältnis zwischen Entleiher und Verleiherunternehmen eine – selbständige – Dienstleistung darstellt. Am deutlichsten kommt dieser Aspekt in der ständigen Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck, nach der die Tätigkeit eines Unternehmens, die darin besteht, einem anderen Unternehmen Arbeitnehmer entgeltlich zur Verfügung zu stellen, unter die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 57 AEUV fällt.¹¹⁴ Alle Bestimmungen, die sich auf die Erbringung solcher Dienstleistungen auswirken, beeinflussen damit den Dienstleistungsmarkt. Es bedarf deshalb einer vertieften Betrachtung, in welchem Verhältnis Arbeitsmarkt- und Dienstleistungsmarktregulierung zueinander stehen. Schlagwortartig gesagt geht es damit um die schon seit langem diskutierte Beziehung von Tarifautonomie und Kartellrecht.¹¹⁵

Dieses Verhältnis kann unter zwei Perspektiven beleuchtet werden: Zum einen geht es um die Frage der Wirkung von – deutschem und europäischem – Wettbewerbsrecht als mögliche Grenze von Tarifverträgen.¹¹⁶ Zum anderen geht es um die vorgelagerte und an dieser Stelle allein interessierende Frage nach der funktionellen Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien. Die notwendige Unterscheidung beider Aspekte¹¹⁷ ergibt sich daraus, dass ein Konflikt zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht von vornherein nur dann entstehen kann, wenn sich die Tarifparteien im Rahmen ihrer funktionellen

¹¹⁴ EuGH vom 17.12.1981 – 279/80 – Slg. 1981, 3305 (Rn. 9) – Webb; EuGH vom 16.6.2010 – C-298/09 – Juris (Rn. 36) – RANI Slovakia; EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 – NZA 2011, 283 (Rn. 27) – Vicoplus.

¹¹⁵ Z. B. FIW (Hrsg.), Tarifautonomie und Kartellrecht (1990); Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010) mit Beiträgen von Ackermann, Denzel, Reichold, Rieble und Ronellenfitsch; jüngst *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091 ff. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 11.

¹¹⁶ Dazu noch unten IV 6 b.

¹¹⁷ Klare Trennung beider Fragen etwa auch bei *Rieble*, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 103, 114.

Zuständigkeit bewegen, also Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen regeln. Verlassen die Tarifparteien hingegen den durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Bereich und begeben sich auf den Boden der allgemeinen Privatautonomie, werden sie von den Regeln und Grundsätzen des Wettbewerbsrecht in vollem Umfang erfasst. Der schlichte Umstand, dass es Unternehmen gelingt, für eine gegenständlich eindeutig außerhalb von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen angesiedelte wettbewerbsbeschränkende Abrede eine Gewerkschaft als zusätzlichen Vertragspartner zu gewinnen, ändert nichts an der Anwendbarkeit des Kartellrechts.¹¹⁸ Anders gewendet immunisiert die bloße Bezeichnung einer Vereinbarung als Tarifvertrag nicht gegen die Heranziehung von Wettbewerbsrecht, wenn in Wirklichkeit keine Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geregelt, sondern es ausschließlich um eine Güter- oder Dienstleistungsmarktregulierung geht. Damit spitzt sich alles auf die Frage zu, ob die soeben erwähnten Tarifinhalte noch zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG gerechnet werden können.

In diesem Zusammenhang bedarf es zunächst einer Unterscheidung zwischen der Zielsetzung einer Regelung, ihrer instrumentalen Umsetzung und ihren bloßen Auswirkungen. Wenn sowohl das Ziel als auch das zu seiner Erreichung eingesetzte Mittel dem Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zuzuordnen ist, kann es im Hinblick auf die funktionelle Zuständigkeit keine Rolle spielen, ob sich die Regelung zugleich auf das Verhalten des Arbeitgebers auf Güter- oder Dienstleistungsmärkten auswirkt. So beeinflussen praktisch alle tarifvertraglichen Vereinbarungen über die Kernarbeitsbedingungen Arbeitszeit und Arbeitsentgelt die Positionierung des Arbeitgebers auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten, ohne dass sich hierdurch am Charakter der Tarifverträge als eine Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG etwas ändert.¹¹⁹ Dies gilt auch für Höchstquoten und Höchstfristen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern beim Entleiher. Derartige Regelungen sollen das innerbetriebliche Personalmanagement beeinflussen. Sie zielen darauf ab, einerseits den von der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ausgehenden

¹¹⁸ In diesem Sinne auch *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 17, 36 f.; *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091, 1098; *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, FS Reuter (2010), S. 759, 772 f.; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195, 200; *Roth*, Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht, in: FIW (Hrsg.), Tarifautonomie und Kartellrecht (1990), S. 7, 17; *Schmidt-Eriksen*, Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz, AuR 1991, 137, 144.

¹¹⁹ In diesem Sinne etwa *Anzinger/Koberski*, Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche, kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen, NZA 1989, 737, 745 f.; *Jarass*, Tarifverträge und Verfassungsrecht, NZA 1990, 505, 506; *Schmidt-Eriksen*, Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz, AuR 1991, 137, 143; ferner *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2004), § 8 Rn. 32.

Druck auf die Stammbesellschaft zu verringern und andererseits einen mittelbaren Druck auf den Arbeitgeber auszuüben, sich die benötigte Arbeitskapazität durch Festanstellungen anstelle von Leiharbeitnehmern zu verschaffen. Um dies zu erreichen, wird die Personalbeschaffung auf der Entleiherseite in bestimmte Bahnen gelenkt. Zweck und eingesetztes Mittel gehören zwanglos in den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dass hierdurch reflexartig die Nachfrage des Entleihers nach Leiharbeitnehmern abnimmt und sich damit auch die Geschäftschancen für die Verleiherunternehmen verringern, hat nicht zur Folge, dass der von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckte Bereich verlassen wird und die in Rede stehende tariflichen Bestimmungen statt dessen als eine Dienstleistungsmarktregulierung zu qualifizieren sind. Dasselbe gilt für eine Ausdehnung der Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats im Hinblick auf die Einstellung von Leiharbeitnehmern, die der Begrenzung des Umfangs von Leiharbeit im Einsatzbetrieb dient. Ob diese Regelungen nicht nur gegenständlich Art. 9 Abs. 3 GG zuzuordnen sind, sondern darüber hinaus in normative Tarifbestimmungen gekleidet werden können, ist eine von der funktionellen Zuständigkeit zu trennende Frage, zu der erst anschließend Stellung zu nehmen ist.¹²⁰

Problematischer erscheint indes die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes durch Vereinbarungen, die lediglich mit den Arbeitgebern auf der Entleiherseite geschlossen werden. Die Eigenheit der aktuellen Regelungen im Tarifvertrag für die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie vom September 2010¹²¹ besteht darin, den Entleiher zu einer bestimmten Gestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zu verpflichten (§ 2) und ihm für den Fall, dass er es unterlassen hat, eine Klausel zu vereinbaren, die den Verleiher zur Gewährung von Equal Pay verpflichtet, eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer aufzuerlegen (§ 3). Die Bestimmung will damit auf insgesamt drei rechtliche Beziehungen Einfluss nehmen: Sie will erstens unmittelbar das Vertragsverhalten des Entleihers gegenüber den Verleiherunternehmen regeln. Zweitens will sie hierdurch mittelbar auf das arbeitsvertragliche Verhalten der Verleiherunternehmen gegenüber den bei ihnen angestellten Leiharbeitnehmern einwirken. Drittens schließlich will sie eine Regelung für das Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmern treffen.

¹²⁰ Hierzu unten IV 3.

¹²¹ Dazu bereits oben III 2 b.

Betrachtet man zunächst die an dritter Stelle genannten Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmern, so lässt sich die Einordnung einer Schadensersatzpflicht für den Fall, dass der Entleiher nicht auf eine Verankerung des Equal-Pay-Grundsatzes im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gedrungen hat, zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG nicht in Abrede stellen, weil es um eine Fixierung derjenigen Konditionen geht, unter denen abhängige Arbeit geleistet werden soll. Allgemeiner gesagt fällt die Regulierung des Verhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmern in die funktionelle Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien.¹²² Ob die Tarifparteien über die Rechtsmacht verfügen, diese Beziehungen normativ zu strukturieren, ist wiederum eine gesondert zu beantwortende Frage.¹²³

Soweit es um die Einwirkung auf die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen den Verleiherunternehmen und den bei ihnen angestellten Leiharbeitnehmern als solche geht, genügt an dieser Stelle der Hinweis, dass die damit verbundenen Probleme die Zuständigkeit gerade der Tarifparteien auf der Entleiherseite betreffen, also die normative Reichweite der Tarifmacht bzw. die etwaigen Grenzen schuldrechtlicher Tarifverträge in personeller Hinsicht, nicht aber die Zuständigkeit der Koalitionen für die Arbeitskonditionen der Leiharbeitnehmer in gegenständlicher Hinsicht. Dies zeigt sich daran, dass die Gewerkschaft für diejenigen ihrer Mitglieder, die als Leiharbeitnehmer tätig sind, mit den Verleiherunternehmen bzw. den auf der Verleiherseite tätigen Verbänden ohne weiteres Tarifverträge über das Arbeitsentgelt abschließen könnte. Problematisch ist also nicht der sachliche Gehalt des Tarifinhalts, weil das Arbeitsentgelt fraglos zum Kern der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gehört. Problematisch ist vielmehr, ob die Gewerkschaft den „Umweg“ über die Entleiherseite wählen darf, um zugunsten der Leiharbeitnehmer zu besseren Arbeitskonditionen zu gelangen.

In thematischer Hinsicht ist deshalb nur zweifelhaft, ob unter den Begriff der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch noch solche Pflichten fallen, die sich auf das Verhalten des Entleihers bei der Ausgestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages und damit auf das an erster Stelle genannte Rechtsverhältnis beziehen, bei dem es sich um einen Dienstleistungsvertrag handelt. Ein Teil des Schrifttums stellt dies vehement in Abrede, weil es sich insoweit nicht um die Arbeitsbedingungen der beim Verleiher beschäftigten Arbeitnehmer handele, sondern ausschließlich um das

¹²² In diesem Sinne auch *Berg/Platow/Schoof/Unterbinninghofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), § 1 TVG Rn. 210; *Schaub/Treber*, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. (2011), § 202 Rn. 8; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), § 9 Rn. 195.

¹²³ Hierzu unten IV 3 a bb.

Marktverhalten des Entleihers auf dem Dienstleistungsmarkt.¹²⁴ Ob jede Regulierung eines marktbezogenen Verhaltens des Arbeitgebers automatisch dazu führt, dass der von Art. 9 Abs. 3 GG funktionell abgedeckte Bereich auch dann verlassen wird, wenn das eigentliche Ziel der Abrede in einer Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes besteht, ist freilich keineswegs ausgemacht. So hat die Rechtsprechung beispielsweise die unmittelbare Regelung von Öffnungszeiten einer Bank – wenn auch ohne nähere Reflektion – als tauglichen Gegenstand eines Tarifvertrages eingestuft.¹²⁵ Im Grundansatz ähnlich argumentieren *Säcker/Oetker*, wenn sie Ladenöffnungs- bzw. Betriebsmittelnutzungszeiten als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen qualifizieren.¹²⁶ Allerdings haben sich andere Stimmen strikt gegen eine solche Sichtweise ausgesprochen.¹²⁷

Besinnt man sich auf die allgemeine Begriffsbestimmung zur Konkretisierung der Doppelformel,¹²⁸ kann es auf der einen Seite nicht ausreichen, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schon dann zu bejahen, wenn die konkrete Maßnahme zwar im weitesten Sinne durch den Gedanken des Arbeitnehmerschutzes motiviert ist, aber nicht einmal einen mittelbaren Bezug zu den Arbeitsbedingungen oder zum Arbeitsmarkt hat, sondern Arbeitnehmerinteressen nur durch eine – erhoffte – Reaktion anderer Märkte gefördert werden sollen. Ein ausschließlich auf die subjektiven Intentionen der Tarifvertragsparteien oder sogar lediglich einer Seite abstellender Ansatz würde fehlgehen.¹²⁹ Auf der anderen Seite greift eine Betrachtungsweise zu kurz, nach der jede noch so marginale Einflussnahme auf das Marktverhalten des Arbeitgebers auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten die Zuordnung der Regelung zum Kreis der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch dann kategorisch verhindern soll, wenn die vom Arbeitgeber vereinbarte bzw. verlangte Maßnahme in einem qualifizierten Zusammenhang zu Arbeitsbedingungen steht.

¹²⁴ *Rieble*, Unternehmerischer Marktachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt* (2010), S. 103, 114; skeptisch auch *Thüsing/Braun/Thüsing*, *Tarifrecht* (2011), 5. Kap. Rn. 6.

¹²⁵ BAG vom 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 1 = NZA 1996, 1214.

¹²⁶ *Säcker/Oetker*, *Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie* (1992), S. 83 ff.; im Erg. ebenso offenbar *Gamillscheg*, *KollArbR*, Bd. I (1997), § 7 III 5 f, S. 352.

¹²⁷ *H. Hanau*, Anm. zu BAG, AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 1 (unter II); *Jarass*, *Tarifverträge und Verfassungsrecht*, NZA 1990, 505, 506; *Rieble*, *Unternehmerischer Marktachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt* (2010), S. 103, 114.

¹²⁸ Dazu oben IV 1.

¹²⁹ Vgl. *Maunz/Dürig/Scholz*, GG (Stand: 1999), Art. 9 Rn. 163 a. E.

Ausgangspunkt für die Qualifikation einer bestimmten Angelegenheit in der Grauzone von Arbeitsmarkt und Güter- bzw. Dienstleistungsmarkt können ohnehin nicht allein begriffliche Unterscheidungen sein. Vielmehr muss an den Strukturgesetzmäßigkeiten von Arbeitsmarkt einerseits und Güter- bzw. Dienstleistungsmärkten andererseits angesetzt werden. Insoweit besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass die allgemeinen Güter- bzw. Dienstleistungsmärkte als Folge des grundgesetzlichen Votums für Vertragsfreiheit, Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit nach dem Wettbewerbsprinzip strukturiert sind, während dem Arbeitsmarkt das Gegenmachtprinzip zugrunde liegt. Auf den allgemeinen Märkten soll sich im Verhältnis der auf derselben Seite agierenden Marktteilnehmer der geringere Preis als Instrument zur Verwirklichung des Effizienzprinzips durchsetzen.¹³⁰ Demgegenüber ist mit der Koalitionsfreiheit und der durch sie gewährleisteten Tarifautonomie die sozialgeschichtliche Erfahrung in geltendes Verfassungsrecht überführt worden, dass gesellschaftlich wünschenswerte Ergebnisse auf dem Arbeitsmarkt gerade nicht horizontal durch einen Unterbietungswettbewerb, sondern vertikal durch eine antagonistische Interessenausprägung zwischen den Marktgegensätzen erzielt werden.¹³¹ Anders ausgedrückt vollzieht sich Entmachtung und damit Freiheitssicherung auf den allgemeinen Güter- bzw. Dienstleistungsmärkten durch Wettbewerb, während Entmachtung der sozial Stärkeren und damit Freiheitssicherung der sozial Schwächeren auf dem Arbeitsmarkt durch Gegenmachtbildung erfolgt.¹³² Deshalb ist danach zu fragen, ob die Steuerung bestimmter Angelegenheiten bei funktionaler Betrachtung dem – tariffreien – Wettbewerbsprinzip oder dem – tarifvertragsorientierten – Gegenmachtprinzip zuzuweisen ist.

Hierbei kann eine rein formale Sichtweise nicht überzeugen, die ausschließlich darauf abstellt, ob sich das von der Arbeitgeberseite geforderte Verhalten in gegenständlicher Hinsicht unmittelbar auf seine Rolle als Arbeitsvertragspartei oder zumindest als Betriebsinhaber auswirken oder ob es sich in einem Dienstvertrag niederschlagen soll. Stattdessen ist die konkrete Angelegenheit daraufhin zu analysieren, wo bei einer materiellen Betrachtung der Schwerpunkt liegt. Da die Koalitionsfreiheit es den abhängig Beschäftigten ermöglichen soll, durch eine Bündelung ihrer Verhandlungsmacht auf die Gestaltung derjenigen Bedingungen Einfluss zu nehmen, von denen ihre beruflichen Interessen abhängig sind, leuchtet es nicht ein, das Gegenmachtprinzip aus formalen Gründen auszublenden und

¹³⁰ Dazu bereits zu BT-Drucks. 2/3644 vom 22.6.1957, S. 7 f.

¹³¹ Statt vieler *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 114 ff.; *Scholz*, Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, FS Rittner (1990), S. 629, 636 ff.

¹³² Siehe nur jüngst *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091; ferner *Scholz*, Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, FS Rittner (1990), S. 629, 636 ff.

gegen das Wettbewerbsprinzip einzutauschen, ohne dabei in Rechnung zu stellen, ob ein Arbeitgeberverhalten, das vordergründig allein auf den Güter- bzw. Dienstleistungsmarkt gerichtet ist, tatsächlich in erster Linie die Interessen der abhängig Beschäftigten berührt. Eine solche Ermittlung des Schwerpunktes einer Regelung ist nicht mit einer Interessenabwägung zu verwechseln, nach der die sozialen Vorteile eines tarifvertraglichen Zugriffs auf die allgemeinen Güter- und Dienstleistungsmarkt mit den ökonomischen Nachteilen einer Einschränkung des Wettbewerbsprinzips abgewogen werden. Für eine solche Abwägung zwischen Gegenmachtprinzip und Wettbewerbsprinzip fehlt es letztlich an rationalen Kriterien.¹³³ Vielmehr geht es darum, bei der Frage, ob eine bestimmte Angelegenheit noch in die funktionelle Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien fällt, nicht an der Oberfläche haften zu bleiben, sondern den materialen Gehalt der jeweiligen Thematik herauszuarbeiten. Dass eine materielle Betrachtungsweise keineswegs ungewöhnlich ist, zeigt ein Blick in die US-amerikanische Judikatur,¹³⁴ die über die gesetzliche Freistellung gewerkschaftlicher Aktivitäten vom Kartellrecht nach dem Clayton Act bzw. dem Norris-LaGuardia Act (*statutory labor exemption*)¹³⁵ hinaus eine ungeschriebene Freistellung für Kollektivvereinbarungen (*nonstatutory labor exemption*) entwickelt hat¹³⁶ und dabei nicht auf die äußeren Anschein einer Regelung, sondern auf ihren inneren Zusammenhang mit Verhandlungsgegenständen nach dem National Labor Relations Act abstellt.¹³⁷ So stuften US-amerikanische Bundesgerichte beispielsweise die Festlegung von Ladenöffnungszeiten¹³⁸ bzw. von Warenauslieferungszeiten¹³⁹ als – mittelbare – Regelung von Arbeitszeiten und die Fixierung von Mindestpreisen für die Beauftragung selbstständiger Lkw-Fahrer zum Schutz des Lohnniveaus der angestellten Fahrer als – mittelbare – Abrede über Arbeitsentgelte ein¹⁴⁰.

Die hier in Rede stehenden Gestaltungen sind zunächst dadurch gekennzeichnet, dass keine umfassende Einflussnahme auf die vertragsbezogenen Entscheidungen des Entleihers im Verhältnis zur Verleiherseite erfolgen soll. Weder wird der Kreis der in Betracht kommenden Vertragsparteien eingegrenzt und damit andere Anbieter ausgegrenzt, noch werden die Konditionen des Personalüberlassungsvertrages in allen

¹³³ Zutreffend *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 17, 33.

¹³⁴ Dazu umfassend aus kartellrechtlicher Sicht ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 6th Ed. (2007), S. 1445 ff.; aus arbeitsrechtlicher Sicht *Cox/Bok/Gorman/Finkin*, *Labor Law*, 14th Ed. (2006), S. 965 ff.

¹³⁵ Zur Interpretation grdl. *United States v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941).

¹³⁶ Grdl. *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940).

¹³⁷ *Mackey v. NFL*, 543 F.2d 606 (8th Cir. 1976) Rn. 41.

¹³⁸ *Amalgamated Meat Cutters v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676, 689 ff. (1965).

¹³⁹ *Cannon v. Teamsters & Chauffeurs Union*, 657 F.2d 173 (7th Cir. 1981) Rn. 22.

¹⁴⁰ *Teamsters Union v. Oliver*, 358 U.S. 283, 292 ff. (1959).

Einzelheiten vorgegeben. Erst recht zielen die Maßnahmen nicht darauf ab, kleinere Mitbewerber, die sich auf demselben Güter- oder Dienstleistungsmarkt wie der Entleiher betätigen, durch eine konzertierte Aktion von Entleihern und Gewerkschaft gezielt aus dem Rennen zu werfen, was für die erwähnte *nonstatutory labor exemption* gerade nicht ausreichen würde¹⁴¹. Stattdessen geht es ausschließlich um die Frage, welches Entgelt die Leiharbeitnehmer erhalten sollen, die in den Entleiherbetrieben zum Einsatz kommen.

Hinzu tritt der besondere Charakter der selbstständigen Dienstleistung von Verleiherunternehmen, der gerade darin besteht, unselbstständige Arbeit zum Einsatz in einem anderen Betrieb zur Verfügung zu stellen. Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen durch eine strukturelle Entkoppelung von rechtlichem Arbeitsverhältnis und tatsächlichem Beschäftigungsverhältnis kann indes nicht dazu führen, dass die Arbeitgeberseite im Hinblick auf die Entgeltfindung einseitig das Gegenmachtprinzip suspendieren und der Arbeitnehmerseite die Möglichkeit zur Mitsprache bei der Regulierung abhängiger Arbeit in den jeweiligen Einsatzbetrieben weitgehend aus den Händen schlagen kann. Hierzu würde es aber kommen, wenn man die Gewerkschaften für funktionell unzuständig halten würde, auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge mit dem Ziel angemessener Arbeitsbedingungen einzuwirken, weil die Entgeltbedingungen bei den Verleiherunternehmen aus strukturellen Gründen nicht nach dem Gegenmachtprinzip festgelegt werden und deshalb genau der Unterbietungswettbewerb droht, zu dessen Verhinderung die Verfassung die Koalitionsfreiheit geschaffen hat. Da die Eigenheit der Arbeitnehmerüberlassung es nämlich mit sich bringt, dass der Überlassungspreis im Wesentlichen durch die Personalkosten determiniert wird,¹⁴² führt Leiharbeit vor dem Hintergrund der Möglichkeit, den Equal-Pay-Grundsatz durch Bezugnahme auf die Tarifverträge weitgehend mitgliederloser Arbeitnehmerorganisationen zu verdrängen, im Ergebnis dazu, dass für die Arbeitsentgeltfindung das Wettbewerbsprinzip dominiert. Durch Leiharbeit wird eine zentrale Arbeitsbedingung somit zumindest *prima facie* dem Gegenmachtprinzip entzogen. Wenn aber der Sinn und Zweck der Koalitionsfreiheit darin besteht, die Festsetzung der Entgelte für abhängige Arbeit gerade nicht dem freien Spiel der Marktkräfte zu überlassen, sondern der Arbeitnehmerseite durch eine Bündelung ihrer Kräfte einen Einfluss auf die Vergütungshöhe zu verschaffen, kann es nicht außerhalb der funktionellen Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien liegen, im Sonderfall der Arbeitnehmerüberlassung dafür zu sorgen, dass das Gegenmachtprinzip im

¹⁴¹ Vgl. *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

¹⁴² Dazu nochmals eindringlich *Siebenbüter*, Integrationshemmnis Leiharbeit, OBS-Arbeitsheft 69 (2011), S. 28 ff.

Hinblick auf die Entgelte aller in einem Betrieb tatsächlich abhängig Beschäftigten zur Geltung kommt. Zugespitzt ausgedrückt: Besteht eine der wesentlichen Funktionen der Leiharbeit darin, die Gewerkschaften zu entmachten,¹⁴³ widerspricht es dem Kerngedanken der Koalitionsfreiheit, den Gewerkschaften zu untersagen, sich dagegen zur Wehr zu setzen.

Eine Einflussnahme auf die Arbeitnehmerüberlassungsverträge im Hinblick auf das Entgeltniveau der Leiharbeitnehmer ist somit nur bei vordergründiger Betrachtung eine auf den Dienstleistungsmarkt bezogene Regulierung des Überlassungspreises. Vielmehr geht es um eine Regulierung von Arbeitsbedingungen.¹⁴⁴ Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass der Überlassungspreis theoretisch unverändert bleiben könnte, wenn es einem Verleiherunternehmen gelingt, durch eine besonders effiziente Verwaltungsorganisation das eigene Personal einem Entleiher weiterhin zu besonders günstigen Preisen überlassen zu können. Insoweit wird der Preiswettbewerb also keineswegs umfassend ausgeschaltet. Dass die Regulierung der Arbeitsentgelte der Leiharbeitnehmer als Nebenbedingung des Überlassungsvertrages tatsächlich weitgehend ungefiltert auf den Überlassungspreis durchschlägt, hängt ausschließlich damit zusammen, dass der Überlassungspreis eben wesentlich aus Personalkosten besteht und der Preiswettbewerb daher nicht durch die Erzielung von Effizienzgewinnen, sondern durch entsprechend niedrige Entgelte der Leiharbeitnehmer ausgetragen wird. Die Verhinderung von Unterbietungswettbewerb bei den Arbeitsbedingungen, insbesondere bei den Lohnkosten ist indes das Kernthema der Koalitionsfreiheit. Wenn die Gewerkschaften bzw. die Tarifparteien zwar instrumental auf den Dienstleistungsmarkt einwirken, diese Einwirkung aber „minimalinvasiv“ so dimensioniert ist, dass lediglich der Lohnkostenwettbewerb ausgeschaltet wird, dann bewegen sie sich somit in gegenständlicher Hinsicht noch im Bereich ihrer funktionalen Zuständigkeit. Im Übrigen ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes keineswegs allein darauf abzielt, die Situation der Leiharbeitnehmer zu verbessern. Vielmehr verfolgen die Regelungen gleichrangig das Ziel, die eingangs geschilderten negativen Auswirkungen auf die Angehörigen der Stammebelegschaft abzumildern. Unter diesem Blickwinkel handelt es sich somit ebenfalls um eine Arbeits- und Wirtschaftsbedingung.

¹⁴³ So unverblümt *Klebeck*, Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß (2004), S. 24.

¹⁴⁴ In diesem Sinne – allerdings ohne Diskussion – auch *Zachert*, in: *Kempen/Zachert*, TVG, 4. Aufl. (2006), § 1 Rn. 444.

Dieses Ergebnis wird durch eine Kontrollüberlegung bestätigt. Wie bereits erwähnt zielt der Einsatz von Leiharbeit für den Entleiher darauf ab, sich auf der einen Seite die Vorteile der Dispositionsmacht über abhängige Arbeit zu bewahren, auf der anderen Seite aber durch niedrigere Entgelte und geringere Transaktionskosten die Personalkosten zu reduzieren. Für die Arbeitgeberseite gehört Leiharbeit zum Personalmanagement und nicht zur Einkaufsabteilung. Wenn die Arbeitnehmerüberlassung und die für sie grundsätzlich geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen eine Angelegenheit sind, die bei materieller Betrachtung zu den Modalitäten der Personaldeckung zählen und damit den Arbeitsmarkt betreffen, kann eine gewerkschaftliche Gegenstrategie, die zumindest im Bereich des Arbeitsentgelts die gesetzliche Ausgangslage wieder herstellen und ein Unterwandern der im Einsatzbetrieb geltenden Tarifverträge verhindern will, nicht als Maßnahme qualifiziert werden, die deshalb ausschließlich den Dienstleistungsmarkt betrifft, weil der Entleiher bei der Deckung seines Personalbedarfs einen Verleiher zwischenschaltet und mit diesem einen Dienstvertrag schließt. Gegenüber dem eigentlichen Ziel, nämlich der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes hat der Zugriff auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur einen untergeordneten Charakter und ist lediglich dem Umstand geschuldet, dass die in tatsächlicher Hinsicht einheitliche Belegschaft auf unterschiedliche Rechtsträger aufgeteilt ist. Allgemeiner gesagt hat es die Arbeitgeberseite nicht in der Hand, durch eine formale Entkoppelung von tatsächlicher und rechtlicher Arbeitgeberfunktion eine die Leistung abhängiger Arbeit betreffende Frage in eine ausschließlich die Beziehungen zwischen Unternehmen berührende Frage zu verwandeln und auf diese Weise die Befugnis der Koalitionen beiseitezuschieben, das Arbeitsleben sinnvoll zu ordnen. Schließlich lässt sich aus den §§ 1 Abs. 3 Nr. 1, 1 b S. 2 lit. a AÜG ableiten, dass auch der Gesetzgeber von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Einflussnahme auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Leiharbeit im Verhältnis zwischen Entleiher und Verleiher durch Tarifvertrag ausgeht, die als Arbeitsbedingung und nicht etwa ausschließlich als Regulierung eines Dienstleistungssektors angesehen wird.

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass die untersuchten tarifvertraglichen Regelungen bzw. tarifpolitischen Initiativen sachlich-gegenständlich durchgängig als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG eingestuft werden können.

3. Einordnung als normative Tarifregelungen

Das TVG stellt im Grundsatz zwei Normarten bereit, die entweder das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den einzelnen Arbeitnehmern (Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen) oder die das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft als Kollektiv betreffen (betriebliche Normen und betriebsverfassungsrechtliche Normen).

a) Individualnormen

aa) Abschlussnormen

Im Hinblick auf die in manchen Tarifverträgen zur Begrenzung des Umfangs der Leiharbeit geregelten Übernahmepflichten, Höchsteinsatzzeiten und Höchstquoten kommt zunächst eine Einordnung als Abschlussnormen in Gestalt von Einstellungsgeboten bzw. Einstellungsverboten in Betracht.

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die vorhandenen bzw. intendierten Regelungen nicht anordnen, dass es unter bestimmten Voraussetzungen ähnlich wie im Falle des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG zur automatischen Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Verleiher kommen soll. Damit bedarf die vom BAG in seiner bisherigen Rechtsprechung bislang offen gelassene Frage, ob eine solche Rechtsfolge überhaupt unter den Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien fällt,¹⁴⁵ keiner Antwort. Im Ergebnis geht es bei den in Rede stehenden Bestimmungen allenfalls um die Begründung eines Kontrahierungszwangs zulasten des Entleihers.

Unbestrittener tarifrechtlicher Ausgangspunkt ist insoweit, dass ein solcher Kontrahierungszwang im Grundsatz dann angeordnet werden kann, wenn die Tarifparteien damit an ein früheres Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis anknüpfen. Dies ist – wie bereits erwähnt – etwa für die Schaffung einer Einstellungs- bzw. Wiedereinstellungspflicht nach einer betriebsbedingten Kündigung,¹⁴⁶ bei befristeten Arbeitsverhältnissen¹⁴⁷ oder bei Auszubildenden nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung¹⁴⁸ anerkannt. Fehlt es an einem solchen Rechtsverhältnis, hält ein Teil des Schrifttums¹⁴⁹ tarifliche Abschlussgebote dagegen von vornherein für unzulässig, weil ein Tarifvertrag

¹⁴⁵ BAG vom 14.5.1997 – 7 AZR 159/96 – AP BGB § 611 Übernahme ins Arbeitsverhältnis Nr. 2 = NZA 1998, 50.

¹⁴⁶ Vgl. BAG vom 22.2.1961 – 4 AZR 44/59 – AP TVG § 1 Auslegung Nr. 106.

¹⁴⁷ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 998; Däubler/Reim/Nebe, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 325; Wiedemann/Thüsing, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 608.

¹⁴⁸ BAG vom 14.5.1997 – 7 AZR 159/96 – AP BGB § 611 Übernahme ins Arbeitsverhältnis Nr. 2 = NZA 1998, 50; BAG vom 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 und 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 154 und 155 = NZA 1998, 775 und 778.

¹⁴⁹ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 92 ff.

nur ein bereits vorhandenes Rechtsverhältnis gestalten, nicht aber ein neues Rechtsverhältnis begründen könne. Wenn der Gesetzgeber die Tarifparteien zur Regelung eines eigenständigen Kontrahierungszwanges hätte ermächtigen wollen, hätte er dies ausdrücklich anordnen müssen. Mangels einer solchen Ermächtigung im TVG liege ein normativ wirkendes Abschlussgebot, das nicht auf einem früheren Schuldverhältnis aufbaue, außerhalb der Tarifmacht, ohne dass es noch auf entgegenstehende rechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers ankomme. Würde man diese Sichtweise zu Grunde legen, wären tarifvertragliche Einstellungsansprüche zugunsten von Leiharbeitnehmern zumindest zweifelhaft, weil diese Beschäftigten außerhalb der Konstellation des soeben angesprochenen § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG jedenfalls nicht in einem vollgültigen Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen. Das BAG hat dieses Problem angesprochen, letztlich aber offen gelassen, weil in den konkret zu entscheidenden Fällen mit dem freiwillig eingegangen Berufsausbildungsverhältnis eine rechtliche Beziehung vorlag, die unstreitig eine ausreichende Grundlage für eine tarifvertragliche Einstellungspflicht darstellt.¹⁵⁰

Die herrschende Lehre geht indes mit Recht davon aus, dass ein Tarifvertrag Einstellungsgebote auch dann vorsehen kann, wenn hierdurch Personen begünstigt werden sollen, die bislang in keiner vertraglichen Beziehung zum Arbeitgeber stehen.¹⁵¹ In diesem Zusammenhang ist wiederum daran zu erinnern, dass die Funktion der Koalitionen auch darin besteht, zu einer sinnvollen und sozialverträglichen Ordnung des Arbeitslebens als einer der wichtigsten Bereiche der gesellschaftlichen Reproduktion beizutragen. Die im Kern zutreffende Deutung der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie¹⁵² hat die Funktion, die Freiheitsdimension der Koalitionsfreiheit hervorzuheben, darf aber nicht in einer Weise verstanden werden, die zu einer immer stärkeren Verengung tariflicher Handlungsbefugnisse führt. Die allgemeinen Grenzen von Einstellungsgeboten ergeben sich aus entgegenstehenden Rechten der Arbeitgeberseite, nicht aber daraus, dass der Tarifmacht von vornherein enge Außenschranken gesetzt werden. Eine Beschränkung der Möglichkeit zur tarifvertraglichen Schaffung von Übernahmeansprüchen kann um so weniger überzeugen, als nicht zu erkennen ist, warum der Arbeitgeber daran gehindert werden soll, in einem Firmentarifvertrag beispielsweise zuzusagen, solchen

¹⁵⁰ BAG vom 14.5.1997 – 7 AZR 159/96 – AP BGB § 611 Übernahme ins Arbeitsverhältnis Nr. 2 = NZA 1998, 50; BAG vom 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 und 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 154 und 155 = NZA 1998, 775 und 778.

¹⁵¹ Däubler/*Reim/Nebe*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 330; Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 607; *Zachert*, in: Kempen/*Zachert*, TVG, 4. Aufl. (2006), § 1 Rn. 65 f.; ebenso wohl ErfK/*Franzen*, 12. Aufl. (2012), § 1 TVG Rn. 43; HWK/*Henssler*, 5. Aufl. (2012), § 1 TVG Rn. 47; Schaub/*Treber*, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. (2011), § 202 Rn. 24.

¹⁵² Siehe nur *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (2005).

Leiharbeitnehmern eine Festanstellung anzubieten, die sich über einen längeren Zeitraum bewährt haben. Wären derartige Regelungen ausgeschlossen, so wäre es nicht möglich, den Leiharbeitnehmern verbindlich zu signalisieren, dass ein überdurchschnittlicher Einsatz in eine Dauerbeschäftigung einmündet. Im Übrigen steht ein Leiharbeitnehmer, der in einem Einsatzbetrieb bereits seit längerer Zeit tätig ist, dem Entleiher nicht wie ein völlig Außenstehender gegenüber. Vielmehr ist bereits eine hinreichend verfestigte soziale Beziehung vorhanden, die es grundsätzlich legitimiert, daran eine Übernahmepflicht anzuknüpfen. Im Ergebnis stellt sich die Sachlage nicht wesentlich anders dar, als bei der Regelung einer Pflicht, den Arbeitsvertrag eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers unter bestimmten Voraussetzungen zu entfristen.

Allerdings kann von einer Inhaltsnorm in Form eines Einstellungsgebotes nur dann ausgegangen werden, wenn sie den jeweiligen Bewerbern um einen Arbeitsplatz einen regelrechten Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages verschaffen wollen.¹⁵³ Sollen dagegen keine Individualansprüche von Leiharbeitnehmern begründet werden, sondern geht es lediglich um eine generelle Pflicht des Arbeitgebers, eine bestimmte Anzahl von Leiharbeitsplätzen in Festanstellungen umzuwandeln, liegt keine Inhaltsnorm, sondern stattdessen eine Betriebsnorm vor.

Vergleichbare Grundsätze gelten für die denkbare Einordnung von Höchsteinsatzzeiten und Höchstquoten als Einstellungsverbote. Insoweit kommt es entscheidend darauf an, dass diese Regelungen für sich genommen dem Schutz der Belegschaft dienen, nicht aber darauf angelegt sind, den einzelnen Leiharbeitnehmer vor Überforderung o. ä. zu schützen. Im Übrigen ginge die Rechtsfolge echter Einstellungsverbote, nämlich die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, für den Leiharbeitnehmer ins Leere, weil er mit dem Entleiher ohnehin keinen Arbeitsvertrag schließt. Auch insoweit ist deshalb wiederum an die Einordnung als Betriebsnormen zu denken.

bb) Inhaltsnormen

Die Durchsetzung bzw. Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes kann im Ausgangspunkt durch Inhaltsnormen in Tarifverträgen geregelt werden, die auf der Arbeitgeberseite von den einzelnen Verleiherunternehmen oder vom entsprechenden Arbeitgeberverband abgeschlossen werden. In gegenständlicher Hinsicht ist die tarifvertragliche Gestaltung der Individualarbeitsverhältnisse zwischen dem Verleiher und den Leiharbeitnehmern ohne weiteres möglich. In personeller Hinsicht haben die auf der Verleiherseite agierenden Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände die

¹⁵³ Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 109 ff.

Tarifmacht, diese Arbeitsverhältnisse normativ zu ordnen. Allerdings können sich bei diesen Tarifverträgen je nach konkreter Fallgestaltung verschiedene rechtliche Probleme stellen. So ist Vertragspartei auf der Arbeitnehmerseite bei den hier in Rede stehenden Tarifverträgen nicht die DGB-Arbeitsgemeinschaft Zeitarbeit, sondern die jeweilige Einzelgewerkschaft. Als Folge der auf die jeweilige Branche beschränkten Tarifzuständigkeit schreiben die vorhandenen bzw. geplanten Tarifverträge der IG Metall bzw. der IG BCE daher nicht generell die Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes im Hinblick auf die von den Verleiherunternehmen beschäftigten Arbeitnehmern vor, sondern regeln nur die Anwendung dieses Grundsatzes in den Fällen, in denen die Leiharbeitnehmer in bestimmten Unternehmen bzw. bestimmten Branchen eingesetzt werden. Soweit darin ein Gleichheitsproblem gesehen wird,¹⁵⁴ geht es freilich nicht um die funktionelle Zuständigkeit der Tarifparteien, sondern um mögliche Innenschranken der Tarifmacht.¹⁵⁵ Von der Frage der Kompetenz für den Abschluss eines auf die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes gerichteten Tarifvertrages abzugrenzen ist ferner die tarifkollisionsrechtliche Problematik, die sich stellen kann, wenn ein solcher Tarifvertrag auf einen anderen Tarifvertrag trifft, der den Equal-Pay-Grundsatz gerade abbedungen hat.¹⁵⁶

Bei alledem kommt die normative Wirkung entsprechender Tarifverträge mit der Verleiherseite lediglich nur den (wenigen) tarifgebundenen Leiharbeitnehmern zugute (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG). Nicht tarifgebundene Leiharbeitnehmer profitieren hiervon nur bei einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel. Dagegen ist es von vornherein ausgeschlossen, allein durch einen Tarifvertrag zwischen der Gewerkschaft und der Entleiherseite (entleihendes Unternehmen oder Arbeitgeberverband) die zwischen den Leiharbeitnehmern und dem Verleiher bestehenden Arbeitsverhältnisse normativ zu gestalten. Ein Tarifvertrag bindet auf Arbeitgeberseite nur denjenigen Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages oder der Mitglied des den Tarifvertrag schließenden Arbeitgeberverbandes ist. Ein Tarifvertrag, der aus sich selbst heraus unbeteiligten Arbeitgebern Zahlungspflichten aufbürdet, ist im Einklang mit allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien¹⁵⁷ unstrittig ausgeschlossen.¹⁵⁸ Zu einer

¹⁵⁴ Rieble, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit (2009), S. 65, 76.

¹⁵⁵ Hierzu noch unten IV 6 a cc.

¹⁵⁶ Dazu unten IV 8.

¹⁵⁷ Siehe nur Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. (1992), § 57, 1 d, S. 906; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. (2012), Einf. v. § 328 Rn. 10. Deutlich auch BAG vom 30.10.2003 – 8 AZR 491/02 – AP BGB § 613a Nr. 262 = NZA 2004, 481 (unter II 2 b bb [1]): „Ein Vertrag zu Lasten Dritter ist der in Deutschland geltenden Rechtsordnung fremd.“; ferner BAG vom 23.2.2011 – 4 AZR 439/09 – AP BGB § 133 Nr. 60 (Rn. 24).

normativen Wirkung zulasten der Verleiherunternehmen kann es nur bei dreiseitigen Vereinbarungen kommen, an denen auch die Verleiherseite beteiligt ist.

Ob es stattdessen möglich ist, durch die Inhaltsnormen eines auf der Entleiherseite geltenden Tarifvertrages die Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer normativ zu strukturieren, ist bislang erst ansatzweise diskutiert.¹⁵⁹ Unmittelbar einschlägige Rechtsprechung ist nicht vorhanden. Soweit diese Frage im Schrifttum angesprochen wird, stehen sich befürwortende¹⁶⁰ und ablehnende¹⁶¹ Stimmen gegenüber. Ausgangspunkt für die Antwort auf diese Frage muss die Analyse der rechtlichen Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer sein. Insoweit ist zunächst anerkannt, dass zwar im hier weiter nicht interessierenden Sonderfall des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein fingiertes Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande kommt, auf das dann auch die beim Entleiher geltenden Tarifverträge anwendbar sind,¹⁶² im Übrigen aber gerade kein Arbeitsvertrag zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer besteht¹⁶³. Vielmehr wird der Arbeitsvertrag lediglich zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher geschlossen. Die im älteren Schrifttum vertretene Sichtweise eines echten Doppelarbeitsverhältnisses¹⁶⁴ hat sich nicht durchsetzen können.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass es zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher keine arbeitsrechtlichen Beziehungen gibt, sondern nur ein rein tatsächlicher Kontakt vorhanden ist. So zeigt ein Blick in das AÜG, dass der Gesetzgeber auf die Integration des Leiharbeitnehmers in den Einsatzbetrieb Rücksicht nimmt und in § 11 Abs. 6 AÜG den Entleiher ausdrücklich zur Einhaltung der einschlägigen Vorschriften des Arbeitsschutzes auch im

¹⁵⁸ Rieble, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit (2009), S. 65, 75; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), S. 246.

¹⁵⁹ Zum Folgenden bereits Krause, Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55, 57.

¹⁶⁰ Vgl. Berg/Platow/Schoof/Unterbinninghofen, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), § 1 TVG Rn. 210; Däubler/Reim/Nebe, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 259; ebenso Ulber, AÜG, 4. Aufl. (2011), § 9 Rn. 192 ff., der eine Erstreckung der normativen Wirkung der beim Entleiher geltenden Tarifverträge auf Leiharbeitnehmer nicht grundsätzlich, sondern lediglich deshalb für den Regelfall verneint, weil diese Tarifverträge nach ihrem persönlichen Geltungsbereich einen Arbeitsvertrag zum Entleiher voraussetzen; im Grundsatz auch Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmer nach deutschem und Unionsrecht (2011), S. 246, wenn auch „seltener Ausnahmefall“; ferner Schaub/Treiber, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. (2011), § 202 Rn. 8.

¹⁶¹ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 35; Wiedemann/Thüsing, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 391.

¹⁶² Vgl. BAG vom 1.6.1994 – 7 AZR 7/93 – AP AÜG § 10 Nr. 1 = NZA 1995, 465; BAG vom 8.7.1998 – 10 AZR 274/97 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 214 = NZA 1999, 493.

¹⁶³ Siehe nur BAG vom 3.12.1997 – 7 AZR 764/96 – AP AÜG § 1 Nr. 24 = NZA 1998, 876; BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199.

¹⁶⁴ Mayer-Maly, Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, 1, 23 f.

Verhältnis zum Leiharbeitnehmer verpflichtet. Weitere Vorschriften (§§ 13, 13a, 13b AÜG) bestätigen die Existenz rechtlicher Sonderbeziehungen zwischen dem Entleiher und den Leiharbeitnehmern, wobei sich diese Bestimmungen keinesfalls nur auf den besonders virulenten Bereich der Arbeitssicherheit beziehen, sondern auch das Interesse des Leiharbeitnehmers an einer effektiven Durchsetzung seines grundsätzlichen Anspruchs auf Equal Pay sowie an einer Festanstellung betreffen. Ferner bezeichnet § 6 Abs. 2 S. 2 AGG im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz den Entleiher ausdrücklich als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene tragen § 14 Abs. 2 S. 2 und 3 AÜG sowie § 7 S. 2 BetrVG der partiellen Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers Rechnung. Darüber hinaus nimmt die Rechtsprechung an, dass dem beim Entleiher bestehenden Betriebsrat über § 14 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG hinaus im Hinblick auf die Leiharbeitnehmer verschiedene Beteiligungsrechte zustehen können.¹⁶⁵ Soweit es um die Arbeitspflicht selbst geht, wird im Schrifttum mittlerweile mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass der zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher bestehende Arbeitsvertrag als ein echter Vertrag zugunsten des jeweiligen Entleihers auszulegen ist und der Entleiher damit Inhaber eines arbeitsvertraglichen Anspruchs gegen den Leiharbeitnehmer ist.¹⁶⁶ Zudem wird der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Entleiher und Verleiher als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Leiharbeitnehmers interpretiert. Alles in allem sind also zahlreiche arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer vorhanden, die sich freilich nicht zu einem vollständigen Arbeitsvertrag verdichten.¹⁶⁷ Immerhin spricht das BAG in einer neueren Entscheidung davon, dass zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer „rechtliche Beziehungen mit arbeitsrechtlichem Charakter“ bestehen.¹⁶⁸

Vor diesem Hintergrund könnte man durchaus dem Gedanken einer prinzipiellen Befugnis der auf der Entleiherseite agierenden Tarifparteien näher treten, auf das ohnehin schon vorhandene Gefüge aus arbeitsrechtlichen Rechten und Pflichten zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer einzuwirken und dieses nicht nur durch betriebsbezogene

¹⁶⁵ BAG vom 15.12.1992 – 1 ABR 38/92 – AP AÜG § 14 Nr. 7 = NZA 1993, 513; BAG vom 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – AP BetrVG 1972 § 87 Leiharbeitnehmer Nr. 1 = NZA 2001, 1263.

¹⁶⁶ *Reinsch*, Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer (2009), S. 199 ff. m. w. N.

¹⁶⁷ Eingehend *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis (1999), S. 563 ff.

¹⁶⁸ BAG vom 15.3.2011 – 10 AZB 49/10 – AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 96 = NZA 2011, 653 (Rn. 9). Dass das um sich greifende Phänomen der Leiharbeit zu Rechtsfortbildungen Anlass gibt, zeigt nicht zuletzt die Judikatur des EuGH, wonach der Entleiher als „nichtvertraglicher Arbeitgeber“ unter Umständen als Veräußerer im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG betrachtet werden kann; vgl. EuGH vom 21.10.2010 – C-242/09 – NZA 2010, 1225 (Rn. 20 ff.) – Albron.

Normen,¹⁶⁹ sondern auch durch individualbezogene Normen anzureichern. Zwar wollen die konkret zu untersuchenden Regelungen im Tarifvertrag für die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie vom September 2010¹⁷⁰ von vornherein keinen direkten Entgeltanspruch des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher begründen. Die von diesem Tarifvertrag vorgesehene „Haftung für fehlerhafte Vertragsgestaltung mit dem Verleiher“ würde aber dann nur geringe rechtskonstruktive Schwierigkeiten bereiten, wenn sie als Inhaltsnorm konzipiert werden könnte, die im Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer unmittelbar kraft Tarifrechts gilt, wobei sie ihre normative Wirkung bei einer solchen Einordnung aber natürlich nur zugunsten der organisierten Leiharbeitnehmer entfalten würde.

Für eine normative Regelbarkeit streitet der Gedanke, dass eine Verlagerung der formalen Arbeitgeberstellung, zu der es allein durch Vorgänge in der Arbeitgebersphäre kommt, die von der Arbeitnehmerseite grundsätzlich nicht beeinflusst werden können, den von Art. 9 Abs. 3 GG intendierten Mechanismus der kollektiven Aushandlung von Arbeitsbedingungen untergräbt, indem einheitliche Belegschaften künstlich segmentiert werden. Auch wenn diese Strategie der Arbeitgeberseite rechtmäßig ist, sofern keine regelrechten Austauschkündigungen erfolgen, stellt sich doch die Frage, ob das Tarifrecht diese Entwicklungen nur hilflos beobachten kann oder ob den Koalitionen durch eine Fortbildung des Tarifrechts die Instrumente in die Hand gegeben werden sollten, um einem solchen Unterlaufen der Funktionsbedingungen der Tarifautonomie wirksam entgegenzutreten zu können. Sollen die Koalitionen ihrer Funktion nachkommen können, das Arbeitsleben in seiner jeweiligen Gestalt zu ordnen, so ließe sich durchaus an eine Befugnis denken, die Arbeitsbedingungen auch derjenigen Beschäftigten normativ zu gestalten, die zwar nicht in rechtlicher Hinsicht durch einen Arbeitsvertrag mit dem Entleiher verbunden sind, die aber real in den Betrieb des Entleihers integriert sind und dort durch abhängige Arbeit zur Wertschöpfung beitragen. Mit der Rückführung der Tarifautonomie auf den Gedanken kollektiv ausgeübter Privatautonomie lässt sich diese Vorstellung noch in Einklang bringen, weil es in der Logik kollektiven Handelns liegt, die gebündelte Verhandlungsmacht der Koalitionsmitglieder einzusetzen, um für alle beim selben Arbeitgeber tatsächlich Beschäftigten für dieselbe Arbeit im Ergebnis dasselbe Entgelt durchzusetzen. Einer solchen Konzeption steht der Wortlaut des TVG nicht zwingend entgegen, weil in den §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG jeweils davon die Rede ist, dass die *Arbeitsverhältnisse* und nicht nur die abgeschlossenen *Arbeitsverträge* geordnet werden. Hinzu kommt, dass die Arbeitnehmerüberlassung in den ersten Jahrzehnten nach dem Zweiten

¹⁶⁹ Hierzu noch unten IV 3 b.

¹⁷⁰ Dazu bereits oben III 2 b.

Weltkrieg verboten war¹⁷¹ und deshalb keine Notwendigkeit bestand, sich über die Frage Gedanken zu machen, ob sich die Tarifmacht auch auf Leiharbeitnehmer erstreckt. Wenn sich das TVG zu dieser Frage ausschweigt, kann daraus deshalb nicht der Schluss auf eine bewusste Ablehnung gezogen werden.

Freilich müsste sich eine solche Fortbildung des Tarifrechts auch ernstzunehmenden Einwänden stellen. So könnte man die verschiedenen Regelungen im AÜG, im AGG sowie im BetrVG, die zu rechtlichen Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer führen, durchaus als Ausnahmen von der Regel begreifen, die zwar möglicherweise tarifvertraglich modifiziert werden können, die aber nicht den Schluss auf eine breitflächige Tarifregelung zulassen, mag es sich um die normative Begründung von eigenständigen Zahlungsansprüchen des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher für die geleistete Arbeit handeln oder um Schadensersatzansprüche dafür, dass sich der Entleiher nicht hinreichend darum bemüht hat, den Equal-Pay-Grundsatz in den Arbeitnehmerüberlassungsverträgen zu verankern. Letztlich geht es darum, ob man die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen und die damit verbundene bewusste Entscheidung des Entleihers, sich dem Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem Leiharbeitnehmer zu verweigern, als ein der Rechtsetzungsmacht der Tarifparteien vorgelagertes Datum akzeptiert¹⁷² oder ob man im Interesse einer funktionierenden Tarifautonomie den „Sprung über den Graben“ wagt und die Schaffung normativer Regelungen auch im Hinblick auf solche Formen abhängiger Beschäftigung zulässt, die nur partiell rechtlich geregelt sind und bei denen kein *Arbeitsvertrag* geschlossen wurde, wohl aber ein *Arbeitsverhältnis* besteht. Hierfür wird es entscheidend darauf ankommen, ob das Phänomen der Leiharbeit – und sei es auch nur in bestimmten Bereichen – schon ein solches Ausmaß erreicht hat, dass eine umfassende normative Strukturierung auch solcher Arbeitsbeziehungen, die materiell ein Arbeitsverhältnis sind, obgleich es an einem formalen Arbeitsvertragsschluss fehlt, zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als Leitprinzip für eine Fortbildung des Tarifrechts erforderlich ist.

In der Diskussion wird zuweilen der Versuch unternommen, die geschilderten Schwierigkeiten, die sich bei den Bemühungen um die normative Regulierung einer rein tatsächlichen Beschäftigungsbeziehung ergeben, dadurch zu umgehen, dass Inhaltsnormen mit dritt-schützendem Charakter angenommen werden. Anknüpfungspunkt ist in diesem Fall nicht

¹⁷¹ Vgl. Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, 4. Aufl. (2010), Einleitung Rn. 42 ff.

¹⁷² In diesem Sinne noch JKO/Krause, TVR (2007), § 4 Rn. 17. Insoweit unklar BVerfG vom 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 1486, 1623/82 – BVerfG 77, 84, 114, weil offen bleibt, worauf das BVerfG seine Aussage stützt, dass die in den Baubereich verliehenen Arbeitnehmer nicht von der Rechtsetzungsmacht der dort tätigen Tarifparteien erfasst werden.

die Beschäftigungsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer, sondern der unstreitig vorliegende Arbeitsvertrag zwischen Entleiher und Stammarbeitnehmer. Als Vorbild für diese Überlegungen dienen die tradierten und allseits anerkannten Tarifnormen zugunsten von Angehörigen, denen beispielsweise Sozialleistungen beim Tod des Arbeitnehmers zugesagt werden¹⁷³. In der Sache handelt es sich insoweit um eine mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB verwandte Gestaltung mit dem einzigen Unterschied, dass die Drittberechtigung nicht unmittelbar aus der schuldrechtlichen Komponente des Tarifvertrages erwächst, sondern der Tarifvertrag Inhaltsnormen schafft, die ihrerseits eine Drittberechtigung enthalten.

Aus dieser Wirkungsweise ergeben sich freilich auch die Einwände gegen die Überlegung, die Begünstigung der Leiharbeitnehmer auf solche Inhaltsnormen zu stützen, die an die Arbeitsverhältnisse der Stammarbeitnehmer anknüpfen. So ist eine tarifliche Inhaltsnorm, die zugunsten von Angehörigen des Arbeitnehmers insbesondere für den Fall des Versterbens Leistungen vorsieht, eine natürliche Fortsetzung der Austauschbeziehung im Einzelarbeitsverhältnis. Dagegen ist es rechtlich nicht fassbar, den einzelnen Stammarbeitnehmern jeweils einzelne Leiharbeitnehmer zuzuordnen, die durch eine für das Stammarbeitsverhältnis geltende Inhaltsnorm begünstigt werden sollen. Zudem irritiert die Vorstellung, dass ein Leiharbeitnehmer, der gegen den Entleiher einen Anspruch wegen „fehlerhafter Vertragsgestaltung“ geltend macht, einen ihm möglicherweise völlig unbekanntem (organisierten) Stammarbeitnehmer benennen müsste, von dessen Arbeitsvertrag er seine Berechtigung ableitet. Eher noch kann man daran denken, dass ein Gesamtinteresse der Stammbesellschaft definiert werden kann, dass es für gleiche Arbeit durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht zu einer zweiten Entgeltlinie im Betrieb kommt. Dieses Gesamtinteresse lässt sich aber nicht den einzelnen Arbeitsverhältnissen der Stammarbeitnehmer zuordnen. Alles in allem führt somit die Rechtsfigur von tariflichen Inhaltsnormen zugunsten Dritter nicht weiter.

¹⁷³ Vgl. BAG vom 13.11.1985 – 4 AZR 269/84 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie = NZA 1986, 437; BAG vom 4.1.2001 – 4 AZR 242/00 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 156.

b) Betriebsbezogene Normen

aa) Betriebliche Normen

Betriebliche Normen betreffen das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft und zielen darauf ab, die betriebliche Organisationsgewalt des Arbeitgebers zu regulieren.¹⁷⁴ Regelungsgegenstand ist die Gestaltung des Betriebes, also der Betriebsmittel und der Belegschaft.¹⁷⁵ Hält man bei dieser Art von Normen ausschließlich den Arbeitgeber für rechtlich gebunden, während die Arbeitnehmer nur reflexartig betroffen sind, erledigen sich alle aus legitimatorischen Gründen gegen betriebliche Normen bzw. gegen § 3 Abs. 2 TVG vorgebrachten Einwände.¹⁷⁶ Der Anwendungsbereich betrieblicher Normen ist nach der neueren Rechtsprechung des BAG dann eröffnet, wenn eine Regelung auf der Ebene des Individualarbeitsvertrages „evident sachlogisch unzweckmäßig“ ist und daher eine einheitliche Regelung auf betrieblicher Ebene erforderlich ist, wobei als Maßstab das jeweilige Regelungsziel fungiert.¹⁷⁷

Soweit es um den absoluten Umfang der Leiharbeit geht, kann zunächst festgehalten werden, dass die überwiegende Ansicht in Höchstquoten einen tauglichen Gegenstand betrieblicher Normen sieht. So hat die Rechtsprechung ganz generell tarifvertragliche Einflussnahmen auf die Struktur der Belegschaft durch betriebliche Normen akzeptiert¹⁷⁸ und in diesem Zusammenhang Regelungen über das zahlenmäßige Verhältnis bestimmter Arbeitnehmergruppen zur Gesamtzahl der Mitarbeiter eines Betriebes ausdrücklich als tauglichen Gegenstand betrieblicher Normen bezeichnet¹⁷⁹. Insbesondere hat das BAG gegen die Festsetzung von Quoten für befristet beschäftigte Arbeitnehmer, die ebenso wie Leiharbeitnehmer zur Randbelegschaft gezählt werden können, ersichtlich keine Einwände

¹⁷⁴ Siehe nur JKO/Krause, TVR (2007), § 4 Rn. 66.

¹⁷⁵ BAG vom 17.6.1997 – 1 ABR 3/97 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 2 = NZA 1998, 213; BAG vom 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP BetrVG 1972 Einstellung Nr. 62 = NZA 2011, 751; BAG vom 1.6.2011 – 7 ABR 117/09 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 64 = NZA 2011, 1435.

¹⁷⁶ Näher dazu JKO/Krause, TVR (2007), § 4 Rn. 63 ff.; anders aber der Problemzugang in BAG vom 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP BetrVG 1972 Einstellung Nr. 62 = NZA 2011, 751.

¹⁷⁷ BAG vom 26.4.1990 – 1 ABR 84/87 – AP GG Art. 9 Nr. 57 = NZA 1990, 850, BAG vom 17.6.1997 – 1 ABR 3/97 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 2 = NZA 1998, 213; BAG vom 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP BetrVG 1972 Einstellung Nr. 62 = NZA 2011, 751.

¹⁷⁸ BAG vom 26.4.1990 – 1 ABR 84/87 – AP GG Art. 9 Nr. 57 = NZA 1990, 850, BAG vom 22.1.1991 – 1 ABR 19/90 – AP GG Art. 12 Nr. 67 = NZA 1991, 675; BAG vom 17.6.1999 – 2 AZR 456/98 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 103 = NZA 1999, 1157; BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 81/06 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 56 = NZA 2008, 832; siehe auch BAG vom 17.6.1997 – 1 ABR 3/97 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 2 = NZA 1998, 213.

¹⁷⁹ BAG vom 21.1.1987 – 4 AZR 547/86 – AP GG Art. 9 Nr. 47 = NZA 1987, 233.

erhoben.¹⁸⁰ Dementsprechend werden Leiharbeiterquoten auch im Schrifttum regelmäßig als statthaft angesehen.¹⁸¹ Diese Sichtweise trägt dem Umstand Rechnung kommt, dass die konkrete Zusammensetzung der Belegschaft das Arbeitsklima entscheidend prägt und daher für das tägliche Miteinander der im Betrieb Tätigen von zentraler Bedeutung ist. Hierbei versteht es sich von selbst, dass eine auf die Struktur der Belegschaft bezogene Regelung nur betriebseinheitlich erfolgen kann. Da es gerade um die Frage der Integration von Leiharbeitnehmern in den betrieblichen Geschehensablauf geht und damit die betriebliche Organisationsgewalt des Entleiherarbeitgebers berührt wird, fallen Höchstquoten für Zeitarbeiter auch unter diesem Blickwinkel in den Gegenstandsbereich von im Einsatzbetrieb geltenden betrieblicher Normen.

Allerdings haben sich auch Gegenstimmen erhoben, die sich auf die Überlegung stützen, dass Höchstquoten für Leiharbeiter nicht das arbeitsorganisatorische Zusammenwirken der Arbeitnehmer betreffen, sondern ausschließlich dazu dienen, arbeitsmarktpolitische und damit überbetriebliche Interessen zu befördern.¹⁸² Die Auffassung, dass eine Beschränkung der Leiharbeit der Stammbesellschaft auf der arbeitsorganisatorischen Ebene keine greifbaren Vorteile verschaffe, schöpft die Problematik indes nicht aus. So kann der Zustrom von ständig wechselnden Leiharbeitnehmern zu massiven zusätzlichen Belastungen für die Stammarbeitnehmer führen, weil beispielsweise wiederholt neue Einarbeitungen erforderlich sind, das Ineinandergreifen von Arbeitsabläufen immer wieder neu organisiert werden muss und durch den Austausch von Mitarbeitergruppen nicht zuletzt wichtige Informationen verlorengehen. Werden Leiharbeiter in sensiblen Bereichen wie etwa der Qualitätssicherung oder der Arbeitssicherheit eingesetzt, kann es zudem zu erheblichen Störungen von Arbeitsprozessen oder gar zu Sicherheitsrisiken kommen. Bei der Beschränkung des absoluten Umfangs der Leiharbeit geht es also keineswegs – wie die Gegenansicht insinuiert – lediglich um die Abwehr „billiger“ Konkurrenz. Das denkbare Gegenargument, dass es außerhalb der durch zwingendes Arbeitsschutzrecht vorgegebenen Standards im Belieben des Arbeitgebers liegt, die Arbeitsabläufe unvorteilhaft zu organisieren, weil es ausschließlich Sache des „Marktes“ ist, ihn für Effizienzverlust „abzustrafen“,

¹⁸⁰ BAG vom 28.6.1994 – 1 ABR 59/93 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 4 = NZA 1995, 387.

¹⁸¹ *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69, 84; *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), § 1 TVG Rn. 208 f.; *Schüren/Hamann/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 14 Rn. 198; *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 793; *Thüsing/Braun/Thüsing*, Tarifrecht (2011), 5. Kap. Rn. 7; *Wiedemann/Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 391; generell ebenso *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 7 III 5 g, S. 352.

¹⁸² *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit (2009), S. 65, 77 f.

geht an der betrieblichen Realität, an der sich Arbeitsrecht messen lassen muss, vorbei und greift deshalb zu kurz. Die Folgen von innerbetrieblichen Entscheidungen werden nämlich regelmäßig nicht einfach an den „Markt“ weitergegeben. Vielmehr werden sie aufgrund der Eigengesetzlichkeiten des Zusammenwirkens von Beschäftigten in Betrieben ganz überwiegend innerhalb der Organisation aufgefangen, wo sie gegebenenfalls zu zusätzlichen Belastungen für die Arbeitnehmerseite führen. Wenn eine tarifliche Regelung diesen psychischen und teilweise auch physischen Belastungen, die durch eine bestimmte Personalpolitik ausgelöst werden, im Interesse der Arbeitnehmer entgegenzutreten will, handelt es sich durchaus um eine betriebliche Norm. Allerdings deckt dieser Gesichtspunkt nur Bestimmungen zur Abwehr solcher Erschwernisse, die für die Stammarbeitnehmer gerade dadurch hervorgerufen werden, dass sie mit Leiharbeitnehmern in einen arbeitsorganisatorischen Zusammenhang gestellt werden, die mit den innerbetrieblichen Geschehensabläufen nicht vertraut sind.

Indes gibt es weitere Einbußen für die Arbeitnehmerseite, die durch die Segmentierung der Belegschaft herbeigeführt werden und deren Eindämmung legitimes Ziel von betrieblichen Normen ist. So geht es beim Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht einfach darum, dass sich die Stammarbeitnehmer lästige Konkurrenz vom Halse halten wollen, was in der Tat unzulässig wäre. Selbstverständlich darf eine Mehrheitsgewerkschaft nicht einfach eine Höchstquote für Nichtorganisierte festlegen, um auf diese Weise einen Unterbietungswettbewerb zu verhindern. Die Besonderheit bei der Leiharbeit besteht aber darin, dass auch der langfristig in einem Betrieb tätige Leiharbeitnehmer durch einen auf seiner Entscheidung beruhenden Beitritt zur Gewerkschaft grundsätzlich keine Chance hat, in den Genuss der für Stammarbeitnehmer im Betrieb geltenden Tarifverträge zu gelangen. Vielmehr liegt es vor dem Hintergrund der herkömmlichen Tarifverträge, die ihren persönlichen Geltungsbereich auf die beim Entleiher angestellten Arbeitnehmer beschränken, ausschließlich in der Hand des Arbeitgebers, den Leiharbeitnehmer durch eine Festanstellung in den Kreis derjenigen aufzunehmen, die von den im Betrieb geltenden Tarifverträgen profitieren. Dies birgt die Gefahr mit sich, dass Leiharbeitnehmer ein übermäßig angepasstes Verhalten an den Tag legen, um sich die Chancen des Aufstiegs von der 2. Klasse in die 1. Klasse der Arbeitnehmer nicht zu verbauen.

Umgekehrt haben wenn auch nicht alle, so doch regelmäßig zahlreiche Stammarbeitnehmer tagtäglich hautnah vor Augen, dass durch entsprechende betriebsorganisatorische Maßnahmen eine Abqualifizierung droht. Auch man nicht davon ausgehen kann, dass diese Auswirkungen auf die mentale Verfassung der Belegschaft in jedem Fall oder auch nur in der überwiegenden Zahl der Fälle eine arbeitgeberseitige Intention des Einsatzes von Leiharbeit ist, lässt sich die Möglichkeit solcher Folgen doch kaum in Zweifel ziehen.

Wenn nun durch Leiharbeit eine solche besondere Drucksituation für die Belegschaft entsteht, dann gehört es geradezu zum „Kernbereich“ betrieblicher Normen, diese Drucksituationen abzumildern und beispielsweise durch eine Höchstquote zu signalisieren, dass die Stammarbeitnehmer für den Fall, dass die Höchstquote bereits ausgeschöpft ist, nicht mehr befürchten müssen, ersetzt zu werden, während umgekehrt die Leiharbeitnehmer sich hierdurch berechnete Hoffnungen machen dürfen, bei einer entsprechenden Arbeitskraftnachfrage das Angebot einer Festanstellung zu erhalten. Nach alledem geht es bei Höchstquoten für Leiharbeitnehmer also nicht darum, den Equal-Pay-Grundsatz, der eigentlich Gegenstand von Inhaltsnormen sein müsste, künstlich in das Gewand einer betrieblichen Norm zu kleiden und auf diese Weise die Begrenzung der tarifvertraglicher Inhaltsnormen auf organisierte Arbeitnehmer auszuhebeln.¹⁸³ Vielmehr besteht die Stoßrichtung von Höchstquoten darin, ein Bollwerk gegen den Prozess der Aushöhlung der Stammbeslegschaft zu errichten und einer Zerteilung der Belegschaft entgegenzuwirken, die von den Arbeitnehmern insgesamt und nicht nur von den Mitgliedern der Stammbeslegschaft als bedrückend empfunden wird. Damit liegt insoweit unabhängig von allgemeinen arbeitsmarktpolitischen Erwägungen eine Zielsetzung vor, die durch eine betriebliche Norm verwirklicht werden kann. Dasselbe gilt für Regelungen, die zwar keine absoluten Höchstgrenzen festsetzen, aber durch eine Bindung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern an das Vorliegen von Sachgründen die Nutzung von Zeitarbeit im Betrieb im Interesse sowohl der überlassenen Arbeitnehmer als auch der Stammbeschäftigten eindämmen wollen.

Zeitliche Höchstgrenzen für die Arbeitnehmerüberlassung haben die Funktion, eine dauerhafte Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer zu verhindern. Der Arbeitgeber soll dazu gebracht werden, einen dauerhaften Arbeitskräftebedarf nicht durch Leiharbeitnehmer zu decken, sondern Feststellungen vorzunehmen. Das Ziel besteht also nicht etwa darin, auf eine ständige Fluktuation von Leiharbeitnehmern hinzuwirken, um hierdurch das Entstehen einer Betriebsgemeinschaft zu verhindern.¹⁸⁴ Vielmehr geht es darum, einen vorhandenen Arbeitskräftebedarf in feste Arbeitsverhältnisse mit dem Entleiher zu überführen und auf diese Weise die soeben erwähnten beschriebenen Fiktionen zu vermeiden, die sich aus einer künstlichen Segmentierung der Belegschaft ergeben. Da somit Höchstgrenzen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern ebenfalls durch den Gedanken zumindest mitmotiviert sind, den Druck zu verringern, der bei zweigeteilten

¹⁸³ Nicht überzeugend daher *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit* (2009), S. 65, 78.

¹⁸⁴ So aber *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit* (2009), S. 65, 78, der daraus folgert, dass eine solche Regelung keine betriebliche Norm sein könne.

Belegschaften auf den Arbeitnehmern ruht, hat man es auch insoweit mit einem tauglichen Gegenstand von betrieblichen Normen zu tun.

Deutlich größere Probleme bestehen dagegen im Hinblick auf alle Versuche, dem Equal-Pay-Grundsatz dadurch zum Durchbruch zu verhelfen, dass der Entleiher zu einer bestimmten Gestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages verpflichtet werden soll. Diese Regelungen mögen zwar mittelbar bewirken, dass der Arbeitgeber den Umfang der Leiharbeit mangels wirtschaftlicher Attraktivität zurückfährt. Dennoch geht es den Bestimmungen im Kern lediglich um eine monetäre Gleichbehandlung von Stammarbeitnehmern und Leiharbeitnehmer, nicht aber darum, die unterschiedliche Rechtsgrundlage, auf der Leiharbeitnehmer tätig sind, anzutasten und auf eine Umwandlung von Leiharbeitnehmern in Stammarbeitnehmer hinzuwirken. Verschiedene vorstehend beschriebene Gefährdungslagen stehen damit nicht im Fokus von Equal-Pay-bezogenen Regelungsansätzen und können deshalb folgerichtig auch nicht als Begründung dafür herangezogen werden, warum es gerade um eine betriebliche Norm im Sinne einer Steuerung der betrieblichen Organisationsgewalt des Arbeitgebers geht. Vielmehr handelt es sich der Sache nach um eine mittelbare Regelung von Arbeitsvertragsinhalten durch ein unmittelbares Einwirken auf den Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages und es ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen die Höhe des für eine Tätigkeit gezahlten Entgelts bzw. eine darauf gerichtete Bestimmung im Personalüberlassungsvertrag zugleich die gegenständlichen Anforderungen an betriebliche Normen erfüllen soll. Das bloße Empfinden von Stammarbeitnehmern und Leiharbeitnehmern, dieselbe Arbeit dürfe nicht unterschiedlich bezahlt werden, kann jedenfalls kaum ausreichen, von einer arbeitsorganisatorischen Frage zu sprechen.

Zwar ist im Schrifttum die These vertreten worden, Abweichungen vom Equal-Pay-Grundsatz könnten als betriebliche Normen eingestuft werden, um hierdurch beim Verleiher schon dann zu einheitlichen Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer zu kommen, wenn nur der Verleiher tarifgebunden sei.¹⁸⁵ Dreht man diese Argumentation um, ließe sich folgerichtig auch eine Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes als betriebliche Norm qualifizieren, wobei allerdings noch die zusätzliche Hürde zu überwinden wäre, dass es zumindest unmittelbar um eine Steuerung des Verhaltens des Entleihers im Verhältnis zum Verleiher geht. Indes ist bereits der Grundgedanke zurückzuweisen.¹⁸⁶ Die Regelung der Entgelthöhe ist nach

¹⁸⁵ Röder/Krieger, Arbeitnehmerüberlassung: Kein Ausweg aus der equal pay-Falle?, DB 2006, 2122, 2123; einschränkend aber *dies.*, Replik, DB 2007, 170.

¹⁸⁶ Zutr. Böhm, Arbeitnehmerüberlassung: Ausweg aus der equal pay-Falle ein Holzweg?, DB 2007, 168 f.; Rieble, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit (2009), S. 65, 77.

dem System des Tarifrechts eine dem Bereich der Inhaltsnormen zugewiesene Angelegenheit, die normative Wirkung grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen beiderseits Tarifgebundenen entfalten.¹⁸⁷ Dieser Mechanismus lässt sich nicht dadurch aushebeln, dass man die Frage, welche Arbeitsvertragskonditionen der Arbeitgeber den Arbeitnehmern anzubieten hat, vom einzelnen Arbeitsvertrag selbst löst und zu einer betrieblichen Frage umdeklariert, die nur betriebseinheitlich geregelt werden kann.¹⁸⁸ Wenn also das Entgelt für geleistete Arbeit selbst nicht zwingend einheitlich geregelt werden muss, ist es auch keine betriebliche Frage, ob Arbeitnehmerüberlassungsverträge eine Klausel enthalten, die den Verleiher zur Gewährleistung von Equal Pay verpflichten. Der Tarifvertrag hat im Hinblick auf das Entgelt die Funktion, den organisierten Arbeitnehmern einen größeren Anteil an der gemeinsamen Wertschöpfung im Unternehmen zu verschaffen, als sie ihn durch einen Einzelvertrag erlangen könnten. Dagegen hat der Tarifvertrag nicht die Aufgabe, die gesamte für den Faktor Arbeit zur Verfügung stehende Entgeltsumme auf alle faktisch zur Belegschaft gehörenden Beschäftigten ohne Rücksicht auf ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft mit normativer Wirkung zu verteilen. Insoweit bleibt es beim jüngst vom BAG noch einmal betonten Grundsatz, dass die Tarifparteien bei arbeitsverhältnisbezogenen Regelungen keine Normsetzungsmacht gegenüber Außenseitern haben.¹⁸⁹ Lässt sich die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes somit nicht in eine Betriebsnorm fassen, gibt es auch keine Möglichkeit, die Pflicht des Entleihers zur direkten Leistung von Schadensersatz an die Leiharbeitnehmer bei einer „fehlerhaften Vertragsgestaltung“ als Betriebsnorm zugunsten Dritter zu konzipieren.

bb) Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Betriebsverfassungsrechtliche Normen betreffen die Errichtung, Organisation und Rechte einer betrieblichen Arbeitnehmervertretung.¹⁹⁰ Einige der zu untersuchenden tarifvertraglichen Regelungen zielen darauf ab, die Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrats im Hinblick auf die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern zu erweitern. Dies gilt insbesondere für die Schaffung eines neuen Zustimmungsverweigerungsgrundes im Sinne von § 99 BetrVG, der sich darauf bezieht, dass der Equal-Pay-Grundsatz nicht eingehalten wird.

¹⁸⁷ Ebenso Thüsing/Braun/Thüsing, Tarifrecht (2011), 5. Kap. Rn. 4.

¹⁸⁸ In diesem Sinne bereits BAG vom 28.9.1983 – 4 AZR 200/83 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Seniorität Nr. 2.

¹⁸⁹ BAG vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920 (Rn. 42).

¹⁹⁰ JKO/Krause, TVR (2007), § 4 Rn. 77.

Im Hinblick auf die prinzipielle Frage, ob die Tarifvertragsparteien ein Mandat zur Erweiterung von Beteiligungsrechte des Betriebsrats haben, kann als zwar nicht unumstrittene,¹⁹¹ aber doch weithin anerkannte und vor allem von der Rechtsprechung geteilte Auffassung davon ausgegangen werden, dass eine solche Ausdehnung grundsätzlich zulässig ist.¹⁹² Hierfür spricht zunächst, dass die §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG, in denen ausdrücklich von der Möglichkeit betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen die Rede ist, durch das später erlassene BetrVG sowie seine verschiedenen Novellierungen weder aufgehoben noch eingeschränkt worden sind. Zudem ist nicht ersichtlich, warum es sich beim BetrVG außerhalb der organisationsrechtlichen Bestimmungen durchgängig um zweiseitig zwingendes Recht handeln sollte. Allerdings müssen sich alle Erweiterungen der Beteiligungsrechte im Rahmen der funktionellen Zuständigkeit des Betriebsrats als Belegschaftsorgan halten. Die dem Betriebsrat zusätzlich eingeräumten Mitwirkungsbefugnisse müssen also anders gesagt noch einen Bezug zum betrieblichen Geschehen aufweisen. Dies alles gilt insbesondere auch für die Erweiterung von Beteiligungsrechten in personellen Angelegenheiten.¹⁹³

Soweit es um tarifvertraglich fixierte Höchstquoten und zeitliche Höchstgrenzen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern geht, führt bereits der gesetzliche Mechanismus des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dazu, dass dem Betriebsrat bei der Einstellung im Falle eines Verstoßes gegen die tariflichen Vorgaben ein Zustimmungsverweigerungsrecht zusteht.¹⁹⁴ Für diese Gestaltungen gilt nichts anderes als für die früher im AÜG geregelten Höchstüberlassungszeiten, bei deren Überschreiten das BAG von einem Gesetzesverstoß ausging, der den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung

¹⁹¹ Vgl. MünchArbR/v. Hoyningen-Huene, 3. Aufl. (2009), § 210 Rn. 24; Richardi/Richardi, BetrVG, 13. Aufl. (2012), Einleitung Rn. 147 ff.

¹⁹² BAG vom 18.8.1987 – 1 ABR 30/86 – AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23 = NZA 1987, 779; BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 = NZA 1988, 699; BAG vom 31.1.1995 – 1 ABR 35/94 – AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 56 = NZA 1995, 1059; BAG vom 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121 = NZA 2001, 271; BAG vom 24.2.2011 – 2 AZR 830/09 – NZA 2011, 708 (Rn. 21); LAG Köln vom 24.11.1983 – 3 Sa 755/83 – DB 1984, 670 f.; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 1 Rn. 249 ff.; *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 VII 6 a (1), S. 610 f.; *ders.*, KollArbR, Bd. II (2008), § 33, 8 I, S. 223 f.; JKO/Krause, TVR (2007), § 4 Rn. 82 m. w. N.; neuerer Überblick bei *Lerch/Weinbrenner*, Vertragliche Ausweitung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, NZA 2011, 664 ff.

¹⁹³ DKKW/Bachner, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rn. 31 ff.; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 1 Rn. 252 f., 257, 259; *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 VII 6 d, S. 615 f.; *ders.*, KollArbR, Bd. II (2008), § 33, 8 I (5), S. 235 f.; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 128 ff., 195 ff.; Thüsing/Braun/Wißmann, Tarifrecht (2011), 4. Kap. Rn. 132; a. A. GK-BetrVG/Raab, 9. Aufl. (2010), Vor § 92 Rn. 21 ff., § 99 Rn. 5; Richardi/Thüsing, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rn. 7; etwas großzügiger Wiedemann/Thüsing, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 769.

¹⁹⁴ Vgl. BAG vom 28.1.1992 – 1 ABR 43/91 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 95 = NZA 1992, 606 (berechtigte Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats, wenn die Einstellung gegen einen Tarifvertrag verstößt, der eine Mindestarbeitszeit vorsieht).

gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG berechnete.¹⁹⁵ Dabei hat das BAG bemerkenswerterweise davon gesprochen, dass die seinerzeitige Regelung eine arbeits- und sozialpolitische Stoßrichtung hatte. Das von den Verhältnissen im konkreten Entleiherbetrieb losgelöste Ziel des Verbotsgesetzes war demnach für das BAG kein Grund, die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats für die Effektivierung dieses Verbots durch Zustimmungsverweigerung in Frage zu stellen. Die Kombination aus (materieller) tarifvertraglicher Bestimmung und (verfahrensmäßigem) gesetzlichem Beteiligungsrecht verschafft dem Betriebsrat also gegebenenfalls einen nicht unerheblichen Einfluss auf den Umfang der Leiharbeit im Betrieb, so dass es insoweit nur darauf ankommt, ob die materielle Tarifnorm selber wirksam ist. Sofern zeitliche Schranken eingezogen werden sollen, spielt es keine Rolle, ob der Zustimmungsverweigerungsgrund arbeitnehmerbezogen oder arbeitsplatzbezogen ausgestaltet wird. Würde man nur arbeitnehmerbezogene Höchstgrenzen für statthaft halten, könnten diese durch die dauerhafte Besetzung desselben Arbeitsplatzes durch zwei rotierende Leiharbeitnehmer auf einfache Weise ausgehebelt werden. Der Zweck entsprechender Tarifregelungen, einer Substitution von Stammarbeitnehmern durch Zeitarbeitnehmer entgegenzutreten, würde dann nicht erreicht.

Das BAG ist aber noch einen Schritt weitergegangen und akzeptiert sogar eine nicht an konkrete Zustimmungsverweigerungsgründe gebundene zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats bei Neueinstellungen.¹⁹⁶ Allerdings ist die Tragweite dieser Entscheidung nicht völlig eindeutig. So hebt das BAG in den Gründen hervor, dass dem Betriebsrat durch den seinerzeit zu beurteilenden Tarifvertrag kein Mitbestimmungsrecht bei der Frage zugebilligt worden sei, ob ein Arbeitnehmer eingestellt werde, sondern nur im Hinblick darauf, welchem Bewerber der Vorzug zu geben sei.¹⁹⁷ Diese Aussage könnte man auf den ersten Blick dahin deuten, dass die Entscheidung des Arbeitgebers, es sollten überhaupt Einstellungen vorgenommen werden, mitbestimmungsfrei zu bleiben habe, während dem Betriebsrat lediglich ein – wenn auch nicht an bestimmte Gründe gebundenes – Recht eingeräumt werden könne, an der Auswahlentscheidung unter den einzelnen Bewerbern mitzuwirken.¹⁹⁸ Würde man eine solche restriktive Interpretation auf die Erweiterung der Mitbestimmung im Zusammenhang mit der Einstellung von Leiharbeitnehmern übertragen, würde der Betriebsrat prima facie nur bei der konkreten Auswahl dieser Arbeitnehmer, nicht aber bei der Frage gleichberechtigt mitwirken können, ob ein vom

¹⁹⁵ BAG vom 28.9.1988 – 1 ABR 85/87 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 60 = NZA 1989, 358; BAG vom 12.11.2002 – 1 ABR 1/02 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 41 = NZA 2003, 513.

¹⁹⁶ BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 = NZA 1988, 699.

¹⁹⁷ BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 = NZA 1988, 699 (unter II 3 b d. Gr.).

¹⁹⁸ Eine solche Sichtweise erwägend DKKW/Bachner, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rn. 31.

Arbeitgeber definierter Personalbedarf überhaupt durch Zeitarbeitnehmer gedeckt werden soll.

Allerdings kann eine solche These aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen. Zunächst wäre selbst mit einer auf die bloße Auswahl der einzustellenden Mitarbeiter beschränkten Mitwirkung die Schaffung einer echten Vetoposition des Betriebsrats im Hinblick auf Leiharbeitnehmer noch kompatibel, wenn man die arbeitgeberseitige Entscheidungsmacht als Befugnis begrift, den Umfang der abhängigen Beschäftigung im Betrieb abstrakt festzulegen. Ein Vetorecht des Betriebsrats greift nämlich bei genauer Betrachtung in eine solche Befugnis nicht ein, weil es dem Arbeitgeber unbenommen bleibt, seinen Personalbedarf durch befristete Arbeitsverträge oder durch Festanstellungen zu decken. Eine Vetoposition des Betriebsrats im Hinblick auf Leiharbeitnehmer stellt sich bei einer Gesamtbetrachtung also lediglich als eine Mitwirkung bei der Auswahl der Arbeitnehmer dar, die auf bestimmten Arbeitsplätzen tätig sein sollen. Weiter ist keineswegs gesichert, dass dem BAG bei seiner Entscheidung lediglich eine vergleichsweise geringfügige Erweiterung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei Einstellungen vor Augen schwebte. Vielmehr ist auch eine Interpretation denkbar, nach der mit der fraglichen Formulierung nur zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass der Tarifvertrag dem Betriebsrat kein umfassendes Mitbestimmungsrecht verschaffen und ihm insbesondere nicht die Rechtsmacht einräumen wollte, zusätzliche Einstellungen gegen den Willen des Arbeitgebers zu erzwingen. Hierfür spricht, dass nach dem Wortlaut des streitgegenständlichen Tarifvertrages Neueinstellungen lediglich dann möglich sein sollten, wenn eine Planstelle frei ist. Demgegenüber lässt jener Tarifvertrag an keiner Stelle erkennen, dass es dem Betriebsrat von vornherein verwehrt sein sollte, sich gegen die Einstellung sämtlicher vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Bewerber als ungeeignet und den Interessen der Belegschaft abträglich zu wenden.¹⁹⁹ Die Entscheidung des BAG kann also mit anderen Worten auch dahin interpretiert werden, dass es nur um eine Abgrenzung zu einem Initiativrecht des Betriebsrats zur Durchsetzung von Neueinstellungen ging.²⁰⁰ Damit korrespondiert es, wenn das BAG keine Einwände dagegen erhoben hat, dass der offenbar einzige Bewerber auf die freie Stelle vom Betriebsrat abgelehnt worden ist, es also gerade nicht nur um eine bloße Auswahl unter mehreren Interessenten ging.²⁰¹

¹⁹⁹ Ebenso die Auslegung des Tarifvertrages durch *Buchner*, SAE 1991, 356, 357.

²⁰⁰ In diese Richtung auch die Deutung durch *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 VII 6 d (1) mit Fn. 480, S. 615 f.

²⁰¹ Gleichsinnig das Verständnis von *Buchner*, SAE 1991, 356, 357.

Auf dieser Linie liegen weitere Entscheidungen des BAG, die – wenn auch weniger ausführlich – die Frage einer Ausdehnung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei Einstellungen thematisieren. So lässt das BAG gegenüber einem (vor Inkrafttreten des BetrVG 1972 abgeschlossenen) Tarifvertrag, der dem Betriebsrat ein gleichberechtigtes Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung einschließlich der Auswahl der Bewerber einräumte, keine Bedenken gegen die grundsätzliche Rechtswirksamkeit erkennen.²⁰² Noch deutlicher wird das BAG in einer weiteren Entscheidung zu einem Tarifvertrag, der dem Betriebsrat ebenfalls ein nicht eingegrenztes Mitbestimmungsrecht bei allen Personalveränderungen, insbesondere bei Einstellungen etc., verschaffte. Danach erstreckt sich die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien auch auf die Einführung von Mitbestimmungsrechten bei der Einstellung von solchen Personen, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnliche Personen noch in Heimarbeit Beschäftigte sind, weil der Regelungsgegenstand betriebsverfassungsrechtlicher Normen nicht der Inhalt des Arbeitsverhältnisses, sondern die Organisationsgewalt des Arbeitgebers ist.²⁰³ Darüber hinaus wird möglichen Bedenken gegen die Wirksamkeit solcher tarifvertraglichen Mitbestimmungsregelungen ausdrücklich eine Absage erteilt.

Überträgt man diese als gefestigt anzusehende Judikatur auf die betriebsverfassungsrechtliche Einstellung von Leiharbeitnehmern, die als solche ohnehin schon in § 14 Abs. 3 AÜG vorgesehen ist, wäre es von vornherein statthaft, über Höchstquoten und zeitliche Höchstgrenzen hinaus dem Betriebsrat ganz generell eine Vetoposition bei der Integration von Leiharbeitnehmern in den Betrieb einzuräumen. Eine Überschreitung der funktionellen Zuständigkeit des Entleiherbetriebsrats ist damit nicht verbunden, weil dessen Kompetenz auch die Frage umfasst, auf welche Weise ein definierter Personalbedarf beim Entleiher gedeckt werden soll. Die Problematik solcher Regelungen besteht letztlich allein darin, ob und mit welchem Konfliktlösungsmechanismus sie ausgestattet sein müssen, um etwaige Blockaden zu verhindern.²⁰⁴ Aus diesem Grunde sind verbandstarifvertragliche Regelungen unproblematisch, die nicht selbst inhaltliche Grenzen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern festlegen, sondern die das Mitbestimmungsrecht bei Auswahlrichtlinien gemäß § 95 Abs. 1 BetrVG ausgestalten bzw. erweitern und die dem Betriebsrat auch in kleineren Betrieben mit bis zu 500 Arbeitnehmern über § 95 Abs. 2 BetrVG hinaus ein Initiativrecht auf leiharbeitnehmerbezogene Auswahlrichtlinien einräumen, in denen insbesondere auf die konkreten betrieblichen

²⁰² BAG vom 1.8.1989 – 1 ABR 54/88 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 68 = NZA 1990, 229; vergleichbar BAG vom 2.7.1980 – 5 AZR 56/79 – AP BetrVG 1972 § 101 Nr. 5.

²⁰³ BAG vom 31.1.1995 – 1 ABR 35/94 – AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 56 = NZA 1995, 1059.

²⁰⁴ Dazu unten IV 6 a aa.

Anforderungen ausgerichtete Höchstquoten etabliert werden können,²⁰⁵ die wiederum durch das Zustimmungsverweigerungsrecht des § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG abgesichert sind. Erst recht keine Probleme bereitet die bloße Schaffung von Verhandlungspflichten der Betriebsparteien.

Größere Schwierigkeiten bereitet wiederum der Equal-Pay-Grundsatz. Weithin unbestrittener Ausgangspunkt ist insoweit, dass die Nichteinhaltung dieses Grundsatzes auch für den Fall, dass der Verleiher hierbei gegen das AÜG verstößt und somit gesetzeswidrig handelt, keinen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne von § 99 BetrVG konstituiert.²⁰⁶ Zur Begründung beruft sich das BAG auf seine ständige Judikatur, nach der das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen kein Instrument der Vertragsinhaltskontrolle ist. Vielmehr liegt ein Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur dann vor, wenn eine Regelung die Einstellung als solche und nicht nur einzelne Vertragsbestimmungen unterbinden wolle. Vereinzelt Gegenstimmen in der Literatur, nach denen der Equal-Pay-Grundsatz als Zentralnorm der Neukonzeption des AÜG durch die Hartz-Reform auf eine Durchsetzung durch den Betriebsrat angewiesen sei,²⁰⁷ haben keine Gefolgschaft gefunden. Mit der Ablehnung der Einordnung des Equal-Pay-Grundsatzes als ein die Einstellung hindernder Gesetzesverstoß ist zwar noch nicht über das Schicksal tarifvertraglicher Erweiterungen entschieden, weil die h. M. das gesetzliche Niveau der Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten gerade nicht für zweiseitig zwingend hält. Einer entsprechenden Aufstockung der Mitwirkungsbefugnisse des Entleiherbetriebsrats stehen allerdings mehrere zum Teil gravierende Probleme entgegen.

Zunächst geht es darum, ob der Betriebsrat überhaupt zu einem Organ gemacht werden kann, dass im Rahmen eines Einstellungsverfahrens eine Vertragsinhaltskontrolle durchführt und für den Fall, dass die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen rechtswidrig sind, eine Einstellung verhindern kann. Zum einen erwachsen gewisse Bedenken daraus, dass

²⁰⁵ Zur Frage der bereits kraft Gesetzes bestehenden Reichweite der Mitbestimmung nach § 95 Abs. 2 BetrVG im Hinblick auf Quoten für die Zusammensetzung der Belegschaft siehe oben III 1 c Fn. 86.

²⁰⁶ BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199; BAG vom 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 – AP AÜG § 3 Nr. 4 = NZA 2009, 1156; BAG vom 1.6.2011 – 7 ABR 117/09 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 64 = NZA 2011, 1435; *Diinell/Dahl*, Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, NZA-RR 2011, 1, 4; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 99 Rn. 192; Schüren/Hamann/Hamann, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 14 Rn. 192; GK-BetrVG/Raab, 9. Aufl. (2010), § 99 Rn. 135; Richardi/Thüsing, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rn. 187; *von Tiling*, Beteiligungsrechte beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, BB 2009, 2422, 2426.

²⁰⁷ *Grimm/Brock*, Das Gleichbehandlungsgebot nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs, DB 2003, 1113, 1115 f.; *Reim*, Neue Flexibilität bei der Leiharbeit, ZTR 2003, 106, 111.

rechtswidrige Klauseln die Interessen des konkret einzustellenden Beschäftigten beeinträchtigen, die Interessen der bereits im Betrieb tätigen Belegschaftsmitglieder aber regelmäßig nicht berühren werden. Zum anderem erscheint die Einräumung einer Befugnis des Betriebsrats, eine Einstellung dann zu verhindern, wenn der Arbeitsvertrag des Bewerbers eine rechtswidrige Klausel enthält, kontraproduktiv, weil sie den Bewerber daran hindert, ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen und sich dann selbst auf die Rechtswidrigkeit der Klausel zu berufen. Diese Einwände lassen sich freilich durch die Überlegung ausräumen, dass die Hauptstoßrichtung der Verknüpfung von Zustimmungsverweigerungsrecht und Vertragsinhaltskontrolle nicht darin liegt, die Einstellung zu verhindern, sondern im Interesse des Bewerbers selbst einen Druck auf den an der Einstellung interessierten Arbeitgeber auszuüben, von vornherein nur rechtmäßige Arbeitsbedingungen zu verwenden.

Ein weiteres Problem besteht darin, ob der beim Entleiher bestehende Betriebsrat funktionell überhaupt dafür zuständig ist, sich um die Durchsetzung der Interessen von Leiharbeitnehmern zu kümmern. Gegen die Möglichkeit der Übertragung einer solchen Befugnis könnte man ins Feld führen, dass Leiharbeitnehmer auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher gemäß § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich grundsätzlich weiterhin dem Betrieb des Verleihers zugeordnet werden. Sowohl das aktive Wahlrecht von Leiharbeitnehmern nach § 7 S. 2 BetrVG als auch § 14 Abs. 2 S. 2 und 3 AÜG zeigen indes, dass auch das Gesetz von einer gewissen Integration dieser Arbeitnehmergruppe in den Betrieb des Entleihers ausgeht. Zudem erstrecken sich nach Ansicht der Rechtsprechung die gesetzlichen Beteiligungsrechte des beim Entleiher bestehenden Betriebsrats bis zu einem gewissen Grade auch auf Zeitarbeitnehmer.²⁰⁸ Wenn die Tarifparteien dem Entleiherbetriebsrat Kompetenzen zusprechen, die auf die betriebliche Eingliederung des Leiharbeitnehmers reagieren und den Schutz abrunden wollen, liegt im Hinblick auf den erfassten Personenkreis deshalb noch keine Überschreitung der funktionellen Zuständigkeit dieses Betriebsrats vor.

Nun geht es bei der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes im Ausgangspunkt nicht um eine Frage, die an die Eingliederung des Arbeitnehmers im Entleiherbetrieb anknüpft, sondern die das arbeitsvertragliche Synallagma und damit die arbeitsvertragliche Beziehung zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher betrifft. Für die betriebsverfassungsrechtliche Dimension dieser Rechtsbeziehung ist daher der Verleiherbetriebsrat und nicht der Entleiherbetriebsrat zuständig, wie das

²⁰⁸ BAG vom 15.12.1992 – 1 ABR 38/92 – AP AÜG § 14 Nr. 7 = NZA 1993, 513; BAG vom 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – AP BetrVG 1972 § 87 Leiharbeitnehmer Nr. 1 = NZA 2001, 1263.

BAG im Zusammenhang mit der Eingruppierung von Leiharbeitnehmern festgestellt hat.²⁰⁹ Bei einer Verschiebung der Kompetenzen zwischen Entleiherbetriebsrat und Verleiherbetriebsrat handelt es sich aber nicht nur um eine schlichte Erweiterung von Beteiligungsrechten des jeweils zuständigen Gremiums, sondern um eine organisationsrechtliche Frage der Betriebsverfassung, die lediglich dann durch Tarifvertrag geregelt werden kann, wenn die Tarifparteien hierfür ein entsprechendes Mandat haben, was hier nicht der Fall ist.²¹⁰ Außerdem wäre es ungereimt, wenn dem Entleiherbetriebsrat im Interesse der Leiharbeitnehmer nur deshalb betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse gegen den Entleiher zustehen, weil der Verleiher, mit dem der Entleiherbetriebsrat in keiner betriebsverfassungsrechtlichen Beziehung steht, seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Darüber hinaus zeichnen sich die Arbeitnehmerüberlassungsszenarien regelmäßig dadurch aus, dass der Verleiher den gesetzlich an sich anwendbaren Equal-Pay-Grundsatz gerade nicht verletzt hat, sondern aufgrund einer (wirksamen) tarifvertraglichen Abweichung zur Unterschreitung von Equal Pay berechtigt ist.

Die Heraufzoning des Equal-Pay-Grundsatzes zu einem eigenständigen Zustimmungsverweigerungsgrund kann nach alledem nur gelingen, wenn Anknüpfungspunkt der betrieblichen Mitbestimmung gerade die Eingliederung von solchen Leiharbeitnehmern ist, die schlechter als vergleichbare Stammarbeitnehmer bezahlt werden. Insoweit lässt sich argumentieren, dass der Aufbau einer zweiten Entgeltlinie für gleiche Arbeit im Betrieb zu einem Druck auf die Vergütung der Stammarbeitnehmer führt, dessen Abwehr durchaus in die funktionelle Zuständigkeit des Entleiherbetriebsrats fällt. Dies gilt umso mehr, als nach Ansicht des BAG die allgemeine und nicht durch konkrete Anhaltspunkte unterfütterte Befürchtung des Betriebsrats, die Einstellung eines Arbeitnehmers zu untertariflichen Arbeitsbedingungen könne den Arbeitgeber dazu veranlassen, die Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten an das niedrigere Entgeltniveau anzupassen, noch keinen Nachteil im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG darstellt.²¹¹ Damit hat das BAG auf der einen Seite das Fehlen eines gesetzlichen Schutzes dokumentiert, auf der anderen Seite aber zugleich zum Ausdruck gebracht, dass es bei einer hinreichend konkreten Gefahr einer Entgeltabsenkung für die Stammbeschäftigten den Betriebsrat als durchaus

²⁰⁹ BAG vom 17.6.2008 – 1 ABR 39/07 – AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 34.

²¹⁰ Wenn man davon ausgeht, dass sich aus Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG auch die Kompetenz der Koalitionen zur Schaffung organisationsrechtlicher Regelungen der Betriebsverfassung ergibt, handelt es sich systematisch bei dem erwähnten Aspekt der zwingenden Wirkung des Organisationsrecht um eine Grenze der Tarifautonomie, was am Ergebnis freilich nichts ändert.

²¹¹ BAG vom 9.7.1996 – 1 ABR 55/95 – AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 9 = NZA 1997, 447.

zuständig dafür ansieht, diesem Risiko entgegenzutreten. In der Sache ging es also in jenem Fall darum, eine bestimmte Personalstrategie des Arbeitgebers zu unterbinden, weil sie aus der Perspektive der Stammebelegschaft zu Risiken für das erreichte Entgeltniveau führt. Liegt das Schwergewicht somit auf dem Handeln des Entleihers im Verhältnis zur Stammebelegschaft, schlägt der denkbare Einwand nicht, dass die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats deshalb überschritten wird, weil ihm ein Einfluss auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und damit auf eine dienstleistungsmarktbezogene Entscheidung des Arbeitgebers eingeräumt wird. Allerdings greifen diese Überlegungen nur für den Fall, dass tatsächlich eine zweite Entgeltlinie aufgebaut wird. Sofern dagegen nur einzelne Leiharbeiter noch dazu kurzfristig eingestellt werden, die für eine niedrigere Vergütung als vergleichbare Stammarbeiter arbeiten, deren Gesamtzahl im Verhältnis zur Stammebelegschaft aber geringfügig bleibt, kann von einer regelrechten Bedrohung des Entgeltgefüges beim Entleiher keine Rede sein. Ein entsprechendes Zustimmungsverweigerungsrecht würde seinen Schwerpunkt daher in dem Versuch einer Einwirkung auf die arbeitsvertragliche Beziehung zwischen dem Verleiher und dem konkret betroffenen Leiharbeiter haben und läge damit außerhalb der Reichweite des Entleiherbetriebsrats. Dabei ist letztlich aber weniger die konkrete Zahl der zum Einsatz kommenden Leiharbeiter entscheidend, sondern vielmehr die Frage, ob hinter dem Einsatz ein Personalkonzept steht, das darauf setzt, den Arbeitskräftebedarf im Betrieb zu niedrigeren Kosten zu decken, weil in diesem Fall ein kollektives Interesse der Stammebelegschaft berührt wird.

Nach alledem ist die Gewährung eines zusätzlichen Zustimmungsverweigerungsgrundes im Sinne von § 99 Abs. 2 BetrVG an den Entleiherbetriebsrat in Gestalt der Nichteinhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes nur für die Fälle möglich, in denen es um das kollektive Interesse an der Verhinderung einer zweiten Entgeltlinie geht, durch die das Entgeltgefüge im Entleiherbetrieb unterminiert zu werden droht. Dagegen kann dem Entleiherbetriebsrat kein Beteiligungsrecht eingeräumt werden, das lediglich der Wahrung arbeitsvertraglicher Interessen der Leiharbeiter gegenüber dem Verleiher dient.

4. Einordnung als obligatorische Tarifregelungen

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen bleibt noch zu fragen, ob der Equal-Pay-Grundsatz gegebenenfalls durch obligatorische Tarifregelungen durchgesetzt werden kann, die den Entleiher dazu verpflichten oder ihm zumindest die Obliegenheit auferlegen, für eine Festschreibung dieses Grundsatzes im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu sorgen, widrigenfalls er dem Leiharbeiter direkt auf die Differenz

zwischen dem vertraglichen Entgelt des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Verleiher und dem Vergleichsentgelt haftet.²¹²

In diesem Zusammenhang kann zunächst festgehalten werden, dass es sich in thematischer Hinsicht entsprechend den obigen Darlegungen²¹³ um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG handelt, die auch dann zum Gegenstand eines Tarifvertrages gemacht werden können, wenn sie nicht dem Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG zugeordnet werden können. Insbesondere kann aus der Einwirkung auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als notwendiges Zwischenziel nicht gefolgert werden, dass der funktionelle Schutzbereich der Koalitionsfreiheit verlassen wird und stattdessen ausschließlich eine Regulierung von Dienstleistungsmärkten stattfindet. Vielmehr steht die Einflussnahme auf die Arbeitskonditionen der beim Entleiher tatsächlich beschäftigten Arbeitnehmer ganz im Vordergrund der tariflichen Regelungen bzw. tarifpolitischen Initiativen, während die damit verwobene Einwirkung auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur von untergeordneter Bedeutung ist.

a) Firmentarifverträge

Soweit es um einen Firmentarifvertrag geht, spricht in „konstruktiver“ Hinsicht im Grundsatz nichts dagegen, in einem solchen Tarifvertrag eine Drittbegünstigung im Sinne von § 328 BGB zu regeln, also direkte Zahlungsansprüche von Leiharbeitnehmern gegen den Entleiher zu schaffen.²¹⁴ Dies gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber bestimmte Handlungen gegenüber sonstigen Dritten (Verleiher) nicht vornimmt. Der (Verbands)Tarifvertrag für die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie vom September 2010²¹⁵ spricht insoweit von einer „Haftung für fehlerhafte Vertragsgestaltung mit dem Verleiher“ und weckt damit Assoziationen zu einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.²¹⁶ Es fällt allerdings schwer, eine Schutzpflicht im Sinne der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik auszumachen. Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, dass die Leiharbeitnehmer als Dritte den Risiken aus dem Vertrag in gleicher Weise wie die Hauptvertragspartei selbst, also die Gewerkschaft, ausgesetzt sind. Geradliniger ist es deshalb, von einem echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB auszugehen, der den begünstigten Dritten einen

²¹² Zum Folgenden bereits *Krause*, Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55, 57 f.

²¹³ Siehe hierzu oben IV 2.

²¹⁴ *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69, 86; *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), § 1 TVG Rn. 208 f.; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), § 9 Rn. 197.

²¹⁵ Siehe dazu oben III 2 b.

²¹⁶ So auch *Karthaus*, „Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.“, AuR 2010, 494, 496; zust. *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 793.

Zahlungsanspruch gegen den Versprechenden einräumen soll, mag dieser auch an die Bedingung geknüpft sein, dass der Versprechende bestimmte Bemühungen unterlässt. Die Rechtsfigur eines obligatorischen Tarifvertrages zugunsten Dritter ist als solche schon seit langem bekannt. Sie hat bei Maßregelungsverboten und Wiedereinstellungsklauseln nach Arbeitskämpfen eine lange Tradition und dient insbesondere dazu, nicht tarifgebundene Arbeitnehmer, die sich an einem Streik beteiligt haben, zu begünstigen.²¹⁷ Auf diese Weise können aber anerkanntermaßen auch andere Arbeitsbedingungen geregelt werden. So hat das BAG eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Schaffung eines Anspruchs von Arbeitnehmern auf Verringerung ihrer Arbeitszeit in Verbindung mit einem gewissen Kündigungsschutz akzeptiert, wenn auch nicht als Tarifvertrag, sondern als (sonstigen) Koalitionsvertrag zugunsten Dritter qualifiziert.²¹⁸ Ferner ist im Schrifttum davon die Rede, dass durch Firmentarifvertrag Entgeltansprüche von nichtorganisierten Arbeitnehmern gegen den Arbeitgeber begründet werden können.²¹⁹ Damit liegt unter einem „konstruktiven“ Blickwinkel grundsätzlich ein Regelungsmuster für Firmentarifverträge zugunsten von Leiharbeitnehmern vor.²²⁰ Alternativ mag auch an die Qualifikation als unselbstständiges oder als selbstständiges Strafversprechen gedacht werden, eine von der Praxis grundsätzlich anerkannte Rechtsfigur,²²¹ bei der es an einer gesicherten Hauptverbindlichkeit gerade fehlt, wobei die Besonderheit darin bestünde, dass die Vertragsstrafe nicht an den Gläubiger (Gewerkschaft), sondern an einen Dritten (Leiharbeiter) gezahlt werden soll. Die grundsätzliche Möglichkeit der Begünstigung auch von Außenseitern heißt freilich nicht, dass die Tarifparteien gezwungen sind, sämtlichen Leiharbeitnehmern unabhängig von ihrer Gewerkschaftsmitgliedschaft einen zusätzlichen Entgeltanspruch zuzuwenden. Vielmehr ist es prinzipiell statthaft, die Drittbegünstigung auf organisierte Leiharbeiter zu beschränken und diese Beschränkung als einfache Differenzierungsklausel im Sinne der Rechtsprechung des BAG²²² auszugestalten. Eine tarifliche Regelung, die den Entleiher regelrecht daran hindern will, auch den Außenseitern unter den Leiharbeitnehmern durch

²¹⁷ Siehe nur BAG (GS) vom 29.11.1967 – GS 1/67 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 13 (unter Teil III IV 5); *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 26 V 1 e, S. 1240; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), § 17 Rn. 20.

²¹⁸ BAG vom 5.11.1997 – 4 AZR 872/95 – AP TVG § 1 Nr. 29; von der grundsätzlichen Möglichkeit einer solchen Gestaltung ausgehend auch BAG vom 16.2.2000 – 4 AZR 14/99 – AP TVG § 2 Nr. 54 = NZA 2001, 331 (unter II 3 b bb); BAG vom 3.12.2002 – 9 AZR 457/01 – AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 2; BAG vom 14.4.2004 – 4 AZR 232/03 – AP TVG § 1 Auslegung Nr. 188 = NZA 2005, 178.

²¹⁹ *Wiedemann/Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 861; im Grundsatz ebenso *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 X 1 a (1), S. 625; *Däubler/Reim/Abrend*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 1141.

²²⁰ Zur personellen Dimension siehe unten IV 5 a.

²²¹ BGH vom 18.12.1981 – V ZR 233/80 – BGHZ 82, 398, 401; Palandt/*Griineberg*, BGB, 71. Aufl. (2012), § 339 Rn. 3.

²²² BAG vom 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP TVG § 3 Nr. 41 = NZA 2009, 1028.

einen Zuschlag im Ergebnis Equal Pay zu verschaffen, wäre entsprechend den Judikatur des BAG²²³ dagegen unzulässig.

b) Verbandstarifverträge

Deutlich komplizierter stellt sich die Situation beim Verbandstarifvertrag dar. Geht man zunächst von der heute praktisch einhellig vertretenen Verbandstheorie²²⁴ aus, haben nur die beiden Verbände, also Arbeitgeberverband und Gewerkschaft, die Stellung als Tarifvertragspartei inne. Folgerichtig treffen die schuldrechtlichen Rechte und Pflichten aus dem Tarifvertrag grundsätzlich nur diese beiden Parteien.²²⁵ Dementsprechend nimmt man im Allgemeinen an, dass die Arbeitsvertragsparteien aus den obligatorischen Bestimmungen eines Verbandstarifvertrages gegeneinander keine Ansprüche erwerben.²²⁶ Die soeben geschilderte Möglichkeit der Vereinbarung von schuldrechtlichen Tarifregelungen zugunsten Dritter hilft für sich genommen noch nicht weiter, weil sie nur zu einem Anspruch gegen die belastete Tarifvertragspartei, nicht aber gegen das jeweilige Verbandsmitglied führt. Der nach allgemeinem Zivilrecht bestehende Grundsatz der Unzulässigkeit von Schuldverträgen zulasten Dritter,²²⁷ der als solcher auch im Tarifrecht gilt,²²⁸ scheint daher prima facie die Begründung unmittelbarer Zahlungspflichten der Verbandsmitglieder gegenüber Leiharbeitnehmern mittels obligatorischer Bestimmungen zu verhindern.

Würde man hierbei stehen bleiben, würde die Durchsetzung des Tarifvertrages (neudeutsch: „Enforcement“) allerdings erheblich erschwert, weil die tarifvertraglich geschaffenen Pflichten der Entleiher gegenüber den Zeitarbeitnehmern dann nur gleichsam auf Umwegen durchgesetzt werden könnten. Erstens ist der Arbeitgeberverband selbstverständlich gegenüber der Gewerkschaft dazu verpflichtet, auf seine Mitglieder dahingehend einzuwirken, dass diese sich an die vereinbarten Verbandstarifverträge halten.²²⁹ Diese Rechtsschutzform teilt indes die bekannten Schwächen der Einwirkungsklage. Zweitens besteht eine allgemeine innerverbandliche

²²³ BAG vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920 (Rn. 43 ff.).

²²⁴ Siehe nur Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 175 m. w. N.

²²⁵ *Berg/Platow/Schoof/Unterbinninghofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), § 1 TVG Rn. 400; *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 13 I 2, S. 514; Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 177.

²²⁶ *Karsten*, Schuldrechtliche Tarifverträge und außertarifliche Sozialpartnervereinbarungen (2004), S. 156; *Wallisch*, Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten (1998), S. 27; *Zachert*, in: *Kempen/Zachert*, TVG, 4. Aufl. (2006), § 1 Rn. 739; in diesem Sinne (im Zusammenhang mit tariflichen Maßregelungsverboten) auch *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), § 17 Rn. 20; *Zöllner*, Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgeklauseln nach Arbeitskämpfen (1977), S. 25.

²²⁷ Dazu bereits oben IV 3 a bb mit Fn. 157.

²²⁸ *Däubler/Reim/Abrend*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 1139.

²²⁹ Vgl. *JKO/Krause*, TVR (2007), § 4 Rn. 133 ff.

Mitwirkungs- und Folgepflicht, die den einzelnen Arbeitgeber in seiner Eigenschaft als Verbandsmitglied trifft und die ihn dazu anhält, sämtliche von der Koalition wirksam abgeschlossenen Tarifverträge auch tatsächlich durchzuführen.²³⁰ Diese Pflicht gilt nicht nur für die normativen Tarifbestimmungen, sondern auch für rein schuldrechtliche Regelungen.²³¹ Insoweit handelt es sich allerdings lediglich um eine mitgliedschaftliche Pflicht, deren Gläubiger allein der Arbeitgeberverband ist. Die Arbeitnehmerseite kann daraus für sich genommen keine Rechte herleiten. Insbesondere kann man der allgemeinen verbandsrechtlichen Förderpflicht nicht ihrerseits wieder eine Drittwirkung entnehmen, die zu einer primären oder auch nur zu einer sekundären Pflicht des einzelnen Arbeitgebers gegenüber der Gewerkschaft oder gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern führt, den Tarifvertrag einzuhalten.

Eine Lösung des Dilemmas kann zunächst mit den allgemeinen Instrumenten des Vertretungsrechts herbeigeführt werden. So können sich Tarifvertragsparteien beim Abschluss gemäß §§ 164 ff. BGB vertreten lassen.²³² Der Arbeitgeberverband kann daher die einzelnen Verbandsmitglieder wirksam verpflichten, wenn er erkennbar im Namen der verbandsangehörigen Arbeitgeber auftritt und über entsprechende Vollmachten verfügt. Dabei kann der Arbeitgeberverband zugleich sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Mitglieder handeln.²³³ Das Ergebnis besteht in einem solchen Fall in einem so genannten mehrgliedrigen Tarifvertrag, der nach dem Parteiwillen als einheitlicher Vertrag anzusehen sein dürfte, um die verbandsweite Einheitlichkeit der geregelten Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Dies würde im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Tarifinhalte dazu führen, dass die Entleiher aus den schuldrechtlichen Tarifbestimmungen zugunsten der Leiharbeitnehmer unmittelbar verpflichtet würden. Auf diese Weise würde man in einem gewissen Sinne auf die Frühphase des Tarifwesens zurückgreifen, in der das RG keine Probleme darin gesehen hatte, einem Verbandstarifvertrag die Wirkung zu entnehmen, Vertragsrechte und Vertragspflichten für und gegen die einzelnen Mitglieder zu kreieren.²³⁴ Der springende Punkt besteht bei dieser rechtlichen Konstruktion darin, ob man in dem Beitritt zum Arbeitgeberverband zugleich die Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht zum Abschluss von schuldrechtlich unmittelbar bindenden

²³⁰ *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 X 2 d (c), S. 634.

²³¹ MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, Bd. 2, 3. Aufl. (2009) § 161 Rn. 31; ferner MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, Bd. 3, 2. Aufl. (2000), § 279 Rn. 11: „vereinsrechtlicher Erfüllungsanspruch“.

²³² BAG vom 11.6.1975 – 4 AZR 395/74 – AP TV § 2 Nr. 29; BAG vom 24.11.1993 – 4 AZR 407/92 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 39 = NZA 1994, 564.

²³³ BAG vom 29.6.2004 – 1 AZR 143/03 – AP TVG § 1 Nr. 36 = NZA 2005, 600.

²³⁴ RG vom 19.11.1912 – III 116/12 – RGZ 81, 4, 5.

Tarifverträgen sehen kann, was nicht zuletzt von der Auslegung der konkreten Verbandssatzung abhängt.

Ein weiterer rechtlicher Weg, um zu direkten Ansprüchen der Leiharbeitnehmer gegen die verbandsangehörigen Entleiher zu gelangen, würde durch die von *Ramm* entwickelte Differenzierungstheorie eröffnet, nach der beim Abschluss von Tarifverträgen auf der Arbeitnehmerseite zwar die Verbandstheorie, auf der Arbeitgeberseite aber die Kombinationstheorie (Kumulationstheorie) anzuwenden ist, die vor dem Inkrafttreten der TVVO von 1918 vielfach vertreten wurde und die auf eine gleichzeitige Stellung von Arbeitgeberverband und einzelner Verbandsmitglied als Tarifvertragsparteien hinausläuft.²³⁵ Die Eigenschaft des einzelnen Arbeitgebers als Tarifvertragspartei auch von Verbandstarifverträgen würde zwanglos dazu führen, dass ihn schuldrechtliche Pflichten und damit auch tarifvertraglich begründete Leistungspflichten zu Gunsten von Leiharbeitnehmern treffen können. Allerdings ist die Konzeption von *Ramm* eine vereinzelte Außenseitermeinung geblieben, die sich nicht durchgesetzt hat. Teile der Literatur stehen einer auch schuldrechtlichen Bindung des organisierten Arbeitgebers gleichwohl aufgeschlossen gegenüber und sprechen zumindest bei einem firmenbezogenen Verbandstarifvertrag davon, dass sich schon aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie der Verbandsmitgliedschaft des betroffenen Arbeitgebers die Befugnis des Verbands ergeben soll, schuldrechtliche Pflichten des einzelnen Arbeitgebers zu regeln.²³⁶ Die in diesem Zusammenhang genannten Beispiele betreffen zwar nur solche Tarifinhalte, die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausgehen und – wie beispielsweise Standortsicherungsverträge – das Handeln des Arbeitgebers gegenüber der gesamten Belegschaft betreffen. Auch scheint eher an einen Durchsetzungsanspruch der Gewerkschaft gedacht zu werden. Dennoch wäre es durchaus konsequent, wenn auf diesem Wege auch schuldrechtliche Ansprüche einzelner Arbeitnehmer gegen die Arbeitgeberseite begründet werden könnten.

Als Grundlage kommt hierfür eine auf den Verbandsbeitritt gestützte Verpflichtungsermächtigung in Betracht. Zwar wird diese Rechtsfigur im allgemeinen zivilrechtlichen Schrifttum überwiegend abgelehnt.²³⁷ Allerdings betreffen die Einwände zumeist die verdeckte Verpflichtungsermächtigung, die daran scheitert, dass dem Gläubiger in der Tat kein ihm unbekannter Schuldner aufgedrängt werden darf. Dieses Problem stellt sich indes nicht bei der offenen Verpflichtungsermächtigung, bei der die intendierten

²³⁵ Einzelheiten bei *Ramm*, Die Parteien des Tarifvertrages (1961), S. 36 ff., 69 ff.

²³⁶ *Berg/Platow/Schoof/Unterbinnigshofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), § 1 TVG Rn. 401.

²³⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. (1992), § 57, 1 d, S. 906; *Staudinger/Jagmann*, BGB (Neubearbeitung 2009), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 50 m. w. N.

Drittwirkungen für den Kontrahenten offen erkennbar sind, so dass die Literatur ihr deutlich aufgeschlossener gegenübertritt.²³⁸ Auch steht der Grundsatz der Unzulässigkeit schuldrechtlicher Verträge zugunsten Dritter einer Verpflichtungsermächtigung nicht entgegen, wenn und soweit der Dritte der Schaffung schuldrechtlicher Pflichten zugestimmt hat.²³⁹ Auf dem Gebiet des Tarifrechts kommt hinzu, dass die Normwirkung von Tarifverträgen die Durchsetzungskraft von Tarifinhalten verstärken, nicht aber schwächen soll. Wenn das TVG keine Normwirkung vorsehen würde, wäre es vor dem Hintergrund der vor 1918 geführten Diskussion um die Konstruktion des Tarifvertrages einerseits²⁴⁰ und dem grundrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG abgesicherten Leitbild der Gewährleistung einer funktionsfähigen Tarifautonomie andererseits kaum zweifelhaft, dass sich Deutungen durchgesetzt hätten, die auf eine Wirkung von schuldrechtlichen tariflichen Regelungen in den einzelnen Arbeitsverhältnissen hinauslaufen würden, geht es doch letztlich nur um die Vollzug derjenigen Pflichten, die von den Arbeitsvertragsparteien ohnehin kraft Verbandsmitgliedschaft zu erfüllen sind.²⁴¹ Sofern die Möglichkeit zur Begründung normativer Wirkungen indes zweifelhaft ist und die Tarifvertragsparteien deshalb im Einzelfall hiervon absehen, ist die Überlegung nicht von vornherein von der Hand zu weisen, dass in einer solchen Konstellation auf ältere Begründungsmuster zurückgegriffen werden kann, um das Ziel der Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen effektiv erreichen zu können. Darüber hinaus hat sich kein Geringerer als *Bettermann* dafür ausgesprochen, den Verbandsbeitritt ganz generell als Verpflichtungsermächtigung zu deuten,²⁴² und ist hierfür bei *Nikisch*²⁴³ ebenso wie bei *Gamillscheg*²⁴⁴ auf Zustimmung gestoßen. Mit § 2 Abs. 4 TVG, der eine Art Verpflichtungsermächtigung regelt, indem er eine Mithaftung der Mitgliedsverbände aus einem von einer Spitzenorganisation abgeschlossenen Tarifvertrag anordnet, und der von *Bettermann* als partielle Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes eingestuft wird, ist auch ein gewisses Regelungsmuster vorhanden.²⁴⁵ Nun stehen bei allen diesen

²³⁸ Staudinger/*Jagmann*, BGB (Neubearbeitung 2009), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 50 m. w. N.; ferner *Peters*, Die Rechtsfigur der Verpflichtungsermächtigung, AcP 171 (1971), 234, 239 ff.

²³⁹ Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (1989), § 20 I 7 b, S. 476; *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1987), 113, 149 f.; *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft (1966), S. 147 f., 210.

²⁴⁰ Dazu *Ramm*, Die Parteien des Tarifvertrages (1961), S. 36 ff.

²⁴¹ Vgl. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1206; *ders.*, Der Tarifvertrag als kollektivprivatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5, 14, der die unmittelbare Wirkung von Tarifnormen deshalb plastisch als „Außenwirkung der Verbandsmitgliedschaft im Sinne einer Regelungsermächtigung“ bezeichnet.

²⁴² *Bettermann*, Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 1951, 321, 325.

²⁴³ *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. (1959), § 75 I 5, S. 328.

²⁴⁴ *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 X 2 d (c), S. 634.

²⁴⁵ Anders aber *Herschel*, Verpflichtungsermächtigung und Tarifvertragsrecht, JZ 1952, 26, der § 2 Abs. 4 TVG nur als eine den Vermögensverhältnissen der Koalitionen geschuldete Vorschrift auffasst.

Ansätzen freilich die tarifvertragliche Durchführungspflicht und damit die Gläubigerstellung der Gewerkschaft im Zentrum des Interesses. Dementsprechend wird § 2 Abs. 4 TVG gemeinhin nur auf solche schuldrechtlichen Pflichten bezogen, die im Dienste der Tarifnormen stehen, nicht aber auf die Arbeitsbedingungen selbst.²⁴⁶ Immerhin spricht *Nikisch* auch die Ebene der Rechte und Pflichten der Einzelvertragsparteien an und führt insoweit aus, dass bei schuldrechtlichen Tarifinhalten mit der erwähnten Einwirkungspflicht des Verbandes im Allgemeinen den Bedürfnissen des Arbeitslebens genügt wird.²⁴⁷

Sofern ein besonderes Bedürfnis für eine „Tarifvertrags-Compliance“ besteht, lässt sich daher durchaus die Ansicht vertreten, dass der Arbeitgeberverband mit der Vereinbarung obligatorischer Arbeitsbedingungen zugleich eine schuldrechtliche Verpflichtung der Verbandsmitglieder begründet. Während die Normwirkung von Tarifverträgen auf einfache Weise zur Möglichkeit für die Arbeitnehmer führt, ihre tariflichen Rechte direkt gegen den Arbeitgeber durchzusetzen, ist dieser konstruktive Weg nämlich verbaut, wenn Arbeitsbedingungen (nur) schuldrechtlich vereinbart werden. Der Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen steht einer solchen Konzeption nicht entgegen. Entscheidend ist letztlich auch auf dem Gebiet des Kollektivvertragsrechts, dass die Bindung auf eine privatautonome Unterwerfung zurückgeführt werden kann.²⁴⁸ Eine solche privatautonome Unterwerfung liegt grundsätzlich im Verbandsbeitritt, weil der Verbandszweck gerade darin besteht, tariflich geregelte Arbeitsbedingungen hervorzubringen und auf diese Weise die Arbeitsverhältnisse der bei den verbandsangehörigen Arbeitgebern Beschäftigten zu ordnen. Wenn man die Grundentscheidung trifft, dass die Tarifvertragsparteien bei der Regulierung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht auf den Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG beschränkt sind, sondern auch auf den obligatorischen Teils des Tarifvertrages zurückgreifen können, ist es nur konsequent, das Tarifvertragsrecht so zu justieren, dass die Arbeitnehmer die ihnen zugedachten tariflichen Rechte vom Arbeitgeber unmittelbar beanspruchen können und nicht auf mittelbare und defizitäre Formen der Rechtsdurchsetzung angewiesen sind. In rechtskonstruktiver Hinsicht liegt mit der offenen Verpflichtungsermächtigung ein Instrument vor, das es erlaubt, auch lediglich schuldrechtlich begründete tarifvertragliche Arbeitsbedingungen mit einer unmittelbaren Wirkung in den einzelnen Arbeitsverhältnissen zu versehen. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob die Tarifparteien dieses Instrument auch tatsächlich nutzen wollen bzw. ob sich aus einem

²⁴⁶ Wiedemann/*Oetker*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 2 Rn. 449; Däubler/*Peter*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 2 Rn. 62.

²⁴⁷ *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. (1959), § 75 I 5, S. 328.

²⁴⁸ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1203 ff.; *ders.*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5, 13.

Tarifvertrag hinreichend deutlich ergibt, dass es den Tarifparteien darum ging, direkte tarifliche Ansprüche gegen die verbandsangehörigen Arbeitgeber zu begründen. Aus dieser Perspektive betrachtet zeigt der Verbandstarifvertrag für die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie vom September 2010²⁴⁹ in aller Deutlichkeit, dass sich die Tarifvertragsparteien der konkreten Handlungsmöglichkeiten bewusst waren, indem sie auf der einen Seite von der Schaffung eines Entgeltanspruchs des Leiharbeitnehmers gegen das Mitgliedsunternehmen ausdrücklich abgesehen haben (§ 2 Abs. 1 S. 2), während auf der anderen Seite ein als Schadensersatzanspruch deklarierter Zahlungsanspruch etabliert wurde (§ 3 S. 1).

Nach alledem ist neben der rechtsgeschäftlichen Vertretungslösung, die unbestritten eine schuldrechtliche Verpflichtung der einzelnen Mitgliedsunternehmen ermöglicht, als weitere Option die Rechtsfigur der Verpflichtungsermächtigung anzuerkennen, die dann zum Tragen kommt, wenn zum einen die Tarifparteien mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen, dass sie auf der Ebene der Einzelarbeitsverhältnisse schuldrechtliche Beziehungen begründen wollen, und zum anderen der Arbeitgeber mit seinem Beitritt zum Arbeitgeberverband zu verstehen gegeben hat, dass er sich allen vom Verband ordnungsgemäß abgeschlossenen Tarifverträgen über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen unterwirft. Auf diesem Wege könnten daher unmittelbare Zahlungspflichten der Entleiher zugunsten von Leiharbeitnehmern begründet werden.

5. Kompetenz der Tarifparteien auf der Entleiherseite

a) Grundsätzliche Reichweite

Die hier untersuchten tarifvertraglichen Regelungen zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes führen zu der weiteren und bislang nur ansatzweise erörterten Problematik, ob es statthaft ist, dass sich auch solche Tarifvertragsparteien dieser Aufgabe annehmen, die zur Schaffung von Tarifnormen nicht in der Lage sind, weil die Verleiherunternehmen als Vertragsarbeitgeber der betroffenen Leiharbeitnehmer weder unmittelbar noch kraft Verbandsmitgliedschaft am Tarifvertragsabschluss beteiligt sind. Können also pointiert gesagt die Tarifvertragsparteien auf der Entleiherseite „fremdnützige“ Regelungen für die Arbeitnehmer auf der Verleiherseite treffen?

²⁴⁹ Dazu bereits oben III 2 b.

Diese Frage ist mit dem Hinweis auf die erwähnte Möglichkeit von obligatorischen Tarifregelungen zugunsten Dritter²⁵⁰ noch nicht abschließend beantwortet, weil es in den bisher geläufigen Fällen stets um Bestimmungen zugunsten von Außenseitern ging, die bei denjenigen Arbeitgebern beschäftigt waren, für die der jeweilige Tarifvertrag an sich normativ galt. Ferner hilft auch eine Parallele zu den bekannten Fällen von Tarifnormen zugunsten Dritter nur begrenzt weiter. Bei diesen Gestaltungen, bei denen es etwa um Versorgungsleistungen zugunsten von Angehörigen beim Tod des Arbeitnehmers geht,²⁵¹ kann nämlich jeweils an einen früheren Arbeitsvertrag zwischen einem tarifgebundenen Arbeitgeber und einem tarifgebundenen Arbeitnehmer angeknüpft werden.²⁵² Umgekehrt stellt der vom BVerfG klar zum Ausdruck gebrachte²⁵³ und vom BAG in seiner Entscheidung zur Spannungsicherungsklauseln²⁵⁴ noch einmal betonte Grundsatz, dass die Tarifvertragsparteien keine Normsetzungsmacht gegenüber Außenseitern haben, kein Hindernis dar. Zum einen sind nicht selten Teile der Leiharbeitnehmerschaft durchaus in derjenigen Gewerkschaft organisiert, die auch auf der Entleiherseite tätig ist. Zum anderen geht es nicht um normative, sondern nur um schuldrechtliche Tarifregelungen, bei denen – wie auch das BAG betont²⁵⁵ – im Ausgangspunkt keine Legitimationsprobleme bestehen, weil die begünstigten Dritten gemäß § 333 BGB das Recht haben, den ihnen zugewandten Vorteil zurückzuweisen.²⁵⁶ Dementsprechend hat man in der Vergangenheit die erwähnten obligatorischen Tarifregelungen zugunsten von Außenseitern (Maßregelungsverbote, Wiedereinstellungsklauseln)²⁵⁷ stets akzeptiert.

Gleichwohl sind im Schrifttum Einwände gegen eine zu starke Ausdehnung von Drittbegünstigungen durch Tarifvertrag erhoben worden. So sprechen *Löwisch/Rieble* davon, dass der Tarifvertrag nicht jedem beliebigen Dritten Ansprüche gegen den Arbeitgeber zuwenden könne.²⁵⁸ Die Tarifmacht soll enden, wenn nicht das Interesse einer Arbeitsvertragsparteien an der Leistung an den Dritten, sondern das Leistungsinteresse des Dritten im Mittelpunkt stehe.²⁵⁹ Der Hinweis auf die Grenze der Tarifmacht deutet freilich darauf hin, dass es diesen Autoren zumindest in erster Linie um eine Beschränkung der Normsetzungsbefugnis geht, nicht aber um eine Eingrenzung der

²⁵⁰ Siehe oben IV 4.

²⁵¹ Vgl. BAG vom 4.4.2001 – 4 AZR 242/00 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 156.

²⁵² Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 161.

²⁵³ BVerfG vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 347 f., BVerfG vom 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208, 215.

²⁵⁴ BAG vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920 (Rn. 42).

²⁵⁵ BAG vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920 (Rn. 42).

²⁵⁶ Im Erg. bereits *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 X 1 b, S. 627.

²⁵⁷ Siehe oben IV 4.

²⁵⁸ *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 163.

²⁵⁹ *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 163.

Regelungsmacht durch schuldrechtliche Tarifbestimmungen. Im Übrigen ist nicht erkennbar, welche spezifischen Legitimationsanforderungen im Hinblick auf die begünstigten Personen bestehen sollen, sofern sich die Tarifparteien noch im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bewegen. Verlassen die Tarifparteien dagegen den gegenständlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit, etwa indem der Arbeitgeber verpflichtet werden soll, einen namhaften Geldbetrag an eine karitative Einrichtung in der Dritten Welt zu zahlen, handelt es sich aus diesem Grund nicht mehr um einen Tarifvertrag.²⁶⁰

Schließlich könnte man argumentieren, dass die Tarifparteien auf der Entleiherseite die Arbeitsbedingungen beim Verleiher schlicht „nichts angehen“ würden. Hinter dieser Konzeption steht die an sich durchaus tragfähige Überlegung, dass unabhängig von der sogleich noch zu erörternden Tarifzuständigkeit im technischen Sinne die Tarifparteien keine funktionelle „Allzuständigkeit“ haben und der Tarifvertrag ihnen deshalb nicht als Instrument für eine Einwirkung auf beliebige Arbeitsbedingungen zur Verfügung steht, sondern es einer gewisse Nähebeziehung bedarf. Bei Inhaltsnormen wird diese Nähe schon dadurch bewirkt, dass nur solche Arbeitsverhältnisse durch Tarifvertrag normativ strukturiert werden können, die zwischen denjenigen bestehen, die tarifgebunden sind. Wenn man darüber hinaus auch schuldrechtliche Tarifverträge zugunsten von dritten Arbeitnehmern ohne eingrenzende Kriterien anerkennen würde, scheint dagegen auf den ersten Blick jedenfalls in einem Firmentarifvertrag die rechtliche Möglichkeit zu bestehen, beliebigen Arbeitnehmern ohne Rücksicht auf die Frage, bei welchem Arbeitgeber und in welcher Branche sie beschäftigt sind, finanzielle Leistungen zugutekommen zu lassen.

Diese mögliche Uferlosigkeit tariflicher Regelungen, die durch die Anerkennung schuldrechtlicher Tarifverträge zugunsten Dritter droht, darf allerdings nicht zum Anlass genommen werden, Arbeitnehmer ausschließlich auf die Regelung ihrer eigenen Arbeitsbedingungen zu beschränken und jede Form fremdnütziger Betätigung als Überschreitung von Kompetenzgrenzen zu brandmarken. So zeigt die neuere Rechtsprechung zum Unterstützungsarbeitskampf,²⁶¹ dass auch fremdnützige Aktivitäten unter die Betätigungsfreiheit der Gewerkschaft gemäß Art. 9 Abs. 3 GG fallen können. Entscheidend muss daher sein, begrenzende Kriterien zu entwickeln, die einerseits der Koalitionsfreiheit Rechnung tragen, andererseits aber noch mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen, warum eine Koalition den Weg eines fremdnützigen Tarifvertrages gewählt hat, anstatt den unmittelbaren Arbeitgeber direkt mit der Forderung nach einem Tarifvertrag zu überziehen.

²⁶⁰ Vgl. *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 22 I 3 c, S. 1071.

²⁶¹ BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 = NZA 2007, 1055.

Ob und in welchen Gestaltungen die bei bestimmten Arbeitgebern bestehende Verhandlungsmacht der Arbeitgeberseite eingesetzt werden kann, um nicht bei diesem Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmern bessere Arbeitsbedingungen zu verschaffen, muss im vorliegenden Zusammenhang nicht allgemein entschieden werden. Jedenfalls bei der Arbeitnehmerüberlassung sprechen gewichtige Gründe für eine hinreichende Nähebeziehung. Der erste Grund ergibt sich daraus, dass Stammarbeitnehmer und Leiharbeitnehmer eine in tatsächlicher Hinsicht einheitliche Belegschaft bilden, auch wenn diese in rechtlicher Hinsicht geteilt ist. Ohne diese Teilung würden sich Tarifverhandlungen ohne weiteres auf sämtliche Beschäftigten erstrecken. Auch in einem solchen Fall könnte es aufgrund der unterschiedlichen beruflichen Positionen, welche die Beschäftigten bekleiden, dazu kommen, dass die eigentliche Verhandlungsmacht bei denjenigen Arbeitnehmern liegt, die potentielle Stammarbeitnehmer sind, während diejenigen Arbeitnehmer, die potentiell durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden, hiervon profitieren. Die Fremdnützigkeit von Tarifverhandlungen und anschließenden Tarifverträgen ist dem Tarifgeschehen also nicht völlig fremd. Wenn nun der Arbeitgeber die Einheitlichkeit der Belegschaft rechtlich aufspaltet und dadurch die Verhandlungschancen der in seinem Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer verringert, fällt es noch in die Koalitionsfreiheit der auf der Entleiherseite tätigen Gewerkschaft, dieser Strategie durch eine Tarifpolitik entgegenzutreten, die auch der Randbelegschaft die Verhandlungsmacht der Stammbeflegschaft zugutekommen lässt. Eine uferlose Ausdehnung fremdnütziger Tarifregelungen tritt hierdurch nicht ein. Zweitens greift es – wie schon mehrfach erwähnt – zu kurz, die Durchsetzung von Equal Pay durch Tarifverträge auf der Entleiherseite ausschließlich als fremdnützig zu qualifizieren. Vielmehr bestehen genuine Eigeninteressen der Stammarbeitnehmer, dass die im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer das gleiche Entgelt für vergleichbare Arbeit erhalten. Dies gilt im Hinblick auf den Schutz vor eigener Deklassierung wie auch im Hinblick darauf, dass der Einsatz von für die gleiche Arbeit schlechter bezahlten Leiharbeitnehmern zu erheblichen Misstimmungen in gemischten Arbeitsteams führen kann, die sich negativ auf die Arbeitsatmosphäre auswirken können. Wenn also der Entleiher verpflichtet werden soll, auf eine Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes zugunsten der Leiharbeitnehmer hinzuwirken, dann nehmen die Stammarbeitnehmer und die sie repräsentierenden Gewerkschaften durchaus Eigeninteressen wahr.

Alles in allem ist festzuhalten, dass die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes bei Leiharbeitnehmern mithilfe von Tarifverträgen, die ausschließlich durch die auf der Entleiherseite agierenden Tarifparteien vereinbart werden, zwar teilweise einen fremdnützigen Charakter hat, dieser Umstand aber nicht zuletzt aufgrund der verfolgten Eigeninteressen der

Stammebelegschaften nicht zu einer generellen Unzuständigkeit dieser Tarifparteien führt.

b) Tarifzuständigkeit

Von der soeben diskutierten Frage einer Unzuständigkeit wegen bloßer Fremdnützigkeit der Tarifregelung zu unterscheiden ist die Tarifzuständigkeit im technischen Sinne, bei der es sich um die satzungsmäßige Bestimmung des Geschäftsbereichs einer Gewerkschaft bzw. eines Arbeitgeberverbandes handelt²⁶² und die nach nahezu allgemeiner Ansicht Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Tarifvertrag ist²⁶³.

Bei allen tariflichen Regelungen, deren normative Wirkung sich von vornherein nur auf den Entleiher bezieht (Höchstquoten, Höchstüberlassungsdauer, Übernahmepflichten, Erweiterung von Beteiligungsrechten) bestehen keine Bedenken im Hinblick auf die Tarifzuständigkeit derjenigen Gewerkschaft, welche die Arbeitnehmer der jeweiligen Entleiherbranche organisiert. Einer näheren Betrachtung bedürfen nur diejenigen Bestimmungen, die unmittelbar die Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer betreffen. Auch insoweit ist eine Tarifzuständigkeit aber zu bejahen. So bezieht die IG Metall Leiharbeitnehmer, die in Betrieben eingesetzt werden, die in den Organisationsbereich der IG Metall fallen, ausdrücklich ein.²⁶⁴ Dasselbe gilt beispielsweise auch für die Satzungen der IG BCE²⁶⁵ und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di)²⁶⁶. Eine solche Ausdehnung der

²⁶² Siehe nur JKO/Oetker, TVR (2007), § 3 Rn. 19 ff. m. w. N.

²⁶³ Vgl. BAG vom 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – AP TVG § 2 Tarifzuständigkeit Nr. 19 = NZA 2006, 1225 (Rn. 38); JKO/Oetker, TVR (2007), § 3 Rn. 19 m. w. N.

²⁶⁴ Vgl. Anhang 2 der Satzung der IG Metall (Stand: 1.1.2008), der nach § 3 I 3 Bestandteil der Satzung ist: „Der Organisationsbereich der IG Metall gemäß § 1 Satz 4 und § 3 Ziffer 1 umfasst insbesondere die Betriebe folgender Wirtschaftszweige, Wirtschaftsgruppen und Branchen einschließlich der Arbeitnehmer/innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der IG Metall erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind, sowie Verleihbetriebe, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die vom Organisationsbereich der IG Metall erfasst werden.“

²⁶⁵ Vgl. § 3 S. 2 der Satzung der IG BCE (Stand: 12.10.2009): „Mitglied werden können auch Arbeitnehmer/-innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der IG BCE erfassten Betriebe (Entleihbetrieb) zur Arbeitsleistung überlassen sind, sowie aus Verleihbetrieben, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die vom Organisationsbereich der IG BCE erfasst werden.“

²⁶⁶ Vgl. Anhang 1.2.4 der Satzung der ver.di (Stand: 30.9.2009), der nach § 4 Nr. 2 Bestandteil der Satzung ist: „Dies erfasst auch Unternehmen der gewerksmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, sofern diese nicht ausschließlich oder ganz überwiegend für Betriebe Leistungen anbieten, für die eine andere DGB-Gewerkschaft nach ihrer im DGB-Bundesvorstand bzw. im DGB-Bundesausschuss abgestimmten Satzung organisationszuständig ist. Die Zuständigkeit erstreckt sich außerdem auf Arbeitnehmer/innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der ver.di erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind.“

Tarifzuständigkeit ist von Rechts wegen ohne weiteres zulässig, weil die Gewerkschaft koalitionsautonom gemäß Art. 9 Abs. 3 GG über die Reichweite ihres Vertretungsanspruchs entscheidet.²⁶⁷ Insbesondere stellen weder das Industrieverbandsprinzip noch die Vertragsarbeitgeberstellung des Verleihers rechtliche Grenzen für eine entsprechende Erweiterung der Tarifzuständigkeit dar.²⁶⁸ Daher bereiten Tarifverträge, die auf die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes zugunsten von solchen Leiharbeitnehmern abzielen, die in den Organisationsbereich der jeweiligen Gewerkschaft hinein überlassen werden, für den jeweiligen Überlassungszeitraum auf der Gewerkschaftsseite keine Probleme. Damit sind freilich zugleich die Grenzen der Tarifzuständigkeit abgesteckt. So erklären sich weder die IG Metall noch die IG BCE – im Gegensatz zur ver.di²⁶⁹ – für die gesamte Leiharbeitsbranche als solche tarifzuständig. Da von der Tarifzuständigkeit wie erwähnt die Wirksamkeit eines Tarifvertrages abhängt, muss eine tarifliche Regelung, die auf ein Zuschlagssystem zur Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes hinausläuft, somit auf die jeweilige Branche beschränkt bleiben. Ein Tarifvertrag müsste also mit anderen Worten klar zum Ausdruck bringen, dass Leiharbeitnehmer nur dann Zuschläge erhalten sollen, wenn und solange sie in der jeweiligen Branche eingesetzt werden, nicht aber generell bei jeder Überlassung an einen Entleiher ohne Rücksicht auf dessen Branchenzugehörigkeit.

Auf der Arbeitgeberseite besteht eine Tarifzuständigkeit unproblematisch zunächst für Verbandstarifverträge unter Beteiligung von Verbänden der Verleiherunternehmen, die selbstverständlich für ihre Mitglieder in deren Eigenschaft als Vertragsarbeitgeber der Leiharbeitnehmer tarifzuständig sind. Etwas komplizierter scheint dies im Hinblick auf die Arbeitgeberverbände auf der Entleiherseite zu sein, weil es bei den Entleiherunternehmen an einer Vertragsarbeitgeberstellung fehlt. Nun sehen die insoweit einschlägigen Verbandssatzungen üblicherweise eine branchenbezogene Fassung des Organisationsbereiches vor.²⁷⁰ Dies ist dahin zu interpretieren, dass im Rahmen des rechtlich Zulässigen auch die tarifliche Regulierung von solchen Beschäftigten einbezogen ist, die zwar nicht in einer arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Betriebsinhaber stehen, aber tatsächlich zur Belegschaft gehören.

²⁶⁷ Vgl. BAG vom 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – AP TVG § 2 Tarifzuständigkeit Nr. 19 = NZA 2006, 1225 (Rn. 42).

²⁶⁸ Bayreuther, Tarifzuständigkeit beim Abschluss mehrgliedriger Tarifverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2012, 14, 15.

²⁶⁹ Folge der (auch) verleihbezogenen Tarifzuständigkeit der ver.di ist, dass sie für ihre bei Verleihern beschäftigten Mitglieder generell zuständig ist, ohne dass es grundsätzlich darauf ankommt, in welche Branche hinein die Arbeitnehmer verliehen werden (zu den Grenzen der Tarifzuständigkeit siehe Fn. 266).

²⁷⁰ Vgl. Däubler/Peter, TVG, 3. Aufl. (2012), § 2 Rn. 166.

6. Innenschranken der Tarifmacht

Trotz einer grundsätzlichen Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien können die hier in Rede stehenden Tarifinhalte aufgrund eines Verstoßes gegen Innenschranken²⁷¹ der Tarifautonomie unzulässig sein. Angesichts der Vielgestaltigkeit der untersuchenden Fallgruppen kommen verschiedenartige Innenschranken in Betracht. Im Einzelnen können Grundrechte, Kartellrecht, Grundfreiheiten, Betriebsverfassungsrecht sowie Arbeitnehmerüberlassungsrecht unterschieden werden.

a) Grundrechte

aa) Entleiherseite

Auf der Entleiherseite ist als Grenze der tariflichen Regelungsmacht in erster Linie an die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG zu denken.²⁷² Das Verhältnis zwischen Tarifautonomie und Berufsfreiheit des Arbeitgebers ist freilich verwickelt und voraussetzungsreich. Insoweit kann man zunächst in konzeptioneller Hinsicht festhalten, dass es bei der Konkretisierung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers im Verhältnis zur Tarifautonomie um zwei Dimensionen geht: Nämlich zum einen – insoweit mit der Situation des Arbeitnehmers vergleichbar – um die Absicherung eines Mindestfreiheitsraumes zur persönlichen Entfaltung des Arbeitgeber in seiner Rolle als Vertragspartner und zum anderen – insoweit abweichend von der Situation des Arbeitnehmers – um die Rolle des Arbeitgebers als Unternehmer.²⁷³ Dabei kommt hier von vornherein nur der zweite Aspekt, also die Unternehmensautonomie, zum Tragen. Die Unternehmensautonomie ist – wie dargelegt²⁷⁴ – einmal bereits bei der grundsätzlichen Frage nach der Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien in Stellung zu bringen und dient der Klärung, welche Angelegenheiten noch bzw. nicht mehr unter die Doppelformel der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zu fassen sind. Darüber hinaus ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass die Berufsfreiheit des Arbeitgebers auch innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Sozialpartner dem Zugriff der Tarifvertragsparteien gewisse Grenzen setzt. Allerdings ist hier von vornherein zu differenzieren. Soweit es um den freiwillig abgeschlossenen

²⁷¹ Zur Terminologie siehe oben IV 1 mit Fn. 93.

²⁷² Siehe aber auch BVerfG vom 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 1486, 1623/82 – BVerfG 77, 84, 114, das beim *gesetzlichen* Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe (§ 1b S. 1 AÜG, früher § 12a AFG) auf der Entleiherseite mangels unmittelbarer arbeitsvertraglicher Beziehungen zum Leiharbeiter dazu tendiert, nur Art. 2 Abs. 1 GG als einschlägig anzusehen.

²⁷³ Zur Unterscheidung *Dieterich*, Die grundrechtsdogmatischen Grenzen der Tarifautonomie, FS Wiedemann (2002), S. 229, 244; Wiedemann/*Wiedemann*, TVG, 7. Aufl. (2007), Einleitung Rn. 315.

²⁷⁴ Siehe dazu oben IV 2.

Firmentarifvertrag geht, kann eine tarifvertragliche Bindung nicht (nur) als eine Einschränkung der (künftigen) unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers qualifiziert werden. Vielmehr stellt die kollektivvertragliche Gestaltung der Kooperationsbedingungen mit der Arbeitnehmerseite gerade eine Ausübung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers dar. Insoweit wäre es sinnwidrig, die Unternehmensautonomie als Argument gegen die Wirksamkeit einer tariflichen Regelung ins Feld zu führen. Grenzen können sich daher nur bei Verbandstarifverträgen sowie bei erzwungenen Tarifverträgen ergeben. Auch insoweit geht es freilich nicht um die klassische Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber Eingriffen. Da es sich bei Verbandstarifverträgen auch auf der Arbeitgeberseite um die Ausübung kollektiver Privatautonomie handelt, können verbandstarifvertragliche Regelungen nicht mit staatlichen Eingriffen gleichgesetzt werden. Daher ist nicht die Abwehrfunktion, sondern die schwächer ausgeprägte Schutzfunktion der Grundrechte²⁷⁵ einschlägig. Dasselbe gilt im Ergebnis für Regelungen, die der Arbeitgeberseite durch einen Arbeitskampf abgetrotzt werden sollen. Auch in diesen Fällen geht es um einen etwaigen Schutz vor der Beeinträchtigung eines Freiheitsbereichs durch Private und nicht durch den Staat, so dass nur die Schutzfunktion der Grundrechte aufgerufen ist.

Die Rechtsprechung hat in den einschlägigen Fällen bislang vergleichsweise großzügige Maßstäbe angelegt. Zwar deuten die Entscheidungen darauf hin, dass es auf der einen Seite äußerste Grenzen gibt und insbesondere die grundsätzliche Funktionsfähigkeit von Unternehmen nicht aufgehoben werden darf. Auf der anderen Seite hat das BAG soweit ersichtlich noch in keinem einzigen Fall eine tarifvertragliche Regelung bzw. tarifpolitische Forderung an der Unternehmensautonomie des Arbeitgebers scheitern lassen. Dies gilt sowohl für die unmittelbare Gestaltung von Arbeitsbedingungen als auch für die Erweiterung von Mitwirkungsrechten des Betriebsrats. So hat das BAG verbandstarifvertragliche qualitative Besetzungsregelungen, die darauf abzielen, entweder vorhandene Arbeitsplätze Arbeitnehmern mit einer bestimmten Qualifikation vorzubehalten oder Fachkräfte bei der Arbeitsplatzvergabe gegenüber nicht qualifizierten Arbeitnehmern zu privilegieren, wiederholt als einen zulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers bezeichnet.²⁷⁶ Die verbandstarifvertraglich begründete Pflicht zur Übernahme von Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis sah das BAG ebenfalls als eine zulässige Beschränkung der Berufsfreiheit der verbandsangehörigen

²⁷⁵ Dazu nur ErfK/*Dieterich*, 12. Aufl. (2012), GG Einleitung Rn. 33 ff.; Sachs/*Sachs*, GG, 6. Aufl. (2011), Vor Art. 1 Rn. 35 ff.

²⁷⁶ BAG vom 26.4.1990 – 1 ABR 84/87 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 57 = NZA 1990, 850; BAG vom 22.2.1991 – 1 ABR 19/90 – AP GG Art. 12 Nr. 67 = NZA 1991, 675.

Arbeitgeber an,²⁷⁷ wobei es darauf hinwies, dass durch die konkrete Ausgestaltung der Übernahmepflicht eine übermäßige Beeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 GG verhindert werde²⁷⁸. Weiter hat das BAG eine verbandstarifvertragliche Regelung, nach der unter Einschränkung der Organisationsfreiheit des Arbeitgebers die Geschäftsstellen von Banken an Silvester geschlossen bleiben sollen, als rechtmäßige Berufsausübungsregelung eingestuft.²⁷⁹ Keinen Verstoß gegen die Unternehmensautonomie erblickte das BAG ferner in der Forderung nach Zeitzuschlägen innerhalb eines Personalbemessungssystems in einem Firmentarifvertrag, mit der die Arbeitsintensität kanalisiert werden sollte.²⁸⁰ Bei der firmentarifvertraglichen Bindung einer Outsourcing-Maßnahme an die Zustimmung der Gewerkschaft wurde Art. 12 Abs. 1 GG erst gar nicht thematisiert.²⁸¹ Im Hinblick auf die in concreto allerdings abgelehnte Einordnung einer verbandstarifvertraglichen Bestimmung als Instrument zur Verhinderung einer Aufteilung der Belegschaft in eine Stamm- und eine Randbelegschaft hat das BAG zumindest nicht erkennen lassen, dass eine solche Regelung an der Berufsfreiheit des Arbeitgebers scheitern würde.²⁸² Soweit es um eine Ausdehnung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten geht, hat das BAG in einer grundlegenden Entscheidung klar zum Ausdruck gebracht, dass sowohl die verbandstarifvertragliche Bindung einer Kündigung an die Zustimmung des Betriebsrats als auch die Anordnung einer vollen Mitbestimmungspflichtigkeit von Einstellungen dann keinen unzulässigen Eingriff in die Unternehmensautonomie darstellt, wenn im Streitfall die Einigungsstelle entscheidet und der Arbeitgeber gegen ermessensfehlerhafte Beschlüsse auf dem Rechtsweg vorgehen kann.²⁸³ Auf derselben Linie liegt es, wenn das BAG die verbandstarifvertraglich geforderte Zustimmung des Betriebsrats bei ordentlichen Kündigung auch für den Fall mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar hält, dass im Konfliktfall der direkte Zugang zu den Gerichten für Arbeitssachen unter Umgehung der Einigungsstelle vorgesehen ist.²⁸⁴

Lässt man diese Entscheidungen Revue passieren, bestehen gegen die hier in Rede stehenden Tarifinhalte unter dem Blickwinkel eines Eingriffs in die Unternehmensautonomie auch bei verbandstarifvertraglichen Regelungen keine durchgreifenden Bedenken. So geht es bei einer Begrenzung des Umfangs der Leiharbeit durch Festlegung von Quoten nur um eine

²⁷⁷ BAG vom 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 und 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 154 und 155 = NZA 1998, 775 und 778.

²⁷⁸ BAG vom 12.11.1997 – 7 AZR 422/96 – AP BGB § 611 Übernahme ins Arbeitsverhältnis Nr. 3 = NZA 1998, 1013.

²⁷⁹ BAG vom 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 1 = NZA 1996, 1214.

²⁸⁰ BAG vom 3.4.1990 – 1 AZR 123/89 – AP GG Art. 9 Nr. 56 = NZA 1990, 886.

²⁸¹ BAG vom 26.1.2011 – 4 AZR 159/09 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 7 = NZA 2011, 808.

²⁸² BAG vom 28.6.1994 – 1 ABR 59/93 – AP BetrVG § 99 Einstellung Nr. 4 = NZA 1995, 387.

²⁸³ BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 = NZA 1988, 699.

²⁸⁴ BAG vom 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121 = NZA 2001, 271.

tarifvertragliche Einflussnahme auf die Struktur der Belegschaft mit dem Ziel, die Entstehung einer dauerhafte Aufteilung in Stammbeschäftigte und Randbeschäftigte mit allen negativen Konsequenzen für alle Beschäftigtengruppen zu verhindern. Die damit verbundene Einschränkung der Unternehmensautonomie ist vergleichsweise geringfügig, weil sie nicht die Entscheidung über die absolute Größe der Belegschaft, sondern nur die Frage betrifft, ob der Arbeitgeber zur Deckung eines Beschäftigungsbedarf unbeschränkt auf Leiharbeitnehmer zurückgreifen darf oder er stattdessen Festanstellungen vorzunehmen hat. Da alle hier zu untersuchenden Regelungen die Zeitarbeit als Mittel zur Deckung von Arbeitsspitzen nicht etwa ausschließen, sondern den Einsatz dieses personalpolitischen Instruments lediglich kanalisieren, ist die Unternehmensautonomie zwar beschränkt, nicht aber verletzt. Dementsprechend werden derartige Tarifbestimmungen im Schrifttum zutreffend für zulässig gehalten.²⁸⁵ Für Regelungen, die ausgewählte betriebliche Bereiche (etwa Arbeitsschutz, Qualitätssicherung) für den Einsatz von Leiharbeitnehmer vollständig sperren, gilt jedenfalls dann dasselbe, wenn hierfür einleuchtende Gründe (z. B. Sicherheit der anderen Beschäftigten, Gewährleistung gleichbleibender Produktqualität zur Vermeidung von Reklamationen mit Folgekosten für die Stammarbeitnehmer) bestehen. Ferner ist auch gegen Höchstüberlassungsfristen, die für die betroffenen Arbeitgeber im Ergebnis lediglich die Situation wiederherstellen, wie sie in früheren Fassungen des AÜG bestand, unter dem Aspekt der Unternehmensautonomie nichts zu erinnern, zumal es dem Arbeitgeber freisteht, bei einem dauerhaften Beschäftigungsbedarf auf Festanstellungen zurückzugreifen.

Auch Übernahmepflichten zugunsten von Leiharbeitnehmern sind im Ergebnis unproblematisch. Zunächst geht es vielfach nur um die Umwandlung von ohnehin vorhandenen Arbeitsplätzen für Leiharbeitnehmer in Arbeitsplätze für Festangestellte, also nicht um eine Ausdehnung des absoluten Umfangs der Belegschaft trotz fehlenden Arbeitskräftebedarfs. Bedenklich kann daher von vornherein nur die Anordnung einer Übernahmepflicht auch in solchen Situationen sein, in denen etwa aufgrund eines Auftragseinbruchs definitiv kein Bedarf an Arbeitskräften besteht. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass sich Übernahmepflichten in erster Linie in Firmentarifverträgen finden, in denen die Tarifparteien die konkrete Lage des Unternehmens prognostizieren und daher angesichts der Auftragslage regelmäßig zutreffend einschätzen können, mit welchem Beschäftigungsbedarf in einem überschaubaren Zeitraum zu rechnen ist.

²⁸⁵ *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, *JbArbR* 46 (2009), S. 69, 84; *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, *TVG/AKR*, 3. Aufl. (2010), § 1 *TVG* Rn. 208 f.; *Schüren/Hamann/Hamann*, *AÜG*, 4. Aufl. (2010), § 14 Rn. 198; *Thüsing/Braun/Thüsing*, *Tarifrecht* (2011), 5. Kap. Rn. 7; *Wiedemann/Thüsing*, *TVG*, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 391.

Wenn sich eine solche Prognose ausnahmsweise als unzutreffend herausstellt, ist es außerhalb der Fälle einer Störung der Geschäftsgrundlage entsprechend allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen Sache des Arbeitgebers, dieses Risiko zu tragen, zumal ihn die Erfüllung einer tarifvertraglichen Übernahmepflicht nicht am anschließenden Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen hindert. Bei verbandstarifvertraglichen Regelungen mag man in Anlehnung an die tariflichen Bestimmungen zur Übernahme von Auszubildenden zusätzlich an eine Notklausel für den Fall denken, dass wegen akuter Beschäftigungsprobleme das Angebot einer Festanstellung im Betrieb nicht möglich ist.²⁸⁶

Wenn ein unmittelbarer tariflicher Zugriff auf bestimmte personalpolitische Entscheidungen im Zusammenhang mit der Leiharbeit nicht an der Unternehmensautonomie scheitert, gilt dasselbe folgerichtig auch für solche tarifvertraglichen Regelungen, die den Betriebsrat zwischenschalten und ihn – gegebenenfalls auch über den Mechanismus des § 99 BetrVG hinaus – in die Entscheidung einbinden, in welchem quantitativen und zeitlichen Umfang der Arbeitgeber das Instrument der Zeitarbeit nutzen darf. Dies gilt in Anlehnung an die erwähnten Entscheidungen des BAG jedenfalls dann, wenn Blockadesituationen durch die Anrufung der Einigungsstelle bzw. einer tarifliche Schlichtungsstelle im Sinne von § 76 Abs. 8 BetrVG oder durch einen direkten Zugang zu den Gerichten für Arbeitssachen aufgelöst werden können, wie es in allen einschlägigen Fällen vorgesehen war.²⁸⁷ Man kann sogar überlegen, ob ein solcher Konfliktlösungsmechanismus überhaupt erforderlich ist, weil Einschränkungen des Umfangs der Leiharbeit nur bedeuten, dass der Arbeitgeber seinen Personalbedarf gegebenenfalls anderweitig (z. B. durch Festanstellungen oder befristete Einstellungen) decken muss. Der Eingriff in die Unternehmensautonomie ist also erheblich geringer als bei solchen tarifvertraglichen Regelungen, bei denen die Einstellung oder die Kündigung von Arbeitnehmern insgesamt an die Zustimmung des Betriebsrats gebunden wird. Immerhin mag man für das Erfordernis einer Auflösung von Blockadesituationen den Aspekt ins Feld führen, dass die Auftragslage vielfach sprunghafter geworden ist. Schließlich sind auch Effektivierungen des Verfahrens der Beteiligung des Betriebsrats statthaft wie etwa eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Prinzips des § 100

²⁸⁶ Vgl. die in BAG vom 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 und 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 154 und 155 = NZA 1998, 775 und 778, geschilderten Regelungen, nach denen in diesen Fällen mit Zustimmung des Betriebsrats von der Übernahmepflicht abgewichen werden darf.

²⁸⁷ Vgl. BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 = NZA 1988, 699; BAG vom 1.8.1989 – 1 ABR 54/88 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 68 = NZA 1990, 229; BAG vom 31.1.1995 – 1 ABR 35/94 – AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 56 = NZA 1995, 1059; ebenso LAG Köln vom 24.11.1983 – 3 Sa 755/83 – DB 1984, 670 f.; (jeweils Einigungsstelle); BAG vom 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121 = NZA 2001, 271 (unmittelbare Anrufung des Arbeitsgerichts).

BetrVG in dem Sinne, dass die Einstellung eines Leiharbeitnehmers nur dann vorläufig durchgeführt werden darf, wenn dies durch gerichtliche Entscheidung erlaubt wird. Grenze ist stets die Funktionsfähigkeit von Unternehmen, die aber nur dann eine Innenschranke markiert, wenn sie aufgehoben oder doch zumindest im Kern getroffen wird, während eine schlichte Beeinträchtigung der Fähigkeit von Unternehmen, auf Markimpulse durch den ungebremsten Einsatz von Leiharbeit reagieren zu können, entsprechende tarifliche Regelungen nicht hindert, soll die Tarifautonomie nicht zum bloßen Anhängsel des „Marktes“ degenerieren und damit ihre Funktion einbüßen, bei der Festlegung der Bedingungen für die Kooperation von Kapital und Arbeit ökonomische und soziale Interessen angemessen auszutarieren.

Gestützt werden die vorstehenden Wertungen durch einen vergleichenden Seitenblick auf die Entscheidung des BVerfG zum gesetzlichen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe (§ 1b S. 1 AÜG, früher § 12a AFG).²⁸⁸ Wenn nach Auffassung des BVerfG selbst die vollständige Untersagung der Leiharbeit in einer bestimmte Branche durch gesetzliche Regelung trotz des hierdurch unbestreitbar eintretenden Flexibilitätsverlustes bei der Personalbeschaffung allein deshalb als angemessene Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit einzustufen ist, weil auf diese Weise eine legale Umgehung der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge des Baugewerbes verhindert wird, kann es keine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG darstellen, wenn die Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit weniger intensiv ist und zudem auf einem Tarifvertrag als einer privatautonom legitimierten Regelung beruht. Darüber hinaus sei in diesem Kontext die bemerkenswerte Aussage des BVerfG in Erinnerung gerufen, dass derjenige, der zur eigenen Berufsausübung auf die Mitwirkung abhängig Beschäftigter angewiesen ist, die Heranziehung zur arbeits- und sozialrechtlichen Verantwortung für die eingesetzten Arbeitskräfte von vornherein in Rechnung stellen muss und nicht als unzumutbar ablehnen kann. Überträgt man diesen auf die Rechtfertigung staatlicher Intervention gemünzten Gedanken auf das Tarifwesen als institutionalisierte Selbsthilfe der abhängig Beschäftigten, so garantiert Art. 12 Abs. 1 GG der Arbeitgeberseite zwar den Einsatz ihrer Marktmacht, um auf legalem Wege Personalkosten zu reduzieren. Dieses Grundrecht stellt indes kein Bollwerk dar, hinter dem sich die Arbeitgeberseite verschanzen kann, wenn die Arbeitnehmerseite ihre eigene Marktmacht dazu nutzt, Kostensenkungsstrategien zu kontern.

²⁸⁸ BVerfG vom 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 1486, 1623/82 – BVerfG 77, 84, 114 ff.

Erst recht keinen Bedenken unterliegen alle diejenigen tarifvertraglichen Bestimmungen, die nur darauf gerichtet sind, unmittelbar oder mittelbar den Equal-Pay-Grundsatz durchzusetzen, weil sie ausschließlich auf eine simple Anhebung der Vergütung für den Faktor Arbeit hinauslaufen und sich somit im Kernbereich der Tarifpolitik bewegen. Dass es keine Verletzung der Unternehmensautonomie darstellt, wenn der Arbeitgeber für die Beschaffung von Arbeitskräften am Arbeitsmarkt deshalb mehr als ursprünglich einkalkuliert aufwenden muss, weil sich Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisieren und durch Tarifvertrag auf die Entgeltfindung Einfluss nehmen, bedarf keiner weiteren Begründung.

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ist von vornherein nicht betroffen. Wie das BAG²⁸⁹ in Übereinstimmung mit dem BVerfG²⁹⁰ und der Literatur²⁹¹ mehrfach entschieden hat, schützt Art. 14 Abs. 1 GG nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern, nicht aber die unternehmerische Betätigungsfreiheit. Dementsprechend hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum gesetzlichen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe selbst den vollständigen Ausschluss der Möglichkeit, den Personalbedarf durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern flexibler und rentabler zu gestalten, nicht in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit fallen lassen.²⁹² Von einer umfassenden Ausschaltung der unternehmerischen Dispositionsbefugnis, die Art. 14 Abs. 1 GG unter Umständen auf den Plan rufen könnte, sind die in Rede stehenden Einschränkungen der Leiharbeit jedenfalls weit entfernt.

bb) Verleiherseite

Auf der Ebene der Verleiherunternehmen²⁹³ ist in grundrechtlicher Hinsicht zunächst festzuhalten, dass die Grundrechte nicht nur den Schutz vor unmittelbaren Eingriffen bezwecken, die zu rechtlichen Belastungen für den Grundrechtsrechtsträger führen. Vielmehr kann nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG der Abwehrgehalt auch dann betroffen sein, wenn faktische oder mittelbare Beeinträchtigungen in ihrer Zielsetzung und in ihren Wirkungen unmittelbaren rechtlichen Eingriffen gleichkommen.²⁹⁴ An einer eingriffsgleichen Wirkung fehlt es indes, wenn sich die Beeinträchtigung

²⁸⁹ BAG vom 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 1 = NZA 1996, 1214; BAG vom 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121 = NZA 2001, 271.

²⁹⁰ BVerfG vom 18.12.1985 – 1 BvR 143/83 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 15 = NZA 1986, 199.

²⁹¹ Sachs/*Wendt*, GG, 6. Aufl. (2011), Art. 14 Rn. 47.

²⁹² BVerfG vom 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 1486, 1623/82 – BVerfGE 77, 84, 118.

²⁹³ Zum Folgenden bereits *Krause*, Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55, 59.

²⁹⁴ BVerfG vom 26.6.2002 – 1 BvR 558, 1428/91 – BVerfGE 105, 279, 303; BVerfG vom 17.3.2004 – 1 BvR 1266/00 – BVerfGE 110, 177, 191; BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 5/00 – NZA 2007, 42.

einer grundrechtlichen Freiheit lediglich als mittelbarer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten Regelung darstellt.²⁹⁵ Diese für staatliches Handeln entwickelten Grundsätze können auf privates Handeln übertragen werden, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass es im Hinblick auf die Abwehr von privaten Übergriffen von vornherein nur um die Schutzdimension der Grundrechte geht.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst festzuhalten, dass sich alle Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern auf der Entleiherseite durch Höchstquoten bzw. durch Höchstüberlassungszeiten von vornherein lediglich reflexartig auf die unternehmerischen Chancen der Verleiherunternehmen auswirken, indem sie auf dem Markt die allgemeine Nachfrage nach dieser Dienstleistung reduzieren. Damit fehlt es an einem hinreichend qualifizierten Zugriff auf die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG. Weiter sind tarifvertragliche Übernahmeregulungen zugunsten von Zeitarbeitnehmern schon deshalb unbedenklich, weil sie der Grundwertung des § 9 Nr. 4 AÜG entsprechen und im Übrigen durch die Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer legitimiert sind, die in die Lage versetzt werden sollen zu entscheiden, ob sie beim Verleiher bleiben oder zum Entleiher überwechseln.

Bei solchen tarifvertraglichen Regelungen, die der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes dienen, ist wie folgt zu differenzieren: Soll dies durch Inhaltsnormen in einem Tarifvertrag unter Beteiligung der Verleiherunternehmen selbst geschehen, handelt es sich um eine schlichte tarifliche Regelung über die Entgelthöhe für zu leistende Arbeit, der gegenüber die Berufsfreiheit des Verleihers nicht mobilisiert werden kann. Sofern es um tarifliche Vereinbarungen geht, die ausschließlich mit der Entleiherseite getroffen werden, ist zunächst klarzustellen, dass dies keine Verträge zulasten Dritter im Sinne einer rechtlichen Bindung von am Vertrag unbeteiligten Dritten sind. Vielmehr wird durch diese Regelungen lediglich versucht, auf die vertraglichen Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer einzuwirken, sobald und solange diese Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung bei bestimmten Entleihern erbringen. Die allgemein anerkannte zivilrechtliche Unzulässigkeit von Verträgen zulasten Dritter,²⁹⁶ die grundrechtlich zumindest in der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verortet werden kann, ist daher nicht betroffen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die beschriebenen tarifvertraglichen Gestaltungen nicht nur reflexartig und eher zufällig die Arbeitsvertragsbedingungen zwischen Verleiherunternehmen und Leiharbeitnehmer betreffen, sondern es gezielt um die Durchsetzung des

²⁹⁵ BVerfG vom 17.12.2002 – 1 BvL 28, 29, 30/95 – BVerfGE 106, 275, 299 f.; BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 5/00 – NZA 2007, 42.

²⁹⁶ Dazu bereits oben IV 3 a bb mit Fn. 157.

Equal-Pay-Grundsatzes geht, was seine Ursache darin findet, dass nur zwischen dem Verleiher und dem Zeitarbeitnehmer ein vollgültiges Arbeitsverhältnis besteht, ein gleiches Entgelt also nicht anders als bei der gesetzlichen Ausgangsregelung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 Hs. 1, 10 Abs. 4 S. 1 AÜG) im Allgemeinen nur durch einen dahingehenden Anspruch innerhalb dieses Rechtsverhältnisses realisiert werden kann. Sollen die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen Verleiherunternehmen und Leiharbeitnehmer gezielt beeinflusst werden, ist die Berufsfreiheit der Verleiher betroffen, weil Art. 12 Abs. 1 GG auch die Freiheit des Arbeitgebers schützt, die Arbeitsverträge mit den bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern nach dem eigenen Willen zu gestalten.²⁹⁷

Diese Freiheit besteht allerdings nicht unbegrenzt. Vielmehr ist es aus der hier allein interessierenden grundrechtlichen Perspektive nicht zu beanstanden, wenn die Nachfragemacht des Entleihers dazu genutzt wird, den Equal-Pay-Grundsatz zugunsten der Leiharbeitnehmer durchzusetzen. Aus dem Blickwinkel der Berufsfreiheit der Verleiher stellen die in Rede stehenden tariflichen Bestimmungen gleichsam eine Kombination der Equal-Pay-Entscheidung²⁹⁸ und der Berliner Tariftreue-Entscheidung des BVerfG²⁹⁹ dar. Soweit es um den Equal-Pay-Grundsatz als solchen geht, hat das BVerfG zum Ausdruck gebracht, dass das damit verbundene Ziel, nämlich die Herstellung eines angemessenen Schutzniveaus für Leiharbeitnehmer, die damit verbundene Beeinträchtigung der Freiheit der Verleiherunternehmen rechtfertigt. Dasselbe gilt für den Einsatz von Marktmacht mit dem Ziel, bestimmte tarifliche Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer eines Auftragnehmers zu gewährleisten. Die Zusammenführung beider Regelungsansätze durch eine entsprechende Ausgestaltung der mit der Entleiherseite geschlossenen Tarifverträge beeinträchtigt zwar die freie Entscheidung der Verleiher, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern autonom festzulegen. Die Berufsfreiheit ist indes nur insoweit betroffen, als den Verleiherunternehmen gezielt die Chance genommen werden soll, bei bestimmten Entleihern Aufträge allein durch das Angebot billiger Arbeitskräfte zu erlangen. Zudem werden sich die höheren Entgelte, die den Leiharbeitnehmern als Voraussetzung für eine Auftragsvergabe zugesagt werden müssen, im Allgemeinen in höheren Überlassungspreisen niederschlagen. Dies alles zeigt, dass keine verfassungsrechtlich bedenkliche faktische Grundrechtseinwirkung zulasten der Verleiherunternehmen vorliegt, der aufgrund der Schutzfunktion der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG entgegengetreten werden müsste.

²⁹⁷ BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 5/00 – NZA 2007, 42; BVerfG vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286, 300.

²⁹⁸ BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153.

²⁹⁹ BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 5/00 – NZA 2007, 42.

Eine weitere Überlegung ist von *Rieble* in die Diskussion eingebracht worden.³⁰⁰ Danach zielen die Vereinbarungen zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes darauf ab, die bei den Verleiherunternehmen zur Anwendung kommenden Verträge der christlichen Arbeitnehmerorganisationen zu verdrängen. Diese Verdrängung sei – eine Qualifikation dieser Abreden als wirksame Tarifverträge unterstellt – als Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit zu werten, der entsprechend der Burda-Rechtsprechung des BAG³⁰¹ zumindest zu einem Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch der Tarifparteien auf der Verleiherseite aus § 1004 BGB analog führe, unter Umständen sogar zu einer Nichtigkeit des verdrängenden Tarifvertrages gemäß Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Diese Argumentation weist freilich verschiedene Schwachstellen auf. Zunächst steht nach der CGZP-Entscheidung des BAG³⁰² fest, dass zahlreiche Vereinbarungen, die von diesem Zusammenschluss christlicher Arbeitnehmerverbände abgeschlossen worden sind, in Wirklichkeit keine Tarifverträge sind und daher den bereits kraft Gesetzes geltenden Equal-Pay-Grundsatz nicht zur Seite schieben konnten. Da diese Vereinbarungen somit bereits kraft Gesetzes keine Wirkung entfalten, können Tarifverträge, die darauf abzielen, diese an sich schon bestehende Rechtslage klarzustellen und durch tarifvertragliche Durchführungsansprüche zu effektiven, a priori keinen Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit darstellen.

Angesichts der von der Rechtsprechung bejahten Gewerkschaftseigenschaft einzelner christlicher Arbeitnehmervereinigungen kann es zwar dazu kommen, dass es sich bei einzelnen auf der Verleiherseite bestehenden Regelungen tatsächlich um Tarifverträge handelt, die zu einer Verdrängung des gesetzlichen Equal-Pay-Grundsatzes geführt haben. Allerdings ist der Organisationsgrad der christlichen Arbeitnehmerverbände denkbar gering. Die von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge haben daher nahezu ausnahmslos nur aufgrund der von §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG vorgesehenen Möglichkeit von Bezugnahmeklauseln in den Arbeitsverhältnissen der Leiharbeitnehmer Geltung erlangt. Eine Verdrängung bzw. Überlagerung von lediglich schuldrechtlich wirkenden Bezugnahmeklauseln bei Außenseiter-Arbeitnehmern ist indes kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit. Aber auch im Hinblick auf die wenigen Leiharbeitnehmer, die Mitglieder einer christlichen Gewerkschaft sind, lässt sich keine Verletzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit konstatieren. Insoweit ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass diejenigen Regelungen, mit denen der Equal-Pay-Grundsatz durchgesetzt werden soll, lediglich eine

³⁰⁰ *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit* (2009), S. 65, 80.

³⁰¹ BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – AP GG Art. 9 Nr. 89 = NZA 1999, 887.

³⁰² BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 = NZA 2011, 289.

schuldrechtliche Wirkung zugunsten Dritter entfalten. Ihre einzige Wirkung besteht darin, dass den betroffenen Arbeitnehmern das Recht zugewendet wird, für ihre Arbeit im Ergebnis eine höhere Gegenleistung zu erhalten, als dies in ihren eigenen Tarifverträgen vorgesehen ist, wobei sie diese Position nach allgemeinen Grundsätzen auch noch zurückweisen können (§ 333 BGB). Nun kann in der schlichten Überbietung eines vergleichsweise niedrigen Tarifentgelts kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit liegen. Ansonsten wären zumindest alle von der Arbeitgeberseite planmäßig gewährten übertariflichen Zulagen wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG rechtswidrig. Eine solche Sicht der Dinge würde dazu führen, dass die einzelnen Arbeitnehmer aufgrund des Günstigkeitsprinzips gemäß § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG zwar mehr verlangen dürften, als ihnen ihr eigener Tarifvertrag zubilligt. Der Arbeitgeber dürfte von Rechts wegen auf dieses Verlangen aber nicht eingehen, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, das niedrigere Tarifentgeltniveau zu „verdrängen“. Dies zeigt, dass der Gedankengang bereits vom Grundansatz fehlerhaft ist. Die Überbietung eines Tarifniveaus durch eine Koalition kann in der Tat dazu führen, dass die Attraktivität einer anderen Koalition schwindet, die ihr Heil in einer arbeitgeberfreundlichen Tarifpolitik sieht. Dies liegt indes im System eines Koalitionspluralismus begründet und ist für sich kein Grund, die Aktivitäten derjenigen Koalition, die eine weniger angepasste Tarifpolitik betreibt, als Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit der anderen Koalition zu werten. Wenn schon bei einer echten Tarifkonkurrenz im Sinne eines Aufeinandertreffens verschiedener Tarifverträge im selben Arbeitsverhältnis eine tarifliche Regelung weichen muss, ohne dass dies als Verletzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit der unterliegenden Gewerkschaft angesehen werden kann, dann kann eine Situation, in der einem Koalitionsmitglied lediglich auf schuldrechtlichem Wege die Möglichkeit unterbreitet wird, einen Zuschlag zu seinem tariflichen Entgelt zu erhalten, nicht anders qualifiziert werden. Im Übrigen geht es bei Lichte betrachtet gar nicht um eine „Verdrängung“ der „christlichen“ Tarifverträge im Sinne der Burda-Rechtsprechung, sondern lediglich um die Gewährung von Zuschlägen für die Dauer des Einsatzes bei bestimmten Entleihern, was ersichtlich nicht gegen die Koalitionsbetätigungsfreiheit der christlichen Gewerkschaften verstößt. Aus diesem Grunde bestehen auch unter dem Gesichtspunkt einer „Verdrängung“ der DGB-Tarifverträge keine rechtlichen Bedenken.

cc) Leiharbeiternehmer

Die Berufsfreiheit der Leiharbeiternehmer ist von vornherein nicht in rechtlich relevanter Weise negativ betroffen. Höchstquoten und Höchstüberlassungszeiten sollen die Chancen der Leiharbeiternehmer auf eine Festanstellung, die von ihnen regelmäßig bevorzugt wird, gerade erhöhen und können daher nicht als Regelungen interpretiert werden, die sich gegen die

überlassenen Arbeitnehmer richten.³⁰³ Auch kann man nicht argumentieren, dass jede Regelung, die unmittelbar oder mittelbar auf eine Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes hinausläuft, die Chancen der Leiharbeitnehmer verschlechtert, überhaupt zum Zuge zu kommen. Zwar stößt man immer wieder auf den gedanklichen Versuch, eine Verbesserung der rechtlichen Lage von Arbeitnehmern in eine Verschlechterung ihrer faktischen Lage umzudeklarieren, um hierdurch eine Regelung zu Fall zu bringen, die aus Arbeitgebersicht belastend ist. Dieser Ansatz mag in einzelnen Fällen aufgrund der zu erwartenden Arbeitgeberreaktion auf Arbeitnehmerschutzvorschriften sogar zutreffen.³⁰⁴ Indes kann in den hier zu untersuchenden Gestaltungen nicht davon ausgegangen werden, dass das Gesamtvolumen der nachgefragten Arbeit bei der Vereinbarung von Höchstquoten oder Höchstüberlassungszeiten bzw. bei einer Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes signifikant sinkt. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, handelt es sich indes lediglich um eine Reflexwirkung und nicht um eine gezielte Regelung, so dass Art. 12 Abs. 1 GG insoweit nicht gegen die tarifvertraglichen Bestimmungen in Stellung gebracht werden kann.³⁰⁵ In diesem Sinne hat das BVerfG in seiner Equal-Pay-Entscheidung³⁰⁶ die Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer nur unter dem Blickwinkel des Interesses dieses Personenkreises an zumutbaren Arbeitsbedingungen und damit als Argument *für* eine Festschreibung von Equal Pay ins Spiel gebracht und nicht etwa als Argument *gegen* eine solche Regelung aufgrund (angeblich) verminderter Chancen auf dem Arbeitsmarkt.

Eine Beeinträchtigung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit liegt ebenfalls nicht vor, wenn eine tarifliche Regelung lediglich darauf hinausläuft, den Leiharbeitnehmern schuldrechtliche Ansprüche gegen den Entleiher zuzuerkennen, die er sogar gemäß § 333 BGB noch zurückweisen kann.

³⁰³ Insbesondere lassen sich keine Parallelen zur Entscheidung des BAG vom 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP BetrVG 1972 Einstellung Nr. 62 = NZA 2011, 751 ziehen, in der das Gericht eine tarifvertragliche Einstellungsvoraussetzung als betriebliche Norm gewertet und an Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Eigenschaft als Eingriffsverbot gemessen hat.

³⁰⁴ Dazu *Krause*, Schutzvorschriften und faktische Diskriminierung, FS Pfarr (2010), S. 392 ff.

³⁰⁵ Die etwaigen Rückwirkungen erreichen jedenfalls nicht die Intensität derjenigen Wirkungen, die vom so genannten „Vorbeschäftigungsverbot“ gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ausgehen und die das BAG dazu bewogen haben, die Regelung als Einstellungshemmnis zu werten und unter dem Gesichtspunkt einer zu starken Einschränkung der Berufsfreiheit des Bewerbers um einen Arbeitsplatz verfassungsorientiert bzw. verfassungskonform einzuschränken; vgl. BAG vom 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 – AP TzBfG § 14 Nr. 82 = NZA 2011, 905; BAG vom 21.9.2011 – 7 AZR 375/10 – NZA 2012, 255.

³⁰⁶ BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153.

Wenn es um Tarifverträge geht, die von den auf der Entleiherseite agierenden Gewerkschaften mit der Verleiherseite zur Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes abgeschlossen werden, gelten diese Regelungen je nach konkreter Ausgestaltung lediglich für die Dauer der Überlassung in einzelne Unternehmen bzw. in solche Unternehmen, die zum Organisationsbereich der jeweiligen Gewerkschaften gehören. Soweit die hiervon erfassten Leiharbeiter in einen anderen Einsatzbetrieb hinein überlassen werden, kommen dagegen wieder die allgemeinen Tarifverträge (zumeist der DGB-Arbeitsgemeinschaft Zeitarbeit oder gegebenenfalls der christlichen Arbeitnehmerorganisationen) zur Anwendung. *Rieble* sieht darin einen Gleichheitsverstoß, der ähnlich wie bei Effektivklauseln, die nach herrschender Ansicht für unzulässig gehalten werden,³⁰⁷ zur Unwirksamkeit solcher Tarifverträge führen soll.³⁰⁸ Nun ist der Ausgangspunkt einer zumindest mittelbaren Bindung der Tarifparteien an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zutreffend.³⁰⁹ Indes ist ein Gleichheitsverstoß nicht zu erkennen. Zunächst bindet der Gleichheitssatz die Normgeber nur im Rahmen ihrer jeweiligen Normsetzungsmacht. Wenn scheinbar gleichgelagerte Rechtsverhältnisse deshalb im Ergebnis anders behandelt werden, weil sie außerhalb der Normsetzungsmacht der Normgeber liegen, kann daraus kein Gleichheitsverstoß konstruiert werden. Da die Branchengewerkschaften nur für die Leiharbeiter zuständig sind, die in ihren jeweiligen Organisationsbereich hinein überlassen werden, ist der Gleichheitssatz von vornherein nicht verletzt, wenn eine tarifliche Regelung so abgefasst ist, dass der Equal-Pay-Grundsatz beispielsweise nur bei einem Verleih in die Eisen- und Stahlindustrie, nicht aber bei einem Verleih desselben Arbeitnehmers in die Dienstleistungsbranche gewährleistet werden soll, weil es die konkreten Normgeber ohnehin nicht in der Hand haben, für den Dienstleistungssektor Regelungen zu treffen. Daran ändert auch die Mitgliedschaft der IG Metall bzw. der IG BCE in der DGB-Arbeitsgemeinschaft Zeitarbeit nichts.

Dieser Gedanke greift zwar nicht, wenn es um solche Tarifverträge geht, bei denen sich die Tarifparteien innerhalb derselben Branche darauf einigen, dass nur bei einem Verleih in bestimmte einzelne Unternehmen der Equal-Pay-Grundsatz zur Anwendung gebracht werden soll. Auch in diesen Fällen liegt aber kein Gleichheitsverstoß vor. Wenn einzelne Entleiherunternehmen bereit sind, höhere Überlassungspreise zu entrichten, damit die jeweils beauftragten Verleiherunternehmen wirtschaftlich in die Lage versetzt werden,

³⁰⁷ Grdl. BAG vom 14.2.1968 – 4 AZR 275/67 – AP TVG § 4 Effektivklausel Nr. 7; ferner BAG vom 16.6.2004 – 4 AZR 408/03 – AP TVG § 4 Effektivklausel Nr. 24 = NZA 2005, 1420; ebenso etwa JKO/*Jakobs*, TVR (2007), § 7 Rn. 79 ff.; Wiedemann/*Wank*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 4 Rn. 528 ff. m. w. N.; a. A. Däubler/*Deinert*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 4 Rn. 788 ff.

³⁰⁸ *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit* (2009), S. 65, 76.

³⁰⁹ Zur Problematik siehe nur JKO/*Krause*, TVR (2007), § 1 Rn. 56 ff. m. w. N.

den Equal-Pay-Grundsatz einzuhalten, um hierdurch Unfrieden innerhalb der eigenen Stammbesellschaft vorzubeugen, dann ist es nicht gleichheitswidrig, wenn das jeweilige Verleiherunternehmen tarifvertraglich dazu verpflichtet wird, diese finanziellen Vorteile an die beschäftigten Leiharbeitnehmer durchzureichen. Letztlich ist dies nicht anders zu beurteilen, als wenn ein Tarifvertrag vorsieht, dass bei einem besonders schwierigen und anstrengenden Einsatz von Arbeitnehmern eine Erschwerniszulage gezahlt wird, die in die Kalkulation der Personalkosten einfließt und wirtschaftlich im Ergebnis vom Auftraggeber bezahlt wird. Die „Kundenpräferenz“ des Entleihers, nach der nur solche Arbeitnehmer zum Einsatz kommen sollen, die sich infolge höherer Arbeitszufriedenheit aufgrund besserer Bezahlung in die vorhandenen Arbeitsstrukturen problemlos einfügen und keine Spannungen in der eigenen Belegschaft provozieren, sollte gerade denjenigen als hinreichender Anlass für eine tarifvertragliche Differenzierung einleuchten, die sich im Allgemeinen eher dafür aussprechen, dem Nachfragemarkt einen größeren Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen einzuräumen. Im Übrigen greift eine Parallele zu Effektivklauseln ins Leere, weil es in den hier in Rede stehenden Fällen nicht um einen tarifvertraglichen Zugriff auf übertarifliche Entgeltbestandteile geht.

b) Kartellrechtliche Grenzen

Sämtliche hier näher zu untersuchenden tariflichen Regelungen bzw. tarifpolitischen Initiativen wollen in einem mehr oder weniger großen Maße die Nachfrage der Entleiher nach der Überlassung von Leiharbeitnehmern steuern bzw. auf die Konditionen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages mit dem Verleiher Einfluss nehmen. Dies wirft die Frage auf, ob diese Tariffinhalte, auch wenn sie noch dem Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zugeordnet werden können, auf wettbewerbsrechtliche Schranken stoßen.³¹⁰ Damit ist wiederum das komplexe und noch keineswegs abschließend geklärte Verhältnis von Tarifautonomie und Kartellrecht angesprochen.³¹¹ Das Grundproblem besteht darin, die unterschiedlichen Strukturgesetzmäßigkeiten beider Bereiche, nämlich Entmachtung durch Gegenmachtprinzip als Leitbild der Tarifautonomie einerseits und Entmachtung durch Wettbewerb als Leitbild des Kartellrechts andererseits,³¹² in eine angemessene Beziehung zu setzen.

³¹⁰ Zum Folgenden bereits *Krause*, Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55, 59 f.

³¹¹ Dazu bereits oben IV 2.

³¹² Siehe nur jüngst *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091; ferner *Scholz*, Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, FS Rittner (1990), S. 629, 636 ff.

Einfachgesetzlicher Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Betrachtung ist § 1 GWB, der sämtliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Vereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, ausdrücklich verbietet. Diese Regelung muss nach einhelliger Ansicht im Gleichklang mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und damit in Übereinstimmung mit Art. 101 AEUV ausgelegt werden. Für Sachverhalte, die den zwischenstaatlichen Handel spürbar berühren, ergibt sich dies unmittelbar kraft Unionsrechts aus Art. 3 Verordnung (EG) 1/2003 (Kartellverfahrensverordnung). Für Sachverhalte unterhalb dieser Schwelle folgt dies zumindest aus der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, der sich mit der 7. GWB-Novelle von 2005 eindeutig für eine Harmonisierung der Maßstäbe von § 1 GWB und Art. 101 AEUV ausgesprochen hat.³¹³ Damit gewinnt die noch zu schildernde Judikatur des EuGH zur Interpretation des europäischen Rechts aus dem Jahr 1999³¹⁴ entscheidende Bedeutung, während die ältere deutsche Diskussion zum Verhältnis von Tarifrecht und Kartellrecht³¹⁵ in den Hintergrund tritt.

Soweit es um Firmentarifverträge geht, wird der Geltungsanspruch des Wettbewerbsrechts schon aus kartellrechtsimmanenten Gründen nicht eröffnet. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB erfasst nämlich nur solche Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, an denen mindestens zwei Unternehmen zur Koordinierung ihres Marktverhaltens beteiligt sind. Wenn ein einzelnes Unternehmen von sich aus erklärt, nur mit einer bestimmten Quote von Leiharbeitnehmern arbeiten bzw. nur mit solchen Leiharbeitsunternehmen kooperieren zu wollen, die sich gegenüber den bei ihnen Beschäftigten zur Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes verpflichten, wird das Marktgeschehen beeinflusst, nicht aber beeinträchtigt.³¹⁶ Hieran ändert sich auch dadurch nichts, dass das Verhalten des Unternehmens durch einen Firmentarifvertrag vorstrukturiert wird. Die Gewerkschaft tritt beim Abschluss eines Firmentarifvertrages über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht selbst am Markt für Güter und selbstständige Dienstleistungen auf und ist daher nach ganz herrschender Ansicht weder

³¹³ BT-Drucks. 15/3640 vom 12.8.2004, S. 21 ff.; *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. (2010), Einführung Rn. 84, § 1 Rn. 4; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, GWB (2006), § 1 Rn. 5 f.; *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, FS Reuter (2010), S. 759, 760; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195; MünchKommGWB/*Säcker*, Bd. 2 (2008), § 1 GWB Rn. 2.

³¹⁴ Hierzu sogleich im Text.

³¹⁵ Siehe etwa BAG vom 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 206 ff.

³¹⁶ *Rieble*, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 103, 120.

selbst ein Unternehmen³¹⁷ noch – mangels Unternehmereigenschaft der einzelnen Arbeitnehmer³¹⁸ – eine Unternehmensvereinigung.

Die Einordnung von Gewerkschaften als generelle Adressaten des Kartellverbots lässt sich auch nicht durch die Überlegung begründen, die Gewerkschaften würden gleichsam durch die Unternehmen hindurch am Markt agieren.³¹⁹ Die für diesen Ansatz teilweise gezogene Parallele zu den Verpächterfällen, in denen private Verpächter durch eine entsprechende Vertragsgestaltung mit den Pächtern einen Teil von deren unternehmerischen Aktivitäten vorweggenommen hatten und deswegen als Unternehmer qualifiziert wurden,³²⁰ krankt daran, dass die Pächter – anders als die Gewerkschaften bei einem Firmentarifvertrag – zusätzlich eine eigene marktbezogene Tätigkeit entfaltet hatten. Entsprechendes gilt für den Versuch, sich auf eine Entscheidung des EuGH zu stützen, in der das Gericht die Unternehmenseigenschaft einer wirtschaftlichen Einheit bejaht hat, die einen kontrollierenden Einfluss auf einen unmittelbar am Markt operierenden Wirtschaftsteilnehmer ausübte,³²¹ weil es dem EuGH darum ging zu verhindern, dass durch die Aufspaltung eines Unternehmens in zwei Gebilde

³¹⁷ BAG vom 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969; BAG vom 10.11.1993 – 4 AZR 316/93 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 169 = NZA 1994, 622; *Anzinger/Koberski*, Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche, kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen, NZA 1989, 737, 745; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, GWB (2006), § 1 Rn. 27; *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, FS Reuter (2010), S. 759, 763 f.; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195, 196; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 437; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. (2007), § 1 Rn. 63, 74; skeptisch auch *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1096; a. A. *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 17, 27 f.; *Kulka*, Kollektives Arbeitsrecht und Kartellrecht, WuW 1987, 5, 17 f.; *ders.*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandel, RdA 1988, 336, 338 f.; *Roth*, Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht, in: FIW (Hrsg.), Tarifautonomie und Kartellrecht (1990), S. 7, 13 f.; FK-Kartellrecht/*Roth/Ackermann* (Stand: 2009), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 53 f.

³¹⁸ BAG vom 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25 = NZA 1990, 781; *Emmerich*, Kartellrecht, 11. Aufl. (2008), § 3 Rn. 31; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, GWB (2006), § 1 Rn. 26; *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, FS Reuter (2010), S. 759, 763; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195, 196; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 429; a. A. *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 17, 27; *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht (2004), S. 32 ff.

³¹⁹ In diese Richtung *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt (2010), S. 17, 27 f.

³²⁰ BGH vom 11.4.1978 – KZR 1/77 – WuW 1978, 585; BGH vom 14.7.1980 – KZR 19/79 – WuW/E BGH 1745; BGH vom 5.5.1981 – KZR 9/80 – WuW/E BGH 1841.

³²¹ EuGH vom 10.1.2006 – C-222/04 – Slg. 2006, I-289 (Rn. 110 ff.) – Cassa di Risparmio di Firenze.

das Beihilfenrecht umgangen wird. Mit dem Abschluss von Kollektivverträgen durch antagonistisch gegenüberstehende Vertragsparteien hat dies nichts zu tun.

Schließlich führt auch eine Strategie der Gewerkschaften, angesichts der bereits geschilderten Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes auf der verbandlichen Ebene auf eine Vielzahl von Firmentarifverträgen zu setzen, nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts. Zwar versucht *Rieble*, insoweit die Rechtsfigur des so genannten Sternvertrages für diese Fallgruppe nutzbar zu machen.³²² Danach kann eine unzulässige Abstimmung über eine Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit auch darin liegen, dass Wettbewerber durch Vertikalvereinbarungen mit einem Dritten ihr horizontales Wettbewerbsverhalten koordinieren.³²³ Indes werden hier zwei Gestaltungen parallelisiert, die nichts miteinander zu tun haben. Wenn eine Gewerkschaft in antagonistisch verlaufenden Verhandlungen verschiedenen Unternehmen Bestimmungen abringt, die aus Arbeitgebersicht nachteilig sind und die sich darin erschöpfen, bei Arbeitnehmerüberlassungsverträgen darauf zu dringen, dass den Leiharbeitnehmer für die Dauer des Einsatzes beim jeweiligen Entleiher grundsätzlich dieselben Entgelte im Stammarbeitnehmern zufließen sollen, ist nicht zu erkennen, worin eine Verhaltensabstimmung zwischen den Unternehmen liegen soll.³²⁴ Legt man die allgemeine Ansicht zugrunde, dass es einer willentlichen Kommunikation zwischen den Unternehmen bedarf, die darauf abzielt, das Marktverhalten voneinander abhängig zu machen und den Risiken des Wettbewerbs zu entgehen,³²⁵ zeigt sich in aller Deutlichkeit, dass die konzeptionelle Deutung von Firmentarifverträgen als kartellrechtliche Sternverträge fehlgeht. Sofern die Initiative allein von der Gewerkschaft ausgeht und die Unternehmen sich nur deshalb auf einen aus ihrer Perspektive ungünstigen Tarifvertrag einlassen, um einen noch größeren wirtschaftlichen Schaden abzuwenden, liegt darin auch dann kein abgestimmtes Verhalten, wenn ein Unternehmen zufälligerweise erfährt, dass die Gewerkschaft auch anderen Unternehmen entsprechende Tarifverträge abgetrotzt hat. Zudem wäre es zumindest erstaunlich, wenn der erste Firmentarifvertrag kartellrechtlich unbedenklich wäre, weitere gleichartige

³²² *Rieble*, Unternehmerischer Marktmenteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt* (2010), S. 103, 122 f.

³²³ Vgl. *Nordemann*, in: *Loewenheim/Messen/Riesenkampff*, *Kartellrecht*, Bd. 2, *GWB* (2006), § 1 Rn. 119.

³²⁴ In diesem Sinne auch *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, *FS Reuter* (2010), S. 759, 767; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte *GWB*, *ZESAR* 2010, 195, 197.

³²⁵ Z. B. EuGH vom 14.7.1972 – 51/69 – *Slg.* 1972, 745 (Rn. 25) – *Bayer/Kommission*; EuGH vom 31.3.1993 – C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis 129/85 – *Slg.* 1993, I-1575 (Rn. 63) – *Ahlström Osakeyhtiö u. a. /Kommission*.

Firmentarifverträge aber unzulässig wären, sofern die jeweils betroffenen Arbeitgeber vom ersten Abschluss mehr oder weniger zufällig Kenntnis erhalten. Wenn die Rechtsprechung sogar ein bewusstes Parallelverhalten aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots ausklammert,³²⁶ kann es erst recht nicht überzeugen, ein bewusstes paralleles Nachgeben gegenüber eigentlich unerwünschten gewerkschaftlichen Forderungen als abgestimmte Verhaltensweise einzustufen.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass die bloße Forderung des Entleihers nach einer bestimmten Ausgestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot bzw. das Verbot unbilliger Behinderung gemäß § 20 GWB verstößt, wenn es sich um einen marktmächtigen Nachfrager handelt.³²⁷ Wenn der Entleiher von sämtlichen Verleiherunternehmen gleichermaßen eine bestimmte Qualität der Arbeitsbeziehungen verlangt, damit der Einsatz der Leiharbeiter im eigenen Betrieb keine innerbetrieblichen Störungen hervorruft, liegt darin nicht einmal ansatzweise eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens.³²⁸ Insoweit gilt nichts anderes, als wenn der Entleiher vom Verleiher verlangt, nur solche Schreibkräfte zu überlassen, die in der Lage sind, einen Text weitgehend fehlerfrei zu schreiben. Auch dies kann nicht als eine unbillige Behinderung derjenigen Verleiherunternehmen angesehen werden, die infolge des niedrigen Niveaus der von ihnen gewährten Arbeitsbedingungen nur solche Schreibkräfte im „Angebot“ haben, die dazu außer Stande sind.

Komplizierter gestaltet sich die Lage bei Verbandstarifverträgen. Insoweit könnte man bei einer rein kartellrechtlichen Betrachtung zunächst daran denken, dass zwar nicht der Verbandstarifvertrag als solcher, wohl aber der Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes zum Tarifvertrag³²⁹ bzw.

³²⁶ EuGH vom 14.7.1972 – 51/69 – Slg. 1972, 745 (Rn. 25) – Bayer/Kommission; BGH vom 22.3.1994 – KVR 23/93 – BGHZ 125, 315, 319.

³²⁷ Anders offenbar *Rieble*, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt* (2010), S. 103, 117 ff.

³²⁸ Bemerkenswerterweise sieht *Scholz*, Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, FS *Rittner* (1990), S. 629, 645 f., gerade umgekehrt in differenzierenden Firmentarifverträgen eine Gefahr für die Wettbewerbsgleichheit. Kurz: Die Gewerkschaften können es nur falsch machen und sollten am besten vom Abschluss von Tarifverträgen Abstand nehmen.

³²⁹ So *Bechtold*, Ladenschluss, Arbeitnehmerschutz und Kartellrecht, FS *Bauer* (2010), S. 109, 116; *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle (2007), S. 144; *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, FS *Reuter* (2010), S. 759, 766; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, *ZESAR* 2010, 195, 197; *MünchKommEuWettbR/Säcker*, Bd. 1 (2007), Einleitung Rn. 245; *Schoch*, Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Bestimmung mit dem Kartellgesetz, BB 1965, 477, 478.

die Mandatierung des Verbandes zum Tarifvertragsschluss³³⁰ zumindest unter bestimmten Voraussetzungen als Beschluss einer Unternehmensvereinigung eingestuft werden kann. Sofern dieser Beschluss gegen das Kartellverbot verstoßen sollte, ist zwar umstritten, ob der daraufhin geschlossene Tarifvertrag als so genannter Ausführungsvertrag einzustufen ist und deshalb ebenfalls dem Verdikt des § 1 GWB in Verbindung mit § 134 BGB unterfällt,³³¹ oder man ihn nur als bloßen Folgevertrag qualifiziert,³³² der nach der h. M.³³³ nicht von der Unwirksamkeit erfasst wird. Selbst wenn der Tarifvertrag als solcher in jedem Fall wirksam sein sollte, wäre doch zumindest die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes zur Durchsetzung einer Tarifforderung zweifelhaft, der vom Arbeitgeberverband nur unter Verstoß gegen das Kartellverbot abgeschlossen werden könnte. Nun kann man allerdings schon fragen, ob jeder Beschluss eines Arbeitgeberverbandes automatisch als Beschluss einer Unternehmensvereinigung im kartellrechtlichen Sinne zu werten ist. Immerhin geht es jedenfalls beim tarifpolitischen Kerngeschäft, nämlich bei der Festsetzung von Arbeitszeiten und Arbeitsentgelten für die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien, nicht um ein unmittelbares Auftreten am Markt für Güter oder selbstständige Dienstleistungen.³³⁴ Wenn und soweit tarifvertragliche Bestimmungen in Rede stehen, die sich entweder direkt auf das Unternehmerverhalten auf diesen Märkten beziehen oder die doch jedenfalls einen so genannten „janusköpfigen“ Charakter haben, weil sie zwar unmittelbar nur eine Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezwecken, sich aber zugleich auf den Güter- oder Dienstleistungsmarkt auswirken, ist die Einordnung der Zustimmung des Arbeitgeberverbandes als Beschluss einer Unternehmensvereinigung indes nicht von vornherein von der Hand zu weisen.

Die Frage nach den tauglichen Adressaten des Kartellverbots ist freilich nur eine nachgeordnete Thematik. Entscheidend ist letztlich, in welches sachliche Verhältnis Tarifautonomie und Kartellrecht zu setzen sind. Anders gefragt geht es darum, welche Angelegenheiten die Rechtsordnung im Interesse der

³³⁰ So *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (2005), S. 145 f. Fn. 388 (unter I 1).

³³¹ *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091, 1097; *MünchKommGWB/Säcker*, Bd. 2 (2008), § 1 GWB Rn. 5; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 209 f.

³³² *Anzinger/Koberski*, Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche, kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen, NZA 1989, 745; *Bechtold*, Zur Anwendung des Kartellverbots auf wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge, RdA 1983, 99.

³³³ Vgl. *Nordemann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, Bd. 2, GWB (2006), § 1 Rn. 256.

³³⁴ Abl. daher *Däubler/Schiek*, TVG, 3. Aufl. (2012), Einleitung Rn. 473; *Schmidt-Eriksen*, Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz, AuR 1991, 137, 143.

Herbeiführung erwünschter sozialer Zustände dem Wettbewerbsprinzip überlässt und bei welchen Angelegenheiten die Rechtsordnung die Herbeiführung erwünschter sozialer Zustände gerade nicht dem Wettbewerbsprinzip überantwortet, sondern statt dessen eine Kartellbildung erlaubt und damit auf das Gegenmachtprinzip setzt. Sofern die Materie selbst wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist, kann für den Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes nichts anderes gelten.³³⁵

Insoweit hat der EuGH in seiner bisherigen Judikatur zentrale Wegmarken gesetzt, die aufgrund des erwähnten Gleichklangs von Art. 101 AEUV und § 1 GWB auch für rein nationale Gestaltungen maßgeblich sind. Von grundlegender Bedeutung sind zunächst die verbundenen Rechtssachen Albany,³³⁶ Breentjens³³⁷ und Drijvende Bokken,³³⁸ bei denen es um die Zulässigkeit der Pflichtmitgliedschaft von Arbeitgebern in einem branchenweiten Betriebsrentenfonds ging. In dieser Urteils-Troika hat der EuGH auf der einen Seite die Bedeutung des Kartellverbots hervorgehoben, auf der anderen Seite aber aus verschiedenen Bestimmungen des europäischen Rechts geschlossen, dass es zu den Zielen der Gemeinschaft gehört, den Dialog zwischen den Sozialpartnern zu befördern und kollektive Vereinbarungen zu gewährleisten. Dieses sozialpolitische Ziel wäre bei einer umfänglichen Anwendung des Verbots von Kartellabsprachen auf Kollektivverträge ernsthaft gefährdet. Aus dieser Überlegung hat der EuGH eine Unanwendbarkeit des Kartellverbots auf bestimmte Kollektivvereinbarungen gefolgert, wobei er im Wesentlichen zwei Kriterien aufstellt:³³⁹ Hinsichtlich der Art der Vereinbarung betont der EuGH, dass die Regelung zwischen den Organisationen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite abgeschlossen worden ist, es sich der Form nach um einen Tarifvertrag handelt und die Abrede das Ergebnis von Tarifverhandlungen ist. Hinsichtlich des Gegenstandes der Vereinbarung stellt der EuGH darauf ab, dass die streitbefangene Regelung unmittelbar der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer diene. In späteren Entscheidungen hat der EuGH diesen Ansatz noch weiter konkretisiert. In der Rechtssache Pavlov stellt der EuGH klar, dass eine Vereinbarung von Angehörigen freien

³³⁵ So bereits BAG vom 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969 (unter II 3 b ee); KG vom 21.2.1990 – Kart U 4357/989 – NZA 1991, 24; in diesem Sinne etwa auch *Scholz*, Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, FS Rittner (1990), S. 629, 632.

³³⁶ EuGH vom 21.9.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 – Albany.

³³⁷ EuGH vom 21.9.1999 – C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025 – Breentjens'.

³³⁸ EuGH vom 21.9.1999 – C-219/97 – Slg. 1999, I-6121 – Drijvende Bokken.

³³⁹ Klare Analyse der Judikatur des EuGH bei *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht (2004), S. 153 ff.; kürzer MünchKommEuWettbR/*Säcker*, Bd. 1 (2007), Einleitung Rn. 235; etwas anders *Berg*, Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit, EuZW 2000, 170 f., der von drei Voraussetzungen spricht; ebenso *Däubler/Schiek*, TVG, 3. Aufl. (2012), Einleitung Rn. 478.

Berufen nicht kartellrechtlich privilegiert sei, weil keine Gewerkschaft beteiligt sei.³⁴⁰ In der Rechtssache van der Woude unterstreicht der EuGH die Freiheit der Sozialpartner bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen³⁴¹ und scheint damit von dem aus der Albany-Entscheidung unter Umständen ableitbaren³⁴² Erfordernis abzugehen, dass die tarifliche Regelung den üblichen Kernbereich an Arbeitsbedingungen betreffen müsse, um kartellrechtsfrei zu bleiben. Vielmehr spricht der EuGH eher allgemein von einer Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen als zulässige Zwecksetzung der unter die Bereichsausnahme zu fassenden Kollektivverträge.³⁴³ In einer neueren Entscheidung zum Vergaberecht wird zwar betont, dass eine Bindung der Tarifparteien an die unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen das Recht auf Kollektivverhandlungen nicht in seinem Kern berühre.³⁴⁴ Ein aktuelles Urteil des EuGH spricht sich dagegen wieder deutlich für ein weites Verständnis des privilegierten Gegenstandes der Vereinbarung aus, indem etwa auch eine tarifvertraglich geregelte Zusatzkrankenversicherung vom Kartellverbot freigestellt wird³⁴⁵.

Versucht man diese Überlegungen zusammenzufassen, kann als gesichert gelten, dass der EuGH zwar auf der einen Seite keine umfassende Bereichsausnahme für die Sozialpolitik kreiert hat, wie sie für die Landwirtschaft (Art. 42 AEUV) oder für die Verteidigung (Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV) vorgesehen ist.³⁴⁶ Auf der anderen Seite hat der EuGH aber arbeitsrechtliche Kollektivverträge aus dem Kartellverbot vollständig ausklammert, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere greift der EuGH nicht die von Generalanwalt *Jacobs* entwickelte Konzeption auf, bei Auswirkungen tariflicher Regelungen auf die allgemeinen Güter- oder Dienstleistungsmärkte eine Interessenabwägung vorzunehmen,³⁴⁷ was dem Umstand geschuldet sein dürfte, dass zwischen dem wettbewerblichen Prinzip

³⁴⁰ EuGH vom 12.9.2000 – C-180/98 bis 184/98 – Slg. 2000, I-6451 – Pavlov.

³⁴¹ EuGH vom 21.9.2000 – C-222/98 – Slg. 2000, I-7111 – van der Woude.

³⁴² In diesem Sinne etwa MünchKommEuWettbR/*Säcker*, Bd. 1 (2007), Einleitung Rn. 240 ff.; ebenso – wenn auch mit kritischer Tendenz – *Vousden*, Albany, Market Law and Social Exclusion, Industrial Law Journal 29 (2000), 181, 188 ff.; von vornherein einem weiteren Verständnis der Nichtanwendbarkeit zuneigend *Stürmer*, Tarifvertragliche Betriebsrenteneinrichtungen und Europäisches Wettbewerbsrecht, ZTR 2000, 293, 294; ferner *Bruun/Hellsten* (Eds.), Collective Agreement and Competition in the EU (2001), S. 45 f.

³⁴³ Damit ist zumindest offen, ob der EuGH beispielsweise der Sichtweise der Kommission folgen würde, nach der es sich bei mit den Gewerkschaften der Bankangestellten vereinbarten Öffnungszeiten von Banken um eine an sich unter Art. 101 AEUV fallende Regelung handelt, vgl. Entscheidung der Kommission vom 30.9.1986 – IV/31.362 – ABIEG 1986 Nr. L 295, S. 28 – Irish Banks' Standing Committee.

³⁴⁴ EuGH vom 15.7.2010 – C-271/08 – NZA 2011, 564 (Rn. 49) – Kommission/Deutschland.

³⁴⁵ EuGH vom 3.3.2011 – C-437/09 – Juris (Rn. 32) – AG2R Prévoyance.

³⁴⁶ Vgl. *Fleischer*, Tarifverträge und europäisches Wettbewerbsrecht, DB 2000, 821, 822; MünchKommEuWettbR/*Säcker*, Bd. 1 (2007), Einleitung Rn. 234.

³⁴⁷ Schlussanträge vom 28.1.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 (Rn. 193) – Albany.

und einer kollektiven Ordnung, die gerade auf eine Negation des Wettbewerbsprinzips hinausläuft, keine rationale Abwägung möglich ist.³⁴⁸ Methodisch wird in diesem Zusammenhang vielfach von einer beschränkten Bereichsausnahme gesprochen.³⁴⁹ Zwingend erscheint eine solche Deutung, die offenbar von einer universalen Geltung des Wettbewerbsprinzips ausgeht und die Tarifautonomie nur als eine Anomalie begreift, freilich nicht. Vielmehr kann man die Urteile des EuGH auch im Sinne einer Bereichsscheidung jedenfalls im Verhältnis von Kartellrecht und Tarifautonomie verstehen. Allerdings hat sich der EuGH bislang nicht zu einer konzeptionell klaren Trennung zwischen Güter- und Dienstleistungsmarkt auf der einen Seite und Arbeitsmarkt auf der anderen Seite mit jeweils unterschiedlichen Ordnungsprinzipien bekannt, was daran liegen mag, dass das Wettbewerbsprinzip im europäischen Primärrecht von Anfang an tief verwurzelt gewesen ist,³⁵⁰ während die soziale Dimension des Binnenmarktes sowie insbesondere die Bedeutung der Kollektivautonomie und ihrer grundrechtlichen Verankerung erst im Laufe der Zeit ins Bewusstsein getreten ist.

Die Garantie des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen gemäß Art. 28 der zusammen mit dem Lissabon-Vertrag in Kraft getretenen Grundrechtecharta spricht zwar dafür, die Nichtanwendung des Kartellverbots auf arbeitsrechtliche Kollektivverträge auf der Ebene des Unionsrechts nicht zu eng zu interpretieren. Immerhin ist nunmehr ein eindeutiges europäisches Grundrecht vorhanden, so dass nicht lediglich auf allgemeine sozialpolitische Ziele und Instrumente als Gegengewicht zum Wettbewerbsprinzip verwiesen werden muss. Dennoch ist derzeit nicht uitgemaakt, ob der EuGH bereit ist, den Sozialpartnern einen auf die gesamte Bandbreite der sozialpolitischen Ziele im Sinne von Art. 151 AEUV bezogene Kartellrechtsimmunität zuzubilligen. Im Hinblick auf die exakten Kriterien für die Reichweite der Kollektivautonomie, die wiederum die Freiheit vom Kartellverbot determiniert, wird der Ball im Wesentlichen ins nationale Recht zurückgespielt. Entscheidend ist also in erster Linie, wie weit das jeweils anwendbare mitgliedstaatliche Recht die Grenzen für arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen zieht. Allerdings müssen die mitgliedstaatlichen Grenzziehungen mit den grundsätzlichen Vorgaben des Unionsrechts kompatibel sein.

³⁴⁸ Dazu bereits oben IV 2 mit Fn. 133. Für eine einzelfallbezogene Effizienzanalyse dagegen *Van den Bergh/Camesasca*, Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust, *European Law Review* 25 (2000), 492, 501 ff.

³⁴⁹ *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt* (2010), S. 17, 29 ff.; *Fleischer*, Tarifverträge und europäisches Wettbewerbsrecht, *DB* 2000, 821, 822.

³⁵⁰ Siehe dazu jüngst *Thomas*, Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel?, *JZ* 2011, 485.

Dabei besteht über zwei Eckpunkte Einigkeit: Geht es um tarifliche Regelungen, die sich auf Arbeitsbedingungen im engeren Sinne beschränken und sich nicht spürbar auf die Märkte für Güter und selbstständige Dienstleistungen auswirken, ist von vornherein kein Raum für wettbewerbsrechtliche Überlegungen. Diese Sichtweise entspricht von Anfang an der Grundkonzeption des GWB.³⁵¹ Umgekehrt kommt das Kartellrecht zur Anwendung, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in Verschleierungsabsicht nur pro forma in die Gestalt eines Tarifvertrages gefasst wird.³⁵² Hierfür spielt es nur eine untergeordnete Rolle, ob man von Umgehung³⁵³ oder von Rechtsmissbrauch³⁵⁴ spricht.³⁵⁵ Dies ist zum einen dann der Fall, wenn sich die Tarifparteien von vornherein außerhalb des Bereichs der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bewegen, der Begriff „Tarifvertrag“ also letztlich eine Falschbezeichnung ist. Liegt die geregelte Materie bereits objektiv gegenständlich außerhalb der Tarifautonomie, ist das Kartellrecht uneingeschränkt anwendbar. Das eigentliche Problem besteht insoweit darin, welche Angelegenheiten einer tarifvertraglichen Regelung noch zugänglich sind bzw. ab wann eine reine Marktregelung und damit ein tarifvertragsfremder Inhalt vorliegt. Kartellrecht ist zum anderen aber auch dann anwendbar, wenn Vereinbarungsgegenstand an sich noch eine Arbeits- und Wirtschaftsbedingung ist, es den Parteien aber nicht um den Arbeitnehmerschutz geht, sondern das eigentliche Ziel die Verhinderung von Wettbewerb zwischen Unternehmen ist, die Vereinbarung also mit anderen Worten nicht „at arm’s length“ abgeschlossen worden ist. In diesen Fällen kann man davon sprechen, dass die geregelte Materie subjektiv außerhalb der Tarifautonomie liegt.

Die in der Literatur bis in jüngste Zeit immer wieder vertretene Rechtsfigur der Tarifverträge mit überschießender Wirkung auf die allgemeinen Güter- und Dienstleistungsmärkte („janusköpfige Tarifverträge“) mit der Folge einer Abwägung von Arbeitnehmerschutz durch Tarifautonomie und dem allgemeinen Interesse an einem freien Wettbewerb³⁵⁶ ist dagegen abzulehnen. Die Ausführungen des EuGH werden fehlgedeutet, wenn man ihnen eine

³⁵¹ Vgl. BT-Drucks. 2/1158 vom 22.1.1955, S. 30.

³⁵² *Gyselen*, Case Law – Court of Justice, Common Market Law Review 37 (2000), 425, 443, spricht insoweit von „sham“ collective agreement.

³⁵³ So Däubler/*Schiek*, TVG, 3. Aufl. (2012), Einleitung Rn. 485.

³⁵⁴ So BAG vom 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969 (unter II 3 d).

³⁵⁵ Beide Topoi verwendet *Schmidt-Eriksen*, Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz, AuR 1991, 137, 143 f.

³⁵⁶ *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091, 1100 f.; für eine Verhältnismäßigkeitskontrolle *Reichold*, Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, FS Reuter (2010), S. 759, 773 ff.; *ders.*, Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195, 200 f.

entsprechende Tendenz entnehmen will.³⁵⁷ Vielmehr hat der EuGH – wie bereits erwähnt – dahingehende Überlegungen in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Jakobs* in der Rechtssache *Albany* gerade nicht aufgegriffen. Der Rekurs auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Fennelly* in der Rechtssache *van der Woude* ist ebenfalls unergiebig, zumal sich der EuGH dessen Argumentation jedenfalls nicht ausdrücklich zu Eigen gemacht hat. Generalanwalt *Fennelly* befasste sich nämlich mit der Frage, dass die Tarifparteien anlässlich einer sozialpolitisch motivierten Regelung zugleich weitere Regelungen treffen, die mit Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nichts mehr zu tun haben.³⁵⁸ Verlassen die Tarifparteien ihren Kompetenzbereich, besteht in der Tat kein Anlass, das Kartellrecht unangewendet zu lassen. Insoweit handelt es sich indes streng genommen um verschiedene Regelungen innerhalb desselben Tarifwerkes, nicht aber um „janusköpfige Tarifverträge“, die sich dadurch auszeichnen, dass Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen als solche zugleich auf das Marktverhalten der Arbeitgeber durchschlagen. Dass mit der Rechtsfigur „janusköpfiger Tarifverträge“ letztlich nichts gewonnen ist, ergibt sich nicht nur daraus, dass eine eigentliche Abwägung zwischen Wettbewerb und Arbeitnehmerschutz nicht möglich ist. Vielmehr beeinflusst jede Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in einem mehr oder weniger starken Maße das unternehmerische Verhalten auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten.³⁵⁹ Wollte man diesen Umstand zum Anlass nehmen, in eine Kontrolle tariflicher Regelungen einzutreten, würde die Tarifautonomie im Kern ausgehöhlt werden.

Nach alledem wird der Geltungsanspruch des Kartellrechts im Wesentlichen durch die Reichweite des durch die Doppelformel der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen abgesteckten Bereichs und damit durch die funktionelle Zuständigkeit der Tarifparteien begrenzt. Diese Zuständigkeit umreißt in Ausfüllung unionsrechtlicher Vorgaben diejenigen Angelegenheiten, die in Ausübung einer grundrechtlichen Gewährleistung durch das Gegenmachtprinzip reguliert und nicht dem freien Wettbewerb überantwortet werden sollen. Vor diesem Hintergrund ist der größere Teil der verbandstarifvertraglichen Bestimmungen zur Eindämmung der Leiharbeit sowie zur Umsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes wettbewerbsrechtlich von vornherein unbedenklich.

³⁵⁷ Im Erg. ebenso *Gyselen*, Case Law – Court of Justice, Common Market Law Review 37 (2000), 425, 443.

³⁵⁸ Schlussanträge vom 11.5.2000 – C-222/98 – Slg. 2000, I-7111 (Rn. 35) – *van der Woude*.

³⁵⁹ Hierzu bereits oben IV 2 mit Fn. 119.

Die gilt zunächst für diejenigen Regelungen, die durch die Festlegung von Höchstquoten bzw. Höchstüberlassungszeiten den Umfang der Inanspruchnahme von Leiharbeit auf der Entleiherseite unmittelbar oder im Wege einer Erweiterung von Beteiligungsrechten durch die Einschaltung des Betriebsrats begrenzen wollen. Insoweit handelt es sich betriebliche bzw. betriebsverfassungsrechtliche Normen, die eindeutig zum Kreis der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gehören. Dass es reflexartig zu Auswirkungen auf dem Arbeitnehmerüberlassungsmarkt kommt, spielt vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen keine Rolle.

Bei den Regelungen zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes ist zu unterscheiden: Im Hinblick auf die Begründung einer unmittelbaren Verpflichtung der Entleiherseite, an die Leiharbeitnehmer unter Umständen die Differenz zwischen dem arbeitsvertraglichen Entgelt und dem Vergleichsentgelt zu zahlen, bewegen sich die Tarifparteien im Grundansatz außerhalb des Kartellrechts, weil sie Beschäftigungsbeziehungen regulieren. Dabei spielt es keine Rolle, ob man konstruktiv eine regelrechte Normsetzung für möglich hält oder ob die Entleiher lediglich aufgrund ihrer Verbandsmitgliedschaft im Innenverhältnis zum Arbeitgeberverband verpflichtet sind, zur Durchführung der vom Verband geschlossenen lediglich schuldrechtlich wirkenden Tarifverträge beizutragen. Bedenken können allerdings daraus erwachsen, dass mit der Schaffung einer potentiellen Zahlungspflicht der Entleiherseite für den Fall, dass die Verleiherseite ihren Arbeitnehmern nicht „freiwillig“ Equal Pay gewährt, ein gleichförmiger Anreiz generiert wird, auf die Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassungsverträge mit den Verleiherunternehmen, also auf eine Dienstleistungsbeziehung, einzuwirken. Insoweit hätte man es also mit einer „janusköpfigen“ Tarifregelung zu tun, weil eine tatsächliche Arbeitsbeziehung geregelt wird, die sich faktisch auf das Marktverhalten der Entleiher auswirkt. Regelungen dieser Art sind entsprechend den obigen Darlegungen wettbewerbsrechtlich indes nicht zu beanstanden, sofern kein Formenmissbrauch vorliegt. Da es den Tarifparteien eindeutig um einen Schutz der Leiharbeitnehmer wie auch der Stammbeschäftigten geht, nicht aber um eine Dienstleistungsmarktregulierung, ist Letzteres nicht der Fall.

Größere Schwierigkeiten stellen sich dagegen bei einem unmittelbaren Zugriff auf die Arbeitnehmerüberlassungsverträge. Ein Teil des Schrifttums sieht darin die klare Regelung einer Marktbedingung, die somit nicht nur nicht mehr in den Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG fällt,³⁶⁰ sondern folgerichtig zugleich dem Kartellverbot unterliegt. Dies entspricht schon

³⁶⁰ In diesem Sinne *Rieble*, Unternehmerischer Marktachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt* (2010), S. 103, 114.

frühzeitig angestellten Überlegungen, nach denen jegliche Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und einem Dritten zwangsläufig nichtarbeitsrechtlicher Natur ist und deshalb wettbewerbsrechtlich kontrollierbar ist.³⁶¹ Die obigen Ausführungen haben indes gezeigt, dass es durchaus gute Gründe gibt, die abgestimmte Einflussnahme auf die Vertragsgestaltung mit den Verleiherunternehmen mit dem Ziel, die überlassenen Leiharbeitnehmern in den Genuss von Equal Pay kommen zu lassen, noch zum Kreis der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu zählen.³⁶² Insoweit sei zunächst noch einmal daran erinnert, dass die Frage, ob ein Leiharbeitnehmer für die Dauer des Einsatzes in einem Betrieb dasselbe Entgelt wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer erhält, keineswegs nur die Innenbeziehung zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiherunternehmen betrifft. Vielmehr kann eine niedrigere Vergütung die Arbeitszufriedenheit und Zuverlässigkeit des überlassenen Arbeitnehmers erheblich beeinflussen. Vor allem aber kann es zu erheblichen Spannungen zwischen Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern, aber auch zu Verdrängungsängsten in der Stammebelegschaft kommen, wenn „billige“ Leiharbeitnehmer die eigene jederzeitige Austauschbarkeit tagtäglich hautnah vor Augen führen. Durchbricht man den „Schleier“ der Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen auf verschiedene Rechtssubjekte, wird erkennbar, dass es in diesen speziellen Gestaltungen nicht in erster Linie um eine Dienstleistungsmarktregulierung, sondern um eine Absicherung von Arbeitsstandards geht.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht liegt es zwar nahe, darin ein Einkaufspreiskonditionenkartell zu sehen. Die Besonderheit besteht hier freilich darin, dass nicht etwa Anbieter (*downstream*) überhöhte Preise absprechen oder umgekehrt Nachfrager (*upstream*) konzertiert niedrigere Preise fordern, sondern Nachfrager eine bestimmte Behandlung der beim Anbieter beschäftigten Arbeitnehmer verlangen und dafür auch noch regelmäßig höhere Überlassungspreise entrichten werden. Natürlich kann nicht bestritten werden, dass hierdurch auf den Wettbewerb zwischen den Verleiherunternehmen eingewirkt wird. Allerdings geht es dabei nur darum, denjenigen Wettbewerb einzudämmen, der durch die geringe Verhandlungsmacht der Leiharbeitnehmer und ihre dadurch bedingt vergleichsweise niedrigen Entgelte stattfindet. Im Hinblick auf die Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz steht also bei Lichte betrachtet nicht der Wettbewerb mit selbstständigen Dienstleistungen in Rede. Vielmehr geht es um einen Wettbewerb durch Unterbietung von Arbeitskosten. Genau das aber ist der Bereich des Wirtschaftslebens, der gerade nicht durch das

³⁶¹ Schoch, Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Bestimmung mit dem Kartellgesetz, BB 1965, 477, 478.

³⁶² Siehe hierzu oben IV 2.

Wettbewerbsprinzip, sondern durch das Gegenmachtprinzip reguliert werden soll.³⁶³ Nicht umsonst hat der US Supreme Court sogar die Festlegung von Mindestpreisen für die Beauftragung selbstständiger Lkw-Fahrer, durch die der Lohnwettbewerb mit den angestellten Fahrer unterbunden werden sollte, dem Arbeitsrecht unterstellt und aus dem Anwendungsbereich des Antitrust Law ausgeklammert.³⁶⁴ Löst man sich von einer rein begrifflichen Argumentation, die den besonderen Charakter der Arbeitnehmerüberlassung aus den Augen verliert und die Leiharbeit mit einer Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen gleichsetzt, wird deutlich, dass tarifliche Anstrengungen zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes, die hierfür den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ins Visier nehmen, schwerpunktmäßig den Arbeitsmarkt betreffen und nicht als eine dem Kartellrecht zu unterwerfende Dienstleistungsmarktregulierung einzustufen sind. Letztlich geht es bei dieser Frage um das Verhältnis zwischen einer formalen und einer materiellen Betrachtungsweise. Bei einer formalen Betrachtung zielen die in Rede stehenden Tarifbestimmungen auf die Regelung einer Dienstleistungsbeziehung ab, bei einer vorzugswürdigen materiellen Betrachtung geht es dagegen um – kartellrechtsimmune – Arbeitsbeziehungen.

c) Dienstleistungsfreiheit

Tarifvertragliche Regulierungen der Arbeitnehmerüberlassung berühren nicht nur das europäische Wettbewerbsrecht, sondern rufen auch die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV auf den Plan. Insoweit könnte nämlich auf den ersten Blick argumentiert werden, dass entsprechende tarifliche Regelungen den Zutritt von Verleiherunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zum deutschen Markt beschränken. Ausgangspunkt einer solchen Argumentation ist erstens die allgemein anerkannte und in der Rechtsprechung des EuGH fest verankerte Funktion der Dienstleistungsfreiheit nicht nur als Diskriminierungsverbot, sondern auch als Beschränkungsverbot.³⁶⁵ Zweitens hat der EuGH bereits mehrfach entschieden, dass beide Dimensionen der Dienstleistungsfreiheit Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot, auch auf kollektive Regelwerke nicht öffentlich-rechtlicher Art anwendbar sein sollen.³⁶⁶ Auch wenn eine unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf private

³⁶³ Dazu bereits oben IV 2.

³⁶⁴ Teamsters Union v. Oliver, 358 U.S. 283, 292 ff. (1959); unter bestimmten Voraussetzungen zustimmend sogar *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht (2004), S. 205 ff.

³⁶⁵ Siehe nur *Calliess/Ruffert/Kluth*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 56, 57 AEUV Rn. 57 m. w. N.

³⁶⁶ EuGH vom 12.12.1974 – 36/74 – Slg. 1974, 1405 (Rn. 16 ff.) – *Walrave*; EuGH vom 15.12.1995 – C-415/93 – Slg. 1995, I-4921 (Rn. 83 f.) – *Bosman*; EuGH vom 19.2.2002 – C-309/99 – Slg. 2002, I-1577 (Rn. 120) – *Wouters*; EuGH vom 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11845 (Rn. 98 f.) – *Laval*.

Rechtssubjekte abzulehnen ist,³⁶⁷ ist doch zumindest um Grundansatz eine Schutzpflicht des Unionsgesetzgebers bzw. der Mitgliedstaaten zu bejahen. Drittens schließlich ist die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung durch Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine Dienstleistung, die in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt.³⁶⁸

Vor diesem Hintergrund ist zunächst festzustellen, dass sämtliche in Rede stehenden tarifvertraglichen Regelungen keinen diskriminierenden Charakter haben, weil inländische und ausländische Verleiherunternehmen nicht unterschiedlich behandelt werden. Ferner berühren alle tarifvertraglichen Bestimmungen, die auf der Entleiherseite die Nachfrage nach überlassenen Arbeitnehmern einschränken, ausländische Verleiherunternehmen lediglich reflexartig, ohne dass von einer regelrechten Erschwerung des Marktzutritts aus dem Ausland gesprochen werden kann.

Etwas anders stellt sich dies bei denjenigen Regelungen dar, die der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes dienen. Geht man davon aus, dass bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung in einem ersten Schritt entsprechend Art. 8 der ROM I-Verordnung auf die überlassenen Arbeitnehmer grundsätzlich ausländisches Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, in einem zweiten Schritt entweder der deutsche leiharbeitsrechtliche Equal-Pay-Grundsatz als international zwingend anwendbar ist (§ 2 Nr. 4 AEntG bzw. Art. 9 ROM I-VO) oder aufgrund von Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG der jeweils nach Heimatrecht berufene leiharbeitsrechtliche Equal-Pay-Grundsatz heranzuziehen ist und dieser Grundsatz in einem dritten Schritt in beiden Fällen durch ausländische Tarifverträge überlagert werden kann (soweit das Heimatrecht dies zulässt), dann führt die Wiederherstellung von Equal Pay in einem vierten Schritt dazu, dass das ausländische Verleiherunternehmen seine komparativen Lohnkostenvorteile nicht ausspielen kann und die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv wird.

Entscheidend ist daher, ob es für diese Beschränkung eine hinreichende Rechtfertigung gibt, weil die Dienstleistungsfreiheit dann nicht verletzt wäre. Für diese Frage kann man sich im Ausgangspunkt an den vom EuGH für staatliche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit entwickelten Kriterien³⁶⁹

³⁶⁷ Calliess/Ruffert/*Kluth*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 56, 57 AEUV Rn. 49 f.; *ders.*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557, 566 ff.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 721 ff., 798 ff.

³⁶⁸ EuGH vom 17.12.1981 – 279/80 – Slg. 1981, 3305 (Rn. 9) – Webb; EuGH vom 16.6.2010 – C-298/09 – Juris (Rn. 36) – RANI Slovakia; EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 – NZA 2011, 283 (Rn. 27) – Vicoplus; ebenso *Franzen*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1.5.2011, EuZA 2011, 451, 455.

³⁶⁹ Dazu Calliess/Ruffert/*Kluth*, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 56, 57 AEUV Rn. 71 ff.

orientieren, sollte dabei freilich im Auge behalten, dass es nur um die Reichweite einer staatlichen Schutzpflicht geht. Beschränkt man sich auf diese Kriterien, werfen die tariflichen Regelungen keine Probleme auf. Sie dienen dem Arbeitnehmerschutz und damit einem im Allgemeinwohl liegenden Interesse, sind zur Erreichung dieses Ziels geeignet und gehen nicht über das erforderliche Maß hinaus. Problematischer scheint die Sachlage, wenn man zusätzlich die Sichtweise heranzieht, die vom EuGH in der Laval-Entscheidung zu Grunde gelegt worden ist. Danach soll die von der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG unberührt bleibende³⁷⁰ Entsenderichtlinie 96/71/EG bei der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern, zu der die Richtlinie auch die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung zählt (Art. 1 Abs. 3 lit. c RL 96/71/EG), nicht nur einen Mindestschutz, sondern zugleich einen Höchstschutz konstituieren, soweit es um arbeitnehmerschützende Regelungen im Aufnahmestaat geht.³⁷¹ Man könnte daher auf den Gedanken kommen, dass es nicht in der Hand der Kollektivvertragsparteien im Aufnahmestaat liegt, für eine Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes zu sorgen, wenn dieser aufgrund einer kollektivvertraglichen Regelung im Heimatstaat abbedungen worden ist. Allerdings sieht Art. 3 Abs. 9 der Entsenderichtlinie 96/71/EG gerade für Leiharbeitnehmer ausdrücklich die Befugnis der Mitgliedstaaten vor, den Equal-Pay-Grundsatz einzuführen und damit das Arbeitsortprinzip zu stärken. Wenn ein Mitgliedstaat somit berechtigt ist, diesen Grundsatz als international zwingend festzulegen und er hierbei europarechtlich nicht zu einer Tariföffnungsklausel gezwungen ist, dann kann es auch nicht unionsrechtswidrig sein, wenn das deutsche Recht den Equal-Pay-Grundsatz etabliert, ihn tarifdispositiv stellt und die Tarifvertragsparteien dafür sorgen, dass er beim Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestimmten Betrieben wieder eingehalten wird. Nimmt man schließlich hinzu, dass es beim Equal-Pay-Grundsatz nicht lediglich um den Schutz der Leiharbeitnehmer geht, sondern auch um den Schutz der Stamarbeitnehmer vor einer Aushöhlung ihres tarifvertraglich erreichten Entgelt-niveaus, stellt die Dienstleistungsfreiheit im Ergebnis kein Hindernis für entsprechende tarifvertragliche Regelungen dar.

³⁷⁰ Vgl. Erwägungsgrund 22 RL 2008/104/EG.

³⁷¹ EuGH vom 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11845 (Rn. 80 f.) – Laval.

d) Betriebsverfassungsrecht

Das Betriebsverfassungsgesetz enthält als solches keine zusätzlichen Innenschranken der Tarifautonomie. Wie bereits erwähnt,³⁷² kann es angesichts der Rechtsprechung des BAG³⁷³ sowie der überwiegenden Ansicht im Schrifttum³⁷⁴ als geklärt angesehen werden, dass das BetrVG im Hinblick auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nur einseitig zwingendes Gesetzesrecht enthält. Hierfür sprechen neben der ausdrücklichen Erwähnung der Möglichkeit betriebsverfassungsrechtlicher Normen in den §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG der Umkehrschluss zum Personalvertretungsrecht (§ 3 BPersVG), die Entstehungsgeschichte³⁷⁵ sowie nicht zuletzt die grundsätzliche Überlegung, dass Arbeitnehmerschutzvorschriften im Allgemeinen nur dann abschließenden Charakter haben, wenn dies aus der Regelung eindeutig hervorgeht. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der personellen Angelegenheiten. Wenn § 102 Abs. 6 BetrVG ausdrücklich vorsieht, dass die Kündigung durch Betriebsvereinbarung an eine Zustimmung des Betriebsrats gebunden werden kann, wäre es ungereimt, wenn dem Tarifvertrag trotz seiner Höherrangigkeit eine solche Möglichkeit verwehrt wäre. Folgerichtig muss dies auch im Anwendungsbereich des § 99 BetrVG und damit vor allem bei der betriebsverfassungsrechtlichen Einstellung von Leiharbeitnehmern möglich sein. Die Grenzen für eine Erweiterung von Mitbestimmungsrechten ergeben sich vielmehr allein aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, aus der abzuleiten ist, dass der Unternehmensleitung die Führung des Unternehmens nicht aus der Hand genommen werden darf bzw. solche Beteiligungsrechte geschaffen werden, die eine erfolgreiche Unternehmensführung ausschließen. Von einer derart massiven Beeinträchtigung der Unternehmensautonomie sind die in Rede stehenden tariflichen Bestimmungen indes noch weit entfernt.³⁷⁶

Dies gilt ebenso im Hinblick auf den Mechanismus des § 100 Abs. 1 BetrVG, der den Arbeitgeber zur vorläufigen Durchführung personeller Maßnahmen im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG berechtigt, sofern dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Diese Regelung ist grundsätzlich auch auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern anwendbar.³⁷⁷ Ihre Problematik liegt darin, dass sie gegen eine missbräuchliche Ausnutzung keine

³⁷² Siehe hierzu oben IV 3 b bb.

³⁷³ BAG vom 18.8.1987 – 1 ABR 30/86 – AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23 = NZA 1987, 779; BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 = NZA 1988, 699.

³⁷⁴ *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 1 Rn. 249 ff.; *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 15 VII 6 a (1), S. 610 f.; *ders.*, KollArbR, Bd. II (2008), § 33, 8 I, S. 223 f.; *JKO/Krause*, TVR (2007), § 4 Rn. 82 m. w. N.

³⁷⁵ Ausführlich *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 195 ff.

³⁷⁶ Siehe dazu oben IV 6 a aa.

³⁷⁷ LAG Frankfurt vom 7.4.1987 – 4 TaBV 150/86 – LAGE BetrVG 1972 § 100 Nr. 3; *DKKW/Bachner*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 100 Rn. 9.

hinreichenden Vorkehrungen trifft. Zwar kann der Betriebsrat gemäß § 100 Abs. 2 BetrVG dagegen intervenieren, wenn er bestreitet, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Der Arbeitgeber kann diesen Widerstand aber zunächst dadurch überwinden, dass er beim Arbeitsgericht einen Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats sowie auf Feststellung einreicht, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen eben doch dringend erforderlich war. In diesem Fall führt erst eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung nach Maßgabe von § 100 Abs. 3 BetrVG dazu, dass die streitbefangene Maßnahme nicht mehr aufrechterhalten werden darf. Gerade bei der mitunter kurzfristigen Einstellung von Leiharbeitnehmern wird sich die Angelegenheit indes häufig durch Zeitablauf erledigt haben, so dass die Gefahr besteht, dass die – gesetzlichen oder durch Tarifvertrag erweiterten – Beteiligungsrechte des Betriebsrats leerlaufen.

Eine Modifikation dieses Verfahrens, die zu einer Effektivierung der Mitwirkungsrechte führt, ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Dem BetrVG kann nicht entnommen werden, dass § 100 BetrVG ausnahmsweise eine beidseitig zwingende Regelung darstellt. Zwar muss bei jeder Abänderung darauf geachtet werden, dass die Fähigkeit der Unternehmensleitung, eine sinnvolle Personalpolitik betreiben zu können, nicht ausgehöhlt wird. Hierzu kommt es indes von vornherein nicht, wenn ein Regelungsmodell gewählt wird, durch das dem Arbeitgeber zum einen nicht jeder Weg zu den Gerichten für Arbeitssachen abgeschnitten werden, um die mögliche Blockade einer Einstellung von Leiharbeitnehmern durch den Betriebsrat zu überwinden, und der Arbeitgeber zum anderen für den Fall, dass ihm das Instrument des § 100 BetrVG aus der Hand genommen wird, als Ausgleich der an sich ausgeschlossene³⁷⁸ einstweilige Rechtsschutz nach § 85 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit §§ 935 ff. ZPO zusteht. Durch tarifvertragliche Regelung könnte also mit anderen Worten ein Mechanismus installiert werden, der die Bedeutung der gerichtlichen Entscheidung dahingehend verändert, dass nicht erst die Unzulässigkeit der vorläufigen Maßnahme festgestellt werden muss, damit der Arbeitgeber sie nicht mehr aufrechterhalten darf, sondern gerade umgekehrt die Zulässigkeit der vorläufigen Maßnahme im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes festgestellt werden muss, damit sie durchgeführt werden darf. Erst recht zulässig sind daher Vereinbarungen, welche die Befugnis des Arbeitgebers zu vorläufigen personellen Maßnahmen lediglich durch eine Art Karenzfrist in zeitlicher Hinsicht einschränken. Ob ein Tarifvertrag die Vetoposition des Betriebsrat bei der Einstellung gerade von Leiharbeitnehmern mit der Überlegung noch weiter ausbauen könnte, dass

³⁷⁸ Vgl. DKKW/*Bachner*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 100 Rn. 1; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 100 Rn. 1; GK-BetrVG/*Raab*, 9. Aufl. (2010), § 100 Rn. 3; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 100 Rn. 1.

der Arbeitgeber einen definierten Personalbedarf notfalls auch anderweitig decken kann (z. B. durch Festanstellungen oder befristete Einstellungen), sei hier dahingestellt.³⁷⁹

e) Arbeitnehmerüberlassungsrecht

Im Schrifttum wird zuweilen als weitere Grenze der Tarifautonomie die „Politik des Gesetzes“ erwähnt.³⁸⁰ Gemeint ist damit, dass tarifliche Regelungen nicht die erkennbaren Intentionen einer gesetzlichen Vorschrift durchkreuzen dürfen. Insoweit könnte man prima facie argumentieren, dass der Gesetzgeber das Arbeitnehmerüberlassungsrecht im Laufe der Zeit zunehmend liberalisiert und insbesondere alle früheren Höchstüberlassungsfristen aufgehoben hat und es deshalb kein zulässiges tarifpolitisches Ziel sein dürfe, der Leiharbeit wieder engere Fesseln anzulegen. Gegen diese Überlegung spricht zwar nicht schon die Re-Regulierung durch die jüngste Reform des AÜG, die den Charakter der Leiharbeit als vorübergehende Maßnahme wieder stärker ins Bewusstsein gerufen hat. Indes kann bereits der Grundansatz nicht überzeugen, weil er den Charakter des jeweiligen Gesetzes vernebelt, von dem die Tarifvertragsparteien abweichen. Denn entweder handelt es sich um ein beidseitig zwingendes Gesetz. Dann ist nach einfachem Recht eine Abweichung auch zugunsten der Arbeitnehmer in der Tat unzulässig und es ist nur noch zu fragen, ob der Gesetzgeber mit der Festschreibung eines Gesetzes als beidseitig zwingend die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Gestalt der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG beachtet hat. Oder aber ein Gesetz ist nicht beidseitig zwingend. In diesem Fall ist eine Abweichung zugunsten der Arbeitnehmer nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht ausgeschlossen. Daher kann eine dahingehende Tarifpolitik auch nicht der „Politik des Gesetzes“ zuwiderlaufen. Die Vorstellung eines Gesetzes, das zwar einzelvertragsdispositiv, nicht aber tarifvertragsdispositiv ist, kann nicht überzeugen. Das BAG hat es daher zu Recht abgelehnt, aus diesem Ansatz eine Innenschranke der Tarifautonomie abzuleiten.³⁸¹

Betrachtet man vor diesem Hintergrund das AÜG, lässt sich diesem Gesetz nicht entnehmen, dass es tarifvertragliche Verschärfungen im Hinblick auf einen Höchstumfang oder eine Höchstüberlassungsdauer bzw. eine entsprechende Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats kategorisch ausschließen will. Wenn der Gesetzgeber eine tarifvertraglich unbegrenzbare Nutzung der Leiharbeit hätte anordnen wollen, hätte er dies hinreichend deutlich anordnen müssen. Soweit es um tarifliche Regelungen

³⁷⁹ Siehe hierzu bereits oben IV 6 a aa.

³⁸⁰ *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 7 III 2 e (2), S. 301 f.

³⁸¹ BAG vom 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969 (unter II 5).

zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes geht, sind von vornherein keine Bedenken ersichtlich. Da das AÜG diesen Grundsatz als Regelfall vorsieht, kann es der „Politik des Gesetzes“ nicht zuwiderlaufen, wenn ein Tarifvertrag diesen Regelfall wiederherstellt. Die Tariföffnungsklausel erlaubt zwar Abweichungen vom Equal-Pay-Grundsatz, kann aber keinesfalls dahin interpretiert werden, dass durch Tarifverträge nur Verschlechterungen, nicht aber Verbesserungen der Rechtsstellung der Leiharbeitnehmer möglich sein sollen.

Fraglich ist, ob die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG etwas an diesem Ergebnis zu ändern vermag. Anknüpfungspunkt ist insoweit Art. 4 RL 2008/104/EG, der sich mit Verboten und Einschränkungen der Leiharbeit befasst. So sind gemäß Abs. 1 Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Zeitarbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, wodurch die Wertung zum Ausdruck gebracht wird, Leiharbeit als Instrument zur flexiblen Deckung des Personalbedarfs von Unternehmen grundsätzlich anzuerkennen.³⁸² Weiter sieht Abs. 3 vor, dass die Mitgliedstaaten die Überprüfung der Rechtfertigung tarifvertraglicher Verbote oder Einschränkungen in die Hände derjenigen Sozialpartner legen können, welche die einschlägige Vereinbarung ausgehandelt haben. Nun sind Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nur an die Mitgliedstaaten adressiert, nicht aber an die Tarifvertragsparteien. Daher geht man entsprechend der ganz überwiegenden Ablehnung einer unmittelbaren Horizontalwirkung von Richtlinien³⁸³ im Allgemeinen davon aus, dass die Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar an Richtlinienvorgaben gebunden sind.³⁸⁴ Dies soll insbesondere auch für die Leiharbeitsrichtlinie gelten.³⁸⁵ Allerdings scheint sich der EuGH über diese an sich eindeutigen Maßstäbe zunehmend hinwegzusetzen, indem er Formulierungen verwendet, die auf eine unmittelbare Bindung der Sozialpartner an Richtlinienrecht hindeuten,³⁸⁶ obwohl die jeweils zugrunde liegenden Vorschriften eher eine bloße Pflicht der Mitgliedstaaten nahelegen, ihre Umsetzungsgesetzgebung so zu gestalten, dass die Wertungen der einschlägigen Richtlinien auch für die Tarifvertragsparteien verbindlich gemacht werden³⁸⁷. Unabhängig von dieser Rechtsprechungsentwicklung sind die unionsrechtlichen Vorgaben zumindest im Wege der richtlinienkonformen

³⁸² Vgl. Erwägungsgrund 11 RL 2008/104/EG.

³⁸³ Siehe nur Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 288 AEUV Rn. 57; Streinz/Schroeder, EUV/AEUV, 2. Aufl. (2012), Art. 288 AEUV Rn. 116 jeweils m. w. N.

³⁸⁴ Vgl. JKO/Krause, TVR (2007), § 1 Rn. 116; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 306; Däubler/Schiek, TVG, 3. Aufl. (2012), Einleitung Rn. 384; Schliemann, Zur arbeitsgerichtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, FS Hanau (1999), S. 577, 581 f.

³⁸⁵ Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht (2009), § 18 Rn. 8.

³⁸⁶ EuGH vom 20.3.2003 – C-187/00 – Slg. 2003, I-2741 (Rn. 68 ff.) – Kutz-Bauer; EuGH vom 12.10.2010 – C-45/09 – NZA 2010, 1167 (Rn. 52 f.) – Rosenblatt; EuGH vom 13.9.2011 – C-447/09 – NZA 2011, 1039 (Rn. 46 ff.) – Prigge.

³⁸⁷ Vgl. Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG, Art. 23 lit. b RL 2006/54/EG.

Auslegung des mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzes, konkret also des AÜG, möglichst weitgehend zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund kann das Ziel tarifvertraglicher Beschränkungen der Leiharbeit durch Quotenregelungen, Höchsteinsatzzeiten oder eine Ausdehnung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats durch den Arbeitnehmerschutz rechtfertigt werden, der anerkanntermaßen zu den Gründen des Allgemeininteresses zählt. Solange die Arbeitnehmerüberlassung nicht vollständig ausgeschaltet wird, sondern lediglich auf ihre eigentliche Funktion als Flexibilisierungsinstrument bei temporären Personalengpässen limitiert werden soll, erscheinen entsprechende Beschränkungen auch nicht als unverhältnismäßig. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass die Sozialpartner nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Art. 28 der Grundrechtecharta über einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum verfügen. Im Übrigen bezeichnet Art. 9 Abs. 1 RL 2008/104/EG die Bestimmungen der Richtlinie als Mindestvorschriften und erlaubt es den Mitgliedstaaten, den Abschluss von Tarifverträgen zuzulassen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind. Da die Richtlinie in ihren Begriffsbestimmungen ausdrücklich zwischen Arbeitnehmern und Leiharbeitnehmern differenziert,³⁸⁸ wird man insoweit davon auszugehen haben, dass nicht nur solche tarifvertraglichen Regelungen von dieser Ermächtigung gedeckt sind, welche gezielt die Rechtsstellung der Leiharbeitnehmer verbessern, sondern auch solche Vereinbarungen, deren Zweck darin besteht, zu einer für die Arbeitnehmerschaft insgesamt günstigeren Situation beizutragen, indem sie die Chancen der Zeitarbeitnehmer auf eine Festanstellung erhöhen und zugleich einer Abqualifizierung der Stammarbeitnehmer entgegenreten. Damit lassen sich auch aus der Leiharbeitsrichtlinie keine durchgreifenden Argumente gegen die in Rede stehenden Tarifforderungen bzw. Tarifinhalte gewinnen.

7. Dreiseitige Vereinbarungen

Können Tarifverträge zur Wiederherstellung des Equal-Pay-Grundsatzes sowohl mit der Verleiherseite als auch mit der Entleiherseite wirksam vereinbart werden, stehen dreiseitigen Vereinbarungen, bei denen auf der Arbeitgeberseite mehrere Akteure als Tarifvertragsparteien auftreten, nichts im Wege. Dabei sind verschiedene Grundkombinationen denkbar, nämlich Tarifverträge, die auf der Arbeitgeberseite von einem einzelnen Verleiher und einem einzelnen Entleiher, von einem Verleiherverband und einem einzelnen Entleiher, von einem einzelnen Verleiher und einem Entleiherverband sowie von einem Verleiherverband und einem Entleiherverband abgeschlossen werden. Nicht alle Varianten mögen praktikabel bzw. in einer konkreten Verhandlungssituation erreichbar sein. Von Rechts wegen bestehen indes

³⁸⁸ Siehe Art. 3 lit. a und lit. b RL 2008/104/EG.

keine Hindernisse für den Abschluss so genannter mehrgliedriger Tarifverträge,³⁸⁹ wobei sich aus § 2 Abs. 1 TVG keine Obergrenze für die Anzahl der beteiligten Arbeitgeber(verbände) herleiten lässt³⁹⁰. Insbesondere ist kein Grund ersichtlich, warum ein Zusammengehen gerade von Verleiherseite und Entleiherseite unzulässig sein sollte, um das Phänomen der Arbeitnehmerüberlassung zu regulieren, zumal § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG eine solche Möglichkeit ausdrücklich vorsieht, auch wenn es sich insoweit um eine spezielle Bestimmung handelt.³⁹¹ Voraussetzung ist lediglich, dass die Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer jeweiligen Tarifzuständigkeit handeln und die jeweilige Teilvereinbarung für sich genommen auch sonst wirksam ist.³⁹²

8. Tarifkollisionsfragen

Sofern der Equal-Pay-Grundsatz durch ein System von Zuschlägen realisiert werden soll, die in Tarifverträgen zwischen der Branchengewerkschaft und der Verleiherseite (einzelne Verleiherunternehmen oder entsprechender Arbeitgeberverband) vereinbart werden, kann es grundsätzlich zu einer Tarifkollision zwischen diesen „Zuschlagstarifverträgen“ und den allgemeinen Tarifverträgen kommen, die in der Verleiherbranche anwendbar sind, wobei es sich insoweit insbesondere um die Verbandstarifverträge der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit handelt, daneben aber unter Umständen auch um Tarifverträge der christlichen Arbeitnehmerorganisationen.

Eine Tarifkonkurrenz im Sinne eines Aufeinandertreffens verschiedener normativ anwendbarer Tarifverträge im selben Arbeitsverhältnis wird allerdings nicht schon dadurch ausgelöst, dass im Arbeitsvertrag eines nicht organisierten Leiharbeitnehmers in einem ersten Schritt auf einen Tarifvertrag Bezug genommen wird, der den Equal-Pay-Grundsatz abbedingt, und in einem zweiten Schritt dann auf einen ergänzenden „Zuschlagstarifvertrag“. In einem solchen Fall geht es nämlich lediglich um das Nebeneinander von zwei Bezugnahmeklauseln und damit um reines Arbeitsvertragsrecht, nicht aber um die Frage, in welchem Verhältnis die normativen Geltungsansprüche von zwei

³⁸⁹ Dazu etwa BAG vom 29.6.2004 – 1 AZR 143/03 – AP TVG § 1 Nr. 36; Däubler/*Reim/Nebe*, TVG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 78 ff.; Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 209 ff.; umfassend *Dymke*, Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag (2003).

³⁹⁰ BAG vom 10.11.1993 – 4 AZR 184/93 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 43 = NZA 1994, 892; Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rn. 209.

³⁹¹ Zur Reichweite von § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG siehe Schüren/*Hamann/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 1 Rn. 428 ff., 452 ff.; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), § 9 Rn. 313 ff., 326 ff.; *Thüsing/Waas*, AÜG, 2. Aufl. (2008), § 1 Rn. 163 ff., 177 ff.

³⁹² Zu den arbeitskampfrechtlichen Folgefragen unten IV 9.

Tarifverträgen zueinanderstehen.³⁹³ Dabei bereitet das Aufeinandertreffen der beiden Verweisungsklauseln keine rechtlichen Probleme, weil die beiden Bezugnahmen nicht im Widerspruch zueinander stehen. Der „Zuschlagstarifvertrag“ enthält nämlich kein umfassendes Entgeltsystem, das an die Stelle des jeweils einschlägigen Verbands- bzw. Firmentarifvertrages treten soll. Vielmehr geht es um ergänzende Regelungen, die auf den Bestimmungen des jeweils anwendbaren Tarifvertrages aufbauen sollen. Konkret sollen die an die Leiharbeitnehmer an sich zu zahlenden Entgelte aufgestockt werden, wenn diese in Betrieben innerhalb des Organisationsbereichs der jeweiligen Branchengewerkschaft eingesetzt werden. Daher ist es arbeitsvertragsrechtlich unproblematisch, wenn durch Bezugnahmeklauseln auf verschiedene entgeltbezogene Tarifverträge verwiesen wird.

Mit diesen Überlegungen ist bereits die Richtung gewiesen, wie mit echten Tarifkonkurrenzen umzugehen ist, zu denen es in den Fällen kommen kann, in denen ein Leiharbeitnehmer Mitglied einer Branchengewerkschaft ist, die auf der einen Seite im Rahmen der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit am Verbandstarifvertrag beteiligt ist und auf der anderen Seite einen „Zuschlagstarifvertrag“ abgeschlossen hat. Zwar sind solche Tarifkonkurrenzen im Allgemeinen aufzulösen, weil innerhalb ein und desselben Arbeitsverhältnisses keine unterschiedlichen Tarifwerke zur Anwendung kommen können.³⁹⁴ Dieser Grundsatz kann aber dann nicht gelten, wenn der zweite Tarifvertrag Regelungen enthält, die an die Bestimmungen des ersten Tarifvertrages anknüpfen und lediglich zu einer Aufstockung des Entgelts führen. Der Sondersituation, dass Leiharbeitnehmer in eine bestimmte Branche hinein überlassen werden und hierdurch in den Einsatzbetrieben verschiedene Friktionen ausgelöst werden, denen die Branchengewerkschaft durch ein Zuschlagssystem entgegentreten will, muss durch eine Weiterentwicklung der Grundsätze über Tarifkonkurrenzen Rechnung getragen werden. Sofern die jeweiligen Tarifverträge widerspruchsfrei nebeneinander bestehen können, spricht nichts dagegen, sie auch normativ nebeneinander zur Anwendung zu bringen. Aus der Perspektive des an sich in den Verleiherunternehmen anwendbaren Verbands- bzw. Firmentarifverträgen handelt es sich um übertarifliche Zulagen, die der Verleiher den bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern problemlos zusagen

³⁹³ Vgl. BAG vom 29.8.2007 – 4 AZR 767/06 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 61 = NZA 2008, 364; BAG vom 22.10.2008 – 4 AZR 784/07 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 66 = NZA 2009, 151; ErfK/*Franzen*, 12. Aufl. (2012), § 4 TVG Rn. 66; JKO/*Jacobs*, TVR (2007), § 7 Rn. 205 ff.

³⁹⁴ Siehe nur ErfK/*Franzen*, 12. Aufl. (2012), § 4 TVG Rn. 67; JKO/*Jacobs*, TVR (2007), § 7 Rn. 210.

könnte.³⁹⁵ Der einzige Unterschied besteht darin, dass diese Zulagen tarifiert sind, also nicht auf einer letztlich einseitigen Entscheidung des Arbeitgebers beruhen, sondern im Wege kollektiver Privatautonomie ausgehandelt worden sind. Wenn eine Gewerkschaft, die an einem so genannten mehrgliedrigen Entgelttarifvertrag beteiligt ist, im Nachhinein aussichert und im Rahmen ihres Organisationsbereichs für ihre Mitglieder Sonderkonditionen vereinbart, könnte dies zwar für die anderen Gewerkschaften möglicherweise ein Anlass sein, sich von der Tarifgemeinschaft zu lösen. Es gibt jedoch keinen hinreichenden Grund, eine hierdurch entstandene Tarifkonkurrenz durch Nichtanwendung des „Zuschlagstarifvertrages“ aufzulösen. Stattdessen können beide Tarifverträge ohne weiteres nebeneinander stehen, ohne mit ihren normativen Geltungsansprüchen in einen Widerspruch zu geraten. Hinzu kommt, dass dem Tarifvertrag der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit zwar keine stillschweigende so genannte Selbstbeschränkungsklausel entnommen werden kann, die nach allgemeinen Grundsätzen eine Tarifkonkurrenz von vornherein verhindern würde,³⁹⁶ weil dieser Tarifvertrag in jedem Fall als Grundsicherung anwendbar bleiben soll. Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Tarifvertrag der DGB-Tarifgemeinschaft branchenbezogene Tarifzuschläge keinesfalls sperren will.

Bei einem Aufeinandertreffen von „Zuschlagstarifvertrag“ und einem allgemeinen Tarifvertrag der christlichen Arbeitnehmerorganisation ist eine echte Tarifkonkurrenz im Allgemeinen ausgeschlossen, weil ein Leiharbeiter, der aufgrund seiner Zugehörigkeit zu derjenigen Branchengewerkschaft, die den „Zuschlagstarifvertrag“ vereinbart hat, normativ erfasst wird, nicht gleichzeitig eine weitere Mitgliedschaft bei einer christlichen Gewerkschaft innehaben wird. Daher gilt der „christliche“ Tarifvertrag lediglich kraft Bezugnahme, so dass von vornherein keine Verdrängung des „Zuschlagstarifvertrages“ nach den Grundsätzen über die Tarifkonkurrenz in Betracht kommt.

Sofern es mehreren DGB-Gewerkschaften gelingt, ein System von branchenbezogenen Zuschlägen zu etablieren, könnte die Mitgliedschaft eines Leiharbeiters in mehreren Branchengewerkschaften sinnvoll sein, um bei einer Überlassung in verschiedenen Branchen hinein jeweils in den Genuss der jeweiligen Zuschläge zukommen. Da sich diese Tarifverträge aber nicht

³⁹⁵ Sofern im Verleiherunternehmen ein Betriebsrat existiert, sind selbstverständlich die Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu beachten. Da eine betriebliche Interessenvertretung bei Verleiherunternehmen allerdings nur äußerst selten vorhanden ist, sollen die damit zusammenhängenden Fragen hier ausgeblendet bleiben.

³⁹⁶ BAG vom 24.9.1975 – 4 AZR 471/74 – AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 11; *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 17 III 3 c [2] [b], S. 753 f.; *JKO/Jacobs*, TVR (2007), § 7 Rn. 195; *Lönisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 4 Rn. 158; *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 4 Rn. 275.

überschneiden würden, sondern an den jeweiligen Organisationsbereichen enden, würde eine solche Doppelmitgliedschaft keine zusätzlichen Tarifkonkurrenzprobleme auslösen.

9. Erstreikbarkeit tarifvertraglicher Regelungen

Im Hinblick auf die Erkämpfbarkeit der hier untersuchten tariflichen Regelungen sind verschiedene Szenarien zu unterscheiden.³⁹⁷ Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: Auf der einen Seite sind im Ausgangspunkt auch schuldrechtliche Regelungen erkämpfbar.³⁹⁸ Für eine Beschränkung der Arbeitskampfbefugnis auf normative Regelungen gibt es keinen hinreichenden Anlass. Auf der anderen Seite überzeugt es nicht, sämtliche Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen allein deshalb für erkämpfbar zu halten, weil sie Gegenstand eines Tarifvertrages sein können. Vielmehr macht es im Grundsatz durchaus Sinn, einzelne Angelegenheiten unter dem Blickwinkel der Berufsfreiheit des Arbeitgebers bzw. der Unternehmensautonomie gemäß Art. 12 Abs. 1 GG daraufhin zu analysieren, ob sie zwar kollektivvertraglich regelbar sind und an bestimmte Privilegien der Tarifautonomie wie etwa der Verschonung vor einer Angemessenheitskontrolle im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB teilhaben, gegen den Willen der Arbeitgeberseite aber letztlich nicht durchgesetzt werden können.³⁹⁹

Die in Rede stehenden tariflichen Regelungen bewegen sich indes allesamt im Vorfeld des Bereichs, der um der grundrechtlichen Gewährleistung aus Art. 12 Abs. 1 GG willen gegebenenfalls kampffrei zu bleiben hat. Personale Aspekte, die etwa berührt sind, wenn eine natürliche Person die eigene Berufstätigkeit als Arbeitgeber beenden will, sind bei Einschränkungen der Leiharbeit von vornherein nicht berührt. Auch ist nicht ersichtlich, dass Höchstquoten, eine Höchstüberlassungsdauer, Übernahmepflichten, eine Erweiterung von Mitwirkungsrechte des Betriebsrats wie auch Regelungen zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes die unternehmerische Betätigungsfreiheit in einer Weise tangieren, die nur eine freiwillige Bindung etwa als Gegenleistung für ein Entgegenkommen der Arbeitgeberseite an anderer Stelle als erträglich erscheinen lässt. Zwar ist nicht zu leugnen, dass jede Beschränkung der Leiharbeit die personalwirtschaftliche Flexibilität von Unternehmen begrenzt. Die durch die hier untersuchten Regelungen zu

³⁹⁷ Zum Folgenden bereits *Krause*, Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55, 59.

³⁹⁸ LAG Bremen vom 5.5.1998 – 2 Sa 127/98 – AiB 1998, 537; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), § 5 Rn. 19; *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 488 ff.

³⁹⁹ Näher dazu bereits *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht (2007), S. 93 ff.; ferner *Gamillscheg*, KollArbR, Bd. I (1997), § 22 I 3, S. 1069 f.; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), § 5 Rn. 13 ff., 19 ff.

erwartenden Beeinträchtigungen berühren indes nicht den Kern der Unternehmensführung, sondern betreffen nur die Frage, mit welchen personalwirtschaftlichen Maßnahmen bestimmte unternehmerische Ziele erreicht werden sollen. Jedenfalls dann, wenn der Tarifvertrag einen Mechanismus zur Auflösung von Blockadesituationen vorsieht (Anrufung der Einigungsstelle oder einer tariflichen Schlichtungsstelle bzw. der Weg zu den Gerichten für Arbeitssachen), gibt es keinen Grund, die Grenze der Erkämpfbarkeit noch weiter nach vorne zu verlagern. Hierfür spricht zum einen, dass die Unternehmen erst in den letzten Jahren das Instrument der Leiharbeit in umfassender Weise für sich entdeckt haben. Eine gegen diese Entwicklung gerichtete Tarifbewegung würde tendenziell also nur den Status quo ante wiederherstellen, nicht aber Handlungsmöglichkeiten erstmals einschränken, die immer schon existiert haben und genutzt wurden. Zum anderen zeigen die bereits vorhandenen tariflichen Regelungen der Beschränkung von Leiharbeit, dass diejenigen Unternehmen, die sich auf solche Regelungen – und zwar regelmäßig ohne Arbeitskampf – eingelassen haben, gelernt haben, mit den Rahmenbedingungen angemessen umzugehen. Für eine prinzipielle Beschränkung der Erstreikbarkeit von tarifvertraglichen Regelungen mit der Entleiherseite besteht nach alledem kein Anlass.

Soweit dreiseitige Tarifverträge unter Beteiligung der Entleiherseite und der Verleiherseite abgeschlossen werden sollen, ist zu differenzieren. Tarifrechtlich würde es sich in diesem Fall – wie bereits erwähnt – um einen so genannten mehrgliedrigen Tarifvertrag handeln, bei dem auf einer Seite mehr als eine Tarifpartei steht.⁴⁰⁰ Ein gleichzeitig gegen beide Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände geführter Kampf ist grundsätzlich möglich, sofern die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (Tarifzuständigkeit aller Beteiligten, kein Verstoß gegen die Friedenspflicht) gegeben sind. Solange beide Akteure auf der Arbeitgeberseite den Tarifschluss ablehnen, sind sie beide Hauptpartei und können deshalb nach allgemeinen Regeln bekämpft werden. Dabei gibt es keinen Grund zur Annahme eines „arbeitskampfrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes“. Die Gewerkschaft ist also nicht gezwungen, auf beide Arbeitgeber einen mehr oder weniger gleichmäßigen Kampfdruck auszuüben, zumal dieser ohnehin nicht eindeutig gemessen werden kann. Sobald mit einem Akteur auf der Arbeitgeberseite ein Tarifvertrag erzielt worden ist, gilt im Hinblick auf die darin geregelten Arbeitsbedingungen die Friedenspflicht. Fraglich kann allenfalls sein, ob dieser Akteur nunmehr weiterhin unter dem neuen Aspekt des Unterstützungsarbeitskampfes bestreikt werden kann, solange sich der zweite Akteur auf der Arbeitgeberseite einem Tarifvertragsschluss verweigert. In der Tat spricht vieles dafür, dass in diesem Fall ein Unterstützungskampf nach

⁴⁰⁰ Dazu oben IV 7 mit Fn. 389.

den vom BAG aufgestellten Grundsätzen,⁴⁰¹ die im Schrifttum teilweise auf Zustimmung gestoßen sind,⁴⁰² teilweise aber auch abgelehnt werden,⁴⁰³ zulässig ist. Das Ziel des Kampfes besteht nämlich nicht in einer Abänderung der bereits beschlossenen Vereinbarung, sondern darin, dass der mit dem Unterstützungstreik überzogene Arbeitgeber auf den noch tarifvertragsunwilligen Arbeitgeber einwirkt.

Ein letzter Punkt betrifft die Reichweite der aus den Entgelttarifverträgen der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit mit den Arbeitgeberverbänden auf der Verleiherseite BZA (nunmehr BAP) und iGZ erwachsenden Friedenspflicht. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die Friedenspflicht nicht nur die DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit als solche trifft, sondern auch die ihr angeschlossenen einzelnen Branchengewerkschaften.⁴⁰⁴ Die Friedenspflicht schützt allerdings nur die vertragschließenden Arbeitgeberverbände sowie ihre Mitglieder. Einzelne Branchengewerkschaften dürfen während der Laufzeit dieser Entgelttarifverträge also keine allgemeinen branchenbezogenen Entgeltzuschläge gegen die Verleiherseite erkämpfen. Pauschale Zulagen, die der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes dienen, lassen sich auch nicht als besondere Erschwerniszulagen qualifizieren, die von der Friedenspflicht unter Umständen nicht erfasst werden. Dagegen werden die Entleiher und ihre Verbände in die Friedenspflicht der von der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit mit der Verleiherseite abgeschlossenen Tarifverträge nicht einbezogen.⁴⁰⁵ Sofern mit der Entleiherseite nicht schon leiharbeitnehmerbezogene Tarifverträge abgeschlossen worden sind, steht einem Arbeitskampf die Friedenspflicht aus den Verleihertarifverträgen also jedenfalls dann nicht entgegen, wenn Tarifforderungen durchgesetzt werden sollen, die sich ausschließlich auf die Entleihersphäre beziehen (Höchstquoten, Höchstüberlassungszeiten, Erweiterung von Beteiligungsrechten).⁴⁰⁶

Von vornherein keine Rolle spielt die aus den Entgelttarifverträgen der christlichen Gewerkschaften resultierende Friedenspflicht, die keine Wirkung zulasten der DGB-Gewerkschaften entfaltet. Im Hinblick auf den Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister (BAP) besteht eine besondere Situation. Dieser Verband ist im Juli 2011 durch eine Verschmelzung nach dem Umwandlungsgesetz aus den bisherigen Verbänden

⁴⁰¹ BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 = NZA 2007, 1055.

⁴⁰² Z. B. *Hayen/Ebert*, Zulässigkeit von Unterstützungstreiks, AuR 2008, 19 ff.

⁴⁰³ Z. B. *Konzen*, Die erweiterte Zulassung des Unterstützungstreiks, SAE 2008, 1 ff.

⁴⁰⁴ *Berg/Platow/Schoof/Unterbinninghofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), AKR Rn. 135.

⁴⁰⁵ *Berg/Platow/Schoof/Unterbinninghofen*, TVG/AKR, 3. Aufl. (2010), AKR Rn. 136.

⁴⁰⁶ Insoweit auch *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69, 87.

Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) und Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) hervorgegangen, die jeweils an unterschiedliche Tarifverträge gebunden waren. Während der BZA Tarifpartner der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit war, hatte der AMP mit der CGZP bzw. den christlichen Einzelgewerkschaften einen Entgelttarifvertrag abgeschlossen. Insoweit ist zunächst in Übereinstimmung mit der Selbsteinschätzung des BAP⁴⁰⁷ davon auszugehen, dass der neu errichtete Verband an die von den bisherigen Verbänden vereinbarten Tarifverträge gebunden bleibt und sich auch die Verbandsmitgliedschaft der organisierten Arbeitgeber fortsetzt.⁴⁰⁸ Ohne eine solche Sukzession hätte die Gründung des BAP möglicherweise zur Folge, dass nicht nur die tarifliche Friedenspflicht entfallen würde, sondern die geschlossenen Tarifverträge nur noch nachwirken würden und deshalb unter Umständen nicht mehr die Kraft hätten, den gesetzlichen Equal-Pay-Grundsatz zu verdrängen.⁴⁰⁹ Die unterschiedliche Tarifgeschichte setzt sich freilich innerhalb des BAP fort, der nach seiner Satzung⁴¹⁰ u. a. zwischen einer so genannten „C-Mitgliedschaft“ mit Bindung an die mit CGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge (§ 4 Nr. 2 S. 1 lit. b) und einer so genannten „D-Mitgliedschaft“ mit Bindung an die mit DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge (§ 4 Nr. 2 S. 1 lit. c) differenziert. Dieser tarifvertraglichen Aufsplitterung muss eine gespaltene Friedenspflicht entsprechen, weil Verbandsmitglieder, die nur an den CGB-Tarifvertrag gebunden sind, hierdurch keinen Schutz vor einem Arbeitskampf erlangen können, der von einer DGB-Gewerkschaft geführt wird. Eine dem DGB angehörende Gewerkschaft, die gegenüber dem BAP Branchenzuschläge erkämpfen will, müsste daher gegebenenfalls klarstellen, dass sie mit einem Streik nur eine tarifliche Regelung für diejenigen Verbandsmitglieder herbeiführen will, die nicht durch die Friedenspflicht des DGB-Tarifvertrages geschützt werden. Ein solcher Tarifvertrag wäre auch nicht etwa gleichheitswidrig, weil die unterschiedliche tarifvertragliche Ausgangssituation eine entsprechende Differenzierung rechtfertigen würde.

⁴⁰⁷ Vgl. die Vorbemerkungen zu den Tarifverträgen von BZA/DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit und AMP/CGB-Tarifgemeinschaft; beide abrufbar unter: <http://www.personaldienstleister.de/service.php> (abgerufen am 1.6.2012).

⁴⁰⁸ So die h. M. zur Verschmelzung rechtsfähiger Berufsverbände; vgl. ErfK/*Franzen*, 12. Aufl. (2012), § 2 TVG Rn. 19; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 2 Rn. 72; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Aufl. (2007), § 2 Rn. 44, § 3 Rn. 74; bzgl. des normativen Teils von Tarifverträgen a. A. *Thau*, Rechtliche Konsequenzen der Fusion von Tarifvertragsparteien für Mitgliedschaften und Tarifverträge, *JbArbR* 39 (2002), 51, 53 ff.

⁴⁰⁹ Zum Streitstand *Schüren/Hamann/Schüren*, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 9 Rn. 175 ff.; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. (2011), § 9 Rn. 265 f. jeweils m. w. N.

⁴¹⁰ Abrufbar unter: http://www.personaldienstleister.de/pdf/BAP_Satzung.pdf (abgerufen am 1.6.2012).

Einer näheren Betrachtung bedarf ein Streik gegen die Entleiherseite mit dem Ziel, zu einer Zahlung branchenbezogener Tarifzuschläge zu gelangen, um hierdurch den Equal-Pay-Grundsatz zu verwirklichen. Da ein solches Kampfziel auch die Verleiherseite berührt, kommt es für die Reichweite der Friedenspflicht darauf an, wer eigentlicher Kampfgegner der Gewerkschaft ist. Wenn man davon ausgeht, dass ein direkter Arbeitskampf der Branchengewerkschaften gegen die Arbeitgeberverbände BZA (nunmehr BAP) und iGZ – im soeben geschilderten Umfang – wegen Verstoßes gegen die Friedenspflicht rechtswidrig wäre, würde ein regelrechter Unterstützungstreik nach einhelliger Ansicht ebenfalls rechtswidrig sein.⁴¹¹ Folgerichtig ist es unzulässig, wenn eine Branchengewerkschaft mit Rücksicht auf diese Friedenspflicht von einem Hauptarbeitskampf gegen die Verleiherseite absieht und statt dessen nur die Entleiherseite mit dem erklärten Ziel bestreikt, durch deren Einfluss auf den eigentlichen Kampfgegner eine Verbesserung der tariflich geregelten Arbeitsbedingungen im Verhältnis zwischen den Verleihern und den bei ihnen beschäftigten Leiharbeitnehmern zu erreichen.⁴¹² Für die Reichweite der Friedenspflicht spielt es keine Rolle, ob der durch Tarifvertrag „befriedete Bereich“ durch unmittelbare oder durch mittelbare Druckausübung zielgerichtet attackiert wird. Sofern der Kampf gegen die Entleiherseite also nur als Unterstützungstreik angelegt ist, um der Verleiherseite bei noch laufendem Tarifvertrag bessere Konditionen abzutrotzen, greift die Friedenspflicht. Während der Laufzeit der Entgelttarifverträge der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit können die DGB-Gewerkschaften eine Anhebung des von den Leiharbeitgebern zu zahlenden Tarifentgelts als solche also nur einvernehmlich erreichen.

Hiervon zu unterscheiden ist ein Arbeitskampf, bei dem der eigentliche Kampfgegner die Entleiherseite ist, mag es auch zu wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Verleiherseite kommen. Dies ist dann der Fall, wenn sich eine tarifliche Regelung auf eine Pflicht beschränkt, für eine Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes zu sorgen, es der Entleiherseite aber freigestellt ist, auf welche Weise dies bewerkstelligt werden soll. Am deutlichsten wird das bei einem Firmentarifvertrag, der den Entleiher obligatorisch dazu verpflichtet, den Leiharbeitnehmern Zuschläge zu zahlen, von denen er dann befreit wird, wenn die eingesetzten Leiharbeitnehmer von ihren eigenen Vertragsarbeitgebern ohnehin schon ein Entgelt erhalten, das der Vergütung der jeweils vergleichbaren Stammarbeitnehmer entspricht. Wenn eine solche Regelung erkämpft werden soll, werden die auf der

⁴¹¹ Siehe nur BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 = NZA 2007, 1055 (Rn. 44).

⁴¹² Unklar *Berg*, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69, 87.

Verleiherseite geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen als „befriedeter Bereich“ als solche nicht infrage gestellt. Vielmehr ist es Sache des Entleihers, ob er sich von drohenden finanziellen Zusatzlasten durch eine Einwirkung auf die Verleiherseite „freikauft“ oder andere Ressourcen bzw. Einsparungspotenziale nutzt. Bei einem Verbandstarifvertrag gilt unter dem Blickwinkel der Friedenspflicht letztlich dasselbe.

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass das Verhalten der Entleiherseite gegenüber der Verleiherseite mehr oder weniger vorhersehbar ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit kann nur auf die offiziell verlautbarte Tarifforderung abgestellt werden, nicht aber auf wirtschaftliche Folgen, die sich aus einer bestimmten Tarifpolitik ergeben.⁴¹³ Im Ergebnis ist dies nicht anders zu beurteilen, als wenn ein Arbeitskampf um eine Verbesserung tariflicher Arbeitsbedingungen geführt wird, bei dessen Erfolg der Arbeitgeber von seinen Zulieferern voraussichtlich Preiszugeständnisse verlangen wird, die von den Zulieferern nur dann erfüllt werden können, wenn sie sich mit den bei ihnen zuständigen Gewerkschaften auf eine Absenkung tariflicher Arbeitsbedingungen einigen. Auch in einem solchen Fall verstößt der Arbeitskampf nicht gegen die bei den Zulieferern geltende Friedenspflicht. Entscheidend ist somit, ob eigentlicher Kampfgegner die Entleiherseite ist oder ob es der Sache nach – wenn auch ohne Hauptarbeitskampf – um einen Unterstützungstreik geht, mit dem die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter im Verhältnis zu ihren Verleihern über das geltende tarifliche Niveau hinaus verbessert werden sollen. Eine gegen die Entleiherseite gerichtete Tarifforderung darf deshalb nicht eine gezielte Einflussnahme auf die auf der Verleiherseite geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen enthalten, sondern muss sich auf eine pauschale Gewährleistung des Equal-Pay-Grundsatzes beschränken, soll ein zu ihrer Untermauerung angedrohter bzw. durchgeführter Arbeitskampf nicht mit der Friedenspflicht kollidieren.

Kampfmaßnahmen einer DGB-Gewerkschaft gegen die Entleiherseite sind also zulässig, wenn sie sich auf die Entleihersphäre beschränken und nicht auf eine Anhebung des tariflichen Entgeltniveaus abzielen, an das die Mitglieder der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit im Verhältnis zu den Arbeitgeberverbänden auf der Verleiherseite BZA (nunmehr BAP) und iGZ gebunden sind.

⁴¹³ Vgl. BAG vom 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – AP TVG § 1 Sozialplan Nr. 2 = NZA 2007, 987.

V. Ergebnisse

In rechtstatsächlicher Hinsicht befinden sich Leiharbeiter im Vergleich zu einer Festanstellung regelmäßig in einer schlechteren Position. Leiharbeiter müssen sich auf der einen Seite öfter als Stammarbeiter immer wieder neu in betriebliche Strukturen einarbeiten und können auf der anderen Seite jederzeit aus den Arbeitsstrukturen wieder herausgerissen werden. Sie genießen im Allgemeinen eine geringere Arbeitsplatzsicherheit, nehmen in einem geringeren Maße an den Vorzügen des Einsatzbetriebs teil und erzielen zumeist eine geringere Vergütung, weil der gesetzlich an sich vorgesehene Equal-Pay-Grundsatz praktisch flächendeckend abgedungen ist. Leiharbeit beeinträchtigt darüber hinaus aber auch die Interessen der Stammbesetzung, was sich vor allem daran zeigt, dass die eigene Ersetzbarkeit vor Augen geführt und die Verhandlungsmacht geschwächt wird.

Im Hinblick auf die tarifvertraglichen Gegenstrategien ist hinsichtlich der gegenständlichen und personellen Reichweite der Tarifautonomie zwischen Regelungsbefugnis und Normsetzungsmacht zu differenzieren. Die Normsetzungsmacht („Tarifmacht“) ist auf die im Tarifvertrag geregelten Normtypen beschränkt. In personeller Hinsicht steht den Tarifparteien eine Rechtsetzungsmacht nur über ihre Mitglieder zu. Dagegen reicht die Regelungsbefugnis im obligatorischen Teil von Tarifverträgen weiter und umfasst den gesamten Kreis der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG. Hierunter sind sämtliche Bedingungen zu verstehen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird oder die sich regulierend auf den Arbeitsmarkt auswirken. Ausgeklammert bleiben dagegen solche Angelegenheiten, die sich ausschließlich auf das Unternehmerverhalten auf den allgemeinen Güter- und Dienstleistungsmärkten beziehen und bei denen Arbeitnehmerinteressen erst durch eine Reaktion dieser Märkte berührt werden.

Vor diesem Hintergrund zählen alle Regelungen, die auf der Entleiherseite den Umfang der Leiharbeit unmittelbar oder mittelbar begrenzen wollen (Höchstquoten, Höchstüberlassungszeiten, Übernahmepflichten, entsprechende Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats) zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dasselbe gilt für solche Regelungen, die der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes dienen. Hierzu gehören nicht zuletzt die Begründung von – gegebenenfalls bedingten – Zahlungspflichten der Entleiher gegenüber den Leihararbeitern wie auch Regelungen, mit denen auf bestimmte leiharbeiterbezogene Konditionen im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag hingewirkt werden soll, um neben dem Schutz der überlassenen Arbeitnehmer insbesondere auch Friktionen in den Einsatzbetrieben vorzubeugen.

Übernahmepflichten können als beim Entleiher wirkende Abschlussnormen vereinbart werden. Für die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes stehen auf jeden Fall Inhaltsnormen in Tarifverträgen mit der Verleiherseite zur Verfügung. Die normative Begründung von unmittelbaren Zahlungsansprüchen der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher ist einerseits nicht von vornherein ausgeschlossen, aufgrund des Fehlens eines gestaltbaren Arbeitsvertrages andererseits aber auch nicht anerkannt. Der Höchstumfang für den Einsatz von Leiharbeitnehmern wie auch Höchstüberlassungszeiten können durch betriebliche Normen geregelt werden, nicht aber die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes. Anstelle betrieblicher Normen können in gegenständlicher Hinsicht auch betriebsverfassungsrechtliche Normen geschaffen werden, die das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG erweitern.

Anstatt einer Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes durch normative Regelungen in Tarifverträgen mit der Entleiherseite kann dieses Ziel in bestimmten Fällen durch schuldrechtliche Tarifregelungen erreicht werden. Dies ist zum einen möglich in Firmentarifverträgen, in denen im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter Zahlungsansprüche zugunsten von Leiharbeitnehmern geschaffen werden können. Zum anderen haben die Tarifparteien bei Verbandstarifverträgen mittels der Rechtsfigur der (offenen) Verpflichtungsermächtigung die Möglichkeit, durch lediglich schuldrechtlich wirkende Tarifinhalte unmittelbare Zahlungspflichten von Entleihern gegenüber Leiharbeitnehmern zu begründen. Ein entsprechender Regelungswille muss im Tarifvertrag deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Außerdem muss die Verbandsmitgliedschaft erkennen lassen, dass sich der jeweilige Arbeitgeber allen vom Arbeitgeberverband ordnungsgemäß abgeschlossenen Tarifverträgen unterwerfen will. Daneben besteht stets die Möglichkeit, dass der Arbeitgeberverband als rechtsgeschäftlicher Vertreter der Mitgliedsunternehmen auftritt.

Grundrechtliche Positionen der Entleiher stehen den geschilderten Tarifregelungen nicht entgegen. Die Berufsfreiheit bzw. die Unternehmensautonomie gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verlangt lediglich, dass Unternehmen steuerungsfähig bleiben. Dies ist jedenfalls dann gewährleistet, wenn etwaige Blockaden seitens des Betriebsrats durch Anrufung der Einigungsstelle oder einer tariflichen Schlichtungsstelle bzw. der Gerichte für Arbeitssachen aufgelöst werden können. Bei alledem ist zu bedenken, dass die verschiedenen Regelungen lediglich auf eine Eindämmung der Leiharbeit abzielen und den Arbeitgeber keineswegs daran hindern, einen real bestehenden Arbeitskräftebedarf notfalls durch Festanstellungen oder befristete Einstellungen zu decken. Auch wenn die dadurch eintretenden höheren wirtschaftlichen Belastungen nicht unterschätzt werden sollen, können sie doch als solche nicht zur Unzulässigkeit tarifvertraglicher

Beschränkungen der Leiharbeit führen. Ferner bilden auch die Grundrechte in der Verleihersphäre (Berufsfreiheit, Koalitionsfreiheit) keine Schranke für tarifliche Bestimmungen zur Begrenzung des Umfangs der Leiharbeit bzw. zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes. Dasselbe gilt für die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV.

Im Spannungsverhältnis von Kartellrecht und Tarifautonomie sind das europäische Kartellrecht (Art. 101 AEUV) und das deutsche Kartellrecht (§ 1 GWB) übereinstimmend auszulegen. Auf beiden Ebenen sind solche Tarifverträge vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen, die von den Sozialpartnern im Rahmen von Tarifverhandlungen über tariflich regelbare Gegenstände abgeschlossen werden. Für die konkrete Reichweite des tariflich Regelbaren verweist das europäische Recht grundsätzlich auf das mitgliedstaatliche Recht. Vor diesem Hintergrund sind zunächst alle firmentarifvertraglichen Bestimmungen kartellrechtlich unbedenklich, die lediglich die betrieblichen Handlungsmöglichkeiten einzelner Entleiher steuern. Verbandstarifverträge verstoßen jedenfalls dann nicht gegen das Kartellverbot, wenn sie sich eindeutig auf die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschränken oder das Verhalten auf Dienstleistungsmärkten nur reflexartig berühren. Dagegen stoßen solche Regelungen in eine Grauzone vor, die unmittelbar auf eine Abstimmung von Unternehmen auf der Entleiherseite beim Abschluss von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen im Hinblick auf die Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes hinauslaufen. Bei vordergründiger Betrachtung könnte man darin einen Kartellrechtsverstoß erblicken. Die Besonderheiten der Leiharbeit sowie die konkreten Inhalte der Tarifverträge, die in erster Linie einen Lohnkostenwettbewerb verhindern wollen, sprechen indes dafür, dass das Kartellverbot seinem Sinn und Zweck nach nicht eingreift.

Die hier in Rede stehenden Tarifinhalte sind nach allgemeinen Grundsätzen erstreikbar. Insbesondere steht der schuldrechtliche Charakter einer tariflichen Forderung einem Arbeitskampf nicht entgegen. Dabei können im Ausgangspunkt auch mehrgliedrige Tarifverträge erzwungen werden, in denen Verleiherseite und Entleiherseite gemeinsam das Phänomen Leiharbeit regulieren. Allerdings untersagt die Friedenspflicht aus den Entgelttarifverträgen zwischen der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit und den Arbeitgeberverbänden BZA (BAP) und iGZ solche Arbeitskampfmaßnahmen, mit denen während der Laufzeit dieser Verträge branchenbezogene Zuschläge im Verhältnis zwischen den von diesen Tarifverträgen erfassten Verleihern und den bei ihnen beschäftigten Leiharbeitnehmern gezielt durchgesetzt werden sollen. Sofern sich die erhobenen Tarifforderungen auf die Entleiherseite beschränken und es nur faktisch zu einer – wenn auch voraussehbaren – Anhebung der Entgelte von

Leiharbeitnehmern im Verhältnis zu ihren Verleihern kommt, liegt dagegen kein Verstoß gegen die tarifvertragliche Friedenspflicht vor.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble, Volker / Junker, Abbo / Giesen, Richard (Hrsg.): Kartellrecht und Arbeitsmarkt, München, 2010, S. 17-42.

Adamy, Wilhelm: Arbeitsmarktrisiken in der Leiharbeit, Wirtschaftsdienst 2010, 598-605.

American Bar Association, Section of Antitrust Law: Antitrust Law Developments, Volume II, 6th Edition, Chicago, 2007.

Ankersen, Per: Neues AÜG seit 1.3.2003 bundesweit in Kraft, NZA 2003, 421-425.

Anzinger, Rudolf / Koberski, Wolfgang: Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche, kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen, NZA 1989, 737-746.

Bachmann, Gregor: Private Ordnung, Tübingen, 2006.

Bayreuther, Frank: Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München, 2005.

Bayreuther, Frank: Tarifzuständigkeit beim Abschluss mehrgliedriger Tarifverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2012, 14-19.

Bechtold, Rainer: Zur Anwendung des Kartellverbots auf wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge, RdA 1983, 99-101.

Bechtold, Rainer: Ladenschluss, Arbeitnehmerschutz und Kartellrecht, in: Baeck, Ulrich / Hauck, Friedrich / Preis, Ulrich / Rieble, Volker / Röder, Gerhard / Schunder, Achim (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, München, 2010, S. 109-118.

Bechtold, Rainer: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Auflage, München, 2010.

Bellmann, Lutz / Kühbl, Alexander: Expansion der Leiharbeit? Eine Bestandsaufnahme auf Basis der IAB-Betriebspanels, Düsseldorf, 2008.

Berg, Peter: Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69-89.

Berg, Peter / Platow, Helmut / Schoof, Christian / Unterhinninghofen, Hermann: Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 3. Auflage, Frankfurt/Main, 2010.

Berg, Werner: Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit, EuZW 2000, 170-173.

- Van den Bergh, Roger J. / Camesasca, Peter D.:* Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust, *European Law Review* 25 (2000), 492-508.
- Bettermann, Karl August:* Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, *JZ* 1951, 321-326.
- Beuthien, Volker:* Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, *ZfA* 1983, 141-168.
- Biedenkopf, Kurt:* Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe, 1964.
- Blanke, Thomas:* Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Arbeitnehmerüberlassung, *DB* 2010, 1528-1533.
- Böhm, Wolfgang / Röder, Gerhard / Krieger, Steffen:* Arbeitnehmerüberlassung: Ausweg aus der equal pay-Falle ein Holzweg?, *DB* 2007, 168-170.
- Boemke, Burkhard:* Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, München, 1999.
- Boemke, Burkhard:* Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, *RIW* 2009, 177-190.
- Boemke, Burkhard / Lembke, Mark:* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt/Main, 2010.
- Brors, Christiane:* Die tarifrechtlichen Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, *AuR* 2011, 138-141.
- Bruun, Niklas / Hellsten, Jari* (Eds.): *Collective Agreement and Competition in the EU*, Copenhagen, 2001.
- Buchner, Herbert:* Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 19.2.1988 – 1 ABR 70/86 – SAE 1991, 356-364.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias* (Hrsg.): *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar*, 4. Auflage, München, 2011.
- Cox, Archibald / Bok, Derek Curtis / Gorman, Robert A. / Finkin, Matthew W.:* *Labor Law*, 14th Edition, New York, 2006.
- Däubler, Wolfgang:* Tarifvertragsrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 1993.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.): *Tarifvertragsgesetz*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2012.
- Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas / Wedde, Peter* (Hrsg.): *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz*, 13. Auflage, Frankfurt/Main, 2012 (zitiert: *DKKW/Bearbeiter*).

Dieterich, Thomas: Die grundrechtsdogmatischen Grenzen der Tarifautonomie in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Wank, Rolf / Hirte, Heribert / Frey, Kaspar / Fleischer, Holger /Thüsing, Gregor (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München, 2002, S. 229-249.

Dörner, Hans-Jürgen: Der Leiharbeiter in der Betriebsverfassung, in: Kohte, Wolfhard / Dörner, Hans-Jürgen / Anzinger, Rudolf (Hrsg.), Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Helmut Wißmann zum 65. Geburtstag, München, 2005, S. 286-301.

Düwell, Franz Josef: Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, DB 2011, 1520-1522.

Düwell, Franz Josef: Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449-455.

Düwell, Franz Josef / Dahl, Holger: Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitern, NZA-RR 2011, 1-8.

Dymke, Andreas: Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag, Frankfurt/Main, 2003.

Emmerich, Volker: Kartellrecht, 11. Auflage, München, 2008.

Erman, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 13. Auflage, Köln, 2011.

Fitting, Karl / Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid / Trebinger, Yvonne / Linsenmeier, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 26. Auflage, München, 2012.

Fleischer, Holger: Tarifverträge und europäisches Wettbewerbsrecht, DB 2000, 821-825.

Flume, Werner: Das Rechtsgeschäft – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Auflage, Berlin, 1992.

Franzen, Martin: Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1.5.2011, EuZA 2011, 451-473.

Freckmann, Anke: Leiharbeitsbranche in Not? – Auswirkungen des CGZP-Beschlusses des BAG, KSzW 2012, 58-65.

Fuchs, Maximilian: Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009, 57-63.

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht, Band I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung, München, 1997.

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht, Band II: Betriebsverfassung, München, 2008.

- Gernhuber, Joachim*: Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen, 1989.
- Giesen, Richard*: Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, München, 2011.
- Greiner, Stefan*: Der GKH-Beschluss – Evolution oder (erneute) Revolution der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit?, NZA 2011, 825-837.
- Grimm, Detlef / Brock, Martin*: Das Gleichbehandlungsgebot nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs, DB 2003, 1113-1116.
- Gussen, Heinz*: Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG als Arbeitgeberkorsett für die Einstellung von Leiharbeitnehmern?, NZA 2011, 830-837.
- Gyselen, Luc*: Case Law – Court of Justice, Common Market Law Review 37 (2000), 425-448.
- Hamann, Wolfgang*: Die Richtlinie Leiharbeit ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287-331.
- Hamann, Wolfgang*: Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70-77.
- Hamann, Wolfgang*: Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321-341.
- Hanau, Hans*: Anmerkung zu BAG, Urteil vom 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – AP TVG § 3 TVG Betriebsnormen Nr. 1.
- Hayen, Ralf-Peter / Ebert, Franz Christian*: Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks, AuR 2008, 19-31.
- Heimann, Marlies*: Leiharbeitnehmer mit Formulararbeitsvertrag – Verweisung auf die mehrgliedrigen christlichen (CGZP)-Tarifverträge 2010 – eine intransparente Überraschung!?, AuR 2010, 50-55.
- Hensler, Martin / Willemsen, Heinz Josef / Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln, 2012 (zitiert: HWK/Bearbeiter).
- Herschel, Wilhelm*: Verpflichtungsermächtigung und Tarifvertragsrecht, JZ 1952, 26.
- Heuschmid, Johannes / Klauk, Melanie*: Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeits-Richtlinie, SR 2012, 84-94.
- Hirsch, Günter / Montag, Frank / Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 2007; Band 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München, 2008.
- Holst, Hajo*: Disziplinierung durch Leiharbeit? Neue Nutzungsstrategien von Leiharbeit und ihre arbeitspolitischen Folgen, WSI-Mitteilungen 2009, 143-149.

- Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, Halbband 2, 7. Auflage, Berlin, 1970.
- Hurst, Adrian*: Tarifverträge in der Zeitarbeit, Birmingham/Troisdorf, 2010.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München, 2007.
- Jacobs, Matthias / Krause, Rüdiger / Oetker, Hartmut*: Tarifvertragsrecht, München, 2007 (zitiert: JKO/Bearbeiter).
- Jaeger, Wolfgang / Pohlmann, Petra / Schroeder, Dirk* (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblattsammlung), Köln, Stand: 2011 (zitiert: FK-Kartellrecht/Bearbeiter).
- Jahn, Elke J.*: Entlohnung in der Zeitarbeit: Auch auf die Mischung kommt es an, IAB-Forum, Nr. 1, 2011, 40-49.
- Jarass, Hans Dieter*: Tarifverträge und Verfassungsrecht, NZA 1990, 505-510.
- Karsten, Timo*: Schuldrechtliche Tarifverträge und außertarifliche Sozialpartnervereinbarungen, Frankfurt/Main, 2004.
- Karthaus, Boris*: "Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.", AuR 2010, 494-499.
- Kempfen, Otto Ernst / Zachert, Ulrich* (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt/Main, 2006.
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, Berlin, 1987.
- Klebe, Thomas*: Die Leiharbeitsentscheidung des BAG – Kritik mit der Kneifzange?, AuR 2011, 352-353.
- Klebeck, Ulf*: Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß, Baden-Baden, 2004.
- Klumpp, Steffen*: Die neue Leiharbeitsrichtlinie, GPR 2009, 89-92.
- Kluth, Winfried*: Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557-582.
- Körber, Torsten*: Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen, 2004.
- Konzen, Horst*: Die erweiterte Zulassung des Unterstützungstreiks, SAE 2008, 1-9.
- Kordel, Guido*: Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, Köln, 2004.
- Krause, Rüdiger*: Standortsicherung und Arbeitsrecht, Baden-Baden, 2007.
- Krause, Rüdiger*: Schutzvorschriften und faktische Diskriminierung, in: Hohmann-Dennhardt, Christine / Körner, Marita / Zimmer, Reingard (hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden, 2010, S. 392-404.

Krause, Rüdiger: Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55-61.

Kulka, Michael: Kollektives Arbeitsrecht und Kartellrecht, WuW 1987, 5-23.

Kulka, Michael: Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandel, RdA 1988, 336-346.

Lembke, Mark: Die Fusion von Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche – Die tarifrechtlichen Folgen der Verschmelzung von INZ und MVZ auf AMP, in: Düwell, Franz Josef / Stückemann, Wolfgang / Wagner, Volker (Hrsg.): *Bewegtes Arbeitsrecht*, Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag, Neuwied, 2006, S. 427-447.

Lembke, Mark: Die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, NZA 2007, 1333-1337.

Lembke, Mark: Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit, BB 2010, 1533-1541.

Lembke, Mark: Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414-420.

Lembke, Mark: CGZP-Sachverhalte vor dem 14.12.2010: Aussetzen oder Durchentscheiden?, NZA 2011, 1062-1068.

Lerch, Sascha / Weinbrenner, Lars: Vertragliche Ausweitung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, NZA 2011, 664-670.

Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander (Hrsg.): *Kartellrecht*, Band 2: *GWB*, München, 2006.

Löwisch, Manfred / Rieble, Volker: *Tarifvertragsgesetz*, 2. Auflage, München, 2004.

Lunk, Stefan / Rodenbusch, Vincent: Der CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2010 und seine Folgen – Ein Zwischenbericht, RdA 2011, 375-381.

Von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian: *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1, 6. Auflage, München, 2010.

Martens, Klaus-Peter: Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1987), 113-188.

Martin, Peter: Tarifverträge in der Leiharbeit (Übersicht), AuR 2004, 247-249.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter: *Grundgesetz-Kommentar* (Loseblattsammlung), München, Stand: 2011.

Mayer-Maly, Theo: Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, 1-34.

Melms, Christopher / Lipinski, Wolfgang: Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaft als alternative oder flankierende Maßnahmen zum Personalabbau, BB 2004, 2409-2417.

- Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schweitzer, Heike*: Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 2004.
- Mohr, Wolfgang / Pomberg, Thorsten*: Die Änderung der Rechtsprechung zu der vermuteten Arbeitsvermittlung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, DB 2001, 590-594.
- Mohr, Jochen / Wolf, Maik*: Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091-1102.
- Mühlbach, Tatjana*: Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, Baden-Baden, 2007.
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Auflage, München, 2012 (zitiert: ErfK/*Bearbeiter*).
- Neef, Klaus*: Reichweite der CGZP-Beschlusses, NZA 2011, 615-619.
- Nienhäuser, Werner / Matiaske, Wenzel*: Leiharbeit ist gleich gut? – Arbeitsbedingungen, Arbeitszufriedenheit und Gleichbehandlung von Leiharbeitern in Europa, in: Martin, Albert (Hrsg.), Personal als Ressource, München, 2003, S. 157-184 (abrufbar auch unter: <http://www.uni-due.de/personal/Leiharbeit.pdf>).
- Nikisch, Arthur*: Arbeitsrecht, II. Band, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen, 1959.
- Otto, Hansjörg*: Arbeitskampf - und Schlichtungsrecht, München, 2006.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, München, 2012.
- Peters, Frank*: Die Rechtsfigur der Verpflichtungsermächtigung, AcP 171 (1971), 234-249.
- Picker, Eduard*: Arbeitnehmerüberlassung - Eine moderne Personalwirtschaftsform als Mittel arbeitsrechtlicher Modernisierung -, ZfA 2002, 469-548.
- Promberger, Markus*: Leiharbeit: Zwischenbilanz und offene Fragen, WSI Mitteilungen 2008, 223-225.
- Promberger, Markus / Bellmann, Lutz / Dreher, Christoph / Sowa, Frank / Schramm, Simon / Theuer, Stefan*: Leiharbeit im Betrieb – Strukturen, Kontexte und Handhabung einer atypischen Form, 2006 (abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2002-418-3-9.pdf).
- Ramm, Thilo*: Die Parteien des Tarifvertrages, Stuttgart, 1961.
- Reichold, Hermann*: Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, in: Martinek, Michael / Rawert, Peter / Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, Berlin, 2010, S. 759-777.
- Reichold, Hermann*: Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195-201.

- Reim, Uwe*: Neue Flexibilität bei der Leiharbeit, ZTR 2003, 106-113.
- Reinsch, Julia*: Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer, Baden-Baden, 2009.
- Reuter, Dieter*: Die Grenzen des Streikrechts, ZfA 1990, 535-561.
- Reuter, Dieter*: Betriebsräte an die Front?, ZfA 2006, 459-477.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Auflage, München, 2012.
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried* (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Kollektives Arbeitsrecht, 2. Auflage, München, 2000 (zitiert: MünchArbR/Bearbeiter).
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Oetker, Hartmut* (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Kollektives Arbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auflage, München, 2009 (zitiert: MünchArbR/Bearbeiter).
- Rieble, Volker*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin, 1996.
- Rieble, Volker*: Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5-28.
- Rieble, Volker*: Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: Rieble, Volker / Junker, Abbo / Giesen, Richard (Hrsg.): Zukunft der Zeitarbeit, München, 2009, S. 65-103.
- Rieble, Volker*: Unternehmerischer Marktachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: Rieble, Volker / Junker, Abbo / Giesen, Richard (Hrsg.): Kartellrecht und Arbeitsmarkt, München, 2010, S. 103-129.
- Rieble, Volker / Vielmeier, Stephan*: Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474-504.
- Riesenhuber, Karl*: Europäisches Arbeitsrecht, Heidelberg, 2009.
- Röder, Gerhard / Krieger, Steffen*: Arbeitnehmerüberlassung: Kein Ausweg aus der equal pay-Falle, DB 2006, 2122-2125.
- Roth, Wulf-Henning*: Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V. Köln (FIW) (Hrsg.), Tarifautonomie und Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, S. 7-25.
- Rudolph, Helmut / Schröder, Esther*: Arbeitnehmerüberlassung: Trends und Einsatzlogik, in: MittAB 1/1997, 102-117 (abrufbar unter: http://doku.iab.de/mittab/1997/1997_1_MittAB_Rudolph_Schroeder.pdf).
- Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz, 6. Auflage, München, 2011.

Säcker, Franz Jürgen / Kühnast, Simone: Die vermutete Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2 AÜG) als gesetzgebungspolitische Fehlleistung, ZfA 2001, 117-154.

Säcker, Franz Jürgen / Oetker, Hartmut: Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München, 1992.

Sansone, Piero: Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Baden-Baden, 2011.

Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Auflage, München, 2011.

Schindele, Fritz: Tarifpolitik auf den Kopf gestellt, AuR 2008, 31-36.

Schlegel, Rainer: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, NZA 2011, 380-385.

Schliemann, Harald: Zur arbeitsgerichtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, in: Isenhardt, Udo / Preis, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, 1999, S. 577-606.

Schmidt-Eriksen, Christoph: Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz, AuR 1991, 137-145.

Schoch, Norbert: Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Bestimmung mit dem Kartellgesetz, BB 1965, 477-478.

Scholz, Rupert: Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, in: Löwisch, Manfred / Schmidt-Leithoff, Christian / Schmiedel, Burkhard (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München, 1991, S. 629-650.

Schüren, Peter: Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231-235.

Schüren, Peter: Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239-244.

Schüren, Peter: Anmerkungen zur CGZP-Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 und ihrer Bindungswirkung, RdA 2011, 368-374.

Schüren, Peter / Hamann, Wolfgang: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage, München, 2010.

Schüren, Peter / Riederer von Paar, Britta: Risiken nichtiger Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 241-246.

Schüren, Peter / Wank, Rolf: Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung, RdA 2011, 1-12.

Seifert, Hartmut / Brehmer, Wolfram: Leiharbeit: Funktionswandel einer flexiblen Beschäftigungsform, WSI Mitteilungen 2008, 335-341.

Seiter, Hugo: Streikrecht und Aussperrungsrecht, Ein Arbeitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte, Tübingen, 1975.

Siebenhüter, Sandra: Integrationshemmnis Leiharbeit – Auswirkungen von Leiharbeit auf Menschen mit Migrationshintergrund, OBS-Arbeitsheft 69, Frankfurt/Main, 2011.

Söllner, Alfred: Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, JbArbR 16 (1979), 19-28.

Von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-345, Berlin, Neubearbeitung 2009.

Stoffels, Markus / Bieder, Marcus: AGB-rechtliche Probleme der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf mehrgliedrige Zeitarbeitsverträge, RdA 2012, 27-40.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl., München, 2012.

Stürmer, Klaus: Tarifvertragliche Betriebsrenteneinrichtungen und Europäisches Wettbewerbsrecht, ZTR 2000, 293-295.

Thiele, Wolfgang: Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966.

Thomas, Stefan: Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel?, JZ 2011, 485-495.

Thüsing, Gregor (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage, München, 2008.

Thüsing, Gregor / Braun, Axel (Hrsg.): Tarifrecht, München, 2011.

Thüsing, Gregor / Stiebert, Tom: Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632-635.

Ulber, Daniel: Neues zur Tariffähigkeit, RdA 2011, 353-362.

Ulber, Jürgen: Personal-Service-Agenturen und Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2003, 7-15.

Ulber, Jürgen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Basiskommentar, Frankfurt am Main, 2008.

Ulber, Jürgen: Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10-15.

Ulber, Jürgen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main, 2006.

Ulber, Jürgen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt am Main, 2011.

Thau, Jens T.: Rechtliche Konsequenzen der Fusion von Tarifvertragsparteien für Mitgliedschaften und Tarifverträge, JbArbR 39 (2002), 51-63.

Vousden, Stephen: Albany, Market Law and Social Exclusion, *Industrial Law Journal* 29 (2000), 181-191.

von Tiling, Christian: Beteiligungsrechte beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, *BB* 2009, 2422-2428.

Waas, Bernd: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, *ZESAR* 2012, 7-13.

Wallisch, Jochen: Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten, Baden-Baden, 1998.

Waltermann, Raimund: Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, München, 2010.

Waltermann, Raimund: Fehlentwicklung in der Leiharbeit, *NZA* 2010, 482-487.

Wiedemann, Herbert: Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, *RdA* 1986, 231-241.

Wiedemann, Herbert: Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, *RdA* 1997, 297-304.

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): *Tarifvertragsgesetz*, 7. Auflage, München, 2007.

Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas / Weber, Christoph / Franzen, Martin: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band II: §§ 74 – 132 mit Wahlordnungen, 9. Auflage, Köln, 2010.

Willemsen, Heinz Josef / Annuß, Georg: Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, *BB* 2005, 437-440.

Zeppenfeld, Guido / Faust, Holger: Zeitarbeit nach dem CGZP-Beschluss des BAG, *NJW* 2011, 1643-1648.

Zöllner, Wolfgang: Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgeklauseln nach Arbeitskämpfen, Köln, 1977.

Zöllner, Wolfgang: Auswahlrichtlinien für Personalmaßnahmen, in: Mayer-Maly, Theo / Richardi, Reinhard / Schambeck, Herbert / Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), *Arbeitsleben und Rechtspflege*, Festschrift für Gerhard Müller, München, 1979, S. 665-688.

Weitere Veröffentlichungen des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht:

Band I

Britta Rehder/Olaf Deinert/ Raphaël Callsen

Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Rechtliche
Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen der
Rechtsfortbildung

Band III

Bernd Waas, Goethe-Universität Frankfurt a.M.

Rechtmäßigkeit einer pauschalen Abgeltung von Arbeitszeit von
Betriebsratsmitgliedern und von Freistellungen über das gesetzliche Maß
hinaus

Band IV

Bernd Waas, Goethe-Universität Frankfurt a. M.

Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von
Unternehmen - Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und
rechtsvergleichender Sicht