

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 239

Leiharbeit und Verfassungsrecht

**Zum Gleichbehandlungsgebot von Stammbelegschaft
und Leiharbeitnehmern sowie zur Errichtung von
Personal-Service-Agenturen durch das Erste Gesetz
für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt**

Von

**Jörn Axel Kämmerer
Gregor Thüsing**



Duncker & Humblot · Berlin

JÖRN AXEL KÄMMERER
GREGOR THÜSING

Leiharbeit und Verfassungsrecht

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 239

Leiharbeit und Verfassungsrecht

Zum Gleichbehandlungsgebot von Stammbesellschaft
und Leiharbeitnehmern sowie zur Errichtung von
Personal-Service-Agenturen durch das Erste Gesetz
für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt

Von

Jörn Axel Kämmerer
Gregor Thüsing



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-11751-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Mit der Neufassung des AÜG durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vollzieht sich für das Recht der Zeitarbeit eine grundlegende Wandlung. Die Regelung der Arbeitnehmerüberlassung hat ihre Wurzeln in der Regulierung privater Stellenvermittlung, und so war Motor der ersten gesetzgeberischen Ansätze in den 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts vor allem der Wille, die finanzielle Ausbeutung der Notlage Stellensuchender zu verhindern. Den spezifischen Schutzanliegen der Leiharbeitnehmer trug der Gesetzgeber lange Zeit mit einem ausnahmslosen Verbot gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung Rechnung. Das damit verbundene Verdikt der Sozialschädlichkeit ließ das Recht erst nach und nach fallen. Wegweisend war insbesondere das Urteil des BVerfG vom 4. April 1967 (BVerfGE 21, 261 ff.), das die Arbeitnehmerüberlassung in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG einordnete und als eine legitime Beschäftigungsform akzeptierte. Die jüngste Gesetzgebung hat dies aufgegriffen. Im Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl. I 2002 S. 4607) entschied man sich in Abkehr vom bisherigen Weg ganz im Gegenteil für eine Förderung der Leiharbeit. Ziel insbesondere des neu geschaffenen *Equal pay*-Gebots war es, Arbeitnehmerschutz zu erhöhen und die Leiharbeit attraktiver zu gestalten (BT-Drucks. 15/25, S. 24, 38). Die Förderung der Leiharbeit ist Bestandteil aktiver Arbeitsmarktpolitik im weiteren Sinne (s. BT-Drucks. 15/25, S. 2); sie soll Arbeitslosen den Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt erleichtern (BT-Drucks. 15/25, S. 39).

Dieser Ansatz wird von wirtschaftswissenschaftlicher Seite unterstützt und so ist die schrittweise Neuausrichtung des Gesetzes zu begrüßen. Die Zeitarbeit ist heute endgültig aus ihrer arbeitsrechtlichen Schmutzdecke befreit. Ihre gesetzliche Förderung ist Ausdruck der Erkenntnis, dass ein modernes Arbeitsrecht nicht nur Arbeitnehmerschutzrecht, sondern auch Arbeitsplatzschutzrecht sein muss. Um eine angemessene Lage der arbeitenden Klasse in Deutschland zu sichern, bedarf es des Schutzes vor einseitiger Fremdbestimmung. Das gilt auch heute noch. Das Schlimmste aber, was vielen Arbeitnehmern in unseren Tagen passieren kann, so scheint es, ist nicht die Arbeit zu unzumutbaren oder auch nur unterdurchschnittlichen Bedingungen, auf die sie regelmäßig verzichten können mit dem Schutz der Versichertengemeinschaft. Viel einschneidender ist oftmals die drohende oder tatsächliche Arbeitslosigkeit. Arbeit ist für den Arbeitnehmer – so hat es das BAG bereits vor vielen Jahren beschworen – mehr als Broterwerb. Sie gestaltet wesentlich sein Leben und bestimmt die Persönlichkeit (BAG v.

27.2.1985, BAGE 48, 122 unter Rückgriff auf BAG v. 10.11.1955, BAGE 2, 221). Nicht nur die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers hat Verfassungsrang (BVerfG v. 27.1.1998, BVerfGE 97, 169), sondern auch die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit (BVerfG v. 3.4.2001, BVerfGE 103, 293). Dem kann sich eine verfassungskonforme und zeitgemäße Deutung des Arbeitsrechts nicht verschließen.

Gerade deshalb aber muss die Wirksamkeit und Zweckdienlichkeit, und damit zugleich die Verfassungskonformität, einzelner neuer Regelungen bezweifelt werden. Dies gilt zum einen für das neugeschaffene Gleichbehandlungsgebot von Leiharbeitnehmern und Stammebelegschaft, zum anderen für die Personal-Service-Agenturen, oder doch für bestimmte Modi ihrer Ausgestaltung. Insoweit wurden schon im Gesetzgebungsverfahren Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Grundgesetzes geäußert. Diese bestätigen sich in näherer Prüfung. Die folgenden Ausführungen – die Grundlage einer im Namen der Mittelstandsvereinigung Zeitarbeit (MVZ) erhobenen Verfassungsbeschwerde waren – wollen jedoch deutlich machen, dass der Gesetzgeber den ihm gesetzten Rahmen überschritten hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde – ebenso wie andere, gleichgerichtete Verfassungsbeschwerden – nicht zur Entscheidung angenommen (Kammerentscheidung vom 29.12.2004, 1 BvR 2283/03; 1 BvR 2504/03; 1 BvR 2582/03, s. auch Pressemitteilung 1/2005 vom 5.1.2005). Die Verfasser halten dennoch weiterhin an ihrer Rechtsauffassung fest.

Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 1.9.2004 berücksichtigt.

Hamburg, im Januar 2005

*Jörn Axel Kämmerer
Gregor Thüsing*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	11
-----------------	----

Teil 1

Arbeitnehmerüberlassung als Regelungsgegenstand des Arbeitsrechts

I. Struktur der Arbeitnehmerüberlassung.....	14
II. Arten der Arbeitnehmerüberlassung	15
III. Gründe der Arbeitnehmerüberlassung.....	16
IV. Regelungsziele des AÜG	18

Teil 2

Verfassungsrechtliche Bewertung des Gleichbehandlungsgebots gemäß § 9 Nr. 2 AÜG

I. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG	20
1. Schutzbereich	21
2. Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit.....	22
a) Ausgestaltungskompetenz des Gesetzgebers.....	22
b) Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff.....	23
c) Grenzen der Ausgestaltung.....	25
3. Eingriff in die Koalitionsfreiheit	26
a) Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeitgeber.....	26
aa) Eingriff durch inadäquaten Druck zum Verbandsbeitritt oder Abschluss eines Firmentarifvertrags	26
bb) Eingriff durch Bindung an einen branchenfremden Tarifvertrag... 30	
cc) Ergebnis.....	31
b) Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeitnehmer	31
c) Eingriff in die positive individuelle Koalitionsfreiheit der Leiharbeitgeber.....	32
d) Eingriff in die positive kollektive Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberverbände der Leiharbeitgeber	34
4. Rechtfertigung der Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG	36
a) Formelle Voraussetzungen	36
aa) Voraussetzungen der Zustimmungsbedürftigkeit	36

bb)	Zustimmungsbedürftigkeit aufgrund Änderung des § 400a SGB III	37
cc)	Zustimmungsbedürftigkeit aufgrund Veränderung des Aufgabenkanons der Agenturen für Arbeit	39
dd)	Ergebnis.....	41
b)	Materielle Voraussetzungen	41
aa)	Rechtfertigung durch die Koalitionsfreiheit selbst	42
(1)	Herstellung von funktionsfähigen Tarifstrukturen im Leiharbeitsbereich.....	42
(a)	Fehlen von Tarifverträgen als Ausdruck der negativen Koalitionsfreiheit	42
(b)	Objektive Faktoren	44
(2)	Schutz der Tarifautonomie der Stammbelogschaft	45
(3)	Ergebnis.....	46
bb)	Rechtfertigung durch andere Verfassungsgüter – Sozialstaatsprinzip	46
(1)	Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit	48
(2)	Abbau sozialschädlicher Arbeitsstrukturen	51
(3)	Arbeitnehmerschutz.....	52
(a)	Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	53
(b)	Angemessenheit.....	55
(4)	Gleichbehandlungsgebot als Kompensation neuer unangemessener Arbeitsbedingungen?	56
(5)	Betriebsfrieden sowie Arbeitsplatzsicherung im Entleiherbetrieb.....	58
(6)	Gleichheit als sozialstaatliches Erfordernis?.....	60
(7)	Ergebnis.....	64
cc)	Verstoß gegen weitere materielle Verfassungsnormen.....	64
(1)	Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch dynamische Bezugnahme auf einen Tarifvertrag	64
(2)	Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip.....	66
II.	Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Arbeitgeber und Arbeitnehmer	67
1.	Eingriff in den Schutzbereich.....	67
2.	Rechtfertigung der Eingriffe	69
a)	Maßstab der Rechtfertigung	70
b)	Bestehen eines strukturellen Ungleichgewichts	71
c)	Angemessenheit des Ausgleichs.....	72
III.	Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	75
1.	Prüfungsmaßstab	75
2.	Ungleichbehandlung	76
3.	Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.....	78

Teil 3**Grundrechtswidrigkeit der gesetzlichen Bestimmungen
über die Einrichtung der PSA?**

I.	Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).....	82
1.	Zur Eingriffsqualität staatlicher Marktbeitilgung	82
2.	Eingriff durch wettbewerbsfremde oder wettbewerbssteuernde Maßnahmen.....	83
a)	Die „Vergabe-PSA“ (Variante 1)	83
b)	Die „Beteiligungs-PSA“ und die „Eigen-PSA“ (2. und 3. Variante).....	86
II.	Ergebnis	86

Teil 4**Betrachtung des tatsächlichen Marktverhaltens der PSA
nach verfassungsrechtlichen Maßstäben**

I.	Grundrechtliche Relevanz von Einzelakten	87
II.	Sittenwidriges Marktverhalten (§ 1 UWG) durch Preisdumping?.....	88
III.	Rückbezug auf Art. 12 Abs. 1 GG – Rechtswegfragen	90

Teil 5**Zusammenfassung**

I.	<i>Equal Pay</i> und <i>Equal Treatment</i> (§ 9 Nr. 2 AÜG).....	92
II.	Die Personal-Service-Agenturen.....	95
	Literaturverzeichnis	97
	Sachverzeichnis	102

Einleitung

Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt ist ein Artikelgesetz zur Änderung verschiedener arbeits- und sozialrechtlicher Gesetze, darunter des Sozialgesetzbuchs I und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Der Bundesrat, der das Gesetz für zustimmungsbedürftig hielt, beschloss in seiner Sitzung vom 20.12.2002, ihm die Zustimmung zu verweigern, hilfsweise – für den Fall, dass das Gesetz der Zustimmung nicht bedurfte – wurde Einspruch eingelegt (BR-Drucks. 15/257). Die geltenden Regelungen beruhen auf einer am 17./18.12.2002 ergangenen Beschlussempfehlung des vom Bundesrat zuvor angerufenen Vermittlungsausschusses (BT-Drucks. 15/201 und 15/202). Der Bundestag überstimmte am 19./20.12.2002 den Einspruch des Bundesrates. Das Gesetz wurde am 30.12.2002 verkündet (BGBl. I, 4607) und trat – jedenfalls zu wesentlichen Teilen – am 1.1.2003 in Kraft.

Das Gesetz brachte wesentliche Neuerungen für das Recht der Zeitarbeit: Durch die Aufhebung des Synchronisationsverbots (§ 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG a.F.) und des Verbots wiederholter Befristung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG a.F.) soll Zeitarbeit flexibilisiert werden. Gleiches gilt für den Wegfall der Bestimmungen zur Unwirksamkeit von Kündigung bei wiederholter Einstellung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 9 Nr. 3 AÜG a.F.). Auch durch die Aufhebung der zulässigen Höchstdauer einer Arbeitnehmerüberlassung (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F.: höchstens 24 Monate) wurden die Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung grundlegend geändert (vgl. amtliche Begründung zu Art. 6 Nr. 1b BT-Drucks. 15/25). Im Gegenzug wurde das Gebot zur Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit Arbeitnehmern des Entleihers (sog. „Equal Treatment“ unter Einschluss des „Equal Pay“) begründet. In § 9 Nr. 2 AÜG n.F. heißt es:

„Unwirksam sind ... Vereinbarungen, die für den Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeiter für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeiter zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat; ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.“

Der Gesetzgeber begründet die Regelung mit dem Ziel, den Arbeitnehmer zu schützen und die Attraktivität der Leiharbeit zu stärken (BT-Drucks. 15/25, S. 24 und 38). Sie wird ergänzt durch die Vorgabe, die Erlaubnis zur erwerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG n.F. zu versagen, wenn dieses Gleichbehandlungsgebot nicht eingehalten wird. Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Verleiher einen Anspruch auf die gleiche Entlohnung nach Maßgabe des § 9 Nr. 2 AÜG n.F. In § 10 Abs. 4 AÜG n.F. heißt es insoweit:

„Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.“

Dieses Gebot zur gleichen Entlohnung von Leiharbeitnehmern ist gem. § 19 AÜG erst zum 1.1.2004 allgemein anwendbar geworden. Die Übergangsfrist sollte der Zeitarbeitsbranche die Chance einräumen, sich auf die veränderten Rahmenbedingungen einzustellen.

„§ 1 Abs. 2, § 1b Satz 2, die §§ 3, 9, 10, 12, 13 und 16 der vor dem 1. Januar 2003 geltenden Fassung sind auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2004 begründet worden sind, bis zum 31. Dezember 2003 weiterhin anzuwenden. Dies gilt nicht für Leiharbeitsverhältnisse im Geltungsbereich eines nach dem 15. November 2002 in Kraft tretenden Tarifvertrages, der die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und des § 9 Nr. 2 regelt.“

Hand in Hand mit diesen Neuerungen geht die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für sog. *Personal-Service-Agenturen*. Jedes Arbeitsamt (jetzt: jede Agentur für Arbeit) hat die Errichtung mindestens einer solchen PSA sicherzustellen (§ 37c Abs. 1 Satz 1 SGB III). Aufgabe der PSA ist insbesondere, eine Arbeitnehmerüberlassung zur Vermittlung von Arbeitslosen in Arbeit durchzuführen sowie ihre Beschäftigten in verleiherfreien Zeiten zu qualifizieren und weiterzubilden (§ 37c Abs. 1 Satz 2 SGB III). Die Errichtung von PSA ist auf drei Ebenen möglich. Grundsätzlich versucht die Agentur für Arbeit namens der Bundesagentur mit bereits bestehenden Verleihern Verträge zu schließen (§ 37c Abs. 2 Satz 1 SGB III). Für solche PSA-Verträge gilt das Vergaberecht (§ 37c Abs. 2 Satz 2 SGB III). Kommen derartige Verträge nicht zustande, kann sich die Agentur für Arbeit namens der Bundesagentur an Verleihunternehmen beteiligen (§ 37c Abs. 2 Satz 2 SGB III). Ist auch dies nicht möglich, darf die Agentur für Arbeit namens der Bundesagentur eine eigene PSA gründen (§ 37c Abs. 4 Satz 1 SGB III). Die Agentur für Arbeit kann für die Tätigkeit der PSA ein Honorar vereinbaren, wobei eine Pauschalierung zuständig ist. Die monatliche Fallpauschale soll 100 % des Grundbetrags für den ersten bis dritten Monat, 75 % des Grundbetrags für den zweiten bis sechsten Monat und 50 % des Grundbetrags für den siebten bis neunten Monat der PSA-Beschäftigung betragen (s. § 37c Abs. 2 SGB III und Rundbrief der Bundesanstalt für Arbeit, Geschäftsanweisung 71/2002, 2.6).

Die Neuregelungen waren von Anfang an höchst umstritten. Früh wurde bereits in der politischen Diskussion darauf hingewiesen, das neugeschaffene Gebot zur Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten sei verfassungswidrig, da durch das AÜG als „faktisches Tariffzwangsgesetz“ die negative Koalitionsfreiheit faktisch abgeschafft werde¹. Die folgenden Ausführungen wollen daher helfen zu klären, ob die Festschreibung von *Equal Treatment* bzw. *Equal Pay* sowie die Einrichtung der PSA mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar sind.

¹ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/11 vom 15.11.2002, S. 678 A/B (Abg. Göhner, CDU/CSU), S. 690 A/B (Abg. Merz, CDU/CSU); vgl. auch FAZ vom 17.12.2002, S. 11: „Die FDP verurteilt diese Regelung als Eingriff in die Tarifautonomie und Widerspruch zur negativen Koalitionsfreiheit.“ Ebenso Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23; Klebeck, Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß, 2004; Waas, BB 2003, 2175; zweifelnd auch Hümmerich/Holthausen/Welsau, NZA 2003, 7, 10; Hamann, NZA 2003, 526, 527; Ankersen, NZA 2003, 421, 425. A.A. Däubler, KJ 2003, 17 ff; Grobys/Schmidt/Brockner, NZA 2003, 777; zur Verfassungswidrigkeit der Gleichstellung nach dem Job-AQTIV-Gesetz s. Boemke, AÜG, § 10 Rn. 114 ff.; Boemke/Lembke, DB 2002, 893, 896.