

Berliner Juristische Universitätschriften

ZIVILRECHT

Band 78

KRASIMIRA ZUCKERMAN

Missbräuchliche Arbeitsverhältnisse

Eine Untersuchung über
Leiharbeit und Werkverträge



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil. Einführung.....	15
I. Die Entwicklungsgeschichte der Arbeitnehmerüberlassung	17
II. Die Attraktivität der Leiharbeit.....	22
III. Die Flucht in den Werkvertrag	27
IV. Zusammenfassung der Problematik	32
Zweiter Teil. Der „neue“ Arbeitsvertragsbegriff des § 611 a BGB und seine Rolle bei Abgrenzungsfragen	34
I. Abzugrenzende Vertragskonstellationen	35
II. Die Entstehungsetappen der Norm	36
1. § 611 a BGB in dem Ersten Diskussionsentwurf des BMAS	37
2. § 611 a BGB in dem Zweiten Diskussionsentwurf des BMAS	38
3. Die endgültige Neufassung des (alten) Arbeitsvertragsbegriffs.....	39
III. Die Abgrenzungsproblematik bei missbräuchlichem Abschluss von Scheinwerkverträgen	40
1. Die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Werkverträgen nach der bis zum 1.4.2017 geltenden Rechtslage	40
a) Historischer Hintergrund der Abwesenheit des Arbeitsrechts im BGB	40
b) Der herrschende Arbeitnehmerbegriff.....	41
c) Die Abgrenzung nach der typologischen Methode	43
d) Der Sonderfall Crowdwork	46
e) Kritische Würdigung der typologischen Methode	47
2. Die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Werkverträgen nach dem neuen § 611 a Abs. 1 BGB	48

a) Der „neue“ Arbeitnehmerbegriff des § 611 a Abs. 1 BGB	48
b) Die Kritik an der neuen Norm	51
aa) Die Grenzen der Gesamtabwägung anhand von Weisungsgebundenheit und Eingliederung	51
bb) Das Verhältnis von § 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB zu § 106 GewO	52
cc) Der Verzicht auf einen Kriterienkatalog	53
dd) Rechtsprechung und Gesetzgebung als entgegengesetzte Konzepte	55
ee) Zwischenfazit	56
c) Alternative Abgrenzungsmethoden	57
aa) Abgrenzung nach dem Vertragstyp	57
bb) Wirtschaftliche Abgrenzungskriterien	60
d) Europäischer Arbeitnehmerbegriff?	61
e) Eigener Regelungsvorschlag	62

Dritter Teil. Das reformierte Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als Instrument zur Vermeidung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung	65
---	----

I. Die Rolle des Arbeitnehmerüberlassungsbegriffs	66
1. Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung	67
a) Das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer als konstitutives Element der Leiharbeit	68
aa) Die Europarechtskonformität des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG	69
bb) Die Notwendigkeit europarechtskonformer Auslegung	71
cc) Ein Versuch europarechtskonformer Gestaltung der Rechtsfolgen bei fehlendem Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer?	71
dd) Zwischenfazit	72
b) Eingliederung und Weisungsbefugnis als Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung	73
c) Zwischenfazit	74
2. Die Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Onsite-Werkverträgen	75
a) Ausgangspunkt der Problematik	75

b) Eingliederung und Weisungsbefugnis als Abgrenzungskriterien nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ...	77
c) Von der früheren Rechtsprechung entwickelte Abgrenzungskriterien	81
aa) Eingliederung und Weisungsgebundenheit	81
bb) Gebot der Einzelfallbetrachtung	84
cc) Zusätzliche Kriterien	85
dd) Die Abgrenzungsproblematik in der Rechtsprechung der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte	86
d) In der Literatur vorgeschlagene Lösungswege in Abgrenzungsfragen	87
aa) Leistungsgegenstand	89
bb) Organisationsgewalt	89
cc) Mangelgewährleistung	90
dd) Vergütung	91
ee) Zusätzliche Kriterien	91
e) Zwischenfazit	92
 II. Die Rechtsfolge verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	92
1. Die Rechtslage bis zum 1.4.2017	92
2. Die Rechtslage seit dem 1.4.2017	93
a) Keine Absicherung durch auf Vorrat beschaffene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	94
b) Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers	94
 III. Die Beschränkung der Einsatzdauer in dem novellierten AÜG	96
1. Die Zulässigkeit von Dauerverleih nach alter Rechtslage	97
2. Die Zulässigkeit des Dauerverleihs seit dem 1.4.2017	99
3. Anrechnung früherer Einsätze	101
4. Abweichungsmöglichkeiten von der zulässigen Einsatzdauer	102
a) Verlängerung der Überlassungsdauer in tarifgebundenen Einsatzbetrieben	102
b) Verlängerung der Überlassungsdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung	103
5. Konsequenz der Nichteinhaltung der zulässigen Höchstüberlassungsdauer	105
a) Gesetzlich vorgesehene Sanktionsmöglichkeiten	105
b) Widerspruchsmöglichkeit des Leiharbeitnehmers	106

6. Korrekturbedarf der Neuregelung	108
7. Änderungsvorschlag	109
IV. Die Neuregelung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	110
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz nach der bis zum 1.4.2017 geltenden Rechtslage	110
2. Die Neuregelung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wege der AÜG-Reform	110
a) Inhalt des Anspruchs	111
b) Tarifvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	113
c) Abweichung durch Arbeitsvertrag	114
d) Die Rechtsfolge des Verstoßes gegen den Equal-Pay-Grundsatz	114
V. Einsatz von Leiharbeitnehmern bei Streiks	115
Vierter Teil. Die Verhinderung missbräuchlicher Fremdpersonaleinsätze durch die Neuregelungen des Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrechts	117
I. Die Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten nach § 14 Abs. 2 Satz 4 und 5 AÜG	118
1. Die Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der betrieblichen Mitbestimmung gem. § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG	118
a) Geltungsbereich	119
b) Fortbestehen zusätzlicher Voraussetzungen	120
aa) Die bedingungslose Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern als Rückschluss aus § 112 a BetrVG?	120
bb) Wahlberechtigung und Wählbarkeit als Zusatzkriterien	122
cc) Regelmäßige Beschäftigung als zusätzliche Voraussetzung	123
dd) Ständige Beschäftigung als Zusatzkriterium	124
c) Berücksichtigung der von dem Anwendungsbereich des AÜG ausgeschlossener Leiharbeitnehmer	125
aa) Die Berücksichtigung der nichtwirtschaftlichen Arbeitnehmerüberlassung	125

bb) Berücksichtigung der nach § 1 Abs. 3 AÜG privilegierten Formen von Leiharbeit	126
cc) Zwischenfazit	129
2. Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten der unternehmerischen Mitbestimmung nach § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG	130
a) Europarechtskonformität der neuen Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG	131
b) Die Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Mitbestimmung vor der AÜG-Reform	132
c) Bestehenbleiben zusätzlicher Voraussetzungen	135
aa) Wahlberechtigung und Wählbarkeit	136
bb) Regelmäßige Beschäftigung	137
d) Zusätzliche Einschränkung des § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG durch den Satz 6 der Norm	137
aa) Relativierung der Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG durch den Gesetzgeber	138
bb) Die Einschränkung der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze durch § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG	139
cc) Die Restriktion des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG in dem gesetzlichen Kontext	140
dd) Zwischenfazit und Verbesserungsvorschlag	141
e) Berücksichtigung der von dem Anwendungsbereich des AÜG nicht erfassten Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des Mitbestimmungsrechts	142
aa) Gebot der Einzelfallbetrachtung	142
bb) Das Erfordernis der analogen Anwendung des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG	144
 II. Die Ergänzung der Informationsrechte des Betriebsrats als Ausgangsvoraussetzung für die Bekämpfung illegaler Arbeitnehmerüberlassung	 145
1. Die Neuregelung des § 80 Abs. 2 BetrVG	145
2. Die Neuregelung des § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG	146
 III. Die Neuregelung der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zum Zwecke der Verhinderung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung	 147

1. Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff als Ausgangspunkt für die Geltung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats	148
a) Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff i.S.d. „Zwei-Komponenten-Lehre“	148
b) Aufgabe der „Zwei-Komponenten-Lehre“ durch das BAG	149
c) Rezeption der Aufgabe der „Zwei-Komponenten-Lehre“ im Schrifttum	151
d) Der Arbeitnehmer in der Betriebsverfassung	152
e) Zwischenfazit	154
2. Die Konsequenz eines einheitlichen „weiten“ Arbeitnehmerbegriffs im formellen Betriebsverfassungsrecht.....	155
a) Wahlberechtigung.....	155
b) Wählbarkeit	155
c) Betriebsverfassungsrechtliche Rechte von Leiharbeitnehmern.....	157
3. Die Auswirkung eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs im materiellen Betriebsverfassungsrecht	158
a) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten § 87 BetrVG	158
b) Freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG	160
c) Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten i.S.d. § 99 BetrVG	160
aa) Einstellung	160
bb) Versetzung	161
cc) Ein- /Umgruppierung	162
dd) Unterrichtungspflichten	162
ee) Zustimmungsverweigerungsgründe	163
ff) Mitbestimmung des Entleiherbetriebsrats bei Kündigungen gem. § 102 und § 103 BetrVG	166
gg) Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer nach § 104 BetrVG	166
hh) Mitbestimmung bei Betriebsänderungen nach §§ 111 ff. BetrVG.....	167
4. Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer in dem Verleiherbetrieb	168

IV. Betriebsverfassungsrechtliche Behandlung von Onsite-Werkverträgen	169
1. Was sind Onsite-Werkverträge?	170
2. Informations- und Beratungsrechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb	171
3. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten gem. § 99 BetrVG	172
a) Die Einstellung in der Rechtsprechung des BAG	172
aa) Die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	173
bb) Die Entscheidung des BAG vom 13.5.2014	175
cc) Für die Berücksichtigung von auf Werkvertragsbasis tätigen Arbeitnehmern maßgebende Kriterien	176
b) Zwischenfazit	177
4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG	178
a) Kritik an der diesbezüglichen Rechtsprechung des BAG	178
b) Alternativer Lösungsweg	180
c) Die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG	182
5. Zwischenfazit	183
 Fünfter Teil. Ausblick	 185
Abkürzungsverzeichnis	187
Literaturverzeichnis	191
Stichwortverzeichnis	199

Erster Teil

Einführung

Nach dem kürzlich erschienenen 5. Armuts- und Reichtumsbericht¹ der Bundesregierung hat die Arbeitslosenquote in Deutschland dank der guten konjunkturellen Entwicklung ein Rekordtief erreicht, indem sie von 11,7 Prozent im Jahr 2005 auf 6,1 Prozent im Jahr 2016 gesunken ist, nicht zuletzt, weil die Leiharbeitnehmeranzahl in demselben Jahr auf ein Rekordhoch gestiegen ist und zum ersten Mal die Eine-Million-Marke überschritten hat. Gleichzeitig fällt die Einkommensverteilung ungleichmäßiger als zu Beginn der 2000-er Jahre aus. Diese theoretisch widersprüchliche, aber im Grunde logische Entwicklung ist auf die, gemessen an dem Zuwachs an Normalarbeitsverhältnissen, deutlich stärkere Zunahme „atypischer Beschäftigung“ zurückzuführen, deren Volumen sich im Jahr 2015 mit einem Anteil von 39,3 Prozent an allen abhängigen Hauptbeschäftigungsverhältnissen (ohne Beamte und Selbständige) auf einem Höchststand befand.²

- 1 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung vom 12.4.2017, http://www.armuts-und-reichtumsbericht.de/SharedDocs/Downloads/Berichte/5-ARB-Langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=5, zuletzt abgerufen am 29.5.2017.
- 2 Mitteilung in: FD-ArbR 2016, 377667, die auf die WSI-Datenbank „Atypische Beschäftigung“ Bezug nimmt. Abrufbar unter: <https://beck->

Während die „atypischen Beschäftigungsverhältnisse“ nicht allgemein als prekäre Beschäftigungsverhältnisse bezeichnet werden können, ist bei denen im Mittelpunkt der vorliegenden Dissertation stehenden Ausprägungen – Leiharbeit und Beschäftigung auf der Basis von (Schein-) Werkverträgen³ – infolge der Zweckentfremdung dieser für die Wirtschaft unabdingbaren Vertragsgestaltungen, oft das Gegenteil der Fall. Der Grund dafür liegt darin, dass sich die Arbeitnehmerüberlassung von einer etablierten Form des Fremdpersonaleinsatzes, die Unternehmen die Möglichkeit zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen bietet, während sie gleichzeitig geringqualifizierten Arbeitnehmern den Berufseinstieg ermöglicht, hin zu einem Instrument der Absenkung arbeitsrechtlicher Schutzstandards und der Verschlechterung für Stammbeschäftigte geltender Arbeitsbedingungen entwickelt hat. Was wiederum den Werkvertrag als essentielles Instrument der modernen arbeitsteiligen Wirtschaft anbelangt, wird er missbräuchlich nur zum Schein als Vertragsform gewählt, um das tatsächliche Vorliegen eines Arbeitsvertrages oder eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zu verdecken und somit die entsprechenden Arbeitnehmerschutzvorschriften zu umgehen.

Die Missstände, die dadurch entstehen, dass LeiharbeiterInnen bei längeren Einsatzdauern zu ungünstigeren Bedingungen als vergleichbare Stammbeschäftigte eingesetzt werden, dass Vertragskonstruktionen als „Werkvertrag“ bezeichnet werden, obwohl sie ihrer tatsächlichen Durchführung und Ausgestaltung nach als Arbeitsverträge anzusehen sind, dass Unternehmen als „Werkverträge“ bezeichnete Verträge abschließen, um bei der Vertragsdurchführung die tatsächlich gewollte Arbeitnehmerüberlassung unter Missachtung der dafür einschlägigen Vorschriften zu praktizieren, wurden auch vom Gesetzgeber erkannt und führten zu der am 1.4.2017 in Kraft getretenen Reform⁴ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze. Inwieweit der neue rechtliche Rahmen die bis zum 1.4.2017 geltende Rechtslage verändert hat und zur zukünftigen Verhinderung derartiger missbräuchlicher Vertragsgestaltungen beitragen

online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffdarbr%2F2016%2F377667.htm, zuletzt abgerufen am 29.5.2017.

- 3 Mit Werkverträgen sind immer auch selbständige Dienstverträge, jeweils in Abgrenzung von abhängiger Arbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, gemeint.
- 4 BGBI 2017, I, 8, S. 258, ausgegeben am 28.02.2017.

kann, ist Gegenstand der vorliegenden Studie. Um der Problematik der missbräuchlichen Verwendung der Rechtsformen der Arbeitnehmerüberlassung und des Werkvertrages auf den Grund zu gehen, soll das Augenmerk aber zunächst darauf gerichtet werden, wie diese Entwicklung durch vergangene Rechtsreformen ermöglicht und begünstigt wurde.

I. Die Entwicklungsgeschichte der Arbeitnehmerüberlassung

Die politische Grundeinstellung in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung hat in der jüngeren Geschichte bedeutende Richtungswechsel erfahren. Die bereits in den Jahren 1941⁵ und 1957⁶ hinsichtlich der Leiharbeit erlassenen Verbotsregelungen wurden ein Jahrzehnt später vom Bundesverfassungsgericht⁷ wegen eines Verstoßes gegen das Grundrecht auf freie Berufswahl für nichtig erklärt. Zwar erkannte das Gericht die Gefahren, die die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung für die überlassenen Arbeitnehmer in sich birgt, unterschätzte aber deren Ausmaß durch die Unterstellung einer wirtschaftlichen Sinnlosigkeit und praktischen Bedeutungslosigkeit der (dauerhaften) Verleihung und begründete seine Entscheidung mit dem „wirtschaftlichen Bedürfnis“ nach Mobilisierung von Arbeitskräften, die aus verschiedenen Gründen keine Dauerstellung, auch nicht für eine Teilzeitbeschäftigung, annehmen können oder wollen.

Die Arbeitnehmerüberlassung wurde in Deutschland zum ersten Mal erst im Jahre 1972 durch die Schaffung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gesetzlich geregelt, wobei gleichzeitig eine starke Zunahme ihrer Anwendung in der Praxis zu verzeichnen war, die einerseits deren wirtschaftliches Potential zur Bewältigung des vorherrschenden Arbeitskräftemangels zum Vorschein kommen ließ, aber andererseits auch die damit einhergehenden Missstände wie die Nichteinhaltung arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften, die Benachteiligung von Leiharbeitnehmern, das

5 Erlass des Reichsarbeitsministers, Va 5551/910 vom 20.12.1941, RABl. 1942 I S. 6 um die Verteuerung kriegswichtiger Erzeugnisse durch die höheren Personalkosten der Leiharbeit zu verhindern.

6 § 37 Abs. 3 AVAVG (BGBl. 1957 I, S. 1018 ff.).

7 BVerfG vom 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261.

Fehlen eines Tarifvertragsschutzes und die Störungen des Arbeitsmarktes offenlegte. Die Arbeitnehmerüberlassung war seit ihrer Kodifizierung Gegenstand mehrerer Gesetzesreformen wie die zum 1.1.1982 erfolgte Einführung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Bauhauptgewerbe, aber die große Mehrheit der diesbezüglichen Gesetzesänderungen betrafen in den ersten drei Jahrzehnten nach der Schaffung des AÜG die zulässige Überlassungshöchstdauer, die zum 1.5.1985 von drei auf sechs Monate angehoben wurde und zum 1.1.1994 – von sechs auf neun Monate. Ab dem 1.4.1997 durften die Leiharbeiter für die Dauer von 12 Monaten und ab dem 1.1.2002 bis zu 24 Monaten überlassen werden, wobei nach den ersten 12 Monaten der neu eingeführte Gleichbehandlungsgrundsatz gelten sollte.

Die ersten bedeutenden und tiefgreifenden Änderungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung aber, die schließlich auch eine beachtliche Expansion der Leiharbeit mit sich brachten, traten mit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (sog. „Hartz I-Reform“) zum 1.1.2003 in Kraft⁸ und hatten unter anderem zur Folge, dass die Überlassungshöchstdauer wegfiel und die Arbeitnehmerüberlassung nun mal zeitlich unbegrenzt stattfinden durfte. Als Konsequenz wurden Leiharbeiter dauerhaft auf Stammarbeitsplätze eingesetzt. Des Weiteren wurde das Entleihverbot im Baugewerbe gelockert, sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz des „Equal Pay und Equal Treatment“ eingeführt, wobei auch gleichzeitig die Möglichkeit geschaffen wurde, durch Tarifvertrag und zwar auch zu Lasten der Arbeitnehmer davon abzuweichen (§§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG a.F.). Der Flexibilisierung des Arbeitsmarktes durch die Absenkung der sozialen Standards auf Kosten der Arbeitnehmer und zum Zwecke der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit wurde dadurch Tür und Tor geöffnet.

Bereits am 24.02.2003 wurde auf Grundlage dieser Tariföffnungsklausel der erste abweichende bundesweite Flächentarifvertrag für Zeitarbeitsunternehmen von der erst Ende 2002 gegründeten Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalservice-Agenturen (CGZP) und der Interessengemeinschaft Nordbayerischer Zeitarbeits-

8 Vgl. Art. 6 und 14 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002 (BGBl I, 4607).

unternehmen e.V. (INZ) abgeschlossen,⁹ der 40 Unternehmen mit etwa 10.000 Beschäftigten betraf und ein im Vergleich zu vom DGB ausgehandelten Tarifverträgen um 40 Prozent niedriges Lohnniveau für die betroffenen Zeitarbeitnehmer etablierte. Ferner führte die Signalwirkung dieses Tarifabschlusses dazu, dass auch die Tarifverhandlungen der übrigen Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche schnell zum Abschluss gebracht wurden. Es wurden dadurch Anreize für die zunehmende Praxisrelevanz des sog. „Drehtüreffekts“ geschaffen, dafür nämlich, dass betriebsbedingt entlassene Mitarbeiter bei erneutem Personalbedarf als Leiharbeitnehmer zu deutlich ungünstigeren Bedingungen eingestellt wurden. Als Folge des durch die Hartz-Gesetzgebung veränderten rechtlichen Rahmens, sowie der ökonomischen Entwicklung in den auf die Reform folgenden Jahren, ist die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Zeitarbeitsbranche von 282.400 am 1.1.2003 auf 908.000 im Jahre 2012 gestiegen und hat sich somit mehr als verdreifacht.¹⁰ Während im Jahr 2003 nur gut ein Prozent aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Leiharbeitsbranche tätig waren, hat deren Anteil im Jahre 2011 zum ersten Mal den Höchststand von 2,9 Prozent erreicht.

Ein weiterer Meilenstein in der Entwicklung der Zeitarbeit in der Bundesrepublik Deutschland ist der Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 14.12.2010¹¹, der die Tariffähigkeit der CGZP bereits aus formalen Gründen, aufgrund fehlender Tarifzuständigkeit verneinte, ohne dass es auf die Kontroversen auslösende Frage der sozialen Mächtigkeit ankam. Genauso wie das LAG Berlin-Brandenburg in der Vorinstanz, begründete das BAG seine Entscheidung mit der Unmöglichkeit der Übertragung der allgemeinen Tarifzuständigkeit für den Bereich der Zeitarbeit an die CGZP durch ihre Mitgliedsorganisationen, die wiederum ihrerseits nicht über eine inhaltlich entsprechend weitreichende Kompetenz verfügten. Die Tarifunfähigkeit, die die Nichtigkeit der von der CGZP abgeschlossenen Tarif-

9 Der Manteltarifvertrag, der Entgelttarifvertrag und die Entgelttarifverträge Ost und West traten am 1.3.2003 in Kraft; dazu *Ankersen*, NZA 2003, 421, 422.

10 Die Zahlen nach: Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, Januar 2017, S.6 f., abrufbar unter: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.3.2017.

11 BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289.

verträge als Folge hat, wurde in dieser Entscheidung zunächst gegenwartsbezogen festgestellt, während die umstrittene Frage nach deren Vergangenheitsbezug endgültig am 9.1.2012 vom Landesarbeitsgericht Berlin mit deren Bejahung beantwortet wurde.¹² Die Entscheidung wurde infolge der Ablehnung der dagegen erhobenen Nichtzulassungsbeschwerde durch das Bundesarbeitsgericht¹³ am 22.5.2012 rechtskräftig.

Eine zweite Gesetzesänderung von grundlegender Bedeutung auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung fand im Wege der Umsetzung der Richtlinie EG 104/2010 in deutsches Recht statt und trat am 1.12.2011 in Kraft. Sinn und Zweck dieser Reform war die Anpassung des deutschen Rechts an die Vorgaben des Europäischen Gesetzgebers, um einen besseren Schutz und höhere Rechtssicherheit für die Leiharbeiter zu gewährleisten.¹⁴ Anstatt dessen hat aber die durch diese Reform geschaffene Rechtslage mehr Rechtsunsicherheit geschaffen, indem sie eine undefinierte zeitliche Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung einführte, die nun nur noch „vorübergehend“ stattfinden durfte und ferner keine wirksamen Sanktionsmöglichkeiten im Falle des Verstoßes gegen diese zeitliche Einschränkung vorsah. Ferner wurde bei Konstellationen verdeckter Leiharbeit aufgrund von Scheinwerkverträgen ermöglicht, Sanktionen durch Beschaffung von Arbeitnehmerüberlassungserlaubnissen auf Vorrat zu umgehen. Diese rechtlichen Rahmenbedingungen haben sich positiv auf die zahlenmäßige Entwicklung der Leiharbeit ausgewirkt, so dass in den Folgejahren eine Steigerung der Anzahl der Leiharbeiter zu beobachten war, die im Jahresdurchschnitt 2016 auf 991.000¹⁵ oder knapp 3 Prozent aller Beschäftigten geschätzt wurde, obwohl sie zu Beginn der 2000-er Jahre noch bei ca. 200.000 Beschäftigten lag.

Die durch diese rechtlichen Rahmenbedingungen begünstigte Vergrößerung des Lohngefälles zwischen Stammbeschäftigten und Leiharbeitern hat den Gesetzgeber dazu bewogen, zum 1.1.2012 mit der Einführung des § 3a AÜG eine Rechtsgrundlage zur Etablierung einer Lohnunter-

12 LAG Berlin vom 9.1.2012, 24 TaBV 1285/11, DB 2012, 693.

13 BAG vom 22.5.2012, 1 ABN 27/12, BB 2012, 1471.

14 Siehe Beweggründe 12, 13 der RiLi EG 104/2010.

15 Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Juli 2017, Seite 6: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>, zuletzt abgerufen am 3.8.2017.

grenze mittels Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zu schaffen. Die erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung ist mit Wirkung zum 1.1.2012 erlassen worden und wurde von zwei weiteren gefolgt, von denen Letztere zum 1.6.2017 in Kraft getreten ist.¹⁶ Eine vollständige Ost-West-Angleichung in allen neun Entgeltgruppen wird erst zum 1. April 2021 angestrebt.

Ein weiterer Meilenstein für die Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung wurde mit Wirkung zum 1.4.2017 gesetzt. Angesichts der über die Entgeltproblematik hinaus bestehenden zahlreichen Missbrauchsmöglichkeiten, die in der Praxis in hohem Ausmaß wahrgenommen wurden, hat der Gesetzgeber auf Initiative der Bundesregierung ein Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze verabschiedet, womit angestrebt wird, die Arbeitnehmerüberlassung auf ihre Kernfunktion als Instrument zur Deckung eines zeitlich begrenzten Arbeitskräftebedarfs hin zu orientieren und missbräuchliche Werkvertragsgestaltungen zu verhindern. Inwieweit man dieser ambitionierten Zielsetzung durch die neuen Vorschriften nähergekommen ist, ist eine offene Frage, der in dieser Arbeit nachfolgend nachgegangen wird, indem die von dem betreffenden Änderungsgesetz vorgesehenen Maßnahmen genauer unter die Lupe genommen werden.

- 16 Durch die Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung, gültig von 1. Januar 2012 bis zum 31. Oktober 2013 wurde die Stundenlohnuntergrenze auf 7,89 EUR in den alten und 7,01 EUR in den neuen Bundesländern festgesetzt, wobei sie ab dem 1.11.2012 auf 8,19 EUR im Westen und 7,50 EUR im Osten angehoben wurde. Die Zweite Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, gültig vom 1. April 2014 bis zum 31.12.2016 etablierte eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung von 8,50 EUR im Westen und 7,86 EUR im Osten, wobei ab dem 1. April 2015 eine Erhöhung auf entsprechend 8,80 EUR und 8,20 EUR und ab dem 1. Juni 2016 eine weitere Erhöhung auf respektive 9,00 EUR und 8,50 EUR galt. Die Dritte zum 1. Juni 2017 in Kraft getretene und bis zum 31.12.2019 gültige Verordnung setzt eine Lohnuntergrenze von 9,23 EUR in West- und 8,91 EUR in Ostbundesländern fest, die ab dem 1. April 2018 auf entsprechend 9,49 EUR im Westen und 9,27 EUR im Osten, ab dem 1. Januar 2019 auf 9,49 EUR im Osten, ab dem 1. April 2019 auf 9,79 im Westen und ab dem 1. Oktober 2019 auf 9,96 EUR im Westen und 9,66 EUR im Osten angehoben werden muss.