

Arbeitnehmerüberlassung und Equal pay in Mischbetrieben

Diplom-Wirtschaftsjurist Markus Krewerth, Prof. Dr. Peter Pulte

Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung

Die Inanspruchnahme fremden Personals kann für Unternehmen zahlreiche Probleme mit sich bringen. Zu Vermeidung von Missbräuchen, insbesondere der Ausbeutung von Arbeitnehmern und der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, hat daher der Gesetzgeber die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geregelt.

Zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung bedarf es neben der Gewerbeanmeldung einer Erlaubnis nach dem AÜG (§ 1 Absatz 1 Satz 1 AÜG). Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Anspruch, wenn keiner der Versagungsgründe (in § 3 AÜG) vorliegt. Die Überlassung von Arbeitnehmern wird gewerbsmäßig durchgeführt, wenn sie vom verleihenden Unternehmen nicht nur gelegentlich, sondern auf gewisse Dauer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben wird. Hierbei muss dies nicht unbedingt der Unternehmenszweck sein¹. Ob das verleihende Unternehmen tatsächlich Gewinn erwirtschaftet, ist unerheblich. An der Gewinnerzielungsabsicht fehlt es z. B., wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgt und dem Verleiher darüber hinaus daraus auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen.

Nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG handelt es sich, wenn es sich bei dem Vertrag zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und Dritten um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt. Organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen selbst, bleibt er für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Erstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werks verantwortlich, bedient er sich dabei den seinen Weisungen unterliegenden Arbeitnehmern als Erfüllungsgehilfen, so liegt ein Dienst- oder Werkvertrag vor. Für einen Werkvertrag spricht u.a. die Übernahme von Gewährleistungspflichten durch den entsendenden Arbeitgeber.

Bleibt jedoch nach dem Vertragsinhalt dem Dritten, in dessen Bereich die Arbeitskräfte tätig werden, die Entscheidung überlassen, wie und wann er die Arbeitnehmer für welche Arbeiten einsetzt, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor². Entscheidend ist,

¹ BAG 15.04.99-7 AZR 437/97, DB 1999, Heft.43, 8.

² BAG 13.08.08-7 AZR 269/07-Lexetius.com, 2008, 3616.

dass der Mitarbeiter bei vollständiger Eingliederung in den Betrieb des Entleihers für diesen tätig wird³.

Bei der Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn nach Sinn und Zweck des Vertrages die Gebrauchsüberlassung der Sache im Vordergrund steht und die Zurverfügungstellung des Personals nur dienende Funktion hat.

Für die Dauer der Arbeitnehmerüberlassung hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer grundsätzlich die für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, § 10 Absatz 4 AÜG. Nach der Gesetzesbegründung sind unter Arbeitsbedingungen alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen, wie Dauer der Arbeitszeit und des Urlaubs oder die Nutzung sozialer Einrichtungen zu verstehen. Weiterhin fallen unter Arbeitsentgelt nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen sowie andere Lohnbestandteile. Damit sind unter anderem Einmalzahlungen wie z. B. Jahressonderzahlungen und zusätzliche Urlaubsvergütung gemeint. Vergleichbar mit dem Leiharbeitnehmer sind solche Arbeitnehmer des Entleihers, die dieselbe oder zumindest ähnliche Tätigkeit wie der Leiharbeitnehmer ausführen.

Gleichstellungsgrundsatz im AÜG

Die Gleichbehandlungspflicht kam erstmalig über das „Job-AQTIV-Gesetz“ 2002 ins AÜG⁴. Der Verleiher war hierdurch verpflichtet, Mitarbeitern, die mehr als 12 Monate überlassen wurden, die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, wie den vergleichbaren Mitarbeitern des Entleihers. Am 01.01.2004⁵ wurde im Rahmen der nächsten AÜG-Änderung die Vorgabe „mehr als 12 Monate“ gestrichen. Leiharbeitnehmer haben somit ab dem ersten Tag der Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stamarbeitnehmers des Entleihers. Seither gilt also der Gleichbehandlungsgrundsatz ab dem ersten Tag der Leiharbeit. Im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Leiharbeit kam es zu weiteren Änderungen. Diese sind jedoch nicht Gegenstand der Abhandlung.

Grundsätzlich gestattet das AÜG drei Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz:

1. Sog. 6-Wochen-Ausnahme in Sachen des § 3 (1) Nr.3 S.1 HlBs.2. Der Verleiher gewährt dem zuvor Arbeitslosen für die Überlassung an einem Entleiher für die Dauer von 6 Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat. Durch die Umsetzung der EU-Richtlinie wird diese Bestimmung aufgehoben und gilt somit ab Dezember 2011 nicht mehr.⁶
2. Tarifrechtliche Ausnahme in Sachen des §§ 3 (1) Nr.3 S.3, 9 Nr.3 S.2 HlBs.2. Der Leiharbeitsvertrag unterliegt einem Tarifvertrag aus der Arbeitnehmerüberlassungsbranche oder einem Tarifvertrag mit entsprechender Öffnungsklausel für Arbeitnehmerüberlassung.

³ BAG 03.12.97-7 AZR 764/96, NZA 1998, 876.

⁴ BGBl. I S. 3443.

⁵ BGBl. I S. 4607.

⁶ BGBl. I S. 1506.

3. Tarifgebundene können im Geltungsbereich eines solchen zuvor unter 2 genannten Tarifvertrages durch dessen Geltung durch Bezugnahme vereinbaren § 9 Nr.3 S.2 HlBs.3.

Zu 1.

Ausnahmsweise kann der Verleiher einmalig für insgesamt sechs Wochen die Überlassung eines Leiharbeitnehmers an einen Entleiher mit Zustimmung des Leiharbeitnehmers vereinbaren. Voraussetzung ist weiter, dass ein Arbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat, gewährt wird. Unterbrechungen der sechs Wochen und Aufteilung der Beschäftigung bei verschiedenen Entleihern sind möglich. Tarifvertragliche Regelungen gehen vor.

Bei der Einstellung von Arbeitslosen im Rahmen der Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz ist der Bruttolohn so zu berechnen, dass mindestens das „Netto-Arbeitslosengeld“ erreicht wird. Die Regelung setzt lediglich Arbeitslosigkeit voraus. Ein Bezug von Arbeitslosengeld ist nicht erforderlich, so dass auch ein Leiharbeitnehmer, der vorher Leistungen der Grundsicherung oder gar keine Leistungen bezogen hat, von der Vorschrift erfasst wird. In diesen Fällen ist von einem fiktiven Arbeitslosengeld für die Bemessung des Netto-Arbeitsentgeltes auszugehen. Die Regelung gilt nur noch bis Dezember 2011 und wird dem Wirksamwerden des neuen AÜGs aufgehoben.

Zu 2.

Bei unterstellter beidseitiger Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien, liegen die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift des § 9 (2) HlBs. 3 vor, wenn ein wirksamer Tarifvertrag zur Anwendung kommt. Ein wirksamer Tarifvertrag setzt voraus, dass die tarifvertragschließenden Parteien tariffähig sind und die Tarifzuständigkeit der vertragsschließenden Parteien vorliegt. Die Tariffähigkeit soll hier nicht weiter thematisiert werden und ist daher unterstellt. Die Tarifzuständigkeit bzw. der Geltungsbereich, als weitere Voraussetzung der Wirksamkeit, wird durch die Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften autonom festgelegt⁷. Bei beidseitiger Tarifbindung von Verleiher und Leiharbeitnehmer gilt dann der Tarifvertrag unmittelbar (§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG). In der Praxis kommt es allerdings selten vor, dass Leiharbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert sind. Daher gelten die Tarifverträge nur selten nach § 3 Abs. 1 TVG, sondern regelmäßig über eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel⁸.

Besteht ein Tarifvertrag, der auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, sind die Tarifvertragsparteien daran gebunden. Vorausgesetzt, dass das Arbeitsverhältnis unter dem räumlich, fachlich-betrieblich und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt. Dieser Geltungsbereich wird im Tarifvertrag selbst geregelt. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass eine Beschränkung der Tarifzuständigkeit auf die Mitglieder der tarifschließenden Parteien unzulässig ist⁹. Grundsätzlich können zwar Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigungen ihre Tarifzuständigkeit in ihrer Satzung räumlich, betrieblich und branchenmäßig begrenzen. Eine Beschränkung der Tarifzuständigkeit auf die Verbandsmitglieder ist jedoch mit den Erfordernissen eines funktionierenden Tarifvertragssystems nicht vereinbar¹⁰.

⁷ Ulber, AÜG, 2008, § 9 Rn 74.

⁸ Ulber, (o. Fußn. 7), § 9 Rn 76.

⁹ BAG 18.07.06 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225-1232; *Thüsing/Mengel*, AÜG, 2. Aufl., § 9 Rn 42; *Ulber*, (o. Fußn. 7), § 9 Rn 290.

¹⁰ *Schüren*, AÜG, 4. Aufl., § 9 Rn 53.

Grundsätzlich gilt aber, dass aufgrund eines einschlägigen Tarifvertrages von dem Grundsatz der Gleichbehandlung zugunsten oder zu ungunsten des Leiharbeitnehmers abgewichen werden kann. Die Ausnahme ermöglicht es den Tarifvertragsparteien die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und z. B. die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln. § 11 Abs. 4 AÜG besagt zwar, dass die gesetzlichen Regelungen des § 615 BGB nicht abbedungen werden können, aber über die Höhe des in verleihfreien Zeiten zu zahlenden Arbeitsentgeltes besagen die Vorschriften nichts. Deshalb kann grundsätzlich in einem Tarifvertrag (auch bei In Bezugnahme) für verleihfreie Zeiten eine geringere Vergütung als in Verleihzeiten festgelegt werden.

Zu 3.

Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen durch Inbezugnahme einzelvertraglich vereinbaren. Andernfalls gilt der Gleichstellungsgrundsatz, so die Tariföffnungsklausel im AÜG. Im Falle der In Bezugnahme ist der Tarifvertrag grundsätzlich vollständig und umfassend anzuwenden¹¹, ansonsten kann auch der gesetzliche Anspruch nicht vollends verdrängt werden.

Im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit können die Parteien eines Arbeitsvertrages grundsätzlich die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages vereinbaren; dabei könnten sie auch einen fachfremden Tarifvertrag vereinbaren¹². Die Tarifdispositivität staatlichen Rechtes hat aber ihre Grenzen: Nur der einschlägige Tarifvertrag, also räumlich, zeitlich, fachlich und betrieblich, kann als sachgerechte Lösung übernommen werden¹³.

Bisher wurde in der Rechtsprechung und in der Literatur einhellig die Meinung vertreten, dass hierunter der Tarifvertrag zu verstehen ist, der gelten würde, wenn die Parteien des Arbeitsvertrages tarifgebunden wären¹⁴. Dies ist allerdings vor dem Hintergrund des BAG-Urteils zur Tarifpluralität nun differenzierter zu sehen.

Die einzelvertragliche Bezugnahme eines Tarifvertrages soll ausschließlich die fehlende Tarifgebundenheit, jedoch keine anderweitige Voraussetzung der Tarifwirkung ersetzen¹⁵. Unterstellt, dass der Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages grundsätzlich nicht ausdrücklich für die Arbeitsvertragsparteien gegeben ist, ist zu prüfen, ob im Rahmen der Auslegung eventuell eine Anwendung in Frage kommt. Dies ergibt sich zwar nicht explizit aus einem Urteil des BAG vom 25.4.2007¹⁶, denn in dieser Entscheidung hat es das BAG offen gelassen, ob ein Zuwendungstarifvertrag, um dessen Anwendbarkeit es ging, ein einschlägiger und somit kein branchenfremder Tarifvertrag ist, sondern das BAG hat dies einfach zugunsten des dortigen Beklagten unterstellt, weil die Entscheidung der Frage für das Ergebnis ohne rechtliche Bedeutung war. Dies geht jedoch in die richtige Richtung.

Es stellt sich in einem solchen Fall doch die Frage, was als „einschlägiger Tarifvertrag“ anzusehen ist. *„Der Gesetzgeber verlangt für eine Abweichung vom Gesetz durch*

¹¹ Ulber, (o. Fußn. 7), § 9 Rn 91; auch Thüsing, AÜG, 2. Aufl., § 9 Rn 41.

¹² BAG 19.01.99 – 1 AZR 606/98, BB 1999, 1388; BAG 20.11.2001, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 70.

¹³ BAG 19.04.2011-3 AZR 154/09, DB 2011, Heft 33, 7; vgl. Löwisch/Rieble, 3. Aufl. 04, § 3 TVG Rz. 258

¹⁴ BAG 19.04.2011-3 AZR 154/09, DB 2011, Heft 33, 7, BAG AP Nr. 21 zu § 13 BUrlG; Wiedemann, 2007, 7. Aufl., § 3 TVG Rz. 387; Leinemann/Linck, 2001, 2. Aufl., § 13 BUrlG Rz. 19; Höfer, 2011, 12. Aufl., § 17 BetrAVG Rz. 56, 57; Blomeyer/Rolfs/Otto, 2010, 5. Aufl., § 17 BetrAVG Rz. 203; Löwisch/Rieble, 2004, 2. Aufl., § 3 TVG Rz. 258.

¹⁵ Wiedemann, (o. Fußn. 14) § 3 TVG Rz. 387.

¹⁶ BAG 25.4.2007-10 AZR 634/06, NJW 2007, 2279.

Tarifvertrag einen einschlägigen Tarifvertrag und begründet es damit, dass nur die Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche die in der Branche bestehenden Besonderheiten angemessen berücksichtigen können, und somit auch nur im Hinblick auf die in der Branche bestehenden Tarifbestimmungen ein Abweichen von einer gesetzlichen Regelung möglich sein soll“.., so das Landgericht München¹⁷.

Der Gesetzgeber will also durch die Regelung, dass nur die Anwendbarkeit eines einschlägigen Tarifvertrages zwischen den Arbeitsvertragsparteien wirksam vereinbart werden kann, verhindern, dass statt des einschlägigen Tarifvertrages, der im Regelfalle die Besonderheiten der Branche angemessen berücksichtigt, ein branchenfremder Tarifvertrag vereinbart wird. Andernfalls würde ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung ermöglicht, obwohl hiermit die Besonderheiten der Branche unberücksichtigt blieben. Die tarifdispositiven Gesetze, wie bereits erwähnt, erlauben daher die Bezugnahme auf verschlechternde Tarifverträge nur solchen Arbeitsvertragsparteien, die sich im Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages bewegen.

Die Frage, ob die tarifungebundenen Parteien im Arbeitsvertrag einen bestimmten Tarifvertrag in Bezug nehmen können, richtet sich also ebenfalls – wie bei tarifgebundenen – danach, ob sie in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallen. Folglich, ob er – bei unterstellter Tarifgebundenheit der Parteien – zwischen diesen tatsächlich unmittelbar zur Anwendung käme.

In einem Mischbetrieb bewegt sich der Arbeitgeber im Regelfall in mindestens zwei Branchen. Somit ist für einen Unternehmer, der sich auch in der Leiharbeitsbranche bewegt, auch dieser Bereich eröffnet. Genau dies will der Gesetzgeber doch durch die „Tariföffnungsklausel“ im AÜG erreichen und der BAG trägt dem durch die neue Rechtsprechung nun Rechnung. Die „closed-shop-Mentalität“ der Tarifverträge der Leiharbeitsbranche, die ihren Geltungsbereich auf Mitgliedsunternehmen oder Betriebe beschränken wollen, ist sicherlich unzulässig, da hierin ein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit zu sehen ist¹⁸.

Den Mischbetriebsbeispielsfall noch einmal aufgreifend: Ist ein Leiharbeitsunternehmen demnach einerseits an einen Branchentarifvertrag über Leiharbeit und andererseits an einen allgemeinen Tarifvertrag gebunden, so wurde nach bisheriger Übung der allgemeine Tarifvertrag im Wege der Spezialität verdrängt; alleinig zur Anwendung zwischen den Parteien heranzuziehen war daher im Beispielsfall der spezielle Fachtarifvertrag über Leiharbeit. Bezogen auf die Bestimmung des „einschlägigen“ Tarifvertrags durch nicht tarifgebundene Parteien, kam als in Bezug zu nehmender Tarifvertrag damit einzig der Tarifvertrag über Leiharbeit in Betracht¹⁹.

Die Bestimmung des im Rahmen der Inbezugnahme einschlägigen Tarifvertrags erfährt nun durch die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG eine tiefgreifende Änderung. Die Untersuchung der Anwendbarkeit des einschlägigen Tarifvertrags bei unterstellter Tarifbindung würde im o. g. Beispielsfall ergeben, dass grundsätzlich beide Tarifverträge zwischen den Parteien zur Anwendung kommen könnten; da der allgemeine Tarifvertrag nicht mehr verdrängt würde, käme ihm gemäß § 4 I TVG ebenso unmittelbare Wirkung zu. Konsequenz für die Bestimmung des „einschlägigen“ Tarifvertrags, auf den sich der Arbeitsvertrag zwischen nicht tarifgebundenen Vertragsparteien beziehen würde, wäre, dass den Parteien insoweit ein Wahlrecht zustünde: Sie könnten wegen der potenziellen Anwendbarkeit sowohl den speziellen Fachtarifvertrag über Leiharbeit, als auch den allgemeinen Tarifvertrag in Bezug

¹⁷ LAG München 28. 01 2009-9 Sa 488/08.

¹⁸ *Schüren*, (o. Fußn. 10), § 9 Rn 152.

¹⁹ *Thüsing*, (o. Fußn. 11), § 3 Rn 89.

nehmen; dies ergibt sich aus der konsequenten Umsetzung des nunmehr geltenden Grundsatzes der Tarifpluralität. Auf die Frage der Branchennähe kommt es insoweit nicht mehr an.²⁰

Mischbetriebe

In Betrieben, in denen unterschiedliche Betriebszwecke verfolgt werden, ist nach dem bisher geltenden Grundsatz der Tarifeinheit in einem solchen Betrieb nur derjenige Tarifvertrag zur Anwendung zu bringen, der dem Betrieb räumlich, betrieblich und fachlich am nächsten steht und in soweit den Eigenarten und Bedürfnissen von Betrieb und Beschäftigten am besten Rechnung trägt. Im Ergebnis wurde daher der allgemeine Tarifvertrag im Wege der „Spezialität“ verdrängt. Ein Tarifvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung konnte in einem solchen Mischbetrieb daher nur angewandt werden, wenn dieser überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betrieben hatte.

Dies galt auch nach Ansicht der Rechtsprechung in den Fällen der Tarifpluralität, d. h. wenn der Arbeitgeber mehrfach tarifrechtlich gebunden, hingegen die Arbeitnehmer jeweils nur hinsichtlich eines Tarifvertrages tarifgebunden sind²¹. Die Literatur und nunmehr auch das BAG im Urteil zur Tarifpluralität gehen zu Recht davon aus, dass hier ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG gegeben ist, weil die Arbeitnehmer, deren Tarifvertrag verdrängt wird, so behandelt würden, als seien sie gar nicht organisiert. Ein Nebeneinander von Tarifverträgen in einem Unternehmen sollte mithin möglich sein.

Die Untersuchung der Abwendbarkeit eines einschlägigen Tarifvertrages bei unterstellter Tarifbindung in einem Mischbetrieb würde daher ergeben, dass grundsätzlich beide Tarifverträge zwischen den Parteien zur Anwendung kommen müssten; da der allgemeine Tarifvertrag nicht mehr verdrängt würde. Somit käme ihm gemäß § 4 Abs. 1 TVG ebenso unmittelbare Wirkung zu. Nach alter Rechtsprechung war dies nur möglich, wenn der Betrieb über eine eigenständige Betriebseinheit verfügt, die sich ausschließlich mit der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt²².

Für die Bestimmung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags ist entscheidend, welche Betriebe der Tarifvertrag nach dem Willen der Tarifvertragsparteien erfasst werden sollen. Nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG am 07.07.2010²³ wird man davon ausgehen können, dass nach dem Willen der Tarifvertragsparteien der Arbeitnehmerüberlassung nicht nur solche Mischbetriebe unter den Geltungsbereich ihrer Tarifverträge fallen, die arbeitszeitlich überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben²⁴, sondern auch diejenigen, die überhaupt Arbeitnehmerüberlassung anbieten.

Mit der Organisation von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden nach dem Branchenprinzip geht zwar einher, dass sich die von ihnen vereinbarten Regelungen grundsätzlich auf zur Branche gehörende Betriebe erstrecken sollen. Die Zugehörigkeit eines Betriebes zu einer Branche wurde bisher bei unterschiedlichen Betriebszwecken über das Überwiegensprinzip bestimmt. Diesem Prinzip liegt noch der Grundsatz „Ein Betrieb-ein Tarifvertrag“ zugrunde.

²⁰ A. A. BAG 19.04.2011–3 AZR 154/09, DB 2011, Heft 33, 7.

²¹ BAG 05.09.1990–4 AZR 59/90, NZA 1991, 202; *Ulber*, (o. Fußn. 7), § 9 Rn 77.

²² BAG 11.09.1991–4 AZR 40/91, BB 1991, 2535; *Thüsing*, (o. Fußn. 11), § 3 Rn 86.

²³ BAG 07.07.2010–4 AZR 549/08-Lexetius.com, 2010, 1075.

²⁴ Sog. Überwiegensprinzip, vgl. dazu *Nebeling/Gründel*, BB 2009, 2366, 2370.

Mischbetriebe, die nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben und ihre nicht verliehenen Arbeitnehmer nach dem jeweiligen Branchentarifvertrag beschäftigen, können daher vom Gleichstellungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 Nr. 3 nun ebenfalls abweichen.

Die BA und auch Literaturmeinungen²⁵ schließen eine solche Möglichkeit zwar nach wie vor aus, wenn nicht überwiegend Tätigkeiten eines Unternehmens im Bereich der Zeitarbeit ausgeführt werden (Überwiegensprinzip). Ausnahmsweise könne aber ein Unternehmen mit unterschiedlichen Betriebsabteilungen eine wirksame In Bezugnahme bei eigenständige „Leiharbeitsabteilung“, die in den Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages fällt, vereinbaren²⁶. Hierzu sollte die Betriebsabteilung räumlich und organisatorisch von dem zweiten Betriebsteil getrennt sein. Zum anderen dürfen die Mitarbeiter nicht unter den einzelnen Betriebsteilen ausgetauscht werden. Die Mitarbeiter der Betriebsabteilung „Leiharbeit“ also nicht in dem anderen Betriebsteil eingesetzt werden.

Fraglich in diesem Zusammenhang ist, ab wann ein solcher eigenständiger Betriebsteil anzunehmen ist. Nimmt man als Grundlage § 4 Betriebsverfassungsgesetz, so wird die Eigenständigkeit zu bejahen sein, wenn der Betrieb räumlich getrennt oder durch Aufgabenbereich sowie Organisation eigenständig ist. Nach Aussage von Verbänden aus der Zeitarbeitsbranche akzeptieren die Regionaldirektionen bereits eine räumliche Trennung innerhalb eines Gebäudes.

Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit lässt aber vermuten, dass Mischbetriebe, die keinem Tarifvertrag unterliegen und für die auch kein einschlägiger Tarifvertrag existiert, wie z. B. häufig in der EDV-Branche, einen Zeitarbeitsvertrag wirksam in Bezug nehmen können. Ein Unternehmen, das mehrere Betriebe verschiedener Wirtschaftsrichtungen besitzt, kann daher grundsätzlich für jeden Betriebsteil den entsprechenden Tarifvertrag seiner wirtschaftlichen Betätigung in Bezug nehmen, also für den Bereich „Leiharbeit“ bei Tarifungebundenheit einen einschlägigen Tarifvertrag der Zeitarbeit. Auch wenn die Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche häufig ihren normativen Geltungsbereich auf tarifgebundene Mitgliedsunternehmen des jeweiligen Verbandes beschränken wollen, so ist die sicherlich kein Hemmnis, da ansonsten die vom Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG gewollte Ausnahme keine wirkliche Alternative wäre²⁷.

Fazit

Mit der Entscheidung des 4. Senats des BAG und der damit verbundenen Aufgabe des Grundsatzes der Tarifautonomie, ist nunmehr die Abkehr von der Formel „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ vollzogen. Der Senat sah durch den jahrzehntelang geltenden Grundsatz die Koalitionsfreiheit einer eventuellen Minderheitsgewerkschaft verletzt und zwar dadurch, dass ihr Tarifvertrag durch einen Tarifvertrag einer Mehrheitsgewerkschaft verdrängt würde. Somit könnten die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft ihre Ansprüche aus dem Tarifvertrag niemals geltend machen.

Die noch immer in der Durchführungsanweisung (DA AÜG) der BA vertretene Meinung: *„Fällt der Mischbetrieb nicht unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags der Arbeitnehmerüberlassung und ist auch der von ihm angewandte Branchentarifvertrag*


²⁵ Ulber, (o. Fußn. 7), § 9 Rn 93.

²⁶ Schüren, (o. Fußn. 10), § 9 Rn 153.

²⁷ Lembke/Distler, NZA 2006, 952, 956.

nicht für den Fall des Verleihs des Arbeitnehmers anwendbar, so gilt der Gleichstellungsgrundsatz“, ist somit nicht mehr anwendbar.

Abgeschlossen November 2011
www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘

<p><u>Impressum</u>: FH Gelsenkirchen, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10, D-45665 Recklinghausen www.wirtschaftsrecht.fh-gelsenkirchen.de</p>	
	<p>Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/)</p>

 logos

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniushof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>