

Prof. Dr. Marita Körner

Flexicurity in atypischen Arbeitsverhältnissen

Studie im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung

Auf einen Blick ...

- Die Verbreitung atypischer Arbeitsverhältnisse, wie Befristungen, Leiharbeit, abhängige Selbstständigkeit, Minijobs etc., nimmt aufgrund geänderter Anforderungen auf dem Arbeitsmarkt kontinuierlich zu.
- Auch der rechtliche Rahmen für diese Beschäftigungsverhältnisse hat sich grundlegend geändert. Auf der einen Seite wurden die individualarbeitsrechtlichen Bedingungen liberalisiert, zum gleichen Zeitpunkt wurden aber die Möglichkeiten der kollektiven Einflussnahme erweitert.
- Das schafft für Betriebsräte neue Betätigungsfelder, die rechtlich beleuchtet werden.
- In einem weiteren Schritt wird beschrieben, in welcher Form Betriebsräte bisher auf Leiharbeit und befristete Beschäftigung reagiert haben.
- Neue Handlungsalternativen für die Interessenvertretung werden aufgezeigt.

Inhalt:

1. Teil: Das Problem

- A. Hintergrund und Ziel der Untersuchung
- B. Definition und Verbreitung atypischer/prekärer Beschäftigung
 - I. Einordnung atypischer/prekärer Beschäftigung
 - II. Verbreitung atypischer/prekärer Beschäftigung
- C. Das Flexicurity-Konzept

2. Teil: Rechtliche Ausgestaltung atypischer Beschäftigung

- A. Befristete Beschäftigung
 - I. Rechtslage bis 2001
 - 1. Sachgrundbefristung
 - 2. Beschäftigungsförderungsgesetz
 - II. Teilzeit- und Befristungsgesetz 2001 (TzBfG)
 - 1. Diskriminierungsverbot
 - 2. Zulässige Befristungen
 - a) Sachgrundbefristung
 - b) Kalendermäßige Befristung
 - c) Befristung bei Neugründung von Unternehmen
 - d) Befristung gegenüber älteren Arbeitnehmern
- B. Leiharbeit
 - I. Rechtslage bis 2003
 - II. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 2003 (AÜG)

3. Teil: Kollektive Reaktionsmöglichkeiten

- A. Befristete Beschäftigung
 - I. Informationsrecht nach § 20 TzBfG
 - II. Rechte aus dem BetrVG
 - 1. Zustimmungsverweigerungsrecht, § 99 Abs. 2 BetrVG
 - 2. Eingliederungsvorschläge für befristet Beschäftigte, §§ 92a, 80 Abs. 1 Nr. 8
 - 3. Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG

4. Förderungsmöglichkeiten für befristete Beschäftigung beim Interessenausgleich und Sozialplan, § 112 V Nr. 2a BetrVG

B. Leiharbeit

I. Rechte der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb

1. Informationsrechte, § 14 Abs. 2 AÜG
2. Wahlrecht im Entleiherbetrieb, § 7 BetrVG

II. Rechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb

1. Allgemeine Aufgaben
2. Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG
3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten
4. Mitwirkungsrechte vor der Arbeitsaufnahme, §§ 14 Abs. 3 AÜG, 99 BetrVG
5. Eingliederungsvorschläge, §§ 92a, 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

4. Teil: Die betriebliche Umsetzung

A. Beispiele aus Betriebsvereinbarungen

B. Neue Handlungsfelder der Betriebsratsarbeit

Flexicurity in atypischen Arbeitsverhältnissen

1. Teil: Das Problem

A. Hintergrund und Ziel der Untersuchung

Das Normalarbeitsverhältnis ist schon länger unter Deregulierungsdruck. Angesichts veränderter technologischer und ökonomischer Rahmenbedingungen weltweit wird ein Arbeitsrechtssystem wie das deutsche angeblich den Globalisierungsanforderungen nicht mehr gerecht. Unbefristete Vollzeitarbeitsplätze mit einem relativ hohen rechtlichen Bestandsschutzniveau stehen daher im Mittelpunkt der Flexibilisierungsdebatte. In der Folge nimmt die Zahl von befristeten Arbeitsverträgen, Leiharbeit, abhängiger Selbständigkeit, Abrufarbeit, Minijobs etc. zu. Das schlägt sich rechtlich nieder in neuen arbeitsrechtlichen Gesetzen oder der Novellierung vorhandener Normen.

Die Ablösung des Beschäftigungsförderungsgesetzes durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21.12.2000, die Reform der Zeitarbeit im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vom 23.12.2002 und das 2001 novellierte Betriebsverfassungsgesetz haben zu einem Richtungswechsel für atypische bzw. prekäre Beschäftigungsverhältnisse geführt. Einerseits wurden die individualarbeitsrechtlichen Voraussetzungen für die prekären Arbeitsverhältnisse Zeitarbeit und Befristung liberalisiert. Andererseits wurden aber auch die Möglichkeiten der kollektiven Einflussnahme auf diese Beschäftigungsverhältnisse, insbesondere die Chance, sie besser in die Stammebelegschaft zu integrieren, verbessert.

Diese neuen Betätigungsfelder des Betriebsrats auszuleuchten, ist das Ziel der vorliegenden Untersuchung. Dabei wird zunächst in einem ersten Teil das Problem in seinen gesellschaftspolitisch-soziologischen Dimensionen aufgezeigt und atypische bzw. prekäre Beschäftigung in den Kontext des Normalarbeitsverhältnisses gestellt. Im zweiten Teil geht es um die individualrechtliche Entwicklung von befristeter Beschäftigung und Leiharbeit und zwar vor und nach den Reformen in den Jahren 2001 und 2003 durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und das BetrVG 2001. Der dritte Teil widmet sich den kollektivrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten, die die Reformen in den genannten Gesetzen dem Betriebsrat sowohl bei befristeter Beschäftigung wie bei Leiharbeit eingeräumt haben. Der vierte Teil schließlich ist ein

Ausblick auf die betriebliche Praxis. Dabei wird zunächst ein kurzer Überblick über entsprechende Betriebsvereinbarungen gegeben, um zum Schluss zu überlegen, welche konkreten neuen Handlungsfelder sich dem Betriebsrat durch die gesetzlichen Änderungen eröffnen.

B. Definition und Verbreitung atypischer/prekärer Beschäftigung

I. Einordnung atypischer/prekärer Beschäftigung

Was in der Debatte der 1980er Jahre noch "neue Produktionskonzepte" genannt wurde hat sich jetzt entwickelt zu "Entgrenzung von Arbeit", "Jobnomaden" oder "Prekarisierung von Erwerbsarbeit". Allerdings betrifft diese Tendenz nicht den gesamten Arbeitsmarkt. Vielmehr haben wir es mit einer Aufspaltung in drei Bereiche zu tun: Zum einen das geschützte Normalarbeitsverhältnis, das nach wie vor den größten Teil der Beschäftigung ausmacht, wenn auch mit abnehmender Tendenz. Zum anderen geht es um die hier im Mittelpunkt stehende atypische oder prekäre Arbeit und schließlich um die Personen, die dauerhaft von der Erwerbsarbeit ausgeschlossen werden. Vereinfacht gesagt, soll die Ausweitung des zweiten Bereiches den dritten auffangen.

Spätestens nach 1945 hat sich in Deutschland für die Mehrheit der Berufstätigen die Vorstellung verfestigt, dass eine "normale" Beschäftigung eine in Vollzeit und ohne vertraglich festgelegte zeitliche Befristung sei. Dieses Modell eines Normalarbeitsverhältnisses blieb über Jahrzehnte prägend für den Arbeitsmarkt und liegt als Bedingung der überwiegenden Mehrzahl arbeitsrechtlicher Gesetze zugrunde. Man denke nur an die Frage, wie Teilzeitbeschäftigte bei der Bewertung der Anwendbarkeit eines Gesetzes zu zählen sind oder den häufigen Ausschluss von befristet Beschäftigten aus Sozialplänen. Das Normalarbeitsverhältnis ist aber nicht nur Dreh- und Angelpunkt des Arbeitsrechts, sondern auch des daran anknüpfenden Sozialversicherungsrechts, das vor allem bei der Rente so konstruiert ist, dass nur jahrzehntelange Arbeit in einem Vollzeitarbeitsverhältnis zu Existenzsicherung im Alter führen kann. Das Modell entsprach in den Aufbaujahrzehnten nach dem 2. Weltkrieg den Bedürfnissen aller Beteiligten: Arbeitnehmer konnten sich auf rechtlich (und materiell) immer besser abgesicherte lebenslange Berufsarbeit verlassen, Unternehmen konnten vor dem Hintergrund von Arbeitskräftemangel eben durch immer bessere rechtliche Absicherung Arbeitskräfte halten.

Die Lage hat sich grundlegend geändert. Die rasante technologische Entwicklung und Globalisierung sind hier die Stichworte. Kostenfragen stellen sich seither verschärft. Kostenüberlegungen haben für Unternehmen natürlich schon immer eine große Rolle gespielt, sind aber unter Globalisierungs- und Konkurrenzgesichtspunkten in den Mittelpunkt gerückt und machen auch vor den Kosten der Arbeit nicht Halt. Ganz im Gegenteil, Arbeitskosten gelten in Deutschland als besonders hoch; nicht zuletzt das als rigide eingestufte Arbeitsrecht¹ wird als Kostenfaktor wahrgenommen und so werden arbeitsrechtliche Regelungen - genannt seien exemplarisch nur der Kündigungsschutz oder der Flächentarifvertrag - mit dem Stigma belegt, ein Grund für Arbeitslosigkeit zu sein. Aus diesem Befund ergibt sich dann fast zwangsläufig die Therapie, dass flexiblere Arbeitsformen zugelassen werden müssen, um die Beschäftigungsschwelle bei den Unternehmen zu senken. Gern wird in diesem Zusammenhang auch auf andere Länder und deren "Jobwunder" verwiesen, ohne die Hintergründe und Details dieser "Wunder" zu erläutern.²

Der Begriff der atypischen Beschäftigung ist nur verständlich vor dem Hintergrund eines normativen Vergleichsmaßstabes. Soziologisch gesehen ist eine Beschäftigung nicht per se typisch oder eben nicht, sondern im Verhältnis zu anderen Beschäftigungsformen, die aufgrund ihrer Verbreitung als "normal" gelten. Das Atypische einer Beschäftigung wird also an gesellschaftlichen Normalitätsstandards gemessen, die ihrerseits ständigen historischen Veränderungen unterliegen.

Von prekärer Beschäftigung kann man sprechen, wenn die Beschäftigten deutlich unter das Einkommens-, Integrations- und Schutzniveau sinken, das als Standard definiert ist.³ Der Begriff der Prekarität steht dabei für die Unsicherheit dieser Beschäftigungsformen.⁴ Die psycho-sozialen Folgen dieser Unsicherheit sind untersucht; am gravierendsten dürfte sein, dass bei etlichen der atypischen Beschäftigungsformen eine langfristige Lebensplanung kaum noch möglich ist. Abgesehen von diesen individuellen Folgen, werden auch gesellschaftliche Befürchtungen laut: Die Gefahr politischer Instabilität ist hier das Stichwort.

¹ Untersuchungen, die das Gegenteil belegen, wie z.B. die Regam-Studie zum Kündigungsschutz werden in diesem Zusammenhang viel zu wenig zur Kenntnis genommen
Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, München 2005.

² In den USA ist die staatliche Subventionierung niedriger Einkommen durch eine negative Einkommenssteuer ein Hauptgrund für das "Jobwunder". Zur Realität dieses Wunders: *Barbara Ehrenreich*, Arbeit poor - unterwegs in der Dienstleistungsgesellschaft, 2001. In Großbritannien ist es im Ergebnis ähnlich. Das britische System der Lohnzuschüsse (tax credits) subventioniert die Arbeitsmarktreflexen, die den Niedriglohnsektor förderten.

³ *Klaus Dörre*, WSI-Mitteilungen 5/2005, 250 (252).

⁴ Dazu auch die Ausführungen von *Kraemer/Speidel*, Prekäre Leiharbeit, in: *Berthold Vogel* (Hrsg.), Leiharbeit, 2004, S. 119 (121 ff.); Zum Thema auch *Gudrun Linne/Bertold Vogel* (Hrsg.), Leiharbeit und befristete Beschäftigung, Hans Böckler-Stiftung Arbeitspapier 68, 2003 (Stand 2002, also vor der Neuregelung des AÜG).

Dabei darf die ambivalente Haltung der Stammebelegschaft gegenüber atypisch Beschäftigten nicht übersehen werden: Für sie kann atypische Beschäftigung im Betrieb als mehr eigene Sicherheit wahrgenommen werden, da bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten Beschäftigungsformen wie Befristung und Leiharbeit als Personalpuffer dienen und die Stammebelegschaft zunächst von Personalreduzierungen verschont bleibt. Daher hatten in der Vergangenheit Stammebelegschaften und mit ihnen die Betriebsräte häufig kein großes Interesse an der besseren Integration von atypisch Beschäftigten.

II. Verbreitung atypischer/prekärer Beschäftigung

Atypische Beschäftigung umfasst alle vom Normalarbeitsverhältnis abweichenden Beschäftigungsarten, von der Teilzeitarbeit bis zur abhängigen Selbstständigkeit. Hier werden im Folgenden Befristung und Leiharbeit im Mittelpunkt stehen. Für sie gilt das Argument nicht, dass auch auf Seiten der Arbeitnehmer Flexibilisierungswünsche bestehen können und insoweit dann gerade keine Sicherheitsbedürfnisse befriedigt werden müssten. Diese auf Arbeitnehmerseite durchaus vorhandene Nachfrage nach Beschäftigungsformen, die vom Normalarbeitsverhältnis abweichen, betreffen eher Formen von Arbeitszeitreduzierungen, vor allem Teilzeit, aber z.B. auch Sabbaticals, die die Stabilität des Arbeitsplatzes nicht tangieren.

Seit den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts steigt die Zahl atypischer Beschäftigungsverhältnisse kontinuierlich.⁵ Gemessen an der Zahl der Gesamtbeschäftigung von ca. 37 Millionen⁶ liegt der Anteil der Leiharbeit mit etwa 350.000 unter 1% und scheint quantitativ wenig bedeutend zu sein. Er hat sich aber seit Anfang der achtziger Jahre versiebenfacht,⁷ liegt aber noch deutlich hinter anderen europäischen Ländern; in den Niederlanden z.B. sind über 4% der Beschäftigten als Leiharbeitnehmer tätig. Das zeigt das Potential, das angesichts der gesetzlichen Aufwertung der Leiharbeit seit 2003 durchaus auch in Deutschland ausgeschöpft werden könnte. Inwieweit der Anteil der Leiharbeitnehmer auch darüber hinaus gehen könnte, wird u.a. davon abhängen, wie sich die Struktur der Leiharbeit entwickelt. Schon jetzt sind nicht mehr nur vorwiegend gering Qualifizierte als Leiharbeitnehmer tätig, wenn auch ihr Anteil noch überwiegt. Sie dürften auch den Hauptanteil der ca. 60% der Leiharbeitnehmer stellen, die bei ein und demselben Entleiher

⁵ Hoffmann/Walwei, Normalarbeitsverhältnis: Ein Auslaufmodell?, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 1998, Heft 3, S. 409 ff.

⁶ Helmut Rudolph, Befristete Arbeitsverträge und Zeitarbeit. Quantitäten und Strukturen "prekärer Beschäftigungsformen", in: Linne/Vogel (Hrsg.), Leiharbeit und befristete Beschäftigung, S. 9 (10).

⁷ Matthias Sacher, Erwerbsstruktur und Alterssicherung - Entwicklungslinien des deutschen Arbeitsmarktes seit den 1980er Jahren, in: Statistisches Bundesamt - Wirtschaft und Statistik 5/2005, S. 479 (487).

nur bis zu drei Monaten beschäftigt sind.⁸ Da aber durch das AÜG von 2003 die Höchstfrist der Überlassung aufgehoben wurde, wird Arbeitnehmerüberlassung auch bei qualifizierten Tätigkeiten interessant, die mit längeren Einarbeitungszeiten verbunden sind.

Bei der Befristung ist der Anteil an der Gesamtbeschäftigung viel höher und er steigt: Lag er 1990 noch bei ca. 6%,⁹ 2001 noch unter 10%, so hatte er 2003 schon um 13% erreicht. In absoluten Zahlen bedeutet das für das Jahr 2003 knapp 25 Millionen Vollzeitbeschäftigte und 4,1 Millionen befristet Tätige.¹⁰ In bestimmten Altersgruppen entwickelt sich die befristete Beschäftigung fast schon zum Normalarbeitsverhältnis. So betrug im Jahr 2003 der Anteil der 20 - 25-Jährigen 27% und der der 25 - 30-Jährigen 14%, bei den 35 - 40-Jährigen dagegen nur 6%. Der Anstieg der Befristungen beim Berufseinstieg ist nicht neu, aber seit 1996 stark angestiegen und betrifft mittlerweile alle Qualifikationsstufen.¹¹ Das dürfte damit zu tun haben, dass durch das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 die befristete Übernahme nach der Ausbildung erleichtert wurde.¹² Allerdings sollte man vorsichtig sein mit der Schlussfolgerung, dass befristete Arbeitsverträge überwiegend eine Erscheinung des Berufseinstiegs sind. Aus den o.a. Zahlen des Jahres 2003 ist nur der Ist-Zustand ablesbar. Ob sich der bei jungen Arbeitnehmern immer höher werdende Anteil an befristeter Beschäftigung angesichts insgesamt erleichterter Befristungsmöglichkeiten für diese Altersgruppen nicht in deren weiterer Erwerbsbiographie fortschreiben wird, ist noch ungewiss, aber keineswegs unwahrscheinlich. Anderenfalls müssten die vielen, in den ersten Berufsjahren nur befristet eingestellten Beschäftigten im Laufe der Zeit in unbefristete Beschäftigungen übernommen werden. Ob das eine realistische Erwartung ist, bleibt abzuwarten.

C. Das Flexicurity-Konzept

Flexibilitätserfordernisse in der Wirtschaft und soziale Sicherheit der Arbeitnehmer scheinen unversöhnliche Gegensätze zu sein. Die werden i.d.R. als die von Arbeitgebern gewünschte Flexibilisierung von Arbeitsmarkt und Betrieben einerseits und die Absicherung durch staatliche soziale Sicherungssysteme andererseits verstanden. Diese Betrachtung ist zwar nicht falsch, aber zu kurz gegriffen. Flexibilität und Sicherheit kann auch auf die Handlungsorientierungen der Akteure im Betrieb bezogen werden, wo dann Flexibilität nicht

⁸ *Rudolph*, in: Linne/Vogel, Leiharbeit und befristete Beschäftigung, Hans-Böckler-Stiftung Arbeitspapier 68, 2003, S. 9, 19.

⁹ *Keller-Seifert*, WSI-Mitteilungen 1993, 539.

¹⁰ *Sacher*, a.a.O., S. 485, 487.

¹¹ *Rudolph*, a.a.O., S. 13.

¹² Bis dahin durfte nach der Ausbildung nur befristet werden, wenn ein Dauerarbeitsplatz fehlte.

allein auf der Seite des Arbeitgebers und Sicherheit auf der der Arbeitnehmer angesiedelt ist. Vielmehr steht Flexibilität für Handlungsoptionen aller Akteure im Betrieb und Sicherheit für gegenseitig berechenbares Verhalten. Flexibilität ist aus dieser Perspektive nicht nur ein Instrument der Betriebe zur besseren Kundenorientierung oder zur Kostensenkung, sondern auch eine Möglichkeit für die Beschäftigten, Anpassungen an verschiedene Lebenssituationen, z.B. bei der Arbeitszeit, zu erreichen. Sicherheit bedeutet umgekehrt nicht nur Schutz der Beschäftigten vor nachteiligen Veränderungen, sondern auch Berechenbarkeit für den Arbeitgeber und Bestandsschutz für das Unternehmen.

In diesem Sinne ist auch der im Jahre 2002 beschlossene Forschungsschwerpunkt "Flexicurity" der Hans-Böckler-Stiftung zu verstehen.¹³ Danach ist die Verknüpfung von Flexibilität und Sicherheit auch deshalb entscheidend, weil die Akzeptanz von Flexibilisierungsmaßnahmen davon abhängt, wer in welchem Umfang auch tatsächlich flexibel handeln und reagieren kann. Und hier ist es keineswegs so, dass die flexiblen Handlungsmöglichkeiten allein beim Betrieb/Arbeitgeber liegen, während die Arbeitnehmer auf externe Sicherungssysteme angewiesen sind, um die für sie negativen Folgen von Unternehmensflexibilität abzufedern. Noch nicht einmal auf der Arbeitnehmerseite sind aber die Begriffe Flexibilität und Sicherheit immer klar voneinander zu trennen, denn die Wahrnehmung dessen, was flexibel/unsicher und was sicher ist, hängt auch von der Lebenssituation und den jeweiligen Interessen ab. So kann z.B. Flexibilisierung bei der Arbeitszeit von Arbeitnehmern durchaus als Sicherheit wahrgenommen werden, etwa im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, von anderen dagegen gerade als Unsicherheit in der Tages- und Wochenplanung.

Natürlich bleiben externe Sicherungssysteme wichtig und können bei bestimmten Themen auch im Vordergrund stehen, z.B. bei betrieblichen Beschäftigungsbündnissen oder lebenslangem Lernen. Generell aber gilt, dass wichtige Aspekte von Sicherheit auch im Rahmen der Betriebsverfassung gewährleistet werden können und dort ggfs. sogar besser als extern. Darum geht es im Folgenden, wo vor allem im 3. Teil aufgezeigt wird, welche Möglichkeiten der Betriebsrat hat, bei den Beschäftigungsformen Befristung und Leiharbeit Einfluss zu nehmen.

¹³ Vgl. dazu den Überblick von *Heidemann/Klein-Schneider/Müller*, Flexicurity - Beiträge der Abteilung Mitbestimmungsförderung, Hans-Böckler-Stiftung, 12.09.2003.

2. Teil: Rechtliche Ausgestaltung atypischer Beschäftigungsformen

A. Befristete Beschäftigung

I. Rechtslage bis 2001

Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) hat in § 620 Abs. 1 als Regelfall das befristete Dienst- oder Arbeitsverhältnis vorgesehen¹⁴ und erst im zweiten Absatz ein unbefristetes Vertragsverhältnis mit Kündigungsmöglichkeit normiert. Die Regel sollte also die Befristung sein. Die Probleme dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses hatte zwar schon in der Weimarer Zeit das Reichsarbeitsgericht (RAG) erkannt, aber nicht gelöst.¹⁵ Erst die Rechtsprechung des BAG führte zu einer Einschränkung der Befristungsmöglichkeiten, indem für befristete Arbeitsverhältnisse ein sachlicher Grund verlangt wurde.

1. Sachgrundbefristung

Die Befristung des Arbeitsvertrages aus sachlichem Grund war nicht an eine bestimmte Dauer gebunden. An diesem Grundsatz hat sich auch durch das TzBfG nichts geändert. Für den Sachgrund kommt es nach wie vor nur auf die Befristung als solche an, nicht auf die Gesamtdauer.¹⁶ Dennoch spielt die Befristungsdauer insofern eine Rolle als sie in einem Zusammenhang mit dem Befristungsgrund stehen muss. Ist dieser Zusammenhang nicht herzustellen, ist das ein Indiz dafür, dass der Befristungsgrund schon bei Vertragsschluss nicht vorlag.¹⁷ Als Befristungsgründe kamen und kommen z.B. in Betracht die Vereinbarung einer Probezeit, der Einsatz für zeitlich begrenzte Aufgaben - so bei Vertretung für einen erkrankten Arbeitnehmer -, die Beschäftigung von Künstlern wegen des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums, von Mitarbeitern bei den Medien, die programmgestaltende Aufgaben haben oder von Wissenschaftlern auf Nachwuchsförderungsstellen.

¹⁴ Der BGB-Gesetzgeber des Jahres 1900 hat die Existenz von abhängiger Beschäftigung nicht zur Kenntnis genommen und daher in §§ 611 ff. BGB nur das Dienstverhältnis ausdrücklich geregelt, das zwei gleich starke Vertragspartner voraussetzt. Die Rechtsprechung hat aber schon früh §§ 611 ff. dahingehend ausgelegt, dass auch der Arbeitsvertrag unter diese Normen fällt. Bei der Terminologie ist es bis heute geblieben. Nur bei viel später ins BGB eingefügten Normen, wie z.B. § 611 a tauchen die Begriffe "Arbeitnehmer" und "Arbeitsvertrag" auf.

¹⁵ *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 1998, 11. Aufl., Rn 1855.

¹⁶ Ständige Rechtsprechung, vgl. BAG vom 06.12.2000, NZA 2001, 721, 722.

¹⁷ a.a.O.

Die Rechtsprechung des BAG forderte aber nicht generell bei jeder Befristung das Vorliegen eines sachlichen Grundes. Vielmehr kam es darauf an, ob durch die Befristung das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) umgangen wurde. Die Ausgangsfrage war also immer, ob ohne die Befristung auf das Arbeitsverhältnis das KSchG anwendbar gewesen wäre. Um das festzustellen, waren die Sperren in §§ 1 und 23 KSchG zu prüfen. Für Arbeitnehmer, die nicht länger als sechs Monate beschäftigt werden sollten, galt folglich die Befristungssperre nicht,¹⁸ eben so wenig wie für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben unterhalb der Schwelle des § 23 KSchG.

Besonderheiten galten bei sog. Kettenarbeitsverträgen. Zunächst hatte das BAG gefordert, dass bei mehreren hintereinandergeschalteten befristeten Arbeitsverträgen für jeden Vertrag gesondert geprüft werden musste, ob ein Sachgrund vorliegt.¹⁹ Dann wurde die Rechtsprechung dahingehend geändert, dass nur noch die letzte Befristung in der Kette zu prüfen war. Die "Kette" war nur noch insofern von Bedeutung als mit der Anzahl der Befristungen die Anforderungen an den sachlichen Grund strenger zu prüfen waren.²⁰

2. Beschäftigungsförderungsgesetz

Mitte der 1980er Jahre nahm die arbeitsrechtliche Deregulierungspolitik mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) ihren Ausgang. Zugrunde lag die Vorstellung, dass durch den Abbau von arbeitsrechtlichen Schutzregeln, insbesondere des Kündigungsschutzes, Beschäftigung gefördert werden könnte. Entsprechend ließ das BeschFG 1985 sachgrundlose Befristungen zu, wenn auch mit einer Höchstdauer. Das Gesetz war zunächst bis zum 31.12.1989 befristet, wurde dann aber mehrfach verlängert und ist zum 31.12.2000 schließlich ausgelaufen und durch das TzBfG ersetzt worden. Bis 1996 waren einmalig befristete Arbeitsverträge bis zu einer Höchstdauer von 18 Monaten ohne sachlichen Grund zulässig. Das galt bei Neueinstellungen und bei der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach der Lehre sofern kein Dauerarbeitsplatz vorhanden war. In neu gegründeten Betrieben war schon damals eine Befristung bis zu 24 Monaten zulässig, wenn kein enger sachlicher Zusammenhang zu einem vorherigen Arbeitsvertrag bei demselben Arbeitgeber bestand. Maßstab war hierfür ein Zeitraum von vier Monaten.

¹⁸ BAG NZA 1985, 90; BAG DB 1990, 2604.

¹⁹ So zuletzt BAG DB 1985, 2152.

²⁰ z.B. BAG DB 1992, 1831.

Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 wurden die Befristungsmöglichkeiten erweitert.²¹ Die generell zulässige Befristungsdauer wurde auf 24 Monate erhöht, mit drei Verlängerungen innerhalb dieser Höchstdauer. Neu war auch, dass eine Neueinstellung für die Befristung nicht mehr Bedingung war, sondern § 1 Abs. 3 BeschFG lediglich eine Anschlussbefristung an ein unbefristetes Arbeitsverhältnis untersagte. Daher wurde es möglich, an einen aus sachlichen Gründen befristeten Arbeitsvertrag einen kalendermäßig nach dem BeschFG befristeten anzuhängen. Die umgekehrte Variante, also zuerst eine Befristung nach BeschFG und dann eine mit Sachgrund, war auch schon vorher zulässig gewesen. Neben diesen Erleichterungen der Befristung wurden 1996 auch erstmals befristete Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern ohne Einschränkung erlaubt; die entsprechende Altersgrenze betrug 60 Jahre. Schließlich wurde die befristete Anschlussbeschäftigung von Auszubildenden erleichtert, indem ein fehlender Dauerarbeitsplatz keine Befristungsvoraussetzung mehr war.

II. Teilzeit- und Befristungsgesetz 2001 (TzBfG)

Die beschriebene Rechtslage wurde Ende 2000 im wesentlichen ins Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) überführt, das am 01.01.2001 in Kraft trat.²² Das TzBfG diente u.a. der Umsetzung der EG-Richtlinie über befristete Arbeitsverträge von 1999, die ihrerseits auf einer Vereinbarung der europäischen Sozialpartner basiert.²³ Damit gilt die Regelung des § 620 I BGB für befristete Arbeitsverträge nicht mehr; das Beschäftigungsförderungsgesetz wurde zum 31.12.2000 aufgehoben.²⁴ An der Struktur der Befristungsregelungen hat sich dadurch nichts geändert, d.h. die Befristung eines Arbeitsvertrages ist entweder aus sachlichem Grund möglich oder als kalendermäßige Befristung mit Höchstbefristungszeiten.

1. Diskriminierungsverbot

War noch 1998 der Befund richtig, dass "ein Diskriminierungsverbot kaum in Ansätzen entwickelt worden war"²⁵ und hatte noch Mitte der neunziger Jahre das Bundesarbeitsgericht (BAG) einen Ausschluss von befristet Beschäftigten auch von einer nur anteiligen tariflichen

²¹ Dazu im einzelnen *Rolfs*, NZA 1996, 1137.

²² Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21.12.2000, BGBl. I S. 1966.

²³ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.06.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG 1999 Nr. L 175 S. 43.

²⁴ Zu den bis dahin geltenden Regelungen genauer *Dörner*, ZTR 2001, 485.

²⁵ *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Rn 1854

Jahressonderzahlung nicht für gleichheitswidrig nach Art. 3 Abs. 1 GG gehalten²⁶, so hat mittlerweile die EG-Richtlinie zu befristeter Beschäftigung dazu geführt, dass in § 4 Abs. 2 TzBfG erstmals ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot aufgenommen wurde. Aufgrund des Satzes 2 dieser Norm wäre die erwähnte BAG-Entscheidung so wohl nicht mehr möglich, denn eine Schlechterbehandlung wegen der Befristung ist ohne - streng zu bewertenden - sachlichen Grund jetzt nicht mehr zulässig. Ausdrücklich gilt das Gebot des anteilig gleichen Entgelts, d.h. dem befristet Beschäftigten müssen Arbeitsentgelt oder andere teilbare geldwerte Leistungen im Verhältnis zu seiner Beschäftigungsdauer gewährt werden. Bei nicht teilbaren Leistungen, wie z.B. Zugang zur Kantine oder Benutzung von Werksbussen steht dem befristet Beschäftigten i.d.R. die gesamte Leistung zu.²⁷ Satz 3 des § 4 Abs. 2 TzBfG verlangt darüber hinaus, dass auch bei der Berücksichtigung von Betriebszugehörigkeitszeiten keine Unterschiede zwischen befristet und unbefristet Beschäftigten gemacht werden dürfen. Anders als bei der Teilzeit, haben bei der Befristung allerdings auch schon vor Inkrafttreten des TzBfG die meisten gesetzlichen und tariflichen Regelungen, die auf Betriebs- und Unternehmenszugehörigkeit abstellten, keinen Unterschied zwischen befristet und unbefristet tätigen Arbeitnehmern gemacht.

Als Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot kann die diskriminierende Regelung nach § 134 BGB nichtig sein, da § 4 TzBfG ein Verbotsgesetz im Sinne dieser Vorschrift ist. Unter Umständen kann aber die Diskriminierung auch durch eine andere Auslegung beseitigt werden, sodass die Regelung als solche in Kraft bleiben kann. Ist eine Vergütungsvereinbarung nach § 134 BGB nichtig, hat der betroffene Arbeitnehmer Anspruch auf die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB. § 4 Abs. 2 TzBfG kann aber auch selbst einen Leistungsanspruch begründen, wenn die Ungleichbehandlung anders nicht beseitigt werden kann.²⁸ Je nach Art der Diskriminierung ist auch ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB analog denkbar. Schließlich kann ein Schadensersatzanspruch des diskriminierten Arbeitnehmers in Betracht kommen (§ 280 I BGB; § 823 II i.V.m. § 4 Abs. 2 TzBfG).

Allerdings ist es wegen Befristungsdiskriminierung in der Vergangenheit selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen gekommen, was aber auch damit zusammenhängen dürfte, dass es einen ausdrücklichen Diskriminierungsschutz für befristete Beschäftigung nicht gab. Bei den entschiedenen Fällen ging es vor allem um den tarifvertraglichen Ausschluss von befristet beschäftigten Arbeitnehmern von betrieblichen Altersversorgungssystemen. Hier hat das BAG z.B. zugelassen, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsverträge auf ein Jahr befristet sind, tarifvertraglich von der betrieblichen

²⁶ BAG DB 1994, 539.

²⁷ Preis/Gotthardt, DB 2000, 2065, 2070.

²⁸ Herms in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 4, Rn 111.

Altersversorgung ausgeschlossen werden dürfen.²⁹ Entscheidend sei der Zweck der Leistung: Gehe es um Förderung und Belohnung der Betriebstreue mit dem Ziel, Arbeitnehmer an den Betrieb zu binden, sei ein Ausschluss der Befristeten zulässig. Inwieweit diese Begründung nach der neuen Rechtslage ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung sein könnte, wird vom Einzelfall abhängen.

Im übrigen hat sich die Lage durch § 1a des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) dahingehend geändert, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung hat; einen Ausschluss von befristet Beschäftigten sieht § 1a BetrAVG nicht vor.

Auch beim Ausschluss von befristet Beschäftigten von Sonderzahlungen ist sehr fraglich, ob die Rechtsprechung aus der Zeit vor Erlass des TzBfG Bestand haben kann.³⁰ Das BAG hatte hier u.a. entschieden, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer auch dann tarifvertraglich von Sonderzahlungen ausgeschlossen werden dürfen, wenn die unbefristet Beschäftigten selbst für den Fall einen Anspruch haben, dass sie vor einem bestimmten Stichtag aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden waren.³¹

Unter Diskriminierungsgesichtspunkten besonders praxisrelevant ist der Ausschluss von befristet Beschäftigten von Sozialplänen. Das wird in vielen Fällen unter der Geltung von § 4 TzBfG nicht mehr zu rechtfertigen sein,³² denn selbst wenn ein sachlicher Grund in der Überbrückungsfunktion des Sozialplans liegt, stellt sich beim auslaufenden Arbeitsvertrag des befristet Beschäftigten die Situation nicht grundsätzlich anders dar als beim unbefristet Beschäftigten, dessen Arbeitsverhältnis durch Kündigung endet.³³

Das Diskriminierungsverbot in § 4, aber auch alle anderen Rechte aus dem TzBfG werden noch dadurch besonders abgesichert, dass § 5 ein spezielles Benachteiligungsverbot statuiert: Ein Arbeitnehmer darf nicht wegen der Inanspruchnahme der Rechte aus dem TzBfG benachteiligt werden, was eine Konkretisierung des Maßregelungsverbots in § 612 a BGB darstellt. Eine gegen § 5 verstoßende Maßnahme kann dabei nicht nur allein vom Arbeitgeber ausgehen, sondern auch durch die Regelung in einer Betriebsvereinbarung erfolgen.³⁴ Wird gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, sind die Rechtsfolgen ähnlich

²⁹ BAG vom 13.12.1994, NZA 1995, 886.

³⁰ Das verneinen u.a. *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 4 TzBfG, Rn 34. So auch *Hromadka*, BB 2001, 674, 675 für den Fall, dass bei einer Stichtagsregelung für einen unbefristet Beschäftigten bei Nichterreichen des Stichtages oder späterem Eintritt in den Betrieb ein anteiliger Anspruch entsteht. Bejahend: *Herms*, in: *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 4, Rn 118.

³¹ BAG vom 06.10.1993, NZA 1994, 465.

³² So auch *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 4 TzBfG Rn 37; *Hromadka*, BB 2001, 674, 674 f.

³³ a.A. *Herms*, in: *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 4 Rn 119.

³⁴ *ErfK/Preis*, § 612 a BGB Rn 9.

wie bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in § 4: Die Maßnahme oder die Vereinbarung ist nichtig (§ 134 BGB). Der benachteiligte Arbeitnehmer kann aber auch Beseitigung der Benachteiligung oder Unterlassung für die Zukunft verlangen (§ 1004 BGB analog) und unter Umständen auch einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten geltend machen (§ 280 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 i.V.m. § 5 TzBfG).

2. Zulässigkeit der Befristung

Auf die Zulässigkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses kommt es entscheidend an, denn bei rechtsunwirksamer Befristung gilt der befristete Arbeitsvertrag gemäß § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Diese Rechtsfolge hatte die Rechtsprechung auch vor Erlass des TzBfG ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage schon angenommen. Sie tritt auch ein, wenn gegen § 14 Abs. 4 TzBfG verstoßen wird, also die Befristungsabrede nicht schriftlich erfolgt. Das BAG lässt hier eine nachträgliche schriftliche Niederlegung einer mündlich vereinbarten Befristung nicht ausreichen.³⁵

a) Sachgrundbefristung

Die Sachgrundbefristung, die bis 2001 nur auf Rechtsprechung basierte, ist nunmehr in § 14 Abs. 1 TzBfG kodifiziert, ohne dass der Begriff "Sachgrund" definiert wird. In § 14 Abs. 1, Satz 2 TzBfG spiegelt sich nur z.T. die bis 2000 ergangene umfangreiche Rechtsprechung. Daher ist die Auflistung möglicher Sachgründe in § 14 auch nur exemplarisch gemeint und umfasst z.B. die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers (Nr. 2) oder die Befristung zur Erprobung (Nr. 5). Schon schwieriger abzuschätzen ist, was ein nur vorübergehender betrieblicher Bedarf sein soll, der auch zur Befristung berechtigt (Nr. 1). Hier geht es um zwei Situationen: Zum einen kann ein vorübergehender Mehrbedarf bestehen, zum anderen ein Minderbedarf. Ein Beispiel für Mehrbedarf ist Saisonarbeit, wie erhöhter Arbeitskräftebedarf zur Erntezeit oder in der Gastronomie zur Ferienzeit. Vorübergehender Minderbedarf tritt auf, wenn z.B. Abwicklungsarbeiten bis zur Betriebsschließung zu erledigen sind. Nach Nr. 1 kommt auch eine befristete Beschäftigung in einem zeitlich befristeten Forschungsprojekt in Betracht.³⁶ Entscheidend für die Zulässigkeit der Befristung nach Nr. 1 kommt es darauf an,

³⁵ BAG 1.12.2004, NZA 2005, 575.

³⁶ BAG vom 24.10.2001, NZA 2003, 153, 155.

ob der Arbeitgeber den künftigen Arbeitskräftebedarf mit hinreichender Sicherheit aufgrund greifbarer Tatsachen prognostizieren kann.³⁷

Auch Nr. 4 ist nicht immer einfach auszulegen: Danach ist eine Befristung erlaubt, wenn die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt. In der Begründung des Regierungsentwurfes wird darauf hingewiesen, dass dieser Befristungsgrund die bisherige Rechtsprechung fortschreibt, nach der Rundfunk und Fernsehen wegen der grundgesetzlich geschützten Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1, Satz 2 GG) das Recht haben, programmgestaltende Mitarbeiter nur für eine bestimmte Zeit zu beschäftigen.³⁸ Ähnliches gilt wegen der Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) für die befristete Beschäftigung von Solisten an Bühnen.

Noch ein weiteres Beispiel aus der Gruppe der gesetzlich normierten Sachgründe sei genannt: Nr. 6, der eine Befristung zulässt, wenn in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dafür sprechen. Dieser Befristungsgrund spielte in der bisherigen Rechtsprechung kaum eine Rolle. Darunter sind vor allem zwei Fallgruppen zu fassen: Zum einen die Befristung aus sozialen Gründen, zum anderen die Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers. Bei der Befristung aus sozialen Gründen geht es vor allem um Überbrückungsfälle. So hat das BAG diesen Befristungsgrund anerkannt bei einem Arbeitsvertrag, der für die Zeit der befristeten Aufenthaltserlaubnis des Arbeitnehmers geschlossen wurde.³⁹ Nr. 6 kommt auch in Betracht bei befristeten Arbeitsverträgen mit Beschäftigungsgesellschaften.

Problematischer ist die befristete Beschäftigung auf Wunsch des Arbeitnehmers,⁴⁰ weil eine Umgehung der Befristungsbeschränkung leicht möglich ist. Daher verlangt die Rechtsprechung objektive Anhaltspunkte für das Interesse des Arbeitnehmers an einer befristeten Beschäftigung; allein das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Befristung reicht nicht.⁴¹

Wenn auch § 14 Abs. 1 TzBfG im Wesentlichen die bisher in der Rechtsprechung anerkannten Sachgründe für Befristungen aufgreift, schreibt § 14 Abs. 1 doch nicht einfach nur die Rechtsprechung fort, sondern regelt strenger, denn das Erfordernis eines sachlichen Grundes für eine Befristung wird jetzt nicht mehr aus dem Verbot abgeleitet, das KSchG zu umgehen, sondern ergibt sich aus der dem TzBfG zugrunde liegenden europäischen Richtlinie zu befristeter Beschäftigung. Daher kommt es auf die

³⁷ z.B. BAG vom 07.07.1999, NZA 2000, 591, 592. Vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

³⁸ BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

³⁹ BAG vom 12.01.2000, NZA 2000, 722.

⁴⁰ Als Befristungsgrund grundsätzlich anerkannt in BAG vom 22.03.1973, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

⁴¹ BAG vom 06.11. 1996, AP Nr. 188 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Anwendungsvoraussetzungen des KSchG, vor allem § 23, nicht mehr an, mit der Folge, dass bei Befristungen in allen Betriebsgrößen ein sachlicher Grund vorliegen muss.

Allerdings bleibt es auch nach dem TzBfG zusätzlich bei der Möglichkeit, mit einer Höchstgrenze auch ohne Sachgrund kalendermäßig zu befristen.

b) Kalendermäßige Befristung

Gibt es keinen sachlichen Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses, erlaubt § 14 Abs. 2 TzBfG eine Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren mit dreimaliger Verlängerungsmöglichkeit innerhalb dieser Zeitspanne. Damit schreibt § 14 Abs. 2 TzBfG § 1 Abs. 1 BeschFG fort. Absatz 2 Satz 1 hat insoweit gegenüber der Rechtslage nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz keine materiellen Änderungen gebracht. Die Rechtsprechung des BAG zu § 14 Abs. 2 TzBfG ist hier insoweit großzügig als der Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich auf § 14 Abs. 2 verweisen muss, sondern es für die Rechtmäßigkeit der Befristung reicht, dass die Voraussetzungen dieser Norm objektiv vorliegen.⁴²

Neu im Vergleich zur Rechtslage unter dem Beschäftigungsförderungsgesetz ist allerdings, dass eine sachgrundlose Befristung nach Abs. 2 nicht möglich ist, wenn bereits zuvor zu demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat (Abs. 2 Satz 2), wobei es auf den zeitlichen Abstand zum vorherigen Arbeitsverhältnis nicht ankommt.⁴³ Andere als Arbeitsverhältnisse sind für die Frage der Vorbeschäftigung unerheblich. So wäre eine sachgrundlose Befristung noch möglich mit Personen, die zuvor für das Unternehmen aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages oder als Leiharbeitnehmer gearbeitet haben.

Handelt es sich aber tatsächlich um ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis, spielt es keine Rolle, ob es schon lange zurückliegt; es macht auch dann eine weitere sachgrundlose Befristung unmöglich. Der Arbeitgeber soll ein Fragerecht nach vorangegangenen Beschäftigungen in seinem Hause haben und ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung, wenn der Arbeitnehmer die Frage wahrheitswidrig beantwortet.⁴⁴ Damit ist es nicht mehr möglich, dass sich an eine Sachgrundbefristung eine

⁴² Z.B. BAG NZA 2003, 916.

⁴³ Dieses Anschlussverbot soll mit dem 5. SGB III Änderungsgesetz (Gesetzentwurf der BReg, BT-Dr. 15/5556) gelockert werden; § 14 Abs. 2 Satz 2 soll dann lauten: "Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn zwischen dem Beginn des befristeten Arbeitsvertrages und dem Ende eines vorherigen unbefristeten oder befristeten Arbeitsvertrages mit demselben Arbeitgeber ein Zeitraum von weniger als zwei Jahren liegt". Ob diese Änderung aber vor eventuellen Neuwahlen zum Deutschen Bundestag im September 2005 noch in Kraft tritt, ist fraglich. Dazu *Preis*, NZA 2005, 714.

⁴⁴ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

kalendermäßige Befristung anschließt, oder dass nach einer Wartezeit im Anschluss an eine kalendermäßige Befristung eine weitere kalendermäßige Befristung folgt. Nach § 1 Abs. 3 BeschFG war das möglich.

Der umgekehrte Fall ist aber weiter erlaubt:: Auf eine kalendermäßige Befristung darf eine Sachgrundbefristung folgen.⁴⁵ Damit ist der Anwendungsbereich der sachgrundlosen Befristung im Vergleich zum BeschFG eingeschränkt worden. Dahinter dürfte die arbeitsmarktorientierte Erwartung stehen, dass zwar einerseits die Hemmschwelle für Einstellungen durch die grundsätzliche Zulassung kalendermäßiger Befristungen gesenkt werden, aber andererseits die Substitution unbefristeter Beschäftigung durch Befristungen begrenzt werden soll, indem beim selben Arbeitgeber mehrfache Befristungen nur eingeschränkt ermöglicht werden.

Was den Arbeitmarkteffekt angeht, gilt aber nach wie vor, dass die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG unabhängig davon möglich ist, ob ein neuer Arbeitsplatz geschaffen wird. Das mag zwar die Hoffnung des Gesetzgebers sein, ist aber nicht Anwendungsvoraussetzung für Abs. 2.

Der Einschränkung sachgrundloser Befristung durch das TzBfG steht eine Erweiterung der tarifvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten gegenüber. Zugunsten des Arbeitnehmers kann die sachgrundlose Befristungsmöglichkeit durch Tarifvertrag (und auch einzelvertraglich) ausgeschlossen werden, sodass in diesen Fällen nur mit Sachgrund befristet werden darf,⁴⁶ was allerdings in der Praxis nicht oft vorkommen dürfte. Umgekehrt können aber auch die Höchstdauer der Befristung oder die Anzahl der Verlängerungen durch Tarifvertrag abweichend von § 14 Abs. 2, Satz 1 festgelegt werden (Abs. 2, Satz 3) und zwar, wie sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf ergibt, zugunsten und zulasten der Arbeitnehmer.⁴⁷

c) Befristung bei Neugründung von Unternehmen

Nach § 14 Abs. 2a TzBfG dürfen neu gegründete Unternehmen ohne Sachgrund Arbeitsverhältnisse bis zu vier Jahren befristen. Innerhalb dieser vier Jahresfrist ist mehrfache Befristung zulässig; eine Höchstzahl enthält Abs. 2a, anders als Abs. 2, nicht. Zweck ist die Schaffung erleichterter Einstellungsbedingungen für Unternehmen in der Aufbauphase. Diese Befristungsmöglichkeit war nicht von Anfang an im TzBfG enthalten, sondern wurde mit Wirkung zum 01.01.2004 durch das Gesetz zu Reformen am

⁴⁵ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/4374, S. 14.

⁴⁶ BAG vom 21.02.2001, NZA 2001, 1141, 1142.

⁴⁷ BT-Drucks. 14/4374, S. 20.

Arbeitsmarkt vom 24.12.2003⁴⁸ eingefügt. Die Bevorzugung gilt nur für neu gegründete Unternehmen, nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen (Abs. 2a Satz 2), z.B. nach dem Umwandlungsgesetz. Diese Einschränkung entspricht § 112a Abs. 2 BetrVG, weshalb die Rechtsprechung zu § 112a Abs. 2 BetrVG bei der Interpretation von § 14 Abs. 2a TzBfG herangezogen werden kann.⁴⁹ Auch Abs. 2a ist tarifdispositiv (§ 14 Abs. 2a Satz 4 TzBfG), d.h. durch Tarifvertrag kann die Befristungszeit nach oben und unten verändert werden.

d) Befristung gegenüber älteren Arbeitnehmern

Eine Erweiterung der sachgrundlosen Befristung enthält auch Abs. 3 Satz 1 des § 14 TzBfG. Danach kann das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer ohne Höchstgrenze befristet werden, wenn er das 58. Lebensjahr vollendet hat. Im BeschFG gab es im Prinzip diese Möglichkeit auch schon; die Altersgrenze lag allerdings bei 60 Jahren. Kaum in Kraft, wurde auch dieser Teil des TzBfG schon bald wieder geändert: Aufgrund des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 wurde in Abs. 3 ein Satz 4 eingefügt, der es erlaubt, bis zum 31.12.2006 Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern schon ab 52 Jahren ohne Höchstgrenze zu befristen, eine erhebliche Absenkung gegenüber dem BeschFG, die widerspiegelt, dass Arbeitnehmer dieser Altersgruppe am Arbeitsmarkt große Schwierigkeiten haben, einen Arbeitsplatz zu finden.

Um zu verhindern, dass mit dieser Regelung Missbrauch getrieben wird, sieht Satz 2 des Abs. 3 vor, dass eine Befristung aus Altersgründen dann nicht zulässig ist, wenn ein enger Zusammenhang zu einem vorherigen unbefristeten Arbeitsvertrag besteht. Ein vorheriger befristeter Vertrag ist keine Sperre. Der enge Zusammenhang ist, anders als in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, definiert: Er wird angenommen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen weniger als sechs Monate liegen. Ist der Zeitraum länger, muss eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände stattfinden.⁵⁰ Es kommt dann u.a. darauf an, aus welchen Gründen das vorherige Arbeitsverhältnis beendet wurde.

Die grenzenlose Altersbefristung in § 14 Abs. 3 TzBfG, die den Kündigungsschutz für Arbeitslose ab 52 Jahren praktisch abschafft, ist verfassungsrechtlich und europarechtlich zweifelhaft.⁵¹ Ein Verstoß kommt gleich gegen zwei Richtlinien in Betracht. Zum einen

⁴⁸ BGBl. I S. 3002 ff.

⁴⁹ Begründung zum Regierungsentwurf, BR-Drucks. 421/03 v. 190.6.2003, S. 22.

⁵⁰ BAG 28.06.2000, NZA 2000, 1110.

⁵¹ So u.a. auch *Kittner/Däubler/Zwanzinger*, KSchR, § 14 TzBfG, Rn 179; *Hümmerich/Holthausen/Welslau*, NZA 2003, 7, 9; *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 14, Rn 99. A.A. u.a. *Bauer*, NZA 2003, 30; *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234; *Gaul/Otto*, DB 2003, 94, 95.

verlangt die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG zur Vermeidung von Missbrauch eine von drei Beschränkungsmaßnahmen bei Befristungen: Sachgrund, Höchstdauer von Befristungen oder zulässige Zahl von Verlängerungen (§ 5 der durch die Richtlinie umgesetzten Rahmenvereinbarung der Sozialpartner). Diese Beschränkungsmaßnahmen sind abschließend; eine Sonderregelung für ältere Arbeitnehmer ist nicht vorgesehen.

Zum anderen kann ein Verstoß gegen die EG-Richtlinie 2000/78/EG vorliegen. Diese Richtlinie verbietet die Diskriminierung im Arbeitsleben u.a. wegen des Alters. Sie sollte durch das Antidiskriminierungsgesetz (ADG) ins deutsche Recht umgesetzt werden; das Gesetzgebungsverfahren konnte aber vor der Neuwahl zum Bundestag im September 2005 nicht mehr abgeschlossen werden. Bei der Umsetzungspflicht bleibt es aber. Art. 6 I der Richtlinie erlaubt zwar Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot, wenn diese angemessen und objektiv erforderlich sind, um ein legitimes Ziel, z.B. aus dem Bereich der Beschäftigungspolitik zu fördern. Das Ziel, älteren Arbeitnehmern die Beschäftigungssuche zu erleichtern, liegt auch der Regelung im TzBfG zugrunde. Allerdings kann sie dazu führen, dass die Lockerung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmer ab 52 Jahren bewirkt, dass ein Arbeitnehmer ein Drittel seines Arbeitslebens bis zum Rentenalter mit einer Kette von befristeten Arbeitsverträgen verbringt. Schon Generalanwalt Tizzano beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) hat diese deutsche Regelung für europarechtswidrig gehalten.⁵² Der EuGH ist am 22.11.2005 dieser Ansicht gefolgt und hat § 14 Abs. 3 TzBfG für europarechtswidrig gehalten.⁵³ Allerdings hat der EuGH, entgegen der o.a. Diskussion zur Europarechtswidrigkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG keinen Verstoß gegen die Alters-Antidiskriminierungsrichtlinie angenommen, sondern das Verbot der Altersdiskriminierung aus den Verfassungsgrundsätzen der Mitgliedstaaten und aus völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik abgeleitet, die ihrerseits Bestandteil des Europarechts sind⁵⁴. Im Ergebnis aber bleibt es dabei: § 14 Abs. 3 TzBfG verstößt gegen Gemeinschaftsrecht.

e) Befristungsgrenze

Selbst wenn die unter a - d erläuterten Voraussetzungen für eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vorliegen, kann eine Befristung unzulässig sein und zwar vor allem in zwei Fällen. Zum einen würde die Vereinbarung von befristeten Arbeitsverträgen nur mit bestimmten Personengruppen, z.B. nur mit Frauen oder nur mit Ausländern dann gegen § 75 Abs. 1 BetrVG verstoßen, wenn alle anderen Arbeitnehmer unbefristet beschäftigt würden. Bei einer Begrenzung der Befristungen auf Frauen würde auch zusätzlich ein Verstoß gegen

⁵² Die Zeit Nr. 28, 07.07.2005, S. 28.

⁵³ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 - C 144/04 (Mangold), NZA 2005, 1345.

⁵⁴ Dazu Körner, Europarechtliches Verbot der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf, NZA 2006, ...

das Verbot geschlechtsbezogener Benachteiligung in § 611a BGB vorliegen. Zum anderen darf eine Befristung nicht willkürlich sein, etwa wenn ein Arbeitgeber nach dem Ablauf eines Arbeitsvertrages Arbeitnehmer übernimmt, aber bestimmte Gruppen systematisch ausschließt. Auch das wäre ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG.⁵⁵

B. Leiharbeit

Die Leiharbeit ermöglicht ein rechtliches Dreiecksverhältnis: Die Arbeitgeberstellung ist aufgespalten. Der Leiharbeitnehmer schließt einen Arbeitsvertrag mit einem Verleihunternehmen nach § 611 BGB. Das Verleihunternehmen ist vertraglich in Gestalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages mit einem Entleiherunternehmen verbunden und überlässt auf Zeit Arbeitnehmer an dieses Entleiherunternehmen, was nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers möglich ist (§ 613 S. 2 BGB). Dadurch ändert sich nichts am ursprünglichen Arbeitsvertrag des überlassenen Arbeitnehmers mit dem Verleiher, der also entgeltzahlungspflichtig bleibt. Da aber das Arbeitsverhältnis tatsächlich beim Entleiher vollzogen wird, erwirbt der eine partielle Arbeitgeberstellung: Er übt das Direktionsrecht aus und ihm obliegen Fürsorge-, Schutz-, Gesundheits- und Sorgfaltspflichten.

Auch aus anderen Gründen kann die Arbeitgeberstellung gespalten sein, so bei der Entsendung eines Arbeitnehmers in ein anderes Unternehmen im Rahmen eines Werkvertrages. Die Abgrenzung zur Leiharbeit erfolgt danach, dass beim Werkvertrag der Arbeitnehmer nicht in dem Betrieb des Dritten, in dem er zeitweilig arbeitet, eingegliedert wird, weil er dort als Erfüllungsgehilfe seines Arbeitgebers tätig ist und daher auch nicht den Weisungen des Dritten unterliegt.

I. Rechtslage bis 2003

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung war zunächst untersagt, weil sie als verbotene Arbeitsvermittlung eingestuft wurde. Erst nachdem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Arbeitnehmerüberlassung in den Schutzbereich des Art. 12 GG - Berufsfreiheit - eingeordnet hatte und Arbeitnehmerüberlassung damit zu einer legitimen Beschäftigungsform avancierte,⁵⁶ wurde diese Arbeitsform im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz von 1972 (AÜG) erstmals gesetzlich geregelt. Das AÜG wollte zum

⁵⁵ So auch *Däubler*, Arbeitsrecht, 2004, 5. Aufl., Rn 1141 f.

⁵⁶ BVerfG Urt. 04.04.1967, BVerfGE 21, 261 ff.

einen Leiharbeit von der Vermittlungstätigkeit der Bundesanstalt für Arbeit abgrenzen - das Vermittlungsmonopol wurde erst 1994 aufgehoben - und andererseits Schutz für die Leiharbeitnehmer gewährleisten, indem Verleiher - auch Zeitarbeitsfirmen genannt - die volle Arbeitgeberstellung übernehmen mussten.

Der Gesetzgeber hält diese Konstruktion nach wie vor für so gefährlich, dass bei gewerbsmäßiger Überlassung die Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit erforderlich ist (§ 1 AÜG). Fehlt sie, so gilt der Arbeitsvertrag als zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer geschlossen (§ 10 AÜG). Im Baugewerbe ist die gewerbliche Überlassung für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden seit 1981 ganz verboten, außer wenn für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge eine Überlassung gestatten (§ 1b AÜG).

Um den Leiharbeitnehmer zu schützen, hat sich das AÜG alter Fassung vor allem dreier Verbote bedient: Synchronisationsverbot, Befristungsverbot und Wiedereinstellungsverbot. Außerdem war die Höchstüberlassungszeit beschränkt, von zunächst 3 bis zuletzt auf 24 Monate.

Im Grundsatz gelten für die vertraglichen Beziehungen zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher die arbeitsrechtlichen Regeln, insbesondere der Kündigungsschutz, der sogar durch das Synchronisationsverbot für Leiharbeitnehmer erweitert war. Dieses u.a. in § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG a.F. geregelte Verbot untersagte es dem Verleiher, das Arbeitsverhältnis mit dem Leiharbeitnehmer auf die Dauer der erstmaligen Überlassung an einen Entleiherbetrieb zu befristen. Der Verleiher kann zwar dem Leiharbeitnehmer betriebsbedingt kündigen, wenn er keine Einsatzmöglichkeiten in Drittbetrieben findet; die alte Version des AÜG (§ 9 Nr. 3) legte aber fest, dass bis zu einer Dauer von drei Monaten zuzumuten war, den Leiharbeitnehmer auch ohne Einsatzmöglichkeit zu beschäftigen.

Des Weiteren war in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3; 9 Nr. 2 AÜG a.F. ein spezielles Befristungsverbot geregelt. Danach waren wiederholte Befristungen unzulässig, außer es gab einen sachlichen Grund, der in der Person des Leiharbeitnehmers liegen musste. Eine Befristung nach dem BeschFG war dagegen nicht möglich, weil das AÜG das speziellere Gesetz war und Vorrang hatte.

Das Wiedereinstellungsverbot schließlich untersagte, ehemalige Leiharbeitnehmer innerhalb von 3 Monaten erneut einzustellen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 AÜG a.F.).

Das Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung hat auf der Basis dieser Gesetzeslage die Leiharbeit für den Zeitraum 1998 - 2003 untersucht und festgestellt, dass die Arbeitsmarktwirkung nicht eindeutig positiv war.⁵⁷ So hat sich zwar in diesem Zeitraum die Zahl der Leiharbeitnehmer stark erhöht, aber zwei Drittel der Entleiherbetriebe haben die

⁵⁷ SZ 11.06.2005.

Nutzung von Zeitarbeit wieder reduziert oder eingestellt, was allerdings auch damit zu tun haben kann, dass der Einsatz von Zeitarbeit stark konjunkturabhängig ist.

Um den Arbeitsmarkteffekt der Leiharbeit aber dauerhaft zu steigern und diese Arbeitsform als Vehikel zum Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt attraktiv zu machen, hat der Gesetzgeber im Jahre 2003 das AÜG reformiert.

II. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 2003 (AÜG)

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ist seit seinem Inkrafttreten am 12.10.1972 häufig geändert worden; vor allem ist die zulässige Höchstdauer einer Überlassung regelmäßig erhöht worden: Ursprünglich waren nur 3 Monate erlaubt, durch das Job-AQTIV-Gesetz vom 10.12.2001 war man bei 24 Monaten angelangt. Allerdings hatte dieses Gesetz auch die Regelung neu eingeführt, dass ab einer Überlassungsdauer von 12 Monaten den Leiharbeitnehmern das gleiche Entgelt zu zahlen war wie vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleiherbetriebs (§ 10 V AÜG a.F.). Am grundlegendsten hat dann das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002⁵⁸ das AÜG verändert. Mit diesem Gesetz, das auf Vorschlägen der Hartz-Kommission beruht ("Hartz I), wird die Leiharbeit aufgewertet. Sie erhält die Funktion, zur Verringerung der Arbeitslosigkeit beizutragen. Das AÜG wird vom Schutzgesetz zu einem Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. In der Kommentarliteratur wird dieser Paradigmenwechsel gar als "Ritterschlag für die Zeitarbeit" bewertet.⁵⁹ Das BAG meint, die Leiharbeit sei "jetzt ein vom Gesetzgeber grundsätzlich akzeptiertes Mittel der betrieblichen Personalpolitik".⁶⁰ Zu diesem Zweck wird die Konzeption des bisherigen AÜG grundlegend verändert: Zum einen werden Synchronisations-, Befristungs- und Wiedereinstellungsverbot aufgehoben. Auch die Höchstüberlassungsdauer wird abgeschafft, was die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Entleiherbetrieb stärkt. Zum anderen wird ein Gleichbehandlungsgebot ins Gesetz aufgenommen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1; § 9 Nr. 2; § 10 Abs. 4). Leiharbeitnehmern sind im Entleiherbetrieb die wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers gelten. Vor allem sollen alle Leiharbeitnehmer, nicht nur die mindestens 12 Monate Beschäftigten, wie nach dem Job-AQTIV-Gesetz, einen Anspruch auf das gleiche Entgelt wie entsprechende Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs erhalten. Bei einem Verstoß gegen die Lohngleichheit hat der Leiharbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 4 AÜG gegen den Verleiher einen Anspruch auf Gewährung der Arbeitsbedingungen, die für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers gelten. Ergänzend räumt § 13 AÜG dem

⁵⁸ BGBl. I S. 4607.

⁵⁹ *Thüsing*, AÜG-Kommentar, 2005, Einleitung.

⁶⁰ BAG 09.12.2003 - 9 AZR 16/03.

Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher einen Informationsanspruch über die Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb ein.

Zusätzlich wird die Leiharbeit dadurch aufgewertet, dass die neuen Personal-Service-Agenturen, die aufgrund eines Vertrages mit den Agenturen für Arbeit tätig werden (§ 37c SGB III), Arbeitslose aufgrund der Vorschriften des AÜG überlassen. Geeignete Arbeitslose werden von den Personal-Service-Agenturen eingestellt, ggfs. weiterqualifiziert und dann an Beschäftigungsbetriebe überlassen.⁶¹

Auch wenn die Hauptrichtung des AÜG nicht mehr der Schutz des Leiharbeitnehmers ist, scheinen doch der Grundsatz, dass es sich beim Leiharbeitsverhältnis um einen unbefristeten Vertrag handelt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG)⁶² und das Equal-pay-Prinzip (auch in der deutschsprachigen arbeitsrechtlichen Literatur wird vorwiegend der englische Begriff benutzt) gerade eine Erweiterung dieses Schutzes zu sein. Das gilt aber nur im Prinzip.

Was die Befristung angeht, so ist zu ihr nun nichts mehr im AÜG geregelt, sodass jetzt das TzBfG anwendbar ist und eine Befristung aus den dort genannten Gründen erlaubt ist. Der Verleiher kann also bis zu 24 Monate befristen und innerhalb dieser Periode drei Befristungen vereinbaren. Eine Sachgrundbefristung ist auch möglich, wobei aber darauf zu achten ist, dass der Sachgrund im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer vorliegen muss und also für eine Befristung gerade nicht auf den nur vorübergehenden Bedarf beim Entleiher abgestellt werden darf, denn der ist typisch für die Leiharbeit. Würde er als sachlicher Befristungsgrund genügen, wäre eine Sachgrundbefristung nahezu immer möglich. Das Unternehmerrisiko des Verleihers, nicht immer nahtlos einen Nachfrager zu finden, darf aber nicht auf den Leiharbeitnehmer abgewälzt werden.⁶³

Das Lohngleichheitsprinzip ist an sich brisant,⁶⁴ denn bislang verdienten Leiharbeitnehmer im Schnitt etwa nur 60% dessen, was vergleichbaren Stammarbeitnehmern zustand.⁶⁵ Der Eindruck, dass das Lohngleichheitsprinzip dem Leiharbeitnehmer mehr Schutz gewährt, wird aber relativiert mit Blick auf die möglichen beiden Ausnahmen. So darf vom Equal Pay-Grundsatz abgewichen werden für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer, die erstmals vom Verleiher eingestellt werden und zwar für die ersten sechs Wochen ihrer Tätigkeit. Es ist in diesen Fällen nur sicherzustellen, dass die Leiharbeitnehmer mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des letzten Arbeitslosengeldes erhalten. Diese Ausnahme ist aus

⁶¹ Näher zu den Aufgaben der Personal-Service-Agenturen: *Rixen*, NZS 2003, 401.

⁶² *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521, 523.

⁶³ *Wank*, NZA 2003, 20.

⁶⁴ Das Prinzip wird aber vom Bundesverfassungsgericht für verfassungsmäßig gehalten, BVerfG, Beschl. 29.12.2004, NZA 2005, 153.

⁶⁵ *Däubler*, Arbeitsrecht, 2004, 5. Auflg., Rn 1172a.

zwei Gründen gewichtig. Erstens zielt das neue AÜG gerade auf diese Personengruppe, denn Arbeitslosigkeit soll mit der Erleichterung von Leiharbeit abgebaut werden. Andererseits ist ein Großteil der Leiharbeiter nur kurz beschäftigt, 60% unter 3 Monaten,⁶⁶ sodass viele Leiharbeiter unter diese Ausnahmeregelung fallen und das Equal-Pay-Prinzip für sie nicht gilt.

Für einen großen Teil der übrigen Leiharbeiter wird die zweite Ausnahmemöglichkeit relevant. Aufgrund eines Tarifvertrages darf auch von der Lohngleichheit abgewichen werden. Hierzu sind schon eine Reihe von Tarifverträgen abgeschlossen worden.⁶⁷ Die beiden wichtigsten sind Flächentarifverträge mit den DGB-Gewerkschaften: Der eine mit dem "Bundesverband Zeitarbeit", der die größeren Zeitarbeitsunternehmen vertritt, der andere mit dem "Interessenverband Deutsche Zeitarbeitsunternehmen", der Vertreter mittelständischer Zeitarbeitsunternehmen. In beiden Tarifverträgen wird ein Einkommensniveau unterhalb der Einsatzbranchen zugelassen. Die tariflichen Löhne für Facharbeiter liegen bei etwa 10 Euro/Stunde, für Ungelernte bei 7 Euro.⁶⁸ Daneben haben noch andere Zeitarbeitsverbände Tarifverträge mit Tarifgemeinschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB) abgeschlossen, deren Lohnniveau noch darunter liegt. Auf diese Art und Weise wird faktisch, trotz des Gleichbehandlungsgrundsatzes im neuen AÜG, die alte Situation fortgeschrieben, weshalb Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit dieser Tarife bestehen.⁶⁹

Dennoch haben Verleihunternehmen und Arbeitgeberverbände der Leiharbeitsbranche gegen das Gleichbehandlungsgebot Verfassungsbeschwerden erhoben und eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3 Abs. 1, 9 Abs. 3, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geltend gemacht. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die Verfassungsbeschwerden allerdings nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie keine Aussicht auf Erfolg hatten.⁷⁰ Das Gericht sah keine der geltend gemachten Grundrechte verletzt. Der Gesetzgeber habe das Recht, Regelungen zur Verbesserung des Schutzniveaus der Leiharbeiter zu treffen und das Betätigungsrecht der Tarifvertragsparteien, also auch der Verleihunternehmen, würde durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel gerade geschützt. Das zeigen ja auch die abgeschlossenen Tarifverträge. Damit ist der Kernbestandteil des neuen AÜG, das Gleichbehandlungsgebot, verfassungsrechtlich abgesichert.

⁶⁶ Vgl. oben Anm. 8.

⁶⁷ Überblick bei *Martin*, AuR 2004, 247.

⁶⁸ iwd 51/52-03, S. 8.

⁶⁹ *Däubler*, Arbeitsrecht, 2004, 5. Aufl., Rn 1172c m.w.N.

⁷⁰ BVerfG Beschl. v. 29.12.2004, NZA 2005, 153.

3. Teil: Kollektivrechtliche Reaktionsmöglichkeiten

Die beschriebenen Beschäftigungsformen der befristeten Beschäftigung und der Leiharbeit entwickeln sich gerade deshalb gut, weil für sie viele Regeln des Normalarbeitsverhältnisses nicht gelten. Schutzbedürfnisse haben aber auch und gerade diese Beschäftigtengruppen. Das verlangt nach neuen Sicherheitskonzepten. Hier gibt es drei Ansatzpunkte: die individualrechtliche Ebene, die sozialrechtliche Absicherung und die kollektivrechtliche Ebene. Um letztere soll es im Folgenden gehen, denn die novellierten TzBfG, AÜG und BetrVG eröffnen dem Betriebsrat Reaktionsmöglichkeiten, die auch dazu beitragen können, die Interessen der häufig noch als Randgruppen wahrgenommen befristet Beschäftigten und Leiharbeiter besser zu berücksichtigen. Das macht die Betriebsratsarbeit nicht einfacher, denn neben die Vertretung der nach wie vor größten Gruppe der Normalarbeitnehmer tritt nun eine Klientel, die bislang vielfach als Konkurrenz für die Stammbesetzung aufgefasst wurde und der gegenüber Abgrenzungsstrategien die Regel waren.⁷¹ Da befristete Arbeit und Leiharbeit aber angesichts der Lage auf dem Arbeitsmarkt und der gesetzlichen Liberalisierungen in Zukunft mit größter Wahrscheinlichkeit zunehmen werden, ist ein offensiver und integrativer Umgang mit diesen atypischen Beschäftigungsformen durch den Betriebsrat auch eine Investition in die Zukunft.

A. Befristete Beschäftigung

I. Informationsrecht nach § 20 TzBfG

§ 20 TzBfG verpflichtet den Arbeitgeber, die Arbeitnehmervertretung über die Anzahl der befristet beschäftigten Arbeitnehmer und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft des Betriebes und des Unternehmens zu informieren. Dieses neue Informationsrecht soll es der Arbeitnehmervertretung ermöglichen, "Einfluss auf die betriebliche Einstellungspraxis zu nehmen und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über befristete Arbeitsverhältnisse zu überwachen".⁷²

§ 20 TzBfG macht keine Angaben zur Häufigkeit und Form der Information. Da § 20 zBfG aber als eine Konkretisierung des allgemeinen Informationsrechts des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anzusehen ist und die Generalklausel des Abs. 2 in § 80 nicht auf die allgemeinen Aufgaben nach § 80 Abs. 1 BetrVG beschränkt ist, sondern für alle Fälle der

⁷¹ Vgl. unten 4. Teil: Betriebliche Reaktionen.

⁷² Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/4374, S. 21.

Beteiligung des Betriebsrats gilt,⁷³ können die dortigen Grundsätze angewendet werden: Die Information hat also rechtzeitig, umfassend und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu erfolgen. Was die Häufigkeit angeht, so wird man eine regelmäßige Unterrichtung, am besten schriftlich verlangen können.⁷⁴ Der Informationspflicht muss der Arbeitgeber von sich aus nachkommen; die Vorlage von Unterlagen muss gem. § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nur auf Verlangen des Betriebsrats erfolgen. Kommt der Arbeitgeber seiner Informationspflicht nicht nach, kann der Betriebsrat im Beschlussverfahren seinen Informationsanspruch gerichtlich geltend machen. Zwar muss es sich nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG um eine "Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz" handeln und § 20 ist im TzBfG geregelt. Da es sich bei § 20 aber nur um eine Konkretisierung der allgemeinen Informationspflicht nach § 80 Abs. 2 BetrVG handelt, ist das Beschlussverfahren möglich.⁷⁵

II. Rechte aus dem BetrVG

Auch aus dem BetrVG 2001 ergeben sich Betriebsratsrechte hinsichtlich befristet Beschäftigter. Zum einen geht es um das Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Einstellung, zum anderen um spezielle Eingliederungsvorschläge für Befristete und schließlich um Auswahlrichtlinien, in denen befristet Beschäftigte berücksichtigt werden können.

Dabei unterscheiden sich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats prinzipiell nicht nach befristet oder unbefristet Beschäftigten, da beide Gruppen in den Betrieb eingegliedert sind und die Arbeitgeberstellung nicht - wie bei den Leiharbeitnehmern - aufgeteilt ist.

1. Zustimmungsverweigerungsrecht, § 99 Abs. 2 BetrVG

Die Zustimmung zur Einstellung eines befristeten Beschäftigten kann der Betriebsrat nur aus den in Abs. 2 genannten Gründen verweigern. Nach Nr. 1 ist das z.B. dann möglich, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz verstößt. Ein Gesetzesverstoß läge vor, wenn die Befristung nicht den Voraussetzungen des TzBfG genügen würde, also kein Sachgrund vorläge oder die Bedingungen einer kalendermäßigen Befristung nicht gegeben wären.⁷⁶ Dieser Sicht ist das BAG aber nicht gefolgt. Der Betriebsrat habe insoweit kein

⁷³ Fitting-BetrVG-Kommentar, 2004, 22. Aufl., § 80 Rn 48.

⁷⁴ So auch *Meinel*, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 20 Rn 3 für "größere Einheiten". Dort auch § 7 Rn 30.

⁷⁵ *Heyn*, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 7 Rn 33.

⁷⁶ So noch zur Rechtslage vor dem TzBfG: *Kittner*, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 2002, 8. Aufl., § 99 Rn 172; *Richardi*, BetrVG, 2002, 8. Aufl., § 99 Rn 194; *Plander*, AiB 1995, 125.

Zustimmungsverweigerungsrecht, weil das auf eine Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages hinauslaufen würde, es bei § 99 BetrVG aber darum gehe, dass die personelle Maßnahme als solche gesetzeswidrig sei, nicht einzelne Vertragsbestimmungen.⁷⁷ Eine umfassende Vertragskontrolle ist also nach h.M über § 99 nicht möglich.⁷⁸ Verweigert der Betriebsrat aber dennoch seine Zustimmung zu einer befristeten Einstellung, so muss der Arbeitgeber ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 3 BetrVG durchführen.⁷⁹

Daher kommt es bei der Zustimmungsverweigerung nach § 99 BetrVG nach der Neuregelung in 2001 vor allem auf die befristungsspezifische Variante in § 99 Abs. 2 Nr. 3, Halbsatz 2 BetrVG an. Hier ist die Perspektive allerdings umgekehrt: Es geht nicht um die Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung eines befristet Beschäftigten, sondern um die Einstellung eines unbefristet Beschäftigten. Zu dessen Einstellung kann die Zustimmung verweigert werden, wenn ein gleich gut geeigneter, bereits im Betrieb befristet beschäftigter Arbeitnehmer vorhanden ist und dadurch Nachteile erleidet. Das entspricht dem System der Nr. 3: Die Zustimmungsverweigerung knüpft daran, dass infolge einer personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden. Das dürfte regelmäßig der Fall sein, wenn ein befristet Beschäftigter hinter einem unbefristet Einstellenden zurücktreten muss. Die entscheidende Frage wird in diesen Fällen immer die nach der gleichen Eignung sein.

Trotz der neuen Möglichkeiten im Hinblick auf befristet Beschäftigte, bleibt es insgesamt bei der grundsätzlichen Konstruktion des § 99: Der Betriebsrat kann die Einstellung einer bestimmten Person allenfalls verhindern, hat aber keinen Anspruch auf die Einstellung des Befristeten.

2. Eingliederungsvorschläge für befristet Beschäftigte, §§ 92a, 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

Der Katalog der allgemeinen Betriebsratsaufgaben in § 80 BetrVG ist 2001 auf Beschäftigungsförderung im Betrieb erweitert worden (§ 80 Abs. 1 Nr. 8). § 92a BetrVG räumt dem Betriebsrat nun die Möglichkeit ein, eigene Initiativen zur Beschäftigungssicherung zu ergreifen, um sein besonderes betriebliches Wissen zu diesem Thema einzubringen.⁸⁰ Der

⁷⁷ BAG 28.06.1994, AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG Einstellung

⁷⁸ *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG-Kommentar, 2004, 2. Aufl., § 14 Rn 116; *Fitting*, BetrVG-Kommentar, 2004, 22. Aufl., § 99 Rn 163;

⁷⁹ BAG 16.07.1985, NZA 1986, 163 f.

⁸⁰ BT-Drucks. 14/5741, S. 29.

Ausbau der Betriebsratsrechte bei der Beschäftigungssicherung sollte einer der Schwerpunkte der BetrVG-Novelle sein.⁸¹ In § 92a sind Beispiele für Fördermaßnahmen genannt, wie z.B. Förderung der Teilzeitarbeit, flexible Gestaltung der Arbeitszeit oder neue Formen der Arbeitsorganisation. Befristung ist nicht ausdrücklich erwähnt, aber § 92a ist nicht abschließend gemeint ("insbesondere"), sodass der Betriebsrat auch für befristet Beschäftigte entsprechende Eingliederungsvorschläge machen kann. Zu denken ist an die Aufstellung von Kriterien für die Übernahme von befristet Beschäftigten oder deren Weiterqualifizierung.

Ein echtes Mitbestimmungsrecht gewährt § 92a dem Betriebsrat aber nicht, d.h. der Arbeitgeber muss die Vorschläge des Betriebsrats nicht umsetzen. Jedoch muss er zumindest die Vorschläge mit dem Betriebsrat beraten und eine eventuelle Ablehnung begründen, in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern auch schriftlich. Zu den Beratungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über die Vorschläge des Betriebsrats können beide Seiten auch einen Vertreter der Bundesagentur für Arbeit hinzuziehen. Vorgaben über die konkrete Person enthält das Gesetz nicht. Sie hat zum einen die Aufgabe, die Parteien über beschäftigungsfördernde Maßnahmen des Arbeitsförderungsrechts zu informieren und zum anderen die Funktion, als neutrale Person ausgleichend zu wirken.⁸²

Zweifelhaft ist, ob § 92a BetrVG den Anforderungen der EG-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer vom 11.03.2002 entspricht. Obwohl der Entwurf der Kommission von 1998 stammt, hat die Richtlinie bei der Reform des BetrVG 2001 keine Rolle gespielt, muss aber dennoch ins deutsche Recht umgesetzt werden. Die Umsetzungsfrist ist bereits am 23.03.2005 abgelaufen. Vor allem Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie entspricht § 92a BetrVG nicht. Art. 8 verlangt für den Fall der Nichtbeachtung der in der Richtlinie vorgesehenen Unterrichtungs- und Anhörungsrechte eine "wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion". Zwar muss der Arbeitgeber die Ablehnung von Vorschlägen des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung gem. § 92a Abs. 2 BetrVG begründen; für den Fall, dass diese Begründung nicht erfolgt, enthält § 92a aber keine Sanktion. Der Verstoß ist auch nicht etwa in § 121 BetrVG aufgenommen worden.

3. Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG

§ 95 BetrVG richtet sich zwar nicht direkt an befristet Beschäftigte; die Absenkung des Schwellenwertes in Abs. 2 von 1000 auf 500 Arbeitnehmer durch das Betriebsverfassungs-

⁸¹ Begründung des Gesetzentwurfs: BT-Drucks. 14/5741.

⁸² BT-Drucks. 14/5741, S. 49.

Reformgesetz kommt aber auch ihnen zu Gute. So kann der Betriebsrat die Initiative für Auswahlrichtlinien bei Einstellungen nun schon in Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern ergreifen und zugunsten von befristet Beschäftigten eine Bevorzugung vor Außenstehenden verlangen. Zwar bleibt die Auswahl des Arbeitnehmers oder Bewerbers für eine personelle Einzelmaßnahme Sache des Arbeitgebers. Je genauer aber die Auswahlrichtlinie ist, desto mehr wird dessen Entscheidungsspielraum eingeschränkt. Schließlich ist auch an die Verknüpfung von § 99 und § 95 BetrVG zu denken: Der Betriebsrat kann sein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG ausüben, wenn die Maßnahme gegen eine Auswahlrichtlinie verstößt.

4. Fördermöglichkeiten für befristete Beschäftigung beim Interessenausgleich und Sozialplan, § 112 V Nr. 2a BetrVG

Auch § 112 V Nr. 2a BetrVG richtet sich nicht speziell an befristet Beschäftigte, gilt aber auch für sie. Die Vorschrift ist mit der Reform des BetrVG 2001 ins Gesetz aufgenommen worden und regelt für von der Einigungsstelle beschlossene Sozialpläne, dass die Einigungsstelle bei der Aufstellung des Sozialplans die im SGB III vorgesehenen Fördermöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit berücksichtigen soll. Diese Norm gehört zur Gruppe der Vorschriften im 2001 reformierten BetrVG, die dem Betriebsrat als zusätzliche Aufgabe die Beschäftigungsförderung und die Beschäftigungssicherung zuweisen. Oben wurden bereits § 80 Abs. 1 Nr. 8 und § 92a behandelt, die dem Betriebsrat als allgemeine Aufgabe zuweist, "die Beschäftigung im Betrieb zu fördern und zu sichern" und ihm erlaubt, dem Arbeitgeber Vorschläge zu eben dieser Sicherung und Förderung der Beschäftigung zu machen. Im Mittelpunkt der Neuregelung in § 112 V Nr. 2a BetrVG stehen Transfer-Sozialpläne. Die zielen darauf ab, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten aufzuzeigen oder die Beschäftigungsfähigkeit der Arbeitnehmer zu erhöhen und zielen also genau auf "die Schaffung neuer Beschäftigungsperspektiven", die sich der Gesetzgeber bei der Regelung des § 112 V Nr. 2a BetrVG vorgestellt hat.⁸³ Die Einigungsstelle soll also darauf hinwirken, dass die vorhandenen Mittel weniger in Abfindungen als vielmehr in die Förderung von Beschäftigung bei anderen Arbeitgebern, Weiterqualifizierung oder die Unterstützung einer selbständigen Tätigkeit fließen. Dazu sah das SGB III in seiner Version von Anfang 2002 bis Ende 2003 vor, dass Maßnahmen zur Eingliederung von Arbeitnehmern in den Arbeitsmarkt durch Zuschüsse gefördert werden können (§§ 254 - 259 a.F.). Durch das Hartz III-Gesetz vom 23.12.2003 wurden diese Regelungen durch § 216a SGB III ersetzt, wonach aber auch Leistungen zur Förderung der Teilnahme an Transfermaßnahmen gewährt werden. § 216a

⁸³ BT-Drucks. Nr. 14/5741, S. 52.

SGB III stellt insofern eine Verbesserung zur vorherigen Rechtslage dar als bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 216a ein Rechtsanspruch auf die Leistung besteht, während es sich zuvor nur um eine Ermessensentscheidung gehandelt hatte.

Erste Voraussetzung⁸⁴ für § 216a SGB III ist, dass es um Arbeitnehmer geht, die aufgrund einer Betriebsänderung von Arbeitslosigkeit bedroht sind. Auf eine rechtswirksame Kündigung kommt es dabei nicht an,⁸⁵ sodass diese Voraussetzungen auch befristet Beschäftigte erfüllen, die durch die Betriebsänderung nicht mit einer Verlängerung rechnen können. Die Situation und Interessenlage der von Arbeitslosigkeit bedrohten Stammarbeitnehmer und von befristet Beschäftigten ist vergleichbar: Beide finden sich in für sie absehbarer Zeit ohne Arbeitsplatz wieder und für beide sind daher Wiedereingliederungs-, Weiterbeschäftigungsmaßnahmen u.ä. sinnvoll.

Die durch § 112 Abs. 5 Nr. 2a BetrVG angestrebten Inhalte von Sozialplänen sind nichts völlig Neues, denn die Betriebsparteien schlossen auch schon vor der Neuregelung Transfer-Sozialpläne ab.⁸⁶ Allerdings bedeutet die neue rechtliche Pflicht der Einigungsstelle, Beschäftigungssicherung im Sozialplan zu berücksichtigen, dass darauf geachtet werden soll, dass Verhandlungen jeweils so früh einsetzen, dass das Thema Beschäftigungssicherung noch effizient berücksichtigt werden kann. Das ist i.d.R. nicht mehr möglich, wenn die Arbeitnehmer schon gekündigt bzw. befristete Arbeitsverträge schon abgelaufen sind und die Arbeitnehmer den Betrieb bereits verlassen haben.⁸⁷

⁸⁴ Zu den weiteren Voraussetzungen vgl. Fitting, BetrVG, 2004, 22. Aufl., §§ 112, 112a Rn 137 ff.

⁸⁵ Fitting, BetrVG, 2004, 22. Aufl., §§ 112, 112a Rn 135.

⁸⁶ Genauer dazu *Zachert*, DB 2001, 1198.

⁸⁷ So auch *Wendeling-Schröder/Welkoborsky*, NZA 2002, 1370, 1376.

B. Leiharbeit

Die mit den Hartz I - Reformen vorgenommene Neuausrichtung der Leiharbeit auf Abbau der Arbeitslosigkeit und Beschäftigungssicherung hat auch Auswirkungen auf die Betriebsverfassung. Grundsatz ist allerdings auch nach dem reformierten AÜG, dass der Leiharbeitnehmer während der Zeit der Arbeitsleistung bei einem Entleiher nicht nur arbeitsvertraglich, sondern auch betriebsverfassungsrechtlich zum Verleiherbetrieb zugeordnet bleibt (§ 14 Abs. 1 AÜG) und daher im Entleiherbetrieb nicht in den Betriebsrat wählbar ist (§ 14 Abs. 2 AÜG). Das entspricht § 7 Abs. 1 BetrVG, wonach alle Arbeitnehmer des Betriebs wahlberechtigt sind; Leiharbeitnehmer werden aber gerade nicht Arbeitnehmer des (Entleiher-) Betriebs, haben also dort auch nicht das passive Wahlrecht. Dennoch können sie einerseits im Entleiherbetrieb eine Reihe von Individualrechten ausüben; andererseits hat auch der Betriebsrat im Entleiherbetrieb Rechte und Pflichten in Bezug auf die überlassenen Arbeitnehmer.

I. Rechte der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb

1. Informationsrechte, § 14 Abs. 2 AÜG

Auch wenn für die Leiharbeitnehmer die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung im Verleiherbetrieb stattfindet, trägt das AÜG dem Umstand Rechnung, dass der Leiharbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert wird. Daher hat er nach § 14 Abs. 2 AÜG eine Reihe von Informations- und Beschwerderechten, die allerdings nicht neu sind, sondern auch schon nach der alten Rechtslage galten.⁸⁸ Dazu gehörte und gehört, dass Leiharbeitnehmer die Sprechstunde des Betriebsrats aufsuchen und an Betriebsversammlungen teilnehmen dürfen (§ 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG).

§ 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG verweist auch auf die Unterrichts- und Erörterungspflicht des Arbeitgebers in § 81 BetrVG über die Arbeitsaufgaben des Leiharbeitnehmers und die Details ihrer Durchführung. Darüber hinaus hat der Leiharbeitnehmer auch das Anhörungs- und Erörterungsrecht aus § 82 Abs. 1 BetrVG, ist also zu betrieblichen Angelegenheiten, die seine Person betreffen, zu hören. Außerdem finden auf den Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb auch §§ 84 - 86 BetrVG Anwendung, d.h. er hat im Entleiherbetrieb ein Beschwerderecht und kann sich dabei vom Betriebsrat unterstützen lassen.

⁸⁸ Sie wurden zum 01.01.1982 durch das Gesetz zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung in das AÜG eingefügt.

Schon nach alter Rechtslage war unbestritten, dass die Aufzählung der Rechte in § 14 Abs. 2 BetrVG nicht abschließend gemeint war;⁸⁹ das wird in der Gesetzesbegründung zur Reform des AÜG ausdrücklich bestätigt⁹⁰. Der Leiharbeiter hat also neben seinen Rechten im Verleiherbetrieb im Entleiherbetrieb alle Individualrechte, die er sinnvoll nur dort ausüben kann. So kann es z.B. nach dem Wegfall der Höchstüberlassungsgrenze im Einzelfall für den Leiharbeiter wünschenswert sein, gem. § 82 Abs. 2 Satz 1, Halbs. 2 BetrVG seine berufliche Entwicklung im Betrieb zu erörtern, was nicht ausdrücklich in § 14 Abs. 2 AÜG genannt ist. Auch möglich ist ein Anspruch des Leiharbeiters aus § 83 BetrVG, sofern im Entleiherbetrieb eine Dokumentation über den Leiharbeiter geführt wird. Denkbar ist das, obwohl die Personalakten an sich beim Verleiherbetrieb geführt werden, für Beurteilungen, Arbeitsausfälle wegen Krankheit usw. Auch das Recht des Arbeitnehmers, dem Betriebsrat Themen zur Beratung vorzuschlagen (§ 86a BetrVG) dürfte dem Leiharbeiter zustehen.

2. Wahlrecht im Entleiherbetrieb, § 7 BetrVG

Da das Normalarbeitsverhältnis seine normative Funktion auch für die Betriebsverfassung verliert - § 5 BetrVG basiert darauf - zielten die gewerkschaftlichen Forderungen im Rahmen der Reform des BetrVG 2001 auf eine grundlegende Neugestaltung des Arbeitnehmerbegriffs in der Betriebsverfassung mit der Zielrichtung, dass alle Beschäftigten im Betrieb, unabhängig von ihrem rechtlichen Beschäftigtenstatus, in die Betriebsverfassung einbezogen werden können.⁹¹ Der Gesetzgeber hat sich allerdings nur für eine kleine Lösung entschieden.

Wenn auch Leiharbeiter nicht in den Betriebsrat des Entleiherbetriebs wählbar sind, so können sie seit der Reform des BetrVG 2001 gem. § 7 Satz 2 BetrVG den Betriebsrat im Entleiherbetrieb mitwählen, wenn sie dort mehr als drei Monate eingesetzt sind.⁹² Satz 2 ist zwar nicht auf die Überlassung nach dem AÜG begrenzt, sondern meint alle Formen des Drittpersonaleinsatzes, der eine gespaltene Arbeitgeberstellung mit sich bringt. Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist aber der Hauptanwendungsfall für § 7 Satz 2 BetrVG. Trotz des aktiven Wahlrechts dürfen die Leiharbeiter aber bei der Ermittlung von Schwellenwerten, insbesondere der Festlegung der Größe des Betriebsrats im

⁸⁹ *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 1998, 11. Aufl., Rn 2006.

⁹⁰ BT-Drucks. 9/847, S. 9.

⁹¹ *Wassermann/Rudolph*, Betriebsräte nach der Reform - Eine empirische Untersuchung ausgewählter Effekte der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 in der Praxis, Nov. 2001, S. 150 (**veröffentlicht?**)

⁹² Kritisch zu dem Umstand, dass schon bei dreimonatigem Einsatz der vier Jahre amtierende Betriebsrat mitgewählt werden darf: *Däubler*, AuR 2001, 1, 5.

Entleiherbetrieb, nicht mitgezählt werden,⁹³ d.h. dem Betriebsrat im Entleiherbetrieb steht keine zusätzliche Kapazität für die Vertretung der Interessen der Leiharbeitnehmer zur Verfügung. Das wurde schon bei der Vorgängerversion des AÜG kritisiert, nachdem die Höchstüberlassungsdauer auf 12 Monate erweitert worden war,⁹⁴ denn die Nichtanrechnungs-Regelung datiert aus einer Zeit als die Höchstüberlassung auf 3 Monate beschränkt war. Da mittlerweile die Höchstüberlassungszeit unbegrenzt ist, wird die Kritik an der Nichtanrechnung der Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten umso berechtigter.⁹⁵

Das Wahlrecht der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb ist weniger innovativ als es auf den ersten Blick scheinen mag. Schon ohne § 7 Satz 2 BetrVG hatte die Rechtsprechung anerkannt, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebes auch für überlassene Arbeitnehmer zuständig ist, soweit sie in den Betrieb eingegliedert sind und der Entleiher partielle Arbeitgeberfunktionen ausübt, was er i.d.R. jedenfalls in Gestalt des Direktionsrechts sowie durch Schutz- und Fürsorgepflichten tut. So hat etwa das BAG das Recht auf Mitbestimmung des Betriebsrats im Entleiherbetrieb zur Lage der Arbeitszeit der Leiharbeitnehmer angenommen, immerhin eines der echten Mitbestimmungsrechte aus dem Katalog des § 87 BetrVG (Abs. 1 Nr. 2).⁹⁶ Das Problem derartiger Mitbestimmung, dass nämlich der Betriebsrat in Bezug auf die Leiharbeitnehmer nicht durch Wahl legitimiert war, wird nun durch das Wahlrecht der Leiharbeitnehmer entschärft. Allerdings ist noch nicht systematisch untersucht, inwieweit sich Leiharbeitnehmer an der Betriebsratswahl im Entleiherbetrieb auch tatsächlich beteiligen und wie der Betriebsrat darauf reagiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass seit der Reform des BetrVG erst eine Betriebsratswahl stattgefunden hat und zwar im Jahre 2002, also kurz nach der Gesetzesreform. Außerdem muss man sich die Zahl vor Augen führen, dass etwa 60% aller Leiharbeitnehmer unter drei Monaten im Entleiherbetrieb tätig sind,⁹⁷ also gem. § 7 Satz 2 BetrVG gar nicht wählen können. Daher kann es wenig verwundern, dass erste Eindrücke auf eine noch schleppende Beteiligung der Leiharbeitnehmer an Betriebsratswahlen hindeuten,⁹⁸ was aber Übergangsschwierigkeiten sein dürften, bis sich das neue Recht herumgesprochen hat und angenommen wird.

Das aktive Wahlrecht der Leiharbeitnehmer begründet jedenfalls ein Anrecht auf Betreuung und Interessenvertretung durch den Betriebsrat im Entleiherbetrieb; anderenfalls wäre es sinnlos.⁹⁹ Z.T. wird sogar eine rechtliche Gleichstellung zwischen überlassenen Arbeitnehmern und Stammarbeitnehmern i.S.v. § 5 BetrVG angenommen mit der Folge,

⁹³ BAG, DB 2004, 1836.

⁹⁴ *Düwell*, BB 1997, 48.

⁹⁵ Zum Meinungsstand vgl. *Hamann*, NZA 2003, 526, 530.

⁹⁶ BAG, AiB 1993, 316.

⁹⁷ Vgl. Anm. 8.

⁹⁸ *Wassermann/Rudolph*, a.a.O., S. 161 ff.

⁹⁹ *Wassermann/Rudolph*, a.a.O., S. 151.

dass sich für den Betriebsrat der Auftrag ergibt, diese Beschäftigtengruppe nicht nur partiell, sondern umfassend zu vertreten, soweit deren Interessen gegenüber dem Entleiherbetrieb betroffen sind.¹⁰⁰

II. Rechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb

1. Allgemeine Aufgaben

Der Schwerpunkt der AÜG-Reform lag auf der individualrechtlichen Ausgestaltung der Arbeitnehmerüberlassung. Die seit 1982 in § 14 AÜG geregelte betriebsverfassungsrechtliche Seite blieb ohne Veränderungen.

Auch wenn § 14 Abs. 3 AÜG nur ein bestimmtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erfasst, sind nach h.M. die Rechte des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern in § 14 Abs. 3 ebenso wenig abschließend geregelt wie in Abs. 2.¹⁰¹ Inwieweit aber im Einzelnen Mitwirkungsrechte dem Betriebsrat im Entleiherbetrieb bzw. dem Betriebsrat im Verleiherbetrieb zugeordnet sind, ist nicht eindeutig geklärt. Die Zuständigkeit lässt sich bei gespaltener Arbeitgeberstellung wohl danach bestimmen, wo die jeweilige Arbeitgeberfunktion, um deren Mitbestimmungspflichtigkeit es geht, zuzuordnen ist.¹⁰²

Jedenfalls gilt nach h.M. der Diskriminierungsschutz des § 75 BetrVG auch für Leiharbeiter im Entleiherbetrieb.¹⁰³ Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 75 - "alle im Betrieb tätigen Personen". Außerdem kann der Schutz vor Diskriminierung nicht davon abhängen, ob eine Vertragsbeziehung zum Betrieb besteht, sondern nur von der tatsächlichen Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Der Betriebsrat muss sich also auch um die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter kümmern und darauf hinwirken, dass gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Gesetzesverstöße unterbleiben bzw. abgestellt werden. Darüber hinaus sind fast alle Tatbestände des § 80 für den Betriebsrat auch hinsichtlich der Leiharbeiter von Belang.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG 2004, S. 412 f.

¹⁰¹ Thüsing, AÜG-Kommentar, 2005, § 14 Rn 99.

¹⁰² BAG v. 19.06.2001, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972.

¹⁰³ Thüsing, a.a.O., Rn 101; a.A. GK-Kreutz, § 75 BetrVG Rn 16.

¹⁰⁴ In einzelnen vgl. Thüsing, a.a.O., Rn 104 ff.

2. Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG

Zur Durchführung seiner Aufgaben nach § 80 Abs. 1 BetrVG stehen dem Betriebsrat Informationsrechte und Vorlageansprüche nach Abs. 2 des § 80 BetrVG zu. Durch die Reform des BetrVG 2001 wurde die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat konkretisiert. Sie erstreckt sich gem. Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz jetzt ausdrücklich auch auf Personen, die zwar im Betrieb tätig sind, aber nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Diese gesetzliche Klarstellung entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BAG. Jedenfalls für freie Mitarbeiter hatte es einen Informationsanspruch des Betriebsrats nach § 80 BetrVG anerkannt,¹⁰⁵ ebenso wie über die der Beschäftigung von Arbeitnehmern aus Fremdfirmen zugrundeliegenden Verträge¹⁰⁶. Der Gesetzgeber hat mit der Ergänzung in Abs. 2 auf die mittlerweile üblichen unterschiedlichen Beschäftigungsformen im Betrieb neben dem Arbeitsverhältnis Betrieb reagiert. Leiharbeit fällt jedenfalls auch unter die Norm. Der Betriebsrat hat also ein Unterrichtsrecht bezüglich der im Betrieb tätigen Leiharbeitnehmer und kann entsprechende Unterlagen vom Arbeitgeber fordern, um seinen Aufgaben nach § 80 Abs. 1 BetrVG zu entsprechen. Damit ist auch nochmals klargestellt, dass er im Bezug auf die Leiharbeitnehmer im Prinzip die gleichen Überwachungsaufgaben hat, wie bei der Stammebelegschaft, d.h. vor allem, darauf zu achten hat, ob die arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Leiharbeit eingehalten werden.

3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Schon vor der Änderung des § 7 BetrVG hat das BAG festgestellt, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebes auch die Interessen der Leiharbeitnehmer vertreten darf, obwohl er dazu bis 2001 nicht durch Wahl legitimiert war.¹⁰⁷ Für die sozialen Angelegenheiten in § 87 BetrVG hat das zur Folge, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebes auch in Bezug auf die Leiharbeitnehmer mitbestimmen darf, wenn das Mitbestimmungsrecht an die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb anknüpft oder das Verhalten des Leiharbeitnehmers im Betrieb betroffen ist. Daher wirken Betriebsvereinbarungen über die Ordnung des Betriebes (§ 87 Abs. 1 Nr. 1) oder über den Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7) für und gegen den Leiharbeitnehmer.¹⁰⁸ Das gilt auch für Betriebsvereinbarungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6, denn technische Einrichtungen, die das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer überwachen können, greifen in das Persönlichkeitsrecht ein und das ist unabhängig davon zu schützen,

¹⁰⁵ BAG 15.12.1998, AP Nr. 56 zu § 80 BetrVG 1972.

¹⁰⁶ BAG 31.01.1989, AP Nr. 33 zu § 80 BetrVG 1972.

¹⁰⁷ BAG 19.06.2001, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer.

¹⁰⁸ *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 1998, 11. Aufl., Rn 2006.

ob die betroffene Person eine vertragliche Beziehung zum Betriebsinhaber hat oder nicht. Auch hier kommt es allein auf die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb an.

Problematischer ist die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern bei der Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Hierbei geht es um die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Benutzung von Werkskantinen, Werksbussen, Sportanlagen, Erholungsheimen oder dem verbilligten Bezug von Waren auch für Leiharbeitnehmer, aber auch um deren Einbeziehung in Unterstützungs- und Pensionskassen. Nach h.M. ist die Zweckbestimmung der Sozialeinrichtung, zu der auch die Festlegung des berechtigten Personenkreises gehört, mitbestimmungsfrei.¹⁰⁹ Daher kann der Inhaber des Entleiherbetriebes allein festlegen, wer begünstigt sein soll. Diese Festlegung hat aber nach abstrakten Kriterien zu erfolgen,¹¹⁰ sodass Leiharbeitnehmer dann Zugang zur Sozialeinrichtung verlangen können, wenn sie unter die abstrakten Kriterien fallen. Schon immer war bei der Aufstellung dieser Kriterien § 75 BetrVG zu beachten. Seit der Reform des AÜG gilt aber jetzt auch das Gleichbehandlungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG, wonach dem Leiharbeitnehmer die wesentlichen Arbeitsbedingungen einzuräumen sind, die auch für die Stammbeslegschaft im Entleiherbetrieb gelten. Wie immer beim Gleichbehandlungsgrundsatz, darf davon nur mit einem sachlichen Grund abgewichen werden.

Entscheidend für die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung von Leiharbeitnehmern in Sozialeinrichtungen ist also, was als sachlicher Differenzierungsgrund akzeptiert wird. Zweifelhaft ist, ob das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsinhaber als Voraussetzung für den Zugang zu einer Sozialeinrichtung ein ausreichender sachlicher Grund sein kann,¹¹¹ denn damit kann das Gleichbehandlungsgebot im AÜG pauschal ausgehebelt werden. Wenn nur auf die tatsächliche Eingliederung abgehoben wird, bleiben für die Leiharbeitnehmer allenfalls Ansprüche auf die Benutzung des Firmenparkplatzes oder der Werkskantine. Von "im wesentlichen gleichen Arbeitsbedingungen", wie das Gesetz sie fordert, kann dann keine Rede mehr sein.

Jedenfalls bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen nach § 88 Nr. 2 BetrVG stünde es den Betriebsparteien im Entleiherbetrieb frei, Leiharbeitnehmer ausdrücklich in die Regelungen einer Betriebsvereinbarung über die Einrichtung von Sozialeinrichtungen aufzunehmen.

¹⁰⁹ Fitting, BetrVG, 2004, 22. Aufl., § 87 Rn 352 f.

¹¹⁰ BAG 26.04.1988, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

¹¹¹ So *Thüsing*, a.a.O., § 14 Rn 130.

4. Mitwirkungsrecht vor der Arbeitsaufnahme, §§ 14 Abs. 3 AÜG, 99 BetrVG

Hat § 14 Abs. 2 AÜG die betriebsverfassungsrechtliche Position des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb zum Gegenstand, so ist in Abs. 3 des § 14 AÜG die Position des Betriebsrats hinsichtlich der Leiharbeitnehmer angesprochen.

Ausdrücklich in § 14 Abs. 3 AÜG geregelt ist die Mitwirkung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers. Der Betriebsrat im Entleiherbetrieb hat vor der Arbeitsaufnahme des Leiharbeitnehmers die Mitwirkungsrechte nach § 99 BetrVG. Der Einsatz eines Leiharbeitnehmers wird also mitbestimmungsrechtlich so behandelt wie eine Einstellung im Entleiherbetrieb. Für die Reichweite der Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrats ist entscheidend, ob es sich bei § 14 Abs. 3 AÜG um eine Rechtsfolgen- oder eine Rechtsgrundverweisung handelt. Bei einer Rechtsgrundverweisung müssten alle Voraussetzungen des § 99 BetrVG vorliegen, d.h. eine Betriebsratsmitwirkung beim Einsatz von Leiharbeitnehmern käme nur in Frage in Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern. Nach h.M. allerdings handelt es sich bei § 14 Abs. 3 AÜG um eine Rechtsfolgenverweisung.¹¹² Das bedeutet, dass der Betriebsrat bei jedem Einsatz von Leiharbeitnehmern nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist. "Übernahme" im Sinne von § 14 Abs. 3 AÜG meint dabei zunächst die erstmalige tatsächliche Beschäftigung des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb, aber auch die Verlängerung einer Überlassung¹¹³ oder den Austausch eines Leiharbeitnehmers gegen einen anderen. Bei der Zuweisung eines andern Arbeitsplatzes an den Leiharbeitnehmer innerhalb des Entleiherbetriebes kommt auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 wegen einer Versetzung in Betracht, sofern die Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 BetrVG erfüllt sind. In allen diesen Fällen muss der Betriebsrat vollständig, unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen über den geplanten Einsatz, die Person des Leiharbeitnehmers und die Auswirkungen der geplanten Maßnahme unterrichtet werden. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Übernahme des Leiharbeitnehmers aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründen verweigern.

Dieses Recht des Betriebsrats kann allerdings für den jeweiligen Leiharbeitnehmer ein zweischneidiges Schwert sein, denn z.B. Nr. 3 des § 99 Abs. 2 BetrVG räumt dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht dann ein, wenn die Besorgnis besteht, dass durch die personelle Maßnahme - also die Übernahme des Leiharbeitnehmers - im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer Nachteile erleiden. Die Perspektive des Betriebsrats im

¹¹² Vgl. die Nachweise bei *Thüsing*, a.a.O., § 14 Rn 147.

¹¹³ z.B. LAG Frankfurt 09.02.1988, DB 1988, 1956.

Entleiherbetrieb ist hier also nicht der Schutz des Leiharbeitnehmers, sondern der Schutz der Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb. Dieses Beispiel macht besonders gut das Dilemma des Betriebsrats deutlich: Er vertritt die Stammebelegschaft im Entleiherbetrieb und hat daher auch deren Interessen im Auge. Neuerdings soll er aber auch für die Leiharbeitnehmer eintreten, die nicht selten als Konkurrenz zur Stammebelegschaft aufgefasst werden. Dieser Eindruck ist auch z.T. begründet, denn nicht immer dient die Leiharbeit nur als Personalpuffer, um Auftragsspitzen auszugleichen. Die oben schon erwähnte, jüngst veröffentlichte Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), die sich auf die Jahre 1998 - 2003 bezieht, kommt zu dem Schluss, dass Leiharbeitnehmer in einem Viertel der Betriebe, die auf diese Arbeitsform zurückgreifen, reguläre Beschäftigung verdrängt.¹¹⁴ Da durch die AÜG-Reform 2003 die Nutzung von Zeitarbeit aber erleichtert wurde - die genannten Zahlen beziehen sich auf die Zeit vor der Reform - kann der Trend nur aufgehalten werden, indem Leiharbeitnehmer besser in die Entleiherbetriebe integriert werden.

5. Eingliederungsvorschläge, §§ 92a, 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

Die Kompetenz des Betriebsrats, die Beschäftigung im Betrieb zu fördern und zu sichern, umfasst auch Eingliederungsvorschläge für Leiharbeitnehmer nach § 92a i.V.m. § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Hier gilt im wesentlichen dasselbe, das schon oben für die befristete Beschäftigung ausgeführt wurde (3. Teil, A II 2).

In den Beispielen, die in § 92a für Fördermaßnahmen genannt sind, ist zwar Leiharbeit nicht ausdrücklich erwähnt, aber § 92a ist nicht abschließend gemeint ("insbesondere"), sodass der Betriebsrat auch für Leiharbeitnehmer entsprechende Eingliederungsvorschläge machen kann. In Betracht kommt vor allem der Vorschlag, Leih-arbeitsverhältnisse in Stammarbeitsplätze umzuwandeln. Das wird, angesichts der Abschaffung der Höchstüberlassungszeit vor allem für längerfristig überlassene Arbeitnehmer in Betracht kommen. Bei dieser Gruppe der Leiharbeitnehmer ist auch an Maßnahmen der Weiterqualifizierung zu denken. Es darf dabei nicht vergessen werden, dass den Leiharbeitnehmern gerade auch deshalb das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat im Entleiherbetrieb eingeräumt wurde, um die schleichende Erosion der Stammebelegschaft und die damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Betriebsverfassung abzumildern.¹¹⁵

¹¹⁴ SZ 11.06.2005.

¹¹⁵ Fitting, BetrVG, 2004, 22. Aufl., § 7 Rn 37.

Das ist aber nur möglich, wenn es nicht bei dem formalen Wahlrecht bleibt, sondern sich der Betriebsrat auch aktiv um mehr Integration bemüht.

Es sei hier nochmals erwähnt, dass § 92a dem Betriebsrat zwar kein echtes Mitbestimmungsrecht gewährt, der Arbeitgeber die Vorschläge des Betriebsrats also nicht umsetzen muss, jedoch die Pflicht hat, die Vorschläge mit dem Betriebsrat zu beraten und eine eventuelle Ablehnung zu begründen. Für die europarechtlichen Bedenken wegen der fehlenden Sanktion in § 92a BetrVG sei auf oben verwiesen.

4. Teil: Die betriebliche Umsetzung

A. Beispiele aus Betriebsvereinbarungen¹¹⁶

Die kollektivrechtlichen Möglichkeiten zur besseren Absicherung von befristet Beschäftigten und Leiharbeitnehmern sind nicht üppig, aber immerhin erlauben sie dem Betriebsrat Einfluss auf die Ausgestaltung dieser Beschäftigungsverhältnisse zu nehmen.

Vereinzelt lassen sich schon Betriebsvereinbarungen finden, die die Arbeitsbedingungen und Integrationsaussichten für atypisch Beschäftigte verbessern wollen. Bei der befristeten Beschäftigung läuft das vor allem darauf hinaus, sie in unbefristete Arbeitsverträge umzuwandeln.¹¹⁷ Die Tendenz bei der Leiharbeit ist ähnlich: Hier gibt es Betriebsvereinbarungen, die vorsehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen einem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsplatz im Entleiherbetrieb anzubieten ist¹¹⁸ oder der Leiharbeitsplatz nach einer bestimmten Frist in einen Stammarbeitsplatz umgewandelt werden muss¹¹⁹ und Zeiten der Beschäftigung beim Entleiher auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden müssen.¹²⁰

Im Vordergrund stehen aber nach wie vor Betriebsvereinbarungen, die befristete Beschäftigung oder Leiharbeit nur als Unterpunkt behandeln und dann oft mit dem Ziel, diese nach wie vor als Randbelegschaft wahrgenommenen Gruppen auszuschließen. Das ist besonders häufig bei Sozialplänen, die atypisch Beschäftigte von Leistungen ausnehmen.¹²¹ Vereinzelt gibt es allerdings Beispiele, wo auch für befristet Beschäftigte Abfindungen vorgesehen sind.¹²²

Viele Betriebsvereinbarungen enthalten abgestufte Regelungen, wonach zunächst Maßnahmen der internen Personalsteuerung versucht werden müssen, bevor auf Befristung oder Leiharbeit zurückgegriffen werden darf, wobei dann häufig Befristung Vorrang vor Leiharbeit haben soll.¹²³ Umgekehrt ist es bei Umstrukturierungsmaßnahmen. Hier werden

¹¹⁶ Die folgende Zusammenfassung basiert auf der ausführlichen Untersuchung von Betriebsvereinbarungen zur Zeitarbeit und Befristung von *Christine Zumbeck*, Betriebs- und Dienstvereinbarungen: Zeitarbeit und Befristung, Schriftenreihe der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/M 2005 (im Erscheinen). Die Betriebsvereinbarungen finden sich im einzelnen im Archiv Betriebliche Vereinbarungen der Hans-Böckler-Stiftung. Die im folgenden genannten Betriebsvereinbarungen sind unter der im Böckler-Archiv geführten Nummer zitiert.

¹¹⁷ z.B. Chemische Industrie, 100100/185/1998; Fahrzeughersteller von Kraftwagenteilen, 080220/3/2000.

¹¹⁸ z.B. Maschinenbau, 01900/68/2004; Elektromaschinenbau, 010900/82/2002.

¹¹⁹ Elektromaschinenhersteller, 010900/30/1999.

¹²⁰ Möbel-, Schmuck-, Instrumenten-, Sport- und Spielwarenhersteller, 010900/71/0.

¹²¹ z.B. Versicherungsgewerbe, 100300/139/1999.

¹²² z.B. Fahrzeughersteller von Kraftwagenteilen, 080220/3/2000. Unternehmensbezogene Dienstleistungen, 100300/200/2001; Großhandel, 011000/08/2003.

¹²³ z.B. Metallverarbeitung, 010900/28/2000; Elektromaschinenbau, 010900/82/2002.

befristet Beschäftigte und Leiharbeiter häufig als Personalpuffer behandelt, der die Stammbesellschaften vor Kündigungen schützen soll.¹²⁴

Zu den oben beschriebenen neuen Informations- und Zustimmungsverweigerungsrechten gibt es auch schon Betriebsvereinbarungen, allerdings fast ausschließlich in Bezug auf Leiharbeiter. Das dürfte damit zusammenhängen, dass befristet Beschäftigte einen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen abgeschlossen haben, in dem sie auch tatsächlich beschäftigt sind und der Betriebsrat daher ohnehin für die Befristeten umfassend zuständig ist. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb sind dagegen im Hinblick auf die Leiharbeiter beschränkt und daher regelungsbedürftiger. Nur sehr wenige Betriebsvereinbarungen haben jedoch bislang die Interessen der Leiharbeiter im Sinn, etwa wenn es um die Absicherung von Mindeststandards im Verleihunternehmen geht. So gibt es Betriebsvereinbarungen, die als Bedingung für den Einsatz im Entleiherbetrieb die Geltung von Tarifverträgen im Verleiherunternehmen vorsehen.¹²⁵ In Einzelfällen werden auch Individualrechte der Leiharbeiter geregelt, z.B. das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 141 EGV.¹²⁶ Viel häufiger werden aber die Zustimmungsverweigerungsgründe erweitert¹²⁷ oder gar ein Zustimmungsvorbehalt bei Leiharbeit vereinbart¹²⁸. Diese Betriebsratsrechte zielen darauf ab, Leiharbeit zu erschweren.

Insgesamt geben sich Betriebsräte noch immer eher verhalten im Umgang mit befristeter Beschäftigung und Leiharbeit. Allerdings nimmt der Handlungsdruck zu, denn die Zahl atypisch Beschäftigter steigt und ist auch gesellschaftlich immer mehr akzeptiert. Die strikte Trennung zwischen Stamm- und Randbesellschaften kann sich als kontraproduktiv erweisen. So können einerseits auch Angehörige der Stammbesellschaften sehr schnell zu atypisch Beschäftigten werden, etwa wenn ein Personalabbau ansteht und sie in Beschäftigungsgesellschaften wechseln (müssen). Andererseits ist es angesichts der Dynamik und der Zuwachsraten von atypischer Beschäftigung wohl ein vergeblicher Versuch, diese Beschäftigungsformen möglichst zu unterbinden und eine vermutlich unrealistische Hoffnung, alle atypisch Beschäftigten früher oder später in Normalarbeitsverhältnisse überführen zu können. Daher sollte das Bestreben offensiv dahin gehen, die Randständigkeit von befristet Beschäftigten und Leiharbeitern durch die Nutzung der betriebsverfassungsrechtlichen Integrationsinstrumente abzubauen, um diesen Beschäftigungsgruppen auch eine berufliche Perspektive zu bieten.

¹²⁴ z.B. Großhandel, 011000/08/2003; Metallherzeugung und -bearbeitung, 100300/154/2000.

¹²⁵ z.B. Metallverarbeitung, 010900/28/2000 (vor den Rechtsänderungen des AÜG 2003); Maschinenbau, 010900/68/2004 (nach den Rechtsänderungen des AÜG 2003).

¹²⁶ Maschinenbau, 010900/68/2004.

¹²⁷ Elektromaschinenbau, 010900/82/2002; Maschinenbau, 010900/68/2004.

¹²⁸ Landverkehr, 010900/18/0

B. Neue Handlungsfelder der Betriebsratsarbeit

Hier ergeben sich dann neue Handlungsfelder für die Betriebsratsarbeit. Dabei kann es in der vorliegenden Untersuchung nur um Hinweise gehen, welche Aspekte bei der Mitgestaltung von Zeitarbeit und Befristung eine Rolle spielen, da die Akteure vor Ort aus der rechtlichen Aufarbeitung des Themas in dieser Untersuchung einerseits und aufgrund ihrer Erfahrungen vor Ort andererseits am besten entscheiden können, welche konkreten Maßnahmen im einzelnen ergriffen werden sollen.¹²⁹

Bislang haben die atypisch Beschäftigten für die betriebliche Interessenvertretung allenfalls am Rande eine Rolle gespielt, wie der Blick auf die abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen zeigt. Das hängt vor allem damit zusammen, dass zwei z.T. widersprüchliche Interessenlagen vereinbart werden müssen: Zum einen die Interessen der Stammbeslegschaft an der Sicherung der eigenen Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen, zum anderen die Interessen der befristet Beschäftigten und der Zeitarbeitnehmer an einer besseren Integration in den Betrieb. Dieses Vereinbarkeitsproblem stellt sich inzwischen mit besonderer Dringlichkeit, da der Einsatz von atypisch Beschäftigten, der noch vor einigen Jahren eine Randerscheinung war, deutlich zunimmt und auch diese Beschäftigtengruppe einen Anspruch auf faire Beschäftigungsbedingungen hat, zumal aus Stammbeschäftigten sehr schnell atypisch Beschäftigte werden können. Der umgekehrte Weg, aus atypisch Beschäftigten Stammbeschäftigte zu machen, ist noch sehr viel seltener, da Unternehmen auf atypische Beschäftigungsformen gerade mit dem Argument zurückgreifen, dass die Wettbewerbssituation flexiblere Beschäftigungsformen verlange und daher häufig gerade kein Interesse besteht, diese flexiblen Beschäftigungsformen in Normalarbeitsverhältnisse zu transformieren. Wo atypische Beschäftigung aber nicht mehr die Ausnahme ist, sondern immer mehr zur Regel wachsender Beschäftigtengruppen wird, liegt es auch im Interesse der Arbeitnehmervertreter, dafür Sorge zu tragen, dass die beiden Gruppen nicht gegeneinander ausgespielt werden. Hierbei ist auch zu bedenken, dass es sich bei der Umstrukturierung des Arbeitsmarktes, weg vom seit Jahrzehnten gewohnten Normalarbeitsverhältnis, hin zu mehr flexiblen, aus der Perspektive der Beschäftigten unsichereren Beschäftigungsverhältnissen nicht um eine im Prinzip umkehrbare Zeiterscheinung handelt, sondern um eine grundlegende strukturelle Veränderung. Je

¹²⁹ Diesen Ansatz verfolgt auch *Christine Zumbek* (vgl. Anm. 113) in ihrer Analyse der betrieblichen Regelungen zur Zeitarbeit und befristeten Beschäftigung. Als Hilfestellung entwirft sie ein Gestaltungsraster, das einen Überblick über mögliche Regelungspunkte für eine Vereinbarung bietet, aber die konkrete Ausgestaltung - natürlich - den Betriebspartnern überlässt.

schneller und offensiver die Arbeitnehmervvertretungen darauf reagieren, desto größer ist ihr Gestaltungsspielraum bei der besseren Absicherung auch der neuen Beschäftigungsformen. Auch wenn die durch das novellierte BetrVG von 2001, das TzBfG von 2000 und das AÜG von 2002 geschaffenen neuen Mitwirkungsmöglichkeiten für die Betriebsräte nur ein erster Schritt sind, können auch sie schon effizient genutzt werden.

Die Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsräte umfassen dabei drei Bereiche: Generelle Regelungen beim Einsatz von atypisch Beschäftigten, spezielle Regeln für befristet Beschäftigte und spezielle Regeln beim Einsatz von Zeitarbeitnehmern. Darüber hinaus sind auch noch die Beschäftigungsbedingungen bei internen oder externen Transfergesellschaften in den Blick zu nehmen.

Bei den generellen Regelungen kann es zunächst einmal darum gehen, festzulegen, wann atypische Beschäftigung überhaupt möglich sein soll, z.B. zum Ausgleich von schwankendem Arbeitsaufkommen oder zur Vermeidung von Mehrarbeit der Stammbesellschaft. Dann sind Regelungen über das Verhältnis der atypisch Beschäftigten zu den Stammbesellschaften denkbar, die die atypisch Beschäftigten in den Arbeitsablauf integrieren und ihnen gleiche Rechte und Pflichten einräumen. Auch bei der Festlegung des Geltungsbereiches von Betriebsvereinbarungen kann geprüft werden, inwieweit atypisch Beschäftigte einbezogen werden sollen und können.

Bei den speziellen Regelungen für befristet Beschäftigte ist eine große Palette von Regelungsbereichen denkbar. So kann es zunächst um Grundsätze der Personalbeschaffung gehen und für Einstellungen ein Verhältnis von unbefristeter zu befristeter Beschäftigung festgelegt werden. Darüber hinaus ist bei Stellenbesetzungen an die Bewertung der Betriebszugehörigkeiten zu denken. Außerdem sollte auf die Einhaltung der Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers geachtet werden. Auch Regelungen zur Umwandlung von befristeten in unbefristete Stellen sind wichtig, wie auch Übernahmeregelungen für Auszubildende zumindest als befristet Beschäftigte. Denkbar ist auch die Festlegung von bestimmten Einsatzzeiten für befristete Beschäftigung, z.B. Ferienzeiten. Schließlich steht die Einbeziehung von befristet Beschäftigten in Sozialplanleistungen auf der Agenda. Abfindungen z.B. könnten auch sie erhalten.

Auch bei den speziellen Regelungen für Zeitarbeitnehmer sind vielfältige Ansatzpunkte denkbar. Hier wird es zunächst um die betrieblichen Voraussetzungen für deren Einsatz gehen. Vor allem kann in diesem Zusammenhang der Einsatz von Zeitarbeitnehmern als Teil einer umfassenden Personalplanung verstanden werden. Auch das heikle Verhältnis der Zeitarbeitnehmer zur Stammbesellschaft bedarf der Regelung. Einerseits wird es hier um den

Schutz der Stammbesellschaft vor Personalabbau als Voraussetzung für den Einsatz von Zeitarbeitnehmern gehen. Auch an Quotenregelungen für die Begrenzung des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern ist zu denken. Andererseits kann die Chance ergriffen werden, den Einsatz von Zeitarbeitnehmern als Einstieg für Neueinstellungen zu gestalten. Entsprechend sind aus der Perspektive der Zeitarbeitnehmer Fragen der Übernahme in die Stammbesellschaft von besonderer Bedeutung. Hierbei geht es u.a. um das Verhältnis zu externen Bewerbern in Einstellungsverfahren oder die Anrechnung von Beschäftigungszeiten der Zeitarbeitnehmer bei einer Übernahme.

Schließlich sollte das Vertragsverhältnis zum Verleiherunternehmen vom Betriebsrat des Entleiherunternehmens kritisch betrachtet werden. Vor allem sollte auf die Tarifgebundenheit des Verleihers geachtet werden und sollten Qualitätskriterien für die Beurteilung des Zeitarbeitsunternehmens aufgestellt werden.

Einen Sonderfall stellen die Beschäftigungsverhältnisse bei internen oder externen Beschäftigungsgesellschaften dar. Sie sind im vorliegenden Zusammenhang auch relevant, da dort i.d.R. atypische Beschäftigungsverhältnisse entstehen. Vor allem wird dort mit Befristungen gearbeitet. Daher besteht auch für sie Handlungsbedarf durch die Arbeitnehmervertretung, vor allem im Hinblick auf den Zugang zu den Transfergesellschaften, die Dauer der Beschäftigung in der Transfergesellschaft, Zumutbarkeitsregelungen im Zusammenhang mit dem Einsatzort, eventuelle Rückkehrrechte, Einkommenssicherung oder Übernahmeverpflichtungen.

Die genannten Bereiche können und wollen nur exemplarisch sein. Wichtig ist der Umstand, dass die in dieser Untersuchung vorgestellten Rechtsänderungen neue Mitgestaltungsmöglichkeiten für den Betriebsrat bei befristeter Beschäftigung und Zeitarbeit geschaffen haben, die nur von den Arbeitnehmervertretern vor Ort mit Leben erfüllt werden können.