



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Christiane Brors, Oldenburg

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Prof. Dr. Christiane Brors

**Stellungnahme als Einzelsachverständige zu dem Antrag der AfD Fraktion
(Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeitnehmer)
BT Drs. 20/6003**

Die im Antrag vorgeschlagenen Änderungen sind vor dem Hintergrund der europäischen und nationalen Rahmenbedingungen rechtlich so nicht umsetzbar und verfehlen ihr Ziel.

In dem Antrag wird vorgeschlagen:

1. Begrenzung des „Fremdpersonals“ (Werkverträge, Leiharbeit) auf 15 % im Verhältnis zur Stammelegschaft in der Paketbranche,
2. Zahlung von Equal-Pay ab dem ersten Einsatztag,
3. Zahlung einer Flexibilisierungspauschale,
4. Ursachen für die niedrigen Löhne „adressieren“ und die Quersubventionierung bei der Deutschen Post zwischen den Gewinnen aus dem Briefmonopol und dem Paketdienst beenden.

I. Begrenzung des Fremdpersonals und Leiharbeit auf 15 %

1. Begrenzung Leiharbeit

Eine derartige Begrenzung der Leiharbeit widerspricht Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG und ist damit europarechtswidrig. Begrenzungen der Leiharbeit sind danach nur möglich, wenn sie aus Gründen des Allgemeinwohls erforderlich sind. In dem Antrag wird die Rechtfertigung einer solchen Quote damit begründet, dass Leiharbeit nur insoweit zulässig ist, als Auftragsspitzen abgefangen werden können. Danach sollen Leiharbeitnehmer nicht auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden dürfen.

Diese Argumentation widerspricht den klaren Vorgaben des EuGH.¹ Bereits in der Rechtssache JH aus dem Jahr 2020 hat der EuGH entschieden, dass Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen beschäftigt werden dürfen und dies keineswegs dem in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG vorgeschriebenen „vorübergehenden“ Einsatz

¹ EuGH 17.3.2022 C-232/20 Rn. 31; ebenso schon EuGH 14.10.2020 C-681/18.

von Leiharbeitnehmern widerspricht.² Der Einsatz auf Dauerarbeitsplätzen gibt Leiharbeitnehmern nach dem EuGH vielmehr eine Chance sich entsprechend dem in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie vorgegebenen Ziel in den Arbeitsmarkt einzugliedern (11. Erwägungsgrund).³ Darüber hinaus stützt sich der EuGH auf den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG bei der Auslegung des Begriffs „vorübergehend“, der sich nicht auf die Art des Arbeitsplatzes, sondern die der Überlassung bezieht.⁴

Ist daher ein Einsatz auf Dauerarbeitsplätzen erlaubt und eine Begrenzung auf Auftragsspitzen nicht vorgesehen, kann eine Quote nicht mit derselben Argumentation verlangt werden. Für die Leiharbeit wäre eine solche Begrenzung daher eindeutig europarechtswidrig.

2. Begrenzung Werkverträge

Gegen die Begrenzung von Werkverträgen auf eine Quote sprechen sowohl verfassungsrechtliche wie europarechtliche Bedenken. Schon das Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit in der Fleischwirtschaft ist als ungerechtfertigter Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV und in die unternehmerische Freiheit gem. Art. 14 GG stark kritisiert worden.⁵ Selbst wenn man im Fall der Fleischwirtschaft die Eingriffe damit rechtfertigen kann, dass damit die in dieser Branche vorliegenden Missstände beim Arbeitsschutz verhindert werden und die sozialversicherungsrechtliche Verantwortung abgesichert wird⁶, lässt sich (auch ein nur teilweises) Verbot in anderen Branchen nicht rechtfertigen.⁷ Anders als in anderen Branchen wurde (und wird) die Fremdvergabe in der Fleischbranche insbesondere dazu genutzt, arbeitsschutzrechtliche Verantwortlichkeit und Arbeitgeberstellung zu verschleiern.

Dagegen wird das im Antrag verlangte teilweise Verbot mit dem geringeren Lohnniveau begründet. Die fehlende Geeignetheit einer Quote um die Lohnanhebung zu erreichen, ist eigentlich offensichtlich. Soll in diesen verbleibenden 15 % dann der

² EuGH 14.10.2020 C-681/18.

³ EuGH 14.10.2020 C-681/18 Rn. 37. Der EuGH folgt insoweit den Ausführungen des Generalanwalts Rn. 42.

⁴ EuGH 17.3.2022 C-232/20 Rn. 31.

⁵ Boemke u.a., NZA 2020, 1160; Bayreuther, NZA 2020, 773.

⁶ Deinert, Gutachten Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, S. 6.

⁷ Deinert, Gutachten Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, S. 9.

niedrige Lohn toleriert werden? Darüber hinaus ist eine Quote auch nicht verhältnismäßig, da die Verbesserung der Durchsetzung des Mindestlohns bei Werkvertragsarbeitnehmern ein milderes Mittel als das Verbot ist.

Eine Quote ist danach nach deutschem Recht verfassungswidrig. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ist aus denselben Gründen nicht zu rechtfertigen.

II. Branchenspezifische Zahlung von Equal-Pay ab dem ersten Arbeitstag und einer Flexibilisierungspauschale in Höhe von „10 % auf das maßgebliche Arbeitsentgelt“

In dem Antrag wird weiter gefordert, in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienst § 8 AÜG so abzuändern, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern ab dem ersten Tag Equal-Pay gezahlt wird. Der Antrag ist daher wohl so zu verstehen, dass nur für diese Branche § 8 Abs. 2 und 4 AÜG gestrichen werden. Die branchenspezifische Streichung von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG hat zwar den Vorteil, dass keine Beschäftigten betroffen werden, die durch Leiharbeit höhere Löhne als das Stammpersonal erzielen. Auf der anderen Seite setzt ein branchenspezifischer Eingriff voraus, dass nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 GG ein Sachverhalt abweichend von anderen Branchen geregelt werden soll, der mit den übrigen Branchen nicht „gleich“ ist. Aus dem Antrag selbst folgt eine solche Begründung nicht. Es ist nicht ersichtlich, ob die Arbeitsbedingungen in der genannten Branche gegenüber allen anderen Branchen besonders schlecht sind. Daher ist ein derartiges branchenspezifisches Vorgehen verfassungsrechtlich schon aus diesem Grund angreifbar.

III. Ursachen für die niedrigen Löhne in der Paketbranche adressieren und hierfür beispielsweise die Quersubventionierung bei der Deutschen Post zwischen den Gewinnen aus dem Briefmonopol und dem Paketdienst beenden

Im Antrag wird dazu ausgeführt, dass ein „wesentlicher Grund“ für die niedrigen Gehälter „der hohe Anteil an nicht tarifgebundener Arbeit vor allem bei Werkverträgen bzw. Nachunternehmerketten sowie Solo- bzw. Scheinselbstständigkeit“ ist. Was die „Quersubventionierung“ mit Scheinselbstständigkeit zu tun hat, ist m.E. nicht

verständlich. Mir erscheint es plausibler, durch staatliche Kontrollen oder die Einführung eines gewerkschaftlichen Verbandsklagerechts sicher zu stellen, dass der Mindestlohn auch in Unternehmerketten gezahlt wird, die Arbeitszeit der Beschäftigten korrekt erfasst wird – wie es nach der Rechtsprechung⁸ auch jetzt schon Pflicht ist - und Scheinselbstständigkeit von den zuständigen Behörden unterbunden wird.

⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683; BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

**Stellungnahme als Einzelsachverständige zu dem Antrag der Fraktion die Linke
(Leiharbeit – gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen) 20/5978**

In dem Antrag wird vorgeschlagen,

die tarifliche Absenkungsmöglichkeit in § 8 AÜG zu streichen, so dass Beschäftigte in der Leiharbeit zwingend gleichgestellt werden und ausnahmslos ab dem ersten Einsatztag die gleiche Vergütung und die gleichen Arbeitsbedingungen wie vergleichbares Stammpersonal erhalten. Darüber hinaus soll ihnen nach dem Antrag ein gesetzlicher Flexibilitätszuschlag von 10 Prozent auf den Lohn gezahlt werden.

Das Ziel, Beschäftigten in der Leiharbeit faire Arbeitsbedingungen zu garantieren, ist politisch sehr wünschenswert. Es kann jedoch bezweifelt werden, ob die Streichung von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG verfassungsgemäß ist. Die Koalitionen haben gem. Art 9 Abs. 3 GG das Recht den Lohn in Tarifverträgen zu regeln. Die bereits durch § 8 Abs. 2 und 4 AÜG bestehenden Beschränkungen dieses Rechts sind aufgrund des europäisch verlangten Schutzes der Beschäftigten gerechtfertigte Eingriffe in die Rechte der Koalitionen gem. Art. 9 Abs. 3 GG. Eine darüber noch hinausgehende Beschränkung ist unverhältnismäßig, da der Schutz der Beschäftigten bereits bei der Auslegung des § 8 Abs. 2 und 4 AÜG zu berücksichtigen ist.

**I. Regelung der Arbeitsbedingungen in der Leiharbeit durch
Tarifverträge als von Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Recht**

In dem Antrag wird ausgeführt, dass die Streichung der Tariföffnungsklausel nicht mit dem Hinweis auf die Tarifautonomie abgelehnt werden dürfe. Politisch kann so argumentiert werden. Rechtlich ist dagegen maßgeblich, ob die Streichung ein verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriff in die den Koalitionen gem. Art 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Rechte ist.

Nach Art. 9 Abs. 3 GG haben die Koalitionen das Recht Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln. Das BVerfG¹ führt dazu aus:

„Art. 9 III GG gewährleistet jedermann das Recht, zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. ... Den Schutz von Art. 9 III GG genießen ferner Betätigungen der Koalitionen, soweit sie den dort genannten Zwecken dienen ... Die Aushandlung von Tarifverträgen gehört zu den wesentlichen Zwecken der Koalitionen. Hierin sollen sie nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein (vgl. BVerfGE 84, [212 \(224\)](#) = NJW 1991, [2549](#)). Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflußnahme (vgl. BVerfGE 38, [281 \(305f.\)](#) = NJW 1975, [1265](#)) und überläßt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarung treffen (vgl. BVerfGE 44, [322 \(340\)](#) = NJW 1977, [2235](#)). Der den Koalitionen überlassene Teil der Regelungen bezieht sich auf solche Materien, die sie in eigener Verantwortung zu ordnen vermögen. Dazu gehören vor allem das Arbeitsentgelt“

Der Abschluss von Tarifverträgen für die Beschäftigten in der Leiharbeit fällt auch dann unter die von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Rechte, wenn die Tarifverträge zu einer Absenkung der ansonsten im Rahmen von Tarifverträgen zu garantierenden Mindestbedingungen führen. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG ausdrücklich vorgesehen. In Ausfüllung dieser Vorgaben nehmen die Koalitionen ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG wahr.

II. Keine Rechtfertigung des Eingriffs „Streichen von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG“

Die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Rechte können nur unter bestimmten Voraussetzungen so eingeschränkt werden, dass der Staat den Koalitionen bestimmte Regelungsbereiche entzieht.

Das BVerfG² führt dazu aus:

¹ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513.

² BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513.

„Die Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Das bedeutet aber nicht, daß dem Gesetzgeber jede Regelung im Schutzbereich dieses Grundrechts verwehrt wäre. Soweit das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird, die beide den Schutz des Art. 9 III GG genießen, bedarf die Koalitionsfreiheit der gesetzlichen Ausgestaltung (vgl. BVerfGE 84, 212 (228) = NJW 1991, 2549). Aber auch im übrigen ist dem Gesetzgeber die Regelung von Fragen, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können, nicht von vornherein entzogen. Art. 9 III GG verleiht den Tarifvertragsparteien in diesem Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Das ergibt sich bereits aus der Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 I Nr. 12 GG. Eine gesetzliche Regelung in dem Bereich, der auch Tarifverträgen offensteht, kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber sich dabei auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann.“

Dabei werden die Anforderungen an die Rechtfertigung höher, wenn die zentralen Bereiche der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien betroffen sind wie z.B. der Lohn. Dazu das BVerfG³ weiter:

„Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es wesentlich auf den Gegenstand der gesetzlichen Regelung an. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 III GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen.“

Bei den bereits schon in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG vorgesehenen Einschränkungen der Regelungsbefugnis und erst Recht bei dem im Antrag vorgesehenen vollständigem Entzug der freien Regelungsbefugnis handelt es sich um Eingriffe in das nach Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Recht der Koalitionen den Lohn frei von staatlichen

³ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, 514.

Beschränkungen in einem Tarifvertrag zu regeln. Damit ist der zentrale Bereich des Grundrechts betroffen.

Bei dem Regelungsgegenstand „Lohn“ handelt es sich um das zentrale Regelungsinteresse der Koalitionen. Ein Eingriff kann nur aus dem Grund des Sozialschutzes oder auch aus dem Grund gerechtfertigt werden, das Interesse der Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen gem. Art. 12 Abs. 1 GG zu schützen und deshalb z.B. staatlich eine feste Lohnmindestgrenze vorzugeben.⁴ Ein solcher gerechtfertigter Eingriff ist in den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG zu sehen. Wie im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/104/EG betont wird folgt das Recht der Arbeitnehmer auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen aus Art. 31 GRC. Im vierzehnten Erwägungsgrund dieser Richtlinie wird ausgeführt, dass die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten in der Leiharbeit im Wesentlichen denen des vergleichbaren Stammpersonals entsprechen sollen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG, dass die Sozialpartner in Tarifverträgen von dem in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG garantierten Equal-Pay-Grundsatz nur dann abweichen können, wenn das Gesamtschutzniveau der Beschäftigten in der Leiharbeit gewahrt bleibt.

Diese europarechtlich bindende Vorgabe ist bereits eine im Sinne der oben genannten Voraussetzungen gerechtfertigte Einschränkung des in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Rechts der Koalitionen das Entgelt in Tarifverträgen frei zu regeln. Würde man darüber hinaus – wie im Antrag verlangt – den Koalitionen den gesamten freien Regelungsbereich „Lohn“ entziehen, wäre ein solcher Eingriff unverhältnismäßig, da die Regelungen in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG ein milderes Mittel sind, um den europäisch verlangten Schutz der Beschäftigten zu erreichen. Ebenso kann zwar politisch aber nicht rechtlich argumentiert werden, dass die Regelungen in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG zu keinem wirksamen Schutz geführt haben. Vielmehr wird aktuell überprüft, ob die abgeschlossenen Tarifverträge überhaupt wirksam sind.

Der nationale Gesetzgeber hat Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG umgesetzt, wobei die Regelungen europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden müssen, dass das europäisch verlangte Gesamtschutzniveau

⁴ Lakies/Walser, in Däubler TVG (5. Auflage 2022) § 8 AEntG Rn. 27 m.w.N.; zur Rechtfertigung von Eingriffen Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (99. EL September 2022) Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 167; Linsenmaier in ErfK (23. Auflage 2023) Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 87 f.

gewährleistet bleibt.⁵ Ob die bereits abgeschlossenen Tarifverträge diese Vorgaben erfüllen, wird in der nationalen arbeitsrechtlichen Literatur⁶ und Rechtsprechung⁷ nach der aktuellen Entscheidung des EuGH⁸ unter der Frage der Wirksamkeit der tariflichen Regelungen diskutiert. In einer ersten, bislang nur als Presseerklärung vorhandenen Entscheidung hat das BAG⁹ eine wirksame Tarifregelung jedenfalls für den Fall eines nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristeten Leiharbeitsverhältnisses angenommen. Ob dies auch für einen einsatzbefristeten Vertrag gilt, ist bislang unklar. In diesem Fall könnten die Tarifvertragsparteien verpflichtet sein zur Wahrung des Gesamtschutzniveaus eine Zulage zu zahlen. Deshalb ist es höchststrichterlich nicht geklärt, ob die abgeschlossenen Tarifverträge in der Leiharbeit das europäisch verlangte Gesamtschutzniveau wahren und überhaupt wirksam sind.

Im Antrag wird über die bereits in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG und § 8 Abs. 2 und 4 AÜG für die Sozialpartner bereits bestehenden Vorgaben eine viel weitergehende Beschränkung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG verlangt, nämlich der völlige Entzug der freien Regelungsmöglichkeit.

Eingriffe in das Grundrecht stehen jedoch unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, sie müssen in dem Sinne erforderlich sein, dass kein milderes Mittel zur Verfügung steht.¹⁰ Das Verbot der tariflichen Regelung in Abweichung von Equal-Pay mag vielleicht geeignet sein. Jedoch hat der europäische Gesetzgeber selbst einen „milderen“ Weg der Absenkung unter Beachtung des Gesamtschutzniveaus vorgegeben. Die Voraussetzungen der Wirksamkeit dieser Tarifverträge werden aktuell geklärt. Daher wäre ein insgesamtes Verbot dieser Regelungen mit der Vorgabe einer gesetzlichen Zahlungsverpflichtung unverhältnismäßig und damit nicht verfassungskonform.

⁵ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31.

⁶ Für die Unwirksamkeit Däubler, NZA 2023, 73; a.A. Schüren, NZA 2023, 529.

⁷ 31.5.2023, 5 AZR 143/19 Pressemitteilung des BAG Nr. 25/23 vom 31.5.2023.

⁸ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31.

⁹ 31.5.2023, 5 AZR 143/19 Pressemitteilung des BAG Nr. 25/23 vom 31.5.2023.

¹⁰ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, 514; Lakies/Walser, in Däubler TVG (5. Auflage 2022) § 8 AEntG Rn. 27.