

Gesetzliches Streikeinsatzverbot für

Leiharbeitnehmerinnen

und

Stolperfälle OWi-Verfahren

Prof. Dr. Burkhard Boemke

Potsdam, 05.10.2017

I. Einleitung

Leiharbeitnehmerinnen dürfen **nicht**

als **Streikbrecherinnen** beschäftigt werden

Von der **freien Entscheidung** (Wahlrecht)

zum **hoheitlichen Zwang** (Beschäftigungsverbot)

I. Einleitung

Gang des Vortrags

Streikbrecherinneneinsatzverbot (unter II.)

Ausnahmen (unter III.)

Finanzielle Folgen (unter IV.)

OWi-Verfahren (unter V.)

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

§ 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG n. F.:

„Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.“

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

Tätigwerdenlassen von Leiharbeiternehmerinnen durch die Entleiherin

- **Tatsächlicher Einsatz** von unter § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG fallenden Leiharbeiternehmerinnen
- **Nicht:** Abschluss des **Überlassungsvertrags**; Einsatz **eigener** (z. B. befristet angestellter) Arbeiternehmerinnen

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

Tätigwerdenlassen von Leiharbeiternehmerinnen
durch die Entleiherin

- Entleiherin i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG
- **Zulässig: Übertragung** der streikbedingt ausgefallenen **Arbeiten auf andere Unternehmen** (auch **konzernintern**), die ihrerseits Leiharbeiternehmerinnen einsetzen

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

Betrieb unmittelbar durch Arbeitskampf betroffen

- das Einsatzverbot wirkt **betriebsbezogen**, nicht rechtsträgerbezogen
 - Der Einsatz von Leiharbeiternehmerinnen in nicht bestreikten Betrieben desselben Unternehmens ist nicht erfasst

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

Betrieb unmittelbar **durch Arbeitskampf** betroffen

- **Rechtmäßigkeit** des **Arbeitskampfes** als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung?
 - E. A.: nein, Schutz der Leiharbeitskräfte
 - A. A.: ja, sonst gesetzliche Perpetuierung rechtswidriger Kampfmaßnahmen

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

Betrieb **unmittelbar** durch Arbeitskampf **betroffen**

- Unmittelbar betroffen ist ein Betrieb, wenn sich **konkrete Arbeitskampfmaßnahmen unmittelbar gegen ihn richten**
- **Nicht: Belegenheit** des Betriebs im **umkämpften Tarifgebiet**

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

Dauer des Einsatzverbots:

- Nur in den **Zeiten**, in denen sich **konkrete Arbeitskampfmaßnahmen** gegen den Betrieb der Entleiherin richten

II. Streikeinsatzverbot (§ 11 V 1)

- Bsp.: Der Logistikunternehmen von E ist drei Wochen bestreikt worden, weswegen Aufträge für den Großkunden G nicht bearbeitet werden konnten.
- E kann nach Streikende ohne Verstoß gegen das Einsatzverbot Leiharbeiterinnen zur Erledigung der „liegendebliebenen“ Aufträge einsetzen.

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

§ 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG n. F.:

„Satz 1 gilt nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die

- 1. sich im Arbeitskampf befinden oder*
- 2. ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.“*

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

Am 01.09.2017 wird der Betrieb von E bestreikt.

- a) SANin01 befindet sich im **Urlaub**.
- b) SANin02 teilt morgens um 07:00 Uhr mit, sie sei **arbeitsunfähig** erkrankt.

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

- c) SANin03 hat am Vortrag mitgeteilt, als organisierte Gewerkschafterin **nehme sie an jedem Streik aktiv teil.**
- d) SANin04 **erscheint** am 01.09. **nicht zur Arbeit. Am Folgetag** auf ihr Fehlen angesprochen erklärt sie, selbstverständlich habe sie **nicht unentschuldigt gefehlt, sondern gestreikt.**

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

a) SANin01 befindet sich im **Urlaub**.

→ Kein Streik

(BAG 1.10.1991 – 1 AZR 147/91;
BAG 26.07.2005 – 1 AZR 133/04 – Rn. 28 f.)

→ Kein Verstoß gegen § 11 V 1 AÜG

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

b) SANin02 teilt morgens um 07:00 Uhr mit, sie sei **arbeitsunfähig** erkrankt.

→ Kein Streik

(BAG 15.1.1991 – 1 AZR 178/90;

BAG 26.07.2005 – 1 AZR 133/04 – Rn. 28 f.)

→ Kein Verstoß gegen § 11 V 1 AÜG

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

c) SANin03 hat mitgeteilt, dass sie **an jedem Streik teilnehmen**.

→ Streik

→ Verstoß gegen § 11 V 1 AÜG

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

d) **SAN04** erscheint am Freitag **nicht** zur Arbeit.

Streik ???

Streikaufruf der Gewerkschaft **keine Streikteilnahme**

Streikteilnahme muss ausdrücklich oder konkludent ggü. der AGin **erklärt werden**

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Wer streikt?

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

d) **SAN04** erscheint am Freitag **nicht** zur Arbeit.

Ausdrückliche Erklärung (-)

Konkludente Erklärung (?)

BAG 01.10.1991 – 1 AZR 147/91 (Rn. 17) - **Regelfall: Wer nach Streikaufruf nicht** erscheint, **nimmt** am Streik **teil**

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

2. Unmittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG:

LANin dürfen **keine Tätigkeiten** übernehmen,
die **bisher von Arbeitnehmerinnen** erledigt wurden,
die sich **im Arbeitskampf** befinden

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

2. Unmittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

Am 01.09. um 10:12 Uhr geht ein Anruf von Kin021 ein. Darf E diesen Anruf zur Bearbeitung an LANin75 durchstellen, wenn zwei Stammarbeitnehmerinnen streiken?

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

2. Unmittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

keine Tätigkeiten, die **bisher von StANin01 und StANin022 erledigt** wurden,

verbreitete Auffassung: **hypothetische Betrachtung**

Würden die Arbeiten **durch** eine **streikende ANin erledigt, wenn** diese **gearbeitet** hätte

Bleibt **oftmals unklar**

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Unmittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

Tätigkeiten

**konkrete
Arbeitsaufgabe**

**konkreter
Arbeitsplatz**

**Art der
Tätigkeit**

**zusätzliches
Arbeitszeit-
volumen**

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

1. Unmittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 1 AÜG)

Art der Tätigkeit: BT-Drs. 18/9232, S. 27:

„Leiharbeitnehmer <dürfen> nicht **solche Tätigkeiten** übertragen werden, die **bisher** von **im Arbeitskampf befindlichen Arbeitskräften erledigt** wurden“.

AZ-Volumen: BT-Drs. 18/9232, S. 28

„**Nicht ... erfasst** sind ... Sachverhalte, in denen ... Leiharbeitnehmer, ..., während des Arbeitskampfs ihre **bisherigen Tätigkeiten fortführen**“.

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

2. Mittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 2 AÜG)

Wie IV.1. E setzt **StANin50** auf dem **Arbeitsplatz** der **streikenden StANin01** ein. Sie möchte **auf** dem Arbeitsplatz von **StANin50** jetzt **LANin101** einsetzen, die sie extra für den Streikzeitraum neu einstellen möchte. Verstoß gegen § 11 V 2 Nr. 2 AÜG?

unproblematisch (+)

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

2. Mittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 2 AÜG)

Wie wäre es, wenn sie **StANin 60** auf dem Arbeitsplatz **von StANin50** einsetzen und **LANin101** als **Vertreterin von StANin60** beschäftigen würde.

Leiharbeiterin darf „**keine Tätigkeiten** übernehmen, die **bisher von Arbeitnehmern** erledigt wurden, **die ... ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern**, die sich **im Arbeitskampf** befinden, **übernommen haben**“

III. Ausnahmen vom Streikeinsatzverbot (§ 11 V 2)

2. Mittelbarer Streikbrecherinneneinsatz

(§ 11 V 2 Nr. 2 AÜG)

LAN 101 = Leiharbeiterin

übernimmt die Tätigkeit von StANin60

StANin60 hat **Tätigkeit von Arbeitnehmerin übernommen**, die sich **im Arbeitskampf** befindet (-)

StANin60 übernimmt Tätigkeit von **StANin50**, die sich **nicht im AK** befindet

Aber: Sinn und Zweck der Regelung

IV. Finanzielle Folgen

1. Beispielsfall

Der **Betrieb von E** wird vom 28.08. bis zum 01.09. **bestreikt**. E hätte die **seit dem 01.08.** bei ihr **tätige Leiharbeiterin LANin** nur **unter Verstoß gegen § 11 V 1 AÜG** beschäftigen können. Daher unterbleibt die Beschäftigung.

Anspruch von V gegen E auf Überlassungsvergütung?

Anspruch LANin gegen V auf Lohn?

IV. Finanzielle Folgen

2. Überlassungsvergütung

ANÜ-Vertrag ist wirksam

umstritten, wenn Überlassung nur zum Zwecke des Streikbrechereinsatzes

→ Anspruch entstanden

§ 326 I BGB?

(-), Überlassung ist erfolgt

Verwendungsrisiko bei Entleiherin

IV. Finanzielle Folgen

3. Lohnanspruch

a) Anspruch entstanden

§ 611a BGB – Wirksames ArbVerh. während betreffenden Zeitraums

IV. Finanzielle Folgen

3. Lohnanspruch

b) Anspruch untergegangen

aa) § 326 I BGB

vgl. 2. Brief des Paulus an die Thessalonicher. 3,10-11

IV. Finanzielle Folgen

3. Lohnanspruch

bb) Gegennorm: § 615 S. 1 BGB

Voraus.: Annahmeverzug (§ § 293 ff. BGB)

- (zumindest) wörtliches **Leistungsangebot???**

Adressat: V oder E!

Wenn (+): **Verdrängung durch die Arbeitskämpfrisikolehre?**

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

1. Pönalisierung der Arbeitnehmerüberlassung

1972	8 OWi-Tatbestände
1992	10 OWi-Tatbestände
2012	24 OWi-Tatbestände
2017	28 OWi-Tatbestände

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

2. Fallbeispiel

PDLin beschäftigt LANin Anfang August befristet.

Erneute Befristung vom 20.08. – 23.12.

Vergütung 9,39 €/Stunde Tariflohn zzgl. Zulage von zunächst 4,96 €/Stunde, ab dem 01.11. 5,07 €/Stunde.

Drei Tage Urlaub mit 351,80 € Urlaubsentgelt.

Keine Urlaubsabgeltung erfolgte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Keine Entfristungsklage.

Ab dem 18.01. des Folgejahres Weiterbeschäftigung

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

3. Bußgeldbescheid AA Düsseldorf

§ 16 I Nr. 7 lit. a) AÜG a. F.

„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig, (...)

entgegen § 10 Absatz 4 eine Arbeitsbedingung nicht gewährt“

V. Stolperfälle OWi-Verfahren

3. Bußgeldbescheid AA Düsseldorf

- a) **Befristung zum 23.12. ohne Sachgrund unwirksam**
ArbVerh. bestand fort mit Lohnanspruch
Wirt. Vorteil: 17 Tage à 7 Stunden à 9,39 € = **1.117,41 €**
- b) **Urlaubsentgelt für 3 Tage**
Gewährt: 351,80 €
Korrekt: 372,12 €. ohne Sachgrund **unwirksam**
Wirt. Vorteil: 20.32 €

V. Stolperfälle OWi-Verfahren

3. Bußgeldbescheid AA Düsseldorf

- c) **Unterlassene Urlaubsabgeltung** für 5 Tage
5 x 8,6 Std. x 14,46 €
Wirtschaftlicher Vorteil **621,78 €**

Bußgeld 5.278,00 €

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

4. Problemfelder

a) Wirksamkeit der Befristung

- § 17 TzBfG i. V. m. §§ 4, 7 KSchG

Nichtgewährung von Arbeitsbedingungen

= **Nichtzahlung von fälligem Lohn**

§ 326 I BGB - „Ohne Arbeit kein Lohn“

§ 615 S. 1 BGB - Angebot der Arbeitsleistung

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

4. Problemfelder

b) **Urlaubsvergütung**

8,6 Stunden x **14,35 €/h** oder **9,39 €/h**
übertarif Tariflohn

§ 8 II 2 AÜG: „die **nach** diesem **Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen**“

§ 6a IGZ-MTV: durchschnittliche Arbeitsverdienst des Referenzzeitraums inkl. sonstiger Zulagen und Zuschläge

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

4. Problemfelder

b) **Urlaubsvergütung**

Maßgeblicher **Zeitraum**

Für equal-pay **gesamter Überlasungszeitraum**

BAG, Urteil vom 21.10.2015 - 5 AZR 604/14

§ 8 II 2 Hs. 2 AÜG: „**hat** der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die **nach** diesem **Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen** zu gewähren“.

V. Stolperfalle OWi-Verfahren

4. Problemfelder

c) **Urlaubsabgeltung**

nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

→ Kein equal-pay-Anspruch (BAG, Urteil vom 28.05.2014
- 5 AZR 423/12)

→ **§ 8 II 2 Hs. 2 AÜG greift nicht**

HERZLICHEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT