



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 20 September 2019

**Verfassungsbeschwerde der G.U.F. Cinema B.V. & Co. KG,
vertreten durch die F.C.M. B.V.**

- 1 BvR 842/17 -

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender

RA Dr. Christian-Dietrich Bracher

RAuN Prof. Dr. Wolfgang Kuhla

RA Prof. Dr. Christofer Lenz

RA Dr. Michael Moeskes

RA Prof. Dr. Michael Quaas

RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate

RA Prof. Dr. Michael Uechtritz (Berichterstatter)

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

A.

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen der Unterhaltungsindustrie. Sie betreibt bundesweit etwa 60 Filmtheater und beschäftigt etwa 1.500 Mitarbeiter.

Die Beschwerdeführerin schloss im Jahr 2012 einen Mantel- und Entgelttarifvertrag mit der Gewerkschaft ver.di ab, den die Gewerkschaft zum 31. Dezember 2016 kündigte. Ein im Januar 2017 neu abgeschlossener Entgelttarifvertrag hatte eine Laufzeit von zwei Jahren und war erstmals zum 31. Dezember 2018 kündbar; die Gewerkschaft hat den Entgelttarifvertrag zum 28. Februar 2019 gekündigt.

Die Beschwerdeführerin hat sich während der Arbeitskämpfe, die mit den Tarifverhandlungen einhergingen, in den Jahren 2012 und 2017 Leiharbeitnehmern bedient, die sie als „Streikbrecher“ auf streikbetroffenen Arbeitsplätzen eingesetzt hat.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Änderung des § 11 Abs. 5 AÜG durch Art. 1 Ziff. 7 b) des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (BGBl. 2017, Teil I, Nr. 8 vom 28.02.2017, Drucks. 18/9232 und 18/10064).

§ 11 Abs. 5 AÜG a.F. (bis 31.03.2017) enthielt folgenden Wortlaut:

„Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes nach Satz 1 hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.“

Die Neufassung des § 11 Abs. 5 AÜG enthält nunmehr ein Verbot, Leiharbeitnehmer während eines Arbeitskampfes auf unmittelbar oder mittelbar streikbetroffenen Arbeitsplätzen einzusetzen, sog. „Streikbrecherverbot“:

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

Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.“

Durch die Änderung des § 11 Abs. 5 AÜG sieht sich die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 sowie Art. 19 Abs. 4 jeweils i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt:

§ 11 Abs. 5 AÜG greife in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ein. Dieser Eingriff sei nicht gerechtfertigt; es fehle neben der Geeignetheit die Erforderlichkeit, da das Leistungsverweigerungsrecht der Leiharbeitnehmer in § 11 Abs. 5 AÜG a.F. ausreichend gewesen sei. Insbesondere sei die Regelung unangemessen, da der Gesetzgeber die Arbeitskampfpärität durch § 11 Abs. 5 AÜG erheblich beeinflusse.

Der weiterhin gerügte Eingriff in die unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG sei aufgrund der Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

B.

Verfassungsrechtliche Würdigung

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer ist die Verfassungsbeschwerde begründet. § 11 Abs. 5 AÜG n.F. verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Das Einsatzverbot im Arbeitskampf verstößt auch zu Lasten der betroffenen Leiharbeitnehmer gegen die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Dahingestellt bleiben kann, ob auch die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG vorliegt.

I. Zur Bewertung der Neuregelung im Schrifttum

Die Neuregelung des § 11 Abs. 5 (AÜG n.F.) ist im Schrifttum umstritten. Überwiegend wird die Neuregelung als verfassungswidrig angesehen. Im Vordergrund steht dabei die Kritik, § 11 Abs. 5 AÜG n.F. verstoße zu Lasten des Entleihers gegen die aus Art. 9 Abs. 3 GG abzuleitende staatliche Neutralitätspflicht im Arbeitskampf. Dem Arbeitgeber werde durch die Neuregelung die Möglichkeit genommen, seine Produktion im Streikfall durch Einsatz von Leiharbeitsnehmern aufrecht zu erhalten. Die Durchschlagskraft des Arbeitskampfmittels Streik werde zu Lasten des Arbeitgebers erhöht.¹

Die Kritik betont, die Neuregelung entziehe der Arbeitgeberseite ein anerkanntes Arbeitskampfmittel. Ein derartiger Eingriff sei zur Gewährleistung der Kampfpärität nicht erforderlich, da bereits § 11 Abs. 5 AÜG a.F. dem einzelnen Leiharbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt habe. Dieser sei bereits bisher nicht verpflichtet gewesen, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Weiter wird geltend gemacht, die Einschränkung des Rechts der Arbeitgeberseite, sich in Streikmaßnahmen durch den Einsatz von Leiharbeitern zu wehren, sei widersprüchlich, da in der Rechtsprechung eine Ausweitung des Streikrechts der Gewerkschaften insbesondere durch Unterstützungstreiks und Flashmob-Aktionen anerkannt sei.

¹ *Ubber/Löw*, BB 2015, 3125 f.; *Thüsing*, NZA 2015, 1478; *Bauer/Haußmann*, NZA 2016, 803, 808; *Franzen*, RDA 2015, 141, 151; *Henssler*, RdA 2016, 18, 24, *Willemsen/Mehrens*, NZA 2015, 897, 902 und *Boemke*, ZfA 2017, 1, 4 f.

Eine weitere Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG (zu Lasten des Leiharbeiters) wird darin gesehen, dass die Neuregelung eine Zwangssolidarisierung bzw. eine Streikpflicht der Leiharbeitnehmer begründe. Die bisher bestehende Freiheit des Leiharbeitnehmers, der entscheiden könne, ob er in einem bestreikten Betrieb arbeiten könne, werde beseitigt.²

Demgegenüber bejahen andere Stimmen im Schrifttum die Verfassungsmäßigkeit des § 11 Abs. 5 AÜG n.F. Begründet wird dies mit der Erwägung, der Streikbrecher-Einsatz von Leiharbeitern sei zur Wahrung der Verhandlungsparität der Arbeitgeber nicht erforderlich und unterfalle nicht dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Art. 9 Abs. 3 GG sei nicht in seiner Abwehrfunktion, sondern lediglich in seiner Ausgestaltungsdimension betroffen; die verfassungsrechtlichen Grenzen hinsichtlich der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit seien gewahrt. Es könne nicht angenommen werden, dass sich ohne den Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrechern das Verhandlungsgleichgewicht übermäßig zu Gunsten der Gewerkschaften verschiebe.³

II. Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG

1. Schutzbereich

Gemäß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ist das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für jedermann und für alle Berufe gewährleistet.

In der sog. Flashmob-Entscheidung führt das Bundesverfassungsgericht zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG aus:

„Das Doppelgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur Einzelne in ihrer Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben oder sie zu verlassen. Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und in ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Der Schutz ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung nicht etwa von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen. Er ist auch nicht auf die traditionell anerkannten Formen des Streiks und der Aussperrung beschränkt, denn es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass allein diese Arbeitskämpfungsmittel in ihrer historischen Ausprägung vom Verfassungsgeber als Ausdruck eines prästabilen Gleichgewichts angesehen worden wären. Die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung der koalitionsspezifischen Zwecke für geeignet halten, überlässt Art. 9 Abs. 3 GG vielmehr grundsätzlich ihnen selbst. Dies folgt aus der Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht der Koalitionen und aus der Staatsferne der Koalitionsfreiheit.

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit bedarf allerdings der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit es die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand hat. Beide Tarifvertragsparteien genießen den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG

² Thüsing, NZA 2015, 1478, 1479; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901; Aszmons/Homburg/Gerum, DB 2017, 726, 729, und Boemke, ZfA 2017, 1, 7; teilweise wird auch eine Verletzung der in Art. 12 Abs. 1 geregelten Berufsausübungsfreiheit der Leiharbeitnehmer beanstandet.

³ Klein/Leist, SR 2017, 31 ff.; ähnlich Deinert, RdA 2017, 65, 78 f., der annimmt, es bleibe bei der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, ob durch die Neuregelung die Arbeitskämpfparität tangiert werde.

in gleicher Weise, stehen bei seiner Ausübung aber in Gegnerschaft zueinander. Sie sind auch insoweit vor staatlicher Einflussnahme geschützt, als sie zum Austragen ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit einsetzen.

Bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts besteht ein weiter Handlungsspielraum. Das Grundgesetz schreibt nicht vor, wie die gegensätzlichen Grundrechtspositionen im Einzelnen abzugrenzen sind; es verlangt keine Optimierung der Kampfbedingungen. Umstrittene Arbeitskampfmaßnahmen werden unter dem Gesichtspunkt der Proportionalität überprüft; durch den Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen soll kein einseitiges Übergewicht bei Tarifverhandlungen entstehen. Die Orientierung des Bundesarbeitsgerichts am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist insofern nicht zu beanstanden.⁴

Das Bundesarbeitsgericht hat in Bezug auf den Einsatz sog. Streikbrecher im Jahre 2011 angenommen:

„Der Einsatz arbeitswilliger Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen streikender Beschäftigter ist eine Arbeitskampfmaßnahme des Arbeitgebers. Damit versucht er, den Betrieb fortzuführen, die wirtschaftlichen Folgen des Streiks zu verringern und gleichzeitig seine Stellung in der Tarifeinwanderung zu verbessern.“⁵

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern als „Streikbrecher“ ist eine Arbeitskampfmaßnahme der Entleiher, die Arbeitgeber sind. Es handelt sich um eine koalitionspezifische Verhaltensweise, die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt den Koalitionen insoweit ein Freiheitsrecht. Da § 11 Abs. 5 AÜG den Entleihern verbietet, Leiharbeitnehmer während eines Arbeitskampfes auf unmittelbar oder mittelbar streikbetroffenen Arbeitsplätzen einzusetzen, ist der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet und betroffen.

Hieran ändert auch der Hinweis in der Gesetzesbegründung nichts, der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher zähle nicht zu den Kernfunktionen der Arbeitnehmerüberlassung.⁶

Für die Frage, ob der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG betroffen ist und ob sich die Beschwerdeführerin als Entleiherin hierauf berufen kann, ist dies unerheblich. Der Gesetzgeber hat den Arbeitgebern das Rechtsinstitut der Leiharbeit zur Verfügung gestellt (wobei die Kernaufgabe dieses Instituts die Bewältigung vorübergehenden Personalbedarfs ist). Dieses Rechtsinstitut gab dem Arbeitgeber bis zur Neuregelung nach Maßgabe der Einschränkung des § 11 Abs. 5 AÜG a.F. die Möglichkeit, im Streikfall auf das Arbeitskampfmittel des Einsatzes von Leiharbeitnehmern zurückzugreifen. Der Entzug dieser Möglichkeit beschränkt die Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Streikfall und tangiert damit den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

2. Eingriff oder Ausgestaltung?

Die Frage der Vereinbarkeit des Art. 11 Abs. 3 AÜG n.F. mit Art. 9 Abs. 3 GG beantwortet sich nicht im Hinblick darauf, dass man die Neuregelung als *Ausgestaltung* und nicht als *Eingriff*, der die abwehrrechtliche Dimension des Art. 9 Abs. 3 GG betreffe, qualifiziert.⁷

⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26.03.2014 – 1 BvR 3185/09 – juris, Rn. 23 – 25

⁵ BAG, Beschl. v. 13.12.2011 – 1 ABR 2/10 – juris, Rn. 31, 35

⁶ BT-Drs. 18/93923, S. 15

Auch wenn der Gesetzgeber bei der Koalitionsfreiheit mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zur Modifikation und Fortentwicklungen besitzt,⁸ und er deshalb einen tendenziell weiten Spielraum zur Ausgestaltung besitzt,⁹ bestehen verfassungsrechtlichen Bindungen. Der ausgestaltende Gesetzgeber darf unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen des jeweils zu regelnden Sachverhalts nur solche Begrenzungen vornehmen, die zum Ausgleich unterschiedlicher Grundrechtspositionen der Koalitionsfreiheit von der Sache her geboten sind und die zudem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.¹⁰

In jüngerer Zeit hat das Bundesverfassungsgericht den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wie folgt umrissen:

„Bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum. Das Grundgesetz schreibt ihm nicht vor, wie Grundrechtspositionen im Einzelnen abzugrenzen sind. Es verlangt auch keine Optimierung der Kampfbedingungen. Grundsätzlich ist es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihr Handeln den sich wandelnden Umständen anzupassen, um ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Dabei ist der Gesetzgeber auch nicht gehindert, die Rahmenbedingungen der Tarifautonomie zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wiederherzustellen, sei es zur Sicherung eines fairen Ausgleichs auf nur einer Seite der sich gegenüberstehenden Koalitionen.“ (Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71, Rn. 149)

3. Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs bzw. der Einschränkung

Nach den wiedergegebenen Maßstäben hängt die Verfassungskonformität des § 11 Abs. 5 AÜG n.F. davon ab, ob diese Regelung einem legitimen Zweck dient und zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Als legitimer Zweck kommt vorliegend der Schutz der Leiharbeitnehmer (dazu nachfolgend 3.1) sowie die Wahrung der Verhandlungsparität der Gewerkschaften (dazu nachfolgend 3.2) in Betracht.

3.1 Schutz der Leiharbeitnehmer

a) Legitimer Zweck

Der Gesetzgeber intendiert mit der Änderung des § 11 Abs. 5 AÜG u.a. den Schutz der Leiharbeitnehmer. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:¹¹

*„Mit dem vorliegenden Gesetz soll die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung des Arbeitskräftebedarfs geschärft, Missbrauch von Leiharbeit verhindert, die **Stellung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter gestärkt** und die Arbeit der Betriebsräte im Entleiherbereich erleichtert werden.“*

⁷ So aber Klein/Leist, SR 2017, 31, 32 f.; a.A. Ubbel/Löw, BB 2015, 3125, 3126, und Lembke, BB 2014, 1333, 1340.

⁸ BVerfGE 55, 290, 368 und 58, 233, 247

⁹ BVerfGE 92, 365, 394 und Beschl. v. 26.03.2014 – 1 BvR 3185/09 – juris, Rn. 23 bis 25 ff.

¹⁰ Bauer, in: Dreier, Hrsg., GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., Art. 9 Rn. 92 m.w.N.; s. auch BVerfGE 84, 212, 229 und 92, 26, 41 ff.

¹¹ BT-Drs. 18/9232, S. 1

Der intendierte Schutz der Leiharbeiter ist ein legitimer Zweck, die der Verbesserung der Situation der Leiharbeiter zur Ausgestaltung ihrer grundrechtlich geschützten Belange aus Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG dienen soll.

b) Geeignetheit

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer bestehen durchgreifende Zweifel an der Geeignetheit des § 11 Abs. 5 AÜG n.F. zur Erreichung dieses Ziels. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass der Bundesrechtsanwaltskammer keine belastbaren empirischen Kenntnisse darüber vorliegen, in welchem Umfang und in welchen Branchen Leiharbeitskräfte vor dem 1. April 2017 in streikbetroffenen Betrieben eingesetzt wurden. Ebenso wenig kann beurteilt werden, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass Leiharbeitskräfte vor dem 1. April 2017 tatsächlich unter Druck gesetzt wurden, um sie zum Einsatz auf streikbetroffenen Arbeitsplätzen zu bewegen oder ob und in welchem Umfang Leiharbeitskräfte von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht haben. Die entsprechenden Fragen, die der Senat im Zusammenhang mit der Übersendung der Verfassungsbeschwerde gestellt hat, können von der Bundesrechtsanwaltskammer auf Basis eigener Erkenntnisse nicht verlässlich beantwortet werden.

Informationen jedenfalls über den Einsatz von Leiharbeitern in Streikfällen, können den Berichten der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes seit 1972 entnommen werden:

Erster Bericht, 1974:¹²

„Bereits anlässlich der Beratungen des AÜG wurde die vereinzelt jetzt wiederholte Forderung aufgestellt, die Beschäftigung von Leiharbeitern bei einem Streik im Betrieb des Entleihers zu ver[b]ieten. [...] Konkrete Fälle, in denen durch das Tätigwerden von Leiharbeitern Einfluß auf Arbeitskämpfe genommen werden sollte oder es zu sonstigen Schwierigkeiten gekommen ist, sind nicht bekannt geworden.“

1974 und 1975:¹³

*„Die der Bundesregierung zugegangenen Stellungnahmen erwähnen durch den Einsatz von Leiharbeitern hervorgerufene Schwierigkeiten nicht. Lediglich der Deutsche Gewerkschaftsbund teilt mit, daß zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt **bei einem Streik** in einem norddeutschen Raffineriebetrieb Leiharbeiter Reparaturarbeiten ausgeführt und die Anlagen bedient haben.“*

Zwischen 1976 und 1995 wurde eine Tätigkeit von Leiharbeitern bei Arbeitskämpfen in Entleiherbetrieben **nicht festgestellt**.¹⁴

Zwischen 1996 und 1999 wurden bundesweit im Berichtszeitraum nur **zwei Fälle** bekannt, in denen Leiharbeiter in von Arbeitskämpfen betroffenen Unternehmen eingesetzt wurden. In einem Fall hatte der Verleiher versucht, sich durch eine – rechtlich unwirksame – arbeitsvertragliche Abrede der

¹² BT-Drs. 7/2365 vom 09.07.1974, S. 15

¹³ BT-Drs. 7/5631 vom 21.07.1976, S. 10

¹⁴ BT-Drs. 8/2025 vom 01.08.1978, S. 12, BT-Drs. 8/4479 vom 12.09.1979, S. 18, BT-Drs. 10/1934 vom 31.08.1984, S. 21, BT-Drs. 10/1934 vom 31.08.1984, S. 21, BT-Drs. 11/ 2639 vom 07.07.1988, S. 14 f., BT-Drs. 12/3180 vom 21.08.1992, S. 12, BT-Drs. 13/5498 vom 06.09.1996, S. 16

Lohnzahlung für den Fall zu entziehen, dass im Entleihbetrieb gestreikt wird (§ 11 Abs. 5 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz).¹⁵

In der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 17/4804) wurde 2011 folgendes dargestellt:

*„Die betriebliche Praxis zeigt, die bestehende rechtliche Regelung, die es Leiharbeitskräften ermöglicht, einen Einsatz in einem bestreikten Betrieb abzulehnen, reicht nicht aus, um den Einsatz von Leiharbeitskräften als Streikbrecher in Betrieben zu verhindern. **In der Vergangenheit wurden Fälle bekannt, in denen eine Ausnutzung der sozialen Not von Arbeitssuchenden erfolgte, um sie in bestreikten Betrieben einsetzen zu können.**“* (BT-Drs. 17/5238 vom 23.03.2011, S. 10).

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung 2016 schließlich wird folgendes ausgeführt (BT-Drs. 18/9232 vom 20.07.2006, S. 27):

*„**In den letzten Jahren sind zunehmend häufiger Leiharbeitskräfte bei Arbeitskämpfen als Streikbrecher eingesetzt worden.** Nach der bisherigen Rechtslage sind Leiharbeitnehmer nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Trotzdem ist in **diversen Arbeitskämpfen der letzten Jahre** unter anderem in den Bereichen Einzelhandel, Gesundheitswesen, Postdienste, Telekommunikation und Metall Arbeitnehmerüberlassung zur Einflussnahme auf Arbeitskämpfe eingesetzt worden.*

Aber auch wenn man unterstellt, dass (jedenfalls bezüglich der jüngeren Vergangenheit) keine belastbaren Erkenntnisse über den Einsatz von Leiharbeitnehmern vorliegen (auch im Schrifttum, das sich mit der Frage der Verfassungskonformität der Neuregelung befasst hat), finden sich – soweit ersichtlich – lediglich Behauptungen hinsichtlich des Einsatzes von Leiharbeitskräften auf streikbetroffenen Arbeitsplätzen bzw. hinsichtlich der Druckausübung, ohne dass hierfür auf eine dokumentierte Tatsachenbasis Bezug genommen würde) und wenn man die weit zu fassende Freiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Tarifautonomie berücksichtigt, verbleiben durchgreifende Zweifel an der Geeignetheit der Neuregelung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man unter der vom Gesetzgeber reklamierten „*Stärkung der Position von Leiharbeitnehmern*“ die Stärkung von deren Entscheidungsfreiheit verstehen wollte: nämlich dahingehend, ob diese im Konfliktfall in einem Streitbetroffenen Betrieb arbeiten wollen, oder ob sie dies – unter Berufung auf ihr Leistungsverweigerungsrecht – ablehnen. Die Neuregelung stärkt insoweit nicht die Entscheidungs- bzw. Wahlfreiheit des Leiharbeitnehmers, sondern beseitigt diese. Eingeführt wird ein Einsatzverbot – welches unabhängig davon gilt, ob die Leiharbeitnehmer von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen oder nicht. Im Hinblick auf diese Konsequenzen der Neuregelung ist im Schrifttum plakativ formuliert worden, diese führe „*vom Streitrecht zur Streitpflicht*“.¹⁶

Wenn man berücksichtigt, dass die negative Koalitionsfreiheit des Leiharbeitnehmers aus Art. 9 Abs. 3 GG dessen Entscheidungsfreiheit schützt, wie dieser sich im Fall eines Arbeitskampfes verhält, dann stärkt die Neuregelung nicht die Koalitionsfreiheit des Leiharbeitnehmers (indem sie verhindert, dass dieser im Sinne eines Tätigwerdens unter Druck gesetzt wird). Sie *beseitigt* vielmehr jegliche Wahlmöglichkeit und zwingt damit den betroffenen Leiharbeitnehmer mittelbar dazu, den Arbeitskampf der Stammebelegschaft (mittelbar) zu unterstützen.¹⁷

¹⁵ BT-Drs. 14/4220, 04.10.2000, S. 15

¹⁶ So z.B. *Thüsing*, NZA 2015, 1478, 1479

¹⁷ So *Schüren*, in: *Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 76 m.w.N.

3.2 Schutz der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften gem. Art. 9 Abs. 3 GG.

Bei diesem – zutreffenden – Verständnis kann die Neuregelung also nicht mit einer Stärkung der Entscheidungs- bzw. Wahlfreiheit der Leiharbeitnehmer gerechtfertigt werden. Das Wahlrecht mag in der Vergangenheit faktischen Einschränkungen (Stichwort: Druckausübung) ausgesetzt gewesen sein. Die Abschaffung des Wahlrechts ist aber das Gegenteil einer Stärkung der Wahlfreiheit. Mit der Neuregelung soll (unabhängig von der „Präferenz“ der betroffenen Leiharbeitnehmer) generell unterbunden werden, dass diese in Betrieben, die von einem Arbeitskampf betroffen sind, eingesetzt werden. Als Rechtfertigung für dieses Regelungsziel kommt daher nur die gleichfalls in der Gesetzesbegründung angesprochene Absicht des Gesetzgebers in Betracht,

„eine missbräuchliche Einwirkung auf Arbeitskämpfe (zu unterbinden)“,

wobei der Gesetzgeber offensichtlich grundsätzlich den Einsatz von Leiharbeitnehmern in vom Streik betroffenen Betrieben als „*missbräuchliche Einwirkung*“ qualifiziert.

Im Ergebnis intendiert der Gesetzgeber den Schutz der Gewerkschaften. Deren Position in Arbeitskämpfen soll gestärkt werden. Und zwar in der Form, dass ein bisher (im Hinblick auf das Leistungsverweigerungsrecht der Leiharbeitnehmer eingeschränktes) zulässiges Kampfmittel der Arbeitgeber in Streikfällen für unzulässig erklärt wird.

a) Legitimer Zweck

Die Vorstellung des Gesetzgebers, der Einsatz von Leiharbeitskräften störe die Verhandlungsparität zwischen den Tarifvertragsparteien, die durch ein diesbezügliches Verbot wiederhergestellt werden sollen,¹⁸ stellt grundsätzlich ein legitimes Regelungsziel dar. Art. 9 Abs. 3 GG untersagt es dem Gesetzgeber nicht, Maßnahmen zur Wahrung oder Wiederherstellung der Kampfparität zu treffen. Der Gesetzgeber darf strukturelle Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich ermöglichen.¹⁹

b) Geeignetheit

Ausgehend von der Vorstellung des Gesetzgebers, der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher gefährde die Kampfparität der Gewerkschaften, ist das in § 11 Abs. 5 AÜG n.F. im nunmehr enthaltene strikte „Streikbrecherverbot“ zur Erreichung dieses Ziels zumindest förderlich und damit auch geeignet.

c) Erforderlichkeit

In Bezug auf die Erforderlichkeit der Regelung ist nochmals zu unterstreichen, dass die Bundesrechtsanwaltskammer keine eigenen Erkenntnisse darüber besitzt, wie sich die tatsächliche Situation auf Basis des § 11 Abs. 5 AÜG a.F. in der Rechtswirklichkeit dargestellt hatte. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob das nach der alten Rechtslage bestehende Leistungsverweigerungsrecht des einzelnen Leiharbeitnehmers einen ausreichenden Schutz vor dem vom Gesetzgeber befürchteten „*missbräuchlichen*“ Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben bot oder nicht.

¹⁸ BVerfGE 84, 212, 228 f. und BVerfGE 92, 365, 394,

¹⁹ Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 (BVerfGE 146, 7, Rn. 147

Unabhängig davon gilt aber: Wenn die Regelungsabsicht des Gesetzgebers auf die Stärkung der Position der Gewerkschaften im Arbeitskampf in der Weise gerichtet war, dass *generell* der Einsatz von Arbeitnehmern auf Arbeitsplätzen, die unmittelbar oder mittelbar von einem Streik betroffen sind, unterbunden werden sollte, dann ist nicht ersichtlich, inwieweit zur Erreichung dieses Regelungsziels ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden hätte.

d) Angemessenheit

Die Frage der Verfassungskonformität des § 11 Abs. 5 AÜG n.F. hängt letztlich davon ab, ob der Gesetzgeber mit dem strikten Verbot, Leiharbeiter als Streikbrecher einzusetzen, ein verfassungsrechtlich (noch) angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Rechtsposition im Hinblick auf die Anforderungen zu Art. 9 Abs. 3 GG getroffen hat. Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt unstreitig die staatliche Neutralitätspflicht im Arbeitskampf, die es dem Staat insbesondere verbietet, Koalitionen im Hinblick auf Kampfmittel ungleich zu behandeln. Es gilt der Grundsatz der Waffengleichheit im Arbeitskampf.²⁰

Allerdings folgt aus der staatlichen Neutralitätspflicht im Arbeitskampf keine Pflicht des Staates, sich jeglicher Regelungen zu enthalten, die Auswirkungen auf die Kampfposition der Tarifparteien im Arbeitskampf haben. Der Gesetzgeber ist unstreitig zu Regelungen befugt, wenn diese der Wahrung der Arbeitskämpfparität dienen. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht die Verlagerung des Lohnausfallrisikos bei Arbeitskämpfen verfassungsrechtlich gebilligt.²¹

Zu berücksichtigen ist auch, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber gerade bei komplexen Konstellationen von Grundrechtspositionen eine Einschätzungsprärogative einräumt, die gegebenenfalls für den Fall, dass sich die ursprünglichen Annahmen im Nachhinein als verfehlt erweisen sollten, eine „Pflicht zum Nachfassen“ erforderlich machen kann.²²

Auch unter Berücksichtigung dieses – großzügigen – Maßstabs bestehen aber durchgreifende Zweifel, ob die Neuregelung des § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG die Anforderung, die sich aus Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die staatliche Neutralitätspflicht ergeben, wahrt. Hierfür sind nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer folgende Erwägungen maßgeblich:

Das Arbeitskampfrecht und die den Tarifparteien insoweit zur Verfügung stehenden Kampfmittel sind im Wesentlichen durch die Rechtsprechung geprägt. Die jüngere Rechtsentwicklung dürfte dahingehend zu charakterisieren sein, dass im Hinblick auf die Anerkennung von Arbeitskampfmitteln der Gewerkschaften jedenfalls keine restriktive Tendenz erkennbar ist. Beispiele hierfür sind die bereits zitierte „Flashmob-Entscheidung“ des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts sowie die Zulässigkeit von Unterstützungstreiks. Mit Blick auf die Abwehrmöglichkeiten der Arbeitgeber hat das BAG den Einsatz arbeitswilliger Arbeitnehmer ausdrücklich als Kampfmittel anerkannt.²³

Dieses Mittel dürfte für die betroffenen Betriebe (ungeachtet der Schwierigkeit, die mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern je nach Art der wahrzunehmenden Aufgaben an den bestreikten Arbeitsplätzen verbunden sind) grundsätzlich ein wirksames Mittel sein, um die eigene Betriebstätigkeit aufrechtzuerhalten, um auf diese Weise die Folgen eines Streiks abzuschwächen.

²⁰ Allg. Meinung, vgl. nur *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 287 f

²¹ BVerfGE 92, 365, 397 ff

²² BVerfGE 92, 365, 396 f.; s. auch *Bauer*, a.a.O., Art. 99 Rn. 89

²³ BAG, NZA 2012, 5571, Rn. 31

Der Entzug dieser Möglichkeit durch § 11 Abs. 5 AÜG n.F. stellt daher einem erheblichen Eingriff in die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeber in einem Arbeitskampf dar.

Auch die grundsätzliche Anerkennung einer Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers kann die Neuregelung nicht rechtfertigen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass § 11 Abs. 5 AÜG und die damit verbundene (eingeschränkte) Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern bereits seit 1972 existiert. Es lag also nicht die Situation vor, in der im Hinblick auf neuere, tatsächliche Entwicklungen bzw. die Folgen einer Neuregelung Prognosen zu treffen, wahren, die notwendigerweise mit Unsicherheiten behaftet sind. Angesichts des Umstandes, dass seit Jahren Arbeitskämpfe unter der rechtlichen Rahmenbedingung des § 11 Abs. 5 AÜG a.F. geführt wurden, wäre der schwerwiegende Eingriff in die Arbeitskampfparität nur dann zu rechtfertigen, wenn tatsächlich Anhaltspunkte dafür bestanden hätten, dass die Arbeitskampfparität durch die Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben in spürbarer Weise zu Lasten der Gewerkschaften verschoben worden wäre.

Der Gesetzesbegründung kann diesbezüglich nichts entnommen werden. Soweit hier,²⁴ darauf hingewiesen worden wird, in diversen Arbeitskämpfen der letzten Jahre sei es durch eine Arbeitnehmerüberlassung zur Einflussnahme auf Arbeitskämpfe gekommen, so wird damit lediglich auf die Selbstverständlichkeit verwiesen, dass der Einsatz von Leiharbeitskräften (bisher) ein anerkanntes Arbeitskampfmittel war, welches im Anwendungsfall zweifelsfrei Einfluss auf den Verlauf des Arbeitskampfes nehmen soll. Ein Nachweis dahingehend, dass dieser Einfluss zu einer ins Gewicht fallenden Verschiebung der Kampf- bzw. Verhandlungsparität geführt hätte, ist damit nicht geführt. Entsprechendes gilt für den auch an dieser Stelle in der Gesetzesbegründung gemachten Hinweis, Leiharbeitnehmer seien teilweise „*massiv unter Druck gesetzt (worden), als Streikbrecher tätig zu werden.*“ Auch wenn man diese Aussage als zutreffend unterstellt, ist damit über die *Wirkung* eines solchen Vorgehens im Hinblick auf die Verhandlungs- und Kampfparität der Tarifparteien nichts ausgesagt.

Auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers, den „missbräuchlichen“ Einsatz von Leiharbeitnehmern zu unterbinden, rechtfertigt die Neuregelung nicht. Die Gesetzesbegründung erläutert nicht, in welcher Form ein „Missbrauch“ des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher stattgefunden haben soll. Auch unabhängig von der Gesetzesbegründung ist hierfür nichts ersichtlich. Jedenfalls kann der Einsatz eines von der Rechtsprechung des BAG anerkannten Arbeitskampfmittels für sich genommen nicht als „missbräuchlich“ angesehen werden. Allein der Umstand, dass Arbeitgeber in der Vergangenheit von der Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern Gebrauch gemacht hatten (worauf die Gesetzesbegründung hinweist), liefert keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass hierdurch ein Übergewicht der Arbeitgeber bei Tarifaueinandersetzungen entstanden wäre.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass vor dem Inkrafttreten der Neufassung des § 11 Abs. 5 AÜG im Jahr 2017 die beiden Tarifwerke BAP/DGB (§ 17.1) und iGZ/DGB (§ 12) ein an die Verleiher gerichtetes Verbot enthielten, Leiharbeitnehmer an einen Entleiher zum Einsatz in einem von einer der Mitgliedsgewerkschaften der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB bestreikten Betrieb zu überlassen. Ein Einsatz von Leiharbeitnehmern war also nur möglich, wenn auf das Arbeitsverhältnis keiner der vorbenannten Tarifverträge Anwendung fand. Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/9232, S. 27) verweist insoweit darauf, das tarifvertragliche Verbot habe sich in der Praxis als nicht wirksam durchsetzbar erwiesen; auch würden die tarifvertraglichen Regelungen nicht für ins Inland entsandte Leiharbeitskräfte von Verleihern mit Sitz im Ausland gelten.

²⁴ BT-Drs. 18/9232

Anhaltspunkte für die reklamierte nicht-Durchsetzbarkeit des tarifvertraglichen Verbots werden aber in der Gesetzesbegründung nicht benannt. Auch bleibt offen, ob die Möglichkeit eines Einsatzes von Leiharbeitnehmern durch Verleiher mit Sitz im Ausland eine Handlungsoption darstellt, von der in der Praxis tatsächlich im nennenswerten Umfang Gebrauch gemacht wurde.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit § 11 Abs. 5 AÜG die Verpflichtungen, die ihn im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG treffen, verletzt hat. Es sind keine hinreichenden Anhaltspunkte, für die Annahme ersichtlich, dass die hier zu beurteilende Einschränkung bzw. Beseitigung eines Kampfmittels der Arbeitgeber zur Wahrung der Verhandlungsparität erforderlich gewesen wäre.

III. Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Grundrechtsposition der Leiharbeitnehmer

Die Neuregelung § 11 Abs. 5 AÜG n.F. stellt auch einen Eingriff in die Grundrechtsposition des Leiharbeitnehmers nach Art. 9 Abs. 3 GG dar, der nicht gerechtfertigt ist.

1. Schutzbereich

Art. 9 Abs. 3 GG ist zunächst und primär ein Individualgrundrecht. Es gewährleistet dem einzelnen Grundrechtsträger die positive und umgekehrt die negative Koalitionsfreiheit. Letztere erfasst das Recht, einer bestehenden Koalition fernzubleiben, sowie in eine solche einzutreten, also verallgemeinert das Recht auf koalitionsgemäße Betätigung sowie (umgekehrt) das Recht, sich einer entsprechenden Betätigung zu enthalten. Darüber sollen die Einzelnen grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme eigenverantwortlich bestimmen können.²⁵

2. Eingriff in den Schutzbereich

§ 11 Abs. 5 AÜG n.F. stellt einen Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit des einzelnen Leiharbeitnehmers dar. Das grundsätzliche Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Arbeitskampf zwingt die hiervon betroffenen Leiharbeitnehmer, den Arbeitskampf der Stammebelegschaft zumindest mittelbar zu unterstützen.²⁶

Besonders deutlich wird dies mit Blick auf die Leiharbeitnehmer, die bereits vor Beginn des Arbeitskampfes beim Entleiher tätig werden. Sie unterfallen dem Einsatzverbot, wenn der Entleiher ihnen als Konsequenz in Folge des Arbeitskampfes neue Tätigkeiten zuweist, die sich unmittelbar oder mittelbar auf Arbeitsplätze beziehen, die vom Streik betroffen sind. Demgegenüber ist es dem Arbeitgeber nicht verwehrt,²⁷ Arbeitnehmer der Stammebelegschaft des vom Streik betroffenen Betriebs, die sich nicht am Streik beteiligen, flexibel, also auch auf vom Streik betroffenen Arbeitsplätzen einzusetzen. Auch in diesen Fällen greift das Verbot, obwohl die entsprechenden Leiharbeitnehmer gerade nicht mit Blick auf den Streik als Arbeitskampfmittel der betroffenen Arbeitgeber entliehen wurden. Warum auch in einer derartigen Konstellation ein „missbräuchlicher“ Einsatz von Arbeitnehmern vorliegen soll (selbst wenn man wie der Gesetzgeber offenkundig den

²⁵ BVerfGE 92, 365, 393; hierzu auch *Bauer*, a.a.O., Art. 9 Rn. 81.

²⁶ *Boemke/Sachadae*, DB 2015, 1467, 1469 f.; *Boemke*, ZfA 2017, 1, 4; *Thüsing*, NZA 2015, 1478, 1479, und *Schüren*, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl. 2018, Rn. 176; a.A. *Klein/Leist*, SR 2017, 31, 39

²⁷ *Schüren*, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl. 2018, § 11 AÜG, Rn. 179,

gezielten Rückgriff von Leiharbeitnehmern in Arbeitskämpfen generell als „*missbräuchlich*“ bewertet) ist nicht erkennbar.

3. Keine hinreichende Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der betroffenen Leiharbeitnehmer ist nicht gerechtfertigt.

- a) Wie bereits dargelegt, kann die Neuregelung nicht mit der Erwägung gerechtfertigt werden, sie wolle dem Missstand begegnen, dass Leiharbeitnehmer in der Vergangenheit massiv unter Druck gesetzt worden seien, auf ihr Wahlrecht nach § 11 Abs. 5 AÜG a.F. zu verzichten, um auf Arbeitsplätzen in bestreikten Betrieben tätig zu werden. Selbst wenn man unterstellt, dass ein entsprechender Druck tatsächlich stattgefunden hat (der die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Leiharbeitnehmers beeinträchtigen konnte), ist die Neuregelung nicht geeignet, das Schutzgut „Entscheidungsfreiheit des einzelnen Leiharbeitnehmers“ zu befördern. Im Gegenteil: sie beseitigt die bisher bestehenden (möglicherweise faktisch eingeschränkten) Wahlmöglichkeiten.
- b) Zur Rechtfertigung des Eingriffs verbleibt folglich nur die Intention des Gesetzgebers, grundsätzlich den Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben auf Arbeitsplätzen, die unmittelbar oder mittelbar von einem Streik betroffen sind, zu unterbinden. Wie oben bereits im Hinblick auf die Grundrechtsposition der Beschwerdeführerin dargelegt wurde, ist diese Regelungsabsicht nicht geeignet, die Einschränkung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG zu rechtfertigen. Im Ergebnis erweist sich die Neuregelung als unzulässige Verletzung der Neutralitätspflicht des Staates. Auf die oben gemachten Ausführungen kann Bezug genommen werden.

- - -