

## **Änderungskündigung in die Leiharbeit?**

von: *Fachanwalt für Arbeitsrecht*

*Wolfgang Steen, Hamburg*

(in: Newsletter 20/07 vom 26.09.2007

[www.arbeitsrecht.de](http://www.arbeitsrecht.de))

Eine Sekretärin, über eine Leiharbeitsfirma seit 1981 bei einem großen juristischen Fachverlag in München beschäftigt, sorgte für die neueste Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in Sachen "equal pay" (BAG, Urt. v. 19.09.2007 – 4 AZR656/06).

Während im ursprünglichen Arbeitsvertrag noch auf den alten, mit der DAG abgeschlossenen Zeitarbeitsvertrag verwiesen wurde, fehlte bei einer Neufassung im Jahr 1997 jeder Hinweis auf einen Tarifvertrag. Den schließlich im Jahr 2003 vorgelegten Vertrag, der den mit den DGB-Gewerkschaften geschlossenen Tarifvertrag anwenden sollte, unterschrieb die Klägerin nicht. Der Arbeitgeber setzte darauf hin die Vergütung herab. Die Klägerin machte ihre bisherige Bezahlung gerichtlich geltend.

Grundsatz gleicher Vergütung ("equal pay")

Das BAG verweist auf die gesetzliche Regelung in § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG: "Ein Arbeitgeber, der bei ihm angestellte Arbeitnehmer an andere Unternehmen verleiht, ist verpflichtet, diesen dieselbe Vergütung zu zahlen, die sie bei dem entleihenden Unternehmen erhalten würden, es sei denn, dass in einem - auf Grund beiderseitiger Tarifgebundenheit oder arbeitsvertraglicher Verweisklausel - für das Leiharbeitsverhältnis maßgebenden Tarifvertrag eine niedrigere Vergütung vorgesehen ist."

Weil aber mit der letzten Vertragsänderung (1997) keine explizite Tarifierung vereinbart wurde, gilt vorrangig die gesetzliche Gleichbehandlung und nicht (automatisch) die neueste Tarifregelung. Die Klägerin kann also weiterhin ihre bisherige Vergütung verlangen.

Wie weitgehend diese Entscheidung ist, lässt sich nur im Zusammenhang mit anderen, gleichfalls vom BAG entschiedenen Fällen bewerten.

## **Keine Änderungskündigung in die Leiharbeit**

In einem anderen, schon 2006 entschie-

denen Fall (BAG, Urt. v. 12.01.2006 - 2 AZR 126/05) ging es um eine Dozentin/Sozialbetreuerin im Bereich der Evangelischen Kirche im Rheinland. Die Bestimmungen des BAT-KF waren Grundlage des Arbeitsvertrages. Offensichtlich nach einem Betriebsübergang wurde die Klägerin von ihrem Arbeitgeber in eine gemeinnützige GmbH ausgeliehen und auf ihrem alten (!) Arbeitsplatz weiter beschäftigt.

Die Klägerin weigerte sich, 2004 eine Änderungskündigung in den neuen, mit dem Interessenverband deutscher Zeitarbeitsunternehmer (IGZ e.V.) geschlossenen Tarifvertrag zu akzeptieren.

Auch hier war das BAG konsequent. Mit Hinweis auf die bekannte Rechtsprechung zur (eingeschränkten) Möglichkeit der "Lohnkostensenkung" wies das BAG die Änderungskündigung zurück. Allein die gesetzliche Möglichkeit, Tarifregelungen mit geringerer Vergütung anzuwenden, rechtfertigt keine Änderungskündigung. Wenn der Verleiher ohne einverständliche Regelung eine Anpassung des zuvor frei vereinbarten bzw. des gesetzlich festgelegten Entgelts an den neuen Tarifvertrag beabsichtige, könne er dies nur unter den von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für eine Änderungskündigung zur Entgeltkürzung. Diese lagen aber nicht vor.

Auch das Interesse der Beklagten an der Schaffung einheitlicher Vertragsbedingungen in ihrem Betrieb könne schließlich die Änderungskündigung nicht sozial rechtfertigen. "Dem Arbeitgeber, der mit einzelnen Arbeitnehmern einzelvertraglich eine höhere Vergütung vereinbart hat, als sie dem betrieblichen Niveau entspricht, ist es verwehrt, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz diese Vergütung dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen, mit denen er eine solche höhere Lohnvereinbarung nicht getroffen bzw. mit denen er sie nachträglich einvernehmlich herabgesetzt hat." Der Gleichbehandlungsgrundsatz dürfe nicht zur Einschränkung von Rechten der Arbeitnehmer führen.

Eigene Leih-Tochtergesellschaft  
Bei den vorliegenden Einzelfällen war im Wesentlichen die bisherige arbeitsvertragliche Grundlage entscheidend, sich mit den Ansprüchen durchzusetzen.

Schwieriger können die Fälle sein, in denen ganze Betriebsabteilungen ausgliedert werden, um die neu Tarifregelungen anzuwenden.

In einem Fall, den das Arbeitsgericht Passau beschäftigte (Urt. v. 30.06.2005 - 2 Ca 790/04), war der gesamte Service-Bereich eines Krankenhauses (Reinigungsdienst, Wäscherei, Küche etc.) auf eine gleichfalls kommunale "Service-GmbH" übertragen worden. Mit den Beschäftigten wurde ein so genanntes "Aufzehrungsmodell" vereinbart. Die betreffenden Arbeitnehmer sollten sich mit dem selbstständigen Kommunalunternehmen zunächst im Rahmen eines Aufhebungsvertrags auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigen, gleichzeitig sollten neue Verträge mit der Service-GmbH vereinbart werden, ohne Geltung der bisherigen tariflichen Arbeitsbedingungen. Die Vergütung sollte so lange eingefroren bleiben, bis das Niveau der Stundenlöhne im privaten Gebäudereinigerhandwerk die jetzige Höhe erreicht haben würde.

Sodann wurden die Beschäftigten auf den bisherigen Arbeitsplätzen des Krankenhauses - auf Leihbasis - weiterbeschäftigt.

Das ArbG Passau erkannte zutreffend einen Betriebsübergang sowie eine Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB. Der Aufhebungsvertrag führe hier lediglich zur Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes und nicht zu einer Änderung des Betriebszwecks. Vor allem sei die wirtschaftliche Identität als Voraussetzung der Betriebsübernahme im Sinne des § 613a Abs. 1 BGB gewahrt, wenn aus Kostenersparnis eine kommunale Service GmbH gegründet werde, die eine gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung durchführt mit den bisher im Reinigungs- und Küchendienst des Krankenhauses beschäftigten Arbeitnehmern und nun - nach Aufhebungsvertrag (mit dem Krankenhaus) - mit den übergeleiteten Beschäftigten.

Das LAG München (Urt. v. 27.02.2007 - 6 Sa 870/05) sah dies allerdings anders, ohne den besonderen Schutz der Beschäftigten und das zu Grunde liegende Umgehungsgeschäft zu beachten. Lapidar wird im Berufungsurteil ausgeführt,

es läge nur ein Funktionsübergang vor und schließlich seien die Klägerinnen bei Abschluss der Aufhebungsverträge nicht bedroht worden.

Hier zeigt sich, wie viel Gespür für das Erkennen der Umgehungsmöglichkeiten im Rahmen der Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) erforderlich ist. Anerkannte Fachkommentatoren, wie Schüren (AÜG-Komm., § 1 Rn. 562) verweisen zu Recht darauf, dass solche 'Verleihunternehmen', die sonst nicht im Markt auftreten, unter dem Deckmantel des Konzerns tatsächlich nur Arbeitskräfte vermitteln. Als gesetzliche Rechtsfolge tritt dann aber ein, dass ein Arbeitsverhältnis unmittelbar mit dem konzerninternen Einsatzunternehmen zu Stande kommt. Eine solche Rechtsfolge qua Ausgliederung zu umgehen, ist nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen.

Über den Autor:

Rechtsanwalt Steen ist seit 1986 tätig und verfügt über eine Fülle von Erfahrungen in diversen Auseinandersetzungen vor Gericht und außergerichtlich. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die Beratung und Vertretung von Betriebsräten sowie die Verhandlung von Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen. Er veröffentlicht regelmäßig Urteilsanmerkungen in der Zeitschrift *Arbeitsrecht im Betrieb* und ist als Referent in Betriebsratsschulungen tätig.

Kontaktdaten des Autors:

*Wolfgang Steen*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht*

*Rechtsanwälte Gaidies Heggemann & Partner*

Mönckebergstr. 17, 20095 Hamburg

Tel.: 040 280 88 60

Fax: 040 280 88 630

E-Mail: [steen@gsp.de](mailto:steen@gsp.de)

[www.gsp.de](http://www.gsp.de)