

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

2/2014

28. Jahrgang
Seiten 113–231

Aus dem Inhalt

Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur Flexibilisierung von Arbeitsmärkten
Rüdiger Krause, Göttingen

Temporary Agency Work as a Tool for Labour Market Flexibility – Italy
Orsola Razzolini, Genova

Temporary Work as an Instrument for the Flexibilisation of Labour Markets – France
Sophie Robin- Oliviers, Paris

Labour and social law Policies in the context of Critical Disability Studies
Nora Jakab, Miskolc/István Hoffman, Budapest/György Könczei Budapest

Analyse der „Quasi-Renten“ in Mexiko – zwischen Privatisierung und staatlicher Finanzierung
Gabriela Mendizábal Bermúdez, Cuernavaca, Mexiko

Präsident Jos Berghman verstarb, während EISS-Tagung in Leuven lief – Franz Marhold neuer EISS-Präsident
Eberhard Eichenhofer, Jena

Nachruf auf Prof. Dr. em. Jos Berghman (5. April 1949 – 10. Oktober 2014)
Eberhard Eichenhofer, Jena



C.F. Müller

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Heft 2, 28. Jahrgang 2014, Seiten 113–231

Inhalt

Abhandlungen

Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur Flexibilisierung von Arbeitsmärkten <i>Von Rüdiger Krause, Göttingen</i>	113
Temporary Agency Work as a Tool for Labour Market Flexibility – Italy <i>Von Orsola Razzolini, Genova</i>	153
Temporary Work as an Instrument for the Flexibilisation of Labour Markets – France <i>Von Sophie Robin-Olivier, Paris</i>	172
Labour and social law policies in the context of Critical Disability Studies <i>Von Nora Jakab, Miskolc/István Hoffman, Budapest/György Könczei, Budapest</i> ...	186
Analyse der »Quasi-Renten« in Mexiko – zwischen Privatisierung und staatlicher Finanzierung <i>Von Gabriela Mendizábal Bermúdez, Cuernavaca, Mexiko</i>	208
Präsident Jos Berghman verstarb, während EISS-Tagung in Leuven lief – Franz Marhold neuer EISS-Präsident <i>Von Eberhard Eichenhofer, Jena</i>	226
Nachruf auf Prof. Dr. em. Jos Berghman (5. April 1949 – 10. Oktober 2014) <i>Von Eberhard Eichenhofer, Jena</i>	229
Mitarbeiter dieses Heftes	231

Diese Ausgabe enthält das Inhaltsverzeichnis zum 28. Jahrgang 2014.

Ausblick auf die nächsten Hefte

Daniel Eryk Lach, Poznań: Organisation, Akteure und Rechtsverhältnisse im polnischen System der Gesundheitsfürsorge

Martin Štefko, Prag: Recht auf Arbeit von Drittstaatsangehörigen in Tschechien

Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur Flexibilisierung von Arbeitsmärkten*

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Allgemeine Rahmenbedingungen
 1. Überblick über die rechtliche Ausgestaltung von Leiharbeit
 - a) Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten
 - b) Abgrenzung zu Dienst- und Werkverträgen
 - c) Gewerberechtliche Erlaubnispflicht und Durchsetzungsmechanismen
 2. Legislative Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland
 - a) Ursprüngliches Verbot und schrittweise Deregulierung
 - b) Grundlegende Liberalisierung durch die Hartz-Reform (2003)
 - c) Europarechtliche Impulse und Re-Regulierung (2008/2011)
 3. Ökonomische Aspekte
 - a) Betriebswirtschaftliche Bestimmungsgründe
 - b) Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt
- III. Zentrale Problemfelder
 1. Regulierung des Entgelts für Leiharbeitnehmer
 - a) Gesetzliche Ausgangslage der Hartz-Reform
 - b) Entwicklung im tarifvertraglichen Bereich von 2003 bis 2010
 - c) Tariffähigkeit der CGZP (2010) und ihre Folgen
 - d) Allgemeine Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung
 - e) Missbrauchsabwehr durch »Drehtürklausel«
 - f) Kollektivvertragliche »Besservereinbarungen«
 - g) Aktuelle Gesetzgebungspläne
 2. Regulierung des Umfangs von Leiharbeit
 - a) Gesetzliche Ausgangslage der Hartz-Reform
 - b) Auswirkungen des Ersten AÜG-Änderungsgesetzes (2011)
 - c) Kollektivvertragliche Eindämmungen
 - d) Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben
 3. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung
- IV. Auswirkungen auf die Arbeitsbeziehungen: Zwischen Desintegration und Reintegration
 1. Folgen für die Leiharbeitnehmer
 2. Folgen für das Tarifsysteem
 3. Folgen für die betriebliche Mitbestimmung
- V. Schlussbemerkungen

* Umfassend aktualisierte und erweiterte Fassung des auf der 34. Tagung für Rechtsvergleichung unter dem Generalthema »Recht und Rechtsvergleichung in der Finanzkrise« am 13. September 2013 an der Philipps-Universität Marburg gehaltenen Vortrags.

I. Einführung

Keine andere Beschäftigungsform in Deutschland ist so umstritten wie die Arbeitnehmerüberlassung. Schon an der schlichten Frage ihrer Bezeichnung als »Leiharbeit« oder »Zeitarbeit« scheiden sich die Geister.¹ Die Auseinandersetzungen um die Arbeitnehmerüberlassung haben zwar deutlich früher begonnen als die Finanz- und Wirtschaftskrise, die seit dem Zusammenbruch der Lehman-Bank im September 2008 die europäischen Volkswirtschaften in einem wenn auch unterschiedlichen Ausmaß erfasst hat.² Dennoch stehen beide Phänomene nicht unverbunden nebeneinander. Schlagwortartig geht es darum, ob Leiharbeit Wachstum generiert und damit krisendämpfend wirkt³ oder ob es sich um eine »prekäre« Beschäftigungsform handelt, die destabilisierende Folgen hat, weil sie zu einer Segmentierung von Belegschaften führt und die soziale Ungleichheit verschärft. Die Antwort auf diese Frage hängt letzten Endes vom Vergleichsmaßstab ab, nämlich von Arbeitslosigkeit⁴ einerseits bzw. Normalarbeitsverhältnis⁵ andererseits⁶.

Bei allen Kontroversen über die Leiharbeit besteht jedenfalls in zwei Punkten Einigkeit: Erstens ist unstrittig, dass die zunehmende Verbreitung der Zeitarbeit, zu der es vor allem im letzten Jahrzehnt gekommen ist, zwar in erster Linie durch ökonomische Motive angetrieben wird, hierbei aber das rechtliche Rahmenwerk eine maßgebliche Rolle spielt, indem es den Handlungsraum definiert, innerhalb dessen die Akteure des Arbeitslebens ihre Ziele verwirklichen können. Damit gerät das Arbeitsrecht ins Blickfeld, das mit

-
- 1 Während die Gewerkschaften den Begriff »Leiharbeit« bevorzugen, verwendet die Arbeitgeberseite (Verleiher und Entleiher sowie ihre jeweiligen Verbände) den Begriff Zeitarbeit. In den Tarifverträgen der deutschen Metall- und Elektroindustrie zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung vom Mai 2012 hat sich dieser semantische Streit in dem Kompromiss niedergeschlagen, regelmäßig beide Termini nebeneinander zu nennen. Im Folgenden werden die Begriffe Arbeitnehmerüberlassung, Leiharbeit und Zeitarbeit synonym benutzt. Die früher durchaus gebräuchliche Bezeichnung als »Personal-Leasing« (siehe etwa *Friese*, BB 1981, 1582 ff.) wird heutzutage soweit ersichtlich nicht mehr verwendet.
 - 2 Frühe Kritik insbesondere aus gewerkschaftlicher Sicht z. B. bei *Göbel*, B1StSozArbR 1973, 309 ff., 324 ff.; *Mayer*, AuR 1974, 353 ff.; *Möller-Lücking*, ArbRGegw 11 (1974), 55 ff.; *Ramm*, DB 1973, 1170 ff.; *Steinbach*, WSI Mitteilungen 1980, 263 ff.; weiter etwa *Krüger*, WSI Mitteilungen 1987, 423 ff.; *ders.*, Zum Verbot der Leiharbeit: Gewerkschaftsforderung und Grundgesetz, 1986.
 - 3 So etwa IW Consult GmbH, Zeitarbeit in Deutschland – Treiber für Flexibilität und Wachstum, 2011, S. 48 ff.; Im Nachkrisenjahr 2010 Schaffung von 49 Milliarden Euro Zuwachs an Produktionswert durch Zeitarbeit (bei einem Gesamtzuwachs von 334 Milliarden Euro Produktionswert), abrufbar unter: http://www.iwconsult.de/imperia/md/images/iwconsult/pdf/download/studien/studie-zeitarbeit_20110615.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).
 - 4 So der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2011/12, Rn. 492: »inferior«, aber »allemaal ... besser als Arbeitslosigkeit«.
 - 5 Zur Definition des Normalarbeitsverhältnisses als unbefristete und sozialversicherungspflichtige Vollzeit-tätigkeit beim Vertragsarbeitgeber *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. B 11; siehe ferner Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2008/09, Rn. 715 ff. Begriffsprägung mit spezifischer Stoßrichtung einer Weiterentwicklung durch *Mückenberger*, ZSR 31 (1985), 415 ff. und 457 ff. sowie GMH 1989, 211 ff. im Anschluss an *Terriet*, Arbeit und Sozialpolitik 1980, 388 ff. Hierzu frühzeitig bereits *Bosch*, WSI Mitteilungen 1986, 163 ff.; *Däubler*, AuR 1988, 302 ff.; *Zachert*, AuR 1988, 129 ff. Überblick über den Diskussionsstand bei *Kress*, MittAB 1998, 488 ff. Aktualisierte Einschätzung durch *Mückenberger*, ZSR 56 (2010), 403 ff. Zur internationalen Debatte (»Standard Employment Relationship«) jüngst *Deakin*, SR 2014, 89 ff.
 - 6 Näher Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2011/12, Rn. 482 ff.

seinen normativen Vorgaben darüber entscheidet, ob und unter welchen Voraussetzungen den Unternehmen das Instrument der Leiharbeit zur Verfügung steht, um ihren Arbeitskräftebedarf zu decken. In der Tat gibt es kaum einen anderen Sektor der Arbeitswelt, in dem die Verhaltensmuster der Beteiligten so sehr von den institutionellen Rahmenbedingungen geprägt werden wie in der Leiharbeit. In kaum einem anderen Sektor wird von den Akteuren aber auch so hart um die Interpretation sowie um die Veränderung dieser Bedingungen gerungen. Kurz gesagt: Labour law matters.

Zweitens ist unstrittig, dass der rechtliche Rahmen für die Arbeitnehmerüberlassung höchst komplex ist und zur Gewinnung eines vollständigen Bildes nicht nur die gesetzlichen Regelungen auf nationaler und auf europäischer Ebene, sondern darüber hinaus auch die Rechtsprechung und die kollektivvertragliche Ebene in die Betrachtung einbezogen werden müssen. Im Folgenden soll zunächst ein kurzer Überblick über die generelle rechtliche Struktur von Zeitarbeit, die legislative Entwicklung sowie einige ökonomische Aspekte gegeben werden (unter II). Sodann richtet sich der Blick auf die hauptsächlichen Streitfelder der Arbeitnehmerüberlassung und dabei vor allem auf die Regulierung des Entgelts und des Umfangs von Leiharbeit (unter III). Abschließend geht es um die grundsätzlichen Auswirkungen von Zeitarbeit auf die Arbeitsbeziehungen in Deutschland (unter IV).

II. Allgemeine Rahmenbedingungen

1. Überblick über die rechtliche Ausgestaltung von Leiharbeit

a) Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten

Die Arbeitnehmerüberlassung zeichnet sich im Gegensatz zum Normalarbeitsverhältnis durch eine Drei-Personen-Beziehung aus.⁷ Beteiligte sind der Leiharbeitnehmer, der Verleiher und der Entleiher. Im Kern geht es darum, dass der Verleiher dem Entleiher einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, damit der Entleiher ihn wie einen eigenen Beschäftigten in seinem Betrieb einsetzen kann.

Im Einzelnen folgt das deutsche Recht dem »verleiherbetriebsbezogenen Modell«.⁸ Danach besteht ein Arbeitsvertrag grundsätzlich nur zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer (»Grundverhältnis«)⁹, dessen rechtliche Besonderheit darin liegt, dass sich der Arbeitnehmer dazu verpflichtet, seine Arbeitsleistung im Betrieb eines Dritten zu erbringen und dessen Weisungen zu unterliegen.¹⁰ Dabei liegt dem deutschen Modell der Zeitarbeit die Vor-

7 Zum Folgenden statt aller *Schüren*, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 106 ff.; *Thüsing*, in: Thüsing, AÜG, 3. Aufl., 2012, Einf. Rn. 32 ff.; *ErfK/Wank*, 15. Aufl., 2015, AÜG Einl. Rn. 14 ff.

8 Zur Begriffsbildung *Wank*, RdA 2003, 1, 3.

9 So *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1999, S. 563 f.

10 Der Leiharbeitsvertrag ist formlos wirksam. Allerdings muss der Verleiher über die Anforderungen des NachwG (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 AÜG) hinaus weitere Angaben in die Niederschrift aufnehmen (§ 11 Abs. 1 S. 2 AÜG) und zudem bestimmte Informationspflichten erfüllen (§ 11 Abs. 2 und 3 AÜG).

stellung eines unbefristeten Arbeitsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer zugrunde, so dass den Verleiher das Verwendungsrisiko trifft, also das Risiko, den Leiharbeitnehmer auch in der Zeit zwischen den Überlassungen vergüten zu müssen. Diese Grundidee kommt in der gesetzlichen Regelung des § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG zum Ausdruck, nach der das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 BGB) nicht aufgehoben oder beschränkt werden kann.

Weiter wird zwischen dem Verleiher und dem Entleiher ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (als Unterfall eines Dienstverschaffungsvertrags) geschlossen. Dieser Vertrag verpflichtet den Verleiher dazu, dem Entleiher für die vertraglich vorgesehene Zeit die Arbeitsleistung eines entsprechend qualifizierten Leiharbeitnehmers zur Verfügung zu stellen.¹¹

Zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer kommt dagegen bei legaler Arbeitnehmerüberlassung kein Arbeitsvertrag zustande.¹² Zwar bestehen in diesem Verhältnis zahlreiche rechtliche Beziehungen. So wird auf der einen Seite der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer heutzutage häufig als echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) mit der Folge qualifiziert, dass der jeweilige Entleiher¹³ ein echtes Forderungsrecht auf die Arbeitsleistung hat und ihm für die Dauer des Einsatzes infolgedessen auch das arbeitgeberseitige Weisungsrecht (§ 106 GewO) zusteht.¹⁴ Auf der anderen Seite trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass der Zeitarbeitnehmer in die betrieblichen Abläufe beim Entleiher tatsächlich eingegliedert ist und hierdurch insbesondere den damit verbundenen Sicherheitsgefahren ausgesetzt ist. Dementsprechend sieht § 11 Abs. 6 S. 1 AÜG in Übereinstimmung mit der Arbeitsschutz-Richtlinie 91/383/EWG vor, dass der Leiharbeitnehmer im Hinblick auf den technischen Arbeitsschutz (mindestens)¹⁵ denselben Schutz wie die Stammarbeitnehmer genießt. Das alles ändert aber nichts daran, dass mangels eines Arbeitsvertrags zahlreiche arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen im Verhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leih-

11 Zur Hauptleistungspflicht des Verleihers aus neuerer Zeit BAG 20.06.2013 – 2 AZR 271/12, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 173 = NZA 2013, 837 (Rn. 21).

12 Siehe nur BAG 06.08.2003 – 7 AZR 180/03, AP AÜG § 9 Nr. 6 (unter II 1); BAG 18.01.2012 – 7 AZR 723/10, AP AÜG § 9 Nr. 10 = NZA-RR 2012, 455 (Rn. 27). In einer neueren Entscheidung spricht das BAG 15.03.2011 – 10 AZB 49/10, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 96 = NZA 2011, 653, zwar von einer »rechtlichen Beziehung mit arbeitsvertraglichem Charakter«, stellt aber nicht in Frage, dass durch Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich kein Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher entsteht. Der EuGH 21.10.2010 – Rs. C-242/09 (*Albron Catering*), Slg. 2010, I-10309 = NZA 2010, 1225 (Rn. 20–32) bezeichnet den Entleiher als »nichtvertraglichen Arbeitgeber«.

13 Der Verleiher als Versprechensempfänger kann sich gemäß § 332 BGB unstreitig die Befugnis zur einseitigen Bestimmung bzw. Änderung der Person des Dritten vorbehalten; vgl. *Walker*, AcP 1994, 295, 310 f.

14 Siehe *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 109 ff.; *Walker*, AcP 1994, 295, 309 ff.; *ErfK/Wank*, 15. Aufl., 2015, AÜG Einl. Rn. 33; dazu umfassend *Reinsch*, Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer, 2009, S. 199 ff., 203 ff., 244; a.A. etwa *Thüsing*, in: *Thüsing*, AÜG, 3. Aufl., 2012, Einf. Rn. 38: nur ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter.

15 Dem Entleiher obliegen gegenüber dem überlassenen Arbeitnehmer zusätzlich spezielle Unterrichtspflichten (§ 11 Abs. 6 S. 2 und 3 AÜG), die dem Informationsdefizit des Leiharbeitnehmers im Hinblick auf die betrieblichen Verhältnisse abhelfen wollen; siehe ferner § 12 Abs. 2 S. 1 und 2 ArbSchG sowie bereits den Erwägungsgrund 6 der RL 91/383/EWG; dazu auch *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 19 Rn. 1.

arbeitnehmer unanwendbar sind, allen voran das Kündigungsschutzgesetz. Dies hat die wichtige Folge, dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer jederzeit »abmelden« kann, ohne hieran im Grundsatz durch arbeitsrechtliche Vorschriften gehindert zu sein. Eine Ausnahme ergibt sich lediglich aus dem Antidiskriminierungsrecht. So gilt nach § 6 Abs. 2 S. 2 AGG auch der Entleiher als Arbeitgeber des Zeitarbeitnehmers. Daher muss sich der Entleiher bei der Beendigung des Überlassungsverhältnisses an die Vorgaben des AGG halten und darf einen Leiharbeitnehmer beispielsweise nicht aufgrund seines Alters zurückschicken.¹⁶ Diese Einschränkung hat bislang aber soweit ersichtlich noch keine praktische Rolle gespielt.

b) Abgrenzung zu Dienst- und Werkverträgen

Die vergleichsweise starke Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung hat die Unternehmensseite seit jeher dazu motiviert, auf andere Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes auszuweichen. Insoweit spielt neben dem Dienstvertrag vor allem der Werkvertrag eine prominente Rolle. Bei beiden Verträgen kann es dazu kommen, dass Arbeitnehmer in einen Einsatzbetrieb entsandt werden und dort die von ihrem Arbeitgeber übernommenen Verpflichtungen erfüllen, was für sich genommen indes keine Arbeitnehmerüberlassung darstellt.¹⁷ Dabei umfasst die vielbeschworene »Flucht in den Werkvertrag«¹⁸ letztlich zwei Fallgruppen, nämlich zum einen den Scheinwerkvertrag, bei dem unter dem äußeren Anschein eines Werkvertrags in Wirklichkeit Arbeitnehmerüberlassung stattfindet, und zum anderen den wirklichen Werkvertrag, den es als solchen natürlich immer schon gegeben hat, der aber durch eine immer stärker um sich greifende Atomisierung von Werkleistungen allem Anschein nach von der Peripherie zunehmend in das Zentrum der industriellen Wertschöpfung vordringt. Plakatives Beispiel ist das BMW-Werk in Leipzig, in dem im Jahr 2013 die Herstellung von Automobilen durch 3800 Stammarbeitnehmer, 1500 Leiharbeitnehmer und 1800 Werkvertragsarbeitnehmer erfolgte, die Zahl der Werkvertragsarbeitnehmer also bereits die Zahl der Leiharbeitnehmer überschritten hat.¹⁹ Angesichts der zahlreichen rechtlichen Folgen, die an die Qualifikation eines Fremdfirmeneinsatzes als Leiharbeit geknüpft werden,²⁰ ist die Abgrenzungsfrage von erheblicher Bedeutung.

In theoretischer Hinsicht ist diese Abgrenzung vergleichsweise klar. Arbeitnehmerüberlassung liegt dann vor, wenn ein Vertrag zwischen zwei Unterneh-

16 Vgl. *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl., 2011, § 6 Rn. 21.

17 So bereits BT-Drucks. VI/2303 vom 15.06.1971, S. 10.

18 Dazu etwa zu *Dohna-Jaeger*, AuR 2013, 238 ff.; *Karthaus/Klebe*, FS Kempfen, 2013, S. 295, 300 ff.; *Maschmann*, NZA 2013, 1305 ff.; *Wendeling-Schröder*, AuR 2011, 424 ff.

19 Vgl. Zeit Online vom 29.11.2013, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2013/48/werkvertraege-bmw-leipzig-autoindustrie> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); hierzu auch *Der Spiegel* 47/2013 vom 18.11.2013, 78 ff. Insgesamt sollen in den Branchen Automobil, Luftfahrt, Stahl und Werften nach Angaben der IG Metall gegenwärtig neben 1,328 Millionen Stammarbeitnehmern (76,2 Prozent) 115 000 Leiharbeitnehmer (6,6 Prozent) und 300 000 Werkvertragsarbeitnehmer (17,2 Prozent) tätig sein.

20 Dazu sogleich noch unten sub II 1 c.

men darauf gerichtet ist, dem Inhaber des Einsatzbetriebs Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen. Dies ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG der Fall, wenn der Arbeitnehmer in einen fremden Betrieb eingegliedert und das arbeitsbezogene Weisungsrecht auf den Inhaber dieses Betriebs verlagert wird. Demgegenüber liegt ein Dienst- oder Werkvertrag vor, wenn ein Unternehmen eine (sonstige) selbstständige Tätigkeit oder die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges schuldet und zu diesem Zweck eigenverantwortlich betriebliche Mittel organisiert. Hierbei kann sich der Unternehmer grundsätzlich eigener Arbeitnehmer bedienen, die er in den Einsatzbetrieb schickt, die aber weiterhin seinem Weisungsrecht unterliegen und als Erfüllungsgehilfen fungieren.²¹ Die praktische Umsetzung dieser theoretischen Vorgaben kann freilich erhebliche Schwierigkeiten bereiten, weil in zahlreichen Fällen eine enge Kooperation zwischen den Arbeitnehmern des entsendenden Unternehmers und den Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs stattfindet. Darüber hinaus steht dem Auftraggeber auch im Rahmen eines Werkvertrags nach allgemeinem Zivilrecht ein Weisungsrecht zu (§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB), das freilich nur auf die Konkretisierung des geschuldeten Werkes gerichtet ist und nicht in auf die entsandten Arbeitnehmer bezogene Anweisungen umschlagen darf, wenn es sich noch um einen Werkvertrag handeln soll. Bei alledem kommt es nicht auf den äußeren und daher manipulationsanfälligen Vertragswortlaut, sondern auf die tatsächliche Durchführung der vertraglichen Beziehungen an, weil sich daraus der wirkliche Geschäftswille der Beteiligten ergibt.²² Allerdings ist eine vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis nur dann relevant, wenn die zum Vertragsabschluss berechtigten Personen sie kennen und dulden²³ bzw. billigen²⁴. Soweit im Schrifttum die Konzeption der Rechtsprechung nicht vollumfänglich geteilt wird, sind verschiedene Ansätze und Kriterien entwickelt worden, die indes allesamt nicht zu einer umfassenden Verschiebung der Grenzlinie zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag führen.²⁵

21 Siehe BAG 10.02.1977 – 2 ABR 80/76, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 9; BAG 08.11.1978 – 5 AZR 261/77, APAÜG § 1 Nr. 2; BAG 15.06.1983 – 5 AZR 111/81, APAÜG § 10 Nr. 5; BAG 14.08.1985 – 5 AZR 225/84, EzaÜG § 10 Fiktion Nr. 42; BAG 28.11.1989 – 1 ABR 90/88, APAÜG § 14 Nr. 5 = NZA 1990, 364; BAG 30.01.1991 – 7 AZR 497/89, APAÜG § 10 Nr. 8 = NZA 1992, 19; BAG 06.08.2003 – 7 AZR 180/03, APAÜG § 9 Nr. 6; aus jüngerer Zeit BAG 18.01.2012 – 7 AZR 723/10, APAÜG § 9 Nr. 10 = NZA-RR 2012, 455; BAG 15.04.2014 – 3 AZR 395/11, AP BetrVG § 1 Nr. 71; ferner LAG Baden-Württemberg 01.08.2013 – 2 Sa 6/13, LAGE § 10 AÜG Nr. 11 = NZA 2013, 1017.

22 Vgl. BAG 15.06.1983 – 5 AZR 111/81, APAÜG § 10 Nr. 5; BAG 06.08.2003 – 7 AZR 180/03, APAÜG § 9 Nr. 6.

23 BAG 30.01.1991 – 7 AZR 497/89, APAÜG § 10 Nr. 8 = NZA 1992, 19 (unter IV 2).

24 BAG 27.01.1993 – 7 AZR 476/92, EzaÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 75 (unter I 3 b); BAG 13.08.2008 – 7 AZR 269/07, APAÜG § 10 Nr. 19 (unter B I 1 b bb (1)).

25 Siehe etwa *Brauneisen/Ibes*, RdA 2014, 213 ff.; *Greiner*, NZA 2013, 697, 699 ff.; *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1307 ff.; *ErfK/Wank*, 15. Aufl., 2015, § 1 AÜG Rn. 19 ff.; monographisch *Hamann*, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, 1995, S. 129 ff.

c) Gewerberechtliche Erlaubnispflicht und Durchsetzungsmechanismen

Die Brisanz der soeben skizzierten Abgrenzung zeigt sich bei den Rechtsfolgen.²⁶ Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass eine im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit betriebene Arbeitnehmerüberlassung nur dann zulässig ist, wenn der Verleiher über eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis der Arbeitsverwaltung (Bundesagentur für Arbeit) verfügt (§§ 1 Abs. 1 S. 1, 17 AÜG). In rechtstechnischer Hinsicht handelt es sich hierbei um ein so genanntes präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.²⁷ Leiharbeit unterliegt in Deutschland aufgrund der mit ihr verbundenen Gefahren somit besonderer staatlicher Kontrolle. Der Zweck der Erlaubnispflicht liegt in erster Linie im Schutz der Leiharbeitnehmer vor unzuverlässigen Verleihern.²⁸ In diesem Sinne hat der Gesetzgeber anlässlich der Einführung der Erlaubnispflicht durch das AÜG im Jahr 1972 erklärt, dass die betroffenen Arbeitnehmer entsprechend den Anforderungen des sozialen Rechtsstaats vor Ausbeutung bewahrt werden sollen.²⁹ Darüber hinaus dient die Erlaubnispflicht aber auch dem Schutz von Entleiher, indem unseriöse Verleiher vom Arbeitnehmerüberlassungsmarkt ferngehalten werden.³⁰

Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung³¹ ist nach § 3 AÜG zu versagen, wenn einer der in dieser Norm abschließend genannten Versagungsgründe vorliegt. Hierzu zählen das Fehlen der erforderlichen Zuverlässigkeit, das durch Verstöße gegen sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtliche Vorschriften sowie Verletzungen des technischen Arbeitsschutzrechts und anderer wichtiger Arbeitnehmerrechte zum Ausdruck kommt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG), das Fehlen einer für die ordnungsgemäße Erfüllung der üblichen Arbeitgeberpflichten erforderlichen Betriebsorganisation (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG)³² sowie Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG)³³. Liegt kein Versagungsgrund vor, hat der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf die Erlaubnis bzw. ihre Verlängerung.³⁴

Wird Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben, muss die Bundesagentur für Arbeit dies verbieten und das Verbot notfalls zwangsweise durchsetzen (§ 6 AÜG). Außerdem handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit, die sowohl auf der Verleiherseite als auch auf der Entleiherseite mit einer Geldbuße bis zu 30 000 Euro geahndet werden kann

26 Auflistung der wichtigsten rechtlichen Folgen, die durch Arbeitnehmerüberlassung im Gegensatz zu sonstigen Formen eines Fremdfirmeneinsatzes ausgelöst werden, bei *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, § 1 Rn. 97 ff.; *Waas*, in: Thüsing, AÜG, 3. Aufl., 2012, § 1 Rn. 60 ff.

27 *Schüren*, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, § 3 Rn. 24.

28 BSG 06.02.1992 – 7 RA r 140/90, EzAÜG § 3 AÜG Versagungsgründe Nr. 15 = NZA 1992, 1006.

29 Vgl. BT-Drucks. VI/2303 vom 15.06.1971, S. 9 f.

30 *Pelzner/Kock*, in: Thüsing, AÜG, 3. Aufl., 2012, § 3 Rn. 1.

31 Die Erlaubnis ist anfänglich auf ein Jahr befristet (§ 2 Abs. 4 AÜG), kann nach einer gewissen Zeit aber unbefristet erteilt werden (§ 2 Abs. 5 AÜG).

32 Hierzu zählt u. a. eine Bonität von 2000 Euro für jeden beschäftigten Leiharbeitnehmer, mindestens aber 10 000 Euro.

33 Zum arbeitnehmerüberlassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz näher noch unten sub III 1 a.

34 *Lembke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 3 Rn. 8; *Schüren*, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, AÜG, § 3 Rn. 33; *J. Ulber*, AÜG, 4. Aufl., 2011, § 3 Rn. 8.

(§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und 1a, Abs. 2 AÜG). Dass Bußgelder nicht nur eine theoretische Größe sind, zeigt sich daran, dass es beispielsweise im Jahr 2003 in Deutschland wegen Verstößen gegen die Erlaubnispflicht auf Verleiherseite zu 2542 Bußgeldverfahren kam, in denen insgesamt ca. 3,6 Mio. Euro Geldbußen o. ä. festgesetzt wurden, während auf Entleiherseite 2217 Bußgeldverfahren durchgeführt wurden, in denen insgesamt ca. 3,3 Mio. Euro Geldbußen o. ä. verhängt wurden.³⁵ Zehn Jahre später (2013) ist die Zahl der Verfahren deutlich rückläufig (Verleiherseite: 410; Entleiherseite: 677), nicht aber die Höhe der Geldbußen o. ä. (Verleiherseite: 2,3 Mio. Euro; Entleiherseite: 3,5 Mio. Euro).³⁶

Ein Scheinwerkvertrag, bei dem es sich in Wirklichkeit um Leiharbeit handelt, hat für den Fall, dass dem folglich als Verleiher einzustufenden Auftragnehmer die erforderliche Erlaubnis fehlt, für den als Entleiher zu qualifizierenden Auftraggeber aber auch erhebliche arbeitsrechtliche Konsequenzen, die vielfach noch gravierender als das Risiko einer ordnungswidrigkeitsrechtlichen Ahndung sein dürften. So ist in einer solchen Konstellation zunächst der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Stattdessen wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert.³⁷ Dabei gilt das Arbeitsverhältnis als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers beim Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG vorliegt (§ 10 Abs. 1 S. 2 AÜG). Weiter gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart (§ 10 Abs. 1 S. 3 AÜG). Im Übrigen bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (§ 10 Abs. 1 S. 4 AÜG), wobei der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt hat (§ 10 Abs. 1 S. 5 AÜG). Alles das schafft einen erheblichen Anreiz für Entleiher, nur mit seriösen Verleihern zusammenzuarbeiten.

Dass es trotz dieser seit Jahrzehnten geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie der gefestigten Judikatur zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag immer wieder zu Streitigkeiten kommt, zeigen einige spektakuläre Fälle aus jüngerer Zeit. So hat das LAG Stuttgart Mitte 2013 entschieden, dass zwei Fachkräfte, die von einem Dienstleister für Informationstechnologie angestellt und beim Automobilhersteller Daimler

35 Vgl. BT-Drucks. 15/5934 vom 20.07.2005, S. 46 f., 76 (Tabelle 15).

36 Laut Auskunft der Bundesfinanzdirektion West.

37 Ob dem Leiharbeitnehmer hiergegen ein Widerspruchsrecht mit der Folge eines Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher zusteht, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt, um der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs.1 GG) willen aber zu bejahen; dazu ausführlich *Lembke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 10 Rn. 33 ff. m. w. N. Zur freien Wahl des Arbeitsvertragspartners als Gewährleistungsgehalt von Art. 12 Abs. 1 GG BVerfG 25.01.2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157 = NZA 2011, 400 (Rn. 69).

eingesetzt wurden, als Leiharbeiter einzustufen sind und mangels einer Überlassungserlaubnis des Dienstleisters deshalb kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis mit Daimler als zustande gekommen gilt.³⁸ Weiter wurde bekannt, dass bei der den GRÜNEN nahe stehenden Heinrich-Böll-Stiftung ebenfalls unter dem Deckmantel eines Werkvertrags in Wirklichkeit Arbeitnehmerüberlassung betrieben wurde.³⁹ Statistisch betrachtet spielen auf diesem Wege fingierte Arbeitsverhältnisse in der Praxis allerdings nur eine untergeordnete Rolle.⁴⁰ Dies beruht nicht zuletzt darauf, dass viele Unternehmen, die ihre Arbeitnehmer auf der Basis von Werkverträgen in fremde Betriebe entsenden, zusätzlich über eine vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen, um für den Fall einer abweichenden gerichtlichen Qualifizierung auf die Schiene der Zeitarbeit umschwenken zu können, was nach geltendem Recht möglich ist.⁴¹

2. Legislative Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland

Wie eingangs bereits erwähnt, lässt sich die Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland nur vor dem Hintergrund der rechtlichen Rahmenbedingungen begreifen, die sich im Laufe der Jahre immer wieder verändert haben. Vereinfacht gesagt lassen sich drei legislative Entwicklungsschritte unterscheiden, nämlich erstens die Phase vom ursprünglichen Verbot hin zu einer schrittweisen Deregulierung, zweitens der Höhepunkt der Liberalisierung durch die so genannte Hartz-Reform und drittens die Re-Regulierung durch das Erste AÜG-Änderungsgesetz, der nach dem Willen der gegenwärtigen Regierungskoalition weitere Regulierungen folgen sollen.⁴²

a) Ursprüngliches Verbot und schrittweise Deregulierung

Ausgangspunkt der Nachkriegsentwicklung ist die ursprüngliche Einstufung der Arbeitnehmerüberlassung als eine Form der Arbeitsvermittlung. Da die Arbeitsvermittlung beim Staat in Form der früheren Bundesanstalt für Arbeit (heute: Bundesagentur für Arbeit) monopolisiert wurde, war der gewerbsmäßige (unechte) Verleih von Arbeitnehmern⁴³ anfänglich generell verboten.⁴⁴ Eine erste wichtige Zäsur markieren zwei Entscheidungen des BVerfG aus

38 LAG Baden-Württemberg 01.08.2013 – 2 Sa 6/13, LAGE § 10 AÜG Nr. 11 = NZA 2013, 1017.

39 Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 208 vom 07.09.2013, S. 11.

40 Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 7.

41 ArbG Stuttgart 08.04.2014 – 16 BV 121/13, BB 2014, 1980, 1981 ff. Die gegenwärtige Regierungskoalition plant, die Verleihererlaubnis nur bei offen ausgewiesener Arbeitnehmerüberlassung greifen zu lassen; vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 49, abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015). Für die Wirkungslosigkeit einer bloß vorsorglichen Verleihererlaubnis bereits nach geltendem Recht Brose, DB 2014, 1739, 1741 ff.; ebenso jetzt LAG Baden-Württemberg 03.12.2014 – 4 Sa 41/14, BB 2014, 3124.

42 Überblick auch bei Lembke/Ludwig, NJW 2014, 1329, 1330 ff.; Lembke/Rothmann, ZESAR 2014, 372, 373 ff.

43 In Abgrenzung zum gelegentlichen oder unentgeltlichen (echten) Verleih.

44 §§ 35, 37 Abs. 3 AVAVG (= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung) in der Fassung von 1957.

dem Jahr 1967.⁴⁵ In diesen Urteilen nahm das BVerfG eine Trennung von Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung vor. Während das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Vermittlungsmonopols bejahte, erklärte es das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung für verfassungswidrig. Zu diesem Ergebnis gelangte das BVerfG im Wesentlichen in zwei Schritten: Erstens sah es die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung als einen eigenständigen Beruf im Sinne der grundgesetzlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit an. Zweitens hielt es ein vollständiges Verbot der Arbeitnehmerüberlassung als objektive Zulassungsvoraussetzung für unverhältnismäßig, weil der Schutz der Leiharbeiter auch durch mildere Mittel erreicht werden könne.

Als Folge der Aufhebung des generellen Verbots der Arbeitnehmerüberlassung kam es zu einem ersten Aufschwung der Leiharbeit in Deutschland, der aber sogleich zu erheblichen Missständen durch unseriöse Verleiher führte. Die damalige sozial-liberale Koalition schuf daraufhin das AÜG, das 1972 in Kraft trat und erstmals eine umfassende Regulierung der Leiharbeit herbeiführte.⁴⁶ Das Gesetz sollte zum einen die legale Arbeitnehmerüberlassung sozialverträglich ausgestalten und zum anderen der Bekämpfung der illegalen Leiharbeit dienen.⁴⁷ Damit setzte sich bei der Zeitarbeit das Missbrauchsabwehrkonzept endgültig gegenüber dem Verbotskonzept durch.⁴⁸ Bei alledem spielte die Arbeitnehmerüberlassung gesamtwirtschaftlich seinerzeit nur eine marginale Rolle. So wurden etwa am 30.06.1975 offiziell gerade einmal 11 805 Leiharbeiter gezählt.⁴⁹ In der Folgezeit wurde das AÜG durch zahlreiche Veränderungen fortentwickelt.⁵⁰ Am deutlichsten kommt die durchgängige Tendenz zur Deregulierung in der Heraufsetzung der Überlassungshöchstdauer zum Ausdruck. So war die Höchstdauer der Überlassung an denselben Entleiher in der ursprünglichen Fassung des AÜG von 1972 auf drei Monate begrenzt, um eine Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeiter zu verhindern.⁵¹ 1985 wurde die Überlassungshöchstdauer von drei auf sechs Monate verlängert.⁵² Auch wenn diese Veränderung im Nachhinein als vergleichsweise moderat erscheint, indiziert sie doch einen Politikwechsel, zu dem es in den 1980er Jahren gekommen ist. Danach wird die Arbeitnehmerüberlassung nicht länger nur aus der Perspektive der einzelnen Anbieter und Nachfrager betrachtet, sondern vor dem Hintergrund der anwachsenden Arbeitslosigkeit erstmalig als ein Instrument zur gesamt-

45 BVerfG 04.04.1967 – 1 BvR 126/65 und 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 245 und BVerfGE 21, 261.

46 BGBl. I 1972, S. 1393.

47 Vgl. BT-Drucks. VI/2303 vom 15.06.1971, S. 9 f.

48 Ein sektorales Verbot der Leiharbeit besteht (seit 1982) aufgrund der zahlreichen illegalen Praktiken grundsätzlich nur im Baugewerbe für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden; heute geregelt in § 1b S. 1 AÜG. Die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz bejahend BVerfG 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u. a., BVerfGE 77, 84.

49 BT-Drucks. 7/5631 vom 21.07.1976, S. 4.

50 Umfassende Darstellung bei Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 58 ff.

51 BT-Drucks. VI/2303 vom 15.06.1971, S. 9, 12.

52 BGBl. I 1985, S. 710; dazu BT-Drucks. 10/2102 vom 11.10.1984, S. 19 f. Die Regelung war zwar zunächst befristet, wurde dann aber ihrerseits verlängert.

gesellschaftlich wünschenswerten Schaffung neuer Arbeitsplätze begriffen.⁵³ Dies fügt sich in die in jener Zeit aufkommende allgemeine sozialpolitische Strömung ein, durch Deregulierung mehr Beschäftigung zu generieren.⁵⁴ Dagegen stellt es nur einen Nebeneffekt dar, wenn als Folge der Verlängerung der zulässigen Überlassungsdauer ein Rückgang der Zahl der Scheinwerkverträge konstatiert wurde.⁵⁵ 1994 wurde die Höchstüberlassungsdauer auf neun Monate⁵⁶ und 1997 auf zwölf Monate⁵⁷ angehoben. Die nächste Reform erfolgte zum 01.01.2002 unter einer rot-grünen Koalition, indem die Höchstüberlassungsdauer auf 24 Monate verlängert wurde.⁵⁸ Im Gegenzug fand – augenscheinlich inspiriert durch den gleichzeitigen Vorstoß der Europäischen Kommission für eine Regulierung der Zeitarbeit auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene⁵⁹ – der Grundsatz der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern des Entleihers und Leiharbeitnehmern (equal pay/equal treatment) Eingang in das deutsche Recht, der aber erst bei einer Überlassung von mehr als zwölf Monaten greifen sollte.

b) Grundlegende Liberalisierung durch die Hartz-Reform (2003)

Zum Höhepunkt der Liberalisierung der Arbeitnehmerüberlassung kam es schon kurze Zeit später im Zuge der so genannten Hartz-Reform,⁶⁰ mit denen die Arbeitsverwaltung in Deutschland grundlegend neuorganisiert und die arbeitsmarktpolitischen Instrumente neu justiert wurden. Das »Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« (»Hartz I«) das – abgesehen von Übergangsregelungen für Altfälle – am 01.01.2003 in Kraft trat,⁶¹ betraf u. a. die Deregulierung der Leiharbeit, um das in diesem Bereich vermutete Beschäftigungspotential zu heben und eine Brücke aus der Arbeitslosigkeit zu bauen.⁶² Zu den Kernelementen der Reform gehörte die vollständige Aufhebung der Höchstüberlassungsdauer, die erst ein Jahr zuvor von zwölf auf 24 Monate heraufgesetzt worden war. Daneben wurden weitere besondere

53 Vgl. BT-Drucks. 10/2102 vom 11.10.1984, S. 1, 14, 19 f.

54 Prominenter Ausdruck dieser Politik waren die verschiedenen durch das BeschFG 1985 herbeigeführten Änderungen, allen voran die erleichterte Zulassung befristeter Arbeitsverträge; vgl. BT-Drucks. 10/2102 vom 11.10.1984, S. 1, 14 ff. Siehe auch Kronberger Kreis (Hrsg.), *Mehr Markt im Arbeitsrecht*, 1986, abrufbar unter http://www.stiftung-marktwirtschaft.de/uploads/tx_tproducts/datasheet/KK_10_Arbeitsrecht_1986.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015). Zwischenergebnisse der Debatte bei *Blanke*, FS Gnade, 1992, S. 25 ff.; *Hanau*, *Deregulierung des Arbeitsrechts – Ansatzpunkte und verfassungsrechtliche Grenzen*, 1997, passim.

55 BT-Drucks. 11/2636 vom 07.07.1988, S. 15.

56 BGBl. I 1993, S. 2353; dazu BT-Drucks. 12/5502 vom 04.09.1993, S. 42.

57 BGBl. I 1997, S. 594; dazu BT-Drucks. 13/4941 vom 18.06.1996, S. 247 f.

58 BGBl. I 2001, S. 3423; dazu BT-Drucks. 14/6944 vom 24.09.2001, S. 53.

59 Vgl. KOM (2002) 149 endg. vom 20.03.2002.

60 Benannt nach dem früheren Personalvorstand der Volkswagen AG *Peter Hartz* als Vorsitzender der von der Bundesregierung im Jahr 2002 eingesetzten Kommission »Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt«. Die Umsetzung der meisten Kommissionsvorschläge erfolgte in den Jahren 2003 und 2004 durch insgesamt vier Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (»Hartz I bis IV«).

61 BGBl. I 2002, S. 4607.

62 Vgl. BT-Drucks. 15/25 vom 05.11.2002, S. 23 ff., 38 f.

Schutzvorschriften zugunsten von Leiharbeitnehmern beseitigt, die sich auf den Bestand des Leiharbeitsverhältnisses bezogen.⁶³

Gleichsam als Ausgleich für diese Liberalisierung wurde der ein Jahr zuvor erstmals in das AÜG eingeführte Gleichbehandlungsgrundsatz dahin geändert, dass er prinzipiell vom ersten Tag der Überlassung an eingreifen soll. Damit sollte an sich von Anfang an der Grundsatz »gleicher Lohn für gleiche Arbeit« gelten. Zurückführen lässt sich dies auf die Überlegung, dass die Entgelthöhe kein Wettbewerbsfaktor sein und insbesondere kein Anreiz zur Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer gegeben werden soll.⁶⁴ Allerdings war zugleich eine Ausnahme für nach unten abweichende Tarifverträge sowie für einzelvertragliche Bezugnahmen auf solche Tarifverträge in ihrem Geltungsbereich vorgesehen. Diese Tarifdispositivität sollte sich in der Folgezeit freilich zu einer Art Trojanischem Pferd für den Gleichbehandlungsgrundsatz entwickeln.⁶⁵

Mit dieser Reform wurde klargestellt, dass Leiharbeit – so das BAG in einer Entscheidung von 2003 – ein vom Gesetzgeber jedenfalls seit dem 01.01.2003 grundsätzlich akzeptiertes Mittel der betrieblichen Personalpolitik ist.⁶⁶

c) Europarechtliche Impulse und Re-Regulierung (2008/2011)

Nach einem mehr als 25-jährigen Vorlauf und dem zwischenzeitlichen Scheitern des Versuches einer Sozialpartnervereinbarung ist im Jahr 2008 die allgemeine Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit zustande gekommen.⁶⁷ Ähnlich wie die deutschen Regelungen beruht die Leiharbeitsrichtlinie auf einem Policy Mix, bei dem sich die Unterstützung des Flexibilitätsbedarfs von Unternehmen mit der Erwartung auf die Schaffung neuer Arbeitsplätze und der erleichterten Eingliederung ehemals Arbeitsloser in den Arbeitsmarkt bei gleichzeitiger Gewährleistung eines Mindestschutzes für Leiharbeitnehmer verbindet.⁶⁸ Gerade die Leiharbeitsrichtlinie verkörpert somit den Flexicurity-Ansatz,⁶⁹ der als Kombination von Flexibilität und Sicherheit seit dem

63 Im Einzelnen handelte es sich um ein besonderes Befristungsverbot, ein Wiedereinstellungsverbot sowie ein Synchronisationsverbot. Das Befristungsverbot betraf den wiederholten Abschluss von befristeten Leiharbeitsverträgen, wenn kein sachlicher Grund in der Person des Leiharbeitnehmers vorlag oder der befristete Arbeitsvertrag unmittelbar anschloss. Die Wiedereinstellungssperre sollte verhindern, dass der Verleiher zwar einen unbefristeten Vertrag abschließt, dann aber wieder kündigt und den Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellt. Das Synchronisationsverbot untersagte Regelungen im Leiharbeitsvertrag, aufgrund derer die Dauer dieses Vertrags an die Dauer des Überlassungsvertrags zwischen Verleiher und Entleiher gekoppelt war.

64 Vgl. *Raab*, ZfA 2003, 389, 402; *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23; *J. Ulber*, AuR 2003, 7, 11.

65 Dazu unten sub III 1 b.

66 Vgl. BAG 09.12.2003 – 9 AZR 16/03, AP TzBfG § 8 Nr. 8 = NZA 2004, 921.

67 Zu der bis zum Ende der 1970er Jahre zurückreichenden Vorgeschichte eingehend *Hamann*, EuZA 2009, 287, 288 ff.

68 Vgl. den Erwägungsgrund 11 der RL 2008/104/EG.

69 Dazu die Mitteilung der Kommission »Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit«, KOM (2007) 359 endg. vom 27.06.2007. Siehe auch *Keller/Seifert*, Flexicurity: Ein europäisches Konzept und seine nationale Umsetzung (2008), abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/05317.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); *Kronauer/Linne*, Flexicurity. Die Suche nach Sicherheit in der Flexibilität, 2005.

Anfang der 2000er Jahre⁷⁰ im Verständnis der europäischen Institutionen zu den Kernbestandteilen des »Europäischen Sozialmodells« gehört und in den Erwägungsgründen ausdrücklich in Bezug genommen wird⁷¹.

Zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in nationales Recht hat der deutsche Gesetzgeber das so genannte Erste Arbeitnehmerüberlassungsänderungsgesetz erlassen, das in zwei Schritten im Jahr 2011 in Kraft getreten ist,⁷² wobei ein zentrales Element der Leiharbeitsrichtlinie, nämlich der Gleichbehandlungsgrundsatz wie erwähnt bereits mit der Hartz-Reform in das AÜG integriert worden war. Darüber hinaus hat der Umsetzungsgesetzgeber die Gelegenheit genutzt, zusätzliche Regulierungen, die über die Leiharbeitsrichtlinie hinausgehen, zu etablieren, um zwischenzeitlich bekanntgewordenen Missbräuchen der Arbeitnehmerüberlassung entgegenzuwirken. Die starke Betonung des Missbrauchsabwehrgedankens verdeutlicht, dass es dem Gesetzgeber mit seiner Politik der Re-Regulierung zu wesentlichen Teilen darum geht, das notorisch schlechte Image der Leiharbeit zu verbessern, um sie als arbeitsmarktpolitisches Instrument effektiv nutzen zu können.⁷³ Vier Aspekte der Novellierung des AÜG seien stichwortartig hervorgehoben: Unmittelbar durch die Richtlinie 2008/104/EG veranlasst sind erstens die Ausdehnung der Erlaubnispflicht auf alle wirtschaftlichen Tätigkeiten (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F.), während im AÜG zuvor der engere Begriff der Gewerbsmäßigkeit verwendet wurde (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG a. F.) sowie zweitens die Einfügung in den Gesetzeswortlaut, dass die Arbeitnehmerüberlassung »vorübergehend« erfolgt (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F.). Jenseits der unionsrechtlichen Vorgaben steht drittens die Schaffung eines Mechanismus zur Einführung einer allgemeinen Lohnuntergrenze für Zeitarbeit (§ 3a AÜG) sowie viertens die Einfügung einer so genannten »Drehtürklausel« (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 4 AÜG, 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG) zur Verhinderung der Umwandlung von teuren Stammarbeitnehmern in billigere Leiharbeitnehmer.

3. Ökonomische Aspekte

Um das Phänomen Leiharbeit zu erklären und angemessen bewerten zu können, muss der Blick neben dem institutionellen Rahmen auch auf ökonomische Aspekte gelenkt werden.

a) Betriebswirtschaftliche Bestimmungsgründe

Der Aufschwung der Arbeitnehmerüberlassung beruht in erster Linie auf dem Nachfragerverhalten der Entleiherunternehmen.⁷⁴ Als Hauptmotiv für die

70 Als Initialzündung lässt sich die auf dem Gipfel in Nizza im Jahr 2000 angenommene Europäische Sozialagenda ansehen; vgl. ABIEG 2001 Nr. C 157/4 vom 30.05.2001.

71 Siehe den Erwägungsgrund 9 der RL 2008/104/EG.

72 BGBl. I 2011, S. 642.

73 Vgl. BT-Drucks. 17/4804 vom 17.02.2011, S. 7.

74 Zum Folgenden ausführlich *Bellmann/Crimmann/Kohaut*, in: Bouncken/Bornewasser/Bellmann (Hrsg.), *Beiträge zur Flexibilisierung*, Bd. 3: Die neue Rolle der Zeitarbeit in Deutschland, 2012, S. 27, 29 ff.; *Bornewasser/Haseloh*, in: Bouncken/Bornewasser (Hrsg.), *Beiträge zur Flexibilisierung*, Bd. 2: Rahmenbedin-

Nutzung von Zeitarbeit lässt sich eindeutig der personalwirtschaftliche Flexibilitätsgewinn ausmachen. So können Leiharbeitnehmer zunächst regelmäßig ad hoc und ohne einen größeren Rekrutierungs- und Qualifizierungsaufwand von der Verleiherseite abgerufen werden. Noch wichtiger ist es, dass eine Trennung mangels einer arbeitsvertraglichen Bindung im Allgemeinen ebenfalls problemlos möglich ist. Dies gilt zunächst für die klassischen Fälle des Einsatzes von Leiharbeiternehmern als Krankheits- und Urlaubsvertretungen oder für das Abfangen kurzfristiger Leistungsspitzen. In zunehmendem Maße wird der Flexibilitätspuffer aber auch personalstrategisch genutzt, um den allgemeinen Marktschwankungen proaktiv begegnen zu können.⁷⁵ Die *Entkopplung* von tatsächlichem Arbeitsverhältnis und arbeitsvertraglicher Bindung als charakteristisches Merkmal der Leiharbeit ermöglicht eine *Koppelung* des Personalbestandes an die Marktverhältnisse. Damit dient die Verleiherbranche als externe Personalreserve, was wiederum bedeutet, dass die Unternehmen auf eine eigene Personalreserve verzichten können. Als Begleiteffekt kommt die Möglichkeit hinzu, Arbeitnehmer zunächst unverbindlich testen zu können, bevor über eine mögliche Festanstellung entschieden wird.

Als weiteres Motiv sind Kostengründe zu nennen, die sich allerdings nur schwer von den soeben skizzierten Aspekten trennen lassen, weil sich die Flexibilitätsvorteile ohne weiteres in geringere Ex ante- und Ex post-Transaktionskosten übersetzen lassen. Soweit es um die unmittelbaren Arbeitskosten geht, gehen neuere Studien von einem »pay gap« von 20 Prozent aus,⁷⁶ wobei man aus der Entleihersicht allerdings nicht nur das an die Leiharbeitnehmer gezahlte Entgelt im engeren Sinne, sondern die Stundensätze in Rechnung stellen muss, die an den Verleiher zu entrichten sind. Mindestens ebenso wichtig dürften daher vielfach die Kostenersparnisse sein, zu denen es dadurch kommt, dass dem Entleiher keine Kosten durch Urlaub oder Krankheit der Zeitarbeitnehmer entstehen oder bestimmte Zusatzleistungen, die Stammarbeitnehmern zugute kommen (z. B. Sonderzahlungen, betriebliche Altersversorgung), bei überlassenen Arbeitnehmern nicht anfallen. Darüber hinaus entstehen im Hinblick auf die Leiharbeitnehmer regelmäßig keine Trennungskosten in Gestalt von Kündigungskosten (etwa durch einen arbeitsgerichtlichen Prozess mit ungewissem Ausgang) bzw. im Rahmen eines größeren Personalabbaus etwa durch einen Sozialplan.

gungen und Perspektiven, 2012, S. 149, 154 ff.; siehe auch *Holst/Nachtwey/Dörre*, Funktionswandel von Leiharbeit, abrufbar unter: http://www.igmetall-nrw.de/uploads/media/2009_10_12_OBS_Arbeitsheft_61_Leiharbeit.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); ferner bündig *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23.

75 Dazu *Holst*, WSI Mitteilungen 2009, 143 ff.; *ders.*, in: A. Krause/Köhler (Hrsg.), Arbeit als Ware. Zur Theorie flexibler Arbeitsmärkte, 2012, S. 141 ff.; *Seifert/Brehmer*, WSI Mitteilungen 2008, 335 ff.; siehe auch *Promberger*, Topographie der Leiharbeit, 2012, S. 123 ff., der eine umfassende Typologie der Einsatzmuster von Leiharbeit entwickelt.

76 Siehe *Jahn*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 230 (2010), S. 208, 215 ff.; siehe aber auch *Garz*, International Labour Review 152 (2013), 307, 324, der für die Jahre 2001 bis 2009 nur einen durchschnittlichen »pay gap« von 6 Prozent (mit seinerzeit allerdings steigender Tendenz) ermittelt. Zur Verringerung des Entgeltabstandes in den Fällen der Bildung von »Humankapital« *Jahn/Pozzoli*, Labour Economics 24 (2013), 48, 51.

Einen betriebswirtschaftlichen Sinn macht eine solche Strategie allerdings nur dann, wenn die Arbeitsprozesse so organisiert werden können, dass sowohl die Quantität als auch die Qualität der Ergebnisse von Leiharbeitnehmern denen vergleichbarer Stammkräfte entsprechen, weil nur dann eine berechenbare Auftragskalkulation und Produktionsplanung möglich ist. Genau dies kann im Bereich der industriellen Fertigung durch die Standardisierung von Arbeitsabläufen, die ohne größere Einarbeitungszeit und Qualitätseinbußen auch durch überlassene Arbeitnehmer ausgeführt werden können, bewerkstelligt werden.⁷⁷ Standardisierte Tätigkeiten, die keine unternehmensspezifischen Investitionen erfordern und deshalb außerhalb von Normalarbeitsverhältnissen erbracht werden können, greifen aber auch im tertiären Bereich um sich.⁷⁸ Zudem erleichtern moderne EDV-gestützte Systeme die Übermittlung der für bestimmte Tätigkeiten erforderlichen Informationen sowie eine effektive Ergebniskontrolle, so dass sich der Einsatz von Zeitarbeitnehmern für Entleiher trotz der regelmäßig größeren Personalfuktuation als vorteilhaft darstellt.⁷⁹ Die Kehrseite einer solchen Personalstrategie in Gestalt einer unter Umständen geringeren Loyalität der Leiharbeitnehmer wird dabei offenbar in Kauf genommen. Je nachdem, um welche Branchen und welche Tätigkeiten es geht, verträgt sich eine zumindest partielle Low-Trust-Betriebskultur anscheinend durchaus mit einem wirtschaftlichem Erfolg des Unternehmens.⁸⁰

b) Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht sind vor allem die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt bedeutsam. Insoweit sticht zunächst der absolute Zuwachs ins Auge, zu dem es in den letzten Jahrzehnten im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung gekommen ist.⁸¹ Lag die Zahl der Leiharbeitnehmer Mitte 1983 noch bei 26 000, war sie bis 1993 auf 121 000 angewachsen. Der eigentliche Boom trat aber erst nach der Hartz-Reform des Jahres 2003 ein, in deren Folge die Zahl der Leiharbeitnehmer von 385 000 im Jahresdurchschnitt 2004 auf 760 000 Leiharbeitnehmer im Jahresdurchschnitt 2008 anstieg.⁸²

77 Siehe *Lehmann/Haseloh*, in: Bouncken/Bornwasser/Bellmann (Hrsg.), Beiträge zur Flexibilisierung, Bd. 3: Die neue Rolle der Zeitarbeit in Deutschland, 2012, S. 75, 84 ff. (im konkreten Fall Einarbeitungszeit von zwei Tagen bis einer Woche).

78 Zum sozioökonomischen Strukturwandel und der hierdurch veränderten Nachfrage nach »Humankapital« aufschlussreich *Sesselmeier*, in: Keller/Seifert (Hrsg.), Atypische Beschäftigung – Flexibilisierung und soziale Risiken, 2. Aufl., 2009, S. 67, 73 ff.

79 *Neubäumer/Treiter*, Industrielle Beziehungen 2008, 256, 273.

80 Vgl. *Kotthoff*, in: Beckert/Deutschmann (Hrsg.), Wirtschaftssoziologie, KZfSS 2009, Sonderheft 49, S. 428, 438 ff.

81 Folgende Angaben (soweit nicht anders vermerkt) nach: Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung, Februar 2014, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, S. 6, abrufbar unter: <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Arbeitsmarkt-Allgemein/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung-1HJ2013.pdf> (zuletzt aufgerufen 26.01.2015); siehe auch den Zwölften Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drucks. 18/673 vom 28.02.2014, S. 27 ff.

82 BT-Drucks. 17/464 vom 18.01.2010, S. 21.

Im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 ging die Anzahl der Zeitarbeiter allein von September bis Dezember 2008 dann um rund 150 000 Arbeitnehmer zurück.⁸³ Insgesamt nahm die Zahl von Juli 2008 mit 823 000 bis April 2009 mit 580 000 sogar um ungefähr 250 000 Leiharbeiter und damit um fast 30 Prozent ab.⁸⁴ Diesem massiven Einbruch folgte ein ebenso rapider Anstieg, der im August 2011 zu einem vorläufigen Höchstwert von 927 000 Zeitarbeitnehmern führte, so dass der Zuwachs in gerade einmal 20 Monaten fast 60 Prozent betrug. Kein anderer Zeitabschnitt hat bislang so sehr verdeutlicht, wie stark das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung zur »Verflüssigung« des Arbeitsmarkts beiträgt. Nach einem leichten Rückgang bewegt sich die Zahl der Leiharbeiter seither im Wesentlichen zwischen 800 000 und 900 000. Für September 2014 wird eine Zahl von 881 000 Zeitarbeitnehmern vermeldet.⁸⁵ Der Anteil der in diesem Sektor tätigen Arbeitnehmer belief sich im Oktober 2013 auf ca. 2,6 Prozent aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten. Damit stellt Leiharbeit ein durchaus wahrnehmbares Segment auf dem Arbeitsmarkt dar. Allerdings hat sich das rapide Wachstum der letzten rund zehn Jahre nicht weiter fortgesetzt. Vielmehr scheint inzwischen eine gewisse Sättigungsgrenze erreicht zu sein, wobei allerdings schwierig zu beurteilen ist, ob Ausweichinstrumente wie die eingangs erwähnten und neuerdings stark diskutierten Werkverträge daran einen Anteil haben.⁸⁶

Betrachtet man die Arbeitnehmerüberlassung unter einem arbeitsmarktökonomischen Blickwinkel, lassen sich die Mobilisierungsfunktion, die Wiedereingliederungsfunktion und die Vermittlungsfunktion unterscheiden. Bei der Mobilisierungsfunktion geht es darum, solche Arbeitnehmer für eine Teilnahme am Arbeitsmarkt zu gewinnen, die sich aus welchen Gründen auch immer nur für Leiharbeit interessieren. Obwohl schon das BVerfG in seiner Entscheidung vom 1967 auf diesen Aspekt abgestellt hat,⁸⁷ fehlt es bislang an eindeutigen Belegen, dass es sich insoweit überhaupt um eine signifikante Größe handelt. Anders verhält es sich dagegen mit der Wiedereingliederungsfunktion, auch Brückeneffekt genannt⁸⁸. So stellen die Zeitarbeitsunternehmen überwiegend Arbeitskräfte ein, die vor Beginn des Leiharbeitsverhältnisses nicht unmittelbar oder überhaupt nicht beschäftigt waren. Der Anteil hat sich in den letzten Jahren (2008 bis 2012) bei etwas mehr als 60 Prozent eingependelt.⁸⁹ Insoweit bietet die Zeitarbeit damit durchaus eine Brücke für den erstmaligen Einstieg oder die Rückkehr in den Arbeitsmarkt. Die Ver-

83 BT-Drucks. 17/464 vom 18.01.2010, S. 21.

84 Vgl. IW Consult GmbH, Zeitarbeit in Deutschland – Treiber für Flexibilität und Wachstum, 2011, S. 10 f., abrufbar unter: http://www.iwconsult.de/imperia/md/images/iwconsult/pdf/download/studien/studie-zeitarbeit_20110615.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

85 So der IW-Zeitarbeitsindex, BAP-Umfrage Oktober 2014 (Welle 68), abrufbar unter: http://www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/03_Branche/Zahlen/IW-Zeitarbeitsindex/BAP-Bericht_Welle_69.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

86 Hohendanner/Walwei, WSI Mitteilungen 2013, 239, 243 Fn. 4.

87 BVerfG 04.04.1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261, 269.

88 So Hohendanner/Walwei, WSI Mitteilungen 2013, 239, 240.

89 BT-Drucks. 18/673 vom 28.02.2014, S. 31.

mittlungsfunktion schließlich betrifft den so genannten Klebeeffekt, also die Frage, ob die Leiharbeitnehmer beim Entleiher »kleben« bleiben, so dass die Zeitarbeit ein Sprungbrett von atypischer zu typischer Beschäftigung darstellt, was zu den erklärten Zielen der Hartz-Reform gehörte.⁹⁰ In rechtlicher Hinsicht versucht der Gesetzgeber, etwaige Hindernisse dadurch aus dem Weg zu räumen, dass alle Vereinbarungen gemäß § 9 Nr. 3 Halbs. 1 AÜG unwirksam sind, die dem Entleiher untersagen, mit dem Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt, in dem dieser nicht mehr arbeitsvertraglich an den Verleiher gebunden ist, ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Ein vergleichbares Verbot betrifft entsprechende Vereinbarungen im Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (§ 9 Nr. 4 AÜG). Allerdings besteht die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenen Verleih oder durch einen vorangegangenen Verleih erfolgte Vermittlung zu vereinbaren, weil dies den sozialpolitisch erwünschten Wechsel eines Leiharbeitnehmers zum Entleiher nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht nennenswert erschwert (§ 9 Nr. 3 Halbs. 2 AÜG).⁹¹ In tatsächlicher Hinsicht hat sich allerdings eine gewisse Ernüchterung eingestellt. So kommt etwa das arbeitgebernahe Institut der deutschen Wirtschaft in einer Studie von 2011 auf eine Übernahmerquote von nur rund 14 Prozent, so dass sich für lediglich 1/7 aller Leiharbeitnehmer der Klebeeffekt bewahrheitet.⁹² Weiter gelangt eine neuere Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) zu dem Ergebnis, dass nur 7 Prozent derjenigen, die aus der Arbeitslosigkeit in die Leiharbeit wechseln, diese Beschäftigungsform dauerhaft hinter sich lassen.⁹³ Die Brücke ist daher doch eher ein »schmaler Steg«. Allerdings muss man in Rechnung stellen, dass für fast die Hälfte der übernommenen Arbeitnehmer der Sprung ohne eine vorherige Erprobung im Rahmen von Zeitarbeit von vornherein nicht gelungen wäre. Daher scheint die Höhe der Suchkosten für die jeweils zu besetzende Stelle ein erheblicher Faktor für die Nutzung von Leiharbeit zu sein.⁹⁴

Damit zusammenhängend geht es um die »Gretchenfrage«, ob sich Leiharbeit insgesamt positiv auf den Arbeitsmarkt im Sinne einer Steigerung der

90 Vgl. BT-Drucks. 15/25 vom 05.11.2002, S. 23.

91 Vgl. BT-Drucks. 15/1728 vom 15.10.2003, S. 146, und BT-Drucks. 15/1749 vom 16.10.2003, S. 29. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen die Kriterien für die Angemessenheit der Vermittlungsprovision konkretisiert. Danach darf die Höhe der Provision im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers sowie die Förderung des Wechsels in normale Arbeitsverhältnisse zwei Bruttomonatsgehälter nicht übersteigen und muss zudem entsprechend der Länge der vorherigen Überlassung degressiv gestaffelt sein; vgl. BGH 07.12.2006 – III ZR 82/06, NZA 2007, 571; BGH 11.03.2010 – III ZR 240/09, NZA 2010, 511; BGH 10.11.2011 – III ZR 77/11, NZA-RR 2012, 67. Gegen die Zulässigkeit jeglicher Vermittlungsprovision auf der Grundlage von § 9 Nr. 4 AÜG a. F. noch BGH 03.07.2003 – III ZR 348/02, BGHZ 155, 311 = NZA 2003, 1025.

92 Nach den Angaben von IW Consult GmbH, Zeitarbeit in Deutschland – Treiber für Flexibilität und Wachstum, 2011, S. 11, kam es von Juli 2008 bis April 2009 sogar zu einem Rückgang von 250 000 Leiharbeitnehmern, abrufbar unter: http://www.iwconsult.de/imperia/md/images/iwconsult/pdf/download/studien/studie-zeitarbeit_20110615.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

93 Lehmer/Ziegler, IAB-Kurzbericht 13/2010, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2010/kb1310.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); ferner Lehmer, Sozialer Fortschritt 2012, 190 ff.

94 Vgl. Hohendanner/Walwei, WSI Mitteilungen 2013, 239, 243.

Beschäftigtenquote auswirkt, wie ihre Befürworter annehmen, oder ob es zu einer Verdrängung von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer kommt, wie ihre Gegner meinen. Insoweit stößt man auf divergierende Studien.⁹⁵ Während teilweise keine positiven gesamtwirtschaftlichen Beschäftigungseffekte festgestellt werden, was eher für die Substitutionsthese spricht,⁹⁶ zeichnen andere Studien ein optimistischeres Bild und sprechen davon, dass es zwar einerseits Verdrängungseffekte gibt, dass mit dem Anstieg der Leiharbeit aber in der gleichen Größenordnung zusätzliche Beschäftigungsverhältnisse außerhalb des Zeitarbeitssektors geschaffen worden sind.⁹⁷

III. Zentrale Problemfelder

1. Regulierung des Entgelts für Leiharbeitnehmer

Die Entgeltregulierung ist und bleibt eines der zentralen Probleme der Leiharbeit. Insoweit kann die Entwicklung in den ersten rund zehn Jahren nach der Hartz-Reform als ein wohl einmaliges Lehrstück dafür angesehen werden, wie Marktkräfte wirken und welche Gegenreaktionen sie bei den sonstigen Akteuren des Arbeitslebens hervorrufen.

a) Gesetzliche Ausgangslage der Hartz-Reform

Wie bereits erwähnt, haben Leiharbeitnehmer für die gesamte Dauer der Überlassung an einen Entleiher gegen den Verleiher als ihren Vertragsarbeitgeber im Ausgangspunkt einen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung der für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 Halbs. 1, 10 Abs. 4 S. 1 AÜG). Im Prinzip soll damit vom ersten Tag der Überlassung an der Grundsatz »gleicher Lohn für gleiche Arbeit« gelten. Allerdings ist der Equal-Pay-Grundsatz von Anfang an nicht als zwingendes, sondern nur als dispositives Gesetzesrecht ausgestaltet worden. Insoweit geht es im Wesentlichen nur um die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, dass durch Tarifverträge vom Equal-Pay-Grundsatz zulasten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Halbs. 2, 10 Abs. 4 S. 2 AÜG).⁹⁸ Diese Ausnahme soll es den Tarifvertragsparteien nach der Vorstellung des Gesetzgebers ermöglichen, die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und die Leistungen für Zeiten des Verleihs und des Nichtverleihs in

95 Überblick über den gegenwärtigen Forschungsstand bei *Hohendanner/Walwei*, WSI Mitteilungen 2013, 239, 243 ff.; zuvor bereits *Dietz/Walwei*, WSI Mitteilungen 2006, 278, 284.

96 *Garz*, International Labour Review 152 (2013), 307, 319.

97 *Jahn/Weber*, IAB-Kurzbericht 2/2013, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2013/kb0213.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

98 Die ursprünglich vorgesehene Möglichkeit der Unterschreitung des vergleichbaren Entgelts bei Überlassung eines zuvor Arbeitslosen in den ersten sechs Wochen der Beschäftigung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 Halbs. 1 AÜG a. F.) hat sich in der Praxis als bedeutungslos erwiesen und ist im Zuge der Novellierung des AÜG wegen Unvereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG wieder abgeschafft worden; vgl. BT-Drucks. 17/4804 vom 17.02.2011, S. 9.

einem Gesamtkonzept zu regeln.⁹⁹ Dabei wird die personelle Reichweite der grundsätzlichen Öffnung des AÜG für tarifvertragliche Abweichungen »nach unten« dadurch entscheidend verbreitert, dass auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG). Ob die Möglichkeit einer Verdrängung des Equal-Pay-Grundsatzes nicht nur unmittelbar durch Tarifvertrag, sondern gerade auch durch einzelvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag den Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG standhält, ist umstritten,¹⁰⁰ bislang aber nicht durch ein Vorlageverfahren an den EuGH »getestet« worden.

b) Entwicklung im tarifvertraglichen Bereich von 2003 bis 2010

Dieser gesetzliche Mechanismus, der – in diametralem Gegensatz zur traditionellen »Gefechtslage« – ein eigenes Interesse der Verleiherseite in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber am Abschluss von Tarifverträgen hervorrief, um auf diesem Wege zu einer Absenkung von Arbeitsbedingungen zu gelangen, hätte die Gewerkschaft eigentlich in eine komfortable Verhandlungsposition versetzen müssen, konnten sie sich doch als default rule auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und damit auf die Anwendung der höheren Entgelte der jeweiligen Entleiherbranche zurückfallen lassen.¹⁰¹ In einem vergleichbaren Sinne äußerte auf der europäischen Ebene ein Vertreter der Kommission im Rahmen der Verhandlungen zur Schaffung der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG, es sei unwahrscheinlich, dass ein Tarifvertrag weniger günstigere Regelungen für die Arbeitnehmer enthielte.¹⁰² Tatsächlich entwickelte sich das »bargaining in the shadow of the law« aber ganz anders als vorgestellt.

Der Grund hierfür lag darin, dass die christlichen Arbeitnehmerorganisationen, die seit jeher um ihre Anerkennung als echte und damit nach deutschem Recht tariffähige Gewerkschaften¹⁰³ kämpfen, den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung sehr schnell als eine Arena für sich entdeckten, um sich tarifpolitisch zu etablieren. Allerdings gibt es im Unterschied zu anderen Wirtschaftszweigen keine auf die Arbeitnehmerüberlassung als solche bezogene Branchengewerkschaft, weil sich Leiharbeitnehmer mental nicht als eine eigenständige und einheitliche Arbeitnehmergruppe begreifen. Daher haben

99 Vgl. BT-Drucks. 15/25 vom 05.11.2002, S. 38.

100 Bejahend *Boemke*, RIW 2009, 177, 183; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 310; *Lembke*, in: *Boemke/Lembke*, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 9 Rn. 193 f.; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, S. 548; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; *Waas*, ZESAR 2009, 207, 211 f.; verneinend *Blanke*, DB 2010, 1528, 1529; *Nielebock*, FS Bepler, 2012, S. 455, 463 f.; *Rödl/D. Ulber*, NZA 2012, 841 ff.; *Zimmer*, NZA 2013, 289, 292 f.; zweifelnd auch *Waltermann*, NZA 2010, 482, 486.

101 Dementsprechend wurde anfänglich von einem bevorstehenden »Tarifdiktat« der Gewerkschaften gesprochen; vgl. *Bauer/Krets*, NJW 2003, 537, 539; ähnlich *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23, 28; skeptisch aber frühzeitig *Däubler*, KJ 2003, 17, 23 f.

102 Vgl. Bericht des Ausschusses der Ständigen Vertreter (1. Teil) an den Rat, 15686/07 vom 29.11.2007, S. 7.

103 Zu den Anforderungen an die Eigenschaft einer Arbeitnehmerkoalition als tariffähige Gewerkschaft siehe *JKOS/Schubert*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., 2013, § 2 Rn. 35 ff., 73 ff.

mehrere zum CGB gehörende Mitgliedsverbände Ende 2002 die so genannte Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-serviceagenturen (CGZP) gegründet, die bereits weniger als zwei Monate nach dem Inkrafttreten der Hartz-Reform zum 01.01.2003¹⁰⁴ im Februar 2003 das erste Tarifwerk vorlegte.¹⁰⁵ Weitere Verbandstarifverträge mit den kleineren Verbänden der Verleiherbranche¹⁰⁶ sowie zahlreiche Firmentarifverträge der CGZP mit einzelnen Verleiherunternehmen folgten.¹⁰⁷ Inhaltlich sahen diese Tarifverträge von Anfang an sehr niedrige Entgeltsätze vor, die nicht nur deutlich unter den tariflichen Arbeitsbedingungen in den meisten Einsatzbetrieben lagen,¹⁰⁸ sondern auch die Vorstellungen der DGB-Gewerkschaften von einer angemessenen Vergütung für die Zeitarbeitsbranche noch unterboten.¹⁰⁹ Dass diese Regelungen in der Praxis überhaupt nennenswerte Relevanz entfalten konnten, beruht einzig auf der erwähnten Möglichkeit, sie durch einzelvertragliche Bezugnahme den Arbeitsverträgen der Leiharbeitnehmer zugrunde zu legen.¹¹⁰ Da der Organisationsgrad der Leiharbeitnehmer traditionell sehr gering ist und sich in der Vergangenheit auf nicht mehr als 5 Prozent belief,¹¹¹ verschafft in der Tat erst die Möglichkeit einer Bezugnahmeklausel entsprechenden tariflichen Vereinbarungen ihre »Durchschlagskraft«. Während Tarifverträge an sich die Funktion haben, die strukturelle Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auszugleichen,¹¹² sind sie im Bereich der Leiharbeit somit von Anfang an von weitgehend mitgliederlosen Arbeitnehmerorganisationen als Instrument zur Verfügung gestellt worden, um mittels einer auf Betreiben der Verleiher in die Arbeitsverträge implementierten Bezugnahmeklausel¹¹³ den Gleichbehandlungsgrundsatz

104 Die Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes ist durch eine Übergangsvorschrift grundsätzlich auf den 01.01.2004 hinausgeschoben worden. Durch das Inkrafttreten eines entsprechenden Tarifvertrags konnte diese Frist (in dessen Geltungsbereich) indes verkürzt werden, wozu es auch gekommen ist. Einzelheiten bei *Ankersen*, NZA 2003, 421 ff.

105 Vertragspartner war die seinerzeitige Interessengemeinschaft nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen (INZ).

106 Mittelstandsvereinigung Zeitarbeit (MVZ), später (zwischenzeitlich) mit der INZ zum Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) fusioniert; Tarifgemeinschaft Zeitarbeitsunternehmen im B.V.D. – Bundesvereinigung Deutscher Dienstleistungsunternehmen (TZ-BVD).

107 Vgl. *Lembke*, NZA 2007, 1333, 1334.

108 Die niedrigsten Firmentarifverträge der CGZP sahen im Jahr 2006 Stundenlöhne von unter 5 EUR (in einem westdeutschen Haustarifvertrag) bzw. unter 4 EUR (in einem ostdeutschen Haustarifvertrag) vor; vgl. *Weinkopf/Vanselow*, (Fehl-)Entwicklungen in der Zeitarbeit?, hrsg. von der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2008, S. 13, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/05403.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015). Zur Tarifpraxis der CGZP eingehend ferner *Schüren*, AuR 2008, 239 ff.

109 Siehe *Berg*, JbArbR 46 (2009), 69, 73.

110 *Schüren/Riederer von Paar*, AuR 2004, 241, 242; *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. B 54.

111 Vgl. *Schüren*, RdA 2007, 231, 232; siehe auch *Jacobs*, ZfA 2010, 27, 29; nur circa 3 Prozent. Nach Angaben des DGB waren im Jahr 2008 lediglich etwas mehr als 20 000 Leiharbeitnehmer (und damit nur ca. 2,5 Prozent aller Zeitbeschäftigten) in den DGB-Gewerkschaften organisiert; vgl. DGB Bundesvorstand, Arbeitsmarkt aktuell 7/2008, S. 4, abrufbar unter: <http://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-3357c9fb8db1a0497536319f0063be0a> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

112 Siehe nur BVerfG 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365, 395; BVerfG 01.12.2010, AP GG Art. 9 Nr. 140 = NZA 2011, 60, 61; *JKOS/R. Krause*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., 2013, § 1 Rn. 22.

113 Plastischer Fall ArbG Krefeld 19.04.2011 – 4 Ca 3047/10 – n. v. (Kündigung wegen Weigerung einer Arbeitnehmerin, eine Bezugnahmeklausel auf AMP/CGZP-«Tarifvertrag» in den Arbeitsvertrag aufzu-

praktisch flächendeckend abzubedingen¹¹⁴ und hierdurch von dem in den Einsatzbetrieben geltenden – tariflichen – Entgeltniveau zum Nachteil der Leiharbeiter abzuweichen. Dieser institutionelle Mechanismus hat zur Folge, dass Gewerkschaften »systemwidrig als Lohnsenker« agieren,¹¹⁵ zumindest aber die Schleusen für Lohnsenkungen öffnen, und ist daher nicht ohne Grund als »gesetzgeberische Fehlleistung« apostrophiert worden¹¹⁶. Der Abschluss von Verbandstarifverträgen durch die CGZP wirkte sich in der Folgezeit auch auf den Abschluss von Verbandstarifverträgen durch die so genannte Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB mit den beiden größeren Arbeitgeberverbänden im Bereich der Zeitarbeit¹¹⁷ aus. In diesen Verträgen konnten zwar etwas höhere Entgeltsätze vereinbart werden, die von der Gewerkschaftsseite aber gleichwohl als unbefriedigend empfunden und nur deshalb akzeptiert wurden, um im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung weiterhin als tarifpolitischer Akteur tätig sein zu können.¹¹⁸

c) Tarifunfähigkeit der CGZP (2010) und ihre Folgen

Nachdem längere Zeit darüber gestritten worden war, ob es sich bei den von der CGZP abgeschlossenen Verträgen um wirksame Tarifverträge handelt,¹¹⁹ hat das BAG in einem grundlegenden Urteil im Dezember 2010 entschieden, dass die CGZP keine tariffähige Spitzenorganisation im Sinne von § 2 Abs. 3 TVG ist.¹²⁰ Zur Begründung berief sich das BAG auf zwei neuartige tarifrechtliche Anforderungen: Zum einen ist das BAG der Ansicht, dass eine so genannte Spitzenorganisation im Sinne von § 2 Abs. 2 und 3 TVG auf Arbeitnehmerseite nur dann tariffähig ist, wenn die zusammengeschlossenen Gewerkschaften ihr die eigene Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Zum anderen dürfe der satzungsmäßige Zuständigkeitsbereich der Spitzenorganisation nicht über den Organisationsbereich der angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften hinausgehen. An beiden Voraussetzungen fehle es bei der CGZP. In weiteren verfahrensrechtlich geprägten Entscheidungen vom Mai 2012 wurde ausgeführt, dass der CGZP die Tariffähigkeit bereits seit

nehmen). Zuweilen sollen den Leiharbeitnehmern auch schlicht Erklärungen über den Beitritt zu einer Gewerkschaft untergeschoben worden sein, die etwas unbedarft unterzeichnet wurden.

114 Nach Angaben von *Jahn/Pozzoli*, *Labour Economics* 24 (2013), 48, 51, unterliegen 97 Prozent aller Leiharbeiter (normativ oder kraft Bezugnahme) tarifvertraglichen Regelungen und damit weitaus mehr als der übrige Teil der Arbeitnehmerschaft (60 Prozent in Westdeutschland und 47 Prozent in Ostdeutschland, vgl. IAB-Aktuell vom 02.06.2014, abrufbar unter: http://doku.iab.de/aktuell/2014/tarifbindung_2013.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015)).

115 Insoweit treffend *Rieble*, BB 2012, 2177.

116 So *Waltermann*, FS Bepler, 2012, S. 569.

117 Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) und Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ). Im Jahr 2011 haben sich der BZA und der AMP (vgl. Fn. 106) zum Bundesarbeitsgeberverband der Personaldienstleister (BAP) zusammengeschlossen.

118 *Berg*, *JbArbR* 46 (2009), 69, 74. Umfassendes Zahlenmaterial bei *Martin*, AuR 2004, 247, 249. Freimütig zum Einsatz der – aus Arbeitgebersicht – günstigeren Tarifverträge als Instrument in Tarifverhandlungen mit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit *Hurst*, *Tarifverträge in der Zeitarbeit*, 2010, S. 31.

119 Siehe etwa *Schüren*, AuR 2008, 239 ff.; *D. Ulber*, NZA 2008, 438 ff.

120 BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 7 = NZA 2011, 289.

Ende 2009¹²¹ bzw. seit Ende 2002¹²² gefehlt habe. Schließlich entschied das BAG mit einer Entscheidungsserie von März 2013, dass die von der CGZP geschlossenen Verträge von Anfang an keine Tarifverträge im Rechtssinne waren und deshalb von vornherein nicht die Wirkung hatten, den als Regelfall eingreifenden Equal Pay-Grundsatz zu derogieren.¹²³ Der von der deutschen Rechtsdogmatik angebotenen Hilfskonstruktion des fehlerhaften Tarifvertrags mit dem Ziel, die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz für die Vergangenheit zu retten, erteilte das BAG eine Absage. Ebenso verweigerte es den betroffenen Verleihern einen Vertrauensschutz. Im Übrigen hatten die christlichen Arbeitnehmerorganisationen schon im Vorfeld der CGZP-Entscheidung des BAG von 2010 zwar ihre Tarifpraxis umgestellt und die neuen Tarifverträge nunmehr als so genannte mehrgliedrige Tarifverträge sowohl im Namen der CGZP als auch aller einzelnen christlichen Gewerkschaften mit dem Ziel abgeschlossen, etwaigen aus der Gestaltung der Satzung der CGZP resultierenden rechtlichen Risiken von vornherein vorzubeugen und hierdurch die Aushebelung des Equal-Pay-Grundsatzes möglichst umfassend abzuschern.¹²⁴ Auch diesen Weg hat das BAG in der aktuellen Entscheidungsserie unter Berufung auf die arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle und dabei vor allem aufgrund des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) indes verbaut. Damit gilt grundsätzlich für alle unmittelbar oder kraft Bezugnahme von den Verträgen der christlichen Arbeitnehmerorganisationen erfassten Leiharbeitsverhältnisse rückwirkend der Equal Pay-Grundsatz.

Die große Klagewelle der ihrer gesetzlichen Rechte entkleideten Leiharbeitnehmer scheint allerdings ausgeblieben zu sein. Von geschätzt 200 000 betroffenen Leiharbeitnehmern sollen gerade einmal 1500 und damit weniger als 1 Prozent eine Klage auf Nachzahlung erhoben haben.¹²⁵ Im Einzelfall können (ehemaligen) Leiharbeitnehmern aber durchaus schon einmal mehr als 50 000 EUR zuerkannt werden.¹²⁶ Trotzdem sind die Ergebnisse nicht selten ernüchternd, weil das BAG in seinen aktuellen Entscheidungen zu Equal Pay-Klagen (wirksam) vereinbarte Ausschlussfristen greifen lässt¹²⁷ und hier- von abgesehen Nachforderungen auch verjährt sein können¹²⁸.

121 BAG 23.05.2012 – 1 AZB 67/11, NZA 2012, 625.

122 BAG 23.05.2012 – 1 AZB 58/11, NZA 2012, 623.

123 BAG 13.03.2013 – 5 AZR 954/11, APAÜG § 10 Nr. 31 = NZA 2013, 680; BAG 13.03.2013 – 5 AZR 146/12, APAÜG § 10 Nr. 34 = NZA 2013, 782; BAG 13.03.2013 – 5 AZR 424/12, APAÜG § 10 Nr. 27 = NZA 2013, 785.

124 Vgl. *Bayreuther*, NZA 2012, 14; *Freckmann*, KSzW 2012, 58, 59.

125 So die Internet-Plattform <http://www.cgzp-tarifunfaehigkeit.de> (mittlerweile nicht mehr abrufbar).

126 Vgl. LAG Niedersachsen 21.09.2012 – 6 Sa 1063/11, juris.

127 Siehe BAG 13.03.2013 – 5 AZR 954/11, APAÜG § 10 Nr. 31 = NZA 2013, 680; BAG 25.09.2013 – 5 AZR 778/12, APAÜG § 10 Nr. 26 = NZA 2014, 94; BAG 23.10.2013 – 5 AZR 556/12, APAÜG § 10 Nr. 33 = NZA 2014, 313; BAG 24.09.2014 – 5 AZR 506/12, juris; anders aber in BAG 13.03.2013 – 5 AZR 242/12, APAÜG § 10 Nr. 24; BAG 13.03.2013 – 5 AZR 294/12, APAÜG § 10 Nr. 25 = NZA 2013, 1226; BAG 23.10.2013 – 5 AZR 135/12, APAÜG § 10 Nr. 29 = NZA 2014, 200; BAG 19.02.2014 – 5 AZR 700/12, APAÜG § 10 Nr. 38 = NZA 2014, 1097; BAG 19.02.2014 – 5 AZR 920/12, APAÜG § 10 Nr. 39; BAG 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12, APAÜG § 10 Nr. 40 = NZA 2014, 915; BAG 28.05.2014 – 5 AZR 423/12, juris.

128 BAG 13.03.2013 – 5 AZR 424/12, APAÜG § 10 Nr. 27 = NZA 2013, 785; BAG 20.11.2013 – 5 AZR 776/12, APAÜG § 10 Nr. 30.

Weitgehend unberührt von den Querelen um die »Tarifverträge« der christlichen Arbeitnehmerorganisationen blieben die von der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit für den Bereich der Leiharbeit abgeschlossenen Verbandstarifverträge, die eine Mindestlaufzeit bis zum 31.10.2013 hatten.¹²⁹ Trotz gewisser innergewerkschaftlicher Diskussionen wurde von Versuchen, auf eine vorzeitige Beendigung dieser Tarifverträge hinzuwirken, um auf diese Weise den gesetzlichen Equal Pay-Grundsatz wieder zum Tragen kommen zu lassen,¹³⁰ Abstand genommen. Vielmehr wurde im September 2013 mit der aus BAP und iGZ bestehenden Verhandlungsgemeinschaft Zeitarbeit (VGZ) ein neues Tarifwerk mit Wirkung vom 01.11.2013 vereinbart, das u. a. Entgelte¹³¹ vorsieht, die das Lohnniveau in vielen Einsatzbetrieben nicht unerheblich unterschreiten.¹³² Diese Tarifpolitik überrascht auf den ersten Blick, plädieren die DGB-Gewerkschaften doch weiterhin grundsätzlich für Equal Pay/Equal Treatment und war mit dem Wegfall der CGZP doch die Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs gebannt. Erklären lässt sie sich aber dadurch, dass ein auf die Leiharbeitnehmer gemünzter Tarifvertrag für transparente Arbeitsbedingungen sowohl bei der Eingruppierung als auch bei der Entlohnung sorgt, während die beim jeweiligen Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen für die überlassenen Arbeitnehmer häufig undurchsichtig bleiben. Zudem können nur durch eine Tarifierung verleihslose Zeiten angemessen überbrückt werden. Auch konnten die Gewerkschaften das für sie wichtige Zugeständnis erreichen, dass Leiharbeitnehmer im Umfang eines Streikaufrufs einer Mitglieds-gewerkschaft der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit nicht in Betrieben oder Betriebsteilen eingesetzt werden dürfen, die rechtmäßig bestreikt werden.¹³³ Schließlich mag eine Rolle spielen, dass auch die Gewerkschaften kein Interesse daran haben dürften, die Zeitarbeit als flexible Beschäftigungsform durch eine rigorose Anwendbarkeit von Equal Pay/Equal Treatment zum Schaden der Unternehmen vollends aus dem Markt zu drängen. Demgegenüber haben sich die christlichen Gewerkschaften aus der tarifrechtlichen Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung zum April 2013 offenbar vollständig zurückgezogen.¹³⁴

129 Gegen eine Übertragbarkeit der BAG-Judikatur zur Unwirksamkeit der Bezugnahmeklauseln auf die DGB-Zeitarbeitstarifverträge LAG Baden-Württemberg 04.06.2013 – 22 Sa 73/12, juris; LAG Nürnberg 11.10.2013 – 3 Sa 699/10, juris; *Bayreuther*, DB 2014, 717 ff.; *Brors*, RdA 2014, 182, 184 f.; *Herrmann/Molle*, BB 2013, 1781, 1782 ff.; a. A. *Schindele/Söhl*, NZA 2014, 1049, 1050 ff.

130 Ob ein Fortfall der Existenz von konkurrierenden Tarifverträgen mit Unterbietungscharakter die DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit zu einer außerordentlichen Lösung vom eigenen Tarifvertrag berechtigen würde (Kündigung aus wichtigem Grund oder wegen Störung der Geschäftsgrundlage), ist allerdings zweifelhaft. Zur grundsätzlichen Problematik der außerordentlichen Kündigung von Tarifverträgen näher *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Aufl., 2007, § 4 Rn. 28 ff. m. w. N.

131 Z.B. Stundenlohn von 8,50 EUR (West) bzw. 7,86 EUR (Ost) in der untersten Entgeltgruppe E 1 ab 01.01.2014.

132 Dazu ausführlich *Bissels/Kiehn*, DB 2014, 423 ff.

133 Vgl. § 17.1 des Manteltarifvertrags Zeitarbeit zwischen dem BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit; § 12 des Manteltarifvertrags Zeitarbeit zwischen dem iGZ und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit.

134 Siehe dazu die Pressemitteilung des BAP vom 05.02.2013, abrufbar unter: <http://www.personaldienstleister.de/presse-service/pressemitteilungen/detail/article/beendigung-der-tarifvertraege-mit-christlichen-gewerkschaften.html> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

d) Allgemeine Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung

Neben diesen wesentlich durch die Rechtsprechung geprägten Entwicklungen ist auch der deutsche Gesetzgeber aktiv geworden und hat mit dem Ersten AÜG-Änderungsgesetz wie erwähnt einen Regelungsmechanismus geschaffen, der zu einer allgemeinen Lohnuntergrenze im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung geführt hat (§ 3a AÜG).¹³⁵ Von einer Aufnahme in das Arbeitnehmerentsendegesetz hatte man Abstand genommen, weil unklar ist, ob man die Leiharbeit überhaupt als eigene Branche ansehen kann.¹³⁶ Vereinfacht gesagt können die Tarifvertragsparteien, die zumindest auch für ihre in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind und bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte vereinbart haben, dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam vorschlagen, diese als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen. Hierzu ist es im Dezember 2011 auch gekommen, wobei diejenigen Entgeltsätze als Untergrenze festgelegt wurden, die zwischen den großen Verleihverbänden BAP und iGZ und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit vereinbart wurden.¹³⁷ Diese Entgeltsätze beliefen sich zunächst seit dem 01.01.2012 auf 7,89 EUR in Westdeutschland und 7,01 EUR in Ostdeutschland. Abweichende Tarifverträge dürfen diese Lohnuntergrenze nicht unterschreiten (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG). Geschieht dies doch, gilt – gleichsam als Abschreckung – automatisch Equal Pay, also nicht etwa nur das Mindestentgelt (§ 10 Abs. 4 S. 3 AÜG). Mittlerweile ist eine zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung ergangen, die bis 2016 sukzessiv ansteigende Entgelte vorsieht.¹³⁸ Da die Stundenlöhne in Ostdeutschland mit 7,86 EUR (bis 31.03.2015) bzw. 8,20 EUR (bis 31.05.2016) aber zunächst noch unterhalb des ab 01.01.2015 in Deutschland erstmals geltenden allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 EUR pro Stunde liegen, gilt zugunsten von Rechtsverordnungen nach § 3a AÜG eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2016 (§ 24 Abs. 1 MiLoG).

e) Missbrauchsabwehr durch »Drehtürklausel«

Eine weitere Schutzvorschrift, die durch das Erste AÜG-Änderungsgesetz eingeführt wurde, ist die so genannte »Drehtürklausel«. Ihr rechtstatsächlicher Hintergrund ist der Versuch einer – mittlerweile insolventen – großen deutschen Einzelhandelskette (»Fall Schlecker«), Arbeitnehmer in eine Zeitarbeitsfirma zu überführen, um sie dann zu einem niedrigeren Entgelt an die Einzelhandelskette zurückzuverleihen.¹³⁹ Um diesen Praktiken entgegenzu-

135 Die gegenwärtige Regelung ist erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgenommen worden; vgl. BT-Drucks. 17/5238 vom 23.03.2011, S. 4, 14 f.

136 Vgl. *Schlegel*, RdA 2011, 251, 253.

137 Bundesanzeiger vom 28.12.2011, Nr. 195, S. 4608.

138 Bundesanzeiger vom 26.03.2014, BAnz AT 26.03.2014 V1.

139 Näher zu den Vorgängen im »Fall Schlecker« *Böhm*, DB 2010, 672 und 1350 f. Zu den Geschäftsgebarren in der Schlecker-Gruppe siehe auch den etwas anders gelagerten Sachverhalt in BAG 20.02.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083.

wirken, gelten tarifvertragliche Regelungen, die an sich wirksam vom Equal Pay-Grundsatz abweichen, im Wege einer Rückausnahme nicht für solche Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher bei diesem oder einem anderen konzernangehörigen Unternehmen ausgeschieden sind (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG). Durch diese Regelung wird der Rückverleih zwar nicht verboten,¹⁴⁰ aber wirtschaftlich unattraktiv gemacht, wobei man überwiegend davon ausgeht, dass die Abweichung nicht nur für einen Zeitraum von genau sechs Monaten untersagt ist, sondern dauerhaft unzulässig bleibt, wenn innerhalb von sechs Monaten ein Rückverleih erfolgt.¹⁴¹ Eine Absenkung der Vergütung ab dem siebten Monat nach dem Ausscheiden aus dem früheren Arbeitsverhältnis wäre personalpolitisch auch nicht vermittelbar. Während die Tarifvertragsparteien des Einzelhandels auf den bekannt gewordenen Vorfall zwar recht schnell mit einer tarifvertraglichen Regelung reagiert hatten, nach der die kollektivvertragliche »Drehtürklausel« aber nur dann eingreifen sollte, wenn der Arbeitnehmer auf einen vergleichbaren Arbeitsplatz rückverliehen wird,¹⁴² erfasst das Gesetz pauschal alle Fälle des Rückverleihs, um Abgrenzungsschwierigkeiten und Umgehungsstrategien durch Rotationsmodelle vorzubeugen.¹⁴³ Auch in dieser Regelung kommt somit das Missbrauchsabwehrkonzept zum Ausdruck, das dem deutschen Modell zugrunde liegt, wobei das AÜG die Umwandlung von Stammarbeitsplätzen in Leiharbeitsplätze für sich genommen freilich noch nicht als Missbrauch einstuft, sondern erst einer damit verbundenen – sofortigen – Verschlechterung von Arbeitsbedingungen entgegentritt. Etwaige Nachteile, die bereits durch die Umwandlung als solche eintreten, werden danach noch nicht als Grund für eine staatliche Intervention angesehen.

f) Kollektivvertragliche »Besservereinbarungen«

Gewerkschaften und Betriebsräte versuchen schon seit langem, auf verschiedenen rechtlichen Wegen eine Besserstellung von Leiharbeitnehmern kollektivvertraglich zu vereinbaren, um das Entstehen einer so genannten »2. Lohnlinie« für bestimmte Arbeiten im Betrieb zu verhindern und dadurch den Druck auf die »1. Lohnlinie« abzumildern.¹⁴⁴

140 So ausdrücklich BT-Drucks. 17/4804 vom 17.02.2011, S. 9. Ebenso BAG 20.02.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 (Rn. 27).

141 Hamann, RdA 2011, 321, 328; Lembke, DB 2011, 414, 419; ders., in: Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 9 Rn. 463; Pelzner/Kock, in: Thüsing, AÜG, 3. Aufl., 2012, § 3 Rn. 117.

142 Der Tarifvertrag zwischen dem BZA und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit vom 09.03.2010 sah als Reaktion auf die Vorgänge bei »Schlecker« mit Wirkung zum 01.07.2010 eine Nichtanwendung bei missbräuchlicher Nutzung der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung vor, vgl. Böhm, DB 2010, 1350, 1351.

143 Hamann, RdA 2011, 321, 328.

144 Vgl. Weinkopf/Vanselow, (Fehl-)Entwicklungen in der Zeitarbeit?, hrsg. von der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2008, S. 26, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/05403.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015). Zu »Besser«-Strategien allgemein Brettschneider/Broemberg/Haipeter/Lehndorff, WSI Mitteilungen 2010, 451 ff.

Die praktisch bedeutsamsten Regelungen dieser Art stellen die branchenbezogenen Tarifverträge der Gewerkschaften mit den großen Verleiherverbänden dar, zu denen es in jüngerer Zeit gekommen ist. So sieht der Pilotabschluss der IG-Metall vom Mai 2012 entsprechend der Überlassungsdauer Zuschläge von 15–50 Prozent auf das bisherige Entgelt nach den DGB-Tarifverträgen vor, so dass eine Bezahlung von bis zu 90 Prozent der in den Einsatzbetrieben geltenden Branchentarifverträge erreicht wird.¹⁴⁵ Mittlerweile ist es in insgesamt neun Branchen zu entsprechenden Tarifverträgen gekommen, die allerdings teilweise niedrigere Zuschläge enthalten.¹⁴⁶ Diese Tarifverträge wollen zum einen der wachsenden Produktivität von länger verliehenen Arbeitnehmern Rechnung tragen, geben ihnen aber auch das Gefühl einer zunehmenden Wertschätzung ihrer Arbeitsleistung. Ferner werden Spannungen mit den Stammkräften reduziert. Zum anderen wird durch Branchenzuschläge der Einsatz von Zeitarbeitnehmern verteuert, weil davon auszugehen ist, dass die Zuschläge auf die Überlassungspreise durchschlagen. Damit wird für die Entleiherseite der Anreiz geringer, einen bestehenden Arbeitskräftebedarf gerade durch Arbeitnehmerüberlassung und nicht durch Festanstellung zu decken, wobei der Flexibilitätsvorteil von Zeitarbeit hiervon freilich unberührt bleibt. Auch wenn es in Einzelfällen zu Umgehungsversuchen gekommen ist¹⁴⁷ und auch Rechtsstreitigkeiten nicht ausgeblieben sind,¹⁴⁸ lassen sich die Regelungen insgesamt aber doch eindeutig zu denjenigen tarifvertraglichen Maßnahmen zählen, mit denen die Leiharbeit einer sozialpolitischen Befriedigung zugeführt worden ist.

Ein sehr spezieller Tarifvertrag ist 2010 im Bereich der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie zustande gekommen, wo sich ausnahmsweise der Entleiherarbeitgeberverband auf rechtlich komplizierte Regelungen eingelassen hat, die einen ökonomischen Anreiz dafür schaffen, nur mit solchen Verleihern zusammenzuarbeiten, die ihren Arbeitnehmern für die Dauer des Einsatzes in der Eisen- und Stahlindustrie Equal Pay gewähren.¹⁴⁹ Dieser Tarifvertrag ist zweifellos den industriesoziologischen Besonderheiten der Branche geschuldet (geringe Zahl von Arbeitgebern, starker gewerkschaftlicher Organisationsgrad, hoher Kapitaleinsatz im Vergleich zu den Personalkosten) und dürfte deshalb eine singuläre Erscheinung bei der kollektivvertraglichen Einhegung von Leiharbeit bleiben.

145 Einzelheiten bei *Mehner/Stubbe/Haber*, BB 2013, 1269 ff.; *Nießen/Fabritius*, BB 2013, 375 ff.

146 1. Metall- und Elektroindustrie; 2. Chemische Industrie; 3. Kunststoff verarbeitende Industrie; 4. Kautschuk verarbeitende Industrie; 5. Schienenverkehrsbereich; 6. Textil- und Bekleidungsindustrie; 7. Holz- und Kunststoff be- und verarbeitende Industrie; 8. Papier, Pappe und Kunststoffe verarbeitende Industrie; 9. Gewerblicher Bereich in der Druckindustrie; vgl. BT-Drucks. 18/673 vom 26.02.2014, S. 14.

147 Vgl. *Schwitzer/Schumann*, WSI Mitteilungen 2013, 297, 299 f.

148 Aus neuerer Zeit etwa LAG Hamburg 11.02.2014 – 2 Sa 51/13, juris; LAG Hamm 12.02.2014 – 5 Sa 2/14, juris; LAG Schleswig-Holstein 12.02.2014 – 6 Sa 325/13, juris; LAG Köln 20.02.2014 – 6 Sa 880/13, juris; LAG Rheinland-Pfalz 24.04.2014 – 5 Sa 25/14, juris; dazu auch *Bissels/Mehner*, DB 2014, 2407 ff.

149 Überblick über die Regelungen bei *Karthaas*, AuR 2010, 494 ff.

g) Aktuelle Gesetzgebungspläne

Die aus der Bundestagswahl im September 2013 hervorgegangene Große Koalition hat sich für den Entgeltbereich darauf verständigt, dass Leiharbeiter spätestens nach neun Monaten mit Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden sollen.¹⁵⁰ Ein entsprechendes Gesetzgebungsvorhaben ist für 2015 avisiert.¹⁵¹ Dies hätte zur Folge, dass der Equal-Pay-Grundsatz nur innerhalb der ersten neun Monate einer Überlassung tarifvertraglich abbedungen werden kann. Die soeben erwähnten Branchenzuschlagstarifverträge würden damit teilweise gegenstandslos werden. Da den Tarifvertragsparteien hinreichende Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben, liegt darin keine Verletzung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie.¹⁵² Europarechtliche Bedenken sind von vornherein nicht erkennbar, weil die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG den Mitgliedstaaten eine Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz erlaubt, aber nicht vorschreibt. Da die meisten Zeitarbeitsverhältnisse früher enden, würde von der Neuregelung allerdings voraussichtlich weniger als ein Drittel der überlassenen Mitarbeiter profitieren.¹⁵³

4. Regulierung des Umfangs von Leiharbeit

a) Gesetzliche Ausgangslage der Hartz-Reform

Eine Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung im Hinblick auf die Anzahl der Leiharbeiter im Verhältnis zur sonstigen Belegschaft kennt das AÜG nicht. Dementsprechend können große oder sogar überwiegende Teile der Belegschaft aus Zeitarbeitnehmern bestehen.¹⁵⁴ Aus betriebswirtschaftlicher Sicht scheint sich ein zu hoher Anteil negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in Gestalt wieder anwachsender Lohnstückkosten auszuwirken.¹⁵⁵ Von Rechts wegen bestehen indes keine Grenzen.¹⁵⁶ Darüber

150 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 50, abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

151 Das BMAS geht von einer Umsetzung aller auf das Thema Zeitarbeit gerichteten Bestrebungen (dazu auch noch unten sub III 2 d) bis Ende 2015 aus; vgl. Staatssekretär *Albrecht* in einem Interview vom 04.06.2014, abrufbar unter: http://www.haufe.de/personal/hr-management/staatssekretaeer-plaene-des-bundesarbeitsministeriums_80_257912.html (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

152 Bedenken in diese Richtung bei *Lembke*, BB 2014, 1333, 1337.

153 Vgl. *Haller/Jahn*, Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauern, IAB-Kurzbericht 13/2014, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2014/kb1314.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); Danach dauerten im Jahr 2010 nur knapp 28 Prozent aller Zeitarbeitsverhältnisse länger als neun Monate.

154 Vgl. die Sachverhalte in BAG 22.10.2003 – 7 ABR 3/03, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28 = NZA 2004, 1052: 160–165 Stammarbeitnehmer und 100 Leiharbeiter; BAG 13.02.2013 – 7 ABR 36/11, AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb AP Nr. 34 = NZA-RR 2013, 521: 15 Stammarbeitnehmer und 245 Leiharbeiter; BAG 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 = NZA 2013, 789: 879 Stammarbeiter und 292 Leiharbeiter; BAG 11.02.2014 – 1 ABR 76/12, NZA-RR 2015, 26: 2000 Stammarbeiter und 450 Leiharbeiter.

155 Vgl. *Nielen/Schiersch*, Temporary Agency Work and Firm Competitiveness. Evidence from German Manufacturing Firms, DIW Discussion Papers 1135 (2011), abrufbar unter: http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.376020.de/dp1135.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015), die in ihren Untersuchungen auf einen »optimalen« Anteil von 11 Prozent kommen.

156 *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 100.

hinaus war die Überlassungshöchstdauer von zuletzt zwei Jahren im Zuge der Hartz-Reform zum 01.01.2003 mit gewissen Übergangsregelungen gestrichen worden. Die herrschende Meinung schloss daraus, dass nunmehr auch eine Dauerüberlassung eines Arbeitnehmers an ein und denselben Entleiher grundsätzlich zulässig sei.¹⁵⁷ In diesem Sinne hat sich auch das BAG in einem obiter dictum geäußert.¹⁵⁸

b) Auswirkungen des Ersten AÜG-Änderungsgesetzes (2011)

Mit dem Ersten AÜG-Änderungsgesetz hat sich zumindest der Wortlaut der normativen Rahmenbedingungen geändert. Seither ist – in Übereinstimmung mit der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG – ausdrücklich davon die Rede, dass die Arbeitnehmerüberlassung »vorübergehend« erfolgt. Zur Erläuterung heißt es in den Gesetzesmaterialien etwas kryptisch, dass dieser Begriff als »flexible Zeitkomponente« zu verstehen sei und insbesondere auf »genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet« werden solle, was im Sinne der europarechtlichen Vorgaben sei.¹⁵⁹

Über die daraus zu ziehenden Schlüsse ist im deutschen Schrifttum sofort ein heftiger Streit entbrannt. Eine Reihe von Stellungnahmen geht davon aus, dass es sich sowohl bei den Regelungen im europäischen Recht als auch im deutschen Recht nur um bloße Programmsätze ohne Rechtsfolgen handele, mit denen der Gesetzgeber lediglich beschreiben wolle, dass Zeitarbeit typischerweise vorübergehend stattfinde. Dementsprechend sei eine Dauerüberlassung nach wie vor zulässig.¹⁶⁰ Nach der Gegenansicht erklären das AÜG bzw. die Leiharbeitsrichtlinie nur noch die vorübergehende Leiharbeit für zulässig. Hinsichtlich der Rechtsfolgen wollen diese Stimmen bei einer dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung die im deutschen Recht angelegten Schutzmechanismen mobilisieren, indem sie zum einen das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher behaupten und zum anderen dem Betriebsrat das Recht zubilligen, einer Einstellung des Zeitarbeitnehmers gemäß § 99 BetrVG zu widersprechen.¹⁶¹ Mit zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2013 hat sich das BAG gewissermaßen in der Mitte zwischen beiden Standpunkten positioniert. So hat das BAG

157 LAG Niedersachsen 28.02.2006 – 13 TaBV 56/05, juris; LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 114/08, LAGE § 14 AÜG Nr. 14; LAG Niedersachsen 19.11.2008 – 15 TaBV 159/07, juris; LAG Niedersachsen 16.11.2011 – 17 TaBV 99/11, juris; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1538; *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2416; *Willemsen/Annufß*, BB 2005, 437, 438 f. Die Dauerüberlassung kann allerdings als verdeckte Arbeitsvermittlung im Sinne von § 1 Abs. 2 AÜG zu qualifizieren sein; vgl. *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 101; in diesen Fällen einen »Missbrauch der Gestaltungsform« andeutend LAG Berlin 07.01.2005 – 6 Sa 2008/04, NZA-RR 2005, 353.

158 BAG 25.01.2005 – 1 ABR 61/03, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199 (unter B I 1); ebenso BAG 15.5.2013 – 7 AZR 494/11, NZA 2013, 1267 (Rn. 24); BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, APAÜG § 1 Nr. 34 = NZA 2014, 196.

159 BT-Drucks. 17/4804 vom 17.02.2011, S. 8.

160 *Lembke*, DB 2011, 414, 415; *Ludwig*, BB 2013, 1276, 1278 f.; *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632, 633 ff.

161 *Böhm*, DB 2012, 918, 921; *Brors*, AuR 2013, 108 ff.; *Düwell*, ZESAR 2011, 449 ff.; *Hamann*, RdA 2011, 321, 324; *ders.*, RdA 2014, 271, 274 ff.; *Zimmer*, AuR 2012, 422 ff.

auf der einen Seite klargestellt, dass der Neuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG das Verbot einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung zu entnehmen ist. Abgesichert wird dieses Verbot durch die Befugnis des Betriebsrats, die Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu verweigern, wobei ein wesentliches Argument darin besteht, das Verbot der dauerhaften Überlassung als eine auch die Stammebelegschaft schützende Regelung zu begreifen.¹⁶² Auf der anderen Seite hat das BAG in einer weiteren Entscheidung erkannt, dass eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung für sich genommen nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher führt.¹⁶³ Auch wenn mit diesen beiden Entscheidungen keineswegs alle sich in diesem Zusammenhang stellenden Folgefragen gelöst sind,¹⁶⁴ sollte man die Bemühungen des BAG doch nicht gering schätzen, im Hinblick auf das sozialpolitisch nach wie vor hoch umstrittene Phänomen der Leiharbeit mit einer ausgewogenen Judikatur die Wogen zu glätten.

c) Kollektivvertragliche Eindämmungen

Auch im Hinblick auf den quantitativen sowie den zeitlichen Umfang der Leiharbeit ist es in der kollektivvertraglichen Praxis in den letzten Jahren zu zahlreichen Regelungen gekommen. So besteht beispielsweise bei Airbus ein im Jahr 2011 geschlossener Zukunftstarifvertrag, der für die Zeit ab dem Jahr 2012 eine Leiharbeiterquote von maximal 20 Prozent, ab dem Jahr 2015 vor nur noch 15 Prozent vorsieht. Darüber hinaus sollen im Jahr 2016 insgesamt 300 Zeitarbeitnehmern befristete Arbeitsverträge angeboten werden. Weiter existiert in der Metall- und Elektroindustrie als bedeutsamster deutscher Wirtschaftszweig mit gegenwärtig rund 3,73 Millionen Beschäftigten¹⁶⁵ seit 2012 ein Verbandstarifvertrag, nach dem der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur dann zulässig sein soll, wenn der Einsatz zeitlich befristet ist, ein Sachgrund wie etwa ein Vertretungsfall oder das Fehlen einer erforderlichen Fachkraft mit speziellen Qualifikationen vorliegt oder aber wenn ein zeitlich begrenzter Mehrbedarf besteht. Nach einer Überlassungsdauer von 18 Monaten soll der Entleiher die Möglichkeit des Angebots an den Leiharbeitnehmer auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags prüfen und nach 24 Monaten ein solches Übernahmeangebot grundsätzlich unterbreiten.¹⁶⁶ Ob diesen

162 BAG 10.07.2013 – 7 ABR 91/11, AP AÜG § 1 Nr. 33 = NZA 2013, 1296; bestätigt durch BAG 30.09.2014 – 1 ABR 79/12, juris.

163 BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, AP AÜG § 1 Nr. 34 = NZA 2014, 196; bestätigt durch BAG 03.06.2014 – 9 AZR 111/13, BB 2014, 3007.

164 Dazu *Lipinski*, NZA 2013, 1245 ff.; *Lipinski/Praß*, BB 2014, 1465 ff.; *Nießen/Fabritius*, NJW 2014, 263 ff. Zur Konkretisierung des Merkmals »vorübergehend« kürzlich etwa LAG Schleswig-Holstein 08.01.2014 – 3 TaBV 43/13, DB 2014, 489.

165 Siehe Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 142 vom 23.06.2014, S. 19.

166 Dazu jetzt eingehend *Brors*, AuR 2014, 258 ff.

tariflichen Bestimmungen die grundsätzliche Unzulässigkeit eines dauerhaften Einsatzes von Zeitarbeitnehmern entnommen werden kann, ist umstritten. Der Wortlaut sowie die grundsätzliche Stoßrichtung der Regelung einschließlich der Protokollnotiz sprechen für ein solches Verbot.¹⁶⁷ Das LAG München hat freilich im gegenteiligen Sinne entschieden.¹⁶⁸

d) Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben

Die gegenwärtige Große Koalition plant eine Präzisierung des Begriffs »vorübergehend«. So haben sich die Regierungsparteien im Koalitionsvertrag darauf verständigt, eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten festzulegen. Durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche oder auf Grund eines solchen Tarifvertrages sollen abweichende Regelungen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammebelegschaften zulässig sein.¹⁶⁹ Damit setzt sich ein mit der Reform des AÜG im deutschen Recht eingeleiteter Politikwechsel fort, der darin besteht, dass die personalwirtschaftliche Funktion der Arbeitnehmerüberlassung in den Einsatzbetrieben auf eine – wenn auch zeitlich großzügig bemessene – Abfederung von Auftragsspitzen beschränkt sein soll, Leiharbeit also keine dauerhafte Beschäftigungsform darstellen soll.¹⁷⁰ Soll die Substitution von Stammarbeitsplätzen als Kerngedanke dieser Regulierungspolitik wirksam verhindert werden, ist es konsequent, die Überlassungshöchstdauer arbeitsplatzbezogen und nicht lediglich arbeitnehmerbezogen auszugestalten.¹⁷¹ Ansonsten würde voraussichtlich nur ein vergleichsweise geringer Teil der Zeitbeschäftigten von der Neuregelung betroffen werden.¹⁷²

Ob der deutsche Politikwechsel den Vorgaben von Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG standhält, der Verbote und Einschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung an das Vorliegen von Gründen des Allgemeininteresses bindet, wird sich voraussichtlich im Rahmen des Vorlageverfahrens eines finnischen Gerichts herausstellen.¹⁷³ In diesem Verfahren geht es nämlich im Kern darum, ob es mit der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/

167 Zu den Einzelheiten *R. Krause*, NZA 2012, 830, 831 f.; ferner *D. Ulber*, AuR 2013, 114 ff.; ebenso *Nielebock*, in: Buschmann/Fraunhoffer/Schierle/Vorbau (Hrsg.), *Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa*, 2014, S. 111 Rn. 39.

168 LAG München 27.03.2013 – 8 TaBV 110/12, juris (sowie vier weitere Parallelenentscheidungen). Das Revisionsverfahren ist eingestellt worden, BAG 13.02.2014 – 1 ABR 51/13, juris.

169 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 49–50, abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

170 Zu dieser Alternative auch *Loritz*, ZfA 2013, 335, 368.

171 Anders aber die Einsatzlimitierung nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F.; vgl. BAG 12.01.2002 – 1 ABR 1/02, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 41 = NZA 2003, 513.

172 Vgl. *Haller/Jahn*, Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauern, IAB-Kurzbericht 13/2014, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2014/kb1314.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015): Danach dauerten im Jahr 2010 nur ca. 14 Prozent aller Zeitarbeitsverhältnisse länger als 18 Monate.

173 Vorabentscheidungsersuchen des Työtuomioistuin (Finnland), eingereicht am 09.10.2013 – Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry/Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy, Rechtssache C-533/13, ABIEU 2013 Nr. C 352, S. 10. Dazu *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2014, 27 ff.

EG vereinbar ist, dass eine nationale (tarifvertragliche) Regelung den längerfristigen Einsatz von Zeitarbeitnehmern zur Erfüllung der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben eines Unternehmens als verbotenen Einsatz von Arbeitskräften einstuft. Damit ist die für die Zukunft der Arbeitnehmerüberlassung grundsätzliche Frage vor den EuGH gelangt, ob es das europäische Recht vorschreibt oder zumindest erlaubt, dass die Funktion der Leiharbeit durch mitgliedstaatliche Vorschriften letztlich auf die Überbrückung von personellen Engpässen in den jeweiligen Einsatzbetrieben beschränkt wird oder ob das europäische Recht die Zeitarbeit gerade umgekehrt zu einer »normalen« Beschäftigungsform aufwertet, die von den entleihenden Unternehmen in Ausübung ihrer unternehmerischen Freiheit auch dauerhaft für die Erfüllung von betrieblichen Kernaufgaben genutzt werden kann. Da die Leiharbeitsrichtlinie mehrfach den vorübergehenden Charakter von Arbeitnehmerüberlassung betont (Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 lit. b bis e RL 2008/104/EG), spricht allerdings mehr dafür, dass der EuGH das mitgliedstaatliche Verbot einer dauerhaften Überlassung als eine durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigte Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG qualifizieren wird.¹⁷⁴

3. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung

Ein weiterer Streitpunkt betrifft schon seit langem die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung. So haben zahlreiche große deutsche Unternehmen in den letzten Jahren konzerninterne Personalüberlassungsgesellschaften gegründet, um innerhalb des Konzerns Mitarbeiter leichter hin und her schieben zu können (z. B. BASF, Bayer, Daimler, Deutsche Bahn, Siemens).¹⁷⁵ Der Gesetzgeber hatte die Leiharbeit innerhalb eines Konzerns im Jahr 1985 für den Fall weitgehend aus dem Anwendungsbereich des ÄUG herausgenommen, dass es sich um eine vorübergehende Überlassung handelt, weil nur der interne Arbeitsmarkt innerhalb eines Konzerns betroffen und eine Anwendung des Gesetzes auf diese Gestaltungen eine unnötige bürokratische Förmlichkeit sei (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG a. F.).¹⁷⁶ Reine Personalführungsgesellschaften sollten dagegen nicht privilegiert sein.¹⁷⁷ Das Erste AÜG-Änderungsgesetz hat den Normtext zwar etwas verändert und spricht nunmehr davon, dass die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung dann privilegiert ist, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG). Gemeint ist damit aber letztlich wiederum dasselbe, nämlich Personalführungsgesellschaften aus dem Anwendungsbereich des Konzernprivilegs auszuklammern.¹⁷⁸

174 Ebenso für eine tarifvertragliche Bestimmung jetzt Generalanwalt *Szpunar* in seinen Schlussanträgen vom 20.11.2014 in der Rechtssache C-553/13 (Fn. 173). Anders aber *Deinert*, RdA 2014, 65, 72: Europäisches Recht steht Rückbesinnung auf Kernfunktion der Leiharbeit entgegen.

175 *Lembke*, BB 2012, 2497, 2498.

176 BT-Drucks. 10/3206 vom 17.04.1985, S. 33.

177 BT-Drucks. 10/3206 vom 17.04.1985, S. 33.

178 BT-Drucks. 17/4804 vom 17.02.2011, S. 8.

Ob die Regelung trotz des eingeschränkten Anwendungsbereichs mit der Richtlinie 2008/104/EG vereinbar ist, erscheint sehr zweifelhaft, weil die Leiharbeitsrichtlinie kein Konzernprivileg kennt, also offenbar davon ausgeht, dass grundsätzlich jede Arbeitnehmerüberlassung unter die Schutzbestimmungen fällt, wenn sie im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers erfolgt, also auch dann, wenn man es mit einem Mischunternehmen zu tun hat, bei dem Arbeitnehmer konzernintern verliehen werden, ohne dass diese hierfür regelrecht eingestellt oder beschäftigt werden.¹⁷⁹

Der eigentliche Streit drehte sich im Anschluss an die Hartz-Reform aber ohnehin um die Zulässigkeit der dauerhaften konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung mit dem Ziel der Kostenreduzierung, die unstreitig nicht vom Konzernprivileg gedeckt war. Während dies teilweise als eine unzulässige Strohmännkonstruktion gebrandmarkt wurde,¹⁸⁰ sahen andere darin die zulässige Nutzung einer durch das Gesetz eröffneten Gestaltungsmöglichkeit.¹⁸¹ Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG zum Tatbestandsmerkmal »vorübergehend« ist der dauerhaften konzerninternen Leiharbeit nunmehr grundsätzlich ein Riegel vorgeschoben, wobei das »Enforcement« des Verbots aber auf die Existenz eines Betriebsrats angewiesen ist, der von seinem Recht auf Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung des betroffenen Zeitarbeitnehmers aus § 99 BetrVG auch tatsächlich Gebrauch macht.¹⁸² Allerdings ist dann immer noch zu fragen, wann und unter welchen Voraussetzungen eine zulässige vorübergehende Überlassung in eine unzulässige Dauerüberlassung umschlägt. Darüber hinaus hat das BAG in einem Einzelfall die Auslagerung von Arbeitnehmern auf ein eigenes Verleihunternehmen und den anschließenden Zurückverleih der Beschäftigten zur Ausübung derselben Tätigkeiten zu schlechteren Konditionen als Teilbetriebsübergang (§ 613a Abs. 1 BGB) gewertet und alle zu diesem Zweck geschlossenen Verträge wegen Gesetzesumgehung als nichtig angesehen.¹⁸³

IV. Auswirkungen auf die Arbeitsbeziehungen: Zwischen Desintegration und Reintegration

Leiharbeit hat auf den verschiedenen Ebenen der Arbeitsbeziehungen zahlreiche Auswirkungen, die insgesamt ein ambivalentes Bild bieten.

179 *Hamann*, ZESAR 2012, 103, 109 f.; *ders.*, RdA 2011, 321, 323; *Lembke*, DB 2011, 414, 416; *ders.*, in: Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 1 Rn. 197; *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 481; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, S. 454; *J. Ulber*, AuR 2010, 10, 12.

180 *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745 ff.; *dieselben*, BB 2005, 494 f.; in diese Richtung auch LAG Berlin 07.01.2005 – 6 Sa 2008/04, NZA-RR 2005, 353.

181 *Lembke*, BB 2010, 1533, 1537 ff.; *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409 ff.; *Willemsen/Annuf*, BB 2005, 437 ff.

182 Siehe dazu oben sub III 2 b.

183 BAG 21.05.2008 – 8 AZR 481/07, AP BGB § 613a Nr. 354 = NZA 2009, 144. Richtiger wäre indes die Qualifikation des Vorgangs als Umgehung zwingenden Kündigungsschutzrechts gewesen; vgl. *Hamann*, Anm. zu BAG, AP BGB § 613a Nr. 354.

1. Folgen für die Leiharbeiternehmer

Soweit es um die Leiharbeiternehmer selbst geht, fördert diese Beschäftigungsform den schon seit längerem¹⁸⁴ konstatierten Trend zur Spaltung der Arbeitnehmer eines Betriebs in Kernbelegschaft und Randbelegschaft und damit die Segmentierung des Arbeitsmarkts.¹⁸⁵ Solange dem Leiharbeiternehmer der Sprung zur Festanstellung nicht gelingt, bleibt er im Einsatzbetrieb grundsätzlich ein Außenseiter. Erst recht verhindern wechselnde Einsatzorte eine dauerhafte Integration in ein stabiles Arbeitsumfeld. Ältere Stellungnahmen haben sogar die mangelnde soziale Kommunikation zwischen Leiharbeiternehmern und Stammarbeitnehmern als Vorteil für den Arbeitgeber hervorgehoben¹⁸⁶ und sind damit gleichsam hinter die Anfänge der Human-Relations-Bewegung mit ihrer Aufhebung der Sprechverbote zwischen Arbeitern zurückgefallen.¹⁸⁷

Das größte Defizit neben der Entgeltfrage dürfte für überlassene Arbeitnehmer der fehlende Bestandschutz im Hinblick auf den konkreten Arbeitsplatz im Einsatzbetrieb darstellen. Über dem Leiharbeiternehmer schwebt sozusagen das Damoklesschwert der jederzeit bestehenden Möglichkeit einer Abberufung, sofern die Leistungsanforderungen und sonstigen Erwartungen des Entleihers im Einzelfall nicht erfüllt werden. Als noch gravierender erweist sich die Pufferfunktion der Zeitarbeit, die dazu führt, dass überlassene Arbeitnehmer bei nachlassender Auftragslage als erste zu weichen haben, was sich freilich reflexartig zum Schutz der Stammbeschäftigten auswirkt. Das Arbeitsrecht verstärkt diesen Trend sogar noch dadurch, dass es Verteilungskonflikte zwischen Stammbeschäftigten und Zeitarbeitnehmern im Hinblick auf die Arbeitsplätze regelmäßig zugunsten der Stammkräfte entscheidet, so beispielsweise im Befristungsrecht,¹⁸⁸ im Kündigungsschutzrecht¹⁸⁹ und im Zusammenhang mit der Übernahme von Jugend- und Auszubildendenvertretern¹⁹⁰. Der Bestandsschutz beim Verleiher kann dieses Defizit häufig nicht kompensieren, weil die Neigung, eine von einem Verleiher ausgesprochene Kündi-

184 Siehe etwa Keller/Seifert, WSI Mitteilungen 1993, 538, 540.

185 Dazu Bornewasser/Haseloh, in: Bouncken/Bornewasser (Hrsg.), Beiträge zur Flexibilisierung, Bd. 2: Rahmenbedingungen und Perspektiven, 2012, S. 149, 163; Gensicke/Herzog-Stein/Seifert/Tschersich, WSI Mitteilungen 2010, 179 ff.; Promberger, Topographie der Leiharbeit, 2012, S. 188 ff.; ferner Deiner, RdA 2014, 65 ff.; zu Segmentierungstheorien umfassend Brinkmann/Kühl/Schultz-Wild/Sengenberger (Hrsg.), Arbeitsmarktsegmentation – Theorie und Therapie im Lichte der empirischen Befunde, 1979; siehe auch Sesselmeier/Funk/Waas, Arbeitsmarkttheorien, 3. Aufl., 2010, S. 273 ff.

186 Friese, BB 1981, 1582, 1584; Then, DB 1971, Beilage Nr. 23, S. 14, 18 (»zwischenmenschliche, zeitraubende Kommunikationsvorgänge«); dazu kritisch Weuster, DBW 42 (1982), 229, 236.

187 Vgl. Kothoff, in: Becker/Deutschmann (Hrsg.), Wirtschaftssoziologie, KZfSS 2009, Sonderheft 49, S. 428, 430.

188 BAG 17.01.2007 – 7 AZR 20/06, AP TzBfG § 14 Nr. 30 = NZA 2007, 566.

189 So für den Fall der Abdeckung eines »ständig vorhandenen (Sockel-)Arbeitsvolumens« BAG 15.12.2011 – 2 AZR 42/10, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 21 = NZA 2012, 1044 (Rn. 30); BAG 18.10.2012 – 6 AZR 289/11, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 195 = NZA-RR 2013, 68 (Rn. 23); einschränkend Moll/Itmann, RdA 2008, 321, 325 ff. Eine andere Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen es vor dem Hintergrund der zum 01.12.2011 neu eingeführten Regelung der Arbeitnehmerüberlassung als »vorübergehend« (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG) überhaupt noch dazu kommen kann, dass durch Leiharbeit ein »ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen« abgedeckt wird.

190 BAG 16.07.2008 – 7 ABR 13/07, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 50 = NZA 2009, 202; BAG 25.02.2009 – 7 ABR 61/07, DB 2009, 1473; BAG 17.02.2010 – 7 ABR 89/08, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 53.

gung anzugreifen, offenbar geringer ist, als wenn eine Kündigung in einem regulären Betrieb erklärt wird. Zudem beschäftigen von den rund 18 000 Verleiherbetrieben, die es 2012 in Deutschland gab, ungefähr 40 Prozent nicht mehr als zehn Arbeitnehmer¹⁹¹ und unterfallen deshalb von vornherein nicht dem betrieblichen Anwendungsbereich des KSchG.

Trotz dieser Ausgangslage trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass der Leiharbeiter tatsächlich in den Einsatzbetrieb integriert ist, wobei die rechtliche Absicherung dieses tatsächlichen Phänomens im Lauf der Zeit eher noch zugenommen hat. Nicht umsonst ist im deutschen Recht im Zusammenhang mit der Leiharbeit schon seit langem von einer »gespaltenen Arbeitgeberstellung« die Rede.¹⁹² In diesem Sinne hat das BAG in einer neueren Entscheidung von »rechtlichen Beziehungen mit arbeitsrechtlichem Charakter« gesprochen.¹⁹³ Dies gilt in erster Linie für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes, für den der Entleiher entsprechend den europarechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 8 RL 91/383/EWG) für die Dauer der Einsatzzeit unmittelbar gegenüber dem Leiharbeiter verantwortlich ist (§ 11 Abs. 6 AÜG; § 12 Abs. 2 ArbSchG).¹⁹⁴ Soweit der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung reicht, sind zivilrechtliche Schadensersatzansprüche des Leiharbeiters gegen den Entleiher aber – nicht anders als Ansprüche gegen den Verleiher – regelmäßig ausgeschlossen (§§ 104 ff. SGB VII).¹⁹⁵ Weiter wird der Entleiher im Antidiskriminierungsrecht (§ 6 Abs. 2 S. 2 AGG) sowie im Zusammenhang mit gendiagnostischen Untersuchungen (§ 3 Nr. 13 GenDG) – neben dem Verleiher – als Arbeitgeber qualifiziert, um dem Leiharbeiter einen entsprechenden Schutz zukommen zu lassen.¹⁹⁶ Sofern der Leiharbeiter dem Entleiher durch eine betriebliche Tätigkeit einen Schaden zufügt, gelten zu seinen Gunsten die richterrechtlichen Grundsätze über die beschränkte Arbeitnehmerhaftung.¹⁹⁷ Umgekehrt kann den Entleiher eine Haftung für Eigenschäden des Leiharbeiters treffen.¹⁹⁸ Die Tendenz zu einer gewissen Integration ist durch das Erste ÄUG-Änderungsgesetz entsprechend den Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG noch verstärkt worden, und zwar durch die Vorschriften über die Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze (§ 13a AÜG) sowie den Zugang zu Gemeinschaftsein-

191 BT-Drucks. 18/673 vom 28.02.2014, S. 25 f.

192 Vgl. *Konzen*, ZfA 1982, 259 f.; *C. Weber*, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, 1992.

193 BAG 15.03.2011 – 10 AZB 49/10, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 96 = NZA 2011, 653. Siehe auch EuGH 21.10.2010 – Rs. C-242/09 (*Albron Catering*), Slg. 2010, I-10309 = NZA 2010, 1225 (Rn. 20–32): Entleiher als »nichtvertraglicher Arbeitgeber«.

194 Dazu ausführlich *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004.

195 *Bauschke*, NZA 2000, 1201, 1205; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl., 2010, Einleitung Rn. 756; *J. Ulber*, AÜG, 4. Aufl., 2011, Art. 3 Rn. 20; *ErfK/Wank*, 15. Aufl., 2015, AÜG Einl. Rn. 35.

196 Siehe ferner § 11 Abs. 7 AÜG für den Bereich des Arbeitnehmererfindungsrechts sowie § 13 AÜG, der einen Anspruch des Leiharbeiters gegen den Entleiher auf Auskunft über die im Betrieb des für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen vorsieht, sofern vom Gleichbehandlungsgrundsatz nicht wirksam abgewichen worden ist. Für § 32 BDSG offen lassend BAG 15.04.2014 – 1 ABR 2/13 (B), NZA 2014, 551 (Rn. 49).

197 *Otto*, in: *Otto/Schwarze/R. Krause*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl., 2014, § 7 Rn. 4 m. w. N.

198 *ErfK/Wank*, 15. Aufl., 2015, AÜG Einl. Rn. 35.

richtungen oder -diensten (§ 13b AÜG). Während die Unterrichtspflicht den Wechsel zum Entleiher erleichtern soll,¹⁹⁹ wirkt gerade die Möglichkeit, beispielsweise eine Betriebskantine nutzen zu können, dem Gefühl entgegen, nur »Arbeitnehmer zweiter Klasse« zu sein.

Ein großes Manko ist die Weiterbildung von Zeitarbeitnehmern. Empirische Studie zeigen, dass Leiharbeiter in einem sehr viel geringerem Umfang als Stammkräfte an betrieblichen Qualifizierungsmaßnahmen partizipieren.²⁰⁰ So wird für das Jahr 2004 berichtet, dass lediglich 16 Prozent der in der Zeitarbeit Beschäftigten an einer Weiterbildung teilgenommen haben, gegenüber 32 Prozent der Beschäftigten insgesamt. Diese Diskrepanz lässt sich durch die besondere Struktur der Arbeitnehmerüberlassung erklären. Für den Entleiher steht im Allgemeinen die numerische Flexibilität im Vordergrund, die bei einfachen Tätigkeiten im Helferbereich auch ohne eine Weiterbildung gewährleistet ist, während auf die funktionale Flexibilität von Zeitarbeitnehmern, für die es entsprechender Qualifizierungen bedürfte, zumeist kein Wert gelegt wird. Hinzu kommen die vielfach nur kurzen Einsatzzeiten von überlassenen Arbeitnehmern,²⁰¹ die es aus der Entleiherperspektive nicht als lohnend erscheinen lassen, in die Weiterbildung von Leiharbeitern zu investieren. Damit korrespondierend sind die Verleiher vornehmlich daran interessiert, solche Arbeitnehmer zu beschäftigen, die den aktuellen Entleiheranforderungen möglichst passgenau entsprechen. Zudem sind Qualifizierungsmaßnahmen für die Verleiher angesichts der vielfach bestehenden Unsicherheit über die Lage und Dauer der verleihfreien Zeiten nicht leicht zu organisieren. Auch werden die hierfür getätigten Aufwendungen offenbar nicht von den Entleihern durch höhere Stundensätze honoriert. Schließlich besteht für den Verleiher das Risiko, durch Bildungsinvestitionen die »Attraktivität« der Zeitarbeitnehmer zu sehr zu erhöhen und hierdurch die Wahrscheinlichkeit eines Wechsels zum Entleiher zu steigern. Immerhin hat das BAG in einer Entscheidung daran erinnert, dass die kündigungsschutzrechtliche Umschulungs- und Fortbildungsobliegenheit (§ 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG) den Verleiher trifft, wobei es darüber hinaus eine Nebenpflicht bejaht hat, den Leiharbeiter auf seine mangelnde Qualifikation hinzuweisen, die künftigen Einsätzen entgegenstehen könnten.²⁰² Gerade bei längerfristigen Einsätzen würde aber auch eine Qualifizierung beim Entleiher dazu beitragen, dass der Arbeitnehmer vor einer Entwertung seiner Fähigkeiten als Folge der Aufspaltung von Vertragsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis bewahrt wird. Obwohl die Leihar-

199 Vgl. BT-Drucks. 14/4804 vom 17.02.2011, S. 10.

200 Zum Folgenden näher *Fischer/Bouncken*, in: Bouncken/Bornwasser (Hrsg.), Beiträge zur Flexibilisierung, Bd. 4: Zeitarbeit und Flexibilisierung – Ergebnisse des Forschungsprojektes Flex4Work, 2012, S. 217, 223 ff.; *Kaufhold/Düsseldorff*, in: *bwp@Berufs- und Wirtschaftspädagogik – online*, Ausgabe 19 (2019), S. 1 ff., abrufbar unter: http://www.bwpat.de/ausgabe19/kaufhold_duesseldorff_bwpat19.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); ferner *Platzhoff*, Arbeitnehmerüberlassung und Legitimität, 2009, S. 67 f.

201 Siehe oben Fn. 153 und 172.

202 BAG 18.05.2006 – 2 AZR 412/05, APAÜG § 9 Nr. 7 (Rn. 22).

beitsrichtlinie das Thema der Fort- und Weiterbildung anspricht (Art. 6 Abs. 5 lit. b RL 2008/104/EG), hat der deutsche Gesetzgeber diesen Ball leider nicht aufgegriffen.

2. Folgen für das Tarifsysteem

Auf der tariflichen Ebene hat die Aufspaltung der Belegschaften desintegrierende Wirkung und erschwert eine einheitliche Interessenwahrnehmung gegenüber der Arbeitgeberseite. Industriesoziologen sprechen davon, dass es durch eine verstärkte Nutzung von Leiharbeit selbst in gewerkschaftlich stark organisierten Großbetrieben zu einer »Destabilisierung des Stabils« kommt.²⁰³ Dabei dürfte es weniger um den plakativen Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher gehen, zumal diesen individualrechtlich das Recht zur Verweigerung von Streikarbeit zusteht (§ 11 Abs. 5 AÜG).²⁰⁴ Wichtiger erscheint der Umstand, dass Zeitarbeiter im Allgemeinen kein Interesse daran haben, sich für die Durchsetzung eines Tarifvertrags im Einsatzbetrieb einzusetzen, von dessen Ergebnissen sie ohnehin nicht profitieren. Erst recht dürfte es einer Gewerkschaft fast unmöglich sein, die auf verschiedene Einsatzbetriebe verstreuten Leiharbeiter für eine einheitliche Interessenwahrnehmung oder gar für Arbeitskämpfmaßnahmen zu gewinnen, um einen Tarifvertrag mit der Verleiherseite zustande zu bringen,²⁰⁵ zumal der Mechanismus des AÜG wie dargelegt dazu führt, dass Tarifverträge vorwiegend als Instrument zur Verschlechterung von Arbeitsbedingungen fungieren.²⁰⁶ Darüber hinaus besteht das Ziel von Zeitarbeitnehmern überwiegend darin, die Beschäftigung in der Leiharbeitsbranche hinter sich zu lassen und den Sprung in eine Festanstellung zu schaffen,²⁰⁷ so dass ein Engagement zur Verbesserung eines als lediglich transitorisch begriffenen Zustands durch Tarifvertrag nicht lohnend erscheint. Alle diese Umstände tragen dazu bei, die Verhandlungsstärke der Arbeitnehmerseite zu schwächen. Schließlich kann das in den Entleiherbetrieben erzielte Tarifergebnis unterlaufen werden, wenn der Arbeitgeber zur Deckung seines Personalbedarfs im Nachhinein in größerem Umfang auf Leiharbeiter zurückgreift und für diese Beschäftigten andere, schlechtere Arbeitsbedingungen gelten. Das Tarifsysteem, das die strukturelle Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ausgleichen soll,²⁰⁸ basiert letzt-

203 Artus, WSI Mitteilungen 2014, 113.

204 Siehe dazu bereits oben sub III 1 c mit Fn. 133: tarifvertraglicher Ausschluss des Einsatzes von Leiharbeitnehmern bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen von DGB-Gewerkschaften.

205 Vgl. Weinkopf/Vanselow, (Fehl-)Entwicklungen in der Zeitarbeit?, hrsg. von der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2008, S. 22, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/05403.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

206 Hierzu oben sub III 1 a und b.

207 Vgl. dazu die empirische Studie von Mayer/Scheibe, »Wer sind die Leiharbeiter?«, 2012, S. 7, 16, abrufbar unter: <http://www.boeckler.de/11145.htm?projekt=S-2010-401-3> F&chunk=1 (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015); siehe auch Bornewasser, in: Bouncken/Bornewasser (Hrsg.), Beiträge zur Flexibilisierung, Bd. 4: Zeitarbeit und Flexibilisierung – Ergebnisse des Forschungsprojektes Flex4Work, 2012, S. 129, 147 f.

208 Siehe oben sub III 1 b mit Fn. 112.

lich auf dem Vorhandensein und der Mobilisierbarkeit von gleichförmigen Interessen der Arbeitnehmerseite. Wenn diese Gleichförmigkeit durch die Zersplitterung der Arbeitnehmerschaft erodiert, gerät das ganze System ins Wanken. Jedenfalls aber wird hierdurch die Möglichkeit einer einheitlichen Tarifpolitik beschnitten, mit der die Durchsetzungsstärke des facharbeitergestützten Belegschaftskerns auch den geringqualifizierten Industriearbeitern automatisch zugute kam.²⁰⁹

Bemerkenswerterweise ist es den Gewerkschaften in den großen deutschen Industriezweigen in der jüngeren Vergangenheit gleichwohl gelungen, mit der Verleiherseite sowie teilweise auch mit der Entleiherseite in einer Art »Zangengriff« zu tariflichen Regelungen zu gelangen, um die Arbeitnehmerüberlassung sozialverträglich auszugestalten.²¹⁰ Dass sich die Arbeitgeberseite auf entsprechende Kompromisse eingelassen hat, dürfte zum einen an den langjährigen Skandalisierungskampagnen der Gewerkschaften und dem dadurch entstandenen öffentlichen Druck,²¹¹ zum anderen aber auch daran liegen, dass zumindest bei den großen Verbänden auf der Arbeitgeberseite die Überzeugung gereift ist, mit tarifvertraglichen Lösungen auf lange Sicht besser zu fahren als mit einer strikten Konfrontationshaltung. Mit der zunehmenden tarifvertraglichen Regulierung haben sich die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter zwar noch nicht umfassend an das Niveau der Einsatzbetriebe angepasst. Sie sind aber doch standardisiert und sichtbar gemacht worden. Dies dürfte auch erklären, warum sich die DGB-Gewerkschaften trotz des Wegfalls der Unterbietungskonkurrenz durch die christlichen Arbeitnehmerorganisationen im September 2013 auf einen neuerlichen Tarifabschluss eingelassen und sich nicht hinter dem Gleichbehandlungsgrundsatz verschanzt haben.²¹²

3. Folgen für die betriebliche Mitbestimmung

In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht setzt sich die Aufspaltung der Rechtsstellung des Leiharbeitnehmers fort. Grundsätzlich ist der Leiharbeiter dem Verleiherbetrieb zugeordnet. Dies gilt auch für die Zeiten der Überlassung an einen Entleiher (§ 14 Abs. 1 AÜG). Auf der Verleiherseite bestehen aber häufig keine Betriebsräte, zumal die Zeitarbeiter regelmäßig auch keine betriebliche Gemeinschaft als rechtstatsächliche Voraussetzung für eine gemeinsame Interessenwahrnehmung bilden. Empirische Studien gelangen zu dem Ergebnis, dass nur in rund 17 Prozent aller Verleiherbetriebe ein Betriebsrat existiert.²¹³ Im Übrigen ist ein von den ständigen Verwaltungskräften des Verleihers dominierter Betriebsrat kaum ein geeignetes Interessenver-

209 Siehe *Promberger*, Topographie der Leiharbeit, 2012, S. 145.

210 Dazu oben sub III 1 f.

211 Zu Reputationsgewinnen durch den Abschluss von Tarifverträgen siehe *Platzhoff*, Arbeitnehmerüberlassung und Legitimität, 2009, S. 63. Zu Skandalisierungsstrategien auf betrieblicher Ebene mit dem Ziel einer Verhinderung, Eindämmung oder Regulierung von Leiharbeit siehe *Bitterwolf/Seeliger*, Industrielle Beziehungen 2013, 36 ff.

212 Hierzu bereits oben sub III 1 c.

213 *Platzhoff*, Arbeitnehmerüberlassung und Legitimität, 2009, S. 292.

tretungsorgan für die im Einsatz befindlichen Arbeitnehmer.²¹⁴ Damit ist der im Entleiherbetrieb bestehende Betriebsrat häufig die einzige effektive Vertretung der Leiharbeiter. Allerdings sieht sich der Betriebsrat zahlreichen schwierigen Rechtsfragen gegenüber, die sich aus dem Dreiecksverhältnis von Verleiher, Entleiher und Leiharbeiter ergeben. Vor allem aber muss sich der Betriebsrat darum bemühen, die teilweise durchaus gegenläufigen Interessen der Stammbeslegschaft und der Zeitarbeiter angemessen auszubalancieren, wenn er denn überhaupt eine Verantwortlichkeit für die Randbeslegschaft empfindet. Dementsprechend finden sich rechtstatsächlich sehr unterschiedliche Betriebsratspolitiken, die von schlichtem Desinteresse für die Belange der Leiharbeiter über eine partielle Interessenvertretung bis hin zum Versuch ihrer nahezu egalitären Integration in die betrieblichen Strukturen beim Entleiher reichen, was angesichts identischer rechtlicher Rahmenbedingungen vor allem vom Selbstverständnis des Betriebsrats sowie von den ihm zur Verfügung stehenden innerbetrieblichen Machtressourcen abhängt.²¹⁵

Um die Arbeitnehmer im aufnehmenden Betrieb zu schützen, wurde im Anschluss an ältere Entscheidungen des BAG²¹⁶ 1982 gesetzlich geregelt, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs vor der Übernahme eines Leiharbeiters zur Arbeitsleistung nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist (§ 14 Abs. 3 AÜG). Dies bedeutet, dass der Betriebsrat umfassend zu informieren sowie berechtigt ist, die Zustimmung zur Übernahme des Leiharbeiters aus bestimmten, im Gesetz abschließend aufgelisteten Gründen zu verweigern. Hierzu zählt wie bereits erwähnt nunmehr auch (wieder)²¹⁷ der Umstand, dass Zeitarbeiter nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft eingesetzt werden sollen.²¹⁸ Will der Arbeitgeber einen dauerhaften Beschäftigungsbedarf decken, muss er deshalb zum Instrument der Festanstellung greifen. Darüber hinaus stehen den Leiharbeitern einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zu, die der tatsächlichen Eingliederung Rechnung tragen (z. B. das Recht zum Aufsuchen der Sprechstunde des Betriebsrats, § 14 Abs. 2 S. 2 AÜG). Die Rechtsprechung hat diesen Grundansatz fortentwickelt und eine Aufteilung der Mitbestimmungsrechte danach vorgenommen, ob der Verleiher als Vertragsarbeitgeber oder der Entleiher als tatsächlicher Betriebsinhaber etwa im Hinblick auf die Dauer und die Lage der Arbeitszeit die mitbestimmungspflichtige Entscheidung trifft.²¹⁹

214 Allerdings soll sich der Betriebsrat gemäß § 15 Abs. 1 BetrVG möglichst aus Arbeitnehmern der einzelnen Organisationsbereiche und Beschäftigungsarten zusammensetzen. Hierzu ist auch die Gruppe der Leiharbeiter im Verhältnis zur Gruppe der Verwaltungsangestellten zu zählen.

215 Dazu näher *Artus*, WSI Mitteilungen 2014, 113 ff.

216 BAG 14.05.1974 – 1 ABR 40/73, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 2; BAG 06.06.1978 – 1 ABR 66/75, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 6.

217 Vgl. BAG 28.09.1988 – 1 ABR 85/87, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 60 = NZA 1989, 358; BAG 12.11.2002 – 1 ABR 1/02, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 41 = NZA 2003, 513.

218 Siehe oben sub III 2 b mit Fn. 162.

219 Vgl. BAG 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, APAÜG § 14 Nr. 7 = NZA 1993, 513; BAG 19.06.2001 – 1 ABR 43/00, AP BetrVG 1972 Leiharbeiter Nr. 1 = NZA 2001, 1263. Dazu umfassend kürzlich *Linsenmeier/Kiel*, RdA 2014, 135, 148 ff.

Einen weiteren wichtigen Schritt zur Reintegration hat der Gesetzgeber 2001 im Rahmen der Reform des Betriebsverfassungsrechts unternommen, indem er Leiharbeitnehmern das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat eingeräumt hat, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 S. 2 BetrVG). Ziel dieser Regelung ist es, der Erosion der Stammebelegschaft durch den Einsatz von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber entgegenzuwirken.²²⁰ Leiharbeitnehmer sollen auf diese Weise aus der Randbelegschaft heraus an die Stammebelegschaft herangeführt werden.²²¹ Ein passives Wahlrecht haben Leiharbeitnehmer dagegen nicht (§ 14 Abs. 2 S. 1 AÜG).

Darüber hinaus hat das BAG in jüngerer Zeit durch eine grundlegende Änderung seiner Rechtsprechung zusätzlich dazu beigetragen, die Desintegration partiell rückgängig zu machen. Den Anfang markierte die Entscheidung, dass regelmäßig beschäftigte Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind, soweit es um den Schwellenwert für die Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten gemäß den §§ 111 ff. BetrVG geht, also für den Themenkomplex Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich.²²² In einem weiteren Schritt gab das BAG seine traditionelle »Zwei-Komponenten-Lehre«, nach der die Betriebszugehörigkeit kumulativ erstens ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber und zweitens die Zuordnung zu einem bestimmten betrieblichen Bereich voraussetzt, anlässlich einer Gestaltung außerhalb des Bereichs der Leiharbeit generell auf.²²³ Dies ebnete den Weg für einen Kurswechsel dahingehend, dass Leiharbeitnehmer abweichend von der bisherigen Judikatur²²⁴ nicht zuletzt infolge der zusätzlichen Aufgabenbelastung für Betriebsräte für die von der Arbeitnehmerzahl abhängige Größe des Betriebsrats mitzuzählen sind.²²⁵

V. Schlussbemerkungen

Das Bild der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland schwankt traditionell zwischen »Schmuddelkind« und »Hoffnungsträger«,²²⁶ wobei sich der Gesetzgeber grundsätzlich für die zweite Variante entschieden hat. Ausgehend von einem ursprünglichen Verbot der Leiharbeit war die legislative Entwicklung über weite Strecken durch eine zunehmende Liberalisierung gekennzeichnet, die erst in neuerer Zeit durch gegenläufige Tendenzen im Sinne einer regu-

220 BT-Drucks. 14/5741 vom 02.04.2001, S. 36.

221 BT-Drucks. 14/5741 vom 02.04.2001, S. 28.

222 BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 = NZA 2012, 221.

223 BAG 05.12.2012 – 7 ABR 48/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 81 = NZA 2013, 793.

224 Vgl. BAG 16.04.2003 – 7 ABR 53/02, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7 = NZA 2003, 1345; BAG 10.03.2004 – 7 ABR 49/03, AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 = NZA 2004, 1340; ferner BAG 22.10.2003 – 7 ABR 3/03, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28 = NZA 2004, 1052 (keine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern für die ebenfalls von der Arbeitnehmerzahl abhängige Anzahl der Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern).

225 BAG 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 = NZA 2013, 789. Zur Rechtslage im Bereich der Unternehmensmitbestimmung siehe jüngst *Krause*, ZIP 2014, 2209 ff.

226 Vgl. *Walwei*, IAB-Materialien Nr. 3/2002, S. 6, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/matab/2002/mat0302.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.01.2015).

lierten Flexibilisierung²²⁷ wieder zurückgedrängt worden ist. Dabei folgt das deutsche Recht dem Missbrauchsabwehrkonzept. Sofern Fehlentwicklungen – öffentlichkeitswirksam – zu Tage treten, versucht der Gesetzgeber gegen-zusteuern. Dieser Ansatz war bereits Motor für die Einführung des AÜG von 1972 und bestimmte zu großen Teilen auch das Erste AÜG-Änderungsgesetz von 2011. Zugleich ist die Entwicklung nach 2003 ein anschauliches Beispiel dafür, wie ein Kollektivvertragssystem bei falschen institutionellen Anreizen aus dem Ruder laufen kann, aber auch dafür, dass die großen Gewerkschaften im deutschen System der industriellen Beziehungen trotz zwischenzeitlicher Niedergangsemantik²²⁸ nach wie vor Ordnungsfaktor sind, dem es gelingt, den Wildwuchs in einem Teilsegment des Arbeitsmarkts zurückzustutzen und dadurch zur Stabilisierung des Gesamtsystems beizutragen.²²⁹ Schließlich ist auch die Rechtsprechung ein maßgeblicher Akteur, der vor unbequemen Ent-scheidungen mit weitreichenden Konsequenzen nicht zurückschreckt, um den normativen Vorgaben auf dem Gebiet der Leiharbeit zum Durchbruch zu ver-helfen. Auch wenn es gegenwärtig den Anschein hat, als hätte die Zeitarbeit ihre wilden Jahre hinter sich und würde sich vor dem Hintergrund von euro-päischer Leiharbeitsrichtlinie und deutscher Re-Regulierung wieder in ruhi-geren Bahnen bewegen, bleibt sie eine dauerhafte Herausforderung für die Gesetzgebung, für die Kollektivvertragsparteien, für die Rechtsprechung und nicht zuletzt für die Wissenschaft.

227 Dazu auch die Typologie der Regelungsmodelle bei *Keller/Seifert*, WSI Mitteilungen 1993, 538, 540: rigides Modell, liberales Modell und reguliertes Modell.

228 Siehe etwa *Müller-Jentsch*, Blätter für deutsche und internationale Politik 10/2006, 1234, 1240 ff.

229 Zum Comeback der Gewerkschaften siehe *Schmalz/Dörre*, Industrielle Beziehungen 2014, 217 ff.

Temporary Agency Work as a Tool for Labour Market Flexibility – Italy¹

Table of Content

- I. Introduction
- II. Past and current legal framework for temporary agency work in Italy
- III. Is temporary agency work the exception or the rule?
- IV. Boundaries between temporary agency work regulation and fixed-term work regulation: judicial discretion and legal uncertainty
- V. Principle of equal treatment: consistency with Directive 2008/104/EC
- VI. The role of collective autonomy: rationales and limits

I. Introduction

According to recent data, there are 246 000 temporary agency workers in Italy². The number edged down by 28 % from its 2012 high as a consequence of the economic crisis and the fall of Italy's GDP from +0.5 % in 2011 to –0.5 % in 2013. The data shows that the temporary agency work trend is aligned with the general economic trend; that is to say, it increases with a positive economic trend and decreases with a negative economic trend. Broadly speaking, over the last five years, temporary agency workers have accounted for something between 0.95 % and 1.25 % of total employment. However, these data do not take into consideration Italy's black market employment. Illegal forms of employer/employee intermediation – the so-called *caporalato*³ – are highly developed in both the agricultural and building sectors in both Northern and Southern Italy. According to ISTAT 2013,⁴ in the agricultural sector, the phenomenon concerns roughly 400 000 workers. Hence, »legal« temporary agency work in Italy does not play the same role it plays in Germany, particularly in terms of its contribution to labour market flexibility and GDP. A number of factors influences that result; increased complexity in employment regulation, excessive judicial discretion, legal uncertainty, and the principle of equal treatment are just a few of them. In Italy, temporary agency work can be regarded as an *expensive* legal tool for labour acquisition that exposes the enterprise to which the labour is provided – that is, user undertaking – to excessive judicial discretion and increasing legal uncertainty. On the contrary, »illegal« temporary agency work, considered by user undertakings to be an *inexpensive*

1 This paper was presented at the 34th *Tagung für Rechtsvergleichung*. Arbeits- und Sozialrecht, September 12–14, 2013. I am grateful to Prof. Dr. Ulrich Becker, Prof. Dr. Sebastian Krebber, Prof. Dr. Achim Seifert for the honour to take part in the comparative labour law panel.

2 Source: Ebitemp, note of July 25, 2013.

3 Both in the North and, particularly, in the South of Italy, the so-called »caporalato« was, and still is, highly developed in the agricultural, building, and distribution sectors. Roughly speaking, the »caporale« agrees to provide to large and well known UUs, cheap day labourers (typically, immigrants), who remain under his exclusive responsibility, are typically transported to the place of work by him, and are paid directly by him.

4 Istat is the Italian National Institute for Statistics.

way to acquire needed workers, still plays a dominant role, particularly in the building and agricultural sectors.

II. Past and current legal framework for temporary agency work in Italy

Before proceeding to an investigation of the most critical issues, a brief description of the legal evolution of temporary agency work in Italy is appropriate. The widespread diffusion of *caporalato* explains why the Italian legal system has traditionally fought any form of labour intermediation, which is regarded as a tool whereby the user undertaking's labour cost savings are obtained at the expense of its workers' dignity, health, and safety. Thus, a rigid and absolute prohibition against any form of agency-supplied labour was originally enacted in 1960 (Law 1369/1960, hereafter »the 1960 Prohibition«), which established a general ban on the user undertaking's use of intermediaries of any kind to obtain workers. Besides imposing a criminal sanction thereon, the 1960 Prohibition created a civil sanction that consisted of irrefutably assuming the existence of an employment contract of indeterminate duration (CID) between the user undertaking and the worker. On the one hand, the system meant that every time an employer needed a worker, it had to seek placement assistance from what soon became a public and inefficient monopoly⁵; on the other hand, according to one famous interpretation, this legal requirement provided the first definition of a »genuine and real employer,« coinciding with a »genuine, reliable and real entrepreneur«: one who, by law, was required to own visible infrastructure, and capital⁶. The strict coincidence between the definition of a »real« and »genuine« enterprise, within which employees perform their activities, and the legal definition of »employer« led to the so-called »single employer perspective«. This perspective is also well developed in both France and Spain, though it is now undergoing a deep crisis due to the increasing role played by outsourcing, supply chains, and groups of companies. The employment relation is, necessarily, less and less regarded as a bilateral one.

One of the first exceptions to the 1960 Prohibition was created by judicial recognition of the »posting of workers«, which was permitted but only within strict limits. First, the person or entity providing the worker (the »provider«) had to be a »real entrepreneur« in the context of a genuine business undertaking; second, the posting of a worker had to respond to the specific and *temporary* interest of the provider (for instance, the posting of workers within groups of companies).⁷

5 See L. Ratti, Agency Work and the Idea of Dual Employerhip: a Comparative Perspective, in Comp. L. L. & Pol'y J., 2009, vol. 30, p. 844.

6 See O. Mazzotta, Rapporti interpositori e contratto di lavoro, Milano: Giuffrè, 1979.

7 See M. T. Carinci, Agency Work in Italy, WP »Massimo D'Antona«, no. 136/2011, at http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20111229-123141_carinci_mt_n136-2011itpdf.pdf. The posting of workers is now regulated by Article 30, Legislative Decree 276/2003.

A second exception to the 1960 Prohibition came with the adoption of Law 196/1997 (the »TAW Law«), which introduced the concept of legal temporary agency work, which permitted temporary agency work under stringent and legally defined circumstances characterized by their temporariness. Furthermore, the provider was obliged to have previously obtained a license awarded on the basis of specific legal and financial requirements, making said provider an authorized temporary work agency. The main goal of the TAW Law was to give a user undertaking an incentive to directly hire workers, by strictly limiting the user undertaking's recourse to labour intermediation. This explains Italy's continued general prohibition of long-term agency work and the heavy sanction (i. e., the irrefutable assumption of a CID between that user undertaking and the worker) imposed for a breach of any legal requirement⁸.

A third exemption to the 1960 Prohibition was created by the so-called Biagi Reform of 2003 (Legislative Decree no. 276/2003). In contrast to the general prohibition of labour intermediation, the Biagi Reform represented an effort to take into consideration the vast changes business organizations experienced with the advent of the knowledge and flexible economy: it enlarges the definition of legal temporary agency work (*somministrazione di lavoro*, Articles 20–27), regulates the posting of workers (*distacco*, Article 30), and updates the legal definition of a contract for the provision of services (*appalto*, Article 29).

First, the Biagi Reform confirms the »trilateral« structure of temporary agency work based on (a) an employment contract between the temporary work agency and the temporary agency worker; (b) a contract for the provision of labour (CPL) between the temporary work agency and the user undertaking; and (c) a *de facto* employment relationship between the user undertaking and the temporary agency worker during his assignment there – that is, »the period during which the temporary agency worker is placed at the user undertaking to work temporarily under its supervision and direction« (Article 3 (e), Dir. 2008/104/EC)⁹. Second, the Biagi Reform introduced additional restrictions focused on the licensing system and financial guarantees. Namely, a temporary work agency must still have a specific license and certain financial conditions. The prerequisites therefor permit the temporary work agency to offset the absence of a »tangible« business undertaking through a demon-

⁸ See *M. T. Carinci*, quoted above at nt. 7.

⁹ It goes without saying that, unlike the British legal system, in Italy, the temporary agency worker is, without doubt, an employee. I digress briefly to say that I share the opinion of Maximilian Fuchs (*M. Fuchs*, The implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work in the UK and in Germany. A lesson about the evolution and effectiveness of EU labour legislation, in *European Journal of Social Law*, 2012, no. 3), who underscores that Dir. 2008/104/EC, despite some ambiguities, contains significant elements about the status of a temporary agency worker as an employee, in contrast to the British tradition where temporary agency workers are generally classified as self-employed workers (in general, *L. Ratti*, quoted above at nt. 4; *G. Davidov*, Joint Employment Status in Triangular Employment Relationships, in *British Journal of Industrial Relations*, vol. 42, no. 4, p. 727 ff.). In Italy, the temporary work agency is regarded as the temporary agency worker's employer (Article 2; Whereas 15) while the user undertaking is described as the temporary agency worker's *de facto* employer as it exercises »supervision and direction« over said worker (Article 3.1(d)).

stration of economic entrepreneurial reliability. Third, the Biagi Reform significantly lightened certain restrictions provided in the TAW Law: for example, under the TAW Law, CPLs could only be of a fixed duration in accordance with the temporary nature of the need, whereas, under the Biagi Reform, CPLs may be of either a *fixed-term or an indefinite duration*. In the latter case (i. e., staff leasing), the CPL can only be entered into under specific and legally-defined circumstances, such as: IT assistance; cleaning services; transport services; marketing; call centres; and apprenticeships. In the former case (i. e., a fixed-term CPL), however, general »technical, productive, organizational, substitutive reasons, also related to the ordinary economic activity carried out by the end-user« are only required to enter into a CPL. The »general clause« used in this context is the same as the one used to identify the limits of fixed-term work undertaken directly for the user undertaking (rather than through a temporary work agency) (Art. 1, Legislative Decree no. 368/2001), which has caused some Italian judges to suggest applying to a fixed-term CPL the same general principles and rules developed with regard to such fixed-term work (*see infra* § 4).

Finally, the Biagi Reform allows the temporary work agency and the temporary agency worker to enter into either a CDD or CID. In the former case, regulations relating to fixed-term work apply (e. g., Legislative Decree 368/2001).

The most recent labour market reform occurred in 2012. The so-called Monti/Fornero Labour Market Reform (the »2012 Reform«) (Law 92/2012) was intended to create »a more inclusive and dynamic labour market, contributing to quantitative and qualitative employment, economic and social growth and to the reduction of unemployment« (Article 1). Within this framework, the 2012 Reform confirms the priority of the CID which it regards as »the dominant contract and the common form of employment relations« (Article 1). With regard to temporary agency work, the 2012 Reform allows a temporary work agency and a user undertaking to enter into a fixed-term CPL for a maximum period of 12 months, without the need to indicate any »technical, productive, organizational, substitutive reason«, which has sometimes been referred to as a CPL »without cause« or »without objective reasons«. Interestingly, the 2012 Reform does not limit the number of times that such fixed-term CPLs may be renewed, but it does limit the maximum period a temporary agency worker may be assigned to a particular user undertaking, through a combination of agency work and fixed-term work, to just 36 months.

In 2014 a new reform about fixed-term work (D. L. 35/2014) has eliminated the need to indicate »technical, productive, organizational, substitutive reason« for all fixed-term CPL, without temporal limits. The law confers to collective bargaining the prerogative to identify only quantitative limits to the use of fixed-term CPL.

The year 2012 also saw the introduction of a second, fundamental change through Article 8 of Law 148/2011 and Legislative Decree 24/2012,

which implements EC Directive 2008/104. In sum, pursuant to a new Article 20 (5)-*quater* added to Legislative Decree 276/2003 and to Article 8, Law 148/2011, collective bargaining agreements, at the national, territorial, plant, or »proximity« levels, are now given the power to add additional cases in which the obligatory objective requirements for a fixed-duration CPL no longer need to be met (e. g., the obligation to identify technical, productive, organizational or substitutive reasons for needing temporary agency workers). This enhancement of the social parties' *in pejus* power to derogate from existing mandatory law was intended to increase labour flexibility.¹⁰ Moreover, CPLs may now be entered into »without objective reasons« if certain subjective criteria are met, e. g. if, in particular, the hiring involves »disadvantaged« or unemployed workers or workers who otherwise benefit from other so-called shock absorbers (Article 20 (5)-*ter*).

A final change to Italy's law relating to temporary agency work concerns equal treatment. According to the 2003 Biagi Reform, both the temporary work agency and the user undertaking were required to apply equal »economic and normative treatment« to temporary agency workers which could not be lower than that the user undertaking accorded to similarly-situated employees. However, according to Article 7, Legislative Decree 24/2012, equal treatment no longer mandates equal »economic and normative treatment« but rather only equal »basic work and employment conditions«. Whether this represents a *reformatio in pejus* of the former legal provision remains an open question. If the answer is yes, the change could violate the Directive's non-regression clause (Article 9 (2), Dir. 2008/104/EC) (*see infra* § 5).

III. Is temporary agency work the exception or the rule?

After the Biagi Reform in 2003, temporary agency work was no longer a »strict exception« to the original 1960 Prohibition's incentive to generate long-term, stable employment with the user undertaking. Rather, it became (at least in the legislator's intention) an ordinary flexible legal tool contributing to employment growth, whether with the temporary work agency or the user undertaking. This goal appears to be consistent with Directive 2008/104/EC, where it is said that

»temporary agency work meets not only undertakings' needs for flexibility but also the need of employees to reconcile their working and private lives. It thus contributes to job creation and to participation and integration in the labour market.«¹¹

10 See F. Carinci, Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore, WP »Massimo D'Antona«, n. 133/2011; V. Leccese, Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, p. 479; R. De Luca Tamajo, Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi, *Atti delle giornate di studio A. i. d. la. s. s. di Bologna*, 2013, at <http://www.aidlass.it/%2Fconvegni/%2Farchivio/%2F2013/%2F2013/%2FRelazione%2520AIDLASS%25202013-Tamajo.doc&ei=Rv14Up-AN-ey0QXb8oGYCA&usg=AFQjCNEiG4hrARz4wEwvgBat8UvjZV2eVg&bvm=bv.55980276,d.d2k>.

11 Whereas 11 of the Directive.

The Directive also contains a pleonastic statement that *»employment contracts of indefinite duration are the general form of employment relationship«* (Whereas 15). However, its meaning is slightly different from that of the one used in the Preamble of Directive 1999/70/EC (on fixed-term work) in which contracts of indefinite duration are considered to be *»the general form of employment relationship«* (Whereas 6) and fixed-term work is regarded as the exception that *»respond[s], in certain circumstances, to the need of both employers and workers«* (Preamble, second unnumbered paragraph). In Directive 2008/104, conceived in the ideological context of *»flexicurity«*, Whereas 15 is not intended to underscore the *»exceptional«* nature of temporary agency work in relation to the standard CID with the user undertaking, but, rather, to highlight the need to permit exemptions to rules applied to the user undertaking when the temporary agency worker has a permanent employment contract with the temporary work agency, as the temporary agency worker is already protected by that employment relationship. From this perspective, temporary agency work generally contributes to job creation and to participation and integration in the labour market, which justifies changing existing national restrictions. Particularly if a temporary agency worker has a CID with the temporary work agency, which already incorporates *»the special protection«* offered by such a relationship, more *»exemptions from the rules applied in the user undertaking«* are permitted. According to Article 4 (1) of Directive 2008/104/EC, any national prohibitions or restrictions on temporary agency work can only be justified on certain general interests (such as the protection of the temporary agency worker, health and safety issues, or proper functioning of the labour market and abuse prevention), but specific national requirements relating to registration, licensing, certification, financial guarantees, and monitoring of temporary work agencies are largely permitted (Article 4 (4) of Directive 2008/104/EC).

In light of the foregoing, one could argue that the 1960 Prohibition's general prohibition of labour supply and labour intermediation, which is still considered in effect in the Italian legal system¹², is no longer consistent with Directive 2008/104/EC.¹³ Temporary agency work can no longer be regarded as an

12 In a famous judgment, the Italian Supreme Court held that, even after the Biagi Reform came into force, the general rule remains that the employer, bearing all the employment costs and liabilities, can only be the entrepreneur who *»bears the entrepreneurial risk, the business undertaking within which the employee is integrated and the interest that the work done by the employee substantially satisfies«* (Cass., SU, no. 22910/2006). Thus, the concepts of dual employment relationships and of split employer liability surrounding temporary agency work and posting workers continue to be regarded as *an exception to Italy's general rule*. Moreover, the majority of Italian scholars argue that dual employer relationships are such an exception which can be inferred from a number of sources, including the temporary work agency licensing system, the many restrictions imposed on such relationships, and the nature of the ultimate sanction for a breach of the existing rules (i. e., the irrefutable assumption of a permanent employment contract between the temporary agency worker and the user undertaking (as opposed to the temporary work agency) as it is the genuine entrepreneur. For a recent general overview of current debate, see *G. Zilio-Grandi*, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro diretto da Persiani-Carinci*, vol. VI, Cedam:Padova, 2012, p. 1306 ff.

13 See, for this opinion, *F. Pantano*, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, vol. IX, Utet: Torino, 2011, p. 593.

exception to a CID directly with the user undertaking. But, temporary agency work in Italy is still regarded, in effect, as an exception or, better yet, as a deviation from the »single employer perspective« that is deeply rooted in the Italian legal tradition. But, that »single employer perspective« has changed, as dual employment relationships are no longer considered an exception to the general norm but as a new, separate norm.¹⁴ However, dual employment relationships must remain under legislative control. Controls and restrictions are particularly necessary to prevent illegal forms of labour intermediation (e. g., the *caporalato*), still very much present in the Italian economy. From this perspective, the Italian national demand for control or restrictions complies with Article 4 (2) of Directive 2008/104/EC, which specifically authorizes prohibitions or restrictions on temporary agency work to ensure the proper functioning of the labour market and to combat abuse (such as the black market labour), and Article 4 (3), which preserves each Member States' right to impose national requirements relating to registration, licensing, certification, financial guarantees and monitoring of temporary work agencies.

Italian temporary agency work regulation raises several controversial issues. Here, I will only briefly touch upon the three most central of them: (1) Is the Italian judicial trend toward adapting the general principles and rules developed for fixed-term work to temporary agency work (particularly, the need for »temporariness«) actually consistent with the EU legal framework? (2) Is the 2012 Reform's concept of equal treatment (Italy's former concept of equal »economic and normative treatment« was replaced by equality in »basic working and employment conditions«) consistent with the EU legal framework?; (3) Is power given to the social partners' power to derogate, *in pejus*, from existing legal standards and requirements strengthened in 2012, unlimited or, on the contrary, subject to some limits and to the judicial review?

IV. Boundaries between temporary agency work regulation and fixed-term work regulation: judicial discretion and legal uncertainty

The first controversial issue to discuss is the relationship between fixed-term work and temporary agency work of a fixed duration. According to Italian law, the temporary work agency can hire a temporary agency worker on the basis of a CDD or a CID. In the former case, the law relating to fixed-term work, namely Legislative Decree no. 368/2001 (Article 22, Law 276/2003), applies. More precisely, Article 1, Legislative Decree no. 368/2001 (before the advent of D. L. 34/2014) requires a CDD to be justified on objective

14 See *P. Ichino*, Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, in A. a. V. v., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4–5 June 1999, Giuffrè, Milano, p. 3 ff.; *L. Corazza*, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2004; see *Raffaële De Luca-Tamajo*, *Adalberto Perulli*, *Productive Decentralisation and Labour Law (Individual and Collective Dimensions)*. World Congress of the ISLLSS, Paris, 5–8 September 2006, General Report; *V. Speciale*, Il datore di lavoro nell'impresa integrata, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*. Atti del convegno nazionale A. i. d. la. s. s., Catania, 21–23 May 2009, Giuffrè, Milano, 2010, p. 77 ff.

grounds, that is, the »technical, productive, organizational, substitutive reasons« must be specified, *ex ante*, in writing.

Let us now consider the CPL between the temporary work agency and the user undertaking. This term of this commercial contract (as opposed to an employment contract) can also be open-ended (e. g., for staff leasing) or of a fixed duration. In the latter case, the law also specifically provides that the CPL must be justified on »technical, productive, organizational, substitutive reasons« specified, *ex ante*, in writing (Article 20, Law 276/2003). However, the 2012 Reform introduced more flexibility by authorising temporary work agencies to enter into an initial 12-month CDD with a temporary agency worker as well as an initial 12-month CPL with a user undertaking without any need for such justifications. Interestingly, such CDDs may only be renewed twice, while such CPLs may be renewed without limitation; but, in neither case can the period of time of a particular temporary agency worker assignment to the user undertaking exceed 36 months, although, with regard to CPL, the temporal limit operates only for undertakings recurring to a combination of fixed-term work and CPL with the same employee.

The 2012 Reform intermingled regulations relating to CDDs with regulations relating to CPLs, which explains why Italian judges are likely to apply the general principles and rules developed with regard to CDDs to fixed-term CPLs. These general principles and rules can be summarized as follows:

- (a) The objective reasons (i. e., the technical, productive, organizational, and/or substitutive reasons) justifying a fixed-term CPL must be *specific*, not *generic*;¹⁵
- (b) Such reasons must be of a *temporary nature*;¹⁶
- (c) Such reasons must be extraordinary and exceptional;
- (d) The stated reasons supporting the fixed-term CPL must match the stated reasons supporting the CDD between the temporary work agency and temporary agency worker (the principle of synchronization);¹⁷
- (e) There must be a causal link between the reasons justifying the user undertaking's decision to use a temporary work agency and the tasks assigned to the temporary agency worker supplied by said agency.¹⁸

On the one hand, with regard to the objective reasons described in paragraph (a), the Italian Courts, with the unanimous support of the scholars,

15 Cass., April 3, 2013, no. 8120; Cass., July 7, 2011, no. 15610; Cass., April 2004, 2010, no. 10033, in *RIDL*, 2011, II, 41, with comment by Raimondi; Trib. Milano, December 12, 2006; Trib. Milano, January 29, 2009, in *RIDL*, 2010, II, 23, with comment by De Stefano; Trib. Bologna, February 8 2008, in *LG*, 2009, 69; Trib. Napoli, February 3, 2011, in *RIDL*, 2012, II, 348 with comment by Luciani.

16 Cass., April 2004, 2010, no. 10033, in *RIDL*, 2011, II, 41, with comment by Raimondi; Trib. Milano, December 12, 2006; Trib. Milano, January 29, 2009, in *RIDL*, 2010, II, 23, with comment by De Stefano; Trib. Bologna, February 8 2008, in *LG*, 2009, 69; Trib. Padova, April 1, 2011; Trib. Padova, February 4, 2011; Trib. Bergamo, December 19, 2008; Trib. Roma, January 15, 2013.

17 Cass., April 2004, 2010, no. 10033, in *RIDL*, 2011, II, 41, with comment by Raimondi; Trib. Milano, December 12, 2006; Trib. Milano, January 29, 2009, in *RIDL*, 2010, II, 23, with comment by De Stefano; Trib. Bologna, February 8 2008, in *LG*, 2009, 69.

18 *Ibid.*

confirm the need to identify, in writing, the *specific* objective organizational, technical, productive, and/or substitutive reasons for any CPL. This requirement is important because, among other things, it restrains judicial discretion when asked to determine if they exist; the more specific the stated reasons is, the less discretion a court can exercise in deciding if, in fact, the reasons did objectively exist when written into the CPL. On the other hand, a majority of both the Courts and scholars contest the need for those stated objective reasons to be *exceptional and extraordinary* as set forth in paragraph (c). The Italian Ministry of Labour and Welfare, in a number of memoranda, has reiterated that the »limited duration of fixed-term agency work does not imply the need for agency work to satisfy an exceptional and temporary interest of the end user« (Circ. Min. 22.02.2005, n. 7). Furthermore, Law no. 133/2008 specifically allows the »technical, productive, organizational, or substitutive reasons« to »relate [] to the ordinary economic activity carried out by the end-user«.

The need for *temporariness* – paragraph (b) – has been strongly debated in the Courts. A majority of Italian judges have held that the reasons justifying recourse to a fixed-term CPL must be, if not exceptional, at least of a temporary nature, and this majority opinion is endorsed by some Italian scholars.¹⁹ The first argument in support of this opinion is the exceptional nature of temporary agency work and the central role still played by the CID at both EU and national levels (*see* Article 1, Law 92/2012). The second argument relies on the mandatory list of situations (marketing, disabled assistance, cleaning, etc.) in which staff-leasing (i. e., the temporary work agency provides temporary agency workers to a user undertaking pursuant to an open-ended CPL) is possible, which all address the user undertaking's stable and permanent needs. *A contrario* – it is argued – the reasons justifying recourse to a fixed-term CPL must be of a temporary nature. Finally, national law regulating temporary agency work should be interpreted in a way that does not breach EU law and, more precisely, Dir. 1999/70/EC (concerning the framework agreement on fixed-term work), which provides, on the one hand, that CIDs (and not CDDs) is the general (and, thus, preferred) form of employment relations; and, a non-regression clause, on the other.²⁰ In this respect, it is also worth noting that, in a recent judgment, the CJEU held that

»The renewal of fixed-term contracts in order to cover needs that are not temporary in nature but, on the contrary, fixed or permanent, is not justified under clause 5 ... Such use conflicts directly with the premise [sic] on

19 V. *Speziale*, La riforma del contratto a tempo determinate, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, p. 225; Id., Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2004, p. 295 ff.; E. *Raimondi*, La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, II, p. 41 ff.

20 See CJEU, C-378/07 and 380/07, *Angelidaki*. Here, the CJEU adopts an expansive interpretation of the non-regression clause (in contrast to the *Mangold* case). Particularly, according to the CJEU, only a reduction on a scale likely to have an overall effect on national legislation relating to fixed-term work is relevant with respect to the non-regression clause. C. App. Bari, July 20, 2005.

which the FTW Framework Agreement is founded, namely that contracts of indefinite duration are the general form of employment relationships.«²¹

It is, nevertheless, possible to object to the argument that Directive 1999/70/EC (regulating fixed-term work) and Directive 2008/104/EC (on temporary agency work) pursue different scopes, objects, and goals and must be kept separate. While Directive 1999/70/EC combats the abuse of CCD renewals as a method to avoid entering into CIDs, Directive 2008/104/EC regards temporary agency work as a positive, legitimate, and legal tool of labour flexibility which contributes to competitiveness and growth in employment and occupation.²² As a consequence, while CDDs are considered an exception to CIDs, and thus only permitted within strict limits, temporary agency work is not (*supra* § 2). Riccardo Del Punta²³ persuasively argues that it is difficult to imagine that recourse to a CDD (as well as to fixed-term temporary agency work) rather than to a CID (which remains the general form of employment), can be justified by anything other than *temporary reasons*.²⁴ However, in refuting that position, it can be argued that, in the EU context, fixed-term temporary agency work *is not an exception to a CID* (*supra* § 2). It is misleading to think (as some Italian judge apparently do) that, insofar as a rule-and-exception relationship exists between a CID and temporary agency work, the user undertaking *owes a duty to state the reasons why it chose to acquire labour through temporary agency work instead of a CID*.²⁵ Moreover, such a solution would inevitably lead to unlimited judicial discretion to second-guess the user undertaking's core managerial prerogatives, thereby distorting the object and limits of such judicial review and seriously undermining legal certainty.²⁶ In general, such judicial review should be limited to the objectiveness and actual existence of the reasons stated by the UU in the applicable CPL;²⁷ it should not, on the contrary, lead to an investigation into the entrepreneurial motives that led to the user undertaking acquiring labour through a temporary work agency, *rather than* through a direct CID. In sum, one cannot take the EU's affirmation that the CID remains *the general form of employment relation* as evidence to support that either (i) «temporariness»

21 CJEU, 26 January 2012, C-586/10, *Kücük v. Land Nordrhein Westfalen*, para. 36–37.

22 See *R. Romei*, La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme, in *Diritto delle relazioni industriali*, p. 993; *F. Pantano*, quoted above at nt. 13; *S. Ciucciiovino*, Il sistema normativo del lavoro temporaneo, Giuffrè: Milano, 2008, 93 ff.; *M. T. Carinci*, Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato, Cedam: Padova, 2005, 84 ss.; *P. Chieco*, Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo, in *W. P. »Massimo D'Antona«*, n. 10/2004.

23 *R. Del Punta*, La sfuggente temporaneità. Note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2002, 542 ff.

24 From this perspective, see also Trib. Roma, January 15, 2013.

25 See, for example, C. App. Bari, July 20, 2005; Trib. Roma, January 15, 2013. A clear example came from the Tribunal of Firenze, February 14, 2012, in which the Italian judge held that the user undertaking and the temporary work agency must explain, in a detailed writing, *why they have chosen a CDD instead of a CID*. See also Trib. Vicenza, February 17, 2011, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011, 1136 with comment by Del Conte.

26 See *M. Del Conte*, Somministrazione di lavoro e limiti al sindacato giudiziale, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011, p. 1136 ff.

27 Cass., July 15, 2011, no. 15610.

must characterize the reasons justifying recourse to a CDD,²⁸ or (ii) the user undertaking owes a duty to justify why it chose a temporary work agency, rather than a standard CID.

The CJEU recently found a distinction between fixed-term temporary agency work and other fixed-term work, a decision which underscores the different scopes, rationales and goals behind Directive 1999/70/EC (intended to protect stable employment against the imperative of flexible economics) and Dir. 2008/104/EC (intended to contribute to jobs, flexible employment, and a flexible market economy).²⁹ The Tribunal of Napoli made a request for preliminary ruling to the CJEU, essentially asking »whether Directive 1999/70 and the Framework Agreement must be interpreted as applying to the fixed-term employment relationship between a temporary worker and a temporary employment business or to the fixed-term employment relationship between such a worker and a user undertaking.«³⁰ The CJEU's answer was a negative one; it held that

»the fixed-term employment relationship of a temporary worker made available to a user undertaking by temporary employment business does not come within the scope of the Framework Agreement nor, therefore, of Directive 1999/70« (para. 42).

Thus, according to the CJEU, Directive 1999/70

»must be interpreted as not applying either to the fixed-term employment relation between a temporary worker and a temporary employment business or to the employment relationship between such a worker and a user undertaking« (para. 45).

The CJEU, hence, takes the position that not only the CPL, but even the CDD between the temporary work agency and the temporary agency worker must be distinguished from all other CDDs, such that neither falls within the field of application of Directive 1999/70/EC.³¹

One last point should be investigated. The word »temporary« is used throughout Directive 2008/104/EC (e. g., it is a Directive »on temporary agen-

28 S. Ciucciavino, quoted above at nt. 22, p. 98.

29 See CJEU, 11 April 2013, C-290/12, *Della Rocca v. Poste Italiane s.p.a.* See also the comment by S. P. Emiliani, *Il lavoratore somministrato »in quanto tale«, quale figura emblematica del »terzo capitalismo«, in Diritto delle relazioni industriali*, 2013, p. 835 ff. where he underscores the different origins of Dir. 1999/70/EC (inspired by the so-called Second Capitalism) and Dir. 2008/104/EC (an expression of the so-called Third Capitalism).

30 Id., at para. 32.

31 This CJEU's solution presents a quandary with respect to Italian legislation. The Biagi Reform, still in effect today, expressly states that in a CDD the temporary work agency and the temporary agency worker fall under a fixed-term contract regulation (Legislative Decree 368/2001). Does the *Della Rocca* principle put some pressure on Italian judges, if faced with a CDD between a temporary work agency and a temporary agency worker in the future, to refuse to apply Legislative Decree 368/2001? I doubt it. The CJEU's holding could be considered to contradict Article 9(1), Dir. 2008/104/EC, which allows Member States to introduce more favorable provisions for workers, on the one hand, and includes a non-regression clause (Article 9(2)), on the other. Within this framework, the CJEU principle might be applicable only to the CPL between the temporary work agency and the user undertaking, not the CDD between the temporary work agency and the temporary agency worker.

cy work»). Its Article 3 (Definitions) defines those that fall within the meaning of *temporary* work agency; states that a »temporary agency worker« is assigned to the user undertaking to *temporarily* work under its supervision. However, I share the opinion of Italian scholars who emphasise that, here, *temporariness* is a consequence, rather than an essential constituent of temporary agency work. More precisely, the definitions laid down in the Directive stress the need for the *assignment to the user undertaking to be temporary* (Article 3, lit. e). However, *temporariness* of the assignment *does not necessarily lead one to conclude that the reasons upon which it is based are of a temporary nature*. To put it another way, the adverb »temporarily« (Article 3, lit. E) could simply describe to the (normally) limited duration of the worker's assignment to the user undertaking, rather than prescribe that reasons behind this strategic choice must be of a temporary nature. However, the Directive's insistence on the word »temporary« inevitably casts doubt on the consistency of Italian staff leasing (temporary agency work pursuant to a CID) with EU law.

As said above, pending the publication, a new legislative decree (no. 34/2014) has come into force. Notably, the need for any justification and *temporariness* of fixed-term CPL has been eliminated. This modification might be welcome since it reduces legal uncertainty and excessive judicial discretion and, in the meantime, takes cognizance of the fact that the employer cannot be required to explain why he/she opted for a COD instead of a CID. The only remaining limit is a quantitative limit left to collective bargaining.

V. Principle of equal treatment: consistency with Directive 2008/104/EC

Turning to the principle of equal treatment, it must be understood that the fight against *caporalato* has, since the 1960s, also been conducted through the principle of equal treatment. This principle, together with the principle of joint liability and solidarity in employer's obligations, are the cornerstones of Italian temporary agency work regulation, mainly intended to combat social dumping and labour exploitation. As a result, in Italy, temporary agency work has become a tool for labour acquisition which *is even more expensive* than other tools of indirect acquisition of labour such as a contract for the provision of services, or the supplier partnership where such contractual partners are only bound by the principle of solidarity, not that of equal treatment.³²

Article 23 of the 2003 Biagi Reform (Legislative Decree 276/2003) provides that temporary agency workers enjoy the right to equal economic and normative treatment, assessed on the basis of the user undertaking's similarly-situated employees performing the same jobs and tasks. The principle of equal treatment is different from the principle of non-discrimination (a principle which only confers on the temporary agency worker rights vis-à-vis the

³² See L. Corazza, »Contractual integration« e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore, Cedam: Padova, 2004.

temporary work agency).³³ Such equal treatment is, however, subject to a limited number of exceptions. For instance, Article 23.2 of Legislative Decree 276/2003 exempts from the equal treatment obligation individual programmes of integration/reintegration into the labour market through temporary work agencies. Moreover, collective bargaining agreements are also given the power to establish criteria used to determine remuneration linked to production results, which implicitly allows a part of the agreed-upon remuneration to be released from the principle of equal treatment.

Article 5 of Directive 2008/104/EC, describes the principle of equality of treatment: it applies to »basic working and employment conditions« (a phrase which is defined in Article 3 (1) (f). Article 5 (1) further provides that basic working and employment conditions include protection of pregnant women and nursing mothers, protection of children and young people, as well as equal treatment for men and women, and other non-discrimination rules. However, the content of such »*basic working and employment conditions*« is left to Member State discretion. Already rather general and ambiguous, the principle of equal treatment is also subject to three well-known exceptions: the so-called British derogation, Northern derogation, and German derogation.³⁴ The German derogation was incorporated in Article 5 (4) and addresses a situation that arose in Germany. There, a social partner, the Christian Trade Union, a purported representative of the interests of temporary agency work, negotiated a collective bargaining agreement that contained very low wages. The collective agreement was challenged and the entity's representativeness was later denied by the German Federal Labour Court (BAG – *Bundesarbeitsgericht*).³⁵ However, for Italy, such a problem was never a real concern. Insofar as it had a broadly conceived concept of »equal economic and normative treatment« that had been in force since the 1960s, one can easily conclude that temporary agency work never represented a way in which employers could reduce labour costs. On the contrary, temporary agency work has become a very expensive method of labour acquisition when compared to commercial contracts of service provision, supply chains, and so on.³⁶

After Article 7 of the 2012 Reform (Legislative Decree 24/2012) and the implemented Directive 2008/104/EC, Italy's equal treatment no longer assures equal »*economic and normative treatment*«; now, it only assures equal »*basic working and employment conditions*« that, *as a whole*, cannot be *inferior to those that would apply if they had been directly recruited by the user undertaking to occupy the same job*. This new standard appears to lower the level of protection previously accorded to temporary agency workers. On the one hand, equal treatment no longer suggests a comprehensive consideration

33 See *M. T. Carinci*, quoted above at nt. 7.

34 *N. Countouris*, The Temporary Agency Work Directive: a Broken Promise?, in *Ind. L.J.*, 2009, vol. 38, p. 329.

35 See *M. Fuchs*, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, in *NZA*, 2009, p. 57.

36 See *L. Corazza*, quoted above at nt. 14.

of the economic and normative treatment being applied at the user undertaking, but only a determination of the overall *basic working and employment conditions are considered*. Thus, a strict interpretation of this new legal standard may inevitably lead to a lower level of protection than that previously accorded to temporary agency workers, thereby allowing competition based on labour costs in the agency work sector.

Nevertheless, I think that the non-regression clause set out in Article 9 (2) of the Directive precludes such a result. Article 9 (2) specifically provides that

»The implementation of this Directive shall under no circumstances constitute sufficient grounds for justifying a reduction in the general level of protection of workers in the field covered by this Directive. This is without prejudice to the rights of the Member States and/or management and labour to lay down, in the light of changing circumstances, different legislative, regulatory or contractual arrangements to those prevailing at the time of the adoption of this Directive, provided always that minimum requirements laid down in the Directive are respected.«

The non-regression clause is framed so as to take into account the results achieved in the CJEU's famous *Mangold*³⁷ and *Angelidaki*³⁸ cases. It is worth considering the opinion delivered by the AG Tizzano in the *Mangold* case. He describes the non-regression clause contained in Article 8 of Directive 1999/70/EC (fixed-term work) not as a »standstill clause«, but rather as a »transparency clause«, binding Member States to take responsibility for any reduction in the level of worker protection, preventing them from taking refuge behind their obligation to transpose EU law.³⁹ Thus, Member States and/or management and labour (see Article 9 (2)) must prove that the reduction is justified not by the need to implement EU law, but »by the need to encourage another objective, one that is distinct from that of implementation«. ⁴⁰ From this perspective, the Italian *in pejus* revision of the equal treatment principle arguably does not comply with the non-regression clause as it is clearly connected with the mere need to implement Directive 2008/104/EC (See Preamble, Legislative Decree 24/2012). The Italian legislator should have justified the reduction in the level of temporary agency work protection that would result from such a change in the standard, by stating the objective(s) expected to be achieved by such change, beyond the mere need to implement EU law. Without such justification, it is more than likely that Italian judges will interpret the 2012 Reform's use of the concept of equal »basic working and employment conditions« as a whole, exactly as they used to interpret the original concept of »equal economic and normative treatment«; otherwise, it would be deemed to be in violation of the Directive's non-regression clause.

37 EUCJ, 22 November 2005, C-144/04, Werner Mangold v. Rüdiger Helm.

38 EUCJ, 4 July 2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)

39 See Opinion of AG Tizzano, 30 June 2005, paragraph 61–62; see also, Opinion of AG Jääskinen, 22 April 2010, para. 40.

40 Opinion of AG Jääskinen, 22 April 2010, paragraph 45.

VI. The role of collective autonomy: rationales and limits

In Italy, as anticipated, the power to derogate from established mandatory legal standards that has been granted to the social parties (e. g., the collective bargaining agents) has been strengthened by Article 8, Law 148/2011. The derogation is intended to increase flexibility in working rules and conditions. With particular regard to temporary agency work, Article 8, Law 148/2011, confers to »collective agreements of proximity« the right to identify additional situations in which recourse to temporary agency work (either of fixed or indeterminate duration) is granted beyond ordinary legal limits. According to the law, this right must be exercised within certain limits, such as in respect of the Constitution, EU law, and international constraints. In addition, only certain general interest objectives may be the subject of such a contractual derogation – that is, employment growth, improvement in the quality of employment contracts, reduction of illegal work, improvement in competitiveness and wages, management of a business crisis, and investments in new economic activities – and must be declared, in advance and in writing. Nevertheless, Italian judges seem to be reluctant to scrutinize either (i) the intent or the objectives pursued by collective agreements of proximity;⁴¹ or (ii) to apply a proportionality and adequacy test, as suggested by some Italian scholars.⁴² A reason for such reluctance is the traditional autonomy of the Italian industrial relations and their strong independence from any State interference since the fall of Fascism and the advent of the Italian Constitution (1948).⁴³

Legislative Decree no. 24/2012, implementing Directive 2008/104/EC, provides the most recent innovation in this regard. According to the newly adopted Article 20 (5)-*quater* of the Biagi Reform (Legislative Decree 276/2003), social partners at the national, territorial, or even plant level are entitled to define other cases in which the objective restrictions to fixed-term temporary agency work shall not apply. Moreover, legislative decree 34/2014 provides that CPLs no longer need to be based on objective grounds but are only subject to quantitative limits left to collective bargaining at national level. Thus, the legal framework outlined by Article 8, Law 148/2011, conferring to collective agreements of proximity the right to establish new situations in which temporary agency work is permitted, is then complete.⁴⁴

What are the limits on such deregulatory power? According to Article 8, Law 148/2011, collective agreements »of proximity« are expressly obliged

41 See Trib. Torino, January 23, 2012, in *Lav. Giur.*, 2012, p. 450.

42 See *A. Perulli, V. Speciale*, L'art. 8 della l. 14 settembre 2011, n. 148 e la »rivoluzione di Agosto« del diritto del lavoro, *W.P. »Massimo D'Antona«*, n. 132/2011, p. 30.

43 See, among others, *G. Giugni*, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano: Giuffrè, 1960; *G. Vardaro*, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico. Il diritto sindacale tra contratto e istituzione*, Jovene: Napoli, 1984; *U. Romagnoli*, *Il contratto collettivo di lavoro nel Novecento italiano. Relazione al XIII Congresso dell'AIDLASS*, 2000, available at <http://www.univr.it/aidlass/congresso2000/romagnoli.rtf>; *R. Romei*, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, p. 181 ff.

44 See *R. Romei*, quoted above at nt. 14, p. 993 ff.

to respect constitutional, EU, and international principles. Interestingly, this limit is not expressly set out in Article 20 (5)-*quater* and Article 20 (4); nevertheless, it can be inferred. From a comparative perspective, a BAG judgment of August 15, 2012, presents a forceful argument for such an inference. There, the focus was on a collective agreement providing a maximum duration of fixed-term temporary agency work of 42 months, in derogation of the 24 months established by Article 14 of the TZBFG (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge*). Although said Article 14 also granted a broad deregulatory power to collective bargaining agents (i. e., without any express limits), the BAG determined that such collective bargaining autonomy is, in fact, limited: first, by the German Constitution (particularly, Article 12.1, which binds the State and national legislation to provide minimum worker protections); and, second, by EU law (particularly, in the case of fixed-term work, by Articles 2 and 5 of Directive 1999/70/EC, which obliges Member States *to prevent abuses arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships*).⁴⁵

While some might consider the BAG's decision to be a bit cryptic about the origin and legal foundation of said limits, I think that this solution will be adopted by the Italian judiciary, based on a number of arguments. First, Italy (like most countries in Continental Europe), adopted, in its Constitution, the mandate that the State must establish the minimum floor of labour rights (see Articles 1, 2, 4, 35, 117).⁴⁶ Second, as the CJEU reiterated in *Ruben Andersen*, EU law on temporary agency work can also be implemented at the national level via collective agreements. However, in such a case, it is for the Member States to ensure *»by appropriate laws, regulations or administrative measures, that all workers are afforded the full protection provided for in the Directive«*.⁴⁷ Finally, the CJEU clarified, particularly in the area of non-discrimination, that social partners must respect EU law (particularly, the EU Directives) and their acts are subject to judicial review.⁴⁸ As a result, social partners are obliged to respect the minimum levels of protection set forth in the Directives, and Member States are obliged to give to their judges the necessary power to scrutinize the legality of collective agreements under EU law.

A different question, which can only be mentioned here, is whether the minimum floor of rights and protections should be set down *only* by statutory law. If yes, then broad, generic mandates giving social parties the power to substitute their own rules, below that minimum, should be regarded as

45 See *K. Loth, D. Ulber*, Grenzen der tarifvertraglichen Abweichungsbefugnis nach § 14 Absatz II 3 TzBFG, in NZA, 2013, p. 130.

46 See *F. Carinci*, Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore, WP »Massimo D'Antona«, n. 133/2011, p. 71; *F. Scarpelli*, Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d. l. n. 138/2011, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, p. 494.

47 See CJEU, December 18, 2008, *Ruben Andersen*, C-306/07, para. 26; see also the opinion of the AG Ruiz-Jarabo Colomer, June 19, 2008.

48 CJEU, October 12, 2010, C-45/09, *Rosenblatt*, para. 53; CJEU, September 13, 2011, C-447/09, *Prigge et altri v. Deutsche Lufthansa AG*, para. 48–49. See also CJEU, October 16, 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*; CJEU, June 7, 2012, C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroles c. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways*.

null and void. One Continental court has already taken such an approach: the French *Conseil Constitutionnel* held that Article 34 of the French Constitution only gives the national legislature the power to establish minimum rights and duties falling within the concept of *ordre public social protecteur*; as a consequence, any grant of power to derogate from law, *in pejus*, conferred to social partners must be *precise, limited and contained in a legal act*.⁴⁹ Such a clear and categorical answer cannot be found in Italy⁵⁰ or in Germany. Moreover, in antidiscrimination law, even the CJEU has contradicted itself with respect to how Member States may legally give social partners the power to derogate from existing legal minimums. First, in *Prigge v. Deutsche Lufthansa AG* (discrimination on grounds of age)⁵¹, the CJEU acknowledged that as described in Article 2 (5) of Dir. 2000/78/EC, certain discriminatory measures are necessary »for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others«, and thus can be adopted by social partners pursuant to an authorization by the Member States. However, it further held that »those ... rules (of authorization) must be sufficiently precise so as to ensure that they fulfil the requirements set out in the said Article 2 (5)« (para. 61). Contradictorily, in interpreting the broad power to derogate from the obligations set forth in Article 6 of said Dir. 2000/78/EC (*Justification of differences of treatment on grounds of age*), in *Palacios de la Villa*⁵², *Rosenblatt*⁵³, *Prigge and Tyrolean Airways*⁵⁴, the CJEU authorized Member States to grant general legal mandates to social partners. Here, the focus of judicial review is no longer the content of the law, but rather, the content of the collective agreements entered into in accordance with the law.

Another argument arises from the non-regression clause in Article 9 (2) of Directive 2008/104/EC. As mentioned above, Article 9 (2)'s non-regression clause does not impede

»the rights of Member States and/or management and labour to lay down, in the light of changing circumstances, different legislative, regulatory or contractual arrangements to those prevailing at the time of the adoption of this Directive, provided always that the minimum requirements laid down in this Directive are respected«.

Thus, the social partners, like Member States, are obliged to respect the minimum requirements set forth in the Directive and to fulfil the duties of justification and transparency if they give their contractual consent to a lower level of overall protection than previously granted to workers.

49 Judg. n° 2004-494 DC, April 2009, 2004; see also *A. Supiot*, Un faux dilemme: la loi ou le contrat?, in *Droit Social*, 2003, p. 59.

50 Several legal norms, however, have been interpreted from this perspective (see, for instance, Article 35 of the Italian Constitution). Recently, see *F. Scarpelli*, Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, p. 494.

51 CJEU, September 13, 2011, C-447/09, *Prigge et altri v. Deutsche Lufthansa AG*.

52 CJEU, October 16, 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*.

53 CJEU, October 12, 2010, C-45/09, *Rosenblatt*.

54 CJEU, June 7, 2012, C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroles v. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways*.

Finally, we must take into consideration more precisely some constitutional and EU limitations that bind collective bargaining autonomy. With particular regard to temporary agency work and Directive 2008/104/EC, a first limit can be found in the need to respect the »minimum requirements laid down in the Directive« (Art. 9 (2)). Minimum requirements are, for instance, provided in Article 2, which identifies the Directive's purpose, namely the protection of temporary agency workers by ensuring equal treatment, on the one hand, and recognizing temporary work agencies as employers, on the other. This is particularly interesting for the UK legal system where temporary agency workers are usually deemed to be self-employed persons rather than employees.⁵⁵ Article 5.5 thereof invites the Member States to take appropriate measures *to prevent abuses deriving from successive assignments designed to circumvent provisions of the Directive*. Thus, Member States cannot allow or delegate social partners to introduce unlimited renewals and prolongations of fixed-term CPLs. There is the need to introduce some limits such as, for instance, objective reasons justifying the renewals, a maximum total duration or a maximum number of renewals. Minimum collective rights might also be taken into account as well as rights to access to job opportunities, collective facilities, and vocational training (Article 6). Furthermore, Article 6 provides that collective agreements cannot prohibit or prevent the conclusion of an employment contract between the user undertaking and the temporary agency worker and that Member States must take action to ensure that any such clauses are null and void.

At the constitutional level in Italy, principles that should be considered binding on the social partners include Article 36 providing the constitutional right, with direct effect, to *decent and proportional wage*; Article 41.2 considering human dignity and security as a general limit to economic activity and, as a consequence, to any reduction in existing restrictions on temporary agency work; Article 35.1, according to which the Italian Republic protects work in »all its forms and applications«; and Article 37, providing the right to equal pay for equal work for men and women. Such limits should be inferred by judges on a case-by-case basis.

A different question which has yet to be addressed in Italy is whether a goal of general interest is an added requirement to justify an *in pejus* modification to existing standards through collective bargaining. As mentioned above, under Article 8, Law 148/2011, an object of general interest among those listed by the legislator is fundamental to justify an *in pejus* modification through collective agreements of proximity. Furthermore, Italian judges, traditionally, tend to justify *in pejus* modifications of statutory standards via collective agreements only if specific general interests are pursued by social partners. For instance, a collective agreement clause reducing wages for a *contratto di formazione lavoro* (i. e., an internship or job training contract) is considered legitimate to the extent to which it is necessary to fight youth unemployment;

55 See *M. Fuchs*, quoted above at nt. 8.

otherwise, the collective agreement's clause is null and void.⁵⁶ A contractual clause allowing and increasing workers' flexible horizontal mobility, even beyond the boundaries of general professional classifications, is valid if necessary due to contingent business needs and worker training and requalification.⁵⁷ Further, Article 9 (2) of Dir. 2008/104/EC provides a non-regression clause that seems to indicate that any reduction in the level of protection, whether through law or through a collective agreement, must be justified by changing circumstances. This rule might be interpreted as imposing on the social partners a *general duty of justification or transparency* of any *in pejus* modification to legally existing protections. It goes without saying that such justifications must be subject to judicial scrutiny of both the objective(s) pursued by the collective agreement and the proportionality of the means used by collective agreements to achieve such objectives.⁵⁸ This might represent a fundamental change in the Italian legal system, where collective agreements have been traditionally considered to be immune from a strict scrutiny on reasonableness, equitableness or proportionality of their contents.⁵⁹

56 Cass., March 21, 2012, no. 4475; Cass., August 14, 2004, no. 15878; Cass., April 12, 2006, no. 8537.

57 See Cass., November 24, 2006, no. 25033.

58 See the Opinion of the AG Cruz Villalon, delivered on May 19, 2011, §§ 41–46.

59 Cass., SU, 17 May 1996, no. 4570.

Temporary Work as an Instrument for the Flexibilisation of Labour Markets – France

Table of Content

- I. Definition
 - 1. Historic evolution in the regulation of fixed-term contracts
 - 2. Specific aspects concerning the regulation of temporary work (agency work)
 - 3. The impact of temporary work on the French labour market
 - 4. The effect of Directive 2008/104 of 19 November 2008 on temporary agency work
- II. Legal Framework
 - 1. The legal relationships between temporary workers, temporary work agencies and user undertakings
 - a) Relationship between the worker and the user undertaking
 - b) Relationship between the agency and the worker
 - 2. Objective grounds as a precondition for temporary work
 - a) Replacement of a worker at the user's company
 - b) Temporary increase of the activity of the user
 - c) Seasonal work
 - d) Activities for which it is customary to have recourse to fixed-term contracts
 - 3. Prohibition
 - 4. Duration of contracts
 - 5. Regulation of successive contracts
 - 6. Unfair dismissal protection for cases where an employer dismisses employees in order to replace them by temporary workers
- III. Individual rights of temporary workers
 - 1. The principle of equal treatment of temporary workers
 - 2. Wages of temporary workers
 - 3. Social security during temporary work
 - 4. Vocational training
- IV. Collective rights of temporary workers

I. Definition

Agency work, which consists in providing workforce for a profit, refers, in French labour law, to a triangular form of employment, whereby a profit-making company, called a temporary work agency, assigns a worker, hired for that purpose, to another company, called a user, under a commercial contract¹.

1 For a recent presentation of the topic, see *P. Lokiec*, Fixed-term Contracts in France in Blanpain, R. (Roger), Regulation of Fixed-term Employment Contracts: A Comparative Overview, Kluwer Law International, 2010, p. 43. For a comparative analysis including French law, see also *Silvia Spattini*, Agency Work: a Comparative Analysis, E-Journal of International and Comparative Labour Studies, Vol. 1, n° 3–4 October–December 2012, p. 169.

1. Historic evolution in the regulation of fixed-term contracts

In France, an Act of 1972 legalized and regulated temporary agency work. The use of fixed-term contracts was both allowed and restricted. When the socialist government came to power in 1981, a further restriction on the use of such contracts was decided: in 1982, a statute was adopted in order to limit the grounds allowing fixed-term employment, and it insisted that the »normal« employment contract was to be for an indefinite duration. A principle of equal treatment was also established between temporary workers and permanent workers. Moreover, the text encouraged social partners to conclude collective agreements improving the situation of temporary workers. It led to a series of collective agreements in the temporary work sector.

In 1986, when a conservative government came to power, the law was relaxed to satisfy business demand for increased flexibility. The limitation of grounds was abolished, and replaced by two rules: fixed-term contracts could be signed for a definite task, and not if the worker was to occupy a durable job, corresponding to the normal and permanent activity of the company.

Once again, in 1990, the law was reformed, this time to limit the recourse to fixed-term contracts: a limited list of grounds was reintroduced, and the regime of fixed-term and agency work contract was aligned. At that time, temporary work agencies concluded a collective agreement at national level, which was subsequently taken over by the Act of 1990.

2. Specific aspects concerning the regulation of temporary work (agency work)

In France, the law prohibits contracts the object of which is to provide workforce for a profit. Severe criminal sanctions apply in case of violation of this prohibition. The only exception concerns the activity of temporary work agencies, which are defined and regulated by the law (see below).

By contrast, providing workforce without making any profit is not prohibited, and this allows, in particular, intra-group transfers of workers, as long as they do not imply a profit for the firms concerned (Article L 8241-2 of the Labour Code). This is not a simple issue though, since the notion of profitable operation can be conceived extensively. French law remains ambiguous on this issue. Although an Act of 2011² has tried to clarify the matter, in the aftermath of a series of cases decided by the *Cour de cassation* (highest court for civil matters) many questions are still unsolved. In particular, the law does not make clear whether the operation falls under the prohibition if its outcome is not a profit for the one providing the workforce, but if the user of the workforce saves money, and/or increases its flexibility, by not having to hire his own employees. A positive answer was given by the *Cour de cassation*, which adopted an extensive approach of prohibited practices before the new law was

2 Law of 28 July 2011, Article L 8241-1 Labour Code.

adopted³. It remains to be seen whether that case law will be confirmed on the basis of the new legislation.

To avoid all uncertainty concerning the legality of their activity, and to ensure their development, the activity of some non-profit organisations devoted to supplying workers to other companies has been regulated. In 1985⁴, the possibility was introduced for employers to pool together in order to hire workers who could be dispatched among participating companies according to their needs. These so called »*groupements d'employeurs*« serve as a the legal structure for employing workers. Thus, the beneficiaries of the workforce are able to resort to workers without the burden of hiring and firing them. Initially, the law was designed to foster employment by smaller companies (employing less than 300 workers). Statutes adopted in 2000 and 2011 have abolished this limit, and all companies are now authorized to participate in these structures. In 1987, the law authorized and regulated the activity of another type of non-profit organisations called »*associations intermédiaires*«, whose activity consists in helping unemployed workers facing serious social and professional problems access the labour market. Since 1991, non-profit organisations providing home services to individuals were also given a legal status. These organisations are entitled to provide either the workforce only (acting as agencies), job placement (in case of which the worker is employed by the person using the services of the workforce), or services to individuals (in such cases, the organisation posts workers who provide home services). The law aims at developing services to persons at their homes, and foster the employment of less qualified workers.

In France, temporary work agencies are legal, but companies willing to develop business activity in that field must fulfil a series of conditions. These legal requirements aim at guaranteeing the reliability and seriousness of the temporary work sector. First of all, hiring and posting temporary workers must be the exclusive activity of the company (temporary work agencies have a monopoly for supplying temporary workers). Violation of this rule constitutes a criminal offense. In addition, financial guarantees are required (funds in a bank or another financial institution, in order to ensure the payment of wages and tax contributions, in cases of insolvency of the temporary work agency). Lastly, the company must be declared to the labour administration before it starts business (declaration to the local labour inspector). No authorization or licence is required but information must be forwarded to the administration: the name of the firm, its location, its managers, the branches, and the number of permanent staff. Temporary work agencies cannot start their activity before they have obtained a receipt from the labour administration (or before a period of 15 days has expired). The declaration initiates a procedure of control over the activity of the temporary work agency by the labour

3 Cass. soc. 18 May 2011, n° 09-69175.

4 Law of 25 July 1985.

administration: agency work companies must, periodically, forward data to the labour administration. Since 1994, the information required is limited to a monthly statement of the fixed-term contracts concluded.

3. The impact of temporary work on the French labour market

Agency work appeared in France between the two world wars, and grew considerably during the second half of the 20th century before it was regulated. Over the past 60 years, some important factors have modified the economic, social, and legal context of the development of temporary agency work. During the 50s and until the 70s, temporary agency work was mainly intended to remedy the shortage of workers. Through temporary agency work, workers could exploit their abilities or qualifications in a profitable way. For a number of them, temporary work was a choice, as temporary workers enjoyed, in terms of pay in particular, a relatively better situation than workers employed in a bilateral employment relationship. The situation has changed since the middle of the 70s in relation to the surge of unemployment: for a large majority of agency workers, temporary work became an alternative to unemployment, rather than a choice.

In recent times, agency work has continued to grow: from 1988 to 2013, the percentage of agency workers within the total workforce increased from 0.7 % to 2.9 % (reaching 3.3 % in 2011, a year of sustained growth of +9.3 %)⁵. At the end of 2013, 523 100 workers were employed through a temporary work agency.

In 2012, 1.9 million persons concluded 16 million fixed-term contracts with temporary work agencies. On average, the duration of these contracts is very short (1.7 weeks), and workers work for a very limited period each year (2.6 months per year). For 50 % of temporary workers, the duration of annual work for an agency is less than 1.5 months. These figures give an idea of temporary work in France: it is indeed a very temporary occupation for a large number of workers.

When the industry was affected by a strong decrease of its activity in 2012 (–8.9 %, as compared to 2011) non-qualified blue-collars and youngest workers were the most affected, (just as in 2007 and 2009, when the activity of the sector also dropped).

In France, the temporary work industry is very concentrated: in 2012, three main agencies concluded 55 % of all temporary work: Adecco (including Adia), Manpower and Randstad-Vediorbis (including Select).

⁵ Statistics and studies are periodically published by the Ministry of Labour (DARES) and can be found at: <http://travail-emploi.gouv.fr/etudes-recherches-statistiques-de,76/statistiques,78/emploi,82/l-interim,2285/l-interim,15028.html>.

4. *The effect of Directive 2008/104 of 19 November 2008 on temporary agency work*

Directive 2008/104 does not imply, *prima facie*, any evolution of French law. Its main provisions on equal treatment of temporary workers and permanent workers of the user had already been implemented by the provisions of the French Labour Code before the Directive was adopted. On equality, French law seems more favourable than European law, as no derogations (such as the ones that the Directive allows) are possible.

However, French law could be affected by Article 4 of the Directive, requiring a review of restrictions or prohibitions on the use of temporary agency work. Indeed, the Directive accepts that these prohibitions or restrictions be justified »on grounds of general interest relating in particular to the protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented«. The Directive also indicates that it should be »without prejudice to national requirements with regard to registration, licensing, certification, financial guarantees or monitoring of temporary-work agencies«. But all French restrictions to the use of temporary work cannot necessarily pass muster. For instance, the prohibition to resort to temporary work to replace workers on strike could be challenged. To be sure, point 20 of the preamble of the Directive indicates that »the provisions of this Directive on restrictions or prohibitions on temporary agency work are without prejudice to national legislation or practices that prohibit workers on strike being replaced by temporary agency workers«. But it is not clear whether the preamble can efficiently immunize national legislation from being contested, and be called in question by a decision of the Court of Justice.

II. Legal Framework

1. *The legal relationships between temporary workers, temporary work agencies and user undertakings*

Contrary to other national laws, French law implied, until a collective agreement concluded in 2013, which was extended to become generally applicable in 2014, that the contract of employment (between the temporary worker and the agency) coincides with the commercial contract of assignment (between the agency and the user)⁶.

The commercial contract is submitted to formal requirements: it must concern only one particular worker, mention the ground justifying the recourse to temporary work, the end of the assignment, contain a job description, indicate the qualification required, the place and working hours. It must also mention the pay that a worker with the same qualification would obtain if employed at

6 Since 2014, the contract of employment with the agency can be of indefinite duration.

the same position. That commercial contract must be signed within the two days of the employment.

To be lawful, an objective and temporary need of workforce at the user's company must, in addition, justify the contract. Restrictions concerning the grounds and duration of the assignments apply (see below).

As far as the worker is concerned, the characteristic of temporary agency work is a dualistic relationship, with the temporary work agency on the one side, and with the user company on the other. The first company takes on the legal status of employer, while the second uses the worker's labour force. Therefore, agency work creates a particular legal position: the position of the user of the worker, who is not the employer but exercises some of the powers of the employer⁷. The distinction between the one who employs and the one who uses the worker is fundamental to the legal mechanism of temporary agency work⁸.

a) Relationship between the worker and the user undertaking

Despite any contractual link between the temporary agency worker and the user company, the former is considered to be subordinated to the latter. Indeed, the user controls the activity of the worker. As a result, some rights and obligations exist between the two. The user has authority over the worker, and is entitled to give him instructions and orders.

Reciprocally, the user has legal obligations towards the worker. The French Labour Code indicates that during the assignment, the user is responsible for all conditions relating to work, in particular health and safety protection (L 1251-21). A general obligation of protection of the agency worker lies with the user. Temporary agency workers have a right to be trained in security matters within the user company.

Any damages caused to the worker during the assignment may lead to civil or criminal liability of the user. Financial damages, such as a theft suffered by the temporary agency worker, are also concerned. The user is liable for all damages caused by the temporary agency worker to third parties.

b) Relationship between the agency and the worker

As compared with the user, the temporary work agency only maintains administrative or institutional links with its temporary employees, although the relationship between the agency and the worker is an employment relationship. The agency hires the workers, decides on his assignment (*«mission»*), pays the wages and social security contributions, and is in charge of vocational training.

Until 2014, the work contract with the agency had to be a fixed-term contract. Since a collective agreement concluded in 2013, which was extended to

⁷ C. Vigneau, 23 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 1 2001–2002, pp. 57–58.

⁸ Ibid.

become generally applicable in 2014, the employment contract with the agency can also be a standard contract, of indefinite duration. In order to protect the worker, that contract is submitted to formal rules: it must be submitted in written form and sent to the worker within two days after he starts working. The same provisions that are contained in the commercial contract between the temporary work agency and the user must appear. In addition, the contract must indicate: the worker's qualification, the modalities for the payment of his salary, the trial period (if any)⁹, a provision concerning repatriation by the agency if work must be performed outside the country, and a provision indicating that the user can hire the worker permanently at the end of the assignment. If this formalism is not respected, the worker can claim, and be confirmed by a court decision, that he was, from the beginning, a permanent employee of the agency, and possibly of the user.

Although the user is, in general, responsible for training workers in security matters, in case the assignment is justified by urgent work needed for safety measures, it is the duty of the temporary agency work firm to make sure that workers are trained for the task and carry the adequate equipment. The user only has to inform the agency of the characteristics of the undertaking and the job to be performed.

The user must ensure that agency workers are treated the same way as permanent employees (see below).

2. Objective grounds as a precondition for temporary work

The general rule, in French law, is that fixed-term contracts cannot aim or have for effect the durable occupation of an employment concerning the normal and permanent activity of the company. To achieve this goal, French law limits the grounds allowing recourse to all fixed-term contracts, including agency work.

Thus, to be lawful, the assignment must comply with two legal requirements. First, as a general principle, the hiring of an agency worker must not be intended to occupy permanent jobs in companies. Second, the hiring is only allowed in the specific cases enumerated by the regulation.

Such grounds are mentioned in the Labour Code (according to case law, the employer cannot specify two separate grounds¹⁰):

a) Replacement of a worker at the user's company

Fixed-term contracts can be used for the replacement of an employee who is absent and whose contract is suspended (sickness, maternity leave ...) or for replacements linked with the reorganization of the company.

⁹ The trial period is regulated by the law (L 1251-14 of the Labour Code): it must not exceed two days if the employment lasts less than 1 month, three days if it lasts between one and two months, and five days maximum. Different durations can derive from a collective agreement concluded either at company or branch level.

¹⁰ Cass. soc. 23 Jan. 2008, n° 06-41.536.

The risk, with this ground, is that fixed-term contracts become a way to compensate for insufficient staff. To limit this risk, a fixed-term contract can only be concluded for the replacement of one particular employee, not for a series of »replacements«¹¹. The employee who is replaced must be identified in the contract. Case law has made it clear that one fixed-term contract cannot allow the replacement of several employees, absent in succession¹².

In a case, in which an employee had been hired by successive fixed-term contracts for nearly ten years to replace permanent staff, the *Cour de cassation* ruled that the jobs held by the workers concerned, and maintained in the same position for several years, were associated with the normal and permanent activity of the company and, as a result, workers should be considered permanent employees¹³.

b) Temporary increase of the activity of the user

Firms can use fixed-term contracts to meet a temporary increase of their activity. Again, to avoid abuse, the law requires the performance of a task precisely defined that falls outside the normal activity of the company. It includes accidental or cyclical increases in the workload that cannot be handled with the usual staff as long as they are temporary.

The law allows, in particular, the hiring of a worker under a fixed-term contract in case the company has obtained an exceptional order from a client abroad, leading to exportation.

Another specific case concerns urgent work which needs to be done to prevent imminent accidents, organize relief measures or repair deficiencies of equipment, facilities or buildings that present a danger to people.

c) Seasonal work

Fixed-term contracts can be used for activities that take place every year, at the same period, according »to the rhythm of seasons or the collective way of life«. A season cannot exceed eight months.

d) Activities for which it is customary to have recourse to fixed-term contracts

In certain sectors of activity, defined by decree or collective agreements, the law considers that there is a constant customary practice not to hire workers under permanent work contracts in relation with the nature of the task to be accomplished. However, the simple fact that the sector is included in the decree does not imply that the company can use agency workers freely: the job for which an agency worker is employed must be one of the jobs for which it is not customary to employ workers on a permanent basis.

11 Cass. soc. 28 June 2006, JCP S, 2006, 1860.

12 Ibid.

13 Cass. soc. 29 Sept. 2004, n° 02-43.249.

The sectors concerned include: restaurants, sport (professional), entertainment, cultural activities, broadcasting, film production, education and scientific research (for foreign researchers or in the framework of an international convention).

3. Prohibition

The recourse to fixed-term contracts is prohibited in a series of hypothesis: to replace workers on strike, to perform particularly dangerous work (listed in a decree), to occupy a position that has been suppressed as a result of a collective redundancy less than 6 month before (this prohibition applies only if the user intends to have recourse to a temporary worker to face an increase of the company's activity).

4. Duration of contracts

In principle, the duration of a fixed-term contract cannot exceed 18 months, including renewal (one renewal is allowed). This maximum does not apply to seasonal work and activities for which it is customary to have recourse to fixed-term contracts.

The end of the contract must be specified in the contract. It can be fixed precisely, or depend on the completion of the specific task, which can remain uncertain (for example, in cases of replacement of employees on sick leave). In the second hypothesis (indefinite duration of the contract), a minimum employment period applies.

If the user continues to employ the worker after the end of the assignment, the consequence is that the contract will be considered a permanent contract with the user, retrospectively considered from the beginning. By comparison, the contract with the temporary work agency automatically expires at the arrival of its term without either side having to take any initiative.

Termination before the term expires is restrictively conceived. It cannot be made possible contractually. Only for certain reasons is anticipatory termination allowed: mutual agreement, gross misconduct of the worker (a conduct »which makes it impossible to maintain the employee in the company«, according to the *Cour de cassation*), acts of god (which does not include economic difficulties faced by the company), or the employee having been offered a permanent job.

If the breach of contract rests on the temporary work firm (without it being caused by an act of god¹⁴ or gross misconduct of the worker), the worker must be proposed a new assignment within three working days. The new contract must last as long as the previous one would have lasted. An agency worker who is not offered a new assignment must be paid the salary that he would have received if the broken contract had lasted until its end.

¹⁴ Termination of the contract between the temporary work agency and the user is not considered an act of god.

If the worker is liable for early termination, except when this is the result of him finding a permanent employment, the employer can claim damages. The courts decide on the amount, depending on the damage suffered by the other party.

5. Regulation of successive contracts

Successive contracts are regulated in order to avoid permanent positions to be occupied under fixed-term contracts.

Successive fixed-term contracts for the same job (even in different locations) are not allowed in principle¹⁵: when the contract expires, it is not possible to conclude another fixed-term contract with the same employee. This is only possible after a certain period of time, which depends on the length of the original contract.

Successive fixed-term contracts for a different type of work, but with the same employee, are also limited: a waiting period applies which must not be too short in order to avoid the contract being considered a permanent one. By exception, an employer can conclude, with the same employee, successive contracts without interruption in some particular cases: replacement of another worker, seasonal jobs, and for activities for which it is customary to have recourse to fixed-term contracts. These exceptions have been criticized, as they can lead to permanent employment under fixed-term contracts. As previously mentioned, the courts have reacted to this risk by recognizing the existence of a relationship of indefinite duration in cases in which the worker was hired for all seasons or the entire duration of a season, for instance.

6. Unfair dismissal protection for cases where an employer dismisses employees in order to replace them by temporary workers

As mentioned earlier, French law prohibits the hiring of temporary workers to replace permanent workers at positions suppressed in the framework of a collective redundancy less than 6 months before (this prohibition applies only if the user intends to have recourse to a temporary worker to cope with an increase of the company's activity).

Otherwise, replacement of permanent workers by temporary workers is limited by the necessity for employers to justify all dismissals by just cause. It can either be an economic ground, or a personal reason (professional or disciplinary). An employer who, after dismissing an employee, replaces him by a temporary worker, may make the invoked ground for dismissal suspicious. But there is no prohibition. Especially if dismissal was for a personal reason, such as gross misconduct or incompetence, the employer is allowed to resort to temporary work to replace the worker whose contract was terminated.

15 The limitation does not apply, according to the law: if the employee replaced is absent again, in case of emergency work required for security purposes, for seasonal jobs, activities for which it is customary to have recourse to fixed-term contracts.

III. Individual rights of temporary workers

1. *The principle of equal treatment of temporary workers*

Equal treatment of temporary and permanent workers of the user company is required by the Labour Code (Article L 1242-14), except for termination of employment. The rule applies to statute law, collective agreements (concluded at national, branch, or company levels) and customary rules. Permanent workers within the user company serve as comparators for determining most of the employment rights of agency workers.

According to Article L 1251-18 and 1251-43 of the Labour Code, an agency worker shall not, in particular, receive a lower remuneration than that paid to a permanent employee of the company where he performs his work. The concept of remuneration includes all wages and bonuses given directly or indirectly, in cash or in nature, to employees of the user. Agency workers are entitled to the same public holidays as granted to employees of the user company, without taking into account conditions of seniority that they may not fulfil (L 1251-18).

The principle of equality does not only apply to remuneration: it concerns all working conditions applicable to employees within the user company. The Labour Code indicates that working conditions include »the duration of the work, night-work, weekly rest periods and public holidays, health and safety, the work of women, of children and of young workers (L 1251-21).« Criminal sanctions apply in case of violation of equality rules.

Fixed-term employees have access to all facilities and benefits as granted by the user to its permanent staff: transportation, company restaurant services, pension schemes etc. (L 1251-24). But, as the conditions of service apply to them as much as to all other employees, they may, in fact, be denied benefits that are conditioned by a minimum employment period in the company (seniority bonus, annual premium, compensation for sickness leave ...).

Fixed-term workers must also be informed of job vacancies (permanent positions) when such information is made available to permanent workers (L 1251-25).

The Labour Code (L 1251-59) allows trade unions to take action in courts on behalf of temporary workers to protect their rights, without having been requested to do so by the worker concerned (who must be informed and has a right to oppose the action).

2. *Wages of temporary workers*

Wages of temporary workers cannot be inferior to those paid to permanent workers in the user's company. In addition, temporary workers are entitled to a special allowance at the end of the contract to compensate for their precarious situation (representing 10 % of the gross total wages paid to the worker). This allowance is not granted if workers are given permanent employment by the user at the end of the assignment (or if the contract is

terminated on the worker's initiative, due to gross misconduct of the latter, or due to an act of god)¹⁶.

Temporary workers have the same right to paid leave as permanent workers of the user, but the limited duration of the contract may prevent them from exercising this right; therefore, they are compensated with a paid-leave allowance. The allowance depends on the duration of their assignment, but it must correspond, at least, to 10% of the gross total wages received (L 1251-19).

In case of insolvency of the temporary work agency, the financial guarantee is supposed to cover the debts to the workers. If the financial guarantee is insufficient, the liability of the user may be engaged: the user acts as a substitute for the payment of the wages to agency workers. No contractual arrangement may exclude this subsidiary liability. Agency workers may bring an action against the user, which, in return, can take action against the temporary work firm.

3. Social security during temporary work

Employees under fixed-term contracts have the same rights and obligations as others, in terms of contributions and benefits. However, their benefits are affected by their limited period of activity, especially pensions and unemployment benefits.

To take into account this situation, unemployment benefits are covered by specific rules which ensure a better protection. In addition to a more favourable method for the calculation of unemployment benefits, the system allows, in particular, that benefits are maintained, even if workers resume a limited activity. However, because this specific regime for temporary workers employed by temporary work agencies does not apply to other fixed-time contracts and creates inequalities (in addition to being very costly), it has recently been questioned, and may be reconsidered in the near future.

4. Vocational training

Since the conclusion of a collective agreement in 1983, at the national level, by the national federation of temporary agency work and trade unions, vocational training for agency workers has been given special consideration. At that time, an insurance fund was created to subsidize vocational training for agency workers. In 1990, the contribution of temporary work firms to the development of vocational training was raised, as compared to what applied to other branches. In order to give agency workers access to training, a specific and more favourable regime was created to foster temporary workers' access to vocational training. As a result, temporary workers are now entitled to vocational training under specific rules, which take into account the limited duration of their assignments. These rules include a possibility to benefit from

16 L 1251-32 of the Labour Code.

a leave for training purposes, even after the termination of their employment contract, and an individual right to training after 4 months (instead of one year for permanent workers) of work during the last 12 months (employment during that period can, but does not have to be, continuous).

IV. Collective rights of temporary workers

The collective rights of temporary workers constitute a complicated issue. Because of their specific situation, agency workers are not prone to exercise their right to collective representation. This reluctance is not only the result of the limited duration of their activity in the temporary work agency, their frequent changes of job or location. It is also connected with the fact that they perform their work at the user's company, with a collectivity of workers, which has a different employer. The complexity of their employment situation, in which the power of the employer is divided between different persons, also plays a role. In addition, collective action is more risky for temporary workers who, after all, have to make sure they can obtain new assignments, and may fear rejection. All in all, this form of employment seems hardly compatible with collective rights¹⁷. However, in order to give agency workers collective rights, a specific regime was established.

Regarding the calculation of agency workers within the workforce for all matters related to collective rights, the law includes them in the staff of the temporary work firm and the user. They count as workers of both firms to decide whether the threshold established for trade union representation or work councils is reached (L 1251-54).

As far as the rights of the agency workers to vote and to stand for elections is concerned, French law has organized specific rules to allow agency workers to exercise these collective rights. Agency workers may vote in elections within the temporary agency work if they have worked 3 months during 12 months preceding the elections. In order to stand in the elections, they must have been employed by the temporary agency firm for at least 6 months during the last 18 months before the election. In addition, workers must have been employed by the agency at the time the lists of candidates for the election are settled.

Agency workers are also allowed to vote in elections at the user's company, but only under strict conditions: they must be fully integrated to the workforce of the user, and have a seniority of at least 12 months. Temporary workers have an alternative: they can either participate in elections at the temporary work agency or at the user's company. The law requires that they choose between these two possibilities. In all cases, representatives of workers within the user company are in charge of forwarding to the employer all complaints from agency workers related to discriminations within the company.

17 C. Vigneau (Fn. 6), p. 62.

Under French law, workers serving as trade union representatives or elected representatives are protected from dismissal (and other measures such as compulsory retirement): the law requires employers to obtain prior authorization by the labour administration. But this protection is difficult to apply in the case of fixed-term contracts, which are normally terminated at the end of the assignment. Thus, adjustments have been made: if the assignment of a temporary worker, who serves as a workers' representative, is interrupted, or if the assignment is not renewed by the temporary work agency, an authorization by the labour inspector is required (L 2413-1 of the Labour Code).

**Labour and social law policies in the context
of Critical Disability Studies
A General and a Hungarian perspective¹**

Table of Contents

- I. Introduction
- II. The historical and disciplinary background in a nutshell
- III. Focus of the essay
- IV. Employment of disabled people – General and Hungarian perspective
 - 1. Employment in numbers
 - 2. Characteristics of the employment of mentally disabled people in general
 - 3. Terms: disabled person vs. employee with changed working abilities
 - 4. Importance of employment policy and labour law regulation
 - 5. Enabling labour law regulation
- V. Hungarian legal frameworks of the access to the social benefits and services of persons with disabilities
- VI. Discussion
- VII. References

I. Introduction

The authors of this essay spent a significant part of their professional carrier somewhere on the crossing borders of human rights law, labour law and disability studies. They created green papers, were responsible for codification of pieces to disability legislation, took part in making of international legal agreements and in monitoring procedures, and published scientific studies, essays on the topic. So this is an obligatory task for us to describe that part of the theoretical map where these two disciplines: disability law and Disability Studies are closely linked together.

Critical Disability Studies examines the policies and practices of societies to understand the determinants of the experience of disability; therefore its values and perspective are used in this essay. The focus is on labour and social law policies in general and from a Hungarian perspective. The authors presume that the economic, labour (in a narrow sense), employment (in a broad sense), and social status and the assigned roles of people with disabilities in the working life and social care system are outcomes of labour, employment and social policy and the disability approach of a state. Consequently these do not come from the health condition of a person.

¹ This research was supported by the European Union and the State of Hungary, co-financed by the European Social Fund in the framework of TÁMOP 4.2.4.A/2-11-1-2012-0001 »National Excellence Program«.

The essay highlights the disabling factors of the labour and social law legislation and indicates which model of disability can be discerned in the Hungarian provisions.

The above-mentioned presumption will be ascertained at the end of the analysis. A mixed disability approach can be outlined from the legal provisions those incorporate provisions based on the medical, moral, social and human rights model of disability in Hungary.

II. The historical and disciplinary background in a nutshell

Tough scientific debates and thousands of significant analytical publications in the area of Disability Studies (it is mostly called Critical Disability Studies in the course of the last 10 years), one of the most dynamically developing social science disciplines of the past decades has preceded to a deeper understanding of the phenomenon of disability. The most characteristic trait of disability studies is that most of those who cultivate it are deeply touched by it, personally.

»Disability Studies reframes the study of disability by focusing on it as a social phenomenon, social construct, metaphor and culture... It examines ideas related to disability in all forms of cultural representation throughout history, and examines the policies and practices of all societies to understand the social, rather than the physical and psychological, determinants of the experience of disability. Disability Studies both emanates from and supports the Disability Rights Movement, which advocates for civil rights and self-determination. ... Disability Studies has been developed to disentangle impairments from the myth, ideology and stigma that influence social interaction and social policy. The scholarship challenges the idea that the economic and social status and the assigned roles of people with disabilities are inevitable outcomes of their condition«. (This is a definition of Simi Linton from 1998, Longmore 2003, p. 223²)

Disability Studies defines so called models; those are used for *interpreting* disability and also for *acting about it* on the societal level. For instance, the *moral model* defines disability as a consequence of sin. The *medical model* interprets it as a defect that is not »normal«, so it needs correction. The central concept and value of the militant *human rights model* is the right of the disabled person (see later: the human rights turn). However, the *social model* of disability partly *ignores the personal factor* – that is dominant e. g., in the moral and in the medical model – and focuses on the disabling factors of the society. According to the social model the phenomenon

² Longmore, P. K. (2003), *Why I Burned my Book. And other essays on disability*, Philadelphia: Temple University Press.

of disability comes from the everyday mechanisms, prejudices, stigmatization, stereotypes etc. (On the models see e. g., Könczei – Hernádi 2011³ and Goodley 2011⁴).

Strongly influenced by the *movements of persons with disabilities* the development of Disability Studies has arrived at its *human rights turn* approximately at the beginnings of the 1990's. Using its view and results, several important and in some cases even radical new legal documents were adopted on the national levels (e. g., the Americans with Disabilities Act, Act of 1998 on the Rights and Equalizing Opportunities of Persons with Disabilities, Hungary – more broadly see later). The same process was carried out later in the international area. The first step of this development was taken in December 1993. This was the date when the »Standard Rules for Equalizing Opportunities of Persons with Disabilities«, a not legally binding, however, politically highly relevant document was adopted by the General Assembly of the United Nations.

The real breakthrough and the top of this process was the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD, United Nations: 2006). The CRPD is significant for the following reasons: 1) It is the most extensively debated international convention ever, produced with maximum involvement by civil society. 2) It is based on the social model 3) It is a breakthrough, in that; it extensively interprets, at the international level, the rights of persons with disabilities of psychiatric origin within the rights of persons with psychosocial disabilities 4) It brings a breakthrough for the world, in the direction of ability to act 5) Its control mechanism is extremely strong compared to any other international legal document on disability.

Disability Studies and the making of the CRPD may provide with at least one important consequence for future Hungarian disability legislation. This is the principle of »Nothing about us, without us«. Some critical points of Hungarian disability legislation (see in our analyses later) could have been avoided if even persons with disabilities, themselves would participate in the creation of new pieces of disability legislation. However, the almost only example of their broad representation in a legislative process was in the case of the Act No. XXVI. of 1998. (This framework act is also called »Disability Code«).

3 Könczei, Gy., Hernádi, I. (2011), »The Main Concept of Disability Studies and its Changing Shape. A Hypothetical Reconstruction.« in: Nagy, Z. É. (ed.), *Az akadályozott és az egészségkárosodott emberek élethelyzete Magyarországon*, Nemzeti Család- és Szociálpolitikai Intézet, TÁMOP 5.41-08/1-2009-0002, pp. 7–25.

4 Goodley, D. (2011), *Critical Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*, London: Sage.

III. Focus of the essay

This essay undertakes the heritage of the CRPD and it stands on the basis of the social model and accepts the values of it.

As Critical Disability Studies examines the policies and practices of societies to understand the determinants of the experience of disability, we shall use its values and perspective in this essay (see e. g., the reflection on self-determination and participation in the next chapter). So let us now focus on labour and social law policies in general and from a Hungarian perspective.

The essay is based on the presumption that the economic, labour (in a narrow sense), employment (in a broad sense), and social status and the assigned roles of people with disabilities in working life and in the social care system are partly outcomes of the quality of the society they live in. But, at the same time, outcomes of labour, employment and social policies of the state, as well. These policies reflect the disability approach of the state. Consequently the economic and societal roles of persons with disabilities do not come from their health conditions. Our essay highlights the *disabling factors* of the labour and social law legislation and always indicates which model of disability can be discerned behind the provisions.

IV. Employment of disabled people – General and Hungarian perspective

1. *Employment in numbers*

The High Commissioner in her report indicated that the scarcity of statistics on employment of persons with disabilities makes it difficult to address the situation of their low representation in working life. In many countries, the large majority of persons with disabilities are not registered as being employed or unemployed, which effectively makes them invisible in labour market efforts.⁵ It is because disability is a sensitive personal data and as such data collection is prohibited or the answer is voluntary. However there is a latent segment of disabled people who tend to remain unseen for statisticians in the labour market: they are people with intellectual disabilities and psychosocial disabilities (furthermore referred to as »mentally disabled people«).

According to the data of the 2001 census, 577 000 persons with disabilities live in Hungary (5.7 % of the population).⁶ According to the Alliance of the Hungarian Accredited Employers (AHAE), accredited employees employ re-

5 Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Thematic study on the work and employment of persons with disabilities (Nr. A/HRC/22/25) p. 16. On the possibility of employment in rural areas see: Olajos, I. (2008), *A vidékfejlesztési jog kialakulása és története*, Miskolc: Novotni Alapítvány.

6 Source Central Statistics Office, 2001

cently about 24 000 people. These people are euphemistically called by the legal system »persons with *changed* working abilities« (the definition see more broadly later).

2. Characteristics of the employment of mentally disabled people in general

First of all, people with disabilities, especially mentally disabled people are affected by the market segmentation and belong to vulnerable groups, whom the labour legislation should protect against the employer's exploitation, once they are employed.⁷ This means that disabled people are most likely employed in secondary jobs. The term »secondary job« refers to the segmentation of the labour market. Economists those carried out research on the dual labour market theories, *inter alia* Reich, Gordon and Edwards, who defined market segmentation as a historical process whereby political-economic forces encourage the division of the labour market into separate segments, submarkets distinguished by different labour market characteristics and behavioural rules. Primary and secondary jobs are differentiated mainly by stability characteristics. Primary jobs require and develop stable working habits; skills are often acquired on the job; wages are relatively high; and job ladders exist. Secondary jobs do not require and often discourage stable working habits. The wages in this sphere are low.⁸ Regarding disabled people usually the characteristics of the secondary labour market shall apply.

Secondly, disabled people are rather invisible in labour market statistics, because of the sensible nature of disability data. Invisibility could be derived from problems of definitions as well (see point IV.3.).

Thirdly, the success of labour market integration depends on the disability policy of the state. If disability policy is based on the social and human rights model of disability, then employment becomes an economic issue and the focus shifts towards *inter alia* rehabilitation, trainings, workplace maintenance programs and significant labour law regulation, i. e. labour market integration disentangle among others the issue of labour law regulation in the case of disabled people.

However, if disability policy of a state is based on the medical and moral model, then employment becomes a certain charity issue; and it relates to employment taking place on the secondary labour market.⁹ This employment

7 Reich, M., Gordon, D. M., Edwards, R. C. (1973), »Dual Labour Markets, A Theory of Labour Market Segmentation«, *The American Economic Review*, (43) 2, pp. 359–365.; Dickens, W. T., Lang, K. (1984): *A Test of Dual Market Theory*. Working Paper No. 1314. March, pp. 1–14., Rogowski, R., Salais, R., Whiteside, N. (2011), *Transforming European Employment Policy – Labour Market Transitions and the Promotion of Capability*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 229–242., Countouris, N. (2007), *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Hampshire: Ashgate Publishing, pp. 57–86.

8 Reich, M., Gordon, D. M., Edwards, R. C. (1973) p. 359.; Dickens, W. T., Lang, K. (1984). pp. 1–14

9 On sheltered workshops see Cramer, H. H. (2006), *Werkstätten für behinderte Menschen, SGB – Werkstättenrecht, WerkstättenVO, Werkstätten-MitwirkungsVO, Kommentar*, 4. Auflage, München: Verlag C. H. Beck.

does not require labour law regulation and takes place mostly in sheltered workshops. Starting from these, open labour market's integration is almost impossible. However, according to the report it does not matter on which labour market the employment takes place. Generally, secondary jobs' characteristics prevail when disabled people are employed. This is far from the Decent Work Agenda of the ILO, because that is based on the understanding that work is a source of personal dignity, family stability, self-determination and participation in the society and community.

3. Terms: disabled person vs. employee with changed working abilities

The term »employee with changed working ability« is a speciality of Hungarian disability legislation. The definition of people with changed working abilities is laid down on one hand in § 58 of IV of 1994 on the support of employment and unemployment services. This the legal definition refers to »employees« and not to »people«. Employees with changed working abilities are people with physical and mental disability, or whose chance for the maintenance of the workplace and being employed has been decreased because of their disability. The concept of employee with changed working abilities refers to people who have already been/worked on the labour market. (However, in the meantime, their working abilities *changed* i. e., became *reduced*). On the other hand definition of people with changed working abilities can be also found in § 2 of Act No. CXCI of 2011 (in force since 1 January, 2012) on the Services of People with Changed Working Abilities.

The definition of a disabled person is laid down in § 4 of Act No. XXVI of 1998 on the Rights and Equalizing Opportunities of Persons with Disabilities. This definition is closed to the WHO definition of 2002. Persons with mental or physical disability are included in the definition of employee with changed working abilities, but there is a considerable part of disabled people who are not covered. Therefore not all the legal provisions can be applied for disabled people, which may be applied for employees with changed working abilities. Some disabled people belong to the term »employee with changed working abilities«, but e. g., mentally disabled people mainly do not (they are very rarely employed). Therefore mentally disabled people are invisible not only in the Hungarian legislation mostly, but also in the data collection. It is so, because many questionnaires refer to employees with changed working ability.¹⁰

Furthermore, while referring to the Hungarian legislation the term »disabled people« is used as one, that includes both Hungarian definitions.

¹⁰ See more on the employment issue of disabled people in the Reports of the Hungarian Commissioner of Fundamental Rights: accession into the labour market in AJBH-2618/2012., the working circumstances and completion of the policy »reasonable accommodation« in AJBH-5360/2012., education system for the efficient employment in AJBH-4832/2012.

4. Importance of employment policy and labour law regulation

Employment policy and labour law go hand in hand with each other. They clearly reflect the economic and social changes in a society, including the attitude of a state towards disabled people. The labour market's integration of disabled people is not only an issue of labour law, but also of the employment policy.

Labour law regulation is a narrow issue of the integration and aims to broaden the preventive rules of labour law to disabled employees as well. Employment policy is a broad issue of the integration acquiring a holistic approach from the state including the areas of rehabilitation, education, and adult protection, active and passive measures of employment policy.

The social model and also human rights model of disability require a state to pursue a disability policy that realizes self-independence, full physical, mental, social and vocational ability, and full participation in all aspects of life, including working life. Such endeavour also requires labour market integration to be an economic issue and to take place on the primary labour market.

Labour law regulation faces with challenges while expanding its scope to disabled people; namely to devise employment protection rights, so that the legislation includes them where appropriate, to ensure that the applicable legal protections are enforced and to determine the points of regulation enabling the effective participation on the labour market.¹¹

This part of the essay is based on two presumptions. *First*, a large number of disabled people have got improvable abilities that could contribute to profitable employment. *Second*, a labour law regulation of the state reflects a disability policy based on the social and human rights model if the legislator considers the following issues regarding the employment of disabled people. These are: statements, definition of employee-like person, subsidies, quotas, equal treatment regulation; obligations of the employee, dismissal protection and collective labour law.

This kind of labour law regulation shall fit into a broad employment policy built up by enabling education, rehabilitation and adult protection system.

5. Enabling labour law regulation

What constitutes an »enabling labour law regulation«? It is difficult to provide with an entire list of labour law provisions that protect the participation of disabled people in working life. However, we highlight the most important issues in accordance with the Decent Work Agenda and the CRPD.

11 See more on the prospects of labour law Collins, H., Ewing, K. D., McColgan, A. (2012), *Labour Law*, London: Kings College pp. 38–44., Rogowski, R., Salais, R., Whiteside, N. (2011) pp. 229–242.; Nicola Countouris (2007) pp. 57–86.

Making statements. The labour law regulation should clarify that disabled employees are entitled to make statements independently regarding their employment. Why is it important? According to the mainstream approach of the *legal capacity of a mentally disabled person*, if he/she is under plenary guardianship, it results in presumption of lack of factual competence to understand all the relevant information on the contract itself and on the employment general. It is presumed that he/she is not able to appreciate the information given, and is not capable to manage the risks of the decisions.¹² That kind of *incapacitating legislation* draws the attention to the essence of the *employee status*. Employment of mentally disabled people offers a deeper understanding of meaning of the term *employee*. If dogmatically the emphasis of the employee status is on the work performance, and the special employee status refers to a specific job, to the skills to be able to perform that kind of work, in this case legal capacity legislation does not have place in determination of the employee. If it is necessary, on request of the employee a support person¹³ might be present in the course of formulating the statements, like conclusion, amendment and termination of the contract. The Hungarian Labour Code in

-
- 12 On the legal capacity issue see Dhanda, A., G. Gombos, G. (2008), *Acknowledgement and Disclaimer*; UNCRPD, Disability Rights and Law, Wednesday, July 23, Harmonizing national laws with UNCRPD: Suggested amendments to the National Trust Act 1999, from <http://uncrpdandlaw.nileshsingit.org/2008/07/harmonizing-national-laws-with-uncrpd.html> (last visited: 6 August 2009); Dhanda, A. (2007), »Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future?« *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34, pp. 429–462; Dhanda, A. (2008), »Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities«, *Sur: International Journal on Human Rights*, 8, pp. 43–61; Dhanda, A. (World Network of Users and Survivors of Psychiatry): *Article 9: Equal Recognition As A Person Before the Law Legal Capacity Note AHC*, Advocacy Note on Legal Capacity, from <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/art9legal.htm> (last visited: 4 August 2009); Lachwitz, K. (2008a), »UNO-Generalversammlung verabschiedet Konvention zum Schutz der Rechte behinderter Menschen, Teil II.« *Rechtsdienst der Lebenshilfe*, 2, pp. 37–40; Lachwitz, K. (2008b), »UN-Konvention auf der Zielgerade, Kritikwürdig: Denkschrift der Bundesregierung«, *Lebenshilfe Zeitung*, 4, Dezember, from <http://www.schattenblick.de> (last visited: 31 July 2009); Aichele, V. (2010), »Behinderung und Menschenrechte: Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen«, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 3, pp. 13–19; Arnardóttir, O. M., Quinn, G. (eds.) (2009), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*. Brill: Martinus Nijhoff Publisher; Jakab, N. (2010), »A cselekvőképesség elméleti hátteréről és a szellemi egészség jogáról«, *Miskolci Jogi Szemle*, (5) 1., pp. 89–112; Jakab, N. (2009), »A cselekvőképesség szabályozásának elméleti és gyakorlati odüsszeiája az érintettek szemszögéből«, *Fogyatékoság és Társadalom*, (1) 3–4, pp. 375–389; Jakab, N., »A gondnokság, mint fogyatékoságpolitika, avagy Maschke másképp«, *Fogyatékoság és Társadalom*, (1) 3–4, pp. 295–313; Jakab, N. (2013), *A margón és azon túl*, Miskolc: Novotni; Jakab, N. (2011), *A cselekvőképesség elméleti háttere és munkajogi kérdései*, Ph. D. Disszertáció, Miskolc; Könczei, Gy., Hoffman, I. (2010), »Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychological Disabilities in Light of the Convention on the Rights with Disabilities and the Impending Reform of Hungarian Civil Code«, *Loyola of Los Angeles International And Comparative Law Review*, (33) 1, pp. 143–172. On the development of human rights see: Raisz, A. (2010), *Az emberi jogok fejlődése az Emberi Jogok Európai és Amerikai Bizottságának kölcsönhatásában*, Miskolc: Novotni Alapítvány.
- 13 On the support see more Bach, M. (2007a), »Advancing Self-Determination of Persons with Intellectual Disabilities«, *Inclusion Europe*, 1, 2–5. from <http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=404> (last visited 01.08.2009); Bach, M. (2007b), *Supported Decision Making under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Questions and Challenges*, Notes for Presentation to Conference on Legal Capacity and Supported Decision Making, Parents' Committee of Inclusion Ireland – November 3, 2007 from <http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=417> (last visited 01.08.2009)

§ 212 introduces the term »*incapacitated employee*« referring to mentally disabled people who are under plenary guardianship or whose legal capacity is restricted in statements on employment. If an incapacitated employee applies for a job, which is in compliance with his/her health condition, the employee faces with a detailed description of the tasks provided, continuous supervision that takes place at the workplace, and the protective provisions of young employees of the Labour Code shall apply. That is all the Labour Code sets down. There are no detailed provisions available on what kind of obligations the employee has if an incapacitated employee is employed. Furthermore, the term »*incapacitated employee*« is contrary to the legal capacity literature based on Art. 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which Hungary has ratified.

Definition of the employee-like person. This is an other issue of the *employee status*. Employment relationships change among the social and economic circumstances. What are the changes in labour law?¹⁴ People move jobs most frequently, often taking fixed-term appointments, temporary jobs, agency work and casual jobs. Many people have become self-employed. Hours of work have become subject to greater variability. The work to perform has become diversified. The changes in the form of work are described by the term »*flexibilisation*«.¹⁵ It is needed to establish such legislation that recognises that there are workers, who do not fall under the traditional employee-test, but still need the protection under labour law. What is the employee-test? It is obvious, that the employee status is described by the characteristics of the labour law, and the main features are dependency, subordination, and continuous work performance. If a person decides to work for somebody else, this will result in an employment relationship with the employer's consent. However, workers are different. There are workers performing work personally, for consideration, regularly and permanently for the same person and other regular earning activity can not be expected in the course of fulfilment of the contract. This worker is economically dependent as employee, but usually is not entitled for the protection of labour law institutions¹⁶. Consequently there are numerous questions in case of employee-like-persons. How to handle these workers? Where to place this group dogmatically in labour law? Under what conditions will they be entitled to labour law protection? Can this

14 See more Collins, H., Ewing, K. D., McColgan, A. (2012) pp. 38-44; Rogowski, R., Salais, R., Whiteside, N. (2011) pp. 229-242.; Countouris, N. (2007) pp. 57-86.; Kun, A., Hajdú, J. (2011), »Conceptualization of Corporate Social Responsibility in the context of Labour Law«, in: Blanpain, R. (ed.), *Rethinking Corporate Governance, From Shareholder Value to Stakeholder Value*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, pp. 175-194. (Bulletin of Comparative Labour Relations; 77.)

15 See more: Gyulavári, T., Hős, N. (2013), »The Road to Flexibility? Lessons from the New Hungarian Labour Code«, *European Labour Law Journal*, 4, pp. 253-270.

16 For protective legislation see for example Prugberger, T., Csák, Cs., Tóth, H. (2002), Hungarian legal regulation of workers guaranteed payments in cases of employer insolvency A review in the light of EC Directive 80/987, *South-East Europe Review For Labour And Social Affairs*, (5) 2. pp. 95-101.; Csák, Cs. (ed.) (2007), *Ünnepi tanulmányok Prugberger Tamás professzor 70. születésnapjára*, Miskolc: Novotni Alapítvány.

kind of change in the concept of the *employee* support the employment of a mentally disabled person? The Draft Code contained the term »employee-like person«¹⁷, finally the Hungarian Labour Code did not include it. This is one shortage of the Labour Code, because it did not count with the significant changes in the employment relationship in Europe.¹⁸

Subsidy. It is an opportunity to motivate the employer to employ disabled people at the workplace. Subsidy means that employers are entitled to receive wage subsidy and financial support for hiring an employee with changed working ability or disability. An employer may receive subsidy for workplace adaptation as well. Employers may pay reduced taxes to the government when employing a person with changed working abilities. Small companies with less than 20 employees are eligible for tax deductions when hiring people with disabilities in Hungary. The government and the employers cover the payment jointly.¹⁹

Quota. There is a second opportunity of making the employer willing to employ vulnerable people. According to the legal regulations of Hungary, employers have to pay so called rehabilitation contribution, if the number of employed persons is higher than 25, and the number of employees with changed working abilities does not amount to 5.²⁰

17 On the Hungarian situation see: Kiss, Gy. (2013), »A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvében«, *Jogtudományi Közlemény*, 1. pp. 1–14.; Prugberger, T. (2013), *Magyar munka – és közszolgálati reform nyugat – európai kitekintéssel*, Miskolc: Novotni Kiadó, Gyulavári, T. (2011), »armadik típusú jogviszonyok a munkajog átalakuló fogalomrendszerében«, *Magyar Jog*, 1. pp. 23–34., Kenderes, Gy. (2007), *A munkaszervezés hazai szabályozásának alapkérdései*, Miskolc: Novotni Kiadó.

18 On the employee-like person and the changes in labour law see more: Deakin, S., Morris, Gillian S (2012): *Labour Law*. Oxford and Portland, Oregon, Sixth Edition: Hart Publishing. 30–37. 131–190., Freedland, M., Countouris, N. (2011), *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press, Oxford, pp. 88, 89, 94, 104, 221, 269–390, ILO (1997) Contract Labour – Fifth item on the agenda Report V (1) to the International Labour Conference 86th Session 1998, Geneva; Deakin, S, Wilkinson, F. (2005): *The Law of the Labour Market. Industrialisation. Employment and Legal Evolution*, Oxford, Oxford University Press, pp. 4–18, 105–109, 275–353.; Veneziani, B. (2009): »The Employment Relationship« in: Hepple, B., Veneziani, B. (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 99–128.; Deakin, S. (2011), »The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development« in: Guy Davidov, G., Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 156–178.

19 See also Jakab, N., Kajtár, E.: Empowerment Project Questionnaire Hungary from <http://empower.hu/publications/category/4-filled-in-questioners> (last visited 28 May, 2013). On the social cohesion in Europe see: Szilágyi, J. E. (2009), »Bevezető az Európai Unió gazdasági és társadalmi kohézió politikájába«, in: Csák, Cs., Olajos, I., Szilágyi, J. E. (eds.), *A gazdasági és társadalmi kohézió politikája az Európai Unióban és Magyarországon: Főiskolai jegyzet a Munkaügyi- Társadalombiztosítási Igazgatási Alapszakos hallgatók részére*, Miskolc, Novotni Alapítvány, pp. 7–42.

20 § 23 of Act No. CXCI of 2011 on the Services of Persons with Changed Working Abilities
The quota in general means a numerical definition of a part compared to the whole. According to their nature the quotas can be imperative quotas, when there is an efficient enforcement behind the quota, and they can be economic quotas when there is not a legal enforcement, rather than economic measures are applied in order to reach the goal of the quotas. For further reading see Ingrid Weber, I. (1998), »Die Gleichstellung der Frau im Erwerbsleben – Neue Chancen durch Quotenregelungen?« *DB*, 1. 1998. pp. 45–50; Terence, I. G. (1992), »Employment Quotas for Disabled People: The Japanese Experience« *Kobe University Law Review*, International Edition, 126. Rokkoda, Kobe, Japan, Faculty of Law Kobe University, p. 4.
In disabled quotas the employers are obliged to ensure that a certain percentage of their labour force is made up of disabled people. This form of positive action determines the development of the disability

The quota requirement on its own cannot make a change. Therefore if quota is prescribed in anti-discrimination legislation, other instruments are used to make the requirements effective. For example there is also a reporting obligation on behalf of the employers regarding the number of their workforce. On behalf of the disabled person there is also a requirement to be in the register as disabled. Services must be created to provide counselling, job assessment and work preparation training for disabled people. Promotion of employment has to be delivered by means of conferences, lectures and seminars in order to make the employers interested in hiring of disabled people. The enforcement is a crucial point in making the system effective. It is obvious if quota is imposed on the employers in a national action plan, other active measures and tools must be applied too according to the *holistic approach*, for example the adaptation of work and workplace and persuasion measures as active measures, furthermore the enforcement, services, and adjustment allowances as tools could make a project work.

Antidiscrimination legislation. Antidiscrimination legislation should lay down the principle of equal treatment of disabled people with others. In the Hungarian Fundamental Law Article XV prescribes equal recognition before the law. The general framework is laid down in Act No. CXXV of 2003 on the Equal Treatment determines *inter alia* the rules of direct and indirect discrimination and of the burden of proof. This Act demands equal treatment in the course of the selection process before the employment, and during the conclusion, duration and termination of the employment contract. § 12 of the Labour Code prescribes equal pay for equal work.²¹

Hungarian anti-discrimination legislation has a quota-based approach for a long time. Quota is still determining, however, regarding the provisions on Rehabilitation and Employment Services in Act No. IV of 1991 (Employment Act) the antidiscrimination legislation moved towards integrating measures into the labour market, as quota tends to be disintegrating, because employers mostly pay contributions instead of hiring disabled people

Obligations of the employer. In the course of employment of disabled people the specified obligations of the employer should be laid down. § 51 of the Hungarian Labour Code establishes as a main duty of the employer to realize reasonable accommodation. Reasonable accommodation means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden on the employees, to ensure to persons with disabilities the

policy in the European countries and in Japan. For further reading see Waddington, L. (1994), »Legislating to Employ People with Disabilities: The European and American way«. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (1) 4. p. 367–368. See also Kossens, von der Heide Maass (2009), *SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Kommentar*, 3. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, p. 258.; Sozialgesetzbuch (SGB) IX. 71. § (1)

21 See more: Kajtár, E. (2013), »Life outside the bubble: International and European legal framework of discrimination in employment«, *Pécsi Munkajogi Közlemények*, 6. pp. 5–21.; Kajtár, E. (2009), Foglalkoztatási esélyegyenlőség. A IX. Tokiói Összehasonlító Munkajogi Szeminárium tanulmányai, *Pécsi Munkajogi Közlemények*, 2. pp. 171–173.

enjoyment or exercise of all rights on an equal basis with other employees.²² However, as there are no details on it in the Labour Code, the practice shall answer the limits of reasonable accommodation. Adaptation of work and the workplace shall include not only the physical, but also the legal environments. The employer shall guarantee the right for promotion.²³ Overtime cannot be ordered for disabled employees. Disabled employees are entitled for extra holidays (for instance 5 days). The health and safety regulations are strict in general; the employer's liability is objective. However there should be specific health and safety regulations in the case of the employment of disabled people.²⁴

Special dismissal protection. Usually pregnant and nursing women are entitled for dismissal protection, but this rule does not apply to disabled employees in the Hungarian Labour Code. If the employer intends to dismiss them, there is an obligation to offer another workplace suitable for the employee. However the Code uses other term of disabled people called *»a person getting rehabilitation allowance«* referring exclusively to employees with changed working abilities, not including mentally disabled people.

Special dismissal protection raises another important issue as well. The legislator always has to consider whether it is worth to apply dismissal protection to disabled people, because if the labour law regulation is too protective, it might have counter effect.²⁵

Collective labour law. Trade unions, collective bargaining, new ways of consultation and information could have a crucial role in the determination of working conditions, and interest representation of disabled people. In Hungary these institutions are weak and cannot contribute to the increase and maintenance of employment in general.²⁶

V. Hungarian legal frameworks of the access to the social benefits and services of persons with disabilities

Employment is a key-element of the social life of persons with disabilities. As it has been indicated above a large number of disabled people are unseen for the labour market. Consequently they cannot have labour income. Therefore the welfare system of the countries plays important roles in their disability policies.

22 See also SGB IX. 81. § (3)

23 See also SGB IX. 81. § (3)

24 For further reading see the German system SGB IX. 80. §; Kossens, von der Heide Maass (2009) pp. 287–312.

25 In Austria see Höfle, W., Leitner, M., Stärker, L. (2003) p. 39.; OGH 10.12.1993, DRdA 1994, 416; OGH 21.11.1990, Arb 10.884; VwGH 04.10.2000, 99/11/0078; BEinstG 8. § (6) b). In Germany: SGB IX. 85. §; Kiss, Gy. (2005): *Munkajog*, Budapest, Osiris, p. 308.; Kossens, von der Heide Maass (2009), p. 321–337.

26 For the German system see also: SGB IX. 83. §, Kossens, von der Heide Maass (2009) p. 309–319; Castendiek, J. Hoffmann, G. (2009), *Das Recht der behinderten Menschen*. Baden-Baden: Nomos, p. 208. Cramer, H. H. (2006)

The welfare benefits for the people with disabilities depend on several circumstances. First of all, the nature of these benefits and services are strongly determined by the disability paradigm behind the legal system of the country. The welfare model of the given country has a determinative role, as well. Even the constitutions (the fundamental laws of the countries) are strongly impacted by the ruling disability paradigm and the welfare model of a given state.

These statements are relevant in respect of Hungary, as well. Because our analysis is mainly jurisprudential, the constitutional rules will be reviewed first. The interpretation of these rules depends on the above written – theoretical and paradigmatic – backgrounds.

Constitutional regulations on the rights of people with disabilities in Hungary. Certain fundamental rights of the people with disabilities are recognized by the new Hungarian constitution, the Fundamental Law of Hungary (published on 25th April 2011).

The Hungarian constitutional regulation is based on the non-discrimination model thus the paragraph 2 of the article XV of the Fundamental Law of Hungary states: »Hungary shall guarantee the fundamental rights to everyone without discrimination based on any ground such as disability« (see also above at IV.5.)

Thus one of the roots of the Hungarian fundamental regulation is the *ban of the discrimination*, therefore the elements of the human rights approach can be considered. In the postmodern (Western) democracies – in addition to the fight against discrimination – greater emphasis was given to ensuring the human dignity of people with disabilities.²⁷ In the end of the 1990s several national legislations have the aim to establish a kind of catalogue of the rights of the persons with disabilities. Although Hungary was one of the first countries that passed such a pioneer act (Act No. XXVI of 1998 on the Rights and Equal Opportunities of Persons with Disabilities) and it was the second country ratifying the CRPD, the regulatory approach of the new Hungarian constitution remained on the approach of the older one from 1989. Thus the Fundamental Law of Hungary does not contain a catalogue of these rights. Sign language shall be protected by the state after a new rule of the Fundamental Law [the paragraph 3 of article H)]. Sign language is recognized as »part of the Hungarian culture« by the constitutional norms. This is a small step towards the catalogue of the rights of the persons with disabilities, but only one right of only one group is impacted by the new norms.

Although the human rights paradigm appears in the constitution and in other regulation in respect of persons with disabilities, the *medical and the*

27 See Perlin, M. L. (2006), »International Human Rights Law and Comparative Disability Law: The Role of Institutional Psychiatry in the Suppression of Political Dissents«, *Isr. L. Rev.* 39. pp. 69–70., Priestley, M. (2007), »In Search of European Disability Policy«, *Eur. J. Disability Res.* 1. pp. 61, 63–64.

social (i. e., charity-like) approach of disability is still remained dominant as well.²⁸ Article XIX states that »every Hungarian citizen shall be entitled to assistance laid down in the relevant legislation in the case of disability or impairment«. The state aim to secure the social assistance of the persons with disabilities is institutionalized by this regulation, which was amended by the 4th Amendment of the Fundamental Law of Hungary (published on 25th March 2013). Before the 4th Amendment this state aim to secure the social assistance was accessible to the »impaired people«.²⁹ The term: *persons with disabilities* and the term: *impaired people* are different categories after the definition of paragraph 2 article 1 of the CRPD.³⁰ In Hungarian law the term *impaired* was a synonym to the *people with changed (altered) working ability*³¹ until 2012. Therefore the *social assistance for the persons with disabilities* is a key element of the Hungarian constitutional regulation.

The Act No. XXVI of 1998 on the Rights and Equalization of the People with Disabilities. Hungary adopted a framework act on the rights of the people with disabilities in 1998. This legislation has been based on the human rights model of the disability, and the main goal of this act was to define an enforceable catalogue of the rights of the persons with disabilities.³² The bill of this act was greatly disputed and the act can be considered as a compromise. It is highlighted by an early analysis of this act, that the government has feared the possibly excessive financial consequences of this catalogue (Kardos, 1998 p. 72). Chapter 2 of the Act XXVI lists these rights. The right to the barrier-free environment, the equal access to communication, the equal access to public services, the equal access to the transport and the right to the access to the (disability) support service is regulated by the current norms of the Act XXVI of 1998. The principles that can be found in Chapter 1 and these (general) rules on the rights of the people with disabilities have a highly abstract nature. These – practically – general clauses give a significant freedom to courts when they have to be interpreted (Könczei and Kogon 2000, p. 90–92). There are somewhat more specific norms on the coordination of the general disability legislation and the sectorial rules of the given public services. Chapter 4 on rehabilitation was a revolutionary part of the Act. This Chapter broke the medical approach of disability and its aim was to introduce a complex rehabilitation of persons with disabilities.³³

28 Several Hungarian legal scholars are of the opinion that the social rights in the Constitution of Hungary were the heritage of the Socialist era. See Jakab, A. (2012), *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*, Budapest: HVG-Orac, p. 22 This opinion has not regarded constitutions on several Western democracies which also contains a proper catalogue of the social rights. A good example for this approach is the German *Grundgesetz* which considers a well regulated catalogue of these rights. See Deppenheuer, O. (2011), »Solidarität und Freiheit« in: Isensee, J., Kirchhof, P. (eds.): *Handbuch des Staatsrechts. Band IX Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, C. F. Müller, pp. 668–670.

29 See Árva Zs. (2013), *Kommentár Magyarország Alaptörvényéhez*, Budapest: Wolters Kluwer, p. 189.

30 See Gordon, J. S. (2013), »Is Inclusive Education a Human Right?« in: *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41. p. 761.

31 See Hajdú, J. (2010), *Szociális jog II*, Budapest: Patrocínium, p. 104–106.

32 See Hoffman, I., Könczei, Gy. (2010) p. 158.

33 See more: Hoffman, I., Könczei, Gy. (2010) p. 159.

This Act can be described as a Janus-faced one. Its general rules are quite abstract ones, because they define the fundamental rights of the persons with disabilities. However Chapter 5 on disability benefit is a »classical« social benefit and this chapter is part of the law of the Hungarian social benefits. This part of the act is similar to the disability legislation of the Austrian provinces (*Länder*) that passed several disability benefit act during the 1970s and the 1980s.

After the first years of the adoption of this Act it seemed that the frameworks of this act would result a revolutionary change in the Hungarian disability policy.³⁴ Taking a close look at the fifteen years of this act will lead to the conclusion that those regulations of the Act XXVI of 1998 have been prevailed which have had real legislative and financial background and connections. Therefore the rules on the equal access to social services and the right to the access of the specific support service for the persons with disabilities became key elements of the act.

Social assistance for persons with disabilities. Hungarian social assistance system is based on the constitutional background but if someone takes a close look at the detailed regulation, another view is outlined. Although the rules on the Fundamental Law of Hungary does not contain a proper catalogue of the rights of the persons with disabilities but roots of a human rights approach can be observed.

As it has been mentioned before, the medical model of disability impacted significantly the general rules of the disability policy. (Act No. XXVI of 1998 is based on the social model, however it contains even a partly medical definition of disability).³⁵

Social security benefits. Benefits of persons with changed working abilities were secured formerly by the acts on the pensions and the acts on the benefits of the health insurance. Persons with permanently changed working abilities received a special type of the pensions, the pension of the impaired people. Persons with temporarily altered working abilities could receive the benefits of the health insurance.³⁶ This system secured the benefits of persons with changed working abilities— as we have mentioned above *in IV.3.* — as a partially different circle of persons with disabilities. These benefits have had social insurance nature thus prior insurance relationship (practically prior employment) was required. The Pension Insurance Fund and the health benefits by the Health Insurance Fund funded the pensions. The system was partially changed by the Act No. LXXXVII of 2007. This Act introduced the rehabilitation benefit. The aim of this benefit was to increase the employment of per-

34 See more Könczei, Gy., Kogon, M. (2000): Valami elindult ..., *Esély*, 12. p. 96.

35 See Könczei, Gy., Hernádi, I. (2011) pp. 12–13.

36 See more Fazekas, M. (2004), »Szociális igazgatás« in: Ficzer, L., Forgács, I. (eds.): *Magyar Közigazgatási Jog. Különös rész.* Budapest: Osiris, p. 302.

sons with changed working abilities, but practically it meant tightening of the access to these benefits. The Pension Insurance Fund funded the rehabilitation benefit.³⁷

Act No. CXCI of 2011 introduced changes to the system again. First of all, the former pension of the impaired person has been converted into benefit for the persons with changed working abilities. The old pensions are constitutionally guaranteed by the new constitution, the Fundamental Law provides a limited protection for these benefits. The legislator has advantaged the opportunity and the access opportunities have been restricted, furthermore the sum of several benefits has been reduced. Although the examination of disability was based originally theoretically on a complex approach, in the practice the medical approach dominates the system. The funding has outlined the medical approach of the social security benefits: the Health Insurance Fund funded them.³⁸ Consequently the social security benefits have been weakened in the Hungarian disability policy.

Universal benefits. The significance of the universal nature social benefits has been strengthened among the Hungarian disability benefits from the 1990s. First of all Act No. XXVI of 1998 introduced a new benefit of a universal nature, i. e. the disability benefit.³⁹ Access to this benefit does not require former employment status and it is not even a means-tested one. Because of its additional nature⁴⁰ – the benefit is a financial support to the additional cost of the disability status – the amount of this benefit is a moderate one: from 1st June 2013 it is 19 500 HUF (ca. 65 EUR) and 24 000 HUF (ca. 80 EUR) per month, depending on the severity of disability.

The adult person with disability is entitled for disability benefits. The family allowance for minors with disabilities is increased. According to § 11 of the Act No. LXXXIV of 1998, the minors with disabilities receive a family allowance of increased amount. This amount is 30–70 % higher than the family allowance of the minors without disabilities.

The entitlement of these benefits is based on the disability definition of the Act No. XXVI of 1998, but the medical approach has been still prevailed. The medical documentation of the persons who apply for the disability benefit is required by the implementing decree of this Act.⁴¹ The detailed regulation on the disability definition of the family allowance with increased amount is based on the ICD (international classification of diseases) codes and disability should be justified by the opinion of a specialist physician.⁴²

37 See more Fazekas, M., Hoffman, I. (2011), »Szociális igazgatás« in: Fazekas, M. (ed.): *Magyar Közigazgatási Jog. Különös rész.* Budapest: Osiris, p. 301.

38 See Hoffman, I. (2013), »Szociális igazgatás« in: Lapsánszky, A. (ed.) *Közigazgatási jog. Fejezetek szakigazgatásaink köréből. III. kötet* Budapest: Complex, p. 248.

39 See more Kőnczei, Gy., Kogon, M. (2000) pp. 94–95.

40 See more Hoffman (2013) p. 238.

41 See Government Decree 141/2000. (published on 9th August 2000).

42 See Decree No. 5/2003. ESZCSM (published on 19th February 2003) of the Minister of Health, Social Affairs and Families.

Means-tested benefits. As we have already mentioned the Hungarian social services system – which is a Bismarckian type one⁴³ – is based on the social security (social insurance) benefits. The universal benefits are just additional ones. The benefits based on social insurance require prior employment relationship; therefore these benefits do not guarantee the livelihood of those persons with disabilities who have not had insurance relationship and sufficient income and assets⁴⁴. Therefore Act No. III of 1993 institutionalizes means-tested benefits. The main means-tested benefit is the regular social benefit, which can be received by those people with changed working abilities who do not have social insurance support. Elderly persons with disabilities can receive the old-age allowance.⁴⁵ The persons with changed working ability are entitled for the regular social benefit: as we have mentioned above, most of them are persons with disabilities, but the two categories have significant differences.

Social care. Theoretically the social care is mostly based on the disability approach of the Act No. XXVI of 1998. Act No. III of 1993 on Social Administration and Social Benefits does not contain a specific disability definition: the definition of the Act No. XXVI of 1998 should be applied. The main principles of access to social care for persons with disabilities are regulated by this Act, as a general (framework) act. Act No. III of 1993 regulates the main and detailed rules.

The Act on Social Administration and Social Benefits regulates several social services provided specifically for persons with disabilities. § 11 of the Act No. XXVI of 1998 institutionalizes the main disability basic care form: the support service. There are specific institutes for the persons with disability. This system is significantly changing nowadays: the principle of the support of independent living has occurred in the Hungarian system. Therefore the smaller residential homes and the subsidized housing institutions are preferred by the Hungarian legislation, as well. Sheltered employment takes place in these institutions. It is reformed and intends to be more transitional into the world of labour. However, the conversion of big institutes is not a quick process, but progress can be observed.

VI. Discussion

Analysing the issue of employment of persons with disabilities, there is a tension between the changes in labour law and the concept of integration of vulnerable groups including them. Because of *flexibilisation* of the employment relationship special dismissal protection of disabled persons seems to be a hard issue; there is a significant interference between the self-determination and the employment contract.

43 See more Fazekas M. (2004) p. 299.

44 The measure of sufficient income and assets is defined by the Act No. III of 1993.

45 See more Hoffman (2013) p. 240.

There is a tendency of less protection and contracting out from the protective employment relationships, contrary, the integration policies of disabled people count on these protection rules. Consequently the prospects of labour law have got tensions between *flexicurity*, human rights and protection of vulnerable groups. Finding a solution to this problem is a great issue. Once labour market's integration is aimed in the course of employment of disabled people, the real issue is how to create such an *enabling labour legislation* that is not too protective but still motivating. Protection comes outside of the labour law regulation by means of quotas; subsidies and social care services, and is also included in the labour law regulation in itself by means of dismissal protection, anti-discrimination legislation, collective interest representations, and obligations on the employer.

The basis for promoting a social care system in Hungary is Act No. XXVI. of 1998 on the Rights of the People with Disabilities. The key elements of the Act are: equal access to the social services and the right to the access of the specific support service for the persons with disabilities. Hungarian regulation in respect of access to social services has a Janus-faced character. The human rights approach appears already in Hungarian legislation, but medical approach of disability plays a more significant role, which has been prevailed, especially among cash benefits.

The presumption at the beginning of this essay seems to be ascertained, because the employment and social status of people with disabilities in working life and social care system are outcomes of labour, employment and social policy reflecting the disability approach of a state. A mixed disability approach can be outlined from the legal provisions those incorporate provisions based on the medical, moral, social and human rights model of disability in Hungary. The legislator's endeavour pursue the characteristics of social approach which prevail from time to time in the reforms of labour and social law provisions. However in most recent reforms referred to *IV.5. and V.* the entitlement for services (Act No. CXCI of 2011) and the term *incapacitated employee* (Labour Code) are still based on the medical model of disability.

The employment and social policy are strongly connected to each another; they should be balanced in a disabled person's own life. That might lead to the full participation in the society.

VII. References

- Aichele, V. (2010), »Behinderung und Menschenrechte: Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen«, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 3, pp. 13–19.
- Arnardóttir, O. M., Quinn G.(eds.) (2009), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*. Brill: Martinus Nijhoff Publisher.
- Árva, Zs. (2013), *Kommentár Magyarország Alaptörvényéhez*, Budapest: Wolters Kluwer.

- Bach, M. (2007a), »Advancing Self-Determination of Persons with Intellectual Disabilities«, *Inclusion Europe*, 1. 2–5. from <http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=404> (last visited 01.08.2009)
- Bach, M. (2007b), *Supported Decision Making under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Questions and Challenges, Notes for Presentation to Conference on Legal Capacity and Supported Decision Making, Parents' Committee of Inclusion Ireland*, November 3, 2007 from <http://moodle.disabilityknowledge.org/mod/resource/view.php?id=417> (last visited 01.08.2009)
- Castendiek, J., Hoffmann, G. (2009), *Das Recht der behinderten Menschen*. Baden-Baden: Nomos.
- Collins, H., Ewing, K. D., McColgan, A. (2012), *Labour Law*, London: Kings College.
- Countouris, N. (2007): *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Hampshire: Ashgate Publishing.
- Cramer, H. H. (2006), *Werkstätten für behinderte Menschen, SGB – Werkstättenrecht, WerkstättenVO, Werkstätten-MitwirkungsVO, Kommentar*, 4. Auflage, München: Verlag C. H. Beck.
- Csák, Cs. (ed.) (2007), *Ünnepi tanulmányok Prugberger Tamás professzor 70. születésnapjára*, Miskolc: Novotni Alapítvány.
- Deakin, S., Morris, Gillian S. (2012), *Labour Law*. Oxford and Portland, Oregon, Sixth Edition: Hart Publishing.
- Deakin, S. (2011), »The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development« in: Guy Davidov, G., Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 156–178.
- Deakin, S., Wilkinson, F. (2005), *The Law of the Labour Market. Industrialisation. Employment and Legal Evolution*, Oxford: Oxford University Press.
- Depenheuer, O. (2011), »Solidarität und Freiheit« in: Isensee, J., Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts. Band IX Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, C. F. Müller.
- Dhanda, A (2007), »Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future?« *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34. pp. 429–462.
- Dhanda, A., G. Gombos, G. (2008): *Acknowledgement and Disclaimer*, UNCRPD, Disability Rights and Law, Wednesday, July 23, Harmonizing national laws with UNCRPD: Suggested amendments to the National Trust Act 1999, from <http://un-crpddandlaw.nileshsingit.org/2008/07/harmonizing-national-laws-with-uncrpd.html> (last visited: 6 August 2009)
- Dhanda, A. (2008), »Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities«, *Sur. International Journal on Human Rights*, 8. pp. 43–61.
- Dhanda, A. (World Network of Users and Survivors of Psychiatry): *Article 9: Equal Recognition As A Person Before the Law Legal Capacity Note AHC, Advocacy Note on Legal Capacity*, from <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/art9legal.htm> (last visited: 4 August 2009)
- Dickens, W. T., Lang, K. (1984): *A Test of Dual Market Theory*. Working Paper No. 1314. March, pp. 1–14.
- Fazekas, M. (2004), »Szociális igazgatás« in: Ficzere, L., Forgács, I. (eds.), *Magyar Közigazgatási Jog. Különös rész*. Budapest, Osiris, pp. 280–305.
- Fazekas, M., Hoffman, I. (2011), »Szociális igazgatás«, in: Fazekas, M. (ed.), *Magyar Közigazgatási Jog. Különös rész*. Budapest, Osiris, pp. 218–248.
- Freedland, M., Countouris, N. (2011), *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press: Oxford.

- Goodley, D. (2011), *Critical Disability Studies. An Interdisciplinary Introduction*. London: Sage.
- Gordon, J. S. (2013), »Is Inclusive Education a Human Right?« in: *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41 pp. 754–767.
- Gyulavári, T., Hős, N. (2013), »The Road to Flexibility? Lessons from the New Hungarian Labour Code«, *European Labour Law Journal*, 4, pp. 253–270.
- Gyulavári, T. (2011), Harmadik típusú jogviszonyok a munkajog átalakuló fogalomrendszerében, *Magyar Jog*, 1. pp. 23–34.
- Hajdú, J. (2010), *Szociális jog II*. Budapest: Patrocínium.
- Hoffman, I. (2013), »Szociális igazgatás«, in: Lapsánszky, A. (ed.), *Közigazgatási jog. Fejezetek szakigazgatásaink köréből. III. kötet*, Budapest: Complex, pp. 227–276.
- Hoffman, I., Könczei, Gy. (2010) 'Legal Regulations to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code' *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 33. p. 143–173.
- Höfle, W., Leitner, M., Stärker, L. (2003), *Rechte für Menschen mit Behinderung*. Wien: Linde Verlag.
- ILO (1997) Contract Labour – Fifth item on the agenda Report V (1) to the International Labour Conference 86th Session 1998, Geneva.
- Jakab, A. (2012), *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*, Budapest: HVG-Orac.
- Jakab, N., Kajtár, E.: *Empowerment Project Questionnaire Hungary* from <http://empower.hu/publications/category/4-filled-in-questioners> (last visited 28 May, 2013).
- Jakab, N. (2013), *A margón és azon túl*, Miskolc: Novotni.
- Jakab, N. (2009), »A cselekvőképesség szabályozásának elméleti és gyakorlati odüsszeiája az érintettek szemszögéből«, *Fogyatékoság és Társadalom*, (1) 3–4. pp. 375–389.
- Jakab, N. (2009), »A gondnokság, mint fogyatékoságpolitika, avagy Maschke más-képp«, *Fogyatékoság és Társadalom*, (1) 3–4. pp. 295–313.
- Jakab, N. (2010), »A cselekvőképesség elméleti háttéréről és a szellemi egészség jogáról«, *Miskolci Jogi Szemle*, (5) 1., pp. 89–112.
- Jakab, N. (2011), *A cselekvőképesség elméleti háttere és munkajogi kérdései*, Ph.D. Disszertáció, Miskolc.
- Kajtár, E. (2013), »Life outside the bubble: International and European legal framework of discrimination in employment«, *Pécsi Munkajogi Közlemények*, 6. pp. 5–21.
- Kajtár, E. (2009), Foglalkoztatási esélyegyenlőség. A IX. Tokiói Összehasonlító Munkajogi Szeminárium tanulmányai, *Pécsi Munkajogi Közlemények*, 2. pp. 171–173.
- Kardos, G. (1998): »Alkalmi tűnődés fontos dolgokról« *Fundamentum*, 2. pp. 105–107.
- Kenderes, Gy. (2007), *A munkaszerződés hazai szabályozásának alapkérdései*, Miskolc: Novotni Kiadó.
- Kiss, Gy. (2005), *Munkajog*, Budapest: Osiris.
- Kiss, Gy. (2013), »A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvben«, *Jogtudományi Közlöny*, 1. pp. 1–14.
- Könczei, Gy. – Hernádi, I. (2011), »The Main Concept of Disability Studies and its Changing Shape. A Hypothetical Reconstruction.« in: Nagy, Z. É. (ed.): *Az akadályozott és az egészségkárosodott emberek élethelyzete Magyarországon*, Nemzeti Család- és Szociálpolitikai Intézet, TÁMOP 5.41-08/1-2009-0002, pp. 7–25.

- Könczei, Gy., Kogon, M. (2000): Valami elindult ..., *Esély*, 12. pp. 84–99.
- Kun, A., Hajdú, J. (2011), »Conceptualization of Corporate Social Responsibility in the context of Labour Law«, in: Blanpain, R. (ed.), *Rethinking Corporate Governance, From Shareholder Value to Stakeholder Value*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, pp. 175–194. (Bulletin of Comparative Labour Relations; 77.)
- Lachwitz, K. (2008a): »UNO-Generalversammlung verabschiedet Konvention zum Schutz der Rechte behinderter Menschen«, Teil II., *Rechtsdienst der Lebenshilfe*, 2. pp. 37–40.
- Lachwitz, K. (2008b): »UN-Konvention auf der Zielgerade, Kritikwürdig: Denkschrift der Bundesregierung«, *Lebenshilfe Zeitung*. Issue 4., Dezember 2008 from <http://www.schattenblick.de> (last visited: 31 July 2009)
- Longmore, P. K. (2003), *Why I Burned my Book. And other essays on disability*. Philadelphia: Temple University Press.
- Kossens, von der Heide Maass (2009), *SGB IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Kommentar*, 3. Auflage, München: Verlag C. H. Beck.
- Olajos, I. (2008), *A vidékfejlesztési jog kialakulása és története*, Miskolc: Novotni Alapítvány.
- Perlin, M. L. (2006), »International Human Rights Law and Comparative Disability Law: The Role of Institutional Psychiatry in the Suppression of Political Dissents«, *Isr. L. Rev.* 39. pp. 69–97.
- Priestley, M. (2007), »In Search of European Disability Policy«, *Eur. J. Disability Res.* 1. pp. 61–74.
- Prugberger, T. (2013), *Magyar munka- és közszolgálati reform nyugat-európai kitekintéssel*, Miskolc: Novotni Kiadó.
- Prugberger, T., Csák, Cs., Tóth, H. (2002), »Hungarian legal regulation of workers guaranteed payments in cases of employer insolvency A review in the light of EC Directive 80/987«, *South-East Europe Review For Labour And Social Affairs*, (5) 2. pp. 95–101.
- Raisz, A. (2010), *Az emberi jogok fejlődése az Emberi Jogok Európai és Amerikai Bizottságának kölcsönhatásában*, Miskolc: Novotni Alapítvány.
- Reich, M., Gordon, D. M., Edwards, R. C. (1973), Dual Labour Markets, A Theory of Labour Market Segmentation, *The American Economic Review*, (43) 2, pp. 359–365
- Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Thematic study on the work and employment of persons with disabilities (Nr. A/HRC/22/25) (furthermore referred to as »Report of the High Commissioner«)
- Reports of the Hungarian Commissioner of Fundamental Rights: accession into the labour market in AJBH-2618/2012., the working circumstances and completion of the policy »reasonable accommodation« in AJBH-5360/2012., education system for the efficient employment in AJBH-4832/2012.
- Rogowski, R., Salais, R., Whiteside, N. (2011), *Transforming European Employment Policy- Labour Market Transitions and the Promotion of Capability*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Szilágyi, J. E. (2009), »Bevezető az Európai Unió gazdasági és társadalmi kohézió politikájába«, in: Csák, Cs., Olajos, I., Szilágyi, J. E. (eds.), *A gazdasági és társadalmi kohézió politikája az Európai Unióban és Magyarországon: Főiskolai jegyzet a Munkaügyi- Társadalombiztosítási Igazgatási Alapszakos hallgatók részére*. Miskolc, Novotni Alapítvány, pp. 7–42.
- Terence, I. G. (1992), »Employment Quotas for Disabled People: The Japanese Experience« *Kobe University Law Review*, International Edition, 126. Rokkodaï, Kobe, Japan, Faculty of Law Kobe University, pp. 1–32.

- Veneziani, B. (2009), »The Employment Relationship« in: Hepple, B., Veneziani, B. (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.
- Waddington, L. (1994), »Legislating to Employ People with Disabilities: The European and American way«. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, (1) 4. pp. 367–395.
- Weber, I. (1998), »Die Gleichstellung der Frau im Erwerbsleben – Neue Chancen durch Quotenregelungen?« *DB*, 1. 1998. p. 45–46.

Analyse der »Quasi-Renten« in Mexiko – zwischen Privatisierung und staatlicher Finanzierung¹

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Konzeptioneller Rahmen
 - I. Rentenmodelle in Mexiko
 - 1. Umlageverfahren
 - 2. Modell der individuellen Kapitalisierung
 - 3. System der direkten Staatsfinanzierung
 - II. Renten und Rentenbezieher in Mexiko
 - 1. Soziodemographischer Rahmen der Rentenbezieher
 - 2. Privilegierte Rentensysteme
 - a) Mitglieder der mexikanischen Streitkräfte
 - b) Ehemalige Präsidenten
 - c) Beschäftigte des IMSS
 - d) Ehemalige Richter des Obersten Gerichtshofes der Nation
- C. Reformen der mexikanischen Renten von der Umlage zur individuellen Kapitalisierung
 - I. Analyse der Reform des IMSS von 1995
 - II. Analyse der Reform des ISSSTE von 2007
- D. Zwischen Privatisierung und staatlicher Finanzierung: zu befriedigende Erwartungen durch das mexikanische Quasi-Rentensystem
- E. Die Renten und der Pakt für Mexiko und die Soziale Sicherheit
- F. Abschließende Bemerkungen
- G. Bibliographie
- H. Gesetzgebung
- I. Sonstige Quellen

A. Einführung

In Mexiko ist es üblich sich auf das »mexikanische« Rentensystem zu beziehen, aber wenn man sich seinem Studium widmet, wird man sehr bald gewahr, dass eigentlich verschiedene Mechanismen existieren um Geldleistungen bei Alter (vejez), Beschäftigungslosigkeit im fortgeschrittenem Alter (cesantía en edad avanzada)² und Ruhestand (retiro) zu erhalten. Einer dieser Mechanismen läuft über verschiedene soziale Sicherungen, die dreiseitig finanziert werden (Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Staat). Zudem gibt es andere finanzielle Leistungen, die die Sozialhilfe gewährt. Und schließlich existieren

1 Übersetzung aus dem Spanischen von Prof. Dr. Hans-Joachim Reinhard, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München.

2 Der Begriff »cesantía en edad avanzada« umschreibt eine Art Abfindung bei Beendigung der Beschäftigung und ersetzt funktional teilweise eine Arbeitslosenversicherung für ältere Arbeitnehmer. Im Weiteren wird der Begriff der Entlassungsschädigung für ältere Arbeitnehmer verwendet (Anm. d. Ü.).

privilegierte Renten, die einigen Sektoren der Bevölkerung gewährt werden, deren Zugangsvoraussetzungen jedoch, selbst wenn sie minimal sind, für den größten Teil der Bevölkerung unerreichbar sind (etwa Präsident der Republik oder Gouverneur eines Bundesstaates zu sein). Weil ihre Leistungsbeträge enorm hoch sind, beziehen wir uns auf die Rentensysteme der Expräsidenten, der ehemaligen Richter, der Exgouverneure und einige weitere Systeme, die wegen ihrer Zahlbeträge hervorstechen und die in der Höhe der Zahlbeträge im Vergleich zu der allgemeinen Bevölkerung unverhältnismäßig sind: die Rentensysteme für die Arbeitnehmer des Instituto Mexicano de Seguro Social, die Mitglieder der mexikanischen Streitkräfte, die Beschäftigten der Universitäten usw.

Deshalb werden in diesem Beitrag die Mechanismen des Zugangs zu diesen Rentensystemen analysiert sowie die Form ihrer Finanzierung. Damit soll gezeigt werden, aus welchen Quellen die privilegierten Rentensysteme ihre Einkünfte beziehen um die Leistungen zu gewähren, nämlich aus dem Bundeshaushalt bzw. aus dem Haushalt des Bundesstaates. Weiterhin wird noch die Debatte zwischen der Privatisierung der Verwaltung der Rentenzweige der sozialen Sicherung und der 100 %igen Finanzierung zu Lasten des Staates aufgegriffen.

Methodologisch wird zunächst mit einem konzeptionellen Rahmen begonnen. Danach werden in einem Referenzrahmen die Renten und die Rentenbezieher in einen Kontext gesetzt um mit einigen kurzen Schlussfolgerungen und ihren diesbezüglichen Forschungsquellen zu schließen.

B. Konzeptioneller Rahmen

Die Renten wegen Alters, Beschäftigungslosigkeit im fortgeschrittenen Alter und Ruhestand berechtigen unabhängig von ihrer Bezeichnung, den Voraussetzungen für ihren Erhalt und ihren Charakteristiken zu einer finanziellen Leistung, die stets von einem als sozial anerkannten Risiko abgeleitet wird, nämlich der Alterung. Vor mehr als einem Jahrhundert erwuchs das soziale Bewusstsein, dass das Risiko des Alters durch das eigene Kollektiv gedeckt werden sollte und dies sowohl hinsichtlich der Organisation als auch hinsichtlich der Beseitigung der schädlichen Folgen. Es sollte damit nicht mehr individuell jede Person konfrontiert werden, wenn sie das Alter erreicht.³

Mit den Finanzierungsproblemen, die alle Rentensysteme der Welt durchdringen, wird heutzutage das im Verfall begriffene Versprechen sozialer Solidarität durch neoliberale Wechsel der Privatisierung oder gesetzliche Zwangsmaßnahmen reduziert und die Individuen werden selbst verpflichtet, mit der Gesellschaft die Verantwortung für die Alterung zu teilen.

³ Vgl. Alarcón Caracuel, Manuel R./González Ortega, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 4^a ed., España, 1991, p. 9.

Deswegen ist es notwendig, jedes einzelne der Rentenmodelle, die in Mexiko Anwendung finden zu untersuchen um in eine Analyse ihrer Problematik eintreten zu können.

I. Rentenmodelle in Mexiko

Der größte Teil der Renten in Mexiko wird durch soziale Sicherungssysteme gezahlt, deren rechtliche Basis sich in Art. 123 der politischen Verfassung der Vereinigten Staaten von Mexiko findet. Die hauptsächlichlichen sozialen Sicherungssysteme sind:

1. Das Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)
Es sichert die abhängig Beschäftigten des privaten Sektors ab sowie die Selbständigen durch freiwillige Mitgliedschaft. Dieses Institut wird durch das Ley del Seguro Social und seine vielfältigen Ausführungsbestimmungen geregelt.
2. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)
Es versichert die Arbeitnehmer im Dienst des Bundesstaates. Seine Regelung findet sich im Ley del ISSSTE selbst und dessen Ausführungsbestimmungen.
3. Instituto de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM)
Es versichert die Mitglieder der bewaffneten Streitkräfte von Mexiko. Es ist im Ley del ISSFAM und seinen entsprechenden Ausführungsbestimmungen geregelt.
4. Instituto de Fondo Nacional de la Vivienda (INFONAVIT)
Es koordiniert die Leistungen für Wohnraum, die an die Versicherten des IMS gewährt werden. Diese Einrichtung regelt das Ley del INFONAVIT und dessen Sekundärnormen.
5. Kleinere Institute für Landesbeamte.
Diese versichern Beamte der jeweiligen Bundesstaaten (estado federal).

Im Allgemeinen ist Voraussetzung einer Versicherung, dass man den Status eines formalen Arbeitnehmers innehat. Dies bedeutet, nicht nur persönlich und abhängig einem Arbeitsverhältnis innerhalb des privaten oder öffentlichen Sektors unterworfen zu sein, sondern darüber hinaus von den entsprechenden Gesetzen erfasst zu werden. Weiterhin muss diese Arbeitsbeziehung sich in der formalen Ökonomie befinden. Ebenfalls kann man versichert sein, wenn man Begünstigter eines Versicherten ist oder die Voraussetzungen für eine freiwillige Versicherung erfüllt. Daher haben wir zum einen eine Bevölkerungsgruppe von etwas mehr als 65 Millionen Mexikaner und Mexikanerinnen⁴, die Leistungen durch die Sozialversicherungen bezieht und die zum

⁴ ACUERDO ACDO.SA3.HCT.230414/84.P.DF y sus anexos relativo al Programa Institucional del Instituto Mexicano del Seguro Social (PIIMSS) 2014–2018, Diario Oficial de la Federación del 28 de abril del 2014. En http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5342374&fecha=28/04/2014, Abrufdatum 2. Dezember 2014.

anderen vertragliche Leistungen genießen, die durch die soziale Vorsorge gewährt werden. Beide Leistungstypen werden von einer formalen Arbeitsbeziehung abgeleitet.

Die Modelle der Verwaltung, die auf die mexikanischen Sozialversicherungen Anwendung finden, können – wenngleich sie hybrid sind – wie folgt identifiziert werden:

1. Umlageverfahren

Die mexikanischen Sozialversicherungen (IMSS und ISSSTE) erblickten das Licht unter dem Umlagesystem, wo man einen angemessenen Teil der aktuellen Einnahmen durch das Konzept der Sozialversicherungsquoten für den Teil der Bevölkerung reserviert, der (arbeitsmäßig gesehen) nicht mehr aktiv ist. Auf der einen Seite decken die Beiträge der aktuellen Versicherten die Beiträge der laufenden Renten; auf der anderen Seite wird zugleich das Recht der Beitragszahler (nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen) auf Absicherung ihres wirtschaftlichen Einkommens geschaffen, wenn sich das unausweichliche Risiko des Alters zeigt.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass einige Zweige der Versicherung weiterhin nach diesem Modell verwaltet werden: Krankheit und Mutterschaft, sowie Kinderhorte und soziale Leistungen.

2. Modell der individuellen Kapitalisierung

In den 70er Jahren führte Chile als Pionierland, als es den wirtschaftlichen Kollaps seines Sozialversicherungssystems vorhersah, mit intellektueller Unterstützung der chilenischen Wirtschaftswissenschaftler, die in den Universitäten von Chicago ausgebildet worden waren, ein neues wirtschaftliches Modell für die Finanzierung der Sozialversicherungen ein. Die Verwaltung der Renten und Ruhestandsleistungen und später der Gesundheitsleistungen wurde auf private Einrichtungen übertragen wurde mit dem Vorbehalt der staatlichen Kontrolle. Dieses neuartige Modell blieb unter Beobachtung der internationalen Öffentlichkeit und gerade 20 Jahre später, als die die chilenischen Pensionsfonds ihre vorgebliche Gangbarkeit und vor allem die Akkumulierung einer beträchtlichen Summe von Millionen von Dollar zeigten, stürzten sich andere lateinamerikanische Länder (Mexiko, Argentinien, El Salvador usw.) in das Abenteuer der Substitution ihrer Umlagesysteme durch ein kapitalgedecktes System. Im kapitalgedeckten System erlaubt man (zum Nachteil der sozialen Solidarität), dass die tatsächlich akkumulierten Summen, die aus den Ansparungen des gesamten Arbeitslebens des Arbeitnehmers stammen, die Höhe der Renten bestimmen, während zugleich die Staaten sich mit Kapital aus einer neuen Quelle mit sicherem und frischem Geld ausstatten.

3. System der direkten Staatsfinanzierung

In diesem Modell werden die Leistungen direkt aus dem Haushalt des Bundesstaates oder des Zentralstaates ohne jegliche Belastung mit Beiträgen zu einem Fonds erbracht um die finanziellen Leistungen zu finanzieren. Dies ist unter anderem der Fall in den Systemen für ehemalige Präsidenten und Gouverneure.

II. Renten und Rentenbezieher in Mexiko

Über Renten in Mexiko zu sprechen bedeutet unausweichlich, sich durch den Sumpf der Gesetzgebung zu kämpfen. Unsere mexikanische Rechtsordnung eröffnet verschiedene Möglichkeiten der Ruhestandsbezüge und der Rente, mit den jeweiligen entsprechenden Voraussetzungen und Beträgen. Diese Renten umfassen (um einen allgemeinen umfassenden Begriff zu verwenden): die Renten selbst (*las propias pensiones*), lebenslange Renteneinkommen (*rentas vitalicias*), programmierter Ruhestand (*retiros programados*), Ruhestandsbezüge (*haberes de retiro*) und Ruhestand (*jubilación*). Sie werden in allgemeiner Art und Weise der versicherten Bevölkerung gewährt, wenn sie die Voraussetzungen dafür im IMSS, im ISSSTE oder im ISSFAM erfüllt, welche man als spezielle Systeme bezeichnen kann. Diese schließen – um einige zu nennen – ein:

- das Rentensystem für die ehemaligen Präsidenten,
- das Rentensystem für die Beschäftigten der Finanzinstitutionen,
- die Rentensysteme der Unternehmen des Bundes,
- die Rentensysteme für die Beschäftigten der Universitäten und
- die Rentensysteme für die Beschäftigten einiger öffentlichen Institutionen, deren Kollektivverträge ein besonderes Rentensystem einrichten, sowohl hinsichtlich privilegierter Leistungen (im Vergleich zu den übrigen Beschäftigten) als hinsichtlich der Zahl der erfassten Beschäftigten. Dies ist etwa der Fall für die Beschäftigten des IMSS selbst oder der Ölfirma PEMEX (*Petróleos Mexicanos*).

Überdies muss man hinzufügen, dass wir kein eigentliches Rentensystem im Land haben, sondern verschiedene Mechanismen um finanzielle Leistungen für das soziale Risiko des Alters zu gewähren, die aber nicht immer als solche benannt werden.

Ludwig von Bertalanffy⁵, der der Vater der Allgemeinen Theorie der Systeme ist, bekräftigt, das als ein System zu verstehen ist: *»ein Zusammenspiel von Elementen, die dynamisch miteinander verbunden sind, eine Aktivität bilden um ein Ziel zu erreichen.«* In diesem Sinne verstärkt sich dieses Konzept durch das, was man in dieser Hinsicht bei der Real Academia Española

5 von Bertalanffy, Ludwig. *Teoría General de Sistemas*. Petrópolis, Vozes. 1976.

auffindet, die dies ausdrückt wie folgt: »Zusammenspiel von miteinander im Bezug stehenden Dingen, die geordnet zu einem bestimmten Ziel beitragen«. ⁶

Deshalb ist zu erwähnen, dass in Mexiko kein Rentensystem im eigentlichen Sinn (und tatsächlich auch kein System der sozialen Sicherheit) besteht. Vielmehr existiert eine bloße Struktur von Werkzeugen der sozialen Sicherheit, die an einer geordneten Integration und Gliederung leidet. Dies erlaubt nicht die Entwicklung eines Systems, welches sowohl die Erfüllung der fundamentalen Prinzipien der sozialen Sicherheit gestattet als auch die universelle Gewährung der Renten.

1. Soziodemographischer Rahmen der Rentenbezieher

In Mexiko haben wir derzeit eine Bevölkerung von 118 879 581 Einwohnern, von denen 11,7 Millionen älter als 60 Jahre alt sind, also Senioren. Das sind 9,7% ⁷.

Die Bevölkerung im vorgerückten Lebensalter wächst beständig als Folge des Anstiegs der Lebenserwartung. Deshalb muss man Überlegungen anstellen, wie die Lebenserwartung der Mexikaner direkt die wirtschaftlichen, kulturellen, politischen und schließlich die sozialen Belange tangiert. Im Jahr 2000 lag die Lebenserwartung bei 74,0 Jahren (71,5 Jahre für Männer und 76,5 Jahre für Frauen). Im Jahr 2010 war sie bereits auf 76,6 Jahre gestiegen (74,2 für Männer, 79,1 für Frauen) und die Prognosen des Consejo Nacional de Población (Nationaler Bevölkerungsrat) zeigen, dass im Jahr 2030 79,8 Jahre (77,5 bzw. 82,1 Jahre) erreicht werden und schließlich im Jahr 2050 die Lebenserwartung auf 81,3 Jahre (79,0 Männer, 83,6 Frauen) ansteigen soll, eine Lebenserwartung, die heute bereits einige Länder wie Österreich oder Japan erreicht haben ⁸.

Hinsichtlich der Renten ist festzustellen, dass gemäß der Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social – ENESS 2013 (Nationale Erhebung über Beschäftigung und Soziale Sicherheit) nur ein Viertel, d. h. 26,1 % der Senioren im Rentenbezug steht. Dieser Prozentsatz ist bei den Männern (35 %) fast doppelt so hoch wie bei den Frauen (18 %). Dreiviertel (77 %) der Renten kommen vom IMSS, während ein Sechstel (14,7 %) das ISSSTE leistet und 7,5 % andere Institutionen. ⁹

Was die Ruhestandsrenten anbelangt, können wir sagen, dass die Männer mehr als die Hälfte der Rentenbezieher, nämlich 55,4 % repräsentieren.

6 Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. Real Academia Española en: <http://www.rae.es/> Abrufdatum: 12. Oktober. 2012.

7 *Estadística a propósito del Día Internacional de las personas de edad*, 1 de octubre de 2014, INEGI, 2014, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2014/adultos0.pdf> p. 1. Abrufdatum: 16. Dezember. 2014.

8 CONAPO, *Proyecciones de la población de México 2000-2050*, 2009.

9 *Estadísticas a propósito del día internacional de las personas de edad*, 2014. En <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2014/adultos0.pdf>, Abrufdatum: 16. Dezember. 2014, p. 7.

Wenig mehr als ein Drittel ist wegen Ruhestand oder Alter im Rentenbezug und nur 5,7 % wegen Arbeitsunfall oder Berufskrankheit. Die Situation der Frauen weicht davon ab, denn 47,9 % beziehen eine Rente als Witwe, 31 % wegen Ruhestands und 14,1 % wegen Beendigung der Erwerbstätigkeit oder Alter.¹⁰

Bezüglich des Monatsbetrages der Renten kann festgehalten werden, dass 16,2 % der männlichen Bevölkerung und 25,1 % der Frauen eine Rente bis zum Betrag des geltenden Mindestlohnes erhält. Mehr als einen Mindestlohn, aber weniger als zwei Mindestlöhne beziehen 38,6 % der Männer und 32,5 % der Frauen. Eine Monatsrente über zwei Mindestlöhnen beziehen 27,2 % der Männer und 26,9 % der Frauen.

Die Renten, die von den mexikanischen Sozialversicherungen gewährt werden sind:

- a) Rente wegen dauernder teilweiser Erwerbsunfähigkeit.
Diese wird vom IMSS und ISSSTE als Folge eines beruflichen Risikos gewährt.
- b) Rente wegen dauernder völliger Erwerbsunfähigkeit.
Diese wird vom IMSS und ISSSTE als Folge eines beruflichen Risikos gewährt.
- c) Invaliditätsrente
Diese wird vom IMSS und ISSSTE als Folge eines Unfalls oder einer allgemeinen Krankheit gewährt.
- d) Waisenrente
Diese wird vom IMSS, ISSSTE und ISSFAM den Kindern bei Tod des Versicherten gewährt.
- e) Hinterbliebenenrenten
Diese werden den Ehegatten wie auch den Lebenspartnern und Lebenspartnerinnen von Versicherten gewährt, wenn diese versterben.
- f) Rente wegen Alters, Beschäftigungslosigkeit im vorgerückten Alter und Ruhestand
Diese wird im IMSS und ISSSTE gewährt, wenn der Versicherte 1250 Beitragswochen nachweist.
- g) Renten und Ruhestandsrechte für die Mitglieder der mexikanischen Streitkräfte

2. Privilegierte Rentensysteme

In einem Land wie Mexiko, in dem ausgeprägte wirtschaftliche, kulturelle und nicht zuletzt soziale Unterschiede existieren, können verschiedene Rentensysteme ausgemacht werden, in denen die wirtschaftliche Disparität im Zahlbetrag und in den Zugangsvoraussetzungen zu sehen ist.

¹⁰ A. a. O.

Im folgenden Abschnitt werden einige der Systeme analysiert, die die Verfasserin als privilegierte Renten bezeichnet; dies wegen der bemerkenswerten Differenzen, die zwischen ihnen und den Systemen des IMSS und des ISSSTE bestehen, also den Institutionen, die –wie vorstehend ausgeführt- die größte Zahl von Renten in unserem Land gewähren. Innerhalb dieser Sonder-systeme kann man die Renten anführen, die den Mitgliedern der Streitkräfte, den Ex-Präsidenten, den Beschäftigten des IMSS, den ehemaligen Richtern des Obersten Nationalen Gerichtshofs und den Beschäftigten einiger öffentlicher Universitäten gewährt werden.

a) Mitglieder der mexikanischen Streitkräfte

Wenn man eine vergleichende Studie der durch die Sozialversicherungen in Mexiko gewährten Renten anfertigt, die an die Mitglieder der Streitkräfte durch ISSFAM gewährt werden, unterscheiden sich diese dadurch, dass der Zahlbetrag höher ist und ihre Vielfalt. Man muss jedoch zudem berücksichtigen, dass sie in den sechs Jahren von 2006 – 2012 als Teil der Strategie des damaligen Präsidenten des Landes Felipe Calderón Hinojosa in seinem Kampf gegen den Drogenhandel beträchtlich angestiegen sind.

Eine der Hauptleistungen sind die Ruhestandsbezüge (*haberes de retiro*), eine lebenslange Geldleistung, auf die die in den Ruhestand versetzten Militärangehörigen Anspruch haben¹¹ und welche folgendermaßen berechnet wird:¹²

- Es wird als Grundlage das mit dem Dienstgrad verbundene Einkommen herangezogen, also die Entsprechung des Gehalts eines Arbeitnehmers.
- Falls die Voraussetzungen für eine Beförderung vorliegen¹³, wird die unmittelbar höhere Kategorie für den Ruhestand herangezogen. Es ist vorgesehen, dass die Militärangehörigen, die durch endgültige Entscheidung in den Ruhestand gehen, in den unmittelbar höheren Grad aufsteigen, einzig zu dem Zweck der Berechnung der entsprechenden finanziellen Leistung, wobei die Gesamtzahl der Dienstjahre und die verbrachte Dienstzeit im entsprechenden Dienstgrad berücksichtigt werden, nämlich:

Gesamtzahl der Dienstjahre	im jeweiligen Dienstgrad verbrachte Dienstjahre
20 Jahre	10 Jahre
22 Jahre	9 Jahre
24 Jahre	8 Jahre
26 Jahre	7 Jahre
28 Jahre	6 Jahre
30 Jahre	5 Jahre
40 Jahre	3 Jahre

11 Art. 21 LISSFAM.

12 Art. 31 LISSFAM.

13 Art. 27 LISSFAM.

- Es werden 80 % des Gehalts des Dienstgrades bereits unter Berücksichtigung der Beförderung herangezogen
- Es werden zu diesem Betrag die ergänzenden Zuschläge wegen Auszeichnungen für Ausdauer addiert.
- Ebenso werden die Zuschläge für technische Verdienste hinzugezählt, etwa für Flüge oder Fallschirmsprünge sowie besondere Zuschläge oder durch das Finanzministerium gebilligte Zuschläge. Diese Zuschläge werden immer dann hinzugezählt, wenn der Beschäftigte sie im Moment seines Ruhestandes erhält.
- Schließlich werden in Übereinstimmung mit der Reform vom 3. April 2012 den Militärangehörigen, die mit 20 oder mehr effektiven Dienstjahren in den Ruhestand gehen, die Prozentsätze erhöht, die in der nachfolgenden Tabelle aufgeführt werden, wobei als Grundlage die schon einbezogenen Bezüge mit den soeben dargestellten Zuschlägen (Dienstgrad, einschließlich der jeweiligen Beförderung, falls sie durchgeführt wurde – erhöht um 80 % und zusammen mit den ergänzenden Zuschlägen) herangezogen werden.

Dienstjahre ¹⁴	Prozentsatz
20	50 %
25	55 %
30	60 %
35	70 %
40 und mehr	80 %

Somit können wir folgendes berechnen: die Renten für die im IMSS oder dem ISSSTE versicherten Personen erreichen über das System der individuellen Kapitalisierung eine Ersatzquote von 80 %¹⁵. Dieser Prozentsatz des Gehalts wird im Moment des Eintritts in den Ruhestand durch eine lebenslange Rente substituiert bei einer jährlichen durchschnittlichen Rentabilität von 4 % und mit 40 Jahren Beitragszahlung. Hingegen gehen die Mitglieder der bewaffneten Streitkräfte mit derselben Dienstzeit, also 40 Jahren, mit einer ungefähren Ersatzquote von 320 % in den Ruhestand ohne die übrigen Geldleistungen einzubeziehen, auf die sie noch Anspruch haben wie: Stipendien, Zahlungen an den Wohnungsfonds, Gruppenversicherung für den Ruhestand, Begräbnisbeihilfen und Zahlungen für den Spar- oder Arbeitsfonds.

b) Ehemalige Präsidenten

Das umstrittene Thema der Leistungen, die den mexikanischen Expräsidenten bei Beendigung ihres Mandats gewährt werden, war Gegenstand heftiger Kritik und öffentlicher Erörterung seitens der politischen Parteien. Die Renten

¹⁴ Vollständige Tabelle Art. 31 LISSFAM.

¹⁵ Miranda Valenzuela, Patricio y Noriega Granados Juan, *Entendiendo las AFORES*, Ed. Sicco, México, 1997, p. 93.

der Präsidenten basieren auf Übereinkommen oder Präsidialdekreten und sind in die sogenannten besonderen Rentensysteme eingebettet, zusammen mit denen des Obersten Gerichtshofes der Nation, des Rat für die Bundesgerichtsbarkeit und des Bundeswahlgerichts. Das heißt, den ehemaligen Funktionsträgern wird eine Rente, eine Zuweisung, ein Geldbezug, eine Kompensation oder Unterstützung allein für die Tatsache gewährt, Funktionen im öffentlichen Dienst in einem Rang der höheren Hierarchie ausgeübt zu haben und nicht danach, wie es den Dienstjahren unter Berücksichtigung eines versicherten Risikos entsprechen würde, also für Alter, Invalidität, Ruhestand im vorgerückten Alter usw. Man kann das auch aus einer anderen Perspektive analysieren und zu dem Schluss gelangen, dass das versicherte Risiko der Ruhestand abhängig von der ausgeübten Aufgabe ist und nicht das Alter oder die Dienstjahre.

In unserem Land findet das System der Zuweisungen und Kompensationen, die zu Lasten der Bundesexekutive zu erfüllen sind, sein Fundament in Präsidialabkommen. Das erste Abkommen ist der Acuerdo Presidencial Nummer 7637 del Ejecutivo Federal vom 25. November 1976, das andere das Präsidialabkommen 2763-Bis vom 31. März 1987, herausgegeben von Miguel de la Madrid Hurtado, das Reglement des Estado Mayor Presidencial und das Bundeshaushaltsgesetz von 2001.

Auf der Grundlage der genannten Übereinkommen erhält jeder Ex-Präsident als Geldleistungen:

Eine monatliche Rente entsprechend dem Gesamtgehalt eines Staatssekretärs. Diese Rente wird zulasten des Bundeshaushaltes gewährt und erhöht sich im selben Zeitraum und im selben Verhältnis.¹⁶ Beispielsweise betrug das Gesamtgehalt eines Staatssekretärs für das Steuerjahr 2013 gemäß dem Bundeshaushalt für das Haushaltsjahr 2013 mex\$ 198 186,00 (entsprechend US\$ 15 688,20), was alle Einkünfte einschließt, die der Beschäftigte als Verdienst erhält wie auch die sonstigen Geld- oder Sachleistungen, unabhängig davon ob er sie periodisch erhält oder zu einem bestimmten Zeitpunkt:¹⁷

- eine Weihnachtssonderzahlung in Höhe von 40 Tagesgehältern,
- eine Urlaubsprämie,¹⁸
- eine private Lebensversicherung zu Lasten des Staatshaushaltes.¹⁹ Die Kosten für eine solche Versicherung je Staatssekretär lagen 2014 bei einem monatlichen Mindestbetrag von mex\$ 11 961,00 und einem Höchstbetrag von mex\$ 48.383,00.²⁰ Das entspricht US\$ 946,82 bzw. US\$ 3830,74.

16 Numeral Primero del Acuerdo Presidencial 2763-Bis, de fecha 31 de marzo de 1987.

17 1000 mex\$ = ca. 68 US\$ = ca. 57 € (Dezember 2014).

18 Es importante mencionar que al igual que el aguinaldo, el monto de la prima vacacional que reciben los Secretarios de Estado no se revela por la Secretaria de Hacienda y por ende tampoco en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2013.

19 Segundo párrafo, Numeral Primero del Acuerdo Presidencial 2763-Bis, de fecha 31 de marzo de 1987.

20 Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2014. <http://www.cofemer.gob.mx/documentos/marcojuridico/leyes/PRESUPUESTOEGRESOS2013.pdf> Abrufdatum: 16. Dezember 2014, S. 142.

Und sie sind zudem Begünstigte folgender Geldleistungen:

- Leistungen der Sozialen Sicherheit, die denen der öffentlichen Bediensteten entsprechen, die das Amt eines Staatssekretärs ausfüllen, bestehend in einer Versicherung für größere medizinische Behandlungskosten zu Lasten des Bundeshaushalts.²¹ Der Betrag der Versicherung schwankt zwischen 333 bis 1000 allgemeinen Mindestlöhnen im D. F.²²
- Gruppe von Begleitschutzpersonen und Verwaltungspersonal; eingeschlossen sind 78 Stellen, die dem Großen Präsidentialstaat zugehören, einschließlich einer Stelle als General und 25 öffentlicher Zivilangestellten des Bundes, die beim Personal der Präsidentschaft der Republik geführt werden.²³

Ebenso ist es wichtig zu erwähnen, dass die in diesem Übereinkommen bestimmten Begünstigten die überlebende Ehefrau ist. Allerdings ist zu erläutern, dass im Falle einer weiblichen Präsidentin der Ehemann kein Recht auf diese Hinterbliebenenleistung hätte. Für die minderjährigen Kinder werden keine weiteren Voraussetzungen erwähnt. Derzeit sind 5 ehemalige mexikanische Präsidenten Nutznießer dieser Leistungen.

c) Beschäftigte des IMSS

Die Beschäftigten des IMSS unterliegen nicht dem Versicherungspflichtverhältnis, welches das Institut selbst verwaltet für die Beschäftigten des privaten Sektors, noch sind es Rechtsinhaber des ISSSTE wie die Beschäftigten im Dienst eines öffentlichen Bundesorganismus.

In Übereinstimmung mit Art. 4 des Systems für Renten und Ruhestand bestimmen sich die Renten nach folgenden Faktoren:

- Dienstjahre des Beschäftigten beim IMSS
- Das letzte Gehalt, welches der Beschäftigte genoss im Moment des Ruhestandes oder des Renteneintritts, integriert in Übereinstimmung mit Art. 5 des Systems für Renten und Ruhestand durch die folgenden Teile:
 - Tabellenentgelt
 - Einkommensbeihilfe
 - Dienstalier
 - Essenzuschuss
 - Zuschlag für hohe Lebenshaltungskosten
 - Zuschlag für Tätigkeit in einer entlegenen Zone

21 Segundo párrafo, Numeral Primero del Acuerdo Presidencial 2763-Bis, de fecha 31 de marzo de 1987.

22 Acuerdo por el que se expide el Manual de Percepciones de la Administración Pública Federal. En <http://www.inaoep.mx/oic/documentos/ManualPercepciones2003.pdf>, Abrufdatum: 30. Mai 2013. S. 15. De acuerdo con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, el salario mínimo general vigente en el D. F. es de \$64.76, luego entonces podemos decir que el seguro de gastos médicos que se le paga a un Secretario de Estado con cargo al erario público va de \$ 21 565.08 a \$ 64 760.00. *Salarios mínimos 2013*. En http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/salarios_minimos/ Abrufdatum: 30. Mai 2013, (D. F. = Distrito Federal, Gebiet der Bundeshauptstadt, Anm. d. Ü.).

23 Numeral Quinto del Acuerdo Presidencial 2763-Bis, de fecha 31 de marzo de 1987.

- Arbeitszeiten
- Klausel 86²⁴
- Vollständige medizinische Behandlung
- Weihnachtssonderzahlung
- Bücherbeihilfe
- Zuschlag für Verkehrsrisiko im Gebiet der Hauptstadt für Chauffeure und Fahrer

Wie man sehen kann, ist die Berechnungsgrundlage für die Rente höher als das Gehalt selbst, denn es wird das Gehalt herangezogen und die restlichen der hier genannten Leistungen.

c) Ehemalige Richter des Obersten Gerichtshofes der Nation

Der Oberste Gerichtshof der Nation ist die höchste rechtsprechende Institution und besteht selbst aus 11 Magistraten, die auf 15 Jahre berufen werden. Die ausgeübte Funktion dieses Organs der Bundesgerichtsbarkeit konstituiert eines der wichtigsten Elemente für den Erhalt und die Aktualisierung des mexikanischen Rechtsstaates.

Deshalb wird im Allgemeinen Verwaltungsabkommen 1/2006 vom 30. Januar 2006 des Komitees der Regierung und der Verwaltung des Obersten Gerichtshofes der Nation der »Plan der Zusatzrenten der öffentlichen Bediensteten der obersten Stufe dieses Hohen Gerichts« geregelt, in welchem festgelegt wird, dass die Magistrate das Recht haben, eine Rente bis zu 80 % ihres vormaligen Nettogehalts im Moment des Eintritts in den Ruhestand zu erhalten.

Hinsichtlich der Geldbeträge kann in Übereinstimmung mit dem Bundeshaushalt darauf hingewiesen werden, dass das monatliche Gehalt eines Magistrats des Obersten Gerichtshofes der Nation bei mex\$ 520 011,00 liegt, das heißt gemäß Art. 4 des genannten Übereinkommens beträgt die monatliche Rente dieses Gerichtsorgans ungefähr mex\$ 416 011,00, was US\$ 28 127,85 entspricht. Hinzu kommen folgende Leistungen: ein Fahrer und lebenslang eine Hilfskraft auf Kosten des SCJN, überdies eine Weihnachtssonderzahlung von 40 Tagesgehältern, eine Versicherung für ärztliche Behandlung und sogar die Bezahlung von Mahlzeiten in Restaurants.

Es ist wichtig zu erwähnen, dass der Art. 9 des Allgemeinen Verwaltungsabkommens 1/2006 folgendes festlegt: Um ein Recht auf eine Zusatzrente bei Eintritt in den Ruhestand zu haben, müssen die obersten Funktionsträger mindestens das 65. Lebensjahr erreicht haben müssen, entweder fortlaufend oder akkumuliert 25 Dienstjahre in der Bundesgerichtsbarkeit zurückgelegt haben und im Moment ihres Ausscheidens beim Obersten Gerichtshof aktiv gewesen sein.

24 In der Klausel 86 der Tarifverträge werden soziale Vergünstigungen geregelt, etwa Unterbringung der Kinder in einem Kindergarten.

Wie wir bemerkt haben, ist das System für Magistrate ein System der Privilegien wegen der erheblichen Leistungen, die sie erhalten und für welche der Bundesrechnungshof festgestellt hat, dass es dafür keine Parameter gibt.

C. Reformen der mexikanischen Renten von der Umlage zur individuellen Kapitalisierung

Mexiko optierte wie viele lateinamerikanische Länder und einige Länder in Osteuropa, deren gemeinsame Charakteristik ihre schwache Wirtschaft ist, dafür, vom Umlagesystem in das System der individuellen Kapitalisierung zu wechseln. Das ist für sich gesehen nicht negativ, aber dann schon, wenn die Verwaltung dieses Systems mittels zweier Reformgesetze für die Hauptverwaltungseinrichtungen der Sozialen Sicherheit privatisiert wird, wie im Folgenden gezeigt werden wird.

I. Analyse der Reform des IMSS von 1995

Im Bundesanzeiger vom 21. Dezember 1995 wurde das bis dahin gültige Gesetz über Soziale Sicherheit von 1973 außer Kraft gesetzt. Die hauptsächlich eingeführten Änderungen des neuen Gesetzes über Soziale Sicherheit, welches am 1. Januar 1997 in Kraft trat, bestanden in einer strukturellen Reform des Rentensystems des IMSS, wo man vom Umlageverfahren auf das Verfahren der individuellen Kapitaldeckung wechselte. Damit ersetzte man die alten Zweige der Sozialen Sicherheit der Invalidität, Alter, Beschäftigungslosigkeit im fortgeschrittenen Alter und Tod durch die die aktuell operieren: Invalidität und Leben; Beschäftigungslosigkeit im fortgeschrittenen Alter, Alter und Ruhestand. Es wurde auf den Arbeitnehmer selbst die Verantwortlichkeit für den Zahlbetrag seiner Rente und darüber hinaus sogar zur Generierung des Rechts darauf übertragen. Man verließ das System der definierten Leistung, in welchem der Arbeitnehmer der Empfänger einer nach einem festgelegten Schema berechneten Rente ist, die auf der Grundlage eines Prozentsatzes seines beitragspflichtigen Grundgehalts und der Dienstjahre bestimmt wird und wechselte auf eine Formel der definierten Beiträge. Dabei man kann nicht bestimmte Leistungen aggregieren, denn die Beschäftigten wissen niemals, was der reale Betrag ihrer Rente ist. Die Beiträge werden in individuellen Konten für jeden Beschäftigten festgelegt und deren angesparte Menge hängt von der Generierung des Rechts und seinem Zahlbetrag ab. Die Verwaltung wurde privaten Institutionen übertragen (AFORES, SIEFORE und privaten Versicherungen) obschon die staatliche Verpflichtung vorgeht, die Zahlungen derselben zu garantieren.

II. Analyse der Reform des ISSSTE von 2007

Am 1. April 2007 trat das neue Gesetz über das Institut für Soziale Sicherheit und Soziale Dienste der Beschäftigten des Staates in Kraft, das von einer Initiative der SHCP²⁵ präsentiert worden war. Nach einer kurzen Periode der Diskussion von kaum mehr als einer Woche im Kongress der Union wurde substantiell die Sozialversicherung von mehr als 10 Millionen Mexikanern verändert.

Die Hauptveränderungen, die sich in jedem Versicherungszweig zeigen, sind die folgenden:

Man setzt die Absicherung und die Dienste in 4 Zweigen den Absicherungszweigen des IMSS gleich:

- Arbeitsrisiken
- Krankheiten und Mutterschaft
- Invalidität und Leben
- Alter, Entlassungsentschädigung für ältere Arbeitnehmer und Ruhestand

Das Umlageverfahren, nach dem das ISSSTE operierte, wurde auf das Kapitaldeckungsverfahren umgestellt.

Man bemerkt eine beständige Klage von Akademikern und Beschäftigten über die Portabilität der Rechte bei einem freien Wechsel von einer Sozialversicherung zur anderen, um genauer zu sein, bei der Anerkennung der Summe der Beiträge und Wartezeiten zwischen ISSSTE und dem IMSS und zwischen INFONAVIT und FOVISSSTE²⁶.

Die Reform akzentuiert nicht die Gleichheit der Geschlechter. Das einzig hervorzuhebende und positive Neuerung ist die Beseitigung der Voraussetzungen, die das abgeschaffte Gesetz verlangte²⁷ um eine Witwenrente zu erhalten und die in notorischer Weise die durch die Beschäftigten generierten Rechte für die Hinterbliebenen²⁸ diskriminierte.

Es ist der Anstieg der staatlichen Beiträge anzuerkennen, wie auch die enorme Schuld, die die Bundesregierung bei den Versicherten erwirbt, in dem sie den Wechsel im Rentensystem vollzieht, eine Schuld, die in 15, 20 oder 25 Jahren zu begleichen ist. Man legte den Betrag der garantierten Mindestrente auf zwei Mindesteinkommen fest, und führte Vorgaben für die Be-

25 SHCP (Secretaría de Hacienda y Crédito Público) ist das Bundesministerium der Finanzen.

26 FOVISSSTE (Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado) ist der Wohnungsfonds für Beamte.

27 Der am 31. März 2007 abgeschaffte Art. 75 LISSSTE legte fest, dass der Ehegatte oder Lebenspartner Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente haben, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen: mehr als 55 Jahre alt oder erwerbsunfähig und wirtschaftlich abhängig von der Arbeitnehmerin oder Rentenbezieherin. Diese Voraussetzungen werden nicht von Witwen oder Lebenspartnerinnen gefordert. Auf den ersten Blick könnte man denken, dass es sich um eine Diskriminierung der Männer handelt. Jedoch ist das Recht auf Hinterbliebenenrente ein Recht welches vom Arbeitnehmer vermittelt wird, in diesem Fall von der Arbeitnehmerin. Somit werden von den Begünstigten einer Arbeitnehmerin mehr Voraussetzungen verlangt als von einem Arbeitnehmer.

28 Art. 131 LISSSTE-2007

handlung der Reserven ein, welche die Verwendung der Mittel irgendeines Sicherungssystems für einen anderen Zweck verbieten²⁹.

D. Zwischen Privatisierung und staatlicher Finanzierung: zu befriedigende Erwartungen durch das mexikanische Quasi-Rentensystem

Wie im Verlauf dieser Analyse beobachtet werden konnte, finden wir folgendes vor: Die Systeme der Sozialversicherungen wechselten vom Umlagesystem auf das Modell der individuellen Kapitalisierung und die Verwaltung der Renten wurde privatisiert. Der Markt wurde den Spareinrichtungen für den Ruhestand und den privaten Versicherungen geöffnet. Aber es wurden sehr niedrige Renten geleistet: für die Rechtsinhaber im IMSS im Durchschnitt mex\$ \$3765,00 pesos³⁰, was US\$ 254,56 entspricht und für Berechtigte des ISSSTE mex\$ 11 000,00³¹, also US\$ 743,74. Auf der anderen Seite finden sich Renten, die an andere privilegierte Gruppen gewährt werden, die nicht die Anerkennung der Arbeitsaktivität des gesamten Lebens widerspiegeln, sondern nur einzig die Entwicklung einer sechsjährigen Arbeit mit den Besonderheiten des Amtes, wie das der Ex-Präsidenten und der Ex-Gouverneure, Renten, welche maßlos sind ebenso wie die Renten, die den Richtern des Obersten Gerichtshofs der Nation gewährt werden, und die in beiden Fällen aus dem Bundeshaushalt oder dem Haushalt des Bundesstaates finanziert werden. In diesem Sinne kann man eindeutig sagen, dass das mexikanische Quasi-Rentensystem nicht nur auseinanderfällt, sondern dass es einseitig ist, diskriminierend, ausschließend, ungerecht und sich nicht an die Realität und die bevölkerungsmäßigen Veränderungen der Mexikaner anpasst. Es hat viele Erwartungen zu erfüllen, worunter hervorzuheben sind:

- Zu erreichen, dass die Kaufkraft der Renten der wirtschaftlichen Realität des Landes entspricht.
- Zu versuchen die zerbrochene soziale Kohäsion mit dem privatisierten System im IMSS und der ISSSTE wiederherzustellen.
- Die soziale Abdeckung mittels einer Standardisierung der sozialen Sicherungen zu harmonisieren.
- Die Systeme mit Privilegierung zu eliminieren.
- Für die Gleichstellung der Geschlechter bei der Gewährung der Renten zu arbeiten, etwa dadurch, dass beispielsweise die Arbeit der Frauen anerkannt wird, wie etwa die Erziehung der Kinder, die Sorge um die Älteren und die Kranken, ohne eine finanzielle Leistung dafür zu erhalten.

29 Art. 242 LISSSTE-2007

30 Guerrero, Deyra, En riesgo pago de pensiones en el IMSS. En http://elhorizonte.mx/edicion_impresa/2014-06-04_EH/pdf/2014-06-04_EH.pdf; Abrufdatum: 16 Dezember 2014, S. 4

31 Op. Cit. 6° Informe de gobierno de Felipe Calderón.

- Ein einheitliches, gerechtes und universales Beitragssystem zu entwickeln, welches die Finanzierung der Rentenleistungen sichert.
- Entkoppelung des Rechts auf eine Altersrente vom Arbeitsverhältnis.

E. Die Renten und der Pakt für Mexiko und die Soziale Sicherheit

In Mexiko schuf man im Dezember 2012 das wichtigste politische Über-einkommen der letzten Jahre, denn das Ziel dieses Dokuments ist ein Wachstumsimpuls, die Konstruktion einer Rechtsgesellschaft und die Beseitigung der Klientelwirtschaft sowie die Verringerung der Armut und der sozialen Ungleichheit.³²

Der besagte Akt besteht aus fünf Übereinkommen: »Gesellschaft der Rechte und Freiheiten«; »wirtschaftliches Wachstum«, »Beschäftigung und Wettbewerbsfähigkeit«; »Sicherheit und Justiz«; »Transparenz, Rechnungslegung und Bekämpfung der Korruption und demokratische Regierbarkeit (governabilidad democrática)³³».

Jedes der Abkommen hat Ziele zur Verbesserung der Situation des mexikanischen Volkes. Innerhalb des ersten Abkommens: »Gesellschaft der Rechte und Freiheiten« soll ein universales System der sozialen Sicherung geschaffen werden, welches das Recht auf Gesundheit garantiert und jeden Mexikaner begünstigt, unabhängig von seiner sozialen Stellung und seinem Beschäftigungsstatus.

Ebenso ist es wichtig anzuführen, dass dieses erste Übereinkommen eine Lebensversicherung für weibliche Familienoberhäupter erwägt sowie über eine Rente für über 65jährige Personen, welche mit dem Programm 70 und älter (70 y más) fusioniert.³⁴ Gleichwohl ist im Nationalen Entwicklungsplan 2013–2018, unter dem Rubrum »Soziale Sicherheit auf dem Gebiet der Renten« nur folgendes eingeschlossen: In der Strategie 2.4.3 mit der Bezeichnung: »Eine finanzielle Handhabung der Einrichtungen der Sozialen Sicherheit zu organisieren, die die Nachhaltigkeit des Systems der sozialen Sicherheit mittel- und langfristig garantiert,« wird eine Aktionslinie für das Vorantreiben der Nachhaltigkeit der Rentensysteme etabliert, unter die man den Übergänge zu einem Schema mit definierten Beiträgen fassen kann.³⁵

32 Pacto por México. En <http://consulmex.sre.gob.mx/calexico/index.php/component/content/article/4-articulos/58-pacto-por-mexico>, Abrufdatum: 30. Mai 2013.

33 Anm. des Übersetzers: Der Begriff der »governabilidad« bezieht sich auf zwei Konzepte: das erste, welches aus den Berichten der Weltbank hervorging, definiert ihn als Regierungsstil, der durch einen größeren Grad der Kooperation und Interaktion zwischen dem Staat und den nichtstaatlichen Akteuren charakterisiert ist innerhalb der gemischten öffentlichen und privaten Entscheidungsnetze. Das zweite Konzept wird definiert als ein Zusammenwirken von Modalitäten der Koordination der individuellen Akteure, verstanden als primäre Quellen des Aufbaus der sozialen Ordnung; es ist wahrscheinlich, dass sie von der Ökonomie der Kosten und Transaktionen abgeleitet wird. Weitergefasst wird die »governabilidad« als jegliche Form der sozialen Koordinierung definiert.

34 *Pacto por México. Todos trabajando por ti*. En <http://pactopormexico.org/acuerdos-presupuestales-2013/>, Abrufdatum: 30. Mai 2013.

35 *Plan Nacional de Desarrollo 2012–2018*. En <http://pnd.gob.mx/>, Abrufdatum: 4. Juni 2013.

Deshalb kann man vorhersehen, dass mit dem Übergang zu einer privaten Verwaltung aller Renten fortgefahren wird.

F. Abschließende Bemerkungen

Es erscheint äußerst wichtig einige Lösungsvorschläge zu einer solchen Problematik zu machen. Aus theoretischer Sicht ist dies nicht kompliziert, aber unglücklicherweise wohl ihre Implementation, weil diese vom politischen Willen abhängt, der Kapazität der Finanzierung und dem Druck, den die Bürger ausüben um eine Gleichheit bei den Renten zu erreichen.

Unabhängig davon muss darauf hingewiesen werden, dass einige unauf-schiebbare Punkte existieren, die zu analysieren sind und der Debatte als Prä-ambel des sozialen Wechsels unterworfen sind:

- Verbreitung der Information über die Ungleichheit in der Gewährung der Renten und über die Rechte auf Renten als Menschenrechte, denn Rechte, die nicht bekannt sind, werden nicht eingefordert und gehen leicht verloren.
- Die Verantwortlichkeit für die Gewährung der Renten liegt nicht nur beim Staat, sondern es muss eine geteilte Verantwortlichkeit zwischen Arbeitgebern, Arbeitnehmern, dem Staat und den Bürgern, die nicht versichert sind, sein. Das impliziert nicht, dass die beste Option die Privatisierung ist, weil man kapitalisieren kann, auch ohne zu privatisieren.
- Es ist notwendig, die Renten vom Arbeitsverhältnis zu entkoppeln, weil in dem Maße, wie die Altersrenten an formale Arbeitsverhältnisse gebunden sind, die heutzutage immer rarer werden, es immer schwieriger wird, Zugang dazu zu erlangen. Es genügt für die Analyse zwei Faktoren heranzuziehen, deren Erfüllung die Sozialversicherungsgesetze verlangen, nämlich:
 - 1250 nachgewiesene Beitragswochen und
 - ein Lebensalter von 65 Jahren,

zwei Voraussetzungen, deren Erfüllung für einige Gruppen im Zustand der Verletzbarkeit (*grupos vulnerables*) wenig wahrscheinlich ist, also Gruppen, die in sozialer Unsicherheit leben: Frauen, Indigene, Landarbeiter, Migranten und viele informale Arbeitnehmer, denn die Arbeiten, die sie verrichten, werden mehrheitlich im informellen Sektor ausgeübt.

G. Bibliographie

- Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 4ª ed., España, 1991.
- Miranda Valenzuela, Patricio y Noriega Granados Juan, *Entendiendo las AFORES*, Ed. Sicco, México, 1997
- von Bertalanffy, Ludwig. *Teoría General de Sistemas*. Petrópolis, Vozes. 1976.

H. Gesetzgebung

Acuerdo por el que se expide el Manual de Percepciones de la Administración Pública Federal, <http://www.inaoep.mx/oic/documentos/ManualPercepciones2003.pdf>
Acuerdo Presidencial 2763-Bis, de fecha 31 de marzo de 1987.
Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM).
Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE)
Ley del Seguro Social (LSS)

I. Sonstige Quellen

Cubre sistema de salud a más de 107 millones de mexicanos, <http://www.cronica.com.mx/notas/2012/691375.html>
Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. Real Academia Española, <http://www.rae.es/>
Estadística a propósito del Día Internacional de las personas de edad, 1 de octubre de 2011, INEGI, 2011, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/aPropositom.asp?s=inegi&c=2811&ep=71> p. 1.
Estadísticas a propósito del día internacional de las personas de edad, 2012, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/aPropositom.asp?s=inegi&c=2848&ep=103>
Pacto por México, <http://consulmex.sre.gob.mx/calexico/index.php/component/content/article/4-articulos/58-pacto-por-mexico>
Pacto por México. Todos trabajando por ti, in <http://pactopormexico.org/acuerdos-presupuestales-2013/>
Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2013. in http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2013.pdf

Eberhard Eichenhofer, Jena

Präsident Jos Berghman verstarb, während EISS-Tagung in Leuven lief – Franz Marhold neuer EISS-Präsident

Von Anbeginn lag ein Schatten über der diesjährigen EISS-Tagung vom 9. und 10. Oktober 2014 in Leuven. Unter dem Motto: »Social integration through social security: Policies, outcomes and rights« stehend, war sie dem scheidenden EISS-Präsidenten Jos Berghman aus Anlass seiner Emeritierung gewidmet. Sie sollte sein wissenschaftliches Wirken würdigen. Die Tagung stand in engem Zusammenhang mit seiner für den Nachmittag des 10. Oktober 2014 angekündigten Abschiedsvorlesung.

Als am Morgen des 9. Oktober 2014 der langjährige vormalige Generalsekretär Danny Pieters – in Vertretung des Generalsekretärs Paul Schoukens – die mit über 70 Teilnehmern gut besuchte Tagung eröffnete, kündigte er die krankheitsbedingte Abwesenheit des Präsidenten Jos Berghman an: Einschränkungen seiner Bewegungsfähigkeit infolge eines jüngst erlittenen Bandscheibenvorfalles hinderten ihn an der Tagungsteilnahme und auch die Rücksicht auf seine am folgenden Tag anstehende Abschiedsvorlesung, die er mit ärztlicher Unterstützung zu halten gedenke. So wurde Berghmans Wirken auf der Tagung eingehend gewürdigt; er selbst aber fehlte ...

Gert Verschraegen ging der Frage nach, welche Beiträge die soziale Sicherheit für die soziale Integration leiste. Er enthüllte die vielfältigen Dimensionen sozialer Sicherheit, die Berghman in seiner 1986 gehaltenen Antrittsvorlesung unterschied und illustrierte. Denis Bouget suchte nach einer genauen Bestimmung der Armut nach, wenn diese qualitativ als Fehlen sozialer Integration bestimmt werde. Sarah Stendahl beschäftigte sich mit den in den entwickelten Sozialstaaten wieder sichtbar gewordenen Formen manifester und elementarer Armut in Folge von Migration und die Bewältigung solcher Folgen am Beispiel der schwedischen Kommunalpolitik. Chris Gibbon erörterte die Möglichkeiten, durch elektronische Kommunikation in der sozialen Sicherheit die soziale Integration durch soziale Verwaltung zu befördern. Fieke van der Lecq ging anhand der ökonomischen Daten der Frage nach, was heute die Beveridge und Bismarck verpflichteten Alterssicherungssystemen unterscheidet, und Hans Peeters veranschaulichte die Auswirkungen der Rentenbesteuerung in Belgien.

Mehrere Beiträge befassten sich mit der Messung sozialer Integration, einmal in der Wahrnehmung ihrer Adressaten (Wim van Oorschot), dann im Hinblick auf Familien (Claude Ray) und schließlich im Blick auf Prävention und Teilhabe (Ruud Muffels).

In dem sich daran anschließenden Forum junger Forscher wurden mehrere Promotionsvorhaben zur sozialen Sicherheit vorgestellt. Die Themen galten namentlich der methodischen Erfassung und Durchdringung des Sozialrechts, den Auswirkungen sozialen Schutzes auf Mütter und Eltern wie dem Kon-

kurrenzverhältnis von deren Schutzregeln und der Sicherung Hinterbliebener sowie der Qualität von Altersvorsorge.

Mit der Generalversammlung der EISS endete der erste Tag. Im Mittelpunkt stand die Ablösung von Jos Berghman als Präsident des EISS. Das Bureau schlug der Generalversammlung als einzigen Kandidaten den an der Wirtschaftsuniversität Wien Arbeits- und Sozialrecht lehrenden Prof. Dr. Franz Marhold vor. Er wurde bei einer Enthaltung einstimmig zum Präsidenten des EISS gewählt und erklärte die Annahme der Wahl.

Der neu gewählte Präsident würdigte auf dem sich anschließenden Konferenz-Dinner seinen Vorgänger in einer bewegenden Ansprache und hob dessen wissenschaftliche, organisatorische, integrative und performative Fähigkeiten hervor. Vor allem betonte er die überragende menschliche Ausstrahlung und Wärme, die von Jos Berghman während seiner gesamten Amtszeit als Präsident ausging. Marhold verband diese Würdigung mit dem Wunsch, dass der bisherige Präsident noch lange Jahre an der Arbeit des EISS aktiv teilnehmen möge.

Am Morgen des 10. Oktober 2014 erfuhren die Teilnehmer unmittelbar vor Wiederaufnahme der Tagung, dass Jos Berghman in der Nacht einem Herzinfarkt erlegen sei. Die Konferenz war gelähmt und tiefe Trauer hatte sämtliche Teilnehmer erfasst. Mit bewegenden, knappen und dichten Worten gedachte Franz Marhold seines Vorgängers und übermittelte das Beileid der Tagungsteilnehmer den Hinterbliebenen. Nach einem kurzen Innehalten in trauerndem Gedenken setzte die Konferenz ihre Arbeit fort, weil dies auch in Berghmans Sinne gewesen wäre.

Es ging um die wichtige Frage, wie soziale Sicherheit Rechte und Pflichten zumsist. Graham Room erläuterte die Entwicklung der Armutsbekämpfung in der EU, Ulrich Becker umriss die rechtlichen Gewährleistungen im Schutz sozialer Rechte – auch und vor allem im Lichte der durch die Finanzmarktkrise verfügten Kürzungen sozialer Leistungen – und Marius Olivier schilderte die Bemühungen in Afrika, die informell Beschäftigten in das formelle System sozialer Sicherheit einzubeziehen. Danny Pieters und Paul Schoukens entwickelten die rechtlichen Möglichkeiten für eine effektivere und wirksamer Bekämpfung sozialer Ausgrenzung durch das EU-Recht, welches sich dazu ja ausweislich des Art. 3 III EUV verpflichtet und berufen sieht.

Viele der Teilnehmer hörten auch die für den Anschluss der Tagung vorgesehen Abschiedsvorlesung an. Für die Zuhörer war sie von Jos Berghman vorbereitet und gedruckt in englischer und flämischer Sprache vorhanden. Berghmans Sohn und Tochter und ein ihm seit Studienzeiten naher Kollege trugen einzelne Abschnitte daraus vor.

Was als Feier des aus dem Amt des Präsidenten scheidenden Jos Berghman geplant wurde, geriet so zur Feier eines Lebens, das buchstäblich bis zum letzten Atemzug der Wissenschaft von der sozialen Sicherheit gewidmet war. Alle waren gekommen, um Jos Berghman zu feiern und sahen sich abrupt und gänzlich unerwartet in Trauer um einen großen Gelehrten vereint. Sie ge-

dachten eines sich unermüdlich der Erforschung und Erneuerung der sozialen Sicherung widmenden Wissenschaftlers und eines herzlichen, wortgewaltigen, den Mitmenschen – namentlich den Jüngeren – zugewandten, offenen, freundlichen, liebenswürdigen Menschen. So ging eine Konferenz zu Ende, die reich war an akademischem Ertrag, aber auch voller Dramatik und tiefer Tragik.

Eberhard Eichenhofer, Jena

Prof. Dr. em. Jos Berghman

(5. April 1949 – 10. Oktober 2014)

Im 66. Lebensjahr stehend, wurde Jos Berghman – gerade emeritierter Professor für Sozialwissenschaften der KU Leuven, Präsident des Europäischen Instituts für soziale Sicherheit und Vizepräsident des CEPS/INSTEAD (Luxemburg) – am Tag seiner an der KU Leuven angekündigten Abschiedsvorlesung aus einem überaus aktiven, aufreibenden und ertragreichen Forscherleben herausgerissen. Er hinterlässt Ehefrau, Tochter und Sohn und drei Enkelkinder.

In seiner von seinen Kindern und einem nahe stehenden Kollegen vorgebrachten Abschiedsvorlesung (vgl. den Bericht darüber in diesem Heft) unter dem Titel »Social Policy Revisited« blickt er auf sein Leben zurück. Er entdeckte, dass es der Regel »numquam duo, semper tres« folgte: niemals zwei, immer drei! Seine Laufbahn untergliederte sich in drei Teile: Antwerpen, Tilburg und Leuven und sie sei mit drei Institutionen verbunden, an den er zu wirken vermochte. Dreier Themen habe er sich eingehend angenommen: der Armut, der sozialen Sicherheit und deren Wandel und Fortentwicklung. Drei steht für Dialektik, die Gabe zur Überwindung der Antithesen und Einseitigkeiten. Diese Befähigung umschreibt die Gabe zur Integration und Führung. Der Dreischritt ist auch ein anerkannter Modus wissenschaftlichen Denkens – von Hegel mustergültig vorgeführt. Ja, Jos Berghman entsprach in beeindruckender Weise diesem Selbstbild, welches zugleich ein Idealbild wissenschaftlichen Arbeitens darstellt.

Seine erste Aufmerksamkeit galt der Analyse und Erfassung von Armut in der flandrischen Wohlfahrtsgesellschaft, die in den 1970er Jahren am Ende der vorgeblich goldenen 30 Jahre der Entfaltung des Wohlfahrtsstaates während der Nachkriegszeit keiner wahrhaben wollte. Berghman enthüllte die Persistenz der Armut in der Wohlstandsgesellschaft. Daran schloss sich seine Beschäftigung mit der sozialen Sicherheit an. Programmatisch entwickelte er in seiner 1986 an der Universität Tilburg gehaltenen Antrittsvorlesung: »Die unsichtbare soziale Sicherheit«, dass diese umfassend und angemessen nur in einem weiten Verständnis unter Einschluss der privaten Vorsorge, der steuerlichen Regelungen und der Aktivitäten von Nichtregierungsorganisationen gewürdigt werden könne. Da soziale Sicherheit die Antwort auf die Einsicht in soziale Risiken ist, seien Prävention und Rehabilitation geboten. Aktivierung und Integration werden zu neuen Leitbegriffen einer statt auf Geldleistungen auf Dienstleistungen setzenden Neuausrichtung wohlfahrtsstaatlichen Handels. Schließlich waren der Wandel und die Fortentwicklung des überkommenen sozialstaatlichen Institutionengefüges zu seinem beherrschenden Thema geworden. Dies forderte den vergleichenden Blick, weil nur er Einsichten in kulturelle Prägungen der Sozialpolitik einzelner Staaten offenbart. Namentlich für die Politik der Alterssicherung machte er die Überwindung

des klassischen Beveridge-Bismarck-Gegensatzes aus: Auch die in der Tradition Beveridges stehenden Volksrenten – Systeme würden komplexer und differenzierter wie umgekehrt die in der Tradition Bismarcks stehenden einkommensbezogenen Alterssicherungen durch Grundsicherung und private Vorsorge ergänzt würden, um die perspektivische Abflachung des Rentenniveaus auszugleichen.

Jos Berghman war über viele Jahrzehnte eine prägende Gestalt der europäischen Sozialpolitikforschung. Und er ist nicht und durch niemanden zu ersetzen. Generationen von ERASMUS – Studenten aus vielen europäischen Universitäten lernten bei ihm die Grundbegriffe der sozialen Sicherheit. Aus diesem Kreis sind viele Nachwuchsforscher und – gelehrte hervorgegangen, die heute das Fach an den europäischen Universitäten pflegen und fortführen. Als längst gedienter Präsident des EISS (16 Jahre!) führte er dieses mit Offenheit, Langmut, Empathie und thematischem Weitblick. Seine anlässlich der Jahrestagungen gehaltenen Dinner-Speeches waren der veritable Inbegriff von Beredsamkeit: pointiert, hintersinnig, reich an treffenden Bildern und Wortspielen und getragen von einem feinen Humor. Er verkörperte wie kaum ein anderer jene Grundhaltung, die Sozialpolitiker allgemein aus- und kennzeichnet: Realitätssinn, Wissen um die elementare Bedeutung sozialen Schutzes für den sozialen Zusammenhalt und schließlich eine klare Sicht auf die Gefährdungen sozialer Sicherheit und eine präzise Vorstellung über gangbare Wege aus der Gefahr. Jos Berghman wurde nicht nur aus der Mitte eines ertragreichen Wissenschaftler-Lebens gerissen, sondern sein viel zu früher Tod hinterlässt eine tiefe Lücke, die nicht geschlossen werden kann. Sein Blick und seine Stimme werden fortan fehlen und dies wird von vielen seiner zahlreichen Wegbegleiter als ein schwerer, unwiederbringlicher Verlust empfunden.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Eichenhofer, Eberhard, Prof. Dr., Lehrstuhl für Sozialrecht und Bürgerliches Recht, Universität Jena · Hoffman, István, Ph. D., Dr. habil., Associate Professor, Eötvös Loránd University, Faculty of Law, Budapest · Jakab, Nora, Ph. D., Assistant Professor, University of Miskolc, Faculty of Law, Miskolc, Ungarn · Könczei, György, Ph. D., D. Sc., Dr. habil., Professor, Eötvös Loránd University, Bárczi Gusztáv Faculty of Special Education, Budapest · Krause, Rüdiger, Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Göttingen · Mendizábal Bermúdez, Gabriela, Prof. Dr., Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca, Mexiko · Robin-Olivier, Sophie, Prof. Dr., La Sorbonne, School of Law, Paris · Razzolini, Orsola, Prof. Dr., Associate Professor of International and European Labour Law, University of Luxembourg

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Becker,
Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik,
Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht

Beirat: Prof. Dr. *Ingwer Ebsen*, Universität Frankfurt a. M. · Prof. *Matthew W. Finkin*, University of Illinois · Prof. Dr. *Maximilian Fuchs*, Universität Eichstätt-Ingolstadt · Prof. Dr. *Thomas Gächter*, Universität Zürich · Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg · Prof. Dr. *Franz Marhold*, Universität Graz · Prof. Dr. *Ulrich Runggaldier*, Wirtschaftsuniversität Wien · Prof. Dr. *Andreas Hänlein*, Universität Kassel

Mitglied der International Association of Labour Law Journals Publications
Around the World

Redaktionsanschriften: Prof. Dr. Ulrich Becker, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, Postfach 34 01 21, 80098 München, Telefon (089) 3 86 02-4 28, e-mail: reinhard@mpisoc.mpg.de.

Bezugsbedingungen: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Zitierweise: ZIAS) erscheint halbjährlich (zwei Hefte ergeben einen Band) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/Bezugspreise: jährlich € 149,99 (einschl. 7% Mehrwertsteuer) zuzüglich Versandkosten ab Verlag von € 8,- Inland und € 10,- Ausland. Einzelheft € 74,99 zuzüglich Versandkosten. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Kalenderjahres möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Die Abonnementgelder werden jährlich im voraus in Rechnung gestellt. Über Postgiroämter und Bankinstitute ist eine Teilnahme am Lastschriftabbuchungsverfahren und vierteljährliche Abbuchung möglich. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an die Verlagsadresse widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

C. F. Müller GmbH; Postfach 10 28 69, 69018 Heidelberg. Geschäftsführer: Dr. Karl Ulrich. Anzeigen: Isabell Henze, Telefon (06221) 48 92 84. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 22 vom 1. Januar 2014. Vertrieb: *C. F. Müller GmbH*, Abonnementservice, Frau Jutta Müller, Justus-von-Liebig-Straße 1, D-86899 Landsberg, Telefon (08191) 97 000-641, Fax (08191) 97 000-103, e-mail: aboservice@cfmueller.de. Satz: Strassner Computersatz, Heidelberg. Druck: Westermann Druck, Zwickau.

DAS ENTSCHEIDENDE WISSEN

VERTRAGSGESTALTUNG UND AGB IM ARBEITSRECHT

Von Thomas Lakies, Richter am Arbeitsgericht.

In diesem Werk werden praxisnah und fundiert die einschlägigen Rechtsfragen bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen und der AGB-Kontrolle dargestellt. Die Besonderheiten des Öffentlichen Dienstes sind ebenfalls berücksichtigt.

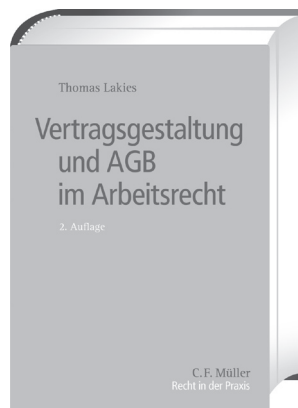
Die Neuauflage schildert die Möglichkeiten und Grenzen des einseitigen Weisungsrechts des Arbeitgebers und Vertragsgestaltungsmöglichkeiten beim Betriebsübergang. Außerdem wird die Befristung von Arbeitsverträgen als eine wesentliche Vertragsgestaltungsvariante umfassend vorgestellt.

In einem eigenen Kapitel werden alle praxisrelevanten Klauseln alphabetisch von „Abgeltungsklauseln“ bis „Zugangsfiktion“ eingehend erläutert, wie bspw.

- Ausschlussfristen
- Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge
- Freiwilligkeitsvorbehalte
- Schriftformklauseln
- Überstundenpauschalierungen
- Versetzungsklauseln
- Vertragsstrafen
- Widerrufsvorbehalte.

Zahlreiche Beispiele, Muster und Fälle machen die Thematik transparent, leicht nachvollziehbar und erläutern umfassend die Vertragsgestaltungsmöglichkeiten im Arbeitsrecht.

2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2011.
403 Seiten. € 69,95. ISBN 978-3-8114-4119-4



C.F. Müller GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenservice: Bestell-Tel. 089/2183-7923, Bestell-Fax 089/2183-7620
kundenservice@cfmueller.de, www.cfmueller.de



C.F. Müller

CFM