

# Wolfgang Däubler

## Die neue Leiharbeit

### I. Der Paukenschlag

Der Gesetzgeber hat ein neues Diskriminierungsverbot geschaffen. Nach der Neufassung des AÜG<sup>1</sup> müssen Leiharbeitnehmer bei der Vergütung und allen anderen wesentlichen Arbeitsbedingungen den Stammbeschäftigten des Entleiherbetriebs gleichgestellt werden. Kommt der Verleiher dieser Vorgabe nicht nach, darf nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG n. F. seine Verleiherlaubnis nicht verlängert werden; § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG gestattet außerdem einen sofortigen Widerruf. Entsprechende vertragliche Abmachungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer sind nach § 9 Nr. 2 AÜG n. F. unwirksam.

Das durchschnittliche Einkommen der Leiharbeitnehmer liegt erheblich unter dem der Stammbeschäftigten. Bei wenig anspruchsvollen Arbeitertätigkeiten werden knapp 60% erreicht, qualifizierte Angestellte liegen bei etwa 70%.<sup>2</sup> Man kann vermuten, dass diese Differenz größtenteils nicht darauf beruht, dass etwa bestimmte gering entlohnte Tätigkeitsfelder vorwiegend von Leiharbeitnehmern besetzt sind. Vielmehr wird aus der Praxis berichtet, dass die Leiharbeitnehmer bei gleichen oder ähnlichen Tätigkeiten gut 30% weniger verdienen als das Stammpersonal. Werden sie also aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung in Kürze eine ganz dicke Lohn-erhöhung verbuchen können? Will die Bundesregierung die Unterbietung der Tariflöhne durch Billigarbeitskräfte ausschließen und so allen Deregulierungsvorstellungen zum Trotz durch staatliche Intervention mehr Gleichheit schaffen? Insbesondere dann, wenn man die Ausführungen der engagiertesten Kritiker liest, bestätigt sich ein solcher Eindruck: Der einzig effektive Niedriglohnsektor, den unsere Wirtschaft kenne, werde beseitigt, was das Ende der Leiharbeit insgesamt bedeuten könne.<sup>3</sup>

### II. Die Regelung im Einzelnen

#### 1. Der Grundsatz

Das Gleichbehandlungsgebot bezieht sich auf die für einen »vergleichbaren« Arbeitnehmer des Entleiher geltenden »wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts«.

Sind die Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb tariflich oder in Anlehnung an einen Tarifvertrag geregelt, ist zu fragen, wie der Leiharbeitnehmer – wäre er ein Beschäftigter des Entleiherbetriebs – einzugruppieren wäre.<sup>4</sup> In der Regel wird es daher allein auf die ausgeübte Tätigkeit, nicht auf Erfahrung, Formalqualifikation usw. ankommen,<sup>5</sup> doch kann je nach tariflicher Lohnstruktur auch Abweichendes gelten.

1 Art. 6 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2002, BGBl. I S. 4607, 4617.

2 Eingehende Daten bei Walwei, EuroAS 2002, 161 ff.; Wank, NZA 2003, 16.

3 Rieble-Klebeck, NZA 2003, 23.

4 Lembke, BB 2003, 100; Reim, ZTR 2003 Heft 3, 107.

5 So generell Ulber, AuR 2003, 11.

Wird über Tarif bezahlt, so ist entscheidend, ob dies auch noch bei Neueinstellungen geschieht.<sup>6</sup> Fehlen vergleichbare Stammbeschäftigte, ist entsprechend § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG auf die Verhältnisse in vergleichbaren anderen Betrieben abzustellen.<sup>7</sup> Zu den »wesentlichen Arbeitsbedingungen« gehört nicht nur die Grundvergütung, sondern auch jede Zusatzleistung einschließlich der Benutzung von Sozialleistungen, die notfalls in Geld auszugleichen ist.<sup>8</sup> Nicht erfasst sind Dauer und Lage der Arbeitszeit;<sup>9</sup> der Sache nach geht es allein um eine Angleichung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung.

Flankierende Bedeutung hat der neue § 12 Abs. 1 Satz 3 zweiter Halbsatz AÜG, wonach in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher auch dokumentiert werden muss, »welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten«. § 13 AÜG n. F. gibt dem Leiharbeiter das Recht, von seinem Entleiher Auskunft über die in dessen Betrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu verlangen.

## 2. Die Ausnahmen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht in den ersten sechs Wochen des Einsatzes, wenn der Leiharbeiter zuvor arbeitslos war.<sup>10</sup> In diesem Zeitraum muss der Betroffene jedoch mindestens ein Netto-Arbeitsentgelt in Höhe des Betrages bekommen, den er zuletzt als Arbeitslosengeld erhielt. Die Möglichkeit zur Schlechterstellung gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits zuvor ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat, doch lassen sich die sechs Wochen ggf. unterbrechen<sup>11</sup> und auf verschiedene Entleiher verteilen.<sup>12</sup> Dies allein kann – so wird in der Literatur gerügt<sup>13</sup> – keinen ausreichenden wirtschaftlichen Anreiz darstellen, auf Leiharbeit zurückzugreifen. Nach den Hartz-Vorschlägen war insoweit eine »Anlaufzeit« von sechs Monaten vorgesehen.

Die zweite Ausnahme ist gravierender: Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist tarifdispositiv. Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen »zulassen«, die innerhalb seines Geltungsbereichs auch von nichtorganisierten Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Bezug genommen werden können. Dabei dürfte eine willkürliche Differenzierung zu Lasten der Leiharbeiter allerdings ausscheiden, da die gesetzgeberische Entscheidung für die prinzipielle Vergleichbarkeit nicht insgesamt aufgehoben werden darf.<sup>14</sup> Angesichts der möglicherweise sehr unterschiedlichen Entgelthöhe in den verschiedenen Einsatzbetrieben wird es naheliegen, einen Mittelwert anzustreben und auch die Zeiten einzubeziehen, in denen ein Einsatz nicht möglich ist.<sup>15</sup>

<sup>6</sup> Lembke, BB 2003, 101; Thüsing, DB 2002, 2221.

<sup>7</sup> So Boemke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, Heidelberg 2002, § 10 Rn. 120 (für § 10 Abs. 5 AÜG a. F., wonach die Gleichstellung nach Ablauf einer Einsatzzeit von 12 Monaten begann); Lembke, BB 2003, 100; für ein Leerlaufen in einem solchen Fall Rieble-Klebeck, NZA 2003, 24.

<sup>8</sup> Einzelheiten bei Rieble-Klebeck, NZA 2003, 24 f.; Ulber, AuR 2003, 10; Reim, ZTR 2003 Heft 3, 107; restriktiver Gaul/Otto DB 2002, 2486.

<sup>9</sup> Lembke, BB 2003, 101; Reim, ZTR 2003.

<sup>10</sup> § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG n. F.

<sup>11</sup> Gaul/Otto DB 2002, 2487; Ulber, AuR 2003, 11.

<sup>12</sup> Gaul/Otto DB 2002, 2487; Reim, ZTR 2003 Heft 3, 111; anders Ulber, AuR 2003, 11.

<sup>13</sup> Hümmerich/Holthausen/Welslau, NZA 2003, 9.

<sup>14</sup> Ebenso Reim, ZTR 2003 Heft 3, 110.

<sup>15</sup> Vgl. Ulber, AuR 2003, 12.

Der bisherige § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG enthielt das sog. Synchronisationsverbot, wonach es grundsätzlich ausgeschlossen war, das Arbeitsverhältnis mehr als einmal auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen bestimmten Entleiher zu befristen. Der Verleiher sollte nicht die Möglichkeit haben, sein Risiko, keine Anschlussaufträge zu finden, auf den Arbeitnehmer abzuwälzen. § 3 Abs. 1 Nr. 4 schloss es deshalb auch aus, einem unbefristet beschäftigten Leiharbeiter zu kündigen und ihn dann innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses neu einzustellen. § 3 Abs. 1 Nr. 3 machte im übrigen die wiederholte Befristung von einem sachlichen Grund in der Person des Leiharbeitnehmers abhängig, ließ allerdings auf der anderen Seite beliebige Verlängerungen zu.

Alle drei Vorschriften sind als Beitrag zur »Liberalisierung« der Leiharbeit aufgehoben worden. Nunmehr gilt das allgemeine Befristungsrecht der §§ 14 ff. TzBfG.<sup>16</sup> Dies schafft allerdings entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers eher engere Grenzen, da die sachgrundlose Befristung nach der dritten Verlängerung bzw. nach zwei Jahren nicht mehr möglich ist und da die Unsicherheit künftiger Einsatzmöglichkeiten nach § 14 Abs. 1 TzBfG keinen »sachlichen Grund« für eine Befristung darstellt, sondern in den Bereich des unternehmerischen Risikos fällt.<sup>17</sup>

Auch die Zwei-Jahres-Höchstgrenze des § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG ist aufgehoben worden. Man kann also nunmehr 10 oder 20 Jahre im selben Betrieb als Leiharbeiter tätig sein, wofür es allerdings nur selten wirtschaftliche Gründe geben wird.

#### 4. Die Einschaltung des Betriebsrats im Entleiherbetrieb

Nach dem unverändert gebliebenen § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG hat der Betriebsrat des Entleiherbetriebs ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG. Wird gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen, ist nicht nur eine Vertragsbestimmung, sondern die Beschäftigung insgesamt verboten, so dass der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG stützen kann.<sup>18</sup> Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass die Verleiherlaubnis von der Wahrung dieses Grundsatzes abhängig gemacht wird: Der Gesetzgeber will nicht allein unerwünschte Vertragsklauseln korrigieren, sondern bestimmte Tätigkeitsformen unterbinden. Entsprechend hat das Bundesarbeitsgericht in der Vergangenheit auch in jenen Fällen entschieden, in denen die gesetzliche Höchstfrist für die Überlassung überschritten werden sollte.<sup>19</sup> Ob daneben auch der im Verleiherbetrieb bestehende Betriebsrat beteiligt werden muss, ist eine unabhängig davon zu beurteilende Frage.<sup>20</sup>

16 Däubler AiB 2002, 732; Lembke, BB 2003, 104; Reim, ZTR 2003; Ulber, AuR 2003, 9; Wank, NZA 2003, 20.

17 Zutreffend Wank, NZA 2003, 21.

18 Ebenso Reim, ZTR 2003, 111.

19 BAG EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 68.

20 Für eine ausschließliche Zuständigkeit des Verleiherbetriebsrats Lembke, BB 2003, 102, ohne nähere Begründung.

## 5. Das Problem der schwankenden Arbeitsbedingungen

Existiert kein Tarifvertrag mit einer branchenunabhängigen einheitlichen Vergütung, kann die wirtschaftliche Situation des Leiharbeitnehmers enormen Schwankungen ausgesetzt sein. Im Reinigungsgewerbe wird nun mal weniger verdient als nach den Chemie- und den Metalltarifverträgen. Die Bestimmung des Einsatzorts stellt daher zugleich einen Eingriff in das Synallagma dar, und zwar u. U. in einem Umfang, den sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag nicht vorbehalten könnte. Dies wird mit Rücksicht auf die klare gesetzliche Regelung hinzunehmen sein. Ist arbeitsvertraglich ein höheres als das z. B. im Reinigungsbetrieb übliche Niveau vereinbart, bleibt es dabei, obwohl der Gesetzgeber anders als im Fall der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher<sup>21</sup> keine ausdrückliche Regelung in dieser Richtung getroffen hat. Vom Sinn des Gleichbehandlungsgrundsatzes her, der die bisher übliche Benachteiligung vermeiden will, wird dies jedenfalls nahegelegt. Besteht ein Tarifvertrag im Verhältnis zum Verleiher, greift sowieso das Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG ein. Fehlen das Entgelt verstetigende Abmachungen, ergeben sich eine Reihe weiterer Folgeprobleme. Kann der Leiharbeitnehmer vorübergehend nicht eingesetzt werden, so darf nach dem unveränderten § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG die sich aus § 615 Satz 1 BGB ergebende Vergütung nicht »aufgehoben oder beschränkt« werden. Ein Niedriglohn für verleihfreie Zeiten kommt daher nicht in Betracht, da § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG nach allgemeiner Auffassung zwingenden Charakter besitzt.<sup>22</sup> Wie ist der Annahmeverzugslohn aber der Höhe nach zu bestimmen? Mangels besserer Anhaltspunkte wird man auf die Durchschnittsvergütung abstellen müssen, die ein Leiharbeitnehmer des fraglichen Arbeitgebers angesichts seiner Qualifikation bei den üblicherweise bedienten Einsatzfirmen erhalten könnte.

Der durch die gesetzliche Regelung erweiterte Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers kann dazu führen, dass persönliche Präferenzen oder Antipathien dafür maßgebend sind, ob der Einzelne 1000,- € oder 2000,- € im Monat verdient.<sup>23</sup> Schranken ergeben sich arbeitsvertragsrechtlich aus § 106 Satz 1 GewO n. F.,<sup>24</sup> wonach der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Direktionsrechts »nach billigem Ermessen« zu verfahren hat. Außerdem liegt jeweils eine Umgruppierung und Versetzung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne nach § 95 Abs. 3 BetrVG vor, so dass der ggf. im Verleiherbetrieb existierende Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG hat.<sup>25</sup>

## 6. Personal-Service-Agenturen (PSA)

Nach § 37c SGB III<sup>26</sup> muss jedes Arbeitsamt mit einem privaten Verleiher kooperieren oder selbst ein Verleihunternehmen gründen, um Arbeitslose auf dem Weg über die Leiharbeit wieder zu einer Beschäftigung zu führen. In den Zeiten, in denen eine

21 § 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG. Vgl. auch Reim, ZTR 2003, 108.

22 Boemke (Fn. 7), § 11 Rn. 110; Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, München 1994, § 11 Rn. 79 ff.; Ulber, AÜG und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2002, § 11 Rn. 65. Dies gilt im übrigen auch für mögliche tarifliche Regelungen.

23 Everybody's darling erhält immer den guten Job, während der unsympathisch wirkende ehemalige Knacki immer zur Reinigungskolonie abgeordnet wird.

24 In der Fassung des Gesetzes vom 24. 8. 2002, BGBl. I, S. 3412, in Kraft seit 1. 1. 2003.

25 Lembke, BB 2003, 102; Reim, ZTR 2003.

26 Eingefügt durch Art. 1 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2002, BGBl. I S. 4607, 4609.

Überlassung nicht möglich ist, sind Weiterbildungsmaßnahmen anzubieten.<sup>27</sup> Der neue § 434g SGB III macht allerdings zur Voraussetzung, dass die Arbeitsbedingungen einschließlich der Arbeitsentgelte in der PSA tariflich geregelt sind. Ob dieses Vorhaben von Erfolg gekrönt sein wird, lässt sich derzeit noch nicht überblicken; sicher ist lediglich, dass die von der PSA übernommenen Personen aus der Arbeitslosenstatistik verschwinden.<sup>28</sup>

## 7. In-Kraft-Treten

Nach dem neuen § 19 Satz 1 AÜG tritt das gesamte hier beschriebene Regelwerk grundsätzlich erst ab 1. 1. 2004 in Kraft. Nach § 19 Satz 2 AÜG gilt das neue Recht jedoch schon früher, wenn nach dem 15. 11. 2002 ein Tarifvertrag mit dem Verleiher geschlossen wird, der die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts regelt. Dabei dürften allerdings nur diejenigen Unternehmen erfasst sein, die selbst tarifgebunden sind; arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln reichen nicht aus.<sup>29</sup>

## III. Recht und Realität

Das bisher Gesagte ist gewissermaßen aus der traditionellen Juristenperspektive geschrieben: Ein neues Gesetz ist da, man muss seine nicht ganz unkomplizierten Regelungen erklären und Vorschläge machen, wie man mit übersehenen oder bewusst ausgeklammerten Problemen verfahren soll. Bleibt man dabei stehen, ist die Gefahr groß, dass man liebevoll ein Gärtchen pflügt und die Walze nicht sieht, die das alles wahrscheinlich bald wieder zerstören wird.

### 1. Austrocknung der Leiharbeit?

Wird mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz Ernst gemacht, so verteuert sich die Leiharbeit um geschätzte 30–40%. Dies macht sie für alle jene Entleiher nicht mehr attraktiv, die auf diese Arbeitsform zurückgreifen, um Arbeitskosten zu sparen. Was bleibt, sind die Fälle eines kurzfristigen Arbeitskräftebedarfs, der sich mit eigenen Beschäftigten nicht befriedigen lässt. Die Substitution von Dauerarbeitsplätzen durch »Leiharbeiterarbeitsplätze« wird uninteressant gemacht.<sup>30</sup> Dies ist aus gesellschaftspolitischen Gründen zu begrüßen, doch ist es inkonsequent, wenn man gleichzeitig eine Ausdehnung der Leiharbeit bezweckt und erwartet, die sogar durch die Gründung von PSAs unterstützt werden soll: Höhere Preise und gleichzeitige massive Expansion – dies kann nur unter ganz singulären Umständen funktionieren. Solche sind nicht ersichtlich, weshalb in der Literatur ein Rückgang der Leiharbeit prognos-

<sup>27</sup> Einzelheiten bei Lembke, BB 2003, 98; Ulber, AuR 2003, 13.

<sup>28</sup> Däubler AiB 2002, 733; Lembke, BB 2003, 104.

<sup>29</sup> Ulber, AuR 2003, 8.

<sup>30</sup> Ulber, AuR 2003, 10.

tiziert wird.<sup>31</sup> Dafür spricht auch die verschiedentlich genannte Tatsache, von der Möglichkeit der Ausdehnung der Einsatzdauer auf zwei Jahre sei kaum Gebrauch gemacht worden, weil § 10 Abs. 5 AÜG a. F. ja für das zweite Jahr eine Gleichbehandlung vorsah.<sup>32</sup> Die Tatsache, dass es in zehn anderen EU-Mitgliedstaaten den Gleichbehandlungsgrundsatz bereits gibt,<sup>33</sup> ändert daran nichts, da sich die praktischen Effekte einer Regelung nur in Bezug auf den Status quo ante bestimmen lassen, der z. B. in Frankreich ersichtlich ein anderer ist.

Erste Zweifel an der Zurückdrängungsthese stellen sich ein, wenn man in etwas unkonventioneller Weise die Entwicklung der Aktienkurse des – soweit ersichtlich – einzigen an der Börse gehandelten deutschen Verleihunternehmens anschaut. Die DIS AG<sup>34</sup> bewegte sich im ersten Halbjahr 2002 auf einem Niveau von 25–30 € pro Stück, um anschließend über die allgemeine Börsenentwicklung hinaus kontinuierlich bis auf einen Tiefststand von 9,65 € Anfang Oktober zu fallen. Seither ist trotz der Hartz-Gesetze eine Erholung auf 15,- € eingetreten; Unternehmensleitung und Analysten gehen also ersichtlich nicht von einer absehbaren Existenzkrise aus.<sup>35</sup>

## 2. Die offenen Tore für Umgehungsstrategien

### a. »Leichtlohngruppen« für Leiharbeitnehmer?

Das Ankoppeln an die Vergütung und die Arbeitsbedingungen eines »vergleichbaren« Arbeitnehmers entspricht in der Regelungstechnik der Umsetzung des Prinzips der Lohngleichheit von Mann und Frau. Die geringe praktische Bedeutung, die insbesondere der Grundsatz der gleichen Entlohnung für »gleichwertige« Arbeit hat,<sup>36</sup> könnte dafür sprechen, dass sich Ähnliches im vorliegenden Zusammenhang vollzieht. Da und dort mag es möglich sein, mit der Leugnung der Vergleichbarkeit die bisherigen Leiharbeiterlöhne aufrechtzuerhalten, doch wird dies kaum als generelles Rezept dienen können. Zum einen gibt es viele Fälle, in denen die Leiharbeitnehmer (z. B. als Wochenendschicht oder als Vertretungskräfte) exakt die gleiche Arbeit wie die Stammbeschäftigten leisten, während sich Frauen eher auf bestimmte Tätigkeitssegmente konzentrierten, wo die Vergleichbarkeit schlechter zu belegen war. Zum andern sind die Sanktionen bei Verstößen ungleich schärfer, da der Verleiher bei Zuwiderhandlungen den Fortbestand seiner Erlaubnis und damit seiner beruflichen Existenz riskiert. Man stelle sich einmal vor, man hätte jede Form von Frauendiskriminierung mit einer Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO beantwortet... In manchen Branchen hätte man die Arbeitgeber unter Artenschutz stellen müssen...

31 S. statt aller Hümmerich/Holthausen/Welslau, NZA 2003, 9 (das Ziel, Beschäftigungspotentiale auszuschöpfen, wird grundlegend in Frage gestellt); Lembke, BB 2003, 99 (jeder dritte Leiharbeitnehmer wird voraussichtlich seinen Arbeitsplatz verlieren); Picker, ZfA 2002, 502 (finanziell und organisatorisch zu teuer); Wank, NZA 2003, 19 (Zeitarbeit wahrscheinlich ganz erheblich zurückgedrängt); Rieble-Klebeck, NZA 2003, 23 (»kann Ende der Leiharbeit bedeuten«).

32 Lembke, BB 2003, 99; Thüsing, DB 2002, 2219; entsprechende Einschätzung bei Boemke (Fn. 7), § 10 Rn. 114.

33 Mitgeteilt bei Thüsing, DB 2002, 2218.

34 Deutsche Industrieservice AG, Wertpapierkennnummer 501690.

35 Die Kursentwicklung des niederländischen Unternehmens Randstad, für das Deutschland nur ein »Teilmarkt« ist, verlief ähnlich: Vom Höchstkurs 18,- € im März 2002 fiel die Aktie auf 5,05 € Anfang Oktober, erholte sich dann bis auf 12,- € und lag Ende Januar 2003 bei 8,- €.

36 Dazu R. Winter, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit. Ein Prinzip ohne Praxis, Baden-Baden 1998.

## b. Ausweichen auf konzerninterne Leiharbeit

Nach seinem § 1 Abs. 3 Nr. 2 findet das AÜG keine Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer »vorübergehend« einem anderen Konzernunternehmen zur Verfügung gestellt wird. Daran hat die Hartz-Reform nichts geändert. Der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 und nach § 9 Nr. 2 AÜG n. F. gilt somit in diesem Bereich nicht, weshalb Kritiker der gesetzlichen Regelung auch bereits auf dieses »intelligente« Schlupfloch verwiesen haben.<sup>37</sup> Eine analoge Anwendung der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG ist zwar in Bezug auf die nicht gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung möglich,<sup>38</sup> jedoch für die konzerninterne Leihe problematisch: Der Gesetzgeber hätte ja die Möglichkeit gehabt, insoweit die Ausnahme vom AÜG zu begrenzen und für klare Verhältnisse zu sorgen. Dies hat er ersichtlich nicht getan – wobei es letztlich eine müßige Frage ist, ob die handelnden Personen aus Unkenntnis gehandelt haben oder insoweit keinen Regelungsbedarf sahen. Eine wissenschaftliche Begleitung erfolgte wie auch in anderen Fällen nicht;<sup>39</sup> auch die Bereitschaft, aus den Erfahrungen mit mangelhafter Gesetzgebungstechnik bei der Reform der Betriebsverfassung zu lernen, ist ersichtlich nicht vorhanden.<sup>40</sup> Ein Ausweg könnte darin liegen, den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz auf den Konzern zu beziehen, doch wird dies von der weit überwiegenden Auffassung bislang abgelehnt.<sup>41</sup> Nicht wenige Konzerne verfügen heute schon über ihre eigene »Arbeitnehmerüberlassungstochter«, die von den Möglichkeiten des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG Gebrauch macht. Damit lassen sich in vielen Fällen die bisherigen Bedingungen der Leiharbeit aufrechterhalten – allerdings sind damit die Schwierigkeiten noch nicht überwunden, in die selbständige Verleihunternehmen durch die neue Gesetzgebung kommen können.

## c. Scheinwerkverträge

Schon bisher existiert in schwer quantifizierbarem Umfang die Praxis, Arbeitnehmerüberlassung als Werk- oder Dienstvertrag zu tarnen bzw. die Tätigkeit so zu organisieren, dass das Direktionsrecht weiter beim »Verleiher« liegt. Dies lässt sich ggf. ausbauen, worauf in der Literatur gleichfalls bereits hingewiesen wurde.<sup>42</sup>

## d. Billigtarife

Die Leiharbeitsbranche weist keinen sehr hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad auf. Soweit erkennbar, werden die bei Verleihunternehmen da und dort gebildeten Betriebsräte im Wesentlichen von Verwaltungskräften getragen. Für die Arbeitgeberseite ergibt sich so die Möglichkeit, auch mit einer Kleingewerkschaft wie z. B. Mitgliedsverbänden des CGB einen Tarifvertrag abzuschließen. Von entsprechenden Haustarifen wird bereits berichtet; sie sollen – insoweit hinter die bisher geltende Regelung zurückfallend – ab dem 13. Monat eines Einsatzes 85% der Stammarbeitervergütung und die volle Gleichstellung erst nach drei Jahren vorsehen.<sup>43</sup> Angesichts geringer Mobilisierungsmöglichkeiten hätten die DGB-Gewerk-

37 Rieble-Klebeck, NZA 2003, 24; die Möglichkeit ist auch erwähnt bei Lembke, BB 2003, 104.

38 Ulber, AuR 2003, 10; ebenso für den Richtlinienentwurf Thüsing, DB 2002, 2222.

39 Dies kritisiert mit Recht Lembke, BB 2003, 98.

40 Zu den handwerklichen Mängeln bei der BetrVG-Reform s. insbesondere Hanau, RdA 2001, 65; Konzen, RdA 2001, 76; Richardi-Annuß, DB 2001, 41; Däubler, AuR 2001, 1 ff., 285 ff.

41 S. die Nachweise bei Erk-Preis, 3. Aufl. München 2003, § 611 BGB Rn. 728.

42 Rieble-Klebeck, NZA 2003, 23.

43 Mitgeteilt im Handelsblatt v. 30. 1. 2003, S. 6.

schaften keine Möglichkeit, einen besseren Alternativtarif kampfwise durchzusetzen. Entsprechende Hinweise sind im Gesetzgebungsverfahren nicht berücksichtigt worden.<sup>44</sup> Die These, die Arbeitgeber seien dem Tarifdiktat der DGB-Gewerkschaften unterworfen, was einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Tarifautonomie darstelle,<sup>45</sup> erscheint unter diesen Umständen wenig realitätsgerecht. Kommt es zu solchen Billigtarifen, könnten allenfalls die Betriebsräte in Entleiherbetrieben der Einstellung mit dem Argument widersprechen, der Gleichbehandlungsgrundsatz sei verletzt; die (pseudo)tarifliche Regelung sei mangels Tariffähigkeit des Partners auf Arbeitnehmerseite nicht in der Lage, eine Abweichung vom gesetzlichen Normalmodell zu bewirken. Ob diese Strategie erfolgversprechend wäre, ist derzeit nicht absehbar.

#### *IV. Einschätzung*

In traditioneller Terminologie gesprochen, ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen Leiharbeitskräften und Stammarbeitnehmern ein »Rechtsfortschritt«. Hinter ihm steckt aber keine wirkliche Kraft. Vielmehr kann man vermuten, dass es um eine »Gegenleistung« für das Stillhalten der Gewerkschaften bei all jenen sozialen Grausamkeiten ging, die die beiden Hartz-Gesetze gebracht haben.<sup>46</sup> Beliebige Befristung ab 52, Absenkung der Arbeitslosenhilfe und des Unterhaltsgelds, Erweiterung der zumutbaren Beschäftigungen, Sanktionen bei nicht rechtzeitiger Meldung als »arbeitssuchend« und insbesondere die Förderung der geringfügigen Beschäftigung – dies alles sind Dinge, die zu Lasten der Schwächeren in unserem Lande gehen. Schaut man sich das »Geschenk« der Gleichbehandlung etwas näher an und lässt man die dagegen geführte Polemik beiseite, so wirkt es recht klein und unscheinbar. Vielleicht wird es sich sogar als Mogelpackung erweisen.

<sup>44</sup> Vgl. Däubler AiB 2002, 732.

<sup>45</sup> S. etwa Hümmelich/Holthausen/Welslau, NZA 2003, 10; Picker, ZfA 2002, 503; Rieble-Klebeck, NZA 2003, 28.

<sup>46</sup> Dazu im Einzelnen Däubler, AiB 2002, 729 ff.; zu den durch den Vermittlungsausschuss eingefügten Änderungen s. Gaul/Otto, DB 2003, 94 ff.