

# Rüdiger Krause

## Arbeit in der Holzklasse

### Gesetzliche und kollektivvertragliche Rahmung der Leiharbeit

#### *I. Amazon*

Leiharbeit, umstrittenster Seitentrieb der bundesrepublikanischen Arbeitswelt, sorgt verlässlich für negative Schlagzeilen und positive Einschaltquoten. Wenn Amazon<sup>1</sup> für das Vorweihnachtsgeschäft in seinen deutschen Niederlassungen einige tausend Leiharbeitnehmer aus ganz Europa anwirbt und in der hessischen Provinz von Sicherheitskräften bewachen lässt, die offenbar der rechten Szene zuzuordnen sind, liegen so manchem besorgten Zeitgenossen Schlagworte wie Fremdarbeiter und Arbeitslager auf der Zunge. Das passt freilich gar nicht zum Selbstverständnis des deutschen Arbeitsmarktes, Deutschlands überhaupt, und verursacht daher geschäftige Unruhe, bei der ARD, der FAZ, im Bundestag. Die Skandalisierung von Missständen gehört zum Standardrepertoire des Medienapparates.<sup>2</sup> Wenn es schlecht kommt, bleibt es bei einem folgenlosen „Empört Euch“. Wenn es gut kommt, werden durch den erzeugten Lärm andere gesellschaftliche Subsysteme zu Aktivitäten angeregt, um die Ungerechtigkeiten dieser Welt ein Stück weit zurückzudrängen. Immerhin.

#### *II. Vorweg einige Daten*

Wer ein fundiertes Bild der Leiharbeit gewinnen will, muss sich zunächst empirisch informieren. Dabei erscheint die Lage auf den ersten Blick besser als die Stimmung. Der deutsche Arbeitsmarkt befindet sich zu Beginn des Jahres 2013 in, wie man so schön sagt, robuster Verfassung und trotz der Euro-Krise wie ein Fels in der Brandung. Im Januar 2013 betrug die Arbeitslosenquote 7,4 %, rund 1,8 Prozentpunkte mehr als im Vorjahr,<sup>3</sup> aber immer noch satte 18,6 Prozentpunkte unter der spanischen Quote.<sup>4</sup> Das deutsche Jobwunder hat allerdings einen tristen Hinterhof: Wie der nach langen Querelen im März 2013 endlich veröffentlichte Vierte Armut- und Reichtumsbericht der Bundesregierung amtlich dokumentiert,<sup>5</sup> beläuft sich der Niedriglohnsektor<sup>6</sup> auf rund 23 %.<sup>7</sup> Damit

1 Gründung 1994 in den USA, geschätztes Vermögen von Jeffrey B. Bezos (Gründer sowie gegenwärtiger President, Chief Executive Officer und Chairman of the Board) laut aktueller Forbes-Liste 25 Mrd. US-Dollar.

2 Der Hessische Rundfunk hat sich daher auch prompt eine einstweilige Verfügung eingehandelt.

3 Quelle: <https://www.destatis.de> (abgerufen am 23.4.2013).

4 Quelle: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu> (abgerufen am 23.4.2013).

5 S. XI, Quelle: <http://www.bmas.de> (abgerufen am 23.4.2013).

6 Entsprechend der OECD-Definition liegt die Schwelle bei 2/3 des nationalen Medianbruttolohns aller Vollzeitbeschäftigte, hierzulande derzeit 9,15 EUR/Stunde.

liegt Deutschland deutlich oberhalb des EU-Durchschnitts von 17 % und weit „vor“ Spanien mit 14,7 %.<sup>8</sup> Bemerkenswert ist die Dynamik der Entgeltspreizung. Noch 1995 betrug der Anteil in Deutschland „lediglich“ 17,7 %.<sup>9</sup> Ein erheblicher Teil des Niedriglohnsegments geht auf das Konto der Leiharbeit, die in den letzten Jahren tief in den deutschen Arbeitsmarkt vorgestoßen ist.<sup>10</sup> Waren 1993 erst ungefähr 100.000 und 2004 dann 385.000 Arbeitnehmer in diesem Bereich tätig, stieg die Zahl bis zur zweiten Jahreshälfte 2011 rasant auf rund 950.000 und kratzte damit fast an der Millionengrenze,<sup>11</sup> Tendenz seither allerdings wieder leicht fallend.<sup>12</sup> Brisant ist freilich weniger die absolute Zahl der Leiharbeitnehmer, die sich bei derzeit insgesamt mehr als 41 Mio. Erwerbstätigen relativ auf unter 2,5 % beläuft,<sup>13</sup> als vielmehr der Umstand, dass Leiharbeit in das Zentrum des verarbeitenden Gewerbes und damit in die Herzammer des deutschen Sozialmodells mit Normalarbeitsverhältnis, Tarifverträgen und Mitbestimmung eingedrungen ist, was die Heftigkeit der Auseinandersetzung um diese Beschäftigungsform erklärt.

### *III. Einsatzlogik und Folgen der Leiharbeit*

Leiharbeit hat Gründe, und Leiharbeit hat Folgen. Ihnen muss man nachgehen, wenn man über dieses Phänomen reden will. Da von wenigen high potentials abgesehen (auch die findet man als exotische Schmetterlinge in der Arbeitnehmerüberlassung) kaum jemand freiwillig eine Festanstellung ausschlägt, um als Leiharbeitnehmer tätig zu sein, muss sich der Blick zunächst auf die Nachfragerseite dieses Geschäftsmodells richten, genauer auf die Entleiherseite.<sup>14</sup> Zwei Faktoren stehen im Vordergrund:<sup>15</sup> Erstens geht es um die Senkung direkter Personalkosten durch niedrigere Entgelte sowie das Einsparen sonstiger Vergütungsbestandteile (Sonderzahlungen, betriebliche Altersversorgung etc.). So wurde für die Vergangenheit ein durchschnittlicher Lohnabstand von mehr als

7 4,1 Mio. Beschäftigte verdienen weniger als 7 EUR/Stunde, 1,4 Mio. Beschäftigte sogar weniger als 5 EUR/Stunde, vgl. Kalina/Weinkopf, Niedriglohnbeschäftigung 2010: Fast jede/r Vierte arbeitet für Niedriglohn, IAQ-Report 2012/01, <http://www.iaq.uni-due.de> (abgerufen am 23.4.2013). Analyse der Entwicklung bei Antonczyk/Fitzenberger/Sommerfeld, Anstieg der Lohnungleichheit, Rückgang der Tarifbindung und Polarisierung, Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung (ZAF) 2011, 15 ff. Die Rückführung der deutschen „Arbeitsmarktpflege“ gerade auf Niedriglöhne wird auch von wirtschaftsnahen Kreisen nicht in Abrede gestellt, siehe nur (mit überraschungsfreier positiver Bewertung) iw-dienst 5/2013, 1 f. Strukturell durchaus vergleichbar die in das Kuriositätenkabinett des deutschen Arbeitsrechts gehörende „Rechtfertigung“ eines Stundenlohns von 2,50 EUR (bei einem Tarifstundenlohn von 9,24 EUR) damit, der Arbeitgeber habe mit der Einstellung nur verhindern wollen, dass der Arbeitnehmer „auf der Straße stehe“, vgl. LAG Rheinland-Pfalz 30.1.2009 – 9 Sa 648/08 – Juris.

8 Quelle: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu> (abgerufen am 23.4.2013).

9 Kalina/Weinkopf (Fn. 7).

10 Zum Folgenden näher Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, 2. Aufl., 2012, 1 ff. m.w.N.

11 Mit einem starken zwischenzeitlichen Einbruch als Folge der Finanz- und Wirtschaftskrise von 2008/2009.

12 Der von der Zeitarbeitsbranche selbst erstellte Index geht für März 2013 von knapp 800.000 Arbeitnehmern aus, <http://www.personaldienstleister.de> (abgerufen am 23.4.2013).

13 Auch im Verhältnis zu den gegenwärtig knapp 29 Mio. sozialversicherungspflichtig Beschäftigten wirkt ein Anteil der Leiharbeitnehmer von unter 3 % noch moderat. Quelle: <https://www.destatis.de> (abgerufen am 23.4.2013).

14 Leiharbeit ist rechtlich als Dreiecksverhältnis konstruiert. Ein Arbeitsvertrag im technischen Sinne kommt nach einhelliger Ansicht grundsätzlich nur zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher zustande. Aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen dem Verleiher und dem Entleiher werden die Leiharbeitnehmer dem Entleiher überstellt, der infolgedessen zur Ausübung des zunächst nur dem Verleiher zustehenden Weisungsrechts befugt ist. Diese Eingliederung führt zu verschiedenen rechtlichen Beziehungen zwischen Leiharbeitnehmer und dem Entleiher, begründet aber keinen Arbeitsvertrag als Anknüpfungspunkt zahlreicher arbeitsrechtlicher Schutzmechanismen.

15 Deutlich Rieble/Klebeck, Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23.

einem Drittel im Vergleich zum Stammpersonal bei der Gruppe der geringqualifizierten männlichen Arbeitnehmer ermittelt.<sup>16</sup> Insoweit bewahrheitet sich also die einfach gestrickte Anthropologie von *Adam Smith*: The workmen desire to get as much, the masters to give as little as possible.<sup>17</sup> Ermöglicht werden diese Niedriglöhne nicht zuletzt durch ergänzende Hartz IV-Leistungen an rund ein Zehntel der Leihkräfte, die auf 500 Mio. EUR im Jahr geschätzt werden,<sup>18</sup> der Sache nach eine staatliche Subvention für Entleiher.

Zweites Motiv ist der Flexibilisierungsgewinn, der für die Entleiherseite durch Leiharbeit erzielt wird. Die Industriesoziologie berichtet über einen strukturellen Wandel der Einsatzlogik: Während Leiharbeit anfänglich nur der Kompensation eines kurzfristigen Personalausfalls diente (Ad-Hoc-Einsatz), ging es im nächsten Schritt um die Bewältigung von zeitlich begrenzten Schwankungen des Auftragsvolumens (Flexibilitätspuffer). Mittlerweile ist die dritte Eskalationsstufe erreicht, die Leiharbeit als strategisches Mittel der Personalpolitik auffasst, um die Unsicherheit über die künftige Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs als Folge volatiler werdender Absatzmärkte auf die Beschäftigten zu verlagern (strategische Nutzung).<sup>19</sup> Die *Entkoppelung* von tatsächlichem Arbeitsverhältnis und arbeitsvertraglicher Bindung als charakteristisches Merkmal der Leiharbeit ermöglicht eine *Koppelung* des Personalbestandes an die Marktverhältnisse. Da zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer kein Arbeitsvertrag besteht, entfallen in dieser Beziehung alle Hindernisse und Transaktionskosten, die mit einer unmittelbaren Einstellung und vor allem mit einer Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer an sich verbunden sind (insbesondere durch Kündigungsschutz sowie durch etwaige Sozialpläne bei einem umfangreicheren Personalabbau). Der rasante Rückgang der Anzahl der Leiharbeitnehmer während der Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 sowie der steile Anstieg nach der Überwindung jener Krise hat diesen Funktionswandel der Leiharbeit eindrucksvoll bestätigt und dürfte bei zahlreichen Managern die Einschätzung gefördert haben, mit Hilfe dieser Beschäftigungsform die Vorzüge externer Flexibilität in Anspruch nehmen, die damit kraft Gesetzes an sich verbundenen Lasten aber weitgehend vermeiden zu können. Die auf der Entleiherseite eingesparten Transaktionskosten schlagen sich nämlich offenbar nicht in entsprechend erhöhten Arbeitnehmerüberlassungskosten als Entgelt an den Verleiher nieder. Die Ursache hierfür dürfte darin liegen, dass bei der Entlassung von Leiharbeitnehmern durch die Verleiher niedrigere Personalabbaukosten anfallen als dies bei einer Entlassung unmittelbar durch den Entleiher der Fall wäre, etwa weil kein Betriebsrat besteht und deshalb auch kein Sozialplan erstellt werden muss. Auch bei einer arbeitgeberübergreifenden, also sowohl den Entleiher als auch den Verleiher umfassenden Betrachtung sinkt somit der Preis für den Faktor Arbeit. Für die Leiharbeitnehmer hat das zur Folge, dass sie ihre Tätigkeit unter vielfach deutlich schlechteren Konditionen als vergleichbare Stammarbeitnehmer zu leisten haben.<sup>20</sup> Dies betrifft vor allem die Vergütung, bei der nach wie vor ein deut-

16 Promberger, Leiharbeit: Zwischenbilanz und offene Fragen, WSI-Mitteilungen 2008, 223 f.; detailliert Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, B. 45 ff.; ferner Jahn, Entlohnung in der Zeitarbeit: Auch auf die Mischung kommt es an, IAB-Forum, Nr. 1/2011, 40 ff.

17 The Wealth of Nations, 2007 (1776), Book I, Chapter VIII.

18 Vgl. Bosch, Missbrauch von Leiharbeit verhindern, IAQ Standpunkte 2011/02, <http://www.iaq.uni-due.de> (abgerufen am 23.4.2013).

19 Holst, Gefahrenzone Absatzmarkt, in: A. Krause/C. Köhler (Hrsg.), Arbeit als Ware – Zur Theorie flexibler Arbeitsmärkte, 2012, 141, 151 ff.; einen größeren Variantenreichtum des Einsatzes von Leiharbeit konstatiert Promberger, Eine Strategie oder viele Strategien?, ebenda, 163, 165 ff.

20 Etwa Siebenhüter, Integrationshemmnis Leiharbeit, OBS-Arbeitsheft 69, 2011, 39 ff., mit Blick auch auf die besonders prekäre Lage von Menschen mit Migrationshintergrund.

licher Rückstand gegenüber Festangestellten besteht. Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit belief sich der durchschnittliche Verdienst in der Leiharbeit im Jahr 2010 auf gut die Hälfte des durchschnittlichen Verdienstes aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, wobei die absoluten Unterschiede je nach Tätigkeitsart allerdings stark variieren und mit zunehmendem Qualifikationsniveau eher ansteigen.<sup>21</sup> Die Schlechterstellung gilt aber auch für sonstige tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, für die Dauerhaftigkeit des Beschäftigungsverhältnisses sowie nicht zuletzt für den Zugang zu Weiterbildungsmöglichkeiten und Aufstiegschancen. Die vielfach propagierte These, dass Leiharbeit großen Teils nur ein Durchgangsstadium von der Arbeitslosigkeit zur Festanstellung im Einsatzbetrieb ist, hat sich nicht bewahrheitet. Der „Klebe-Effekt“ beläuft sich trotz einer geringfügigen Steigerung auf unter 10 %<sup>22</sup> und geht daher an den meisten Leiharbeitnehmern vorbei. Trotz der eher geringen Perspektiven auf eine Übernahme hoffen die meisten Leiharbeitnehmer auf eine Festanstellung, weil sie den Status als lediglich überlassener Arbeitnehmer selbst als bloße Interimslösung begreifen. Da ihr Verbleib im Einsatzbetrieb nicht durch Kündigungsschutzrecht stabilisiert wird, sondern Leiharbeitnehmer auf bloßen, rechtlich nicht kontrollierbaren Wunsch des Entleiher praktisch von heute auf morgen aus ihrem Arbeitsumfeld herausgerissen werden können,<sup>23</sup> müssen sie in besonderem Maße darauf bedacht sein, durch gesteigerte Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft den Fortbestand ihrer tatsächlichen Beschäftigung ständig unter Beweis zu stellen und die Chance auf eine Übernahme zu wahren. Die Aufspaltung von tatsächlichem und rechtlichem Beschäftigungsverhältnis versetzt die davon betroffenen Arbeitnehmer daher regelmäßig in einen Zustand permanenter Anspannung.<sup>24</sup> Es verwundert deshalb nicht, dass die Leiharbeitnehmer ihre Arbeitssituation im statistischen Mittel deutlich schlechter beurteilen als Stammarbeitnehmer,<sup>25</sup> Holzklasse eben und nicht nur „Außendienstmitarbeiter mit wechselnder Arbeitsstätte“.<sup>26</sup> Selbst der insoweit unverdächtige Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung kommt nicht umhin, die Leiharbeit im Vergleich zum Normalarbeitsverhältnis als „inferior“ zu bezeichnen.<sup>27</sup>

Leiharbeit hat nicht nur für die überlassenen Arbeitnehmer nachteilige Auswirkungen. Vielmehr sind mit ihr für die Arbeitnehmerseite weitere negative Begleiteffekte verbunden.<sup>28</sup> So hat die Zweiteilung der Belegschaft in Stammkräfte und Leiharbeitnehmer vielfach den Aufbau einer „zweiten Entgeltlinie“ für ver-

21 Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland, Zeitarbeit in Deutschland – Aktuelle Entwicklungen, 2012, 20 f., <http://statistik.arbeitsagentur.de> (abgerufen am 23.4.2013).

22 BT-Drucks. 17/464 vom 18.1.2010, 28. Colorandi causa: Von den im Jahr 2009 in den Bundesministerien sowie den nachgeordneten Bundesbehörden/Bundesämtern eingesetzten 1343 Arbeitnehmern wurden nur 34 Arbeitnehmer (= ca. 2,5 %) übernommen, vgl. BT-Drucks. 17/736 vom 17.2.2010, 5 f.

23 Unverblümt Rieble/Klebeck (Fn. 15), NZA 2003, 23: „Braucht er (d. h. der Entleiher) den Leiharbeiter nicht, so gibt er ihn zurück; desgleichen bei Nichtgefallen.“.

24 Dörre, Prekariat und Macht. Disziplinierung im System der Auswahlprüfungen, WSI-Mitteilungen 2011, 394, 395 f.

25 Näher Nienhüser/Matiaske, Leiharbeit ist gleich gut? - Arbeitsbedingungen, Arbeitszufriedenheit und Gleichbehandlung von Leiharbeitern in Europa, in: Martin (Hrsg.), Personal als Ressource, 2003, 157, 164 ff., Schlese/Schramm/Bulling-Chabalewski, Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitskräften, WSI-Mitteilungen 2005, 568, 572 ff.

26 So euphemistisch Wank, Neuere Entwicklungen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2003, 1, 2.

27 Jahresgutachten 2011/12, Rn. 492, <http://www.sachverständigenrat-wirtschaft.de> (abgerufen am 23.4.2013).

28 Vgl. Berg, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46, 2009, 69, 74 ff.; Holst, Disziplinierung durch Leiharbeit? Neue Nutzungsstrategien von Leiharbeit und ihre arbeitspolitischen Folgen, WSI-Mitteilungen 2009, 143 ff.; gänzlich abweichend etwa Picker, Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2002, 469, 478 ff.

gleichbare Arbeit zur Folge. Dem Stammpersonal wird hierdurch jeden Tag hautnah vor Augen geführt, dass die Tätigkeit für den Arbeitgeber am Arbeitsmarkt auch zu geringeren Kosten beschaffbar ist. Weiter kann der Einsatz oder auch nur die Ankündigung einer verstärkten Inanspruchnahme von Leiharbeitnehmern von der Arbeitgeberseite strategisch eingesetzt werden, um die Arbeitnehmerseite auf der betrieblichen Ebene oder im Rahmen von Tarifverhandlungen zu Zugeständnissen zu veranlassen.<sup>29</sup> Vor allem bei Tarifauseinandersetzungen kann sich die Durchsetzungskraft der Arbeitnehmerseite verringern, wenn sie durch Leiharbeit fragmentiert wird. Leiharbeitnehmer werden im Allgemeinen kein Interesse daran haben, für einen Tarifvertrag im Einsatzbetrieb zu kämpfen, von dessen Ergebnissen sie ohnehin nicht profitieren. Zudem können sie im Einzelfall sogar als Streikbrecher instrumentalisiert werden, mag ihnen individualrechtlich auch das Recht zur Verweigerung von Streikarbeit zustehen.<sup>30</sup> Ferner kann das in den Entleiherbetrieben erzielte Tarifergebnis unterlaufen werden, wenn der Arbeitgeber zur Deckung seines Personalbedarfs im Nachhinein in größerem Umfang auf Leiharbeitnehmer zurückgreift und für diese Beschäftigten andere Arbeitsbedingungen gelten. Darüber hinaus neigen Leiharbeitnehmer aus strukturellen Gründen seltener zu einer Kollektivierung ihrer Interessen als Mitglieder der Kernbelegschaft. Eine Zunahme von Leiharbeit führt daher regelmäßig zu einer Schwächung der gewerkschaftlichen Repräsentanz.<sup>31</sup>

Last, not least kann sich der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern auch auf die betriebliche Mitbestimmung negativ auswirken. Zum einen konnte es nach dem von der Rechtsprechung früher vertretenen Grundsatz, dass Leiharbeitnehmer bei einer Einsatzzeit von mehr als drei Monaten bei den Betriebsratswahlen im Entleiherbetrieb zwar mitwählen dürfen,<sup>32</sup> bei den verschiedenen Schwellenwerten des Betriebsverfassungsgesetzes aber nicht mitzählen,<sup>33</sup> dazu kommen, dass trotz einer vergleichsweise großen Zahl von Leiharbeitnehmern, die in den Betrieb des Entleiher eingegliedert sind, nicht die für eine bestimmte Betriebsratsgröße, für die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern oder für die Sozialplanpflichtigkeit einer Betriebsänderung erforderliche Arbeitnehmerzahl erreicht wird. Allerdings hat das BAG diese rigide Sichtweise in seiner neuesten Judikatur korrigiert und berücksichtigt im Entleiherbetrieb nunmehr regelmäßig beschäftigte Leiharbeitnehmer.<sup>34</sup> Zum anderen verursacht die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern dem im Entleiherbetrieb bestehenden Betriebsrat, der häufig die einzige effektive Vertretung der Leiharbeitnehmer darstellt, zusätzliche Arbeit, weil sich aus dem Dreiecksverhältnis von Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer zahlreiche schwierige Rechtsfragen ergeben und der Betriebsrat außerdem darum bemüht sein muss, die Interessen der Stammbelegschaft und der Leiharbeitnehmer angemessen auszutarieren.

29 Drastischer Fall bei Ulber, AÜG, Basiskommentar, 2008, Einleitung Rn. 26: Schaffung einer eigenen Personalüberlassungsgesellschaft unter der auflösenden Bedingung einer Verschlechterung tariflicher Arbeitsbedingungen (Anhebung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden ohne Lohnausgleich).

30 § 11 Abs. 5 AÜG.

31 Schlesse/Schramm/Bulling-Chabalewski (Fn. 24), WSI-Mitteilungen 2005, 568, 570 f.

32 § 7 S. 2 BetrVG.

33 Vgl. BAG, NZA 2003, 1345; NZA 2004, 1052; NZA 2004, 1340; zum Ausschluss vom passiven Wahlrecht auch BAG, NZA 2010, 832.

34 Vgl. BAG, NZA 2012, 221 im Hinblick auf das Erreichen des Schwellenwerts im Sinne von § 111 S. 1 BetrVG als Voraussetzung für einen Interessenausgleich/Nachteilsausgleich beim Entleiher; BAG vom 13.3.2013, Pressemitteilung Nr. 18/13 im Hinblick auf die Größe des Betriebsrats. Vergleichbares gilt für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes: BAG vom 24.1.2013, Pressemitteilung Nr. 6/13.

## IV. Institutioneller Rahmen

Die geschilderte Entwicklung ist ohne die Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Leiharbeit nicht zu erklären. In kaum einem anderen Sektor der Arbeitswelt werden die Verhaltensmuster der Akteure so sehr von den institutionellen Arrangements geprägt wie in der Leiharbeit. In kaum einem anderen Sektor wird von den Akteuren aber auch so hart um die Interpretation dieser Arrangements sowie um deren Veränderung gerungen. Kurz: law matters.

### 1. Entgeltmechanik

Hauptstreitpunkt bei der Leiharbeit ist schon seit langem die Entgeltregulierung. Das derzeit im AÜG herrschende System ist zum 1.1.2003 (unter einem sozialdemokratischen Kanzler) im Zuge der Hartz-Reformen eingeführt worden.<sup>35</sup> Nachdem die Höchstüberlassungsdauer für Leiharbeitnehmer erst ein Jahr zuvor von einem Jahr auf zwei Jahre erhöht worden war, entfiel die zeitliche Grenze durch Hartz I zur Gänze. Dabei bestand der trade-off für den Fortfall dieser (und anderer ehemaliger Einschränkungen der Leiharbeit) in Übereinstimmung mit der – mitgliedstaatlich freilich abänderbaren – Grundregel in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG<sup>36</sup> darin, dass Leiharbeitnehmer nunmehr vom ersten Tag ihres Einsatzes an<sup>37</sup> genauso behandelt und vor allem genauso bezahlt werden sollen wie Stammarbeitnehmer (Equal Pay/Equal Treatment).<sup>38</sup> Dazu kam es aber nicht.

### 2. Kollektivvertragliches downgrading

Das AÜG enthält nämlich eine Tariföffnungsklausel, die es Arbeitgebern und Gewerkschaften ermöglicht, durch Tarifverträge vom Equal Pay-Grundsatz zu lasten der Leiharbeitnehmer abzuweichen.<sup>39</sup> Nun besteht der ökonomische Sinn eines Gewerkschaftsbeitritts für Arbeitnehmer im Allgemeinen darin, die Austauschbedingungen im Arbeitsverhältnis zu verbessern, nicht aber zu verschlechtern.<sup>40</sup> Warum also sollte ein Leiharbeitnehmer einer Gewerkschaft beitreten, wenn ihm dies lediglich eine Entgelteinbuße beschert? Auch dafür hat der Gesetzgeber freilich eine Lösung parat: Im Geltungsbereich eines (verschlechtern) Tarifvertrages können die tarifvertraglichen Regelungen durch Einzelarbeitsvertrag in Bezug genommen werden.<sup>41</sup> Eine solche Klausel muss zwar zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer vereinbart werden. Es kann aber niemand den Verleiher daran hindern, den Arbeitsuchenden nur solche Arbeitsverträge zur Unterschrift vorzulegen, die eine solche Bezugnahmeklausel enthalten. Take it or leave it. Zuweilen sollen den Leiharbeitnehmern auch schlicht Erklärungen über den Beitritt zu einer Gewerkschaft untergeschoben worden sein, die etwas unbedarf unterzeichnet wurden. Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme ist dann entbehrlich.

Ein letztes Problem war noch zu lösen. Würde sich überhaupt eine Gewerkschaft bereitfinden, einen Tarifvertrag abzuschließen, dessen einzige Funktion darin

35 Dazu auch Däubler, Die neue Leiharbeit, KJ 2003, 17 ff.

36 Art. 5 RL 2008/104/EG.

37 Vorher ab dem 13. Einsatzmonat.

38 § 3 Abs. 3 Nr. 3 S. 1, § 9 Nr. 2 Hs. 1, § 10 Abs. 4 S. 1 AÜG.

39 § 3 Abs. 3 Nr. 3 S. 2, § 9 Nr. 2 Hs. 2, § 10 Abs. 4 S. 2 AÜG.

40 Freeman/Medoff, What do Unions do?, New York, 1984, 43 ff.; ferner Blanchflower/Bryson, What Effect Do Unions Have on Wages Now and Would Freeman and Medoff Be Surprised?, Journal of Labor Research 25, 2004, 383 ff.

41 § 3 Abs. 3 Nr. 3 S. 3, § 9 Nr. 2 Hs. 3, § 10 Abs. 4 S. 2 AÜG.

besteht, den durch das Gesetz gewährten Schutz auszuhebeln? Immerhin standen die DGB-Gewerkschaften der Leiharbeit lange Zeit ablehnend gegenüber. Ein bargaining in the shadow of the law erscheint aus Arbeitnehmersicht recht bequem, wenn die Rückfallposition in Equal Pay besteht. Tatsächlich kam es anders. Der gesetzliche Mechanismus, der in diametralem Gegensatz zur traditionellen Gefechtslage ein eigenes Interesse der Arbeitgeberseite am Abschluss von Tarifverträgen generiert, um auf diesem Wege zu einer Absenkung von Arbeitsbedingungen zu gelangen, hat von Anfang an einen unwiderstehlichen Reiz auf die christlichen Arbeitnehmerorganisationen ausgeübt, sich auf dem Feld der Leiharbeit tarifpolitisch zu etablieren. Da es im Unterschied zu anderen Wirtschaftszweigen keine auf die Arbeitnehmerüberlassung als solche bezogene Branchengewerkschaft gibt, weil sich Leiharbeitnehmer nicht als eine eigenständige und einheitliche Arbeitnehmergruppe begreifen, gründeten mehrere zum CGB gehörende Mitgliedsverbände noch Ende 2002 die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CG-ZP), die schon im Februar 2003, also weniger als zwei Monate nach dem Inkrafttreten der Hartz I-Reform zum 1.1.2003, das erste (vermeintliche) Tarifwerk mit einem Arbeitgeberverband der Zeitarbeitsbranche vorlegte. Zahlreiche weitere Verträge folgten. Inhaltlich sahen diese Vereinbarungen von Anfang an sehr niedrige Entgeltsätze vor, die nicht nur deutlich unter den tariflichen Arbeitsbedingungen in den meisten Einsatzbetrieben lagen, sondern auch die Vorstellungen der DGB-Gewerkschaften von einer angemessenen Vergütung für die Arbeitnehmerüberlassung noch unterboten.<sup>42</sup>

Die DGB-Gewerkschaften gerieten hierdurch in eine ungemütliche Lage. Wollten sie im rasch anwachsenden Bereich der Arbeitnehmerüberlassung noch als Akteur wahrgenommen werden, blieb zunächst nur der Weg, ebenfalls eine Tarifgemeinschaft zu gründen (DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit) und durch moderate Tarifverträge mit anderen Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche<sup>43</sup> einen Mindestschutz der betroffenen Arbeitnehmer zu gewährleisten, auch wenn man sich damit weit von Equal Pay entfernte. Bessere Tarifverträge hätten die daran gebundenen Verleiherarbeiter und hierdurch auch die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer aus dem Rennen geworfen und wären daher abgelehnt worden.<sup>44</sup> Soweit Nachfrager ihre Entscheidungen allein am Preis eines Gutes orientieren, bleiben die Arbeitsbedingungen eben regelmäßig auf der Strecke. Dies gilt erst recht in der Leiharbeit, bei der die Kommodifizierung der menschlichen Arbeitskraft mit Händen zu greifen ist, besteht die (ab)bestellbare „Ware“ doch schlicht in der Arbeitskraft selbst. Kurz: Die Regelungsmechanik des AÜG hatte einen gewerkschaftlichen Unterbietungswettbewerb inszeniert. Reflexives Arbeitsrecht als Instrument zur gesellschaftlichen Selbststeuerung<sup>45</sup> hatte man sich bis dahin anders vorgestellt.<sup>46</sup>

42 Berg (Fn. 28), JbArB 46, 2009, 69, 73.

43 Die Entwicklung der Verbandslandschaft in der Zeitarbeitsbranche ist unübersichtlich. Mittlerweile ist – durch verschiedene Fusionen – aber eine gewisse Konsolidierung eingetreten.

44 Freimütig zum Einsatz der – aus Arbeitbersicht – günstigeren Tarifverträge als Druckmittel in Tarifverhandlungen mit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit Hurst, Tarifverträge in der Zeitarbeit, 2010, 31.

45 Vgl. Teubner, Reflexives Recht, ARSP 68, 1982, 13 ff. mit Bezug auch auf das Tarifvertragssystem (S. 27f., 51 f.); siehe auch ders., Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, 289, 337.

46 Frühe Kritik an einer Konzeptualisierung von reflexivem Recht als Umstellung von materialisiertem Recht auf Verfahrensregelungen unter Vernachlässigung gesellschaftlicher Machtverhältnisse von Maus, Perspektiven „reflexiven Rechts“ im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen, KJ 1986, 390, 402.

Aber war die CGZP überhaupt eine tariffähige Organisation? In dieser hart umkämpften Frage hat das BAG Ende 2010 mit einem Paukenschlag (aufgrund einer eher rechtstechnisch geprägten Argumentation) der CGZP die Tariffähigkeit abgesprochen, also ihre Fähigkeit, überhaupt Tarifverträge rechtswirksam abschließen zu können.<sup>47</sup> Konsequenz dieser Entscheidung sowie zweier Folgeentscheidungen<sup>48</sup> war, das Kartenhaus der von der CGZP abgeschlossenen Pseudotarifverträge rückwirkend zum Einsturz zu bringen. Für die von diesen Verträgen erfassten Arbeitnehmer galt also unversehens von Anfang an Equal Pay, was den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung sogleich dazu bewog, Vertrauensschutz für Verleiherarbeiter zu verlangen, um sie hierdurch vor Nachforderungen der Leiharbeitnehmer sowie der Sozialversicherungsträger zu bewahren.<sup>49</sup> Die große Klagedelle der ihrer gesetzlichen Rechte entkleideten Leiharbeitnehmer scheint aber ausgeblieben zu sein. Von geschätzt 200.000 betroffenen Leiharbeitnehmern sollen gerade einmal 1.500 und damit weniger als 1 % eine Klage auf Nachzahlung erhoben haben, so dass sich das „Geschäftsmodell“ billiger Scheintarifverträge für Anbieter und Nachfrager schon aus diesem Grund gelohnt hat.<sup>50</sup> Die Mobilisierung von Arbeitsrecht stößt bekanntlich auf vielfältige Hindernisse,<sup>51</sup> zu denen gerade in diesem Fall schlichte Unwissenheit der Arbeitnehmer über die eigenen Rechte gehören dürfte. Immerhin listet Juris, stets ein brauchbarer Indikator für die Frage, was auf der forensischen Ebene geschieht, unter der Rubrik „Rechtsprechung“ für die kombinierten Einträge „Equal Pay“ und „LAG“ für den Zeitraum ab 2011 mittlerweile 135 Entscheidungen auf, wobei (ehemaligen) Leiharbeitnehmern durchaus schon einmal mehr als 50.000 EUR zuerkannt werden.<sup>52</sup> Der Einfallsreichtum, mit dem die christlichen Arbeitnehmervereinigungen<sup>53</sup> wie auch Teile des juristischen Schrifttums versucht haben, Equal Pay-Klagen zu torpedieren, scheint die Gerichte jedenfalls nicht zu beeindrucken. Trotzdem sind die Ergebnisse zumeist ernüchternd, weil das BAG in seinen aktuellen Entscheidungen zu Equal Pay-Klagen (wirksam) vereinbarte Ausschlussfristen greifen lässt und hiervon abgesehen viele Nachforderungen zumindest verjährt sind.<sup>54</sup>

Für die DGB-Gewerkschaften wurde es erneut unmöglich, nun aber aus anderen Gründen. Mit den Tarifverträgen der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit lag man zwar oberhalb des Niveaus der ursprünglichen „christlichen“ Tarifverträge, aber eben doch weit unterhalb von Equal Pay.<sup>55</sup> Da diese Tarifverträge noch mindestens bis zum 31.10.2013 gelten und sich die DGB-Gewerkschaften trotz veränderter Rahmenbedingungen aus grundsätzlichen Erwägungen heraus

47 BAG, NZA 2011, 289.

48 BAG, NZA 2012, 623 u. 625.

49 Jahresgutachten 2011/12, Rn. 500, <http://www.sachverständigenrat-wirtschaft.de> (abgerufen am 23.4.2013). Dagegen Schüren, „Wirtschaftsweise“ fordern Vertrauensschutz für CGZP-Tarifnutzer – eine kritische Analyse, AuR 2012, 4 ff.

50 So die Internet-Plattform <http://www.cgzp-tarifunfachigkeit.de> (abgerufen am 23.4.2013).

51 Näher Koher, Barrieren der Mobilisierung von Arbeitsrecht – Oder: Lässt sich Fairness erzwingen?, juridikum 2012, 63 ff.

52 Vgl. LAG Niedersachsen 21.9.2012 – 6 Sa 1063/11 – Juris. Eine umfassende Analyse des Entscheidungsmaterials dürfte sich lohnen, kann hier aber nicht geleistet werden.

53 So wurde angesichts der drohenden Verneinung der Tariffähigkeit der CGZP versucht, das „Geschäftsmodell“ von Billigtarifverträgen durch eine neue tarifrechtliche Konstruktion zu „retten“. Inzwischen scheint sich der CGB vom Tarifgeschehen in der Leiharbeit aber verabschiedet zu haben, indem die tarifpolitische Zusammenarbeit mit der Zeitarbeitsbranche zum 31.3.2013 eingestellt wurde, Quelle: <http://www.personaldienstleister.de> (abgerufen am 23.4.2013).

54 BAG vom 13.3.2013, Pressemitteilung Nr. 17/13.

55 Diese Tarifverträge sehen ab dem 1.11.2012 einen Stundenlohn von 8,19 EUR (West) bzw. 7,50 EUR (Ost) vor.

„tariftreu“ verhalten wollen, ist eine frühere Rückkehr zum gesetzlichen Modell der Gleichstellung nach geltendem Recht ausgeschlossen.

Im Übrigen hat auch der Staat noch einmal nachgelegt. So wird der tarifvertragliche Standard nunmehr durch eine Rechtsverordnung unterstützt, die auf der Grundlage des zum 30.4.2011 eingefügten § 3a AÜG ergangen und zum 1.1.2012 in Kraft getreten ist,<sup>56</sup> eine Laufzeit (vorerst) bis zum 31.10.2013 hat und niedrigere tarifvertragliche Entgelte ausschließt, um einem ruinösen gewerkschaftlichen Unterbietungswettbewerb Grenzen zu setzen.

### *3. Kollektivvertragliches upgrading*

Eine weitere Runde in der Auseinandersetzung um Equal Pay wurde mit Kollektivverträgen (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen) eingeläutet, die auf verschiedenen Wegen versuchen, Equal Pay herzustellen oder sich diesem Ziel zumindest wieder anzunähern.<sup>57</sup> Bemerkenswert sind dabei vor allem die Verhandlungsarenen, in denen die Arbeitnehmerseite ihre Gegenstrategien organisiert hat. So ging es in einem ersten Schritt um entleiherbezogene „Besservereinbarungen“, bei denen die in den jeweiligen Entleiherunternehmen bestehende Durchsetzungsstärke (Betriebsräte, Gewerkschaft) als Hebel genutzt wurde, um zugunsten der verhandlungsschwächeren Leiharbeitnehmer zu entsprechenden Regelungen zu gelangen. Erfolgreich war die Arbeitnehmerseite vor allem im Bereich der Automobilindustrie (Audi, BMW, Daimler, Ford, Opel) und im Flugzeugbau (Airbus), daneben aber auch in zahlreichen anderen Unternehmen der Metall- und Elektroindustrie.<sup>58</sup> Allerdings vermied es die Entleiherarbeitgeberseite regelmäßig strikt, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen ihnen und den Leiharbeitnehmern entstehen zu lassen, um die Entkoppelung von Arbeitsvertrag und tatsächlichem Arbeitseinsatz als Wesenskern der Arbeitnehmerüberlassung keinesfalls aufs Spiel zu setzen.

Daher war es eine kleine Sensation, dass es der IG Metall im Bereich der Stahlindustrie im Jahr 2010 gelang, einen Tarifvertrag zu schmieden, der mit einer erfinderischen rechtlichen Konstruktion – unter bestimmten Voraussetzungen – monetäre Direktansprüche der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher vorsieht.<sup>59</sup> Diese den Besonderheiten in der Stahlbranche<sup>60</sup> geschuldete Regelung war in der wirtschaftlich ungleich wichtigeren, aber kleinteiliger strukturierten Metall- und Elektroindustrie in der Verhandlungs runde 2012, die u. a. der Leiharbeit gewidmet war, nicht wiederholbar. Stattdessen kamen korrespondierende Tarifverträge mit der Verleiher- und der Entleiherseite zustande.

So wurden von der IG Metall auf der einen Seite mit den größeren Verleiherarbeitgeberverbänden Tarifverträge über branchenbezogene Zuschläge abgeschlossen, die eine stufenweise Erhöhung der Entgelte von Leiharbeitnehmern nach entsprechender Einsatzzeit in der Metall- und Elektroindustrie vorsehen.<sup>61</sup> Entsprechende Tarifverträge sind weiter von der IG BCE sowie mittlerweile auch von der ver.di vereinbart worden. Die Konzessionsbereitschaft der

56 Bundesanzeiger vom 28.12.2011, Nr. 195, 4608.

57 Dazu eingehend Krause (Fn. 10), 33 ff., 37 ff.; kürzer ders., Tarifverträge zur Herstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55 ff.

58 Die IG Metall spricht von rund 1.400 „Besservereinbarungen“.

59 Überblick bei Karthaus, „Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.“, AuR 2010, 494 ff.

60 Hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad, starke Konzentration im Arbeitgeberlager, geringer Anteil der Personalkosten an der Wertschöpfung.

61 So wird etwa im Metallbereich nach 9 Monaten die Höchststufe eines Zuschlags von 50 % erreicht. Einzelheiten bei Nießen/Fabritius, Die neuen Branchenzuschläge in der Zeitarbeit – Auswirkungen auf die Praxis, BB 2013, 375 ff.

Verleiherverbände lässt sich kaum auf eine glaubwürdige Kampfdrohung der Arbeitnehmerseite zurückführen, weil keine DGB-Gewerkschaft aufgrund des geringen Organisationsgrades in der Zeitarbeitsbranche<sup>62</sup> einen wirkungsvollen Streik in Aussicht stellen kann. Vielmehr ist gewerkschaftliche Verhandlungsmacht zum einen durch die Ankündigung des BMAS generiert worden, im Falle einer Nichteinigung der Tarifparteien (wieder einmal) eine Expertenkommission einzusetzen, deren Aufgabe darin bestehen sollte, denjenigen Zeitpunkt zu ermitteln, von dem an Leiharbeitnehmern zwingend Equal Pay zustehen soll.<sup>63</sup> Es gibt also auch ein bargaining in the shadow of the forthcoming law. Zum anderen sollte man das Bemühen der Zeitarbeitsbranche um gesellschaftliche Anerkennung als handlungsleitendes Motiv nicht unterschätzen. Ökonomische Aktivitäten sind auf soziale Einbettung angewiesen.<sup>64</sup> Auch hartgesottene Manager und Verbandsvertreter wollen mit ihrem Tun nicht immer wieder an den Pranger gestellt werden. Dies eröffnet Gewerkschaften, viele Jahre von den Medien eher in die Ecke von Modernisierungsverweigerern gerückt, in der Nach-Lehman-Ära die Chance, sich die „Moralisierung der Märkte“<sup>65</sup> zunutze zu machen und der Arbeitgeberseite mit Reputationsgewinnen als Belohnung für einen Tarifabschluss zu winken, der für die Beschäftigten zu substantiellen Verbesserungen führt.

Komplettiert wird das institutionelle Arrangement in der Metall- und Elektroindustrie auf der anderen Seite durch Tarifverträge mit den Entleiherarbeiterverbänden,<sup>66</sup> die eine Pflicht der Arbeitgeber stipulieren, dass mit der Arbeitnehmerüberlassung nur solche Verleiherunternehmen beauftragt werden dürfen, die sich an die Vorgaben des AÜG halten. Dabei werden als Regelungen, die zu einer Abweichung vom Equal Pay-Grundsatz berechtigen, nur solche Tarifverträge zugelassen, die mit der Tarifgemeinschaft des DGB oder mit der IG Metall abgeschlossen wurden oder werden und die einen Branchenzuschlag oder mindestens eine in der Höhe vergleichbare Vergütung enthalten.

Der scheinbar so simple Stundenlohn eines für längere Zeit in die Metall- und Elektroindustrie hineinverliehenen Arbeitnehmers ist damit das Ergebnis einer Überlappung von Handlungslogiken und Kräfteverhältnissen in höchst unterschiedlichen Verhandlungsarenen, deren Anzahl durch eine ersatzlose Streichung der Tariföffnungsklausel, wie sie Teilen der Politik vorschwebt,<sup>67</sup> allerdings wieder zusammenschrumpfen würde. Mit dem Ausgang der Bundestagswahl wird daher möglicherweise nicht nur über das Kanzlergehalt, sondern auch über die Entgelte von Leiharbeitnehmern entschieden.

#### 4. Umfangsmechanik

Der Umfang der Leiharbeit betrifft zwei Dimensionen: zum einen den Anteil der Leiharbeitnehmer an der Gesamtbelegschaft, zum anderen die Einsatzdauer, entweder bezogen auf denselben Arbeitnehmer oder auf denselben Arbeitsplatz.

62 Schätzungen gehen von nur 3 bis 5 % aller Leiharbeitnehmer aus.

63 Pressemitteilung vom 20.11.2011, <http://www.bmas.de> (abgerufen am 23.4.2013).

64 Granovetter, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, American Journal of Sociology 91, 1985, 481 ff.; Zukin/DiMaggio, Introduction, in: Zukin/DiMaggio (Eds.), Structures of Capital: The social organization of the economy, 1990, 1 ff.

65 Vgl. Stehr, Die Moralisierung der Märkte, 2007.

66 Zum Folgenden näher Krause, Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie, NZA 2012, 830, 835 f.; dazu auch Ulber, Erweiterte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifverträge zur Leiharbeit, AUR 2013, 114 ff.

67 Vgl. den Antrag der Bundesländer Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen, BR-Drucks. 237/12 vom 26.4.2012, 4. Ebenso Beschluss Nr. 9c des 68. Deutschen Juristentages, 2010, <http://www.djt.de> (abgerufen am 23.4.2013). Für eine Streichung (nur) der Möglichkeit zur arbeitsvertraglichen Bezugnahme Waltermann (Fn. 16), B, 62 ff.

Hinsichtlich des quantitativen Umfangs verhält sich das AÜG abstinenter. Sollte ein Unternehmen auf die Idee kommen, sich sämtliche für einen Betrieb erforderlichen Arbeitskräfte auszuleihen, stellt das Gesetz keine Schranken auf.

Beim zeitlichen Umfang ist die Lage etwas verwinkelter. Der dominante Entwicklungsstrang bewegt sich in Richtung Deregulierung. Während Leiharbeit in der Nachkriegszeit zunächst verboten war, kam es infolge der Verwerfung dieses Verbots als verfassungswidrig durch das BVerfG (1967)<sup>68</sup> im Jahr 1972 zur ersten Fassung des AÜG, die vergleichsweise restriktiv gestrickt war und insbesondere eine Höchstüberlassungsdauer von nur 3 Monaten vorsah. Diese ursprüngliche Beschränkung wurde im Laufe der Jahre sukzessive ausgedehnt, auf 6 Monate (1985), 9 Monate (1994), 12 Monate (1997), 24 Monate (2002), zum Schluss nur noch mit der Begründung, dass dies den „Wünschen der Wirtschaft“<sup>69</sup> bzw. den „Wünschen aus der Praxis“<sup>70</sup> entspreche, eine in ihrer Offenheit schon fast wieder sympathische Umschreibung für erfolgreiche Lobbyarbeit. Durch Hartz I ist dann zum 1.1.2003 auch diese Mauer geschleift worden.<sup>71</sup> Lakonische Reaktion des BAG: Ein Arbeitnehmer kann nunmehr auf unbegrenzte Zeit überlassen werden.<sup>72</sup>

Sozialpolitisch reiht sich diese Reform in die Reihe derjenigen Maßnahmen ein, die auf eine Laboralisierung der Bevölkerung im Sinne einer Steigerung der Erwerbstägenquote (u. a.) mittels einer Liberalisierung im Sinne einer Absenkung von Arbeitsmarktregelungen abzielen („Lab-Lib-Modell“).<sup>73</sup> Das zweifellos ehrenwerte Ziel ist die Inklusion der Exkludierten in die Arbeitsgesellschaft, bezahlt freilich mit einer Zunahme von Unsicherheit für die nunmehr stärker den Marktkräften ausgesetzten Betroffenen.<sup>74</sup>

Mit der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und ihrer Umsetzung durch die AÜG-Novelle zum 1.11.2011 ist es zu einer gewissen Re-Regulierung der Leiharbeit gekommen. Sowohl das AÜG als auch die Richtlinie sprechen davon, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“ erfolgt. Nimmt man den deutschen Gesetzgeber beim Wort, ist darunter eine „flexible Zeitkomponente“ bei gleichzeitigem Verzicht auf eine genau bestimmte Höchstüberlassungsfrist zu verstehen.<sup>75</sup> Der europäische Gesetzgeber hat trotz weitenschweifiger Erwägungsgründe gleich ganz von dem Versuch Abstand genommen, dem Interpreten eine Auslegungshilfe an die Hand zu geben. Angesichts dieses Befundes war abzusehen, dass sogleich der Motor des Literaturapparats über die Fragen angeworfen wurde, ob eine dauerhafte Überlassung nunmehr unzulässig ist, wann eine solche dauerhafte Überlassung anzunehmen ist und welche Rechtsfolge bei einer gegebenenfalls unzulässigen dauerhaften Überlassung eintreten, stets in der Hoffnung, durch das Einschlagen entsprechender

<sup>68</sup> BVerfGE 21, 261. Hauptargument: Verstoß des Verbots gegen die Berufsfreiheit der Verleiher (Art. 12 Abs. 1 GG).

<sup>69</sup> BT-Drucks. 13/4941 vom 18.6.1996, 247f.

<sup>70</sup> BT-Drucks. 14/6944 vom 24.9.2001, 53.

<sup>71</sup> Dazu bereits oben unter III 1.

<sup>72</sup> BAG, NZA 2005, 1199, 1200. Ebenso Däubler, Die neue Leiharbeit, KJ 2003, 17, 19.

<sup>73</sup> Lessenich, „Aktivierender“ Sozialstaat: eine politisch-soziologische Zwischenbilanz, in: Bispinck u.a. (Hrsg.), Sozialpolitik und Sozialstaat, 2012, 41 ff., 49.

<sup>74</sup> Castel/Dörre (Hrsg.), Prekarität, Abstieg, Ausgrenzung – Die soziale Frage am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2009; Castel, Die Krise der Arbeit – Neue Unsicherheiten und die Zukunft des Individuums, 2011.

<sup>75</sup> BT-Drucks. 17/4804 vom 17.2.2011, 8.

Pflöcke die weitere Entwicklung zu beeinflussen.<sup>76</sup> Zumindest für die Bundesregierung scheint alles klar zu sein, hat sie doch nachträglich verlautbaren lassen, dass aus ihrer Sicht eine nicht von vornherein zeitlich befristete Überlassung eines Leiharbeitnehmers möglich ist.<sup>77</sup>

Der Eiertanz bei der Normsetzung dürfte darauf beruhen, dass die Politik offenbar meint, ihr Votum zugunsten einer Ausweitung der Leiharbeit nur dann verkaufen zu können, wenn sie es mit einigen Trostpflastern garniert. Besonders augenscheinlich kommt dies auf der europäischen Ebene zum Ausdruck, wo die Erwägungsgründe der Leiharbeitsrichtlinie einige Verrenkungen enthalten. So schenkt man noch gerne der Feststellung Glauben, dass die rechtlichen Regelungen über die Leiharbeit innerhalb der Union unterschiedlich sind.<sup>78</sup> Und wer wollte bezweifeln, dass Leiharbeit dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen entspricht.<sup>79</sup> Ihre Karriere wäre sonst nicht erklärlich. Warum Leiharbeit aber dem Bedürfnis der Arbeitnehmer entsprechen soll, Beruf und Privatleben zu vereinbaren,<sup>80</sup> erschließt sich indes auch bei mehrfacher Lektüre nicht. Konsistenz gewinnt dies alles nur, wenn man sich den europäischen Politikansatz vor Augen führt, arbeitsrechtliche Regelungen zunehmend als Arbeitsmarktrecht zu konzipieren, das auf die Schaffung von mehr Arbeitsplätzen abzielt, auch wenn damit Abstriche beim Sozialschutz einhergehen. Damit korrespondierend sollen alle mitgliedstaatlichen Einschränkungen und Verbote der Leiharbeit auf den Prüfstand gestellt werden, um nationale Räume erhöhten Sozialschutzes einzueben,<sup>81</sup> ein weiterer Anwendungsfall der schon vielfach beschriebenen negativen Integration durch europäisches Recht.<sup>82</sup> Das angestrebte Ziel der sozialen Inklusion durch Arbeit und insbesondere auch der Versuch, Missständen auf dem Gebiet der Leiharbeit entgegenzutreten, sind fraglos legitim, können aber nicht verdecken, dass eine Verbreiterung dieser Beschäftigungsform die Segmentierung der Arbeitsmärkte eher verstetigt und nicht abschwächt, gelingt es doch nach wie vor nur einer Minderheit, „kleben“ zu bleiben und in den Bereich der Stammarbeitnehmerschaft vorzudringen.<sup>83</sup>

### *5. Kollektivvertragliche Eindämmung*

Die Arbeitnehmerseite hat sich auch dieses Feld als zu bearbeitende Materie auserkoren und bemüht sich schon seit längerem um eine Eindämmung der Leiharbeit. Dies gelingt am ehesten auf der Unternehmensebene, was auf die handgreifliche Nähe des Problems, aber auch auf die Möglichkeit zurückzuführen ist, den jeweiligen betrieblichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Im Einzelnen haben sich in der Praxis unterschiedliche kollektivvertragliche Regelungsmuster herausgebildet.<sup>84</sup> Am rigorosesten greifen Quotenvorschriften, nach denen der

76 Siehe etwa Brors, „Vorübergehend“, AuR 2013, 108 ff.; Düwell, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449 ff.; Krannich/Simon, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – zur Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 AÜG n.F., BB 2012, 1414 ff.; Teusch/Verstege, Vorübergehend unklar – Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Einstellung von Leiharbeitnehmern?, NZA 2012, 1326 ff.; Thüsing/Stieber, Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632 ff.; Zimmer, „Vorübergehender“ Einsatz von LeiharbeitnehmernInnen, AuR 2012, 422 ff.

77 BT-Drucks. 17/8829 vom 2.3.2012, dort unter Ziffer 37.

78 Nr. 10.

79 Nr. 11.

80 Nr. 11.

81 Art. 4 RL 2008/104/EG.

82 Dazu Sharpf, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer (Hrsg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, 49 ff.

83 Siehe oben Fn. 22.

84 Krause (Fn. 10), 30 ff.

Anteil der Leiharbeitnehmer an der Gesamtbelegschaft einen bestimmten Prozentsatz nicht übersteigen darf. Sie finden sich wiederum vor allem in bestimmten Segmenten (Automobilindustrie und Flugzeugbau). Weniger intensiv sind Regelungen, die es bei fallgruppenartigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Leiharbeit bewenden lassen, wie sie nunmehr im Verbandstarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie enthalten sind.<sup>85</sup> Dieser Tarifvertrag statuiert zugleich einen Verhandlungsanspruch zugunsten der Betriebsparteien, der vor allem den Betriebsrat in die Lage versetzen soll, Beschränkungen der Leiharbeit auf der betrieblichen Ebene zu vereinbaren. Die Durchsetzung der Einlassungspflicht erfolgt allerdings nicht durch die Erweiterung der Mitbestimmung, sondern auf eine andere und innovative Weise. Wenn eine freiwillige Betriebsvereinbarung zustande kommt, greifen andere Beschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit, konkret eine Modifikation des bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern zu beachtenden Verfahrens sowie eine Pflicht zur Prüfung der Übernahme bzw. zur Übernahme eines Leiharbeitnehmers nach einer Überlassungsdauer von 18 bzw. 24 Monaten, nicht ein. Die Tarifvertragsparteien befinden sich damit auf der Höhe der Zeit, indem sie ganz im Sinne moderner Regulierungstheorien<sup>86</sup> „reflexives“ Recht<sup>87</sup> schaffen und effektive Anreize („Basismodell“) zu einer Selbstregulierung („Optionsmodell“) durch diejenigen Beteiligten setzen, die aufgrund ihrer Sachnähe den konkret zu regulierenden Lebenssachverhalt am besten beurteilen können.

Alle diese Regelungen sind reichlich komplex geraten und lassen erkennen, wie hart auf der Verbandsebene um einzelne Formulierungen gerungen wurde. Der große Durchbruch für die Arbeitnehmerseite ist die erzielte Einigung sicher nicht. Angesichts der massiven wirtschaftlichen Interessen, die für die Arbeitgeberseite auf dem Spiel stehen und die – vermittelt über das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeberverband und Mitgliedsunternehmen, für Außenstehende eine Blackbox – die Verhandlungsstrategie bestimmt haben, war mehr kaum zu erwarten. Ein neuerliches Rütteln am Zaun steht bis auf weiteres nicht in Aussicht. Die Mobilisierung der Stammbeschäftigten für Themen jenseits der eigenen Entgelterwartungen ist nur in größeren Zeitabständen möglich. Stattdessen ist auf diesem Feld wieder einmal die Stunde der Gerichte und Anwälte gekommen, die darüber zu streiten haben, ob die neuen tarifvertraglichen Regelungen über die Einschränkung der Leiharbeit als Verbote im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu interpretieren sind, die den Betriebsrat dazu berechtigen, seine Zustimmung zur Einstellung eines Leiharbeitnehmer zu verweigern.<sup>88</sup>

## V. Jenseits der Leiharbeit

Was bleibt? Einerseits haben die Gewerkschaften in den zentralen deutschen Industriebanden (Metall- und Elektroindustrie, chemische Industrie) gezeigt, dass sie immer noch in der Lage sind, auf das Arbeitsleben regulierend einzutreten. Wirft man einen Seitenblick in die USA, wo allenfalls ein Abgesang

<sup>85</sup> Zum Folgenden näher Krause (Fn. 66), NZA 2012, 830, 831 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Ayres/Braithwaite, Responsive Regulation, 1992, 101 ff.: “Enforced Self-Regulation”; ferner Bachmann, Private Ordnung, 2006, passim.

<sup>87</sup> Dazu Teubner (Fn. 45), 13, 47 ff.

<sup>88</sup> Bejahend Krause (Fn. 66), NZA 2012, 830, 832.

auf das kollektive Arbeitsrecht zu vernehmen ist,<sup>89</sup> kann sich das durchaus sehen lassen. Andererseits schreitet die Veränderung der Arbeitswelt unaufhaltsam voran. Nachdem zunächst die Verhältnisse in Schlachtbetrieben und Einzelhandelsketten für einiges Aufsehen gesorgt haben, wonach im Rahmen von Werkverträgen entsandte Arbeitnehmer ihre Tätigkeit zu Niedriglöhnen verrichten, wird immer deutlicher, dass diese Vertragsform auch den industriellen Sektor erobert, indem nicht länger nur betriebliche Randbereiche (Catering, Reinigung, Instandhaltung), sondern zunehmend Kernaufgaben (Logistik, Komponentenmontage, Entwicklung) auf dem Betriebsgelände verselbstständigt werden („On-site-Werkvertragsunternehmen“)<sup>90</sup> und die institutionellen Regulierungen unterlaufen, zu denen es nunmehr in der Leiharbeit gekommen ist.<sup>91</sup> Nach der Erosion des Arbeitnehmerbegriffs erfolgt jetzt gleichsam die Erosion des Arbeitgeberbegriffs. Die radikalsten Pläne kursierten vor einiger Zeit bei IBM, nach denen tausende von Arbeitsplätzen abgebaut werden sollen, um Entwicklungsaufträge künftig auf eine eigens dafür eingerichtete Internet-Plattform zu stellen und sich unbelastet von allen arbeitsrechtlichen Bindungen am Ende des Tages nur noch die am profitabelsten erscheinenden Ergebnisse herauszusuchen („Crowd-Sourcing“), ein vielsagend „Liquid“ genanntes Programm.<sup>92</sup> Wenn Prekarität bedeutet, die sozialstaatliche Einhegung von Arbeit rückgängig zu machen, dann findet Prekarität nicht länger nur an den Rändern der Arbeitsgesellschaft statt, sondern kehrt in ihre Mitte zurück.<sup>93</sup> Die „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen ... auf dem Wege des Fortschritts“, so die verheißungsvolle Botschaft im sozialpolitischen Kapitel des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union,<sup>94</sup> sieht anders aus.

89 Vgl. Hyde, The Idea of the Idea of Labour Law: A Parable, in: Davidov/Langille (Eds.), *The Idea of Labour Law*, 2011, 88 ff. Mit den Entscheidungen des US Supreme Court v. 17.6.2010, New Process Steel, L.P. v. NLRB (<http://www.supremecourt.gov>, abgerufen am 23.4.2013) und des US Court of Appeals for the District of Columbia v. 25.1.2013 Noel Canning v. NLRB (<http://www.cadc.uscourts.gov>, abgerufen am 23.4.2013) hat der Niedergang des kollektiven Arbeitsrechts in den USA einen neuen Tiefpunkt erreicht, indem der für die Sanktionierung von unfair labor practices zuständige National Labor Relations Board paralysiert wird: Im Senat verschleppt die republikanische Mehrheit die Ernennung von Boardmitgliedern, woraufhin (konservative) Gerichte den Board für handlungsunfähig erklären. Ergebnis: Weitgehend frei Hand für die Arbeitgeberseite, gewerkschaftliche Aktivitäten zu unterbinden.

90 So arbeiten bei BMW Leipzig, dem modernsten Automobilwerk Europas, gegenwärtig neben 3.000 Stammarbeitnehmern und 1.750 Leiharbeitnehmern bereits 2.200 Onsite-Werkvertragsarbeiter.

91 Vgl. BT-Drucks. 17/12373 und 17/12378 vom 19.2.2013; Klein-Schneider/Beutler, Werkvertragsunternehmen: Outsourcing auf dem Betriebsgelände, WSI-Mitteilungen 2013, 144 ff.; Koch/Wohlhüter, Werkverträge in der Arbeitswelt, OBS-Arbeitspapier Nr. 2, 2012, <http://www.otto-brenner-shop.de> (abgerufen am 23.4.2013); ferner Däubler, Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen, 2011, <http://www.linksfraktion.de> (abgerufen am 23.4.2013).

92 Vgl. Handelsblatt online vom 1.2.2012, <http://www.handelsblatt.com> (abgerufen am 23.4.2013).

93 Promberger, Topographie der Leiharbeit, 2012, 35 ff.

94 Art. 151 Abs. 1 AEUV.