

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG

Schüren / Hamann

6. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-76863-7
C.H.BECK

in Art. 3 Abs. 1 lit. f RL als solche Bedingungen konkretisiert, die durch Gesetz, VO, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag und/oder sonstige verbindliche Bestimmungen allg. Art, die im Entleihbetrieb gelten und sich auf die Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nacharbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage und das Arbeitsentgelt (lit. ii) beziehen. Nach Ansicht des BAG (23.3.2011 – 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850 (852) Rn. 28) ist die Aufzählung abschließend. Bedeutend besonders für das deutsche Recht sind die in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 RL geregelten Ausnahmen. Art. 5 Abs. 2 ermöglicht dem nationalen Gesetzgeber, bzgl. des Arbeitsentgelts vom Equal/Pay-Grundsatz abzuweichen, wenn unbefristet eingestellte Leiharbeiter auch während überlassungsfreier Zeiten vom Verleiher bezahlt werden. Art. 5 Abs. 3 RL erlaubt den Mitgliedstaaten, Tarifverträge abzuschließen oder aufrechtzuerhalten, die Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen enthalten, die unter Achtung des Gesamtschutzes der Leiharbeiter von den in Abs. 1 aufgeführten Regelungen abweichen können. Nach den in § 8 Abs. 2 geregelten Ausnahmen darf ein tariflich festgesetzter Lohn vom Equal-Pay-Grundsatz abweichen (→ § 8 Rn. 93 ff.).

(4) Richtlinienkonformität des geltenden deutschen Rechts. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Vorschriften der RL und die Konformität der geänderten Vorschriften des AÜG gegeben werden (ausf. zur Rechtslage vor Erlass des neuen AÜG: Boemke RIW 2009, 177 ff.; Düwell/Dahl DB 2009, 1070; Fuchs NZA 2009, 57; Hamann EuZA 2009, 287 ff.; Lembke DB 2011, 414; Schüren/Wank RdA 2011, 1; Thüsing RdA 2009, 118; Ulber NZA 2009, 232; Ulber AuR 2010, 10; Waas ZESAR 2009, 207 ff.; nach Änderung des AÜG Böhm DB 2011, 473; Düwell ZESAR 2011, 449; Düwell DB 2010, 1759; Forst ZESAR 2011, 316; Hamann RdA 2011, 321; Leuchten NZA 2011, 608; Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 474; Thüsing/Stiebert DB 2012, 632; Thüsing/Thieken DB 2012, 347; Waas ZESAR 2012, 7; zur Frage der Primärrechtswidrigkeit der RL selbst: Heuschmid/Klauk SR 2012, 84).

(a) Vorgaben der Richtlinie. Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie. Nach Art. 1 Abs. 1 gilt die RL für Leiharbeiter, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag oder ein Beschäftigungsverhältnis geschlossen haben und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten (zum Begriff des Leiharbeitnehmers EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 [Deutsches Rotes Kreuz]; 18.6.2015 – C-586/13, NZA 2015, 925 [Martin Meat]). Auf Arbeitgeberseite fallen nach Art. 1 Abs. 2 Richtlinie Leiharbeitsunternehmen unter den Anwendungsbereich, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen.

Gleichbehandlungsgrundsatz. In Art. 5 wird die Gleichbehandlung der Leiharbeiter mit den vergleichbaren Stammarbeitnehmern geregelt. Nach Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 RL können das Arbeitsentgelt für unbeschränkt beschäftigte Leiharbeiter sowie die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen tarifvertraglich gesondert geregelt werden. Die Tarifvertragsparteien sind zwar nicht verpflichtet, sich am Gleichbehandlungsgrundsatz zu orientieren. Ihre Regelungen müssen aber den Gesamtschutz der Leiharbeiter beachten bzw. ein angemessenes Schutzniveau garantieren. Das kann der Fall sein, wenn unabhängig von der Bezahlung beim jeweiligen Entleiher, eine kontinuierliche Bezahlung auf dem ausgehandelten Niveau gesichert wird und spezielle Lohnnebenleistungen fixiert werden.

Eine Ersetzung der Gleichbehandlung durch ein eigenes Vergütungssystem für Leiharbeiter sieht Art. 5 Abs. 2 RL nur für unbefristet eingestellte Leiharbeiter vor, die auch während verleiherfreier Zeiten vom Verleiher bezahlt werden. Hier widerspricht die Praxis in Deutschland den Vorgaben der RL, da ein erheblicher Teil der Leiharbeiter gem. § 14 Abs. 2 TzBfG befristet beschäftigt ist und die angewandten Tarifverträge häufig die Befristungsmöglichkeit noch über den gesetzlichen Rahmen hinaus ausdehnen (vgl. Schüren AuR 2008, 239 (244)). Insoweit besteht Anpassungsbedarf. Es würde

genügen, die Anwendung von § 14 Abs. 2 TzBfG für Leiharbeitsverhältnisse auszuschließen (allg. zur Befristung von Leiharbeitsverhältnissen → Rn. 266 ff.). Das war auch das Ziel des „alten“ in § 3 Abs. 1 Nr. 3–5 AÜG aF geregelten Synchronisationsverbots. Der Gleichlauf von der Einstellung des Leiharbeitnehmers durch den Verleiher mit der Überlassung beim Entleiher sollte verhindert werden. Richtig ist, das unbefristete Arbeitsverhältnis zum Verleiher in den Vordergrund des Interesses zu rücken. Ist der Leiharbeiter über sein Arbeitsverhältnis zum Verleiher geschützt, ist auch der Abschied von Equal Pay und Equal Treatment gerechtfertigt. Nur der, der als Arbeitgeber das Risiko verleihfreier Zeiten übernimmt, kann den in der RL geforderten Schutz der Leiharbeiter gewährleisten (vgl. Art. 2 RL Erwägungsgrund Nr. 15). Derjenige, der als „Makler“ auftritt, wird diesem Ziel nicht gerecht.

- 603 Überprüfung von Einschränkungen und Verboten.** Gem. Art. 4 der RL sind nationale Verbote und Einschränkungen der Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Bestehende Einschränkungen sind entsprechend zu prüfen. Damit ist die Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung in der Baubranche gem. § 1b AÜG zu überdenken. Der Grund für dieses Verbot liegt in der Anfälligkeit der Baubranche für illegale Praktiken (→ § 1b Rn. 4 ff.). Nur wenn diese Praktiken den Schutz der Leiharbeiter, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes gefährden, kann das Verbot iSd RL bestehen.
- 604 Zugang zu Beschäftigung, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflicher Bildung.** In Art. 6 werden Maßnahmen geregelt, die insbesondere der Verbesserung der Qualität der Leiharbeit und dem Schutz der Leiharbeiter dienen. So bestimmt Art. 6 Abs. 1 der RL, dass die Leiharbeiter über im Entleiherbetrieb offenen Stellen zu unterrichten sind. Art. 6 Abs. 4 der RL erstreckt den Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf den Zugang zu Sozial- und Gemeinschaftseinrichtungen. Leiharbeiter erhalten hier den gleichen Zugang wie unmittelbar vom Entleiher beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung wäre aus objektiven Gründen gerechtfertigt.
- 605 Vertretung der Leiharbeiter.** Art. 7 der RL regelt die Vertretung der Leiharbeiter in den Verleihunternehmen wie auch beim Entleiher. Insbesondere geht es um die Berücksichtigung der Leiharbeiter bei den Schwellenwerten für die Errichtung der Interessenvertretungen. Hier können die Mitgliedstaaten beschließen, dass die Leiharbeiter ausschließlich in den Verleiherbetrieben berücksichtigt werden (Abs. 1), ausschließlich in den entleihenden Betrieben (Abs. 2 iVm Abs. 3) oder auch in beiden.
- 606 Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter.** Das entleihende Unternehmen soll entsprechend Art. 8 RL, den Arbeitnehmervertretungen im Zuge der Unterrichtung über die Beschäftigungslage in dem Unternehmen (vgl. RL 2002/14/EG) angemessene Informationen über ihren Einsatz von Leiharbeitnehmern vorlegen.
- 607 Schlussbestimmungen.** IRd Schlussbestimmungen unterstreicht Art. 9 RL ihren Charakter als Mindestvorschrift. Für die Leiharbeiter günstigere nationale Vorschriften dürfen bei Umsetzung der RL nicht zum Nachteil der Leiharbeiter abgesenkt werden. Art. 10 verpflichtet die Mitgliedstaaten, geeignete Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren vorzusehen, welche die Leiharbeitsunternehmen und die entleihenden Unternehmen anhalten, die Verpflichtungen der RL zu erfüllen. Des Weiteren müssen die Mitgliedstaaten Sanktionen festlegen, die wirksam, angemessen und abschreckend sind. Art. 11–13 RL betreffen das Inkrafttreten und die Umsetzung der RL. Sie ist am Tag ihrer Veröffentlichung am 5.12.2008 in Kraft getreten. Gem. Art. 11 Abs. 1 RL ist die RL innerhalb von drei Jahren, also **spätestens bis zum 5.12.2011 umzusetzen**.
- 608 (b) Umsetzung der Richtlinie – Referentenentwurf.** Seit dem 24.3.2009 lag ein Referentenentwurf eines „Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ vor (Düwell/Dahl DB 2009, 1070 (1073); Hamann RdA 2011, 321 (322); Schüren/Wank RdA 2011, 1 (2)). Trotzdem sollte es bis zum 24.3.2011 dauern, bis der inzwi-

schen in verschiedenen politischen Querelen – nicht zuletzt um neue Hartz-Vier-Regelungen – geänderte Entwurf als „Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ verabschiedet und veröffentlicht werden konnte (zur Entstehungsgeschichte → Rn. 90 ff.; Hamann RdA 2011, 321 (322)). Weiterhin wurden die Vorschriften des AÜG hinsichtlich der Kontroll- und Meldepflichten bei grenzüberschreitender Überlassung durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20.7.2011 reformiert (BGBl. I 1506). Nach weiteren politischen Auseinandersetzungen und großer Unsicherheit wie der Begriff „vorübergehend“ zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen eine nicht nur „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung hat, ist am 1.4.2017 das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ (BT-Drs. 18/9232, 2) in Kraft getreten (zur Gesetzgebungsgeschichte → Rn. 102 ff.).

Der deutsche Gesetzgeber berücksichtigte bei diesen Änderungen die Richtlinienvorgaben wie folgt: **609**

Die Erlaubnispflicht in § 1 Abs. 1 AÜG wird in Folge der Richtlinienvorgabe in Art. 1 Abs. 2 (wirtschaftliche Tätigkeit unabhängig von Erwerbszwecken) auf Arbeitgeber erstreckt, die im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Arbeitnehmer überlassen. Auf die in der alten Gesetzesfassung verlangte gewerbsmäßige Tätigkeit, also auf eine dauerhafte auf Gewinn gerichtete Dienstleistung, kommt es nicht mehr an (Hamann EuZA 2009, 287 (288); Hamann RdA 2011, 321 (323); Lembke DB 2011, 414; Leuchten NZA 2011, 608 (609); Schüren/Wank RdA 2011, 1 (3); Ulber AuR 2010, 10 (12); Thüsing/Thieken DB 2012, 347). Als wirtschaftliche Tätigkeit hat der EuGH bei der Definition des Unternehmens im Wettbewerbsrecht darauf abgestellt, ob Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden (10.1.2006 – C-222/04, EuZW 2006, 306 [Cassa die Risparmio]). Da die RL auf eine Harmonisierung der Marktbedingungen zielt (so 23. Erwägungsgrund RL 2008/104/EG) ist es konsequent auf die **Marktteilnahme** als solche abzustellen unabhängig davon, ob diese den Unternehmensschwerpunkt bildet (Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 474 (481)). Danach hat sich auch die deutsche Rspr. umzustellen, die nach der alten Gesetzesfassung für die Gewerbsmäßigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verlangte (BAG 2.6.2010, NZA 2011, 351 Rn. 19 mwN). Auch das Problem der Arbeitnehmerüberlassung „ohne Profit“ **innerhalb des Konzerns** fällt nun unter die Erlaubnispflicht (im Ergebnis Thüsing/Thieken DB 2012, 347 mit anderer Begründung). Eine Marktteilnahme ist schon deshalb zu bejahen, da Verleihunternehmen auch konzerninterne Personalüberlassung als Marktsegment anbieten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Arbeitnehmer an den externen Markt überlassen werden (so aber Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 474 (480)), da die konzerninterne Koordination und der konzerninterne Verleih selbst Dienstleistungen eigener Art sind und für diese speziellen Dienstleistungen ein Markt existiert. Ob Gestellungsverträge dem Anwendungsbereich unterfallen, ist nach Ansicht des BAG (14.10.2020 – 7 AZR 286/18, NZA 2021, 869) zweifelhaft. Dagegen spricht, dass es um die Absicherung eines Mindestschutzniveaus durch Gleichbehandlung mit dem Stammpersonal des Entleihers geht, bei Gestellungsverträgen jedoch Arbeitsbedingungen abgesichert werden sollen, die regelmäßig über denen des Stammpersonals des Entleihers liegen. **610**

Der **Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie** ist trotz der Reform des AÜG grds. **weiter** gefasst als die nationalen deutschen Regelungen. Nach Art. 1 Abs. 3 RL können die Mitgliedsstaaten nach Anhörung der Sozialpartner Arbeits- oder Beschäftigungsverträge vom Anwendungsbereich ausschließen, die im Rahmen eines öffentlich geförderten Ausbildungs-, Eingliederungs- oder Umschulungsprogramms geschlossen worden sind. Dagegen sind nach dem AÜG in § 1 Abs. 1a (Abordnung Arge), § 1 Abs. 3 (Kurzarbeit, Konzern, gelegentliche Überlassung), § 1a Ausnahme Erlaubnispflicht bei Kurzarbeit (Kollegienhilfe) und das Verbot der Leiharbeit im Baubereich in § 1b. Diese Ausnahmen **611**

sind dann nicht mehr richtlinienkonform, wenn sie Arbeitnehmern, die als Leiharbeiter iSd RL eingesetzt werden, die in der RL garantierten Schutzrechte (insbesondere Art. 5 Gleichbehandlung) nehmen. Soweit die Kollegenhilfe nach § 1a sich nur auf die Erlaubnispflicht bezieht, ist dies unproblematisch (Hamann RdA 2011, 321 (334)). Die Ausnahme des Baubereichs nach § 1b kann Art. 4 Abs. 1 kann der RL widersprechen, wenn der Schutz der Leiharbeiter im Baubereich bereits durch die Neuregelungen in § 8 AEntG gewährleistet ist und so ein grds. Verbot nach Art. 4 RL nicht mehr erforderlich ist (Hamann RdA 2011, 321 (339); Schüren/Wank RdA 2011, 1 (6)). Die übrigen Bereichsausnahmen sind dagegen EU-rechtswidrig, wenn sie Fälle der Leiharbeit iSv Art. 1 RL umfassen (Lembke DB 2011, 414 (415 ff.); Hamann RdA 2011, 321 (331 ff.); zum Konzernprivileg Forst ZESAR 2011, 316; Ulber AuR 2010, 10 (12); enge Auslegung Leuchten NZA 2011, 608 (609); Unterscheidung zwischen konzerninterner Personalverwaltung und -überlassung Forst ZESAR 2011, 316) dazu im Einzelnen unter der jeweiligen Kommentierung. Der deutsche Gesetzgeber hatte aufgrund der Richtlinienvorgaben bei der Regelung des **Equal-Pay-Grundsatzes** in § 9 aF die in der bisherigen Fassung mögliche Abweichung zur Eingliederung arbeitsloser Leiharbeiter streichen müssen.

- 612 Die Übernahme des Begriffs „**vorübergehend**“ aus Art. 1 Abs. 1 RL in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG in der ersten Gesetzesnovelle („Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“) hat zu Rechtsunsicherheit geführt. Dabei wurde zT angenommen, dass das Merkmal deskriptiv und ohne weitere Rechtsfolgen ist (Lembke DB 2011, 414 (415)). Dabei sei ein Verbot der dauerhaften Überlassung vor dem Hintergrund des Art. 4 RL nicht zu rechtfertigen (Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 474 (490)). Dagegen wurde angeführt, dass Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der RL dafür sprechen, Leiharbeit nur vorübergehend zuzulassen (Düwell ZESAR 2011, 449 (450); Forst ZESAR 2011, 316 (317); Leuchten NZA 2011, 608 (609); Hamann RdA 2011, 321 (324) und EuZA 2009, 287 (310); Schüren/Wank RdA 2011, 1 (3)). Das BAG (10.7.2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296 Rn. 28, 48) hat festgestellt, dass Leiharbeit nur vorübergehend – also zeitlich begrenzt – sein darf und der Betriebsrat zu einem dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG seine Zustimmung verweigern kann. Die genaue Abgrenzung und die übrigen Konsequenzen waren danach umstritten. Während zT angenommen wurde, für ein Verbot fehle jede Rechtsgrundlage (Thüsing/Stiebert DB 2012, 632 (635)), wurde zT gefolgert, dass bei dauerhaftem Verleih Arbeitsvermittlung vorliegt (Leuchten NZA 2011, 608 (609)), nach § 134 BGB Nichtigkeit anzunehmen ist (Hamann RdA 2011, 321 (327)) oder in Analogie zu § 10 Abs. 1 S. 1 ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher zu fingieren sei (Düwell ZESAR 2011, 449 (454)). Im am 1.4.2017 in Kraft getretenen „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ (BT-Drs. 18/9232, 2) hat der Gesetzgeber den Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1b konkretisiert und als Rechtsfolge die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher in §§ 9 Nr. 1b, 10 geregelt. Die Regelung ist völlig ungeeignet, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen. Vielmehr ermöglicht der Gesetzgeber mit den Neuregelungen einen dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern zu einem geringeren Lohn. Es ist zu befürchten, dass Leiharbeiter vor Ablauf der neun Monate (§ 8 Abs. 4) oder der 18 Monate abgezogen werden, damit sie nach drei Monaten (§ 8 Abs. 4 S. 4 und § 1 Abs. 1b S. 2) auf Dauer prekär beschäftigt werden können. Die Regelung ist darüber hinaus **nicht europarechtskonform**, da der durch die RL bezweckte Gesamtschutz der Leiharbeiter nicht gewahrt wird und Leiharbeiter entgegen der gesetzgeberischen Intention auf Dauer beim Entleiher beschäftigt werden können. Die Regelung lässt nämlich zu, dass die Frist von 18 Monaten nach einer dreimonatigen Unterbrechung neu beginnt. Ein „vorübergehender Einsatz“ kann keinen dauerhaften Einsatz meinen (Bartl/Romanowski NZA 2012, 845; Brors AuR 2013, 108; Düwell ZESAR 2011, 449 (450); Forst ZESAR 2011, 316 (317); Hamann NZA 2015, 904 und

RdA 2011, 321 (324) und EuZA 2009, 287 (310); Leuchten NZA 2011, 608 (609); Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 570; Schüren/Wank RdA 2011, 1 (3); Ulber AuR 2010, 10 (11); Stang/Ulber NZA 2015, 910; Zimmer AuR 2012, 422; aA nur deskriptiv Lembke DB 2011, 414 (415) und BB 2012, 2497 (2500); keine Verbotsnorm Thüsing/Stiebert DB 2012, 632 (635)). Der EuGH (14.10.2020 – C-681/18, NZA 2020, 1463 [JH]) lehnt es ab, dass aus der RL eine feste Überlassungsdauer folgt. Er führt in dieser Entscheidung aber aus, dass ein Missbrauch bei einer Einsatzdauer gegeben sein kann, „die länger ist als was vernünftigerweise als „vorübergehend“ betrachtet werden kann“ oder wenn „keine objektive Erklärung dafür gegeben wird, dass das betreffende entleihende Unternehmen auf eine Reihe aufeinanderfolgender Leiharbeitsverträge zurückgreift“ (14.10.2020 – C-681/18, NZA 2020, 1463 [JH] Rn. 69 f.). Der EuGH weist in dieser Entscheidung ausdrücklich und klar darauf hin, dass dies insbesondere der Fall ist, wenn derselbe Leiharbeitnehmer durch aufeinanderfolgende Überlassungen eingesetzt wird. Das LAG Berlin Brandenburg hat dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit der deutschen Regelung des „vorübergehend“ mit der RL vorgelegt (13.5.2020 – 15 Sa 1991/19, AuR 2021, 156 m. Anm. Brors).

Soweit die Europäische Kommission in dem Vorabprüfungsverfahren CHAP 2015/ 00176 die Ansicht äußert, im Unterschied zu den Europäischen Regelungen zum Befristungsrecht sei europarechtlich keine Höchstüberlassungsdauer zwingend vorgeschrieben, widerspricht dies nicht einem begrenzten Einsatz. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung in den verschiedenen Nationalstaaten ist eine Regulierung durch eine einheitliche und zwingende Höchstüberlassungsgrenze nicht ratsam. Sie ist aber auch nach der bisherigen Rspr. des EuGH (17.3.2015 – C-533/13, EuZW 2015, 385) nicht unzulässig. In seiner Entscheidung vom 17.3.2015 hatte der EuGH zu entscheiden, ob eine tarifvertragliche Begrenzung der Leiharbeit auf vorübergehende Arbeitsspitzen mit Art. 4 der RL vereinbar ist und nationale Gerichte eine derartige Vorschrift unangewendet lassen müssen.

In Art. 4 ist geregelt, dass der Einsatz von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses, zB Schutz der Leiharbeitnehmer, eingeschränkt werden darf. Da der EuGH in Art. 4 der RL jedoch nur eine an die Mitgliedsstaaten gerichtete Kontroll- und Berichtspflicht sah, ließ das Gericht die materiellen Grenzen der Einschränkung der Leiharbeit offen. Die Frage nach der Europarechtskonformität von einschränkenden Regelungen hängt letztlich davon ab, welchen Schutzzweck die RL verfolgt. Dazu hat sich der EuGH in dieser Entscheidung nicht geäußert. Das Ziel der RL wird in Art. 2 wie folgt beschrieben: „Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen.“

In Art. 5 Abs. 4 RL wird den Tarifvertragsparteien zwar die Möglichkeit eingeräumt vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen, jedoch muss dabei ein angemessenes Schutzniveau gewahrt bleiben. Wann dieses Schutzniveau nicht mehr gewahrt ist, folgt aus dem Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 5 RL. Das Schutzniveau ist danach nicht mehr gewahrt, wenn insbesondere mit aufeinander folgenden Überlassungen der in Art. 5 Abs. 1 genannte Gleichbehandlungsgrundsatz und die Bestimmungen der RL missbräuchlich umgangen werden können. In diesem Fall haben die Nationalstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch zu verhindern. Mit der dreimonatigen Unterbrechungszeit hat der deutsche Gesetzgeber aber keine Regelung geschaffen, um Missbrauch zu verhindern, sondern ermöglicht es Verleihern und Entleihern, gerade durch aufeinanderfolgende Überlassungen mit einer kurzen Unterbrechungszeit

dauerhaft das in der RL bezweckte Schutzniveau der Gleichbehandlung zu unterlaufen. Die Neuregelung ist daher nicht europarechtskonform, da das bezweckte Gesamtschutzniveau nicht gewahrt wird.

- 616 ff) Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. → Rn. 682 ff.

2. Vorschriften zur Arbeitnehmerüberlassung in den anderen Mitgliedstaaten der EG

- 617 Die Arbeitnehmerüberlassung ist durch die Dienstleistungsfreiheit Art. 56 ff. AEUV ex Art. 49 ff. EG geschützt (→ Rn. 547 ff.). Deshalb dürfen die Mitgliedstaaten die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung nicht durch Sondervorschriften für EU-Bürger behindern. Das Gebot der Inländergleichbehandlung verbietet es ihnen jedoch nicht, die für Inländer geltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen auch auf andere EU-Bürger anzuwenden. Daher kann die Arbeitnehmerüberlassung in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt sein. Das Gleiche gilt seit dem 1.1.1994 auch in Bezug auf die anderen EWR-Vertragsstaaten und deren Staatsangehörige (vgl. Art. 36 ff. des EWR-Abkommens).
- 618 Die mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Arbeitnehmerüberlassung können zwei Systemen mit unterschiedlicher Regelungsintensität zugeordnet werden. So ist die Arbeitnehmerüberlassung zB in Dänemark, Finnland, Luxemburg, Irland und Schweden nicht oder nur sehr eingeschränkt spezialgesetzlich reglementiert. Dagegen haben andere Mitgliedstaaten, etwa Belgien, Frankreich, Italien, die Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien – wie Deutschland – weitgehende spezialgesetzliche Regelungen.
- 619 Eine andere Unterteilung stellt auf die arbeitsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers ab. Das sog. **entleiherbetriebsbezogene Modell** wird dadurch gekennzeichnet, dass der Verleiher Vermittler ist und die Arbeitgeberfunktionen weitgehend vom Entleiher wahrgenommen werden. Dieses Modell herrscht in den Mitgliedstaaten vor. Beim **verleiherbetriebsbezogenen Modell** ist und bleibt dagegen der Verleiher der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Das ist das „traditionelle“ Modell des AÜG (Wank RdA 2003, 1 (3 f.) und NZA 2003, 14 (15 f.)).

3. Assoziierungsabkommen und Völkervertragsrecht der IAO

- 620 Das **Abkommen zur Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraumes** (EWR-Abkommen v. 2.5.1992, BGBl. 1993 II 266) und das **Anpassungsprotokoll** zum EWR-Abkommen (v. 17.3.1993, BGBl. II 1294) stellen die Bürger des EWR weitgehend mit den Unionsbürgern gleich. Vorgesehen ist die Übernahme der Vorschriften des EG-Vertrages zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer und zur Sozialpolitik (vgl. insbes. Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 sowie die Art. 28 ff. des EWR-Abkommens). Nach dem Beitritt Finnlands, Österreichs und Schwedens zur EU haben diese Vorschriften noch für Arbeitnehmer aus Liechtenstein, Island und Norwegen Bedeutung. Art. 101a des EWR-Ausführungsgesetzes (v. 27.4.1993, BGBl. I 512 (556)) sieht eine entsprechende Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 3 Abs. 2 und 4 vor. Durch das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz steht nunmehr auch den **Schweizer Staatsangehörigen** seit dem 1.1.2004 das Recht auf Freizügigkeit zu. Im Assoziierungsabkommen zwischen der Türkei und den Staaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (v. 12.9.1963, ABl. 1964 217, S. 3687) ist in Art. 12 die schrittweise Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorgesehen. Auch wenn die dafür vorgesehenen Fristen verstrichen sind, hat das BAG (22.3.2000 – 7 AZR 226/98, NZA 2000, 831) über Art. 10 des Beschlusses 1/80 des Assoziierungsrates (v. 19.9.1980) ein Diskriminierungsverbot angenommen, wenn türkische Arbeitskräfte bereits dem regulären Arbeitsmarkt angehören. Darüber hinaus greift in diesen Fällen § 7 AGG. In 1/80 ABR ist eine gestufte

Freizügigkeitsregelung vorgesehen, die unmittelbar anzuwenden ist (EuGH 20.9.1990 – C-192/89, Slg. 1990, I-3461 [Sevince]).

Auf der Ebene der **Vereinten Nationen** werden durch **Konventionen** (Art. 19 ILO-Verfassung) in Form von völkerrechtlichen Verträgen Regelungen erlassen. Die Konventionen haben erst nach ihrer Ratifikation und Umsetzung in nationales Recht (18 Monate nach Erlass der Konvention Art. 18 Nr. 7b (i) ILO-Verfassung) gem. Art. 59 Abs. 2 GG (Umsetzung von völkerrechtlichen Verträgen) die Wirkung eines einfachen Bundesgesetzes (zur Rechtswirkung VG Osnabrück 19.8.2011 – 9 A 1/11, BeckRS 2011, 53771; Morhard Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, 1988). Empfehlungen der IAO haben keinen verbindlichen Charakter. Im Verhältnis zu anderen Regelungen gehen die jeweils für den Arbeitnehmer günstigeren Rechtsgestaltungen vor (Art. 19 Nr. 8 ILO-Verfassung). Neben der Umsetzung der Konventionen in nationales Recht können ihre Wertungen bei Auslegungsfragen des nationalen Rechts eine Rolle spielen (zB EGMR 21.7.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501 [Heinisch]; LSG Nordrhein-Westfalen 14.5.2012 – L 7 AS 557/12 B ER, NZS 2012, 632).

Das Übereinkommen **Nr. 96 der ILO** erfasst die **private Arbeitsvermittlung** (BGBI. II 457 ff.). Nach Art. 3 ist die in Art. 1 Abs. 1 lit. a bezeichnete auf Gewinn ausgerichtete private Arbeitsvermittlung untersagt. Befreiungen von den Bestimmungen des Art. 3 Abs. 1 sind nur für bestimmte Kategorien von Personen und nur unter bestimmten Bedingungen zu erteilen (Art. 5 Abs. 1). Darüber hinaus unterliegt die unentgeltliche Arbeitsvermittlung der staatlichen Aufsicht (Art. 6, 7). Die Bundesrepublik Deutschland ist diesem Übereinkommen zwar im Jahre 1954 beigetreten (Ratifizierungsgesetz v. 15.4.1954, BGBI. II 456), kündigte es aber mit Wirkung zum 10.7.1993, um sich „weitergehende Gestaltungsoptionen des Rechts der Arbeitsvermittlung“ zu erhalten (Kündigungsschreiben abgedruckt BDA, Arbeitsmarkt Nr. 6 v. 6.8.1992, S. 2 f.). IRd **Übereinkommens Nr. 181** vom 10.5.2000, das die Konvention Nr. 96 neu fasst, sind die Beschränkungen der gewerblichen Arbeitsvermittlung gelockert worden. Deutschland ist diesem Übereinkommen bisher nicht beigetreten. In der Stellungnahme der Bundesregierung (BT-Drs. 818/05, 162) wird auf die Unvereinbarkeit mit dem deutschen Recht hingewiesen, da Art. 3 ein in Deutschland nicht existentes Zulassungssystem für Arbeitsvermittler (anders Arbeitnehmerüberlassung) und Art. 7 die in Deutschland in begrenztem Rahmen zulässigen Gebühren der Vermittler verbietet (vgl. zur aktuellen Übersicht der Ratifikationen www.ilo.org/dyn/normlex/en).

Während sich die **Konvention Nr. 143 (Wanderarbeitnehmer)** praktisch in Auslegungsfragen zur Frage des Verlusts des Aufenthaltsrechts bei Verlust des Arbeitsplatzes auswirken kann (EuGH 26.5.2011 – C-485/07, Slg. 2011, I-4499; verneinend BVerwG 28.5.1991, NVwZ 1992, 177), könnte sich die inzwischen ratifizierte **Konvention Nr. 189 (Hausangestellte)** auch für in Haushalten über Vermittlungsfirmen eingesetzte 24-Stundenkräfte oder Haushaltshilfen materiell rechtlich auswirken. Zwar setzt Art. 1 der Konvention ein Arbeitsverhältnis voraus, jedoch wird es sich in der Mehrzahl der offiziell als Vermittlung von Selbständigen bezeichneten Fälle um Arbeitsverhältnisse handeln. Die Eingliederung in den fremden Haushalt führt zu einer arbeitsrechtlichen Weisungsabhängigkeit. Da im Haushalt lebende Personen nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG nicht unter den Schutz des Arbeitszeitgesetzes fallen, könnten die in der Konvention vorgesehenen Regelungen (Art. 7 feste Arbeitszeiten, Art. 9 Ruhezeiten, Art. 10 Vergütung für Bereitschaftszeiten) zu einer deutlichen Verbesserung der Arbeitsbedingungen führen. Jedoch bleibt es auch nach der Ratifizierung (BT-Ds. 17/12951) bei der Bereichsausnahme des ArbZG (zur Kritik Brors/Böning NZA 2015, 846; zur Bestimmung der Arbeitszeit einer 24-Stunden-Pflegekraft BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, becklink 2020186).

VI. Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung

1. Einführung

- 624 Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung hat das Verleihunternehmen seinen Sitz oder seine Niederlassung in einem anderen Staat als der Entleiher. Damit sind die Rechtsordnungen des Entsende- und des Einsatzstaates berührt und können alternativ oder kumulativ auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten anwendbar sein. Da eine grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung unterschiedliche Teilbereiche der Rechtsordnungen berührt, ist bei der **kollisionsrechtlichen Beurteilung** nach diesen Teilbereichen zu **differenzieren**. Dabei handelt es sich vor allem um Fragen des Gewerberechts (zB Erlaubnispflicht nach dem AÜG), des **Arbeitsrechts** (Statut des Leiharbeitsvertrages), des **allg. Vertragsrechts** (Statut des Überlassungsvertrages), des **Sozialversicherungsrechts** und des **Steuerrechts**. **Darüber hinaus sind die arbeitserlaubnisrechtlichen Vorschriften** von Bedeutung (→ § 15 Rn. 21 ff.).
- 625 Viele Unternehmen decken ihren vorübergehenden Bedarf an ausländischen Arbeitskräften nicht durch eine grenzüberschreitende legale Arbeitnehmerüberlassung. Sie schließen **Werkverträge mit Subunternehmern im Ausland** ab. Zur Ausführung dieser Verträge werden dann Arbeitnehmer über die Grenze entsendet. Diese Form der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern zur Werkleistung war auch aus Ländern möglich, aus denen ein legaler Verleih von Arbeitnehmern (noch) nicht erlaubt war (→ Rn. 554, → 692 f.). Mit „Personaldienstleistern“ aus diesen Ländern, die als Werkunternehmer auftreten, wurden deshalb nicht selten **Scheinwerk- oder Dienstverträge** abgeschlossen, die unter dem Deckmantel des Werk- oder Dienstvertrags letztlich illegale Arbeitnehmerüberlassung sind (vgl. 9. Erfahrungsbericht, BT-Drs. 14/4220, 34, 36; 10. Erfahrungsbericht BillBG, BT-Drs. 15/5934, 46 ff.). Zu den spezifischen Risiken → Rn. 705 ff.; → § 9 Rn. 22 ff.; s. auch Schnabel wistra 2005, 446 ff.). Derzeit gelten in Deutschland keine einschränkenden Übergangsregelungen mehr.

2. Gewerberechtliche Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung

- 626 Die Arbeitnehmerüberlassung ist in den einzelnen Staaten unterschiedlich geregelt. Das Gewerberecht ist Bestandteil des öffentlichen Rechts des einzelnen Nationalstaats (Boemke BB 2005, 266; Schnorr ZfA 1975, 143; zum Verbot der doppelten Prüfung → Rn. 553) und richtet sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach dem sog. **Territorialitätsprinzip** (krit. zu diesem Begriff Staudinger/Looschelders, EGBGB/Int. Privatrecht Rn. 772).
- 627 Demzufolge sind die gewerberechtlichen Vorschriften eines Staates immer dann anwendbar, wenn die Arbeitnehmerüberlassung einen Bezug zu seinem Staatsgebiet (**Inlandsbezug**) aufweist. Die Begriffe Territorialitätsprinzip bzw. Inlandsbezug allein sind wenig aussagekräftig. Es hängt von der Auslegung der einzelnen Vorschrift ab, wann ein Inlandsbezug herzustellen ist. Da mit der AÜ-Erlaubnis der Schutz der Leiharbeitnehmer erreicht werden soll (→ Rn. 6), gilt das Gesetz für Tätigkeiten innerhalb Deutschlands oder für einen von Deutschland aus betriebenen Verleih. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer entweder in Deutschland eingesetzt werden oder der Verleiher seinen Sitz in Deutschland hat (Hoch BB 2015, 1717; Brors DB 2013, 2087). Für die grenzüberschreitende gewerbsmäßige Überlassung von Leiharbeitnehmern aus einem Staat in einen anderen bedeutet das, dass die gewerberechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen **beider beteiligter Staaten** erfüllt sein müssen (vgl. EuGH 17.12.1981 – C 279/80, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 9 [Webb]; BayObLG 26.2.1999 – 3 ObOWi 4/99, BeckRS 1999, 21113; BSG 29.6.1984 – 12 RK 38/82, BeckRS 1984, 05283; LAG Hessen 28.8.1981 –