FAIRE ARBEIT
FAIRER WETTBEWERB

Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern.

Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie.

Prof. Dr. Christiane Brors (Universität Oldenburg)
Prof. Dr. Peter Schüren (Universität Münster)

EUROPÄISCHE UNION
Europäischer Sozialfonds

Ministerium für Arbeit,
Integration und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen

Prof. Dr. Christiane Brors
Universität Oldenburg
Prof. Dr. Peter Schüren
Universität Münster

Arbeitsrechtliches Gutachten

Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtline

Stand: Februar 2014

Auftraggeber:
Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Regelungsvorschlag im Überblick 4

1. Auftrag und Regelungsziele 4

2. Übersicht über die wichtigsten Regelungsvorschläge 5

a) Leiharbeit 5

b) Scheinwerkverträge, Scheindienstverträge und Scheinselbständigkeit 5

c) Ausländer mit Entsendebescheinigung 5

d) Betriebsrat 5

Teil 2: Einzelheiten zu den Regelungsvorschlägen 6

1. Legale und illegale Arbeitnehmerüberlassung – Grundlagen 6

2. Legale Arbeitnehmerüberlassung 7

a) Vergütung 7

b) „vorübergehend“ 8

c) legale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland 10

3. Illegale Überlassung durch Scheinwerk- und Scheindienstverträge 10

a) Inländische illegale Überlassung 10

b) Illegale Überlassung aus dem Ausland 12

4. Schutz von Solo-Selbständigen 12

a) Inländische Solo-Selbständig 12

b) Ausländische Solo-Selbständige mit Entsendebescheinigung 13

5. Betriebsverfassung 13

Teil 3: Informationen zur Vertiefung 15

1. „Vorübergehend“ 15

a) Vorgaben der Richtlinie 16

b) Warum es auf eine arbeitsplatzbezogene Sichtweise ankommt und eine Vermutungsregelung in Abs. 2 einzufügen ist 17

c) Rechtsfolgen des nicht vorübergehenden Einsatzes 19

2. Ausländisches Personal mit Entsendebescheinigung 20

3. Beweislastumkehr bei Scheinwerk- und Scheindienstverträgen 21

Teil 4: Kommentierte Synopse unserer Vorschläge zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Betriebsverfassungsgesetzes (Anhang 1) 24

Teil 5: Fünf Weiterführende Veröffentlichungen der Autoren zum Thema (Anhang 2) 24

Hinweise zum Aufbau des Gutachtens:

Im **Teil 1** geben wir auf einer Seite einen kurzen Überblick über die Regelungsvorschläge. Im **Teil 2** wird der Regelungsvorschlag Schritt für Schritt vorgestellt. Dem schließen sich in **Teil 3** drei Vertiefungskapitel zu „vorübergehend“, den Problemen bei ausländischem Fremdpersonal mit Entsendebescheinigung und zu der Abgrenzung von echten Werk-/Dienstverträgen und illegaler Überlassung an. Dann kommt als **Teil 4** der ausformulierte Regelungsvorschlag (Gesetzeswortlaut) in Form einer Synopse: Bisherige Regelung – Änderungsvorschlag – Kommentar. Am Ende (**Teil 5**) bringen wir noch Kopien von Publikationen, die unsere Argumente weiter vertiefen.

Teil 1: Regelungsvorschlag im Überblick

1. Auftrag und Regelungsziele

Unser Auftrag ist es, im Rahmen eines arbeitsrechtlichen Gutachtens konkrete Gesetzgebungsvorschläge dafür zu machen, wie die missbräuchliche Nutzung von Scheinwerkverträgen und Scheindienstverträgen zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung und zur Scheinselbständigkeit durch gesetzliche Regelungen besser verhindert werden kann. Diese Gesetzgebungsvorschläge sollen auch ausländische legal und illegal tätige Verleiher und Arbeitnehmer so einbeziehen, dass Lohndumping unter dem Schutz von Entsendebescheinigungen und ausländischen Tarifverträgen erheblich erschwert wird.

Wir sollen weiter Regelungsvorschläge machen, die dem Missbrauch der legalen Leiharbeit zur bloßen Kostensenkung entgegenwirken. **Leiharbeit soll einen klar begrenzten Platz als sozial abgesichertes Flexibilisierungsinstrument behalten.**

Schließlich soll die Mitbestimmung des Betriebsrats so verbessert werden, dass er wirksam gegen den missbräuchlichen Einsatz von Fremdpersonal einschreiten kann.

Die Gestaltungsvorschläge sollen die Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie mit dem Ziel abgesicherter Flexibilisierung umsetzen.

2. Übersicht über die wichtigsten Regelungsvorschläge

a) Leiharbeit

Die **legale Überlassung** von Leiharbeitnehmern ist nur noch zur Deckung eines „vorübergehenden“ Bedarfs beim Entleiher zulässig. Das wird in § 1 Abs. 2 AÜG unmissverständlich formuliert.

Zur Absicherung wird eine Beweislastumkehr mit einer widerlegbaren Vermutung der nicht „vorübergehenden“ Überlassung nach sechs Monaten eingeführt. Eine Überlassung über 18 Monate hinaus ist nur noch unter ganz engen, überprüfbaren Voraussetzungen möglich. Werden die neuen Grenzen überschritten, wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert.

Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammpersonal wird für befristete Leiharbeitsverhältnisse zwingend. Tariflohn ist nur bei unbefristeten Leiharbeitsverhältnissen möglich. Nach neun Monaten Einsatz muss ausnahmslos mindestens der gleiche Stundenlohn wie beim Entleiher gezahlt werden. Der Entleiher haftet als Bürge für die Lohnzahlung. Das gilt auch für Überlassungen aus dem Ausland unter Anwendung ausländischer Tarife.

b) Scheinwerkverträge, Scheindienstverträge und Scheinselbständigkeit

Die Arbeitnehmer, die illegal überlassen werden oder scheinselbständig sind, können sich bei demjenigen, für den sie abhängig arbeiten mit Hilfe einer Beweislastumkehr leichter einklagen. Sie müssen nur nachweisen, dass sie in seiner Betriebsorganisation tätig sind. Der vermutete Arbeitgeber muss dann beweisen, dass dies im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags oder einer selbständigen Tätigkeit erfolgt – sonst steht seine Arbeitgeberstellung fest.

Eine vorhandene Überlassungserlaubnis wirkt nur bei offen betriebener und vorübergehender Überlassung. Nur dort schließt sie die Arbeitgeberstellung des Empfängers der Arbeitsleistung aus. Scheinwerk- und Scheindienstverträge können nicht mehr damit „abgesichert“ werden.

c) Ausländer mit Entsendebescheinigung

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses als Folge der unter b) genannten Situation ist aufgrund der europäischen Rahmenbedingungen nicht möglich. Die Entsendebescheinigung aus dem Heimatland sperrt das, wenn sie vorhanden ist. Wir sehen hier bei illegaler Überlassung und Scheinselbständigkeit einen vollen Anspruch auf die Vergütung zuzüglich des Arbeitgeberanteils in der Sozialversicherung gegen den Empfänger der Arbeitsleistung vor. Damit wird der Kostenvorteil aufgehoben; das sollte abschrecken.

d) Betriebsrat

Der Betriebsrat bekommt einen stark abgesicherten, dauerhaften Unterrichtungsanspruch bei Fremdpersonaleinsatz. Verletzungen dieses Informationsrechts machen den Einsatz unzulässig. Das Informationsrecht bereitet Reaktionen des Betriebsrats bei illegaler Überlassung in Form von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen und illegaler Leiharbeit vor.

Teil 2: Einzelheiten zu den Regelungsvorschlägen

1. Legale und illegale Arbeitnehmerüberlassung – Grundlagen

Im Regelfall ist der Empfänger der Arbeitsleistung auch der Arbeitgeber. Gleichbehandlung, Bestandsschutz, Betriebsverfassung und tarifliche Interessenvertretung knüpfen an dieses Arbeitsverhältnis an. Die einzige relevante zulässige Ausnahme ist die legale Arbeitnehmerüberlassung. Hier arbeitet der Leiharbeitnehmer nicht für seinen Arbeitgeber. Er arbeitet für einen Dritten, den Entleiher. Leiharbeit ist in Grenzen erlaubt, wenn sie der Flexibilisierung im Einsatzbetrieb dient und sozial abgesichert ist. Ansonsten ist die Trennung von Arbeitgeberstellung und Empfang der Arbeitsleistung unerwünscht und untersagt.

Alle Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit ihrem Dreipersonenverhältnis sind verdeckte Formen der Arbeitnehmerüberlassung. Es geht immer darum, den Empfänger der Arbeitsleistung nicht zum Arbeitgeber werden zu lassen und ihm die üblichen Pflichten eines Arbeitgebers zu ersparen. Das geschieht zum Vorteil des Empfängers der Arbeitsleistung. Der erhält die Arbeitsleistung ohne die anknüpfenden Bindungen und Pflichten. Darin liegt der Missbrauch. Das ermöglicht auch die angestrebte Kostensenkung durch Billiglöhne und reduzierten Bestandsschutz.

Bei unserem Lösungsansatz haben wir zwei Bereiche unterschieden. Zum einen geht es um Missbräuche in Deutschland ohne Auslandsbezug. Hier ist der deutsche Gesetzgeber verhältnismäßig frei in seinen Gestaltungsmöglichkeiten. Entsprechend machen wir auch umfassende Vorschläge:

Leiharbeit soll in Zukunft nur noch zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs beim Entleiher eingesetzt werden. Alles andere ist illegal und führt stets zum Arbeitsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung.

Bei der Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland sind die Gestaltungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers enger begrenzt. Hier wird heute regelmäßig die Entsendebescheinigung A1 genutzt und oft missbraucht. Hier kann der deutsche Gesetzgeber alleine wenig tun.

Wir machen Vorschläge, die den wirtschaftlichen Vorteil des missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatzes deutlich reduzieren, die abschrecken können und die dem deutschen Gesetzgeber kurzfristig offen stehen.

2. Legale Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung hat als arbeitsrechtlich zulässige Gestaltung seit über 40 Jahren einen festen Platz in der Arbeitsrechtsordnung. Sie dient in Zukunft nur noch der Flexibilisierung der Arbeit beim Entleiher.

Die Leiharbeitsverhältnisse werden heute nach dem „Verschwinden" der CGZP - Scheintarifverträge unter Nutzung eines funktionierenden Tarifsystems mit den DGB-Gewerkschaften abgewickelt. Freilich ist der Organisationsgrad der Leiharbeitnehmer so gering, dass ihre Stimme in den Gewerkschaften noch wenig Gewicht hat. Das tarifliche Lohnniveau nähert bei sich längerfristigen Überlassungen inzwischen über die tariflichen Branchenzuschläge dem Ziel der wirtschaftlichen Gleichbehandlung an.

Die EU-Leiharbeitsrichtlinie legt wesentliche Vorgaben für die Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung fest. Unser Vorschlag berücksichtigt die Leiharbeitsrichtlinie als verbindlichen Rahmen und den Koalitionsvertrag in Berlin vom 27. November 2013 als anzustrebende Zielvorgabe.

a) Vergütung

Wir schlagen für die legale Arbeitnehmerüberlassung in Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie vor, die befristete Einstellung von Leiharbeitnehmern zur Überlassung nicht mehr für die Vergütung nach Tarif zu öffnen.

Die Leiharbeitstarife waren bisher regelmäßig schlechter als die Vergütungen in den meisten Branchen. Zwar sorgen die Branchenzuschläge für eine Angleichung bei längeren Überlassungszeiten. Insgesamt gibt es aber immer noch Unterschiede im Lohnniveau. Insbesondere dort, wo Leiharbeitnehmer vom Verleiher nur für einen Einsatz eingestellt werden, sind diese Unterschiede beträchtlich.

Die Rechtsprechung[1] hat das eigene, niedrigere Lohnniveau der Leiharbeitstarife auch damit gerechtfertigt, dass der Verleiher das Risiko von einsatzlosen Zwischenzeiten trägt. Wenn ein Leiharbeitnehmer aber nur befristet beschäftigt wird, dann geschieht dies regelmäßig angepasst an die Überlassung. In diesem Fall gibt es keine Rechtfertigung für ein eigenständiges, reduziertes Lohnniveau. **Alle vertraglich oder auch nur faktisch befristeten Leiharbeitsverhältnisse sollten deshalb nur noch mit Gleichbehandlung bei den Arbeitsbedingungen möglich sein.**

[1] BAG v. 24.03.2004, BB 2004, 1909f.. *„Auf Arbeitgeberseite ist das Risiko fehlender Einsatzmöglichkeiten bei Fortzahlung des vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts zu berücksichtigen, das in dieser Form in anderen Arbeitsverhältnissen nicht besteht."*

Um hier Missbräuchen und Umgehungsversuchen entgegenzuwirken, wird eine Auffangregelung vorgeschlagen, nach der die Verpflichtung zur Gleichbehandlung rückwirkend greift, wenn der Arbeitnehmer betriebsbedingt unmittelbar nach einem Einsatz „entsorgt“ wird. Hier soll auch einem verbreiteten Missbrauch in der Branche begegnet werden, Arbeitnehmer, die man für einen Einsatz eingestellt hat, nach diesem Einsatz gleich wieder zu entlassen und dann immer wieder die günstigen Einstiegstarife zu nutzen.

Bei Leiharbeitnehmern in unbefristeten Arbeitsverhältnissen kann auch weiterhin nach einem Tarif für Leiharbeitnehmer bezahlt werden. Nur bei ihnen trägt der Verleiher auch das Risiko einsatzloser Zwischenzeiten, das ein eigenes Lohnniveau und eigene Arbeitsbedingungen rechtfertigt.

Spätestens nach neun Monaten beim gleichen Entleiher müssen auch sie aber mindestens den gleichen Stundenlohn wie vergleichbare Stammarbeitnehmer bekommen. Dann ist das wirtschaftliche Risiko einsatzloser Zwischenzeiten im Vergleich zur bezahlten Einsatzzeit auch von geringem Gewicht und rechtfertigt keinen reduzierten Lohn mehr.

Der Vergütungsanspruch soll durch flankierende Regelungen insgesamt besser abgesichert werden. So haben wir vorgesehen, dass der Entleiher für Lohnrückstände des Verleihers auch bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung wie ein selbstschuldnerischer Bürge haftet.

Auf diese Weise werden die Entleiher dazu angehalten, nur von seriös arbeitenden Verleihern Personal auszuleihen. Selbst Verleiher, die sich an die rechtlichen Grenzen halten, aber ihre Vergütungspflichten nicht oder nicht vollständig erfüllen, werden so zum wirtschaftlichen Risiko des Entleihers, der notfalls an ihrer Stelle zahlen muss. Das drängt solche Verleiher aus dem Markt.

b) „vorübergehend“

„Vorübergehend“ als Grenze der zulässigen Überlassung knüpft nach der Leiharbeitsrichtlinie an den **Bedarf für Leiharbeitnehmer im Betrieb des Entleihers** und nicht an die Dauer der individuellen Überlassung an. Es geht darum, den Flexibilisierungsbedarf des Entleihers zu befriedigen. „Flexibilität“ des Leiharbeitnehmers ist kein sinnvolles wirtschaftliches Ziel. Die Aneinanderreihung von „vorübergehenden“ Überlassungen auf einem Dauerarbeitsplatz des Entleihers ist folglich missbräuchlich und verboten.

Das hat zur Folge, dass auch die individuelle Überlassung nur noch „vorübergehend“ – im Sinne von „absehbar begrenzt“ - möglich ist.

„Vorübergehend“ kann einmal ein Bedarf sein, den man auch mit einem befristeten Arbeitsverhältnis gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG abdecken könnte. Damit sind Arbeitsaufgaben gemeint, die nur für eine gewisse Zeit anfallen. Es kann also z. B. darum gehen, einen Ingenieur für ein Entwicklungsprojekt auszuleihen, an dessen Ende der Bedarf für diesen Ingenieur nicht mehr besteht. Oder es werden zusätzlich Mitarbeiter für das Weihnachtsgeschäft be-

nötigt. Es kann aber auch ein Mutterschaftsvertreter „vorübergehend“ ausgeliehen werden, wenn die Inhaberin des Arbeitsplatzes nach ein oder zwei Jahren zurückkehren will.

„Vorübergehend“ ist auch ein Bedarf, der entsteht, weil der Entleiher nicht in der Lage ist, für den Arbeitsplatz, den er auf Dauer besetzten will, kurzfristig einen geeigneten Kandidaten zu finden. Das kommt eher bei hochqualifizierten Mitarbeitern vor.

Um hier Missbräuche zu verhindern, schlagen wir eine Regelung vor, die nach sechs Monaten der Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem oder nacheinander mehreren Leiharbeitnehmern eine Vermutung für eine nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung vorsieht, die widerlegt werden kann. Das bedeutet keine Freigabe von Kurzüberlassungen. Auch diese sind nur zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs zulässig.

Flankiert wird diese Regelung durch die Verpflichtung des Verleihers und des Entleihers im Überlassungsvertrag die Gründe für den nur vorübergehenden Bedarf festzuschreiben. Das erleichtert dem verliehenen Arbeitnehmer und dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs und später auch den Gerichten nachzuprüfen, ob es sich hier tatsächlich um eine vorübergehende Überlassung handelt oder um eine illegale Überlassung „auf Dauer“.

Als Sanktion für die nicht vorübergehende Überlassung wird neben dem bereits bestehenden Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats das fingierte Arbeitsverhältnis zum Entleiher festgelegt. Auf diese Weise wird das herbeigeführt, was Verleiher und Entleiher gesetzwidrig vermeiden wollten.

Damit führen alle Formen der Arbeitnehmerüberlassung außer der legalen, mit Überlassungserlaubnis durchgeführten vorübergehenden Überlassung zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher.

18 Monate sind die Obergrenze für die legale Überlassung. Es soll eine Ausnahme geben: Vorübergehender Bedarf **und** keine Kräfte auf dem Arbeitsmarkt für eine entsprechende befristete Einstellung. Man denke an Entwicklungsprojekte oder den Ausfall von Arbeitnehmerinnen, die ihr Kind in den ersten ein oder zwei Jahren selbst betreuen wollen und vertreten werden müssen.

Hier besteht zum einen ein berechtigter Flexibilisierungsbedarf. Zum anderen sind die betreffenden Leiharbeitnehmer gut abgesichert. Die Absicherung eines solchen Leiharbeitnehmers ist regelmäßig besser als diejenige eines befristet Beschäftigten. Der Leiharbeitnehmer hat im Regelfall auch nach Ende der vorübergehenden Überlassung einen Arbeitsplatz.

Die Leiharbeitsrichtline verlangt, dass keine Beschränkungen erfolgen, die nicht wirklich notwendig sind. Deshalb halten wir diese eng begrenzte Ausnahme für sinnvoll und richtlinienkonform.

c) legale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland

Diese ist ebenfalls nur „vorübergehend“ zulässig. Hier lösen wir das Problem möglicher Billigtarife so, dass nicht nur die bisherige Lohnuntergrenze gem. § 3a AÜG greift. Sie ist bei qualifizierten Leiharbeitnehmern praktisch wirkungslos. Es greift hier auch die neue Verpflichtung zur Gleichbehandlung beim Lohn mit dem Stammpersonal nach 9 Monaten. Damit wird Lohndumping bei längerfristigem Einsatz qualifizierter Leiharbeitnehmer auch mit ausländischen Tarifen erschwert.

3. Illegale Überlassung durch Scheinwerk- und Scheindienstverträge

a) Inländische illegale Überlassung

Die illegale Arbeitnehmerüberlassung grenzt auf der einen Seite an die legale Arbeitnehmerüberlassung und auf der anderen Seite an den legalen Werk- oder Dienstvertrag.

Die legale Überlassung ist bereits in erheblichen Umfang beschränkt und sozialverträglich ausgestaltet. Hier konkretisieren wir insbesondere den Begriff „vorübergehend“. Wir machen einen Regelungsvorschlag, der dem Flexibilisierungsbedarf beim Entleiher weitgehend Rechnung trägt und die verliehenen Arbeitnehmer trotzdem schützt. Wir grenzen „vorübergehend“ in stärkerem Maße europarechtskonform ein, als dies im Koalitionsvertrag in Berlin vom 27. November 2013 geschieht.

Jenseits dieser deutlich bestimmten Grenze der legalen Arbeitnehmerüberlassung beginnt bei der dauerhaften Überlassung von Personal die illegale Überlassung, die ausnahmslos zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher führt. Diese Rechtsfolge soll unabhängig davon greifen, ob die Überlassung offen als solche betrieben wird, oder ob sie als Werk- oder Dienstvertrag „getarnt“ wurde.

Auf der anderen Seite geht es um die Grenzziehung zwischen dem legalen Werk- und Dienstvertrag und der illegalen Arbeitnehmerüberlassung. Die Grenzziehung selbst soll von uns nicht verändert werden, weil sie sich in überzeugender Weise aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt und weil sie inzwischen mit Hilfe der ausdifferenzierten Rechtsprechung auch handhabbar ist.

Wir haben uns darauf beschränkt, einerseits den Schutz der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis für solche Missbräuche komplett zu beseitigen.[2] Zum anderen haben wir Beweislastregelungen formuliert, die einen deutlich verstärkten Druck auf die Akteure ausüben werden, sich rechtstreu zu verhalten.

[2] Ausführlich dazu *Schüren*, Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – Vorschlag zu einer Korrektur des AÜG, NZA 2013, 176

Ausgangspunkt für uns war dabei folgende Überlegung: Aktuell ist das wesentliche Risiko für diejenigen, die mit Scheinwerk- und Scheindienstverträgen arbeiten, dass staatliche Ermittlungsbehörden im Rahmen von Betriebsprüfungen diese Missbräuche aufdecken. Das geschieht nicht oft; in manchen Branchen fast nie. Arbeitnehmer haben es alleine dagegen sehr schwer, sich bei illegaler Überlassung beim wirklichen Arbeitgeber einzuklagen, weil sie die abhängige Beschäftigung dort komplett beweisen müssen.

Wir meinen, dass ein viel größerer Druck zur Rechtstreue hin dadurch erzeugt werden kann, dass die im Rahmen solcher Verträge eingesetzten Arbeitnehmer abgesehen von der Kontrolle des Betriebsrats (vgl. unter 5.) selbst die Möglichkeit bekommen, mit realistischen Erfolgsaussichten die Rechtmäßigkeit der Vertragsgestaltung überprüfen zu lassen. Dazu haben wir Beweislastregeln formuliert, die an die Integration in den Betrieb des Auftraggebers anknüpfen. Der Auftraggeber muss, wenn der Arbeitnehmer dargetan hat, dass er in seinem Betrieb beschäftigt wird, nachweisen, dass das im Rahmen eines echten Werk- oder Dienstvertrages geschieht, um der Haftung wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung zu entgehen.

Auf die Weise erhöht sich die Kontrolldichte enorm. Denn jeder entlassene Arbeitnehmer wird so zum Risiko für den, der das „Inhouse-Outsourcing“ missbräuchlich nutzt.

Der Betriebsinhaber, der mit der Vermutung konfrontiert wird und sich entlasten will, muss insbesondere darlegen, dass die Fremdfirma, die in seinem Betrieb tätig ist,

- eine eigene Personaleinsatzplanung hat,
- die wirtschaftliche Verantwortung für ihre Leistung tatsächlich und nicht nur auf dem Paper trägt,
- ein eigenes Qualitätsmanagement betreibt und so
- **einen eigenen Betrieb im fremden Betrieb unterhält**.

Nur dann liegt keine illegale Überlassung vor.

Wir haben bewusst auf die Nennung von Indizien verzichtet, weil die oft genannten Merkmale in der Praxis keine wirklich entscheidende Bedeutung haben. Es lässt sich nämlich z.B. kaum sicher herausfinden, ob eine Weisung an die Fremdfirmenleute eine Arbeitgeberweisung oder die Weisung des Werkbestellers ist. Auch die Frage der Gerätenutzung ist nicht zielführend, weil es für die Ergebnisverantwortung nicht entscheidend ist, ob Gerät des Auftraggebers oder eigenes Gerät der Fremdfirma genutzt wird. Nur die gelebte Ergebnisverantwortung unterscheidet ganz am Ende den Werkvertrag von der Personalgestellung. Die Ergebnisverantwortung wird zuverlässig in der Haftung sichtbar – oder im eigenständigen Qualitätsmanagement[3] des Subunternehmers.

[3] Vgl. im Anhang: *Schüren*, Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere) Skizze, (Manuskript), demn. FS Wank 2014

b) Illegale Überlassung aus dem Ausland

Schwieriger ist es, wirksam gegen Scheinwerkverträge und Scheindienstverträge vorzugehen, die ausländische Unternehmen nutzen, um verdeckt Personal an deutsche Entleiher zu überlassen. Die Arbeitnehmer, die auf diese Weise illegal überlassen werden, sind heute regelmäßig mit Entsendebescheinigungen (A1) ausgestattet. Solange diese Entsendebescheinigungen nicht rückwirkend aufgehoben werden, was praktisch kaum vorkommt, binden sie alle deutschen Behörden zwingend.

Das fingierte Arbeitsverhältnis gem. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG als wesentliche Grundlage aller wirklich abschreckenden Rechtsfolgen greift in diesen Fällen nicht. Aktuell ist der Scheinwerkvertrag mit Ausländern erheblich „ungefährlicher" als der Scheinwerkvertrag mit einem deutschen Unternehmen. Zugleich ist er wirtschaftlich besonders attraktiv, weil das Lohngefälle teils sehr groß ist.

Die Entsendebescheinigung bewirkt, dass die rechtliche Zuordnung des Arbeitnehmers sowohl was das Arbeitsverhältnis als auch was die Anbindung an den heimischen Sozialversicherungsträger angeht durch das geltende deutsche Recht (und den deutschen Gesetzgeber!) nicht beeinflussbar ist. Lösungen, die für deutsche Scheinwerk-/Scheindienstverträge passen, bleiben hier weitgehend wirkungslos.

Dementsprechend machen wir einige neuartige Vorschläge, wie diesem Missbrauch der Entsendebescheinigungen aktuell begegnet werden kann. Unser Ansatz ist ein „harter Zugriff" auf den deutschen Nutzer solcher Gestaltungen, der nicht durch die A1-Bescheinigung geschützt ist. Wir begründen einen Anspruch auf gleiche Vergütung zuzüglich eines Aufschlags in Höhe des Arbeitgeberanteils in der Sozialversicherung für die so eingesetzten Arbeitnehmer gegen den Empfänger der Arbeitsleistung. In diesem Umfang sollen die deutschen Nutzer dem Arbeitnehmer haften.

Diese Haftung ist zugleich ein geeigneter Anknüpfungspunkt für das beim illegalen Entleih fällige Bußgeld und eine eventuelle Gewinnabschöpfung.

4. Schutz von Solo-Selbständigen

a) Inländische Solo-Selbständig

Den Missbrauch von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen gibt es nicht nur bei der Dreiecksbeziehung der illegalen Überlassung. Er kommt ebenso bei sog. „Solo-Selbständigen" vor. Hier sind die rechtlichen Probleme aber anderer Art.

Bei der illegalen Überlassung unter dem Deckmantel von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen geht es immer nur darum, wessen Arbeitnehmer der eingesetzte Arbeitnehmer ist. Dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist nie strittig.

Bei den Solo-Selbständigen geht es hingegen genau um diese Frage: Liegt ein Arbeitsverhältnis vor oder nicht? An der Person des Vertragspartners gibt es hier keinen Zweifel.

Wir schlagen hier eine simple Beweislastumkehr vor: Immer dann, wenn die Dienste in einer fremden Betriebsorganisation geleistet werden, wird vermutet, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis zum Inhaber der Betriebsorganisation handelt.

Der Leistungsempfänger ist im Konfliktfall also darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass es sich in Wirklichkeit um den freien Dienst- oder Werkvertrag mit einem Selbständigen handelt.

b) Ausländische Solo-Selbständige mit Entsendebescheinigung

Ausländische Solo-Selbständige kommen häufig über Schlepper mit A-1 Entsendebescheinigungen nach Deutschland. Die rechtlichen Möglichkeiten, das durch nationales Recht zu verhindern, sind begrenzt. Wir schlagen eine Haftung des Leistungsempfängers für die übliche Vergütung und den ersparten Arbeitgeberanteil in der Sozialversicherung vor, wenn er solche Personen wie eigene Arbeitnehmer einsetzt.

5. Betriebsverfassung

Der Betriebsrat ist nach geltendem Recht für alle illegal überlassenen deutschen Arbeitnehmer und für alle deutschen Scheinselbstständigen zuständig – das sind rechtlich Arbeitnehmer und Betriebsangehörige. Er ist auch für die illegal überlassenen Ausländer und die ausländischen Scheinselbständigen mit Entsendebescheinigung zuständig, weil nicht der rechtliche Status sondern die Eingliederung Anknüpfungspunkt der Mitbestimmung ist.[4] Es geht bei den Reformvorschlägen darum, dem Betriebsrat eine bessere Kontrolle des Fremdpersonaleinsatzes zu ermöglichen. Denn die vorhandenen Mitbestimmungstatbestände können nur sinnvoll ausgeübt werden, wenn der Betriebsrat umfassend unterrichtet ist. Wir schlagen dazu einige Verbesserungen der Informations- und Unterrichtungsrechte vor.

Im Zentrum unseres Vorschlags steht der neue § 99a BetrVG. Dieser hart abgesicherte Unterrichtungsanspruch ermöglicht es den Betriebsräten in Konfliktfällen über die vorhandenen Regelungen, insbesondere über § 99 BetrVG, ihre Rechte durchzusetzen. Er verschafft Ihnen die Informationen, die sie brauchen, um die bestehenden Mitbestimmungsrechte nutzen zu können.

Die Unterrichtungspflicht nach § 99a BetrVG greift nicht nur zu Beginn, sondern auch während des laufenden Fremdfirmeneinsatzes oder des Einsatzes von Solo-Selbständigen. Denn dieser kann sich im Lauf der Zeit so verändern, dass z.B. aus einem echten Werkvertrag eine illegale Überlassung oder Scheinselbständigkeit wird.

[4] Z.B. BAG v. 12.11.2002, AP Nr. 43 zu § 99 BetrVG 1972.

Wir meinen, dass es mit diesem abgesicherten Unterrichtungsanspruch und flankierenden Informationspflichten keiner weiteren, tiefgreifenden Reform im Betriebsverfassungsrecht bedarf.

Die wichtigste neue Sanktion ist, dass der Fremdpersonaleinsatz automatisch unzulässig wird, wenn der Betriebsrat nicht umfassend und rechtzeitig unterrichtet wurde.

Es ist sinnvoll, einen solchen umfassenden Unterrichtungsanspruch über alle Formen des Inhouse-Outsourcings ausdrücklich vorzusehen. Outsourcing wird meist nicht von den Personalabteilungen genutzt, die bei „Einstellungen" üblicherweise auch mit dem Betriebsrat kooperieren, sondern ist in vielen Unternehmen Sache des „Einkaufs". Oft erfährt die Personalabteilung überhaupt nicht, in welchem Umfang Fremdpersonal in den Betrieb kommt und dort langfristig tätig wird. Dieser Bereich würde durch die vorgeschlagene Regelung für den Betriebsrat komplett offengelegt.

In Abs. 2 wird geregelt, dass der Einsatz von Fremdpersonal ohne die Information nach Abs. 1 unzulässig ist und der Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch hat, den er im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchsetzen kann. Grundsätzlich sperrt das in §§ 100 und 101 BetrVG vorgesehene Verfahren einen Unterlassungsanspruch im Verfahren nach § 99.[5] Die §§ 100 und 101 sind auf den in Abs. 1 geregelten reinen Unterrichtungsanspruch aber nicht anzuwenden, da es für den Arbeitgeber zumutbar ist, den Betriebsrat auch bei unaufschiebbarem Fremdpersonaleinsatz zuvor zu informieren.[6] Anders als bei dem Verfahren nach §§ 100 und 101 BetrVG geht es hier ja nicht um die Zustimmung des Betriebsrats, sondern nur um seine Unterrichtung.

Durch den gesetzlichen Unterlassungsanspruch wird erreicht, dass der Betriebsrat für den neuen § 99a BetrVG schnellen Rechtsschutz erlangen kann und das Informationsrecht nicht deshalb leer läuft, weil der Personaleinsatz schon tatsächlich beendet ist – das kommt bei den Verfahren nach §§ 100, 101 gelegentlich vor.

[5] BAG 23.6.2009 – 1 ABR 23/08; GK-BetrVG-*Raab* § 100 Rn. 3.

[6] In der Literatur ist es umstritten, ob das Verfahren nach §§ 100 und 101 Anwendung findet, wenn nur die Information fehlt. Gegen eine Anwendbarkeit D/K/K/W-*Trittin*, BetrVG § 100 Rn. 12 m.w.N.; a.A. GK-BetrVG-*Raab* § 100 Rn. 16 unter Hinweis darauf, dass in § 100 Abs. 1 S. 2 selbst eine Informationspflicht vorgesehen ist. Das spricht aber gerade für die Zumutbarkeit.

Teil 3: Informationen zur Vertiefung

1. „Vorübergehend“

In § 1 Abs. 2 AÜG hat der deutsche Gesetzgeber geregelt, dass Leiharbeitnehmer legal nur „vorübergehend“ überlassen werden können. Mit dieser Änderung sollte ausdrücklich die Leiharbeitsrichtlinie umgesetzt werden.[7] Bislang war umstritten, was unter „vorübergehend“ genau zu verstehen ist.[8] In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind zwei Fragen beantwortet worden:

- das Merkmal ist nicht nur deskriptiv zu verstehen und schließt eine dauerhafte Überlassung aus[9],
- der Betriebsrat hat zwar gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei einer nicht vorübergehenden Überlassung[10]; ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher kann aber nicht über eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG begründet werden.[11] Für diese Rechtsfolge muss das AÜG geändert werden.

Unsere Änderungsvorschläge für § 1 Abs. 1 bis 3 und die Fiktionsregelung in §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 AÜG entsprechen den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG. Wir setzen die Richtlinie 2008/104/EG so um, dass bei der Bestimmung des vorübergehenden Einsatzes

- von einer arbeitsplatzbezogenen (vorübergehender Bedarf beim Entleiher) und nicht nur arbeitsvertragsbezogenen Perspektive auszugehen ist (§ 1 Abs. 2 S. 2),
- bei einem Einsatz zwischen sechs und achtzehn Monaten ein Vermutungstatbestand zugunsten des Leiharbeitnehmers eingreift (§ 1 Abs. 2 S. 2 bis 4),

---

[7] BT Ds. 17/4804, 8.

[8] **In der Literatur**: Merkmal ist nur deskriptiv zu verstehen *Lembke*, BB 2012, 2497, 2500 und DB 2011, 414, 415; *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 490; kein Verbot einer dauerhaften Überlassung möglich *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632, 635; keine dauerhafte Überlassung möglich *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2010, 570; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 3; *Brors*, AuR 2013, 108; *Bartl/Romanowski*, NZA 2012, 845; *Zimmer*, AuR 2012, 422; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609; *Hamann*, RdA 2011, 321, 324 und EuZA 2009, 287, 310; *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 450; *Forst*, ZESAR 2011, 316, 317; *Ulber*, AuR 2010, 10, 11. **In der Rechtsprechung**: Zustimmungsverweigerungsgrund gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei dauerhafter Überlassung LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11; LAG Berlin-Brandenburg 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12; kein Zustimmungsverweigerungsgrund gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ArbG Leipzig 15.2.2012 – 11 BV 79/11 und 23.3.2012 – 5 BV 85/11.

[9] BAG 15.5.2013 – 7 AZR 494/11.

[10] BAG 15.5.2013 – 7 AZR 494/11.

[11] BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/12 bislang nur in der Pressemitteilung Nr. 73/13.

- ein Einsatz über 18 Monate in sehr engen Ausnahmefällen aufgrund der europäischen Vorgaben möglich ist und

- als Rechtsfolge neben dem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei vollzogenem Einsatz ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird (§§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1).

a) Vorgaben der Richtlinie

Entscheidend ist, was nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie 2008/104/EG unter einer „vorübergehenden" Überlassung zu verstehen ist. Bei der Auslegung der Richtlinie ist zu beachten, dass anders als bei der Auslegung von nationalen Vorschriften[12] übergeordnetes Ziel die europäische Rechtsvereinheitlichung ist. Es ist daher vom europäischen und nicht vom nationalen Recht auszugehen. Deshalb können bisherige nationale Auslegungsergebnisse – so z.B. zum Begriff der vorübergehenden Tätigkeit nach dem bisherigen Konzernprivileg – nicht ohne weiteres übernommen werden. **Der richtige Auslegungsweg geht vom europäischen zum nationalen Recht.[13]**

Der Begriff „vorübergehend" wird im europäischen Recht nur insoweit einheitlich verwendet, als damit ein dauerhafter Zustand ausgeschlossen wird.[14] Die Auslegung des Merkmals „vorübergehend" richtet sich nach dem Zweck der Leiharbeitsrichtlinie.[15] In Art. 2 der Richtlinie wird dieser Zweck 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*."

Der in Art. 2 der Richtlinie für den Schutz der Leiharbeitnehmer „angemessene Rahmen" wird in Art. 5 der Richtlinie und in den Erwägungsgründen 14. und 15. konkretisiert. Während im 14. Erwägungsgrund und in Art. 5 der Richtlinie der Schutz der Leiharbeitnehmer über Equal Pay und Equal Treatment gesichert wird, stellt der 15. Erwägungsgrund darauf ab, dass Leiharbeitsverträge in der Regel als unbefristete Verträge abgeschlossen werden. Nach dem 1. Erwägungsgrund entspricht dieser Schutz Artikel 31 der Grundrechtecharta, nach dem jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und

[12] *Fleischer*, RabelZ 2011, 701, 708; *Wendehorst*, RabelZ 2011, 730, 760; *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 253; *Colneric*, ZEuP 2005, 225; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Diss 1998, S. 137; *Leible/Domrose*, in Europäische Methodenlehre (Herg. Riesenhuber), § 9 Rn. 39.
[13] *Grundmann*, RabelsZ 2011, 882, 912.
[14] Zu der Verwendung des Merkmals in Art. 8 der Rom I VO, in Art. 16 der Richtlinie 2004/38 und der Entsenderichtlinie *Brors,* AuR 2013, 108.
[15] Zur Auslegung von Richtlinien EuGH 10.3.2011 C-109/09 Kumpan m.w.N. auf die ständige Rechtsprechung.

würdige Arbeitsbedingungen hat. Auf der anderen Seite soll nach den Erwägungsgründen 8. und 9. dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen Rechnung getragen werden.

b) Warum es auf eine arbeitsplatzbezogene Sichtweise ankommt und eine Vermutungsregelung in Abs. 2 einzufügen ist

Für die Auslegung ist entscheidend, was unter dem zu gewährenden angemessenen Schutzniveau der Leiharbeitnehmer einerseits und dem zu berücksichtigenden Flexibilisierungsinteresse der Unternehmen andererseits zu verstehen ist. Es ist in der Literatur umstritten, ob sich die vorübergehende Überlassung nur darauf bezieht, dass der Einsatz des einzelnen Leiharbeitnehmers beim Entleiher zeitlich begrenzt ist[16] oder ob beim Einsatz von Leiharbeitnehmern grundsätzlich ein nur vorübergehender Bedarf beim Entleiher bestehen muss[17]. Dieser vorübergehende Bedarf kann auch bei einem Dauerarbeitsplatz bestehen, z.B. bei der Krankheitsvertretung. **Stellte man nur auf den arbeitsvertraglich begrenzten Einsatz ab, könnte der Entleiher Stellen dauerhaft durch wechselnde Leiharbeitnehmer besetzen**. Nach der hier vertretenen Auffassung macht eine derartige Auslegung aber keinen Sinn, denn sie dient nicht der Flexibilisierung sondern allein der Kostensenkung.

Nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie müssen die Mitgliedsstaaten Maßnahmen gegen einen **Missbrauch durch aufeinanderfolgende Überlassungen** bzw. eine Umgehung der Richtlinienbestimmungen ergreifen. Bezöge man „vorübergehend" nur auf den arbeitsvertraglich begrenzten Einsatz, wäre dieser Missbrauch möglich. Deshalb ist diese Auslegung nicht tragfähig.

Die Leiharbeit dient nach den europäischen Vorgaben nicht jeglichem Flexibilisierungsinteresse (nicht nur reine Kostensenkung). Die Systematik und die Entstehungsgeschichte der Richtlinie sprechen vielmehr dafür, dass ein besonderes Einsatzinteresse des Entleihers an einem „vorübergehenden" Einsatz gegeben sein muss. Aus systematischer Sicht macht Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie (Verbot, die Ziele der Richtlinie durch „aufeinander folgende Überlassungen" zu umgehen) nämlich nur dann einen Sinn, wenn Leiharbeit beim Entleiher nur für begrenzte Dauer zulässig ist. Ansonsten fehlt es schon an einer Regelung, die umgangen werden könnte. Der europäische Gesetzgeber hat ausdrücklich auf „Überlassungen" und nicht auf „Befristung" abgestellt, so dass nicht der Befristungsschutz gemeint sein kann.

Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie und das Abstellen auf das Flexibilisierungsinteresse des Unternehmers (Entleihers) in Art. 2 der Richtlinie bestätigt. Die Richtlinie soll einer weiteren Prekarisierung der Leiharbeitnehmer als Beschäftigtengruppe entgegenwirken und auf der anderen Seite flexible Arbeitsformen fördern. Das bedeutet aber, dass bei unterschiedlicher Behandlung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern ein Flexibilisierungsinteresse bestehen muss, das nicht allein simple Kosten-

[16] *Steinmeyer*, DB 2013, 2740; *Ludwig*, BB 2013, 1276.
[17] *Zimmer*, AuR 2012, 422; *Düwell*, ZESAR 2011, 449; *Bartl/Romanowski*, NZA 2012, 845; *Ulber*, AuR 2919, 10; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 462; *Brors*, AuR 2013, 108.

senkungsstrategien umsetzt. Ansonsten macht es keinen Sinn Leiharbeit nur vorübergehend zuzulassen, da der dauerhafte Einsatz die Kosten am besten senkt. Ohne ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse des Entleihers würden Stamm- und Leiharbeitnehmer ohne einen rechtfertigenden Grund ungleich behandelt.

So darf nach der Richtlinie Leiharbeit nicht ohne ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse des Entleihers genutzt und zur reinen Kostensenkung für Dauerarbeitsplätze missbraucht werden. Das gilt selbst dann, wenn man die Begründung der ursprünglich vorgeschlagenen Fassung der Richtlinie[18] heranzieht. Danach werden als Gründe[19] für den Einsatz von Leiharbeitnehmern genannt: „eine immer größere Flexibilität bei der Verwaltung des Personals", da „die Aufträge rascher und stärker fluktuieren" und bei der Ersetzung von Stammpersonal „einen Mangel an ständigem Personal oder einen vorübergehenden Anstieg des Arbeitsanfalls auszugleichen".

Nach dem 9. Erwägungsgrund der Richtlinie sollen die Regelungen einen Ausgleich zwischen Flexibilitätsbedarf der Unternehmen und dem Arbeitnehmerschutz schaffen. Das setzt voraus, dass es überhaupt Flexibilisierungsbedarf gibt. Flexibilisierungsbedarf ergibt sich nicht aus dem Wunsch, die Personalkosten durch Einsatz billigerer Arbeitnehmer zu senken. Wie der EuGH in der Entscheidung Kumpan[20] ausgeführt hat, ist es rechtsmissbräuchlich, wenn die Ziele des dort maßgeblichen europäischen Befristungsschutzes, nämlich die Verhinderung von Prekarisierung und der Schutz vor unsicheren Beschäftigungsverhältnissen, durch nationale Vorschriften umgangen werden. Wie bei der Befristungskontrolle sollen auch die Regelungen der Leiharbeitsrichtlinie eine weitergehende Prekarisierung der Leiharbeitnehmer verhindern. Werden Leiharbeitnehmer aber nur aus Kostengründen schlechter als Stammarbeitnehmer behandelt, ist dies nichts anderes als die gezielte Prekarisierung dieser Beschäftigtengruppe. Dieser Gedanke des Rechtsmissbrauchs aus Kostengründen gilt für die Leiharbeit bereits auf der europäischen Ebene.

Zusammenfassend ergibt das: Leiharbeit ist nach der Richtlinie nur vorübergehend bei bestehendem Flexibilisierungsbedarf zulässig. Nur wenn aber eine arbeitsplatzbezogene Perspektive gewählt wird, kommt es auf diesen Flexibilisierungsbedarf überhaupt an. Diese Einschränkung ist mit Art. 4 der Richtlinie vereinbar[21], da sie gerade mit dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes erforderlich ist. Das Abstellen auf den nur arbeitsvertraglich begrenzten Einsatz führt im Gegenteil dazu, dass beim Entleiher vorhandene Arbeitsplätze auf Dauer mit wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt werden können.

Kommt es also auf ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse an, kann von Verleiher und Entleiher auch verlangt werden, dieses zumindest nach sechs Monaten darzulegen. Ein ohne bestehendes Flexibilisierungsinteresse erfolgender Einsatz von Leiharbeitnehmern dient rei-

[18] Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie 20.3.2002 KOM (2002) 149 endg.
[19] Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie 20.3.2002 KOM (2002) 149 endg., S. 3.
[20] 10.3.2011 – C 109/09.
[21] A.A. *Rieble/Vielmeyer*, EuZA 2011, 474, 490.

nen Kostensenkungsinteressen, die nicht von der Richtlinie abgedeckt sind. Auf der anderen Seite ist ein über 18 Monate hinausgehender Einsatz möglich[22], wenn bei mangelndem Arbeitsangebot ein längerer vorübergehender Bedarf besteht. Diese Möglichkeit wird ausdrücklich in der Begründung der Vorfassung der Richtlinie genannt.[23] Die Leiharbeitnehmer sind in diesem Fall vor einer Prekarisierung geschützt, da sie nach 9 Monaten Einsatzzeit einen Anspruch auf den gleichen Stundenlohn haben (in unseren Vorschlägen § 3a Abs. 2 AÜG).

c) Rechtsfolgen des nicht vorübergehenden Einsatzes

Neben dem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates müssen weitere Rechtsfolgen bei einer nicht vorübergehenden Überlassung geregelt werden. Nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2008/104/EG müssen die nationalen Staaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den oben genannten Missbrauch zu verhindern. Beschränkte man die Rechtsfolgen auf das Zustimmungsverweigerungsrecht, bliebe die nicht vorübergehende Überlassung in betriebsratslosen Betrieben ohne Konsequenzen. Um die europäischen Vorgaben zu erfüllen und effektiv eine Umgehung der Richtlinie zu verhindern, müssen die Rechtsfolgen den Entleiher betreffen. Der Flexibilisierungsbedarf muss beim Entleiher gegeben sein. Er steuert den Einsatz und verantwortet ihn. Wird in der Rechtsfolge ein Arbeitsverhältnis zu ihm begründet, wird der Einsatz ohne ein bestehendes Flexibilisierungsinteresse am konsequentesten verhindert. Und es wird das Ergebnis herbeigeführt, das die Rechtsordnung für diese reale Bedarfslage beim Entleiher bereithält.

Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen diese Lösung nicht. Soweit das BVerfG in seinem Beschluss vom 15.5.2012[24] dazu Stellung nimmt, dass niemandem gegen seinen Willen ein Arbeitgeber aufgezwungen werden kann, steht dies der vorgeschlagenen Neuregelung nicht entgegen. Anders als in dem entschiedenen Sachverhalt, bei dem Arbeitnehmer per Gesetz unter Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen auf einen anderen Arbeitgeber übergeleitet werden sollten, handelt es sich bei einem nicht mehr vorübergehenden Einsatz schon nicht um ein wirksames Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher, da mit dieser Konstruktion zur reinen Kostensenkung gegen die Vorgaben der Richtlinie verstoßen wird. Diese Umgehungskonstruktion wird hier aus bloßem Kostensenkungsinteresse gewählt, um durch das Dazwischenschalten eines Dritten („Verleihers“) zu dessen Arbeitsbedingungen einen Dauerbedarf beim Entleiher abzudecken. Daher ist es interessengerecht, das Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu begründen, der ja auch auf Grund eigener Entscheidung Empfänger der Arbeitsleistung ist. Sein Wille, die Arbeitsleistung zu bekommen, aber nicht Arbeitgeber zu werden, ist nicht schutzwürdig und deshalb unbeachtlich. Der Wille des Leiharbeitnehmers ist dagegen gerade darauf gerichtet, ein Arbeitsverhältnis mit dem

[22] Gegen starre Grenzen *Hamann,* EuZA 2009, 287, 312; *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 454.
[23] Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie 20.3.2002 KOM (2002) 149 endg., S. 3.
[24] 1 BvR 2821/09

Entleiher zu begründen, dieser ist in der Umgehungssituation sein eigentlicher Arbeitgeber für den der Leiharbeitnehmer auch schon während der Überlassungszeit arbeitet.

Die Vorschläge sehen ausdrücklich kein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers vor. Nutzen Entleiher und Verleiher die illegale Überlassung bewusst und nur zu dem Zweck, um die Arbeitnehmer mittels der gesetzlichen Fiktion zum Entleiher zu verschieben, ist die Konstruktion rechtsmissbräuchlich und das Arbeitsverhältnis wird nicht begründet.

2. Ausländisches Personal mit Entsendebescheinigung

Beim grenzüberschreitenden Fremdpersonaleinsatz ergibt sich aufgrund der europäischen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen ein Problem, das in den Vorschlägen zu § 10 Abs. 7 AÜG und § 612 Abs. 5 BGB gelöst werden soll. Aufgrund des europäischen sozialversicherungsrechtlichen Status gibt es bei Solo-Scheinselbständigen kein Arbeitsverhältnis und bei illegal Überlassenen keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach nationalem Recht. Die Neuregelungen sehen in diesem Fall eine Zahlungspflicht des Auftraggebers vor, die ihn wirtschaftlich so stellt, als wäre ein Arbeitsverhältnis mit ihm zustande gekommen.

Der rechtliche Hintergrund ist folgender: Wird der Eingesetzte **vorübergehend** – also nach einer Vorbeschäftigung im Heimatstaat (nicht unbedingt bei demselben Arbeitgeber) oder unter der Voraussetzung einer geplanten tatsächlichen Rückkehr in seinen Heimatstaat bzw. beiden Merkmalen – in Deutschland tätig, findet nach Art. 8 Abs. 2 Rom I VO das Arbeitsvertragsstatut des Heimatlandes Anwendung.[25] Innerhalb dieses Arbeitsvertragsstatuts können aber dann einzelne Bedingungen des Leiharbeitsvertrags durch Eingriffsnormen des deutschen Rechts gem. Art. 9 Rom I VO geregelt sein. Eine solche Eingriffsnorm, die bei illegalem Verleih aufgrund des einheitlichen, im öffentlichen Interesse liegenden Sanktionssystems eingreift, ist grundsätzlich die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (§ 10 Abs. 1 AÜG).[26]

Allerdings ist der Anwendungsbereich der Fiktion aufgrund einer auch für die arbeitsvertraglichen Verhältnisse bindenden sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung sehr eingeschränkt. Handelt es sich z.B. um einen Scheindienst- oder Werkvertrag, der nach deutschem Recht eine illegale Arbeitnehmerüberlassung ist, kann die Fiktion bei Vorliegen einer A1 Bescheinigung nicht greifen.[27]

Die sozialversicherungsrechtliche Bescheinigung wird auch bei der grenzüberschreitenden Tätigkeit eines Selbstständigen erteilt und legt dann den Status fest, auch wenn das Rechtsverhältnis von Beginn an oder nachträglich nach nationalem Recht ein Arbeitsvertrag ist. Die

[25] *Boemke*, BB 2005, 269; Thüsing/*Thüsing,* Einl. Rn. 55; Boemke/Lembke/*Boemke*, AÜG, Einl. Rn. 18.
[26] *Ulber,* AÜG, Einl. F Rn. 5; i. Erg. ebenso BSG v. 25. 10. 1988, BSGE 64, 145, 150 f.; OLG Karlsruhe v. 5. 4. 1989, BauR 1990, 482, 483; *Schnorr,* ZfA 1975, 143, 154 f.; *Sandmann/Marschall,* AÜG, Art. 1 § 3 Rn. 72; Thüsing/*Thüsing,* AÜG, Einf. Rn. 62; einschränkend Boemke/Lembke/*Boemke,* AÜG Einl. Rn. 22.
[27] *Schüren/Wilde*, NZS 2011, 121; *Schüren*, FS Düwell, 84.

sozialversicherungsrechtliche Zuordnung durch die erteilte Bescheinigung bindet zum einen die Sozialversicherungsträger anderer Mitgliedsstaaten, damit Arbeitnehmer eindeutig zu einem Sozialversicherungssystem zugeordnet werden.[28] In der Entscheidung *Herbosch Kiere* führt der EuGH[29] jedoch darüber hinaus aus, dass Gerichte des Einsatzstaates nicht befugt sind, die arbeitsrechtliche Beziehung zum entsendenden Unternehmen zu überprüfen, solange die sozialversicherungsrechtliche Bescheinigung besteht. In dieser Rechtssache ging es konkret um die Frage, ob es sich um eine Entsendung im Rahmen eines selbstständigen Subunternehmervertrages handelte oder ob die Beschäftigten des Subunternehmers direkt als Arbeitnehmer im Einsatzstaat anzusehen waren. Übertragen auf die Fiktion des § 10 AÜG bedeutet dies, dass die in der A 1 bescheinigte arbeitsrechtliche oder nicht arbeitsrechtliche Beziehung nicht kontrolliert werden und auch keine anderweitige Vertragsbeziehung begründet werden kann.

Selbst wenn es sich nach deutschem Recht um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung handelt, sperrt die vorhandene A 1 Bescheinigung des überlassenen Arbeitnehmers die Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG. Um eine Fiktion zu erreichen, müsste die Bescheinigung von der ausstellenden Behörde im Heimatland zurückgenommen werden.

Damit die Arbeitnehmer den Schutz durch das nationale Recht in dieser Situation nicht verlieren, schlagen wir vor, eine gesetzliche Zahlungspflicht des illegalen Entleihers zu begründen. Diese Zahlungspflicht widerspricht nicht der sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung nach europäischem Recht, da die rechtliche Zuordnung bestehen bleibt. Die Dienstleistungsfreiheit kann in diesen Fällen nicht berührt sein, da es sich auch nach den europäischen Regelungen in diesen Fällen in Wirklichkeit um echte Arbeitsverträge handelt.

3. Beweislastumkehr bei Scheinwerk- und Scheindienstverträgen

Inhouse-Outsourcing durch Dienstleister und Werkunternehmer wird nur dann nicht zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Subunternehmer im Betrieb des Auftraggebers einen eigenen Betrieb für seine Leistung organisiert. Dazu muss er weder über eigene Räume noch über eigene Betriebsmittel verfügen. Diese kann ihm der Werkbesteller überlassen. Er muss aber die von ihm geschuldete Leistung mit seinem eigenen Personal so organisieren und abwickeln, dass er die Verantwortung für die geschuldete Leistung und für das Tun oder Unterlassen dieses Personals gegenüber dem Auftraggeber und dessen Leuten tatsächlich übernehmen kann und auch übernimmt.

[28] EuGH v. 10.2.2000 – C-202/97 Fitzwilliam.
[29] EuGh v. 26.1.2006 - C-2/05, Rn 32.

Das ist auf Dauer nur möglich, wenn er für seine Leistung ein eigenes Qualitätsmanagement betreibt. Ein eigenes Qualitätsmanagement ist ein sicheres Indiz für die gelebte Verantwortung für die geschuldete Werkleistung.

Werden Schäden von den Mitarbeitern des Subunternehmers beim Auftraggeber verursacht, dann trifft diesen die volle Haftung unter Anwendung der Beweislastregel des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Werden dagegen Schäden von überlassenen Arbeitnehmern verursacht, dann trifft den Verleiher regelmäßig keine Verantwortung und Haftung. Die überlassenen Arbeitnehmer haften selbst nur ganz eingeschränkt (Arbeitnehmerhaftung).

Nur wer steuert, haftet. Deshalb sind gelebte Gewährleistung und die Haftung für Sach- und Personenschäden des Auftraggebers und seiner Leute klare Indizien, die eine Arbeitnehmerüberlassung absolut ausschließen. Bei der Arbeitnehmerüberlassung haftet der Verleiher nur, wenn ihn ein Auswahlverschulden trifft. Das ist selten.

Ebenso eindeutig wird ein Werkvertrag oder Dienstvertrag indiziert, wenn der Auftraggeber als Werkbesteller für seine Pflichtverletzungen gegenüber dem Subunternehmer (Werkunternehmer) vertragskonform haftet.

Diese Kriterien greifen mit geringen Abweichungen auch bei Solo-Selbständigen.

In den Vorschlägen zu § 1 Abs. 3 AÜG und § 611 Abs. 3 BGB wird eine widerlegbare Vermutung geregelt, wonach bei Tätigwerden in der Betriebsorganisation illegale Überlassung oder ein Arbeitsverhältnis vermutet wird. Die Vermutung kann durch den Beweis eines freien Werk- oder Dienstvertrags oder eines Vertrages mit einem Selbstständigen widerlegt werden.

Der Vorschlag greift die Kritik[30] an der aktuellen Rechtsprechung auf, wonach grundsätzlich der Arbeitnehmer das Vorliegen eines Arbeitsvertrages oder die illegale Überlassung darlegen und beweisen muss. Das ist in der Praxis schwierig, weil die Informationen, die über die Zuordnung entscheiden regelmäßig fehlen. Gerade die Abwicklung von Haftungsfällen ist dem einzelnen Fremdfirmenmitarbeiter regelmäßig nicht bekannt. Auch die Personaleinsatzplanung seines Arbeitgebers wird er oft nicht umfassend kennen.

Nach unserem Regelungsvorschlag ist der echte Werk- oder Dienstvertrag oder der Vertrag mit einem Selbstständigen von der Gegenpartei nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien nachzuweisen.

Dabei kommt es z.B. auch darauf an, dass die versprochene Leistung überhaupt werk- oder dienstvertragsfähig ist, was bei einer ständigen Anpassung der geschuldeten Leistung an den

[30] Greiner, NZA 2013, 697.

jeweiligen Bedarf zweifelhaft sein kann.[31] Ebenso muss der Subunternehmer überhaupt werk- oder dienstvertragsfähig sein.[32]

[31] BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12.

[32] BAG 9.11.1994 – 7 AZR 217/94:. *„Bei Vorliegen solcher Anhaltspunkte ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei der Prüfung, ob es sich um einen Dienst- oder Werkvertrag oder um Arbeitnehmerüberlassung handelt, auch auf die Unternehmensstruktur des Dienstleistungserbringers bzw. Werkunternehmers abzustellen. Dieser muß über die betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen verfügen, eine vertraglich vereinbarte Dienst- und Werkleistung zu erbringen und den hierfür eingesetzten Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen. Insgesamt muß das Unternehmen eine Struktur aufweisen, die ihm eine Tätigkeit ermöglicht, die über die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern hinausgeht und die ihn in die Lage versetzt, die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen zu treffen (BAG Beschlüsse vom 5. Mai 1992 - 1 ABR 78/91 - AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972; 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - EzA § 99 BetrVG Nr. 11O, zu B II 1 der Gründe, m.w.N.; Dauner-Lieb, NZA 1992, 817, 819 f.). Fehlt es daran und ist zudem der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt, daß er erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. Vorliegend hat der Kläger vorgetragen, bei der G GmbH in M handele es sich um eine Briefkastenfirma. Dementsprechend sei sie nicht in der Lage gewesen, die zur Erreichung eines angeblich von ihr mit der Beklagten vereinbarten Werkvertrages notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen zu organisieren. Insbesondere fehlten ihr die erforderlichen personellen Voraussetzungen, um einem Erfüllungsgehilfen irgendeine technische Hilfestellung zu geben und seinen Einsatz vor Ort zu organisieren. Treffen diese Behauptungen des Klägers zu, ist es ausgeschlossen, daß er als Erfüllungsgehilfe der G GmbH im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrags bei der Beklagten tätig gewesen ist.“*

Teil 4: Kommentierte Synopse unserer Vorschläge zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Betriebsverfassungsgesetzes (Anhang 1)

Teil 5: Fünf Weiterführende Veröffentlichungen der Autoren zum Thema (Anhang 2)

Brors, „Vorübergehend“ - Zur Methodik der Auslegung von RL am Bsp. des Merkmals „vorübergehend“ aus Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104/EG (Leiharbeits-RL), AuR 2013, 108

Schüren, Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere) Skizze, (Manuskript), demn. FS Wank 2014

ders., Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – Vorschlag zu einer Korrektur des AÜG, NZA 2013, 176

ders., Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland – Eine Skizze, in: FS Düwell 2011, S. 197

ders./Wank, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1

Prof. Dr. Christiane Brors / Prof. Dr. Peter Schüren

Teil 4: Kommentierte Synopse unserer Vorschläge zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Betriebsverfassungsgesetzes (Anhang 1) *Stand: 13.02.2014*

AÜG 2013	**Gesetzesentwurf AÜG 2014**	**Erläuterungen zu den Reformvorschlägen**
§ 1 Erlaubnispflicht	**§ 1 Erlaubnispflicht**	
(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend. Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen	(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. ***(2) Die dauerhafte Besetzung von Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern ist verboten. Die Überlassung darf nur auf Arbeitsplätze erfolgen, an denen ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung besteht.*** ***(3) Setzt der Entleiher einen oder nacheinander mehrere Leiharbeitnehmer auf einem Arbeits-***	*S. 2 wird S. 1 des neuen Abs. 2. S. 3 wird Abs. 4.* *Eindeutiges Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung gerichtet sowohl an den Entleiher als auch an den Verleiher - auch zur Klarstellung für das Mitbestimmungsverfahren nach § 99 BetrVG und zur Vorbereitung der Rechtsfolgen in §§ 9, 10 und 16.* *Der Vermutungstatbestand in Abs. 3 zwingt Verleiher und Entleiher gegebenenfalls den nur vo-*

Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn deutsche Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges wie für die anderen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des Satzes 2 erfüllt.	***platz länger als sechs Monate ein, so wird vermutet, dass die Überlassung auf diesen Arbeitsplatz keinen vorübergehenden Bedarf deckt. Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung auf diesem Arbeitsplatz beim Entleiher nur vorübergehend besteht. Die vorübergehende Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem oder nacheinander mehreren Leiharbeitnehmern ist auf 18 Monate begrenzt. Eine längere Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem oder nacheinander mehreren Leiharbeitnehmern ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Bedarf an der Arbeitsleistung nachweislich nur vorübergehend besteht und am Arbeitsmarkt keine geeigneten Arbeitnehmer für eine befristete Einstellung beim Entleiher für diese Arbeitsaufgabe zur Verfügung stehen.***	*rübergehenden Bedarf zu beweisen. Der vorübergehende Bedarf kann darin bestehen, dass die Arbeitsaufgabe an sich nur vorübergehend ist (z.B. saisonale Bedarfsspitze) oder dass ein Dauerarbeitsplatz vorübergehend vertreten werden muss (z.B. Krankheitsvertretung). Durch den Vermutungstatbestand wird das „Einklagen" eines dauerhaft überlassenen Arbeitnehmers sehr viel leichter. Das führt im Zusammenwirken mit §§ 9, 10 AÜG zu einem höheren Druck, sich gesetzeskonform zu verhalten.* *Ohne den Vermutungstatbestand ist die Regelung nicht europarechtskonform, da nach der Richtlinie 2008/104/EG ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse vorausgesetzt wird und reine Kostensenkungsstrategien nicht ausreichen. Die Ausnahmeregelung für eine vorübergehende Überlassung über 18 Monate hinaus soll den Einsatz qualifizierter Leiharbeitnehmer bei länger dauernden Projekten erleichtern. Am Arbeitsmarkt stehen hierfür kaum Bewerber zur Verfügung, die der Entleiher befristet zu seinen Arbeitsbedingungen einstellen könnte. Es gibt Verleiher, die diesen Markt z.B. für Ingenieure und EDV-Spezialisten bedienen und ihren Mitarbeitern gut bezahlte, sozial abgesicherte Dauerstellen bieten. Ein Verbot der Leiharbeit in diesen Bereichen lässt sich nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG nicht rechtfertigen, da diese Leiharbeitnehmer abgesichert sind.*

(2) Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3), so wird vermutet, daß der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.	***(4) Werden Arbeitnehmer in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden. Die Vermutung kann durch den Nachweis wiederlegt werden, dass die Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags mit dem Dritten eingesetzt werden.***	*Die praktisch funktionslose Vermittlungsvermutung des alten Abs. 2 entfällt. Stattdessen gibt es in Abs. 3 und in § 12 Abs. 2 eine Vermutung der nicht vorübergehenden Überlassung und im neuen Abs. 4 eine Vermutungsregel zur Identifikation der illegalen Überlassung (z.B. Scheinwerkvertrag), die widerlegt werden können. Werden sie nicht widerlegt, dann greifen §§ 9 Nr. 1 u. 10 Abs. 1 und der überlassene Arbeitnehmer wird Arbeitnehmer des Entleihers.* *Der im Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag illegal überlassene Arbeitnehmer muss nun nur noch darlegen, dass er im fremden Betrieb tätig ist, wenn er sich beim illegalen Entleiher einklagen will. Das schafft eine in der Praxis stark erhöhte Kontrolldichte, weil der Entleiher jederzeit mit solchen Verfahren rechnen muss, wenn er illegal ausleiht. Nur nachweisbar rechtstreues Verhalten schützt ihn vor den Haftungsrisiken der illegalen Überlassung.*
	(5) Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist die Ab-	*Bisher Teil von Abs. 1 wird Abs. 5*

	ordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn deutsche Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges wie für die anderen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des Satzes 2 erfüllt.	
(3) Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung	**(6)** Dieses Gesetz ist mit Ausnahme von § 1b Satz 1, **§ 3a Abs. 2,** des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung	*Die Regelung wird richtlinienkonform angepasst. In den Fällen der der Nr. 1 bis 3 verhindert die Einbeziehung von § 3 a Abs. 2 die Nutzung der Ausnahmeregelungen zur langfristigen Lohnsenkung.*
1. zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,	1. zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag, ***die Voraussetzungen und zeitlichen Grenzen einer solchen Überlassung festlegt***,	In diesem Fall kann die Überlassung auch auf einen Dauerarbeitsplatz erfolgen, weil das einzige Ziel die Sicherung des Arbeitsplatzes beim Arbeitgeber ist. Zum Schutz vor Missbrauch genügt die Beschränkung auf tariflich geregelte Fälle.
2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,	2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird und die Überlassung nur ***vorübergehend gem. Abs. 2 und 3*** erfolgt,	*Definition und Beweislastregel zur vorübergehenden Überlassung greifen auch bei der konzerninternen Überlassung und bei der Kollegenhilfe. Das soll mögliche Missbräuche erschweren.*
2a. zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und	2a. zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich ***und vorübergehend gem. Abs. 2 und 3*** erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum	

beschäftigt wird, oder	Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, oder	
3. in das Ausland, wenn der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.	3. in das Ausland, wenn der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen ***vorübergehend gem. Abs. 2 und 3*** verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.	.
§ 3 Versagung	**§ 3 Versagung**	
(1) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller	(1) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller	
1. die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, über die Arbeitsvermittlung, über die Anwerbung im Ausland oder über die Ausländerbeschäftigung, die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält;	1. die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, über die Arbeitsvermittlung, über die Anwerbung im Ausland oder über die Ausländerbeschäftigung, die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält;	
2. nach der Gestaltung seiner Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die üblichen Arbeitge-	2. nach der Gestaltung seiner Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die üblichen Arbeitge-	

berpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen; 3. dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt. Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind.	berpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen; 3. dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt. ***Maßstab sind die Arbeitsbedingungen, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Ein Tarifvertrag kann für unbefristet beschäftigte Leiharbeitnehmer abweichende Regelungen zulassen, soweit bei seiner Anwendung nicht die gem. § 3a bestimmten Mindeststundenentgelte unterschritten werden.*** Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und ***unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer*** die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind. ***Eine abweichende tarifliche Regelung gilt ebenfalls nicht für Arbeitnehmer, deren unbefristet abgeschlossenes Leiharbeitsverhältnis im unmittelbaren Anschluss an ihre erste Überlassung durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet wurde, ohne dass da-***	*Es kommt nach der Rechtsprechung des BAG (13.3.2013 – 5 AZR 294/12) nicht darauf an, ob tatsächlich vergleichbare Arbeitnehmer beim Entleiher beschäftigt sind. S. 2 greift dies auf.* *Die Möglichkeit statt Gleichbehandlung nach Tarif zu bezahlen steht auch ausländischen Verleihern offen. Diese können nach den Regelungen des IPR heimische Tarifverträge nutzen, wenn das Entgelt während des Einsatzes mindestens die in § 3a vorgegebene Höhe – Mindestlohn gem. Rechtsverordnung und gleicher Lohn nach 9 Monaten Einsatzzeit - erreicht **oder für den Einsatz entsprechend angehoben** wird. Die in § 3a geregelten Lohnuntergrenzen gelten auch für den grenzüberschreitenden Personaleinsatz als Eingriffsnormen (Art. 9 Rom I VO).* *Nach S. 3 gilt die Ausnahme von der Gleichbehandlung nur für unbefristete Leiharbeitsverträge. Die Bezahlung nach einem Leiharbeitstarif ist dann gerechtfertigt, wenn der Verleiher auch das Risiko von Nichteinsatzzeiten trägt und durch den Tarif eine Kontinuität der Arbeitsbedingungen über mehrere Fremdfirmeneinsätze hinweg erreicht werden soll. Die neue Bestimmung soll verhindern, dass die Leiharbeitstarife zur bloßen Lohnsenkung („einstellen-überlassen-entlassen“) missbraucht werden. Bei Leiharbeitsverhältnis-*

	für in der Person oder im Verhalten des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund bestand. Eine solche Beendigung im unmittelbaren Anschluss liegt auch vor, wenn die Zeit zwischen dem Ende der ersten Überlassung und dem Ausscheiden kürzer ist als ein Viertel der gesamten Dauer der Erstüberlassung.	*sen, die nur einen Einsatz überdauern, gibt es keine unproduktiven Zwischenzeiten, die eine reduzierte Vergütung rechtfertigen. Hier ist nur „Equal Pay/Equal Treatment" angemessen.* *Die rückwirkende Unwirksamkeit einer vereinbarten tariflichen Regelung des Leiharbeitsverhältnisses soll erreichen, dass Überlassung und Leiharbeitsverhältnis nicht nachträglich zur Kostensenkung durch betriebsbedingte oder unbegründete Kündigung in den ersten 6 Monaten synchronisiert werden. Die 25%-Regel stellt sicher, dass die Regelung nicht mit kurzen einsatzfreien Zeiten oder „Zweitüberlassungen" umgangen werden kann.*
(2) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist ferner zu versagen, wenn für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 Betriebe, Betriebsteile oder Nebenbetriebe vorgesehen sind, die nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum liegen.	(2) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist ferner zu versagen, wenn für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 Betriebe, Betriebsteile oder Nebenbetriebe vorgesehen sind, die nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum liegen.	
(3) Die Erlaubnis kann versagt werden, wenn der Antragsteller nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder wenn eine Gesellschaft oder juristische Person den Antrag stellt, die entweder nicht nach deutschem Recht gegründet ist oder die weder ihren satzungsmäßigen Sitz noch ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat.	(3) Die Erlaubnis kann versagt werden, wenn der Antragsteller nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder wenn eine Gesellschaft oder juristische Person den Antrag stellt, die entweder nicht nach deutschem Recht gegründet ist oder die weder ihren satzungsmäßigen Sitz noch ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat.	

(4) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erhalten die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige. Den Staatsangehörigen dieser Staaten stehen gleich Gesellschaften und juristische Personen, die nach den Rechtsvorschriften dieser Staaten gegründet sind und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb dieser Staaten haben. Soweit diese Gesellschaften oder juristische Personen zwar ihren satzungsmäßigen Sitz, jedoch weder ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung innerhalb dieser Staaten haben, gilt Satz 2 nur, wenn ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum steht.	(4) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erhalten die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige. Den Staatsangehörigen dieser Staaten stehen gleich Gesellschaften und juristische Personen, die nach den Rechtsvorschriften dieser Staaten gegründet sind und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb dieser Staaten haben. Soweit diese Gesellschaften oder juristische Personen zwar ihren satzungsmäßigen Sitz, jedoch weder ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung innerhalb dieser Staaten haben, gilt Satz 2 nur, wenn ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum steht.	
(5) Staatsangehörige anderer als der in Absatz 4 genannten Staaten, die sich aufgrund eines internationalen Abkommens im Geltungsbereich dieses Gesetzes niederlassen und hierbei sowie bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als deutsche Staatsangehörige, erhalten die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige. Den Staatsangehörigen nach Satz 1	(5) Staatsangehörige anderer als der in Absatz 4 genannten Staaten, die sich aufgrund eines internationalen Abkommens im Geltungsbereich dieses Gesetzes niederlassen und hierbei sowie bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als deutsche Staatsangehörige, erhalten die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige. Den Staatsangehörigen nach Satz 1	

stehen gleich Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften des anderen Staates gegründet sind.	stehen gleich Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften des anderen Staates gegründet sind.	
§ 3a Lohnuntergrenze **(**1) Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind (vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien) und bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung miteinander vereinbart haben, können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam vorschlagen, diese als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen; die Mindeststundenentgelte können nach dem jeweiligen Beschäftigungsort differenzieren. Der Vorschlag muss für Verleihzeiten und verleihfreie Zeiten einheitliche Mindeststundenentgelte sowie eine Laufzeit enthalten. Der Vorschlag ist schriftlich zu begründen.	**§ 3a Lohnuntergrenze** (1) Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind (vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien) und bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung miteinander vereinbart haben, können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam vorschlagen, diese als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen; die Mindeststundenentgelte können nach dem jeweiligen Beschäftigungsort differenzieren. Der Vorschlag muss für Verleihzeiten und verleihfreie Zeiten einheitliche Mindeststundenentgelte sowie eine Laufzeit enthalten. Der Vorschlag ist schriftlich zu begründen.	
	(2) Nach einer Überlassungszeit von 9 Monaten hat ein Leiharbeitnehmer für die weitere Überlassungszeit an diesen Entleiher mindestens Anspruch auf ein Stundenentgelt, das dem eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers entspricht. Maßstab ist das Stundenentgelt, das der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre.	*Einfügen des neuen Abs. 2 gemäß der Vereinbarung im Koalitionsvertrag. Damit die Regelung auch bei grenzüberschreitendem Personaleinsatz greift, muss sie als absolute Lohnuntergrenze geregelt werden. Eventuell ist eine Übergangsregelung in § 19 sinnvoll, damit die Tarifverträge angepasst werden können.*

(2) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann in einer Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass die vorgeschlagenen tariflichen Mindeststundenentgelte nach Absatz 1 als verbindliche Lohnuntergrenze auf alle in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Arbeitgeber sowie Leiharbeitnehmer Anwendung findet. Der Verordnungsgeber kann den Vorschlag nur inhaltlich unverändert in die Rechtsverordnung übernehmen.	***(3)*** Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann in einer Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass die vorgeschlagenen tariflichen Mindeststundenentgelte nach Absatz 1 als verbindliche Lohnuntergrenze auf alle in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Arbeitgeber sowie Leiharbeitnehmer Anwendung findet. Der Verordnungsgeber kann den Vorschlag nur inhaltlich unverändert in die Rechtsverordnung übernehmen.	*Bisherige Absätze sind in der Nummerierung anzupassen.*
(3) Bei der Entscheidung nach Absatz 2 findet § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Tarifvertragsgesetzes entsprechend Anwendung. Der Verordnungsgeber hat bei seiner Entscheidung nach Absatz 2 im Rahmen einer Gesamtabwägung neben den Zielen dieses Gesetzes zu prüfen, ob eine Rechtsverordnung nach Absatz 2 insbesondere geeignet ist, die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten. Der Verordnungsgeber hat zu berücksichtigen 1. die bestehenden bundesweiten Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung und 2. die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien.	***(4)*** Bei der Entscheidung nach Absatz 3 findet § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Tarifvertragsgesetzes entsprechend Anwendung. Der Verordnungsgeber hat bei seiner Entscheidung nach Absatz 3 im Rahmen einer Gesamtabwägung neben den Zielen dieses Gesetzes zu prüfen, ob eine Rechtsverordnung nach Absatz 3 insbesondere geeignet ist, die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten. Der Verordnungsgeber hat zu berücksichtigen 1. die bestehenden bundesweiten Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung und 2. die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien.	
(4) Liegen mehrere Vorschläge nach Absatz 1	***(5)*** Liegen mehrere Vorschläge nach Absatz 1	

vor, hat der Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung nach Absatz 2 im Rahmen der nach Absatz 3 erforderlichen Gesamtabwägung die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien besonders zu berücksichtigen. Bei der Feststellung der Repräsentativität ist vorrangig abzustellen auf 1. die Zahl der jeweils in den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach Absatz 2 fallenden Arbeitnehmer, die bei Mitgliedern der vorschlagenden Arbeitgebervereinigung beschäftigt sind; 2. die Zahl der jeweils in den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach Absatz 2 fallenden Mitglieder der vorschlagenden Gewerkschaften. (5) Vor Erlass ist ein Entwurf der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales gibt Verleihern und Leiharbeitnehmern sowie den Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die im Geltungsbereich der Rechtsverordnung zumindest teilweise tarifzuständig sind, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab dem Tag der Bekanntmachung des Entwurfs der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist wird der in § 5 Absatz 1 Satz 1 des Tarifvertragsgesetzes genannte Ausschuss mit dem Vorschlag befasst. (6) Nach Absatz 1 vorschlagsberechtigte Tarifver-	vor, hat der Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung nach Absatz 3 im Rahmen der nach Absatz 4 erforderlichen Gesamtabwägung die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien besonders zu berücksichtigen. Bei der Feststellung der Repräsentativität ist vorrangig abzustellen auf 1. die Zahl der jeweils in den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 fallenden Arbeitnehmer, die bei Mitgliedern der vorschlagenden Arbeitgebervereinigung beschäftigt sind; 2. die Zahl der jeweils in den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 fallenden Mitglieder der vorschlagenden Gewerkschaften. ***(6)*** Vor Erlass ist ein Entwurf der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales gibt Verleihern und Leiharbeitnehmern sowie den Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die im Geltungsbereich der Rechtsverordnung zumindest teilweise tarifzuständig sind, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab dem Tag der Bekanntmachung des Entwurfs der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist wird der in § 5 Absatz 1 Satz 1 des Tarifvertragsgesetzes genannte Ausschuss mit dem Vorschlag befasst.	

tragsparteien können gemeinsam die Änderung einer nach Absatz 2 erlassenen Rechtsverordnung vorschlagen. Die Absätze 1 bis 5 finden entsprechend Anwendung.	***(7)*** Nach Absatz 1 vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien können gemeinsam die Änderung einer nach Absatz 3 erlassenen Rechtsverordnung vorschlagen. Die Absätze 1 bis 6 finden entsprechend Anwendung.	
§ 9 Unwirksamkeit Unwirksam sind: 1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat,	**§ 9 Unwirksamkeit** Unwirksam sind: 1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat***, die Überlassung nicht vorübergehend im Sinne von § 1 Abs. 2 erfolgt oder die Überlassung nicht im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach diesem Gesetz kenntlich gemacht wurde,***	*Die Bestimmung bereitet **das fingierte Arbeitsverhältnis für alle Formen von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen und für die dauerhafte Ersetzung von Stammpersonal durch Leiharbeitnehmer vor**. Die Überlassungserlaubnis deckt nur noch die offen betriebene legale Überlassung, die durch einen (vorübergehenden) Flexibilisierungsbedarf beim Entleiher gerechtfertigt ist.* *Nicht erfasst von der Unwirksamkeitsfolge werden aus rechtlichen Gründen die illegale Überlassung ausländischer Arbeitnehmer mit Entsendebescheinigung – hier greift der neue § 10 Abs. 7.*
2. Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entlei-	2. Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entlei-	

hers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen; ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren; eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind,	hers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen; ***Maßstab sind die Arbeitsbedingungen, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre***. Ein Tarifvertrag kann ***für unbefristet beschäftigte*** Leiharbeitnehmer abweichende Regelungen zulassen, ***soweit bei seiner Anwendung nicht die gem. § 3a bestimmten Mindeststundenentgelte unterschritten werden***; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und ***unbefristet*** beschäftigte Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren; eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind; ***eine abweichende tarifliche Regelung gilt ebenfalls nicht für Arbeitnehmer, deren unbefristet abgeschlossenes Leiharbeitsverhältnis im unmittelbaren Anschluss an ihre erste Überlassung durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet wurde, ohne dass dafür in der Person oder im Verhalten des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund bestand; eine solche Beendigung im unmittelbaren Anschluss liegt auch vor, wenn die Zeit zwischen dem Ende der ersten Überlassung und dem Ausscheiden kürzer ist als ein Viertel der gesamten Dauer der Erst-***	*Vgl. Erläuterung zu § 3*

	überlassung,	
2a. Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13b beschränken,	2a. Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13b beschränken,	
3. Vereinbarungen, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht; dies schließt die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenem Verleih oder mittels vorangegangenem Verleih erfolgte Vermittlung nicht aus,	3. Vereinbarungen, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht; dies schließt die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenem Verleih oder mittels vorangegangenem Verleih erfolgte Vermittlung nicht aus,	
4. Vereinbarungen, die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen,	4. Vereinbarungen, die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen,	
5. Vereinbarungen, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat.	5. Vereinbarungen, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat.	

§ 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen	**§ 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen**	
(1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. Das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Für das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Im Übrigen bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen; sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe. Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt.	(1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit ***wegen Wegfall der Überlassungserlaubnis*** erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. Das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Für das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Im Übrigen bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen ***mit Ausnahme der Regelungen über Ausschluss- und Verfallfristen; Maßstab sind die Arbeitsbedingungen, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim***	*Sanktion für die Überlassung ohne Erlaubnis und für Scheinwerk- und Scheindienstverträge ist ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Damit werden Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis wieder zusammengeführt und der mit solchen Gestaltungen regelmäßig verbundene Missbrauch rückwirkend beseitigt. Nur für den ganz seltenen Entzug der Überlassungserlaubnis und den Ablauf der Nachwirkungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 greift bei Rücknahme und Widerruf, §§ 4 Abs. 1 Satz 2 und 5 Abs. 2 Satz 2) bleibt es bei der Fiktion ab dem Ende der Nachwirkungsfrist.* *Diese Sanktion sollte bei verdeckter illegaler Überlassung wirksamer als bisher werden, wenn sie mit den veränderten Beweislastregeln verbunden wird. Für den Nutzer illegaler Überlassung ist dann jeder unzufriedene Arbeitnehmer, der sich einklagt, ein erhebliches Risiko.* *Für das fingierte Arbeitsverhältnis können die Nachforderungsansprüche der Leiharbeitnehmer nicht durch Ausschlussfristen reduziert werden.*

	Entleiher eingestellt worden wäre. Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt.	*Diese Regelung dient der Klarstellung*
(2) Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Unwirksamkeit seines Vertrages mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 von diesem Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer den Grund der Unwirksamkeit kannte.	(2) Der Leiharbeitnehmer kann im Fall der Unwirksamkeit seines Vertrags mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 von diesem Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer den Grund der Unwirksamkeit kannte.	
3) Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, obwohl der Vertrag nach § 9 Nr. 1 unwirksam ist, so hat er auch sonstige Teile des Arbeitsentgelts, die bei einem wirksamen Arbeitsvertrag für den Leiharbeitnehmer an einen anderen zu zahlen wären, an den anderen zu zahlen. Hinsichtlich dieser Zahlungspflicht gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner.	(3) Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, obwohl der Vertrag nach § 9 Nr. 1 unwirksam ist, so hat er auch sonstige Teile des Arbeitsentgelts, die bei einem wirksamen Arbeitsvertrag für den Leiharbeitnehmer an einen anderen zu zahlen wären, an den anderen zu zahlen. Hinsichtlich dieser Zahlungspflicht gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner.	
(4) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Soweit ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft (§ 3 Absatz 1 Nummer 3, § 9 Nummer 2),	(4) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. ***Maßstab sind die Arbeitsbedingungen, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt***	*Die Bestimmung regelt den Anspruch auf Gleichbehandlung mit dem Personal des Entleihers. Ein abweichender Tarifvertrag greift nur für unbefristet beschäftigte Leiharbeitnehmer (§ 9 Nr. 2). Für den Fall einer unwirksamen Tarifbezugnahme und natürlich auch bei Vereinbarung von unwirksamen Tarifverträgen können die Nachforderungsansprüche der Leiharbeitnehmer nicht durch einzelvertragliche Ausschlussfristen redu-*

hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Soweit ein solcher Tarifvertrag die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für jede Arbeitsstunde das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers für eine Arbeitsstunde zu zahlende Arbeitsentgelt zu gewähren. Im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nummer 2 hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.	***worden wäre. Soweit ein auf das unbefristete Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft (§ 3 Absatz 1 Nummer 3, § 9 Nummer 2), hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Dabei dürfen zu keinem Zeitpunkt die gem. § 3a bestimmten Mindeststundenentgelte unterschritten werden.*** Im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nummer 2 hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. ***Maßstab sind die Arbeitsbedingungen, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Der Vergütungsanspruch des Leiharbeitnehmers ist unabdingbar und durch Verfall- oder Ausschlussfristen nicht regelbar.***	*ziert werden. Damit waren zwischen 2008 und 2010 die Nachforderungsansprüche nach den unwirksamen CGZP-Tarifen in sehr vielen Fällen praktisch beseitigt worden.* *Die Regelung über die Anwendung von Tarifverträgen ist so verändert worden, dass auch ausländische Verleiher, die ihre Leiharbeitnehmer nach ausländischen Tarifverträgen bezahlen, diese beibehalten können, wenn sie die Vergütungen mindestens auf das in § 3a vorgegebene Niveau anheben.*
(5) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer mindestens das in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 für die Zeit der Überlassung und für Zeiten ohne Überlassung festgesetzte Mindeststundenentgelt zu zahlen.		Der bisherige Abs. 5 ist funktionslos und entfällt; die Rechtsfolge ergibt sich bereits aus Abs. 4.
	(5) Für die Erfüllung der Vergütungspflicht des Verleihers nach Abs. 4 haftet der Entleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge, soweit ihm der Arbeitnehmer gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen wurde. Er kann die Zahlung	*Bislang gab es nur eine Bürgenhaftung des Entleihers für die Sozialversicherungsbeiträge. Nunmehr soll sie auch die gesamte Vergütung erfassen. Das zwingt den Entleiher, darauf zu achten, dass der eingesetzte Verleiher seine*

	verweigern, solange der Arbeitnehmer den Verleiher nicht gemahnt hat und die Mahnfrist nicht abgelaufen ist.	*Pflichten erfüllt.*
	(6) Entsteht nur aufgrund der zwingenden Zuordnung des in Deutschland abhängig Beschäftigten zu einem ausländischen Sozialversicherungssystem auf Grund einer erteilten Entsendebescheinigung kein Arbeitsverhältnis zum Empfänger der Arbeitsleistung nach Abs. 1, stehen dem abhängig Beschäftigten gegen den Empfänger der Arbeitsleistung gleichwohl mindestens die Ansprüche auf Vergütung zu, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Empfängers der Arbeitsleistung üblicherweise für die Leistung der Dienste erhielte zuzüglich des Betrags, den der Leistungsempfänger als Arbeitgeberanteil in den Sozialversicherungssystemen entrichten müsste. Geleistete Zahlungen des Arbeitgebers sowie abgeführte Sozialversicherungsbeiträge sind anzurechnen. Der Anspruch ist unabdingbar und durch Verfall- oder Ausschlussfristen nicht regelbar. Die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen richtet sich nach dem ausländischen Sozialversicherungssystem, dem der Leiharbeitnehmer für die Zeit der illegalen Überlassung auf Grund der erteilten Entsendebescheinigung zugeordnet bleibt.	*Diese neue Regelung ist von grundlegender Bedeutung. Sie schafft erstmals seit ca. 2006 einen ernsthaften Haftungstatbestand für Unternehmen und Privatpersonen, die illegale Überlassung aus dem Ausland nutzen, die durch Entsendebescheinigungen der überlassenen Mitarbeiter abgesichert ist. Sie müssen nun auch ohne fingiertes Arbeitsverhältnis, das wegen der Entsendebescheinigung nicht möglich ist, mit voller Haftung für den in Deutschland üblichen Lohn rechnen. Diesen Anspruch haben die illegal überlassenen Arbeitnehmer. Nehmen diese Arbeitnehmer staatliche Sozialleistungen in Anspruch können die Leistungsträger Zugriff auf diese Forderung nehmen.* *Die Illegal tätigen Verleiher halten regelmäßig die Bestimmungen gem. § 3a zur Mindestvergütung nicht ein und haften bereits nach diesen Regeln. Sie begehen mit der illegalen Überlassung auch eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1.*

§ 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis	**§ 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis**	
(1) Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses richtet sich nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes. Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 des Nachweisgesetzes genannten Angaben sind in die Niederschrift aufzunehmen: 1. Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1, 2. Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist.	(1) Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses richtet sich nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes. Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 des Nachweisgesetzes genannten Angaben sind in die Niederschrift aufzunehmen: 1. Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1, 2. Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist.	
(2) Der Verleiher ist ferner verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluß ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt dieses Gesetzes auszuhändigen. Nichtdeutsche Leiharbeitnehmer erhalten das Merkblatt und den Nachweis nach Absatz 1 auf Verlangen in ihrer Muttersprache. Die Kosten des Merkblatts trägt der Verleiher.	(2) Der Verleiher ist ferner verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt dieses Gesetzes auszuhändigen. Nichtdeutsche Leiharbeitnehmer erhalten das Merkblatt und den Nachweis nach Absatz 1 auf Verlangen in ihrer Muttersprache. Die Kosten des Merkblatts trägt der Verleiher.	
(3) Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rück-	(3) Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rück-	

nahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.	nahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.	
(4) § 622 Abs. 5 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht auf Arbeitsverhältnisse zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern anzuwenden. Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) kann nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden; § 615 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt. Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung kann durch Vereinbarung von Kurzarbeit für die Zeit aufgehoben werden, für die dem Leiharbeitnehmer Kurzarbeitergeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gezahlt wird; eine solche Vereinbarung kann das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bis längstens zum 31. Dezember 2011 ausschließen.	(4) § 622 Abs. 5 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht auf Arbeitsverhältnisse zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern anzuwenden. Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ***insbesondere für Zeiten nach Ende einer Überlassung, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen wird, kann nur durch auf das Leiharbeitsverhältnis anzuwendende tarifvertragliche Arbeitszeitregelungen aufgehoben oder beschränkt werden*****;** § 615 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt. Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung kann durch Vereinbarung von Kurzarbeit für die Zeit aufgehoben werden, für die dem Leiharbeitnehmer Kurzarbeitergeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gezahlt wird; eine solche Vereinbarung kann das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bis längstens zum 31. Dezember 2011 ausschließen.	*Die ergänzte Bestimmung soll sicherstellen, dass die Risikotragung für Nichteinsatzzeiten oder Einsatzzeiten mit verkürzter Wochenarbeitszeit nicht über arbeitsvertraglich vereinbarte oder in Betriebsvereinbarungen geregelte Arbeitszeitkontensysteme auf die Arbeitnehmer verlagert wird. Dies kommt in der Praxis vor uns führt zur Lohnkürzung. Tariflich geregelte Arbeitszeitkontensysteme bleiben möglich. Hier kann davon ausgegangen werden, dass die Tarifpartner den Lohnnachteil an anderer Stelle ausgleichen.*
(5) Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfs nach Satz 1 hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzu-	***(5) Die Überlassung von Arbeitnehmern auf Arbeitsplätze, die unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen sind, ist verboten und darf nicht fortgesetzt werden. Dies gilt auch für die Überlassung von Leiharbeitnehmern auf die bislang von anderen streikenden oder ausge-***	*Das im Koalitionsvertrag vorgesehene Verbot der „Streikbrecherarbeit“ ist eindeutig formuliert. Es bezieht sich auf arbeitskampfbetroffene Arbeitsplätze. Es wäre nicht gerechtfertigt den Einsatz von Leiharbeitnehmern in einem Betrieb, der nur teilweise von einem Arbeitskampf betroffen ist*

weisen.	***sperrten Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze.***	*(Streikaufruf nur gewerbliche Arbeitnehmer) insgesamt zu untersagen. Das Verbot erfasst auch den Einsatz von Leiharbeitnehmern an Stelle von selbst streikenden Leiharbeitnehmern. Dieser Fall kann in Zukunft eintreten, wenn Leiharbeitnehmer selbst das Mittel des Arbeitskampfes einsetzen, um ihre eigenen Tarifverträge zu verbessern. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern für Notdienstarbeiten bleibt möglich, weil sie in diesem Fall keine Arbeitnehmer ersetzen, die am Arbeitskampf teilnehmen. Der Betriebsrat kann dem Einsatz von Leiharbeitnehmern in diesen Fällen gem. § 99 Abs. 2 Nr.1 BetrVG wirksam widersprechen.*
(6) Die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher unterliegt den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts; die hieraus sich ergebenden Pflichten für den Arbeitgeber obliegen dem Entleiher unbeschadet der Pflichten des Verleihers. Insbesondere hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer vor Beginn der Beschäftigung und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich über Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er bei der Arbeit ausgesetzt sein kann, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu unterrichten. Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer zusätzlich über die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie über erhöhte besondere Gefahren des Arbeitsplatzes zu unterrichten.	(6) Die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher unterliegt den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts; die hieraus sich ergebenden Pflichten für den Arbeitgeber obliegen dem Entleiher unbeschadet der Pflichten des Verleihers. Insbesondere hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer vor Beginn der Beschäftigung und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich über Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er bei der Arbeit ausgesetzt sein kann, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu unterrichten. Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer zusätzlich über die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie über erhöhte besondere Gefahren des Arbeitsplatzes zu unterrichten.	

(7) Hat der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Tätigkeit bei dem Entleiher eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag gemacht, so gilt der Entleiher als Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen.	(7) Hat der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Tätigkeit bei dem Entleiher eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag gemacht, so gilt der Entleiher als Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen.	
§ 12 **Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher**	**§ 12** **Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher**	
(1) Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform. In der Urkunde hat der Verleiher zu erklären, ob er die Erlaubnis nach § 1 besitzt. Der Entleiher hat in der Urkunde anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist sowie welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten; Letzteres gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 genannten Ausnahme vorliegen.	(1) Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform. In der Urkunde hat der Verleiher zu erklären, ob er die Erlaubnis nach § 1 besitzt. Der Entleiher hat in der Urkunde anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist sowie welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten; Letzteres gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 genannten Ausnahme vorliegen. ***In diesem Fall hat der Verleiher die angewandte Tarifregelung zu benennen und die Eingruppierung und Vergütung der überlassenen Arbeitnehmer anzugeben.***	*Die weiteren Angaben sind erforderlich, weil der Entleiher gem. § 10 Abs. 5 für die Vergütung als Bürge haftet.*

(2) Der Verleiher hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rücknahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.	***(2) Der Entleiher hat in der Urkunde anzugeben, aus welchem Grund der Bedarf für die Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers bei ihm nur vorübergehend (§ 1 Abs. 2) besteht. Fehlt eine solche Angabe oder ist sie unvollständig oder falsch, so wird vermutet, dass es sich um einen nicht vorübergehenden Bedarf handelt.*** (3) Der Verleiher hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rücknahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.	*Die Begründungspflicht soll dem Leiharbeitnehmer bei Verletzung des Verbots der vorübergehenden Überlassung den Nachweis im Konfliktfall erleichtern. Sie soll den Entleiher zwingen, sich insoweit festzulegen. Das erschwert die nachträgliche „Konstruktion" von Begründungen. Auch die Mitbestimmung nach § 99 BetrVG wird so erleichtert, weil der Betriebsrat die angegebenen Gründe einfacher kontrollieren kann.*
§ 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Überlassung von seinem Entleiher Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen; dies gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 genannten Ausnahme vorliegen.	**§ 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers** Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Überlassung von seinem Entleiher ***jederzeit*** Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. ***Ebenso kann er Auskunft über die Dauer der Einsatzzeiten von anderen Leiharbeitnehmern auf seinem Arbeitsplatz und den Grund des vorübergehenden Einsatzes verlangen.***	*In der Praxis hatten die Arbeitnehmer bei der missbräuchlichen Nutzung von Leiharbeitstarifen erhebliche Probleme, die Informationen über die Vergütung beim Entleiher zu erhalten, mit denen sie Lohnansprüche gegen den Verleiher geltend machen konnten. Das soll durch den jederzeitigen Auskunftsanspruch verhindert werden. Er erleichtert auch die Kontrolle, ob § 3a Abs. 2 – gleicher Lohn nach 9 Monaten – eingehalten wird.* *Der Leiharbeitnehmer kann auch Auskunft über den Einsatz anderer Leiharbeitnehmer auf seinem Arbeitsplatz verlangen, um prüfen zu kön-*

		nen, ob die Voraussetzungen eines vorübergehenden Einsatzes tatsächlich vorliegen.
§ 15a Entleih von Ausländern ohne Genehmigung	**§ 15a Entleih von Ausländern ohne Genehmigung**	
(1) Wer als Entleiher einen ihm überlassenen Ausländer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, zu Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses tätig werden läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeitnehmer stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren; ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt.	(1) Wer als Entleiher einen ihm überlassenen Ausländer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, zu Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses tätig werden lässt, ***die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit beim Entleiher ausüben,*** wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren; ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt.	*Hier soll sichergestellt werden, dass nicht die evtl. niedrigen Leiharbeitsvergütungen Bemessungsgrundlage für eine sittenwidrige Vergütung sind. Dadurch wird von der Nutzung solcher Gestaltungen zur illegalen Kostensenkung abgeschreckt.*
(2) Wer als Entleiher	(2) Wer als Entleiher	
1. gleichzeitig mehr als fünf Ausländer, die einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestat-	1. gleichzeitig mehr als fünf Ausländer, die einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestat-	

tung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzen, tätig werden läßt oder	tung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzen, tätig werden läßt oder	
2. eine in § 16 Abs. 1 Nr. 2 bezeichnete vorsätzliche Zuwiderhandlung beharrlich wiederholt,	2. eine in § 16 Abs. 1 Nr. 2 bezeichnete vorsätzliche Zuwiderhandlung beharrlich wiederholt,	
wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter aus grobem Eigennutz, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.	wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter aus grobem Eigennutz, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.	
§ 16 Ordnungswidrigkeiten	**§ 16 Ordnungswidrigkeiten**	
(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig	(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig	
1. entgegen § 1 einen Leiharbeitnehmer einem Dritten ohne Erlaubnis überläßt,	***1.*** ***entgegen § 1 einen Leiharbeitnehmer überlässt, obgleich er nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat, die Überlassung des Leiharbeitnehmers bei vorhandener Erlaubnis nicht nur vorübergehend erfolgt oder nicht im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach diesem Gesetz kenntlich gemacht wurde,***	*Alle Formen der illegalen Überlassung und des illegalen Ausleihens sind damit bußgeldbewehrt.*
1a. einen ihm von einem Verleiher ohne Erlaubnis	***1a.*** ***einen ihm von einem Verleiher unter Verstoß***	

überlassenen Leiharbeitnehmer tätig werden läßt,	***gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1 überlassenen Leiharbeitnehmer tätig werden lässt,***	
1b. entgegen § 1b Satz 1 Arbeitnehmer überläßt oder tätig werden läßt,	1b. entgegen § 1b Satz 1 Arbeitnehmer überläßt oder tätig werden läßt,	
2. einen ihm überlassenen ausländischen Leiharbeitnehmer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, tätig werden läßt,	2. einen ihm überlassenen ausländischen Leiharbeitnehmer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, tätig werden läßt,	
2a. eine Anzeige nach § 1a nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,	2a. eine Anzeige nach § 1a nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,	
3. einer Auflage nach § 2 Abs. 2 nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt,	3. einer Auflage nach § 2 Abs. 2 nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt,	
4. eine Anzeige nach § 7 Abs. 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,	4. eine Anzeige nach § 7 Abs. 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,	
5. eine Auskunft nach § 7 Abs. 2 Satz 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt,	5. eine Auskunft nach § 7 Abs. 2 Satz 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt,	

6. seiner Aufbewahrungspflicht nach § 7 Abs. 2 Satz 4 nicht nachkommt,	6. seiner Aufbewahrungspflicht nach § 7 Abs. 2 Satz 4 nicht nachkommt,	
6a. entgegen § 7 Abs. 3 Satz 2 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet,	6a. entgegen § 7 Abs. 3 Satz 2 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet,	
7. eine statistische Meldung nach § 8 Abs. 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt,	7. eine statistische Meldung nach § 8 Abs. 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt,	
7a. entgegen § 10 Absatz 4 eine Arbeitsbedingung nicht gewährt,	7a. ***entgegen § 10 Absatz 4 eine Arbeitsbedingung, insbesondere das in § 3a festgelegte Mindeststundenentgelt nicht gewährt,***	*Die erweiterte Nr. 7a erfasst alle Verletzungen der Pflicht zur Zahlung eine Mindestentgelts nach § 3a*
7b. entgegen § 10 Absatz 5 in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 Satz 1 das dort genannte Mindeststundenentgelt nicht zahlt,		
8. einer Pflicht nach § 11 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht nachkommt,	8. einer Pflicht ***nach § 11*** nicht nachkommt,	*Hier soll auch die Nutzung illegaler Arbeitszeitsysteme zur Kostensenkung und die illegale Überlassung als Streikbrecher sanktioniert werden.*
9. entgegen § 13a Satz 1 den Leiharbeitnehmer nicht, nicht richtig oder nicht vollständig informiert,	9. entgegen ***§§ 13 und*** 13a Satz 1 den Leiharbeitnehmer nicht, nicht richtig oder nicht vollständig informiert,	*Damit soll auch der erweiterte Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher, der insbesondere bei längerer Überlassung*

		(§ 3a Abs. 2) praktisch wichtig ist, verstärkt werden.
10. entgegen § 13b Satz 1 Zugang nicht gewährt,	10. entgegen § 13b Satz 1 Zugang nicht gewährt,	
11. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 1 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes eine Prüfung nicht duldet oder bei dieser Prüfung nicht mitwirkt,	11. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 1 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes eine Prüfung nicht duldet oder bei dieser Prüfung nicht mitwirkt,	
12. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 1 Satz 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes das Betreten eines Grundstücks oder Geschäftsraums nicht duldet,	12. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 1 Satz 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes das Betreten eines Grundstücks oder Geschäftsraums nicht duldet,	
13. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 3 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes Daten nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig übermittelt,	13. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 3 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes Daten nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig übermittelt,	
14. entgegen § 17b Absatz 1 Satz 1 eine Anmeldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zuleitet,	14. entgegen § 17b Absatz 1 Satz 1 eine Anmeldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zuleitet,	
15. entgegen § 17b Absatz 1 Satz 2 eine Ände-	15. entgegen § 17b Absatz 1 Satz 2 eine Ände-	

rungsmeldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig macht, 16. entgegen § 17b Absatz 2 eine Versicherung nicht beifügt, 17. entgegen § 17c Absatz 1 eine Aufzeichnung nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erstellt oder nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt oder 18. entgegen § 17c Absatz 2 eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise bereithält. (2) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 bis 1b, 6 und 11 bis 18 kann mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2, 7a und 7b mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2a, 3, 9 und 10 mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 4, 5, 6a, 7 und 8 mit einer Geldbuße bis zu tausend Euro geahndet werden. (3) Verwaltungsbehörden im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten	rungsmeldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig macht, 16. entgegen § 17b Absatz 2 eine Versicherung nicht beifügt, 17. entgegen § 17c Absatz 1 eine Aufzeichnung nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erstellt oder nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt oder 18. entgegen § 17c Absatz 2 eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise bereithält. (2) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 bis 1b, 6 und 11 bis 18 kann mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2, 7a und 7b mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2a, 3, 9 und 10 mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 4, 5, 6a, 7 und 8 mit einer Geldbuße bis zu tausend Euro geahndet werden. (3) Verwaltungsbehörden im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten	

sind für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 1 bis 2a, 7b sowie 11 bis 18 die Behörden der Zollverwaltung, für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 3 bis 7a sowie 8 bis 10 die Bundesagentur für Arbeit. (4) § 66 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch gilt entsprechend. (5) Die Geldbußen fließen in die Kasse der zuständigen Verwaltungsbehörde. Sie trägt abweichend von § 105 Abs. 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten die notwendigen Auslagen und ist auch ersatzpflichtig im Sinne des § 110 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.	sind für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 1 bis 2a, 7b sowie 11 bis 18 die Behörden der Zollverwaltung, für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 3 bis 7a sowie 8 bis 10 die Bundesagentur für Arbeit. (4) § 66 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch gilt entsprechend. (5) Die Geldbußen fließen in die Kasse der zuständigen Verwaltungsbehörde. Sie trägt abweichend von § 105 Abs. 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten die notwendigen Auslagen und ist auch ersatzpflichtig im Sinne des § 110 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.	

Bisherige Fassung	Regelungsvorschlag	Erläuterung
Bürgerliches Gesetzbuch **§ 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag** **(**1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.	**Bürgerliches Gesetzbuch** **§ 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag** **(**1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein. ***(3) Wird der Verpflichtete in der Betriebsorganisation des Leistungsempfängers tätig, so wird vermutet, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt. Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass der Verpflichtete als Selbständiger insbesondere im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags tätig wird.***	*Abs. 3 übernimmt die vorgeschlagene Vermutung aus dem AÜG für sog. Solo-Selbständige und erleichtert es diesen, sich bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses einzuklagen.* *Die Regelung erhöht das Risiko solcher Vertragskonstruktionen, indem sie die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines echten Werk- oder Dienstvertrages auf den Leistungsempfänger als möglichen Arbeitgeber verlagert. Der Verpflichtete muss nur noch beweisen, dass er in der fremden Betriebsorganisation gearbeitet hat. Dazu genügt es nicht, dass er auf dem Betriebsgelände tätig war und z.B. Wartungsarbeiten erledigt hat. Er muss an der Produktion oder Dienstleistung des Betriebes mitgewirkt haben. Dann ist es Sache des Leistungsempfängers*

		nachzuweisen, dass das im Rahmen eine echten Werk- oder freien Dienstvertrags als Selbständiger geschah. Ansonsten ist das Arbeitsverhältnis bewiesen.
§ 612 Vergütung (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.	**§ 612 Vergütung** (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.	
(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.	(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.	
(3) (weggefallen)	***(3) Abweichende Vereinbarungen, die für die Vergütung eines Arbeitnehmers an Leistungsmerkmale anknüpfen, dürfen den arbeitsvertraglichen oder tariflich festgelegten oder üblichen Stundenlohn oder den anwendbaren gesetzlichen Mindestlohn zu keiner Zeit unterschreiten.***	*Die Regelung in Abs. 3 und 4 schützt vor der Umgehung arbeitsvertraglicher und tariflicher Stundenlöhne und des zwingenden gesetzlichen Mindestlohns durch dubiose Stücklohnregeln, die in der Praxis recht verbreitet sind.*
	(4) Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Indizien beweist, die einen Verstoß gegen Abs. 3 vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen dieses Verbots vorliegt. Ein solches Indiz ist insbesondere das Fehlen einer funktionierenden Arbeitszeiterfassung.	*Die Beweislastregel in Abs. 4 hilft den Betroffenen, ihre Ansprüche durchzusetzen.*
	(5) Entsteht nur aufgrund der zwingenden Zu-	*Hier ist die Haftung des Dienstgebers gegenüber*

	ordnung des in Deutschland abhängig Beschäftigten zu einem ausländischen Sozialversicherungssystem auf Grund einer erteilten Entsendebescheinigung kein Arbeitsverhältnis zum Dienstgeber, stehen dem abhängig Beschäftigten gegen den Dienstgeber gleichwohl mindestens die Ansprüche auf Vergütung zu, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Dienstgebers üblicherweise für die Leistung der Dienste erhielte zuzüglich des Betrags, den der Leistungsempfänger als Arbeitgeberanteil in den Sozialversicherungssystemen entrichten müsste. Der Anspruch ist unabdingbar und durch Verfall- oder Ausschlussfristen nicht regelbar. Die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen richtet sich nach dem ausländischen Sozialversicherungssystem, dem der abhängig Beschäftigte für die Zeit der Beschäftigung auf Grund der erteilten Entsendebescheinigung zugeordnet bleibt.	***Scheinselbständigen mit Entsendebescheinigung** festgelegt, die häufig von Schleppern vermittelt werden. Die Regelung zur Vergütung soll den Anspruch von mit Entsendebescheinigung tätigen Solo-Selbständigen gegen den Empfänger der Dienstleistung absichern und Lohndumping mit Hilfe von Entsendebescheinigungen erschweren. Der Nutzer solcher Leistungen lebt mit dem Risiko erheblicher Nachforderungen.*

Bisherige Fassung	Regelungsvorschlag	Erläuterung
Betriebsverfassungsgesetz **§ 80 Allgemein Aufgaben** (1) Der Betriebsrat hat folgende allgemeine Aufgaben: 1. darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden; 2. Maßnahmen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, beim Arbeitgeber zu beantragen; 2a. die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und dem beruflichen Aufstieg, zu fördern; 2b. die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern; 3. Anregungen von Arbeitnehmern und der Jugend- und Auszubildendenvertretung entgegenzunehmen und, falls sie berechtigt erscheinen, durch Verhandlungen mit dem Arbeitgeber auf eine Erledigung hinzuwirken; er hat die betreffenden Arbeitnehmer über den Stand und das	**Betriebsverfassungsgesetz** **§ 80 Allgemeine Aufgaben** (1) Der Betriebsrat hat folgende allgemeine Aufgaben: 1. darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden; 2. Maßnahmen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, beim Arbeitgeber zu beantragen; 2a. die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und dem beruflichen Aufstieg, zu fördern; 2b. die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern; 3. Anregungen von Arbeitnehmern und der Jugend- und Auszubildendenvertretung entgegenzunehmen und, falls sie berechtigt erscheinen, durch Verhandlungen mit dem Arbeitgeber auf eine Erledigung hinzuwirken; er hat die betreffenden Arbeitnehmer über den Stand und das	

Ergebnis der Verhandlungen zu unterrichten; 4. die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen zu fördern; 5. die Wahl einer Jugend- und Auszubildendenvertretung vorzubereiten und durchzuführen und mit dieser zur Förderung der Belange der in § 60 Abs. 1 genannten Arbeitnehmer eng zusammenzuarbeiten; er kann von der Jugend- und Auszubildendenvertretung Vorschläge und Stellungnahmen anfordern; 6. die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zu fördern; 7. die Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb und das Verständnis zwischen ihnen und den deutschen Arbeitnehmern zu fördern, sowie Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb zu beantragen; 8. die Beschäftigung im Betrieb zu fördern und zu sichern; 9. Maßnahmen des Arbeitsschutzes und des betrieblichen Umweltschutzes zu fördern. (2) Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die	Ergebnis der Verhandlungen zu unterrichten; 4. die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen zu fördern; 5. die Wahl einer Jugend- und Auszubildendenvertretung vorzubereiten und durchzuführen und mit dieser zur Förderung der Belange der in § 60 Abs. 1 genannten Arbeitnehmer eng zusammenzuarbeiten; er kann von der Jugend- und Auszubildendenvertretung Vorschläge und Stellungnahmen anfordern; 6. die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zu fördern; 7. die Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb und das Verständnis zwischen ihnen und den deutschen Arbeitnehmern zu fördern, sowie Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb zu beantragen; 8. die Beschäftigung im Betrieb zu fördern und zu sichern; 9. Maßnahmen des Arbeitsschutzes und des betrieblichen Umweltschutzes zu fördern. (2) Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die	

Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen. Soweit es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, hat der Arbeitgeber ihm sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen; er hat hierbei die Vorschläge des Betriebsrats zu berücksichtigen, soweit betriebliche Notwendigkeiten nicht entgegenstehen.	Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; ***im Rahmen der Zurverfügungstellung von Unterlagen*** ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen. Soweit es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, hat der Arbeitgeber ihm sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen; er hat hierbei die Vorschläge des Betriebsrats zu berücksichtigen, soweit betriebliche Notwendigkeiten nicht entgegenstehen.	*Übernahme der Regelung aus BR Ds. 687/13 vom 11.9.2013*
	(3) Sind Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, in seiner Betriebsorganisation tätig, hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat auf Verlangen seine Verträge mit diesen Personen oder mit deren Arbeit- oder Auftraggebern einschließlich der Unterlagen über Einsatztage und Einsatzzeiten sowie Informationen zu den Arbeitsaufgaben und den Arbeitsabläufen einschließlich der Zusammenarbeit mit den übrigen Betriebsangehörigen zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung zur Unterrichtung des Betriebsrats nach § 99a bleibt davon unberührt.	*Übernahme der Regelung aus BR Ds. 687/13 vom 11.9.2013 mit der Änderung „Betriebsorganisation“ statt „Betriebsgelände“. Damit sollen auch Gestaltungen erfasst werden, die zwar außerhalb des Betriebsgeländes, aber innerhalb der fremdbestimmten Betriebsorganisation abgewickelt werden (z.B. vernetzte Arbeitsplätze). Aufgreifen der ständigen Rechtsprechung (z.B. LAG Schleswig Holstein 5.6.2013 – 3 TaBV 6/12 m.w.N.), dass die vollständigen Verträge beim Fremdpersonaleinsatz vorzulegen sind. Wenn der Betriebsrat keine Vorlage verlangt, greift nach einem Monat die Vorlagepflicht des § 99a.*
(3) Der Betriebsrat kann bei der Durchführung	***(4)*** Der Betriebsrat kann bei der Durchführung	

seiner Aufgaben nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. (4) Für die Geheimhaltungspflicht der Auskunftspersonen und der Sachverständigen gilt § 79 entsprechend. **§ 87 Mitbestimmungsrechte** (1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: ……. 7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften; **§ 92 Personalplanung** (1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personel-	seiner Aufgaben nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. ***(5)*** Für die Geheimhaltungspflicht der Auskunftspersonen und der Sachverständigen gilt § 79 entsprechend. **§ 87 Mitbestimmungsrechte** (1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: …… 7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften ***für alle in der Betriebsorganisation oder auf dem Betriebsgelände tätigen Personen***; **§ 92 Personalplanung** (1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personel-	*Übernahme der Regelung aus BR Ds. 687/13 vom 11.9.2013 mit der Erweiterung auch auf „Betriebsorganisation“ und nicht nur „Betriebsgelände“. Damit sollen auch Gestaltungen erfasst werden, die zwar außerhalb des Betriebsgeländes aber innerhalb der fremdbestimmten Betriebsorganisation abgewickelt werden.*

len Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten.	len Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten. ***Die Unterrichtungspflicht erstreckt sich auch auf den geplanten Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und in dessen Betriebsorganisation tätig sein sollen.***	
(2) Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung machen.	(2) Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung machen.	
(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für Maßnahmen im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 2a und 2b, insbesondere für die Aufstellung und Durchführung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern.	(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für Maßnahmen im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 2a und 2b, insbesondere für die Aufstellung und Durchführung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern.	
	§ 99a BetrVG Mitbestimmung beim Einsatz von Fremdpersonal	
	(1)Der Betriebsrat ist vor jedem Einsatz von Fremdfirmenpersonal oder einzelnen Selbstständigen auf dem Betriebsgelände oder in der Betriebsorganisation des Arbeitgebers, der länger als einen Monat dauern soll, wie bei einer Einstellung nach § 99 Abs. 1 zu unterrichten. Dauert ein Einsatz planwidrig länger als einen Monat, so ist die Unterrichtung des Betriebsrats	*Abweichend vom Regelungsentwurf aus BR Ds. 687/13 vom 11.9.2013 wird in Abs. 1 klargestellt, dass die Pflicht zu Unterrichtung des Betriebsrats nicht nur zu Beginn, sondern auch während des laufenden Fremdfirmeneinsatzes oder des Einsatzes von Solo-Selbständigen besteht. Denn dieser kann sich so verändern, dass z.B. aus einem echten Werkvertrag eine illegale Überlas-*

	nachzuholen, sobald dies erkennbar wird. Einsatzzeiten aus wiederholten Einsätzen sind zusammen zu rechnen.	*sung oder Scheinselbständigkeit wird. Der Regelungsvorschlag aus BR Ds. 687/13 vom 11.9.2013 wird dahin geändert, dass es nur einen abgesicherten Unterrichtungsanspruch mit eigenem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gibt. Ein eigenes Zustimmungsverweigerungsrechte nach Abs. 2 bei einem Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrag soll es nicht geben. Denn nach dem Koalitionsvertrag sollen nur die bestehenden Informationsrechte gestärkt, aber keine zusätzlichen Mitbestimmungsrechte begründet werden.*
	(2) Der Fremdfirmenpersonaleinsatz oder Einsatz von Selbstständigen ist unzulässig, wenn der Betriebsrat zuvor nicht nach Abs. 1 unterrichtet wurde. Ein Einsatz, der ohne Unterrichtung des Betriebsrats nach Abs. 1 stattfindet, wird nach einem Monat unzulässig. Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber verlangen, den Einsatz zu unterlassen. Einsatzzeiten aus wiederholten Einsätzen sind zusammen zu rechnen.	*Um die bestehenden Informationsrechte abzusichern, wird in Abs. 2 geregelt, dass der Einsatz von Fremdpersonal ohne die Information nach Abs. 1 unzulässig ist. Der Betriebsrat hat nach der Regelung einen Unterlassungsanspruch, der im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann. Die §§ 100 und 101 sind auf den in Abs. 1 geregelten reinen Unterrichtungsanspruch nicht anwendbar, da der Arbeitgeber den Betriebsrat auch bei unaufschiebbaren Maßnahmen iSd § 99 Abs. 1 zuvor informieren kann. Dadurch wird erreicht, dass der Betriebsrat schnellen Rechtsschutz erlangen kann und das Informationsrecht nicht leer läuft.*
	(3) Der Betriebsrat kann bei einem fortdauernden Fremdfirmenpersonaleinsatz oder Einsatz	*In der Praxis kommt es vor, dass sich unproblematische Fremdpersonaleinsätze zur illegalen*

	von Selbstständigen weitere Unterrichtung verlangen, wenn es Verdachtsmomente gibt, die auf eine illegale Überlassung oder Scheinselbstständigkeit hindeuten. Solche Verdachtsmomente sind insbesondere dann gegeben, wenn diese Personen in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers so eingegliedert wurden, dass sie dort wie eigenes Personal eingesetzt werden. Die Mitbestimmungsrechte gem. § 99 bleiben unberührt.	*Überlassung oder zur Scheinselbstständigkeit hin verändern. Der Betriebsrat soll die Möglichkeit haben in diesen Fällen Informationen nachzufordern, um seine Rechte nach § 99 ausüben zu können. Die Regelung stellt dies klar.*
§ 121 Bußgeldvorschriften (1) Ordnungswidrig handelt, wer eine der in § 90 Abs. 1, 2 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 auch in Verbindung mit Abs. 3, § 99 Abs. 1, § 106 Abs. 2, § 108 Abs. 5, § 110 oder § 111 bezeichneten Aufklärungs- oder Auskunftspflichten nicht, wahrheitswidrig, unvollständig oder verspätet erfüllt. (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.	**§ 121 Bußgeldvorschriften** (1) Ordnungswidrig handelt, wer eine der in § 90 Abs. 1, 2 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ***und 3*** auch in Verbindung mit Abs. 3, § 99 Abs. 1, ***§ 99a***, § 106 Abs. 2, § 108 Abs. 5, § 110 oder § 111 bezeichneten Aufklärungs- oder Auskunftspflichten nicht, wahrheitswidrig, unvollständig oder verspätet erfüllt. (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.	*Die unterbliebene Information des Betriebsrats nach den neuen Regelungen sollte bußgeldbewehrt werden.*

Brors/Schüren: Gutachten Anhang 2

Teil 5: Weiterführende Veröffentlichungen der Autoren zum Thema

Brors, „Vorübergehend" - Zur Methodik der Auslegung von RL am Bsp. des Merkmals „vorübergehend" aus Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104/EG (Leiharbeits-RL), AuR 2013, 108

Schüren, Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags - eine (weitere) Skizze, (Manuskript), demn. FS Wank 2014

ders., Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis - Vorschlag zu einer Korrektur des AÜG, NZA 2013, 176

ders., Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland - Eine Skizze, in: FS Düwell 2011, S. 197

ders./Wank, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1

»Vorübergehend«

Zur Methodik der Auslegung von RL am Bsp. des Merkmals »vorübergehend« aus Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104/EG (Leiharbeits-RL)

Prof. Dr. Christiane Brors, Universität Oldenburg

I. Ausgangsproblematik

In den neu gregelten § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG hat der dt. Gesetzgeber Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104/EG (Leiharbeits-RL), nach dem Leih-AN »vorübergehend« bei dem Entleiher arbeiten, wie folgt umgesetzt: »*Die Überlassung von AN an Entleiher erfolgt vorübergehend.*«

Damit ist die Inhaltbestimmung des Merkmals »vorübergehend« von entscheidender Bedeutung für die zukünftige Zulässigkeit der vorsätzlichen Arbeitnehmerüberlassung zur Personalkostensenkung. Da Leih-AN nach den dt. Leiharbeitstarifen im Regelfall ein geringeres Gehalt als Stamm-AN bekommen und sie bei fehlendem Bedarf zum Verleiher zurückgeschickt werden können, ohne dass Kosten durch einen Sozialplan entstehen, senkt Leiharbeit schon auf den ersten Blick die Kosten für den AG. Vor der Änderung des AÜG war nach der Rspr. des BAG die dauerhafte Ersetzung von Stammpersonal durch Leih-AN zulässig. Dazu hatte das BAG sogar ausdrücklich ausgeführt: »*Soweit der BR einen Verstoß gegen die zeitliche Höchstdauer einer Überlassung gemäß § 3 I Nr. 6 AÜG a.F. geltend gemacht hat, ist die dort vorgenommene zeitliche Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung durch die ersatzlose Aufhebung dieser Vorschrift spätestens ab dem 1.1.04 weggefallen. Die Zulässigkeit von Arbeitnehmerüberlassung ist an die Einhaltung von Höchstüberlassungsfristen nicht mehr gebunden.*«[1]
Noch deutlicher wird dies im Urteil des LAG Nds. v. 18.2.08[2]: »*Die das derzeitige Recht der Arbeitnehmerüberlassung nach der Aufhebung der Höchstüberlassungsdauer von 24 Monaten in § 3 I Nr. 6 AÜG a. F. die Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Leiharbeit bewusst erweitert hat, ist deshalb auch eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung rechtlich zulässig. Eine Änderung der geltenden Gesetzeslage ist ausschließlich durch den Gesetzgeber zu erfolgen.*«

Das könnte nun durch § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG geschehen sein. Allerdings hat der dt. Gesetzgeber in dem Reformgesetz offen gelassen, wann die Arbeitnehmerüberlassung »vorübergehend« ist und welche Konsequenz es hat, wenn sie es nicht ist. Der Gesetzgeber hat damit der Rspr. die Aufgabe zugewiesen, das Merkmal »vorübergehend« zu konkretisieren, und ist dafür auch schon kräftig kritisiert worden.[3] Nach Art. 5 Abs. 5 der RL 2008/104/EG sind die Mitgliedstaaten wie folgt wie verpflichtet: »*(5) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, um eine missbräuchliche Anwendung dieses Art. zu verhindern und um insbes. aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der RL umgangen werden sollen, zu verhindern. Sie unterrichten die Kommission über solche Maßnahmen.*«

Danach muss die Rechtsfolge europarechtskonform so gewählt werden, dass aufeinanderfolgende und damit nicht »vorübergehende« Überlassungen, die den Schutzzweck der RL unterlaufen, effizient verhindert werden. Da die Rspr. die dauerhafte Überlassung nach der bisherigen Rechtslage in Dt. als zulässig angesehen hat, hat es das BAG nach der alten Rechtslage ausdrücklich abgelehnt, in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leih-AN und dem Entleiher anzunehmen. So zuletzt BAG v. 2.6.10, 7 AZR 946/08: »*Nachdem § 13 AÜG durch … ersatzlos aufgehoben wurde, gibt es in den Fällen der nach § 1 II AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung ohnehin keine gesetzliche Grundlage mehr für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leih-AN und dem Entleiher. …Den vom Landesarbeitsgericht angeführten Regelungen kommt kein arbeitnehmerbezogener Schutzzweck dahin gehend zu, dass bei einem Fremdpersonaleinsatz … ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu fingieren wäre. Die Freiheit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder dies zu unterlassen, ist Ausdruck der durch Art. 2 I GG geschützten Vertragsfreiheit.*«

Nach Änderung der Rechtslage ist zu überlegen, ob die bisher vertretenen,[4] aber von der höchstrichterlichen Rspr.[5] verworfenen Ansätze zur Konstruktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei dauerhaftem Verleih europarechtlich geboten sind. Dabei ist zu prüfen, ob und wenn ja auf welchem dogmatischen Weg ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher vor dem Hintergrund der RL zu begründen ist. Innerhalb des nach Auslegung der RL verbleibenden Spielraums muss überlegt werden, ob »vorübergehend« wie nach der bisher vorhandenen Regelung zur privilegierten Konzernleihe aus einer verleiherbezogenen Perspektive (Rückkehr zu einem am Markt tätigen Verleiher) oder aus einer entleiherbezogenen Perspektive (Besetzung von bestimmten Arbeitsplätzen durch wechselnde Leih-AN) bestimmt werden soll. Von dieser Auslegung hängt es ab, inwieweit in Dt. im Wege des konzerninternen Verleihs Stammpersonal durch Leih-AN kostensenkend ersetzt werden kann.

Die bisher zum Begriff »vorübergehend« in der Lit. vertretenen Ansichten spiegeln die oben skizzierte Problematik wieder. Dabei wird zum Teil angenommen, dass das Merkmal nur deskriptiv ist und keine Rechtsfolgen hat.[6] Dabei sei – so wird argumentiert – ein Verbot der dauerhaften Überlassung (nur) vor dem Hintergrund des Art. 4 der RL nicht zu rechtfertigen.[7] Dagegen wird angeführt, dass Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der RL dafür sprechen, Leiharbeit nur vorübergehend zuzulassen.[8] Die daraus folgenden Konsequenzen sind aber wiederum umstritten. Während zum Teil angenommen wird, für ein Verbot fehle jede Rechtsgrundlage[9], wird

1 *BAG* 25.1.05, 1 ABR 61/03, AuR 2005, 384.

2 LAG Nds. 18.2.08, 12 TaBV 143/07, EzAÜG Nr. 75 zu § 14 AÜG.

3 *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 451 »unverständlicher Umsetzungsakt des Gesetzgebers«.

4 LAG Schleswig-Holstein 18.4.08, 3 TaBV 13/08, DB 2008, 2028-2030, und 3 TaBV 8/08, AuR 2008, 401; Schüren/Brors, BB 2004, 2703 ff.

5 *BAG* 25.1.05, 1 ABR 61/03, AuR 2005, 384.

6 *Lembke*, BB 2012, 2697, 2698 und DB 2011, 414, 415.

7 *Riesle/Viskorsic*, FuSTA 2011, 474, 490.

8 *Sansone*, Gleichstellung von Leih-AN nach dt. und Unionsrecht, 2010, 230; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 3; *Bayreuther/Kossmann*, NZA 2011, 843; *Zimmer*, AuR 2013, 431; *Forsthoff*, NZA 2011, 606, 609; *Simonsen*, RdA 2011, 321, 324 und EuZA 2009, 387, 398; *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 450; *Ferm*, ZESAR 2011, 344, 347; *Ulber*, AuR 2010, 10, 11; *Ulber* – *J. Ulber* § 1 AÜG Rn 298r.

9 *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 630, 631.

zum Teil gefolgert, dass bei dauerhaftem Verleih Arbeitsvermittlung vorliegt[8], oder nach § 134 BGB Nichtigkeit anzunehmen ist[9] oder in Analogie zu § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird.[10] Kollektivrechtlich wird zT. angenommen, dass der BR seine Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei nicht vorübergehendem Verleih verweigern kann.[11]

Auch die Rspr. legt das Merkmal »vorübergehend« bislang uneinheitlich aus. Das LAG Hdn.[12] nimmt einen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG an, wenn ausdrücklich ein Dauerverleih in Form einer unbefristeten Überlassung zur Personalkostensenkung vereinbart ist. Ebenso hält es die 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg[13] für einen institutionellen Rechtsmissbrauch, wenn Leih-AN dauerhaft zu Kostensenkungszwecken beschäftigt werden, und fingiert über § 10 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher. Die 7. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg[14] lehnt diese Rechtsfolge mangels einer gesetzlichen Grundlage dagegen ab. Das LAG Düsseldorf[15] vertritt die Ansicht, dass auch Dauerarbeitsplätze vorübergehend mit Leih-AN besetzt werden können. Das ArbG Leipzig[16] hält § 99 Abs. 2 BetrVG mangels eines Verbotsgesetzes für unanwendbar. Das ArbG Offenbach will bei einem befristeten Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz auf die Rückkehrmöglichkeit zum Verleiher abstellen[17] und das ArbG Cottbus[18] § 14 Abs. 1 TzBfG heranziehen. Im Folgenden wird die Lösung durch die Auslegung der RL gesucht.

II. Zur Auslegung von RL

Europäische Regelungen – so auch Europäische RL – sind nach einer eigenen Methodik auszulegen.[19] Da die einzelnen nationalen Auslegungsmethoden voneinander abweichen, Europäische Regelungen aber das Recht vereinheitlichen sollen, ist eine eigene Auslegungsmethode zwingend erforderlich.[20] Ebenso steht der Gedanke der Rechtsvereinheitlichung dem Rückbezug auf nationale Regelungen oder übliche nationale Auslegungsergebnisse eines Begriffs entgegen.[21] Der Auslegungsgang geht vom europäischen zum nationalen Recht.[22]

Geht man vom tradierten Methodenkanon aus, bestehen daher Besonderheiten.[23] Neben dem wegen der Vielsprachigkeit erhöhten Problem einer Wortlautauslegung und deren Grenzen[24] kommt es auf zwei Gedanken an. Zum einen ist es stets das übergeordnete Ziel, ein einheitliches europäisches Auslegungsergebnis zu gewinnen. Zum anderen muss das Sekundärrecht zu diesem Zweck am Primärrecht ausgelegt werden.[25] Dazu sind gleiche Begriffe auf gleicher Regelungsebene einheitlich auszulegen.[26] Freilich gilt für diese Auslegung das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, so dass das Auslegungsergebnis im Kompetenzbereich der EU bleiben muss.[27] Der auf das europäische Recht bezogenen systematischen Auslegung von Begriffen kommt daher eine besondere Bedeutung zu.[28] Die (zum Teil erst zu schaffende) Kohärenz setzt daher sowohl den Primärrechtsbezug wie aber auch die Übernahme von Auslegungsergebnissen auf gleicher Regelungsebene voraus. Wird ein Begriff in einer RL vom EuGH in bestimmter Weise ausgelegt, so ist – wenn nicht Sinn und Zweck der RL entgegenstehen – von einem einheitlichen Begriffsverständnis auszugehen. Der vom Gesetzgeber zu Grunde gelegte Zweck kann dabei berücksichtigt werden, soweit – was zunehmend der Fall ist – die Materialien veröffentlicht sind.[29]

III. Zur europarechtlichen Auslegung des Begriffs »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

1. Auslegung der RL

Die Einfügung des Tatbestandsmerkmals »vorübergehend« setzt nach dem Willen des dt. Gesetzgebers ausdrücklich die RL um. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: *»Das AÜG regelt ein auf vorübergehende Überlassungen angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leih-AN vorübergehend ist. Dabei wird der Begriff »vorübergehend« im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden und indiziert, auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet.«*[30]

Entscheidend ist, was nach der RL für die Annahme einer »vorübergehenden« Überlassung maßgeblich ist. Die Auslegung des Merkmals hat sich nach der ständigen Rspr. des EuGH daran zu orientieren, worauf die RL ihrem Zweck nach gerichtet ist. Denn die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, diesen Schutz zu gewährleisten und Missbrauch zu verhindern.[31] Die Leiharbeits-RL ist unter diesem Gesichtspunkt an zwei zu unterscheidenden Stellen zu interpretieren. Es geht um die Bestimmung des Merkmals »vorübergehend« in Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104/EG und um Art. 5 Abs. 5 wonach *»alle Mitgliedstaaten … die erforderlichen Maßnahmen gem. ihren nationalen*

---

8 Leuchten, NZA 2011, 608, 609; Ulber, AuR 2010, 10, 11; Ulber / J. Ulber § 1 AÜG Rn 258a.

9 Hamann, BdA 2011, 321, 327.

10 Düwell, ZESAR 2011, 049, 454; Bertl/Rennpferdt, NZA 2012, 845, 846.

11 Hamann, BdA 2011, 321, 327; a. A. Trenck/Verstege, NZA 2012, 1326, 1330

12 LAG Hdn. 19.9.12, 17 TaBV 126/11, AuR 2013, 455; noch ausdrücklich offen gelassen für die Vorgängung LAG Hdn. 18.11.11, 17 TaBV 89/11.

13 LAG Berlin-Brandenburg 9.1.13, 15 Sa 1635/12, AuR 2013, 185.

14 LAG Berlin-Brandenburg 16.10.12, 7 Sa 1183/12, AuR 2012, 488.

15 LAG Düsseldorf 2.10.12, 17 TaBV 38/12, AuR 2013, 52.

16 ArbG Leipzig 15.2.12, 11 BV 79/11, AiB 2012, 401ff. mit Anm. J. Ulber, und 25.5.12, 5 BV 85/11.

17 ArbG Offenbach 1.8.12, 10 BV 1/12, AuR 2012, 494.

18 ArbG Cottbus 22.8.12, 4 BV 2/12.

19 Fitzcher, Rabelsz 2011, 701, 708; Wendelstorf, Rabelsz 2011, 730, 760; Schlachter, ZIA 2007, 249, 255; Cabouris, ZEuP 2005, 325; Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Diss 1998, S. 157; Lecker/Domrose, in Europäische Methodenlehre (Hrsg. Riesenhuber), § 8 Rn. 35.

20 Fitzcher, Rabelsz 2011, 701, 710; Buck, Rabelsz 2011, 787, 799.

21 Grundmann, Rabelsz 2011, 882, 886.

22 Grundmann, Rabelsz 2011, 882, 912.

23 Buck, Rabelsz 2011, 787, 799; Höpfner/Rüthers, AcP 2009, 1, 9.

24 Grundmann, Rabelsz 2011, 882, 902; Buck, Rabelsz 2011, 787, 799 und 819; Cabouris, ZEuP 2005, 325, 326.

25 Grundmann, Rabelsz 2011, 882, 891.

26 Grundmann, Rabelsz 2011, 882, 894.

27 Schlachter, ZIA 2007, 249, 256.

28 Buck, Rabelsz 2011, 787, 809.

29 Höpfner/Rüthers, AcP 2009, 1, 14; Pechstein/Drechsler, in Europäische Methodenlehre (Hrsg. Riesenhuber), § 6 Rn. 55; Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (Diss 1998), S. 143.

30 BT Drs 17/4804, S. 8.

31 EuGH 10.3.11, C-109/09, Kompass zuvor, auf die st. Rspr., AuR 2011, 235.

Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten (vorgreifen), um eine missbräuchliche Anwendung dieses Art. zu verhindern und um insbes. aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der RL umgangen werden sollen, zu verhindern.«

Für die europarechtliche Auslegung dieser Formulierungen ist daher – wie unter II. ausgeführt – zunächst zu überlegen, ob auf bereits existierende Bestimmungen dieser Begriffe im Europarecht zurückgegriffen werden kann.

2. »Vorübergehend« in anderen europarechtlichen Vorschriften

a) Vorübergehende Tätigkeit« gem. Art. 8 Rom I VO

Die Bestimmung des Arbeitsvertragsstatuts bei innereuropäischen grenzüberschreitenden Tätigkeiten richtet sich nach Art. 8 der Rom I VO[34]. Danach kommt es für die Frage, welches materielle Recht anzuwenden ist, entscheidend darauf an, ob der AN nur vorübergehend in einem anderen EU-Staat tätig wird. Es heißt dort:

»(1) Individualarbeitsverträge unterliegen dem von den Parteien nach Art. 3 gewählten Recht. Die Rechtswahl der Parteien darf jedoch nicht dazu führen, dass dem AN der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach den Abs. 2, 3 und 4 des vorliegenden Art. mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.

(2) Soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist, unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der AN in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der AN seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet.«

Das Merkmal »vorübergehend« wird in dem 36. Erwägungsgrund zur Rom I VO wie folgt weiter erläutert:

»(36) Bezogen auf Individualarbeitsverträge sollte die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als vorübergehend gelten, wo von dem AN erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt. Der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags mit dem ursprünglichen AG oder einem AG, der zur selben Unternehmensgruppe gehört wie der ursprüngliche AG, sollte nicht ausschließen, dass der AN als seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtend gilt.«

Daraus folgt, dass dann, wenn der AN für gewöhnlich seine Arbeit in dem anderen EU-Staat leistet und jegliche Bindungen zu seinem Heimatstaat aufgibt, das Recht dieses Staates anzuwenden ist. Eine klare Abgrenzung des Begriffs »vorübergehend« ergibt sich daraus nicht.[35] Zunächst kann mit der Lit. davon ausgegangen werden, dass sich der »vorübergehende« vom dauernden Einsatz deutlich unterscheidet.[36] Dabei ist es problematisch, allein auf den Parteiwillen abzustellen[37], da der AG auf diese Weise gerade ein für ihn kostensteigerndes Recht[38] umgehen könnte. Unklar ist auch, ob und inwieweit der AN tatsächlich an seinem »gewöhnlichen« Arbeitsort tätig gewesen sein muss.[39] Damit bleibt die Frage offen, ob eine Zeit im Herkunftsstaat tatsächlich gearbeitet werden muss oder es ausreichen kann, wenn der zB. für 4 Monate nach Dt. überlassene AN danach in seinem Heimatstaat einen neuen befristeten Einsatz (Entsendung oder Arbeitnehmerüberlassung) in einen anderen EU-Staat vertraglich bekommt.

In der Entscheidung *Koelzsch*[40] legt der *EuGH* den Begriff des vorübergehenden Einsatzes ausschließlich schutzzweckbezogen im Gegensatz zu der »gewöhnlichen« Arbeitsverrichtung aus, ohne bestimmte Zeiten anzugeben. Entscheidend ist, dass der AN als die wirtschaftlich schwächere Partei durch eine großzügige Auslegung des Begriffs des »gewöhnlichen« Arbeitsortes geschützt und nicht mit einem ihm fremden Rechtssystem konfrontiert werden soll. Zu dieser Auslegung zieht der *EuGH* Art. 6 des Übereinkommens von Rom heran, das durch die Rom I VO umgesetzt wird. Danach sollen die Regelungen des Staates zur Anwendung kommen, die das geschäftliche und politische Umfeld der Arbeitstätigkeit prägen. Wie der *EuGH* in *Voogsgeerd*[41] festgestellt hat, betrifft dies die konkrete Frage, zu welchem nationalen Recht die engsten Verbindungen bestehen.

»Vorübergehend« ist in diesem Zusammenhang ein zeitlich flexibler, von einer Dauertätigkeit abzugrenzender Einsatz, bei dem es nach dem Schutzzweck darauf ankommt, die dem AN vertrauten Regelungen zur Anwendung zu bringen.

b) Aufenthaltszeiten und -rechte nach Art. 16 der RL 2004/38

Der Sinn und Zweck der RL ist nach der Rspr. des *EuGH* ebenso bei der Auslegung des Merkmals der »vorübergehenden Abwesenheitszeiten« in Art. 16 Abs. 3 der RL 2004/38 entscheidend. Von der Begriffsbestimmung hängt es ab, ob ein nach dieser RL erworbenes Daueraufenthaltsrecht aufgehoben wird. Die in Art. 16 Abs. 4 der RL 2004/38 zeitlich begrenzten Abwesenheitszeiten (2 Jahre) bezeichnet der *EuGH* als »vorübergehend«.[42] Das Daueraufenthaltsrecht umfasst das Recht, sich im Bereich der Mitgliedstaaten aufhalten und frei bewegen zu können. Allerdings verliert es seinen Sinn, wenn sich das Verhältnis zum Aufnahmestaat so gelockert hat, dass die Verbindung insg. in Frage gestellt ist. Das ist der Fall, wenn der Bürger den Mittelpunkt seiner persönlichen, familiären oder beruflichen Interessen in einen anderen Staat verlagert hat.[43]

»Vorübergehend« ist auch hier abzugrenzen von einem Daueraufenthalt in einem anderen Staat. Entscheidend für die zeitliche Bestimmung ist, ob das Daueraufenthaltsrecht bei der Verlagerung des Lebensmittelpunktes noch nach dem Sinn und Zweck der RL gewährt werden kann.

c) Zeitlich begrenzte Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat nach der RL 96/71/EG (Entsende-RL) und Anbindung an die nationale Sozialversicherung

In den Art. der Entsende-RL selbst findet sich der Begriff der vorübergehenden Entsendung nicht. In Art. 2 Abs. 1 wird für die Bestim-

---

34 Reinecke, DB 2011, 704, 708; Thüsing, AÜG Einführung Rn. 75; Hellmann, Das Arbeitsvertragsstatut (1991), S. 143 ff; Lorenz, RIW 1989, 220, 223; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 180 ff.

35 Grundlegend: EIA 1983, 307, 333; Junker, 183.

36 So Hellmann, S. 148.

37 Däubler, AuR 1990, 8.

38 Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 181.

39 EuGH 15.3.11, C-29/10, AuR 2011, 182.

40 EuGH 15.12.11, C-384/10, EZP 2012, 143-146.

41 EuGH 7.10.10, C-462/09, NVwZ 2011, 33.

42 EuGH 22.11.12, C-145/09, zur Auslegung bei einer Ausweisungsentscheidung nach Art. 28 Abs. 3 c) der RL 2004/38.

wang des »entsandten AN« auf den begrenzten Zeitraum abgestellt, in welchem die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat angeboten wird. In den Erwägungsgründen 9, 12 und 13 wird jedoch diese zeitlich begrenzte Entsendung mit »vorübergehend« gleichgesetzt und in der Rspr. des *EuGH*[47] entsprechend bezeichnet. Bei der Frage in welchem Land der *AN* bei grenzüberschreitender Tätigkeiten sozialversichert ist, kommt es nach *Art.* 14 Abs. 1 a) der VO 1408/71 darauf an, ob die Beschäftigungsdauer 12 Monate überschreitet. In den dazu ergangenen Entscheidungen bezeichnet der *EuGH* diesen Zeitraum als »vorübergehend«.[48]

Auch in diesem Zusammenhang ist »vorübergehend« von einem dauerhaften Zustand abzugrenzen. Allerdings besteht hier die Besonderheit, dass der Gesetzgeber selbst den Zeitraum bestimmt hat.

d) Zusammenfassung zur Auslegung des Begriffs vorübergehen in anderen europäischen Regelungen

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Begriff »vorübergehend« einen begrenzten Zeitraum bezeichnet, der von einem Dauerzustand abzugrenzen ist. Eine feste zeitliche Größe gibt es nicht. Vielmehr richtet sich die Bestimmung nach dem Sinn und Zweck der in Frage stehenden Regelung. Für die Auslegung des Begriffs »vorübergehend« i.Sd. RL 2008/104/EG muss daher auf den Schutzzweck der Regelungen abgestellt werden.

3. Schutzzweck der RL 2008/104/EG

Das Ziel der RL wird in Art. 2 wie folgt beschrieben: »*Ziel dieser RL ist es, für den Schutz der Leih-AN zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, in dem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leih-AN gemäß Art. 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als AG 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.*«

Der für den Schutz der Leih-*AN* angemessene Rahmen wird in Art. 5 der RL und in den Erwägungsgründen 14. und 15. weiter konkretisiert. Während der 14. Erwägungsgrund und Art. 5 der RL den Schutz der Leih-*AN* über die Gewährung derselben Arbeitsbedingungen sichern, wird in dem 15. Erwägungsgrund zum Ausdruck gebracht, dass davon ausgegangen wird, dass Leiharbeitsverträge in der Regel als unbefristete Verträge abgeschlossen werden. Nach dem 1. Erwägungsgrund entspricht dieser Schutz Art. 31 der Grundrechtecharta, nach dem jede(r) AN das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen hat. Auf der anderen Seite soll nach den Erwägungsgründen 8. und 9. dem Flexibilitätsbedarf der UN Rechnung getragen werden.

Um den Sinn und Zweck der RL zu konkretisieren ist daher erforderlich genauer zu präzisieren, was unter dem zu gewährenden angemessenen Schutzniveau der Leih-*AN* einerseits und dem zu berücksichtigenden Flexibilisierungsinteresse der UN zu verstehen ist.

a) Europäischer Schutz der Leiharbeitnehmer

Welcher europäische *Mindeststandard* ist den Leih-*AN* nach der RL zu gewähren? Dabei ist gleich zu Beginn zu betonen, dass sich das auf europäischer Ebene gewährte Schutzniveau von dem national bestehenden Schutzbedürfnis der Leih-*AN* deutlich unterscheiden kann. Die Trennung zwischen dem europäischen Mindeststandard und der Regelungen weist sehr deutlich am Bsp. der kollektiven Interessenvertretung der Leih-*AN*. Aufgrund der Unterschiedlichkeit der einzelnen nationalen Regelungen überlässt es der europäische Gesetzgeber in Art. 7 der RL 2008/104/EG ausdrücklich den nationalen Gesetzgebern die kollektive Interessenvertretung der Leih-*AN* zu regeln. Damit akzeptiert er die unterschiedliche kollektivrechtliche Berücksichtigung von Stamm- und Leih-*AN*. Ebenso können Leih-*AN* in Dt. ohne dt. Kündigungsschutz wie z. B. eine Sozialplanabfindung aus der Tätigkeit beim Entleiher abberufen werden, wenn der Entleiher nicht genügend Arbeit hat. Nicht zuletzt aus diesen Gründen ist es im dt. Recht für AG attraktiv Stammpersonal durch Leih-*AN* zu ersetzen. Das ist jedoch ein deutsches Problem, da der Kündigungsschutz in den europäischen Ländern unterschiedlich geregelt ist und schon deshalb von keinem europäisch einheitlichen Schutzstandard gesprochen werden kann.

Rechtssystematisch ist es, wenn diese einheitlichen europäischen Rechte unterlaufen werden. Nach Art. 5 Abs. 5 der RL müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen gegen einen Missbrauch durch aufeinanderfolgende Überlassungen bzw. eine Umgehung der Richtlinienbestimmungen ergreifen. Damit bezieht sich der europäische Standard auf den durch die RL selbst gewährten Sozialschutz. Überträgt man die Rspr. des *EuGH*[49] zum Verbot der Umgehung der Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverträgen, soll durch den europäischen Standard die aufgrund der Abweichung vom Normalarbeitsverhältnis bestehende Möglichkeit zu einer weiteren Prekarisierung dieser Beschäftigtengruppe verhindert werden. Anders als in der Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverträgen (dort in § 5 1 b) sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht gehalten, einen zeitlichen Rahmen für den »vorübergehenden« Einsatz beim Entleiher zu bestimmen. Richtet sich eine mögliche Befristung des Leiharbeitsvertrags nach den Regelungen der Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverträgen, kann durch die in Art. 5 Abs. 5 in Bezug genommenen aufeinanderfolgenden Überlassungen nur eine Aufweichung des Schutzes der Leiharbeits-RL selbst und nicht des Befristungsschutzes gemeint sein. Der Befristungsschutz der Leiharbeitsverträge richtet sich in europäischer Hinsicht schon nach der RL 1999/70/EG und der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse.

Nach dem in der RL 2008/104/EG gewährten Schutz darf die vorübergehende Beschäftigung daher nicht dazu führen, dass Leih-*AN* ihre in der Grundrechtecharta nach Art. 31 und insbes. in der Leiharbeits-RL nach Art. 5 gewährleisteten Rechte verlieren. Dies betrifft nicht nur den Lohn, sondern die in Art. 5 () aufgeführten Arbeitsbedingungen Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub und arbeitsfreie Tage. Das ist der europäische Standard der Arbeitsbedingungen.

In der dt. LR ist darauf hingewiesen worden, dass es für den Schutz der Leih-*AN* geradezu kontraproduktiv ist, über das Merkmal »vorübergehend« zu verhindern, dass Leih-*AN* für eine längere Zeit mit Stamm-*AN* gleichbehandelt werden. Vielmehr steigen doch die Erwartungen an eine Gleichbehandlung mit längerem Einsatz, so dass das Merkmal vorübergehend schon deshalb keine Bedeutung haben

---

48 *EuGH* 10.2.11, C-307-309/09, Vicoplus, NZA 2011, 283.

49 *EuGH* 12.6.12, C-611/10 und 8, Audi 2012, 556.

49 *EuGH* 26.1.12, C-586/10, Kücük, Audi 2012, 86; 16.7.11, C-108/09, Kaupen, Audi 2011, 225; 4.7.06, C-212/04 Adeneler, Audi 2006, 277.

könne.[46] Diese Argumentation ist nicht zwingend. Vielmehr kann ebenso überlegt werden, dass bei längerem Einsatz und wachsenden Erwartungen an die Gleichbehandlung Leiharbeit insg. unrentabel ist, da die Leih-AN wegen des fehlenden vorübergehenden Einsatzes dann nicht nur mit Stamm-AN in Tröbetrieben gleich zu behandeln sind, sondern als Stamm-AN beschäftigt werden müssen.

Welcher Argumentation zu folgen ist, erschließt sich durch Auslegung der RL. Für die Bedeutung des Merkmals »vorübergehend« als begrenzte Zeit spricht die Auslegung in allen anderen europäischen Vorschriften unter III. 2. Entscheidend dabei ist aber letztlich die Frage, ob Leiharbeit nach den europäischen Vorgaben jegliches Flexibilisierungsinteresse (also auch Lohnflexibilisierung ggf. Kostensenkung) dienen kann oder es auf ein im Einzelfall berechtigtes Einsatzinteresse des Entleihers ankommt. Aus der Systematik und der Entstehungsgeschichte der RL spricht viel dafür, dass ein besonderes Einsatzinteresse des Entleihers an einem »vorübergehenden« Einsatz gegeben sein muss. Aus systematischer Sicht macht Art. 5 Abs. 5 der RL [Verbot Ziele der RL durch »aufeinander folgende Überlassung ... zu umgehen] nur dann einen Sinn, wenn Leiharbeit nur für begrenzte Dauer zulässig ist. Ansonsten fehlt es schon an einer Regelung, die umgangen werden könnte. Der europäische Gesetzgeber hat ausdrücklich auf »Überlassungen« und nicht auf »Befristung« abgestellt, so dass nicht der Befristungsschutz gemeint sein kann.

Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte der RL und das Abstellen auf das Flexibilisierungsinteresse des Unternehmens (Entleihers) in Art. 2 der RL bestätigt. Die RL soll einer weiteren Prekarisierung der Leih-AN als Beschäftigtengruppe entgegenwirken und auf der anderen Seite flexible Arbeitsformen fördern. Das bedeutet aber, dass bei unterschiedlicher Behandlung von Leiharbeit- und Stamm-AN ein Flexibilisierungsinteresse bestehen muss, das nicht allein in der Umsetzung von simplen Kostensenkungsstrategien besteht. Ansonsten würden Stamm- und Leih-AN ohne einen rechtfertigenden Grund ungleich behandelt. Auch nach der RL kann Leiharbeit nicht ohne ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse des Einsatzarbeitgebers zur reinen Kostensenkung für Dauerarbeitsplätze missbraucht werden. Das gilt selbst dann, wenn man die Begründung der ursprünglich vorgeschlagenen Fassung der RL[47] heranzieht. Danach werden als Gründe[48] für den Einsatz von Leih-AN genannt: »eine immer größere Flexibilität bei der Verwaltung des Personals«, da »die Aufträge rascher und stärker fluktuieren« und bei der Ersetzung von Stammpersonal »einem Mangel an ständigem Personal oder einem vorübergehenden Ausfall des Arbeitnehmers ausgeglichen«. Nach dem 11. Erwägungsgrund der RL sollen die Regelungen einen Ausgleich zwischen Flexibilitätsbedarf der UN und Arbeitnehmerschutz schaffen. Das setzt voraus, dass es überhaupt Flexibilisierungsbedarf gibt. Flexibilisierungsbedarf ergibt sich nicht aus dem Wunsch, die Personalkosten zu senken. Wie der *EuGH* in der Entscheidung *Kuopas*[49] ausgeführt hat, ist es rechtsmissbräuchlich, wenn die Ziele des dort maßgeblichen europäischen Befristungsschutzes, nämlich die Verhinderung von Prekarisierung und der Schutz vor unsicheren Beschäftigungsverhältnissen durch nationale Vorschriften umgangen werden. Wie bei der Befristungskontrolle sollen auch die Regelungen der Leiharbeitsrichtlinie eine weitergehende Prekarisierung der Leih-AN verhindern. Werden Leih-AN aber nur aus Kostengründen schlechter als Stamm-AN behandelt, ist dies nichts anderes als die gezielte Prekarisierung dieser Beschäftigtengruppe. Dieser Gedanke des Rechtsmissbrauchs aus Kostengründen gilt für die Leiharbeit bereits auf der europäischen Ebene.

Zusammenfassend gesagt: Leiharbeit ist nach der RL nur vorübergehend bei bestehendem Flexibilisierungsbedarf zulässig. Diese Einschränkung ist mit Art. 4 der RL vereinbar[50], da sie gerade im Rahmen des Arbeitnehmerschutzes erforderlich ist.

b) Fallgruppen

Die Folgefrage liegt auf der Hand: Wann ist eine Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr vorübergehend? Nach dem Sinn und Zweck der RL wird der *EuGH* eine Einzelfallprüfung vornehmen. Für eine solche Prüfung können verschiedene Fallgruppen gebildet werden.

aa) Dauerhafter Einsatz von Leiharbeit zur Kostensenkung

Ist es erklärtes Ziel des AG, durch den dauerhaften Einsatz von Leih-AN ausschließlich Kosten zu senken, liegt kein nach der RL zu berücksichtigender Flexibilisierungsbedarf vor. Damit ist dem LAG Nds. in seiner Entscheidung v. 19.9.12[51] zu folgen. Damit dürfte aber auch diese Fallgruppe praktisch »erledigt« sein. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ab wann bei fehlenden Absichtserklärungen und mehrfachen befristeten Einsätzen von einer nicht hinzunehmenden Überlassung gesprochen werden kann. Dabei kommt es auf zum Einen auf Indizien an, die für eine reine Kostensenkungsstrategie sprechen. Zum Anderen – und das wird in der Praxis entscheidend sein – ist zu klären, wer für diese Indizien die Darlegungs- und Beweislast trägt.

bb) Indizien für nicht »vorübergehenden« Einsatz

Für die Frage nach den Indizien für einen nicht »vorübergehenden« Einsatz von Leih-AN, kann es darauf ankommen – wie auch schon zu Recht vertreten wurde ist[52] –, ob sie auf einem Dauerarbeitsplatz beim Entleiher eingesetzt werden. Nach der RL muss ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse vorliegen, das von reinen Kostensenkungsstrategien unterschieden werden kann. Ein solches Flexibilisierungsinteresse ist aber auch bei dem Ersatz von Stammpersonal anzunehmen, wenn der Unternehmer die Tätigkeit mangels vorhandener Bewerber nicht durch Stamm-AN durchführen lassen kann, wie dies zB. bei bestimmten qualifizierten Dienstleistungen derzeit gegeben sein kann. Entscheidend ist die Frage nach der Darlegungs- und Beweislast. Dabei kann man folgende Argumentation heranziehen. Im Befristungsrecht werden dem Unternehmer zwei Jahre für ein nicht von ihm zu begründendes Flexibilisierungsinteresse gewährt. Dieser Zeitraum könnte ebenso als eine Grenze herangezogen werden, ab welcher der Unternehmer darlegen und beweisen muss, dass er versucht hat, für die Besetzung des Dauerarbeitsplatzes Stammpersonal zu gewinnen, und dies fortlaufend weiter versucht.

Wird behauptet, es handle sich nicht um einen Dauerarbeitsplatz sondern nur um einen eines vorübergehenden Arbeitsanfall, dann wäre dies nach Erreichen der Grenze von zwei Jahren »verbraucht«. Gelingt dem AG dieser Nachweis kann er weiterhin Leih-AN einsetzen, scheitert er, ist die Leiharbeit unzulässig.

Allein die zeitliche Besetzung über zwei Jahre indiziert einen dauerhaften Bedarf. Der Unternehmer – in diesem Fall der Entleiher –

---

46 *Lembke*, BB 2012, 2697 und DB 2011, 414, 415.

47 Vorschlag der Kommission für eine RL 10.3.2002 KOM (2002) 149 endg.

48 Vorschlag der Kommission für eine RL 20.3.2002 KOM (2002) 149 endg., S. 3.

49 *EuGH* 10.3.11, C-109/09, AuR 2011, 231.

50 A.A. *Riehle/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 490.

51 LAG Nds. 19.9.12, 17 TaBV 116/11, AuR 2012, 455.

52 *Simonse*, S. 575.

hat dann vorzutragen, warum ein Flexibilisierungsinteresse gegeben ist. Dies ist nicht nur bei mangelndem Fachpersonal sondern klassischerweise bei schwankender Auftragslage gegeben.

IV. Rechtsfolge

Nach Art. 5 Abs. 5 der RL 2008/104/EG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Umsetzung zu gewährleisten. Entscheidend ist die dogmatisch zutreffende Einordnung in das nationale Recht, die eine effiziente Umsetzung sichert. Sowohl in der Rspr. als auch in der Lit. sind dazu verschiedene Vorschläge entwickelt worden, die aber auf zwei sich ausschließende Konstruktionen hinauslaufen. Nach einer Ansicht soll die dauerhafte Überlassung ein Verstoß gegen § 99 Abs. 2 Nr. 1 (gesetzlichen Verbot) mit der Folge des kollektiven Zustimmungsverweigerungsrechts des BR sein.[35] Danach kann der dauerhaft überlassene Leih-AN nicht im Einsatzbetrieb beschäftigt werden. Nach anderer Ansicht soll über die Fiktion des §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG individualarbeitsrechtlich ein Arbeitsverhältnis wie im Fall der fehlenden Überlassungserlaubnis zum Entleiher begründet werden.[36]

Gegen die Fiktion nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG spricht, dass es sich bei diesen Regelungen um den gesetzlich geregelten Ausnahmefall der fehlenden Erlaubnis zur Überlassung handelt. Da der Vertrag zum Verleiher wegen der fehlenden Erlaubnis unwirksam ist, wird das Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Werden Leih-AN dagegen dauerhaft ohne ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse eingesetzt, umgeht der Entleiher aus Kostengründen die anerkannt eingreifenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften der Beschäftigung eines Stamm-AN. Es handelt sich durch das Dazwischenschalten eines Dritten um eine Gesetzesumgehung, wie dies auch bei anderen Strohmanngeschäften[37] vorkommt. Während das rechtsmissbräuchliche Verhalten als unzulässige Rechtsausübung gem. § 242 BGB dann führt, dass die Geltendmachung eines Rechts versagt bleibt[38], wird nach dem Gedanken der Gesetzesumgehung zugleich die Rechtsfolge durch die umgangenen Vorschriften herbeigeführt[39]. Wie schon *Loewenheim/Gloss* aufzeigen[40] trennt die Rspr.[41] nicht durchgehend zwischen der Gesetzesumgehung und dem Rechtsmissbrauch. Betrachtet man jedoch zB. die aktuelle Rspr. des *BAG* zu der Umgehung des § 613 a BGB[42] oder die ältere Rspr. zum Missbrauch des mittelbaren Arbeitsverhältnisses[43] oder die in der Rspr.[44] entwickelten Grundsätze zur Befristungskontrolle vor Erlass gesetzlicher Befristungsregelungen, werden über den Rechtsgedanken der Gesetzesumgehung die Rechtsfolgen der umgangenen Vorschriften auf die Parteibeziehung angewendet. Dies gilt auch für die Umgehung des unmittelbar abgeschlossenen Arbeitsvertrags mit seinen Schutzmechanismen. Wie das *BAG* in seiner Rspr. zum Gesetzesmissbrauch des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ausgeführt hat, kann es auch um die Umgehung des Arbeitsvertrags als solchen gehen:

»Bietet sich dem AG verschiedene arbeitsvertragliche Gestaltungsformen an, die für den AN zu einem unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Schutz führen, darf er nicht willkürlich die ihm günstigere auswählen. Ein sachlicher Grund muss die Wahl der Vertragsform rechtfertigen, weil sonst Schutzvorschriften umgangen werden könnten.«[45]

Für diese Umgehung lässt es das *BAG* in ständiger und von der übrigen Zivilrechtsprechung abweichender[46] Entscheidungspraxis ausreichen, wenn die Vorschriften objektiv ohne gesonderte Umgehungsabsicht umgangen werden.[47]

Fehlt daher bei dem Entleiher ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse nach Sinn und Zweck der Leiharbeits-RL, kann er nicht willkürlich zwischen den Gestaltungsformen des Einsatzes der Beschäftigten als Leih- oder als Stamm-AN wählen. Vielmehr finden die Rechtsfolgen des unmittelbaren Arbeitsvertrags als aus Kostengründen umgangene aber für diese Beschäftigungssituation vorgesehene gesetzliche Regelungslosen Anwendung.

Die kollektivrechtliche Rechtsfolge baut darauf auf. Der BR hat – wie bei der Einstellung eines Stamm-AN – das regulär Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG. Dieses kann er freilich nur dann ausüben, wenn ihm der »Entleiher« als AG die richtigen Informationen über die Einstellung neuer Stamm-AN gegeben hat.

V. Zusammenfassung

Das Merkmal »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist nach dem Sinn und Zweck der Leiharbeits-RL gem. der europäischen Methode zur Auslegung von RL zu bestimmen, wobei der Weg vom europäischen zum nationalen Recht zu wählen ist. »Vorübergehend« bezeichnet in anderen europäischen Regelungen einen vom Dauerinstinkt abzugrenzenden Tatbestand, der nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen europäischen Regelung näher zu bestimmen ist. Sinn und Zweck der Regelungen der Leiharbeits-RL ist es, ein angemessenes Schutzniveau der Leih-AN in Abwägung gegen berechtigte Flexibilisierungsinteressen der Unternehmer zu sichern. Berechtigte Flexibilisierungsinteressen können nicht allein in Kostenminimierungsstrategien gesehen werden, sondern setzen ein schwankendes Arbeitsaufkommen oder mangelndes Angebot von Stammpersonal voraus. Einsatz von Leih-AN zur Ersetzung von Stammpersonal aus reinen Kostengründen ist daher eine Umgehung der Leiharbeits-RL. Im nationalen Recht handelt es sich um den Fall einer Gesetzesumgehung, der zur Anwendung der umgangenen Regelungen – hier dem Arbeitsvertrag zwischen Leih-AN und Entleiher – führt. Nach entsprechender Information hat der BR gem. § 99 BetrVG die Rechte bei der Einstellung dieses AN.

---

35 LAG Hbb. 19.8.12, 17 TaBV 134/11, AuR 2012, 455; Ahrendt, BB 2011, 505, 507.

36 LAG Berlin-Brandenburg 9.1.13, 15 Sa 1635/12; Düwell, ZESAR 2011, 449, 454.

37 So schon vor Erlass der Leiharbeitsrichtlinie Schüren/Hamm, RdA 2004, 2141ff.; LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008 3 TaBV 12/08.

38 Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 217; Palandt/Grüneberg, § 242 BGB Rn. 40; Soergel/Teichmann, § 242 BGB Rn 26; Münch/Kramer/Roth, § 242 BGB Rn 176; Benecke, Die Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004, S. 67; Teichmann, Gesetzesumgehung, 1967, S. 71.

39 Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 209; Teichmann, Gesetzesumgehung, 1967, S. 78.

40 Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 209.

41 *BAG* 18.7.12, 7 AZR 783/10, Sachgrundbefristung Rechtsmissbrauch, AuR 2012, 454; *BAG* 15.2.12, 10 AZR 111/11 einheitliche Prüfung beider Fallgruppen, AuR 2012, 267.

42 *BAG* 25.10.12, 8 AZR 572/11 anstatt., AuR 2013, 459.

43 *BAG* 20.7.1982, 3 AZR 446/80, BAGE 39, 260-268.

44 *BAG* 28.11.1990, 7 AZR 92/89.

45 *BAG* 20.7.1982, 3 AZR 446/80, BAGE 39, 260-268.

46 Benecke, Die Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004, S. 195.

47 *BAG* 26.8.09, 5 AZR 522/08, AuR 2009, 455; 20.7.1982, 3 AZR 446/80, BAGE 39, 260-268.

Manuskript Festschrift Wank, 2014

PETER SCHÜREN

Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere)[1] Skizze.

Nicht überall, wo Wasser ist, sind Frösche;

aber wo man Frösche hört, ist Wasser.[2]

Rolf Wank ist einer von denen, die im Arbeitsrecht gerne etwas genauer hinsehen. Wenn ihm eine Festschrift gewidmet wird, dann ist das der Ort, um etwas Neues zu versuchen. Vielleicht gefällt es ihm.

Die Abgrenzung von illegaler Überlassung und echter Werkleistung[3] ist beim Einsatz von Subunternehmern auf dem Betriebgelände oder der „Baustelle" des Auftraggebers immer noch schwierig. Ich versuche in diesem Beitrag ein neues Identifikationsmerkmal zu entwickeln, das in Fällen, in denen eine Werkleistung erbracht wird, aber die üblichen Identifikationsmerkmale fehlen, eine sichere Einordnung als Werkleistung ermöglicht.[4] Das neue Indiz kann dort eine Rolle spielen, wo Haftungs- und Gewährleistungsfälle nicht aufgetreten sind, die sonst eine zuverlässige Einordnung möglich machen.[5]

Wie die Überschrift schon verraten hat, behaupte ich, dass ein wirtschaftlich relevantes Qualitätsmanagement des Subunternehmers den echten Werkvertrag nachweist. Ich behaupte, dass dieses Merkmal über den klassischen *Duck-Test*[6] (die „Gesamtschau") hinaus, in einigen Fällen, in denen tatsächlich Werkleistungen erbracht wurden, zu einer sicheren Einordnung führt.

Ähnlich wie das Identifikationsmerkmal der Haftung eignet sich auch das Qualitätsmanagement nicht zur Erkennung von Werkverträgen mit Einzelpersonen an der Grenze zum Arbeitsverhältnis. Man denke hier beispielsweise an Werkverträge mit Entwicklern im Bereich der Datenverarbeitung. Meine Identifikationsmerkmale passen nur für die Dreiecksbeziehung Auftraggeber – Subunternehmer – Fremdfirmenpersonal.

Bei den Dreiecksbeziehungen geht es – ganz vereinfacht – nur darum, herauszufinden, für wen die Fremdfirmenleute arbeiten. Arbeiten sie für den vermeintlichen Werkbesteller, dann ist das ein Scheinwerkvertrag – also illegale Arbeitnehmerüberlassung. Beim „Einzelkämpfer"(Solo-Selbständigen) ist nie zweifelhaft, für wen er tätig ist. Zweifelhaft ist hier nur, ob es abhängige Dienste sind oder nicht, die er leistet.

---

[1] Vgl. den ersten Schritt: *Schüren*, FS Däubler, S. 90-99.

[2] Goethe, Maximen und Reflexionen, zitiert nach: Deutsche Aphorismen, Hrsg. Hindermann/Heinser, 4. Aufl. 1992.

[3] Die Abgrenzung zum freien Dienstvertrag ist sehr ähnlich, die Argumente lassen sich übertragen.

[4] Ob man die illegale Überlassung oder den Werkvertrag nachweisen will, ist in diesen Fällen eine Frage der Perspektive. Wenn ich in der Praxis mit solchen Fällen befasst war, ging es immer darum, den Vorwurf der illegalen Überlassung zu widerlegen. Das funktioniert durch den Nachweis des Werkvertrags. Lässt der sich nicht nachweisen, dann liegt gewöhnlich eine illegale Überlassung vor.

[5] *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG Rn. 37: *„Die in § 11 des Durchführungsvertrags vorgesehene Haftungsregelung und die dort vereinbarte Pflicht der F. GmbH, eine verkehrsübliche Haftpflichtversicherung abzuschließen, sprechen gegen Arbeitnehmerüberlassung und für einen auf die Leistung von Sicherheitsdiensten gerichteten Dienstvertrag, zu dessen Erfüllung sich die F. GmbH eines eigenen Personals als Erfüllungsgehilfen iSv. § 278 BGB bediente (vgl. BAG 31. 3. 1993 – 7 AZR 338/92 – [II 3 der Gründe], AP AÜG § 9 Nr. 2 = EzA AÜG § 10 Nr. 3".*

[6] *"If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck."* – dieser Test verlangt, dass mehrere typische Merkmale gleichzeitig präsent sind. Bei mir geht es um einen Nachweis, der auch dann herangezogen werden kann, wenn andere Merkmale fehlen, die sonst zu einer sicheren Einordnung führen. Es ist ein Test für schwierige Grenzfälle!

I. Ausgangspunkt: Werkvertrag und Scheinwerkvertrag beim Inhouse-Outsourcing

Die arbeits- und sozialrechtliche Inpflichtnahme des Auftraggebers für Fremdfirmenleute gibt es im deutschen Recht nur dann, wenn er sie als *„eigene Leute"* einsetzte, weil sie ihm zu diesem Zweck illegal überlassen wurden. Dann war die Arbeit der Fremdfirmenleute keine Mitwirkung an einer Werkleistung des Subunternehmers – also Arbeitsleistung für diesen. Sie war abhängige Arbeit für den Auftraggeber.

Grundlage der Haftung des Scheinwerkbestellers für Entgelt und Sozialversicherungsbeiträge und für weitere Sanktionen ist seine gesetzlich fingierte Arbeitgeberstellung (§§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG) gegenüber dem einzelnen überlassenen Arbeitnehmer bei fehlender Überlassungserlaubnis[7] oder – demnächst – bei nicht offen mit Erlaubnis betriebener Arbeitnehmerüberlassung.

Abgrenzungsprobleme gibt es praktisch nur beim sog. *Inhouse-Outsourcing*. Dort übernimmt eine Fremdfirma auf dem Betriebsgelände oder der Baustelle des Auftraggebers Aufgaben, die ohne weiteres auch von eigenem Personal des Auftraggebers erledigt werden könnten – und oftmals früher erledigt wurden. Dieser Fremdfirmenpersonaleinsatz wird zumeist als Werkvertrag gestaltet. Manchmal ist das aber nur die „Papierform". In Wirklichkeit liegt verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vor. Oft ist der Werkvertrag aber auch „echt" und für die Beteiligten ist es dann wichtig, dies im Konfliktfall nachweisen zu können.

II. Ergebnisverantwortung als Voraussetzung der Werkleistung

Die Grenze zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Fremdfirmenpersonaleinsatz lässt sich nicht vom materiellen Ergebnis der Tätigkeit her bestimmen. Man sieht es der vollgepackten Palette nicht an, ob das Handelsunternehmen sie mit Hilfe von Leiharbeitern selbst kommissioniert hat, oder ob ein Subunternehmer dies mit seinen eigenen Leuten in der Lagerhalle des Handelsunternehmens als Werkleistung erledigte.

Die Arbeitsabläufe selbst zeigen in den Grenzfällen nicht, welcher Vertragstyp jetzt gerade vollzogen wird. Würden eigene Leute oder Leiharbeitnehmer die Leistung erbringen, wären die Abläufe oder Arbeitsprozesse genauso wie bei der Fremdvergabe im Werkvertrag. Die Menschen, die tätig sind, leisten in beiden Fällen fremdbestimmte Arbeit. Die Frage ist nur: Für wen?

Die Grenzlinie zwischen den Vertragstypen wird erst auffindbar, wenn man der unterschiedlichen Funktion von Werkleistung einerseits und Personalüberlassung andererseits nachgeht:

Arbeitnehmerüberlassung, gleich ob offen oder verdeckt, verschaffen dem Entleiher „eigene" Arbeitskräfte. Die Überlassung ist eine funktionsgleiche Alternative zum befristeten Arbeitsvertrag. Der wesentliche Unterschied zur befristeten Einstellung ist bei der legalen Überlassung nur die fehlende rechtliche Arbeitgeberstellung des Entleihers. Bei der illegalen Überlassung gibt es selbst diesen Unterschied nicht mehr. Dort wird ein Arbeitsverhältnis gem. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs.1 AÜG fingiert.

Über Leiharbeitnehmer verfügt der Entleiher wie über eigene Leute. Sie unterstehen seinem Direktionsrecht, wenn sie ihm die geschuldete Arbeitsleistung erbringen. Im Begriff der *Überlassung* kommt das zum Ausdruck.[8] Es ist Sache des Entleihers diese Arbeitskräfte wirtschaftlich sinnvoll, d.h.

---

[7] Zu Scheinwerkverträgen mit Überlassungserlaubnis vgl. *Schüren* NZA 2013, 176 ff.

[8] Ausf. dazu *Hamann*, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, S. 131 ff.; Schüren/Hamann/*Schüren*, AÜG, Einl. Rn. 107 ff.; ganz klar zuletzt *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG Rn. 27: *„Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat."*.

mit dem größtmöglichen Nutzen für das eigene Unternehmen einzusetzen. Er trägt das Risiko und das bedeutet, dass er den wirtschaftlichen Schaden trägt, wenn ihm das nicht gelingt.

Damit indiziert die Kostentragung des Entleihers bei Fehlleistungen des Personals verlässlich, dass hier vom Subunternehmer zugeliehenes Personal eingesetzt wurde. Der Subunternehmer hat in diesem Fall keine Werkleistung erbracht, weil er keine (wirtschaftliche) Verantwortung für das Handeln des Fremdfirmenpersonals übernahm – er hat dieses Personal überlassen.

Beim Werkvertrag „kauft" der Werkbesteller vom Werkunternehmer einen bestimmten materiellen Erfolg[9] zu einem im Regelfall[10] zuvor festgelegten Preis. Aber er „kauft" sich kein Personal![11]

Ist ein Werkvertrag vereinbart, dann ist es Sache des Werkunternehmers und nicht Sache des Werkbestellers, die Leistung mangelfrei und mit einem möglichst geringen Kapital- und Arbeitskräfteeinsatz zu erbringen. Denn je weniger Arbeitszeit (= Lohn) seiner Leute der Werkunternehmer einsetzt, umso größer ist sein Verdienst. Der kann freilich durch Gewährleistung und Haftung für Schäden, die seine Leute verursachen, erheblich gemindert werden.

Die vom Werkunternehmer eingesetzten Leute arbeiten für ihn. Sie arbeiten nicht für den Werkbesteller. Das schließt die Überlassung dieser Personen an den Auftraggeber notwendig aus. Rechtlich gibt es keine „Grauzone" zwischen beiden Gestaltungen!

Bei der Arbeitnehmerüberlassung ist es allein Sache des Entleihers, die eingekaufte Arbeitskraft sinnvoll zu verwerten. Die Fremdfirmenleute arbeiten während der Überlassung nur für den Entleiher. Er und nicht der Verleiher trägt die Kosten und haftet, wenn sie mangelhafte Produkte herstellen oder bei ihm selbst oder bei Dritten Schäden anrichten.[12] Ein möglicher Regress des Entleihers richtet sich nicht gegen den Verleiher sondern nur gegen den einzelnen Arbeitnehmer – mit den Beschränkungen der Haftung im Arbeitsverhältnis und der Beweisregel des § 619a BGB.[13]

Ein Verleiher haftet nie für Pflichtverletzungen seiner Leiharbeitnehmer bei der Arbeit für den Entleiher. Sein eigener Pflichtenkreis endet mit der Überlassung! Seine Haftung ist nur denkbar, wenn er untaugliches („mangelhaftes") Personal überlassen hat. Diese Fälle sind selten.[14]

Zwischen Ergebnisverantwortung und Steuerung der Abläufe besteht ein untrennbarer Zusammenhang. Für den Werkvertrag und für die Arbeitnehmerüberlassung gilt: **Derjenige steuert den**

---

[9]Dabei ist „alles" möglich: (zB bestimmte Bauleistungen, der Zuschnitt von Rohschinken, die Bearbeitung von Beschwerden im Callcenter; die Geschlechtsbestimmung bei eben geschlüpften Küken; das Einrüsten eines Bauwerks; die Kommissionierung von Warenmengen); Grundlegend zur Abgrenzung *BSG* (1988) EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 33.a.

[10]Wichtig: Nicht die Art und Weise der Vergütung, sondern die Leistungspflicht des Werkunternehmers entscheidet über die rechtliche Einordnung; vgl. MüKoBGB/*Busche*, § 631 Rn.88 ff.; *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG.

[11]BAGE (1978) 31, 135, 141 f.: *„Dienst- oder Werkverträge einerseits und Arbeitnehmerüberlassungsverträge andererseits unterscheiden sich dadurch, dass der Unternehmer im ersten Fall die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen organisiert, **während er bei der zweiten Vertragsgestaltung dem Dritten (= Besteller) nur die Arbeitnehmer zur Verfügung stellt**, wobei dieser die Arbeitskräfte nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb einsetzt und seine Betriebszwecke mit den überlassenen Arbeitnehmern wie mit eigenen Arbeitnehmern verfolgt. Bei Dienst- oder Werkverträgen kann der zur Dienstleistung Verpflichtete oder Werkunternehmer sich anderer als Erfüllungsgehilfen bedienen. Das sind Arbeitnehmer, die Arbeitsleistungen in einem fremden Betrieb erbringen, aber nur dann, wenn sie nach Weisungen des Unternehmers – Dienstverpflichteten oder Werkunternehmers – handeln. [...] Während bei einem Dienst- oder Werkvertrag der Unternehmer für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich bleibt, endet beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag seine Vertragspflicht dann, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Dritten zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat."*.

[12]Ausf. zur Haftung: Schüren/Hamann/*Brors*, AÜG, Einl. Rn. 380 ff., Rn. 509 ff.

[13]Schüren/Hamann/*Brors* Rn. 491 ff.

[14]Denkbar ist zB dass ein Arbeitnehmer als Staplerfahrer ausgeliehen wird, der überhaupt nicht fahren kann und es trotzdem tut und so einen Unfall verursacht. Dann läge eine Pflichtverletzung des Verleihers vor, die zu seiner Haftung führen kann. Denn er selbst hat mangelhaft geleistet, weil er einen untauglichen Fahrer „lieferte", obwohl er dem Kunden einen tauglichen Fahrer versprach.

Arbeitseinsatz im rechtlich relevanten Sinn, der das wirtschaftliche Verwertungsrisiko der gelenkten Arbeitskraft trägt.

Die Konsequenz dieser zwingenden Verknüpfung ist die Möglichkeit des sicheren Rückschlusses aus der gelebten Risikotragung (=Haftung) auf die Steuerung – und damit auf den real gelebten Vertragstyp.

Die Steuerung kann darin bestehen, dass durch Weisungen gelenkt wird. Steuerung kann aber im Extremfall auch darin bestehen, dass keine Weisungen erteilt werden und die Arbeitnehmer „machen, was sie wollen". Der Werkunternehmer muss sich das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen auch dann gem. § 278 BGB zurechnen lassen, wenn er sich nicht um seine Leute gekümmert hat – die Handlung, die zur Haftung führt, muss nur im Pflichtenbereich Auftragnehmers und damit auch im Pflichtenbereich des Erfüllungsgehilfen liegen.[15] Im Extremfall gilt: Haftung ist „sichtbar"; Steuerung kann „unsichtbar" sein.

III. Steuernde Eingriffe des Auftraggebers beim Werkvertrag und bei der Arbeitnehmerüberlassung

Für die rechtliche Einordnung kommt es nicht auf die „Papierform" an. Weicht die praktische Durchführung des Vertrags vom Vertragstext ab, dann ist die Durchführung für die rechtliche Bewertung (= Einordnung) maßgeblich.[16] Man geht schlicht davon aus, dass die Parteien das wirklich wollen, was sie wirklich tun. Und das ist dann Inhalt ihres Vertrags. Wurde ein Werkvertrag vereinbart, und werden dann doch nur Arbeitnehmer überlassen, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor – die Folgen sind bekanntlich sehr gewichtig.

Für die Abgrenzung ergibt sich daraus eine – in der Theorie – klare Scheidelinie:

Vom Auftraggeber gelenkte Dienste der einzelnen Fremdfirmenarbeitnehmer plus Integration in den Betrieb[17] des Auftraggebers - das ergibt illegale Überlassung. Denn Arbeitnehmerüberlassung verwirklicht sich in der vorübergehenden oder dauerhaften Arbeitnehmerfunktion der Fremdfirmenleute im Einsatzbetrieb (Entleiherbetrieb).

1. Abgrenzung nach der Ausübung des Direktionsrechts

Üblicherweise wird deshalb vertreten, man könne die Überlassung an der *„Fremdbestimmung"* des Fremdfirmenmitarbeiters durch den Auftraggeber erkennen.[18] Das ist - in der Theorie – zutreffend. Die Überlassung führt notwendig zur Steuerung durch denjenigen, an den überlassen wird. Denn derjenige der überlässt muss sich ebenso notwendig zurückziehen und kann keine arbeitsrechtliche Leitungsmacht mehr ausüben.

Dass es in der Praxis mit der Fremdbestimmung nicht ganz so eindeutig zugeht, macht die Sache schwierig und diesen Ansatz für Grenzfälle praktisch unbrauchbar. Das sieht auch die Rechtsprechung inzwischen.[19]

---

[15] BGHZ (1959) 31, 366.

[16] Zuletzt *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG; *BAG* (1993) EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 75; *BGH* (2002) NJW 2002, 3317 ff.

[17] *Sitzheimer*, S. 10, hat die Abhängigkeit, die den Arbeitnehmer kennzeichnet, nicht als wirtschaftliche Abhängigkeit erklärt. Er schrieb: *„Dann ist derjenige, der die Arbeit verrichtet, rechtlich nicht der arbeitende Mensch, sondern der andere. Ist dies der Fall, so sprechen wir von abhängiger Arbeit. Abhängige Arbeit ist Arbeit unter fremder Verfügungsgewalt. Die Arbeit wird zur fremden Funktion und zur Funktion eines Fremden."*

[18] *Hamold* NZA-RR 2012, 113 ff.; ebenso *Mahr*, S. 252 ff.

[19] *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG, Rn. 27: *„Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem*

Beim Subunternehmerverhältnis im Rahmen einer aufgeteilten Tätigkeit oder Produktion in der Betriebsstätte des Auftraggebers unterscheiden sich die Grenzfälle in den äußeren Abläufen wenig oder gar nicht. Die geleistete Arbeit ist bei legalen Werkverträgen und bloßer Personalüberlassung gleich. Trotzdem wird immer wieder versucht, die richtige Einordnung über die Abläufe in der „Praxis" und die „Personalhoheit"[10] zu führen.

Der Versuch illegale Überlassung durch Zuordnung der „Personalhoheit" nachzuweisen, führt in der Praxis leider immer wieder zur ergebnisorientierten Auswertung von Zeugenaussagen in Ermittlungsverfahren – wer Überlassung nachweisen will, legt Überwachung und „Weisungen" regelmäßig als Ausübung des Direktionsrechts aus.

Subunternehmer in der fremden Betriebsstätte – genauer, deren Mitarbeiter auf dem Betriebsgelände des Auftraggebers – arbeiten in den allein problematischen Grenzfällen nie „alleine" und unter Aufsicht ihrer eigenen Vorgesetzten. Sie werden auch von den Führungskräften des Auftraggebers kontrolliert und erhalten stets auch von diesen „Weisungen".[11] Wo der Subunternehmer ganz alleine Weisungen erteilt, bereitete die Einordnung keine Probleme!

Die Abgrenzung aber zwischen dem ausgeübten Direktionsrecht gegenüber einem (illegal) entliehenen Arbeitnehmer einerseits und der zulässigen Einflussnahme eines Werkbestellers vermittels seiner Leute auf die Herstellung des für ihn bestimmten Werkes durch „Weisungen" an die Fremdfirmenleute

---

Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen der Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst (vgl. zu alledem BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121)."; *LAG Düsseldorf* (2012) LAGE § 99 BetrVG 2001 Nr. 15, S. 13 f.: „*Das gilt insbesondere deshalb, weil es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (noch) keinen rechtlichen Unterschied begründet, sondern (zunächst) nur eine Frage der praktikablen Vertragsdurchführung ist, wenn der Dienst- oder Werkunternehmer notwendige Einzelanweisungen an seine Arbeitnehmer nicht selbst erbringt, sondern dem Auftraggeber gestattet, diese unmittelbar seinen Erfüllungsgehilfen zu erteilen. Die Erfüllungsgehilfen des Dienst- oder Werknehmers haben dann diese Weisungen des Auftraggebers nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht deswegen zu erfüllen, weil sie zu diesem in einem Rechtsverhältnis stehen und in dessen Arbeits- und Produktionsprozess eingegliedert sind, sondern weil sie aus dem zwischen ihnen und dem Dienst- bzw. Werknehmer bestehenden Rechtsverhältnis die Beachtung dieser Anweisungen schulden (BAG vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90)*".

[10] *Hunold* NZA-RR 2012, 113ff.

[11] *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG; *LAG Hamm* Urt. v. 2.2.2012 – 8 Sa 1502/11: „*So wie bei einem Werkvertrag der mit der Wohnungsrenovierung beauftragte Handwerker die Vorgaben des Auftraggebers zu beachten hat, in welchem Raum mit der Renovierung begonnen, welche Tapeten verklebt und in welcher Farbe die Fenster gestrichen werden,* ***ohne dass diese Vorgaben der Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts oder den arbeitsbezogene Weisungen gegenüber einem Leiharbeitnehmern gleichstehen,*** *bedarf es auch bei einem Dienstleistungsauftrag der vorliegenden Art einer Konkretisierung im Hinblick auf die aus dem Dienstleistungsvertrag bzw. der Leistungsbeschreibung folgenden Einzelaufgaben. Die Vorgaben und Anweisungen an die vom Auftragnehmer eingesetzten Hilfskräfte betreffen insbesondere den Gegenstand sowie die Art und Weise der Ausführung der vereinbarten Dienstleistung, indem z. B. die Verfahrensweise bei der Übermittlung und Erledigung der vertragsgemäß abzuarbeitenden Geschäftsvorfälle bestimmt, Angaben zur Reihenfolge der Erledigung oder Vorgaben zur Verwendung bestimmter Vordrucke oder einer bestimmten Computer-Software gemacht werden.*"; *LAG Düsseldorf* (2012) LAGE § 10 AÜG Nr. 4, S. 13: „***Allein die tägliche Kontrolle der Gleisbau- und Sanierungsarbeiten durch Mitarbeiter der Beklagten spricht nicht zwingend für Arbeitnehmerüberlassung, da der Werkbesteller das Recht zur regelmäßigen Überprüfung der Arbeiten hat, um eventuelle Mängel beanstanden und deren Beseitigung verlangen zu können (vgl. §§ 633 ff. BGB).*** *Auch kann die Besichtigung und Kontrolle der Abnahme von Einzelgewerken dienen (vgl. § 645 BGB). Sofern Beanstandungen der Beklagten hinsichtlich des Bau- oder Sanierungsfortschritts dazu geführt haben sollten, dass zusätzliche Mitarbeiter der E. - I. GmbH eingesetzt wurden, ist dies kein Indiz gegen das Bestehen eines Werkvertrages. Die Behauptung des Klägers, die E. - I. GmbH habe dann zusätzliche Arbeitnehmer einsetzen müssen, lässt offen, ob es sich um eine bindende Anweisung der Beklagten oder ein sachliches Erfordernis zur fristgerechten Werkerstellung gehandelt haben soll.*".

andererseits, ist in den Problemfällen sehr schwierig und oft sogar unmöglich.[22] Das liegt daran, dass es gewöhnlich keine erkennbaren Unterschiede gibt.

Ein einfaches Beispiel mag das erklären:

Eine Kirche wird außen saniert; dazu muss ein Gerüst aufgestellt werden. Dieser Teil der Sanierung wird vom Generalunternehmer „outgesourct". Der Bauleiter des Generalunternehmers sagt zum Kolonnenführer des beauftragten Gerüstbauers, dass unbedingt darauf zu achten sei, beim Aufbau des Gerüsts nicht die Fenster zu beschädigen. Und dann kommt er noch ein paar Mal und schaut, ob das auch wirklich geschieht, wobei er mit Kritik und „Anregungen" nicht spart. Er achtet auch darauf, dass die Fremdfirmenleute mit den Gerüstbauteilen vorsichtig umgehen, denn die gehören dem Generalunternehmer.

Das kann zweierlei sein: Einmal kann es sich bei dieser Einflussnahme um ein Stück „Qualitätsmanagement" handeln. Denn der Werkbesteller darf darauf hinwirken, dass der Erfolg, den sein Werkunternehmer schuldet, nicht nur einwandfrei, sondern auch ohne Schäden an den vom Werkbesteller überlassenen Gerüstbauteilen und den Gütern seines Auftraggebers erbracht wird.[23] Schließlich haftet der Werkbesteller der Kirchengemeinde, wenn ein Fenster beschädigt wird. Er kann sie nicht an den Subunternehmer verweisen.

Es könnte aber auch ein Scheinwerkvertrag vorliegen. Dann wären das schlichte „Arbeitgeberweisungen" gewesen. Der Generalunternehmer hätte sein Direktionsrechts gegenüber den Gerüstbauern ausgeübt, die er sich als komplette „Kolonne samt Vorarbeiter" ausleih, um mit ihnen seine eigenen Gerüstteile selbst zu dem benötigten Gerüst zusammenzubauen.

Der gleiche Vorgang kann ohne erkennbare Unterschiede im Ablauf und in der Kommunikation (=den erteilten Weisungen) Teil eines Werkvertrags oder einer Arbeitnehmerüberlassung sein. Auch bei einer Arbeitnehmerüberlassung können sich die Weisungen des Entleihers auf wenige Hinweise beschränken. Entliehene Arbeitnehmer brauchen unter Umständen nicht mehr Steuerung, um die

---

[22] *Hamann* WiVerw 1996/4, S. 212, 221.

[23] *LAG Rheinland-Pfalz* Urt. v. 3.2.2011, 11 Sa 314/10, Rn. 40: *„Es entspricht auch den Eigenheiten eines Werkvertrages, dass der Besteller die Einzelheiten des gewünschten Werkes bestimmt und dies auch noch während der Ausführung kontrollieren darf, wie insbesondere die gesetzliche Regelung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zeigt.* ***Aus diesem Grund spricht auch ein projektbegleitendes Qualitätsmanagement nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Hierbei findet ein permanenter Austausch zwischen Mitarbeitern des Auftraggebers und des Auftragnehmers statt.*** *So ist am ehesten gewährleistet, dass das im Werkvertrag festgelegte Ergebnis vertragsgerecht erreicht wird. Hier erfolgen Anweisungen des Auftraggebers projektbezogen. Diese beeinflussen zwar die Arbeitsweise des Fremdpersonals, jedoch nur mittelbar (Hamann, a. a. O., Rz. 174). Entscheidend ist, dass der Auftraggeber nicht über den Arbeitseinsatz des Fremdpersonals disponiert, sondern die Verwirklichung seines Projekts fördert. In vorliegendem Fall enthält § 7 des am 29.12.2008 geschlossenen Werkvertrages ABC - F-, die für einen Werkvertrag typische Regelung der Haftung und Gewährleistung des Auftragnehmers."*; BAGE (2003) 105, 317, 326 f.: *„Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst [...]."*; *LAG Hamm* Urt. v. 2.2.2012 - 8 Sa 1502/11, nv: *„So wie bei einem Werkvertrag der mit der Wohnungsrenovierung beauftragte Handwerker die Vorgaben des Auftraggebers zu beachten hat, in welchem Raum mit der Renovierung begonnen, welche Tapeten verklebt und in welcher Farbe die Fenster gestrichen werden,* ***ohne dass diese Vorgaben der Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts oder den arbeitsbezogene Weisungen gegenüber einem Leiharbeitnehmern gleichstehen,*** *bedarf es auch bei einem Dienstleistungsauftrag der vorliegenden Art einer Konkretisierung im Hinblick auf die aus dem Dienstleistungsvertrag bzw. der Leistungsbeschreibung folgenden Einzelaufgaben. Die Vorgaben und Anweisungen an die vom Auftragnehmer eingesetzten Hilfskräfte betreffen insbesondere den Gegenstand sowie die Art und Weise der Ausführung der vereinbarten Dienstleistung, indem z. B. die Verfahrensweise bei der Übermittlung und Erledigung der vertragsgemäß abzuarbeitenden Geschäftsvorfälle bestimmt, Angaben zur Reihenfolge der Erledigung oder Vorgaben zur Verwendung bestimmter Vordrucke oder einer bestimmten Computer-Software gemacht werden."*; *BAG* (2012) AP Nr. 20 zu § 10 AÜG: *„Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst."*

übertragene Aufgabe zu erledigen. Wenn zB Lagerarbeiter nur über ein technisches Gerät erfahren, wie sie die Regale des Auftraggebers bestücken sollen, so kann das innerhalb einer abhängigen Beschäftigung für den Auftraggeber stattfinden. Es muss aber nicht.[24]

Daraus ergibt sich: Der einzelne befragte Fremdfirmenmitarbeiter ist in den Grenzfällen regelmäßig nicht in der Lage, in der Rückschau zwischen „Arbeitgeberweisung" und Qualitätssicherung oder Detailweisung des Auftraggebers zu unterscheiden. Beides erlebt er als Überwachung und Lenkung durch Personen mit „Autorität".

Daraus folgt, dass eine zuverlässige Einordnung in den Grenzfällen nicht an die erteilten Weisungen anknüpfen kann. Sie ist an die unterschiedlichen Verantwortungsbereiche beider Vertragstypen gebunden. Die werden in den hier interessierenden Grenzfällen erst mit der Haftung sichtbar.

2. Identifikation des Werkvertrags auf der Grundlage gelebter Haftung

Der (echte) Werkunternehmer haftet für alle Schäden, die seine Leute beim Entleiher verursachen. Er haftet weiter dafür, dass das vereinbarte Ergebnis einwandfrei und rechtzeitig erbracht wird. Auf die Indizwirkung gelebter Haftung habe ich 1999 in meinem Beitrag in der Festschrift für Däubler[25] ausführlich hingewiesen. Inzwischen ist das auch in der Praxis anerkannt.[26]

Schadensfälle, die Fremdfirmenleute verursachen, denen aber keine Haftung des Werkunternehmers folgt, legen Überlassung dieser Fremdfirmenleute nahe. Sie spiegeln die gelebte Verantwortung des Entleihers (Scheinwerkbestellers) für das, was die ihm überlassenen Fremdfirmenleute für ihn tun oder bei ihm anrichten.

---

[24] BAGE (1991) 67, 290, 298: *„Damit wird jedoch zunächst nur die vertragsgemäße Dienstleistung oder das vertragsgemäß erstellte Werk als solches in die Planung des Arbeitsablaufes und der Produktion einbezogen. Es kann gleichwohl Aufgabe des Dienst- oder Werkunternehmers bleiben, dafür zu sorgen, dass er – in Zusammenarbeit mit seinen Erfüllungsgehilfen – die Leistung oder das Werk vertragsgemäß erbringen kann* ***Dass er dafür notwendige Einzelanweisungen an seine Arbeitnehmer nicht selbst erbringt, sondern dem Auftraggeber gestattet, diese unmittelbar seinen Erfüllungsgehilfen zu erteilen, begründet keinen rechtlichen Unterschied, sondern ist nur eine Frage der praktikablen Vertragsdurchführung. Die Erfüllungsgehilfen des Dienst- oder Werknehmers haben dann diese Weisungen des Auftraggebers nicht deswegen zu erfüllen, weil sie zu diesem in einem Rechtsverhältnis stehen und in dessen Arbeits- und Produktionsprozess eingegliedert sind, sondern weil sie aus dem zwischen ihnen und dem Dienst- bzw. Werknehmer bestehenden Rechtsverhältnis die Beachtung dieser Anweisungen schulden.*"
LAG Düsseldorf (2012) LAGE § 99 BetrVG 2001 Nr. 15, S.13 f.: *„Das gilt insbesondere deshalb, weil es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (noch) keinen rechtlichen Unterschied begründet, sondern (zunächst) nur eine Frage der praktikablen Vertragsdurchführung ist, wenn der Dienst- oder Werkunternehmer notwendige Einzelanweisungen an seine Arbeitnehmer nicht selbst erbringt, sondern dem Auftraggeber gestattet, diese unmittelbar seinen Erfüllungsgehilfen zu erteilen. Die Erfüllungsgehilfen des Dienst- oder Werknehmers haben dann diese Weisungen des Auftraggebers nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht deswegen zu erfüllen, weil sie zu diesem in einem Rechtsverhältnis stehen und in dessen Arbeits- und Produktionsprozess eingegliedert sind, sondern weil sie aus dem zwischen ihnen und dem Dienst- bzw. Werknehmer bestehenden Rechtsverhältnis die Beachtung dieser Anweisungen schulden. […]; S. 10: An diesem Maßstab gemessen erweist sich die Aufstellung einheitlicher Dienstpläne, in denen alle Fahrzeuge und alle Fahrer, ohne Unterscheidung danach aufgelistet sind, ob es sich um eigene oder solche der M. GmbH handelt, weit mehr als eine zwingende Folge der Übertragung von Teilleistungen auf Dritte und der daraus resultierenden Notwendigkeit, sich einen Überblick darüber zu verschaffen, welche Transportleistungen von der M. GmbH erbracht werden, und weniger als ein Indiz dafür, dass die Arbeitgeberin die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den konkreten Arbeitseinsatz auch der Fahrer der M. GmbH treffen würde.* ***Das gilt umso mehr, als die Arbeitgeberin nach ihrem unbestritten gebliebenen Vortrag keinerlei Einfluss darauf ausübt, welche Fahrer der M. GmbH zu welchen Schichten eingeplant werden, sondern diese Planung ausschließlich der M. GmbH obliegt.***"
[25] *Schüren*, FS Däubler, 90 (98).
[26] *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG Rn. 33; *Mahr*, S. 261 ff.

3. Identifikation des Werkvertrags bei fehlenden Haftungsfällen

In der Praxis ist es zumeist möglich, den Werkvertrag – wenn es ihn gibt – über Haftungsfälle nachzuweisen. Vereinzelt fehlt es aber an Haftungsfällen. Entweder sind sie nicht aufgetreten, oder sie wurden nicht durchgesetzt. Letzteres indiziert im Regelfall Überlassung.

Aber wo die Haftungsfälle tatsächlich fehlen, stellt sich die Frage, ob es auch dann eine Möglichkeit gibt, den gelebten Werkvertrag sicher zu identifizieren. Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 18.1.2012 auf die Indizwirkung einer abgeschlossenen Haftpflichtversicherung des Dienstleisters verwiesen.[27] Ich meine, dass diese Indizwirkung nicht sehr stark gewichtet werden sollte. Sie leitet sich nur aus der „Papierform" der Beziehung her. Wir stellen bei der Einordnung aber nicht auf die Papierform ab, sondern bewerten die gelebte Beziehung. Nicht selten weicht diese von der Papierform ab.

Die gelebte Haftung ist ein weit gewichtigeres Indiz der vertraglichen Ergebnisverantwortung als eine Versicherung. Gelebte Haftungsvermeidung ist aber ein ebenso starkes Indiz. Freilich ist Haftung leichter erkennbar, weil sie „Spuren" in den Akten der Beteiligten hinterlässt.

Wie wird indessen Haftungsvermeidung sichtbar? Haftungsvermeidung hat in der Praxis einen Namen: Qualitätsmanagement. Qualitätsmanagement ist nicht kostenlos, denn es kostet mindestens zusätzliche Arbeitszeit, die für Führung und Qualifizierung von Mitarbeitern verbraucht wird. Aber dieser Aufwand erspart Haftung und Gewährleistung und sichert den Auftrag.

Ziel ist die angestrebte Qualität des Produkts mit einem Minimum an Kosten, Gewährleistungs- und Haftungsfällen zu erreichen. Qualitätsmanagement des Werkunternehmers ist untrennbar mit der Ergebnisverantwortung verknüpft. Mit der Haftung hat es den wirtschaftlichen Aufwand gemeinsam. Nur sind seine „Spuren" regelmäßig nicht in den Akten des Werkbestellers zu finden. Man kann sie aber beim Werkunternehmer finden.

IV. Indizwirkung von Qualitätsmanagement bei den Werkvertragspartnern

1. Grundlagen

Anders als bei der Haftung gibt es beim Qualitätsmanagement kein „Entweder/Oder". Denn das alle Produktionsschritte einschließende Qualitätsmanagement des Werkbestellers, der selbst für das wirtschaftliche Ergebnis seiner Produktion verantwortlich ist und regelmäßig einem Dritten haftet, indiziert keine Arbeitnehmerüberlassung.

Nur das Qualitätsmanagement des Subunternehmers indiziert den Werkvertrag, denn es setzt eigene Ergebnisverantwortung voraus. Der Subunternehmer, der die Werkleistung optimiert, indem er seine Leute qualifiziert, sie bewusst qualitätsorientiert und kosteneffizient beschäftigt und die Arbeitsvorgänge beobachtet und dann optimiert, setzt seine Ergebnisverantwortung in wirtschaftlich für ihn spürbarer Weise um.

2. Qualitätsmanagement des Werkbestellers

Die Überwachung des Subunternehmers durch den Auftraggeber beim echten Werkvertrag dient der Qualitätssicherung und Qualitätsoptimierung der fremdvergebenen Werkleistung. Dieses Qualitätsmanagement spielt gerade beim Subunternehmervertrag innerhalb eines fremden

[27] *BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG Rn. 37.

Leistungsprozesses eine große Rolle. Das hat Folgen für die Zusammenarbeit von Auftraggeber und Subunternehmer.

Der Auftraggeber muss bestmöglich dafür sorgen, dass seine Leistung, an der der Subunternehmer mitwirkt, am Ende mangelfrei ist. Dazu muss er für die Mangelfreiheit auch der ihm von Fremdfirmen erbrachten Leistungen, sorgen. Dabei geht es nicht um Kosteneffizienz, denn der Werkunternehmer arbeitet regelmäßig zu einem Festpreis. Aber es geht darum, sicherzustellen, dass die Werkleistung als Teil der eigenen Leistung einwandfrei ist.

Die interne Fremdvergabe von Einzelschritten macht es notwendig, die fremdvergebenen Leistungen ebenso wie die eigenen Leistungen des Auftraggebers sehr genau zu koordinieren. Das schließt in der Praxis oftmals eine langwierige Abnahme (§ 640BGB) ganz am Ende des Arbeitsprozesses mit detaillierter Prüfung und mit einer nicht unerheblichen Zahl von „Nachbesserungen" aus. Das Qualitätsmanagement des Auftraggebers muss auch beim Subunternehmer auf eine „Null-Fehler-Leistung" gerichtet sein. Haftungsvermeidung ist das notwendige Zwischenziel auf dem Weg zu einem fehlerfreien Produkt des Werkbestellers.

Diese Besonderheiten haben Einfluss auf die Abläufe – sie verändern aber nicht die Rechtsnatur der Werkleistung! Das bedarf der Erläuterung:

Im Rahmen eines jeden Werkvertrages ist der Auftragnehmer verpflichtet, den geschuldeten Erfolg in der vertraglich vereinbarten Weise rechtzeitig herbeizuführen. Wie viele Mann-Stunden er dafür einsetzt und wie er die Arbeit seiner Leute organisiert, ist im Regelfall seine Sache (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B). Denn er trägt gegenüber seinem Auftraggeber das Risiko der Nicht- oder Schlechterfüllung. Anders als beim Dienstvertrag[28] gibt es beim Werkvertrag ein ausdifferenziertes Gewährleistungsrecht. Die Gewinnchance und das Verlustrisiko hängen für den Werkunternehmer insbesondere davon ab, inwieweit es ihm gelingt, mit möglichst wenig Arbeitszeit seiner Leute ein mangelfreies Werk fertig zu stellen. Das beeinflusst neben dem Ertrag oder Verlust aus dem Einzelauftrag auch seine Überlebenschance am Markt.

Wegen dieser Interessenlage reicht es bei vielen Werkverträgen aus, wenn der Besteller am Ende die Qualität prüft. Eine arbeitsbegleitende Überwachung ist weder nötig, noch ist sie üblich.[29] Der Werkunternehmer arbeitet im eigenen Interesse möglichst gut – schlimmstenfalls führt ihn das Gewährleistungsrecht auf den Pfad der Tugend. Das funktioniert gut, wenn der Werkbesteller beispielsweise sein Auto reparieren lässt.

Bei der Zusammenarbeit mit Subunternehmern im Rahmen eigener Prozesse – wie zB bei Warenkommissionierung einer Handelskette, beim Gerüstbau im Rahmen einer Kraftwerkswartung - geht es anders zu. Dort wird die werkvertragliche Gewährleistung der Subunternehmer heute von der Seite des Auftraggebers als Teil des eigenen, alle eigenen und fremden Schritte der Leistungserbringung erfassenden Gesamt-Qualitätsmanagements abgewickelt.[30] Der Auftraggeber muss beim Einkauf von Werkleistungen sicherstellen, dass der einzelne Subunternehmer die notwendigen Anforderungen voraussichtlich erfüllt – sonst darf er ihn nicht beauftragen oder er muss sich von ihm trennen. Deshalb muss er vorab sicherstellen und später überwachen, dass der Subunternehmer ein hinreichendes eigenes Qualitätsmanagement betreibt, um regelmäßig in der Lage zu sein, die geschuldete Leistung einwandfrei und ohne „Kollateralschäden" beim Kunden des Werkbestellers zu erbringen.

---

[28]Freilich stehen auch bei Leistungsstörungen im Dienstvertragsverhältnis Haftungsansprüche aus dem Allgemeinen Schuldrecht zur Verfügung: *BGH* Urt. v. 22.5.1990 - IX ZR 208/89 (Orientierungssatz nach juris): *„Handelt der Dienstverpflichtete weisungswidrig und wird ihm hierdurch die geschuldete Leistung unmöglich, kann der Dienstberechtigte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder die für den Fall des BGB § 323 bestimmten Rechte geltend machen (BGB § 323 Abs 1). Der Dienstberechtigte ist gem. BGB § 325 Abs 1 S 2 berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des BGB § 280 Abs 2 zu verlangen, wenn die Teilerfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat."*.

[29]Zb Reparatur eines KFZ zu vereinbartem Festpreis.

[30]Quittnat BB 1989, 571 (572).

Das ist keine Lenkung des fremden „Betriebs" oder der Fremdfirmenleute. Der Auftraggeber kontrolliert nur, ob der Vertragspartner mit diesem – seinem – Betrieb vertragsgemäß leisten kann und dann auch leistet.

Für den Werkbesteller ist das Gesamt-Qualitätsmanagement notwendig, denn er „verkauft" das Produkt, an dem der Subunternehmer bei einem Einzelschritt mitwirkt, am Ende als eigenes Produkt, für das er seinen Kunden geradesteht. Er kann seine eigenen Auftraggeber bei Mängeln oder Schäden niemals an den Subunternehmer „durchreichen" (Substitution[10]). Der Werkbesteller trägt nach außen das Risiko, wenn das Produkt durch Fehler des Subunternehmers mangelhaft ist. Dieses Risiko lässt sich wirtschaftlich kaum bewerten. Denn die Mängel führen nicht nur zur Haftung; sie führen auch zum Verlust von Aufträgen.

Der Auftraggeber darf deshalb den Subunternehmer und seine Leute ständig überwachen und immer prüfen, ob die Leistung vertragsgemäß zu werden verspricht (exemplarisch § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B[11]). Vernünftigerweise überprüft er schon vor Auftragsvergabe das Qualitätsmanagement des Subunternehmers!

Die Kosten der Nachbesserung eines Mangels, den der Werkbesteller während der Werkerstellung rügt, trägt der Subunternehmer! Denn vergütet wird nur das einwandfreie Produkt – nicht der Zeitaufwand für seine Herstellung.

Auch deshalb passen auftragsbegleitende Qualitätskontrollen aller Art durch den Auftraggeber und Vergütung des Auftragnehmers nach Zeit im Normalfall nicht zusammen. Der Auftraggeber bezahlt dann nämlich die Fehlerkorrektur mit – das indiziert bloße Personalgestellung. Hier gibt es freilich vereinzelte Ausnahmen, die aus den besonderen Umständen des Falles erwachsen. Gelegentlich sind Werkleistungen schlicht nicht vorab kalkulierbar.

Bei der werkvertragstypischen Vergütung nach Festpreisen hingegen steht eine solche ausführungsbegleitende Qualitätskontrolle durch den Auftraggeber nicht im Widerspruch zur werkvertragsspezifischen Risikoverteilung. Die zusätzliche Zeit der Fremdfirmenleute für die Fehlerkorrektur kostet nur den Subunternehmer; sie ist gelebte Haftung.

3. Qualitätsmanagement des Werkunternehmers

Ein Subunternehmen, das häufig mangelhafte Leistungen erbringt, haftet nicht nur dem Auftraggeber. Es verliert darüber hinaus sehr bald die Aufträge und geht wirtschaftlich unter.

Deshalb ist bei einem Subunternehmer, der echte Werkleistungen erbringt und damit Geld verdienen will, ein eigenes Qualitätsmanagement von existentieller Bedeutung und nach meiner Erfahrung in der Praxis regelmäßig vorhanden. Es muss von der Überwachung durch den Auftraggeber abgegrenzt werden. Beim eigenen Qualitätsmanagement des Subunternehmers geht es um die selbstgestaltete Optimierung der Abläufe im eigenen Bereich. Es geht um die Anleitung und Überwachung der eigenen Leute und um ihre Ausbildung. Wenn der Subunternehmer Qualitätsmanagement im eigenen Wirkbereich gestaltet und durchführt, trägt er das wirtschaftliche Risiko und ist kein Verleiher.

Für die Rekonstruktion vergangener Vertragsbeziehungen folgt daraus, dass eine *„Kontrolle"* durch den Auftraggeber während der Fertigung sowohl Arbeitnehmerüberlassung als auch ein gutes (Gesamt-) Qualitätsmanagement des Auftraggebers bei einem Werkvertrag indizieren kann. Allein ist sie keine Hilfe bei der Abgrenzung.

Nur dann, wenn der Subunternehmereinsatz nach Zeit (Mann-Tage oder Stunden) vergütet wurde, kann die umfassende Überwachung der Tätigkeit zur Qualitätssicherung auf bloße Personalgestellung hindeuten.

---

[10] Vgl. die gesetzgeberische Wertung in § 664 BGB. Die Einschaltung von Subunternehmern ist keine Übertragung der Ausführung des Auftrags an Dritte. Subunternehmer sind regelmäßig nur Erfüllungsgehilfen des Generalunternehmers (vgl. BGHZ (1976) 66, 43 ff.).

[11] Vgl. zur Sonderregelung allgemein MüKoBGB/Busche, § 633 Rn. 39; vgl. zu § 4 VOB/B Nicklisch/Weick/Nicklisch, VOB/B § 4 Rn. 21.

Ein sicheres Indiz für eine reale Ergebnisverantwortung des Subunternehmers ist dagegen allein ein eigenes, vom Subunternehmer selbstgestaltetes Qualitätsmanagement.

Qualitätsmanagement beginnt mit der ständig optimierten Personaleinsatzplanung. Das geht nur mit entsprechend qualifiziertem Führungspersonal, dass diese Einsatzplanung durchführt. Zum Qualitätsmanagement gehört dann weiter die Beobachtung und Optimierung der Arbeitsprozesse und die Qualifizierung und Ausbildung des eingesetzten Personals. Jeder wirtschaftlich spürbare Aufwand, der vom Werkunternehmer mit diesem Ziel betrieben wird, indiziert den Werkvertrag. Denn der werkvertraglichen Haftung entspricht die Haftungsvermeidung durch Verbesserung der Arbeitsabläufe und risikominimierenden Personaleinsatz. Wer Qualitätsmanagement betreibt, nimmt Ergebnisverantwortung wahr.

Fehlt eigenes Qualitätsmanagement des Subunternehmers und treten trotzdem über längere Zeit keine Gewährleistungsfälle auf, dann indiziert das schlichte Arbeitnehmerüberlassung. Denn langfristig sind Mängel nur durch ein sehr gutes Qualitätsmanagement vermeidbar. Eine solche Qualitätssicherung kann jedoch nur leisten, wer die Organisation des Arbeitsprozesses steuert. Das alleinige Qualitätsmanagement des Auftraggebers spiegelt dann die umfassende Verantwortung für überlassenes Personal.

Gibt es über lange Zeit keine Personenschäden und Schäden an Rechtsgütern des Auftraggebers und keine Gewährleistungsfälle, dann beruht das entweder (auch) auf dem sehr guten Qualitätsmanagement des Subunternehmers oder allein auf dem umfassenden Qualitätsmanagement des Auftraggebers und dessen Risikotragung. Steuert der Auftraggeber allein den Arbeitsprozess und trägt er allein die Haftungsrisiken, ist er Entleiher der so gesteuerten Arbeitskräfte.

Die Einrichtung eines Qualitätssicherungssystems, das bereits in den Arbeitsprozess eingreift und nicht erst nachträglich Schäden und Mängel identifiziert, verursacht einen finanziellen Mehraufwand. Der Mehraufwand ist nachprüfbar. Wer ihn aufbringt, der betreibt Qualitätsmanagement.

Es indiziert keine Überlassung, wenn der Auftraggeber das Qualitätsmanagement des Subunternehmers überwacht, um sicherzustellen, dass der Subunternehmer sein Qualitätsmanagement auch tatsächlich betreibt.[33] Der Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse daran, die Qualität der Werkleistung zu kontrollieren. Die zu diesem Zweck erteilten Weisungen stellen die Zuordnung des eingesetzten Personals nicht in Frage.[34] Qualitätsmanagement des Auftragnehmers und

---

[33] *LAG Hamm* Urt. v. 2.2.2012 - 8 Sa 1502/11: *„So wie bei einem Werkvertrag der mit der Wohnungsrenovierung beauftragte Handwerker die Vorgaben des Auftraggebers zu beachten hat, in welchem Raum mit der Renovierung begonnen, welche Tapeten verklebt und in welcher Farbe die Fenster gestrichen werden,* ***ohne dass diese Vorgaben der Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts oder den arbeitsbezogene Weisungen gegenüber einem Leiharbeitnehmern gleichstehen****, bedarf es auch bei einem Dienstleistungsauftrag der vorliegenden Art einer Konkretisierung im Hinblick auf die aus dem Dienstleistungsvertrag bzw. der Leistungsbeschreibung folgenden Einzelaufgaben. Die Vorgaben und Anweisungen an die vom Auftragnehmer eingesetzten Hilfskräfte betreffen insbesondere den Gegenstand sowie die Art und Weise der Ausführung der vereinbarten Dienstleistung, indem z. B. die Verfahrensweise bei der Übermittlung und Erledigung der vertragsgemäß abzuarbeitenden Geschäftsvorfälle bestimmt, Angaben zur Reihenfolge der Erledigung oder Vorgaben zur Verwendung bestimmter Vordrucke oder einer bestimmten Computer-Software gemacht werden.“; BAG* (2012) AP Nr. 10 zu § 9 AÜG; *LAG Düsseldorf* (2007) LAGE § 10 AÜG Nr 4, S. 13: *„****Allein die tägliche Kontrolle der Gleisbau- und Sanierungsarbeiten durch Mitarbeiter der Beklagten spricht nicht zwingend für Arbeitnehmerüberlassung, da der Werkhersteller das Recht zur regelmäßigen Überprüfung der Arbeiten hat, um eventuelle Mängel beanstanden und deren Beseitigung verlangen zu können (vgl. §§ 633 ff. BGB).*** *Auch kann die Besichtigung und Kontrolle der Abnahme von Einzelgewerken dienen (vgl. § 645 BGB). Sofern Beanstandungen der Beklagten hinsichtlich des Bau- oder Sanierungsfortschritts dazu geführt haben sollten, dass zusätzliche Mitarbeiter der E. - I. GmbH eingesetzt wurden, ist dies kein Indiz gegen das Bestehen eines Werkvertrages. Die Behauptung des Klägers, die E. - I. GmbH habe dann zusätzliche Arbeitnehmer einsetzen müssen, lässt offen, ob es sich um eine bindende Anweisung der Beklagten oder ein sachliches Erfordernis zur fristgerechten Werkerstellung gehandelt haben soll.“.*

[34] *LAG Hamm* Urt. v. 2.2.2012 - 8 Sa 1502/11: *„Im Gegensatz zur Beschäftigung einer eigenen oder im Wege der Arbeitnehmerüberlassung entliehenen Bürokraft, welcher sämtliche vom Berufsbild umfassten Tätigkeiten übertragen werden können, richtet sich bei einem Dienstleistungsvertrag die Möglichkeit zur Aufgabenübertragung und zur Erteilung leistungskonkretisierender Anweisungen allein nach dem vereinbarten*

Qualitätssicherung des Auftraggebers schließen sich also nicht gegenseitig aus. Sie ergänzen sich in einer symbiotischen Wechselbeziehung.

Doch nur derjenige, der mit seinem eigenen Qualitätsmanagement selbst die eigene Leistung optimiert, kann langfristig erfolgreich Werkunternehmer sein. Wer sein Personal in ein System überlässt, in dem das Qualitätsmanagement allein vom Vertragspartner gestaltet und durchgeführt wird, verliert zumindest langfristig die Ergebnis- oder Prozessverantwortung.

V. Zusammenfassung

Beim Inhouse-Outsourcing, beim Einsatz von Fremdfirmenpersonal auf dem Betriebsgelände des Auftraggebers, entscheidet sich die Einordnung als Arbeitnehmerüberlassung oder Werkvertrag nach der realen Ergebnisverantwortung für die fremdvergebene Leistung. Der Werkvertrag ist „echt", wenn der Subunternehmer die Ergebnisverantwortung für die versprochene Leistung und den Herstellungsprozess trägt.

Zum Ausdruck kommt Ergebnisverantwortung in der Haftung für die eingesetzten Erfüllungsgehilfen und das versprochene Werk. In der Haftung wird die Steuerungsverantwortung sichtbar.

Haftung ist aber nicht die einzige Manifestation von Ergebnisverantwortung. Ergebnisverantwortung wird auch in gelebter Haftungsvermeidung sichtbar. Dieses Indiz kann dort, wo Haftungsfälle fehlen, den Nachweis des Werkvertrags ermöglichen. Haftungsvermeidung ist Qualitätsmanagement. Dazu gehört Personaleinsatzplanung, Personalentwicklung und Prozessoptimierung. Der betriebene wirtschaftliche Aufwand des Werkunternehmers für sein Qualitätsmanagement indiziert als Haftungsvermeidung die Ergebnisverantwortung und damit den echten Werkvertrag des Subunternehmers.

Literaturverzeichnis

Hamann, Die Grenze zwischen illegaler Arbeitnehmerüberlassung und erlaubtem Fremdpersonaleinsatz im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen, WiVerw 1996, 212

Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, 1995

Hindermann/Heimser, Deutsche Aphorismen, 4. Aufl. 1992

Hunold, § 99 BetrVG: Die Bedeutung der Personalhoheit bei drittbezogenem Personaleinsatz (Werk- und Dienstverträge), NZA-RR 2012, 113

Mohr, Die illegale Beschäftigung aus dem Blickwinkel der Bekämpfungsbehörden, 2011

Leistungsgegenstand. Dementsprechend verbleibt dem Auftraggeber allein ein auf Konkretisierung der vereinbarten Dienstleistung gerichtetes Bestimmungsrecht.".

Niklisch/Weick, Verdingungsordnung für Bauleistungen, 3. Aufl. 2001

Quittnat, Qualitätssicherungsvereinbarungen und Produkthaftung, BB 1989, 571

Säcker, Rixecker, Münchener Kommentar zum BGB Band 4: Schuldrecht, 6. Aufl. 2012

Schüren, Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, NZA 2013, 176

Schüren, FS Däubler, 1999, S. 90 (90 ff.)

Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927

Für das Inhaltsverzeichnis

PETER SCHÜREN

Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht und Direktor des Instituts für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht an der Universität Münster,

Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere) Skizze.

Professor Dr. Peter Schüren*

Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis

Vorschlag zu einer Korrektur des AÜG

Inhaber einer Überlassungserlaubnis und ihre Kunden werden gegenwärtig bei der Umgehung von Arbeitnehmerschutzvorschriften mit Hilfe sog. Scheinwerk- und Scheindienstverträgen erheblich begünstigt. Wer von einem solchen Verleiher unter dem Deckmantel eines Werk- oder Dienstvertrags Arbeitnehmer ausleiht, ist vor den Folgen einer illegalen Überlassung geschützt. Hier sollten ebenfalls die strengen Sanktionen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) bei illegaler Überlassung greifen. Insbesondere sollte ein Arbeitsverhältnis des überlassenen Arbeitnehmers zum Entleiher fingiert werden. Der Beitrag bringt einen Vorschlag zur Korrektur des AÜG: Die privilegierende Wirkung einer vorhandenen Überlassungserlaubnis nach § 1 I AÜG ist auf offen betriebene Überlassung zu beschränken.

I. Das Problem

1. Echte Werk-/Dienstverträge und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Inhouse-Outsourcing durch Werk-/Dienstverträge gab es schon immer. Rechtlich ist es unbedenklich, wenn der Subunternehmer auf dem fremden Betriebsgelände mit seinen Leuten in einem eigenen „Betrieb"[1] die vereinbarten Werk- oder Dienstleistungen erbringt. Räumliche Nähe zwischen Fremdfirmenpersonal und Personal des Auftraggebers rechtfertigt allein keinen arbeitsrechtlichen Sonderstatus. Jedes Unternehmen muss für sich entscheiden, was es mit eigenen Leuten selbst macht und welche Leistungen es von Fremdfirmen einkauft.

Um solche echten Werk- und Dienstverträge geht es hier nicht. Sie haben in einer arbeitsteiligen Wirtschaft ihren Platz. Sie können flexibler und damit effizienter sein, als der Einsatz eigenen Personals. Und sie können Kosten senken. Unerwünscht und unzulässig ist es aber, wenn unter dem Deckmantel von Werk- oder Dienstverträgen in Wirklichkeit nur Personal gestellt wird. Denn dann werden die Regeln der legalen Arbeitnehmerüberlassung, die ja bereits Regeln für eine Ausnahmesituation[2] sind, umgangen und zum Nachteil der Arbeitnehmer verletzt.

2. Scheinwerk-/Scheindienstverträge nach der aktuellen AÜG-Reform

Scheinwerk- oder Scheindienstverträge sind verbreitet. Sie dienen regelmäßig auch der Umgehung von Arbeitnehmerschutzvorschriften. Vermutlich hat ihre Zahl in den letzten drei bis vier Jahren zugenommen. Dafür gibt es Gründe.

a) *Motive für die verdeckte Überlassung.* Zwischen 2003 und 2010 war es zulässig unbegrenzt möglich, Arbeitsplätze mit viel schlechter bezahlten Leiharbeitnehmern zu besetzen[3]. Das geht nicht mehr. Erst fielen die CGZP-Tarife weg[4]. Und seit 2012 ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur „vorübergehend" erlaubt (§ 1 I AÜG).

Was unter „vorübergehend" genau zu verstehen ist, wird in Literatur[5] und Rechtsprechung[6] noch diskutiert. Doch spricht viel dafür, dass die zeitliche Interpretation, es gäbe keine zeitliche Grenze für den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen, europarechtlich nicht haltbar ist[7]. Leiharbeit ist damit keine langfristig nutzbare Alternative zum „Normalarbeitsverhältnis" mehr. Auch die vor der letzten AÜG-Reform beliebte Verlagerung von eigenem Personal auf Inhouse-Verleihe ist inzwischen zur riskanten Gestaltungsform geworden[8].

Heute ist legale Leiharbeit auch kein Billiglohnsektor mehr. Denn nach der Ausschaltung der CGZP als Anbieter grober Dumpingtarife[9], stieg das Tarifniveau in der Leiharbeit deutlich an. Der gesetzliche Lohnuntergrenze gem. § 3 a AÜG[10] und das System der Branchenzuschläge[11] in den neuen Tarifen von IGZ und BAP mit der DGB-Tarifgemeinschaft sind Schritte auf dem Weg zu einer leistungsgerechten Vergütung. Jedenfalls sind die Zeiten, in denen Leiharbeitnehmer weniger als fünf, sechs oder sieben Euro pro Stunde bekamen, vorbei.

Hinzu kommt, dass Leiharbeitnehmer nunmehr Anspruch darauf haben, betriebliche Sozialeinrichtungen genau wie Stammpersonal zu nutzen (§ 13 b AÜG). Wer langfristig und ohne offenen Rechtsbruch schlechtere Arbeitsbedingungen für Fremdfirmenpersonal will, dem bleibt nur der Werk- oder Dienstvertrag[12].

Dabei sind die Möglichkeiten der Kostensenkung deutlich unter das Niveau der Leiharbeit, und die Möglichkeit des dauerhaften Einsatzes nicht die einzigen nutzbaren „Vorteile". Es gab schon immer weitere „Vorteile", die den Einsatz von Fremdfirmenpersonal im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen nahelegten. So wurde es verbreitet als „Nachteil" der Leiharbeit angesehen, dass der Betriebsrat des Entleihers bei der Eingliederung und dem Einsatz der Leiharbeitnehmer mitbestimmt. Werk- und Dienstverträge lösen keine betriebliche Mitbestimmung aus[13]. Auch dass die Vergütung des Werkunternehmers oder Dienstleisters nicht zu

---

* Der Autor ist Direktor des Instituts für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht an der Universität Münster.

1 Vgl. Zur Abgrenzung zuletzt BAG, NZA-RR 2012, 455; *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 11. 12. 2012 – 15 Sa 1233/12, BeckRS 2012, 61737.

2 Anspruch auf die Arbeitsleistung und Arbeitsgestellung werden getrennt, heute ist dies nur noch bei einer vorübergehenden Überlassung zulässig, wenn die besonderen Voraussetzungen des AÜG beachtet werden; vgl. zuletzt *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. v. 9. 1. 2013 – 15 Sa 1633/12, BeckRS 2013, 65446; s. dazu den Editorial von *Lunk*, NZA 11. 2/2013.

3 *LAG Niedersachsen*, Beschl. v. 28. 2. 2006 – 13 TaBV 56/05, BeckRS 2006, 43575; *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. (2010), Einl., Rdnr. 332.

4 BAG, NZA-RR 2011, 64 = NZA 2011, 289 [; BAG, NZA 2013, 455; zu den „Nachfolgeregelungen" der ehemaligen Gewerkschaften und. *Brors*, AuR 2011, 138 [139 ff.].

5 Wie, in: Thüsing, AÜG, 3. Aufl. (2012), § 1 Rdnr. 109 a ff. m. w. Nachw.; *Ittmann*, ZESAR 2011, 449; *Hamann*, RdA 2011, 341; *Ternick/Vestring*, NZA 2013, 1326.

6 *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 9. 1. 2013 – 15 Sa 1633/12, BeckRS 2013, 65446; *LAG Düsseldorf*, Beschl. v. 2. 10. 2012 – 17 TaBV 38/12, BeckRS 2012, 75157; *LAG Niedersachsen*, Beschl. v. 19. 9. 2012 – 17 TaBV 124/11, BeckRS 2012, 74786.

7 *Lunkle*, DB 2011, 414 (415); *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 9. 1. 2013 – 15 Sa 1633/12, BeckRS 2013, 65446; m. w. Nachw.; *Brors*, jurisPR-ArbR 16/2012, Anm. 4.

8 *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 9. 1. 2013 – 15 Sa 1633/12, BeckRS 2013, 65446.

9 *Schüren*, AuR 2008, 219.

10 Thüsing (o. Fußn. 5), § 3 a, Rdnr. 3 (aktuell: West = Euro 8,19, Ost = Euro 7,50).

11 *Schüren*, AuR 2012, 423.

12 Tarifgemeinschaftsverträge, BB 2013, 53.

13 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 99 Rdnr. 14.

den Personalkosten beim Auftraggeber sichert, wird nach meiner Erfahrung gelegentlich als Vorteil angeführt.

b) *Anforderungen an echte Werk-/Dienstverträge.* Die genannten neuen und alten „Nachteile" der gewerbsmäßigen Leiharbeit lassen sich vermeiden, wenn statt Arbeitnehmerüberlassung Fremdfirmenpersonal im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen eingesetzt wird. An den *Arbeitsabläufen*[14] selbst ändert das erst einmal wenig. Deshalb greifen Unternehmen gerne zu dieser Alternative. Gleichwohl sind Werk- und Dienstverträge eine anderartige, weit anspruchsvollere Form des Fremdfirmenpersonaleinsatzes als die Überlassung. Das wird immer wieder unterschätzt. Leiharbeit ist bei unveränderten Führungsstrukturen möglich. Der Verleiher muss nur Personal stellen, das er dem Entleiher überlässt. Der echte Werkunternehmer oder Dienstleister dagegen überlässt seine Leute nicht. Er unterhält im fremden Unternehmen – auf dem fremden Betriebsgelände – mit den eigenen Leuten einen eigenen Betrieb. Einen Betrieb im fremden Betrieb kann es nur dort geben, wo der Subunternehmer mit wirtschaftlich erheblichen Entscheidungen die eigenen Leute lenkt (Personaleinsatzplanung) und mit diesen Entscheidungen zugleich auch eigenhaft Verantwortung für das wirtschaftliche Ergebnis seiner Tätigkeit übernimmt. Er produziert ein wirtschaftliches Ergebnis, das er an den Auftraggeber „verkauft". Er überlässt kein Personal[15]. Das setzt auf Dauer eine Kompetenz voraus, die weit über die eines bloßen Verleihers hinausreicht. Man kann das werk- oder dienstvertragliche Kompetenz nennen – der realen Ergebnisverantwortung des Subunternehmers korrespondiert die Steuerung des eigenen Betriebs auf dem fremden Betriebsgelände.

c) *Gleitender Übergang vom Werk-/Dienstvertrag zur verdeckten Überlassung in der Praxis.* Manchmal wissen die Beteiligten von Anfang an, dass der Fremdfirmeneinsatz auf eine Überlassung hinausläuft. Dann steuert der vorgebliche Werkunternehmer oder Dienstleister den Personaleinsatz nie und er übernimmt folgerichtig keine Ergebnisverantwortung, wenn etwas schief geht. Man erkennt diese Beziehungen in der Praxis fast immer bereits daran, dass sich nach dem maßgeblichen Werk- oder Dienstvertrag, der die Überlassung tarnt, nur noch Abrechnungen in den Akten finden. Das Konfliktpotenzial und die Spuren gelebter Konflikte sind bei einer bloßen Personalgestellung nach meiner Erfahrung viel geringer als bei einem Werk- oder Dienstvertrag. Gelebte Ergebnisverantwortung hingegen führt laufzeitig zu Konflikten, die erfahrungsgemäß Spuren in den Akten hinterlassen[16].

Manchmal ist aber anfänglich gar keine illegale Überlassung in Form eines Scheinwerk- oder Dienstvertrags beabsichtigt. Die Beteiligten wünschen gerne den vereinbarten Werk- oder Dienstvertrag leben – aber sie schaffen es dann doch nicht, weil dem „Personaldienstleister" die fachliche Kompetenz fehlt, die Werk- oder Dienstleistung wirtschaftlich effizient zu steuern. Binnen kurzem zeigt sich diese fehlende Kompetenz in Mängeln, nichteingehaltenen Terminen und nicht erreichter Produktivität.

In dieser Phase der Scheinwerk kommt eine Besonderheit des Inhouse-Outsourcings zur Wirkung: Der Mangel an Kompetenz mit den genannten Folgen würde bei anderen Formen des „Outsourcings" regelmäßig zum Ende der Vertragsbeziehung führen. Wer bei einem anderen Unternehmen eine Leistung einkauft, die dieses Unternehmen langfristig nicht oder nicht zuverlässig erbringen kann, der trennt sich. Das geschieht aber nach meiner Erfahrung in solchen Situationen beim Inhouse-Outsourcing häufig nicht. Denn der Werkbesteller oder Dienstgeber hat ja selbst die Fachkompetenz für die geschuldete Leistung – meist Erfahrung und Führungsstrukturen. Dem Werkunternehmer oder Dienstleister fehlt nur diese Kompetenz. Aber es hat das kostengünstige, grundsätzlich geeignete Personal – und das wiederum fehlt dem Auftraggeber. Denn zieht der Auftraggeber die Steuerung des Fremdfirmenpersonals an sich und den Kompetenzproblem ist gelöst. Aus der verabredeten Werk- oder Dienstleistung wird so nach einiger Zeit eine bloße Überlassung. Die Verbindung von eigener Führung und billigem, geeignetem Fremdfirmenpersonal ergibt für beide Unternehmen eine immer noch wirtschaftlich vorteilhafte Beziehung – nur sind die Abläufe rechtswidrig, weil die Regeln der erlaubten Überlassung häufig verletzt werden.

3. Missbrauch der Überlassungserlaubnis bei Scheinwerk-/Scheindienstverträgen

Wenn Überlassung unter dem Deckmantel eines Werk- oder Dienstvertrags ohne Überlassungserlaubnis betrieben wird, sind die Konsequenzen, die das AÜG hierfür regelt, ebenso hart wie einfach. Der Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag ist nichtig, der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und überlassenem Arbeitnehmer ebenfalls (§ 9 Nr. 1 AÜG). Zum Ausgleich wird der überlassene Arbeitnehmer kraft Gesetzes Arbeitnehmer des Entleihers mit allen daraus resultierenden Ansprüchen (§ 10 I AÜG).

Zusätzlich greifen Ordnungswidrigkeitstatbestände für den Verleiher und den Entleiher (§§ 16 I n. 1b ume. AÜG). In der Praxis kommt insbesondere bei arbeitslosen Leiharbeitnehmern die Strafbarkeit des Entleihers wegen Beitragshinterziehung gem. § 266a StGB hinzu. Das ist wirklich hochnotpeinlich und schreckt die potenziellen Nachfolger erstaunlich ab. Diese Abschreckung mögen hinlang mit dafür, dass sich Unternehmen, die Inhouse-Outsourcing praktizieren, darauf achten, die Grenzen der Überlassung nicht zu überschreiten.

Die Abschreckung funktioniert heute nicht mehr richtig, wo der Scheinwerkunternehmer oder Scheindienstleister über eine Überlassungserlaubnis verfügt. Denn damit ist die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ausgeschlossen[17]. Scheinwerkunternehmer oder Scheindienstleister mit Überlassungserlaubnis sind inzwischen häufig. Die Akteure waren entweder bisher schon als Verleiher aktiv. Oder sie haben den Nutzen einer solchen Erlaubnis als „Reservefallschirm" bei verdeckter Überlassung erkannt und sich eine Erlaubnis „gekauft".

Theoretisch bleiben danach zwar zum Erlaubnis erhebliche Risiken[18] beim Verleiher. Doch sind bislang kaum Fälle bekannt, in denen sich diese Risiken realisiert haben. Und wenn der Entleiher bei einem Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag praktisch kein Risiko eingeht, gibt es derzeit kaum genügende wirtschaftliche Gründe für ihn, den Kontrollverlust nicht zu nutzen.

4. Korrekturbedarf im AÜG

Die Überlassungserlaubnis privilegiert eine sonst im Regelfall unzulässige Gestaltung: Die Trennung des *Anspruchs auf die Arbeitsleistung* von den korrespondierenden *Arbeitgeberpflichten*. Der Leiharbeiter erhält den Lohn und die wesentlichen geldwerten Leistungen nicht vom Empfänger der Arbeitsleistung sondern vom Verleiher, der für ihn auch Adressat beim Betriebsrat ist. Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis fallen auseinander. Das ist für den Arbeitnehmer sehr vorteilhaft. Es wird aber durch einen umfassenden gesetzlichen Schutz des Leiharbeitnehmers bei der erlaubten Überlassung

14 Damit ist die „Arbeit" gemeint, die der einzelne Mensch verrichtet.
15 BAG, NZA-RR 2011, 415.
16 Schüren, in: Franche. J. Däubler, 1999, S. 90, 98 f.
17 Vgl. Timmermann, BB 2011, 1729.
18 Auch bei vorhandener Überlassungserlaubnis würde die nicht AÜG-konforme Vergütung, der fehlende Zugang zu den Sozialeinrichtungen des Entleihers und die Verletzung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats zu Haftung, verwirkten Bußgeldern und Unterlassungsansprüchen des Betriebsrats führen.

zum Teil kompensiert. Dieser Schutz wird bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis unterlaufen. Der Arbeitnehmerschutz wird durch die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung bei vorhandener Überlassungserlaubnis ebenfalls unterlaufen. Nur fehlen dort die im Gesetz für eine verdeckte Überlassung vorgesehenen Sanktionen in erheblichem Umfang. Wenn man der Auffassung folgt, dass es für diese Privilegierung keine Rechtfertigung gibt, dann liegt eine Korrektur des Gesetzes dahin nahe, nur die offen betriebene Überlassung durch die vorhandene Erlaubnis zu privilegieren.

II. Regelungsvorschlag für § 9 Nr. 1 AÜG

Um zu verhindern, dass Scheinwerk-Dienstverträge unter den „Schirm" einer vorhandenen Überlassungserlaubnis gelangen, sollte der Gesetzeswortlaut geändert werden.

> § 9 Nr. 1 AÜG: Unwirksam sind:
>
> 1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat, ...
>
> Das ist mein Änderungsvorschlag:
>
> Unwirksam sind:
>
> 1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat oder bei vorhandener Erlaubnis die Überlassung des Leiharbeitnehmers nicht eindeutig als Arbeitnehmerüberlassung kenntlich macht,

Damit greifen die Rechtsfolgen des § 10 I AÜG bei allen Scheinwerk-/Scheindienstverträgen. Es entsteht kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis des verdeckt überlassenen Arbeitnehmers zum Scheinwerkbesteller/Scheindienstgeber mit den entsprechenden Rechtsfolgen. Es liegt dann auch illegale Überlassung mit den Bußgeldtatbeständen des § 16 I und Ia AÜG vor. Der Entleiher riskiert die Strafbarkeit nach § 266a StGB wegen Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen, wenn der überlassene Arbeitnehmer weniger Lohn erhielt, als ihnen aus dem gesetzlich fingierten Arbeitsverhältnis zum Entleiher zusteht.

Eine bloße Verletzung des Schriftformgebots nach § 12 AÜG[19] genügt bei diesem Wortlaut nicht, um die Wirkung der Überlassungserlaubnis zu beseitigen. Das wäre eine übertriebene, durch den Schutzzweck nicht gerechtfertigte Beschränkung.

III. Fazit

Illegale Arbeitnehmerüberlassung – in der Praxis sind das Scheinwerk- oder Scheindienstverträge – sollte nicht durch eine vorhandene Überlassungserlaubnis privilegiert werden. Deshalb ist die Wirkung der Überlassungserlaubnis auf offen betriebene Überlassung zu beschränken. ■

19 Ein Akt zur Nichtigkeit des Überlassungsvertrags, Thüsing (s. Fußn. 5), § 12 Rdnr. 11.

Peter Schüren

Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland – Eine Skizze

Franz Josef Düwell, den dieser Beitrag ehren soll, kennt das Recht der Leiharbeit gut. Es ist ein Rechtsgebiet, in dem materielle Interessen der Verleiher und Entleiher und alte Gewerkschaftspositionen noch ziemlich unverblümt aufeinandertreffen. Seine gesetzliche Regelung ist deshalb bis heute durch misstrauische Repression – das sind die alten Bestimmungen von 1972 – und ziemlich ungeheuerte „Freigabe" mit teils schlimmen Folgen für die verliehenen Arbeitnehmer – das sind die Regelungen seit 2002 – geprägt.

Will man die Leiharbeit weiterentwickeln, dann sollte das redlich und mit Augenmaß geschehen. Ich will in meinem Beitrag ein aktuelles Problem beschreiben und im Sinne des zu Ehrenden einen Vorschlag zur Diskussion stellen.

Es geht dabei um das Folgende: Das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthält sehr „scharfe" Sanktionen für den geschäftsmäßigen Verleih von Arbeitnehmern ohne Erlaubnis. Besonders hart wird es für denjenigen, der sein Personal unter dem Deckmantel eines Werk- oder Dienstvertrags aus dem Ausland ausleiht. Hier führt die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, die bei illegaler Überlassung greift, zur Haftung insbesondere für die gesamten Sozialversicherungsbeiträge. Die Strafbarkeit der Beitragshinterziehung gemäß § 266a StGB folgt der Haftung.

In der Öffentlichkeit kaum bemerkt, aber von den „Beteiligten" mit großer Erleichterung aufgenommen, entfallen diese Sanktionen seit 2006, wenn der illegal tätige ausländische Verleiher für seine Leiharbeitnehmer Entsendebescheinigungen des jeweiligen ausländischen Sozialversicherungsträgers vorlegen kann.[1] Für die einheimischen „Missetäter" hat sich dagegen nichts geändert – sie schützt keine Entsendebescheinigung. Die illegale Überlassung aus dem Ausland wird dadurch faktisch gegenüber der illegalen Überlassung durch Inländer privilegiert.

Mein Beitrag beschäftigt sich mit dieser „Gerechtigkeitslücke" und macht Vorschläge für eine Reform.

1 Bayerisches LSG vom 27.02.2007, EzAÜG Sozialversicherungsrecht Nr. 47; EuGH vom 26.01.2006 – C 2/05 – Herbosch Kiere, Slg. I-1079.

I. Illegale Arbeitnehmerüberlassung und die Haftungsfolgen aus dem fingierten Arbeitsverhältnis gemäß §§ 9, 10 AÜG

Im Zentrum des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes stehen seit 1972 die § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 AÜG. Danach treffen den Verleiher, der ohne die vorgeschriebene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gewerbsmäßig[2] verleiht, ebenso wie seinen Kunden, den Entleiher, einschneidende rechtliche Folgen: Wer ohne Überlassungserlaubnis einem Arbeitnehmer verleiht, begeht nicht nur eine Ordnungswidrigkeit (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und 1a AÜG). Das vertraglich vereinbarte Arbeitsverhältnis zum Leiharbeitnehmer ist nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Und statt dieses unwirksamen Arbeitsverhältnisses wird gemäß § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis des erlaubnislos überlassenen Leiharbeitnehmers zum Entleiher gesetzlich fingiert. Die Fiktion eines Rechtsverhältnisses ist keine häufige Gestaltung im Recht – ein bekanntes Beispiel findet sich in § 566 BGB. Sie ist ein schwerer Eingriff in die Privatautonomie.

1. Scheinwerkvertrag und Scheindienstvertrag

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher kommt so gut wie nie vor, wenn die Arbeitnehmerüberlassung als solche offen auf dem Markt angeboten wurde. Kein Verleiher, der als solcher auftritt, wird es wagen, dies ohne eine Überlassungserlaubnis zu tun.

Es gibt zwei Fallgruppen, in denen der Verleih ohne die vorgeschriebene Erlaubnis erfolgt. Zum einen sind dies die Verleiher, die fälschlich davon ausgehen, dass ihre Tätigkeit nicht gewerbsmäßig bzw. nach der Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht erlaubnispflichtig ist.[3] Diese Fälle sollen hier nicht interessieren.

Viel häufiger in der Praxis sind Verleiher, die nach außen nicht als Verleiher auftreten. Sie verleihen ihr Personal unter dem Deckmantel eines Werk- oder Dienstvertrags.

Diese Form der illegalen Arbeitnehmerüberlassung – Scheinwerkvertrag und Scheindienstvertrag – ist in der Praxis vermutlich sehr verbreitet. Ich habe viele

2 *Ab 01.12.2011 regelt § 1 Abs. 1 AÜG: Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend. (...).*

3 *Ab 01.12.2011 regelt § 1a Abs. 1 AÜG: Keiner Erlaubnis bedarf ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten, der zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, bis zur Dauer von zwölf Monaten überlässt, wenn er die Überlassung vorher schriftlich der Bundesagentur für Arbeit angezeigt hat.*

Praktikerseminare zur Abgrenzungsproblematik zwischen Werkvertrag und Scheinwerkvertrag abgehalten. Die Teilnehmer konnten dort immer über eine Vielzahl von Fällen berichten, die mindestens grenzwertig und wohl auch häufig als illegale Arbeitnehmerüberlassung einzuordnen waren.

2. Identifikation der illegalen Überlassung

Die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen illegaler Arbeitnehmerüberlassung und echten Werk- bzw. Dienstverträgen ist umfangreich.[4] Am einfachsten wird der Grenzverlauf sichtbar gemacht, wenn man mit *Hamann*[5] darauf abstellt, ob der Arbeitnehmer für seinen Arbeitgeber tätig wird, oder ob der Arbeitgeber ihn an den Kunden, die Fremdfirma überlassen hat.

Das scheint nur auf den ersten Blick keine sehr hilfreiche Abgrenzung. Indessen steckt in dem Wort „überlassen" mehr als man vielleicht anfänglich meint.

„Überlassen" wird ein Arbeitnehmer, wenn der Empfänger die wirtschaftliche Verantwortung dafür übernimmt, was dieser Arbeitnehmer tut. Dann steuert er wie ein Arbeitgeber. Er trägt das wirtschaftliche Risiko, dass die Arbeitsleistung dieses Arbeitnehmers für ihn nützlich ist.

Bei einem Werkvertrag kauft der Kunde ein Ergebnis, einen Erfolg. Nur diesen bezahlt er. Tritt der Erfolg nicht ein, bezahlt er nicht. Werden Mängel festgestellt, muss der Werkunternehmer kostenlos nachbessern. Beschädigt der Werkunternehmer mit seinen Leuten Eigentum des Werkbestellers, haftet er unbeschränkt auch für das, was seine Mitarbeiter angestellt haben. Weil der Werkunternehmer so haftet, steuert er sein Personal selbst – Haftung und Lenkung sind untrennbar miteinander verbunden.

Werden Arbeitnehmer überlassen, trägt der die Verantwortung für das Arbeitsergebnis, dem diese Arbeitnehmer überlassen wurden. Der Verleiher kann diese Verantwortung nicht mehr tragen, weil er die überlassenen Arbeitnehmer nicht steuert.

In der Rückschau wird es schwierig zu unterscheiden, ob überlassen wurde oder nicht. Dann erfolgt die Zuordnung am besten so, dass man überprüft, wie die Beteiligten die Risikotragung abgewickelt haben.[6] Denn die tatsächliche Risikotragung gibt ihren wirklichen Willen wieder. Damit folgt man dem Ansatz der Rechtsprechung.[7] Die stellt darauf ab, was die Parteien wirklich vereinbart haben. Und das wiederum zeigt sich daran, wie die Parteien in der Vergangenheit ihr Rechtsverhältnis abwickelten.

Wird statt eines werkvertraglichen Erfolges nur Personal gestellt, ohne dass die erforderliche Erlaubnis vorlag, dann war das illegale Arbeitnehmerüberlassung – jetzt greifen die Sanktionen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

3. Folgen des fingierten Arbeitsverhältnisses bei illegaler Überlassung aus dem Ausland

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ist deshalb ein schwerer Eingriff, weil mit ihr arge Haftungsfolgen verbunden sind.

Der Scheinwerkvertrag kommt häufig dort vor, wo die Vergütung beim Scheinwerkunternehmer erheblich niedriger ist als die Vergütung von Arbeitnehmern der Fremdfirma. Dann folgt aus der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, dass der Entleiher als fingierter Arbeitgeber die Vergütungsdifferenz für die Überlassungszeit nachentrichten muss. Er schuldet mindestens die Differenz zwischen dem, was der überlassene Arbeitnehmer vom Verleiher bereits bekommen hat, und dem, was ihm beim Entleiher zusteht. Auf diese Vergütungsdifferenz sind die Sozialversicherungsbeiträge nachzuentrichten.

Besonders gewichtig sind diese Rechtsfolgen bei der Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland. Wenn ein ausländischer Scheinwerkunternehmer Personal überlässt und die Fiktion des § 10 AÜG greift, dann ist nicht nur die Lohndifferenz nachzuzahlen. Dann muss der Sozialversicherungsbeitrag auf den gesamten Lohn in Deutschland nachentrichtet werden. Denn die Beiträge, die im Ausland vom Scheinwerkunternehmer an die heimischen Sozialversicherungsträger entrichtet worden sind, können auf die Sozialversicherungsbeiträge, die der Entleiher aufgrund des fingierten Arbeitsverhältnisses schuldet, nicht angerechnet werden. Das kann enorme Nachzahlungsansprüche auslösen, wenn über einen längeren Zeitraum eine nicht geringe Zahl von Arbeitnehmern illegal entliehen wurde.

Solche Fälle kamen nicht nur in der Baubranche vor. Sie fanden sich auch in der Fleischbranche und die Haftungssummen waren jeweils erheblich. Da es dabei auch um den Straftatbestand der Beitragshinterziehung (§ 266a StGB) geht, drohen den Akteuren bei größeren Beträgen nicht nur Geld-, sondern auch Freiheitsstrafen.

4 Ausführliche Nachweise bei Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 107 ff.
5 Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Berlin, 1993.
6 Schüren, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-) Werkverträgen – Eine Skizze, in Festschrift Däubler, Recht und soziale Arbeitswelt, 1999.
7 Z.B. BAG vom 30.01.1991, NZA 1992, 19 ff.

4. Entsendebescheinigung als Sperre für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

Die Abschreckungswirkung dieser gesetzlichen Regelung des fingierten Arbeitsverhältnisses ist unbezweifelbar. Sie war gerade bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland ein scharfes Schwert in den Händen der Sozialversicherungsträger, des Zolls, der Staatsanwaltschaften und der Bundesagentur für Arbeit.

Bis circa 2006 war dieses Instrumentarium für die verfolgenden Instanzen auch dann funktionsfähig, wenn der ausländische Scheinwerkunternehmer für diese Arbeitnehmer sogenannte Entsendebescheinigungen (E-101) vorlegen konnte.

Man vertrat nämlich die Rechtsauffassung, dass die Entsendebescheinigung schlicht nur die Werkleistung abdeckt.[8] Die unter dem Deckmantel der Werkleistung tatsächlich praktizierte illegale Arbeitnehmerüberlassung wurde von der E-101 nicht erfasst. Ihr Schutz entfiel demnach, wenn der Werkunternehmer, statt eine Werkleistung zu erbringen, nur Personal überließ. Ab 2006 änderte sich diese rechtliche Beurteilung im Anschluss an Entscheidungen des EuGH und des BGH.[9]

Jetzt geht die Rechtsprechung davon aus, dass die E-101 bzw. die A-1 für EU-Staatsangehörige die Nichtigkeitsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG und das fingierte Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 AÜG sperrt.[10]

Um die aktuelle Situation richtig zu verstehen, ist es notwendig, sich mit der Funktion der Entsendebescheinigung und den Voraussetzungen ihrer Erteilung vertraut zu machen.

II. Funktion der Entsendebescheinigung A-1 (früher: E-101)

Soll ein Arbeitnehmer vorübergehend in Deutschland für seinen Arbeitgeber aus dem EU-Ausland tätig sein, richtet sich die sozialrechtliche Zuordnung grundsätzlich nach dem Ort, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich erbringt (lex loci laboris). Müsste allerdings der ausländische Arbeitnehmer, der zum Beispiel für vier Monate in Deutschland für seinen Arbeitgeber an einer Werkleistung mitwirkt, in das deutsche Sozialversicherungssystem integriert werden, wäre der Aufwand für alle Beteiligen unverhältnismäßig hoch. Das wäre ein ernsthaftes Hindernis für die erwünschte Freizügigkeit.

8 Z.B. Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl. 2006, Einl. Rn. 775.
9 BGH vom 24.10.2006, NJW 2007, 233; a. A. Wank, Die Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen, EuZW 2007, S. 300.
10 Bayerisches LSG vom 27.02.2007, EzAÜG Sozialversicherungsrecht Nr. 47; LSG Rheinland-Pfalz vom 10.08.2009 – L 2 U 136/07.

Der Mitarbeiter verbleibt daher in der Sozialversicherung seines Heimatstaates, wenn die Voraussetzungen einer Entsendung vorliegen. Dass diese Voraussetzungen der Entsendung vorliegen, kann sich der entsandte Arbeitnehmer von zuständigen Sozialversicherungsträger seines Heimatstaates bescheinigen lassen. Seit dem 01.05.2010 heißt die Entsendebescheinigung nicht mehr E-101 sondern A-1.

Die A-1 Bescheinigung legt auch für den Sozialversicherungsträger des Einsatzlandes verbindlich fest, dass der Mitarbeiter während des Auslandseinsatzes im Heimatstaat sozialversichert bleibt.[11]

1. Voraussetzungen der Erteilung einer A-1 Bescheinigung

Die Bescheinigung A-1 wird erteilt, wenn eine Entsendung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 VO (EWG) 883/2004 vorliegt.[12]

Es lassen sich sechs Voraussetzungen des Entsendungstatbestands unterscheiden. Sie alle müssen zusammen vorliegen, bevor eine Entsendebescheinigung erteilt werden darf. Wesentlich ist, das sei vorausgeschickt, dass die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung für die Erteilung keine Rolle spielt. Es wird nicht geprüft, ob die Grenze zur bloßen Personalgestellung überschritten wird. Personalgestellung kann auch mit Entsendebescheinigung erfolgen:

- Beschäftigung in einem Mitgliedstaat für Rechnung des Arbeitgebers: Es muss ein Arbeitsverhältnis des entsandten Arbeitnehmers zum Arbeitgeber im Herkunftsstaat bestehen. Einfach sind die Fälle, in denen ein Mitarbeiter aus einem Dauerarbeitsverhältnis heraus von seinem Arbeitgeber für begrenzte Zeit ins europäische Ausland entsandt wird. Problematisch wird es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur zum Zweck der Entsendung einstellt.[13] Schon

11 Art. 5 Abs. 1 VO (EWG) 987/2009.
12 Die VO (EWG) 883/2004 ist zum 01.05.2010 in Kraft getreten und löst die bis dahin geltende VO (EWG) 1408/71 ab. Zum gleichen Zeitpunkt ist die dazugehörige Durchführungsverordnung (EWG) 987/2009 in Kraft getreten und hat die vormals geltende Durchführungsverordnung (EWG) 574/72 abgelöst. Art. 12 Abs. 1 VO (EWG) 883/2004 lautet: „Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst."; weiterführend Bayreuther, Vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Gunsten der MOE-Staaten, DB 2011, 706 ff.
13 Vgl. ausführlich zur Einstellung nur zum Zweck der Entsendung: Schüren/Wilde, Die neue Entsendebescheinigung A-1 und die Voraussetzung ihrer Erteilung, NZS 2011, S. 121.

unter Geltung der Vorgängerverordnung hat der EuGH auch diese Fälle unter den Entsendetatbestand gefasst.[14] Der EuGH stellte darauf ab, „ob sich aus den gesamten Umständen des Beschäftigungsverhältnisses ergibt, dass er diesem Betrieb unterstellt."[15]
Diese Rechtsprechung wird in der Neufassung der Verordnung nun festgeschrieben. Art. 14 Abs. 1 VO (EWG) 987/2009 regelt explizit, dass eine Person unter den Entsendungstatbestand fallen kann, auch wenn sie nur zum Zweck der Entsendung eingestellt wurde. Voraugesetzt wird nun, dass sie unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates unterliegt, in dem ihr Arbeitgeber seinen Sitz hat.[16]

- Gewöhnliche Tätigkeit des Arbeitgebers in diesem Mitgliedstaat: Um zu vermeiden, dass sogenannte Briefkastenfirmen den Entsendetatbestand missbrauchen,[17] wird verlangt, dass der Arbeitgeber gewöhnlich im Herkunftsstaat tätig ist. Nach dem Beschluss Nr. A 2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist diese Voraussetzung mittels einer Gesamtschau sämtlicher Tätigkeiten des Arbeitgebers zu würdigen. Zu gewichten sind dafür „der Ort, an dem das Unternehmen seinen Sitz und seine Verwaltung hat, die Zahl der im Mitgliedstaat seiner Betriebsstätte bzw. in dem anderen Mitgliedstaat in der Verwaltung Beschäftigten, der Ort, an dem die entsandten Arbeitnehmer eingestellt werden, der Ort, an dem der Großteil der Verträge mit den Kunden geschlossen wird, das Recht, dem die Verträge unterliegen, die das Unternehmen mit seinen Arbeitnehmern bzw. mit seinen Kunden schließt, der während eines hinreichend charakteristischen Zeitraums im jeweiligen Mitgliedstaat erzielte Umsatz sowie die Zahl der im entsendenden Staat geschlossenen Verträge."[18]
- Entsendung des Arbeitnehmers von seinem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat: Unter einer Entsendung versteht man die vom Arbeitgeber veranlasste Ortsveränderung von einem Mitgliedstaat in einen anderen.[18] Durch diese Voraussetzung wird ausgeschlossen, dass sogenannte Ortskräfte unter den Entsendetatbestand fallen.

14 EuGH vom 05.12.1967 – 19/67 – van der Vecht, Slg. 1967, 462; EuGH vom 17.12.1970 – C-35/70 – Manpower, Slg. 1970, 1251; mit anderer Begründung aber im Ergebnis genauso: Jousen, NZS 2003, S. 19 (22); Steinmeyer in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 21 Rn. 137.
15 EuGH vom 05.12.1967 – 19/67 – van der Vecht, Slg. 1967, 462, 473.
16 Nach Nr. 1 des Beschlusses Nr. A 2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist die Forderung „unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung" bereits dann erfüllt, wenn die betroffene Person einen Monat vor Antritt der Beschäftigung im Herkunftsstaat sozialversichert war.
17 Cornelissen, 50 Years of Social Security Coordination in: Eichenhofer, 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, S. 17, 54.
18 Steinmeyer in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts, S. 937.

- Arbeitsausführung im anderen Mitgliedstaat für Rechnung des Arbeitgebers: Das soll auch während des Auslandseinsatzes eine hinreichend enge Bindung zwischen entsandtem Arbeitnehmer und Arbeitgeber sicherstellen. Eine solche Bindung liegt aber auch bei der Arbeitnehmerüberlassung vor.
Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergibt sich die hinreichende enge Bindung des Leiharbeitnehmers zum entsendenden Unternehmen bereits daraus, dass der Arbeitnehmer vom entsendenden Unternehmen entlohnt wird und auch nur von diesem Unternehmen gekündigt werden kann.[19]
- Entsendungshöchstdauer 24 Monate: Die Entsendungshöchstdauer wurde in der neuen Verordnung von 12 auf 24 Monate erhöht. Dafür wurde die Möglichkeit der Verlängerung der Entsendungshöchstdauer, die die VO (EWG) 1408/71 noch vorgesehen hatte, abgeschafft.
- Der Arbeitnehmer darf keinen anderen Arbeitnehmer ablösen: Um Missbräuche durch sogenannte Kettenentsendungen zu vermeiden, darf der entsandte Arbeitnehmer keinen anderen Arbeitnehmer ablösen. Unter der alten Verordnung (EWG) 1408/71 war die Ablösung eines anderen Arbeitnehmers nur unzulässig, wenn dessen Entsendungshöchstdauer abgelaufen war. Nach der neuen Verordnung scheint jede Ablösung unzulässig zu sein, selbst wenn die Summe der Einsatzzeiten die Höchsteinsatzdauer nicht überschreitet.

2. Wirkung einer A-1 Bescheinigung

Schon für die nach der alten Verordnung erteilte E-101 Bescheinigung hatte der Europäische Gerichtshof entschieden, dass diese absolute Bindungswirkung für alle Behörden anderer Mitgliedstaaten hat.[20] Diese Rechtsprechung wird nun mehr in Art. 5 Abs. 1 VO (EWG) 987/2009 normiert.

Die Zuordnung zum Sozialversicherungsrecht des Herkunftsstaates wird verbindlich festgeschrieben. Die Entscheidung des ausländischen Sozialversicherungsträgers bestätigt auch die arbeitsrechtliche Bindung zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber wegen der dieses anknüpfenden Sozialversicherung im Heimatland. Solange eine A-1 Bescheinigung nicht zurückgenommen wurde, darf kein anderer Mitgliedstaat sein eigenes Sozialversicherungsrecht auf diesen Arbeitnehmer anwenden.

Für den Fall einer Entsendung eines polnischen Arbeitnehmers nach Deutschland mit A-1 Bescheinigung folgt daraus, dass der Arbeitnehmer unabhängig vom

19 EuGH vom 17.12.1970 – 35/70 – Manpower, Slg. 1970, 1251, 1258.
20 EuGH vom 10.02.2000 – C-202/97 – Fitzwilliam, Slg. I-883; EuGH vom 26.01.2006 – C-2/05 – Herbosch Kiere, Slg. I-1079.

tatsächlichen Vorliegen der Voraussetzungen einer Entsendung ausschließlich in Polen sozialversichert bleibt, solange die A-1 Bescheinigung nicht von den polnischen Behörden zurückgenommen wird. Eine solche Rücknahme ist nicht nur mit Wirkung für die Zukunft, sondern auch rückwirkend möglich.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheidet bei Vorliegen einer A-1 Bescheinigung auch die Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB aus.[21] Die Argumentation ist überzeugend: § 266a StGB setzt das Bestehen einer Sozialversicherungspflicht voraus. Das Strafrecht kennt keinen eigenen Begriff der Sozialversicherungspflicht. Es ist insofern sozialrechtsakzessorisch. Da die A-1 Bescheinigung aber die Sozialversicherungspflicht nach deutschem Recht zwingend ausschließt, fehlt es an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 266a StGB.

3. Beseitigung der Entsendebescheinigung A-1

Geht ein Sozialversicherungsträger davon aus, dass eine ausländische A-1 Bescheinigung unrichtig erteilt wurde, so kann er die A-1 Bescheinigung nicht selber beseitigen. In der Praxis besteht die Möglichkeit eines formlosen Ersuchens eines deutschen Sozialversicherungsträgers an den ausländischen Sozialversicherungsträger, die Entscheidung zu überprüfen. So wurde in der Vergangenheit zumindest bei deutschen Entsendebescheinigungen erfolgreich verfahren, deren Rücknahme von einem österreichischen Sozialversicherungsträger verlangt wurde.

Bleibt dieser informelle Weg erfolglos, muss nach dem Beschluss Nr. A 1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit[22] der Mitgliedstaat sich mit der Bitte um Überprüfung an den ausstellenden Staat wenden. Kann nicht schon dadurch eine Einigung zwischen den Mitgliedstaaten erzielt werden, ist die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit anzurufen. Diese versucht, zwischen den Mitgliedstaaten zu vermitteln und eine gütliche Einigung herbeizuführen. Ist auch die Vermittlung erfolglos, so bleibt dem Mitgliedstaat nur die Möglichkeit, gegen den ausstellenden Staat ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof einzuleiten.

21 BGH vom 24.10.2006, NJW 2007, 233; a. A. Wank, Die Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen, EuZW 2007, S. 300.
22 ABl. C 106/1 vom 24.04.2009.

III. *Entsendebescheinigung und fingiertes Arbeitsverhältnis – Zwei nicht kompatible Systeme*

Wenn man die gerade beschriebene Funktion der Entsendebescheinigung A-1 der Regelung in § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 AÜG gegenüberstellt, dann wird ohne weiteres deutlich, dass die Entsendebescheinigung das fingierte Arbeitsverhältnis sperrt.

1. Kein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher trotz illegaler Überlassung

Die arbeitsrechtliche Zuordnung zum entsendenden Arbeitgeber ist Voraussetzung der sozialrechtlichen Zuordnung, die die Entsendebescheinigung für den Auslandseinsatz sicherstellen soll. Die Behörde oder Dienststelle, die die Entsendebescheinigung ausstellt, prüft den Lebenssachverhalt nach den beschriebenen sechs Kriterien und bewertet ihn verbindlich für alle. Dann erteilt die Behörde die Entsendebescheinigung. Damit bleiben die sozialrechtliche Zuordnung und die arbeitsrechtliche Zuordnung für alle anderen Behörden bzw. Sozialversicherungsträger in der Europäischen Union verbindlich.[23]

Jetzt ist die Nichtigkeitsfolge, die § 9 AÜG festschreibt, ausgeschlossen. Ohne die Nichtigkeitsfolge des § 9 AÜG ist die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, die in § 10 AÜG formuliert wird, nicht möglich. Die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher ist tatbestandliche Voraussetzung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher. Folglich sperrt die Entsendebescheinigung A-1 die Möglichkeit einer solchen Fiktion.

Ohne die Fiktion verbleibt es beim Arbeitsverhältnis des ohne Erlaubnis überlassenen Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber. Das Sanktionssystem des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist weitgehend ausgeschaltet.

Die Frage, ob hier im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses zum Verleiher, das sich regelmäßig nach dem Recht des Entsendestaates beurteilt, Nachzahlungsansprüche greifen oder nicht, muss dort beantwortet werden. Wenn man sich zum Beispiel vor Augen führt, dass in anderen europäischen Rechtsordnungen die Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig nur Vergütung auf der Basis der beim Entleiher fälligen Löhne führt, können sich selbstverständlich für den überlassenen Arbeitnehmer erhebliche Nachforderungsansprüche in seinem Heimatland ergeben. Die wären wiederum mit erheblichen Nachforderungsansprüchen der dortigen Sozialversicherungsträger verknüpft. Ob diese Ansprüche greifen und ob sie durchgesetzt

23 Bayerisches LSG vom 27.02.2007, EuAÜG Sozialversicherungsrecht Nr. 47.

werden, ist aber Sache der Beteiligten im Heimatland. Hierfür sind die deutschen Sozialversicherungsträger und die anderen mit der Durchsetzung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes betrauten Behörden nicht zuständig.

2. Illegale Überlassung als Ordnungswidrigkeit gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 und 1a AÜG

Durch die fehlende Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher werden die Ordnungswidrigkeitentatbestände des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht gesperrt. Sie greifen genauso wie bei einer innerstaatlichen illegalen Arbeitnehmerüberlassung. Hier ist insbesondere an die § 16 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1a AÜG zu denken. Mit ihnen ist auch eine Gewinnabschöpfung möglich.

3. Gerechtigkeitsdefizit?

Im Ergebnis bleibt als Unterschied bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland im Gegensatz zur illegalen inländischen Arbeitnehmerüberlassung, dass es kein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Einsatzunternehmen gibt. Es gibt keine Beitragshinterziehung, die in Deutschland strafbar wäre. Es gibt keine Haftung des Entleihers gegenüber dem illegal überlassenen Arbeitnehmer auf die Nachzahlung von Lohn.

Man könnte nun erwägen, dass diesen Ergebnis dadurch relativiert wird, dass die deutschen Sozialversicherungsträger die Möglichkeit haben, auf die ausländischen Sozialversicherungsträger einzuwirken, damit diese die Entsendebescheinigung bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung zurücknehmen. Abgesehen von der schwierig zu beantwortenden Frage, ob die jeweiligen ausländischen Rechtsordnungen die Grenzen zwischen Werkvertrag und Scheinwerkvertrag an derselben Stelle ziehen wie wir, zeigt die Praxis, dass die Rücknahme von Entsendebescheinigungen schwierig zu erreichen ist und selten versucht wird.

Praktisch ist es heute so, dass die Ermittlungsbehörden, wenn sie mit der Entsendebescheinigung konfrontiert werden, von der weiteren Verfolgung ablassen. Das läuft auf eine erhebliche Bevorzugung der ausländischen Scheinwerkvertragnehmer gegenüber denjenigen hinaus, die nur in Deutschland tätig sind.

Welche Möglichkeiten bestehen, auf diesen Missstand zu reagieren? Die beste Lösung könnte sein, die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses ebenso wie die Unwirksamkeitsfolge in § 9 Nr. 1 AÜG endgültig zu streichen. Das scheint mir vertretbar, weil die Regelung teilweise funktionslos ist.

Dass ein illegal überlassener Arbeitnehmer nach Feststellung der Illegalität seiner Überlassung zukünftig das fingierte Arbeitsverhältnis beim Entleiher tatsächlich

dort als „normaler" Arbeitnehmer fortsetzt, kommt praktisch nicht vor. Mir ist in 20 Jahren der Beschäftigung mit diesem Feld noch kein einziger Fall begegnet. Praktisch wichtig ist, dass der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf Vergütung gegen den Entleiher hat, der ihn illegal ausleiht. Dazu braucht es aber kein fingiertes Arbeitsverhältnis. Dazu würde genügen, dass für alle Leiharbeitsverhältnisse grundsätzlich Lohngleichbehandlung gilt, wenn nicht die besonderen Voraussetzungen einer tariflichen Regelung vorliegen. Zusätzlich müsste der Entleiher dem Leiharbeitnehmer für die Lohndifferenz und den Sozialversicherungsträgern für die Beiträge haften.

Bei einer illegalen Überlassung aus dem Ausland gäbe es dann zumindest den Anspruch des Leiharbeitnehmers gegen den deutschen Entleiher. Die Haftung für die anknüpfenden Sozialversicherungsbeiträge bliebe Sache der ausländischen Sozialversicherungsträger.

IV. Zusammenfassung

Wird ein Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland im Rahmen eines Scheinwerkvertrags an ein deutsches Unternehmen ohne Überlassungserlaubnis ausgeliehen, waren die gemäß § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 AÜG fingiert. Der Entleiher musste die gesamten Sozialversicherungsbeiträge in Deutschland für ein deutsches Arbeitsverhältnis auf der Basis seines Lohnniveaus nachentrichten. Regelmäßig hatte er sich gemäß § 266a StGB wegen Beitragshinterziehung strafbar gemacht.

Seit 2006 wird bei Vorliegen einer Entsendebescheinigung E-101 bzw. jetzt A-1 in diesen Fällen kein fingiertes Arbeitsverhältnis mehr angenommen. Die beschriebenen Folgen entfallen. Damit ist ein Scheinwerkvertrag mit einem ausländischen Anbieter, der über eine Entsendebescheinigung verfügt, weit weniger riskant als ein Scheinwerkvertrag mit einem deutschen Anbieter. Das ist kein Ergebnis, das mit Gerechtigkeitsvorstellungen oder auch nur dem Arbeitnehmerschutz vereinbar ist.

Deshalb sollte die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses bei illegaler Überlassung abgeschafft und durch eine Haftung des Entleihers auf die gesetzliche Vergütung für Leiharbeitnehmer („equal pay") ersetzt werden. Diese Haftung würde auch gegenüber den ausländischen Arbeitnehmern greifen, die illegal überlassen worden sind. Sie würde dazu führen, dass der Entleiher den Lohn zu zahlen verpflichtet ist, den die Leiharbeitnehmer bei ihm erhalten hätten (equal pay/equal treatment). Dieser Anspruch könnte auch auf die Leiharbeitnehmer erstreckt werden, die mit unwirksamen Tarifverträgen überlassen werden, und deren Arbeitgeber insolvent ist.

Recht der Arbeit

Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts

Heft 1
Januar/Februar
64. Jahrgang 2011
S. 1–64

begründet im Jahre 1948 von *Hans Carl Nipperdey*
herausgegeben von
Rudolf Anzinger, Staatssekretär a. D., Berlin,
Klaus Bepler, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt, Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,
Dr. *Martin Henssler*, o. Professor an der Universität zu Köln,
Dr. *Wilhelm Moll*, LL.M., Rechtsanwalt, Köln,
Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Erfurt,
Dr. *Rolf Wank*, o. Professor an der Universität Bochum,
Dr. *Herbert Wiedemann*, em. Professor an der Universität zu Köln, Richter am Oberlandesgericht a. D.,
Dr. *Hellmut Wißmann*, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,

in Gemeinschaft mit Prof. Dr. Volker Beuthien, Prof. Dr. Rolf Birk, Prof. Dr. Herbert Buchner, Prof. Dr. Wilhelm Dütz, MinDirigent a. D. Dr. Gerd Hegele, Prof. Dr. Martin Franzen, Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Gauwerky, Prof. Dr. Wolfgang Gitter, Prof. Dr. Götz Hueck, Dr. Udo Jourdan, Präsident des LAG Köln, Prof. Dr. Antoine Jacobs, Prof. Dr. Matthias Jacobs, Prof. Dr. Dres. h. c. Horst Konzen, Prof. Dr. Rüdiger Krause, Prof. Dr. Manfred Löwisch, Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred Lieb, Prof. Dr. Klaus-Peter Martens, Dr. h. c. Hans-Christoph Matthes, Vors. Richter am BAG a. D., Dr. Karl Müller-Glöge, Vors. Richter am BAG, Dr. Dirk Neumann, Vizepräs. des BSG a. D., Prof. Dr. Hanno Oetker, Prof. Dr. Ulrich Preis, Prof. Dr. Reinhard Richardi, Prof. Dr. Volker Rieble, Prof. Dr. Dres. h. c. Bernd Rüthers, Prof. Dr. Dr. Peter-Jürgen Säcker, Dr. h. c. Günter Schaub, Vors. Richter am BAG a. D., Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., Prof. Dr. Raimund Waltermann, Prof. Dr. Günther Wiese, Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Ekkehard Wienke, MinDir. a. D., Prof. Dr. Albrecht Zeuner, Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Zöllner, dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V., der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit und dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Anschrift der Schriftleitung: Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln.

Abhandlungen

Professor Dr. Peter Schüren, Münster und Professor Dr. Rolf Wank, Bochum

Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht

In diesem Beitrag wird im ersten Teil untersucht, welche Folgerungen sich aus der Leiharbeitsrichtlinie für das deutsche Recht ergeben. Ein Vorschlag für die Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung folgt im zweiten Teil.

A. Auswirkungen der Richtlinie
I. Entstehungsgeschichte
II. Einzelheiten der Richtlinie
III. Änderungsbedarf in Deutschland
1. Gewerbsmäßige Tätigkeit des Verleihers
2. Dauer der Überlassung
3. Diskriminierungsverbot
4. Kommissionierte Arbeitnehmerüberlassung
5. Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe
6. Einbeziehung der Leiharbeitnehmer in das Unternehmen des Entleihers
B. Reformvorschlag – Grundlinien für ein neues Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
I. Überblick über die aktuellen Reformvorschläge und die eigenen Zielvorgaben
II. Alternativität der Gestaltungsmöglichkeiten als Ausgangspunkt der Reform
1. Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer mit dem Stammpersonal bei synchronisierten Leiharbeitsverhältnissen
2. Unbefristete Leiharbeit mit eigenem Tarifniveau und vorübergehendem Festanstellungsanspruch
III. Flankierende Regelungen
1. Konzerninterne Überlassung
2. Befristung von Leiharbeitsverhältnissen
3. Haftung des Entleihers
4. „Drehtüreffekt"
5. Betriebsverfassung
C. Zusammenfassung

A. Auswirkungen der Richtlinie

I. Entstehungsgeschichte

Leiharbeit gehört neben Teilzeitarbeit und befristeter Arbeit zu den Hauptformen der atypischen Beschäftigung. Der EG-Gesetzgeber hatte ursprünglich vor, alle drei Erscheinungsformen gleichzeitig zu regeln[1]. Die damaligen Entwürfe[2] wurden aber nicht umgesetzt[3].

In einer abgespeckten Version wurde sodann das Arbeitsschutzrecht für diese drei Beschäftigungsformen geregelt[4]. Bis heute fehlen allerdings ausgewiesene Daten zu den spezifischen Belastungen in der Zeitarbeit[5]. Die Kommission überließ Teilzeitarbeit und befristete Arbeit dem Aushandeln durch die europäischen Sozialpartner im Rahmen des sozialen Dialogs. Das Verfahren mündete in jeweils eine Rahmenvereinbarung für Teilzeitarbeit und für befristete Arbeit, die dann von

1) S. die Entschließungen der Kommission in ABl. C 2, S. 1 und ABl. C 260, S. 34.
2) Kom (90) 228 endg.
3) S. dazu Blanke, RdA 1992, 103.
4) RL 91/383/EWG des Rates v. 25. 6. 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl. L 206 v. 29. 7. 1991, S. 19.
5) Information dazu in heute: aktuell 4 (2008) (amtliche Mitteilungen der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin), S. 6.

der EG übernommen wurden als Teilzeitrichtlinie RL 1997/81/EG vom 15. 12. 1997 und als Befristungsrichtlinie RL 1999/70/EG vom 28. 6. 1999.

Leiharbeit nahm die Kommission selbst in Angriff. Im Verfahren nach Art. 138 EGV hatten die Sozialpartner am 21. 5. 2001 festgestellt, dass ihre Vorstellungen über Leiharbeit zu keinem gemeinsamen Ergebnis geführt hatten[6].

Die Kommission legte 2002 einen Entwurf für eine Leiharbeitsrichtlinie vor[7] und später einen geänderten Vorschlag für eine Richtlinie[8]. Nach einer Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 21. 11. 2002[9] und einem Gemeinsamen Standpunkt des Rats vom 15. 9. 2008 und einem Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 22. 10. 2008[10] verabschiedeten Europäisches Parlament und Rat am 19. 11. 2008 die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit[11]. Sie geht in wesentlichen Punkten auf die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments ein[12]. Sie muss bis zum 5. 12. 2011 in das deutsche Recht umgesetzt werden[13].

Im Folgenden sollen zunächst die Änderungen gegenüber dem Richtlinienentwurf von 2002 sowie die Folgen für das deutsche Recht beleuchtet werden.

Dabei werden folgende Entwürfe der Bundesregierung berücksichtigt:

- Referentenentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom März 2009 (RefE)
- Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) vom Juni 2010 (DiskE).

II. Einzelheiten der Richtlinie

Aus den Erwägungsgründen wird sichtbar, dass nach Ansicht des EG-Gesetzgebers Leiharbeit „nicht nur den Flexibilitätsbedarf der Unternehmen (entspricht), sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren" (Erwägungsgrund 11)[14]. Der „Grundsatz der gleichen Arbeitsbedingungen" wird festgeschrieben (Erwägungsgrund 14). Ausnahmen werden zugelassen; aber dabei soll „das Gesamtschutzniveau für Leiharbeitnehmer gewahrt" bleiben (Erwägungsgründe 16 f.).

Im Verhältnis zum nationalen Recht verweist die Richtlinie für alle zentralen Begriffe auf das jeweilige nationale Recht (Art. 3 Abs. 2 RL)[15]. Wie bislang völlig, verzichtet die EG auf einen eigenen EG-Arbeitnehmerbegriff[16]. Jedoch darf das nationale Recht Teilzeitbeschäftigte, befristet Beschäftigte und Leiharbeiter nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnehmen (Art. 3 Abs. 2 S. 2)[17].

Die nationalen Rechtsordnungen müssen von den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern daraufhin überprüft werden, ob sie Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit enthalten, die nicht aus Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind. Diese Auflage bezieht sich allerdings nur auf die arbeitsrechtliche Seite der Arbeitnehmerüberlassung und nicht auf die gewerberechtliche (Art. 4 Abs. 4 RL)[18].

Zentraler Punkt ist die Normierung des Grundsatzes der Gleichbehandlung mit den Stammarbeitnehmern (Art. 5 RL). Das ist nicht derselbe wie der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der sich nur auf Arbeitsverhältnisse beim selben Arbeitgeber erstreckt. Die in der Diskussion vielfach propagierte quasi-natürrechtliche Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern ist insoweit irreführend. Dieser Grundsatz bezieht sich nicht nur auf das Entgelt, sondern auch auf die „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen". Diese sind in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f RL legaldefiniert; sie betreffen Arbeitszeit (in Buchst. f im Einzelnen aufgegliedert) und Arbeitsentgelt.

Regelungstechnisch – und unübersichtlich – werden die wesentlichen Arbeitsbedingungen an zwei Stellen geregelt:

in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f bezüglich
- Arbeitszeit
- Arbeitsentgelt,

in Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 bezüglich
- Schwangerer
- Kinder und Jugendlicher
- Diskriminierung (hier erscheinen die acht Kriterien des § 1 AGG).

Unerklärlich bleibt, warum die Richtlinie außer von Arbeitsbedingungen auch von Beschäftigungsverhältnissen und von Beschäftigungsbedingungen spricht, da die Richtlinie ohnehin nur für Arbeitnehmer gilt (Art. 3 Abs. 1 RL).

III. Änderungsbedarf in Deutschland auf Grund der Richtlinie

Obwohl das AÜG im Wesentlichen der neuen Leiharbeits-Richtlinie entspricht, sind in einigen Punkten doch Änderungen erforderlich. Auch der 11. Erfahrungsbericht der Bundesregierung vom AÜG stellt nur wenig Änderungsbedarf[19]. Der oben genannte Referentenentwurf von 2009 sah nur eine Minimalumsetzung der Richtlinie vor[20]. Weiter geht der oben genannte Diskussionsentwurf (DiskE). Er setzt sich folgende vier Ziele (unter A Einleitung S. 2):

- Ausschluss des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung
- Einführung einer Untergrenze für Arbeitsbedingungen
- Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG
- Anpassung des AEntG.

Im Kern lassen sich die im Diskussionsentwurf vorgesehenen Änderungen in zwei Gruppen einteilen, nämlich in nach nationalem Recht gebotene Änderungen und in Änderungen, die durch die Leiharbeitsrichtlinie veranlasst sind. Hierbei gibt es teilweise Überschneidungen: Änderungen, die schon nach nationalem Recht geboten gewesen wären, werden vermehrt durch EG-Recht gefordert.

1. Gewerbsmäßige Tätigkeit der Verleiher

Die Richtlinie erfasst „öffentliche und private Unternehmen ..., die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht" (Art. 1, Abs. 2 RL). Im Referentenentwurf war insoweit keine Änderung des AÜG vorgesehen. Nach dem Diskussionsentwurf ist in § 1 Abs. 1 AÜG der Ausdruck „gewerbsmäßig" durch „im

---

6) Dazu RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rats v. 19. 11. 2008 über Leiharbeit (Leiharbeits-Richtlinie), Erwägungsgründe 3–7.

7) KOM (2002) 149 endg. = BR-Drucks. 319/02; dazu Thüsing, DB 2002, 2218; Wank, NZA 2003, 14; Arv., BdA 2003, 1, 18.

8) RL v. 28. 11. 2002 KOM (2002) 701 endg.; dazu Boemke, ZESAR 2002, 205; Niebler/Bonanni, ZESAR 2003, 254; Raab, ZfA 2003, 389, 394 ff.; Schüren/Riederer von Paar, AÜG, 3. Aufl. 2007, Einl. Rn. 585; Zeppelin, Industrial Law Journal 2003, 310.

9) ABl. C 25 E v. 29. 1. 2004, S. 368.

10) ABl. L 327, S. 9.

11) Zu ihr Boemke, RIW 2009, 177; Fuchs, NZA 2009, 57; Hamann, EuZA 2009, 287; Lembke, BB 2010, 1553, 1559; Schüren/Hamann/Riederer von Paar, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 603 ff.; Thüsing, RdA 2009, 118; Ulber, NZA 2008, 538; ders., ArbuR 2009, 291; Wank, ZESAR 2009, 207.

12) Fuchs, NZA 2009, 57, 58.

13) Zur Vergesetzlichung und zur Regelungskompetenz Hamann, EuZA 2009, 287, 288 ff.

14) Zu den Vor- und Nachteilen der Leiharbeit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber Wank, BdA 2003, 1, 3 ff.

15) Dazu Ulber, ArbuR 2010, 11 f.

16) Erwägungsgrund 8; zum Arbeitnehmerbegriff der EG s. Wank, EuZA 2008, 172.

17) S. zu dieser Regelungstechnik Wank, EuZA 2008, 172, 185; s. auch Boemke, RIW 2009, 177, 181.

18) Boemke, RIW 2009, 177, 181; Rüdle, Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG, Gutachten München 2010, Rn. 9 ff.

19) BT-Drucks. 17/464, S. 7.

20) Zum früheren Referentenentwurf Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1073; Schüren/Hamann/Riederer von Paar (Fn. 11), Rn. 625.

Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit" zu ersetzen, § 1 Abs. 1 Satz 1 DiskE.

a) Gewerbebetrieb

Der bisher im AÜG verwandte Ausdruck „gewerbsmäßig" nimmt Bezug auf den Ausdruck Gewerbebetrieb, der sowohl in § 1 GewO als auch in § 1 AÜG, in § 1 HGB und in § 1 AO[21] verwandt wird. Obwohl nach dem Grundsatz der Relativität der Rechtsbegriffe[22] der Ausdruck in jedem dieser vier Gesetze eine eigene Bedeutung haben könnte, gibt es in Rechtsprechung und Literatur teilweise übereinstimmende Merkmale, die für alle Gewerbebegriffe verwandt werden[23].

Eines der unstrittigen Merkmale betrifft die Gewinnerzielungsabsicht. Die ältere Rechtsprechung und Literatur hielt an diesem Merkmal fest. Es entspricht einer ontologischen Begriffsbildung[24]. Gewiss ist es typisch für Gewerbebetriebe, dass sie eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen. Entscheidend ist aber bei einer teleologischen Begriffsbildung[25] – und nur diese entspricht dem Erfordernis einer sachgerechten juristischen Begriffsbildung –, ob auch vom Zweck der gesetzlichen Gesetze her die Gewinnerzielungsabsicht ein notwendiges Merkmal ist. Um dies zu klären, muss jeweils der Zweck der Gewerbeordnung, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, des Handelsgesetzbuchs und der Abgabenordnung herausgearbeitet werden. In allen Fällen geht es darum, möglichst alle Geschäftstätigkeiten zu erfassen, aber nicht Tätigkeiten für den Hausgebrauch, private Tätigkeiten, auszuklammern. Soweit es um eine Ausnahme für bestimmte gemeinnützige Zwecke geht, lässt die Richtlinie Ausnahmen vom Anwendungsbereich betreffend berufliche Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsförderungsprogramme zu, Art. 1 Abs. 3 RL[26]. Unter dem Aspekt des Gesetzeszwecks kommt es auf die Gewinnerzielungsabsicht nicht an.

Um sich von zufälligen Zwängen durch Verweisung auf den allgemeinen Begriff des Gewerbes zu lösen, erscheint die Wahl eines neuen Begriffes, wie „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit", angebracht. Zwar wäre die bisherige Formulierung mit dem Merkmal gewerbsmäßig (bei richtiger Auslegung) vereinbar; doch ungeachtet des bestehenden Meinungsstreits ist die Klarstellung empfehlenswert.

b) Echte und unechte Leiharbeit

In der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird zwischen echter und unechter Leiharbeit unterschieden. Die Terminologie ist irreführend. Die im Vordergrund stehende, gewerbsmäßige Leiharbeit ist danach unechte Leiharbeit. Daher hatte es sich empfohlen, zwischen gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Leiharbeit zu unterscheiden. Die Neufassung des Gesetzes legt auch eine neue Terminologie nahe, nämlich wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Leiharbeit.

2. Dauer der Überlassung

Nach Art. 1 Abs. 1 RL gilt die Richtlinie für Arbeitnehmer, die „vorübergehend" unter Aufsicht und Leitung des Entleihers stehen. Im Referentenentwurf findet sich insoweit kein Änderungsvorschlag. Nach § 1 Abs. 3 DiskE soll neu aufgenommen werden, dass es sich um eine „vorübergehende Überlassung" handeln muss. Dieser Vorschlag ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Überlassungsdauer nach dem Gesetz ursprünglich auf eine Höchstdauer von drei Monaten begrenzt war, im Laufe der Jahre mehrmals verlängert wurde (zuletzt auf 2 Jahre) und dass schließlich die zeitliche Begrenzung im Wege des Hartz-Gesetzes ganz beseitigt wurde[27]. Das ermöglichte es, Leiharbeit zu Zwecken einzusetzen, die der ursprünglichen Idee widersprechen; es geht nicht mehr (nur) um den kurzfristigen Einsatz in der Vertretung, sondern auch um die Möglichkeit, Stammarbeitnehmer dauerhaft durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen, ohne dass der Verleiher für die Möglichkeit weiterer Einsätze sorgt. Durch die letzte Gesetzesänderung wurde das Kind mit dem Bade ausgeschüttet.

Die besondere Institution der Leiharbeit lässt sich nur im Hinblick auf vorübergehende Überlassungen rechtfertigen, bei denen die Einstellung des Leiharbeitnehmers nicht nur für einen Entleiher erfolgt. Dementsprechend verwendet die Richtlinie den Ausdruck vorübergehend (Art. 1 Abs. 1), ebenso wie der EuGH in seiner Entscheidung *Adecco*[28].

Während in den früheren Gesetzesfassungen eine bestimmte, in Monaten bezeichnete Höchstdauer für die Überlassung vorgesehen war, ist „vorübergehend" ein unbestimmter Rechtsbegriff. Wahrscheinlich wollte der Gesetzgeber die Diskussion um die angemessene Dauer nicht wieder aufgreifen. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht[29] ist eine Überlassung an einen Dritten auf Dauer von der Richtlinie nicht gedeckt[30]. Nicht die Dauer der Überlassung ist entscheidend. Das Leiharbeitsverhältnis muss entweder über die Überlassung hinausreichen oder es muss von vornherein zeitlich begrenzt sein. Die Befristung ist aber nur zulässig, wenn sie mit der Gewährung von *equal pay / equal treatment* einhergeht. Nur so lässt sich Art. 5 Abs. 2 der RL verstehen.

Danach kann vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden, wenn „Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben". Bei systematischer Auslegung ergibt sich aus dem Vergleich von Art. 1 Abs. 1 RL („vorübergehend") und Art. 5 Abs. 2 RL („unbefristeter Vertrag"), dass es für auf ein einzelnes Überlassungsverhältnis bezogene Leiharbeitsverträge beim Gleichstellungsgrundsatz bleiben soll. Hiergegen ist eine Ausnahme möglich bei einem unbefristeten Vertrag mit einem Verleiher. Auf diese Unterscheidung nimmt der unter B. erläuterte Gesetzesvorschlag Bezug. Der Gesetzgeber wäre freilich nicht daran gehindert, die Anforderung „vorübergehend" durch eine fixierte Überlassungshöchstdauer zu erfüllen. Die verlangt die Richtlinie aber nicht zwingend, solange dafür gesorgt wird, dass die Leiharbeit nicht zur Umgehung von tariflichen Arbeitsbedingungen missbraucht wird.

3. Diskriminierungsverbot

a) Wesentliche Arbeitsbedingungen

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG muss der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts" gewähren wie den Stammarbeitnehmern im Entleiherbetrieb (s. auch § 9 Nr. 2 AÜG). In den Materialien zur geltenden Fassung des AÜG findet sich die Erklärung: *„Die Arbeitsbedingungen sind dabei alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen, wie die Dauer der Arbeitszeit und der Urlaube oder die Nutzung sozialer Einrichtungen*[31]." Das ist richtig, soweit es das Merkmal „Arbeitsbedingungen" betrifft, besagt aber gar nichts zu der eigentlich zu klärenden Frage, was die „wesentlichen" Arbeitsbedingungen sind. Deshalb könnte man es beim gegenwärtigen Text belassen, da damit – auch wenn man der subjektiven Auslegungs-

21) Baumb, BJW 2009, 177, 178.

22) Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 110 ff.; zur Gewerbeordnung s. auch Tettinger, in: Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 1 Rn. 5.

23) Tettinger, in: Tettinger/Wank (Fn. 22), § 1 Rn. 1 ff.

24) Wank (Fn. 22), S. 143 ff.

25) Wank (Fn. 22), S. 96 ff.

26) S. zum geltenden Recht ErfK/Wank, 11. Aufl. 2011, § 1 AÜG, Rn. 35; zur RL Rüdig (Fn. 18), Rn. 43 ff.

27) S. zur Entwicklung Schüren, in: Schüren/Hamann (Fn. 12), Einl. Rn. 53 ff.; Hilbrandt, Gutachten B zum 68. DJT, S. 48.

28) EuGH v. 4. 7. 2006 – Rs. C-212/04, AP RL Nr. 99/70/EG Nr. 1 – Adeneler.

29) Baumb, BJW 2009, 177, 179; zur RL Rüdig (Fn. 18), Rn. 77 ff.

30) Ebenso Hamann, EuZA 2009, 287, 310 f.; Ulber, ArbuR 2010, 98, 11.

31) BT-Drucks. 15/25, S. 1, 38.

theorie folge[42] – was Gesetzgeber nicht einmal in den Materialien erläutert wird[43], sodass keine gesetzlichen Vorgaben bestehen.

Allerdings hatte die Literatur diese Beurteilung – fälschlich – in Entsprechung zu § 2 NachwG angelegt[44] und damit überdehnt. Zudem wurde die ausführliche Aufzählung im Nachweisgesetz – fälschlich – nicht als abschließend verstanden[45], während die Leiharbeitsrichtlinie mit Recht eine abschließende Aufzählung enthält. Das Erfordernis der Rechtssicherheit gebietet es zugleich, dessen Art. 5 Abs. 1 Buchst. f sowie Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 R.L in den deutschen Gesetzestext aufzunehmen[46].

Gewiss kann der deutsche Gesetzgeber über den durch die Richtlinie gezogenen Schutz zugunsten der Arbeitnehmer hinaus gehen; aber eine völlige Offenheit des Textes wird der Richtlinie nicht gerecht. Der deutsche Text könnte daher unter Aufgabe des Richtlinientextes lauten:

> ... die wesentlichen Arbeitsbedingungen, nämlich
> - die Arbeitsbedingungen, die durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag[47] oder sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die im entleihenden Unternehmen gelten, festgelegt sind und die sich auf folgende Punkte beziehen[48]:
> - Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage
> - das Arbeitsentgelt
> - Schutz schwangerer und stillender Frauen, Kinder- und Jugendlichen
> - Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sonstige Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, eines Behinderung oder des Alters.

b) Vergleichbare Arbeitnehmer

Bei allen Einzelausprägungen von arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten oder Diskriminierungsverboten kommt es darauf an, den „vergleichbaren Arbeitnehmer" zu bestimmen. Hierzu gibt es ein allgemeines Definitionsproblem und ein spezifisches im Hinblick auf Leiharbeit. Dass die Richtlinie so lange auf sich hat warten lassen, liegt nicht zuletzt an unterschiedlichen Vorstellungen in den Mitgliedstaaten über den „vergleichbaren Arbeitnehmer", speziell im Hinblick auf Leiharbeit. In den Mitgliedstaaten gab es dazu zwei Modelle. Nach dem entleiherbetriebsbezogenen Modell war der vergleichbare Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb zu suchen, nach dem verleiherbetriebsbezogenen Modell hingegen im Verleiherbetrieb[49].

aa) Die Leiharbeitsrichtlinie legt das französische Modell, das entleiherbetriebsbezogene, zugrunde, Art. 5 Abs. 1 R.L. Die „wesentlichen Arbeitsbedingungen" sind danach die im Entleiherbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen.

Im geltenden deutschen Recht spielen diese in der Praxis keine Rolle. Spezielle Leiharbeitstarifverträge verdrängen das Gleichbehandlungsgebot des AÜG, und auch die Bezugnahme auf einen dieser Tarifverträge genügt, § 9 Nr. 3 AÜG.

Schon jetzt kommt es allerdings auf den vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb an, wenn der zugrunde gelegte Tarifvertrag unwirksam ist, § 10 Abs. 1 AÜG. Darüber hinaus könnte die gesetzliche Neuregelung beispielsweise bei der Synchronisation von Leiharbeitsverhältnis und Überlassung die Geltung des Gleichstellungsgebots vorsehen. Dann käme es auf den „vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb" an. Allerdings verwendet die Richtlinie diesen Begriff nicht; sie stellt vielmehr (anders als die Teilzeitrichtlinie und als die Befristungsrichtlinie) auf „den gleichen Arbeitsplatz" ab. Dennoch kann in der Sache auf die beiden genannten Richtlinien Bezug genommen werden, da auch insoweit die Stelle und nicht persönliche Merkmale zählen.

bb) Die neuen EG-Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG haben den Streit insoweit zu einem gewissen Abschluss geführt, als sie sich nicht nur auf den realen, gegenwärtigen vergleichbaren Arbeitnehmer beziehen, sondern auch auf den hypothetischen Arbeitnehmer[50]. Dem entsprechend heißt es in § 3 Abs. 1 AGG: „als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde". In Art. 5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie heißt es: „Arbeitsbedingungen ..., die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären". „Unmittelbar" bedeutet in diesem Fall: im Entleiherbetrieb unmittelbar, nicht erst über einen Verleiher.

Der Rückgriff auf den hypothetischen vergleichbaren Arbeitnehmer schließt die Bezugnahme auf mehr gegenwärtige Vergleichspersonen nicht aus[51]. Gibt es nämlich bereits Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb, die eine vergleichbare Arbeit verrichten, so ist zu vermuten, dass der Leiharbeitnehmer unmittelbar zu denselben Bedingungen eingestellt worden wäre. Diese Vergleichbarkeit formulieren § 2 Abs. 1 Satz 3 und 4 TzBfG entsprechend (im Anschluss an die Teilzeit-Richtlinie) für vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer und § 3 Abs. 2 TzBfG (im Anschluss an die Befristungsrichtlinie) für vergleichbare unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer. Diese Erwägungen zum TzBfG sind auf die AÜG zu übertragen. Gibt es im Entleiherbetrieb mehrere vergleichbare Stammarbeitnehmer, so kann man wohl sagen, die Bedingungen für den Leiharbeitnehmer richten sich am Arbeitnehmer mit den ungünstigsten Arbeitsbedingungen aus[52], noch, sie müssten sich an den Arbeitsbedingungen des zuletzt eingestellten Stammarbeitnehmers ausrichten[53]. Gerade um das zu verhindern, stellt die Richtlinie auf den Arbeitsplatz statt auf die Person ab. Soweit besondere Umstände in der Person des zuletzt Eingestellten vorliegen, hat der Leiharbeitnehmer auf diese günstigere Arbeitsbedingungen keinen Anspruch. Nur wenn diesen Kriterien ausscheidet, kann sich der Leiharbeitnehmer am zuletzt eingestellten Stammarbeitnehmer und dessen Arbeitsbedingungen orientieren.

c) Konkretisierung des Diskriminierungsverbots

Das Diskriminierungsverbot ist regelmäßig sehr allgemein formuliert und provoziert zahlreiche Fragen zu seinem Umfang. So § 4 TzBfG wird diskutiert, inwieweit der Teilzeitbeschäftigte an Gemeinschaftseinrichtungen (Kantine, Kindergarten usw.) partizipieren kann. Art. 6 Abs. 4 R.L erfordert es, vermindert diese Konkretisierung ins Gesetz aufzunehmen[54]. Leiharbeitnehmern ist daher der Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und zu den Gemeinschaftsdiensten zu gewähren (s. u. III 5 c). Da Art. 5 Abs. 2 R.L für das deutsche Modell nur eine Abweichung von Art. 5 Abs. 1 R.L vorsieht, gilt Art. 6 Abs. 4 R.L auch im Rahmen des deutschen Modells.

---

32) S. Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 796 ff.; Höpfl, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008, § 3 III.

33) A. A. Thüsing, RdA 2009, 118.

34) S. Bayreuther, RdW 2009, 177, 180.

35) S. zur Kritik EuGH/Höpfl (Fn. 30), § 31 AÜG, Rn. 3 m. w. N.

36) Fuchs, NZA 2009, 57, 60; Hamann, BayZA 2010, 287, 304 f.

37) Auch Betriebsvereinbarung, Bayreuther, RdW 2009, 177, 179.

38) S. dazu im Einzelnen Bayreuther, RdW 2009, 177, 180 f.

39) S. zum Gesetz Höpfl, RdA 2003, 1, 3.

40) S. zum TzBfG Ascheid/Thüsing, TzBfG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 4 ff., § 3 Rn. 11 ff.; Boecken/Joussen, TzBfG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 20 ff., § 3 Rn. 33 ff.; zur Richtlinie Hamann, BayZA 2009, 283, 300.

41) A. A. Fuchs, NZA 2009, 57, 60, der meint, die Kategorie des vergleichbaren Arbeitnehmers sei aufgegeben worden.

42) So früher Thüsing, DB 2003, 446, 448.

43) So Thüsing, RdA 2009, 118.

44) Thüsing, RdA 2009, 118, 119.

d) Mindestbedingungen im Entleiherbetrieb

Der Verleiher muss den Arbeitnehmern mindestens dieselben Arbeitsbedingungen gewähren wie den vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleiherbetrieb. Das gilt allerdings unter Zugrundelegung des Günstigkeitsprinzips nur, wenn diese – wie in der Regel – günstiger sind als die Bedingungen im Verleiherbetrieb. Hier tritt ein Problem bei der Feststellung auf, was „günstiger" ist[45].

e) Übersicht über Möglichkeiten für Abweichungen vom Gleichstellungsgrundsatz

Der Leiharbeits-Richtlinie entsprechend (Art. 5 Abs. 1 RL) geht die AÜG von dem Grundsatz der Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Arbeitnehmern des Stammbetriebes des Entleihers aus (§§ 3 und 9 AÜG). Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen, die in der Praxis die Regel darstellen.

Ausnahme 1: Auf das Leiharbeitsverhältnis ist ein Leiharbeitstarifvertrag normativ anwendbar. In diesen Fällen von §§ 3, 4 TVG verdrängt kraft Gesetzes der Leiharbeitstarifvertrag die Vorschriften über die Gleichstellung. Das bleibt auch Art. 5 Abs. 3 RL weiterhin zulässig (zu Einzelheiten s. unter *f*).

Ausnahme 2: Bezugnahme auf Leiharbeitstarifvertrag.

Eine weitere Ausnahme, die in der Praxis die Regel sein dürfte, besteht darin, dass der Bezugnahme auf einen Leiharbeitstarifvertrag zustimmt, um den Gleichstellungsgrundsatz auszuschließen (schuldrechtliche Tarifbindung). Eine Rechtfertigung ergibt sich aus Art. 5 Abs. 4 RL. Die auf dem 68. DJT teilweise vertretene Ansicht, die Richtlinie schließe eine Bezugnahme aus, ist unzutreffend. Es genügen Regelungen „auf der Grundlage" von Tarifverträgen.

Hümmerich[46] schlägt vor, die Möglichkeit der Bezugnahme auf einen Leiharbeitstarifvertrag im Gesetz zu streichen. Die Folge wäre, dass tarifliche Verleiher Mitglied eines entsprechenden Arbeitgeberverbandes für Arbeitnehmerüberlassung werden oder Haustarife abschließen müssten. Andernfalls würde ab dem ersten Tag in vollem Umfang das Gleichstellungsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 1 RL gelten. Damit würde Leiharbeit insgesamt vom bisherigen auf den Verleiher bezogenen Modell auf das entleiherbetriebsbezogene Modell umgestellt.

Im Übrigen würde dieser Vorschlag die – teilweise besonders bedenklichen – Haustarifverträge, die in der Branche verbreitet sind, nicht sperren und damit sein Ziel verfehlen.

Ausnahme 3: Beschäftigung eines Arbeitslosen

Vom Gleichbehandlungsgebot gibt es im deutschen Recht außer für Tarifverträge (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und 3 AÜG) eine Ausnahme auch dann, wenn der Verleiher dem neuen arbeitslosen Leiharbeitnehmer für eine Überlassungsdauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des letzten Arbeitslosengeldes zahlt.

Die Richtlinie sieht keine Ausnahmeermächtigung im Hinblick auf eine Sechswochenfrist vor, weil das Europäische Parlament eine derartige Differenzierung abgelehnt hatte. Deshalb muss diese Ausnahme gestrichen werden[47]. Art. 1 Ziff. 1 Nr. 1 a und Ziffer 2 a Refft sieht die Streichung in § 3 und § 9 AÜG vor. § 3 Abs. 1 Nr. 3 DiskE hat diese Variante ebenfalls gestrichen.

Auf Art. 1 Abs. 3 RL („Eingliederungsgrundsatz") lässt sich die bestehende Regelung jedenfalls nicht stützen.

Ausnahme 4: Abweichung durch unbefristete Arbeitsverträge

Art. 5 Abs. 2 RL erlaubt eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen geschlossen hat und ihm auch in der Zeit zwischen den Überlassungen Entgelt gezahlt wird[48] (s. dazu unter B II. 2).

Ausnahme 5: Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft[49]

§ 1 Abs. 1 DiskE behält die bisherige Regelung bei.

Ausnahme 6: Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit[50]

§ 1 Abs. 3 Nr. 1 DiskE behält die bisherige Regelung bei.

f) Abweichung durch Tarifverträge

aa) Der Grundsatz der gleichen Arbeitsbedingungen ist im geltenden AÜG tarifdispositiv ausgestaltet (§ 9 Nr. 2 AÜG). In der Literatur wird allerdings – und zwar bereits unabhängig von der Richtlinie – gefordert, der Tarifvertrag dürfe sich nicht über verbindliche gesetzliche Wertungen hinwegsetzen[51]. Art. 5 Abs. 3 RL fordert, dass diese Tarifverträge „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern" abweichende Regelungen enthalten können. Durch die bloße Bezugnahme auf die allgemeine Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen kann eine gesetzliche Regelung nicht ersetzt werden[52]. Diese Vermutung ist jedenfalls für Tarifverträge im Bereich der Leiharbeit nachweislich widerlegt[53]. Der deutsche Gesetzgeber ist daher gehalten, entweder einen Rahmen zu gestalten, den Tarifverträge in der Leiharbeit zwingend beachten müssen. Dazu gehört aber gerade nicht eine Orientierung am Gleichstellungsgrundsatz[54]. Oder es muss dafür gesorgt werden, dass die Tarifverträge nur von Gewerkschaften abgeschlossen werden, die sich eine ernsthafte Interessenvertretung zum Ziel gesetzt haben.

Die Leiharbeitsrichtlinie sieht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Wahl zwischen Gleichstellungsmodell und Spezialtarifen für Leiharbeit vor (entleiherbetriebsbezogenes Modell und verleiherbetriebsbezogenes Modell). Für diejenigen Mitgliedstaaten, die sich für das verleiherbezogene Modell entscheiden, besteht aber die Verpflichtung, einen generellen Schutz der Leiharbeiter sicherzustellen („unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern", Art. 5 Abs. 3 RL).

Art. 5 Abs. 4 Satz 2 RL erlaubt, dass das nationale Recht eine Wartefrist für die Gleichbehandlung vorsieht[55]. Möglich wäre es also, die Geltung des Gleichstellungsprinzips beispielsweise ab einer Überlassungsdauer von drei Monaten vorzusehen[56].

bb) Eine weitere Möglichkeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgebot besteht darin, bestehende Leiharbeits-Tarifverträge auf tariflose Leiharbeitsverhältnisse oder auf Leiharbeitsverhältnisse mit anderen Tarifverträgen zu erstrecken. Die Möglichkeit dazu bietet § 5 TVG.

cc) Ein weiterer Weg könnte darin bestehen, dass im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes eine Lohnuntergrenze für Leiharbeitsverhältnisse festgelegt wird. Allerdings sichert das Arbeitnehmer-Entsendegesetz nicht etwa insgesamt faire Ar-

---

45) *Boemke*, BÜW 2009, 177, 183 f.; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 303.

46) Hümmerich, Gutachten B zum 68. DJT, S. 63 f.; s. demgegenüber *Riehle* (Fn. 18), Rn. 210 m. w. N.

47) *Boemke*, BÜW 2009, 177, 182; *Forst*, NZA 2009, 57, 60; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 315 f.; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1540; Schüren/Hamann/*Riedner von Peer* (Fn. 17), Einl. Rn. 610; Thüsing, RdA 2009, 1218; s. auch *Riehle* (Fn. 18), Rn. 169.

48) *Hamann*, EuZA 2009, 287, 309; *Ulber*, Arbeit. 2010, 10, 13.

49) Nach *Hamann*, EuZA 2009, 287, 301 sollte die bisherige Privilegierung abgeschafft werden; a. A. *Riehle* (Fn. 18), Rn. 62.

50) *Hamann*, EuZA 2009, 287, 302.

51) *Forst*, NZA 2009, 57, 60; *Ulber*, Arbeit. 2010, 7, 12; Thüsing/*Hamann*, AÜG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 82; s. auch Hießmann, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 588.

52) Ebenso *Forst*, NZA 2009, 57, 61; Hümmerich, Gutachten B zum 68. DJT, S. 51 f., 63 f.; andere *Boemke*, BÜW 2009, 177, 182; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1540; Thüsing, RdA 2009, 118.

53) Schüren, NZA 2008, 453; a. A. *Riehle* (Fn. 18), Rn. 194.

54) Schüren/Hamann/*Riedner von Peer* (Fn. 17), Einl. Rn. 608; ebenso *Forst*, NZA 2009, 57, 61 ff.; *Ulber*, NZA 2009, 232, 233.

55) Dieser Hinweis fehlt bei *Forst*, NZA 2009, 57, 61 und 63 (jedoch aber S. 59).

56) S. dazu den Vorschlag der FDP (Antr. Düsseldorf, DB 2010, 1759, 1762).

beitsbedingungen, sondern nur Mindestentgelt und Urlaub und entspricht damit nicht den Anforderungen der Richtlinie.

dd) Eine Abweichung zur Besitzgrenze auf einen konkreten Tarifvertrag bezieht darin, dass eine Untergrenze normativ festgesetzt wird, die sich überwiegend an bestehende Tarifverträge anlehnt. Es handelt sich also nicht um eine Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages unmittelbar, sondern um eine Übertragung seiner Wertungen.

Der vorliegende Diskussionsentwurf sieht in § 3a eine Regelung vor, die eine solche Untergrenze enthält. Die vom Tarifausschuss durch Beschluss festgesetzte Untergrenze kann nach § 3a Abs. 3 des Entwurfs vom Arbeitsministerium durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrats für verbindlich erklärt werden.

4. Konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung

Einen besonderen Streitpunkt bereits nach geltendem deutschen Recht stellt die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern dar.

a) Das geltende Recht sieht in § 1 Abs. 3 eine Bereichsausnahme für bestimmte Fälle der Konzernleihe vor. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich bisher durch das Merkmal der vorübergehenden Überlassung.

Im Hinblick auf die Richtlinienkonformität sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Soweit es nur um die konzerninterne Verlagerung z. B. zur Beseitigung von Personalengpässen unter Beibehaltung der Arbeitsbedingungen geht, kann die deutsche Regelung beibehalten werden[57].
- Anders sind dagegen Personalführungsgesellschaften zu beurteilen, die im eigenen Namen Personal nach einem eigenen Leiharbeitsvertrag einstellen und nur an Konzernunternehmen verleihen (s. dazu u. B II 1 c).

In der Praxis beliebt ist es, eine Betriebsabteilung auszugliedern auf ein firmeninternes Verleihunternehmen. Dieses übernimmt die bisherigen Mitarbeiter, aber zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen. Anschließend werden sie auf ihren bisherigen Arbeitsplätzen eingesetzt, aber steuerlich als Leiharbeitnehmer. Schon nach geltendem Recht ist dies wegen Missbrauchs der Gestaltungsform als Gesetzesumgehung unzulässige Leiharbeit[58]. Anders wäre es nur, wenn das Leiharbeitsunternehmen tatsächlich am Markt auftritt und in erheblichem Umfang auch an andere Unternehmen als nur das eigene Konzernunternehmen Arbeitnehmer überlässt.

Das BAG begegnet dieser Fallgestaltung neuerdings durch Anwendung des *§ 613a BGB*. Wenn beispielsweise ein Kommunalunternehmen, das ein Krankenhaus betreibt, eine Service-GmbH gründet, die alle Reinigungskräfte dieses Krankenhauses übernimmt, so kann nach der neueren Rechtsprechung ein Betriebsübergang vorliegen[59]. Das ist der Fall, wenn die Servicegesellschaft im Wege der Arbeitnehmerüberlassung alle übernommenen Reinigungskräfte an das Kommunalunternehmen „zurück verleiht" und diese dort die gleichen Tätigkeiten wie bisher verrichten.

Soweit § 613a BGB nicht eingreift, kann dem Modell die Wirksamkeit mit der Begründung versagt werden, dass es sich um unzulässige Austauschkündigungen handelt[60].

Das Privileg von § 1 Abs. 3 AÜG kann aufgrund der Richtlinie jedenfalls so konkretisiert werden, dass nur zufällige Gestaltungsformen genannt werden[61]. Der Referentenentwurf enthält dazu keine Regelung.

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 DiskE lässt weiterhin einen Verleih im Konzernunternehmen zu. Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitnehmer nicht zum „Zwecke der Überlassung eingestellt wurde".

b) Neben der Privilegierung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG haben Unternehmen weitere Formen der konzerninternen Überlassung entwickelt, für die es auf das Merkmal vorübergehend nicht ankommt. Diese Fälle weichen von dem gesetzgeberischen Bild erheblich ab.

aa) Zum einen ergibt sich die Abweichung dadurch, dass Arbeitnehmer von vornherein *für eine konzernweite* Tätigkeit eingestellt werden, um sie dann an ein anderes Tochterunternehmen zu überlassen. Die Tochterunternehmen, die die Arbeitnehmer benötigt, vermeidet auf diese Weise die Einstellung zu den konzernspezifischen Tarifverträgen des Stammbetriebs und kann auf diese Weise Einstellungen zu den Tarifverträgen der Zeitarbeits-Branche erreichen. Diese Umgehung des Leiharbeitsrechts, nämlich gezielt Leiharbeit einzusetzen, um Stammpersonal einsparen, kann nur durch eine Regelung verhindert werden, nach der kein Konzernprivileg besteht, wenn die konzerninterne Verleihtochter von vornherein nur zum Zweck der Überlassung Arbeitnehmer einstellt (so jetzt § 1 Abs. 3 Nr. 3 DiskE). Indessen schleift der Wortlaut der geltenden Regelung solche Gestaltungen zu. Das Konzernprivileg kann nur in Anspruch nehmen, wer selbst eigene Arbeitsplätze hat, auf die die vorübergehend ausgeliehenen Arbeitnehmer zurückkehren können.

bb) Damit wird allerdings der Fall nicht erfasst, dass es sich bei dem Zeitarbeitsunternehmen nicht um eine *Konzerntochter* handelt. Hier kann ein Unternehmen in der Weise vorgehen, dass es seine Arbeitnehmer betriebsbedingt entlässt, dass ein nichtkonzerngehöriges Zeitarbeitsunternehmen diese Arbeitnehmer einstellt und sie dann weiterhin an das Unternehmen wieder überlässt. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erfasst diese Fallgestaltung nicht.

In allen genannten Fallgestaltungen wird das Gleichstellungsgebot umgangen. Ein Unternehmen kann vorübergehend von einem konzerneigenen Tochterunternehmen oder von einem nicht konzerneigenen Verleihunternehmen Arbeitnehmer entleihen, die dasselbe einen geringeren Lohn erhalten als die Stammarbeitnehmer des Unternehmens. Das darf aber nicht zu einem Austausch von Stammarbeitnehmern durch geringer Entlohnte führen. Jede Form von Rückkehrklausel stellt sich daher als *Umgehung* dar, weil der Folge, dass der Arbeitnehmer zu den für Stammarbeitnehmer geltenden Bedingungen zu beschäftigen ist.

cc) Während der Referentenentwurf dazu keine Regelung enthielt, entfällt nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 DiskE die Möglichkeit, vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag abzuweichen, wenn Arbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vorher beim selben Arbeitgeber beschäftigt waren. Dies gilt auch im Bezug auf Konzernunternehmen.

5. Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe

Ob das Verbot in § 1b AÜG aufrechterhalten bleiben kann, richtet sich danach, ob der Rechtfertigungsgrund des Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie erfüllt ist[62]. Das ist zu verneinen[63].

6. Einbeziehung der Leiharbeitnehmer in das Unternehmen der Entleiher

a) Unterrichtung über offene Stellen

Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz müssen Arbeitgeber (im Anschluss an die beiden EG-Richtlinien) Teilzeit-

57) BAG, NZA 2005, 1006; ErfK/Wank, 11. Aufl. 2011, § 1 AÜG, Rn. 63; *Riehle* (Fn. 18), Rn. 36, 51, 71; Schüren/Hamann/Kliemt zum Peer (Fn. 11), Einl. Rn. 613; s. auch u. B. III 1. Nach *Mansen*, BuZA 2010, 387, 388 gilt dagegen das Gleichstellungsgebot.

58) So *Schüren*, BB 2007, 2546; a. A. *Wißmann/Ahnefeld*, BB 2005, 453.

59) BAG, NZA 2009, 144.

60) BAG AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124; allgemein zu Austauschkündigungen *Preis*, in: Festschrift Bauer (2010), S. 837ff.

61) *Mansen*, BuZA 2010, 387, 393.

62) Dazu *Thüsing*, RdA 2010, 118, 119.

63) *Mansen*, BuZA 2010, 387, 392ff.; a. A. *Boemke*, RIW 2008, 177, 180 f.; *Riehle* (Fn. 18), Rn. 91ff.

beschäftigte über offene Stellen im Unternehmen unterrichten (§ 7 TzBfG), dasselbe gilt für unbefristete Stellen (§ 18 TzBfG)[64]. Für die Unterrichtung von Leiharbeitnehmern durch den Entleiher fehlt bislang eine entsprechende Vorschrift im AÜG. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie erfordert eine solche Regelung[65]. Der Regierungsentwurf sieht in einem neuen § 13a eine entsprechende Regelung vor, ebenso § 13a DiskE.

b) Keine Vermittlungsgebühr

Zur Rechtfertigung der Leiharbeit wird u. a. auf den sog. Klebeeffekt verwiesen, d. h. auf die Möglichkeit eines Leiharbeitnehmers, später vom Betrieb des Entleihers in ein Arbeitsverhältnis übernommen zu werden.

Verleihunternehmen möchten in diesen Fall am Erfolg durch eine Vermittlungsgebühr partizipieren. Insoweit ist zu unterscheiden zwischen einer Vermittlungsgebühr im Verhältnis Verleiher – Arbeitnehmer und einer Vermittlungsgebühr im Verhältnis Verleiher – Entleiher.

Nach Art. 6 Abs. 2 RL ist eine Klausel im Leiharbeitsvertrag, die dem Leiharbeitnehmer ein späteres Arbeitsverhältnis beim Entleiher verbietet, nichtig. Das entspricht dem geltenden § 9 Nr. 3 AÜG[66].

Die Richtlinie verbietet aber in Art. 6 Abs. 3 eine Vermittlungsgebühr im Verhältnis Verleiher – Leiharbeitnehmer. Das entspricht bereits der Auslegung zum geltenden Recht, sodass es insoweit keiner Änderung bedarf.

Die Richtlinie lässt dagegen eine Vermittlungsgebühr im Verhältnis Verleiher – Entleiher unberührt. Entgegen einem ablehnenden Urteil des BGH[67] lässt § 9 Nr. 3 AÜG[68] das bisher zu. Diese Möglichkeit besteht auch weiterhin[69].

c) Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

Schließlich sollen nach Art. 6 Abs. 4 RL Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen des Entleihers bekommen[70]. Der RefE setzt dies in Art. 1 Ziff. 1 Buchst. b um in Form einer neuen Normsatz 3a zu § 3 Abs. 1 AÜG. Konkretisiert wird dies durch § 13b AÜG, Art. 1 Nr. 4 RefE. Die Regelung wird in § 9 Nr. 2a und § 13b DiskE übernommen.

d) Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten im Betriebsverfassungsrecht

Nach Art. 7 RL sind Leiharbeitnehmer beim Verleiher zu berücksichtigen. Möglich ist aber auch – kumulativ oder alternativ – eine Berücksichtigung beim Entleiher. Das geltende deutsche Recht ist uneinheitlich geregelt. Zum passiven Wahlrecht normiert § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG, dass es Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb nicht mindert. Das aktive Wahlrecht steht Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb dann zu, wenn sie dort länger als drei Monate eingesetzt werden. Das BAG hat noch zum AÜG vor 2003 – Überlassungshöchstdauer zwei Jahre – entschieden, dass Leiharbeitnehmer im Übrigen bei Schwellenwerten nicht zu berücksichtigen sind[71]. Das steht nicht im Widerspruch zur Richtlinie[72]. Freilich spricht einiges dafür, dort, wo tatsächlich Stammpersonal durch Leiharbeitnehmer ersetzt wird, diese Leiharbeitnehmer auch bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen.

B. Reformvorschlag – Grundlinien für ein neues Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Der Gesetzgeber könnte seiner Verpflichtung aus der Richtlinie dadurch nachkommen, dass er die unter A. aufgezeigten Änderungen vornimmt. Das Erfordernis einer Neuregelung bietet aber auch die Möglichkeit, aus den Erfahrungen der letzten fast 40 Jahre zu lernen, und das Konzept der Leiharbeit grundsätzlich zu reformieren.

Dabei geht es im Wesentlichen um zwei Fragen:

- Es muss verhindert werden, dass nicht tariffähige Arbeitnehmerorganisationen Schein-Tarifverträge abschließen, mit denen die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer unbeschränkt verschlechtert werden.
- Es muss gewährleistet werden, dass „das Grundschutzniveau für Leiharbeitnehmer gewahrt" bleibt. Leiharbeit dient der Flexibilisierung – nicht dem Lohndumping.

I. Überblick über die aktuellen Reformvorschläge und die eigenen Zielvorgaben

Sieben Jahre nach der Umsetzung der von der Hartz-Kommission[73] gemachten Vorschläge zur Reform der Leiharbeit ist eine erneute Reform angekündigt[74].

Dahinter steht nicht so sehr die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie. Die Arbeitsministerin reagiert vielmehr damit auf eine öffentliche Debatte, die von den Medien durch das Anprangern von Missbrauchsfällen seit 2008 (Schlecker, Christenunion mit Dumpinglöhnen) angeheizt wurde.

Der *Henssler/Pelz*-Entwurf zur Reform des Arbeitsrechts aus noch 2007[75] zur Notwendigkeit einer weiteren Abbaus des Arbeitnehmerschutzes in der Leiharbeit. Dabei waren die Missstände, die später die starke Medienresonanz auslösten, der Fachwelt seit 2003/04 bekannt[76]. Auch die neuen Stellungnahmen zur Richtlinie[77] sehen keinen Reformbedarf.

In der aktuellen Reformdiskussion lassen sich mehrere Hauptlinien erkennen:

- Zurückschneiden der Leiharbeit bei Gelegenheit der Umsetzung der Richtlinie. Hier sind exemplarisch die Regelungsvorschläge der Fraktionen „DIE LINKE"[78] und „BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN"[79] zu nennen. Auch *Däubler* hat die als Reaktion auf die Entwicklung seit 2003 gefordert[80].
- Der DGB fordert *equal pay* ab dem ersten Tag für alle Leiharbeitsverhältnisse; die Mehrheit der Trägheiter auf dem 68. DJT ist dem gefolgt[81].

Diese Übernahme des „Französischen Modells" bedeutet: Der Leiharbeitnehmer erhält zwar *equal pay*; er wird aber in der Praxis nur für die Dauer einer Überlassung eingestellt und ist danach wieder arbeitslos.

---

64) Dazu *Boemke*, BAW 2009, 177, 184; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 315.

65) Ebenso *Boemke*, BAW 2009, 177, 184 f.; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 315; *Lembke*, BB 2010, 1553, 1560; *Thüsing*, RdA 2009, 118, 119.

66) Dazu *Boemke*, BAW 2009, 177, 185.

67) BGH mit abl. Anm. *Wank*, LMK 2005, 105.

68) Dazu *Boemke*, BAW 2009, 177, 181; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 314 ff.

69) S. zum geltenden Recht *Boemke*, BAW 2009, 177, 185; zur Richtlinie *Hamann*, EuZA 2009, 287, 316 f.

70) Dazu *Behrisch*, BAW 2009, 177, 186 f.; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 318 ff.; *Riddle* (Fn. 18), S. 244 ff.

71) BAG v. 16. 4. 2003, NZA 2003, 1345 = AP BetrVG 2002 § 9 Nr. 1; BAG v. 22. 10. 2003, NZA 2004, 1052 = AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28.

72) Dazu *Hamann*, EuZA 2009, 287, 323.

73) Bericht der Kommission „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt", Oktober 2002, S. 157.

74) Pressemitteilung des BMAS v. 13. 1. 2010: „Zeitarbeit kann Brücken in den Arbeitsmarkt sein und bringt Flexibilität für Unternehmen."

75) *Henssler/Pelz*, Diskussionsentwurf zum Arbeitnehmerentsendegesetz, Stand 10/2007, §§ 91–95.

76) *Schüren*, ArbuR 2008, 393 ff.

77) S. u. a. *Hamann*, EuZA 2009, 287, 310 ff.

78) Antrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE v. 13. 1. 2010, Lohndumping verhindern – Leiharbeit stärker begrenzen, BT-Drucks. 17/426.

79) Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 17. 1. 2011, Zeitarbeitsmarkt regulieren – Missbrauch bekämpfen, BT-Drucks. 17/551.

80) *Däubler*, in: Wedl, Perlen Arbeitsverhältnisse, Dokumentation einer Fachtagung, 2009, abrufbar unter: www.wedl.de/fileadmin/publikationen/daten/WeDa_prek_arbeit.pdf.

81) S. die Beschlüsse des 68. DJT.

– Beibehaltung der Leiharbeit ohne weitere erhebliche Veränderungen, aber Absicherung des Lohnniveaus durch starke Begrenzung der tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten[81].
– Minimalreform unter Beibehaltung des Status Quo[82].
– Abschaffung der Möglichkeit auf Leiharbeitsunternehmen Bezug zu nehmen[83].

Unser Ansatz folgt der Richtlinie. Aber wir versuchen im Sinne der Richtlinie, Flexibilität mit dem Schutz der Arbeitnehmer zu verknüpfen, denen die Beweglichkeit abverlangt wird. Das geht nicht ohne erhebliche Eingriffe ins geltende AÜG.

Die Erfahrungen mit fast 40 Jahren gesetzlich geregelter Leiharbeit in Deutschland zeigen, dass Arbeitnehmerschutz auch hier nur funktioniert, wenn effektive Sanktionen zur Sicherung der Gestaltungsgrenzen greifen. Gerade das Recht der Leiharbeit hat uns eindringlich vor Augen geführt, dass komplizierte Schutzsysteme mit harten Sanktionen zu Papiertigern werden, wenn ihre Steuerungswirkung mangels Anwendung verloren geht. Man denke hier an die alte Vermutungsvermutung mit angeknüpftem fingiertem Arbeitsverhältnis[84] oder das früheste, höchst komplizierte Synchronisationsverbot[85]. Deshalb haben wir einen begrenzten, aber dann tatsächlich realisierten Schutz an den wichtigsten Stellen für besser als eine allumfassende Absicherung, die nicht gelebt wird. Zugleich wollen wir den Blick der Exekutive stärker auf den Missbrauch der tariflichen Normsetzung richten, der in den letzten Jahren sehr zugenommen hat. Wünschenswerte stärkere Kosten – aber zum Nachteil der Arbeitnehmer und der Gesellschaft, die dann die Lebenshaltung der Betroffenen subventionieren muss.

Hinter dieser Tarifpraxis steht aber auch eine erstaunliche Tatenlosigkeit der Exekutive seit 2003. Ohne sie wäre es nicht zu den Missständen gekommen. Ziel einer Reform darf es nicht sein, die Tarifpartner zu bescheiden, sondern muss es sein, „gelbe" Gewerkschaften von der tariflichen Normsetzung auszuschließen. Ist das erreicht, wird das Tarifsystem besser funktionieren. Erst wenn auch dann noch keine zumutbare Besserung eintritt, sollte man über weitere Schritte nachdenken.

Leitmotiv unseres dreistufigen Reformvorschlags ist es, die beiden Grundformen der Leiharbeit, die sich in der Praxis herausgebildet haben, fest mit den geeigneten Regelungssystemen für die Vergütung und die sonstigen Arbeitsbedingungen zu verbinden.

Die Leiharbeit mit langfristiger Bindung an den Verleiher und Einsätzen bei verschiedenen Fremdfirmen ist das alte „deutsche Modell". Sie braucht ein eigenes, kostendeckendes Vergütungssystem und gleich bleibende Arbeitsbedingungen – die kann ein Tarifvertrag liefern.

Leiharbeit, die nur bei einem Entleiher geleistet wird, braucht dagegen kein eigenes Vergütungssystem. Hier ist die Gleichbehandlung mit dem Stammpersonal des Entleihers richtig. Das ist die zweite Form. Sie entspricht zwar nicht dem deutschen Modell der Leiharbeit von 1972, aber einer verbreiteten Praxis seit 1972. Die Synchronisation von Leiharbeitsverhältnis und Überlassung war immer verboten[87] – freilich ohne Gleichbehandlung.

Wer als Verleiher das Tarifsystem für seine Leiharbeitsverhältnisse nutzt, aber tatsächlich nur an einen Entleiher überlässt, muss auf der Basis von Gleichbehandlung nachzahlen. Der Entleiher haftet für die Nachzahlungsansprüche als Bürge. Das könnte das neue Steuerungsinstrument sein, um Systemtreue zu erzwingen.

II. Alternativität der Gestaltungsmöglichkeiten als Ausgangspunkt der Reform

1. Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer mit dem Stammpersonal bei synchronisierten Leiharbeitsverhältnissen

a) Konzeption

Findet im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses nur eine einzige befristete Überlassung statt und endet das befristete Arbeitsverhältnis nach diesem Einsatz, sind zwingend die Arbeitsbedingungen des Entleihers (*equal pay/equal treatment*) zu gewähren. Eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot darf gem. Art. 5 Abs. 2 der R.L 2008/104/EG und Erwägungsgrund Nr. 15 nur bei unbefristeten Verträgen erfolgen. Da verlangt die Richtlinie und das sollte deshalb konsequent sein.

Diese Form der befristeten Leiharbeit, die dem französischen, auf den einzelnen Fremdfirmeneinsatz befristeten Modell der Leiharbeit entspricht, ist auch schon wegen der funktionalen Identität mit dem befristeten Arbeitsverhältnis beim Entleiher selbst mindestens mit *equal pay/equal treatment* abzusichern. Denn Gleichbehandlung ist dort angemessen – und auch handhabbar –, wo der Verleiher faktisch die Funktion eines Vermittlers und einer Zahlstelle erfüllt. Die Überleitung an den Entleiher ist eine funktionsgleiche Alternative zum befristeten oder auflösend bedingten Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher. Fremdfirmeneinsatz und Leiharbeitsverhältnis werden hier „synchronisiert". Das Arbeitsverhältnis des zu überlassenden Arbeitnehmers reicht nicht über den Einsatz hinaus.

Für das befristete und das auflösend bedingte Arbeitsverhältnis gilt im deutschen Arbeitsrecht in Umsetzung der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG gemäß § 4 Abs. 2 und § 21 TzBfG zwingend das Gleichbehandlungsgebot mit den unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern des gleichen Arbeitgebers.

b) Umsetzung durch Zulassung der Befristung auf einen Einsatz

Die Befristung des Leiharbeitsverhältnisses auf einen Einsatz entspricht zwar der deutschen Praxis. Sie ist bislang aber nicht zulässig, weil die Gerichte[88] den begrenzten Bedarf der Entleiher nicht als Befristungsgrund für das Leiharbeitsverhältnis anerkennen. Das Verbot der Befristung ist aber nur erforderlich, wenn ein eigenes Tarifsystem genutzt wird. Das normiert auch die Richtlinie in Art. 5 Abs. 2 und in Erwägungsgrund Nr. 15[89].

Wenn man jedoch feststellt, dass die Befristung mit der Gleichbehandlung bei den Arbeitsbedingungen verbunden ist, spricht nichts dagegen, sie zu erlauben. Das erspart den Beteiligten viele Verwaltungen und gibt den betroffenen Arbeitnehmern zumindest ein angemessenes wirtschaftliches Äquivalent für ihre Arbeit.

Zur Legalisierung gehört dann die Einführung eines weiteren, speziellen Befristungsgrundes für Leiharbeitsverhältnisse. Sie dürfen befristet werden, wenn das Leiharbeitsverhältnis für einen bestimmten Einsatz abgeschlossen und mit einem vorübergehenden Bedarf beim Entleiher synchronisiert wird. Dann kann der Verleiher einen Leiharbeitnehmer z. B. für ein Jahr befristet einstellen und ihn als Schwangerschafts- und Elternzeitvertretung für ein Jahr an einen Kunden ausleihen, der einen solchen vorübergehenden Bedarf hat – freilich nur bei Gleichbehandlung mit dem Stammpersonal des Entleihers.

---

81) *Wank*, DB 2010, 1538, 1535; dies., Welche Änderungen des deutschen Gesetzes erfordert die Umsetzung der RL-Richtlinie Leiharbeit – mit dem Schwerpunkt Gleichbehandlungsgrundsatz und Abweichungen gemäß Artikel 5 der RL-Richtlinie? Ein Gutachten im Auftrag des DGB, 2010 abrufbar unter: http://www.dgb.de/presse/++co++3893cb66-433c-11df-24dc-001ff8cb6c4d; *Ulber*, ArbuR, 2010, 10 ff.; *Forst*, NZA 2009, 562 ff.; für eine Abschaffung des Lohnniveaus auch: *Düwell/Dahl*, DB 2010, 1759 ff.

82) *Lembke*, BB 2010, 1539; *Thüsing*, DB 2010, 315 ff.; *Thüsing*, DB 2010, Beilage Nr. 5, 17 ff.

83) *Hümmerich*, Gutachten B zum 68. DJT, S. 62; s. dazu o. A. III 3 e.

84) *Schüren*, AÜG, 1. Aufl. 1994, § 13 Rn. 1 ff.

85) *Schüren*, in: Festschrift Kissel (1994), S. 1173 ff.

87) Vgl. z. B. 7. Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG –, BT-Drucks. 13/9180, S. 9 f.

88) LAG Sachsen v. 25. 1. 2008, BeckRS TzBfG § 14 Nr. 3.

89) Zu dieser Systemstimmung bereits *Wank*, NZA 2005, 14, 21 f.

c) Gleichbehandlung bei faktischer Synchronisation

Um es zu verhindern, dass die Leiharbeit mit eigenem Tarifsystem für Leiharbeitsverhältnisse genutzt wird, die zwar unbefristet abgeschlossen, aber faktisch doch mit der Überlassung synchronisiert sind, muss ein simpler Auffangtatbestand geschaffen werden. Damit wird auch Artikel 5 Abs. 3 der Richtlinie Genüge getan. Er verlangt, dass die Mitgliedstaaten die tarifliche Regelungsbefugnis zum Schutz der Arbeitnehmer beschränken.

Dieser Auffangtatbestand muss so gestaltet sein, dass bei einer Umgehung der Gleichbehandlungspflicht regelmäßig die angestrebten Vorteile mindestens abgeschöpft werden und sich damit ein Missbrauch der Gestaltungsform nicht lohnt. Dabei macht es Sinn, die Abschöpfung in erster Linie demjenigen zu übertragen, der davon den größten Vorteil hat: dem Arbeitnehmer[90].

Der Auffangtatbestand könnte folgendermaßen aussehen: Wird der Arbeitnehmer nach einem Leiharbeitstarif bezahlt und wird er gleichwohl während der Dauer des Leiharbeitsverhältnisses nur an einen Entleiher überlassen, so hat er Anspruch auf Gleichbehandlung – die vereinbarte tarifliche Vergütung für das Leiharbeitsverhältnis wird hiervon nach dem Günstigkeitsprinzip verdrängt.

Deckt eine einzige Überlassung mindestens 75% der Dauer des Leiharbeitsverhältnisses ab, gilt für diesen Einsatz ebenfalls Gleichbehandlung. Mehrere Überlassungen an einen Entleiher werden zusammengerechnet, wenn zwischen ihnen nur eine Unterbrechungszeit liegt, die weniger als 25% des vorangegangenen Einsatzes dauert. Das alte AÜG kannte diese 25%-Regel bei der Absicherung der Höchstüberlassungsdauer[91].

Die Regel sollte nicht greifen, wenn das Leiharbeitsverhältnis mit einer Eigenkündigung des Leiharbeitnehmers endet, oder wenn der Verleiher verhaltens- oder personenbedingt kündigt. Folgerichtig müssen auch Kündigungen bleiben, die in der Probezeit wegen Leistungsmängeln und nicht wegen Ende der Überlassung erfolgen.

Für die Vergütungsrückstände sollte auch der Entleiher als Bürge haften. Denn der Leiharbeitnehmer ist mindestens ebenso schutzbedürftig wie der Sozialversicherungsträger. Der hatte aber schon immer diesen Zugriff auf den Entleiher[92].

Diese Regelung erfasst auch die verbreitete Form des abhängigen Verleihers, der nur Personal für einen „Kunden" verleiht. Sie nimmt diesem Missbrauch viel von seiner (wirtschaftlichen) Anziehungskraft. Dabei werden durch die von uns vorgeschlagene Gestaltung nicht nur die Konzernunternehmen einbezogen, die einzig ein anderes Konzernunternehmen mit Leiharbeitnehmern versorgen. Auch die Alternative, einen nur wirtschaftlich abhängigen, rechtlich aber unabhängigen Verleiher als Arbeitgeber für das eigene Personal zu nutzen, wird davon erfasst.

So wird zwar nicht erreicht, dass die verliehenen Arbeitnehmer automatisch dem Einsatzunternehmen angehören, doch erhalten sie zumindest eine angemessene Vergütung. Die Gerichte müssen hier die Grenzen festlegen, ab diesen sie darüber hinaus eine Strohmannkonstruktion annehmen und den arbeitsrechtlichen Durchgriff nutzen. Wenn der Zugriff auf die nachzuzahlende Vergütung unpraktikabel ist, wird vermutlich auch häufiger im Rechtsstreit die weitere Frage nach der Zulässigkeit von Umgehungskonstruktionen gestellt.

Bei diesem Gestaltungsvorschlag wird, entsprechend unserem oben vorgestellten Ansatz, mit einfachen Mechanismen der Selbststeuerung die Einhaltung der Regeln durchgesetzt. Wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verliert und sieht, dass er doch (fast) nur für einen Entleiher tätig war, kann er die Leiharbeitsrolle einklagen. Das ist einfach und erfolgt am Ende der Beziehung; also genau zu dem Zeitpunkt, in dem die Wahrscheinlichkeit am größten ist, dass der Leiharbeitnehmer von diesem Recht Gebrauch macht.

2. Unbefristete Leiharbeit mit eigenem Tarifsystem und unübergehbaren Personalfluktuationsgrenzen

a) Konzeption der unbefristeten Leiharbeit mit wechselnden Personaleinsatzorten

Die Leiharbeit nach dem „deutschen Modell" gibt seit der ersten gesetzlichen Regelung im Jahr 1972 von einem Arbeitsverhältnis aus, bei dem der Leiharbeitnehmer arbeitsrechtlich an den Verleiher, seinen Arbeitgeber, gebunden ist. Der bezahlt ihn und verwertet seine Arbeitskraft dadurch, dass er ihn an seine verschiedenen Kunden überlässt. Die Arbeitgeberstellung des Verleihers verwirklicht sich nicht in der Steuerung der Arbeitsleistung selbst. Das liegt ja der Natur der Sache. Der jeweilige Entleiher lenkt und leitet die Arbeitsleistung.

Die Arbeitgeberstellung des Verleihers verwirklicht sich in einer begrenzten, doch sehr gewichtigen Ausübung des Direktionsrechts: Der Verleiher bestimmt, für wen der Leiharbeitnehmer arbeitet. Damit verwertet er die Arbeitskraft, für die er dem Arbeitnehmer kontinuierlich die festgelegte Vergütung zahlt.

Deshalb ist dem einzelnen Personaleinsatz bei diesem Modell der „Vorübergehende" immanent. Decken sich dagegen Leiharbeitsverhältnis und Einsatz, dann sind wir beim „französischen Modell" mit seiner notwendigen Gleichbehandlung. In diesem „Vorübergehenden" des einzelnen Personaleinsatzes liegt auch die Rechtfertigung der konzernintern Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, bei der der ausgeliehene Arbeitnehmer auch arbeitsrechtlich an den Verleiher gebunden bleibt und seine alte Vergütung behält.

Vor dem Hintergrund der oben vorgestellten synchronisierten Überlassung mit Gleichbehandlung gewinnt die unbefristete Leiharbeit ein klares Profil. Dabei sollte das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer eine Vielzahl von Personaleinsätzen überdauern. Mindestens sollte es solange dauern, wie es dem Verleiher gelingt, Abnehmer für seine Arbeitnehmer zu finden. Erst wenn der Verleiher keine Möglichkeit mehr hat, seine Leiharbeitnehmer wirtschaftlich sinnvoll zu nutzen, darf er ihnen betriebsbedingt kündigen[93].

Diesem Typus der Leiharbeit entspricht es, wenn sich die Vergütung und die weiteren Lohnarbeitsleistungen, das Arbeitseinkommen, aber auch Ansprüche wie Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, aus einem eigenen Regelwerk des Verleihers ergeben.

Die Arbeitsbedingungen müssen unabhängig vom jeweiligen Personaleinsatz gleichbleibend bestehen – das gilt auch für die Nichteinsatzzeiten. Denn der Arbeitgeber trägt, wie bei jedem anderen Arbeitsverhältnis, das Verwertungsrisiko. Das verbietet es, die Vergütung in Nichteinsatzzeiten abzusenken.

Das entspricht auch der ursprünglichen Fassung des AÜG von 1972. Die gab damals die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer sogar zur arbeitsvertraglichen Regelung frei. Das hat lange unproblematisch funktioniert, was aber an der geringen Arbeitslosigkeit in den siebziger und achtziger Jahren, der besseren Absicherung bei Arbeitslosigkeit und der geringen Verbreitung der Leiharbeit lag. Darüber hinaus war die Überlassungshöchstdauer begrenzt, die Ersetzung von Stammpersonal durch Leiharbeitnehmer war legal nicht möglich.

Die Gleichbehandlung nach dem eigenen Lohnniveau ist bei diesem Modell nicht handhabbar, wenn der Leiharbeitnehmer im Laufe eines Jahres bei mehreren ganz unterschiedlichen

90) Unabhängig davon haben die Sozialversicherungsträger nach dem Entstehungsprinzip Anspruch auf Abschöpfung der Beiträge. Freilich setzt dieser Anspruch voraus, dass die Träger ihn bei Betriebsprüfungen entdecken und dann stellt.

91) Basse, BB 1986, 1059, 1063; anst.: Schüren (Fn. 83), § 1 Rn. 335–380.

92) Gem. § 28 e Abs. 2 SGB IV.

93) BAG v. 18. 5. 2006, 9 AZR 2007, 176 (Pressemitt.).

Entleihern tätig ist. Denn bei jedem dieser Entleiher würde der Arbeitnehmer – bei Anwendung der Regel des *equal pay/equal treatment* – anders vergütet, hätte einen anderen Urlaubsanspruch, anderen Regelungen über die Entgeltfortzahlung und über sein Arbeitszeitkonto. Schon die Urlaubsgewährung zwischen zwei Einsätzen wäre bei einem solchen System nicht ganz einfach[84]: Wonach bemißt sich die Dauer des Urlaubs und gibt es ein Urlaubsgeld? Kann der Verleiher die Urlaubsdauer bei Urlaubsgewährung zwischen zwei Einsätzen unter *Berufung auf* § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AÜG im Arbeitsvertrag beschränken? Diese Abwicklungsfragen sind von denjenigen, die eine Anbindung der Leiharbeitstarife (Höchstabstand) an *equal pay/equal treatment* fordern, bislang nicht einmal diskutiert worden.

b) Regelung der Vergütung und der sonstigen Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag

Die vom deutschen Gesetzgeber 2003 für das AÜG gewählte Regelung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer war völlig neu. Zum ersten Mal gab es für den Arbeitgeber nur die Wahl zwischen der Gleichbehandlung mit dem Stammpersonal des jeweiligen Entleihers und der Anwendung eines einschlägigen Tarifvertrags. Deshalb kam es auch zu der unseligen verbreiteten Fehlvorstellung, die Gewerkschaften würden den Arbeitgebern „unerträgliche" Löhne und Arbeitsbedingungen aufzwingen[85]. Zur Überraschung der meisten waren es die Arbeitnehmer, die teilweise ganz unerträgliche Arbeitsbedingungen erhielten.

Diese Entwicklung ist nicht durch einen Fehler der gesetzlichen Regelung verursacht worden. Dahinter steht ein ganz einmaliger Mißbrauch der Tarifautonomie und dessen Duldung durch die Arbeitsminister des Bundes und fast aller Länder. Einzig die Berliner Senatorin hatte 2008 den Mut, das Verfahren gem. § 97 Abs. 1 ArbGG zur Überprüfung der Tariffähigkeit einzuleiten.

Wäre dieses Verfahren angesichts der schon Ende 2003 vorliegenden, völlig inakzeptablen und anfangs besonders „guten"[86] CGZP-Haustarife eingeleitet worden, hätte es die schlimmsten Mißstände nicht gegeben.

Es liegt auf der Hand, daß eine tarifliche Entgeltregelung, die potentiell schlechter ausfallen kann als der durchschnittliche Lohn bei Gleichbehandlung, mit Hilfe von arbeitgeberabhängigen Gewerkschaften mißbraucht wird – wenn man sie läßt. Der Mißbrauch wird aber erst in erheblichem Umfang möglich, wenn hohe Arbeitslosigkeit und die Gestaltung der Sozialsysteme Arbeitslose zur Annahme solcher Angebote zwingen. Beides traf hier zusammen.

Die von *Bayreuther*[87] vorgeschlagene Schranke für den Tariflohn – „mindestens *equal pay* minus 10%"[88] – ist kein tauglicher Weg. Wenn man von Leiharbeitsverhältnissen bei häufig wechselnden Entleihern ausgeht, führt die Anwendung dieser Regel zu starken Schwankungen der Vergütung.

Darüber hinaus ist sie ungeeignet, die Arbeitnehmer vor vielen anderen Mißbräuchen der Tarifautonomie zur Kostensenkung zu schützen. Hochflexible Arbeitszeitsysteme, die sich auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die Lohnkosten in Nichteinsatzzeiten auswirken sowie die Abschaffung der Mehrarbeitszuschläge und viele andere Kostensenkungsmaßnahmen sind so nicht faßbar. Sie alle finden sich in den ausgefeilten Haustarifen, die mit Hilfe der CGZP abgeschlossen wurden[89].

Eine Eingrenzung des Gestaltungsspielraums ist immer auch eine Einschränkung der Tarifautonomie. Das kann nur in Betracht kommen, wenn alle anderen Mittel versagen. Davon sind wir weit entfernt. Schon das laufende Verfahren gemäß § 97 Abs. 1 ArbGG hat die Tarifpolitik der CGZP stark „gezähmt"[90]. Das Instrumentarium funktioniert also – wenn man es denn einsetzt. Es wird von denjenigen, die die Tarifautonomie mißbrauchen, offensichtlich gefürchtet. Die Folgen unwirksamer Tarifverträge für die Nutzer und ihre Kunden sind so erheblich, daß eine Abschreckungswirkung dann sicher ist, wenn vom Instrumentarium des § 97 Abs. 1 und 5[91] ArbGG zügig und entschlossen Gebrauch gemacht wird.

Die Tarifautonomie muß also zuerst dadurch geschützt werden, daß nur tariffähige Akteure an der Rechtsetzung beteiligt werden. Vor dem Hintergrund der tariflichen Realität in der Leiharbeit ist die Forderung mit dem Hinweis auf die Angemessenheitsvermutung deutscher Tarifverträge, alles beim Alten zu belassen, aber mit dem Gebot, den Gesetzesbote der Arbeitnehmer zu wahren, gem. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie unvereinbar.

Die Erfahrung der letzten Jahre hat wieder deutlich gemacht, daß eine wirklich effektive Interessenvertretung voraussetzt, daß ein erheblicher Teil der später Tarifunterworfenen über die eigene Mitgliedschaft in der beteiligten Gewerkschaft Einfluß auf die Tarifpolitik nimmt – und sei es nur durch die wirtschaftliche Abhängigkeit der Funktionsträger von den Beiträgen der Tarifunterworfenen.

Die Frage eines Mindestorganisationsgrades als Voraussetzung der tariflichen Interessenvertretung soll hier nicht diskutiert werden. Offensichtlich ist aber, daß Arbeitnehmerorganisationen, die faktisch ohne Anbindung an eine Mitgliederbasis Arbeitgeberwünsche erfüllen, nicht tariffähig sind. Das ist auch die Aussage der Rechtsprechung[92].

Das solche Mißstände seit 2003 geduldet wurden, beruht auf einem Fehlverständnis von der Aufsichtspflicht des Staates. Das Instrumentarium war vorhanden, es wurde nicht eingesetzt.

Die Antragbefugnis zur Überprüfung der Tariffähigkeit gemäß § 97 Abs. 1 ArbGG wurde bislang in der Geschichte der Bundesrepublik nur ein einziges Mal genutzt – nämlich im Jahr 2008 gegen die CGZP von der Berliner Arbeitssenatorin[93]. Angesichts der Vielzahl von dubiosen Arbeitnehmerorganisationen, die sich überall dort tummeln, wo der echte Organisationsgrad gering ist, zeigt das keine vorsichtige Zurückhaltung. Es ist die Duldung schwerer Rechtsbrüche, denn die Vereinbarung und Anwendung von unwirksamen Tarifverträgen kostet die betroffenen Arbeitnehmer und die Sozialversicherungsträger Milliardenbeträge. Zugleich belastet sie die Staatskasse, weil die Billiglöhne durch staatliche Transferleistungen kompensiert werden müssen. Das mit ihnen persönlichen Leid der in die Armut Gedrängten verbunden ist und den langfristig den gesellschaftlichen Frieden gefährdet, darf nicht vergessen werden.

Das bedeutet, daß hier auf Grund der Erfahrung der letzten Jahre eine konsequente Aufsicht über die Tarifpraxis – keine Tarifzensur – einzuführen ist. Das Tarifgeschehen muß beobachtet werden. Treten verdächtige Organisationen auf, dann muß deren Tariffähigkeit gerichtlich überprüft werden. Der

94) Schüren, in: Schüren/Hamann (Fn. 17), Einl. Rn. 224; einen Unterstützungsanspruch machen *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Aufl. 2009, § 9 Rn. 160, 170.

95) „Der gesetzliche Gleichbehandlungsgrundsatz gibt den Gewerkschaften überhaupt eine so starke Verhandlungsposition, daß eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten der Leiharbeitnehmer nur bei entsprechenden ‚Kopplungsgeschäften' denkbar erscheint." *Lembke*, BB 2003, 98, 102.

96) Schüren, ArbeitR 2008, 239 ff.

97) *Bissels*, DB 2010, 1535.

98) Schüren, ArbeitR 2008, 239, 241 ff.

99) *Böhm*, DB 2010, 672, 673 – der Verfasser vergißt, die Gründe für diesen Wandel zu nennen.

100) Freilich nicht vom einzelnen Arbeitnehmer, sondern z.B. vom Sozialversicherungsträger, der Beiträge nachfordert.

101) BAG v. 28. 3. 2006, NZA 2006, 1112, 1123; s. auch *Bissels/Schmidt*, RdA 2008, 217.

102) S. LAG Berlin-Brandenburg v. 7. 12. 2009, DB 2010, 1026.

einzelne Arbeitnehmer kann das praktisch nicht – das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG kann aber z. B. vom Sozialversicherungsträger genutzt werden, der einen Billigtarif anzweifelt. Sich hier hinter einer falsch verstandenen Neutralitätspflicht zu verstecken, ist scheinheilig und unterstützt den Missbrauch.

Langfristig setzt eine gute Interessenvertretung in der Leiharbeit einen erheblichen Organisationsgrad in der Branche voraus. Den herbeizuführen ist Sache der Gewerkschaften und der Arbeitnehmer der Branche. Bis dahin ist aber schon viel erreicht, wenn Organisationen, die Arbeitgeber mit Wunschtarifen versorgen, aus dem Verkehr gezogen werden.

Das Verfahren ist im Gesetz vorgesehen. Hier muss deutlich gemacht werden, dass mit der Antragbefugnis eine Überwachungspflicht korrespondiert. Dabei sollten die Agenturen für Arbeit beteiligt werden. Die Verleiher könnten verpflichtet werden, der Agentur die genutzten Tarifverträge vorzulegen. Insbesondere „billige" Haustarife würden so leichter beobachtet.

III. Flankierende Regelungen

1. Konzerninterne Überlassung

Die privilegierte Konzernleihe in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sollte bleiben. Wenn sie tatsächlich nur vorübergehend ist und der überlassene Arbeitnehmer auf seinen alten Arbeitsplatz zurückkehrt, ist sie auch für den Arbeitnehmer interessengerecht geregelt (s. o. A. III 3 a).

2. Befristung von Leiharbeitsverhältnissen

Leiharbeitsverhältnisse dürfen nur für die Dauer eines befristeten Personaleinsatzes befristet werden, wenn beim Entleiher ein vorübergehender Bedarf abgedeckt werden soll. Diese neue Befristungsmöglichkeit ist mit der Gleichbehandlung zwingend zu verbinden.

Die sachgrundlose Befristung muss für Leiharbeitsverhältnisse ganz ausgeschlossen werden. Angesichts der oftmals kurzen Beschäftigungsdauer erreicht ein großer Teil überhaupt ein Arbeitsverhältnis, das nicht befristet ist. Damit kann die sachgrundlose Befristung leicht als Mittel der Diskriminierung missbraucht werden; denn Leiharbeitnehmerinnen verlieren durch die sachgrundlose Befristung alle Chancen, z. B. ihre Rechte in der Schwangerschaft und nach der Geburt eines Kindes wahrzunehmen.

Darüber hinaus behindern Befristungen die Gründung von Betriebsräten. Denn der besondere Kündigungsschutz gem. § 15 Abs. 1 und besonders gemäß § 15 Abs. 3 a KSchG für Arbeitnehmer, die einen Betriebsrat initiieren, entfällt faktisch.

3. Haftung des Entleihers

Die Regelung des § 28 e SGB IV lässt den Entleiher für rückständige Sozialversicherungsbeiträge als Bürgen haften. Das sollte auf die gesamte Vergütung ausgedehnt werden: Zum einen sichert es den Leiharbeitnehmer, zum anderen zwingt es den Entleiher, sich um die Rechtstreue seiner Verleiher zu kümmern. Darin liegt eine erhebliche Steuerungswirkung, die einer staatlichen Aufsicht vermutlich überlegen ist.

4. „Still und heimlich"

Es kommt vor, dass Arbeitnehmern am Ende einer Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG – statt der Entfristung – angeboten wird, zu einem Verleiher zu wechseln, der sie dann wieder an ihren früheren Arbeitgeber und auf ihren alten Arbeitsplatz ausleiht – der Verleiher nutzt dabei z. T. ebenfalls die Befristungsmöglichkeit nach § 14 Abs. 2 TzBfG. Die Rechtsprechung duldet das[103]. Hier geht es aber nicht um die Deckung eines vorübergehenden Bedarfs i. S. v. Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104/EG, sondern um die Umgehung des Kündigungsschutzes im Einsatzunternehmen.

Hier sollte ein Unwirksamkeitsgrund in der Art von § 9 Nr. 1 AÜG eingeführt werden, der mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher verknüpft ist. Diese Rechtsfolge tritt ein, wenn der Rückkehr binnen sechs Monaten nach dem Ausscheiden erfolgt.

5. Betriebsgefährdung

Hier muss die vom Referentenentwurf schon 2005 vorgesehene, aber im Gesetz nicht klar umgesetzte Verbindung von Wahlrecht und Anrechnung als Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb ins Gesetz[104]. Die Dauer der Betriebsangehörigkeit sollte jedoch von drei auf sechs Monate angehoben werden. Denn Leiharbeitnehmer, die nur kurzfristig beschäftigt werden, um Bedarfsspitzen abzudecken, sind den Aushilfskräften[105] vergleichbar, die ebenfalls nicht gemäß § 9 Abs. 1 BetrVG mitzählen.

Zusätzlich sollte diskutiert werden, ob es nicht sinnvoll ist, die Schwellenwerte für die Betriebsratsgröße und die Freistellung von Betriebsräten in Verleihbetrieben den reduzierten Aufgaben der Betriebsräte dort anzupassen. Faktisch erledigen nämlich die Entleiherbetriebsräte wesentliche Teile der Interessenvertretung. Durch eine nähere Anpassung an den Bedarf würde auch die Akzeptanz von Betriebsräten in der Branche verbessert. Hier sollte den Tarifvertragsparteien ein klarer Gestaltungsrahmen vorgegeben werden, damit diese dann die Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG nutzen können.

C. Zusammenfassung

Richtlinie Artikel 5 Grundsatz der Gleichbehandlung	
(2) In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.	
Erwägungsgrund (15)	
Unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Im Fall von Arbeitnehmern, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen geschlossen haben, sollte angesichts des hierdurch gegebenen besonderen Schutzes die Möglichkeit vorgesehen werden, von den im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln abzuweichen.	
Umsetzung im AÜG	– Nur mehrere Einsätze rechtfertigen eine eigene Tariferprobung. – Bleibt es bei einem Einsatz, ist *equal pay/equal treatment* zu gewähren. – Ob ein Einsatz oder mehrere Einsätze stattgefunden haben, ist in der Rückschau am Ende des Leiharbeitsverhältnisses (LAV) festzustellen. – Mehrere Einsätze liegen nur dann vor, wenn kein Einsatz mehr als 75% des gesamten LAV ausmacht. – Dabei zählen wiederholte Einsätze bei demselben Entleiher als ein Einsatz, wenn die Unterbrechungszeit nicht

103) BAG v. 18. 10. 2006, NZA 2007, 445, 446; anders ArbG Elba v. 24. 9. 2009, AiB 2010, 212.

104) S. auch Düwell/Dahl, DB 2010, 1759, 1761 f.

105) BAG v. 12. 10. 1976, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 1.

	mindestens 25% des vorangegangenen Überlassungszeitraums ausmacht.
Umsetzung im TzBfG	– In § 14 Abs. 1 ist der sozialbegründete Bedarf des Entleihers als Befristungsgrund für das LAV aufzunehmen. – § 14 Abs. 2 gilt nicht für LAV

Artikel 5 Anwendungsbereich	
(1) Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.	
Umsetzung AÜG	Bei einem LAV, das unbefristet geschlossen wurde und bei dem es, ohne dass dies der Leiharbeitnehmer zu vertreten hat, zum bei einem Einsatz blieb, gilt das Gleichbehandlungsgebot

Artikel 10 Sanktionen	
(1) Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie durch Leiharbeitsunternehmen oder durch entleihende Unternehmen sehen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen vor. Sie sorgen insbesondere dafür, dass es geeignete Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren gibt, um die Erfüllung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchsetzen zu können. (2) Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die im Falle eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie Anwendung finden, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Bestimmungen bis zum 5. 12. 2011 mit. Die Mitgliedstaaten melden der Kommission rechtzeitig alle nachfolgenden Änderungen dieser Bestimmungen. Sie stellen insbesondere sicher, dass die Arbeitnehmer und/oder ihre Vertreter über angemessene Mittel zur Erfüllung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen verfügen.	
Umsetzung im ArbGG	– § 97 Abs. 1 ArbGG: Aussetzungspflicht des Ministeriums, wenn Tariffähigkeit indiziert ist. Indikator sind Gefälligkeitstarifverträge: Haustarifverträge, die das Niveau eines Flächentarifvertrages unterschreiten, Flächentarifverträge, die das Niveau eines zuvor geschlossenen Flächentarifvertrages unterschreiten.
Umsetzung im AÜG	– Schwedisches Modell für „roll and leap back": Kein Verleih an einen Arbeitgeber zulässig, bei dem Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten als Arbeitnehmer beschäftigt war; sonst fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher. – Bürgenhaftung des Entleihers nicht nur für die Sozialversicherungsbeiträge, sondern auch für das Arbeitsentgelt.

Am 7. und 8. Oktober 2010 fand in den Räumen der Bucerius Law School Hamburg der 3. Wissenschaftliche Kolloquium der Vereinigung der Arbeitsrichter statt. Unter dem Eindruck der vom 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts unmittelbar zuvor vollzogenen Abkehr von dem Prinzip der Tarifeinheit im Betrieb widmeten sich die auf der Tagung gehaltenen Referate den aus der Tarifpluralität folgenden Auswirkungen für das Tarif- und Arbeitskampfrecht. Drei in diesem Heft abgedruckten Beiträgen zum Tarifrecht von Sebastian Kolbe (Freiburg) und zum Arbeitskampfrecht von Olaf Deinert (Göttingen) folgen in einem der nächsten Hefte die Ausführungen von Kerstin Tillmanns (Hagen) zu den Konsequenzen für die Ausgestaltung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln.

Professor Dr. Olaf Deinert, Universität Göttingen

Folgen der Tarifpluralität für das Arbeitskampfrecht*

I. Einleitung
II. Kein unmittelbarer Arbeitskampf
III. Parität
1. Forderungen nach einem Schutz vor verdrängenden Arbeitskämpfen
2. Verschiebung der Parität?
3. Keine Dispositionen schaffen im Namen der Parität
IV. „Gewerkschafts-Hopping"?
V. Friedenspflicht
VI. Arbeitskampfbeteiligung
VII. Arbeitskampfrisiko und Kurzarbeitergeld
VIII. Betriebsteilbegung
IX. Nachwirkung
X. Fazit

I. Einleitung

Über viele Jahre hinweg hat das BAG nach der Lehre von der Tarifeinheit die Anwendung einer Mehrheit von Tarifverträgen, an die der Arbeitgeber gebunden ist, innerhalb eines Betriebes ausgeschlossen[1]. Auf diese Weise konnte nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen. Maßgeblich für die Auflösung einer solchen Tarifpluralität war das Spezialitätsprinzip[2]. Arbeitnehmer, die lediglich an den anderen Tarifvertrag, der auf diese Weise verdrängt wurde, gebunden waren, konnten dadurch tariflos gestellt werden. Der „eigene" Tarifvertrag war nach der Tarifeinheitslehre nicht anwendbar. Der verdrängende Tarifvertrag war mangels Tarifgebundenheit nicht anwendbar. Der solcherart bewerkstelligte Ausschluss von Tarifnormen war nämlich nicht nur für die Arbeitnehmer, deren Tarifvertrag nicht zur Anwendung kam, sondern auch für ihre Gewerkschaften. Die Rechtsprechung fand auf breiter Front Kritik der Wissenschaft[3], aber auch der Instanzgerichte[4].

* Vortrag gehalten vor der Vereinigung der Arbeitsrichter am 8. 10. 2010 in Hamburg.

1) BAG AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 4, 16, 19 und 20; aktuelle Bestandsaufnahme bei Bepler, NZA Beilage 3/2010, 99 ff.; zur historischen Entwicklung s. Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999 (zugl. Mainz, Univ., Diss. 1998), S. 48 ff.

2) BAG AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20.

3) Dütz/th, in: Gedächtnisschrift Zachert (2010), S. 532, 537 f.; Bepler, RdA 2008, 331 ff.; Franzen, ZfA 2009, 297, 300 ff.; Jacobs (Fn. 1), S. 401 ff.; dies., NZA 2008, 335, 336 ff.; Schlüter, in: Festschrift Hromadka (2008), S. 339 ff.; Thüsing/Mehrens, NZF 2007, 510 ff.; Repenthin, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 370 ff.; Zimmer, in: Dieterich, TVG, 3. Aufl. 2006, § 4 Rn. 947; Hinrichs/Zeibelt, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 150 ff.; Hanau, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 Rn. 287; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 755; vgl. auch Bepler, in: Festschrift 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (2006), S. 791 ff.; Krisch, im Hinblick auf das Spezialitätsprinzip bei Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010, S. 243 ff.

4) LAG Niedersachsen, ZTR 2000, 172; LAG Sachsen, NZA 2008, 59, 64 f.