

Die geplante Neuregelung der Leiharbeit

Jürgen Ulber/Dieter Stang, Darmstadt/Frankfurt/IM

Einleitung

Mit dem 1. AÜG-ÄndG¹ wurden die ges. Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung verändert. Vorgebliche Zielsetzung des Gesetzgebers war es, die RL zur Leiharbeit² (im Folgenden LA-RL) in nat. Recht umzusetzen und aufgetretene Missbräuche im Verleihgewerbe zu bekämpfen. Es bestehen allerdings Zweifel, ob der tatsächliche Wille des Gesetzgebers diesen Zielen entsprach. Der 9. Senat des BAG ist zu der Auffassung gelangt, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die nach Art. 10 LA-RL geforderten Sanktionen bewusst richtlinienwidrig auf eine ges. Regelung verzichtet habe.³

Die stark divergierenden Auffassungen in Rspr. und Lit. sowie eine Vielzahl von Verstößen und Regelungsdefiziten gegen europarechtlich zwingende Vorgaben begründen dringenden Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Nach dem Koalitionsvertrag soll dem Rechnung getragen werden. Entspr. Gesetzesvorschläge werden derzeit auf Referentenebene erarbeitet. Auch Bundesratsinitiativen⁴ sowie eine Reihe sonst. Gesetzesvorschläge⁵ verweisen darauf, dass in Kürze mit einer Novellierung des AÜG zu rechnen ist. Im Folgenden sollen beschränkt auf Arbeitnehmerüberlassung⁶ Regelungsnotwendigkeiten dargelegt und Vorschläge für eine ges. Regelung aufgezeigt werden.

I. Präzisierung des Begriffsmerkmals »vorübergehend« iSv. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

Nach Art. 11 Abs. 1 LA-RL sind die Mitgliedstaaten (MS) verpflichtet, die zu deren Umsetzung erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Hinsichtlich des Begriffs »vorübergehend« als Begriffsmerkmal der Arbeitnehmerüberlassung (Art. 3 Abs. 1 lit. e LA-RL) hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, den Begriff in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG zu übernehmen. Die unveränderte Übernahme des Begriffs »vorübergehend« unterliegt im Hinblick auf das Transparenzgebot unionsrechtlichen Bedenken.

Die Regelung enthält keine explizite Aussage dazu, unter welchen Voraussetzungen das Tatbestandsmerkmal »vorübergehend« erfüllt ist, insbes. ob hier lediglich arbeitnehmerbezogen auf die jeweilige Überlassung des AN abzustellen ist oder, ob daneben arbeitsplatzbezogen ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf beim Entleiher vorliegen muss. Da Arbeitnehmerüberlassung die Funktion hat, einem Flexibilisierungsbedarf des Entleihers Rechnung zu tragen,⁷ ist von einer arbeitsplatzbezogenen Anwendung auszugehen.⁸

Dies folgt auch daraus, dass der nicht befr. Verleih von AN schon nach dem Synchronisationsverbot weitgehend ausgeschlossen ist.⁹ Auch muss beim Merkmal »vorübergehend« berücksichtigt werden, dass aufeinander folgende Überlassungen nach Art. 5 Abs. 5 LA-RL einen Rechtsmissbrauch darstellen. Dementsprechend beabsichtigt die Bundesregierung mit den im Koalitionsvertrag vereinbarten Änderungen des AÜG, »die Arbeitnehmerüberlassung auf ihre Kern-

funktion als flexibles Instrument für die Deckung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs zurückzuführen.«¹⁰

Im Koalitionsvertrag¹¹ ist vereinbart, dass tarifdispositiv eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten in das Gesetz eingefügt werden soll. Eine entspr. starre Höchstdauer erscheint zwar sehr lang, würde jedoch den Umsetzungserfordernissen von Art. 11 LA-RL Rechnung tragen, wenn gleichzeitig aufeinanderfolgender Mehrfachentleih ausgeschlossen wird.¹² Eine zeitliche Höchstgrenze führt jedoch in den Fällen, in denen der vorübergehende Bedarf oder Zweck einmalig und ausnahmsweise die Höchstgrenze überschreitet, nicht zu sachgerechten Ergebnissen.

Dem befr. Charakter von »vorübergehend« wird es am ehesten gerecht, neben einer Höchstüberlassungsdauer die zu § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG geltenden Grundsätze anzuwenden.¹³ Soweit in begründeten Ausnahmefällen die Höchstüberlassungsdauer zu gering erscheint (z.B. bei der ARGE; s.u.), können die Tarifvertragsparteien der Entleiherbranchen eine hiervon abweichende Regelung treffen.

Regelungsvorschlag:

Anstelle von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG werden folgende Sätze eingefügt:

»(2) Die Überlassung von AN ist nur zulässig, soweit sie bei unmittelbarer Einstellung des AN durch den Entleiher eine Befristung des Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 3 TzBfG rechtfertigt¹⁴ und eine Höchstdauer von 12 Monaten nicht überschreitet (vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung). (3) Mehrere Überlassungen an denselben Entleiher sind bei der Höchstdauer zusammenzuzählen, soweit sie innerhalb eines Zeitraums von 24 Monaten erfolgen oder zwischen den Überlassungen ein innerer Zusammenhang besteht. (4) Ein beim Entleiher nach § 3 Abs. 1 TVG zur Anwendung kommender TV kann für begründete Ausnahmefälle eine längere Überlassungsdauer von höchstens 24 Monaten vorsehen. (5) Liegt keine tarifliche Regelung

1 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 28.4.11 (BGBl. I S. 642).

2 RL 2008/104/EG v. 19.11.08.

3 BAG 10.12.13, 9 AZR 51/13, AuR 2014, 38, 118.

4 Vgl. Gesetzentwurf des BRats v. 20.9.13, BR-Drs. 687/13; Entschließung des BRats v. 30.10.13, BR-Drs. 745/13.

5 Vgl. Brors/Schüren, Gutachten für das MAIS NRW v. Februar 2014.

6 Fragen im Zusammenhang mit Betriebsverfassung und werkvertraglichem Einsatz von AN bedürfen einer gesonderten Bearbeitung.

7 Erw.-Grund Nr. 11 LA-RL.

8 So auch der Regelungsvorschlag von Brors/Schüren zu § 1 Abs. 2 S. 1.

9 Ulber/Ulber, J., AÜG, 4. Aufl., § 1 Rn. 230r.

10 Antwort der BReg. v. 18.8.14, BT-Drs. 18/2363.

11 Vgl. Kap. V.2.

12 Vgl. Art. 5 Abs. 5 LA-RL.

13 So auch LAG Niedersachsen 19.9.12, 17 TaBV 124/11, AuR 2012, 455; LAG Berlin-Brandenburg 19.12.1012, 4 TaBV 1163/12, AuR 2013, 103.

14 § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG betrifft lediglich die Befristung des Leiharbeitsverhältnisses.

nach Satz 4 vor und dauert die Dauer der Überlassung länger als 6 Monate, wird vermutet, dass die Überlassung keinem nur vorübergehenden Beschäftigungsbedarf beim Entleiher entspricht.¹⁵ (6) Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass die nach Satz 2 zulässige vorübergehende Überlassung einen längeren Zeitraum erfordert.«¹⁶

II. Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist ein **Verbotsgesetz** iSv. § 134 BGB.¹⁷ Bei Verstößen ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nach § 134 BGB unwirksam.¹⁸ Dasselbe gilt für sonst. Rechtsgeschäfte, die gegen die Norm verstoßen, sowie die Weisung des Verleihers zu einer nicht nur vorübergehenden Überlassung des Leiharbeitnehmers.¹⁹ Auch der Leiharbeitsvertrag ist zumindest für den Fall, dass der Leiharbeitsvertrag von vorne herein auf eine nicht nur vorübergehende Überlassung gerichtet ist, unwirksam.²⁰ Folgt man der Rspr. des BAG, hat der Entleiher bei Verstößen gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nichts zu befürchten: Obwohl die Schutzzwecke des AÜG auch nach Ansicht des BAG verbieten, dass die Rechtsfolgen einer illegalen Überlassung dazu führen, dass der AN in keinem Arbeitsverhältnis mehr steht,²¹ kommt bei vorliegender Erlaubnis weder ein fingiertes Arbeitsverhältnis mit dem Leiharbeitnehmer zustande,²² noch begeht der Entleiher nach § 16 AÜG zumindest eine Ordnungswidrigkeit. Bei einem bewussten Verstoß des Verleihers gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG kann der Entleiher wegen der Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags sogar die Zahlung der Überlassungsvergütung gem. § 817 S. 2 BGB verweigern. Dass hierin keine iSv. Art. 10 Abs. 2 S. 2 LA-RL »wirksame, angemessene und abschreckende« Sanktion bei Verstößen des Entleihers liegt, ist evident.

1. Gewährung wesentlicher Arbeitsbedingungen bei Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als Sanktion gegen den Verleiher

Teile von Schrifttum und Rspr. vertreten bereits de lege lata die Auffassung, dass den Verleiher bei Verstößen gegen das ges. Verbot von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG eine einschränkungslose Pflicht zum Equal Pay trifft.²³ Die unabdingbare Gleichbehandlungspflicht wird damit begründet, dass der Verleiher bei nicht vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung nicht das typische Beschäftigungsrisiko zu tragen hat, das die Grundlage für eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz bildet.²⁴ Für eine wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion gegen den Entleiher iSv. Art. 10 Abs. 2 LA-RL reicht die Rechtsfolge der Gleichbehandlung allerdings nicht aus, und für den Verleiher ist die Zahlung gleichen Arbeitsentgelts nach Art. 5 Abs. 1 LA RL sowie nach § 9 Nr. 2 AÜG schon vom Grundsatz her Pflicht. Auch verhindert die Gleichstellung bei den Arbeitsbedingungen entgegen Art. 10 Abs. 1 LA-RL nicht die funktionswidrige Substitution von Dauerarbeitsverhältnissen durch dauerhafte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern.²⁵

2. Rechtsfolgen für das Arbeitsverhältnis bei Verstößen gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

Nach Art. 10 Abs. 2 LA-RL sind die MS verpflichtet, bei Verstößen des Entleihers gegen die Pflicht zur vorübergehenden Überlassung »wirksame, angemessene und abschreckende« Sanktionen zu erlassen, um die Einhaltung der Bestimmungen der RL zu gewährleisten. Mit dem 1. AÜG-ÄndG sind derartige Sanktionen nicht neu in das AÜG aufgenommen worden. Das BAG vertritt hierzu die Auffassung, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet habe, Sanktionen aufzunehmen, und ist auf Grund seiner Auslegung von § 1 Abs. 2 AÜG²⁶ der Ansicht, dass auch bei nicht vorübergehender Beschäftigung von Leiharbeitnehmern nach heutiger Rechtslage kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet wird. Folgt man dieser Auffassung, folgt aus Art. 10 LA-RL zwingend, dass gegen den Entleiher neue Sanktionen in das AÜG aufgenommen werden müssen.

Eine Reihe von Instanzengerichten sowie weite Teile des Schrifttums folgen der Auffassung des BAG nicht, sondern kommen mit unterschiedlichen dogmatischen Begründungen zu dem Ergebnis, dass Verstöße gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher führen. Im Wesentlichen werden hierbei folgende Ansätze vertreten:

a) Vorliegen von Arbeitsvermittlung

Da »vorübergehend« Begriffs- und Tatbestandsmerkmal der Arbeitnehmerüberlassung ist,²⁷ liegt bei Verstößen tatbestandsmäßig keine Arbeitnehmerüberlassung vor, insbes. weil der Verleiher nicht die typischen Arbeitgeberrisiken trägt.²⁸ Als aliud kommt insoweit nur der Tatbestand einer Arbeitsvermittlung in Betracht.²⁹

b) Vermutete Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG

Die Rechtsfolgen der vermuteten Arbeitsvermittlung sind nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 2 AÜG nicht auf die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG

¹⁵ Vgl. hierzu § 1 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs Brors/Schüren.

¹⁶ Ähnlich § 1 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs Brors/Schüren; zum Ausschluss der Widerlegungsmöglichkeit bei gewerbmäßiger ANÜ vgl. BAG 26.7.00, 7 AZR 45/99, BB 2001, 99.

¹⁷ BAG 10.7.13, 7 ABR 91/11, AuR 2013, 374.

¹⁸ Wank, jM 2014, 333.

¹⁹ Hamann, RdA 2011, 327.

²⁰ LAG Baden-Württemberg 31.7.13, 4 Sa 18/13.

²¹ BAG 18.1.12, 7 AZR 723/10, ZTR 2012, 404.

²² BAG 10.12.13, 9 AZR 51/13, AuR 2014, 38, 118; der Verlust des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher folgt aus dem Widerruf der Erlaubnis bei Verstößen.

²³ Thüsing, NZA 2013, 1248.

²⁴ Art. 5 Abs. 2 LA-RL; § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG; zur Sanktion vgl. Regelungsvorschlag zu § 9 S. 3.

²⁵ Vgl. BAG 10.12.13, 9 AZR 51/13 aaO.

²⁶ Danach sind die Rechtsfolgen der Norm auf die Erlaubnis des Verleihers beschränkt; vgl. BAG 28.6.00, 7 AZR 100/99, AuR 2011, 590.

²⁷ BAG 10.7.13, 7 ABR 91/11, AuR 2013, 374; LAG Baden-Württemberg 22.11.12, 11 Sa 84/12; Preis, HBS-Rechtsgutachten 2010, 8; Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 192b.

²⁸ Thüsing, Rechtsgutachten 2011, 29.

²⁹ Ulber/Ulber, J., AÜG, § 1 Rn. 231d; Düwell, ZESAR 2011, 449; Ulber, AiB 2012, 7.

geregelten Rechtsfolgen für die Erlaubnis beschränkt. Die vor dem Inkrafttreten des AFRG eintretende Rechtsfolge eines fingierten Arbeitsverhältnisses sollte entgegen der Auffassung des BAG nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auch nach Streichung von § 13 AÜG a.F. bestehen bleiben.³⁰ Nach Auffassung eines Teils des Schrifttums kommt daher auch heute bei Verstößen gegen § 1 Abs. 2 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher zustande.³¹

c) Anwendung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG

Verschiedene LAG und Teile des Schrifttums kommen bei Verstößen gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG über eine unmittelbare³² oder analoge Anwendung³³ von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG zu dem Ergebnis, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird. Dies wird insbes. darauf gestützt, dass die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung keine nach § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verbotene Arbeitnehmerüberlassung erfasse und daher § 9 Nr. 1 AÜG anwendbar sei.

d) Notwendigkeit einer ges. Regelung

Unabhängig von den unterschiedlichen Auffassungen ist eine ges. Regelung der Rechtsfolgen von Verstößen notwendig. Das BAG ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber bewusst richtlinienwidrig auf eine Sanktion verzichtet habe und eine solche nur durch Gesetz geschaffen werden könne.³⁴ Die von Art. 10 LA-RL geforderte wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion gegen den Entleiher kann dabei nur in der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses bestehen. Ein in § 16 AÜG eingefügter Bußgeldtatbestand wäre insoweit nicht ausreichend.

e) Vorschlag für eine ges. Regelung

In § 1 Abs. 2 werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt:

»(2) § 10 Abs. 1 AÜG gilt entsprechend. (3) Der Verleiher kann die Vermutung widerlegen, soweit er die Unkenntnis eines Verstößes gegen § 1 Abs. 1 S. 2 nicht zu vertreten hat.«

Durch die angefügten Sätze wird klargestellt, dass Verstöße gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher führen. Satz 3 soll dem Verleiher in den Fällen, in denen der Entleiher wahrheitswidrig das Vorliegen einer vorübergehenden Überlassung behauptet und der Verleiher in vertretbarer Weise auf die Richtigkeit der Erklärung vertrauen durfte, eine Entlastungsmöglichkeit einräumen. Diese Klarstellung erscheint geboten, weil die Vermutung von § 1 Abs. 2 AÜG nach der Rspr. des BAG bei gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung nicht widerlegbar ist.³⁵

Die von Brors/Schüren vorgeschlagene Alternative, bei Verstößen unter Streichung von § 1 Abs. 2 AÜG³⁶ die Unwirksamkeit von Leiharbeits- und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag in § 9 Nr. 1 AÜG zu regeln, um die Rechtsfolgen von § 10 Abs. 1 AÜG auszulösen, hat den Nachteil, dass dem Verleiher kein Entlastungsbeweis ermöglicht und das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher automatisch beendet wird. Daneben würde die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher durch die Streichung in allen Fällen ausgeschlossen, in denen sonstige Verstöße gegen das AÜG vorliegen, die zu einem Widerrufsgrund nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG führen, in dessen Folge das Leiharbeitsverhältnis beendet werden muss. Dies entspricht nicht den Arbeitnehmerschutzzwecken des Gesetzes.

III. Zulässigkeit des Rückentleih

Mit dem 1. AÜG-ÄndG sollte insbes. dem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vorgebeugt werden. Anlass waren u.a. die Vorgänge beim Schlecker-Konzern, bei dem z.T. alle AN einer Filiale entlassen wurden, um diese im Rahmen eines Rückentleih anschließend als Leiharbeiter weiter zu beschäftigen. Die Missbrauchsverhinderung wurde dabei so geregelt, dass bei Rückentleih innerhalb von 6 Monaten nach Ausscheiden des AN nach § 9 Nr. 2 AÜG uneingeschränkt der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung kommt. Diese Regelung erweist sich in zweierlei Hinsicht als Mogelpackung. Zum einen soll nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers der Rückentleih trotz Missbrauchs weiterhin zul. sein.³⁷ Daneben ist der Gleichbehandlungsgrundsatz schon grds. einzuhalten, kann somit nicht als Sanktion für einen Missbrauch massenhafter Entlassungen bei gleichzeitigem Rückentleih der betr. AN verstanden werden. Eine nach Art. 10 Abs. 2 LA-RL wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion für den Missbrauch des Instruments der Arbeitnehmerüberlassung kann nur darin bestehen, dass der Rückentleih vollständig untersagt wird. Damit entfallen gleichzeitig die Annexregelungen zum Gleichstellungsgrundsatz in § 3 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG.

In Anlehnung an § 14 Abs. 2 TzBfG wird folgende ges. Regelung vorgeschlagen:

»Die Überlassung eines AN an einen Entleiher, bei dem der AN in den letzten 2 Jahren vor der Überlassung beschäftigt war, ist unzulässig. Bei Verstößen gilt § 10 Abs. 1 entsprechend.«

IV. Unvereinbarkeit privilegierter Formen der Arbeitnehmerüberlassung mit der Richtlinie

1. Änderungsbedarf bei § 1 Abs. 3 AÜG

Einige spezifische Formen der Arbeitnehmerüberlassung sind nach dem AÜG von Vorschriften des Gesetzes befreit. Dies betrifft insbes. die nach § 1 Abs. 3 privilegierten Formen, bei denen lediglich § 1b S. 1, § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie §§ 17 und 18 anwendbar sind. Mit der RL ist dies nicht vereinbar. Alle Verleiher, die auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 Nr. 3 AÜG AN im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit überlassen, unterliegen nach Art. 1 Abs. 2 LA-RL dem Geltungsbereich der RL. Auch die verliehenen AN werden gem. Art. 1 Abs. 1 LA-RL von der RL erfasst. Dies gilt auch für gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG überlassene AN, da auch sie nur auf Grund

³⁰ Vgl. BT-Ds. 13/4941, S. 247

³¹ Ulber/Ulber, J., AÜG, Einl. D Rn. 50; ebenso ArbG Cottbus 25.4.12, 2 BV 8/12, AiB 2012, 612.

³² LAG Baden-Württemberg 22.11.12, 11 Sa 84/12.

³³ So LAG Berlin-Brandenburg 9.1.13, 17 Sa 1635/12, AuR 2013, 103; ErfK/Wank, § 1 Rn. 37d; Düwell, ZESAR 2011, 449.

³⁴ BAG 10.12.13, 9 AZR 51/13, AuR 2014, 38, 118.

³⁵ BAG 23.11.88, 7 AZR 34/88, AP Nr. 14 zu § 1 AÜG; a.A. Ulber/Ulber, J., AÜG § 1 Rn. 279.

³⁶ Der ersatzweise vorgeschlagene Abs. 4 enthält lediglich eine Vermutungsregel zur Abgrenzung von Werk-/Dienst- und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen.

³⁷ Vgl. amlt. Begründung BT-Drs. 17/4804, S. 11 f.

eines Leiharbeitsvertrags oder einer vertraglichen Absprache nach § 613 S. 2 BGB überlassen werden, um bei einem Entleiher unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten.³⁸ Ob die Überlassung lediglich einmalig oder nur in Einzelfällen erfolgt, ist ohne Bedeutung. Unbeachtlich ist auch, ob der AN nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG in das Ausland verliehen wird, da das AÜG richtlinienkonform auch in diesem Fall anzuwenden ist.³⁹

Soweit der Anwendungsbereich der RL reicht, unterliegt der Einsatz von Leiharbeitnehmern den in Art. 5 LA-RL und in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG geregelten Grundsätzen der Gleichbehandlung. Die Geltung der Gleichbehandlungsansprüche wird jedoch durch § 1 Abs. 3 Einl. S. 1 AÜG vollständig ausgeschlossen. Dies ist ebenso richtlinienwidrig wie der Ausschluss von Ansprüchen aus Art. 6 LA-RL⁴⁰ bzw. §§ 13a und 13b AÜG. Richtlinienkonform ist in den Fällen von § 1 Abs. 3 AÜG nur die Befreiung von der Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Insoweit liegt es unter Beachtung von Art. 4 LA-RL im Ermessen des nat. Gesetzgebers, inwieweit eine Überlassung mit oder ohne Erlaubnis erfolgen darf. § 1a enthält insoweit eine richtlinienkonforme Befreiung von der Erlaubnispflicht.

Vorschlag zur Änderung von § 1 Abs. 3 AÜG

»Eine Erlaubnis nach Abs. 1 S. 1 ist nicht erforderlich für die Überlassung

1. (bisherige Nr. 1)

2. (bisherige Nr. 2)

2a. (bisherige Nr. 2a)

3. bei der Personalgestaltung und Abordnung durch AG des öffentlichen Dienstes⁴¹

4. (bisherige Nr. 3), soweit der Verleiher die Überlassung vorher schriftlich der BA angezeigt hat. Für den Inhalt der Anzeige gilt § 1a Abs. 2.

Satz 2: S. 1 gilt nicht im Anwendungsbereich von § 1b S. 2 und 3.«

2. Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft gem. § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG

Soweit AN im Rahmen von § 1 Abs. 1 S. 3 zu einer Arbeitsgemeinschaft abgeordnet werden, gilt die Abordnung auch dann nicht als Arbeitnehmerüberlassung, wenn alle Begriffsmerkmale einer Arbeitnehmerüberlassung erfüllt sind. Dies lässt sich mit Art. 1 Abs. 1 und 2 LA-RL nicht vereinbaren. Den Gleichbehandlungsgrundsätzen nach Art. 5 LA-RL, erst recht aber den in Art. 6 LA-RL nicht tarifdispositiv ausgestalteten und in §§ 13a f. AÜG geregelten Beschäftigungsbedingungen muss auch bei einer Abordnung Rechnung getragen werden. Allein die Geltung eines gemeinsamen TV hebt die Richtlinienwidrigkeit der Norm i.d. derzeit geltenden Fassung nicht auf. Auch ist es unerheblich, ob bei der ARGE selbst wesentliche Arbeitsbedingungen gelten, da es insoweit ausschließlich darauf ankommt, welche Arbeitsbedingungen bei einer Festeinstellung gelten würden.

Vorschlag zur Neuregelung von § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG

»(3) Bei Überlassung von AN zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft, bei der für alle Mitglieder TV desselben Wirtschaftszweiges gelten, bedarf der AG keiner Erlaubnis. (4) Er hat

die Überlassung vorher der BA anzuzeigen. (5) Für die Anzeige gilt § 1a Abs. 2 entsprechend.«

3. Personalgestaltung und Abordnung im öff. Dienst

Im ö.D. bleiben sowohl bei der Abordnung⁴² als auch bei der Personalgestaltung⁴³ die Arbeitsverhältnisse der AN zur entsendenden Dienststelle bestehen. Richtliniengemäß (vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. b LA-RL) handelt es sich hierbei um Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit iSd. AÜG, soweit keine hoheitlichen Aufgaben wahrgenommen werden.⁴⁴

Vertragliche Absprachen oder TV, die gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verstoßen, sind unwirksam.⁴⁵ Soweit vom BRat. gefordert wird, dass öff.-rechtliche Gebietskörperschaften im Hinblick auf Personalgestaltungen und Abordnungen nicht in den Anwendungsbereich des AÜG fallen sollen,⁴⁶ würde eine entspr. Regelung gegen § 1 Abs. 2 LA-RL verstoßen. Eine Befreiung vom Erlaubniserfordernis unterliegt demgegenüber keinen Bedenken (s.o. 3.1). I.Ü. kann eine interessengerechte Lösung dadurch erreicht werden, dass für die Zeit der Abordnung bzw. Personalgestaltung das Ruhen des Arbeitsverhältnisses mit dem öff.-rechtlichen AG vereinbart wird bei gleichzeitiger Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Einsatzbetrieb bzw. der aufnehmenden Dienststelle.

V. Geltungsbereich einer Erlaubnis

Nach umstr. Auffassung des BAG soll eine erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen verbotener Arbeitnehmerüberlassung nach § 1b die Rechtsfolgen von § 9 Nr. 1 AÜG ausschließen.⁴⁷ Daneben hat das BAG jüngst entschieden, dass eine vor dem 1.12.11 erteilte Erlaubnis den Verleiher bis zu einem Widerruf nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AÜG weiterhin zur nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung berechtige.⁴⁸ Demgegenüber sieht der am 20.9.13 vom BRat. eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen und zur Verhinderung der Umgehung von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen,⁴⁹ der nicht dem Grundsatz der Diskontinuität unterliegt, vor, die verdeckte ANÜ mit vorsorglich eingeholter Erlaubnis als illegal einzuordnen.

³⁸ Vgl. Begriffsbestimmung in Art. 3 Abs. 1 lit. c) LA-RL.

³⁹ BAG 28.5.14, 5 AZR 422/12, AuR 2014, 343.

⁴⁰ Die Vorschrift ist nicht tarifdispositiv ausgestaltet.

⁴¹ Siehe hierzu Entschließung des BRats. v. 30.10.13 (Fn. 4) und IV.3.

⁴² D.h. bei einer vorübergehenden Beschäftigung in einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb.

⁴³ D.h. bei einer dauerhaften Verlagerung von Aufgaben auf Dritte unter Fortführung der Aufgabenwahrnehmung durch die bisherigen AN des ö.D.

⁴⁴ Steinmeyer, DB 2013, 2740.

⁴⁵ So zu § 4 Abs. 3 TVöD LAG Baden-Württemberg 17.4.13, 4 TaBV 7/12, ArbR 2013, 342.

⁴⁶ Vgl. BR-Drs. 745/13.

⁴⁷ BAG 13.12.06, 10 AZR 674/05, AuR 2007, 143; a.A. Ulber/Ulber, J., AÜG, § 1b Rn. 29.

⁴⁸ BAG 10.12.13, 9 AZR 51/13, AP Nr. 34 zu § 1 AÜG m. abl. Anm. Ulber = AuR 2014, 38, 118.

⁴⁹ BR-Drs. 687/13 (Beschluss).

Regelungsvorschlag zu § 2 Abs. 1 AÜG

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 AÜG werden die Sätze 2 und 3 angefügt:

»(2) Der Geltungsbereich der Erlaubnis erstreckt sich nicht auf Fälle, in denen die Überlassung gegen §§ 1 Abs. 1 S. 2, 1b S. 1 oder ein sonstiges gesetzliches Verbot der Arbeitnehmerüberlassung verstößt. Dasselbe gilt, soweit die Überlassung im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung i.S. dieses Gesetzes bezeichnet ist.«⁵⁰

VI. Neuregelung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG

Das Gesetz ist bisher von dem Bestreben geprägt, Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten des Leiharbeitnehmers zu ermöglichen. Diskriminierung als Grundlage der Gesetzgebung zeigt sich insbes. bei den Regelungen zum Rückentleih, wonach die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den Verleiher gleichzeitig eine Art Strafe für den Missbrauch des Instruments der ANÜ darstellen soll. Im Normalfall sollen die wesentlichen Arbeitsbedingungen jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen tariflicher Regelungen unterschritten werden können. Schon von dieser Zielsetzung her liegt der Gesetzgebung der Versuch einer gezielten Diskriminierung der Leiharbeitnehmer zu Grunde, der mit Art. 5 LA-RL unvereinbar ist. Es ist offensichtlich, dass die Tarifvertragsparteien seit dem Jahr 2003 trotz marginaler Verbesserungen nicht in der Lage sind, zumindest annähernd gleiche Arbeitsbedingungen zu schaffen.⁵¹ Nach Angaben der BA⁵² liegt das mittlere Arbeitsentgelt von Leiharbeitnehmern selbst in der Metall- und Elektroindustrie trotz der tariflichen Branchenzuschläge um rd. 1.300 € und damit um 41 % (sonstige Fertigungsberufe: 46 %) unter dem durchschnittlichen Verdienst im Branchendurchschnitt. Der Anteil der Leiharbeitnehmer unterhalb der Niedriglohnschwelle beträgt 65 %.⁵³ Das nach Art. 5 Abs. 3 LA-RL für eine Abweichung erforderliche »angemessene Schutzniveau« ist bei einem tariflichen Vergütungsniveau für die gleiche Tätigkeit von weniger als 60 % nicht gewährleistet. Der Gesetzgeber ist daher nach Art. 11 LA-RL verpflichtet, die ges. Vorschriften zur Gleichbehandlung den aus Art. 5 LA-RL folgenden Pflichten anzupassen.

1. Vergleichbarer AN (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG)

Nach Art. 5 Abs. 1 LA-RL besteht der Gleichbehandlungsanspruch unabhängig davon, ob der Verleiher vergleichbare Stammarbeitnehmer beschäftigt.⁵⁴ Der Anspruch richtet sich vielmehr arbeitsplatzbezogen danach, welche Arbeitsbedingungen dem Leiharbeitnehmer zu gewähren wären, wäre er direkt beim Entleiher eingestellt.⁵⁵

Sofern keine vergleichbaren AN beim Entleiher beschäftigt werden, ist als Bezugspunkt von der ortsüblichen Vergütung gem. § 612 Abs. 2 BGB auszugehen. Dies sollte ges. klargestellt werden.

Vorschlag zur Gesetzesänderung:

»In §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 Hs. 1, 10 Abs. 4 S. 1, 3 und 4, 12 Abs. 1 S. 2 und 13b S. 1 werden die Wörter «für einen vergleichbaren AN des Entleihers» gestrichen und der Satzteil angefügt: »die gelten würden, wenn der Leiharbeitnehmer vom Entleiher unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wäre.«

2. Tariflich geregelte Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz

Art. 5 Abs. 2 LA-RL lässt Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz nur bezogen auf das Arbeitsentgelt und nur zu, soweit das Leiharbeitsverhältnis unbefr. ist und der Verleiher das Risiko beschäftigungsloser Zeiten trägt. Für das befr. Arbeitsverhältnis lässt sich eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nicht rechtfertigen, da hier die Tragung eines Beschäftigungsrisikos von vorne herein ausgeschlossen ist. Aber auch beim unbefr. Arbeitsverhältnis kann Art. 5 Abs. 2 LA-RL nur Grundlage für abweichende TV sein, wenn hier das Beschäftigungsrisiko in verleiherfreien Zeiten beim Verleiher verbleibt. Soweit man einen Ausgleich verleiherfreier Zeiten über Arbeitszeitkonten für zul. erachtet,⁵⁶ ist diese Voraussetzung nicht erfüllt.⁵⁷ Neben diesen Bedenken verstößt die derzeitige ges. Regelung auch gegen Art. 5 Abs. 3 LA-RL. Der Gesetzgeber hat weder die Bedingungen, unter denen von Art. 5 Abs. 1 LA-RL abgewichen werden kann, festgelegt, noch sind die Voraussetzungen des geforderten Gesamtschutzes geregelt. Die im Koalitionsvertrag vorgesehene Regelung, nach der AN beschränkt auf das Arbeitsentgelt nach 9 Monaten mit Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden sollen, erfüllt die Kriterien des Gesamtschutzes nicht und diskriminiert auf Grund der kurzen Laufzeit der Leiharbeitsverhältnisse den überwiegenden Teil der Leiharbeitnehmer.

Vorschlag zur Gesetzesänderung von § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 und § 9 Nr. 2 unter Aufhebung der Halbsätze:

»(2) Ein beim Verleiher nach § 3 Abs. 1 TVG geltender TV kann für unbefr. Arbeitsverhältnisse,⁵⁸ die die Dauer der ersten Überlassung an einen Entleiher um einen Zeitraum von mind. 3 Monaten übersteigen,⁵⁹ abweichende Regelungen zulassen, soweit der Gesamtschutz des AN gewahrt ist und die in einer Rechtsverordnung nach § 3a festgelegten Mindeststundenentgelte nicht unterschritten werden. (3) S. 2 gilt nicht,

⁵⁰ So auch Brors/Schüren (Fn. 5) zu § 9 Nr. 1.

⁵¹ Zur teilweisen Unwirksamkeit tariflicher Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung vgl. Ulber, J., NZA 2009, 232.

⁵² Arbeitsmarktberichterstattung der BA, Juli 2014.

⁵³ Antwort der BReg zur Anfrage der Fraktion Die Linke v. 18.8.14, BT-Drs. 18/2363.

⁵⁴ BAG 19.2.14, 5 AZR 1047/12.

⁵⁵ BAG 19.2.14, 5 AZR 1047/12; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 LA-RL.

⁵⁶ Vgl. z.B. § 2 der 2. RV zu § 3a v. 21.3.14, BAnz AT v. 26.3.14.

⁵⁷ So Ulber/Ulber, J., AÜG Basiskommentar, 2. Aufl., § 11 Rn. 67.

⁵⁸ So auch Brors/Schüren (Fn. 5).

⁵⁹ Hierdurch soll eine Umgehung des bei Befristung geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes verhindert werden. Vom Ansatz her ähnlich Brors/Schüren (Fn. 5) zu § 9 Nr. 2.

soweit die Dauer der Überlassung an denselben Entleiher innerhalb eines Zeitraums von 2 Jahren 9 Monate übersteigt⁶⁰ oder die Überlassung nicht vorübergehend i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 2 bis 4 erfolgt.⁽⁴⁾ Der Gesamtschutz ist gewahrt, soweit beim Arbeitsentgelt sowie den sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen gegenüber den beim Entleiher geltenden Bedingungen insgesamt jeweils ein gleichwertiges Schutzniveau erreicht wird.«

VII. Lohnuntergrenze § 3a

Die bislang erlassenen Rechtsverordnungen zu § 3a AÜG sehen jeweils vor, dass in den Tarifgebieten West und Ost für alle Tätigkeiten jeweils dasselbe Mindeststundenentgelt gelten soll. Dies widerspricht dem in Art. 5 Abs. 1 LA-RL enthaltenen Grundsatz, wonach das Arbeitsentgelt entspr. den unterschiedlich ausgeübten Tätigkeiten differieren muss. Eine einheitliche Lohnuntergrenze kann auch nicht auf Art. 5 Abs. 3 der RL gestützt werden, da ein einheitliches Mindeststundenentgelt (insbes. in den höheren Entgeltgruppen) dem geforderten Gesamtschutz nicht Rechnung tragen kann. Eine Rechtsverordnung und entspr. Vorschläge der Tarifvertragsparteien haben daher im Rahmen eines Tarifgitters eine ausreichende Differenzierung des Arbeitsentgeltes nach Tätigkeitsmerkmalen vorzusehen. Dies entspricht auch der in Art. 3 Abs. 1 lit. d) Entsende-RL vorgesehenen besonderen Festlegung der Bedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung.

Vorschlag zur Gesetzesänderung:

§ 3a Abs. 1 S. 1 wird um folgenden Halbsatz ergänzt:

»; die Mindestentgelte müssen den unterschiedlichen Anforderungen der ausgeübten Tätigkeit angemessen Rechnung tragen.«

VIII. Fingiertes Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 AÜG

Soweit Verstöße gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht nach § 1 Abs. 2 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher führen (s.o. II.2) ist § 10

Abs. 1 S. 1 AÜG nach den Wörtern »... nach § 9 Nr. 1« um nachfolgenden Zusatz zu ergänzen:

»oder erfolgt die Überlassung nach § 1 Abs. 1 S. 2 nicht vorübergehend«

Daneben ist in den Fällen, in denen die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nicht mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Überlassenden verbunden ist,⁶¹ ein Wahlrecht des AN⁶² festzuschreiben, nach dem er entweder das bisherige Arbeitsverhältnis zum Überlassenden fortsetzt oder das Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher erfüllt. Auf Grundlage geltenden Rechts verneint das BAG zu Recht ein Wahlrecht des AN, soweit nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet wird.⁶³ Der hiermit verbundene Eingriff in die Vertragsfreiheit ist jedoch nur solange gerechtfertigt, wie es der unverzichtbare Schutz des AN vor Verlust seiner materiellen Existenzgrundlagen erfordert. Ist dies wegen des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher nicht der Fall, ist es verfassungsrechtlich geboten, ihm ein Wahlrecht einzuräumen, welches der beiden Arbeitsverhältnisse er zukünftig erfüllen will⁶⁴.

Vorschlag zu Gesetzesänderung:

Nach § 10 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 wird nach dem Semikolon folgender Halbsatz eingefügt:

»Soweit das Arbeitsverhältnis nicht nach § 9 Nr. 1 unwirksam ist, steht dem AN ein Wahlrecht zu, ob er das Arbeitsverhältnis zum Entleiher erfüllt oder das bestehende Arbeitsverhältnis zum Verleiher fortsetzt.«

⁶⁰ Vgl. Koalitionsvertrag 2.2 Gute Arbeit.

⁶¹ Vgl. hierzu Ulber/Ulber, J., AÜG, Einl. D Rn. 63 ff.

⁶² Hilfsweise kommt auch ein Widerspruchsrecht in Betracht; vgl. Wank, jM 2014, 333.

⁶³ BAG 2.6.10, 7 AZR 946/08, AP Nr. 22 zu § 10 AÜG.

⁶⁴ Vgl. LAG Hessen 6.3.01, 2/9 Sa 1246/00, AuR 2001, 474; Ulber/Ulber, J., AÜG, Einl. D Rn. 65.