ZAAR
Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 15. September 2011
18.30 Uhr

Rechtsanwalt Dr. Mark Lembke, LL.M.
Greenfort Rechtsanwälte, Frankfurt

Die Neuregelungen im AÜG und ihre Folgen für die Praxis

GREENFORT
RECHTSANWÄLTE

GREENFORT
ARNDTSTRASSE 28 D-60325 FRANKFURT AM MAIN

DR. CARSTEN J. ANGERSBACH, LL.M. (CHICAGO)
FACHANWALT FÜR STEUERRECHT, ATTORNEY-AT-LAW (NEW YORK)

GUNTHER A. WEISS, LL.M. (YALE)
ATTORNEY-AT-LAW (NEW YORK), ADVOKÁT (PRAG)

ANDREAS VON OPPEN, LL.M. (WARWICK)

DR. DANIEL RÖDER

DR. MARK LEMBKE, LL.M. (CORNELL)
FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT, ATTORNEY-AT-LAW (NEW YORK)

DR. JENS-WILHELM OBERWINTER, LL.M. (WELLINGTON)
FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT

DR. TIM SPERLING*

DR. JULIA FESENMEYER*
FACHANWÄLTIN FÜR ARBEITSRECHT

MAGDALENA SOPHIA PAUL*

DR. PHILIPPE ROLLIN*

* NICHT MITGLIED DER PARTNERSCHAFT
NOT A MEMBER OF THE PARTNERSHIP

ARNDTSTRASSE 28
60325 FRANKFURT AM MAIN
TEL: +49 (0)69 97 99 58 - 0
FAX: +49 (0)69 97 99 58 - 10
WWW.GREENFORT.DE

Vortragsreihe des Zentrums für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht (ZAAR) in München
am 15. September 2011

Die Neuregelungen im AÜG und ihre Folgen für die Praxis

Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Attorney-at-Law (New York),
Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg

I. Einleitung

- Liberalisierung der Zeitarbeit durch die Hartz-Reform: dazu *Lembke*, BB 2003, 98; *Ulber*, AuR 2003, 7.
- Ziele erreicht (vgl. 11. Erfahrungsbericht der Bundesregierung zum AÜG, BT-Drs. 17/464).
- Nun Re-Regulierung der Zeitarbeit.

II. Änderungen im AÜG

1. Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie

- **Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011** (BGBl. I, S. 642)
  - Diskussionsentwurf des BMAS vom 4.6.2010; dazu *Böhm*, NZA 2010, 1218; *Düwell/Dahl*, DB 2010, 1759, 1761 f.
  - Referentenentwurf vom 2.9.2010 zum geplanten "Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" (abrufbar unter www.aus-portal.de); dazu *Böhm*, DB 2011, 473; *Hamann*, NZA 2011, 70; *Klebe*, AiB 2010, 646; *Lembke*, NJW-aktuell 45/2010, S. 12; *Lembke*, NZA 21/2010, Editorial; *Ulber*, AuR 2010, 412.
  - Regierungsentwurf vom 31.12.2010 (BR-Drs. 847/10 = BT-Drs. 17/4804); dazu ausführlich *Lembke*, DB 2011, 414; *Lembke*, NZA 2011, 319; *Oberthür*, ArbR 2011, 146.
  - Zum Gesetz: *Düwell*, DB 2011, 1520; *Gerdom*, öAT 2011, 319682; *Lembke*, FA 2011, Heft 11; *Leuchten*, NZA 2011, 608; *Raif*, GWR 2011, 320132; *Ulber*, AuR 2011, 231.
- **Änderungen im AÜG**:
  - **Erlaubnispflicht** für **Arbeitnehmerüberlassung** "im Rahmen einer **wirtschaftlichen Tätigkeit**": Aufgabe des Kriteriums der "Gewerbsmäßigkeit" (§ 1 Abs. 1 AÜG)
  - **Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung durch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG?**
  - **Konzernprivileg** für konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern, die "nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt" werden (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG)
  - Privilegierung bestimmter nur gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG)
  - Keine Streichung des § 1b AÜG
  - Richtlinienbedingte Änderungen beim **Grundsatz des Equal Pay/Treatment** (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG)
  - Neue **Ordnungswidrigkeit** bei Verstoß gegen § 10 Abs. 4 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG)
  - Verbot der Vereinbarung einer Vermittlungsgebühr für Leiharbeitnehmer (§ 9 Nr. 5 AÜG)
  - **Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Information über freie Arbeitsplätze beim Entleiher** nach § 13a AÜG (dazu *Lembke*, NZA 2011, 319)
  - **Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen** nach § 13b AÜG (dazu *Lembke*, NZA 2011, 319

2. Verhinderung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung

- Tarifvertragliche "Schlecker-Klauseln"
- **Drehtürklausel** in § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG a.E. (dazu *Lembke*, DB 2011, 414, 418 ff.)
- **Inkrafttreten** am 30.4.2011; Ausnahme: Drehtürklausel gilt nicht für vor dem 15.12.2010 begründete Leiharbeitsverhältnisse (§ 19 AÜG).

3. Mindestlohn in der Zeitarbeit

- **§ 3a AÜG** sieht vor, dass **tarifliche Mindeststundenentgelte** auf Vorschlag der Tarifvertragsparteien durch **Rechtsverordnung** (ähnlich wie im AEntG) als Lohnuntergrenze **für Verleihzeiten und verleihfreien Zeiten** generell verbindlich festgesetzt werden können (vgl. BT-Drs. 17/5238)
- Die vorgeschlagene und durch Rechtsverordnung für verbindlich erklärte **Lohnuntergrenze** hat Bindungswirkung für alle im In- und Ausland ansässigen Verleiher, die Leiharbeitnehmer innerhalb Deutschlands beschäftigen (vgl. § 10 Abs. 5 AÜG n.F., § 2 Nr. 4 AEntG).
- Folgeänderungen in § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 und 5 AÜG.
- Inkrafttreten der Mindestlohnregelungen: 30.4.2011. (§ 19 AÜG gilt nur für die Drehtürklausel, vgl. BT-Drs. 17/5238, S. 6; BT-Drs. 17/5761, S. 8 f).
- Nach dem **Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20.7.2011** (BGBl. I, S. 1506) wird das aus dem Bereich des AEntG bewährte Kontroll- und Sanktionsinstrumentarium (vgl. §§ 16 ff. AEntG) in das AÜG übertragen, um eine effektive Kontrolle der mit den vorgenannten Mindestlohnregelungen verbundenen Arbeitgeberpflichten zu gewährleisten (vgl. BT-Drs. 17/5761; BT-Drs. 17/5960).

III. Fazit und Ausblick

GREENFORT
RECHTSANWÄLTE

Die Neuregelungen im AÜG und ihre Folgen für die Praxis

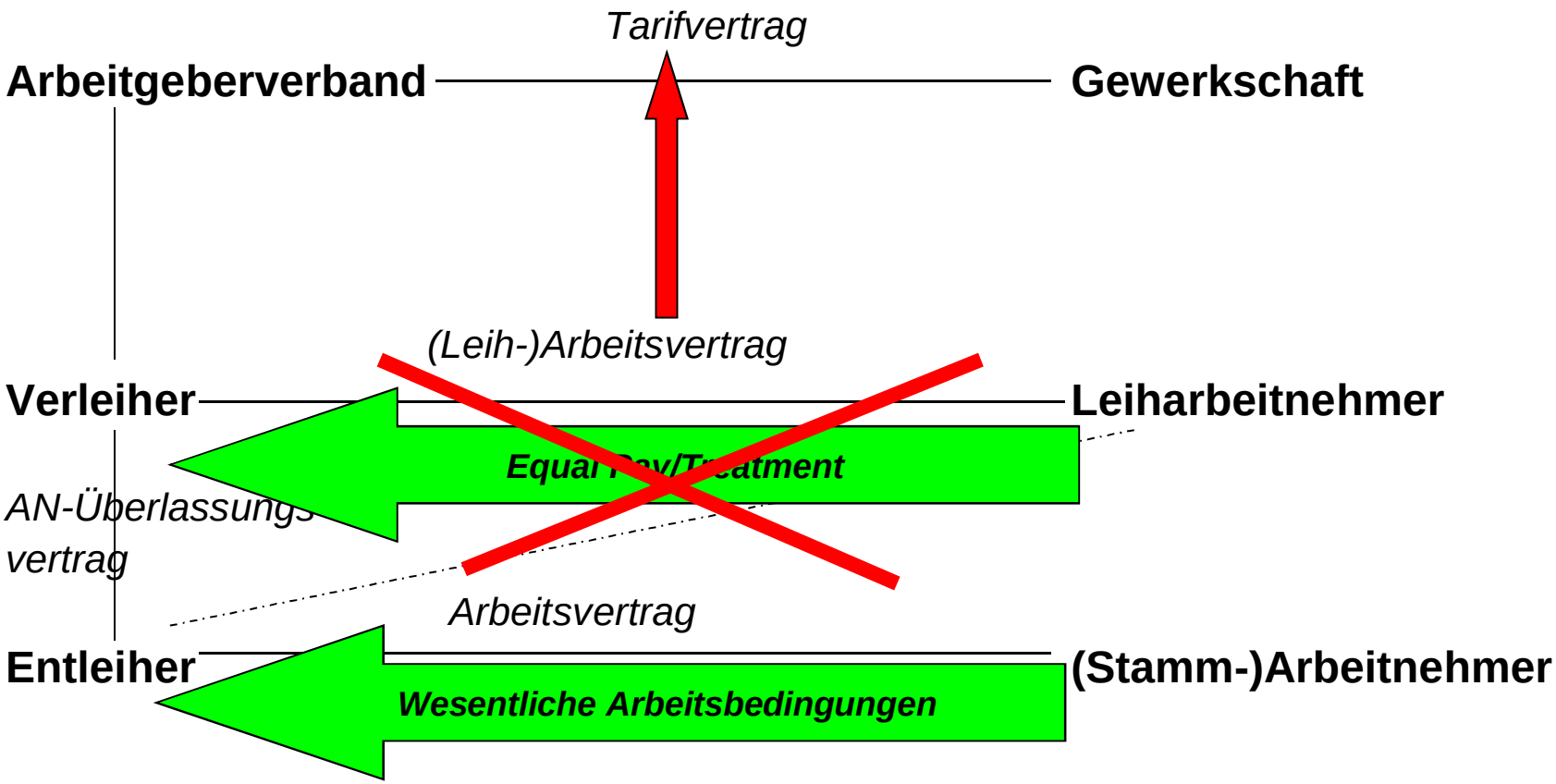
Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht (ZAAR) in München
am 15. September 2011

Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Attorney-at-Law (New York)

GREENFORT Rechtsanwälte
Arndtstr. 28
60325 Frankfurt am Main
Telefon: +49 (0) 69 9799580
Telefax: +49 (0) 69 97995810
Email: lembke@greenfort.de
Web: www.greenfort.de

Grundstruktur der Arbeitnehmerüberlassung

GREENFORT



Gesetz zur Regelung der ~~gewerbsmäßigen~~ Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG)

in der nach dem **Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung – vom 28. April 2011** (BGBl. I, S. 642) geltenden Fassung (Inkrafttreten: 1. Dezember 2011; Ausnahme: § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 3a, § 9 Nr. 2, 2a, 5, § 10 Abs. 4 und 5 und § 19 AÜG sind bereits am 30. April 2011 in Kraft getreten.)

sowie unter Berücksichtigung des **Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes** vom 20. Juli 2011 (BGBl. I, S. 1506) (Inkrafttreten: 30. Juli 2011)

§ 1 Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) ~~gewerbsmäßig~~ 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 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.

(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.

(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

1. zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,
2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer ~~seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet, oder~~ nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
2a. zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum 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.

§ 1a Anzeige der Überlassung

(1) 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.

(2) In der Anzeige sind anzugeben

1. Vor- und Familiennamen, Wohnort und Wohnung, Tag und Ort der Geburt des Leiharbeitnehmers,
2. Art der vom Leiharbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit und etwaige Pflicht zur auswärtigen Leistung,
3. Beginn und Dauer der Überlassung,
4. Firma und Anschrift des Entleihers.

§ 1b Einschränkungen im Baugewerbe

~~Gewerbsmäßige~~ Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig. Sie ist gestattet

a) zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn diese Betriebe erfassende, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge dies bestimmen,

b) zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird.

Abweichend von Satz 2 ist für Betriebe des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ~~gewerbsmäßige~~ Arbeitnehmerüberlassung auch gestattet, wenn die ausländischen Betriebe nicht von deutschen Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen erfasst werden, sie aber nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird.

§ 2 Erteilung und Erlöschen der Erlaubnis

(1) Die Erlaubnis wird auf schriftlichen Antrag erteilt.

(2) Die Erlaubnis kann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass keine Tatsachen eintreten, die nach § 3 die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. Die Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen sind auch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig.

(3) Die Erlaubnis kann unter dem Vorbehalt des Widerrufs erteilt werden, wenn eine abschließende Beurteilung des Antrags noch nicht möglich ist.

(4) Die Erlaubnis ist auf ein Jahr zu befristen. Der Antrag auf Verlängerung der Erlaubnis ist spätestens drei Monate vor Ablauf des Jahres zu stellen. Die Erlaubnis verlängert sich um ein weiteres Jahr, wenn die Erlaubnisbehörde die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt. Im Fall der Ablehnung gilt die Erlaubnis für die Abwicklung der nach § 1 erlaubt abgeschlossenen Verträge als fortbestehend, jedoch nicht länger als zwölf Monate.

(5) Die Erlaubnis kann unbefristet erteilt werden, wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre lang nach § 1 erlaubt tätig war. Sie erlischt, wenn der Verleiher von der Erlaubnis drei Jahre lang keinen Gebrauch gemacht hat.

§ 2a Kosten

(1) Für die Bearbeitung von Anträgen auf Erteilung und Verlängerung der Erlaubnis werden vom Antragsteller Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben.

(2) Die Vorschriften des Verwaltungskostengesetzes sind anzuwenden. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die gebührenpflichtigen Tatbestände näher zu bestimmen und dabei feste Sätze und Rahmensätze vorzusehen. Die Gebühr darf im Einzelfall 2.500 Euro nicht überschreiten.

§ 3 Versagung

(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;
2. nach der Gestaltung seiner Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die üblichen Arbeitgeberpflichten 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, ~~es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat~~. 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.

(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.

(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 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.

(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) 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) 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 bekanntzumachen. 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 Tarifvertragsparteien können gemeinsam die Änderung einer nach Absatz 2 erlassenen Rechtsverordnung vorschlagen. Die Absätze 1 bis 5 finden entsprechend Anwendung.

§ 4 Rücknahme

(1) Eine rechtswidrige Erlaubnis kann mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden. § 2 Abs. 4 Satz 4 gilt entsprechend.

(2) Die Erlaubnisbehörde hat dem Verleiher auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand der Erlaubnis vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Auf Vertrauen kann sich der Verleiher nicht berufen, wenn er

1. die Erlaubnis durch arglistige Täuschung, Drohung oder eine strafbare Handlung erwirkt hat;

2. die Erlaubnis durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren, oder
3. die Rechtswidrigkeit der Erlaubnis kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Verleiher an dem Bestand der Erlaubnis hat. Der auszugleichende Vermögensnachteil wird durch die Erlaubnisbehörde festgesetzt. Der Anspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Erlaubnisbehörde den Verleiher auf sie hingewiesen hat.

(3) Die Rücknahme ist nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zulässig, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die die Rücknahme der Erlaubnis rechtfertigen.

§ 5 Widerruf

(1) Die Erlaubnis kann mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn

1. der Widerruf bei ihrer Erteilung nach § 2 Abs. 3 vorbehalten worden ist;
2. der Verleiher eine Auflage nach § 2 nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat;
3. die Erlaubnisbehörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen, oder
4. die Erlaubnisbehörde aufgrund einer geänderten Rechtslage berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen; § 4 Abs. 2 gilt entsprechend.

(2) Die Erlaubnis wird mit dem Wirksamwerden des Widerrufs unwirksam. § 2 Abs. 4 Satz 4 gilt entsprechend.

(3) Der Widerruf ist unzulässig, wenn eine Erlaubnis gleichen Inhalts erneut erteilt werden müsste.

(4) Der Widerruf ist nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zulässig, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen.

§ 6 Verwaltungszwang

Werden Leiharbeitnehmer von einem Verleiher ohne die erforderliche Erlaubnis überlassen, so hat die Erlaubnisbehörde dem Verleiher dies zu untersagen und das weitere Überlassen nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes zu verhindern.

§ 7 Anzeigen und Auskünfte

(1) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde nach Erteilung der Erlaubnis unaufgefordert die Verlegung, Schließung und Errichtung von Betrieben, Betriebsteilen oder Nebenbetrieben vorher anzuzeigen, soweit diese die Ausübung der Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand haben. Wenn die Erlaubnis Personengesamtheiten, Personengesellschaften oder juristischen Personen erteilt ist und nach ihrer Erteilung eine andere Person zur Geschäftsführung oder Vertretung nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag berufen wird, ist auch dies unaufgefordert anzuzeigen.

(2) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlich sind. Die Auskünfte sind wahrheitsgemäß, vollständig, fristgemäß und unentgeltlich zu erteilen. Auf Verlangen der Erlaubnisbehörde hat der Verleiher die geschäftlichen Unterlagen vorzulegen, aus denen sich die Richtigkeit seiner Angaben ergibt, oder seine Angaben auf sonstige Weise glaubhaft zu machen. Der Verleiher hat seine Geschäftsunterlagen drei Jahre lang aufzubewahren.

(3) In begründeten Einzelfällen sind die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen befugt, Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers zu betreten und dort Prüfungen vorzunehmen. Der Verleiher hat die Maßnahmen nach Satz 1 zu dulden. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.

(4) Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll, vorgenommen werden. Auf die Anfechtung dieser Anordnung finden die §§ 304 bis 310 der Strafprozessordnung entsprechende Anwendung. Bei Gefahr im Verzug können die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen. An Ort und Stelle ist eine Niederschrift über die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis aufzunehmen, aus der sich, falls keine richterliche Anordnung ergangen ist, auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzug geführt haben.

(5) Der Verleiher kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

§ 8 Statistische Meldungen

(1) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde halbjährlich statistische Meldungen über

1. die Zahl der überlassenen Leiharbeitnehmer getrennt nach Geschlecht, nach der Staatsangehörigkeit, nach Berufsgruppen und nach der Art der vor der Begründung des Vertragsverhältnisses zum Verleiher ausgeübten Beschäftigung,
2. die Zahl der Überlassungsfälle, gegliedert nach Wirtschaftsgruppen,
3. die Zahl der Entleiher, denen er Leiharbeitnehmer überlassen hat, gegliedert nach Wirtschaftsgruppen,
4. die Zahl und die Dauer der Arbeitsverhältnisse, die er mit jedem überlassenen Leiharbeitnehmer eingegangen ist,
5. die Zahl der Beschäftigungstage jedes überlassenen Leiharbeitnehmers, gegliedert nach Überlassungsfällen,

zu erstatten. Die Erlaubnisbehörde kann die Meldepflicht nach Satz 1 einschränken.

(2) Die Meldungen sind für das erste Kalenderhalbjahr bis zum 1. September des laufenden Jahres, für das zweite Kalenderhalbjahr bis zum 1. März des folgenden Jahres zu erstatten.

(3) Die Erlaubnisbehörde gibt zur Durchführung des Absatzes 1 Erhebungsvordrucke aus. Die Meldungen sind auf diesen Vordrucken zu erstatten. Die Richtigkeit der Angaben ist durch Unterschrift zu bestätigen.

(4) Einzelangaben nach Absatz 1 sind von der Erlaubnisbehörde geheimzuhalten. Die §§ 93, 97, 105 Abs. 1, § 111 Abs. 5 in Verbindung mit § 105 Abs. 1 sowie § 116 Abs. 1 der Abgabenordnung gelten nicht. Dies gilt nicht, soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, oder soweit es sich um vorsätzlich falsche Angaben des Auskunftspflichtigen oder der für ihn tätigen Personen handelt. Veröffentlichungen von Ergebnissen auf Grund von Meldungen nach Absatz 1 dürfen keine Einzelangaben enthalten. Eine Zusammenfassung von Angaben mehrerer Auskunftspflichtiger ist keine Einzelangabe im Sinne dieses Absatzes.

§ 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,
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 Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen~~, es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat~~; 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,

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,
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.

§ 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.

(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.

(4) ~~Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.~~ 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), 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.

(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.

§ 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.

(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 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.

(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. März 2012 ausschließen.

(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, hinzuweisen.

(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.

§ 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 ~~einer~~ der ~~beiden~~ in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 genannten Ausnahme~~n~~ vorliegen.

(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.

(3) (weggefallen)

§ 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 ~~einer~~ der ~~beiden~~ in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 genannten Ausnahme~~n~~ vorliegen.

§ 13a Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze

Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer über Arbeitsplätze des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleihers erfolgen.

§ 13b Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten

Der Entleiher hat dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste im Sinne des Satzes 1 sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.

§ 14 Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte

(1) Leiharbeitnehmer bleiben auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers.

(2) Leiharbeitnehmer sind bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen und bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb nicht wählbar. Sie sind berechtigt, die Sprechstunden dieser Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen. Die §§ 81, 82 Abs. 1 und die §§ 84 bis 86 des Betriebsverfassungsgesetzes gelten im Entleiherbetrieb auch in bezug auf die dort tätigen Leiharbeitnehmer.

(3) Vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 99 des Betriebsverfassungsgesetzes zu beteiligen. Dabei hat der Entleiher dem Betriebsrat auch die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 Satz 2 vorzulegen. Er ist ferner verpflichtet, Mitteilungen des Verleihers nach § 12 Abs. 2 unverzüglich dem Betriebsrat bekanntzugeben.

(4) Die Absätze 1 und 2 Satz 1 und 2 sowie Absatz 3 gelten für die Anwendung des Bundespersonalvertretungsgesetzes sinngemäß.

§ 15 Ausländische Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung

(1) Wer als Verleiher einen 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, entgegen § 1 einem Dritten ohne Erlaubnis überlässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) 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.

§ 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.

(2) Wer als Entleiher

1. gleichzeitig mehr als fünf Ausländer, die 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 besitzen, tätig werden lässt oder
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.

§ 16 Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 1 einen Leiharbeitnehmer einem Dritten ohne Erlaubnis überlässt,

1a. einen ihm von einem Verleiher ohne Erlaubnis überlassenen Leiharbeitnehmer tätig werden lässt,

1b. entgegen § 1b Satz 1 ~~gewerbsmäßig~~ 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,

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,

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,

6. seiner Aufbewahrungspflicht nach § 7 Abs. 2 Satz 4 nicht nachkommt,

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,

7a. entgegen § 10 Absatz 4 eine Arbeitsbedingung nicht gewährt,

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,

9. entgegen § 13a Satz 1 den Leiharbeitnehmer nicht, nicht richtig oder nicht vollständig informiert, ~~oder~~

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,

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,

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 Änderungsmeldung 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 Nr. 1 bis 1b, 6 und ~~7a~~11 bis 18 kann mit einer Geldbuße bis zu ~~fünfundzwanzigtausend~~ dreißigtausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nr. 2, 7a und 7b mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nr. 2a, 3, 9 und 10 mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nr. 4, 5, 6a, ~~bis~~ 7 und 8 mit einer Geldbuße bis zu ~~fünfhundert~~ 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 Nr. 1 bis 2a, 7b sowie 11 bis 18 die Behörden der Zollverwaltung, für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nr. 3 bis 7a sowie 8 bis ~~10~~8 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.

§ 17 Durchführung

(1) Die Bundesagentur für Arbeit führt dieses Gesetz nach fachlichen Weisungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales durch. Verwaltungskosten werden nicht erstattet.

(2) Die Prüfung der Arbeitsbedingungen nach § 10 Absatz 5 obliegt zudem den Behörden der Zollverwaltung nach Maßgabe der §§ 17a bis 18a.

§ 17a Befugnisse der Behörden der Zollverwaltung

Die §§ 2, 3 bis 6 und 14 bis 20, 22, 23 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes sind entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass die dort genannten Behörden auch Einsicht in Arbeitsverträge, Niederschriften nach § 2 des Nachweisgesetzes und andere Geschäftsunterlagen nehmen können, die mittelbar oder unmittelbar Auskunft über die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach § 10 Absatz 5 geben.

§ 17b Meldepflicht

(1) Überlässt ein Verleiher mit Sitz im Ausland einen Leiharbeitnehmer zur Arbeitsleistung einem Entleiher, hat der Entleiher, sofern eine Rechtsverordnung nach § 3a auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, vor Beginn jeder Überlassung der zuständigen Behörde der Zollverwaltung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache mit folgenden Angaben zuzuleiten:

1. Familienname, Vornamen und Geburtsdatum des überlassenen Leiharbeitnehmers,
2. Beginn und Dauer der Überlassung,
3. Ort der Beschäftigung,
4. Ort im Inland, an dem die nach § 17c erforderlichen Unterlagen bereitgehalten werden,
5. Familienname, Vornamen und Anschrift in Deutschland eines oder einer Zustellungsbevollmächtigten des Verleihers,
6. Branche, in die die Leiharbeitnehmer überlassen werden sollen, und
7. Familienname, Vornamen oder Firma sowie Anschrift des Verleihers.

Änderungen bezüglich dieser Angaben hat der Entleiher unverzüglich zu melden.

(2) Der Entleiher hat der Anmeldung eine Versicherung des Verleihers beizufügen, dass dieser seine Verpflichtungen nach § 10 Absatz 5 einhält.

(3) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen,

1. dass, auf welche Weise und unter welchen technischen und organisatorischen Voraussetzungen eine Anmeldung, Änderungsmeldung und Versicherung abweichend von den Absätzen 1 und 2 elektronisch übermittelt werden kann,
2. unter welchen Voraussetzungen eine Änderungsmeldung ausnahmsweise entfallen kann und
3. wie das Meldeverfahren vereinfacht oder abgewandelt werden kann.

(4) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die zuständige Behörde nach Absatz 1 Satz 1 bestimmen

§ 17c Erstellen und Bereithalten von Dokumenten

(1) Sofern eine Rechtsverordnung nach § 3a auf ein Arbeitsverhältnis Anwendung findet, ist der Entleiher verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Leiharbeitnehmers aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

(2) Jeder Verleiher ist verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung einer Rechtsverordnung nach § 3a erforderlichen Unterlagen im Inland für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung des Leiharbeitnehmers im Geltungsbereich dieses Gesetzes, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre in deutscher Sprache bereitzuhalten. Auf Verlangen der Prüfbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten.

§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Behörden

(1) Zur Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 16 arbeiten die Bundesagentur für Arbeit und die Behörden der Zollverwaltung insbesondere mit folgenden Behörden zusammen:

1. den Trägern der Krankenversicherung als Einzugsstellen für die Sozialversicherungsbeiträge,
2. den in § 71 des Aufenthaltsgesetzes genannten Behörden,
3. den Finanzbehörden,
4. den nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz zuständigen Behörden,
5. den Trägern der Unfallversicherung,
6. den für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden,
7. den Rentenversicherungsträgern,
8. den Trägern der Sozialhilfe.

(2) Ergeben sich für die Bundesagentur für Arbeit oder die Behörden der Zollverwaltung bei der Durchführung dieses Gesetzes im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für

1. Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz,
2. eine Beschäftigung oder Tätigkeit von Ausländern ohne 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,
3. Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht nach § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch gegenüber einer Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit, einem Träger der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Unfall- oder Rentenversicherung oder einem Träger der Sozialhilfe oder gegen die Meldepflicht nach § 8a des Asylbewerberleistungsgesetzes,
4. Verstöße gegen die Vorschriften des Vierten und Siebten Buches Sozialgesetzbuch über die Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, soweit sie im Zusammenhang mit den in den Nummern 1 bis 3 genannten Verstößen sowie mit Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 stehen,
5. Verstöße gegen die Steuergesetze,
6. Verstöße gegen das Aufenthaltsgesetz,

unterrichten sie die für die Verfolgung und Ahndung zuständigen Behörden, die Träger der Sozialhilfe sowie die Behörden nach § 71 des Aufenthaltsgesetzes.

(3) In Strafsachen, die Straftaten nach den §§ 15 und 15a zum Gegenstand haben, sind der Bundesagentur für Arbeit und den Behörden der Zollverwaltung zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten

1. bei Einleitung des Strafverfahrens die Personendaten des Beschuldigten, der Straftatbestand, die Tatzeit und der Tatort,
2. im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage die das Verfahren abschließende Entscheidung mit Begründung

zu übermitteln. Ist mit der in Nummer 2 genannten Entscheidung ein Rechtsmittel verworfen worden oder wird darin auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen, so ist auch die angefochtene Entscheidung zu übermitteln. Die Übermittlung veranlasst die Strafvollstreckungs- oder die Strafverfolgungsbehörde. Eine Verwendung

1. der Daten der Arbeitnehmer für Maßnahmen zu ihren Gunsten,
2. der Daten des Arbeitgebers zur Besetzung seiner offenen Arbeitsplätze, die im Zusammenhang mit dem Strafverfahren bekanntgeworden sind,
3. der in den Nummern 1 und 2 genannten Daten für Entscheidungen über die Einstellung oder Rückforderung von Leistungen der Bundesagentur für Arbeit

ist zulässig.

(4) Gerichte, Strafverfolgungs- oder Strafvollstreckungsbehörden sollen den Behörden der Zollverwaltung Erkenntnisse aus sonstigen Verfahren, die aus ihrer Sicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 2 erforderlich sind, übermitteln, soweit nicht für die übermittelnde Stelle erkennbar ist, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen oder anderer Verfahrensbeteiligter an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegen. Dabei ist zu berücksichtigen, wie gesichert die zu übermittelnden Erkenntnisse sind.

(5) Die Behörden der Zollverwaltung unterrichten die zuständigen Finanzämter über den Inhalt von Meldungen nach § 17b.

(6) Die Behörden der Zollverwaltung und die übrigen in § 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Behörden dürfen nach Maßgabe der jeweils einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen auch mit Behörden anderer Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zusammenarbeiten, die dem § 17 Absatz 2 entsprechende Aufgaben durchführen oder für die Bekämpfung illegaler Beschäftigung zuständig sind oder Auskünfte geben können, ob ein Arbeitgeber seine Verpflichtungen nach § 10 Absatz 5 erfüllt. Die Regelungen über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen bleiben hiervon unberührt.

§ 18a Ersatzzustellung an den Verleiher

Für die Ersatzzustellung an den Verleiher aufgrund von Maßnahmen nach diesem Gesetz gilt der im Inland gelegene Ort der konkreten Beschäftigung des Leiharbeitnehmers sowie das vom Verleiher eingesetzte Fahrzeug als Geschäftsraum im Sinne des § 5 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 des Verwaltungszustellungsgesetzes in Verbindung mit § 178 Absatz 1 Nummer 2 der Zivilprozessordnung.

§ 19 Übergangsvorschrift

~~§ 1 Abs. 2, § 1b Satz 2, die §§ 3, 9, 10, 12, 13 und 16 in der vor dem 1. Januar 2003 geltenden Fassung sind auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2004 begründet worden sind, bis zum 31. Dezember 2003 weiterhin anzuwenden. Dies gilt nicht für Leiharbeitsverhältnisse im Geltungsbereich eines nach dem 15. November 2002 in Kraft tretenden Tarifvertrages, der die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und des § 9 Nr. 2 regelt.~~§ 3 Absatz 1 Nummer 3 Satz 4 und § 9 Nummer 2 letzter Halbsatz ~~in bis zum geltenden Fassung sind~~finden keine Anwendung auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 15. Dezember 2010 begründet worden sind~~, weiterhin anzuwenden~~.

Rechtsanwalt Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell), FAArbR, Attorney-at-Law (New York), Frankfurt/M.

Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung

▸ **DB0403459**

I. Einleitung

Nachdem zunächst der Diskussionsentwurf des BMAS vom 4. 6. 2010[1] und der Referentenentwurf vom 2. 9. 2010[2] vorgelegt worden waren, beschloss die Bundesregierung am 15. 12. 2010 den „Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" (nachfolgend „RegE"), der am 31. 12. 2010 dem Bundesrat zugeleitet wurde[3]. Ziel des Gesetzes ist es, einerseits Fälle des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden und andererseits die RL 2008/104/EG vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit[4] („LeiharbeitsRL" oder „RL") in deutsches Recht umzusetzen[5].

Es ist geplant, dass das Gesetz am 1. 12. 2011 in Kraft tritt (Art. 2 Abs. 1 RegE) – mit Ausnahme der zur Vermeidung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung vorgesehenen sog. Drehtürklausel, die bereits am Tag nach der Gesetzesverkündigung in Kraft treten soll (Art. 2 Abs. 2 RegE). Dadurch soll den Verleihern und Entleihern ausreichend Zeit gegeben werden, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstigen Regelungen bei Bedarf an die neue Rechtslage anzupassen[6].

II. Änderungen zur Umsetzung der LeiharbeitsRL

Nach langen Debatten und Vorarbeiten[7] ist die LeiharbeitsRL am 5. 12. 2008 in Kraft getreten. Sie ist nach Art. 11 Abs. 1 bis spätestens 5. 12. 2011 in deutsches Recht umzusetzen[8]. Da der Gesetzgeber im Rahmen der Hartz-Reform des AÜG Ende 2002[9], insbes. bei der Einführung des Grundsatzes von Equal Pay/Treatment, den Entwurf einer europäischen RL über Leiharbeit als Vorbild genommen und im Weg des „vorauseilenden Gehorsams" vorab umgesetzt hatte[10], ging der 11. Erfahrungsbericht zum AÜG davon aus, die RL sei bereits ganz überwiegend umgesetzt[11]. In der Literatur wird hingegen größerer Umsetzungsbedarf gesehen[12]. Nachfolgend werden die im RegE vorgesehenen Änderungen des AÜG erläutert.

1. Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit (§ 1 Abs. 1 AÜG-E)

Der Anwendungsbereich der LeiharbeitsRL umfasst gem. Art. 1 Abs. 2 RL öffentliche und private Unternehmen, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine *wirtschaftliche Tätigkeit* ausüben, *unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht*. Die RL setzt nur voraus, dass Verleiher oder Entleiher am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, nicht hingegen dass sie mit der Arbeitnehmerüberlassung eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen. Der Anwendungsbereich des AÜG wird nun entsprechend angepasst[13]. Dies geschieht dadurch, dass in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E das Wort „gewerbsmäßig" durch die Wörter „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit" ersetzt wird. Die Erlaubnispflicht gilt also künftig für die im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeübte Arbeitnehmerüberlassung unabhängig davon, ob die Überlassung gewerbsmäßig geschieht. Erlaubnispflichtig ist künftig grundsätzlich auch eine ohne Gewinnerzielungsabsicht oder nicht auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung[14]. Erfasst wird damit auch die Arbeitnehmerüberlassung durch eine gemeinnützige Institution, weil sie dabei als Verleiher in Konkurrenz zu anderen Verleihern tritt und damit am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, sodass die Überlassung „im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit" stattfindet[15]. Nach der Begründung des RegE soll auch klargestellt werden, dass rein konzerninterne Personalservicegesellschaften, die Leiharbeitnehmer zum Selbstkostenpreis an andere Konzernunternehmen überlassen, eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E benötigen[16]. Dies war bislang umstritten. Zwar fiel eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft, deren einziger Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, um sie dauerhaft zu anderen Konzernunternehmen zu entsenden, bislang unstreitig nicht unter das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG[17]. Sie war aber nach Auffassung des BAG jedenfalls dann nicht auf Gewinnerzielung angelegt, wenn sie auf Selbstkostenbasis betrieben wurde, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen, und unterlag daher bislang nicht der Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG[18].

2. Arbeitnehmerüberlassung als „vorübergehende" Überlassung (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E)

In § 1 Abs. 1 AÜG-E soll folgender neuer Satz 2 eingefügt werden: „*Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt*

Dr. Mark Lembke ist Partner bei GREENFORT in Frankfurt/M. und Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.

1 Abrufbar unter www.aus-portal.de; dazu *Böhm*, NZA 2010 S. 1218; *Düwell/Dahl*, DB 2010 S. 1759 (1761 f.).
2 Dazu *Hamann*, NZA 2011 S. 70; *Klebe*, AiB 2010 S. 646; *Lembke*, NJW-aktuell 45/2010 S. 12; *Lembke*, NZA 21/2010, Editorial; *Ulber*, AuR 2010 S. 412.
3 BR-Drucks. 847/10.
4 RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABlEU L 327 vom 5. 12. 2008 S. 9.
5 BR-Drucks. 847/10 Vorblatt S. 1.
6 BR-Drucks. 847/10 S. 12.
7 Dazu *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rdn. 7 ff.; *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287 (288).
8 Zum RefE der 16. Legislaturpereriode *Düwell/Dahl*, DB 2009 S. 1070 (1073).
9 Dazu *Lembke*, BB 2003 S. 98; *Ulber*, AuR 2003 S. 7.
10 *Boemke/Lembke*, a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rdn. 7.
11 BT-Drucks. 17/464 S. 7.
12 *Blanke*, DB 2010 S. 1528; *Boemke*, RIW 2009 S. 177; *Fuchs*, NZA 2009 S. 57; *Giesen*, NZS 2010 S. 473 (476); *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287; *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1539 f.); Schüren/Hamann/*Riederer von Paar*, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rdn. 607 ff.; *Thüsing*, RdA 2009 S. 118; *Ulber*, AuR 2010 S. 10; *Waltermann*, NZA 2010 S. 482 (484 f.); *Wank*, RdA 2010 S. 193 (202 f.).
13 *Boemke*, RIW 2009 S. 177 (178); *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287 (299); *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1539); *Ulber*, AuR 2010 S. 10 (12).
14 Vgl. BR-Drucks. 847/10 S. 6 f.
15 „Selbstlosigkeit" i. S. der Gemeinnützigkeit des § 52 Abs. 1 AO schließt eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht aus, sondern setzt nur voraus, dass mit der Förderung der gemeinnützigen Zwecke „*nicht in erster Linie* eigenwirtschaftliche Zwecke" verfolgt werden (vgl. § 55 Abs. 1 AO).
16 BR-Drucks. 847/10 S. 7.
17 BAG vom 20. 4. 2005 – 7 ABR 20/04, DB 2005 S. 1855; *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1538); Thüsing/*Waas*, AÜG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rdn. 199 f.
18 BAG vom 20. 4. 2005, a.a.O. (Fn. 17), NZA 2005 S. 1006 (1008 f.); a. A. weitergehend LAG Schleswig-Holstein vom 2. 7. 2008, NZA-RR 2009 S. 75 (77 f.) und vom 18. 6. 2008 – 3 Ta 12/08, DB 2008 S. 2428 (2429 f.).

vorübergehend." Nach der Begründung des RegE dient dieser Satz der „Klarstellung". Dadurch sollen die Vorgaben von Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 lit. e) RL umgesetzt werden[19]. Gemäß Art. 1 Abs. 1 RL gilt die LeiharbeitsRL für „Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um *vorübergehend* unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten". Dementsprechend definiert die RL auch die „Überlassung" als „den Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung *vorübergehend* zu arbeiten" (Art. 3 Abs. 1 lit. e RL). Der Begriff „vorübergehend" in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E soll nach der Gesetzesbegründung i. S. der RL als „flexible Zeitkomponente" verstanden werden und nicht als bestimmte Höchstüberlassungsgrenze[20]. Inwiefern dadurch eine „Klarstellung" und Rechtssicherheit für die Praxis erreicht werden soll, ist allerdings schleierhaft.

Z. B. ist völlig unklar, ob durch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung statuiert werden soll. Dagegen spricht, dass das Gesetz keinerlei – dem Bestimmtheitsgebot[21] entsprechenden – Rechtsfolgen für den Fall vorsieht, dass die Überlassung nicht nur „vorübergehend" durchgeführt wird. Insoweit hat sich im Vergleich zum *Referentenwurf* nichts Entscheidendes geändert. Dort war vorgesehen, dass die Arbeitsvermittlungsvermutung des § 1 Abs. 2 AÜG um den Tatbestand der nicht nur vorübergehenden Überlassung ergänzt werden soll[22]. Allerdings bringt das Vorliegen vermuteter Arbeitsvermittlung gem. § 1 Abs. 2 AÜG bereits seit einiger Zeit keine arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen mehr mit sich; insbes. kommt nicht kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zustande[23]. Daher wäre es sinnvoll, § 1 Abs. 2 AÜG endlich zu streichen oder der Norm eine Rechtsfolge zu geben. Der LeiharbeitsRL lässt sich eine Rechtsfolge für unerlaubte Arbeitsvermittlung nicht entnehmen, sodass insoweit eine europarechtskonforme Auslegung des AÜG ausscheidet.

Sollte § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E das Gesetzgebungsverfahren überstehen, ist die Vorschrift als bloßer „Programmsatz" ohne Rechtsfolgen zu verstehen, der lediglich auf das Phänomen hinweist, dass Arbeitnehmerüberlassung typischerweise vorübergehend stattfindet[24]. In diesem Sinn ist auch die RL bei teleologischer Auslegung zu verstehen[25]. Würde man die RL wörtlich nehmen, wäre ihr Anwendungsbereich bei einer dauerhaften Überlassung an ein und denselben Entleiher nicht eröffnet und die in der RL geregelten Schutzstandards, insbes. der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 5 Abs. 1 RL), würden keine Anwendung finden. Dies kann der europäische Gesetzgeber jedoch nicht bezweckt haben, zumal mit zunehmender Dauer der Überlassung der Grad der Eingliederung in das Entleiherunternehmen und die Erwartung der Leiharbeitnehmer, mit vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers gleichbehandelt zu werden, wachsen. Bei teleologischer Auslegung ist daher davon auszugehen, dass das Kriterium der „vorübergehenden" Überlassung in Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 lit. e) RL lediglich deskriptiver Natur ist. Außerdem hat der europäische RL-Geber in Art. 5 Abs. 2 RL das bekannte „deutsche Modell" der Arbeitnehmerüberlassung anerkannt, welches seit der Hartz-Reform des AÜG grundsätzlich von unbefristeten Leiharbeitsverträgen ausgeht und keine Überlassungshöchstdauer mehr kennt[26].

3. Privilegierte konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E)

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG findet das AÜG – insbes. die Erlaubnispflicht und der Grundsatz des Equal Pay/Treatment bislang keine Anwendung auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen i. S. des § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Maßgeblicher Bezugspunkt für die Prüfung der Voraussetzung „vorübergehend" ist das Nichttätigwerden beim Vertragsarbeitgeber[27]. Bei einer konzerninternen Personalführungsgesellschaft, deren einziger Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, um sie dauerhaft zu anderen Konzernunternehmen zu entsenden, wird der Leiharbeitnehmer dauerhaft nicht beim Vertragsarbeitgeber tätig, sodass § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht eingreift.

In § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E wird nun das Kriterium der vorübergehenden Überlassung gestrichen und das Konzernprivileg auf die konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E lautet wie folgt:

> „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 . . .
>
> 2. zwischen Konzernunternehmen i. S. des § 18 des AktG, wenn der Arbeitnehmer *nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird*."

Zur Begründung führt der RegE aus, aufgrund der Änderung des § 1 Abs. 1 AÜG-E könne das Merkmal „vorübergehend" nicht mehr das entscheidende Abgrenzungskriterium für das Konzernprivileg sein. Ferner stelle die Ergänzung klar, dass die Privilegierung des Konzernverleihs nicht für Arbeitnehmerüberlassung durch reine Personalführungsgesellschaften gelte, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal sei[28].

Die vorgeschlagene Änderung ist misslungen. Maßgeblicher Bezugspunkt für die Prüfung der Voraussetzungen des Begriffs „vorübergehend" i. S. des bisherigen Konzernprivilegs ist das Nichttätigwerden beim Vertragsarbeitgeber, d. h. beim *Verleiher*. Demgegenüber geht es beim Merkmal „vorübergehend" i. S. des Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 lit. e) RL, die Anlass für die Einfügung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E sind, um die vorübergehende Tätigkeit bei einem konkreten *Entleiher*. Die Begründung des RegE ist also fehlerhaft.

§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG-E ist auch inhaltlich fragwürdig. Die wesentlichen Vorschriften des AÜG gelten künftig nicht, wenn zwischen Konzerngesellschaften Arbeitnehmer überlassen werden, die „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt" werden. Unklar ist, ob es darauf ankommt, dass der Arbeitnehmer „überhaupt nicht" oder „nicht ausschließlich" zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Der Gesetzeswortlaut lässt beide Auslegungen zu. Der Gesetzeszweck, das Konzernprivileg nicht auf Personalführungsgesell-

19 BR-Drucks. 847/10 S. 7.
20 BR-Drucks. 847/10 S. 7.
21 Dazu *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010 S. 116 (118).
22 Dazu ausf. *Hamann*, NZA 2011 S. 70 (72).
23 BAG vom 28. 6. 2000 – 7 AZR 100/99, DB 2000 S. 2126; *Boemke/Lembke*, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rdn. 168; a. A. *Ulber*, AuR 2010 S. 10 (11).
24 Dies deckt sich mit den Erkenntnissen des 11. Erfahrungsberichts zum AÜG, vgl. BT-Drucks. 17/464 S. 23.
25 I. E. ebenso *Boemke*, RIW 2009 S. 177 (179); a. A. *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287 (310).
26 *Lembke*, BB 2003 S. 98 (103).
27 *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1538).
28 BR-Drucks. 847/10 S. 7.

schaften zu erstrecken, die die Arbeitnehmer ausschließlich an andere (Konzern-)Unternehmen überlassen, legt es aber nahe, § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E so auszulegen, dass das Konzernprivileg gilt, wenn der Arbeitnehmer *nicht ausschließlich* zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, sondern auch beim überlassenden Unternehmen eingesetzt wird. Das AÜG findet also nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E keine Anwendung, wenn der konzernintern überlassene Arbeitnehmer als „normaler" Arbeitnehmer eingestellt und beschäftigt wird, aber z. B. aufgrund einer Konzernversetzungsklausel auch als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden kann.

In der im *Referentenentwurf* geplanten Fassung erfasste das Konzernprivileg noch die konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern, die „nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt" wurden. Danach kam es auf den Zeitpunkt der *Einstellung* an, wodurch Umgehungsmöglichkeiten zu einem späteren Zeitpunkt eröffnet waren, etwa durch die *nach* der Einstellung getroffene Vereinbarung, den Arbeitnehmer künftig nur noch als Leiharbeitnehmer einzusetzen[29]. Durch die nun im RegE vorgesehene Formulierung („nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt *und beschäftigt* wird") soll sichergestellt werden, dass es nicht allein auf den bei Abschluss des Arbeitsvertrags festgelegten Leistungsinhalt ankommt, sondern auch darauf, dass der Arbeitnehmer später nicht zum Zweck der Überlassung beschäftigt wird[30]. Der Wortlaut ist angesichts dieser Gesetzesbegründung freilich vollkommen missraten. Mit der Formulierung „nicht zum Zweck der Überlassung . . . beschäftigt wird" ist wohl gemeint, dass der Arbeitnehmer nicht irgendwann ausschließlich als Leiharbeitnehmer eingesetzt, d. h. nur noch an Dritte (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlassen wird, ohne jemals wieder beim Vertragsarbeitgeber (Verleiher) beschäftigt zu werden. Außerdem müsste es statt „und" wohl „oder" heißen. Gemeint ist also wohl, dass das Konzernprivileg im Fall der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung nur gelten soll, „wenn der Arbeitnehmer nicht ausschließlich zum Zweck der Überlassung eingestellt oder wenn er nicht ausschließlich an andere Konzernunternehmen zum Zweck der Arbeitsleistung überlassen wird".

Schließlich greift die Änderung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E auch im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben zu kurz. Die LeiharbeitsRL enthält keine Ausnahmetatbestände für konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung. Vielmehr ist ihr Anwendungsbereich in Art. 1 RL umfassend geregelt und nimmt nur bestimmte öffentlich geförderte Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisse (vgl. Art. 1 Abs. 3 RL), nicht jedoch die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung oder sonstige in § 1 Abs. 3 AÜG geregelte Konstellationen von ihrem Anwendungsbereich aus. Daher gelten die materiellen Regelungen der RL, insbes. der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 5 RL) sowie die Vorschriften über den Zugang der Leiharbeitnehmer zu Beschäftigung, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflicher Bildung (Art. 6 RL), auch für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung. Um die Leiharbeitsrichtlinie europarechtskonform umzusetzen, bedarf es daher entweder der Streichung der Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 3 AÜG oder – weniger weitgehend – zumindest einer entsprechenden Änderung des Einleitungssatzes von § 1 Abs. 3 AÜG[31]. Die in der Begründung zum RegE geäußerte Auffassung, aus der Definition von „Leiharbeitsunternehmen" und „Leiharbeitnehmer" in Art. 3 Abs. 1 lit. b) und c) RL folge, dass Arbeitnehmer, die zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden, vom Schutzbereich der RL ausgenommen seien[32], ist hingegen unzutreffend. Das würde bedeuten, dass Arbeitnehmer, die nicht ausschließlich, aber auch als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden (z. B. aufgrund einer Konzernversetzungsklausel), nicht vom Schutz der RL erfasst wären. Damit wären insbes. Arbeitnehmer von Mischbetrieben, die auch als Leiharbeitnehmer an Dritte überlassen werden, nicht erfasst, obwohl gerade Mischbetriebe in der Praxis eine große Rolle spielen[33]. Aus Art. 1 Abs. 1 RL ergibt sich eine derartige Beschränkung des Anwendungsbereichs der RL jedoch nicht[34].

4. Privilegierung nur gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG-E)

Ebenso europarechtswidrig wie das Konzernprivileg ist die in § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG-E neu eingefügte Regelung, wonach das AÜG – mit Ausnahme des § 1b Satz 1 AÜG etc. – nicht anzuwenden ist auf die Arbeitnehmerüberlassung „zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird". Mit der Ausnahmevorschrift sollen in Bezug sowohl auf den Arbeitnehmer als auch auf das überlassende Unternehmen gelegentlich auftretende Überlassungsfälle ausgeklammert werden, wie z. B. die Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens. Diese Privilegierung sei vor dem Hintergrund der Ausweitung des Anwendungsbereichs des AÜG geboten, um z. B. die gelegentliche Überlassung durch Handwerksbetriebe oder gemeinnützige Organisationen nicht unnötig zu erschweren[35]. Aufgrund der Europarechtswidrigkeit der Neuregelung ist der Praxis allerdings nicht zu empfehlen, auf diese Regelung zu vertrauen.

5. Folgeänderungen in § 1a und § 1b AÜG-E

Mit wiederum zweifelhafter Begründung soll die Privilegierung der Kollegenhilfe i. S. des § 1a AÜG künftig auf die Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt werden, „die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden"[36]. In § 1b AÜG-E werden die Wörter „gewerbsmäßig" gestrichen. Die in § 1b AÜG geregelten Beschränkungen in der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes bleiben hingegen erhalten. Europarechtlich geboten ist jedoch die Aufhebung des § 1b AÜG[37].

6. RL-bedingte Änderungen beim Equal Pay/Treatment

Zentrale Vorschrift der LeiharbeitRL ist Art. 5, in dem der Grundsatz der Gleichbehandlung („Equal Pay/Treatment") normiert ist. Danach müssen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art. 3 Abs. 1 lit. f) RL) der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie vom entleihenden Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Leiharbeitnehmer sind also grundsätzlich so zu behandeln, als wären sie – hypothetisch – direkt vom Entleiher eingestellt worden (Art. 5 Abs. 1 RL). Nach Art. 5 Abs. 2 RL können die Mitgliedstaaten in Bezug auf das Arbeitsentgelt („Equal Pay") eine Ausnahme vorsehen, wenn Leiharbeitnehmer, die einen un-

29 Vgl. *Ulber*, AuR 2010 S. 412 (414).
30 BR-Drucks. 847/10 S. 7.
31 Vgl. *Boemke*, RIW 2009 S. 177 (179); *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287 (303); *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1540); *Ulber*, AuR 2010 S. 10 (12).
32 BR-Drucks. 847/10 S. 7 f.
33 Vgl. *Lembke/Distler*, NZA 2006 S. 952 (953), m. w. N.
34 Ebenso *Ulber*, AuR 2010 S. 10 (11).
35 BR-Drucks. 847/10 S. 7.
36 BR-Drucks. 847/10 S. 8.
37 *Boemke*, RIW 2009 S. 177 (181 f.); *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287 (312); *Thüsing*, DB 9/2010 Standpunkte S. 17 f.; *Thüsing*, RdA 2009 S. 118 (119); a. A. *Ulber*, AuR 2010 S. 10 (13).

befristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden. Zwar werden in Deutschland Leiharbeitsverhältnisse häufig unbefristet abgeschlossen[38], jedoch hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Art. 5 Abs. 2 RL (bislang) keinen Gebrauch gemacht.

Nach Art. 5 Abs. 3 RL können die Mitgliedstaaten den Sozialpartnern ferner die Möglichkeit einräumen, – auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen – Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichende Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern enthalten können. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber bereits im Rahmen der Hartz-Reform des AÜG „vorauseilend" Gebrauch gemacht. Von dem in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG verankerten Grundsatz des Equal Pay/Treatment kann ein Tarifvertrag abweichende Regelungen selbst treffen oder es zulassen, dass solche Regelungen in Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträgen getroffen werden[39]. Abweichende tarifliche Regelungen finden im Leiharbeitsverhältnis Anwendung entweder kraft beiderseitiger Tarifbindung von Verleiher und Entleiher, Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags oder aufgrund einer individualvertraglichen Inbezugnahme der Tarifregelungen durch die Leiharbeitsvertragsparteien, sofern sie sich im Geltungsbereich des abweichenden Tarifvertrags befinden (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG a.E.). Aufgrund des niedrigen Organisationsgrads unter Leiharbeitnehmern spielt der Fall der Inbezugnahme von Zeitarbeits-Tarifverträgen in der Praxis eine überragende Rolle[40].

a) Wegfall der Sechswochen-Ausnahme für zuvor Arbeitslose

Wie gefordert[41], wird die Sechswochen-Ausnahme vom Grundsatz des Equal Pay/Treatment (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1 Teil 2 und Hs. 2, 9 Nr. 2 Hs. 1 Teil 2 und Hs. 2 AÜG) gestrichen, weil sie keine Entsprechung in der RL hat[42]. Dadurch kommt es zu redaktionellen Änderungen in § 12 Abs. 1 Satz 3 und § 13 AÜG, in denen bislang von „einer der beiden" Ausnahmen zum Grundsatz des Equal Pay/Treatment die Rede war.

b) Keine richtlinienbedingte Änderung der gesetzlichen Tariföffnungsklausel

Im Hinblick auf das – in Art. 5 Abs. 3 RL sowie in den Erwägungsgründen 16 und 17 enthaltene – Gebot der „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern" wird verschiedentlich gefordert, das AÜG müsse künftig den Tarifvertragsparteien zur Vorgabe machen, bei der Gestaltung von Abweichungen vom Grundsatz des Equal Pay/Treatment ein angemessenes Gesamtschutzniveau für Leiharbeitnehmer zu wahren[43]. Dieser Forderung ist der RegE aber zu Recht nicht gefolgt. Denn aus dem Erwägungsgrund 19 ergibt sich, dass die LeiharbeitsRL die national gewährleistete Tarifautonomie nicht beeinträchtigen möchte. Aus der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie folgen aber ein grundsätzliches Verbot der Tarifzensur[44] und eine Angemessenheitsvermutung für wirksame Tarifverträge[45]. Daher können Tarifnormen im Hinblick auf das Arbeitsentgelt nur beanstandet werden, wenn die tarifvertraglichen Entgeltvereinbarungen den in Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsanforderungen nicht mehr genügen und der Tariflohn einen „Hungerlohn" darstellt[46]. Legislativer Änderungsbedarf besteht insoweit also nicht[47].

c) Neue Ordnungswidrigkeit bei Verstoß gegen § 10 Abs. 4 AÜG (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG-E)

§ 10 Abs. 4 AÜG-E wird neu gefasst, ohne dass der Gesetzgeber damit jedoch inhaltliche Änderungen verbindet. Die Norm wird lediglich dahingehend umformuliert, dass die Verpflichtung des Verleihers zur Gewährung von Equal Pay/Treatment im Fall der Nichtanwendbarkeit abweichender Tarifregelungen ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, sodass ein Verstoß gegen diese Verpflichtung als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann[48]. Die entsprechende Ordnungswidrigkeitsregelung wird neu in § 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG-E eingefügt. Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig „entgegen § 10 Abs. 4 eine Arbeitsbedingung nicht gewährt". Künftig löst der Verstoß gegen den Grundsatz des Equal Pay/Treatment also nicht nur arbeitsrechtliche Ansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher auf Auskunft (§ 13 AÜG) und gegen den Verleiher auf Gewährung der entsprechenden Arbeitsbedingungen (§ 10 Abs. 4 AÜG) sowie erlaubnisrechtliche Konsequenzen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, §§ 4, 5 AÜG) aus, sondern er kann auch als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 25.000 € geahndet werden (§ 16 Abs. 2 AÜG-E). Grund der geplanten Gesetzesänderung ist, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 2 RL gehalten sind, im Fall eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Umsetzungsvorschriften „wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen" vorzusehen[49].

7. Verbot der Vereinbarung einer Vermittlungsgebühr für Leiharbeitnehmer (§ 9 Nr. 5 AÜG-E)

Art. 6 Abs. 3 RL regelt das Verbot für Leiharbeitsunternehmen, vom Leiharbeitnehmer eine Gegenleistung in Form einer Überlassungs- oder Vermittlungsvergütung zu verlangen. Der neu eingefügte § 9 Nr. 5 AÜG-E stellt dies durch die Regelung klar, dass Vereinbarungen, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat, unwirksam sind[50]. Diese Rechtsfolge gilt für jegliche Vereinbarungen individual- und kollektivrechtlicher Art unabhängig davon, von wem sie abgeschlossen werden.

8. Information des Leiharbeitnehmers über freie Arbeitsplätze im Entleiherunternehmen (§ 13a AÜG-E)

In Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 RL wird folgender neuer § 13a AÜG-E eingefügt:

> „Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer über Arbeitsplätze im Unternehmen des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleihers erfolgen."

38 Vgl. BT-Drucks. 17/464 S. 33 f.
39 Näher *Boemke/Lembke*, a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rdn. 105 ff.
40 *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007 S. 87 (90).
41 *Boemke*, RIW 2009 S. 177 (182 f.); *Fuchs*, NZA 2009 S. 57 (63); *Hamann*, EuzA Bd. 2 (2009), S. 287 (308); *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1540); *Thüsing*, RdA 2009 S. 118.
42 BR-Drucks. 847/10 S. 8.
43 *Blanke*, DB 2010 S. 1528 (1531 f.); *Düwell/Dahl*, DB 2009 S. 1070 (1073); *Fuchs*, NZA 2009 S. 57 (61); *Ulber*, AuR 2010 S. 10 (14); *Ulber*, AuR 2010 S. 412 (413); *Waltermann*, NZA 2010 S. 482 (484).
44 Vgl. BAG vom 28. 3. 2006 – 1 ABR 58/04, DB 2006 S. 2070, Rdn. 69.
45 Zutr. BR-Drucks. 847/10 S. 9.
46 Vgl. BAG vom 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, DB 2004 S. 1432; vom 28. 5. 2009 – 6 AZR 144/08, DB 2009 S. 1769 (1770), Rdn. 29.
47 I. E. ebenso *Deinert*, NZA 2009 S. 1176 (1180); *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1540); *Thüsing*, DB 9/2010 Standpunkte S. 17 f.; *Thüsing*, RdA 2009 S. 118.
48 BR-Drucks. 847/10 S. 10.
49 BR-Drucks. 847/10 S. 10 f.
50 Vgl. BR-Drucks. 847/10 S. 9 f.

§ 13a AÜG-E ist gesetzestechnisch § 18 TzBfG nachempfunden. Er normiert einen selbstständig einklagbaren Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher, der ebenso wie der Auskunftsanspruch nach § 13 AÜG in die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG fällt[51]. Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf sämtliche offenen Stellen in allen Betrieben des Entleiher*unternehmens* und ist nicht auf den Einsatzbetrieb des Leiharbeitnehmers beschränkt. Obwohl die RL auf eine Chancengleichheit hinsichtlich unbefristeter Arbeitsplätze abzielt, hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht nur über Positionen zu unterrichten, die unbefristet besetzt werden sollen, sondern auch über befristete Anstellungsmöglichkeiten. Unerheblich ist auch, ob der jeweilige Leiharbeitnehmer für die Stelle, die besetzt werden soll, geeignet ist. Der Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle erfüllt werden, z. B. durch Aushang am schwarzen Brett[52], im für die Mitarbeiter zugänglichen Intranet oder in einer Werks- bzw. Mitarbeiterzeitung[53].

Die Informationspflicht des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer ist in § 16 Abs. 1 Nr. 9 AÜG-E sanktionsbewehrt. Ein Verstoß dagegen kann als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld i. H. von bis zu 2.500 € geahndet werden (§ 16 Abs. 2 AÜG-E). Eine § 9 Nr. 2a AÜG-E entsprechende Regelung fehlt bislang im Gesetzesentwurf; dies sollte korrigiert werden[54]. Ansonsten sind jegliche Art von Vereinbarungen, die den Informationsanspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13a AÜG-E beschränken, gem. § 134 BGB unwirksam.

9. Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen (§ 13b AÜG-E)

Der neue § 13b AÜG-E setzt nahezu wortgleich Art. 6 Abs. 4 RL um[55]. Art. 6 Abs. 4 RL erstreckt den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 RL) auf weitere, nicht in Art. 3 Abs. 1 lit. f) RL aufgeführte Arbeitsbedingungen, ist aber nicht tarifdispositiv[56]. § 13b AÜG-E lautet wie folgt:

> „Der Entleiher hat dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste i. S. des Satzes 1 sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel."

§ 13b AÜG-E begründet einen eigenen einklagbaren Anspruch gegenüber dem Entleiher auf Gewährung von Zugang zu den beim Entleiher existierenden Gemeinschaftseinrichtungen und Gemeinschaftsdiensten unter den gleichen Bedingungen wie den übrigen beim Entleiher tätigen Arbeitnehmern[57]. Der Leiharbeitnehmer kann diesen Anspruch oder entsprechende Sekundäransprüche (z. B. auf Schadensersatz) – ebenso wie die Ansprüche nach § 13 AÜG und § 13a AÜG-E – vor den Arbeitsgerichten geltend machen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG).

Unter „Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten" fallen neben den in § 13b Satz 2 AÜG-E genannten Beispielen mit einer bestimmten Ausstattung versehene bewegliche oder unbewegliche Sachen des Entleihers oder mit bzw. an diesen Sachen erbrachte Leistungen, die der Entleiher einer Gemeinschaft seiner Arbeitnehmer – also nicht individuell ausgewählten Arbeitnehmern, sondern einer generell-abstrakt bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern – zur Verfügung stellt. Erfasst werden also z. B. Erholungsheime, Sportanlagen, Werkmietwohnungen, Werkfahrdienste, Parkplätze und Einrichtungen zum verbilligten Personalkauf, nicht hingegen vom Entleiher an seine Arbeitnehmer gewährte Geldleistungen (wie z. B. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, Essens-, Fahrtkosten-, Mietkostenzuschuss) oder Geldsurrogate wie Gutscheine (z. B. Essens-, Tankgutscheine)[58].

Der Anspruch des Leiharbeitnehmers ist ausgeschlossen, wenn eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund kann z. B. vorliegen, wenn der Entleiher gemessen an der individuellen Einsatzdauer einen unverhältnismäßigen Organisations- bzw. Verwaltungsaufwand bei der Gewährung des Zugangs hätte[59]. Dies dürfte in der Praxis aber wohl die Ausnahme darstellen.

Der Anspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13b AÜG-E wird dadurch flankiert, dass nach § 9 Nr. 2a AÜG-E „Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers . . . entgegen § 13b beschränken", unwirksam sind. Erfasst werden sowohl individuelle Vereinbarungen als auch Kollektivvereinbarungen (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung), die den Anspruch aus § 13b AÜG beschränken. Abgesehen davon sanktioniert der neue § 16 Abs. 1 Nr. 10 AÜG-E den vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß des Entleihers gegen § 13b AÜG-E als Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße von bis zu 2.500 € geahndet werden kann.

III. Änderungen zur Verhinderung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung

Neben der Umsetzung der LeiharbeitsRL verfolgt das Änderungsgesetz das Ziel, den in der Praxis bekannt gewordenen missbräuchlichen Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern und damit die Zeitarbeit als flexibles arbeitsmarktpolitisches Instrument mit positiven Beschäftigungseffekten zu stärken und zukunftsfest weiter zu entwickeln[60].

1. Hintergrund: Der „Fall Schlecker"

Künftig soll verhindert werden, dass Arbeitnehmerüberlassung als „Drehtür" zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen missbraucht wird. Paradigma des vom Gesetzgeber als Missbrauch empfundenen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung war der „Fall Schlecker", der eine breite öffentliche Diskussion über konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung auslöste[61].

2. Drehtürklausel (§ 9 Nr. 2 a.E., § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG-E)

Im Hinblick auf die Ausgliederung von Arbeitsplätzen auf ein Verleihunternehmen zum Zweck der Lohnkostensenkung und des anschließenden Rückverleihs der Arbeitnehmer auf die alten Arbeitsplätze („Drehtüreffekt", „sale and lease back") soll in der

51 Näher *Lembke*, NZA 2011, Heft 6; zu § 13 AÜG vgl. LAG Hamburg vom 24. 10. 2007 – 4 Ta 11/07, juris; ArbG Freiburg vom 7. 7. 2010 – 12 Ca 188/10, BeckRS 2010 71293; *Boemke/Lembke*, a.a.O. (Fn. 7), § 13 Rdn. 17; AnwK-ArbR/*Böhm*, 2. Aufl. 2010, § 13 AÜG Rdn. 5; a. A. HK-ArbR/*Lorenz*, 2. Aufl. 2010, § 13 AÜG Rdn. 7.
52 BR-Drucks. 847/10 S. 10.
53 Näher zu § 13a AÜG *Lembke*, NZA 2011, Heft 6.
54 Ebenso *Klebe*, AiB 2010 S. 646 (648); *Ulber*, AuR 2010 S. 412 (415).
55 BR-Drucks. 847/10 S. 10.
56 *Hamann*, EuZA, Bd. 2 (2009), S. 287 (318 f.); *Riederer von Paar*, a.a.O. (Fn. 12), Einl. Rdn. 619.
57 Vgl. BR-Drucks. 847/10 S. 10; näher zu § 13b AÜG *Lembke*, NZA 2011 Heft 6.
58 Näher *Lembke*, NZA 2011 Heft 6.
59 BR-Drucks. 847/10 S. 11.
60 Vgl. BR-Drucks. 847/10 S. 5.
61 Vgl. nur BT-Drucks. 17/426; BT-Drucks. 17/551; BT-Drucks. 17/1155; *Böhm*, DB 2010 S. 672; *Böhm*, DB 2010 S. 1350; *Düwell/Dahl*, DB 2010 S. 1759; *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1537).

arbeitsrechtlichen Norm des § 9 Nr. 2 sowie im gewerbe-/erlaubnisrechtlichen Pendant des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG-E jeweils am Ende folgende Regelung eingefügt werden:

> „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 i. S. des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind."

Diese sog. „Drehtürklausel" soll nach Art. 2 Abs. 2 RegE bereits am Tag nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten; allerdings regelt die neu gefasste Übergangsvorschrift des § 19 AÜG-E, dass die Drehtürklausel auf vor dem 15. 12. 2010 begründete Leiharbeitsverhältnisse nicht anzuwenden ist[62].

a) Normzweck

Die Drehtürklausel stellt eine Rückausnahme zur Tariföffnungsklausel des Grundsatzes von Equal Pay/Treatment dar. Der Gesetzgeber sah die von den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit vorgesehenen tariflichen „Schlecker-Klauseln"[63] offenbar als unzureichend an. Die neue Regelung soll den missbräuchlichen Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen ausschließen, in denen Arbeitnehmer entlassen oder nicht weiter beschäftigt werden, also aus dem Unternehmen ausscheiden und als Leiharbeitnehmer wieder in ihrem ehemaligen oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zu schlechteren Arbeitsbedingungen als die Arbeitnehmer des Entleihers eingesetzt werden. Der Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung auch in diesen Fällen soll zwar weiterhin möglich sein, jedoch soll zum Schutz der Leiharbeitnehmer der Grundsatz von Equal Pay/Treatment gelten[64]. Dadurch bleiben Verleihgesellschaften zulässig, welche die Funktionen eines konzerninternen Arbeitsamts, einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft oder eines Pools an qualifizierten Mitarbeitern übernehmen, was in der Praxis insbes. bei großen Konzernen vorkommt[65].

b) Tatbestandsvoraussetzungen

Die Drehtürklausel setzt voraus, dass der zu überlassende Leiharbeitnehmer früher mit dem Entleiher oder mit einem Unternehmen, das demselben Konzern wie der Entleiher angehört, in einem Arbeitsverhältnis stand. Ein früheres *Ausbildungsverhältnis* ist einem früheren Arbeitsverhältnis zum Entleiher oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen nicht gleichzusetzen[66]. Dies folgt daraus, dass der Diskussionsentwurf vom 4. 6. 2010 noch eine Drehtürklausel enthielt, die sowohl ein früheres Arbeits- auch als ein früheres Ausbildungsverhältnis erfasste; hingegen wurde das frühere Ausbildungsverhältnis im Referenten- sowie im RegE gestrichen.

Das frühere Arbeitsverhältnis muss mit dem Entleiher bestanden haben oder mit einem Unternehmen, das mit dem Entleiher einen Konzern i. S. des § 18 AktG bildet. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG[67].

Die Drehtürklausel setzt zudem voraus, dass der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis beim Entleiher oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen „ausgeschieden" ist. Das frühere Arbeitsverhältnis muss also in den letzten sechs Monaten vor der in Frage stehenden Überlassung, d. h. vor dem konkreten Überlassungsbeginn, bestanden haben und beendet worden sein. Besteht das Arbeitsverhältnis zum Entleiher oder dem anderen Konzernunternehmen noch fort, z. B. als ruhendes, greift die Drehtürklausel nicht ein. Dies eröffnet Gestaltungsmöglichkeiten, die auch als missbräuchlich angesehen werden könnten, aber vom Gesetz nicht erfasst werden.

c) Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen der Drehtürklausel vor, hat dies zur Folge, dass vom Grundsatz des Equal Pay/Treatment abweichende tarifliche Regelungen im Arbeitsverhältnis des betreffenden Leiharbeitnehmers nicht gelten und dass er gem. § 10 Abs. 4 AÜG vom Verleiher die Gewährung der im Entleiherbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen kann[68]. Zwar ist der Wortlaut nicht eindeutig, jedoch ist nach Sinn und Zweck der Regelung davon auszugehen, dass sowohl Tarifnormen, die selbst Abweichungen von Equal Pay/Treatment regeln, als auch Öffnungsklauseln, die Abweichungen in Betriebs- oder Individualvereinbarungen zulassen, erfasst sein sollen. Die Nichtgeltung der Tarifnormen für Leiharbeitnehmer, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen ausgeschieden sind, ist nicht auf sechs Monate beschränkt; vielmehr gelten die abweichenden Tarifnormen *dauerhaft* nicht, unabhängig davon, ob sie im Leiharbeitsverhältnis eigentlich aufgrund beiderseitiger Tarifbindung, Allgemeinverbindlicherklärung oder individualrechtlicher Inbezugnahme anwendbar wären. Entgegenstehende Individual- oder Kollektivvereinbarungen sind unwirksam (§ 9 Nr. 2 AÜG). Verstößt ein Verleiher gegen die geschilderten Grundsätze, ist die beantragte Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG), und eine bereits erteilte Erlaubnis kann gem. §§ 4, 5 AÜG zurückgenommen oder widerrufen werden. Da bei einem Verstoß gegen die Drehtürklausel auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des Equal Pay/Treatment vorliegt, greift ferner der neu eingefügte Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG-E ein.

d) Kritik

Es ist fraglich, ob die Drehtürklausel geeignet ist, die als missbräuchlich empfundene Ausgliederung von Arbeitsplätzen auf ein Verleihunternehmen zum Zweck der Lohnkostensenkung mit anschließendem Rückverleih wirksam zu verhindern. Das Gesetz lässt diverse Umgehungsmöglichkeiten zu. Wie dargelegt, greift die Drehtürklausel z. B. nicht, wenn das frühere Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher nur ruhend gestellt wurde, aber noch fortbesteht. Abgesehen davon eröffnet das – nicht europarechtskonforme – Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E die Möglichkeit, dass §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG-E und die darin enthaltene Drehtürklausel keine Anwendung finden. So kann z. B. das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers beendet und ein neues mit einer konzerninternen Verleihgesellschaft begründet werden, die einen Mischbetrieb unterhält und mit dem Arbeitnehmer vereinbart, dass dieser nicht ausschließlich zum Zweck der Überlassung eingestellt wird, sondern sowohl bei der konzerninternen Verleihgesellschaft selbst eingesetzt als auch als Leiharbeitnehmer an konzerninterne oder externe Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen werden kann. In einer solchen Konstellation gilt das Konzernprivileg, und das AÜG findet keine Anwendung.

Die Praxis wird die Anwendung des Grundsatzes von Equal Pay/Treatment in den Fällen der Ausgliederung mit anschlie-

---

62 BR-Drucks. 847/10 S. 12.
63 Vgl. § 1.2 MTV BZA-DGB; Ziffer 1.2 MTV AMP-CGB; dazu *Böhm*, DB 2010 S. 1350.
64 BR-Drucks. 847/10 S. 9.
65 Vgl. *Lembke*, BB 2010 S. 1533 (1537), m. w. N.
66 Vgl. BT-Drucks. 17/3807 S. 34 f.
67 Dazu *Boemke/Lembke*, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rdn. 196 ff.
68 Vgl. BR-Drucks. 847/10 S. 9.

ßendem Rückverleih dadurch vermeiden, dass der Leiharbeitnehmer vor dem „Rückverleih" für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten bei einem oder mehreren anderen Entleihern eingesetzt wird. Vor diesem Hintergrund werden Zeitarbeitsunternehmen die Leiharbeitnehmer stets nach deren Vorbeschäftigung fragen, um zu vermeiden, dass sie bei einem Entleiher eingesetzt werden, der innerhalb der letzten sechs Monate einmal ihr Vertragsarbeitgeber war oder der demselben Konzern wie der frühere Vertragsarbeitgeber angehört.

Abgesehen davon sind die Drehtürklausel und die damit verbundene vorbehaltlose Geltung von Equal Pay/Treatment verfassungsrechtlich höchst zweifelhaft[69]. Sie führt nämlich dazu, dass Tarifverträge, die in Ausübung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) abgeschlossen werden, in den von der Drehtürklausel erfassten Fallkonstellationen nicht gelten. Die Nichtgeltung der Tarifregelungen mag man vielleicht noch rechtfertigen können, soweit es um Tarifregelungen geht, die eigentlich kraft Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 Abs. 4 TVG) oder kraft individualrechtlicher Bezugnahmevereinbarung anwendbar wären. Soweit aber auch Fälle erfasst werden, in denen die Tarifregelungen an sich kraft beiderseitiger Tarifbindung (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) gelten, geht es um die Ausübung der individuellen positiven Koalitionsfreiheit der tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie um die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien und damit um einen Eingriff in den Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind aber nur verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren[70]. Der mit der Drehtürklausel verbundene Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG kann nicht gerechtfertigt werden. Ein die Drehtürklausel rechtfertigendes Schutzgut von Verfassungsrang ist nicht ersichtlich. Insbes. kann nicht auf das „Interesse des Leiharbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen" abgestellt werden, welches das BVerfG – unzutreffend – als durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt angesehen hat[71]. Insoweit fehlt es bereits an der im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfenden Erforderlichkeit der Maßnahme. Denn angemessene Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer werden bereits durch das Schlechterstellungsverbot (Equal Pay/Treatment) sowie die im Rahmen der gesetzlichen Tariföffnungsklausel erlassenen Zeitarbeits-Tarifverträge gewährleistet. Dazu bedarf es der Drehtürklausel nicht.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Das geplante „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes" in der im RegE vorgeschlagenen Fassung setzt die LeiharbeitsRL nur z. T. europarechtskonform um und wirft zahlreiche Zweifelsfragen auf, die vielfach wohl erst durch den EuGH abschließend geklärt werden. In einem zweiten Schritt ist geplant, eine Lohnuntergrenze für die Zeitarbeit im AÜG zu definieren, die dann „alle Arbeitnehmer der Branche vor Dumpinglöhnen aus europäischen Nachbarländern schützen" soll[72]. Insoweit stehen weitere Änderungen im AÜG ins Haus, die freilich europa- und verfassungsrechtlich nicht minder kritisch sind.

---

69 *Lembke*, NJW-aktuell 45/2010 S. 12; vgl. auch *Boemke/Lembke*, DB 2002 S. 893 (896 f.).

70 BVerfG vom 29. 12. 2004 – 1 BvR 2283/03 u. a., BB 2005 S. 495 (496), m. Anm. *Lembke*; *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007 S. 87 (110), m. w. N.

71 Vgl. BVerfG vom 29. 12. 2004, a.a.O. (Fn. 73), , unter C. II. 5. b).

72 So Ministerin *von der Leyen*, vgl. PM des BMAS in NZA 1/2011 S. X; zur Diskussion *Böhm*, NZA 2010 S. 1218; zur Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Lohnuntergrenze im AÜG mit der RL vgl. *Ulber*, AuR 2010 S. 412 (416).

Rechtsanwalt Dr. Mark Lembke, LL. M. (Cornell)*

Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern

Das AÜG wurde zuletzt vor acht Jahren im Rahmen der Hartz-Reformen grundlegend geändert (vgl. Lembke, BB 2003, 98; Ulber, AuR 2003, 7). Vor dem Hintergrund der am 5. 12. 2008 in Kraft getretenen europäischen Leiharbeitsrichtlinie steht nun eine erneute Gesetzesänderung des AÜG an, die auch neue Ansprüche von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern begründet, namentlich einen Anspruch auf Auskunft über freie Arbeitsplätze (§ 13a AÜG) und auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen (§ 13b AÜG). Diese neuen Rechte sind für alle Unternehmen, die Leiharbeitnehmer einsetzen, von erheblicher praktischer Bedeutung. Der vorliegende Beitrag erläutert die insoweit geplanten Neuregelungen auf Grundlage des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 31. 12. 2010 über ein „Erstes Gesetz zur Änderung des AÜG" (BR-Dr 847/10).

I. Einleitung

Nachdem das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 4. 6. 2010 zunächst einen „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG)" veröffentlicht und zur Diskussion gestellt hatte[1], folgte am 2. 9. 2010 ein Referentenentwurf zum geplanten „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung"[2]. Am 15. 12. 2010 beschloss die Bundesregierung nun den „Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" (nachfolgend „RegE"), der am 31. 12. 2010 dem Bundesrat zugeleitet wurde[3].

---

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Attorney-at-Law (New York) und Partner bei *Greenfort* in Frankfurt a. M. sowie Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.

1 Abrufbar unter www.aus-portal.de; dazu *Böhm*, NZA 2010, 1218; *Düwell/Dahl*, DB 2010, 1759 (1761 f.)

2 Abrufbar unter www.aus-portal.de; dazu *Böhm, DB 2011, 473; Hamann*, NZA 2011, 70; *Klebe*, AiB 2010, 646; *Lembke*, NJW-aktuell H. 45/2010, S. 12; *Lembke*, NZA H. 21/2010, Editorial; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1; *Ulber*, AuR 2010, 412.

3 Dazu *Lembke*, DB 2011, 414

Ziel des geplanten Gesetzes ist es, einerseits Fälle des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung wie im „Fall Schlecker[4]" zu unterbinden und andererseits die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit[5] (nachfolgend „Leiharbeitsrichtlinie" oder „Richtlinie") in deutsches Recht umzusetzen[6], was nach Art. 11 I bis spätestens 5. 12. 2011 zu geschehen hat[7]. Zur Verhinderung der missbräuchlichen Ausgliederung von Arbeitsplätzen auf ein Verleihunternehmen zum Zwecke der Lohnkostensenkung und des anschließenden Rückverleihs der Leiharbeitnehmer auf die alten Arbeitsplätze („Drehtüreffekt") soll in §§ 9 Nr. 2, 3 I Nr. 3 AÜG jeweils am Ende eine so genannte „Drehtürklausel" eingefügt werden. Danach soll eine derartige missbräuchliche Arbeitnehmerüberlassung dadurch unattraktiv gemacht werden, dass vom Grundsatz des Equal Pay/Treatment abweichende tarifliche Regelungen nicht für Leiharbeitnehmer gelten, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem mit dem Entleiher in einem Konzern i. S. des § 18 AktG verbundenen Unternehmen ausgeschieden sind[8].

Zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie ist geplant, dass die Erlaubnispflicht künftig für „im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit" ausgeübte Arbeitnehmerüberlassung gilt (§ 1 I 1 AÜG-E). Beim Grundsatz von Equal Pay/Treatment (§§ 9 Nr. 2, 3 I Nr. 3 AÜG) wird die Sechswochen-Ausnahme für zuvor Arbeitslose gestrichen. In § 1 III AÜG soll das Konzernprivileg (Nr. 2) modifiziert und in Nr. 2 a eine weitere – in der Richtlinie nicht vorgesehene und daher ebenso europarechtswidrige[9] – Ausnahme vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgesehen werden. Ferner werden die Entleiher in Umsetzung von Artikel 6 der Leiharbeitsrichtlinie verpflichtet, den in ihrem Betrieb tätigen Leiharbeitnehmern Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen zu gewähren (Art. 6 IV Richtlinie, § 13 b AÜG-E) und sie über Arbeitsplätze im Einsatzunternehmen zu unterrichten, die besetzt werden sollen (Art. 6 I Richtlinie, § 13 a AÜG-E). Letztere Regelungen sind Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

II. Information des Leiharbeitnehmers über freie Arbeitsplätze im Entleiherunternehmen (§ 13 a AÜG-E)

Der geplante neue § 13 a AÜG lautet wie folgt:

§ 13 a. *Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze.* Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer über Arbeitsplätze des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleihers erfolgen.

1. Gesetzeszweck

§ 13 a AÜG-E dient der Umsetzung von Art. 6 I Richtlinie, wonach die Leiharbeitnehmer „über die im entleihenden Unternehmen offenen Stellen unterrichtet (werden), damit sie die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz haben wie die übrigen Arbeitnehmer dieses Unternehmens" (Art. 6 I 1 Richtlinie). Diese Unterrichtung kann durch allgemeine Bekanntmachung an einer geeigneten Stelle im entleihenden Unternehmen erfolgen (Art. 6 I 2 Richtlinie). Zweck von § 13 a AÜG-E ist es, die Übernahme der Leiharbeitnehmer in die Stammbelegschaft des Entleihers dadurch zu unterstützen, dass sie über freie Arbeitsplätze des Entleihers informiert werden und sich so auf diese Stellen bewerben können[10]. Dies dient dem – auch in der Leiharbeitsrichtlinie (vgl. Erwägungsgrund 11 und Art. 2 Richtlinie) verankerten – Ziel, die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur als flexibles arbeitsmarktpolitisches Instrument zu stärken, sondern auch ihre Potenziale zur Schaffung von Arbeitsplätzen zu unterstützen[11].

§ 13 a AÜG-E hat – ebenso wie Art. 6 I Richtlinie – eine „überschießende Tendenz", weil es dem Leiharbeitnehmer Rechte einräumt, die über das hinausgehen, was einem vergleichbaren (Stamm-)Arbeitnehmer des Entleihers zusteht. Ein (normaler) Arbeitnehmer des Entleihers hat – abgesehen von § 18 TzBfG (Recht befristet beschäftigter Arbeitnehmer auf Information über entsprechende unbefristete Arbeitsplätze) und § 7 II TzBfG (Information über freie dem Arbeitszeitveränderungswunsch des Arbeitnehmers entsprechende Arbeitsplätze) – keinen allgemeinen Auskunftsanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber auf Unterrichtung über freie Arbeitsplätze. Allerdings kann der Betriebsrat nach § 93 BetrVG verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. § 93 BetrVG verliert durch § 13 a AÜG-E an Bedeutung, weil der Entleiher unabhängig von einem Verlangen des Betriebsrats bei einer Beschäftigung von Leiharbeitnehmern offene Stellen im Betrieb und Unternehmen bekannt geben muss. Insoweit begünstigt die Regelung mittelbar auch die (Stamm-)Arbeitnehmer des Entleihers[12].

2. Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher

§ 13 a AÜG-E ist gesetzestechnisch § 18 TzBfG nachempfunden[13]. Er normiert einen selbstständig einklagbaren Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher. Dies folgt aus dem Wortlaut „der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer ... zu informieren" sowie aus dem Gesetzeszweck.

Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf *sämtliche* offenen Stellen in *allen* Betrieben des Entleiherunternehmens und ist nicht auf den Einsatzbetrieb des Leiharbeitnehmers beschränkt. Obwohl die Leiharbeitsrichtlinie auf eine Chancengleichheit hinsichtlich unbefristeter Arbeitsplätze abzielt, hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht nur über Positionen zu unterrichten, die unbefristet besetzt werden sollen, sondern auch über befristete Anstellungsmöglichkeiten. Unerheblich ist auch, ob der jeweilige Leiharbeitnehmer für die Stelle, die besetzt werden sollen, geeignet ist oder nicht. Nach dem Gesetzeswortlaut hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer über alle Arbeitsplätze des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren und nicht nur – wie z. B. in § 18 TzBfG geregelt – nur über „entsprechende" Arbeitsplätze.

4 Dazu *Böhm*, DB 2010, 672; *Lembke*, BB 2010, 1533 (1537 f.)
5 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABlEG Nr. L 327 v. 5. 12. 2008, S. 9.
6 BR-Dr 847/10, Vorbl., S. 1.
7 Zum Referentenentwurf der 16. Legislaturperiode *Düwell/Dahl*, DB 2009, 1070 (1073); zum Änderungsbedarf im AÜG im Hinblick auf die Leiharbeitsrichtlinie *Blanke*, DB 2010, 1528; *Boemke*, RIW 2009, 177; *Fuchs*, NZA 2009, 57; *Giesen*, NZS 2010, 473 (476); *Hamann*, EuZA 2009, 287; *Lembke*, BB 2010, 1533 (1539 f.); *Schüren/Hamann/Riederer v. Paar*, AÜG. 4. Aufl. (2010), Einl. Rdnrn. 607 ff.; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1; *Thüsing*, RdA 2009, 118; *Ulber*, AuR 2010, 10; *Waltermann*, NZA 2010, 482 (484 f.); *Wank*, RdA 2010, 193 (202 f.)
8 Zu verfassungsrechtlichen Zweifeln an dieser Regelung *Lembke*, DB 2011, 414 (420).
9 Vgl. *Lembke*, DB 2011, 414 (415); *Ulber*, AuR 2010, 412 (414); *Wank*, RdA 2010, 193 (203).
10 BR-Dr 847/10, S. 10.
11 Vgl. BR-Dr 847/10, S. 6.
12 Ebenso *Hamann*, NZA 2011, 70 (76 f.)
13 Vgl. BR-Dr 847/10, S. 10.

Bei der zu besetzenden Stelle kann es sich um eine neu geschaffene Stelle oder um einen vorhandenen, frei werdenden Arbeitsplatz handeln. Die Informationspflicht entsteht, sobald der Arbeitgeber entschieden hat, dass ein bestimmter Arbeitsplatz besetzt bzw. wiederbesetzt werden soll. Hat der Entleiher bereits interne oder externe Kandidaten angesprochen oder die Stelle intern oder extern ausgeschrieben, dokumentiert dies, dass er eine entsprechende Entscheidung bereits getroffen hat. Nach dem Sinn und Zweck von § 13 a AÜG-E, dem Leiharbeitnehmer eine Bewerbung beim Entleiher um eine Anstellung bei diesem zu ermöglichen, kann es allerdings nur um solche Arbeitsplätze gehen, die nach der freien unternehmerischen Entscheidung des Entleihers nicht mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. Der Entleiher muss einen Leiharbeitnehmer also nicht darüber informieren, dass er beabsichtigt, nach Beendigung des konkreten Überlassungsverhältnisses die Stelle künftig wieder mit einem (anderen) Leiharbeitnehmer zu besetzen.

Der Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle erfüllt werden, z. B. durch Aushang am schwarzen Brett[14], im für alle Mitarbeiter zugänglichen Intranet oder in einer Werks- bzw. Mitarbeiterzeitung[15]. § 13 a AÜG-E konkretisiert nicht, welche Informationen *inhaltlich* gegeben werden müssen, um den Auskunftsanspruch zu erfüllen. Nach dem Gesetzeszweck und § 242 BGB sind jedoch so viele Informationen über die zu besetzende Stelle zu geben, dass der Leiharbeitnehmer darüber entscheiden kann, ob er sich sinnvollerweise auf die Stelle bewirbt. Daher sind zumindest schlagwortartige Auskünfte über die Eckdaten der zu besetzenden Stelle erforderlich. Insoweit kann man sich entweder an dem Katalog des § 2 I 2 Nrn. 1 – 10 NachwG orientieren oder an den Grundsätzen zu § 93 BetrVG hinsichtlich des Mindestinhalts der Ausschreibung, wonach zumindest die Angabe des Arbeitsplatzes und der vom Bewerber zu erfüllenden Anforderungen erforderlich ist[16].

3. Folgen bei Verletzung des Auskunftsanspruchs

Erfüllt der Entleiher seine Informationspflicht nach § 13 a AÜG-E nicht, kommen folgende Sanktionen in Betracht:

a) *Schadensersatz.* Als Anspruchsgrundlage eines Schadensersatzanspruchs des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher bei schuldhafter Verletzung der Auskunftspflicht nach § 13 a AÜG-E kommt § 823 II BGB in Betracht. Zwar wird hinsichtlich § 18 TzBfG, an dem sich § 13 a AÜG-E orientiert, vertreten, die Norm sei kein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB[17]. Dies überzeugt jedoch nicht. § 13 a AÜG-E dient – wie oben dargestellt – jedenfalls auch dem Individualschutz und soll den Leiharbeitnehmer dabei unterstützen, sich auf freie Stellen beim Entleiher bewerben zu können (vgl. Art. 2 und Art. 6 I 1 Richtlinie). Dieser Schutz muss effektiv gewährleistet sein (Art. 10 II Richtlinie). § 13 a AÜG-E ist daher ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB[18].

Selbst wenn man dies anders sähe, käme ein Schadensersatzanspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher nach § 280 I BGB in Betracht. Insoweit stellt sich allerdings die Frage, ob das Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher als ein „Schuldverhältnis" i. S. des § 280 I BGB angesehen werden kann, im Rahmen dessen die Auskunftspflicht des § 13 a AÜG-E besteht. Diese Frage ist zu bejahen. Kennzeichen der Arbeitnehmerüberlassung ist eine „gespaltene Arbeitgeberstellung". Eine Arbeitgeberstellung hat nicht nur der Verleiher im Rahmen des zwischen ihm als Vertragsarbeitgeber und dem Leiharbeitnehmer bestehenden Arbeitsverhältnisses (so genanntes *Grundverhältnis*) inne, das von den arbeitsvertraglichen Beziehungen geprägt ist. Vielmehr kommen auch dem Entleiher im Rahmen des so genannten *Erfüllungsverhältnisses* Arbeitgeberfunktionen zu. Das Erfüllungsverhältnis ist durch die Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts durch den Entleiher und die Erbringung der Arbeitsleistung durch den (für die Dauer der Überlassung) in den Betrieb des Entleihers eingegliederten Leiharbeitnehmer gekennzeichnet und lässt sich auch als Arbeitsverhältnis qualifizieren[19].

Diesen theoretischen Ansatz verfolgte auch der *EuGH* in seinem Urteil vom 21. 10. 2010 (*Albron Catering*). Darin entschied er, dass das Arbeitsverhältnis eines Leiharbeitnehmers, der von einer konzerninternen, alle Arbeitsverhältnisse im Konzern „poolenden" Verleihgesellschaft an ein konzerninternes Entleiherunternehmen überlassen war, vom Entleiher auf einen konzernexternen Betriebserwerber übergehen kann, wenn die vom Entleiherunternehmen ausgeübten Tätigkeiten (hier: Lieferung von Mahlzeiten an Beschäftigte des Konzerns) im Rahmen eines Betriebsübergangs auf den konzernexternen Erwerber (hier: *Albron Catering*) übertragen werden[20]. In dieser Entscheidung bezeichnet der *EuGH* den konzerninternen Entleiher explizit als „nichtvertraglichen Arbeitgeber", mit dem der Leiharbeitnehmer in einem „Arbeitsverhältnis" steht, das nach der Betriebsübergangsrichtlinie (bzw. § 613 a I BGB) auf den Betriebserwerber übergehen kann[21].

Unabhängig davon, welche Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher bei schuldhafter Verletzung der Informationspflicht nach § 13 a AÜG-E einschlägig ist, hat der Leiharbeitnehmer nur einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die Informationspflicht ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (§ 249 I BGB). Daraus dürfte sich in der Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen ein materieller Schaden ergeben. Hat der Entleiher die Information des Leiharbeitnehmers schuldhaft ganz unterlassen, besteht grundsätzlich weder ein Einstellungsanspruch des Leiharbeitnehmers noch ein Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags hinsichtlich der zu besetzenden Stelle. Denn wäre der Leiharbeitnehmer ordnungsgemäß unterrichtet worden, hätte er sich allenfalls beim Entleiher bewerben können. Ob die Bewerbung Erfolg gehabt hätte, steht damit noch nicht fest. Dies müsste der Leiharbeitnehmer darlegen und beweisen, was regelmäßig nicht möglich sein dürfte.

b) *Zustimmungsverweigerungsrecht des Entleiherbetriebsrats nach § 99 BetrVG.* Es fragt sich, ob der Betriebsrat des Entleihers seine Zustimmung zur Einstellung (oder Versetzung) eines Arbeitnehmers auf eine freie Stelle im Entleiherbetrieb nach § 99 BetrVG verweigern kann, wenn der Entleiher seine Informationspflicht nach § 13 a AÜG-E gegenüber Leiharbeitnehmern nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

---

14 BR-Dr 847/10, S. 10.
15 Vgl. *Arnold/Gräfl/Spinner*, TzBfG, 2. Aufl. (2007), § 18 Rdnr. 7.
16 Zum Mindestinhalt der Ausschreibung nach § 93 BetrVG *BAG*, NZA 1988, 551 = NJW 1988, 2558; *Imping*, in: *Heise/Lembke/v. Steinau-Steinrück*, BetrVG, 1. Aufl. (2008), § 93 Rdnr. 8.
17 ErfK/*Müller-Glöge*, 11. Aufl. (2011), § 18 TzBfG Rdnr. 3; *Laux/Schlachter*, TzBfG, 2007, § 18 Rdnr. 6; HWK/*Schmalenberg*, 4. Aufl. (2010), § 18 TzBfG Rdnr. 7.
18 Allg. zur Einordnung einer Norm als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB *BAGE* 97, 350 = NZA 2002, 1211 (1213).
19 Grdl. *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1999, S. 563 ff.; *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Aufl. (2005), § 11 Rdnr. 142, § 13 Rdnr. 17.
20 *EuGH*, NZA 2010, 1225; dazu *Abele*, FA 2011, 7; *Bauer/v. Medem*, NZA 2011, 20; *Gaul/ Ludwig*, DB 2011, 298.
21 Vgl. *EuGH*, NZA 2010, 1225 Rdnrn. 22 ff.

Eine Verweigerung nach § 99 II Nr. 5 BetrVG scheidet aus, weil es nicht um das Unterlassen einer Ausschreibung nach § 93 BetrVG geht[22]. In Betracht kommt allerdings § 99 II Nr. 3 BetrVG. Danach kann der Betriebsrat die Zustimmung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass in Folge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Sieht man Leiharbeitnehmer als „im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer" i. S. von § 99 II Nr. 3 BetrVG an – was jedenfalls bei nach § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigten Leiharbeitnehmern vertretbar erscheint[23] –, ließe sich bei weiter Gesetzesauslegung argumentieren, dass ein Leiharbeitnehmer, der für die zu besetzende Stelle geeignet ist, dadurch einen Nachteil erleidet, dass der freie Arbeitsplatz anderweitig besetzt wird. Dieser Nachteil ist nicht aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn der Entleiher die Informationspflicht nach § 13 a AÜG-E nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Insoweit lässt sich eine Parallele zu § 18 TzBfG ziehen; wird die Pflicht aus § 18 TzBfG missachtet, kommt eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 II Nr. 3 BetrVG in Betracht[24]. Ob die Rechtsprechung eine solche weite Auslegung des § 99 II Nr. 3 BetrVG im Hinblick auf § 13 a AÜG-E vornehmen wird, bleibt freilich abzuwarten.

Es fragt sich ferner, ob der Entleiherbetriebsrat die Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers auf der zu besetzenden Stelle auch nach § 99 II Nr. 1 BetrVG verweigern kann, wenn der Entleiher die Informationspflicht nach § 13 a AÜG-E nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Nach § 99 II Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber beabsichtigten personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn diese gegen ein Gesetz verstoßen würde. Nach ständiger Rechtsprechung gilt dies nur, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Dazu muss es sich nicht um ein Verbotsgesetz im technischen Sinne handeln, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Es muss nur hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass der Zweck der betreffenden Norm darin besteht, die personelle Maßnahme selbst zu verhindern[25].

So hat das *BAG* am 23. 6. 2010 entschieden, dass es bei Einstellungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 II Nr. 1 BetrVG begründet, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten aus § 81 I 1 und 2 SGB IX nicht erfüllt, unter Konsultation mit der Arbeitsagentur zu prüfen, ob ein frei werdender oder neu geschaffener Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann[26]. Es hat dabei wesentlich auf den Zweck der Prüfungspflicht abgestellt, deren Befolgung durch den Arbeitgeber es noch nicht im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Menschen ermöglichen soll, sich um freie Arbeitsplätze zu bewerben und dadurch ihre Einstellungschancen zu verbessern; dieser Zweck könne nur dadurch erreicht werden, dass die endgültige Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen jedenfalls zunächst unterbleibt. Diese Grundsätze gölten auch, wenn der Arbeitgeber beabsichtige, einen freien Arbeitsplatz nicht mit einem eigenen Vertragsarbeitnehmer, sondern mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen[27].

Überträgt man diese Erwägungen auf den vorliegenden Kontext, so ließe sich argumentieren, dass ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Entleiherbetriebsrats nach § 99 II Nr. 1 BetrVG besteht, wenn der Entleiher seiner Informationspflicht nach § 13 a AÜG-E nicht nachkommt. Denn wie dargestellt ist es der Zweck des § 13 a AÜG-E, Leiharbeitnehmern die Bewerbung auf offene Stellen im Entleiherbetrieb zu ermöglichen und so die Einstellung von Leiharbeitnehmer beim Entleiher zu fördern. Dieser Zweck kann nur erfüllt werden, wenn die endgültige Einstellung eines anderen Arbeitnehmers beim Entleiher jedenfalls zunächst unterbleibt.

c) *Ordnungswidrigkeit.* Die Verletzung der Informationspflicht des Entleihers nach § 13 a AÜG-E ist in § 16 I Nr. 9 AÜG-E als Ordnungswidrigkeit sanktionsbewehrt. Informiert der Entleiher den Leiharbeitnehmer entgegen § 13 a S. 1 AÜG-E vorsätzlich oder fahrlässig nicht, nicht richtig oder nicht vollständig, handelt er ordnungswidrig, was mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 2500 Euro geahndet werden kann (§ 16 II AÜG-E).

4. Unabdingbarkeit des Auskunftsanspruchs

Es fragt sich, ob der Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13 a AÜG-E durch eine Individual- oder Kollektivvereinbarung wirksam abbedungen werden kann. Während der RegE § 13 b AÜG-E dadurch flankiert, dass Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13 b AÜG-E beschränken, nach § 9 Nr. 2 a AÜG-E unwirksam sind, findet sich eine solche Unwirksamkeitsregelung hinsichtlich Vereinbarungen zur Beschränkung des § 13 a AÜG-E nicht im Gesetzesentwurf. Dabei dürfte es sich jedoch um ein Versehen handelt, das im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens noch korrigiert werden sollte[28]. Unabhängig davon lässt sich aber Folgendes festhalten:

Eine Vereinbarung über den Ausschluss oder die Beschränkung des Informationsanspruchs des Leiharbeitnehmers nach § 13 a AÜG-E im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher wäre als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter unwirksam. Eine Abbedingung oder Beschränkung von § 13 a AÜG-E durch Vereinbarung zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher oder eine entsprechende Regelung im Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wären nach § 134 BGB ebenso nichtig wie derartige Regelungen in einer Kollektivvereinbarung (z. B. Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag). § 13 a AÜG-E ist eine zwingende Schutznorm zu Gunsten des Leiharbeitnehmers, deren Einhaltung durch „wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen" abgesichert werden muss (vgl. Art. 10 II Richtlinie). Die Anwendung von § 134 BGB ist europarechtlich geboten.

5. Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher auch um ein Arbeitsverhältnis (Erfüllungsverhältnis) handelt[29], fallen Streitigkeiten zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher über den Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13 a AÜG-E – ebenso wie beim Auskunftsanspruch nach § 13 AÜG – in die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 I Nr. 3 lit. a ArbGG[30] und nicht in die Rechtswegzuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

22 A. A. für eine analoge Anwendung von §§ 99 II Nr. 5 BetrVG bei Verletzung von § 7 TzBfG *DKKW/Bachner*, BetrVG, 12. Aufl. (2010), § 99 Rdnr. 197 m. w. Nachw.; *Rolfs*, RdA 2001, 129 (141).

23 A. A. *Oetker*, NZA 2003, 937 (940).

24 BeckOK/*Bayreuther*, St: 1. 12. 2010, § 18 TzBfG Rdnr. 9; HWK/*Schmalenberg* (o. Fußn. 17), § 18 Rdnr. 6; z. Zusammenh. v. § 18 TzBfG u. § 99 II Nr. 3 BetrVG auch *Oetker*, NZA 2003, 937.

25 *BAG*, NZA 2010, 1361 (1363 f.) Rdnr. 23.

26 *BAG*, NZA 2010, 1361 (1364) Rdnrn. 24 ff.

27 *BAG*, NZA 2010, 1361 (1364 Rdnrn. 25 ff.); dazu auch *Düwell/Dahl*, NZA-RR 2011, 1 (5 f.)

28 Ebenso *Klebe*, AiB 2010, 646 (648); *Ulber*, AuR 2010, 412 (415).

29 S. o. II 3 a.

30 So für § 13 AÜG *LAG Hamburg*, BeckRS 2011, 66740; *ArbG Freiburg*, BeckRS 2010, 71293; *Boemke/Lembke* (o. Fußn. 19), § 13 Rdnr. 17; AnwK-ArbR/*Böhm*, 2. Aufl. (2010), § 13 AÜG Rdnr. 5; a. A. HK-ArbR/*Lorenz*, 2. Aufl. (2010), § 13 AÜG Rdnr. 7.

III. Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen (§ 13 b AÜG-E)

Neue Rechte für Leiharbeitnehmer werden auch durch § 13 b AÜG-E geschaffen, der wie folgt lautet:

§ 13 b. *Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten.* Der Entleiher hat dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste im Sinne des Satzes 1 sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.

1. Gesetzeszweck

§ 13 b AÜG setzt nahezu wortgleich Art. 6 IV der Leiharbeitsrichtlinie um[31]. Nach Art. 6 IV Richtlinie haben Leiharbeitnehmer in dem entleihenden Unternehmen zu den gleichen Bedingungen wie die unmittelbar von dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten, insbesondere zur Gemeinschaftsverpflegung, zu Kinderbetreuungseinrichtungen und zu Beförderungsmitteln, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt. Art. 6 IV Richtlinie enthält eine besondere Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Art. 5 I Richtlinie) und erstreckt ihn auf weitere, nicht in Art. 3 I lit. f Richtlinie aufgeführte Arbeitsbedingungen; er ist im Gegensatz zu Art. 5 I Richtlinie aber nicht tarifdispositiv[32].

2. Anspruch des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher auf Zugangsgewährung

§ 13 b AÜG-E begründet einen eigenen einklagbaren Anspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher auf Gewährung von Zugang zu den beim Entleiher existierenden Gemeinschaftseinrichtungen und Gemeinschaftsdiensten unter den gleichen Bedingungen wie den übrigen beim Entleiher tätigen Arbeitnehmern[33].

Aus dem Wortlaut von Art. 6 IV Richtlinie ergibt sich zwar nicht zwingend, dass der Leiharbeitnehmer einen direkten Anspruch gegen den Entleiher auf Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten haben muss. Allerdings sprechen die systematische Stellung der Regelung zur Zugangsgewährung in Art. 6 IV Richtlinie und nicht in Art. 5 Richtlinie, der Hinweis im Normtext, dass neben Art. 6 IV Richtlinie der gegen den Verleiher gerichtete Gleichbehandlungsgrundsatz gilt („unbeschadet des Art. 5 I") sowie die teleologische Auslegung (Prinzip des „effet utile", Grundsatz der praktischen Wirksamkeit bzw. vollen Sinnentfaltung) für die Einräumung eines eigenständigen Anspruchs des Leiharbeitsnehmers gegen den Entleiher[34].

Ebenso wie Art. 6 IV Richtlinie ist § 13 b AÜG-E nicht tarifdispositiv, so dass der Anspruch des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher auf Zugang zu dessen Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten unabhängig davon gilt, ob der Grundsatz von Equal Pay/Treatment auf Grund eines anwendbaren abweichenden Tarifvertrags ausgeschlossen ist[35].

Findet hingegen im jeweiligen Leiharbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer der Grundsatz von Equal Pay/Treatment Anwendung, darf der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung nicht schlechtere als die für vergleichbare (Stamm-)Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen gewähren (§§ 3 I Nrn. 3, 9 Nr. 2, 10 IV AÜG). Nach der Gesetzesbegründung gehört zu den zu gewährenden „Arbeitsbedingungen" auch die Nutzung sozialer Einrichtungen (des Entleihers)[36]. Sieht man demgemäß den Verleiher nach dem Grundsatz von Equal Treatment als verpflichtet an, dem Leiharbeitnehmer Zugang zu sozialen Einrichtungen bzw. Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten des Entleihers zu verschaffen, sind Verleiher und Entleiher Gesamtschuldner i. S. des §§ 421 ff. BGB hinsichtlich des Anspruchs des Leiharbeitnehmers auf Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten des Entleihers. Erfüllt der Entleiher die Zugangsgewährungsverpflichtung, wirkt dies auch zu Gunsten des Verleihers (§ 422 I 1 BGB). Umgekehrt wird durch eine Ausgleichszahlung des Verleihers an den Leiharbeitnehmer nicht der Primäranspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher erfüllt. Denn der Anspruch nach § 13 b AÜG-E ist nicht auf einer Geldzahlung gerichtet, sondern auf die tatsächliche Gewährung von Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten.

a) *Gemeinschafseinrichtungen und Gemeinschaftsdienste.* Der Anspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13 b AÜG-E richtet sich auf Gewährung von Zugang zu den „Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten" im Entleiherunternehmen. Das Wort „oder" ist freilich kumulativ gemeint und als „und" zu lesen.

Was genau unter „Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten" zu verstehen ist, wird weder in der Richtlinie noch im AÜG definiert und ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Generell gilt, dass die Vorschriften des § 13 b AÜG-E und des Art. 6 IV Richtlinie Ausnahmecharakter haben, weil sie den gegen den Vertragsarbeitgeber (Verleiher) gerichteten Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Art. 5 I Richtlinie) auf einen Dritten (Entleiher) erstrecken. Sie sind deshalb eng auszulegen. Dies gilt umso mehr, als ein Verstoß gegen § 13 b AÜG-E eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 I Nr. 10 AÜG-E darstellt.

In Übereinstimmung mit Art. 6 IV Richtlinie nennt § 13 b S. 2 AÜG-E als Beispiele für Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste lediglich Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung (d. h. eine Kantine[37]) und Beförderungsmittel. „Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste" i. S. des Art. 6 IV Richtlinie heißen in der englischen Fassung „amenities or collective facilities" und in der französischen Fassung „installations et équipment collectifs". Daraus sowie aus der gebotenen engen Auslegung der Norm ergibt sich, dass unter „Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten" nur mit einer bestimmten Ausstattung versehene bewegliche oder unbewegliche Sachen des Entleihers oder mit bzw. an diesen Sachen erbrachte Leistungen fallen, die der Entleiher einer Gemeinschaft seiner Arbeitnehmer – also nicht individuell ausgewählten Arbeitnehmern, sondern einer generell-abstrakt bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern – zur Verfügung stellt. Nicht unter den Begriff der „Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste" fallen daher vom Entleiher an seine Arbeitnehmer gewährte Geldleistungen (wie z. B. Leis-

31 BR-Dr 847/10, S. 10.
32 *Hamann*, EuZA, 2009, 287 (318 f.); *Schüren/Hamann/Riederer v. Paar* (o. Fußn. 7), Rdnr. 619.
33 Vgl. BR-Dr 847/10, S. 10.
34 Ebenso i. E. *Hamann*, EuZA, 2009, 287 (319).
35 Vgl. BR-Dr 847/10, S. 11.
36 Vgl. BT-Dr 15/25, S. 38; *Boemke/Lembke* (o. Fußn. 19), § 9 Rdnr. 164.
37 Vgl. Art. 6 IV Richtlinie in engl. („canteen") u. franz. Fassung („service de restauration").

tungen der betrieblichen Altersversorgung[38], Essenszuschuss, Fahrtkostenzuschuss, Mietkostenzuschuss) oder Geldsurrogate wie Gutscheine (z. B. Essensgutscheine, Tankgutscheine). Hingegen fallen Erholungsheime, Sportanlagen, Werkmietwohnungen, Parkplätze oder betriebseigene Tankstellen (z. B. eines Stadtwerks) zum verbilligten Bezug von Benzin sowie Einrichtungen zum verbilligten Personalkauf unter § 13 b AÜG-E[39].

Unklar ist, ob § 13 b AÜG-E auch Schulungen erfasst. Dafür spricht, dass sich Schulungseinrichtungen des Entleihers unter den – oben definierten – Begriff der „Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste" subsumieren lassen. Dagegen spricht, dass Art. 6 V Richtlinie Fort- und Weiterbildungsangebote separat regelt. Im Ergebnis dürften wohl zumindest intern, d. h. in den Räumlichkeiten des Entleihers stattfindende Schulungsmaßnahmen unter § 13 b AÜG-E fallen, nicht hingegen externe Schulungsmaßnahmen.

b) *Anspruch auf gleichen Zugang wie vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers.* Dem Leiharbeitnehmer ist vom Entleiher Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern im jeweiligen Einsatzbetrieb, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Welche Arbeitnehmer mit dem Leiharbeitnehmer vergleichbar sind, ist wie im Rahmen der §§ 3 I Nrn. 3, 9 Nr. 2 AÜG zu ermitteln. Dabei kann die hypothetische Betrachtung des Art. 5 I Richtlinie, wie der Leiharbeitnehmer zu behandeln wäre, wenn der Entleiher ihn unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt hätte, als Kontrollüberlegung dienen[40]. Während Art. 6 IV Richtlinie an das Entleiherunternehmen anknüpft, stellt § 13 b AÜG-E auf vergleichbare Arbeitnehmer im *Betrieb* ab, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Dieser Unterschied dürfte sich in der Praxis kaum auswirken, denn wäre der Leiharbeitnehmer unmittelbar vom Entleiher eingestellt worden, wäre dies in der Regel für den jeweiligen Einsatzbetrieb geschehen. Notfalls ist § 13 b AÜG-E richtlinienkonform auszulegen.

Der Anspruch des Leiharbeitnehmers ist ausgeschlossen, wenn eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund kann nach der Begründung des RegE z. B. dann vorliegen, wenn der Entleiher gemessen an der individuellen Einsatzdauer einen unverhältnismäßigen Organisations- bzw. Verwaltungsaufwand bei der Gewährung des Zugangs hätte[41]. Ist der Verwaltungsaufwand im Verhältnis zur sehr kurzen Einsatzzeit unverhältnismäßig hoch, kann die Nichtgewährung des Zugangs zur Gemeinschaftseinrichtung also im Einzelfall gerechtfertigt sein. Dies dürfte aber wohl die Ausnahme darstellen.

c) *Praktische Probleme.* Wird dem Leiharbeitnehmer vom Entleiher Zugang zu seinen Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten gewährt und findet der Grundsatz des Equal Pay/Treatment – z. B. auf Grund der vereinbarten Inbezugnahme von (Zeitarbeits-)Tarifverträgen – im Leiharbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher keine Anwendung (mit der Folge, dass der Verleiher nicht verpflichtet ist, dem Leiharbeitnehmer den Zugang zu diesen Entleihereinrichtungen zu verschaffen), stellt der in der Zugangsgewährung liegende geldwerte Vorteil zwar kein Arbeitsentgelt im arbeitsrechtlichen Sinne, wohl aber im steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Sinne dar[42]. Daher muss der Verleiher stets prüfen, ob und gegebenenfalls welche Abzüge er hinsichtlich des in der Nutzung der Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste liegenden geldwerten Vorteiles vornehmen und in der Entgeltabrechnung ausweisen muss. Aus der Praxis wird ferner berichtet, es ergäben sich weitere steuerrechtliche Probleme, weil der Entleiher quasi dem Verleiher bzw. dessen Mitarbeitern Leistungen zukommen lässt, die auch im Verhältnis zwischen Entleiher und Verleiher bewertet und ausgewiesen werden müssten. Diese Fragen können hier aber nicht näher erörtert werden und bedürfen einer gesonderten Untersuchung.

3. Folgen bei Verletzung des § 13 b AÜG-E

Verletzt der Entleiher schuldhaft seine Verpflichtung nach § 13 b AÜG-E, kommen folgende Rechtsfolgen in Betracht:

a) *Schadensersatz.* In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt, dass die zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher bestehende Rechtsbeziehung auch ein Arbeitsverhältnis (Erfüllungsverhältnis) und damit ein Schuldverhältnis i. S. des § 280 I BGB ist[43]. Ferner kommt als Anspruchsgrundlage § 823 II BGB in Betracht, sofern man § 13 b AÜG-E als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB qualifiziert.

b) *Ordnungswidrigkeit (§ 16 I Nr. 10 AÜG-E).* Abgesehen davon sanktioniert der neue § 16 I Nr. 10 AÜG-E den vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß des Entleihers gegen § 13 b AÜG-E als Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße von bis zu 2500 Euro geahndet werden kann (§ 16 II AÜG). Dies sieht der RegE als im Hinblick auf Art. 10 II Richtlinie geboten an[44].

4. Unwirksamkeit entgegenstehender Vereinbarungen (§ 9 Nr. 2 a AÜG-E)

Der Anspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13 b AÜG-E wird arbeitsrechtlich dadurch flankiert, dass nach dem neu eingefügten § 9 Nr. 2 a AÜG-E „Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13 b beschränken" unwirksam sind. Von § 9 Nr. 2 a AÜG-E erfasst werden sowohl individuelle Vereinbarungen – im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher, im Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer oder in einer Vereinbarung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer – als auch Kollektivvereinbarungen (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung), die den Anspruch aus § 13 b AÜG beschränken. Unwirksam ist insbesondere der im Voraus erklärte Verzicht des Leiharbeitnehmers auf die Rechte aus § 13 b AÜG-E[45].

5. Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte

Folgt man der oben dargestellten Auffassung, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher auch um ein Arbeitsverhältnis (Erfüllungsverhältnis) handelt[46], kann der Leiharbeitnehmer den Anspruch nach § 13 b AÜG-E oder entsprechende Sekundäransprüche (z. B. auf Schadensersatz) – ebenso wie den Auskunftsanspruch nach § 13 AÜG oder den Informationsanspruch nach § 13 a

38 Vgl. auch *Ulber*, AuR 2010, 10 (13): Arg. e. Art. 5 IV Unterabs. 2 Richtlinie.
39 Vgl. auch *Boemke*, RIW 2009, 177 (186); *Hamann*, NZA 2011, 70 (77).
40 Näher *Boemke/Lembke* (o. Fußn. 19), § 9 Rdnrn. 53 ff.
41 BR-Dr 847/10, S. 11.
42 Zur arbeitsrechtlichen Qualifizierung von Leistungen Dritter *Lembke*, NJW 2010, 257 (258); m. w. Nachw.
43 S. o. II 3 a.
44 BR-Dr 847/10, S. 11.
45 BR-Dr 847/10, S. 9.
46 S. o. II 3 a.

AÜG-E – vor den Arbeitsgerichten geltend machen (§ 2 I Nr. 3 lit. a ArbGG).

IV. Geplantes Inkrafttreten der Neuregelungen

Es ist geplant, dass das Gesetz am 1. 12. 2011 in Kraft tritt (Art. 2 I RegE) – mit Ausnahme der so genannten Drehtürklausel, die bereits am Tage nach der Gesetzesverkündigung in Kraft treten soll (Art. 2 II RegE). Dadurch soll den Verleihern und Entleihern ausreichend Zeit gegeben werden, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstigen Regelungen bei Bedarf an die neue Rechtslage anzupassen, etwa im Hinblick auf die nunmehr zwingend vorgesehene Gewährung des Zugangs von Leiharbeitnehmern zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen (§ 13 b AÜG-E)[47].

V. Fazit

Das geplante „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes" sieht praxisrelevante neue Rechte für Leiharbeitnehmer vor, die der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher vor den Arbeitsgerichten einklagen kann. Konkret erhält der Leiharbeitnehmer einen Anspruch gegen den Entleiher auf Unterrichtung über sämtliche offenen Stellen in allen Betrieben des Entleiherunternehmens (§ 13 a AÜG-E) und auf Gewährung von Zugang zu den beim Entleiher existierenden Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten unter den gleichen Bedingungen wie die übrigen beim Entleiher tätigen Arbeitnehmer (§ 13 b AÜG-E). Verstöße dagegen können künftig als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden (§ 16 I Nrn. 9 und 10 AÜG-E). In einem zweiten Schritt ist geplant, eine Lohnuntergrenze für die Zeitarbeit im AÜG zu definieren, die dann „alle Arbeitnehmer der Branche vor Dumpinglöhnen aus europäischen Nachbarländern schützen" soll[48]. Insoweit stehen weitere Änderungen im AÜG ins Haus.

47 BR-Dr 847/10, S. 12.

48 So Bundesarbeitsministerin *von der Leyen*, vgl. Pressemitteilung des BMAS in NZA 1/2011, S. X; z. Diskuss. *Böhm*, NZA 2010, 1218; zur Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Lohnuntergrenze im AÜG vgl. *Ulber*, AuR 2010, 412 (416).