

Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie

von Prof. Dr. *Volker Rieble* und *Stephan Vielmeier*, München*

	Seite
I. Diffuse Gesetzgebung.....	475
II. „Wirtschaftliche Tätigkeit“.....	476
1. Bestandsaufnahme	476
2. In der Richtlinie	477
3. Auftreten am Markt.....	477
4. Sozialpolitische Arbeitnehmerüberlassung	478
5. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern.....	480
6. „Misch(verleih)betriebe“.....	481
III. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Überlassungsbeschränkung?	482
1. Überlassungsfreiheit nach der Richtlinie.....	482
a) Verbote und Einschränkungen, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie.....	482
b) Anforderungen hinsichtlich Eintragung, Zulassung, Überwachung.....	483
c) Verbesselter Arbeitnehmerschutz nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie	484
d) Zulässigkeit des Erlaubnisvorbehalts.....	484
2. Umsetzungsdivergenz	484
IV. Vorübergehender Verleih?.....	486
1. Änderung im AÜG.....	486
2. Vorgaben der Richtlinie	486
a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie.....	487
b) Liberalisierungsgedanke der Richtlinie	487
c) Unklare Abgrenzung	487
3. Gesetzgebungsgeschichte.....	488
4. Unzulässige Beschränkung der Leiharbeit?	489
a) Fraglicher Regelungswille.....	489
b) Konsequenzen	489
V. Verbliebene Totalverbote	490
1. Bauhauptgewerbe (§ 1b AÜG).....	490
a) Entwicklung	490
b) Vereinbarkeit mit Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie.....	491
2. § 40 Abs. 1 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz.....	493
a) Regelungsgehalt	493
b) (Zweifelhafter) Zweck.....	493
c) Beschränkter Anwendungsbereich?.....	495
VI. Gleichstellungsgebot	496
1. Konzept.....	496
2. Gegenstand: wesentliche Arbeitsbedingungen.....	496

* Prof. Dr. *Volker Rieble* ist Universitätsprofessor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht sowie Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU). *Stephan Vielmeier* ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Der Aufsatz fußt auf einem Ausschnitt eines Rechtsgutachtens, wurde aber umfassend überarbeitet.

3. Vergleichsmaßstab: vergleichbarer Arbeitnehmer	497
4. Tarifdisposität und Tarifkontrolle	498
5. Lohnuntergrenze	502
a) Überlassungsbeschränkung in Niedriglohnbranchen	502
b) Beschränkung der Tarifaufonomie	503
VII. Fazit	503

I. Diffuse Gesetzgebung

Am 28.4. 2011 wurde das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes verkündet¹. Es soll einerseits empfundenen Missbräuchen in der Arbeitnehmerüberlassung begegnen², vor allem aber die europäische Richtlinie 2008/104/EG „über Leiharbeit“ umsetzen³. Diese Umsetzung ist nur beschränkt gelungen; dem geht der auf einem Gutachten fußende Beitrag nach.

Die Kraft zur umfassenden Reform hat der Gesetzgeber leider nicht gefunden. Weder ist ihm die gebotene systematische Neuordnung gelungen – insofern leidet das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) immer noch an merkwürdigen textidentischen Doppelungen im verwaltungsrechtlichen § 3 und den arbeitsrechtlichen §§ 9 und 10. Sprachlich ist das AÜG nach wie vor untunliches Flickwerk. Man beachte, daß § 3 Satz 1 in drei Nummern aufgeteilt ist, wobei Satz 2 innerhalb von Nr. 3 beginnt. Auch die Aneinanderreihung von drei durch Semikola aneinandergereihten Teilsätzen, aufgebläht durch Relativsätze in § 9 Nr. 2 (der seinerseits von den übrigen Nummern [nur] durch Kommata aufzählend getrennt ist) ist ein „Kunststück“ gesetzgeberischen Satzbaus. Das Zitieren von Vorschriften wird so nicht einfacher⁴. Dass der Gesetzgeber eine Rechtschreibreform verordnet, aber selbst hinter einem Semikolon groß weiterschreibt (§ 12 Abs. 1 Satz 2, 2. Teilsatz), darf befremden.

Auch das Inkrafttreten ist zweigeteilt geregelt: Das neue Gesetz tritt insgesamt erst am 1.12. 2011 in Kraft und wahrt so die Umsetzungsfrist der Richtlinie (5.12. 2011); nach dem Schlussartikel des Änderungsgesetzes (Bundesgesetzblatt [BGBl.] I 2010, S. 642) treten aber die die neue Lohnuntergrenze betreffenden Vorschriften (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 3a, § 9 Nr. 2 und § 10 Abs. 4 und 5) nebst einer relativierenden Übergangsvorschrift (§ 19) schon am 29.4. 2011 in Kraft. Durch das unterschiedliche Inkrafttreten konterkariert der Gesetzgeber sein Ziel aus Art. 2 Abs. 2 des Änderungsgesetzes, die „Drehtürklausel“ sofort in Kraft treten zu lassen. Denn bis zum 30.11. 2011 bleibt das AÜG insgesamt unanwendbar für vorübergehenden Verleih zwischen Konzernunternehmen. Damit findet aber auch die Drehtürklausel nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG keine Anwendung.

Die gute Tradition will es inzwischen, dass Gesetze noch vor ihrem (vollständigen) Inkrafttreten erneut geändert werden. Dementsprechend wird am AÜG nachgebessert: Der „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüber-

¹ Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, verkündet am 28.4. 2011, Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2010, S. 642.

² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache (BT-Drucks.) 17/4804, S. 1; genannt wird hier etwa die Beschäftigung eines ehemaligen Mitarbeiters als Leiharbeiter bei gleichzeitiger Schlechterstellung.

³ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9); Gesetzentwurf der Bundesregierung 17.2. 2011 (Fn. 2).

⁴ *Bonnet*, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1989, 594.

lassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“ vom 10.5. 2011⁵ will die Kontrollbefugnisse der Zollbehörden als Bundesarbeitspolizei auf die Durchsetzung auch der Lohnuntergrenze als Leiharbeitsmindestlohn ausdehnen – und die Bußgeldsanktionen angleichen.

Trotz umfangreicher Vorarbeiten ist zweifelhaft, ob das „neue“ AÜG richtlinienkonform ist.

II. „Wirtschaftliche Tätigkeit“

1. Bestandsaufnahme

Nach der überwiegenden Ansicht folgte das AÜG bisher dem gewerberechtlichen Gewerbsmäßigkeitbegriff. Erforderlich war eine selbständige Tätigkeit, die auf gewisse Dauer angelegt ist. Daneben musste mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt werden⁶. Gerade das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht fehlt karitativen Unternehmen aber auch der öffentlichen Hand, da diese lediglich auf Kostendeckung achten. Aus diesem Grund fielen insbesondere konzerninterne Personalführungsgesellschaften, die lediglich gegen Erstattung des Selbstkostenpreises ihr Personal verleihen, aus dem Geltungsbereich des AÜG heraus⁷. Die Richtlinie und das neue AÜG hingegen stellen auf einen anderen Begriff ab: die wirtschaftliche Tätigkeit – unabhängig davon, ob Erwerbs- oder gewerbliche Zwecke verfolgt werden.

Der Gesetzgeber hat diesen Begriff unbesehen aus der Richtlinie in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG übernommen, ohne klarzustellen, was das heißt. Gleichzeitig wird klar, dass es ihm um eine Anlehnung an die europäischen Vorgaben ging⁸. Deshalb ist die „wirtschaftliche Tätigkeit“ als Rechtsausdruck der Richtlinie zur Konkretisierung heranzuziehen. Das ist von erheblicher Bedeutung, weil die „nicht-wirtschaftliche“ Arbeitnehmerüberlassung ganz aus dem AÜG herausfällt – so wie bislang die nicht-gewerbliche.

Systematisch bedeutet das, dass das AÜG zwar ein primär wirtschaftsverwaltungsrechtliches Gesetz bleibt, sich aber vom Systemzusammenhang zur Gewerbeordnung löst – weswegen diese auch nicht mehr ergänzend herangezogen werden kann⁹. Aber auch diese primär öffentlich-rechtliche Ausrichtung mit arbeits- und zivilrechtlichem Nebenzweck ist zweifelhaft: Die Richtlinie ihrerseits stellt den arbeitsrechtlichen Schutz in den Vordergrund. Systemisch läuft das AÜG also einer veralteten deutschrechtlichen Perspektive hinterher.

⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 10.5. 2011, BT-Drucks. 17/5761.

⁶ Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 AÜG Rn. 233 ff.

⁷ Ständige Rechtsprechung, etwa Bundesarbeitsgericht (BAG) 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2005, 1006; Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 1 AÜG Rn. 271; auch Waas, in: Thüsing (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 101.

⁸ Etwa Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 17.2. 2011 (Fn. 2), S. 9; ohne Näherung an den Begriff auch Schüren/Wank, Recht der Arbeit (RdA) 2011, 1, 3.

⁹ Anders als bisher: vgl. BAG 21.3. 1990 – 7 AZR 198/89, NZA 1991, 269; Urban-Crell/Germakowski, AÜG, Kommentar, 2010, Einleitung Rn. 25 f.

2. In der Richtlinie

Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist durch den Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ begrenzt. Art. 1 Abs. 2 lautet:

„Diese Richtlinie gilt für 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.“

Eigenständig definiert wird „wirtschaftliche Tätigkeit“ in den Begriffsbestimmungen des Art. 3 Richtlinie nicht. Indes knüpft die Richtlinie damit an den allgemeinen europäischen Unternehmensbegriff an, wie er dem Gemeinschaftskartellrecht (Art. 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) eigen ist: Dieser setzt ebenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit voraus¹⁰. Es kommt darauf an, ob die Einrichtung ihre Dienstleistung (Arbeitnehmerüberlassung) „am Markt“ anbietet¹¹. Auch die Mehrwertsteuerrichtlinie stellt auf eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Marktteilnahme ab, weswegen die Unterorganisation einer Partei im Verhältnis zu dieser kein Unternehmen¹² oder weswegen die staatliche Versteigerung von UMTS-Lizenzen keine wirtschaftliche Tätigkeit ist¹³.

Auch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) schützt eine wirtschaftliche Tätigkeit in eben diesem Sinne¹⁴. Daneben stellt auch die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) auf die wirtschaftliche Tätigkeit ab¹⁵.

3. Auftreten am Markt

Der europäische Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit verlangt also ein Auftreten am Markt, nicht aber Entgeltlichkeit¹⁶. Für die Reichweite des AÜG kommt es

¹⁰ Europäischer Gerichtshof (EuGH) 11.7. 2006 – C-205/03, Amtliche Sammlung (Slg.) 2006, I-6295 = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2006, 600 (FENIN); schon EuGH 26.4. 1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979 = Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR) 1991, 1083 (Höfner und Elser); auch wieder EuGH 24.10. 2002 – C-82/01, Slg. 2002, I-9297 (Aéroports de Paris/Kommission); weiter *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, vor Art. 81 EGV Rn. 21 ff.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, Art. 101 AEUV Rn. 25 ff.; ausführlich *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 2006, S. 129 f.

¹¹ *Frenz* (Fn. 10), S. 129; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 101 AEUV Rn. 29.

¹² EuGH 6.10. 2009 – C-267/08, Slg. 2009, I-9781 = EuZW 2009, 898 (SPÖ Landesorganisation Kärnten).

¹³ EuGH 26.6. 2007 – C-284/04, Slg. 2007, I-5189 = EuZW 2007, 433 (T-Mobile Austria GmbH).

¹⁴ *Roth*, in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattausgabe, Bd. 1, 27. Ergänzungslieferung 2010, E I Rn. 14; ebenso *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattausgabe, Bd. 1, 43. Ergänzungslieferung 2011, Art. 49 AEUV Rn. 18 unter Verweis auf den Begriff des „Wirtschaftslebens“; ebenso *Müller-Graff*, in: Streinz (Fn. 10), Art. 43 EGV Rn. 12; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 49 AEUV Rn. 9; *Schlag*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 19, 22; jeweils mit ausführlicher Erläuterung zur Abgrenzung.

¹⁵ *Roth*, in: Dauses (Fn. 14.), E I Rn. 14; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 14), Art. 56/57 AEUV Rn. 44 ff.; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 56, 57 AEUV Rn. 8.

¹⁶ Sehr deutlich EuGH 1.7. 2008 – C-49/07, Slg. 2008, I-4863 = EuZW 2008, 605 Leitsatz 1 (MOTOE); auch schon EuGH 21.9. 1999 – C-115/97, Slg. 1999, I-6025 = NZA 2000, 201 Rn. 85 (Brentjens' Handelsonderneming). Weiter *Eilmansberger*, in: Streinz (Fn. 10), Vor Art. 81 EGV Rn. 22; skeptisch *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 14), Art. 81 EGV Rn. 57; ebenso *Brinker*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 14), Art. 81 EGV Rn. 27; für die Überprüfung, ob zumindest potenziell gegen Entgelt durch privates Unternehmen erbracht werden kann, *Gippini-*

künftig also nurmehr darauf an, ob der Verleiher auf dem Markt der Personaldienstleistungen wie andere Anbieter auftritt und dort die allgemeine Nachfrage bedient. Ob der Verleiher das mit Gewinnerzielungsabsicht tut oder andere Motive hat, ist gleichgültig¹⁷. Auch der Fiskus, der kein Gewerbetreibender sein kann¹⁸, kann durchaus als Unternehmen am Markt auftreten. Problematisch wird das für die kommunale sozialpolitische Arbeitnehmerüberlassung.

4. Sozialpolitische Arbeitnehmerüberlassung

Insbesondere die Arbeitnehmerüberlassung aus sozialpolitischen oder anderen altruistischen Gründen, etwa um Langzeitarbeitslose in den Markt zu bringen, ist als unternehmerisch zu bewerten¹⁹. Der Marktbezug fehlt bei Beschäftigungsprogrammen, die eine künstliche Arbeitsnachfrage schaffen, um dort Problemfälle zu beschäftigen („Dritter Arbeitsmarkt“, Bürgerarbeit). Insoweit wird keine marktgemäße Nachfrage nach Arbeitskräften bedient (zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung sogleich unter 5). Sobald umgekehrt Arbeitslose über die Zeitarbeit und womöglich auch bezuschusst in den regulären Arbeitsmarkt entliehen werden, handelt es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne.

Das wird nachgerade bestätigt durch den Ausnahmetatbestand in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie für „soziale Arbeitnehmerüberlassung“:

„Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner vorsehen, dass diese Richtlinie nicht für Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse gilt, die im Rahmen eines spezifischen öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms geschlossen wurden.“

Daraus ist erstens im Umkehrschluss zu folgern, dass eine sozialpolitische Arbeitnehmerüberlassung in den Markt grundsätzlich von der Richtlinie und damit auch vom AÜG erfasst ist. Zweitens aber hat der AÜG-Gesetzgeber von dieser Ausnahmemöglichkeit (bislang) keinen Gebrauch gemacht, unterwirft also auch die sozialpolitische Arbeitnehmerüberlassung dem *equal pay*-Gebot und der Lohnuntergrenze.

Davon abgesehen sind die Anforderungen an den Ausnahmetatbestand hoch: Er verlangt

- dass der Verleiher²⁰ erstens ein „spezifisches berufliches Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramm“ betreibt,
- welches zweitens öffentlich gefördert wird und
- wozu drittens die Arbeitsverträge „im Rahmen des Programms geschlossen“ sein müssen, also einen Zweckbezug von Arbeitsverhältnis zur Bildungsmaßnahme aufweisen.

Fournier, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2005, Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 41.

¹⁷ Wie hier *Lembke*, *Der Betrieb* (DB) 2011, 414. Anders aber *Hamann*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA) 2 (2009), 287, 299; und wieder *Hamann*, *NZA* 2011, 70, 71.

¹⁸ Mangels Gewinnerzielungsabsicht, ausführlich zum Streitstand *Ennuschat*, in: *Tettinger/Wank/Ennuschat*, *Gewerbeordnung*, 8. Aufl. 2011, § 1 GewO Rn. 23ff.; *Pielow*, in: *Pielow* (Hrsg.), *Gewerbeordnung*, 2009, § 1 GewO Rn. 155 ff.

¹⁹ Skeptisch deshalb auch zu Recht die Stellungnahme des Bundesrats zu den Werkstätten für behinderte Menschen, BT-Drucks. 17/4804, Anlage 3, S. 3.

²⁰ Oder die öffentliche Hand, vgl. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG (Fn. 3).

Beschäftigungsgesellschaften ohne Bildungscharakter, die auf den Klebeffekt zur Arbeitsvermittlung setzen, genügen dem Tatbestand von vornherein nicht, auch wenn sie nach § 216b Sozialgesetzbuch (SGB) III gefördert werden²¹. Das ist und bleibt eine wirtschaftliche Tätigkeit, nur eben subventioniert.

Und auch bei Qualifizierungsgesellschaften oder -vereinen kommt es aus Sicht der Richtlinie nicht nur auf die öffentliche Förderung an, sondern auch darauf, dass die Arbeitnehmer gerade für die Qualifizierung angestellt sind. Qualifizierungsgesellschaften müssten also einen Arbeitgeberwechsel herbeiführen; die Arbeitnehmer dürften aus Richtliniensicht nicht beim bisherigen Arbeitgeber verbleiben, wenn sie in den allgemeinen Arbeitsmarkt verliehen werden sollen.

Auf diese Richtlinienerwägungen kommt es letztlich nicht an. Denn der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Ausnahmemöglichkeit keinen Gebrauch gemacht und es bei den Ausnahmen in § 1 Abs. 3 AÜG bewenden lassen. Das hat für die sozialpolitische Beschäftigung Folgen: Entweder verzichten Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften auf die Arbeitnehmerüberlassung als Vermittlungsinstrument und konzentrieren sich auf Werk- und Dienstverträge, bei denen aber wegen fehlender Eingliederung in den Einsatzbetrieb kein nennenswerter Klebeffekt zu erwarten ist. Oder es müssen höhere Zuschüsse gezahlt werden, weil das Fehlen der Ausnahmeregelung eine Selbstbeteiligung der betroffenen Arbeitnehmer verhindert. Oder die Beschäftigungsförderung für den „unteren Rand“ der Sozialfälle scheidet aus. Allenfalls die Eingliederungsüberlassung, die für den Betroffenen kein Arbeitsverhältnis sondern Therapie bedeutet²², ist außerhalb des AÜG möglich, weil das Gesetz den Arbeitnehmerstatus des Betroffenen voraussetzt²³. Die Leiharbeitsrichtlinie verzichtet auf einen eigenen Arbeitnehmerbegriff²⁴ und lässt das nationale Recht nach Art. 2 Abs. 2 maßgebend sein.

Dabei ist besonders darauf hinzuweisen, daß auch die von der Richtlinie nicht geforderte Lohnuntergrenze des § 3a AÜG (dazu VI 5) die sonst durchaus bestehende Möglichkeit einer Geltungsbereichsausnahme²⁵ ausgeschlossen hat: Nach § 3a Abs. 2 Satz 2 AÜG kann der Verordnungsgeber den Vorschlag nur inhaltlich unverändert in die Rechtsverordnung übernehmen²⁶. Damit also greift ein solcher Mindestlohn für

²¹ Zu weit deshalb wohl *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 3.

²² BAG 29.1. 1992 – 5 AZR 37/91, NZA 1992, 643; hierzu auch *Schaaf*, Die Sozialgerichtsbarkeit (Sgb) 1993, 506.

²³ *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 1 AÜG Rn. 37 ff.; ebenso deutlich für die Richtlinie 2008/104/EG, Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 littera (lit.) a und: Nur solche, die nach nationalem Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt sind.

²⁴ Anders aber die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10. 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (Amtsblatt EG 1992 L 348/1); vgl. EuGH 11.11. 2010 – C-232/09, EuZA 4 (2011), 362 mit Anmerkung *Schubert* = NZA 2011, 143 ff. (*Danosa*) für die GmbH-Geschäftsführerin nach lettischem Recht; dazu *Oberthür*, NZA 2011, 253.

²⁵ Zur Geltungsbereichsbeschränkung bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) BAG 16.6. 2010 – 4 AZR 934/08, juris und BAG 14.10. 1987 – 4 AZR 342/87, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 88 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; zur Geltungsbereichsreduktion bei den Mindestlohnverordnungen des § 7 Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) *Bayreuther*, in: *Thüsing* (Hrsg.), AEntG, 2010, § 7 AEntG Rn. 23, *Schlachter*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 7 AEntG Rn. 3.

²⁶ Etwa Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP vom 15.3. 2011, BT-Drucks. 17(11)446, S. 3.

jede Arbeitnehmerüberlassung, die wirtschaftliche Tätigkeit ist, mag sie auch karitativ sein. Überdies ist zu bedenken, dass Tarifverträge zur Absenkung der Entgeltgleichstellung nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG daran scheitern können, dass die Tarifzuständigkeit auf Gewerbebetriebe beschränkt ist. Während etwa die Industriegewerkschaft (IG) Metall nach ihrem Organisationskatalog in Anhang 2 der Satzung zuständig ist „einschließlich der Arbeitnehmer/innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der IG Metall erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind, sowie Verleihbetriebe, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die vom Organisationsbereich der IG Metall erfasst werden“²⁷, also keine Gewerbsmäßigkeit verlangt, stellt die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) für seinen Organisationsbereich in Anhang 1 zur Satzung unter „1.2.4 Sonstiger privater Dienstleistungsbereich“ auf „Unternehmen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung“ ab, hängt also noch am herkömmlichen gewerberechtlichen Überlassungsbegriff und kann also die Entgeltgleichstellung für die nicht-gewerbliche Zeitarbeit nicht abbedingen.

5. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung soll nach überwiegender Meinung künftig ebenfalls erfasst sein. Schied sie bisher gelegentlich wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht und damit mangelnder Gewerbsmäßigkeit aus, so ist die „wirtschaftliche Tätigkeit“ nicht von vornherein ausgeschlossen²⁸.

Indes: Ein Tätigwerden „am Markt“ setzt voraus, dass der Konzern-Verleiher über die konzerninterne Nachfrage nach Leiharbeitnehmern hinaus auch andere Kunden bedient und in Konkurrenz zu anderen Entleihern steht. Eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit setzt überdies voraus, dass das Konzernunternehmen nicht von einer Konzernobergesellschaft gesteuert wird. Daraus folgt umgekehrt: Deckt ein Konzernverleiher nur den konzernerneigenen Arbeitskräftebedarf und steht er nicht im Wettbewerb mit anderen Verleihern, so tritt er nicht am Markt auf. Der Verleiher agiert nicht selbständig, sondern nur als Teil der wirtschaftlichen Einheit Konzern²⁹.

Konzerninterne „Job-Center“, die nicht „nach außen“ verleihen, üben keine wirtschaftliche Tätigkeit aus und fallen nicht unter das AÜG. Hier ist dem AÜG-Gesetzgeber ein weiteres Malheur passiert: Die Konzernausnahme des § 1 Abs. 3 AÜG nimmt „Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der

²⁷ www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/internet/docs_ig_metall_xcms_137676_2.pdf.

²⁸ Wie hier *Boemke*, *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW) 2009, 177, 178: Anlehnung an § 14 Abgabenordnung (AO); *Lembke*, *Betriebs-Berater* (BB) 2010, 1533, 1549; *Ulber*, *Arbeit und Recht* (AuR) 2010, 10, 12; ebenso *Hamann*, *EuZA* 2 (2009), 287, 299 f.; *Blanke*, *BB* 2010, 1528, 1530; schon *Blanke*, *Welche Änderungen des deutschen Gesetzes erfordert die Umsetzung der EU-Richtlinie Leiharbeit – mit dem Schwerpunkt Gleichbehandlungsgrundsatz und Abweichungen gem. Art. 5 der EU-RI? – Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des DGB*, 2010, S. 117 ff.; anders *Waas*, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* (ZESAR) 2009, 207, 208.

²⁹ Vgl. für die Reichweite des Kartellrechts der Europäischen Gemeinschaft (EG) *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 14), Art. 81 EGV Rn. 164 ff.; *Eilmansberger*, in: *Streinz* (Fn. 10), Art. 81 EGV Rn. 6 ff.; *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 10), Art. 81 EGV Rn. 35, *Frenz* (Fn. 10), Rn. 373 ff.; grundlegend *EuGH* 25.10. 1983 –107/82, *Slg.* 1983, 3151 Leitsatz 8 (AEG Telefunken/Kommission); für die Umsetzung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) auch Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), *Ausschussdrucksache* 17(11)431, S. 17.

Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird“ aus der Geltung des AÜG aus. Damit wird aber die Grundregel des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht auf jedwede Konzernüberlassung qua Umkehrschluss erweitert. Vielmehr ist die nicht-wirtschaftliche Arbeitnehmerüberlassung – auch im von § 18 Aktiengesetz (AktG) nicht erfassten Gleichordnungskonzern – von vornherein vom Geltungsbereich nicht erfasst und bedarf keiner Ausnahmeregelung. Auch die Schlecker-Klausel in § 9 Nr. 2 Satzteil 3 AÜG läuft leer: Der umgekehrte Drehtüreffekt, also die Übernahme ehemaliger Normalarbeitnehmer in eine konzerninterne Gestaltungsgesellschaft, wird vom AÜG dann insgesamt nicht erfasst, wenn diese keine wirtschaftliche Tätigkeit ist. Dann greift die Entgeltgleichstellung von vornherein nicht, so dass auch deren Tarifdispositivität keine Rolle spielt. Dass der Gesetzgeber gerade den (konzerninternen) Selbstkostenverleih erfassen wollte³⁰, spielt keine Rolle, weil dieser Wille im von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG definierten Geltungsbereich keinen Niederschlag gefunden hat.

6. „Misch(verleih)betriebe“

Ob der Verleiher die Arbeitnehmerüberlassung neben anderen Tätigkeiten betreibt, ist unerheblich. Die im deutschen Recht vielfach anzutreffende Qualifizierung von Mischbetrieben nach ihrem quantitativen Gepräge³¹ ist für das europäische Recht belanglos. Die Richtlinie definiert in Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 littera (lit.) b das Leiharbeitsunternehmen nur danach, dass es überhaupt Arbeitnehmer verleiht und dass dies eine wirtschaftliche Tätigkeit ist. Auf den Umfang kommt es nicht an. Deswegen lässt sich die Konzernleihe durch solche Unternehmen, die überwiegend eigene Arbeitnehmer beschäftigen, mit diesem Argument nicht aus dem Geltungsbereich der Richtlinie heraushalten³². Allenfalls eine sehr seltene Überlassung einzelner Arbeitnehmer kann so gering ausfallen, dass diese vom Umfang her nicht als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist (Bagatellüberlassung). So könnte immerhin § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG zu verstehen sein. Freilich wäre die Ausnahme deklaratorisch, wenn die Bagatellüberlassung schon keine wirtschaftliche Tätigkeit ist.

Auf der anderen Seite kann eine nicht-wirtschaftliche Arbeitnehmerüberlassung nicht dadurch zur wirtschaftlichen Tätigkeit gerinnen, dass das Unternehmen eine andere wirtschaftliche Tätigkeit betreibt. Wenn etwa ein Unternehmen neben seiner – wirtschaftlichen – Produktionstätigkeit auch Arbeitnehmer nur konzernintern verleiht, ist das keine wirtschaftliche Arbeitnehmerüberlassung. Die Richtlinie formuliert in Art. 1 Abs. 2 (oben 2) etwas trüb, dass das „Leiharbeitsunternehmen“ eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben muss. Damit ist aber keine Anknüpfung an die deutsch-rechtliche Gepräge-theorie für Mischbetriebe und -unternehmen gemeint. Noch trüber spricht § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG davon, dass die Überlassung „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit“ erfolgen muss. Aber auch damit ist nicht gemeint, dass eine marktfreie Überlassungstätigkeit durch eine andere Zwecksetzung unternehmerisch wird.

³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung 17.2. 2011 (Fn. 2), S. 9, deshalb auch *Lembke*, DB 2011, 414.

³¹ Etwa BAG 25.11. 1987 – 4 AZR 361/87, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE) 56, 357 = NZA 1988, 317; BAG 25.2. 1987 – 4 AZR 240/86, BAGE 55, 78; grundlegend BAG 27.11. 1963 – 4 AZR 486/62, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

³² *Hamann*, EuZA 2 (2009), 287, 297; anders *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einleitung Rn. 613.

Die Mischbetriebslehre gilt aber nach wie vor als Auslegungsinstrument im deutschen Tarifrecht³³. Deshalb kann ein betrieblicher Geltungsbereich eines Zeitarbeitsvertrag verhindern, dass der Tarifvertrag insgesamt auf ein Unternehmen oder einen Betrieb nicht anwendbar ist, bei dem die Arbeitnehmerüberlassung eine untergeordnete Rolle spielt, und deshalb nicht als Verleihbetrieb anzusehen ist. Das wiederum ist misslich, weil es dann bei der unpraktischen Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen bewendet. Die Tarifverträge des Bundesverbands Zeitarbeit (BZA)³⁴ enthalten in § 1.2 keine derartige Geltungsbereichseinschränkung. Allerdings ist nicht ganz klar, ob dieser weite Geltungsanspruch von der Tarifzuständigkeit des BZA (§ 3.1 der Satzung: „wenn sie nach ihrem Geschäftszweck in der Bundesrepublik Deutschland Zeitarbeit betreiben“³⁵) oder der tarifschließenden Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) gedeckt ist. So ist die Tarifzuständigkeit der IG BAU betriebsbezogen³⁶.

III. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Überlassungsbeschränkung?

1. Überlassungsfreiheit nach der Richtlinie

Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie zieht nationalen Verboten und Beschränkungen der Leiharbeit eine Grenze. Abzugrenzen sind solche Verbote von den „nationalen Anforderungen hinsichtlich der Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanziellen Garantie und Überwachung der Leiharbeitsunternehmen“ im Sinne von Art. 4 Abs. 4.

a) Verbote und Einschränkungen, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie

Die Richtlinie verfolgt einen klaren Liberalisierungsgedanken: Leiharbeit ist erwünscht und rechnet zum *Flexicurity*-Ansatz der Union. Dies unterstreichen die Erwägungsgründe 11, 12 und 18. Vor allem aber schreibt Art. 4 Abs. 1 explizit vor:

„Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt“

und definiert dies beispielhaft:

„Hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhindern“.

Beschränkungen einerseits und Anforderungen an die Zulassung und Überwachung andererseits können sich vom Begriffswortlaut her überschneiden. Indes zeigen die Beispiele aus den Beratungen, insbesondere im Rat der Europäischen Union, was gemeint war³⁷:

³³ Etwa BAG 4.7. 2007 – 4 AZR 491/06, NZA 2008, 307 Rn. 62 mit weiteren Nachweisen.

³⁴ www.bza.de/fileadmin/bilder/2010/Tarifvertrag_08_2010.pdf.

³⁵ www.bza.de/fileadmin/bilder/2009/2010/Satzung_BZA.pdf.

³⁶ Anlage 1 zur Satzung unter 1 und 3: „Verleihbetrieben oder selbstständigen Verleihbetriebsabteilungen.“

³⁷ Interinstitutionelles Dossier 2002/0072 (COD), 15686/07 vom 29.11. 2007, abzurufen unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st15/st15686.de07.pdf>, S. 2 ff.

- „verschiedene Grenzen für die Sektoren oder Beschäftigungen, die eventuell auf Leiharbeitnehmer zurückgreifen (zum Beispiel eine Einschränkung betreffend den Einsatz von Leiharbeitnehmern für gefährliche Arbeiten),
- maximale Laufzeit der Verträge,
- Begrenzung der Leiharbeit lediglich auf bestimmte Situationen (Stoßzeiten oder unerwartetes Arbeitsaufkommen).“

Gewollt ist also ein Schutz vor bestimmten Formen der Leiharbeit. Aussagekräftig war auch der erste Entwurf der Kommission³⁸, der sich auf „bestimmte Arbeitnehmerkategorien oder bestimmte Wirtschaftszweige“ bezog.

b) Anforderungen hinsichtlich Eintragung, Zulassung, Überwachung

Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie hat eine andere Stoßrichtung: Vorschriften, die lediglich das „Wie“ der Durchführung der Leiharbeit regeln, sich aber nicht gegen das „Ob“ wenden, bleiben zulässig und sind nicht als „Einschränkung“ zu rechtfertigen. Die Grenze zu Art. 4 Abs. 1 ist erreicht, wenn lediglich vordergründig das „Wie“ betroffen ist, doch die Anforderungen oder ihre Praxis so scharf sind, dass sie in der Wirkung einer Einschränkung entsprechen. Das wäre der Fall, wenn die Erlaubniserteilung im freien Belieben der Behörden stünde. Auch eine kurze Höchstüberlassungsdauer wäre als Einschränkung der Leiharbeit nur nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie zu rechtfertigen. Gleiches gälte, wenn die Behörden die Erlaubniserteilung erst nach überlangem Verwaltungsverfahren aussprechen und damit den Marktzutritt behindern. Die protektionistische Überhöhung des Schutzniveaus der Leiharbeitnehmer wirkt am Ende ökonomisch abschreckend und behindert die Entscheidung über den Einsatz von Verleihern und ihren Arbeitnehmern.

Hierzu lässt sich auf den Schutz der Grundfreiheiten vor mittelbaren Beschränkungen rekurrieren: So beanstandet der Europäische Gerichtshof (EuGH) seit jeher solche Verkaufsregelungen, die den Marktzugang erschweren und als Handelshemmnis wirken, als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV (bislang: Art. 28 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [EGV])³⁹. Ebenso ist für die Dienstleistungsfreiheit, die auch die grenzüberschreitende Leiharbeit als Dienstleistung erfasst (Art. 59 AEUV, bislang Art. 49 EGV), zu fragen, ob eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme vorliegt, die den Anwendungsbereich ausschliesse. Eine solche „Privilegierung staatlicher Regelungen“ ist immer dann zu verneinen, wenn sie den Zugang von Dienstleistungen zum Markt eines anderen Mitgliedsstaats verhindern können⁴⁰.

³⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern (Vorlage der Kommission), KOM(2002) 149 endgültig, 20.3.2002.

³⁹ EuGH 5.11.2002 – C-325/00, Slg. 2002, I-9977 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 3609 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland) für das CMA-Gütesiegel; *Schroeder*, in: Streinz (Fn. 10), Art. 28 EGV Rn. 49.

⁴⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz (Fn. 10), Art. 49 EGV Rn. 96 mit Hinweis auf EuGH 10.5.1995 – C-384/93, Slg. 1995, I-1141 = NJW 1995, 2541 (Alpine Investments).

c) Verbesserter Arbeitnehmerschutz nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie

Vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung in „Ob“ und „Wie“ lässt sich das „Günstigkeitsprinzip“ in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie einordnen. Wenn als objektives Ziel der Richtlinie der Abbau von Verboten und Einschränkungen beabsichtigt ist, wäre es widersinnig, bezöge sich das Günstigkeitsprinzip hierauf, da die Mitgliedstaaten so jedes Verbot rechtfertigen könnten. Vielmehr verdeutlicht dies die Unterscheidung in „Ob“ und „Wie“: Hinsichtlich des „Ob“ der Leiharbeit sind die Mitgliedstaaten auf die Vorgaben der Richtlinie verpflichtet. Hinsichtlich des „Wie“, also etwa des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder der Informationsansprüche, bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, den (Leih-) Arbeitnehmerschutz gegenüber der Richtlinie auszubauen.

Das heißt aber auch: Es geht (nur) um den Schutz der Leiharbeitnehmer. Nur auf diesen bezieht sich die Richtlinie. Einen allgemeinen beschäftigungspolitischen Schutz der Stammbeschäftigten vor Leiharbeitnehmern als Wettbewerbern auf dem Arbeitsmarkt lässt die Richtlinie nicht zu. Auch aus diesem Grund wäre eine gesetzliche Leiharbeitnehmerquote im Betrieb oder Unternehmen von der Richtlinie nicht gedeckt. Denkbar sind konkrete Sicherheitsvorschriften, etwa zum Schutz vor solchen Gesundheitsgefahren, die von unqualifiziertem (Leih-) Personal ausgehen.

d) Zulässigkeit des Erlaubnisvorbehalts

Hiernach ist der Erlaubnisvorbehalt vor dem Hintergrund der Gewerbefreiheit nicht als Verbot oder Beschränkung der Leiharbeit anzusehen, sondern als Mittel zur Zulassung und Überwachung von Leiharbeitsunternehmen. Die Anforderungen sind nicht so hoch, als dass von einer gezielten Einschränkung der Leiharbeit zu sprechen wäre⁴¹.

Anders wäre zu entscheiden, wenn die Behörde die Überlassungserlaubnis mit erheblichem Ermessensspielraum verweigern könnte – etwa eine bedarfsorientierte wirtschaftslenkende Zulassungspolitik betriebe. Das schließt im deutschen Recht die Gewerbefreiheit des § 1 Gewerbeordnung (GewO) aus und auf europäischer Ebene die prinzipielle Überlassungsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie. Missverständlich sah allerdings der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) den Erlaubnisvorbehalt als berichtspflichtig im Sinne des Art. 4 Abs. 5 an, was wiederum voraussetzte, dass ein Fall des Art. 4 Abs. 1 vorläge, also ein Verbot oder eine Beschränkung⁴². Als Überwachungsinstrument nach Art. 4 Abs. 4 Leiharbeitsrichtlinie löst der Erlaubnisvorbehalt keine Berichtspflicht nach Art. 4 Abs. 5 aus.

2. Umsetzungsdivergenz

Der Gesetzgeber ist insofern also frei – da von der Richtlinie hinsichtlich der Überwachung nicht erfasst –, bestimmte Formen der Arbeitnehmerüberlassung vom

⁴¹ So auch *Waas*, ZESAR 2009, 207, 209; *Boemke*, RIW 2009, 177, 181; skeptisch *Hirdina*, NZA 2011, 325, 330.

⁴² Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG), S. 2, abzurufen unter www.vbw-bayern.de/agv/downloads/47327@agv/A%C3%9CG+Diskussionsentwurf.pdf.

Erlaubnisvorbehalt auszunehmen. Nicht hingegen kann er festlegen, dass mit diesem Verzicht auch die materiell-rechtlichen Vorgaben der Richtlinie schwinden – soweit die wirtschaftliche Tätigkeit zu bejahen ist. Deren Einhaltung erzwingt das Gemeinschaftsrecht⁴³. Zwar strebt auch das deutsche AÜG nach einheitlicher Anwendbarkeit, also einem Gleichklang von wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Überwachung und arbeitsrechtlichem Schutz. Doch kann der deutsche Gesetzgeber von den materiellen Auflagen der Richtlinie nur freistellen, soweit entweder die wirtschaftliche Tätigkeit zu verneinen ist oder aber ein Ausnahmetatbestand der Richtlinie greift. Im Übrigen aber müssen solche Ausnahmen wegen des auch für Richtlinien inzwischen postulierten (unmittelbaren) Anwendungsvorrangs außer Anwendung bleiben⁴⁴.

Praktisch könnte das für die Ausnahmen im modifizierten § 1 Abs. 3 AÜG werden. Zwar erfassen jene teilweise auch die nicht-wirtschaftliche Arbeitnehmerüberlassung – etwa im Konzern (Nr. 2) oder zwischen Arbeitgebern (Nr. 1 und 2a). Doch kann in allen Fällen, insbesondere im Fall der grenzüberschreitenden Überlassung nach Nr. 3, auch eine marktbezogene, also wirtschaftliche Überlassung vorliegen. Insofern liegt ein Richtlinienverstoß vor. Dass Gerichte der Bundesrepublik den Verstoß „heilen“, indem sie die Ausnahmen teilignorieren, ändert hieran nichts⁴⁵. Immerhin kann die Teilausnahme die (richtlinienfreie) wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kontrolle der Überlassung in diesen Fällen zurücknehmen. Dadurch wird aber der *effet utile* hinsichtlich des Richtlinienprogramms infrage gestellt – ein weiterer Verstoß. Dies wird auch nicht dadurch verhindert, dass bei Verstößen gegen „materielle Überlassungsvorschriften“ Bußgelder drohen. Zwar ist es im Grundsatz zulässig, bei Blanketten durch richtlinienkonforme Auslegung letztlich eine Erweiterung herbeizuführen⁴⁶. Allerdings findet auch diese wegen Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (GG) ihre Grenze im Wortlaut. Befreit also § 1 Abs. 3 AÜG weiterhin von allen Vorgaben des Gesetzes, muss der normunterworfenen Bürger zumindest im Hinblick auf strafrechtliche Konsequenzen darauf vertrauen dürfen. Dann aber werden umgekehrt die Richtlinienvorgaben nicht hinreichend durchgesetzt.

Auf der anderen Seite könnte der deutsche Gesetzgeber das AÜG durchaus weiter fassen als der Geltungsbereich der Richtlinie das verlangt, insbesondere besondere bestimmte Formen der nichtwirtschaftlichen Arbeitnehmerüberlassung einbeziehen, etwa die marktfreie Überlassung im Konzern. Das ist keine „Überumsetzung“ der Richtlinie, weil sich solche Überlassung von vornherein außerhalb des Geltungsbereichs bewegt. Nur hat er das nicht getan.

Damit ergibt sich folgende Vierteilung:

⁴³ Insofern nicht genau unterscheidend etwa *Lembke*, DB 2011, 414, 416; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 6.

⁴⁴ EuGH vom 19.1. 2010 – C-555/07, NJW 2010, 427 (Küçükdeveci); hierzu umfassend *Waltermann*, EuZA 3 (2010), 541; *Preis/Temming*, NZA 2010, 185.

⁴⁵ EuGH 8.10. 1996 – C-178/94, Slg. 1996, I-4845 = NJW 1996, 3141 (Dillenkofer); EuGH 19.9. 1996 – C-236/95, Slg. 1996, I-4459 (Kommission/Republik Griechenland); EuGH 19.5.2001 – C-144/99, Slg. 2001, I-3541 = NJW 2001, 2244 (Kommission/Königreich der Niederlande).

⁴⁶ *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MünchKommStGB), Bd. 1, 2001, § 1 Rn. 83; ausführlich schon *Hugger*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 1993, 421; von *Heitschel-Heinegg*, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB (BeckOK StGB), § 1 Rn. 22 ff.

		Leiharbeitsrichtlinie anwendbar (wirtschaftliche Tätigkeit)	
		Ja	Nein
AÜG anwendbar	ja	Regelfall: Richtlinie und AÜG laufen parallel, typische Arbeitnehmerüberlassung	AÜG könnte nichtwirtschaftliche Überlassung regulieren, tut das aber nicht
	nein	Ausnahmen des § 1 Abs. 3 AÜG, soweit wirtschaftliche Tätigkeit: Richtlinienverstoß	Unregulierte Überlassung, frei von Schutzvorgaben des AÜG. Hauptfall: marktfreie Konzernleihe

IV. Vorübergehender Verleih?

1. Änderung im AÜG

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gilt nunmehr: „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.“ Bislang musste nur die Konzernüberlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG alte Fassung (a.F.) vorübergehen, damit das Privileg der Erlaubnisfreiheit griff. Vorübergehend war nach dieser Vorschrift, was vorübergeht, also nur „irgendwann“ ein zeitliches Ende fand⁴⁷.

Auch wenn sich der deutsche Gesetzgeber hierzu durch eine vermeintliche Vorgabe in der Richtlinie gezwungen sah⁴⁸, ist die gesetzgeberische „Performance“ beschränkt: Was ist mit Satz 2 gemeint? In der Definitionsnorm des Satzes 1 steht diese Begrenzung nicht. Ist also auch die dauerhafte Überlassung eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne dieses Gesetzes? Dann könnte die Anordnung in Satz 2 nur ein Verbot bedeuten: dass nämlich der Überlassungsvertrag für den einzelnen Arbeitnehmer eine irgendgeartete zeitliche Begrenzung enthalten müsse. Nur: Was folgt aus einem Verstoß, welche Sanktion greift? Weder der verwaltungsrechtliche Unter-sagungskatalog des § 3 AÜG, noch die zivilrechtlichen Folgen der §§ 9, 10 AÜG knüpfen an die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung an! Auch die Bußgeldtatbestände greifen nicht.

2. Vorgaben der Richtlinie

In der Tat begründet die gehäufte Verwendung des Begriffs „vorübergehend“ in der Richtlinie, etwa im Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1, in den Begriffsbestimmungen in Art. 3 Abs. 1 lit. b bis e zunächst die Annahme, dass es zukünftig unzulässig sein soll, den Leiharbeiter für die gesamte Zeit seines Einsatzes nur noch einem Kundenunternehmen zuzuweisen: Vielmehr sei nur noch der „vorübergehende Verleih“ die einzig zulässige Form⁴⁹. Allerdings könnte hieraus auch in Er-

⁴⁷ BAG 21.3. 1990 – 2 AZR 198/89 (Fn. 9), 273.

⁴⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung 17.2. 2011, BT-Drucks. 17/4804 (Fn. 2), S. 9.

⁴⁹ Hamann, EuZA 2 (2009), 287, 311; derselbe, NZA 2011, 70, 72; Ulber, AuR 2010, 10, 11; Blanke, BB 2010, 1528, 1530; Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (Fn. 42), S. 11.

mangelung einer konkreten Höchstfrist auch nur geschlossen werden, dass die Leihe irgendwann enden müsse, also nicht auf Dauer konzipiert sein darf.

a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie

Bei näherer Analyse trifft dies nicht zu. Schon der Anwendungsbereich ist nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie nur für solche Arbeitnehmer eröffnet, die „... zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend ... zu arbeiten“. Nähme man dies wörtlich, so wären alle dauerhaft verliehenen Leiharbeiter, schon nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst. Das hieße zwar erstens, dass die Mitgliedstaaten insoweit nicht auf Art. 4 Abs. 1 verpflichtet wären, diese Form des dauerhaften Verleihs also grundsätzlich verboten werden könnte. Zugleich aber wären jene Mitgliedstaaten, die die Dauerüberlassung zuließen, von den Schutzmechanismen der Richtlinie befreit, insbesondere vom Gleichstellungsgebot. Die Dauerüberlassung ermächtigte zum Unterbietungswettbewerb. Das ist widersinnig⁵⁰.

b) Liberalisierungsgedanke der Richtlinie

Die Leiharbeitsrichtlinie betont im 10. Erwägungsgrund, dass es in Europa in Bezug auf die rechtliche Stellung der Leiharbeiter große Unterschiede gibt. Nach dem 12. Erwägungsgrund soll zwar ein Rahmen für die Leiharbeit geschaffen, indes die Vielfalt der Arbeitsmärkte und Arbeitsbeziehungen gewahrt werden. Im 18. Erwägungsgrund wie auch in Art. 4 Abs. 1 kommt der Liberalisierungsgedanke zum Ausdruck: Verbote und Einschränkungen sollen überprüft werden und nur noch aus Gründen des Allgemeininteresses zulässig sein. Mit dieser Ausrichtung lässt es sich nicht erklären, dass die Dauerüberlassung erstens von der Richtlinie gar nicht erfasst und dann zweitens auch noch „implizit“ verboten sein soll⁵¹. Die Richtlinie widerspräche sich insofern selbst: Welcher Grund des Allgemeininteresses trüge das Pauschalverbot der Dauerüberlassung?

c) Unklare Abgrenzung

Schließlich: Wie sind dauerhafte und vorübergehende Überlassung abzugrenzen? Die „deutsche Variante“ zu § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG a.F. lautet: Vorübergehend ist, was vorüber geht – so dass die Arbeitnehmerüberlassung nur irgendwie mit einem zeitlichen Ende versehen sein muss⁵². In Europa muss sich dies nicht durchsetzen. Wer also eine unterschiedliche Behandlung von Dauerüberlassung (entweder Totalverbot oder unregulierte Freiheit) und vorübergehender Überlassung (regulierte Freiheit) fordert, muss dann auch sagen, wie sich beides exakt abgrenzen lassen soll: Kommt es auf die Befristung des einzelnen Einsatzes an? Wie viele Einsätze dürfen hinter-

⁵⁰ Wie hier *Boemke*, RIW 2009, 177, 179; so wohl auch *Klumpp*, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2009, 89, 90; *Lembke*, DB 2011, 414, 415; anders *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), Einleitung Rn. 617; auch *Blanke* (Fn. 28), S. 116; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 3.

⁵¹ Ähnlich *Boemke*, RIW 2009, 177, 179; *Blanke*, BB 2010, 1528, 1530.

⁵² *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 1 Rn. 507; *Waas*, in: Thüsing, AÜG (Fn. 7), § 1 Rn. 194b; *Germakowski*, in: *Urban-Crell/Germakowski* (Fn. 9), § 1 AÜG Rn. 226 ff.; *Boemke/Lembke*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 1 Rn. 199; etwas enger *Ulber*, AÜG, 3. Aufl. 2006, § 1 Rn. 253.

einandergeschaltet werden, bis aus der vorübergehenden eine Dauerüberlassung wird? Wie ist die „vorübergehend“ konzipierte Überlassung ohne definiertes oder auch nur bestimmbares Ende zu werten?

3. Gesetzgebungsgeschichte

Die Entwicklungsgeschichte belegt keinen besonderen Regelungszweck. Schon die „kleine“ Leiharbeitsrichtlinie 91/383/EWG von 1991 beschränkte sich nicht auf die „vorübergehende“ Überlassung⁵³.

Der erste Kommissionsentwurf fasste Art. 1 Abs. 1:

„Diese Richtlinie gilt für Arbeitsverträge oder Arbeitsverhältnisse zwischen einem Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer, der zur Verfügung gestellt wird, um für ein entleihendes Unternehmen unter dessen Aufsicht zu arbeiten.“⁵⁴

Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 1 war schon vorgeschlagen, der den Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen aufgab, um eine missbräuchliche Anwendung dieses Absatzes zu verhindern. „Dieser“ Absatz normierte, dass die Mitgliedstaaten eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung für die ersten sechs Wochen vorsehen konnten. Hieraus erschließt sich der Zweck des Unterabs 2: Es sollte nur diese Ausnahme nicht durch „Kettenbefristungen“ umgangen werden. Auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 19.9. 2002⁵⁵ stellte lediglich fest, dass

„in den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlages ... ‚Arbeitsverträge oder Arbeitsverhältnisse zwischen einem Leiharbeitsunternehmen‘, das als Arbeitgeber bestimmt wird, und ‚einem Arbeitnehmer, der zur Verfügung gestellt wird, um für ein entleihendes Unternehmen unter dessen Aufsicht zu arbeiten‘ und ‚öffentlichen und privaten Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben‘ fallen.“

Auf ein Vorübergehen wurde also nicht abgestellt. In den Beratungen des Entwurfs regte das Europäische Parlament an, herauszustellen, dass sich die Richtlinie mit der charakteristischen Dreiecksbeziehung der Leiharbeit beschäftigte und nicht nur mit der Beziehung zwischen Unternehmen und Arbeitnehmer⁵⁶. Es schlug deshalb folgenden Text vor:

„Diese Richtlinie gilt für alle Situationen, in denen ein Unternehmen auf der Grundlage eines Beschäftigungsvertrages oder eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem Leiharbeitnehmer einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, der unter der Leitung und Aufsicht eines entleihenden Unternehmens arbeitet.“

Auch hier kein Wort vom „vorübergehenden Charakter“ der Leiharbeit. Allerdings taucht zum ersten Mal der Begriff „zeitweilig“ auf, nämlich in den Begriffsdefinitionen „Leiharbeitnehmer“, „Leiharbeitsunternehmen“ und „entleihendes

⁵³ Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25.6. 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis (Amtsblatt EG 1991 L 206/19), zu ihr *Fuchs*, NZA 2009, 57 ff.

⁵⁴ Vorschlag für eine Richtlinie (Fn. 38), S. 21.

⁵⁵ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern“ (Amtsblatt EG 2003 C 61/124, 125).

⁵⁶ Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern vom 23.10. 2002, (KOM[2002] 149 – C5 0140/2002 – 2002/0072[COD]), A5-0356/2002.

Unternehmen“⁵⁷. Aus den Unterlagen ergibt sich, dass aus Vereinfachungsgründen eine einheitliche Begriffsdefinition gefunden werden sollte, nicht aber, dass Änderungen in der Sache beabsichtigt waren.

Der geänderte Vorschlag der Kommission beließ es bei dieser Regelung⁵⁷. In den weiteren Erörterungen⁵⁸ werden keine inhaltlichen Anpassungen angesprochen. Vielmehr legt die Kommission dar, dass sie nur dem vom Parlament eingebrachten Änderungsantrag Nr. 23 Rechnung tragen wollte⁵⁹. Warum der Wortlaut nicht exakt übernommen wurde, sondern das „vorübergehend“ übernommen wurde, ist nicht ersichtlich. Für eine materielle Änderung gibt es keinen Anhaltspunkt. Wahrscheinlich ist deshalb, dass lediglich eine Anpassung an den Wortlaut der ebenfalls eingefügten Begriffsdefinitionen gewünscht war.

Die Dauerüberlassung ist also gegen den redaktionell misslungenen Wortlaut in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen, weil nur das dem Regelungs- und Schutzkonzept der Richtlinie entspricht. Sie ist weder verboten, noch ungezügelt zulässig, sondern den Schranken der Richtlinie unterworfen⁶⁰.

4. Unzulässige Beschränkung der Leiharbeit?

a) Fraglicher Regelungswille

Entscheidend für die Beurteilung einer möglichen Richtlinienwidrigkeit ist, inwieweit der Gesetzgeber durch die Statuierung des vorübergehenden Verleihs in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG tatsächlich Regelungswillen hatte, oder aber ob die Aussage lediglich als Programmsatz zu verstehen ist. Da weder Konsequenzen für einen nicht-vorübergehenden Einsatz⁶¹ noch Anhaltspunkte für die Abgrenzung von vorübergehendem und nicht-vorübergehendem Einsatz und auch nicht etwa ein Verbot des nicht-vorübergehenden Einsatzes festgesetzt wurden, fehlt es insoweit an den *essentialia* einer Regelung. Die Norm ist nur als Appell ohne Rechtsfolge zu verstehen⁶².

b) Konsequenzen

Entnähme man entgegen der hier vertretenen Ansicht § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG etwa den Inhalt, dass eine Erlaubnis nicht mehr erteilt werden dürfe, wenn der Verleiher

⁵⁷ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 701 endgültig, 28.11. 2002, S. 9.

⁵⁸ http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=172619#339394.

⁵⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG-Vertrag zum gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, KOM(2008) 569 endgültig, 28.9. 2008, S. 6.

⁶⁰ So etwa auch Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Dienstleistungsunternehmen e.V. (BVD), Ausschussdrucksache 17(11)443, S. 39, 41.

⁶¹ Nachdem das BAG noch einmal betont hat, dass § 10 Abs. 1 AÜG bei vermuteter Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG nicht in Betracht kommt, BAG 28.6. 2000 – 7 AZR 100/99, NZA 2000, 1160.

⁶² So auch *Lembke*, DB 2011, 414, 415; in die Richtung auch Begründung der Bundesregierung, Bundesrats-Drucksache (BR-Drucks.) 847/10: „insbesondere auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet“.

den Leiharbeiter mehr als ein Jahr entleihen möchte⁶³, so stellte sich die Frage, ob dies mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar wäre. Nicht die Nichtbegrenzung ist – wie gemeinhin vermutet – europarechtlich zweifelhaft, sondern vielmehr die grundlose Begrenzung. Wie unter III 1 dargestellt, sind nach Art. 4 Abs. 1 Verbote und Beschränkungen der Leiharbeit nur zulässig, wenn sie sich aus Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen. Als solches mögliches Verbot wurde in den Beratungen des Rates explizit genannt: „maximale Laufzeit der Verträge“. Dann stellte sich aber die Frage, welches Allgemeinwohlinteresse der Gesetzgeber damit verfolgt. Entgegen der verbreiteten deutschrechtlichen Wunschvorstellung eines vermeintlichen „Normalarbeitsverhältnisses“⁶⁴ ist die Grundentscheidung der Richtlinie, dass Leiharbeit eine gewöhnliche und gewollte Form der Arbeitsleistung darstellt. Insofern ist nicht ersichtlich, warum dort eine Befristung angezeigt wäre⁶⁵. Sofern also entgegen Wortlaut und Telos aus § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbot des nicht-vorübergehenden Verleihs entnommen werden sollte, verstieße dieses gegen die Vorgaben der Richtlinie.

V. Verbliebene Totalverbote

Die verbliebenen Totalverbote der Leiharbeit im nationalen Recht stellen ein klassisches Umsetzungsdefizit dar, da sie gegen Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie verstoßen⁶⁶.

1. Bauhauptgewerbe (§ 1b AÜG)

a) Entwicklung

§ 1b AÜG untersagt seit 1982 (damals als § 12a Arbeitsförderungsgesetz [AFG]) für einen speziellen Bereich, nämlich das Bauhauptgewerbe, die Arbeitnehmerüberlassung, lässt aber einige Ausnahmen zu. Das Verbot sollte verhindern, dass die Arbeitnehmer von tariflichen Sozialleistungen ausgeschlossen werden; zugleich sollte die Tarifunterbietung verhindert und zuletzt der verbreiteten Illegalität infolge unzulänglicher Kontroll- und Meldepflichten begegnet werden. Die Norm wurde mehrfach aufgeweicht und unterlag umfassender Kritik⁶⁷, freilich hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Vereinbarkeit mit dem GG bejaht⁶⁸.

Der EuGH hat die Norm in ihrer damaligen Fassung für europarechtswidrig erklärt, da die Dienstleistungsfreiheit durch die damalige Fassung verletzt wurde, die ihrerseits verlangte, dass eine Niederlassung in Deutschland gegründet werden

⁶³ So etwa der Vorschlag der SPD-Fraktion vom 15.12. 2010, BT-Drucks. 17/4189, S. 1, 6, der aber bewusst nicht übernommen wurde; noch enger Vorschlag der Fraktion DIE LINKE vom 11.11. 2010, BT-Drucks. 17/3752, S. 2: drei Monate.

⁶⁴ Hierzu wieder *Waltermann*, NZA 2010, 860 ff.

⁶⁵ Anderer Ansicht *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 3.

⁶⁶ Entsprechende Hinweise auch im Rahmen der Sachverständigenanhörung in der Ausschussberatung, BT-Drucks. 17/5238, S. 10; Stellungnahme des Interessenverbands Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ), Ausschussdrucksache 17(11)431, S. 22 f.

⁶⁷ *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 1b Rn. 9 ff.; *Waas*, in: *Thüsing*, AÜG (Fn. 7), § 1b Rn. 6 f.

⁶⁸ Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 6.10. 1987 – 1 BvR 1086/82, NJW 1988, 1195.

musste, um die Tarifbindung herbeizuführen⁶⁹. Daraufhin hat der Gesetzgeber Satz 3 hinzugefügt, um dem Judikat des EuGH Rechnung zu tragen.

b) Vereinbarkeit mit Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie

§ 1b AÜG richtet sich zielgerichtet gegen das „Ob“, nämlich gegen die Leiharbeit im Bereich des Baugewerbes. Deshalb bemisst sich die Zulässigkeit nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie. In diesem Bereich sind Verbote oder Beschränkungen nur noch aus Gründen des Allgemeininteresses zulässig.

aa) Anforderungen an das „Allgemeininteresse“

Für das Verständnis des Begriffs „Allgemeininteresse“ spielt die Entwicklung von Art. 4 Abs. 1 eine Rolle. Im Kommissionsentwurf vom 20.3. 2002⁷⁰ war zunächst vorgesehen, dass eine Rechtfertigung nur aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem zum Schutz der Arbeitnehmer erfolgen kann. Das Parlament wollte darüber hinausgehen und schlug im Oktober 2002 vor, dass als Allgemeininteressen in Betracht kommen:

- Schutz der Leiharbeitnehmer,
- der Gesundheit und der Sicherheit und
- Abwehr anderer Gefahren für bestimmte Kategorien oder bestimmte Wirtschaftszweige,
- reibungsloses Funktionieren des Arbeitsmarkts und
- die Notwendigkeit, etwaige Missbräuche zu verhindern.

Hiermit wäre eine deutliche Ausweitung des Begriffs verbunden⁷¹. Die Kommission übernahm diesen Vorschlag weitgehend⁷². Auch der Rat hat 2007⁷³ mehrheitlich ähnliche Erwägungen angestellt. Verschiedene Gründe des Allgemeininteresses sollen Einschränkungen rechtfertigen können, da nur so ein Gesamtkompromiss zwischen Arbeitnehmerschutz und Arbeitsmarktflexibilität gewahrt werden könne. Großbritannien scheiterte mit seinem Vorschlag, nur „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ zur Rechtfertigung zuzulassen.

An das Allgemeininteresse dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden; der Begriff ist eher weit auszulegen unter Berücksichtigung der bisherigen Auslegung durch den EuGH. Wenn schon „Gründe des Allgemeinwohls“ zur Rechtfertigung ausreichen, dann auf jeden Fall „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“, wie sie die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV (a.F.; jetzt Art. 36 AEUV) entwickelt hat. Zu diesen zählten etwa: die wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Umweltschutz oder Lauterkeit des Handelsverkehrs⁷⁴. Somit werden zahlreiche Erwägungen, die zur Verfolgung von Gemeininteressen geeignet und

⁶⁹ EuGH 25.10. 2001 – C-493/99, Slg. 2001, I-8163 = NZA 2001, 1299 (Kommission/Deutschland); Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 1b Rn. 16.

⁷⁰ Vorschlag für eine Richtlinie (Fn. 38), S. 23, abzurufen unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0149:FIN:DE:PDF>.

⁷¹ Europäisches Parlament, PE 316.363/1-5 vom 11.10. 2002, S. 5, abzurufen unter www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20021021/479422DE.pdf.

⁷² Geänderter Vorschlag (Fn. 57).

⁷³ Rat der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier 2002/0072 (COD) vom 29.11. 2007, S. 3 f., abzurufen unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st15/st15686.de07.pdf>.

⁷⁴ Schroeder, in: Streinz (Fn. 10), Art. 30 EGV Rn. 33 ff.

erforderlich sind, vor dem Hintergrund dieser Definition zu rechtfertigen sein. So großzügig bei der Anerkennung des Beschränkungsgrunds zu verfahren ist, bleiben doch drei elementare Einschränkungen:

- Das vom Mitgliedstaat geltend gemachte Allgemeininteresse darf nicht dem Ziel der Richtlinie zuwiderlaufen, also diese konterkarieren⁷⁵. Dementsprechend kann gegen die grundsätzliche Zulassung der Leiharbeit von vornherein nicht eingewandt werden, diese sei unerwünscht, wenigstens im Bauhauptgewerbe. Eben darauf aber fußt das Totalverbot letztlich doch: Die kollektiven Akteure im Baugewerbe wollen sich die lästige Arbeitsmarktkonkurrenz vom Leibe halten.
- Zweitens muss die Beschränkungsargumentation stimmig sein und auf ein allgemeines Schutzniveau zielen, wie der EuGH in der Rüffert-Entscheidung betont⁷⁶. Weswegen etwa die Überlassung dann ausnahmsweise zulässig ist, wenn sie zwischen zwei von einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag erfassten Betrieben des Baugewerbes erfolgt (§ 1b Abs. 1 Satz 2 lit. a AÜG), ist nicht begreiflich. Warum soll dort das Vollzugsdefizit geringer sein?
- Voraussetzung ist schließlich, dass die Einschränkung geeignet und erforderlich ist⁷⁷.

bb) Rechtfertigung von § 1b AÜG

Jedenfalls die explizit in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie angeführten Allgemeininteressen könnten deshalb das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe rechtfertigen. So lässt sich der Schutz der Leiharbeitnehmer anführen, denen der Zugang zu den Sozialkassen gewährleistet werden soll. Freilich ist dieses berechnete Interesse schon durch die Gleichstellung erfüllt, da diese alle wesentlichen Arbeitsbedingungen betrifft. Der Schutz der tarifgebundenen Arbeitgeber vor der flexiblen Zeitarbeitskonkurrenz ist hingegen kein Allgemeininteresse, sondern ein partikulares. Ein Allgemeininteresse am Schutz vor Wettbewerb kann es nicht geben; diese Wertung stellt sich unmittelbar gegen die Richtlinie.

Kontrolldefizite sind für sich genommen kein Aspekt des Allgemeininteresses, wohl aber die dahinterstehenden Schutznormen. Indes ist das gegenüber dem Verbot mildere Mittel stets die Kontrollverschärfung. Der Staat kann sich nicht durch ineffektive Kontrollen selbst die Befugnis für ein Totalverbot verschaffen. Dementsprechend ist es richtig, die Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz von 2004 auszudehnen, wie dies das laufende Gesetzgebungsverfahren (I) vorsieht – allerdings nur zur Durchsetzung der Lohnuntergrenze des § 3a AÜG – nach dem Vorbild des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG).

Deswegen ist das Vollverbot in einem arbeitnehmerintensiven Zweig der Wirtschaft nicht erforderlich. Mildere Mittel stehen zur Verfügung; andere europäische Staaten kommen ohne ein Totalverbot aus⁷⁸. § 1b AÜG ist richtlinienwidrig; die Vorschrift ist ersatzlos zu streichen⁷⁹.

⁷⁵ In diese Richtung etwa auch *Frenz* (Fn. 10), § 5 Rn. 526 am Ende.

⁷⁶ EuGH 3.4. 2008 – C-346/06, Slg. 2008, I-1989 = EuZA 1 (2008), 526 mit Anmerkung Seifert = NJW 2008, 3485 (Rüffert).

⁷⁷ Nicht hingegen verhältnismäßig; ausführlich hierzu *Streinz*, Europarecht, 2008, § 12 Rn. 869; anders aber *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 34 AEUV Rn. 19.

⁷⁸ Etwa die Niederlande: *Prop*, Die gesetzliche Regelung zur Arbeitnehmerüberlassung in den Niederlanden und Europa, 2007, S. 47 f.; weitergehend *Steuer*, Die Arbeitnehmerüberlassung als

2. § 40 Abs. 1 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz

a) Regelungsgehalt

Zusätzlich ordnet § 40 Abs. 1 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) ein mittelbares Verbot hinsichtlich des „Ob“ an, nämlich für den Fall, dass ein Ausländer als Leiharbeiter tätig werden will. Diesem ist die nach § 39 Aufenthaltsgesetz erforderliche Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zu versagen; ein Ermessen der Behörde besteht nicht. Da sich diese Norm gegen das „Ob“ der Leiharbeit richtet, stellt sich die Frage, ob Allgemeininteressen das Verbot tragen.

b) (Zweifelhafter) Zweck

Regelungsziele von § 40 Abs. 1 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz sind „die Stabilität und Kontrolle des Arbeitsmarktes sowie der soziale Schutz ausländischer Arbeitnehmer“⁸⁰. Zwar sind an „Allgemeininteressen“ keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (V 1 b, aa). Trotzdem lässt sich auch dieses Verbot nicht halten. Keines der Regelungsziele trägt. Ein Sonderschutz ausländischer Leiharbeiter im Verhältnis zu „normalen“ ausländischen Arbeitnehmern (aus Drittstaaten) ist nicht plausibel. Sprachprobleme oder Unerfahrenheit treffen Arbeitnehmer in der Leiharbeit nicht besonders. Drittstaatsangehörige sind auch nicht schutzbedürftiger als solche aus der Union, für die der Arbeitsmarkt geöffnet ist. Insofern wird nach der Herkunft diskriminiert. Die unterstellte Sondergefahr für Ausländer gerade nur dann, wenn sie als Leiharbeiter kommen, verstößt gegen die positive Grundentscheidung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie.

Der Ausbeutungsgefahr wird milder durch die effektive Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen begegnet, wie sie jetzt mit der Kontrollbefugnis der Finanzkontrolle Schwarzarbeit eingeführt werden soll. Hier müsste der Gesetzgeber also mit konkreten und objektiven Anhaltspunkten eine solche Sondergefahr belegen, die ein Totalverbot trüge. Umgekehrt kann das strafbewehrte (§ 15 Abs. 1 AÜG) Totalverbot seinerseits der Ausbeutung Vorschub leisten:

„Werden ausländische Leiharbeiter ohne einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder ohne eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III beschäftigt, laufen sie in erhöhtem Maße Gefahr, von den Verleihern ausgebeutet zu werden. Ihre Möglichkeiten, sich bei einer Verletzung ihrer Rechte an Behörden und Gerichte zu wenden, sind schon deshalb eingeschränkt, weil sie damit rechnen müssen,

Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, 2008, S. 335: „In der Europäischen Union ist die Leiharbeit im Baugewerbe außer in Deutschland nur noch in Belgien verboten. Die anderen Mitgliedstaaten sahen hier kein besonderes Schutzbedürfnis.“, unter Verweis auf *Jahn/Rudolf*, IAB-Kurzbericht Nr. 21, 2002, S. 1, 6.

⁷⁹ Wie hier *Boemke*, RIW 2009, 177, 181 f.; *Hamann*, EuZA 2 (2009), 287, 312 ff.; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1540; *Riederer von Paar*, in: Hamann/Schüren (Fn. 6), Einleitung Rn. 618; *Böhm*, DB 2011, 473, 475; etwas ergebnisoffener *Thüsing*, RdA 2009, 118, 119; *Klumpp*, GPR 2009, 89, 90; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1540; offen gelassen *Waas*, ZESAR 2009, 207, 209; auch wieder *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 6; anderer Ansicht, wenn auch ohne Argument *Ulber*, AuR 2010, 13; *Blanke* (Fn. 28), S. 118 ff.

⁸⁰ *Göbel-Zimmermann*, in: Huber (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz, Kommentar, 2010, § 40 AÜG Rn. 1; *Stracke*, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 15 AÜG Rn. 33; *Kudlich*, in: Thüsing, AÜG (Fn. 7), § 15 AÜG Rn. 1.

sich wegen ihrer fehlenden Arbeitsgenehmigung verantworten zu müssen (vgl. § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III).⁸¹

Zudem ist der Anwendungsbereich des Zustimmungserfordernisses eingeschränkt. Eine Zustimmung nach § 39 AufenthG ist nur erforderlich, wenn nicht schon das Gesetz oder aber eine Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG die Zulassung zur Erwerbstätigkeit bewirken⁸². Damit aber fehlt es dem Totalverbot – gemessen am Schutzzweck – an der Geeignetheit: Wird nicht auf die leiharbeitstypische Gefahr abgestellt, da diese durch die Richtlinie abschließend geregelt ist, sondern auf die „ausländertypische“ Gefahr – also fehlende Sprach- und Rechtskenntnisse –, so ist nicht ersichtlich, warum ein unanfechtbar als Asylbewerber anerkannter Ausländer (§ 25 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), dessen Aufenthaltserlaubnis nach Satz 4 stets zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auch in der Leiharbeit berechtigt, weniger schutzwürdig ist. Da bei diesem die Erlaubnis bereits durch Gesetz erfolgt⁸³, ist die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG nicht erforderlich, so dass auch das Zustimmungsverbot nach § 40 AufenthG nicht greifen kann. Dieser darf also bereits heute Leiharbeitnehmer sein. Weitere Beispiele ließen sich konstruieren. Hingegen kann die Bundesagentur mangels Ermessens noch nicht einmal die Zustimmung zur Beschäftigung eines qualifizierten Ausländers als Leiharbeitnehmer erteilen, der zwar ansonsten nach § 34 Beschäftigungsverordnung privilegiert ist – nicht aber hinsichtlich einer Tätigkeit als Leiharbeitnehmer. Insofern überzeugt das Ausländerschutzargument nicht, da es vom Gesetzgeber nicht konsequent umgesetzt ist – das Argument ist vorgeschoben und hält der europarechtlichen Stimmigkeitsprüfung nicht stand.

Ebensowenig überzeugt das Argument der Stabilität und Kontrolle des Arbeitsmarkts:

- Soll davor geschützt werden, dass Ausländer einen Aufenthaltstitel erhalten, obwohl sie „lediglich ein unsicheres Leiharbeitsverhältnis“ haben, so erschließt sich nicht, warum die Zustimmung nicht ebenso zu versagen ist, wenn der Ausländer ein vergleichbar unsicheres befristetes Arbeitsverhältnis eingehen will. Auch hier kann nicht sichergestellt werden, dass der Ausländer dauerhaft im deutschen Arbeitsmarkt unterkommt. In den meisten Fällen wird bei Neueinreise ins Bundesgebiet nur eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 7 AufenthG in Betracht kommen, so dass keine Gefahr besteht, dass der Leiharbeitnehmer nur kurzfristig beim Verleiher beschäftigt wird und den Sozialkassen zur Last fällt.
- Ziele das Verbot (nur) auf unerwünschte Ausländer-Leiharbeit, verstieße das gegen Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie, weil kein eigenständiges „Allgemeininteresse“ erkennbar ist.
- Beabsichtigt das Verbot hingegen, „deutsche“ Arbeitnehmer vor einem Verdrängungswettbewerb durch ausländische Leiharbeitnehmer zu schützen, so kann das ein Allgemeininteresse sein. Zu dessen Verfolgung müsste die Maßnahme gerechtfertigt, also geeignet und erforderlich, sein. Indes ist das normale Zustimmungsverfahren nach § 39 AufenthG das mildere und geeignetere Mittel.

⁸¹ Stracke, in: Schüren/Hamann (Fn. 6), § 15 AÜG Rn. 11.

⁸² Ausführlich: Renner, in: Renner, *Ausländerrecht*, Kommentar, 8. Aufl. 2005, § 4 AufenthG Rn. 68 ff.; Wenger, in: Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms/Kreuzer, *Kommentar zum Zuwanderungsrecht*, 2. Aufl. 2008, § 4 AufenthG Rn. 7b; deutlich auch Nienhaus, in: Nienhaus/Depel/Raij/Renke, *Praxishandbuch Zuwanderung und Arbeitsmarkt*, 2006, S. 117 Rn. 9.

⁸³ Renner, in: Renner (Fn. 82), § 4 AufenthG Rn. 68.

Innerhalb dieses Verfahrens werden nämlich einzig die vorrangigen Belange der Deutschen (und gleichgestellten Ausländern der Europäischen Union [EU]) auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt und festgelegt, dass selbst für den Fall, dass Deutsche oder ihnen gleichgestellte Ausländer nicht zur Verfügung stehen, keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen gewährt werden als vergleichbaren Deutschen⁸⁴.

Wenn aber diese Voraussetzungen gewährleistet sind, besteht für das Allgemeininteresse „Schutz der Deutschen auf dem Arbeitsmarkt“ keine Gefahr und es geriete unverhältnismäßig, dem Ausländer die Beschäftigung zu untersagen. Deshalb ist es geboten, das Totalverbot durch das gewöhnliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und das entsprechende Zustimmungsverfahren (§ 39 AufenthG) zu ersetzen.

c) Beschränkter Anwendungsbereich?

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem „eingeschränkten Anwendungsbereich“ der Richtlinie. Zwar fallen manche Sachverhalte aus dem Geltungsbereich, etwa die Zulässigkeit des Verleihs aus Deutschland in Drittländer oder aber auch der Verleih aus Drittländern nach Deutschland. Hier geht es um den Verleih von in Deutschland ansässigen Personen durch hier tätige Verleihunternehmen. Für die Grundfreiheiten, die auf sie nicht unmittelbar Anwendung finden, betont der EuGH schon lange, dass Drittstaatsangehörige mittelbar in Form eines Rechtsreflexes ebenfalls profitieren. Es reicht hier, wenn der deutsche oder europäische Verleiher als Arbeitgeber etwa in den Genuss der Dienstleistungsfreiheit kommt⁸⁵. Insofern ist auch für die Leiharbeitsrichtlinie eine hinreichende Berührung gegeben, da sie auch den Schutz der Verleihunternehmen vor ungerechtfertigten Einschränkungen des „Ob“ beabsichtigt (III 1 a). Diesen wird die Beschäftigung einer bestimmten Gruppe von potenziellen Arbeitnehmern, nämlich Ausländern, mittelbar untersagt. Allerdings führt dies hier nicht zu einer automatischen Nichtanwendbarkeit von § 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Bis zum 5.12. 2011 folgt dies aus Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie, der eine spezielle Überprüfungsobliegenheit statuiert. Auch für den Zeitraum danach kommt eine schlichte Unanwendbarkeit von § 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht in Betracht. Erforderlich wäre, dass die Richtlinie hinreichend bestimmt und konkretisierungsfähig ist⁸⁶. Die freie Zulässigkeit des Ausländerverleihs ist hier nicht die eindeutige und logische Vorgabe der Richtlinie, sondern nur eine mögliche Option der Mitgliedstaaten. Es mangelt also an der für die Unanwendbarkeit erforderlichen hinreichenden „Genauigkeit“ der Richtlinie. Angesichts der Strafdrohung in §§ 15, 15a AÜG sollte von „Selbstumsetzungsversuchen“ abgesehen werden.

⁸⁴ Ausführlich *Renner*, in: *Renner* (Fn. 82), § 39 AufenthG Rn. 1 ff.; *Göbel-Zimmermann*, in: *Huber* (Fn. 80), Rn. 362 ff.; *Storr*, in: *Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms/Kreuzer* (Fn. 82), § 39 AufenthG Rn. 1 ff.; *Nienhaus*, in: *Nienhaus/Depel/Raif/Renke* (Fn. 82), S. 143 Rn. 91 ff.; anders wohl Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg 18.3. 2008 – 11 S 378/07, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungs-Report (NVwZ-RR)* 2009, 35: § 40 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) sei eine „globale Arbeitsmarktprüfung“; freilich ohne genauere Begründung.

⁸⁵ Ausführlich zur Rechtsprechung *Frenz* (Fn. 10), § 3 Rn. 2582 ff.

⁸⁶ Etwa *Streinz*, *Europarecht* (Fn. 77), § 5 Rn. 451; auch *Schröder*, in: *Streinz* (Fn. 10), Art. 249 EGV Rn. 108.

VI. Gleichstellungsgebot

1. Konzept

Die Richtlinie formuliert den zentralen Grundsatz der Gleichbehandlung der Leiharbeiter in Art. 5 Abs. 1. In der Sache handelt es sich nicht um wechselseitige Gleichbehandlung, sondern um einseitige Gleichstellung: Leiharbeiter sind den Stammarbeitnehmern gleichzustellen, nicht umgekehrt⁸⁷! Das heißt aber auch, dass es Leiharbeitnehmern besser gehen kann als den Arbeitnehmern im Einsatzbetrieb⁸⁸.

Das betrifft derzeit zwei Aspekte: einmal belastende „unwesentliche“ Arbeitsbedingungen wie Ausschlussfristen im Einsatzbetrieb, die aus Sicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) nicht auf die Leiharbeiter erstreckt werden⁸⁹. Der Leiharbeiter, der seinen Lohnanspruch aus den Entgeltregeln für den Stammbetrieb geltend macht, kann dies also bis zur Verjährungsgrenze tun – wohingegen die Stammarbeiter sich sputen müssen. Zum anderen geht es um die neue Lohnuntergrenze, die ganz gezielt als allgemeiner Mindestlohn der Zeitarbeit konzipiert ist und dem Leiharbeiter auch dann zugute kommt, wenn im Einsatzbetrieb schlechter verdient wird (dazu VI 5 a).

2. Gegenstand: wesentliche Arbeitsbedingungen

Die Richtlinie fordert eine Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen und definiert diese in Art. 3 Abs. 1 lit. f zunächst selbst. Auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen im Sinne der Nachweisrichtlinie ist der Richtliniengeber nicht zurückgekommen – sondern vielmehr auf Art. 3 Absatz 1 der *Entsenderichtlinie*⁹⁰. Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 2 regelt für einen Sonderfall, dass der Mitgliedstaat regeln müsse, inwieweit betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, einschließlich Rentensysteme, Systeme zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Systeme der finanziellen Beteiligung, zu diesen wesentlichen Arbeitsbedingungen zählen. Das erlaubt den Umkehrschluss, dass diese Bedingungen jedenfalls nicht schon automatisch zu den in Art. 3 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie genannten Arbeitsbedingungen zählen.

Selbstredend darf der nationale Gesetzgeber schon wegen der Besserstellungsbefugnis nach Art. 9 der Richtlinie zusätzliche Arbeitsbedingungen in das Gleichstellungsgebot einbeziehen. Nur hat er das nicht getan, sondern mit der Generalklausel der „für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG doch gerade keinen eigenen Regelungswillen entfaltet. Das wiederum heißt im ersten Schritt, dass die Vorgaben der Richtlinie für die Wesentlichkeit maßgebend sind. Sollte damit qua Auslegung Anderes gemeint werden, so verstieße dies gegen das besondere Transparenzgebot in Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 2 Satz 1:

⁸⁷ Zu den Legitimationsproblemen *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23, 28 f.

⁸⁸ Schüren/*Wank*, RdA 2011, 1, 5: „mindestens“; so auch *Lembke*, DB 2011, 414, 416; *Hamann*, EuZA 2 (2009), 287, 307.

⁸⁹ BAG 23.3. 2011 – 5 AZR 7/10, juris; anders noch die Vorinstanz Landesarbeitsgericht (LAG) München 12.11. 2009 – 3 Sa 579/09, Arbeitsrecht Aktuell (ArbR) 2010, 99.

⁹⁰ So der von der Kommission angenommene Änderungsantrag 32 des Europäischen Parlaments (Fn. 56), S. 24 f.

„Die in diesem Absatz genannten Regelungen müssen mit den gemeinschaftlichen Bestimmungen in Einklang stehen und hinreichend präzise und leicht zugänglich sein, damit die betreffenden Sektoren und Firmen ihre Verpflichtungen bestimmen und einhalten können.“

Besonders problematisch ist die Bestimmung des Arbeitsentgelts. Manche wollen die Definition des Art. 157 Abs. 2 AEUV heranziehen⁹¹; man könnte auch an § 2 Abs. 1 Nr. 6 Nachweisgesetz (NachwG) denken. Indes fehlt der Union die Kompetenz für das Arbeitsentgelt, Art. 153 Abs. 5 AEUV. Dass der EuGH in Gleichbehandlungsfragen mitunter auf Art. 157 Abs. 2 AEUV zugreift⁹², irritiert deshalb.

Für die Entgeltgleichstellung der Leiharbeit verweist indes Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie auf das nationale Recht zurück, so dass es am europäischen Regelungswillen fehlt. Deutlicher noch wird das in Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 2 Satz 2 der Richtlinie, der den Mitgliedstaaten eine Präzisierungslast aufgibt, insbesondere zur Frage, ob Betriebsrenten hierher gehören. Dem wird das AÜG nicht gerecht, weil es nur das seinerseits diffuse „Arbeitsentgelt“ nennt.

Der maßgebende deutschrechtliche Entgeltbegriff ist seinerseits unscharf. Der grundlegende Entgeltbegriff des § 611 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) („Vergütung“) nebst § 107 Abs. 1 GewO und § 64 Handelsgesetzbuch (HGB) erfasst (nur) dasjenige, was der Arbeitgeber als Gegenleistung für die geleistete Arbeit zahlt, also die synallagmatische Hauptleistung. Daneben stehen Entgeltleistungen „im weiteren Sinne“, die auch bei Nichtarbeit gezahlt werden: Dazu rechnet die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, aber auch Jahressonderzahlungen, die die Betriebsstreue und nicht die Arbeitsleistung vergüten, und die Altersversorgungszusage des Arbeitgebers, die gleichfalls die Betriebsstreue entlohnt. Gesetzlich aufgegriffen ist diese Unterscheidung in § 4a Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) („Sondervergütungen“)⁹³. Außerhalb des Entgeltbegriffs stehen Entschädigungsleistungen, die ein Vermögensopfer ausgleichen sollen: vom Schadensersatz über Aufwendungsersatz bis hin zu Entlassungsentzündigungen.

Welches Arbeitsentgelt ist nun gemeint? Weil die Richtlinie einerseits in Art. 5 Abs. 2 eine besondere Dispositivität mit Blick auf verleihfreie Zeiten vorsieht und andererseits Betriebsrenten nur nach nationaler Maßgabe gleichstellungspflichtig sind, bleibt nur der Zugriff auf das synallagmatische Arbeitsentgelt im engeren Sinne.

3. Vergleichsmaßstab: vergleichbarer Arbeitnehmer

Das deutsche AÜG will die Gleichstellung anhand zumindest eines konkret vergleichbaren Arbeitnehmers in der Stammbesellschaft feststellen. Das ist aus drei Gründen misslich:

- Erstens, wenn es im Einsatzbetrieb überhaupt keine Arbeitnehmer gibt, die die vom Leiharbeiter verrichtete Tätigkeit ausüben. Dann scheidet die Gleichstellung. Der vermeintliche Ausweg, nach dem Modell des § 612 Abs. 2 BGB auf übliche

⁹¹ Boemke, RIW 2009, 177, 181.

⁹² EuGH I.4. 2008 – C-267/06, Slg. 2008, I-1757 = EuZA 2 (2009), 395 mit Anmerkung Franzen = NJW 2008, 1649 Rn. 41 ff. (Maruko).

⁹³ Zu den Entgeltbegriffen Richardi, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Neubearbeitung 2010, § 611 Rn. 739 ff.; Krause, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 1 ff.

- Arbeitsbedingungen auch außerhalb des Einsatzbetriebs zu schauen⁹⁴, ist gleich doppelt verfehlt: Erstens reagiert § 612 Abs. 2 BGB nur auf das Fehlen einer Vergütungsabrede; die Norm ist kein Kontrollinstrument. Daneben will die Entgeltgleichstellung doch (nur) sicherstellen, dass die Menschen, die im gleichen Einsatzunternehmen arbeiten, nicht unterschiedlich vergütet werden. Eine unternehmensübersteigende Entgeltgleichstellung ist gerade nicht angeordnet.
- Zweitens, weil die Feststellung konkreter persönlicher Vergleichbarkeit sowohl in der Tätigkeit als auch in den für Arbeitsbedingungen mitunter bedeutsamen persönlichen Merkmalen schwierig ist: Wer will denn die konkreten Tätigkeiten nach welchen Merkmalen wie vergleichen? Soll das analytisch gehen oder summarisch? Und ab welchem Unterschied scheidet der Vergleichsbezug⁹⁵?
 - Drittens schließlich aus prozessualen Gründen: Der Leiharbeitnehmer, der seinen Entgeltgleichstellungsanspruch gegen den Verleiher als Vertragsarbeitgeber durchsetzen will, braucht entsprechende Kenntnis vom Vergleichsstammarbeitnehmer. Nun räumt ihm § 13 AÜG einen Informationsanspruch gegen den Entleiher ein. Doch darf der Verleiher schon aus Gründen des Datenschutzes nicht die Identität des Vergleichsarbeitnehmers und seiner konkreten Tätigkeitsmerkmale, seiner tariflichen Eingruppierung und etwaiger arbeitsvertraglicher Entgelte aufdecken. Der Vergleichsarbeitnehmer würde sonst zum Objekt des fremden Entgeltbemessungsverfahrens. Außerdem müsste der Leiharbeitnehmer im Entgeltklageverfahren gegen den Verleiher die Identität und die Tätigkeitsmerkmale und das Entgelt offenbaren. Die Auskunft des Entleihers ist als Privaturkunde kein taugliches Beweismittel. Der Verleiher kann mit Nichtwissen bestreiten, so dass es zur öffentlichen Beweisaufnahme käme. Irgendein den Vergleichsarbeitnehmer schützendes Geheimverfahren ist nicht in Sicht.

Damit erweist sich das Instrument des konkreten Arbeitnehmervergleichs nach deutschem AÜG als äußerst ineffektiv und widerspricht dem *effet utile*.

Die Richtlinie verfährt bewusst⁹⁶ anders: Nach ihrem Art. 5 Abs. 1 sind die hypothetischen Arbeitsbedingungen beim Einsatzunternehmen maßgebend. Die Arbeitnehmer sind so zu stellen, als „wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären“. Das ist ein grundlegend anderes Verfahren (mit eigenen Schwierigkeiten), vergleichbar dem Antidiskriminierungsrecht. Dementsprechend kann das AÜG nicht durch Auslegung korrigiert⁹⁷, sondern muss geändert werden⁹⁸.

4. Tarifdispositivität und Tarifkontrolle

Das neue AÜG hat – richtlinienkonform – die bisherige Entgeltgleichstellungsausnahme für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer gestrichen. Es bewendet nun bei der Tarifdispositivität. Sie wird ihrerseits zuerst durch die neue Lohnuntergrenze des § 3a AÜG beschränkt. Außerdem fordern manche Autoren eine Inhaltskontrolle des entgeltabsenkenden Tarifvertrags, die aus einer vermeintlichen Vorgabe in Art. 5 Abs. 1

⁹⁴ Statt vieler *Boemke/Lembke* (Fn. 52), § 9 AÜG Rn. 57.

⁹⁵ Hierzu auch *Wank*, in: *ErfK* (Fn. 25), § 3 AÜG Rn. 13 ff.; *Mengel*, in: *Thüsing*, AÜG (Fn. 7), § 9 Rn. 24.

⁹⁶ Europäisches Parlament (Fn. 56), S. 28 f.

⁹⁷ So aber *Thüsing*, *RdA* 2009, 118; *Hamann*, *EuZA* 2 (2009), 287, 307.

⁹⁸ *Fuchs*, *NZA* 2009, 57, 61.

der Richtlinie folge: Der Tarifvertrag dürfe von der Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen nur „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ abweichen. Im AÜG ist davon nicht die Rede. Liegt also ein Umsetzungsdefizit vor?

Der Wortlaut ist unergiebig. Das Schutzachtungsgebot kann bloßer Appell sein oder Vorgabe einer Sondertarifkontrolle. Der ursprüngliche Entwurf der Kommission⁹⁹ erlaubte den Mitgliedstaaten, den Sozialpartnern die Möglichkeit zu geben, vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung abzuweichen, sofern ein „angemessenes Schutzniveau für die Leiharbeitnehmer“ gewährleistet ist¹⁰⁰. Das Parlament monierte, dass die Abweichungsmöglichkeit der Sozialpartner nicht von einer Ermächtigung der Mitgliedstaaten abhängen sollte. Daneben wurde vorgeschlagen, dass keiner der Sozialpartner eine Unsicherheit über die [geschlossene] Vereinbarung dadurch schaffen solle, dass eine Aufhebung der Vereinbarung ... aufgrund unzureichenden Schutzes gefordert wird. Es ging also um den Schutz der Tarifautonomie¹⁰¹. Die Kommission hat das abgelehnt¹⁰². Erst im Ausschuss der Ständigen Vertreter wurde die jetzige Fassung eingeführt¹⁰³. Deutschland kritisierte den Vorschlag, da diese Formulierung nach seiner Auffassung einen Eingriff des Staats in die Tarifverträge bedeute. Großbritannien war skeptisch, da Tarifverträge nicht notwendigerweise eine Garantie für Gleichbehandlung seien. Die Kommission unterstützte den Vorschlag, da es ihrer Auffassung nach unwahrscheinlich sei, dass Tarifverträge weniger günstige Regelungen für Arbeitnehmer enthielten¹⁰⁴.

Die „Gesamtschutz“-Klausel litte als Kontrollnorm zuerst an erheblicher Unbestimmtheit: Was meint Gesamtschutz? Und wie werden Tarifverträge auf das „Achten“ kontrolliert? Letztlich mündet das in eine offene Eingriffsermächtigung des Arbeitsrichters, der in Anwendung der gleichstellungsmodifizierenden Tarifverträge entscheidet, ob nach seinem Dafürhalten der Gesamtschutz geachtet ist – oder ob die Tarifparteien es irgendwie hätten besser machen müssen¹⁰⁵. Erstaunlicherweise meinen diese Autoren, schon die bisherige Rechtslage verpflichte die Tarifpartner auf die Einhaltung eines solchen Gesamtschutzes – weswegen das AÜG insofern keiner Änderung bedürfe¹⁰⁶. Umgekehrt sprechen sich aber gewichtige Stimmen dafür aus, dass zumindest künftig ein „Gesamtschutz“ sicherzustellen sei¹⁰⁷.

Noch weiter geht *Schüren* der fordert, dass der Tarifvertrag unter Achtung des Gesamtschutzes zustande gekommen sein muss¹⁰⁸. Die Arbeitnehmerseite müsse eine

⁹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie (Fn. 38), S. 23.

¹⁰⁰ *Raab*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 2003, 389, 409 ff.; *Wank*, NZA 2003, 14, 19; kritisch *Bertram*, ZESAR 2003, 205, 211; *Thüsing*, DB 2002, 2218, 2220.

¹⁰¹ Europäisches Parlament (Fn. 56).

¹⁰² Geänderter Vorschlag (Fn. 57).

¹⁰³ Rat der Europäischen Union (Fn. 73).

¹⁰⁴ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st15/st15686.de07.pdf> (Fn. 73), S. 7.

¹⁰⁵ *Boemke*, RIW 2009, 177, 183; *Ulber*, AuR 2010, 10, 14; *Fuchs*, NZA 2009, 57, 63; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 9 AÜG Rn. 171; *Klumpp*, GPR 2009, 89, 91.

¹⁰⁶ *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 388; *Kempen/Zachert*, in: *Kempen/Zachert* (Hrsg.), TVG, 4. Aufl. 2006, Grundlagen Rn. 151; *Pelzner*, in: *Thüsing*, AÜG (Fn. 7), § 3 Rn. 82; *Ulber*, in: *Ulber* (Fn. 52), § 9 AÜG Rn. 198; *Klumpp*, GPR 2009, 89, 91.

¹⁰⁷ *Boemke*, RIW 2009, 177, 183; *Fuchs*, NZA 2009, 57, 61; *Ulber*, AuR 2010, 10, 14; *Waltermann*, NZA 2010, 482, 484; skeptischer *Waas*, ZESAR 2009, 207, 211; anders aber *Riederer von Paar*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), Einleitung Rn. 612.

¹⁰⁸ *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 9 AÜG Rn. 171, und wieder *Schüren*, AuR 2008, 239.

Besserstellung der Arbeitnehmer anstreben und dieses Streben in die Tarifverhandlungen hineinwirken. Von der Arbeitgeberseite ist nicht die Rede. Ebenso wenig erwägt *Schüren*, dass ein Abgehen von der formalen Gleichstellung den Leiharbeitern Beschäftigungschancen eröffnen kann. Zuletzt vertritt er sogar, die Richtigkeitsvermutung sei „jedenfalls für Tarifverträge im Bereich der Leiharbeit nachweislich widerlegt“¹⁰⁹. Wenn aber nun schon selbst den DGB-Gewerkschaften kein Vertrauen mehr entgegengebracht werden soll, ist die Tarifautonomie in der Zeitarbeit abgeschafft.

Allerdings ist das Gegenteil der Fall: Die Formulierung in der Richtlinie ist ein bloßer Programmsatz. Dies folgt sowohl aus kompetenziellen Gründen als auch aus Gründen der grundrechtskonformen Auslegung der Richtlinie. Der Union fehlt die Kompetenz zur Regelung des Tarifrechts und damit auch zur Einführung einer solchen „weichen“ Tarifkontrolle (*vulgo* Tarifzensur). Dies folgt aus Art. 153 Abs. 5 AEUV, nach welchem das Koalitionsrecht ausschließlich den Mitgliedstaaten überlassen ist. Diese Sperre umfasst auch das Recht der Tarifverträge. Lediglich formal ist eine Aufspaltung zwischen Koalitionsfreiheit und Kollektivverhandlungen denkbar, materiell ist jede tarifliche Betätigung notwendig Koalitionsbetätigung¹¹⁰. Die EU kann also nicht das Tarifrecht regeln, ohne das Koalitionsrecht zu berühren, was ihr aber nach Art. 153 Abs. 5 AEUV untersagt ist¹¹¹.

Die Richtlinie ist als europäisches Recht ihrerseits an der europäischen Tarifautonomie zu messen und im Zweifel grundrechtskonform auszulegen. Die EU ist nach Art. 6 EUV sowohl auf die Einhaltung der Grundrechte der Grundrechtecharta (GRCh) als auch der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verpflichtet. Die GRCh ist ihrerseits nach Art. 51 auf dieses Unionsrecht anwendbar – und auch auf das vollziehende Recht der Mitgliedstaaten. Art. 28 GrCh garantiert die Tarifautonomie, also das Recht, die Bedingungen der Arbeit durch Tarifverträge zu regeln¹¹². Ob Art. 11 EMRK neben der Koalitionsfreiheit auch die Tarifautonomie schützt (oder insofern hinter der einschlägigen Europäischen Sozialcharta [ESC] als Schwestergewährleistungsregelwerk zurückbleibt) war umstritten, ist aber jetzt durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) deutlich bejaht worden¹¹³. Hinzu kommt die Tarifautonomie als vom EuGH anerkanntes, unge-

¹⁰⁹ *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5.

¹¹⁰ *Weiß*, Festschrift Birk, 2008, S. 959.

¹¹¹ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 153 AEUV Rn. 12; *Rieble/Kolbe*, EuZA 1 (2008), 464; wohl auch *Eichenhofer*, in: Streinz (Fn. 10), Art. 137 EGV Rn. 32 f.; *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 14), Art. 137 EGV Rn. 58; anders aber als in der Voraufgabe nun *Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 14), Art. 153 AEUV Rn. 103.

¹¹² *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 28 GrCH Rn. 22; *Rixen*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Art. 28 GrCH Rn. 12 ff., 20; *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 3710.

¹¹³ Während in den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) 25.4. 1996 – Nr. 18/1995/524/610, Reports of judgements and decisions, Vol. 9 (1996/II), S. 637 ff. = AuR 1997, 408 ff. mit Anmerkung *Lörcher* (Gustafsson/Schweden) und EGMR 6.2. 1976 – Nr. 5589/72, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1976, 68 ff. (Schmidt und Dahlström) der EGMR daran festgehalten hat, daß Art. 11 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) die Tarifautonomie nicht eigens schützt, hat er in der Entscheidung 12.11. 2008 – Nr. 34503/97, übersetzt auf beck-online, aber auch AuR 2009, 269 (Demir und Baykara/Türkei) in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung „konkretisiert“, dass das Vereinigungsrecht auch ein Recht auf Kollektivverhandlungen und Streik garantiere. Bestätigt wurde das in der Folgeentscheidung des

schriebenes Primärrecht¹¹⁴. Gewährleistungsgehalt der Tarifautonomie ist stets der Schutz vor Tarifizensur, da ansonsten die Autonomie nur auf dem Papier bestünde, kontrollierten die nationalen oder europäischen Gerichte die ausgehandelten Verträge auf Stimmigkeit oder Zweckmäßigkeit¹¹⁵.

In der deutschen Literatur wird die These von der Sonderkontrolle der Leiharbeits-tarifverträge überwiegend abgelehnt¹¹⁶. Eine solch unzulässige Tarifizensur ist vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG vom (deutschen) AÜG-Gesetzgeber nicht gewollt gewesen.

Hinzukommt, dass die Tarifautonomie der Leiharbeit durch Gleichstellungsvorgaben schon erheblich eingeschränkt ist. Dürfte der Staat gerade im Bereich der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ – die mit Arbeitszeit und Arbeitsentgelt den Kernbereich der Tarifautonomie betreffen – den Tarifparteien der Leiharbeit mit der Gleichstellung nicht nur eine dispositiven Vorgabe machen, sondern ihnen zugleich eine umfassende staatliche Tarifaufsicht oktroyieren, so bliebe von der Tarif-„Autonomie“ nichts mehr übrig. Das BVerfG hat in seiner Kammer-Entscheidung zur (Entgelt-) Gleichstellung nach dem AÜG betont, dass die Tarifautonomie deshalb gewahrt sei, weil die Tarifverträge von der dispositiven Vorgabe abweichen dürfen¹¹⁷.

Bei der Leiharbeit genießen die ausgehandelten Verträge auf Arbeitnehmerseite umgekehrt eine besondere Angemessenheitsvermutung, weil die Gewerkschaften freiwillig vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichen, also eine gesetzliche Vorgabe verschlechtern. Dazu könnten sie nur durch die sehr theoretische Angriffsaussperrung gezwungen werden. Insofern leuchtet es nicht ansatzweise ein, dass die Tarifverträge der Leiharbeit ein besonderes Misstrauen verdienen, welches eine besondere Tarifkontrolle erforderte.

Die Frage, ob der Richtliniengeber die Tarifautonomie durch eine solche Tarifizensur belasten wollte, ist zu verneinen. Der Wortlaut ist offen. „Gesamtzuschutz“ und „Achtung“ in Art. 5 Abs. 3 sind nicht-justiziable Generalklauseln, die ebenso als unverbindlicher Appell verstanden werden können. Das belegt der Vergleich mit Art. 5 Abs. 4: Dort ist für eine vom Staat (!) verantwortete Abweichung von der Gleichstellung eine klare und justiziable Grenze formuliert: „sofern Leiharbeitnehmern ein angemessenes Schutzniveau gewährt wird“. Auch betont Erwägungsgrund 19 den Vorrang nationaler Tarifsysteme.

Schließlich könnte das Arbeitsentgelt schon nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie (tarif-) dispositiv gestellt werden – ohne jede Angemessenheitskontrolle mit Blick auf die Abweichung. Deswegen ist es nicht ansatzweise zu begreifen, weswegen im

EGMR 21.4. 2009 – Nr. 68959/01, privat übersetzt in AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Sol Sen/Türkei). Zur dogmatischen Kritik *Seifert*, Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 2009, 357.

¹¹⁴ EuGH 18.1. 1990 – 193/87, Slg. 1990, I-95 = NZA 1991, 189 (Maurissen und Union syndicale/Rechnungshof) zur Vereinigungsfreiheit; EuGH 21.9. 1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5863 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000, 34 (Albany) und 21.9. 1999 – C-115/97 (Fn. 16) (Brentjens' Handelsonderneming) zum Recht zu Kollektivverhandlungen; wie hier *Deinert*, RdA 2004, 211, 218; wohl auch *Zachert*, NZA 2000, 621, 625; ablehnend *Rixen*, in: Tettinger/Stern (Fn. 112), Art. 28 GrCH Rn. 3 f.; *Frenz*, Bd. 4 (Fn. 112), Rn. 3699.

¹¹⁵ Sehr deutlich *Frenz*, Bd. 4 (Fn. 112), Rn. 3710; so auch *Streinz*, in: Streinz, Europarecht (Fn. 10), Art. 28 GrCH Rn. 4; ähnlich *Rixen*, in: Tettinger/Stern (Fn. 112), Art. 29 Rn. 20; auch hier schon *Klumpp*, GPR 2009, 89, 91.

¹¹⁶ *Boemke/Lembke* (Fn. 52), § 9 Rn. 111; *Urban-Cell*, in: *Urban-Cell/Germakowski* (Fn. 9), § 3 Rn. 119; *Waas*, ZESAR 2009, 207, 212; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 6), § 9 AÜG Rn. 99, 171; ablehnend *Boemke*, RIW 2009, 177, 183; *Waltermann*, NZA 2010, 482, 484.

¹¹⁷ BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03 und andere, NZA 2005, 153.

Rahmen von Art. 5 Abs. 3 gerade im Entgeltbereich eine Sonderkontrolle gefordert sein soll. Dementsprechend kann nicht angenommen werden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber kompetenzlos und grundrechtswidrig eine Tarifizensur installieren wollte. Das Prinzip der rechtskonformen Auslegung¹¹⁸ führt also zu einem bloßen Appell. Gegen ihn kann das neue AÜG nicht verstoßen¹¹⁹.

Mit der Lohnuntergrenze des § 3a AÜG hat der Gesetzgeber ein anderes und grundsätzlich geeigneteres Instrument zur – gegenständlichen – Begrenzung der Tarifdispositivität geschaffen¹²⁰.

5. Lohnuntergrenze

Die geforderte¹²¹ Lohnuntergrenze ist von der Richtlinie nicht vorgegeben. Es handelt sich um eine deutsche Spezialität zur Abwehr der ab 1.5. 2011 befürchteten Arbeitnehmerüberlassung aus Osteuropa und einen politischen Kuhhandel im Zusammenhang mit der Neuregelung der Grundsicherung für Arbeitssuchende („Hartz IV“)¹²². Gleichwohl wirft sie erhebliche Probleme auf.

a) Überlassungsbeschränkung in Niedriglohnbranchen

Nur scheinbar beschränkt sich die Lohnuntergrenze nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 AÜG und wortgleich § 9 Nr. 2 zweiter Teilsatz AÜG neue Fassung (n.F.) darauf denjenigen Tarifverträgen Grenzen zu ziehen, die vom *equal pay*-Gebot abweichen¹²³. Sie ist aber ein echter und allgemeiner Mindestlohn für die Zeitarbeit. Das bestimmt § 10 Abs. 5 AÜG unmissverständlich:

„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.“

Ganz klar formuliert die Entwurfsbegründung:

„Das mit der Lohnuntergrenze festgesetzte Mindeststundenentgelt ist auch dann zu zahlen, wenn das Entgelt eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers im Betrieb des Entleihers niedriger sein sollte.“¹²⁴

Damit aber wird die Überlassung in Niedriglohnbereiche, in denen das – auch tarifliche – Entgeltniveau unter der festzusetzenden Lohnuntergrenze liegt, wirtschaftlich unattraktiv. Die erwartete Lohnuntergrenze liegt bei (ungefähr) 7,79 € (West) und 6,89 € (Ost). Dabei handelt es sich um einen von der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit, BZA und Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) am 30.4. 2010 abgeschlossenen Mindestlohntarifvertrag, obschon die Regelungsgrundlage des neuen § 3a AÜG erst am 1.5. 2011 in Kraft getreten ist. Die Rechtsverordnung zur

¹¹⁸ Welches auch für europäisches Recht gilt, *Leible*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2006, S. 116 ff.; auch *Streinz*, Europarecht (Fn. 77), Rn. 571.

¹¹⁹ *Lembke*, BB 2010, 1533, 1540; auch wieder *derselbe*, DB 2011, 414, 417; gegen *Boemke*, RIW 2009, 177, 183; weitergehend *Blanke*, BB 2010, 1528, 1533; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; auch *Anette Kramme* von der SPD-Fraktion, Plenarprotokoll vom 24.3. 2011, 11376.

¹²⁰ *Klumpp*, GPR 2009, 89, 91.

¹²¹ Nur beispielhaft *Blanke* (Fn. 28), S. 91 ff.

¹²² Etwa Plenarprotokoll vom 24.3. 2011, 11369.

¹²³ Vgl. auch die Entwurfsbegründung Ausschussdrucksache 17(11)446, S. 2.

¹²⁴ Ausschussdrucksache 17(11)446, S. 4.

Allgemeinverbindlichkeit fehlt und kann für diesen Alt-Tarifvertrag auch nicht angewandt werden. Erstens kann man schon fragen, ob die Ungleichbehandlung von Ost und West noch zu rechtfertigen ist. Vor allem wirkt die Lohnuntergrenze abschreckend, wenn man sich tarifliche (!) Niedriglöhne von 3,82 € (Friseurhandwerk Sachsen) oder 5,39 € (Bäckereiverkäufer in Brandenburg) vor Augen führt¹²⁵. Die bloß mittelbare Abschreckungswirkung ist schon eine Beschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie. Einen vor den Anforderungen der Leiharbeitsrichtlinie bestehenden Sachgrund gibt es dafür nicht. Dass Leiharbeitnehmer vor einer Entgeltabsenkung unter das Niveau im Einsatzbetrieb geschützt werden sollen, trägt keinen Sonderleiharbeitsmindestlohn oberhalb jenes Lohnniveaus, ja sogar im Osten geringfügig oberhalb des verordneten Mindestlohns für Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft (ab 1.4. 2011: 7,80 € im Westen, 6,75 € im Osten), der ja für die Arbeitnehmerüberlassung in dieser Branche schon nach § 8 Abs. 3 AEntG verbindlich ist. Dass Leiharbeitnehmer anders als normale Arbeitnehmer bei gleicher Tätigkeit durch einen höheren Sondermindestlohn geschützt werden müssen, ist nicht stimmig. Vielmehr gilt, was der EuGH in der Ruffert-Entscheidung (oben Fn. 76) beanstandet hat, auch hier: Die Durchsetzung eines solchen Sonderschutzes ist kein Beschränkungsgrund. Wenn der deutsche Gesetzgeber einen solchen Mindestlohn will, muss er allgemein sein, für alle Arbeitnehmer und alle Branchen gelten¹²⁶.

b) Beschränkung der Tarifautonomie

Von der Tarifautonomie in der Zeitarbeit (schon VI 4) bleibt nicht viel übrig: Für die Entgelte bleibt nur ein Korridor zwischen Lohnuntergrenze und dem allgemeinen (tariflichen) Lohnniveau in den Einsatzbranchen. Zusätzlich wird die Tarifautonomie derjenigen Tarifparteien, die nicht den Lohnuntergrenzentarifvertrag abgeschlossen haben, besonders belastet: Ihr Tarifvertrag ist in seiner Wirksamkeit davon abhängig, dass er die Lohnuntergrenze achtet, sonst ist Entgeltgleichstellung Pflicht. Wird nun die Lohnuntergrenze angehoben, so tritt der diese eben wahrende konkurrierende Tarifvertrag wegen Verstoßes gegen vorrangiges Recht außer Kraft. Die Neuverhandlungen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Tarifparteien so bei jeder Lohnuntergrenzenerhöhung, die ihren alten Tariflohn überschreitet, bei Null anfangen müssen. Das ist unverhältnismäßig, weil die Anhebung auf das neue Lohnuntergrenzniveau dessen Schutzzweck erfüllt und jede überschießende Tarifnichtigkeit nur eine Bestrafung der nicht so repräsentativen Tarifparteien bedeutet¹²⁷.

VII. Fazit

Das neue AÜG ist mehrfach richtlinienwidrig. Es hat den von der Richtlinie angelegten Systemwechsel von einer gewerberechtlichen zu einer arbeitsrechtlichen Schutzkonzeption nicht vollzogen. Die Binnensystematik der Richtlinie mit ihrem

¹²⁵ WSI-Tarifarchiv, Tarifpolitischer Jahresbericht 2009, S. 49, abzurufen unter www.boeckler.de/pdf/p_ta_jb_2009.pdf.

¹²⁶ Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Mindestlöhne *Latzel/Serr*, ZfA 2011 (im Erscheinen).

¹²⁷ Vgl. zu den Rechtsfragen um die Tarifeinheit *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2011 mit weiteren Nachweisen.

Bezug zur wirtschaftlichen Tätigkeit wurde blind übernommen aber nicht verarbeitet.
Irgendwann stellt sich die Frage nach der Staatshaftung für schlechte Gesetze.