

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Schüren, Bearbeitet von Prof. Dr. Christiane Brors, Thorsten Diepenbrock, Prof. Dr. Wolfgang Hamann, und Anna Wilde

5. Auflage 2018. Buch. XXVII, 1082 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 63895 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz,
Personalwesen

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Vergütung für Bereitschaftszeiten zu einer deutlich Verbesserung der Arbeitsbedingungen führen. Jedoch bleibt es auch nach der Ratifizierung (BT-Ds. 17/12951) bei der Bereichsausnahme des ArbZG (zur Kritik *Brors/Böning* NZA 2015, 846).

VI. Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung

1. Einführung

Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung hat das Verleihunternehmen seinen Sitz oder seine Niederlassung in einem anderen Staat als der Entleiher. Damit sind die Rechtsordnungen des Entsende- und des Einsatzstaates berührt und können alternativ oder kumulativ auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten anwendbar sein. Da eine grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung unterschiedliche Teilbereiche der Rechtsordnungen berührt, ist bei der **kollisionsrechtlichen Beurteilung** nach diesen Teilbereichen zu **differenzieren**. Dabei handelt es sich vor allem um Fragen des Gewerbe-rechts (zB Erlaubnispflicht nach dem AÜG), des **Arbeitsrechts** (Statut des Leiharbeitsvertrages), des **allgemeinen Vertragsrechts** (Statut des Überlassungsvertrages), des **Sozialversicherungsrechts** und des **Steuerrechts**. **Darüber hinaus sind die arbeitserlaubnisrechtlichen Vorschriften** von Bedeutung (→ § 15 Rn. 20 ff.).

Viele Unternehmen decken ihren vorübergehenden Bedarf an ausländischen Arbeitskräften nicht durch eine grenzüberschreitende legale Arbeitnehmerüberlassung. Sie schließen **Werkverträge mit Subunternehmern im Ausland** ab. Zur Ausführung dieser Verträge werden dann Arbeitnehmer über die Grenze entsendet. Diese Form der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern zur Werkleistung war auch aus Ländern möglich, aus denen ein legaler Verleih von Arbeitnehmern (noch) nicht erlaubt war (→ Rn. 554, 692 f. und → § 3 Rn. 154). Mit „Personaldienstleistern“ aus diesen Ländern, die als Werkunternehmer auftreten, wurden deshalb nicht selten **Scheinwerk- oder Dienstverträge** abgeschlossen, die unter dem Deckmantel des Werk- oder Dienstvertrags letztlich illegale Arbeitnehmerüberlassung sind (vgl. 9. Erfahrungsbericht, BT-Drs. 14/4220, 34, 36; 10. Erfahrungsbericht BillBG, BT-Drs. 15/5934, 46 ff.). Zu den spezifischen Risiken → Rn. 705 ff.; → § 9 Rn. 22 ff. und → § 15 Rn. 20; siehe auch *Schnabel wistra* 2005, 446 ff.). Derzeit gelten in Deutschland keine einschränkenden Übergangsregelungen mehr.

2. Gewerberechtliche Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung ist in den einzelnen Staaten unterschiedlich geregelt. Das Gewerberecht ist Bestandteil des öffentlichen Rechts des einzelnen Nationalstaats (*Boemke* BB 2005, 266; *Schnorr* ZfA 1975, 143; zum Verbot der doppelten Prüfung → Rn. 553) und richtet sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach dem sogenannten **Territorialitätsprinzip** (krit. zu diesem Begriff *Staudinger/Fezer/Koos* Int-ImmaterialgüterprivatR Rn. 883).

Demzufolge sind die gewerberechtlichen Vorschriften eines Staates immer dann anwendbar, wenn die Arbeitnehmerüberlassung einen Bezug zu seinem Staatsgebiet (**Inlandsbezug**) aufweist. Die Begriffe Territorialitätsprinzip bzw. Inlandsbezug allein sind wenig aussagekräftig. Es hängt von der Auslegung der einzelnen Vorschrift ab, wann ein Inlandsbezug herzustellen ist. Da mit der AÜ-Erlaubnis der Schutz der Leiharbeitnehmer erreicht werden soll (→ Rn. 6), gilt das Gesetz für Tätigkeiten innerhalb Deutschlands oder für einen von Deutschland aus betriebenen Verleih. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer entweder in Deutschland eingesetzt werden oder der Verleiher seinen Sitz in Deutschland hat (*Hoch* BB 2015, 1717; *Brors* DB 2013, 2087). Für die grenzüberschreitende gewerbsmäßige Überlassung von Leiharbeitnehmern aus einem Staat in einen

anderen bedeutet das, dass die gewerberechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen **beider beteiligter Staaten** erfüllt sein müssen (vgl. EuGH 17.12.1981 – C 279/80, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 9 – Webb; BayObLG 26.2.1999, DB 1999, 1019; BSG 29.6.1984, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 29; LAG Hessen 28.8.1981, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 11; Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 13; ErfK/Wank Einl. Rn. 59 ff.; Sandmann/Marschall/Schneider Art. 1 § 3 Rn. 58; Schnorr ZfA 1975, 143 (150 ff.); Thüsing/Thüsing Einf. Rn. 45; Ulber/J. Ulber Einl. F Rn. 1).

- 628 a) Überlassung innerhalb der EU und des EWR.** aa) Das Erfordernis, die gewerberechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen beider beteiligten Staaten zu erfüllen, **verstößt bei einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit** gem. Art. 56 ff. AEUV ex Art. 49 ff. EG (→ Rn. 553). Art. 56 AEUV verbietet einem Mitgliedstaat nicht, ausländische und inländische Verleiher bei Genehmigungspflichten gleich zu behandeln. Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Gleichstellung untersagt lediglich eine unterschiedliche Behandlung auf Grund der Staatsangehörigkeit oder des Niederlassungsortes (EuGH 17.12.1981 – C 279/80, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 9 – Webb). Nach Inkrafttreten des EWR-Abkommens am 1.1.1994 sind die für EU-Angehörige geltenden Grundsätze auch auf **Staatsangehörige der EWR-Staaten** zu übertragen (→ Rn. 72; ausf. → § 3 Rn. 13).
- 629** Verleiher, die **nach Deutschland** Leiharbeitnehmer überlassen, bedürfen danach der Erlaubnis iSd § 1 Abs. 1 S. 1. Der Antragsteller muss darüber hinaus nachweisen, dass er die nach seinem **Heimatrecht erforderliche Genehmigung besitzt oder der Verleih dort ohne Genehmigung zulässig ist**. Von der Erlaubnisbehörde (§ 17 S. 1) sind die materiellen Voraussetzungen des ausländischen Rechts **nicht** zu prüfen (Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 13; Thüsing/Thüsing Einf. Rn. 46; aA Ulber/J. Ulber Einl. F Rn. 1).
- 630** Verleiher, die **aus Deutschland** Leiharbeitnehmer ins Ausland überlassen, benötigen deshalb zum einen die deutsche Verleiherlaubnis gem. § 1 Abs. 1 S. 1. Aufgrund des Territorialitätsprinzips muss der Verleiher aber ebenso die jeweiligen gewerberechtlichen Anforderungen der ausländischen Rechtsordnung erfüllen. Genügt er diesen nicht, ist die Arbeitnehmerüberlassung aus Sicht des ausländischen Rechts illegal, was die dortigen Rechtsfolgen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung auslöst. Aus Sicht des deutschen Rechts ändert die Nichteinhaltung der ausländischen gewerberechtlichen Vorschriften aber grundsätzlich nichts. Insbesondere kann sie nicht zur Versagung einer zuvor erteilten deutschen Verleiherlaubnis führen, da die deutschen Behörden die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen ausländischen Rechts nicht prüfen.
- 631** Arbeitet der **Leiharbeitnehmer in Deutschland aufgrund eines von zwei ausländischen Parteien abgeschlossenen Überlassungsvertrags**, ist ebenfalls eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 S. 1 erforderlich (aA Thüsing/Thüsing Einf. Rn. 47 unter Hinweis auf Unpraktikabilität). Die gewerberechtliche Erlaubnis zielt darauf den Sozialschutz der Leiharbeitnehmer zu sichern (BT-Drs. VI/2303, 9). Daher kann es für die Erlaubnis keine Rolle spielen, ob die Parteien des Überlassungsvertrags in Deutschland tätig sind. Darüber hinaus wäre die Erlaubnispflicht ansonsten leicht zu umgehen.
- 632 bb) Besondere Schwierigkeiten aus Sicht des Antragstellers** können sich bei widersprechenden nationalen Rechtsordnungen ergeben.
- 633** So darf nach **französischem Recht** der Leiharbeitsvertrag gem. Art. L. 1251-5 Code du travail nur für die Dauer der jeweiligen Überlassung abgeschlossen werden („**Synchronisationsgebot**“; ausf. Frik S. 224 ff.). Das scheint der Ausgestaltung von Leiharbeitsverhältnissen nach deutschem Recht, welches nur begrenzte Befristungsmöglichkeiten nach dem TzBfG vorsieht, auf den ersten Blick zu widersprechen. Die französischen Erlaubnisbehörden und die BA hatten sich unter der Geltung des alten Rechts bis 2003 dahingehend verständigt, dass die französische Befristungsregelung bei einer Überlassung nach Deutschland nicht eingehalten zu werden braucht (Sandmann/Marschall/Schneider Art. 1 § 3 Rn. 62). Da das Leiharbeitsverhältnis in der Regel dem französischen Vertragsstatut

unterliegt (→ Rn. 640 ff.), kommt es lediglich auf die Einhaltung von dessen Voraussetzungen an. Die Befristungsmöglichkeiten des deutschen TzBfG (§ 14 TzBfG) sind keine international zwingenden Normen (ausf. *Müller* S. 316 ff.), sodass die Ausgestaltung des Leiharbeitsvertrages nach den französischen Befristungsregelungen nicht zu einer Versagung der deutschen Erlaubnis führen kann. Liegen die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung nach deutschem Recht vor und weist der französische Verleiher seine französische Verleiherlaubnis nach, wird ihm die deutsche Erlaubnis erteilt, auch wenn die vertragliche Ausgestaltung des Leiharbeitsvertrages von deutschen Regelungen abweicht.

Im Verhältnis zum **englischen Recht** besteht insoweit eine Diskrepanz, als danach das Vertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Überlassenen als **Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis** ausgestaltet sein kann (*Thüsing* DB 2002, 2218 (2223) mwN in Fn. 45). Demgegenüber setzt das AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Überlassenen voraus. Ob es sich um eine nach dem AÜG erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung oder um eine andere, den gewerberechtigten Zulässigkeitsvoraussetzungen des AÜG nicht unterliegende Form drittbezogenen Personaleinsatzes handelt, hat die Erlaubnisbehörde aber nach deutschem Recht zu beurteilen (vgl. *Schnorr* ZfA 1975, 143 (166 ff.)).

Für die **Erlaubnispflichtigkeit nach dem AÜG** kommt es deshalb nicht darauf an, wie der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Überlassenen nach englischem Recht zu qualifizieren ist. Entscheidend ist vielmehr, **ob der Überlassene in Deutschland als Arbeitnehmer** oder im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses eingesetzt werden soll. Insoweit gelten die **allgemeinen Abgrenzungskriterien** (→ § 1 Rn. 220 ff.).

b) Überlassung außerhalb der EU und des EWR. Eine Verleiherlaubnis darf gem. § 3 Abs. 2 dann nicht erteilt werden, wenn die **Betriebsstätte** des Verleihers **nicht in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR** liegt. Dieser zwingenden Vorschrift liegt die Erwägung zugrunde, dass eine wirksame Kontrolle von Verleihern außerhalb der EU bzw. des EWR nicht gewährleistet ist (BT-Drs. VI/2303, 12) und infolge dessen die Arbeitnehmerüberlassung unzulässig ist. Problematisch ist, ob der Annahme von illegaler Arbeitnehmerüberlassung das Vorliegen von bilateralen Entsendebescheinigungen entgegensteht. Folgt man der Rechtsprechung des BSG, das eine grundsätzliche Bindungswirkung solcher Bescheinigungen für die Sozialversicherungsträger annimmt (BSG 16.12.1999, BSGE 85, 240; ausf. zu dieser Problematik → 662, 830 ff.), ist konsequenterweise auch die Anwendbarkeit von §§ 9 und 10 ausgeschlossen. Ein Arbeitsverhältnis kann nicht fingiert werden, da dem deutschen Recht Arbeitsverhältnisse ohne Sozialversicherungspflicht fremd sind (→ Rn. 836).

Will ein **inländischer Verleiher** seine Arbeitnehmer aus Deutschland in einen **Nicht-EU-Staat oder Nicht-EWR-Vertragsstaat** überlassen, so bedarf er nach den obigen Grundsätzen (Territorialitätsprinzip) ebenfalls einer **Verleiherlaubnis nach dem AÜG** (Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 13; *Brors* DB 2013, 2087; *Hoch* BB 2015, 1717; *Sandmann/Marschall/Schneider* Art. 1 § 3 Rn. 76; zur Beschäftigung von Nicht-EU-Ausländern *Ulber/J. Ulber* Einl. G Rn. 14 ff.) und ggf. eine Verleiherlaubnis des Einsatzlandes. Der Inlandsbezug ist auch dann gegeben, wenn Leiharbeitnehmer im Bundesgebiet eingesetzt werden, auch wenn Entleiher und Verleiher ihren Sitz im Ausland haben. Ein Inlandsbezug ist dagegen zu verneinen, wenn nur der Entleiher seinen Sitz im Bundesgebiet hat, die Tätigkeit aber im Ausland erbracht wird und der Verleiher seinen Sitz im Ausland hat (im Einzelnen zur Bestimmung des Territorialitätsprinzips nach dem Schutzzweck des AÜG *Brors* DB 2013, 2087).

3. Internationales Privatrecht der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung

- 638** Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung sind **drei Rechtsverhältnisse** zu unterscheiden: der Leiharbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer, der Überlassungsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher und das Rechtsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer (→ Rn. 100 ff.; vgl. auch *Junker* S. 225). Sie sind kollisionsrechtlich **selbstständig anzuknüpfen**. Welches nationale Recht auf das jeweilige Rechtsverhältnis Anwendung findet, wird nach den Vorschriften des internationalen Privatrechts (IPR) beurteilt. Das sind seit dem 17.12.2009 die Regelungen der Rom I Verordnung 593/2008 (v. 17.6.2008 ABl. 2008 L, S. 6; zu den Rechtsgrundlagen *Magnus* IPRax 2010, 27; *Schneider* NZA 2010, 1380; *vormals* EVÜ und Art. 30 EGBGB). In Art. 3 und 8 Rom I VO ist das Vertragsstatut für Individualarbeitsverträge geregelt. Dabei wird in 8 Abs. 1 auch für das Arbeitsrecht eine Rechtswahl zugelassen, die aber nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz des nach Art. 8 Abs. 2–4 objektiv geltenden Rechts entzogen wird. Nach Art. 9 der Rom I VO können nationale zwingende Eingriffsnormen im Vertragsstatut anzuwenden sein, auch wenn sich der Vertrag grundsätzlich nach einem anderen nationalen Recht richtet. Nach Art. 23 der Rom I VO treten die Regelungen der Rom I VO zurück, wenn sich das Kollisionsrecht bereits aus anderen europäischen Vorschriften ergibt.
- 639** a) **Leiharbeitsvertrag.** Das Arbeitsvertragsstatut zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer richtet sich zunächst nach Art. 8 der Rom I VO. Liegt das Vertragsstatut fest, sind innerhalb des danach bestimmten Rechts einzelne zwingende nationale Regelungen gem. Art. 9 Rom I VO zu beachten (→ Rn. 648; 655 ff.).
- 640** aa) **Rechtswahl, Art. 3 und 8 Abs. 1 Rom I VO:** Verleiher und Leiharbeitnehmer können auf Grund ihrer **Privatautonomie** das anwendbare Recht in den nach Art. 3 und 8 Rom I VO geltenden Grenzen frei wählen (subjektive Anknüpfung). Diese Rechtswahl (*Boemke/Lembke/Boemke* Einl. Rn. 17; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 2 ff.; *MHdB ArbR/Oetker* § 11 Rn. 10 ff.; *Thüsing/Thüsing* Einf. Rn. 53; *Heilmann* S. 45 ff.; *Junker* S. 198 ff.; zur Vertragsgestaltung *Reichel/Spieler* BB 2011, 2741 und *Schneider* NZA 2010, 1380) kann **ausdrücklich oder stillschweigend** getroffen werden, sie muss aber nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I VO **eindeutig** sein. Eine konkludente Rechtswahl setzt voraus, dass sich aus dem Vertrag oder der Gesamtheit der Umstände der Bezug eindeutig gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I VO ergibt und damit ein strengerer Maßstab angelegt wird als in der Vorgängerregelung (*Magnus* IPRax 2010, 33). Die Rechtsprechung lässt etwa die Bezugnahme auf einen deutschen Tarifvertrag als hinreichendes Indiz für einen Parteiwillen zur Wahl deutschen Rechts genügen (*BAG* 12.12.2001, AP EGBGB nF Art. 30 Nr. 10; ausf. *Riesenhuber* DB 2005, 1571 ff.; *Thüsing* NZA 2003, 1303 (1304); kritisch *Deinert* § 9 Rn. 26). Aufgrund der Vertrautheit mit der eigenen Rechtsordnung wird die Rechtswahl regelmäßig auf **das Heimatrecht von Verleiher und Leiharbeitnehmer** gerichtet sein. Ein niederländischer Verleiher, der seinen Arbeitnehmer vorübergehend nach Deutschland ausleihen will, wird im Regelfall bestrebt sein, das Arbeitsverhältnis auch in dieser Zeit nach niederländischem Recht abzuwickeln.
- 641** Diese Rechtswahl ist nach Art. 8 Abs. 2 Rom I VO aber dahingehend eingeschränkt, dass dem Arbeitnehmer durch die Rechtswahl nicht der Schutz entzogen wird, den ihm die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewähren, das bei einer objektiven Anknüpfung nach Art. 8 Rom I VO anwendbar wäre. Dadurch soll ein Mindeststandard des sozialen Schutzes des objektiven Vertragsstatuts gesichert werden (**kollisionsrechtliches Günstigkeitsprinzip**; *Thüsing/Thüsing* Einf. Rn. 57; dazu näher noch zu Art. 30 EGBGB *Junker* S. 258 ff.; *Heilmann* S. 98 ff.; *MHdB ArbR/Oetker* § 11 Rn. 25 ff.; vgl. *Schlachter* NZA 2000, 57 (61); *Schlunck* S. 149 ff.; zur Anknüpfung an den gewöhnlichen

Arbeitsort schon *Gamillscheg* S. 128). Zwingende Bestimmungen im Sinne dieser Norm sind die „intern“ **zwingenden Vorschriften** des objektiven Arbeitsvertragsstatuts, das sich nach dem „gewöhnlichen“ Arbeitsort richtet. Intern zwingend sind die nationalen nicht dispositiven Arbeitnehmerschutzbestimmungen des objektiv bestimmten Vertragsstatuts (MüKoIPR I/*Martiny* Rom I VO Rn. 34). Hierzu zählen beispielsweise die Regelungen des Kündigungsschutzes nach dem **KSchG**. Im Unterschied dazu gelangen die „international“ zwingenden Normen des deutschen Rechts als weitere Schranke der freien Rechtswahl gemäß Art. 9 Rom I VO unabhängig von dem objektiv bestimmten oder gewählten Vertragsstatut zur Anwendung (→ Rn. 655 ff.; zahlreiche Beispiele bei *Thüsing* NZA 2003, 1303 (1308)). Durch die vorgeschriebene Anwendbarkeit der Arbeitnehmerschutzvorschriften beeinflussen daher mehrere Rechtsordnungen das Arbeitsverhältnis, so dass es zu Mischformen kommen kann (*Schlachter* NZA 2000, 57 (60)). Bei der Frage, ob die Rechtswahl wirksam getroffen werden kann, ist daher konkret zu prüfen, ob der Arbeitnehmer gegenüber dem Rechtsstatus, der ihm nach Art. 8 oder Art. 9 Rom I VO gewährt wird, schlechter gestellt wird. Dabei werden die Vorschriften im Einzelnen und nicht das Gesamtpaket der gewählten Rechtsordnung verglichen. Nach Art. 3 Abs. 3 Rom I VO gehen ohnehin schon nach den Grundsätzen der Rechtswahl die national zwingenden (unverzichtbaren) Regelungen der gewählten Rechtsordnung vor (aA für Sachgruppenvergleich *Thüsing/Thüsing* Einf. Rn. 57 mwN). Ebenso kann durch Rechtswahl nicht von den international zwingenden Eingriffsnormen gem. Art. 9 Rom I VO abgewichen werden.

bb) Objektive Anknüpfung, Art. 8 Abs. 2 Rom I VO. Mangels Rechtswahl ist das Arbeitsvertragsstatut nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Das anwendbare Recht richtet sich nach Art. 8 Abs. 2 Rom I VO entweder nach dem gewöhnlichen Arbeitsort (Abs. 2 S. 1) oder in nicht eindeutigen Fällen nach dem Ort der einstellenden Niederlassung (Abs. 3). Nach Abs. 4 kann das so gefundene Ergebnis in engen Grenzen korrigiert werden, wenn aufgrund der Gesamtumstände (Wohnsitz, Arbeitnehmer, Sprache) eine engere Verbindung zu einem anderen Vertragsstaat besteht (BAG 11.12.2003, AP EGBGB nF Art. 27 Nr. 6). Dem Richter wird in sehr eng begrenzten Ausnahmefällen damit eine Möglichkeit eröffnet, den Einzelfall abweichend von den allgemein gehaltenen, objektiven Anknüpfungen entscheiden zu können (ErfK/*Schlachter* Rom I VO Art. 9 Rn. 17; noch zu Art. 30 EGBGB *Heilmann* S. 56 ff.; *Junker* S. 180 ff.; MHD ArbR/Oetker § 11 Rn. 28 ff.; *Thüsing* NZA 2003, 1303 (1305); vgl. BAG 24.3.1992, AP Intrenat. Privatrecht, Arbeitsrecht Nr. 28 mAnm *Junker*). 642

Für Arbeitsverträge mit wechselnden Einsatzorten also zB **Seearbeits- und Luftfahrtsverträge aber auch für Arbeitsverträge mit Kraftfahrern** ist wegen der Manipulationsmöglichkeit das Anknüpfen an die einstellende Niederlassung (Art. 8 Abs. 3 Rom I VO) kritisiert worden (ErfK/*Schlachter* Rom I VO Art. 9 Rn. 16; zu der Problematik *Junker* S. 227; *Kropholler* IPR § 52 VI 4 mwN noch zu Art. 30 EGBGB; *Mankowski/Knöfel* EuZA 2011, 521 (524)). Diese Kritik greift allerdings nicht für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, die nur durch einen Verleiher mit Sitz in einem EU- oder einem EWR-Staat erfolgen (§ 3 Abs. 2). In diesen Fällen ist das Schutzniveau schon über Art. 9 Rom I VO gewährleistet (→ Rn. 649). Im Übrigen hat der EuGH in der Rechtsache Koelzsch (15.3.2011 – C-29/10, NZA 2011, 625 Rn. 43) betont, dass der Begriff des „gewöhnlichen Arbeitsorts“ weit und der Begriff der „einstellenden Niederlassung“ eng auszulegen ist, so dass der Arbeitnehmerschutz im Vordergrund steht. 643

Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung führt die objektive Anknüpfung gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom I VO grundsätzlich zur Anwendung des **Heimatrechts von Verleiher und Leiharbeitnehmer**, da der „vorübergehende“ Einsatz in einem anderen Staat nach Abs. 2 S. 2 unschädlich ist. Nach dem 36. Erwägungsgrund wird „vorübergehend“ wie folgt konkretisiert: Erwartung, dass der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt. Hier kommt es zu einer „Ausstrahlung“ der Rechtsordnung des gewöhnlichen Arbeitsortes. 644

Der Begriff „vorübergehend“ ist allerdings in den Einzelheiten unklar. Einigkeit besteht zumindest darüber, dass der dauerhafte Einsatz in einem anderen als dem Herkunftsstaat zur Anwendung des Rechts des Einsatzortes nach Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom I VO führt. Teilweise wurde auf feste Zeitgrenzen, wie die Zwei-Jahres-Grenze des Art. 14 Nr. 1 der EWG-VO Nr. 1408/71 (→ Rn. 682 inzwischen durch die VO 883/2004 ersetzt) abgestellt (so etwa *Vor* S. 163). Nach der Entscheidung des EuGH in Koelzsch (15.3.2011 – C-29/10, NZA 2011, 625) ist klarer geworden, dass Ziel der Auslegung der Arbeitnehmerschutz ist, da der Arbeitnehmer als die schwächere Partei durch die Kollisionsnormen vor einer Anwendung des ihm fremden Rechts zu schützen ist.

- 645** Daher kommt es auf die **Umstände des Einzelfalls** an. Die Entsendung ist daher „vorübergehend“, wenn sie infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus auf einen überschaubaren Zeitraum begrenzt ist (ErfK/*Schlachter* Rom I VO Art. 9 Rn. 14; *Kropholler* IPR § 52 VI 3). Bei einer projektbezogenen Entsendung ist die Rückkehr des entsandten Arbeitnehmers vorprogrammiert, ohne dass sich ihr Zeitpunkt von vornherein fixieren lässt. Er hängt von der Erledigung der Aufgabe ab, so dass in diesem Fall von einer vorübergehenden Entsendung auszugehen ist (vgl. BAG 25.4.1978, AP Internat. Privatrecht, Arbeitsrecht Nr. 16; 21.9.2016, AP TVG § 5 Nr. 35 Rn. 105; *Junker* S. 183 und RdA 1998, 42 (44); *Lorenz* RdA 1989, 220 (223); MHdB ArbR/*Oetker* § 11 Rn. 31 f.; *Schlachter* NZA 2000, 57 (60)). Auf eine formale Rückkehrmöglichkeit wird es nicht ankommen, wenn die befristete Auslandstätigkeit im Herkunftsland tatsächlich fortgesetzt werden soll, also der Arbeitnehmer in dem anderen EU-Heimatstaat wohnt und dahin tatsächlich zurückkehren wird (*Deinert* § 9 Rn. 103; unklar, ob es auf eine vertraglich vereinbarte Rückkehr ankommen soll *Bayreuther* DB 2011, 706 (708)). Wohnt der Arbeitnehmer in einem anderen EU-Heimatstaat, wird er aber ausschließlich wechselnd befristet im Einsatzstaat beschäftigt – also in diesen verliehen –, liegt der gewöhnliche Arbeitsort im Einsatzstaat (*Bayreuther* DB 2011, 706 (709)). Dessen Recht findet nach Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom I VO Anwendung. Etwas anderes gilt, wenn der Arbeitnehmer zunächst im Heimatstaat beschäftigt ist und danach befristet in den Einsatzstaat verliehen wird, ursprüngliche Beschäftigung und Wohnort sprechen dann für die Anwendung des Rechts des Heimatstaates und damit für eine vorübergehende Entsendung.
- 646** Der Begriff der „vorübergehenden“ Entsendung in der Rom I VO ist nicht zwingend identisch mit dem sozialversicherungsrechtlichen Entsendebegriff in der VO 883/04, da Sinn und Zweck der Regelungen voneinander abweichen. Die sozialversicherungsrechtliche A1-Bescheinigung legt aber den Status der Vertragsbeziehung und den Vertragspartner insoweit fest (also Selbständiger oder Arbeitnehmer), als dass nicht nach dem Recht des Einsatzstaates ein davon abweichendes Vertragsverhältnis begründet werden kann (im Einzelnen → Rn. 662, 836).
- 647** Unabhängig von dem Arbeitsvertragsstatut gehen die Regelungen des **Rechts des Erfüllungsortes** nach **Art. 12 Abs. 2 Rom I VO** vor (*Thüsing/Thüsing* Einf. Rn. 58, *Boemke/Lembke/Boemke* Einl. Rn. 19). Diese ursprünglich an kaufrechtlichen Vorschriften orientierte Regelung (*Gamillscheg* ZfA 1983, 307 (351)) bezieht sich auf am Erfüllungsort übliche Vorschriften wie zB Feiertage, die bei Abwicklung beachtet werden müssen. Ansonsten bestimmt sich das auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Recht allerdings nach Art. 8 und 9 Rom I VO.
- 648** Innerhalb des grundsätzlich nach Art. 8 Rom I VO bestimmten Arbeitsvertragsstatus sind davon unabhängig **zwingende Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I VO** zu berücksichtigen. Das sind im öffentlichen Interesse liegende Normen, die ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut den Sachverhalt zwingend regeln (*MüKoIPR I/Martiny* Rom I VO Art. 9 Rn. 109; ErfK/*Schlachter* Rom I VO Art. 9 Rn. 21; *Junker* FS 50 Jahre BAG, 1997, 1210 ff.; ausf. MHdB ArbR/*Oetker* § 11 Rn. 45 ff.). Ebenso wirken diese Bestimmungen auf das Statut des Überlassungsverhältnisses und des Rechtsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter ein. Der Charakter einer international zwingen-

den Norm gem. Art. 9 Rom I VO ergibt sich entweder **unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut**, wenn er eine Geltung für grenzüberschreitende Fälle unabhängig vom Vertragsstatut ausdrücklich anordnet, **oder ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln**. International zwingend sind danach Vorschriften, deren Zweck **vor allem öffentlichen Interessen** staats-, wirtschafts- oder ordnungspolitischer Art dient und nicht hauptsächlich Individualinteressen der Parteien schützt (vgl. Art. 8 Abs. 1 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) v. 15.12.2005, Dok. KOM(2005) 650 endg. – 2005/0261 (COD), abgedruckt in IPRax 2006, 193; noch zur Vorgängerregelung in Art. 34 EGBGB: ausf. MHDB ArbR/Oetker § 11 Rn. 47 ff.; MüKoBGB/Martiny EGBGB Art. 34 Rn. 10 ff.; vgl. BAG 12.12.2001, SAE 2002, 258 (262) mAnm Junker; 12.1.2005, AP AEntG § 1a Nr. 2; Junker S. 286 ff.; Schlachter NZA 2000, 57 (61 f.); Thüsing NZA 2003, 1303 (1308)). Ob eine Bestimmung im Schwerpunkt öffentlichen oder privaten Interessen dient, ist gerade bei Arbeitnehmerschutzvorschriften, die oftmals sowohl öffentliche als auch individuelle Interessen verfolgen, **schwer zu beantworten** (zu den Einzelfällen für den Leiharbeitsvertrag → Rn. 656 ff.).

Eindeutig zwingende Eingriffsnormen folgen nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Entsenderichtlinie 96/71/EG (Deinert § 10 Rn. 51; → Rn. 660). In dieser Regelung sind Inhalte dieser zwingenden Eingriffsnormen genannt, die in § 2 AEntG übernommen worden sind. Darunter fallen auch die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften durch Leiharbeitnehmer (Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler AEntG § 2 Rn. 8). Daraus wird zT gefolgert, dass alle Regelungen des AÜG, die das Leiharbeitsverhältnis betreffen international zwingend sind (Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 21; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler AEntG § 2 Rn. 8; Thüsing/Thüsing Einl. Rn. 62; Ulber/J. Ulber Einl. F Rn. 91 ff.). Sprachlich eindeutig zwingend ist dies jedoch nicht (Franzen EuZA 2011, 451 (460)). Darüber hinaus überprüft der EuGH vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit, ob die staatlich festgelegten Eingriffsnormen im zulässigen Rahmen des Art. 3 der Entsenderichtlinie liegen. Wie der EuGH in der Rechtssache Kommission/Luxemburg (19.6.2008 – C-319/06, Slg. 2008, I-4323 Rn. 30 – Kommission/Luxemburg) ausgeführt hat, können die EU-Staaten den Begriff der öffentlichen Ordnung nicht einseitig festlegen. Vielmehr ist Art. 3 vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen. Es ist daher normbezogen zu prüfen, ob die einzelne Regelung zwingend im öffentlichen Interesse liegt.

Das AÜG soll zwar nicht nur die Individualinteressen der Arbeitnehmer schützen, sondern es verfolgt sozial- und ordnungspolitische Zwecke. Freilich verfolgt es diese Zwecke nur punktuell. ZB sollen Verleiher daran gehindert werden, ohne Erlaubnis tätig zu werden. Hier geht es um die Bekämpfung illegaler Leiharbeit, die man als sozialschädlich einordnet (→ Rn. 5 ff.). Für den Fall des Tätigwerdens ohne Erlaubnis werden die Arbeitsverhältnisse der Leiharbeitnehmer kraft Gesetzes unwirksam (§ 9 Nr. 1) und es werden Arbeitsverhältnisse zu den Entleihern fingiert (§ 10 Abs. 1). Auch das aus Ordnungswidrigkeiten- und Strafvorschriften bestehende Sanktionensystem des Gesetzes erzwingt eine ganz bestimmte zivilrechtliche Ausgestaltung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Schnorr ZfA 1975, 143 (156, 169 f.)).

Soweit daher das gesetzliche Sanktionssystem berührt ist, handelt es sich um Eingriffsnormen. Denn hierbei geht es um Gemeinwohlinteressen, denen der deutsche Gesetzgeber hohen Rang beimisst. Der illegal, dh ohne Erlaubnis, in Deutschland tätige Verleiher muss diesen Regeln unterworfen werden, wenn schwere Systembrüche vermieden werden sollen.

Bei anderen Vorschriften ist auszulegen, ob es sich um inländisch zwingende Ordnungsvorschriften handelt. Diese Frage kann nicht ausschließlich davon abhängen, ob das Recht nur individualvertraglich durchgesetzt wird (ErfK/Schlachter Rom I VO § 9 Rn. 21). Liegt eine Eingriffsnorm vor, findet diese aufgrund des öffentlichen Interesses Anwendung, so dass in der Regel kein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist (ErfK/

Schlachter Rom I VO Art. 9 Rn. 21). Etwas anderes gilt jedoch, wenn es sich bei den zwingenden Eingriffsnormen ausdrücklich um Mindestbedingungen handelt, wie aus Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie folgt, wonach günstigere Arbeitsbedingungen Anwendung finden (*Deinert* § 10 Rn. 42). Dem öffentlichen Interesse ist dann bereits mit diesem Mindestschutz genügt, so dass über den Mindestschutz hinausgehende Regelungen des Arbeitsvertragsstatuts eingreifen können (→ Rn. 656).

- 653 Für die **Arbeitsbedingungen im Leiharbeitsvertrag** bei einem Einsatz von EU-Staaten aus in Deutschland bedeutet dies folgendes:
- 654 Wird der **Leiharbeitnehmer ohne Beschäftigung im Heimatstaat** nur mit wechselnden Einsätzen befristet nach Deutschland verliehen, findet nach Art. 8 Abs. 2 Rom I VO deutsches Recht Anwendung (*Bayreuther* DB 2011, 706 (710); Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 18; *Franzen* EuZA 2011, 451 (455)). Bei einer Rechtswahl (zB Recht des Heimatstaates) darf der durch das deutsche Recht gewährte Schutz nicht unterschritten werden (→ Rn. 641). Problematisch ist die Anwendung von deutschen Tarifverträgen als Abweichung von Equal-Pay gem. § 9 Nr. 2. Zum einen wirken die Tarifverträge ihrem Anwendungsbereich nach nicht für den grenzüberschreitenden Personaleinsatz mit Verleihern aus dem Ausland (Boemke BB 2005, 279). Zum anderen wird bei einem Ausschluss der Abweichungsmöglichkeit die Dienstleistungsfreiheit verletzt sein, da nur deutsches Recht anzuwenden ist und der Verleiher aufgrund der Staatsangehörigkeit schlechter gestellt wird (*Franzen* EuZA 2011, 451 (457)). Freilich gibt es dazu noch keine Entscheidung des EuGH, so dass die Rechtslage derzeit unsicher ist, wobei viel für die Verletzung der Dienstleistungsfreiheit spricht.
- 655 Wird der Leiharbeitnehmer **vorübergehend** – also nach einer Vorbeschäftigung im Heimatstaat (nicht unbedingt bei demselben Arbeitgeber) oder unter der Voraussetzung einer geplanten tatsächlichen Rückkehr in seinen Heimatstaat bzw. beiden Merkmalen – eingesetzt, findet nach Art. 8 Abs. 2 Rom I VO das Arbeitsvertragsstatut des Heimatlandes Anwendung (Boemke BB 2005, 266 (269); Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 18; Thüsing/Thüsing Einl. Rn. 55). Innerhalb dieses Arbeitsvertragsstatuts können dann einzelne Bedingungen des Leiharbeitsvertrags durch Eingriffsnormen des deutschen Rechts gem. Art. 9 Rom I VO geregelt sein. Dies sind folgende Bereiche:
- 656 Der vom ausländischen Verleiher zu zahlende **Lohn** richtet sich der **zwingenden Untergrenze für Leiharbeit in Deutschland** gem. § 3a AÜG (Boemke/Lembke/Boemke Einl. Rn. 20; *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler* AEntG § 2 Rn. 8; zur Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten → Rn. 549 ff.), soweit nicht nach den Regelungen des Heimatstaates ohnehin ein höherer Lohn zu zahlen ist (*Deinert* § 10 Rn. 93, 99; *Ulber/J. Ulber* Einl. F Rn. 95 zu darüber hinausgehenden Pflichten des ausländischen Verleihers). Nach Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie werden günstigere Normen des Arbeitsvertragsstatuts nicht verdrängt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn nach dem Recht des Heimatstaates grundsätzlich ohne tarifliche Abweichungsmöglichkeit Equal-Pay zu leisten ist. In diesem Fall hat der Verleiher den Lohn der vergleichbaren deutschen Stammarbeitnehmer zu zahlen. Je nachdem in welchen Branchen der Leiharbeitnehmer eingesetzt ist, kann jedoch auch ein höherer Lohn aufgrund des nach § 8 Abs. 3 AEntG geltenden **Mindestbranchenlohns** zu zahlen sein (neben den in § 4 AEntG genannten Branchen findet dies über § 13 AEntG auch auf die Pflegebranche Anwendung; vgl. im Einzelnen zu Kommentierung zu § 8 Abs. 3 AEntG). Diese Tarifverträge gelten auch dann, wenn der Arbeitgeber schon an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist, § 8 Abs. 2 AEntG. Unterschreitet der Verleiher die in Deutschland zwingenden Mindestlöhne (§ 8 Abs. 3 AEntG oder § 3a AÜG) wird eine Haftung des **Entleihers als Bürgen** gem. § 14 AEntG begründet (dazu die Kommentierung § 8 Abs. 3 AEntG), die nach § 15 AEntG vor den deutschen Gerichten eingeklagt werden kann.
- 657 In § 8 hat der deutsche Gesetzgeber das nach der Richtlinie 2008/104/EG (→ Rn. 593 ff.) vorgegebene **Equal-Pay-Gebot** umgesetzt. Zum Teil wird das Equal-Pay-Gebot als zwingende Eingriffsnorm iSv § 2 Nr. 4 AEntG angesehen (*Bayreuther* DB