

Arbeitsstrafrecht

Bearbeitet von
Rainer Brüssow, Dirk Petri

2. Auflage 2016. Buch. Rund 300 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 64639 3

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Strafrecht > Nebenstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

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.

beck-shop.de

DIE FACHBUCHHANDLUNG

hinausgegangen wäre. Zwar könnte sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter eine je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Dies beschränke sich indes auf die Verhinderung **betriebsbezogener Straftaten** und umfasse nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei **Gelegenheit** seiner Tätigkeit im Betrieb begäte. Betriebsbezogen sei eine Tat dann, wenn diese einen **inneren Zusammenhang** mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebs aufweise.⁶⁹⁰

Auch gibt der BGH⁶⁹¹ zu bedenken, dass die Betriebsbezogenheit solcher mit dem Begriff „**Mobbing**“ bezeichneter Tatserien bisweilen mit der Begründung bejaht werde, dass sich eine in der **Betriebsgemeinschaft** allgemein angelegte Gefahr verwirkliche, weil für solche Taten der abgegrenzte soziale Raum des Betriebes ohne ausreichende Ausweichmöglichkeiten für das um seinen Arbeitsplatz und damit seine wirtschaftliche Existenz fürchtende Opfer konstitutiv seien.

Das BAG definiert dabei Mobbing als das systematische Anfeinden, Schikanieren oder Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte.⁶⁹² Diese Definition des BAG gibt allerdings eine **unbestimmte** Be- trachtungsweise wieder.

Die strafrechtlichen Auswirkungen des Mobbings⁶⁹³ sind daher grundsätzlich anhand der einzelnen Straftatbestände des StGB, in Abgrenzung zur arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise, zu prüfen.

Dem BGH⁶⁹⁴ dürfte aber im Hinblick auf die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers oder aber von Vorgesetzten insoweit beizupflichten sein, als das Merkmal der **Betriebsbezogenheit** nicht überdehnt werden sollte und zwar auch nicht für den Fall, dass die Taten wiederholt begangen wurden.

Praxishinweis: So können etwa Fälle des Mobbings im Bereich betrieblicher Ausbildung insbesondere einen unmittelbaren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit aufweisen.⁶⁹⁵

97

Letztlich geht es um die Frage der Überwachungsgarantenpflichten für die Eröffnung eines Betriebs und die Beherrschung der **Gefahrenquelle**, „Mensch“ bzw. „Mitarbeiter“ im Hinblick auf die Verpflichtung des Geschäfts- herren **deliktisches Handeln** aus dem **Unternehmen** heraus zu unterbinden.

98

⁶⁹⁰ BGHSt 57, 42; *Fischer*, StGB, § 13, Rn. 37 ff. m.w.N.; *Schönke/Schröder/Stree/Bosch*, StGB, § 13, Rn. 53 m.w.N.

⁶⁹¹ BGHSt 57, 42.

⁶⁹² BAGE 85, 56; allg. zur Frage des Mobbings: *Küttner/Poeche*, Personalbuch 2015, Mobbing, Rn. 1 ff. m.w.N.; *Reiserer/Lemke*, MDR 2002, 249 m.w.N.; vgl. auch § 3 Abs. 3 i.V.m. § 1 AGG.

⁶⁹³ Vgl. hierzu eingehend: *Petri*, StraFo 2007, 221 ff.

⁶⁹⁴ BGHSt 57, 42.

⁶⁹⁵ *Jäger*, JA 2012, 394 ff. der zu Recht darauf hinweist, dass die offene Grenzziehung des BGH kritisch zu sehen ist.

Hierbei ist unter systematischen Gesichtspunkten zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in bestimmten hierarchischen Verhältnissen eine Überwachungsgarantenstellung explizit angeordnet hat (vgl. § 357 Abs. 2 StGB) und ebenso einen, wenn auch nur als Ordnungswidrigkeit gem. § 130 OWiG, eigenständigen Aufsichtshaltungstatbestand für Straftaten im Unternehmen geschaffen hat. Andererseits ist bei der Statuierung von Überwachungspflichten über die „**Gefahrenquelle Mensch**“ immer auch der Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des Handelnden zu betonen. Die Führung eines Betriebs mit menschlichen Mitarbeitern ist ein normaler Vorgang, weshalb eine Garantenpflicht nur für besondere, gleichsam das **allgemeine Lebensrisiko** übersteigende Gefährdungspotenziale bei diesen Mitarbeitern angenommen werden kann.⁶⁹⁶

- 99 Auch wenn arbeitsrechtlich ein Einschreiten des Arbeitgebers in sog. **Mobbingfällen**, wie dem durch den BGH⁶⁹⁷ entschiedenen, zwingend ist, und für den Fall des Unterlassens von Regressansprüche im **Innenverhältnis** zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegeben sein würden⁶⁹⁸, führt dies nicht zu einen spiegelbildlichen Postulat einer strafrechtlichen Garantenstellung. Im Übrigen bleibt es, worauf auch der BGH⁶⁹⁹ hinweist, bei einer etwaigen Strafbarkeit wegen **unterlassener Hilfeleistung** gem. § 323c StGB.
- 100 Aber selbst wenn sich im Laufe eines Strafverfahrens bspw. der Anfangsverdacht einer fahrlässigen Körperverletzung nicht bestätigen sollte, so liegt auf der Hand, dass schon das Verfahren als solches für die jeweils **Personalverantwortlichen** eine Belastung darstellt und die (angedrohte) Anzeige ggf. auch als Druckmittel bis hin zu einem öffentlichen Reputationsschaden eingesetzt werden kann, um zu arbeitsrechtlich erwünschten Ergebnissen zu kommen.⁷⁰⁰

b) Präventive Maßnahmen

- 101 Der BGH hat mit dem Urteil⁷⁰¹ die **Konkretisierung grundlegender strafrechtlicher Pflichten** des Geschäftsherren und seiner Vertreter, einschließlich des **Compliance Officers**, fortgesetzt. Aus Sicht der arbeitsrechtlichen Praxis bleiben allerdings Unklarheiten im Hinblick auf die Betriebsbezogenheit der zu unterbindenden Straftaten bestehen. Der bisherige Graubereich im Hinblick auf systematisches Mobbing⁷⁰², sexuelle Belästigungen, Beleidigun-

⁶⁹⁶ Vgl. SSW-StGB/Kudlich, § 13, Rn. 29 ff. m.w.N.

⁶⁹⁷ BGHSt 57, 42.

⁶⁹⁸ Vgl. umfassend: B/K/B/N-Pestke, Kap. 21, Rn. 1133 ff., 1195 ff.; Lelley, Compliance im Arbeitsrecht, S. 111 f.; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, S. 173 ff.

⁶⁹⁹ BGHSt 57, 42.

⁷⁰⁰ Ignor/Rixen, § 10, Rn. 49.

⁷⁰¹ BGHSt 57, 42.

⁷⁰² Anlässlich eines Urteils des BAG (BAGE 122, 304) zur Frage der Verjährung von Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldansprüche von Mobbing-Ansprüchen, ist zu differenzieren, ob es sich beim Mobbing um eine einzelne Verletzung oder ein „übergreifendes systematisches System“ handelt. Liegt ein solches systematisches Mobbing vor, dann müssen auch zurückliegende und an sich in rechtsverjährter Zeit liegende Fälle berücksichtigt werden, da dann nicht nur Einzelfälle sondern ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang gegeben ist, so dass die Verjährung erst mit der Beendigung der letzten Mobbinghandlung zu laufen beginnt.

gen, Diebstähle zu Lasten von Kollegen, dürfte etwas verkleinert werden; die Betriebsbezogenheit anderer Delikte, z.B. Kartellrechtverstöße außerhalb „besonders anfälliger“ Branchen, Betrug gegenüber Kunden, Marktmanipulationen, Korruptionstaten, Verstöße gegen das Außenwirtschaftsrecht, Datenschutzverstöße u.v.m. bleiben nach wie vor ungeklärt. Im Zweifel und wegen des tendenziell nicht sehr engen Verständnisses des BGH⁷⁰³ sind **Geschäftsleiter** und **Compliance Beauftragte** daher gut beraten, die Betriebsbezogenheit bei der Planung und Durchführung ihrer Präventionsmaßnahmen eher weit zu verstehen und dies z.B. in einer **unternehmensinternen Richtlinie** oder der Stellenbeschreibung des Compliance Officers zu dokumentieren, um die straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken zu minimieren – einmal abgesehen davon, dass der Compliance Officer unabhängig von diesen zur Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten mitunter auch Taten zu verhindern bzw. vor allem deren Verhinderung anzustoßen hat, die im Sinne der strafgerichtlichen Rechtsprechung möglicherweise gar nicht betriebsbezogen sind.⁷⁰⁴

Jedenfalls dürfte eine **Beschützergarantenstellung** der jeweils leitenden Vorgesetzten, abgeleitet aus § 618 BGB, nach vorstehender Rechtsprechung des BGH⁷⁰⁵ wohl eher fernliegend sein. Die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung⁷⁰⁶ spricht vielmehr dafür, dass in der Regel nur eine **Überwachungsgarantenstellung** aus § 618 BGB in Betracht kommt. Hierfür dürfte auch sprechen, dass der Arbeitgeber keine umfassende Personensorge bzw. Personenfürsorge dem Arbeitnehmer schuldet.⁷⁰⁷ Es besteht jedenfalls nach wie vor, ein **erheblicher Abstimmungsbedarf zum Verhältnis straf- und zivilrechtlicher Haftung für Compliance mängel**. Sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht geht es i.E. um Haftung, darum also, dass Personen für ihr Verhalten in sie belastender Weise einstehen müssen, und dass es wegen dieser Gemeinsamkeit geboten ist, die einschlägigen Normierungen und die ergangene Rechtspre-

⁷⁰³ BGHSt 57, 42.

⁷⁰⁴ Vgl. Anm. *Poguntke* zur Entscheidung des BGH: CCZ 2012, 158 ff.; *Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, S. 180f.; *Mengel* in: *Corporate Compliance*, § 12, Rn. 1 u. 84.

⁷⁰⁵ BGHSt 57, 42.

⁷⁰⁶ BGH, Urt. v. 25.6.2009 – 4 StR 610/08 = BeckRS 2009, 20066: Bei der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht gem. § 618 BGB handelt es sich um eine Garantenpflicht i.S.d. StGB; vgl. auch: OLG Naumburg NStZ-RR 1996, 229; OLG Rostock BeckRS 2010, 26358.

⁷⁰⁷ Schönke/Schröder/Stree/Bosch, StGB, § 13, Rn. 50a weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass die Fürsorgepflicht dann zu bejahen sein dürfte, wenn lediglich der Arbeitgeber bspw. das mit der Beförderung gefährlicher Güter verbundene Risiko einzuschätzen vermag. In seinem *obiter dictum* weist der BGH (vgl. → B Rn. 32) i. Ü. darauf hin, dass es dahinstehen könne, ob der verbreiteten Unterscheidung von Schutz- und Überwachungspflichten in diesem Zusammenhang wesentliches Gewicht zukomme, weil die Überwachungspflicht gerade dem Schutz bestimmter Rechtsgüter diene und umgekehrt ein Schutz ohne entsprechende Überwachung des zu schützenden Objekts kaum denkbar erscheine (BGHSt 48, 77). Maßgeblich sei die Bestimmung des Verantwortungsbereichs, den der Verpflichtete übernommen habe. Dabei komme es nicht auf die Rechtsform der Übertragung an, sondern darauf, was unter Berücksichtigung des normativen Hintergrunds Inhalt der Pflichtenbindung sei (BGHSt 43, 82).

chung beider „haftungsrechtlicher Teildisziplin“ vergleichend aufeinander abzustimmen, auch wenn es im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht tatsächlich um Ahndung geht.⁷⁰⁸

c) Repressive Maßnahmen

103 Ausgehend vom Rechtsgedanken des § 138 StGB wird man auch nicht unter Fürsorgegesichtspunkten dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegen können, bei Bekanntwerden von Mobbing-Vorwürfen im Rahmen der Fürsorgepflicht unmittelbar Strafantrag erstatten zu müssen bzw. darauf hinzuwirken, dass der Verletzte Strafantrag⁷⁰⁹ stellt. Denn der Arbeitgeber hat hier ein **berechtigtes Interesse** daran, betriebsinterne Vorfälle auch intern zu regeln, zumal dies auch den Interessen der beteiligen Arbeitnehmer entsprechen kann.

104 Handelt es sich um die Bewertung eines Verhaltens unter gleichberechtigten männlichen oder weiblichen Kollegen, so wird dies in aller Regel in einem Bereich ablaufen, der unter Kollegen als Teil der **sozialen Kompetenz** im Berufsalltag zu tolerieren ist. Hier haben die Fälle, welche die oben aufgezeigte Geringwertigkeitsschwelle nicht überschreiten, keine eigenständige Bedeutung.

105 Aus Arbeitgebersicht sollte immer eingehend geprüft werden, ob

- der Arbeitgeber tatsächlich aus **Fürsorgegesichtspunkten** fristgerecht Strafantrag und Strafanzeige zugunsten des Arbeitnehmers stellen bzw. hierauf hinwirken sollte oder
- er im Rahmen einer vermittelnden Lösung den **Betriebsfrieden** (ggf. durch Abmahnung, Aufhebungsvertrag, betriebsinterne Umsetzung, Kündigung, freiwillige Zahlung einer Entschädigung an das Opfer etc.) ohne Schädigung des Ansehens des Unternehmens in der Öffentlichkeit wiederherstellen kann.

V. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

1. Intention des AÜG

106 Die Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung wurde aufgrund der Richtlinie 91/383 EWG des Rates der EG vom 25.6.1991 eingeführt. Das AÜG betrifft grundsätzlich nur **unechte Leiharbeitsverhältnisse**. Regelungszweck ist ausgehend von § 1 AÜG der soziale Schutz der Leiharbeitnehmer und die Bekämpfung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.⁷¹⁰ Wegen der eingeräumten Möglichkeit einer geringeren Bezahlung von Leiharbeitneh-

⁷⁰⁸ Vgl. Kuhlen, NZWiSt 2015, 121 mit einer ausführlichen Gegenüberstellung der relevanten straf- und zivilgerichtlichen Entscheidungen.

⁷⁰⁹ Bei § 185 StGB als absolutem Antragsdelikt kann nur der Verletzte gem. § 77 Abs. 1 StGB den Strafantrag stellen.

⁷¹⁰ Achenbach/Ransiek/Rönnau/Mosbacher, HWStR, 12. Teil, 4. Kap., Rn. 5; ErfK/Wank, ArbR, § 1, AÜG, Rn. 2; Erbs/Kohlhaas/Ambs, Vor. § 1 AÜG, Rn. 2.; Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, Einl., Rn. 1.

beck-shop.de

Die Fachbuchhandlung

mern wird die Arbeitnehmerüberlassung auch teilweise als Mittel zur „**legalen Tarifflucht**“ empfohlen.⁷¹¹ Intention des Gesetzgebers war es, aufgrund der ausgesprochenen Anfälligkeit der Arbeitnehmerüberlassung gegen Missbrauch, wegen der drohenden Aushöhlung der Arbeitnehmerrechte und der potentiellen Probleme für die Rentenkassen diesen Rechtsbereich streng zu reglementieren und unter staatliche Aufsicht zu stellen.

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein **Arbeitgeber** (Verleiher)¹⁰⁷ einem **Dritten (Entleiher)** aufgrund einer zumindest konkludent getroffenen Vereinbarung vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte **Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer)** zur Verfügung stellt, die dieser nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer zur Förderung der Betriebszwecke einsetzt. „Überlassen“ wird ein Arbeitnehmer einem Dritten nicht bereits dann, wenn er aufgrund seines Arbeitsvertrages Weisungen des Dritten zu befolgen hat. Erforderlich ist vielmehr, dass er bei **vollständiger Eingliederung** in den Betrieb des Dritten für diesen und nicht weiterhin allein für seinen Arbeitgeber tätig wird.⁷¹²

Zu unterscheiden war in der Vergangenheit zwischen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, die ausschließlicher Gegenstand des AÜG war, und der nicht gewerbsmäßigen. Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung konnte genehmigt oder ungenehmigt sein.⁷¹³

Aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie⁷¹⁴ erfolgten weitere Änderungen durch das Erste Gesetz zur Änderung des AÜG vom 28.4.2011⁷¹⁵:

Das Merkmal „**gewerbsmäßig**“ wurde durch „**im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit**“ in § 1 Abs. S. 1 AÜG ersetzt. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist angesichts der zugrundeliegenden Leiharbeitsrichtlinie europarechtlich zu definieren. Die wettbewerbsrechtliche Definition ist daher entscheidend. Danach liegt eine solche wirtschaftliche Tätigkeit vor, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Hierzu ist bei der **Zeitarbeit** regelmäßig auszugehen, da auch die Arbeitnehmerüberlassung eine Dienstleistung ist, welche am Markt angeboten wird. Auch Unternehmen, die gemeinnützige, karitative, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen, z.B. auch Werkstätten für behinderte Menschen und gemeinnützige Integrationsprojekte, und dabei am Markt auftreten, fallen in den Anwendungsbereich des AÜG, wenn Werkstattbeschäftigte mit einem regulären Arbeitsvertrag auf sog. Außenarbeitsplätzen beschäftigt und an Dritte überlassen werden. Ausreichend für eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, dass das Angebot dieser Unternehmen mit dem **Angebot von anderen Wirtschaftsteilnehmern konkurriert**, die den gleichen Zweck verfolgen. Nur wenn der Marktbezug

⁷¹¹ Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst/Germakowski/Hurst, AÜG, Einl., Rn. 17 m.w.N.

⁷¹² Küttner/Röller, Personalhandbuch 2015, Kap. 34, Rn. 3 m.w.N.; ErfK/Wank, ArbR, § 1 AÜG, Einl., Rn. 14ff. m.w.N.

⁷¹³ Vgl. zur alten Rechtslage vor dem 1.12.2011: Küttner/Röller, Personalhandbuch 2015, Kap. 34, Rn. 13. m.w.N.; Schüren/Hamann/Hamann, AÜG, § 1, Rn. 8.

⁷¹⁴ RL 2008/104/EG.

⁷¹⁵ BGBl. I 642.

fehlt, d.h. bei Einrichtungen mit ausschließlich sozialem, kulturellem, künstlerischem, sportlichem oder sonstigem ideellen Engagement oder in Ausübung hoheitlicher Gewalt, fallen aus dem Anwendungsbereich des AÜG heraus.⁷¹⁶

110 § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG wurde ebenfalls mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des AÜG vom 28.4.2011⁷¹⁷ neu eingefügt, so dass die Überlassung von Arbeitnehmern nur noch vorübergehend erfolgen soll.

111 Streitig ist das Merkmal „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG dennoch.⁷¹⁸ Einerseits wird vertreten, das Merkmal habe nur beschreibenden Charakter und sei darüber hinaus ohne Bedeutung. Bei dem Merkmal dürfte es sich aber seit der Entscheidung des BAG vom 10.7.2013⁷¹⁹ um eine **zwingende Tatbestandsvoraussetzung** für die Leiharbeit handeln. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass das Merkmal nachträglich eingefügt wurde, um den Schutz der Arbeitnehmer zu verbessern. Unzutreffend dürfte daher auch die Ansicht sein, dass bei einer dauerhaften Überlassung das Gesetz nicht anwendbar wäre, weil dessen Geltungsbereich nicht vorliege. Vielmehr könnte dies dann dafür sprechen, dass zwar Leiharbeit vorliegt, dass diese aber **unzulässig** ist.⁷²⁰

112 Die Pläne der Großen Koalition sehen im Koalitionsvertrag vom 27.11.2013⁷²¹ vor, dass, nachdem im Bereich der Zeitarbeit die Beschränkungen über die Jahre immer weiter gelockert wurden, eine Kehrtwende in der Zeitarbeit erfolgen soll. Danach sollen die Regelungen für die Zeitarbeit wieder verschärft werden: Die **Höchstüberlassungsdauer** soll 18 Monate betragen, der Einsatz als Streikbrecher wird untersagt, nach neun Monaten erfolgt ein **Equal Pay**, die Leiharbeitnehmer zählen bei BetrVG-Schwellenwerten mit. Die Zeitarbeit soll dadurch auf ihren eigentlichen Kern zurückgeführt werden, das heißt, vorübergehende Überbrückung von Auftragsspitzen statt dauerhafter Aufbau von **Schattenbelegschaften**. Damit die Unternehmen nicht die „Flucht“ antreten, möchte die Große Koalition **Scheinwerkverträge** bekämpfen. Dazu sollen die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen gesetzlich kodifiziert werden. Zusätzlich soll die „verdeckte“ Arbeitnehmerüberlassung verboten werden. Das heißt, es soll nicht mehr zulässig sein, zur Absicherung von Scheinwerkverträgen eine Verleiherlaubnis „in der Tasche“ zu haben. Die passende Gesetzesvorlage⁷²² ist am 28.10.2013 bereits in den neuen Bundestag eingebracht worden. Die geplanten Änderungen zielen im Ergebnis darauf, die Zeitarbeit zurückzudrängen und die Unternehmen zu zwingen, anstelle von Leiharbeitern und (Schein-) Selbstständigen Arbeitnehmer einzustellen.

⁷¹⁶ BeckOK ArbR/Kock, AÜG, § 1, Rn. 45f. m.w.N.; ErfK/Wank, ArbR, § 1 AÜG, Rn. 31 m.w.N.; Erbs/Kohlhaas/Ambs, § 1 AÜG, Rn. 1 ff. m.w.N.

⁷¹⁷ BGBl. I. 642.

⁷¹⁸ Vgl. zum Meinungsstand: ErfK/Wank, ArbR, § 1 AÜG, Rn. 37 ff.

⁷¹⁹ BAGE 145, 355.

⁷²⁰ Vgl. zu den Rechtsfolgen einer nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung: Nießen/Fabritius, NJW 2014, 263.

⁷²¹ www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?blob=publicationFile, S. 49/50.

⁷²² BT-Drs. 18/14.

Allerdings hat nunmehr der EuGH anlässlich eines Vorlageverfahrens zur Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie dahingehend Stellung genommen, dass keine Konkretisierung der Höchstdauer der Leiharbeit notwendig ist.⁷²³ Aufgrund der Entscheidung des EuGH dürften daher gute Gründe für eine **Zulässigkeit** der längerfristigen bis hin zu einer **dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung** jedenfalls dann sprechen, wenn gleichzeitig das **equal-pay**-Gebot zum Tragen kommt, da sie demgemäß dem Unionsrecht kein weiteres Verbot entnehmen lässt.⁷²⁴

2. Versagung und Lohnuntergrenze

a) Versagung nach § 3 AÜG

Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG normierten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er die nach § 1 AÜG erforderliche Zuverlässigkeit nicht (mehr) besitzt; insbesondere, weil er die Vorschriften des **Sozialversicherungsrechts**, über die Einbehaltung und Abführung der **Lohnsteuer**, über die Arbeitsvermittlung, über die **Anwerbung im Ausland** oder über die **Ausländerbeschäftigung**, die Vorschriften des **Arbeitsschutzes** oder sonstige arbeitsrechtlichen Pflichten, z.B. aus einem Arbeitsvertrag oder einer Kollektivvereinbarung, nicht einhält.

Ein Verstoß hat allerdings nicht zwingend die „Unzuverlässigkeit“ zur Folge. Denn bei dem *terminus „Zuverlässigkeit“* handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff** ohne Beurteilungsspielraum. Die Frage der Zuverlässigkeit ist als Rechts- und Tatfrage gerichtlich voll überprüfbar. Trotz ihrer zentralen Bedeutung im Gewerberecht fehlt es auf Grund der Vielfalt der Gewerbearten an einer allgemeingültigen Definition der Zuverlässigkeit. Entsprechend dem Schutzzweck des AÜG kommt es im Rahmen der Nr. 1 darauf an, ob sich aus bestimmten Verhaltensweisen oder Eigenschaften des Antragstellers ersehen lässt, dass er die gewerbsmäßige Überlassung von AN nicht im Einklang mit den bestehenden Vorschriften ausüben will, sondern vielmehr versuchen wird, die allgemeinen Arbeitgeberpflichten und die Risiken der Arbeitnehmerüberlassung nicht tragen zu müssen. Die Behörde muss im Wege einer Prognose überprüfen, ob die ihr zur Beurteilung vorliegenden Tatsachen die Annahme begründen, dass der Antragsteller bei seiner künftigen Verleihfähigkeit die rechtl. Vorschriften beachten wird. **Unklarheiten** gehen zu Lasten der Erlaubnisbehörde.⁷²⁵

⁷²³ EuGH NJW 2015, 1233 (m. Anm. *Stiebert*) = NJW-Spezial 2015, 243 (m. Anm. *Grobys/Steinau-Steinrick*).

⁷²⁴ *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632.

⁷²⁵ ErfK/Wank, ArbR, § 3 AÜG, Rn. 2 m.w.N.

b) Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG

- 116 § 3a Abs. 1 AÜG regelt, dass eine Gewerkschaft und eine Vereinigung von Arbeitgebern aus der Arbeitnehmerüberlassung dem Verordnungsgeber gemeinsam eine von Ihnen vereinbarte tarifliche Mindestentgeltregelung im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung als Lohnuntergrenze für eine Rechtsverordnung vorschlagen können. Der Vorschlag muss sich auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken. Regionale Unterschiede sind dabei zulässig.⁷²⁶
- 117 Nach § 3a Abs. 2. AÜG ist bestimmt, dass mit der Festsetzung der vorgeschlagenen Lohnuntergrenze der Verordnungsgeber bestimmt, dass für die angegebene Laufzeit für alle im Geltungsbereich des AÜG tätigen Arbeitgeber und deren Leiharbeitnehmer die im Vorschlag genannten Mindeststundenentgelte nicht unterschritten werden dürfen. Dies gilt sowohl für die Verleihzeiten wie für die verleihfreie Zeit.
- 118 Nach § 1 Abs. 2 MiLoG gilt seit dem 1.1.2015 ein Mindestlohn von brutto 8,50 € je Zeitstunde. Demgegenüber könnte eine Rechtsverordnung nach § 3a AÜG auch niedrigere Stundenlöhne vorsehen. Bis Ende 2016 gehen gem. § 23 MiLoG derartige Rechtsverordnungen der Regelung im MiLoG vor.⁷²⁷

3. Straftatbestände im AÜG

a) Gemeinsame Voraussetzungen der §§ 15, 15a AÜG

- 119 § 15 AÜG regelt den **Verleih** von ausländischen Arbeitnehmern und § 15a AÜG den **Entleih**.
- 120 § 15 AÜG bedroht den **Verleiher** mit Strafe, der einen Ausländer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch, nicht besitzt, entgegen § 1 **einem Dritten ohne Erlaubnis** überlässt.
- 121 § 15a AÜG bedroht den **Entleiher** mit Strafe, der einen ihm überlassenen Ausländer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III nicht besitzt, zu Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses tätig werden lässt, die in einem **auffälligen Missverhältnis** zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeitnehmer stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben.
- 122 Nach Abs. 2 macht sich auch der **Entleiher** strafbar, der gleichzeitig **mehr als fünf Ausländer**, die einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur

⁷²⁶ BT-Drs. 17/5238, S. 17 (die Vorschrift des § 3a AÜG wurde erst im Vermittlungsverfahren, das zur Neuregelung im März 2011 führte, in das Gesetz aufgenommen); vgl. umfassend zur Neuregelung: *Leuchten*, NZA 2011, 608.

⁷²⁷ ErfK/Wank, ArbR, § 3a AÜG, Rn. 2.