

Deinert, Olaf

**Book**

## Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben: Zulässigkeit der Beschäftigung und anwendbares Recht

HSI-Schriftenreihe, No. 14

**Provided in Cooperation with:**

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Deinert, Olaf (2016) : Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben: Zulässigkeit der Beschäftigung und anwendbares Recht, HSI-Schriftenreihe, No. 14, ISBN 978-3-7663-6468-5, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303090>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

Olaf Deinert

**Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben**

Zulässigkeit der Beschäftigung und anwendbares Recht

**HSI-Schriftenreihe**  
**Band 14**

Olaf Deinert

# **Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben**

Zulässigkeit der Beschäftigung und anwendbares Recht

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet  
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2016 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz und Druck: Beltz Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza

Printed in Germany 2016

ISBN 978-3-7663-6468-5

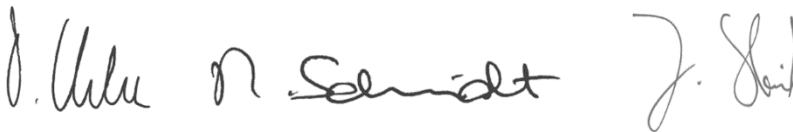
Alle Rechte vorbehalten,  
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung  
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,  
auch einzelner Teile.

**[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)**

# Vorwort

Die zunehmende Internationalisierung macht auch vor den Arbeitsbeziehungen nicht halt. Ganz im Gegenteil ist die arbeitsrechtliche Praxis immer öfters mit dem grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitnehmern konfrontiert. Besonders virulent war zuletzt die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung. Diese praktische Entwicklung führt zugleich zu zahlreichen (neuen) Rechtsfragen und Anwendungsproblemen arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, die oftmals noch einer Klärung bedürfen. Genau dieses Anliegen wird mit dem nun vorliegenden Gutachten von Olaf Deinert verfolgt. Neben kollisionsrechtlichen Aspekten liegt ein besonderer Fokus des Textes auf betriebsverfassungsrechtlichen Fragestellungen.

In diesem Sinne wünschen wir eine anregende Lektüre.



Dr. Thomas Klebe  
(Leitung HSI)

Prof. Dr. Marlene Schmidt  
(Leitung HSI)

Dr. Johannes Heuschmid  
(Stellv. Leitung HSI)



# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	5
<b>A. Einführung</b> .....	11
I. Fragestellung und Gang der Untersuchung .....	11
II. Begriffliche Vorklärungen.....	12
III. EU- und Drittstaatenbezüge .....	13
<b>B. Was ist beim Einsatz ausländischer Arbeitnehmer zu beachten?</b> .....	14
I. Anwendbarkeit des AÜG.....	14
1. Internationales Privatrecht und Internationales öffentliches Recht	14
a) Öffentliches Recht .....	14
b) Privatrecht.....	15
c) Gemengelage zwischen öffentlichem und Privatrecht .....	16
2. Maßgebliche Arbeitsbedingungen für überlassene Arbeitnehmer	17
a) Anwendung des AÜG.....	18
b) Reichweite des Konzernprivilegs .....	19
c) Vertragsrechtliche Fragen.....	22
(1) Allgemeines zum Internationalen Vertragsrecht .....	23
(a) Bestimmung des Arbeitsvertragsstatuts.....	24
i. Rechtswahl .....	24
ii. Arbeitsortanknüpfung .....	25
iii. Einstellende Niederlassung.....	27
iv. Ausweichklausel.....	29
v. Günstigkeitsvergleich .....	31
vi. Bedeutung für die Vertragsbeziehungen bei grenzüberschreitender Konzernleihe und sonstige Fälle grenzüberschreitender Entsendung.....	33
α „Normale“ Konzernleihe.....	33
β Begründung eines Lokalarbeitsvertrages.....	34
γ Beschäftigung in Zweigniederlassungen.....	36
δ Lokalarbeitsvertrag mit Rumpfarbeitsverhältnis	36
ε Sonstige Entsendungen.....	39
(b) Anwendung von Eingriffsnormen .....	39



i.	Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen im Allgemeinen .....	39
α	Sonderanknüpfung nach der Rom I-Verordnung .....	39
β	Eingriffsnormen nach dem Entsendegesetz.....	40
γ	Tarifvertragliche Eingriffsnormen .....	42
δ	Erforderlicher Inlandsbezug als Voraussetzung der Sonderanknüpfung.....	44
ii.	Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen bei Arbeitnehmerüberlassung im Besonderen .....	45
(c)	Relevanz des Aufenthaltsrechts.....	46
i.	Gleichwertigkeitsprüfung bei der Zustimmung der BA zur Ausländerbeschäftigung .....	47
α	Drittstaatsangehörige.....	47
β	Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger.....	49
γ	Lediglich reflexhafter Schutz durch die ausländerrechtliche Gleichwertigkeitsprüfung. ....	50
ii.	Rechtslage bei illegaler Ausländerbeschäftigung ..	51
iii.	Neue EU-Vorgaben .....	52
iv.	Fazit.....	54
(d)	Zwischenergebnis.....	55
(2)	Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern.....	55
(a)	Gleichbehandlungsanspruch als Eingriffsrecht.....	55
(b)	Tarifdispositivität .....	58
(c)	Tarifdispositivität nach der lex causae .....	60
(3)	Betriebliche Rechte beim Entleiher .....	61
(4)	Konsequenzen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis.....	62
(a)	Wirksamkeit des Leiharbeitsvertrages .....	62
(b)	Fingiertes Arbeitsverhältnis .....	66
II.	Reichweite der Betriebsverfassung .....	68
1.	Zur Anknüpfung der Betriebsverfassung .....	68
2.	Beteiligung des Betriebsrats bei transnationalen Konzernentsendungen.....	69
3.	Betriebsverfassungsrechtliche Stellung entsandter Arbeitnehmer ....	73
4.	Möglichkeiten des Betriebsrats, Compliance einzufordern .....	76
III.	Zwingende Arbeitsbedingungen nach deutschem Recht bei transnationaler Konzernentsendung .....	81
1.	Transnationale Konzernentsendungen.....	81
2.	Transnationale konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung .....	84

<b>C. Verschiedene Entsendekonstellationen .....</b>	<b>86</b>
I. Einfache Entsendung.....	86
II. Entsendung mit Begründung eines Lokalarbeitsvertrages .....	87
III. Vertragsbeitritt .....	88
IV. Internationaler Gemeinschaftsbetrieb .....	89
V. Vertragspartnerwechsel .....	89
VI. Leiharbeit .....	90
<b>D. Vorschläge de lege ferenda.....</b>	<b>91</b>
<b>E. Ergebnisse der Untersuchung .....</b>	<b>93</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>97</b>



# A. Einführung

## I. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Der grenzüberschreitende Einsatz von Arbeitnehmern bringt vielfältige Rechtsprobleme mit sich: angefangen beim Ausländerrecht unter Einschluss des Arbeitsgenehmigungsrechts über die Frage nach dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht hin zu Mitbestimmungsfragen. So wird beispielsweise aus dem Bereich großer Automobilzulieferunternehmen von zunehmendem Einsatz von Arbeitnehmern berichtet, die bislang in ausländischen konzernangehörigen Unternehmen beschäftigt waren. Häufig geht es dabei darum, im Inland zeitweise zu arbeiten, um spezifische Kenntnisse und Fertigkeiten zu gewinnen, die nach Rückkehr in den heimischen Betrieb verwertet werden sollen. Es kommen aber auch andere Gründe in Betracht, z. B. das Bedürfnis des Arbeitgebers, eine erhöhte Flexibilität der Arbeitnehmer zu erreichen.

In manchen Betrieben soll diese Erscheinung rund 10 % der Belegschaft ausmachen. Die ausländischen Arbeitnehmer erhalten, so wird berichtet, vergleichsweise deutlich schlechtere Arbeitsbedingungen. Erhält der inländische Arbeitnehmer 4.000 €, bekommt der entsandte Kollege nur 1.400 €, was freilich oftmals eine Verbesserung gegenüber den bisherigen Bedingungen im heimischen Betrieb darstellt. Die Einbindung in den inländischen Betrieb erfolgt dabei offenbar oftmals ohne Beteiligung des Betriebsrats.

Angesichts der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft dürfte dieses Phänomen in der Zukunft noch zunehmen. Bereits vor fast 20 Jahren wurde die arbeitsrechtliche Seite innereuropäischer Arbeitnehmerentsendungen durch die europäische Entsenderichtlinie reguliert (näher unten B I 2 c [1] [b] i). Darüber hinaus wurde nun auch die europäische Strategie legaler Zuwanderung durch eine Richtlinie für konzerninterne Entsendungen aus Drittstaaten flankiert, die auch das Gebot einer Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen postuliert (näher unten B I 2 c [1] [c] iii).

Vor diesem Hintergrund scheint es interessant, die rechtliche Situation der in das Inland entsandten Arbeitnehmer zu untersuchen. Relativ gut aufgearbeitet scheint das Ausländerrecht zu sein. Demgegenüber ist das internationale Arbeitsrecht, verstanden als Kollisionsrecht, das über die Frage des anwendbaren Rechts entscheidet, zwar durch verschiedene Rechtsnormen vorstrukturiert, erfreut sich

allerdings nicht allgemeiner Kenntnis bei den Rechtsgenossen. Wenig Aufmerksamkeit haben im Übrigen die Fragen gefunden, die der Ausländereinsatz in Inlandsbetrieben für die betriebliche Praxis mit sich bringt. Diesen Fragen ist die nachfolgende Abhandlung gewidmet.<sup>1</sup>

Dazu soll in einem ersten Teil B auf grundsätzliche Rechtsfragen eingegangen werden, die letztlich in allen Konstellationen Relevanz entfalten können. Da es sich sehr häufig um Arbeitnehmerüberlassung handeln wird, spielt deren Regulierung eine wichtige Rolle. Außerdem wird der betriebsverfassungsrechtlichen Situation nachgegangen werden und schließlich ein Blick auf die für die ausländischen Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen zu werfen sein.

Im Anschluss an die grundsätzlichen Überlegungen wird in Teil C kurz der Blick auf verschiedene konkrete Problemlagen und die damit verbundenen rechtlichen Besonderheiten gelenkt.

Anschließend ist der aus den Untersuchungsergebnissen folgende rechtspolitische Handlungsbedarf zusammenzufassen (D).

Die Darstellung schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung (E).

## II. Begriffliche Vorklärungen

Schon vorab sei in diesem Zusammenhang kurz auf die Terminologie eingegangen. Unter Entsendung werden im Rahmen dieser Untersuchung sämtliche Fallgestaltungen verstanden, in denen ein Arbeitnehmer in das Inland kommt, um hier zu arbeiten. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies in Erfüllung eines Arbeitsvertrages mit einem heimischen Arbeitgeber, in Erfüllung eines vor Ort abgeschlossenen Arbeitsvertrages oder im Rahmen eines grenzüberschreitenden Leiharbeitseinsatzes geschieht. Dementsprechend ist der Begriff der Entsendung weiter und schließt Arbeitnehmerüberlassung und echte Leiharbeit, verstanden als Leiharbeit, die nicht vom AÜG geregelt wird, ein, also beispielsweise der Verleih von Arbeitnehmern im Einzelfall, etwa zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen.<sup>2</sup> Auch soweit im Rahmen der Darstellung zur grenzüberschreitenden Leiharbeit der Begriff der Entsendung verwendet wird, geschieht dies be-

---

<sup>1</sup> Zum Auslandseinsatz allg. etwa *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland – Anzuwendendes Recht und Internationale Zuständigkeit, München 2007; speziell im Konzern: *Vogt*, Arbeitsrecht im Konzern, § 5 Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> Vgl. auch das weitere Begriffsverständnis in Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 96/71/EG.

wusst, weil es dann um Konstellationen geht, die über die Leiharbeit hinaus Bedeutung haben. Das betrifft insbesondere, aber nicht nur, die vorübergehende Entsendung im Rahmen der Arbeitsortanknüpfung (s. u. B I 2 c [1] [a] ii) sowie die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen in sämtlichen Fällen der Entsendung (s.u. B I 2 c [1] [b]).

### **III. EU- und Drittstaatenbezüge**

Die Rechtslage für EU- bzw. EWR-Ausländer unterscheidet sich oftmals, aber nicht immer, von der sonstiger Ausländer, sog. Drittstaatsangehöriger. Das gilt vor allem, weil die Rechtslage im innereuropäischen Bereich maßgeblich durch die im AEUV garantierten Grundfreiheiten und das in diesem Kontext relevante Richtlinienrecht der EU geprägt wird. Gemeint sind damit die Dienstleistungsfreiheit der Arbeitgeber und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (zur Abgrenzung B I 2 c [1] [c] i).

Dennoch empfiehlt es sich nicht, die Darstellung für beide Arten von Ausländern getrennt vorzunehmen, denn die Gemeinsamkeiten sind dafür zu vielfältig, so dass entweder ständige Querverweise oder Wiederholungen notwendig würden. Stattdessen wird auf die Rechtslage für sämtliche Ausländer eingegangen und an der jeweiligen Stelle auf Besonderheiten für die eine oder andere Gruppe hingewiesen. Fehlt es an der Darstellung solcher Hinweise, ist daher grundsätzlich die Situation für beide Gruppen gleich.

## **B. Was ist beim Einsatz ausländischer Arbeitnehmer zu beachten?**

### **I. Anwendbarkeit des AÜG**

Nicht selten erfolgt der Einsatz ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik im Wege der Leiharbeit. Das ist vorstellbar im Rahmen einer internationalen Konzernleihe etwa von einer ausländischen Mutter an ein deutsches Tochterunternehmen. Vorstellbar ist auch, dass deutsche Unternehmen Leiharbeitnehmer eines ausländischen Verleihers einsetzen. Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in solchen Konstellationen Anwendung findet. Dabei bereitet die rechtliche Einordnung insofern Probleme, als das Arbeitnehmerüberlassungsrecht einerseits öffentlich-rechtliche (gewerberechtliche) und andererseits privatrechtliche (arbeitsrechtliche) Aspekte regelt, deren Unterschiede zunächst zu klären sind.

#### **1. Internationales Privatrecht und Internationales öffentliches Recht**

##### **a) Öffentliches Recht**

Öffentliches Recht gilt zwischen Staat und Bürger. Ebenso wie der Staat beispielsweise Steuern auferlegt, regelt er zahlreiche andere Pflichten der Bürger. So sieht auch § 1 AÜG die Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit vor. Insoweit handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Norm. Öffentliches Recht folgt dabei grundsätzlich dem Territorialitätsprinzip, da es durch den Staat, etwa Behörden oder Gerichte, angewendet werden muss. Eine deutsche Behörde beispielsweise fragt aber nicht, welches öffentliche Recht sie anwendet. Sie muss sich fragen, ob sie bei einem Fall mit Auslandsberührung das für sie maßgebliche öffentliche Recht anwenden kann.<sup>3</sup> Da die öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten des Staates, von Ausnahmen abgesehen, an der Staatsgrenze enden, führt dies letztlich dazu, dass die Behörde im Inland die öffentlich-rechtlichen Vorschriften anwendet. Insoweit kann von

---

<sup>3</sup> *Gamillscheg*, AcP 155 (1955), 49, 54.

einer einseitigen Kollisionsnorm gesprochen werden:<sup>4</sup> das deutsche Gesetz ist im Inland anzuwenden. Da andere Staaten gleichermaßen verfahren, kann verallgemeinernd gesagt werden, dass im öffentlichen Recht eine Art Territorialitätsprinzip gilt. Dies ist keine Folge einer sog. allseitigen Kollisionsnorm: Eine allseitige Kollisionsnorm ist eine Bestimmung, die dem Rechtsanwender eröffnet, welcher von potentiell sämtlichen Rechtsordnungen dieser Welt die einschlägigen Bestimmungen im Fall zu entnehmen sind. So ist es aber vorliegend nicht gelagert: Aus der Sicht eines Rechtsanwenders in Deutschland stellt sich nur die Frage, ob die deutschen Bestimmungen angewendet werden können. Die Antwort kann dann nur Ja oder Nein lauten. Da aber andere Länder gleich verfahren, führt dies zu etwas ganz Ähnlichem wie eine allseitige Kollisionsnorm: Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass im jeweiligen Land die Behörde das dort geltende öffentliche Recht zur Anwendung bringen wird.<sup>5</sup> Der Unterschied scheint auf den ersten Blick gering. Er ist aber wichtig: ein deutsches Unternehmen oder ein deutscher Betriebsrat mag sich fragen, ob die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung aus Indien nach Deutschland durch das deutsche und/oder ein eventuelles indisches Leiharbeitsrecht reguliert wird. Verstöße gegen die ausländische Regelung werden aber nur von der ausländischen Behörde verfolgt werden, während die deutsche Behörde allenfalls das AÜG anwendet. Die Beschwerde bei der Arbeitsagentur, ein fremdes Erlaubnisrecht sei verletzt worden, muss erfolglos bleiben. Insoweit ist es erforderlich, sich dann an die fremde Behörde zu wenden bzw. das fremde Recht gerade im Hinblick auf die Durchsetzung durch eine fremde Behörde zu beachten.

## **b) Privatrecht**

Ganz anders ist es im Internationalen Privatrecht. Dieses ist überwiegend durch allseitige Kollisionsnormen beherrscht. Das Kollisionsrecht beantwortet also die Frage, welches Recht auf ein Rechtsverhältnis anzuwenden ist, im Arbeitsrecht demnach, welchem Recht beispielsweise der Arbeitsvertrag unterliegt. Stellt sich etwa die Frage nach einem Schadensersatzanspruch, muss kollisionsrechtlich geklärt werden, welche der in Betracht kommenden Rechtsordnungen zur Anwendung kommt und ob diese Rechtsordnung einen entsprechenden Anspruch vorsieht. Für den Fall, dass sich die Beteiligten nicht freiwillig an die Rechtsnormen halten, stellt sich zusätzlich die Frage der gerichtlichen Durchsetzung. Welche Gerichte zuständig sind, muss dann im ersten Schritt geklärt werden, bevor in einem weiteren Schritt untersucht wird, welches Recht die zuständigen Gerichte

---

<sup>4</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 123 f.

<sup>5</sup> Vgl. *Deinert*, FS Winkler von Mohrenfels, S. 95, 97 f.



anwenden werden. Dann aber ist das Ergebnis offen: Ein deutsches Gericht kann zu dem Ergebnis kommen, dass der Arbeitsvertrag einem fremden Recht unterliegt und muss dann dieses fremde Recht anwenden. Kompliziert wird es dann noch dadurch, dass potentiell mehrere Gerichte zuständig sein könnten und zur Anwendung unterschiedlicher Rechte kommen. Das ist aus folgendem Grunde denkbar: die Kollisionsnormen, die ein zuständiges Gericht anwendet, sind immer derjenigen Rechtsordnung zu entnehmen, die am Ort des Gerichtes gilt (*lex fori*). Diese sind zwar innerhalb der EU in der Rom I-Verordnung<sup>6</sup> vereinheitlicht. In anderen Ländern kann es aber andere Kollisionsnormen geben, die dann andere Ergebnisse herbeiführen. Allerdings soll das an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Auch wenn ein in Deutschland arbeitender ausländischer Arbeitnehmer eventuelle Rechte vor den deutschen Gerichten einklagen könnte,<sup>7</sup> wird dies aus praktischen Gründen oftmals nicht geschehen. Dennoch bleibt als Erkenntnis festzuhalten, dass auch in privatrechtlicher Hinsicht immer von der Durchsetzungsseite her gedacht werden sollte: Wie wird ein zuständiges Gericht ermitteln, welches Recht anwendbar ist, und welche Rechte ergeben sich nach diesem anwendbaren Recht?

### c) Gemengelagen zwischen öffentlichem und Privatrecht

Privatrecht und öffentliches Recht lassen sich allerdings auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht sauber voneinander trennen. Das ist bereits im nationalen Recht (internen Recht) ein Problem und im Internationalen Privatrecht nicht anders. So greifen Vertragsrecht und öffentliches Recht beispielsweise im Bereich des Arbeitsschutzrechts ineinander, wenn der Arbeitgeber öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, Schutzmaßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer nach dem ArbSchG zu ergreifen.<sup>8</sup> Und auch das Kollisionsrecht erkennt dieses Ineingangreifen an. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsrecht hat gewissermaßen einen privatrechtlichen Kern. Dieser ist von der Anwendung des Internationalen Privatrechts nicht schlechterdings auszuschließen. Andererseits wird die öffentlich-rechtliche Norm dadurch noch nicht zu einer privatrechtlichen Norm, die einfach den international-privatrechtlichen Normen zu folgen hat. Das wird deutlich an Art. 1

---

<sup>6</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177/6.

<sup>7</sup> Überblick über die internationale Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte bei *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 18 Rn. 2.

<sup>8</sup> *Nebe*, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Baden-Baden 2014, § 618 BGB Rn. 9, 18 f.

Abs. 1 Unterabsatz 2 Rom I-Verordnung, wonach die Verordnung nicht für verwaltungsrechtliche Angelegenheiten gilt. Hinsichtlich des privatrechtlichen Kerns kommt das öffentliche Recht aber mit dem Privatrecht zur Anwendung,<sup>9</sup> kollisionsrechtlich gesprochen: Es wird mit dem Privatrecht zur Anwendung berufen. Das bedeutet: das international-privatrechtlich berufene Arbeitsrecht umfasst auch die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen dieses Arbeitsrechts, soweit diese privatrechtliche Relevanz haben. Dabei darf das öffentliche Recht aber nicht über den selbstgesetzten Anwendungswillen hinaus, der im Allgemeinen im Inland liegt, angewendet werden.<sup>10</sup>

## **2. Maßgebliche Arbeitsbedingungen für überlassene Arbeitnehmer**

Die Konsequenz aus Vorstehendem ist, dass bei Arbeit im Inland das AÜG grundsätzlich zur Anwendung kommt. Zweierlei folgt daraus allerdings nicht. Zum Ersten folgt aus der Anwendbarkeit des AÜG nicht automatisch die Erlaubnispflicht (§ 1 AÜG) im Falle grenzüberschreitender Überlassungen nach Deutschland. Wie bei einem Inlandsfall müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt sein. Zum Zweiten folgt aus der territorialitätsbezogenen Prüfung der Anwendung des Gesetzes keineswegs, dass das Gesetz bei Auslandssachverhalten nicht anwendbar sei. Die Arbeit im Inland eröffnet zwar einen hinreichenden Territorialbezug, um das Gesetz überhaupt anwenden zu können. Das schließt aber nicht aus, dass an Tatbestände, die im Ausland verwirklicht wurden, Rechtsfolgen geknüpft werden. Ebenso wie Auslandseinkünfte besteuert werden können, kann der Gesetzgeber beispielsweise bestimmte Straftaten, die im Ausland begangen werden, mit Strafen verknüpfen (vgl. §§ 5 ff. StGB). Ebenso kann er schließlich auch die Überlassung von Arbeitnehmern in das Ausland regeln (vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG).

Hiervon ausgehend ist zunächst die Anwendbarkeit des AÜG zu prüfen. In einem zweiten Schritt ist dann der Frage nachzugehen, ob und wie die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die in das Inland überlassen wurden, durch das AÜG geregelt werden.

---

<sup>9</sup> MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO, Rn. 37; Deinert, FS Winkler von Mohrenfels, S. 95, 109.

<sup>10</sup> Näher Deinert, FS Winkler von Mohrenfels, S. 95, 111 ff.; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 125 ff.

## a) Anwendung des AÜG

Grundsätzlich ist die Überlassung von Arbeitnehmern im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers erlaubnispflichtig gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Das Gesetz enthält insoweit keine Einschränkung. Dementsprechend ist es auch auf Auslandssachverhalte in dem Sinne anzuwenden, dass die Überlassung von Arbeitnehmern in die Bundesrepublik hinein erlaubnispflichtig ist. Das lässt sich im Übrigen auch im Umkehrschluss aus § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG folgern. Darin ist eine Sonderregelung hinsichtlich der Erlaubnisfreiheit einer Abordnung im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft für Arbeitgeber aus anderen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums enthalten. Einer solchen Sonderregelung bedürfte es nicht, wäre die grenzüberschreitende Überlassung von § 1 AÜG von vornherein nicht erfasst. Darüber hinaus gibt es verschiedene weitere Regelungen, die ausländische Arbeitgeber betreffen, etwa § 2 Abs. 3 ff. AÜG.

Dementsprechend ist das AÜG also bei Arbeit im Inland anwendbar.<sup>11</sup> Vereinzelt wird insoweit ein weitergehender Inlandsbezug gefordert. An diesem fehle es, wenn Verleiher und Entleiher im Ausland säßen, während die Arbeitsleistung durch den Leiharbeiter bei einer inländischen Zweigniederlassung erbracht werde.<sup>12</sup> Dem ist zu widersprechen. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der deutsche Gesetzgeber in einer solchen Situation, in der der Leiharbeiter tatsächlich im Bundesgebiet tätig wird, dessen Schutz durch eine gewerberechtliche Prüfung seitens der Bundesagentur für Arbeit (BA) relativiert wissen wollte.<sup>13</sup>

Nach den vorstehenden Überlegungen zum Territorialitätsprinzip (s.o. 1 a) bedeutet die Anwendbarkeit des AÜG freilich nicht, dass ein Verleiher aus dem Ausland damit vom ausländischen Überlassungsrecht freigestellt wäre. Er wird gegebenenfalls die dortigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen ebenfalls zu beachten haben. Die Überlassung aus einem Drittstaat, der nicht EU- oder EWR-Staat ist, ist aber nach der Regelung des § 3 Abs. 2 AÜG grundsätzlich zu versagen.<sup>14</sup> Anderes kann sich aus internationalen Abkommen ergeben (§ 3 Abs. 5 AÜG). Eine deutsche Behörde muss, soweit eine Erlaubniserteilung in Betracht

---

<sup>11</sup> BayObLG, DB 1999, 1019 (LS); Boemke/Lembke-Boemke, Einleitung Rn. 14; Sandmann/Marschall, § 3 Anm. 57; Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 45; Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Bissels, Einleitung Rn. 52; Schnorr, ZfA 1975, 143, 150; Kienle/Koch, DB 2001, 922.

<sup>12</sup> Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 47.

<sup>13</sup> Zutr. Brors, DB 2013, 2087 ff.

<sup>14</sup> Vgl. BA, GA AÜG, 3.3.; Boemke/Lembke-Boemke, Einleitung Rn. 14; Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 48.

kommt, allerdings nicht prüfen, ob auch das ausländische Recht die Erlaubniserteilung gestattet.<sup>15</sup> Anders wäre es nur, wenn das deutsche Recht die Einhaltung auch der ausländischen Voraussetzungen fordern würde. Dafür gibt es aber keine Anhaltspunkte. § 2 Abs. 4 und 5 AÜG regeln lediglich, unter welchen Voraussetzungen ausländische Verleiher die Erlaubnis zu den gleichen Bedingungen wie inländische Verleiher erhalten müssen. Insofern spielt es im Prinzip eigentlich keine Rolle, ob der Verleiher nach einem anderen Recht erlaubnispflichtig ist. Aus Sicht des Verleihers ist es allerdings ein wenig anders: Er muss sowohl die gewerberechtlichen Voraussetzungen seines Heimatstaates erfüllen, als auch diejenigen des Aufnahmestaates.<sup>16</sup> Zudem kann die Missachtung einer ausländischen Erlaubnispflicht im Einzelfall Zweifel an der Zuverlässigkeit als Voraussetzung der Genehmigungserteilung im Inland (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG) erwecken. Im Übrigen ist der Prüfungsmaßstab in Bezug auf die Erteilung der Erlaubnis nach § 3 AÜG ein anderer, wenn der Antragsteller kein Deutscher ist. Einem Deutschen ist die Erlaubnis mangels Versagungsgrundes nach § 3 Abs. 1 AÜG zu erteilen, während bei einem Ausländer nach § 3 Abs. 3 AÜG die Erteilung im Ermessen der Arbeitsverwaltung steht.<sup>17</sup> Sonderregeln gibt es für Verleiher aus der EU bzw. dem EWR in § 3 Abs. 4 und 5 AÜG.

#### **b) Reichweite des Konzernprivilegs**

§ 1 Abs. 3 AÜG regelt die Unanwendbarkeit des Gesetzes (mit Ausnahmen) in bestimmten Konstellationen, etwa für die „echte“ Leiharbeit.<sup>18</sup> Dazu gehört insbesondere die Konzernleihe, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (Nr. 2). Das Gesetz unterscheidet nicht danach, ob die Konzernleihe innerstaatlich oder grenzüberschreitend erfolgt. Freilich geht der Gesetzgeber im Regelfall davon aus, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes im Inland erfüllt werden. Das bedeutet aber nicht, dass die Voraussetzungen nicht auch im Ausland erfüllt werden könnten. Diese

---

<sup>15</sup> Boemke/Lembke-Boemke, Einleitung Rn. 14; Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 46; Schüren-Riederer v. Paar, Einleitung Rn. 646; a. A. Ulber-J. Ulber, Einl. F Rn. 1; Sandmann/Marschall, § 3 Anm. 58.

<sup>16</sup> Vgl. EuGH, AP Nr. 9 zu Art. 177 EWG-Vertrag; Schüren-Riederer v. Paar, Einleitung Rn. 644 f. Zum Umgang mit eventuellen Friktionen vgl. Schüren-Riederer v. Paar, Einleitung Rn. 648 ff.; Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 45.

<sup>17</sup> Vgl. ErfK-Wank, Einl. AÜG Rn. 48.

<sup>18</sup> Gleichsam als „Nachbarschaftshilfe“, vgl. ErfK-Wank, § 1 AÜG Rn. 50.

Problematik des sog. Auslandssachverhalts ist im Wege der Auslegung der materiell-rechtlichen Norm zu klären.<sup>19</sup>

Prinzipiell sind Auslandssachverhalte bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, sofern es sich nicht um eine selbstbeschränkte Norm handelt, die die Anwendung auf Auslandssachverhalte ausschließt.<sup>20</sup> Dafür gibt es beim Konzernprivileg zunächst keinen Anhaltspunkt. Im Gegenteil spricht ein systematisches Argument dafür, dass auch Auslandssachverhalte zum Konzernprivileg führen können, insofern der Gesetzgeber in § 1 AÜG durchaus grenzüberschreitende Gesichtspunkte mitgeregelt hat. Auch die h. M. geht davon aus, dass im Falle grenzüberschreitender Überlassung das Konzernprivileg ebenfalls zur Anwendung kommen könne.<sup>21</sup> *Ulber* wendet hiergegen ein, dass der Zweck des Konzernprivilegs bei grenzüberschreitenden Konzernüberlassungen nicht passe, weshalb für die Anwendung des Konzernprivilegs zu fordern sei, dass sowohl Entleiher als auch Verleiher im Inland ansässig seien.<sup>22</sup> Der Zweck des Konzernprivilegs, auf den er rekurriert, wird in der amtlichen Begründung dahingehend beschrieben, dass bei der Konzernleihe allein der interne Arbeitsmarkt des Konzerns betroffen sei und eine soziale Gefährdung der Leiharbeiter nicht gegeben sei.<sup>23</sup> Dies treffe, so *Ulber*, bei der internationalen Konzernleihe nicht zu, so dass das Konzernprivileg nicht greifen könne. Diese Argumentation vermag am Ende allerdings nicht zu überzeugen. Es ist nicht erkennbar, warum bei einer internationalen Konzernleihe der soziale Schutz der Arbeitnehmer geringer ausfallen sollte als bei einer nationalen. Dies ließe sich allenfalls mit einem Gefälle der Arbeitsbedingungen erklären. Dieses hat der Gesetzgeber aber offensichtlich hingenommen, denn auch bei der nationalen Konzernleihe ist ein Gefälle an Arbeitsbedingungen denkbar, das bei der Formulierung des Konzernprivilegs offensichtlich ohne Belang war. Dem Gesetzgeber ging es vielmehr darum, lediglich solche Fälle auszuschließen, bei denen eine Umgehung der Erlaubnispflicht durch Nutzung des Konzernprivilegs erfolgt. Dementsprechend sollten insbesondere reine konzerninterne Verleihunternehmen weiterhin erlaubnispflichtig sein.<sup>24</sup> Zwar zielte die Regelung des Konzernprivilegs vor allem auf eine flexible

---

<sup>19</sup> Vgl. für den Bereich des Kollisionsrechts *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 26.

<sup>20</sup> Allg. zur selbstbeschränkten Sachnorm *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 130 ff.

<sup>21</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 229; *Thüsing-Waas*, AÜG, § 1 Rn. 187; *Schüren-Hamann*, § 1 Rn. 491; *Zimmermann*, AuA 2010, 514, 515; BA, GA AÜG, zu 1.3.2.

<sup>22</sup> *Ulber-J. Ulber*, § 1 AÜG Rn. 358.

<sup>23</sup> BT-Drs. 10/3206, S. 33.

<sup>24</sup> BT-Drs. 10/3206, S. 33.

Befreiung von der Höchstüberlassungsdauer,<sup>25</sup> jedoch ist sie erhalten geblieben, nachdem die Höchstüberlassungsdauer beseitigt wurde. In diesem Kontext ist nunmehr das Konzernprivileg zu sehen. Es gibt keine brauchbaren Ansatzpunkte dafür, dass der Gesetzgeber das Konzernprivileg auf inländische Konzernentsendungen beschränken wollte. Insbesondere der Ausschluss des Privilegs für konzerninterne Verleihunternehmen bewirkt hier zudem, dass es nur um echte vorübergehende Konzernleihe geht.

Bei diesem Ergebnis ist allerdings die allgemeine Frage aufzuwerfen, ob das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG europarechtswidrig ist. Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die europäische Leiharbeitsrichtlinie<sup>26</sup> eine entsprechende Einschränkung nicht kenne.<sup>27</sup> Denn diese gilt nach ihrem Art. 1 Abs. 2 für öffentliche und private Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Die in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten sind ersichtlich nicht einschlägig.<sup>28</sup> Der deutsche Gesetzgeber ist allerdings davon ausgegangen, dass die Definition des Leiharbeitsunternehmens in Art. 3 Abs. 1 lit. b der Leiharbeitsrichtlinie solche Unternehmen bzw. Verträge mit solchen Unternehmen nicht erfasse, bei denen der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werde.<sup>29</sup> Das ist indes nicht überzeugend. Einerseits ist der Wortlaut der Richtlinie nicht eindeutig in der Hinsicht, dass nur Vertragskonstruktionen mit dem ausschließlichen Zweck der Arbeitnehmerüberlassung erfasst sein sollen;<sup>30</sup> andererseits spricht gerade der Zweck der Richtlinie hiergegen, weil anderenfalls eine Umgehung des Gesetzes ohne weiteres möglich wäre.<sup>31</sup>

Fraglich ist allerdings, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben. § 1 Abs. 3 AÜG ist eine Anwendungsbereichsbestimmung, die die Anwendung des Gesetzes als Ganzes auf die (transnationale) Konzernleihe ausschließt. Das lässt sich

---

<sup>25</sup> BT-Drs. 10/3206, S. 33.

<sup>26</sup> Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABl. L 372/9.

<sup>27</sup> *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern, S. 476; *Preis/Sagan-Sansone*, § 5 Rn. 38; *Hamann*, EuZA 2009, 287, 303; *Boemke/Lembke-Lembke*, § 1 Rn. 195 ff.; *Erk-Wank*, § 1 AÜG Rn. 57; *Ulber/Ulber*, § 1 Rn. 168a, 353.

<sup>28</sup> *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern, S. 475 f.

<sup>29</sup> BT-Drs. 17/4804, S. 8.

<sup>30</sup> Für eine Erfassung auch von Misch Tätigkeiten etwa *Hamann*, EuZA 2009, 287, 297 ff.; *Ulber*, AuR 2010, 10, 11; *Vogt*, Arbeitsrecht im Konzern, § 6 Rn. 31.

<sup>31</sup> *Boemke/Lembke-Lembke*, § 1 Rn. 197; *Lembke*, DB 2011, 414, 416; *Hamann*, ZESAR 2012, 103 ff.; i. E. auch *Preis/Sagan-Sansone*, § 5 Rn. 18.

auf den ersten Blick nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung korrigieren, da der Gesetzgeber ersichtlich davon ausging, eine Regelung geschaffen zu haben, die mit der Leiharbeitsrichtlinie im Einklang steht. Andererseits ist die Bestimmung aber auch nicht so eindeutig, dass eine richtlinienkonforme Auslegung in jeder Hinsicht ausscheiden müsste. Die Regelung ist systematisch im Rahmen der Bestimmung über die Erlaubnispflicht (§ 1 AÜG) geschaffen worden. Sie ließe sich daher einschränkend dahin teleologisch reduzieren, dass das Konzernprivileg allein die Erlaubnispflicht betreffe.<sup>32</sup> Hierfür ließe sich auch ins Feld führen, dass die nach der Bestimmung ausnahmsweise doch anwendbaren Vorschriften die Einschränkungen im Baugewerbe sowie behördliche Kompetenzen betreffen, während andererseits überhaupt nicht ersichtlich ist, warum beispielsweise im Rahmen einer Konzernleihe das Gleichstellungsgebot des § 10 Abs. 4 AÜG oder die betrieblichen Rechte der Leiharbeitnehmer nach §§ 13a f. AÜG nicht zur Anwendung kommen sollten. Auch diese Gesichtspunkte sind bei der Frage einer einschränkenden Auslegung zu berücksichtigen, denn die Möglichkeiten einer richtlinienkonformen Auslegung sind unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Auslegung nach dem nationalen Recht zu prüfen.<sup>33</sup> Nichts anderes gilt für die europarechtskonforme Rechtsfortbildung.<sup>34</sup> In diesem Sinne ist unterstützend zu berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich nicht die Absicht hatte, eine Ausnahmeregelung unter Verstoß gegen die Leiharbeitsrichtlinie zu schaffen.

In diesem Verständnis ist die Bestimmung europarechtskonform. Die Leiharbeitsrichtlinie regelt zwar Schutzvorschriften für die Arbeitnehmer bei der Arbeitnehmerüberlassung, schreibt aber keine Erlaubnispflicht vor. Danach sind die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des AÜG unter Einschluss der betrieblichen Rechte der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb ungeachtet des Konzernprivilegs anwendbar.

### c) Vertragsrechtliche Fragen

Die vorstehend (zu a und b) angestellten Überlegungen betreffen allein die öffentlich-rechtliche Erlaubnispflicht für grenzüberschreitende Arbeitnehmerüber-

---

<sup>32</sup> I. E. wie hier, jedenfalls in Bezug auf das Gleichstellungsgebot, Ulber-J. Ulber, § 1 Rn. 354; a. A. Hamann, ZESAR 2012, 103, 109; Vogt, Arbeitsrecht im Konzern, § 6 Rn. 31; unklar: Boemke/Lembke-Lembke, § 1 Rn. 198 f., wo einerseits die richtlinienkonforme Auslegung als ausgeschlossen angesehen, andererseits von der Unanwendbarkeit des § 1 Abs. 3 AÜG ausgegangen wird.

<sup>33</sup> Vgl. zur richtlinienkonformen Auslegung etwa EuGH, NJW 2004, 2547 – Pfeiffer.

<sup>34</sup> Dazu vgl. allg. Preis/Sagan-Sagan, § 1 Rn. 153.

lassungen. Nachfolgend geht es um die vertragsrechtlichen Rechte von Leiharbeitnehmern ausländischer Verleiher, die in inländischen Betrieben eingesetzt werden.<sup>35</sup> Dazu ist vorab zu klären, welches (Arbeits-)Recht auf den Arbeitsvertrag zwischen dem ausländischen Verleiher und dem Leiharbeitnehmer anzuwenden ist. Diese Ausführungen erfolgen zunächst für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, betreffen aber grundsätzlich auch andere Formen grenzüberschreitender Entsendungen (zur Begrifflichkeit s.o. A II), weil die maßgeblichen kollisionsrechtlichen Fragen für beide Fallgestaltungen gleich sind. Die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen für verschiedene Entsendekonstellationen werden unter III und C für die verschiedenen Konstellationen noch einmal konkretisiert.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob möglicherweise privatrechtliche Beziehungen zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer bestehen und nach welchem Recht sich diese richten.

### **(1) Allgemeines zum Internationalen Vertragsrecht**

Das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht ist nach der Rom I-Verordnung zu bestimmen. Es handelt sich bei dieser um eine europäische Verordnung, die in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen Geltung beansprucht. Einen Sonderstatus hat insoweit allerdings Dänemark.<sup>36</sup> Darauf muss aber an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, da die Rom I-Verordnung eine *loi unifique* ist. Das bedeutet nach Art. 2 Rom I-Verordnung, dass das durch die Rom I-Verordnung zur Anwendung berufene Recht unabhängig davon zur Anwendung kommt, ob es das Recht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union ist oder nicht. Für deutsche Gerichte bedeutet dies, da immer das Kollisionsrecht der *lex fori* anzuwenden ist (s.o. 1 b), dass nach der Rom I-Verordnung sowohl französisches, polnisches, griechisches, aber auch dänisches, kalifornisches oder japanisches Arbeitsrecht zur Anwendung berufen sein kann.

Die Rom I-Verordnung gilt allerdings nach ihrem Art. 28 nur für Verträge, die ab dem 17. 12. 2009 geschlossen wurden. Für ältere Verträge bleibt es beim alten

---

<sup>35</sup> In diesem Sinne ist es wohl gemeint, wenn das BAG, NZA 2014, 1264, Rn. 15, einerseits ausführt, dass das AÜG nur im Inland gelte, andererseits aber meint, dass das Gleichstellungsgebot bei deutschem Arbeitsvertragsstatut zum Zuge komme.

<sup>36</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 2 Rn. 8.



Recht.<sup>37</sup> Dieses war auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrages der damaligen EG-Mitgliedstaaten, des sogenannten europäischen Schuldvertragsübereinkommens (EVÜ),<sup>38</sup> in Art. 27 ff. EGBGB geregelt. Dabei ist das neue Recht in weiten Teilen mit dem alten Recht inhaltlich übereinstimmend, so dass die nachfolgenden Ausführungen grundsätzlich auch für Altverträge greifen.

## **(a) Bestimmung des Arbeitsvertragsstatuts**

### **i. Rechtswahl**

Für das Arbeitsrecht enthält Art. 8 Rom I-Verordnung eine eigenständige Anknüpfungsregel. Diese knüpft ihrerseits in Abs. 1 Satz 1 zunächst an Art. 3 Rom I-Verordnung an. Art. 3 Abs. 1 Rom I-Verordnung regelt das Prinzip der freien Rechtswahl. Danach ist auf einen Vertrag grundsätzlich das Recht anzuwenden, das die Parteien gewählt haben. Die Rechtswahl muss nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Vertragsbestimmungen oder den Umständen des Falles ergeben. Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, dass vertragliche Regelungen, die sich am deutschen Arbeitsrecht orientieren, einen Hinweis auf eine stillschweigende Rechtswahl geben.<sup>39</sup> Entsprechendes hat sie angenommen im Falle einer Verweisung des Vertrages auf § 1 AÜG und auf in Deutschland geschlossene Tarifverträge.<sup>40</sup> Allerdings schränkt Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung diesen Grundsatz der freien Rechtswahl ein. Danach darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz derjenigen Bestimmungen entzogen wird, der sich aus dem Recht ergibt, das mangels Rechtswahl anzuwenden wäre. Welches Recht dies ist, bestimmt sich nach Art. 8 Abs. 2–4 Rom I-Verordnung. Dieses Recht, das mangels Rechtswahl anwendbar wäre, wird auch als objektives Vertragsstatut bezeichnet.

Im Arbeitsvertragsrecht gibt es daher in Wirklichkeit keine freie Rechtswahl. In der Bestimmung spiegelt sich eine seit jeher im Internationalen Arbeitsrecht geführte Diskussion um die Notwendigkeit einer Beschränkung der freien Rechtswahl. Der Bedarf für eine solche Beschränkung wurde infrage gestellt, insbeson-

---

<sup>37</sup> Zur Reichweite dieser Regelung in Bezug auf spätere Konsense hinsichtlich des (un-)veränderten Fortbestandes des Vertrages hat das BAG, NZA 2015, 542, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet.

<sup>38</sup> Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 19.6.1980, ABl. Nr. L 266/1; in der Bundesrepublik ratifiziert durch Gesetz vom 25.7.1986, BGBl. II 809.

<sup>39</sup> BAG, NZA 2014, 1264, Rn. 12.

<sup>40</sup> BAG, NZA 2014, 1264, Rn. 13.

dere mit der Überlegung, dass die Rechtswahl letztlich keine Abwahl eines bestimmten Schutzrechtes darstelle, sondern lediglich eine Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden.<sup>41</sup> Allerdings war diese Lösung rechtsvergleichend eine Ausnahme, die Rechtswahl wurde in vielen Ländern eingeschränkt, insbesondere in Frankreich und Italien, aber auch beispielsweise in Österreich gab es einen Günstigkeitsvergleich, wie er heute in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung enthalten ist.<sup>42</sup> Konsequenz des Günstigkeitsvergleichs ist, dass im Falle einer Rechtswahl immer zwei Anknüpfungen zu beachten sind: einerseits die sog. subjektive Anknüpfung, das heißt die Rechtswahl, andererseits die objektive Anknüpfung. Nur wenn das gewählte Recht nicht weniger günstig ist als das im Wege der objektiven Anknüpfung zu bestimmende Recht, verbleibt es bei dem gewählten Recht. Aus diesem Grunde ist zunächst ein Blick darauf zu werfen, wie das objektive Vertragsstatut ermittelt wird.

## ii. Arbeitsortanknüpfung

Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung unterliegt der Arbeitsvertrag zunächst dem Recht des Staates, in dem oder anderenfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Es gilt also das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes (*lex loci laboris*). Im Falle einer grenzüberschreitenden Konzernleihe wird regelmäßig ein gewöhnlicher Arbeitsort existieren. Wird beispielsweise ein Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag zu einem indischen Konzernunternehmen hat und dort bisher seine Arbeit verrichtet hatte, nach Deutschland entsandt, unterlag der Arbeitsvertrag bis dahin zumindest dem maßgeblichen heimischen Recht. Denn dort lag der gewöhnliche Arbeitsort. Die hier angesprochenen Fallgestaltungen werden auch nicht etwa Fälle betreffen, in denen der Arbeitnehmer regelmäßig an verschiedenen Arbeitsorten in verschiedenen Ländern tätig wird. Für diese Fallgestaltungen ist nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>43</sup> zunächst einmal zu ermitteln, ob nicht gleichwohl ein gewöhnlicher Arbeitsort existiert. Das hat der EuGH in einem Altfall zum Europäischen Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ)<sup>44</sup> am Beispiel eines Lkw-Fahrers verdeutlicht: Anzukuipfen ist an den Ort, von dem aus der Arbeitnehmer

---

<sup>41</sup> Vgl. insb. *Gamillscheg*, RIW/AWD 1979, 225, 226; *ders.*, *RabelsZ* 37 (1973), 284, 291; *ders.*, *ZfA* 1983, 307, 323.

<sup>42</sup> *Deinert*, *Internationales Arbeitsrecht*, § 9 Rn. 7.

<sup>43</sup> EuGH, *EuZW* 2011, 302 – *Koelzsch*.

<sup>44</sup> Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 19.6.1980, *ABl. Nr. L 266/1*; in der Bundesrepublik ratifiziert durch Gesetz vom 25.7.1986, *BGBI. II* 809.

gewöhnlich seine Arbeitsleistung erbringt. Mangels eines Mittelpunktes der Tätigkeit ist auf den Ort abzustellen, an dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeit ausübt. Dies wird für die transnationale Konzernleihe freilich von geringer Bedeutung sein. Denn regelmäßig wird es sich nicht um Fälle handeln, in denen der Arbeitnehmer ständig wechselnde Arbeitsorte hat.

Umso wichtiger wird dann aber die Frage, ob die Entsendung in ein anderes Land zu einem Statutenwechsel führt, das heißt, ob ab dem Wechsel des Arbeitsortes infolge eines neuen Arbeitsortes ein anderes Recht zur Anwendung kommt. Dazu regelt Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung, dass der gewöhnliche Arbeitsort nicht schon dadurch wechselt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Der Arbeitsortwechsel als solcher führt also noch nicht zu einem Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsortes. Nur wenn der neue Arbeitsort künftig der „gewöhnliche“ Arbeitsort ist, kommt es zum Statutenwechsel. Rechtsdogmatisch entscheidend ist danach, unter welchen Voraussetzungen noch eine „vorübergehend(e)“ Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat vorliegt, die es bei der Anknüpfung an den bisherigen Arbeitsort belässt. In diesem Kontext ist häufig von einer vorübergehenden Entsendung (im Sinne der Begriffsbildung oben A) die Rede. Allerdings führt dies leicht zu Verwechslungen mit dem Eingriffsrecht bei Entsendungen, dem sog. Entsenderecht (dazu u. [b]). Beides ist allerdings nicht identisch. Vorliegend geht es allein um die Frage, ob der Arbeitnehmer nur „vorübergehend“ in einem anderen Staat tätig ist oder künftig „gewöhnlich“. Ist die Entsendung nicht „vorübergehend“, kommt es zum Statutenwechsel.<sup>45</sup>

Bereits zum alten Recht wurde teilweise vertreten, das Gegenteil einer vorübergehenden Entsendung sei eine lang dauernde Entsendung.<sup>46</sup> Dagegen ist nach h. M. eine Entsendung dann vorübergehend, wenn sie nicht endgültig sein soll.<sup>47</sup> Letzteres ist überzeugend, weil Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung lediglich konkretisieren soll, wann ein bestimmter Arbeitsort nicht mehr der gewöhnliche Arbeitsort ist; darüber aber kann die Dauer des Einsatzes im Ausland nicht entscheiden, sondern allein eine ins Auge gefasste Rückkehr des Arbeitnehmers.<sup>48</sup> Dementsprechend kann schon eine kurzfristige Entsendung zum Statutenwech-

---

<sup>45</sup> BAG, NZA 2011, 1143, 1147.

<sup>46</sup> *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 333; *Heilmann*, *Dass Arbeitsvertragsstatut*, S. 143 f.; *Lagarde*, *Rev.crit.DIP* 1991, 287, 318; wohl auch *Rebhahn*, DRdA 1999, 173, 175.

<sup>47</sup> *Hanau/Steinmeyer/Wank-Wank*, § 31 Rn. 89; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 56 ff.; *Juncker*, RIW 2006, 401, 406; *E. Lorenz*, RdA 1989, 220, 223; *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 107; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1248; *Deinert*, RdA 1996, 339, 341.

<sup>48</sup> Vgl. m. w. N. *Deinert*, *Internationales Arbeitsrecht*, § 9 Rn. 102.

sel führen, wenn eine Fortsetzung am früheren Arbeitsort jedenfalls nicht beabsichtigt ist. Zu prüfen ist demnach eine Rückkehrintention.<sup>49</sup> Fehlt es an dieser, führt die transnationale Konzernentsendung zum Statutenwechsel. Ist sie gegeben, bleibt es beim bisher anwendbaren Recht. Eine Höchstfrist für die Entsendung gibt es hingegen nicht.<sup>50</sup> Auch der Vorschlag, ab einer Entsendedauer von fünf Jahren von einem Statutenwechsel auszugehen, vermag daher nicht zu überzeugen.<sup>51</sup> Allerdings liegt bei einer zunehmenden Entsendedauer die Anwendung der Ausweichklausel, auf die noch zurückzukommen ist (u. iv.), nahe.<sup>52</sup>

Auch wenn dies im Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung keinen Niederschlag findet, kann ein Arbeitsverhältnis auch mit einer vorübergehenden Entsendung beginnen.<sup>53</sup> Das liegt insbesondere nahe bei Arbeitsverhältnissen von Führungskräften, die zunächst im Ausland eingewiesen werden und Erfahrung sammeln sollen, um im Anschluss daran an dem von vornherein in Aussicht genommenen Arbeitsort tätig zu werden. Regelmäßig wird dann eine Rechtswahlvereinbarung vorliegen, aber auch die objektive Anknüpfung weist auf diesen späteren gewöhnlichen Arbeitsort, so dass der Günstigkeitsvergleich keine Besonderheiten hervorbringen wird. Dass Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung den Fall des Beginns eines Arbeitsverhältnisses mit einer vorübergehenden Entsendung nicht erfasst, ist für die Anknüpfung unerheblich. Denn es bleibt dann bei der Anwendung des Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung, wonach auf den gewöhnlichen Arbeitsort abzustellen ist, wobei der Arbeitsort, der auf die dauerhafte Realisierung des Arbeitsverhältnisses gesehen nur eine vorübergehende Abweichung darstellt, unerheblich bleibt.<sup>54</sup>

### iii. Einstellende Niederlassung

Die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung ist subsidiärer Natur.<sup>55</sup> Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Rom I-Verordnung: denn der Vertrag unterliegt nur dann dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, wenn das anzuwendende Recht nicht

---

<sup>49</sup> *Magnus*, IPRax 2010, 27, 40.

<sup>50</sup> *Knöfel*, RdA 2006, 269, 275; *Mauer/Sadtler*, DB 2007, 1586, 1588.

<sup>51</sup> So aber *v. Hoek*, Internationale moniliteit van werknemers, S. 444 ff.

<sup>52</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 183; *Winkler von Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 104.

<sup>53</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 110; a. A. *Kittner/Zwanziger/Deinert-Heuschmid*, § 139 Rn. 15.

<sup>54</sup> Vgl. auch *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 110.

<sup>55</sup> *Block*, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Individualarbeitsverträgen im staatsfreien Raum, S. 142 ff.

nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-Verordnung bestimmt werden kann. Entsprechendes hat der EuGH<sup>56</sup> zum alten Recht nach dem EVÜ entschieden. Danach kommt das Recht der einstellenden Niederlassung (*lex filiae*) nur dann zur Anwendung, „wenn das angerufene Gericht nicht in der Lage ist, den Staat der Verrichtung der Arbeit zu bestimmen“. Die Relevanz der Niederlassungsanknüpfung darf vor diesem Hintergrund nicht überschätzt werden, denn angesichts der weiten Definition des gewöhnlichen Arbeitsortes sind Fälle, in denen der gewöhnliche Arbeitsort nicht ermittelt werden kann, eher ungewöhnlich. Gerade in Fällen transnationaler Konzernleihe wird der gewöhnliche Arbeitsort oftmals feststehen. Gleichwohl sei auf einen Problembereich der Anknüpfung an die *lex filiae* hingewiesen. In der Literatur wurde und wird bezweifelt, ob es tatsächlich auf den Ort des Vertragsschlusses ankommen kann oder ob nicht vielmehr zur Vermeidung von Zufälligkeiten oder willkürlichen Beeinflussungen auf den Ort der Niederlassung abzustellen sei, in die der Arbeitnehmer organisatorisch eingebunden ist.<sup>57</sup> Der EuGH<sup>58</sup> ist dem allerdings in einer Entscheidung, die einen nach dem EVÜ zu beurteilenden Altfall betraf, entgegengetreten, wobei die Argumentation auch für das neue Recht greifen dürfte. Hauptargument des EuGH war, dass vorrangig in einer weiten Auslegung der tatsächliche Arbeitsort zu ermitteln sei. Dann könne aber für die subsidiäre Anknüpfung nicht ebenfalls die tatsächliche Beschäftigung kennzeichnend sein. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass es bei dem hier vertretenen Standpunkt zur Bestimmung der einstellenden Niederlassung nicht so sehr auf die tatsächliche Arbeit ankommt, sondern vielmehr darauf, in welcher Niederlassung der Arbeitnehmer eingebunden ist, von welchem Ort aus die Arbeitsleistung organisiert und koordiniert wird.<sup>59</sup> Die Praxis wird sich allerdings darauf einzustellen haben, dass als einstellende Niederlassung die Niederlassung zu verstehen ist, die den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Maßgeblich ist somit der Ort, an dem sich die Niederlassung befindet, mit der der Vertrag abgeschlossen wurde, gleichgültig an welchem Ort der Vertragsschluss als solcher lag. Dafür ist nicht die Rechtspersönlichkeit des Arbeitgebers maßgeblich, sondern diejenige Einheit, die die entsprechende Personalkompetenz zur Einstellung hat.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> EuGH, EuZW 2011, 302, Rn. 43 – Koelzsch.

<sup>57</sup> Vgl. *Bitter*, IPRax 2008, 96, 100; *Kraushaar*, BB 1989, 2121, 2123; *Mankowski*, DB 1999, 1854, 1855; *Martiny*, ZEuP 2010, 747, 772; *Staudinger-Magnus*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 124; *Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle*, § 5 Rn. 53.

<sup>58</sup> EuGH, EuZW 2012, 61 – Voogsgeerd; dazu *Lüttringhaus/Schmidt-Westphal*, EuZW 2012, 139 ff.; *Winkler v. Mohrenfels*, EuZA 2012, 368 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 122.

<sup>60</sup> EuGH, EuZW 2012, 61 – Voogsgeerd; *ErfK-Schlachter*, Rom I-VO Rn. 14.

Die Gefahr missbräuchlicher Manipulationen hat freilich auch der EuGH gesehen. Er verweist insoweit auf zwei Gesichtspunkte:

- Durch Anwendung der Ausweichklausel würden Korrekturen ermöglicht (vgl. sogleich unten iv).<sup>61</sup> Ob diese Möglichkeit freilich wirklich zur Vermeidung von Manipulationen eingreift, darf bezweifelt werden.<sup>62</sup> Denn die Ausweichklausel hat nicht den Zweck der Ergebniskorrektur, sondern soll allein eine Anknüpfungskorrektur auf kollisionsrechtlicher Ebene bewirken.
- In dem Fall, dass eine andere Niederlassung „im Namen und auf Rechnung eines anderen Unternehmens“ gehandelt hat, muss das andere Unternehmen als einstellende Niederlassung angesehen werden.<sup>63</sup> Es handelt sich insoweit um eine sachgerechte Gesetzesanwendung im Falle missbräuchlicher Gesetzesumgehung.

#### iv. Ausweichklausel

Art. 8 Abs. 4 Rom I-Verordnung sieht die Anwendung des Rechts eines anderen Staates anstelle der Anwendung der *lex loci laboris* (oben ii) oder der *lex filiae* (oben iii) vor, wenn der Vertrag eine engere Verbindung zu diesem anderen Staat aufweist. Es handelt sich dabei nicht etwa um eine dritte Anknüpfung. Vielmehr setzt die Ausweichklausel voraus, dass zunächst einmal das anwendbare Recht ermittelt wurde und von diesem ist dann eine Abweichung gegeben.<sup>64</sup> Ein direktes Abstellen auf die Ausweichklausel ohne vorausgehende Ermittlung des an sich anwendbaren Rechts wäre daher verfehlt.<sup>65</sup>

Dabei steht die Anwendung der Ausweichklausel keineswegs im Ermessen des Gerichts. Wenn engere Verbindungen vorliegen, ist die Anwendung der Ausweichklausel geboten.<sup>66</sup> Die Klausel dient der international-privatrechtlichen Gerechtigkeit und verlangt die Anwendung des Rechts, das nach der Interessenlage im Einzelfall besser auf das Rechtsverhältnis anzuwenden ist als das nach Art. 8 Abs. 2 und 3 Rom I-Verordnung anwendbare Recht. Auf die materiell-rechtliche Gerechtigkeit kommt es hingegen nicht an, insbesondere dient die Ausweichklausel nicht dazu, den Schutz des Arbeitnehmers als schwächere Vertragspartei zu gewährleisten.<sup>67</sup> Im Übrigen dient die Ausweichklausel auch nicht dem Schutz

---

<sup>61</sup> EuGH, EuZW 2012, 61, Rn. 51 – Voogsgeerd.

<sup>62</sup> Lüttringhaus/Schmidt-Westphal, EuZW 2012, 139, 141; Knöfel, EuZA 2014, 375, 380; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 122.

<sup>63</sup> EuGH, EuZW 2012, 61, Rn. 49 ff. – Voogsgeerd.

<sup>64</sup> EuGH, NZA 2014, 1163, Rn. 30 ff. – Schlecker; vgl. auch Abele, RdA 2014, 118, 120 f.

<sup>65</sup> Offen gelassen von BAG, AP Nr. 31 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

<sup>66</sup> Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 39.

<sup>67</sup> Vgl. Staudinger-Magnus, Art. 8 Rom I-VO Rn. 138; a. A. Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle, § 5 Rn. 54.

des Gerichtes vor der Anwendung eines fremden Rechts. Um einem sog. Heimwärtsstreben der Gerichte nicht Tür und Tor zu öffnen, wird daher mit Recht gefordert, dass die engeren Verbindungen mit einer gewissen Deutlichkeit für die Abweichung von der Regelanknüpfung nach Art. 8 Abs. 2 und 3 Rom I-Verordnung sprechen müssen.<sup>68</sup> Der Vorrang der Regelanknüpfung wird nicht schon dadurch infrage gestellt, dass alle anderen Umstände auf ein anderes Land deuten.<sup>69</sup> Notwendig ist eine Würdigung der verschiedenen Gesichtspunkte.<sup>70</sup>

Insgesamt kommt eine große Vielzahl möglicher Umstände in Betracht, die für eine engere Verbindung sprechen.<sup>71</sup> Diese lassen sich nicht abschließend aufzählen. Im Rahmen transnationaler Konzernleihe können insbesondere folgende Gesichtspunkte für die Anwendung der Ausweichklausel sprechen:

- Gemeinsame Staatsangehörigkeit der Arbeitsvertragsparteien;<sup>72</sup> wenn beispielsweise ein Arbeitnehmer von einem deutschen Unternehmen für die Beschäftigung bei einer Konzerntochter im Ausland eingestellt wird, zunächst aber bei der inländischen Konzernzentrale tätig werden soll, kann ungeachtet des gewöhnlichen Arbeitsortes im Ausland eine engere Verbindung zur Bundesrepublik bestehen, die zur Anwendung des deutschen Rechts führt. Umgekehrt kann die Konstellation bei einer Beschäftigung bei einer inländischen Konzerntochter einer ausländischen Konzernmutter nach dortiger Einarbeitung ungeachtet eines inländischen Arbeitsortes dem gemeinsamen Heimatrecht der Parteien unterliegen.
- Vertragsschluss im selben Staat, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz und der Arbeitnehmer seinen Sitz hat.

Als wichtige Gesichtspunkte hat der EuGH weiterhin genannt:<sup>73</sup>

- Land, in dem der Arbeitnehmer Steuern und Abgaben entrichtet,
- Sozialversicherungsstatut,
- „Parameter, die mit der Bestimmung des Gehalts und der Arbeitsbedingungen zusammenhängen“.

---

<sup>68</sup> Magnus, IPRax 2010, 27, 41; Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, § 9 Rn. 13; vgl. auch Junker, FS Heldrich, 2005, S. 719, 721; Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 8 Rom I-VO Rn. 28; s. ferner BAG, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 31 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

<sup>69</sup> EuGH, NZA 2014, 1163, Rn. 40 – Schlecker.

<sup>70</sup> Knöfel, EuZA 2014, 375, 383.

<sup>71</sup> Zusammenstellung bei Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 135 f.

<sup>72</sup> Krit. allerdings Lüttringhaus, EuZW 2013, 821, 822, der dieses Kriterium im Hinblick auf die Unionsbürgerschaft für überholt hält. Das überzeugt freilich nicht, solange es kein einheitliches Unionsrecht gibt, sondern auf ein bestimmtes nationales Arbeitsrecht abgestellt werden muss.

<sup>73</sup> EuGH, NZA 2014, 1163, Rn. 41 – Schlecker.

Die letztgenannten Gesichtspunkte scheinen allerdings nicht unproblematisch, weil sie auf eine Abhängigkeit des Vertragsstatuts vom internationalen Steuer- und Sozialversicherungsrecht hinauslaufen.<sup>74</sup>

Weniger gewichtige, aber ergänzend zu berücksichtigende Kriterien sind:

- Vertragssprache, die freilich bei der Verwendung der englischen Sprache im Rahmen internationaler Arbeitsverhältnisse immer weniger Bedeutung hat,
- Währung der Vergütung,
- Zahlungsort,
- Ort des Vertragsabschlusses,
- Statut eines vorausgegangenen Vertrages zwischen den Parteien.

Unerheblich ist bei alledem, welches Recht für den Arbeitnehmer günstiger wäre.<sup>75</sup>

## v. Günstigkeitsvergleich

Für den Fall, dass eine Rechtswahl vorliegt, ist im nächsten Schritt das objektive Vertragsstatut nach den vorstehend zu ii. bis iv. dargestellten Grundsätzen, unter Einschluss der Ausweichklausel,<sup>76</sup> zu ermitteln. Weicht dieses vom gewählten Recht ab, so ist der Günstigkeitsvergleich nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung vorzunehmen.

Die Rechtswahl darf nicht zu Abweichungen von den zwingenden Bestimmungen des objektiven Vertragsstatuts führen. Das bewirkt, dass gegebenenfalls zwei Rechtsordnungen zur Anwendung kommen, einerseits die gewählte Rechtsordnung, andererseits die zwingenden Arbeitnehmerschutznormen des objektiven Vertragsstatuts, hinter denen das gewählte Recht zurückbleibt. So ist es denkbar, dass der Kündigungsschutz sich nach dem gewählten Recht richtet, während Haftungsbeschränkungen nach dem objektiven Vertragsstatut zum Zuge kommen. Als zwingende Bestimmungen im vorgenannten Sinne sind all jene anzusehen, von denen nicht durch Rechtsgeschäft abgewichen werden kann bzw. darf. Allerdings betrifft Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung allein Normen, die dem Schutz des Arbeitnehmers dienen (sog. Schutznormen), also solche, die den Arbeitnehmer als gegenüber dem Arbeitgeber unterlegene Vertragspartei schützen

---

<sup>74</sup> A. A. *Knüfel*, EuZA 2014, 375, 384. Insg. krit. aber auch *Lüttringhaus*, EuZW 2013, 821, 822 ff.

<sup>75</sup> EuGH, NZA 2014, 1163, Rn. 34 – *Schlecker*; zust. *Lüttringhaus*, EuZW 2013, 821, 824.

<sup>76</sup> *Staudinger-Magnus*, Art. 8 Rom-VO Rn. 82.



wollen.<sup>77</sup> Unerheblich ist, ob die Schutznormen bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind.<sup>78</sup> Auch die Schutznormen eines anwendbaren Tarifvertrages, Tarifgebundenheit vorausgesetzt, können sich gegen eine dahinter zurückbleibende Rechtswahl durchsetzen.<sup>79</sup>

Die Rom I-Verordnung beantwortet nicht, wie der Günstigkeitsvergleich durchzuführen ist. Die h. M. lehnt sowohl einen sog. Einzelvergleich, bei dem für jede Rechtsnorm des objektiven wie des gewählten Vertragsstatuts ein Günstigkeitsvergleich durchzuführen ist, ab, als auch einen sog. Gesamtvergleich, der auf die Beurteilung hinausläuft, welche Rechtsordnung insgesamt für den Arbeitnehmer günstiger ist. Vielmehr folgt die h. M. dem sog. Sachgruppenvergleich.<sup>80</sup> Dem ist zuzustimmen, denn ein Einzelvergleich würde über den intendierten Zweck des Arbeitnehmerschutzes durch Rechtswahlbeschränkung hinaus schutzerweiternd wirken, weil der Arbeitnehmer im Ergebnis immer den besten Schutz aus beiden Rechtsordnungen genießen würde, während ein Gesamtvergleich schon aus Praktikabilitätsgründen nicht realisierbar wäre.<sup>81</sup> In den Sachgruppenvergleich einzustellen sind jeweils die sachlich zusammenhängenden Vorschriften, so dass beispielsweise Kündigungsfrist und Kündigungstermin einer Sachgruppe angehören. Zu vergleichen ist jeweils das Ergebnis der Rechtsanwendung.<sup>82</sup> Beispielsweise wäre am konkreten Fall zu prüfen, ob eine kürzere Kündigungsfrist zu einem bestimmten Termin günstiger ist als eine längere Kündigungsfrist ohne Termin.<sup>83</sup> Maßgeblich ist dabei die objektive Rechtslage, während unerheblich ist, was der Arbeitnehmer sich selber wünschen mag.<sup>84</sup> Dementsprechend kann es

---

<sup>77</sup> MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 36.

<sup>78</sup> Erman-Hohloch, Art. 8 Rom I-VO Nr. 10; Staudinger-Magnus, Art. 8 Rom I-VO Rn. 77.

<sup>79</sup> Staudinger-Magnus, Art. 8 Rom I-VO Rn. 78; Block, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Individualarbeitsverträgen im staatsfreien Raum, S. 123; Streithofer, DRdA 2012, 191, 193; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 55. Die abweichende Ansicht von OGH IPRax 2007, 460, vermag sich allein auf eine tatsächlich nicht existierende h. M. in Deutschland zu berufen.

<sup>80</sup> Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 267 ff.; Liikkunen, The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, S. 127; Winkler von Mohrenfels/Block, EAS B 3000 Rn. 74; Staudinger-Magnus, Art. 8 Rom I-VO Rn. 84; MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Nr. 42; Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 8 Rom I-VO Nr. 18; Rauscher-v.Hein, Art. 8 Rom I-VO Rn. 30; Hk-ArbR-Däubler, Rom I-VO/EGBGB Rn. 32; Hönsch, NZA 1998, 113, 116; Thüsing, NZA 2003, 1303, 1307; Schneider, NZA 2010, 1380, 1382.

<sup>81</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 58.

<sup>82</sup> BAG, DB 2014, 1623, Rn. 36.

<sup>83</sup> MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 89; Markovska, RdA 2007, 352, 355.

<sup>84</sup> Block, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Individualarbeitsverträgen im staatsfreien Raum, S. 126; Hönsch, NZA 1998, 113, 116 f.; Schlachter, NZA 2000, 57, 61; Schlunck, Die Grenzen der Parteiautonomie im Internationalen Arbeitsrecht, S. 189; a. A. Birk, RdA 1989, 201, 206; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 276 ff.

auch nicht auf das prozessuale Begehren des Arbeitnehmers ankommen, so dass es nicht entscheidend sein kann, nach welchem Recht dem Begehren des Arbeitnehmers entsprochen würde.<sup>85</sup> Das prozessuale Verlangen ist an der objektiven Rechtslage auszurichten und nicht umgekehrt.

Vertragsstatut bleibt das gewählte Recht. Die günstigeren Schutznormen des objektiven Vertragsstatuts werden daneben im Wege einer Sonderanknüpfung zur Anwendung gebracht und verdrängen teilweise die Bestimmungen des Vertragsstatuts.<sup>86</sup> Darauf, ob der Arbeitnehmer sich auf die günstigeren Vorschriften berufen hat, kommt es nicht an.<sup>87</sup> Neutrale Vorschriften, also Bestimmungen des objektiven Vertragsstatuts, die weder günstiger noch ungünstiger sind, können sich nach der Systematik der Anknüpfung nicht gegen das objektive Vertragsstatut durchsetzen.<sup>88</sup> Denn Art. 8 Abs. 1 Satz 2 schließt lediglich aus, dass dem Arbeitnehmer der nach dem objektiven Vertragsstatut vorgesehene Schutz „entzogen“ wird. Ebenso ist bei ambivalenten Vorschriften zu verfahren, die günstiger oder ungünstiger wirken können; hier muss im Zweifel das gewählte Recht maßgeblich bleiben.<sup>89</sup> Da es aber letztlich immer auf das Ergebnis der Rechtsanwendung ankommt, löst sich eine vermeintliche Ambivalenz in der Regel auf.<sup>90</sup>

## **vi. Bedeutung für die Vertragsbeziehungen bei grenzüberschreitender Konzernleihe und sonstige Fälle grenzüberschreitender Entsendung**

### **α „Normale“ Konzernleihe**

Im Falle einer transnationalen Konzernleihe ist es zunächst möglich, dass der Arbeitnehmer im Sinne des AÜG an einen inländischen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen wird. Das Vertragsverhältnis zwischen dem überlassenden Arbeitgeber aus dem Ausland und dem Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) unterliegt – aus der Sicht eines deutschen Gerichts – dem nach Art. 8 Rom I-Verordnung zu bestimmenden Recht. Da die Überlassung nach Deutschland in der Re-

---

<sup>85</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 61; vgl. auch *Thüsing*, BB 2003, 898, 899; *Markovska*, RdA 2007, 352, 355; a. A. *Schlachter*, NZA 2000, 57, 61; der Sache nach auch LAG Baden-Württemberg, BB 2003, 900.

<sup>86</sup> *Giuliano/Lagarde*, BT-Drs. 10/503, S. 33, 57; *Deinert*, RdA 2009, 144, 149.

<sup>87</sup> *Deinert* Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 66.

<sup>88</sup> Vgl. bereits *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 335.

<sup>89</sup> *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 335; *Junker*, IPRax 1989, 69, 71; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 64.

<sup>90</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 64.

gel vorübergehend erfolgen wird, wird es bei dem Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes im Ausland, also bei einem fremden Vertragsstatut, bleiben.<sup>91</sup> Wurde deutsches Recht gewählt, ist ein Günstigkeitsvergleich mit dem heimischen Vertragsstatut durchzuführen.

Ist der Arbeitnehmer ausnahmsweise bei einem konzerninternen Verleihunternehmen beschäftigt und wird er nach Deutschland zur Arbeitnehmerüberlassung entsandt, ändert sich im Prinzip nichts. Sorgfältig zu prüfen bleibt nur, wo der gewöhnliche Arbeitsort für die Bestimmung des objektiven Vertragsstatuts liegt. Dieser kann am Sitz des ausländischen Verleihers liegen, wenn dort der Mittelpunkt der Tätigkeit liegt,<sup>92</sup> was aber eher unwahrscheinlich sein wird. Bei ständig wechselnden Arbeitsorten in verschiedenen Ländern wäre es denkbar, dass an die einstellende Niederlassung zu knüpfen ist,<sup>93</sup> weil in der Regel kein gewöhnlicher Arbeitsort im Inland liegen wird. Ein Statutenwechsel zugunsten des jeweiligen Rechts des Einsatzlandes scheidet dabei jedenfalls aus.<sup>94</sup> Im Falle der – im Rahmen dieser Untersuchung nicht relevanten – regelmäßigen Entsendung immer wieder in denselben anderen Staat kann das Heimatrecht des Verleihers nur über die Ausweichklausel anwendbar sein,<sup>95</sup> ansonsten ist das Recht des Aufnahmestaates als Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes maßgeblich.<sup>96</sup> Nichts anderes gilt – ungeachtet des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG – bei einer dauerhaften Überlassung an einen Arbeitgeber.<sup>97</sup>

## **β Begründung eines Lokalarbeitsvertrages**

Grundsätzlich ist es allerdings möglich, dass im Rahmen der „Konzernleihe“ mit dem „Entleiher“ für die Einsatzzeit ein eigenständiges Lokalarbeitsverhältnis geschlossen wird. Dieses ist selbstständig anzuknüpfen.<sup>98</sup> Das führt dann dazu, dass das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes als objektives Vertragsstatut zur Anwendung berufen ist. Bei der Begründung eines Lokalarbeitsverhältnisses in der Bundesrepublik bedeutet dies, dass von den Schutznormen des deutschen Arbeitsrechts nicht durch Rechtswahl abgewichen werden kann.

---

<sup>91</sup> Vgl. auch *Mankowski*, DB 1999, 1854, 1858.

<sup>92</sup> Vgl. auch *Bayreuther*, DB 2011, 706, 708 f.; ferner *Franzen*, EuZA 2011, 451, 456.

<sup>93</sup> *Schüren-Riederer von Paar*, Einleitung Rn. 665; *Thüsing-Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 55; *Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Bissels*, Einleitung Rn. 64; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 98; *Winkler von Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 121.

<sup>94</sup> *Winkler von Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 122.

<sup>95</sup> Vgl. *Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Bissels*, Einleitung Rn. 65; *Boemke/Lembke-Boemke*, Einleitung Rn. 18.

<sup>96</sup> *Franzen*, EuZA 2011, 451, 456; *Vor*, Zeitarbeit im Rechtsvergleich, S. 163.

<sup>97</sup> *Winkler von Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 122.

<sup>98</sup> *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 107.

Das Verhältnis zwischen verliehenem Arbeitnehmer und Entleiher ist – jedenfalls nach deutschen Vorstellungen – kein Arbeitsverhältnis. Das wirft die Frage auf, welchem Recht dieses Rechtsverhältnis unterliegt. Dabei handelt es sich um ein Qualifikationsproblem. Es geht um die Frage, ob das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher dem Systembegriff „Individualarbeitsverträge“ in der Kollisionsnorm für Arbeitsverhältnisse zuzuordnen ist. Anerkannt ist dabei, dass nicht etwa nach dem Sachrecht des Forums zu qualifizieren ist. Vielmehr ist autonom kollisionsrechtlich zu qualifizieren.<sup>99</sup> Insofern ist nach h. M. eine funktionelle Qualifikation nach der *lex fori* geboten.<sup>100</sup> Entscheidend ist demnach, ob ein Rechtsverhältnis funktionell einem Arbeitsverhältnis gleich zu erachten ist, so dass es geboten ist, die arbeitsrechtliche Kollisionsnorm auch auf dieses Rechtsverhältnis anzuwenden. Das trifft auf das partielle Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer zu, sodass auch dieses nach Art. 8 Rom I-Verordnung anzuknüpfen ist.<sup>101</sup> Der gewöhnliche Arbeitsort für dieses partielle Rechtsverhältnis ist allerdings nicht mit dem gewöhnlichen Arbeitsort im Leiharbeitsverhältnis gleichzusetzen. Vielmehr gilt hier Entsprechendes wie bei der Begründung eines eigenständigen Lokalarbeitsverhältnisses: Das partielle Arbeitsverhältnis im Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer<sup>102</sup> ist an den gewöhnlichen Arbeitsort mit Blick auf dieses Rechtsverhältnis zu knüpfen.<sup>103</sup> Das bedeutet, dass im Falle der Überlassung in die Bundesrepublik hinein für die Beziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein deutsches Vertragsstatut greift.<sup>104</sup> Eine abweichende Rechtswahl kann von den Schutznormen des deutschen Rechts insoweit nicht entbinden.

Eine Konzernentsendung ohne Arbeitnehmerüberlassung erfolgt häufig (s.u. C II) durch Begründung eines Lokalarbeitsverhältnisses vor Ort. Allein durch die Entsendung muss ein bisher bestehendes Arbeitsverhältnis nicht beendet werden. Selbst wenn keine Rückkehr vorgesehen ist, kann es bei einem Rumpfarbeitsverhältnis bleiben.<sup>105</sup> Für das verbleibende Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber bzw. für den dauerhaft zur Anstellung vorgesehenen Arbeitgeber

---

<sup>99</sup> Kropholler, Internationales Privatrecht, § 16 II 2, S. 124 f.

<sup>100</sup> BGHZ 119, 392, 394; Däubler, RIW 1987, 249, 250; Knöfel, IPRax 2006, 552 ff.

<sup>101</sup> Hk-ArbR-Däubler, Rom I-VO/EGGBG Rn. 12; Winkler von Mohrenfels/Block, EAS B 3000 Rn. 123; Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 66; vgl. auch zum alten Recht nach dem EGGBG Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 225; Vor, Zeitarbeit im Rechtsvergleich, S. 170 f.

<sup>102</sup> Vgl. Däubler, FS Buchner, S. 163, 170 ff.

<sup>103</sup> A. A. Winkler von Mohrenfels/Block, EAS B 3000 Rn. 123; i. E. auch Vor, Zeitarbeit im Rechtsvergleich, S. 171 f.

<sup>104</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 113; Hoch, BB 2015, 1717, 1719; a. A. Schürren-Riederer von Paar, Einleitung Rn. 670.

<sup>105</sup> A.A. Junker, FS Kropholler, S. 481, 490.

liegt nur noch ein Rumpfarbeitsverhältnis vor. Dieses unterliegt weiterhin dem bisher maßgeblichen Recht, da es in dieser Beziehung weiterhin bei dem gewöhnlichen Arbeitsort im Ausland bleibt. Anders liegt es, wenn ein Arbeitsverhältnis nicht ruhend gestellt wird, sondern im Inland fortgeführt wird, wobei es sich hierbei aber regelmäßig um eine Konzernleihe im vorbeschriebenen Sinne handelt.

## **γ Beschäftigung in Zweigniederlassungen**

Soll ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber im Inland fortgeführt werden, ist das nicht zwingend konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, weil auch die Beschäftigung bei einer Zweigniederlassung im Inland möglich ist. An sich ergeben sich dabei keine Besonderheiten. In der Regel wird es sich um eine vorübergehende Entsendung handeln. Wird ein zusätzlicher Entsende-Arbeitsvertrag für die Zeit der Auslandsbeschäftigung geschlossen, sind beide Verträge gleichwohl einheitlich anzuknüpfen, so dass es bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort bleibt.<sup>106</sup> Eine abweichende Rechtswahl muss ihrerseits wiederum dem Günstigkeitsprinzip standhalten. Gleiches gilt bei einer Teilrechtswahl für den Entsendevertrag, die ebenfalls möglich ist.<sup>107</sup> Wurde beispielsweise für eine Inlandsbeschäftigung ein Entsende-Arbeitsvertrag mit einer Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts vereinbart, ist dennoch ein Günstigkeitsvergleich mit dem Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes, welches das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes für das Grundarbeitsverhältnis ist, durchzuführen.

## **δ Lokalarbeitsvertrag mit Rumpfarbeitsverhältnis**

Verbreitet ist bei der konzerninternen Entsendung die Begründung eines neuen Lokalarbeitsvertrages mit dem aufnehmenden Unternehmen. Daneben bleibt ein Rumpfarbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber bestehen. Dieses ist im Rahmen einer funktionellen Qualifikation nach der *lex fori* regelmäßig weiterhin als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, auch wenn die Hauptleistungspflichten suspendiert sind.<sup>108</sup> Für das Rumpfarbeitsverhältnis bleibt es bei der objektiven Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort, zumindest solange eine Rückkehrintention besteht.<sup>109</sup> Für das Rumpfarbeitsverhältnis bleibt nämlich der bisherige Arbeitsort der gewöhnliche Arbeitsort, wenn das Arbeitsverhältnis als

---

<sup>106</sup> *Junker*, FS Kropholler, S. 481, 484.

<sup>107</sup> *Junker*, FS Kropholler, S. 481, 484.

<sup>108</sup> *Hergenröder*, ZfA 1999, 1, 21; *Junker*, FS Kropholler, S. 481, 493.

<sup>109</sup> *Junker*, FS Kropholler, S. 481, 494 f.; *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 107; *Nunes Fernandes Gil Wolf*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 74 ff.

Ganzes betrachtet wird. Die Annahme, es entfalle der Arbeitsort und es greife nunmehr die subsidiäre Anknüpfung an die einstellende Niederlassung,<sup>110</sup> erfasst durch eine zu kleinteilige Sicht nicht nur den Lebenssachverhalt nicht zutreffend, sondern stellt auch die Stabilität der Anknüpfung entgegen dem Anknüpfungssystem des Art. 8 Rom I-Verordnung infrage. Das gilt im Übrigen sogar dann, wenn das Rumpfarbeitsverhältnis überhaupt erst mit Entsendung im Rahmen eines Lokalarbeitsverhältnisses beginnt.<sup>111</sup> Ebenso wenig vermag die Überlegung zu überzeugen, das Rumpfarbeitsverhältnis sei mangels fortbestehender Hauptleistungspflicht, an die das Arbeitsverhältnis nach Art. 8 Rom I-Verordnung sonst geknüpft wird, gar nicht arbeitsrechtlich anzuknüpfen, sondern vertragsrechtlich.<sup>112</sup> Denn das führt letztlich allein zu einer Unbeständigkeit der Anknüpfungsmomente, zumal die arbeitsrechtliche Anknüpfung dann wieder greifen muss, wenn die Pflichten aus dem Rumpfarbeitsverhältnis wieder aufleben, weil das Lokalarbeitsverhältnis beendet wird. Zudem führt dies zu einer sachwidrigen Ausschaltung des kollisionsrechtlichen Arbeitnehmerschutzes, weil das Günstigkeitsprinzip nach dieser Lösung nicht mehr zum Zuge kommen kann. Ein Statutenwechsel kann allerdings in Betracht kommen, wenn die Frage einer Rückkehr völlig offen ist. Die Stabilität der Anknüpfung an den bisherigen gewöhnlichen Arbeitsort wird durch ein ergänzendes Lokalarbeitsverhältnis mit der aufnehmenden Gesellschaft jedenfalls nicht infrage gestellt. Das Rumpfarbeitsverhältnis entscheidet auch über das Bestehen eines Rückrufrechts gegenüber dem Arbeitnehmer und das eventuelle Wiederaufleben des bisherigen Rumpfarbeitsverhältnisses.<sup>113</sup> Das stellt Erwägungsgrund (36) Satz 2 Rom I-Verordnung ausdrücklich klar. Dass der EuGH in der Rechtssache *Pugliese*<sup>114</sup>, international-zuständigkeitsrechtlich zu einem anderen Ergebnis gekommen ist, steht dem nicht entgegen. In dieser Entscheidung hatte der EuGH zuständigkeitsrechtlich angenommen, dass der Arbeitsort des Lokalarbeitsverhältnisses auch als Arbeitsort des Rumpfarbeitsverhältnisses anzusehen sei. Wie dem soeben erwähnten Erwägungsgrund zu entnehmen ist, wird die Stabilität der Anknüpfung, an der auch der Arbeitnehmer im Rahmen des Rumpfarbeitsverhältnisses ein berechtigtes Interesse hat, durch die Rom I-Verordnung begünstigt. Dem steht der Arbeitnehmerschutz, dem die Rom I-Verordnung dienen möchte (Erwägungsgrund [23]), mindestens nicht entgegen. Dem Interesse am eventuell stärkeren

---

<sup>110</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 109.

<sup>111</sup> A. A. *Junker*, FS Kropholler, S. 481, 495.

<sup>112</sup> So die Überlegung von *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 215 ff., der dann allerdings – inkonsequent nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB – an den Sitz der Partei knüpfen wollte, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt.

<sup>113</sup> *Pohl*, NZA 1998, 735, 738.

<sup>114</sup> EuGH, ABl. 2003 C-135/03 – *Pugliese*.

Arbeitnehmerschutz nach dem Ortsrecht wird im Rahmen des Lokalarbeitsverhältnisses Rechnung getragen. Demgegenüber dient das abweichende Verständnis des EuGH im Internationalen Zuständigkeitsrecht auf andere Weise dem Arbeitnehmerschutz, der durch die Brüssel I-Verordnung<sup>115</sup> ebenfalls gewährleistet werden soll (Erwägungsgrund [13]), weil die Eröffnung eines Gerichtsstands am Arbeitsort des Lokalarbeitsverhältnisses hinsichtlich des Rumpfarbeitsverhältnisses einen weiteren Gerichtsstand zugunsten des Arbeitnehmers begründet.<sup>116</sup> Freilich können in Anwendung der Ausweichklausel weitere (andere) Gesichtspunkte für einen Statutenwechsel im Rumpfarbeitsverhältnis sprechen.<sup>117</sup>

Das Lokalarbeitsverhältnis seinerseits ist selbstständig anzuknüpfen.<sup>118</sup> Hinsichtlich der objektiven Anknüpfung mangels Rechtswahl oder im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs kommt es auf den gewöhnlichen Arbeitsort an, der regelmäßig bei einer Konzernentsendung ins Inland ein inländischer Arbeitsort ist. Unter Umständen kommt aber eine einheitliche Anknüpfung mit dem Rumpfarbeitsverhältnis in Anwendung der Ausweichklausel in Betracht.<sup>119</sup>

Mitunter wird das Rumpfarbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber beendet, was oftmals aufenthaltsrechtliche oder arbeitserlaubnisrechtliche Ursachen hat.<sup>120</sup> Umso mehr ist eine selbstständige Anknüpfung des Lokalarbeitsverhältnisses nach den vorausgegangenen Erwägungen geboten. Auch in dieser Konstellation ist es aber denkbar, dass die Ausweichklausel des Art. 8 Abs. 4 Rom I-Verordnung zur Anwendung kommt. Das gilt beispielsweise, wenn eine Konzernmutter den Abschluss verschiedener Arbeitsverträge mit Konzerntochterunternehmen gleichsam steuert. Hier kann eine engere Verbindung zu dem Staat bestehen, in dem die Konzernmutter ihren Sitz hat.<sup>121</sup>

---

<sup>115</sup> Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 Nr. L 12/1.

<sup>116</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 116.

<sup>117</sup> *Knöfel*, RdA 2006, 269, 276.

<sup>118</sup> *Däubler*, RIW 1987, 249, 254; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 215; *Nunes Fernandes Gil Wolf*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 50 ff.; anders ist es, wenn auch das Lokalarbeitsverhältnis als zweiter Vertrag (Entsendevertrag) zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien geschlossen wird, vgl. *Junker*, FS Kropholler, S. 481, 484.

<sup>119</sup> *Nunes Fernandes Gil Wolf*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 62 ff., 80 ff.

<sup>120</sup> *Nunes Fernandes Gil Wolf*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 28.

<sup>121</sup> Vgl. Cass.soc. Dr.soc. 2012, 412 (Anm. Laborde).

## **ε Sonstige Entsendungen**

Im Übrigen greifen die vorgestellten Erwägungen prinzipiell entsprechend, wenn ein Arbeitnehmer nicht innerhalb einer Konzernverbindung, sondern an ein anderes Unternehmen, beispielsweise im Rahmen eines Joint Venture, entsandt wird.<sup>122</sup>

### **(b) Anwendung von Eingriffsnormen**

Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung gestattet die Anwendung sog. Eingriffsnormen. Das bewirkt eine Sonderanknüpfung: Neben den Normen des Vertragsstatuts können die Eingriffsnormen zur Anwendung kommen, die nicht notwendig demselben Recht entspringen. Denkbar ist sogar, dass Rechtsnormen aus drei unterschiedlichen Rechtsordnungen nebeneinander anzuwenden sind, und zwar neben dem gewählten Recht auch die Schutznormen des objektiven Vertragsstatuts und darüber hinaus die deutschen Eingriffsnormen. Das Ergebnis ist gleichsam ein Mischrecht.

#### **i. Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen im Allgemeinen**

##### **α Sonderanknüpfung nach der Rom I-Verordnung**

Eingriffsnormen sind nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des sonst auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

Eingriffsnormen sind nicht schon sämtliche zwingenden Bestimmungen des Forums, von denen durch Vertrag nicht abgewichen werden könnte. Es sind vielmehr Bestimmungen, die über die Vertragsgerechtigkeit hinausgehende öffentliche Interessen verfolgen. Dabei ist durchaus anerkannt, dass Bestimmungen, die dem Arbeitnehmer als schwächerer Vertragspartei dienen, zugleich solche öffentlichen Interessen verfolgen, können mithin Eingriffsnormen sein.<sup>123</sup> Das war be-

---

<sup>122</sup> *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 494 f.

<sup>123</sup> Vgl. *Markovska*, RdA 2007, 352, 357 f.; *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 194.



reits in der früheren Rechtsprechung des BAG vor Inkrafttreten der Rom I-Verordnung anerkannt.<sup>124</sup> Dementsprechend ist beispielsweise der Anspruch der Arbeitnehmerin auf den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 MuSchG als Eingriffsrecht anzusehen.<sup>125</sup>

Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung gestattet die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen der *lex fori*, also des Rechts, das am Gerichtsort gilt. Für deutsche Gerichte bedeutet dies, dass das Kollisionsrecht die Sonderanknüpfung deutscher Eingriffsnormen gestattet. Nicht so einfach zu beantworten ist hingegen die Frage, ob auch die Eingriffsnormen anderer Rechtsordnungen durchgesetzt werden können.<sup>126</sup> Das BAG hat hierzu ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet.<sup>127</sup> Darauf kommt es für die vorliegende Problematik allerdings nicht an, da es hier um die Arbeit ausländischer Arbeitnehmer im Inland geht, mithin um die Durchsetzung von Eingriffsnormen des deutschen Forums.

## **β Eingriffsnormen nach dem Entsendegesetz**

Welche inländischen Gesetze als Eingriffsnormen anzusehen sind, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Regelmäßig verzichtet der Gesetzgeber darauf, eine Bestimmung ausdrücklich als Eingriffsnorm zu qualifizieren. Es ist dann im Wege der Auslegung unter Heranziehung des mit der Bestimmung verfolgten Zwecks zu ermitteln, ob eine Rechtsnorm Eingriffsnorm sein soll. Auf diesem Wege hat das BAG beispielsweise, wie bereits erwähnt, dem Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 MuSchG den Charakter als Eingriffsrecht entnommen.

Für einen Teil der inländischen Bestimmungen enthält das AEntG allerdings gewissermaßen Hilfsnormen zur Bestimmung ihres Eingriffscharakters. Das AEntG, das zuletzt mit dem Tarifautonomiestärkungsg<sup>128</sup> in einem weiteren Schritt zu einem Element mehrstufiger staatlicher Mindestlöhne (Mindestlohn nach dem MiLoG auf unterster Stufe, darüber Branchenmindestlöhne nach dem AEntG) ausgebaut wurde,<sup>129</sup> enthält daneben eine häufig weniger beachtete international-privatrechtliche Komponente.<sup>130</sup> Das Gesetz wurde 1996 geschaf-

---

<sup>124</sup> BAG AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

<sup>125</sup> BAG AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n.F.

<sup>126</sup> Vgl. dazu m.w.N. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 151 ff.

<sup>127</sup> BAG 25.2.2015 – 5 AZR 962/13 (A).

<sup>128</sup> V. 11.8.2014, BGBl. I 1348.

<sup>129</sup> Näher: *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, 40. Aufl., Frankfurt/M. 2015, Einl. B I zu Nr. 31a [AEntG].

<sup>130</sup> Vgl. *Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle*, § 5 Rn. 64 ff.

fen,<sup>131</sup> um die Erstreckung bestimmter arbeitsrechtlicher Bestimmungen des deutschen Rechts auf in die Bundesrepublik entsandte Arbeitnehmer zu regeln, deren Arbeitsverträge einem fremden Arbeitsrecht unterliegen. Es erhielt wenig später einen bis heute maßgeblichen europarechtlichen Unterbau durch die sog. Entsenderichtlinie.<sup>132</sup> Die Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie einen bestimmten „harten Kern“ von Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt. Dadurch soll der Schutz der entsandten Arbeitnehmer nach dem Recht des Arbeitsortes gewährleistet werden. Nach ihrem Art. 3 Abs. 10 gestattet die Entsenderichtlinie darüber hinaus weitere Vorschriften über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen „im Bereich der öffentlichen Ordnung“ sowie in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken – „unter Einhaltung des Vertrags“. Was das bedeutet, kann aus einem Mosaik verschiedener Entscheidungen des EuGH zur Entsenderichtlinie, insbesondere seit der sog. *Laval*-Entscheidung, abgeleitet werden.<sup>133</sup> Die Quintessenz dieser Rechtsprechung lässt sich dahin zusammenfassen, dass

- die Erstreckung des harten Kerns von Arbeitsbedingungen nach dem Entsenderecht auf entsandte Arbeitnehmer unter dem Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips nach Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie steht, wonach günstigere Arbeitsbedingungen des entsandten Arbeitnehmers nach dem Vertragsstatut Vorrang vor Eingriffsnormen des Aufnahmestaates haben,<sup>134</sup> und
- die Entsenderichtlinie im Wesentlichen eine Konkretisierung zulässiger Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit entsendender Unternehmen durch Erstreckung der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates beinhaltet,<sup>135</sup> die zwar nicht abschließend ist, allerdings für weitere Erstreckungen

---

<sup>131</sup> Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 26.2.1996, BGBl. I 227.

<sup>132</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 Nr. L 18/1; dazu zusammenfassend Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle, § 5 Rn. 62 ff.

<sup>133</sup> S. insb. EuGH, AP Nr. 15 zu Art. 49 EG – *Laval*; EuGH, AP Nr. 16 zu Art. 49 EG – *Rüffert*; EuGH, NZA 2008, 865 – *Kommission/Luxemburg*.

<sup>134</sup> Vgl. EuGH, NZA 2015, 345, Rn. 43 – *Sähköalojen ammattiliitto*; Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle, § 5 Rn. 152; *Franzen*, NZA 2015, 338, 339.

<sup>135</sup> Danach ist die Anwendung (aus Sicht des Arbeitgebers) ungünstigerer Arbeitsbedingungen im Vergleich zu den Bedingungen nach dem Vertragsstatut eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers, der im Wege der Entsendung seiner Arbeitnehmer Leistungen auf einem fremden Markt erbringen möchte.

eine Rechtfertigung durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls fordert<sup>136, 137</sup>.

Der harte Kern zu erstreckender Arbeitsbedingungen nach Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie ist in § 2 der aktuellen Fassung des AEntG übernommen worden. Er erstreckt sich auf

- Mindestlöhne,
- Arbeitsschutzrecht,
- Sonderschutz für bestimmte Gruppen und
- Antidiskriminierungsrecht.

Die dort genannten Bestimmungen des deutschen Rechts werden auf diese Weise qua Gesetz als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung qualifiziert.<sup>138</sup> Auf die Einzelheiten ist an späterer Stelle noch einzugehen (s.u. III 1).

Auch wenn die Entsenderichtlinie nach ihrem Art. 1 Abs. 1 nur für Entsendungen innerhalb der EU gilt, enthält das AEntG keine entsprechende Einschränkung. Das erscheint auch sachgerecht und ist im Übrigen mit Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung ohne weiteres vereinbar. Es wäre kaum nachvollziehbar, warum bestimmte Arbeitsbedingungen zwar Eingriffsrecht gegenüber Arbeitnehmern sein sollen, die aus einem EU-Mitgliedstaat entsandt wurden, während es für Arbeitnehmer, die aus irgendeinem sonstigen Drittstaat entsandt werden, beim Vertragsstatut bleibt. Im Gegenteil:<sup>139</sup> Art. 1 Abs. 4 der Entsenderichtlinie stellt ausdrücklich klar, dass Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat keine günstigere Behandlung erfahren dürfen als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat.

## **y Tarifvertragliche Eingriffsnormen**

Als problematisch erweist es sich, dass die gesetzlichen Mindestvorschriften für sehr viele Arbeitsverhältnisse nur von eingeschränkter Relevanz sind, weil bessere Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen normiert sind, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. Dabei spielt es im Ausgangspunkt überhaupt keine Rolle, ob der Arbeitgeber die tariflichen Arbeitsbedingungen kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme oder auf Grundlage einer Tarifgebundenheit nach § 3 oder § 5

---

<sup>136</sup> Hantel, ZESAR 2014, 313, 315 ff.

<sup>137</sup> Ausführlich dazu *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 67 ff.; *Deinert*, FS Martiny, S. 277, 285 ff.

<sup>138</sup> *Koberski u.a.*, § 2 Rn. 5; *Deinert*, FS Martiny, S. 277, 289 ff.; vgl. auch *Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle*, § 5 Rn. 58.

<sup>139</sup> Vgl. *Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle*, § 5 Rn. 103.

TVG anwendet. Denn im Vergleich zur Stammebelegschaft bewirkt die Erstreckung ausschließlich gesetzlicher Arbeitsbedingungen auf vorübergehend im Inland tätige Arbeitnehmer lediglich einen Arbeitnehmerschutz 2. Klasse. Das soll keineswegs den arbeitsrechtlichen Schutz durch deutsche Gesetze gering schätzen, zeigt aber doch erheblichen sozialen Sprengstoff mit Blick auf Diskriminierungsempfindungen aus Sicht der vorübergehend im Inland tätigen Arbeitnehmer, „Schmutzkonzurrenz“ aus Sicht der Stammebelegschaft, Belastungen des Arbeitsmarktes aus Sicht der Arbeitsverwaltung sowie Unterminierung der Tarifierwerke aus Sicht der Tarifvertragsparteien. Dem wäre die Spitze genommen, müssten entsandten Arbeitnehmern auch die tarifvertraglichen Bedingungen gewährt werden. Dafür schafft das Kollisionsrecht allerdings nur eingeschränkt eine Handhabe. Einfache Tarifverträge, von der Problematik der Tarifgebundenheit einmal abgesehen, können schon definitionsgemäß keine Eingriffsnormen sein, weil sie nicht „von einem Staat“ (vgl. Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung) als entscheidend für die Wahrung „seines öffentlichen Interesses“ angesehen werden, sondern allenfalls von den Tarifvertragsparteien zur Wahrung ihres öffentlichen Interesses.<sup>140</sup> Anders kann es nur bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen sein, da die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nur im öffentlichen Interesse erfolgen kann. Je nach konkretem Zweck des Tarifvertrages, der sich in der Allgemeinverbindlicherklärung niederschlägt, wäre die Annahme denkbar, dass ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag Eingriffsrecht enthält.<sup>141</sup> Diese Sichtweise ist allerdings nicht unumstritten<sup>142</sup> und das BAG folgt ihr bislang nicht<sup>143</sup>, so dass der Ansatz an dieser Stelle<sup>144</sup> nicht weiter verfolgt werden soll.

Das AEntG sieht allerdings die Erstreckung von Tarifnormen explizit in bestimmten Bereichen vor. Das betrifft einerseits allgemeinverbindliche Tarifverträge des Baugewerbes (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG) und andererseits die Erstreckung von Tarifverträgen der übrigen Branchen nach § 4 Abs. 1 AEntG sowie sonstiger Branchen (§ 4 Abs. 2 AEntG) durch Rechtsverordnung. Gegenstand solcher Tarifverträge bzw. Rechtsverordnungen können nach § 5 AEntG Mindestlöhne, Urlaubsregelungen sowie sonstige Arbeitsbedingungen nach § 2 AEntG (also des „harten

---

<sup>140</sup> Vgl. i. E. *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 44 f.; *Deinert*, RdA 1996, 339, 344.

<sup>141</sup> Vgl. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1998, Rn. 1698; *Hanau*, FS Everling, S. 415, 428; *Wimmer*, die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse, S. 208 f.

<sup>142</sup> Abl. *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 70; *Thüsing/Mueller*, BB 2004, 1333, 1336 f.; *Wiedemann-Thüsing*, § 1 Rn. 89.

<sup>143</sup> BAG, AP Nr. 261 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; zur Kritik: *Deinert*, FS Bepler, S. 75, 77.

<sup>144</sup> Zur Qualifizierung allgemeinverbindlicher Tarifverträge als Eingriffsrecht ausführlich *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 33 ff.

Kerns“, s.o.) sein. Erforderlich ist allerdings, dass es sich um einen bundesweiten Tarifvertrag handelt, bei Urlaubsregelungen genügt es, wenn es um tarifvertragliche Regelungen geht, die zusammengefasst bundesweite Geltung beanspruchen (§ 3 Satz 2 AEntG). Die genannten Tarifverträge sind dann als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung anzuwenden.<sup>145</sup>

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass der „harte Kern“ von Arbeitsbedingungen als Eingriffsrecht auf Arbeitnehmer erstreckt wird, die im Inland arbeiten (§ 2 i. V. m. § 8 Abs. 1 AEntG). Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen können diese Arbeitnehmer beanspruchen, soweit die tariflichen Regelungen durch Allgemeinverbindlicherklärung bzw. Branchenrechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt wurden (§ 3 i. V. m. § 8 Abs. 2 AEntG). Gerade mit Blick auf die Vergütung geht es dabei allerdings insbesondere nur um *Mindestlöhne*, von einer Anwendung qualitativ gleichwertiger Arbeitsbedingungen auf Arbeitnehmer, die einem fremden Vertragsstatut unterliegen, kann daher keine Rede sein.

Ebenso wie einfache Tarifverträge sind auch Betriebsvereinbarungen keine Eingriffsnormen.<sup>146</sup> Die politischen Ziele des Staates, auf die es für Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung ankommt, werden nicht durch die Betriebsparteien definiert.

## § Erforderlicher Inlandsbezug als Voraussetzung der Sonderanknüpfung

Die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen kommt aber nicht in jedem Fall, in dem ein inländisches Gericht entscheidet, in Betracht. Zu fordern ist vielmehr ein hinreichender Inlandsbezug.<sup>147</sup> Denn das Interesse an der Durchsetzung der öffentlichen Interessen des Staates nimmt ab, je geringer die Auswirkungen im Inland sind.<sup>148</sup> Daran wird es häufig bei einer Beschäftigung im Ausland fehlen. Bei einer Beschäftigung im Inland, um die es vorliegend geht, ist der notwendige Inlandsbezug hingegen regelmäßig gegeben. Für alle Arbeitsbedingungen, die nach dem AEntG auf Arbeitnehmer unter fremdem Vertragsstatut erstreckt werden, definiert das AEntG schon den Inlandsbezug, insoweit als es um Inlandsbe-

---

<sup>145</sup> *Koberski u.a.*, § 3 Rn. 7; *Hantel*, ZESAR 2014, 261, 265.

<sup>146</sup> A.A. *Stoll*, Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, S. 167 f.

<sup>147</sup> BAG, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n. F.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, § 52 IX 1, S. 498; *Magnus*, IPRax 2010, 27, 41; *Stoll*, Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, S. 66 f.; a. A. (die Eingriffsnorm bestimme selber, ob und inwieweit ein Inlandsbezug zu fordern sei) *Wimmer*, die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse, S. 179.

<sup>148</sup> *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 115; *E. Lorenz*, RdA 1989, 220, 227.

schäftigte gehen muss. In diesem Fall ist der Inlandsbezug bereits kraft Gesetzes genügend.<sup>149</sup>

## ii. **Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen bei Arbeitnehmerüberlassung im Besonderen**

Für grenzüberschreitend entsandte Leiharbeitnehmer (wie auch sonst für entsandte Arbeitnehmer)<sup>150</sup> folgt aus alledem, dass zunächst einmal die gesetzlichen Rechte hinsichtlich des „harten Kerns“ nach § 2 AEntG eingreifen:

- Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze,
- bezahlter Mindestjahresurlaub,
- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen,
- Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz,
- Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen und
- Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

Denn das Gesetz differenziert nicht nach der vertraglichen Grundlage des Arbeitseinsatzes im Inland. Dies ist auch mit der Entsenderichtlinie vereinbar, nach deren Art. 1 Abs. 3 lit. c die Richtlinie auch auf grenzüberschreitende Leiharbeit Anwendung findet. Letzteres bedeutet nicht einmal eine Einschränkung auf Entsendungen von Leiharbeitern durch Leiharbeitsunternehmen, sondern erfasst letztlich jede Form der Überlassung von Arbeitnehmern.<sup>151</sup>

Hinsichtlich der Mindestentgelte greift aber die Spezialregelung des § 3a AÜG, nach deren Abs. 2 die von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden vorgeschlagene Lohnuntergrenze für die Leiharbeit auf alle Leiharbeiter in ihrem Geltungsbereich Anwendung finden.<sup>152</sup> Das wird freilich oftmals hinter eventuell im Einsatzbetrieb einschlägigen Branchenmindestlöhnen nach dem AEntG zurückbleiben. § 8 Abs. 3 AEntG regelt daher die Anwendung der Arbeitsbedingungen

---

<sup>149</sup> *Deinert*, FS Martiny, S. 277, 293 f.

<sup>150</sup> Zur Gruppe grenzüberschreitend überlassener Arbeitnehmer als Teilmenge der grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmer vgl. oben A II.

<sup>151</sup> Vgl. GA Sharpston, Schlussanträge in der Rs. C-586/13 – Martin Meat, Rn. 24.

<sup>152</sup> Wenn man nicht Nr. 1 für einschlägig hielte, würde jedenfalls Nr. 4 (Bedingungen der Überlassung von Arbeitskräften) greifen, so etwa die Ausschussbegründung, BT-Drs. 17/5238, S. 17; ferner *ErfK-Schlachter*, § 2 AEntG Rn. 3; *Mallmann/Borchard*, AuR 2013, 413.

eines nach dem AEntG erstreckten Tarifvertrages auch auf Leiharbeiter. Nach der bisherigen Fassung des Gesetzes war dies daran geknüpft, dass der Leiharbeitnehmer mit Tätigkeiten beschäftigt wird, die in den Geltungsbereich eines entsprechenden Branchentarifvertrages fallen. Nach der Rechtsprechung des BAG galt dies freilich nur dann, wenn der Entleiherbetrieb in den Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages fällt.<sup>153</sup> Im Zuge des TarifautonomiestärkungsG<sup>154</sup> hat der Gesetzgeber nunmehr in einem abschließenden Halbsatz klargestellt, dass die Anwendung eines Branchentarifvertrages nach dem AEntG auf Leiharbeiter bereits dann eingreift, wenn diese die branchenspezifischen Tätigkeiten verrichten, ohne dass es darauf ankommt, ob der Entleiher in den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages bzw. der Rechtsverordnung fällt.<sup>155</sup>

Was den harten Kern von Arbeitsbedingungen nach § 2 AEntG angeht, gehören nach dessen Nr. 4 auch die „Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen“ dazu. Die Bestimmung ist wortgleich übernommen worden aus Art. 3 Abs. 1 lit. d der Entsenderichtlinie. Im Ergebnis bewirkt dies, dass praktisch der gesamte Bereich des AÜG international zwingende Wirkung hat, also als Eingriffsrecht anzusehen ist, auch soweit die Arbeitnehmerüberlassung erlaubnisfrei ist.<sup>156</sup> Die Einzelheiten werden an späterer Stelle (s.u. [2] bis [4]) behandelt.

### (c) Relevanz des Aufenthaltsrechts

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass substantielle Arbeitsbedingungen, insbesondere des „harten Kerns“ im Sinne des § 2 AEntG, als Eingriffsnormen der *lex fori* gegen ein fremdes Vertragsstatut bei Inlandsarbeit durchgesetzt werden können, dass aber nicht ohne weiteres auch für tarifvertragliche Arbeitsbedingungen gilt. Dementsprechend ist es leicht möglich, dass bei Arbeit unter fremdem Vertragsstatut im Inland Eingriffsnormen hinsichtlich bestimmter Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden, ohne dass die betreffenden Arbeitnehmer deswegen unter dem Strich die gleichen Arbeitsbedingungen genießen würden wie die inländischen Arbeitnehmer. Allerdings sieht das Aufenthaltsrecht in § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG eine sog. Gleichwertigkeitsprüfung vor. Danach ist die Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung davon abhängig zu machen, dass keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen als für vergleichbare

---

<sup>153</sup> BAG, AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Maler.

<sup>154</sup> V. 11.8.2014, BGBl. I 1348.

<sup>155</sup> Zur rechtspolitischen Kritik vgl. *Lembke*, BB 2014, 1333, 1335 f.

<sup>156</sup> C. Müller, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 392 f.; *Franzen*, EuZA 2011, 451, 460; *Staudinger-Magnus*, Art. 8 Rom I-VO; *Däubler-Lakies*, TVG, § 2 AEntG Rn. 9; *Thüsing-Thüsing*, AEntG, § 2 Rn. 2.

deutsche Arbeitnehmer greifen. Die Regelung ist als öffentlich-rechtliche Bestimmung des Ausländerrechts im Sinne des zuvor beschriebenen Territorialitätsprinzips durch deutsche Behörden bei in Aussicht genommener Inlandsarbeit anzuwenden.<sup>157</sup>

## **i. Gleichwertigkeitsprüfung bei der Zustimmung der BA zur Ausländerbeschäftigung**

### **α Drittstaatsangehörige**

Mit Rücksicht auf den Arbeitsmarkt gibt es eine besondere Bestimmung in § 39 AufenthG. Hintergrund ist, dass Ausländer aus einem Drittstaat gemäß § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG im Inland eine Erwerbstätigkeit nur ausüben dürfen, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt. Dazu regelt § 18 AufenthG, dass die unter das AufenthG fallenden Ausländer einen Aufenthaltstitel zur Beschäftigung benötigen, der nach § 39 AufenthG der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bedarf, es sei denn, die Zustimmung ist nach einer Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG<sup>158</sup> oder aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung entbehrlich. Letzteres ist etwa nach § 21 Beschäftigungsverordnung (BeschV) der Fall, wenn Arbeitnehmer von ihrem in der EU bzw. im EWR ansässigen Arbeitgeber zur Erbringung von Dienstleistungen vorübergehend entsandt werden. In dem Zusammenhang wird von einem *Vander Elst*-Visum gesprochen, weil der EuGH in der Rechtssache *Vander Elst*<sup>159</sup> entschieden hatte, dass es mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sei, wenn Unternehmen die bei ihnen ordnungsgemäß beschäftigten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer nur unter Einholung einer kostenpflichtigen Arbeiterlaubnis zur Erbringung von Dienstleistungen entsenden können.<sup>160</sup> Zu beachten ist für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland insbesondere, dass § 10 BeschV die Zustimmungserteilung ohne Vorrangprüfung (in Bezug auf den vorrangigen Arbeitsmarktzugang für deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt nach EU-Recht haben) unter bestimmten Voraussetzungen bei transnationalen Konzernentsendungen gestattet. Nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist die Zustimmung allerdings zu versagen, wenn der Arbeitnehmer als Leiharbeiter tätig werden will. In der Auslegung durch die BA kommt diese Regel jedoch im Falle der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 3 AÜG nicht zur Anwendung.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Hönsch, NZA 1988, 113, 117; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 11 Rn. 15.

<sup>158</sup> S. dazu Beschäftigungsverordnung (BeschV) vom 6.6.2013, BGBl I 1499.

<sup>159</sup> EuGH, AP Nr. 1 zu Art. 59 EWG-Vertrag – *Vander Elst*.

<sup>160</sup> Vgl. Klaus, ZAR 2014, 148, 152.

<sup>161</sup> BA, DA AufenthG, 10.40.1.02.



Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger (dazu sogleich) und Bürger der EWR-Staaten gemäß §§ 2, 12 FreizügigkeitsG/EU sowie auf abkommensrechtlicher Basis Bürger der Schweiz<sup>162</sup> sind von vornherein ohne besonderen Titel aufenthaltsberechtigt. Das gilt unabhängig davon, ob sie vor Ort Arbeit bei einem inländischen Arbeitgeber suchen oder von einem ausländischen Arbeitgeber hierher entsandt werden.<sup>163</sup>

§ 39 AufenthG knüpft die Zustimmung zur Beschäftigung nun u. a. in Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz daran, dass der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Dem korrespondiert eine Auskunftspflicht des künftigen Arbeitgebers über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen nach § 39 Abs. 2 Satz 3 AufenthG. Maßgebend für die Prüfung der Arbeitsbedingungen sind zunächst die gesetzlichen Arbeitsbedingungen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass dies nicht allein die gesetzlichen Arbeitsbedingungen betrifft, die sich aus dem Vertragsstatut, wenn der Arbeitsvertrag deutschem Recht unterliegt, oder dem Eingriffsrecht im zuvor beschriebenen Sinne ergeben, sondern ganz allgemein die gesetzlichen Arbeitsbedingungen in der Bundesrepublik für Inlandsbeschäftigte unter deutschem Vertragsstatut maßgeblich sind. Es kommt mithin nicht auf das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht an, sondern auf einen materiellen Vergleich der Arbeitsbedingungen des Ausländers mit den Arbeitsbedingungen, wie sie für Inländer bei Inlandsarbeit unter deutschem Recht gelten.

Darüber hinaus ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber die üblichen Löhne gewährt, was durchaus die tarifvertraglichen Löhne sein können, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien im Einzelnen tarifgebunden sind.<sup>164</sup> Maßgeblich ist insoweit im Übrigen nicht etwa ein tarifvertraglicher Mindestlohn, der u. U. ja schon nach dem AEntG zwingend ist, sondern die jeweilige tarifvertragliche Lohngruppe, in die ein vergleichbarer tarifgebundener Arbeitnehmer eingruppiert wäre und dieser Lohn üblich ist.<sup>165</sup> Bei der Gleichwertigkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen sind hingegen geldwerte Zuwendungen des Arbeitgebers an die entsandten Arbeitnehmer, wie etwa Unterkunft, Reisekosten oder Verpflegungsmehraufwand. Umstritten ist im Übrigen, ob der Vergleich mit inländischen Arbeitnehmern auf den Einsatzbetrieb beschränkt werden kann oder betriebsübergreifend erfolgen

---

<sup>162</sup> Vgl. etwa Huber-Brinkmann, § 12 FreizügG/EU Rn. 7; Klaus, ZAR 2014, 148, 149.

<sup>163</sup> Klaus, ZAR 2014, 148, 149.

<sup>164</sup> Vgl. Huber-Göbel-Zimmermann, § 39 AufenthG Rn. 17; s. ferner Durchführungsanweisung Ausländerbeschäftigung der BA, zu 1.39.2.09.

<sup>165</sup> Vgl. BA, DA AufenthG, 1.39.2.09.

muss.<sup>166</sup> Richtiger Ansicht nach darf ein betriebsbezogener Vergleich jedenfalls dann nicht genügen, wenn die Arbeitsbedingungen im Betrieb im Vergleich zur Branche niedriger liegen und der Betrieb überdurchschnittlich viele Ausländer beschäftigt.<sup>167</sup>

## β Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger

Keinen Aufenthaltstitel benötigen freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger nach § 2 FreizügigkeitsG/EU. Diese haben allerdings nach Art. 7 Abs. 1 und 4 der EU-Freizügigkeitsverordnung<sup>168</sup> Anspruch auf die gleichen Arbeitsbedingungen wie Inländer. Das ist die Konkretisierung eines bereits unmittelbar aus dem Freizügigkeitsrecht des Art. 45 AEUV folgenden Rechts.<sup>169</sup> Darüber hinaus genießen türkische und marokkanische Staatsangehörige ebenfalls einen unmittelbar anwendbaren Diskriminierungsschutz.<sup>170</sup> Ohne weiteres sind Arbeitnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die im Rahmen einer Konzernentsendung einen neuen Arbeitsvertrag mit einem anderen Konzernunternehmen schließen, freizügigkeitsberechtigt. Aber auch Leiharbeitnehmer genießen den Schutz des Freizügigkeitsrechts nach Art. 45 AEUV, weil sie den Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates beanspruchen.<sup>171</sup> Letzteres ist das für den EuGH maßgebliche Abgrenzungskriterium für die Anwendung des Freizügigkeitsrechts auf entsandte Arbeitnehmer.<sup>172</sup> Danach genießen die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer keine Freizügigkeit,<sup>173</sup> denn sie suchen keinen Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates. Demgegenüber hat der EuGH betont, dass bei der Arbeitnehmerüberlassung die Dienstleistung des Ver-

---

<sup>166</sup> Vgl. m. w. N. HK-AusR-*Stiegeler*, § 39 AufenthG Rn. 17; differenzierend nach der Betriebsgröße Renner/Bergmann/Dienelt-*Röseler/Sußmann*, § 39 Rn. 22.

<sup>167</sup> Gagel-*Bieback*, § 284 Rn. 168; jurisPK-*Janda*, § 284 Rn. 79; wohl auch GK-AufenthG-*Bodenbender*, § 39 Rn. 35.

<sup>168</sup> Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union vom 5.4.2011, ABl. L 141/1.

<sup>169</sup> Vgl. etwa Grabitz/Hilf/Nettesheim-*Forsthoff*, Art. 45 Rn. 241; Vedder/Heintschel von Heinegg-*Epiney*, Art. 45 Rn. 24 f.; Streinz-*Franzen*, Art. 45 Rn. 98; jeweils bezogen auf die Vorgängerverordnung (EWG) 1612/68.

<sup>170</sup> Vgl. m. w. N.; Kittner/Zwanziger/Deinert-*Mayer/Heuschmid*, Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 8. Aufl., Frankfurt/M. 2015, § 136 Rn. 24.

<sup>171</sup> *Franzen*, EuZA 2011, 451, 454 f.; Schüren-*Riederer von Paar*, Einleitung Rn. 552; Preis/Sagan-*Heuschmid/Schierle*, § 5 Rn. 9.

<sup>172</sup> EuGH, Slg. 1990, 417 – Rush Portuguesa.

<sup>173</sup> EuGH, AP Nr. 8 zu § 1 AEntG, Rn. 22 f. – Finalarte.

leihers gerade darin bestehe, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates Arbeitnehmer zuzuführen.<sup>174</sup> Hiervon ausgehend kann ein freizügigkeitsberechtigter Leiharbeiter Gleichstellung mit den Arbeitnehmern des Aufnahmestaates verlangen. Dabei ist die zutreffende Vergleichsgruppe in der Gruppe der Leiharbeiter des Aufnahmestaates zu sehen.<sup>175</sup>

Infolge des Übergangsrechts auf der Grundlage des Beitritts Kroatiens zur EU<sup>176</sup> genossen kroatische Staatsangehörige bis 30.6.2015 noch keine volle Freizügigkeit und bedurften gemäß § 13 FreizügigkeitsG/EU einer Beschäftigungsgenehmigung nach § 284 SGB III, der seinerseits in Abs. 3 die Erteilung der Arbeitserlaubnis-EU von den Voraussetzungen des § 39 Abs. 2–4 und 6 AufenthG abhängig machte. Im Ergebnis galt damit § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG auch für kroatische Staatsangehörige. Das Bundeskabinett hat beschlossen, von den weiteren Möglichkeiten einer Beschränkung der Freizügigkeit in der zweiten und dritten Phase des Beitritts Kroatiens<sup>177</sup> keinen Gebrauch mehr zu machen.<sup>178</sup> Seit 1. Juli 2015 genießen kroatische Staatsangehörige daher ebenfalls uneingeschränkte Freizügigkeit in der Bundesrepublik.

#### **y Lediglich reflexhafter Schutz durch die ausländerrechtliche Gleichwertigkeitsprüfung**

Die Regelung des § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG wirft im Umkehrschluss die Frage auf, ob der ausländische Arbeitnehmer vertragsrechtlich Anspruch darauf hat, dieselben Arbeitsbedingungen zu genießen, die auch ein inländischer Arbeitnehmer beanspruchen könnte. Die öffentlich-rechtliche Voraussetzung für den Aufenthaltstitel würde damit gleichzeitig zum Gegenstand eines vertragsrechtlichen Anspruchs des betroffenen Arbeitnehmers werden. Der Zweck der Regelung wird vor allem in der Verhinderung eines wettbewerbsverzerrenden Sozial- und Lohndumpings gesehen<sup>179</sup>, aber auch im Schutz des ausländischen Arbeitnehmers vor Ausbeutung<sup>180</sup>. Auch wenn die Bestimmung also den Arbeitnehmer schützen soll, regelt sie dennoch nicht das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Sie regelt vielmehr das Verhältnis zwischen dem

---

<sup>174</sup> EuGH, NZA 2011, 283 – Vicoplus; vgl. auch EuGH, NZA 2015, 925 – Martin Meat, Rn. 33 ff.

<sup>175</sup> Vgl. *Franzen*, EuZA 2011, 451, 455.

<sup>176</sup> Vgl. *Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle*, § 5 Rn. 8.

<sup>177</sup> Vgl. dazu KOM (2015) 233endg.

<sup>178</sup> <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Pressemitteilungen/freizuegigkeit-volle-oeffnung-arbeitsmarkt-kroatien.html>

<sup>179</sup> BT-Drs. 13/4941, S. 206.

<sup>180</sup> *Huber-Göbel-Zimmermann*, § 39 AufenthG Rn. 15; vgl. auch *Renner/Bergmann/Dienelt-Röseler/Sußmann*, § 39 Rn. 22; *GK-AufenthG-Bodenbender*, § 39 Rn. 33.

Staat und dem Arbeitnehmer, indem nur unter bestimmten Voraussetzungen die Zustimmung zur Beschäftigung im Inland erteilt werden kann. Der Schutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ist danach nur ein reflexhafter. Ein Arbeitgeber, der einen Ausländer beschäftigen möchte, muss gleiche Arbeitsbedingungen versprechen, sonst kann er den Arbeitnehmer mangels Aufenthaltstitels zur Beschäftigung nicht beschäftigen. Das Gesetz gewährt dem ausländischen Arbeitnehmer aber keinen privatrechtlichen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf gleiche Arbeitsbedingungen.<sup>181</sup> Hätte der Gesetzgeber anderes im Sinn gehabt, läge es näher, nicht die Zustimmung der BA zur Beschäftigung von der Gleichbehandlung abhängig zu machen, sondern auf dieses Zustimmungserfordernis zu verzichten und stattdessen eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer einzuführen. Das aber ist nicht geschehen.

In Österreich sieht § 8 Abs. 1 des dortigen Ausländerbeschäftigungsgesetzes eine zwingende Auflage bei der Beschäftigungsbewilligung vor, wonach der Ausländer nicht zu schlechteren Bedingungen als inländische Arbeitnehmer beschäftigt werden darf. Hierzu wird diskutiert, dies als einseitige Kollisionsnorm zur Sonderanknüpfung sämtlichen österreichischen Arbeitsrechts als Mindeststandard zu begreifen.<sup>182</sup> Diese These lässt sich für das deutsche Recht aber schon deshalb nicht fruchtbar machen, weil es eine entsprechende Beschäftigungsaufgabe nicht gibt, sondern der Aufenthaltstitel von vornherein von dieser Voraussetzung abhängig gemacht wird. Nach deutschem Verständnis würde aber selbst eine Verbindung mit einer durchsetzbaren Auflage (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) zu keiner anderen Ansicht führen.

## ii. Rechtslage bei illegaler Ausländerbeschäftigung

Anders ist die Rechtslage, wenn der Arbeitgeber drittstaatsangehörige Arbeitnehmer beschäftigt hat, ohne dass diese den erforderlichen Aufenthaltstitel zur Beschäftigung hatten. Denn in diesem Falle entfällt die aufenthaltsrechtliche Gleichwertigkeitsprüfung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen. In Umsetzung der sog. Sanktionenrichtlinie 2009/52/EG<sup>183</sup> hat der Gesetzgeber in § 98a AufenthG eine Verpflichtung des Arbeitgebers geregelt, die Vergütung für die

---

<sup>181</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 187.

<sup>182</sup> *Rebhahn*, FS Strasser, S. 59, 69 ff.

<sup>183</sup> Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen.

Beschäftigung zu leisten. Dazu begründet § 98a Abs. 6 AufenthG einen inländischen Gerichtsstand. Auf diese Weise wird verhindert, dass ein Entgeltanspruch daran scheitert, dass der Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig ist.<sup>184</sup>

Im Detail bleiben allerdings viele Fragen offen. So wird allein der Vergütungsanspruch geregelt und im Übrigen auf das Entsendegesetz verwiesen (Abs. 7). Der Vertrag soll offensichtlich entgegen § 134 BGB wirksam sein. Die Gesetzesbegründung, die dies ausführt,<sup>185</sup> unterstellt insoweit unausgesprochen, dass der Arbeitsvertrag deutschem Recht unterliegt. Freilich ist es keineswegs ausgemacht, dass jeder Arbeitsvertrag eines illegal in Deutschland beschäftigten Drittstaatsangehörigen deutschem Recht unterliegen müsste. Denn Einigung und materielle Wirksamkeit eines Vertrages richten sich gemäß Art. 10 Abs. 1 Rom I-Verordnung nach dem hypothetischen Vertragsstatut für den Fall der Wirksamkeit. Für den Fall eines abweichenden Vertragsstatuts wird man aber mit Rücksicht auf das hinter § 98a AufenthG stehende Sanktionsziel des Art. 6 der Richtlinie 2009/52/EU dennoch davon ausgehen müssen, dass die Bestimmung sich als Eingriffsrecht auch gegen ein fremdes Vertragsstatut durchsetzt.<sup>186</sup> Das muss an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft werden, weil die Kernprobleme des Einsatzes ausländischer Arbeitnehmer in deutschen Betrieben, so ist jedenfalls zu hoffen, nicht Fälle illegaler Beschäftigung betreffen.

### iii. Neue EU-Vorgaben

Hinzuweisen ist darauf, dass die Bundesrepublik die Richtlinie 2014/66/EU<sup>187</sup> bis zum 29.11.2016 umsetzen muss. Diese Richtlinie regelt die Bedingungen für Einreise und Aufenthalt Drittstaatsangehöriger im Rahmen unternehmensinterner Transfers. Die Regelung betrifft Aufenthalte von mehr als 90 Tagen für Führungskräfte, Spezialisten und Trainees, wobei Letztere Personen sind, die einen Hochschulabschluss haben und in der aufnehmenden Niederlassung fortgebildet werden und während des Transfers eine Entlohnung erhalten. Dabei unterscheidet die Richtlinie offensichtlich nicht zwischen einer echten Entsendung, bei der das Weisungsrecht beim entsendenden Unternehmen bleibt, und grenzüberschreitender Leiharbeit.<sup>188</sup> Ausgeschlossen ist die Anwendung der Richtlinie allerdings

---

<sup>184</sup> Huber, NZA 2012, 477, 478.

<sup>185</sup> BR-Drs. 210/11, S. 75.

<sup>186</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 11 Rn. 15.

<sup>187</sup> Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, ABl. L 157/1.

<sup>188</sup> Vgl. Bayreuther, ZESAR 2012, 405, 407 ff. (zur Entwurfsfassung).

nach ihrem Art. 2 Abs. 2 lit. e, wenn der Transfer durch „Leiharbeitsunternehmen oder sonstige Unternehmen (...), die Arbeitnehmer zur Arbeit unter der Aufsicht und Leitung eines anderen Unternehmens zur Verfügung stellen“, erfolgt. Das scheint allerdings die Anwendung auf echte Leiharbeit nicht infrage zu stellen, sondern nur auf die in Deutschland herkömmlich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnete Leiharbeit. Die Richtlinie erfasst darüber hinaus offenbar auch die Konstellation, dass während der Entsendung ein Rumpfarbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen bestehen bleibt und mit dem aufnehmenden Unternehmen ein Arbeitsverhältnis geschlossen wird. Ausgeschlossen ist insoweit lediglich gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. e Richtlinie 2014/66/EU der Fall der Arbeitsvermittlung.

Mit Blick auf die Arbeitsbedingungen regelt Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie, dass der Antrag auf einen Aufenthaltstitel abzulehnen ist, wenn Art. 5 über die Zulassungskriterien nicht eingehalten wurde. Dessen Abs. 4 regelt unter anderem, dass die gesetzlichen und in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegten Beschäftigungsbedingungen, die auch sonst für entsandte Arbeitnehmer gelten, erfüllt werden und dass das Arbeitsentgelt den gesetzlichen, tariflichen oder üblichen Vergütungen für Staatsangehörige des Aufnahmemitgliedstaates in vergleichbarer Position entsprechen muss. Das scheint zunächst allein die aufenthaltsrechtliche Seite zu betreffen.<sup>189</sup> Denn Art. 18 regelt daneben, dass transferierte Arbeitnehmer hinsichtlich des „harten Kerns“ nach Art. 3 der Entsenderichtlinie mindestens wie Personen behandelt werden müssen, die unter diese Richtlinie fallen. Das soll allerdings „unbeschadet des Art. 5 Abs. 4 Buschstabe b“ gelten, was wiederum darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die in Art. 5 Abs. 4 lit. b Richtlinie 2014/66/EU genannten Arbeitsbedingungen ebenso zu gewähren sind wie entsandten Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen des „harten Kerns“ der Entsenderichtlinie. Bestätigt wird dieses Verständnis durch Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/66/EU. Danach ist angestrebt, dass die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer während des gesamten Transfers hinsichtlich des Arbeitsentgelts „mit Inländern in einer vergleichbaren Position gleichgestellt sind“, was nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmer dienen soll, sondern auch darauf abzielt, dass Unternehmen aus einem Drittstaat keine Wettbewerbsvorteile aus niedrigeren Arbeitsstandards ziehen können.

Wer in diesem Sinne Schuldner der genannten Arbeitsbedingungen ist, hängt nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen davon ab, wer der Vertrags-

---

<sup>189</sup> So wohl auch *Bayreuther*, ZESAR 2012, 405, 406 ff. (zur Entwurfsfassung).

partner des Arbeitnehmers ist, das Aufnahmeunternehmen oder das entsendende Unternehmen.<sup>190</sup> Die Missbrauchsanfälligkeit dieser Rechtslage ist freilich nicht zu übersehen.

Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass für die unternehmensintern entsandten Arbeitnehmer die Arbeitsbedingungen des Entsenderechts zur Anwendung gelangen. Der Hintergrund ist darin zu sehen, dass einerseits die Richtlinie 2014/66/EU nicht für Entsendungen aus einem Mitgliedstaat eingreift (Art. 2 Abs. 1), die Entsenderichtlinie ihrerseits aber gerade nicht für die Entsendungen aus Drittstaaten anwendbar ist, jedoch verlangt, dass Unternehmen aus Drittstaaten gemäß Art. 1 Abs. 4 der Entsenderichtlinie keine günstigere Behandlung erfahren sollen als solche aus einem Mitgliedstaat. Dem soll Art. 18 Rechnung tragen (vgl. Erwägungsgrund [37]).

Die Anwendung des Eingriffsrechts des „harten Kerns“ ergibt sich für das deutsche Recht aber ohnehin aus dem AEntG, das nicht zwischen Entsendungen innerhalb der EU bzw. des EWR und Entsendungen aus Drittstaaten differenziert.

Hinzu kommt ein Anspruch auf *equal pay*. Art. 5 Abs. 4 lit. b Richtlinie 2009/52/EG sieht – anders als lit. a für die sonstigen Arbeitsbedingungen – unter anderem einen gleichen Anspruch vor, wie ihn sonst Arbeitnehmer im Aufnahmestaat gemäß den geltenden Tarifverträgen erhalten und setzt dabei nicht etwa die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages voraus. Im Übrigen ergibt sich dann ein *equal treatment*-Anspruch hinsichtlich der sonstigen Arbeitsbedingungen, soweit diese gesetzlich oder in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind.

Demgegenüber dürfte die Richtlinie 2014/36/EU<sup>191</sup> über die Saisonbeschäftigung drittstaatlicher Arbeitnehmer im vorliegenden Zusammenhang keine Relevanz haben.

#### **iv. Fazit**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus dem Aufenthaltsrecht keine Ansprüche ausländischer Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmern folgen. Dies wird sich mit der Umsetzung der Konzernentsen-

---

<sup>190</sup> A. A. wohl *Bayreuther*, ZESAR 2012, 405, 407 ff. (zur Entwurfsfassung), der allerdings implizit davon ausgeht, dass grundsätzlich ein Arbeitsvertrag nur mit dem entsendenden Unternehmen besteht.

<sup>191</sup> Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeiter, ABl. L 94/375.

dungsrichtlinie 2014/66/EU ändern, weil diese den entsandten Arbeitnehmern offensichtlich eigene Ansprüche zugestehen will. Freilich erfasst die Richtlinie keineswegs sämtliche transnational entsandten drittstaatlichen Arbeitnehmer. Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger genießen demgegenüber Gleichbehandlungsansprüche nach Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung.

#### **(d) Zwischenergebnis**

Nach Vorstehendem werden die Arbeitsverträge von grenzüberschreitend in die Bundesrepublik entsandten Leiharbeitnehmern oftmals einem fremden Vertragsstatut unterliegen. Da der gewöhnliche Arbeitsort in aller Regel nicht im Inland liegt, scheidet im Allgemeinen die Möglichkeit aus, dass sich deutsche Schutznormen im Wege des Günstigkeitsvergleichs nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung durchsetzen. Die entscheidende Frage ist daher, inwieweit Regelungen des deutschen Rechts als Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung zur Anwendung gelangen. Dies soll nachfolgend untersucht werden hinsichtlich des Anspruchs auf Gleichbehandlung mit den Stammkräften des Einsatzbetriebes (s.u. [2]), hinsichtlich der betrieblichen Rechte von Leiharbeitnehmern beim Entleiher (s.u. [3]) sowie hinsichtlich der Möglichkeit eines fingierten Arbeitsverhältnisses (s.u. [4]).

#### **(2) Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern**

##### **(a) Gleichbehandlungsanspruch als Eingriffsrecht**

Zum „harten Kern“ der auf entsandte Arbeitnehmer erstreckten Arbeitsbedingungen nach dem AEntG gehören gemäß dessen § 2 Nr. 4 die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen. Dies betrifft zunächst, wie gesagt, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und nicht etwa die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Staat. Hinsichtlich der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung ergibt sich die Anwendbarkeit des AÜG vielmehr nach den Grundsätzen des internationalen öffentlichen Rechts (s.o. a).

Sehr wohl aber werden die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des AÜG durch § 2 Nr. 4 AEntG auf entsandte Leiharbeitnehmer erstreckt.<sup>192</sup> Dazu gehört auch der Anspruch des Leiharbeitnehmers nach § 10 Abs. 4 AÜG auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen unter Einschluss des Arbeitsentgelts, die im Entleiherbetrieb

---

<sup>192</sup> Däubler-Lakies, TVG, § 2 AEntG Rn. 9; Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29, 33; ErFK-Schlachter, § 2 AEntG Rn. 3; Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 62.



gelten.<sup>193</sup> Die europäische Leiharbeitsrichtlinie steht dem nicht entgegen.<sup>194</sup> Sie bestätigt vielmehr mit ihrem Art. 5, dass die Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer ein elementarer Grundsatz des Arbeitnehmerschutzes ist, der auch als Eingriffsrecht durchgesetzt werden muss. Beide Richtlinien sind im Sinne einer Kompatibilität auszulegen.<sup>195</sup> Dementsprechend zählt die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer zum international zwingenden Eingriffsrecht.

Hiergegen wird eingewendet, der Gleichbehandlungsgrundsatz finde auf Leiharbeitnehmer unter fremdem Vertragsstatut, die im Inland tätig werden, keine Anwendung. Es handele sich schon nicht um Eingriffsrecht, weil die bisherigen Erfahrungen der Praxis gezeigt hätten, dass es dem Gesetzgeber gar nicht um Gemeinwohlinteressen gegangen sei. Die Praxis des Unterlaufens des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch tarifvertragliche Regelungen<sup>196</sup> zeige, dass es keine Schutzfunktion im Gemeinwohlinteresse gebe.<sup>197</sup> Dabei wird freilich verkannt, dass der Gesetzgeber mit der Tarifdispositivität, die die angesprochene Praxis erlaubte, keineswegs ein flächendeckendes Unterwandern des Gleichbehandlungsgrundsatzes zulassen, sondern sachgerechte Regelungen gestatten wollte, wie beispielsweise eine Verstetigung der Vergütung bei wechselnden Einsätzen.<sup>198</sup> Die Berufung auf eine missbräuchliche Praxis kann indes keineswegs dafür gehalten, den Schutzzweck eines Gesetzes zu hinterfragen. Zudem müsste, nachdem dieser missbräuchlichen Praxis durch die Rechtsprechung des BAG zur Tarifunfähigkeit der CGZP die Grundlage entzogen wurde,<sup>199</sup> das durch die Bestimmung verfolgte Interesse wieder aufleben. Das liefe letztlich auf das nicht haltbare Ergebnis hinaus, dass je nach Praxisgebaren der Charakter einer Bestimmung als Eingriffsrecht bejaht oder verneint werden kann.

Ohnehin aber hat der Gesetzgeber, wie gezeigt, mit § 2 Nr. 4 AEntG den Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeit zum Eingriffsrecht bei Inlandsarbeit grenzüberschreitend entsandter Leiharbeitnehmer „geadelt“.<sup>200</sup> Wenn dagegen wiederum eingewendet wird, § 2 Nr. 4 AEntG sei streng wörtlich zu nehmen und

---

<sup>193</sup> Ullber, AEntG, § 2 Rn. 38 f.; Bayreuther, DB 2011, 706, 709; Mallmann/Borchard, AuR 2011, 413, 414; Däubler-Lakies, TVG, § 2 AEntG Rn. 9; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern, S. 150 f.

<sup>194</sup> A. A. Franzen, EuZA 2011, 451, 464 ff.

<sup>195</sup> Schlachter, IJCLLR 2012, 177 ff.

<sup>196</sup> Vgl. dazu nur Deinert, RdA 2014, 65, 68 f.

<sup>197</sup> Schüren-Riederer von Paar, Einleitung Rn. 686.

<sup>198</sup> BT-Drs. 15/25, S. 38.

<sup>199</sup> BAG, NZA 2011, 289.

<sup>200</sup> Vgl. Boemke/Lembke, Einleitung Rn. 21; Ullber, AEntG, § 2 Rn. 38; Mallmann/Borchard, AuR 2013, 413, 414; das übersehen Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Bissels, Einleitung Rn. 71.

betreffe allein die *Bedingungen* für die Überlassung von Arbeitnehmern, nicht aber die Regelungen über das Leiharbeitsverhältnis,<sup>201</sup> so überzeugt dies ebenfalls nicht. Der Wortlaut ist insoweit keineswegs eindeutig, denn unter Bedingungen der Überlassung von Arbeitnehmern können durchaus auch die für die Arbeitnehmer vorgesehenen vertraglichen Rechte verstanden werden. Auch die Berufung darauf, dass vor 2003<sup>202</sup> der Arbeitnehmerschutz von Leiharbeitnehmern vor allem auf den Bestand des Leiharbeitsverhältnisses bezogen war, was sachgerecht auf ein ausländisches Leiharbeitsverhältnis gar nicht angewendet werden könne, greift zu kurz.<sup>203</sup> Die ganze Argumentation verkürzt sich auf eine rein nationale Sichtweise unter Verkennung des europäischen Ursprungs des § 2 Nr. 4 AEntG: Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sich bei dem in § 2 normierten „harten Kern“ um eine nahezu exakte Abschrift des Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie handelt – von dem Umstand abgesehen, dass die Reihenfolge der Aufzählung der betroffenen Arbeitsbedingungen geändert wurde, Letzteres freilich ohne inhaltliche Bedeutung.<sup>204</sup> Dabei zeigt sich, dass auch andere Sprachfassungen die vorgestellte Deutung im engeren Sinne zulassen, etwa die englische oder die französische. Die Regelung muss aber im Kontext des Erwägungsgrundes (19) der Entsenderichtlinie gelesen werden. Darin heißt es, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht zwingen, Leiharbeitsunternehmen anzuerkennen, andererseits aber auch nicht hindere, ihre Rechtsvorschriften über das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften und über Leiharbeitsunternehmen auf Unternehmen anzuwenden, die nicht in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassen, dort aber im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen tätig sind. Der Erwägungsgrund zeigt, dass es letztlich darum ging, das Leiharbeitsrecht des Empfangsstaates auf entsandte Leiharbeitnehmer zu erstrecken, ohne dass daraus mittelbar für Mitgliedstaaten, die keine Leiharbeit anerkannten, die Pflicht erwachsen würde, Leiharbeit zu respektieren. Sieht man dies in dem Kontext, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von den Mitgliedstaaten verlangt, dass sie „bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren“, folgt daraus eindeutig, dass es gerade um die Erstreckung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer ging und nicht etwa um öffentlich-rechtliche Voraussetzungen der Beschäftigung. Insoweit unterscheidet sich der Wortlaut der Richtlinie, in dem von Bedingungen die Rede ist, doch ein wenig von § 2 AEntG, wo allein „Regelungen“ genannt werden. In richtlinienkonformer Auslegung zwingt dies zu dem

---

<sup>201</sup> So Schüren-Riederer von Paar, Einleitung Rn. 687 f.

<sup>202</sup> Die maßgeblichen Gesetzesänderungen waren im Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. I 4607, enthalten.

<sup>203</sup> Schüren-Riederer von Paar, Einleitung Rn. 688.

<sup>204</sup> Thüsing-Thüsing, AEntG, § 2 Rn. 1 und 5.

Verständnis, dass auch die vertragsrechtlichen Rechte der Leiharbeitnehmer durch § 2 Nr. 4 AEntG auf entsandte Leiharbeitnehmer erstreckt werden.

## **(b) Tarifdispositivität**

Es stellt sich allerdings die Frage, wie konkret die Tarifdispositivität des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei internationalen Sachverhalten ausgefüllt wird. Insofern muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber zwar die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch einen Tarifvertrag deutscher Tarifvertragsparteien vor Augen hatte. Das schließt aber nicht aus, dass ein solcher Tarifvertrag durch einen Tarifvertrag nach einem anderen Recht substituiert wird.<sup>205</sup><sup>206</sup> Grundsätzlich setzt die Substitution voraus, dass das fremde Institut nach Wirkungen und Funktion dem zu substituierenden gleichwertig ist.<sup>207</sup> Zu berücksichtigen ist, dass der Gesetzgeber den Gleichbehandlungsgrundsatz – ungeachtet der angesprochenen Unterwanderung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch CGZP-Tarifverträge – vor dem Hintergrund deutscher Vorstellungen von einem effektiven Tarifsysteem tarifdispositiv ausgestaltet hat. Daraus ergibt sich, dass für die Anerkennung eines ausländischen Tarifvertrages als Grundlage einer Abweichung vom leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu fordern ist:

- funktionsfähiges Arbeitskämpfrecht,
- Gegnerunabhängigkeit der Tarifvertragsparteien,
- soziale Mächtigkeit der Gewerkschaft,
- normative Wirkung des Tarifvertrages.<sup>208</sup>

Unabhängig hiervon ist allerdings zu hinterfragen, ob das ohne weitere gesetzliche Einschränkungen ermöglichte Abweichen vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifvertrag mit der Leiharbeitsrichtlinie vereinbar ist. Der Gesetzgeber beruft sich insoweit auf die Tarifautonomie.<sup>209</sup> Dafür kann es sicher gute Gründe geben, ist doch der Zweck der Tarifautonomie, durch Festlegung der Arbeitsbedingungen den Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Freilich hat die Praxis gezeigt, dass dies in der spezifischen Konstellation der Abweichung

---

<sup>205</sup> Zur Substitution vgl. *Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, § 1 Rn. 50; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 18 Rn. 17.

<sup>206</sup> *Mallmann/Borchard*, AuR 2013, 413, 414; einschränkend (nur bei Arbeitgebern aus der EU bzw. dem EWR zur Vermeidung unzulässiger Diskriminierungen) *Ulber*, AEntG, § 2 Rn. 39.

<sup>207</sup> BGHZ 80, 76, 78 ff.

<sup>208</sup> Vgl. *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87, 94 ff.; *Mallmann/Borchard*, AuR 2011, 413, 414; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 105; a. A. *Franzen*, EuZA 2011, 451, 470 f.

<sup>209</sup> BT-Drs. 17/4804, S. 9.

vom leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht funktioniert.<sup>210</sup> Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, diesen Schutz anderweitig zu gewährleisten.<sup>211</sup> Denn die Richtlinie erlaubt in ihrem Art. 5 Abs. 3 tarifvertragliche Abweichungen nur „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitern“.<sup>212</sup> Nun könnte argumentiert werden, der Gesetzgeber habe die Achtung des Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer durch die Schaffung der Lohnuntergrenze auf der Grundlage von § 3a AÜG ermöglicht.<sup>213</sup> Denn unterhalb der Lohnuntergrenze sind nach § 9 Nr. 2 AÜG Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz nicht möglich. Allerdings vermag dies nur für Fallkonstellationen zu überzeugen, in denen die Vergütung eines Stammarbeitnehmers nicht wesentlich über der Lohnuntergrenze liegt. Anders ist es aber bei höher dotierten Beschäftigungen. In diesem Sinne kann der Staat keine Achtung des Gesamtschutzes durch die Lohnuntergrenze in Höhe von 8,80 € gewährleisten, wenn ein Leiharbeiter in NRW beispielsweise stattdessen im Falle der Gleichbehandlung mit der ERA-Entgeltgruppe 8 einen Stundenlohn von 17,32 € erhielt. Insoweit verstößt die nahezu uneingeschränkte Möglichkeit zur Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz gegen Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie.<sup>214</sup> Fraglich ist allerdings, ob sich dies im Wege der richtlinienkonformen Auslegung beheben lässt. Tarifizensur wäre dies sicher nicht,<sup>215</sup> denn der Staat ist selbstverständlich subsidiär befugt, durch gesetzliche Regelungen (um deren Auslegung es im vorliegenden Kontext geht) die Arbeitsbedingungen festzulegen.<sup>216</sup> Schon bisher entsprach es einer überzeugenden Literaturansicht, dass eine gesetzliche Tariföffnungsklausel zwingend implizit eine Beschränkung der Abweichung nur im Rahmen der gesetzlichen Wertordnung zulasse, so dass Tarifabweichungen nur möglich seien, wenn sie einen insgesamt gleichwertigen Schutz herbeiführen.<sup>217</sup> Keine andere Bewertung greift für die Tarifdispositivität des Gleichbehandlungsgrundsatzes

---

<sup>210</sup> Vgl. m. w. N. *Deinert*, RdA 2014, 65, 68 ff.

<sup>211</sup> *Blanke*, DB 2010, 1528, 1531 f.

<sup>212</sup> Selbst diese Regelung wird hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Primärrecht in Zweifel gezogen, vgl. *Heuschmid/Klauk*, SR 2012, 84 ff.

<sup>213</sup> So etwa *Thüsing-Pelzner/Kock*, AÜG, § 3 Rn. 92; wohl auch *Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Hurst*, § 3 Rn. 83.

<sup>214</sup> *Waas*, ZESAR 2012, 7, 9 f.; *Zimmer*, NZA 2013, 289, 291; i. E. ebenso *Ulber-J. Ulber*, § 9 Rn. 212. Zutr. verweisen *Waas*, ZESAR 2012, 7, 10; *Zimmer*, NZA 2013, 289, 291; *ErfK-Wank*, § 3 AÜG Rn. 23a, zudem darauf, dass die Lohnuntergrenze nur den Schutz hinsichtlich der Entgelthöhe bewirken kann, nicht aber hinsichtlich sonstiger Arbeitsbedingungen, in Bezug auf die es ebenfalls möglich ist, tarifvertraglich vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen.

<sup>215</sup> I. E. wie hier *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; a. A. *Boemke/Lembke-Lembke*, § 9 Rn. 192; *Thüsing*, RdA 2009, 118; ähnlich auch *Thüsing-Pelzner/Kock*, AÜG, § 3 Rn. 92.

<sup>216</sup> Vgl. BVerfGE 44, 322, 340.

<sup>217</sup> *Wiedemann-Wiedemann*, Einleitung Rn. 388.

nach § 9 Nr. 2 AÜG, der insoweit richtlinienkonform auszulegen ist<sup>218, 219</sup> Soweit es um die Substitution eines Tarifvertrages nach deutschem Recht durch einen ausländischen geht, gilt dann ebenfalls nichts anderes.

### (c) Tarifdispositivität nach der *lex causae*

Die vorstehend skizzierte Möglichkeit einer Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifvertrag betrifft allerdings allein den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 10 Abs. 4 AÜG, soweit dieser sich als zwingendes Recht im Sinne des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung oder als Eingriffsrecht gegen ein fremdes Vertragsstatut durchsetzt oder durch ein deutsches Vertragsstatut zur Anwendung berufen ist. Arbeitet der Arbeitnehmer allerdings unter einem fremden Vertragsstatut, mag die Möglichkeit zur Abweichung von dem als Eingriffsrecht zur Anwendung berufenen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 10 Abs. 4 AÜG nach vorstehenden Grundsätzen gegeben sein. Gleichwohl wird ein eventueller Gleichbehandlungsgrundsatz nach dem Vertragsstatut ebenfalls zu beachten sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 10 Abs. 4 AÜG ist aber nur als Mindeststandard zur Anwendung berufen (vgl. auch Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie).<sup>220</sup> Ein eventueller Gleichbehandlungsanspruch nach einem fremden Vertragsstatut, der nicht tarifdispositiv ausgestaltet ist, wie dies etwa in Polen der Fall ist,<sup>221</sup> kann damit nicht durch schlechtere Arbeitsbedingungen in einem Tarifvertrag unterlaufen werden, weil insoweit das fremde Recht maßgeblich ist. Die Tarifdispositivität des § 10 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und § 9 Nr. 2 AÜG hat hingegen ihrerseits keine international zwingende Wirkung als Eingriffsrecht. Auch bei Inlandsarbeit scheidet dann die Abweichung von einem nicht tarifdispositiv ausgestalteten leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einer fremden Rechtsordnung aus. Auch Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie zwingt insoweit zu keinem anderen Ergebnis. Danach können die Mitgliedstaaten tarifvertragliche Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz gestatten. Sie müssen es aber nicht. Vor allem aber geht es allein um die Befugnis, Abweichungen von dem durch die eigene Gesetzgebung aufge-

---

<sup>218</sup> A. A. Zimmer, NZA 2013, 289, 292.

<sup>219</sup> Ulber-J. Ulber, § 9 Rn. 212; Fuchs, NZA 2009, 57, 62; Deinert, NZA 2009, 1176, 1180; wohl auch Boemke, RIW 2009, 177, 183, wo lediglich eine Klarstellung im Gesetz gefordert wird; zweifelnd Waas, ZESAR 2012, 7, 10; a. A. Niebling/Gründel, BB 2009, 2366, 2369.

<sup>220</sup> EuGH, NZA 2015, 345, Rn. 43 – Sähköalojen ammattiliitto; vgl. Callsen, EuZA 2011, 581, 585.

<sup>221</sup> Vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 105; deutsche Übersetzung des polnischen Arbeitsgesetzbuchs in: AuR 2011, 300.

stellten Gleichbehandlungsgrundsatz zu erlauben. Keineswegs ist dort vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten Abweichungen zulassen können von einem Gleichbehandlungsgrundsatz, der in einer anderen Rechtsordnung geregelt ist. Gleichbehandlung und Ausnahmen sind insoweit zwei Seiten einer Medaille. Die Ausnahmen sind Ausgestaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Demgegenüber ist nicht vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen von einem leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach einer fremden Rechtsordnung vorsehen können.

### **(3) Betriebliche Rechte beim Entleiher**

Die Rechte, die ein Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher hat, beruhen nicht auf einem Vertragsverhältnis zwischen beiden. Gleichwohl kann ein partielles (Arbeits-) Vertragsverhältnis bestehen. Dieses ist ebenfalls nach Art. 8 Rom I-Verordnung anzuknüpfen (s.o. c [1] [a] vi). Insoweit ist eine selbstständige Anknüpfung geboten.<sup>222</sup> Denn es kann nicht davon abhängig sein, welchem Recht der Leiharbeitsvertrag unterliegt, ob die Begründung quasi-arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten erfolgt. Vielmehr ist es das (möglicherweise bestehende) Rechtsverhältnis, für das das Recht zu suchen ist, das über die Existenz des Rechtsverhältnisses (vgl. Art. 10 Rom I-Verordnung) und daraus erwachsende Rechte und Pflichten entscheidet. Das partielle Arbeitsverhältnis ist damit nicht etwa dem Recht unterworfen, dem der Leiharbeitsvertrag mit dem Verleiher unterliegt.

Im Falle einer Entleihe nach Deutschland ist daher regelmäßig deutsches Recht anwendbar.<sup>223</sup> Denn eine Rechtswahl wird häufig gar nicht vorliegen. In Ermangelung einer Rechtswahl greift nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-Verordnung in erster Linie das Recht des Arbeitsortes. Das ist hinsichtlich der Erbringung der Leiharbeit im Verhältnis zum Entleiher das deutsche Recht. Selbst wenn es eine Rechtswahl geben sollte, kann diese gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-Verordnung nicht von den Schutznormen des deutschen Rechts abweichen.

Ohnehin werden die Rechte des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher, soweit nicht nach einem eventuell abweichenden Vertragsstatut günstigere Rechte eingreifen, nach deutschem Recht bei Arbeitsleistung im Inland gemäß § 2 Nr. 4

---

<sup>222</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 111; *Thüsing-Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 66; *Boemke/Lembke*, Einleitung Rn. 26; vgl. auch *Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Bissels*, Einleitung Rn. 76; a. A. *Schnorr*, ZfA 1975, 143, 164; *Winkler v. Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 123; *Schüren-Riederer von Paar*, Einleitung Rn. 670; *Rebhahn*, IPRax 1988, 368, 369.

<sup>223</sup> *Thüsing-Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 66.

AEntG zwingend Anwendung verlangen, falls auch diese Regelungen zu den Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne dieser Bestimmung zählen. Nach den vorstehend (s.o. [2]) angestellten Erwägungen betrifft diese Regelung nicht allein die Voraussetzungen für die Überlassung von Arbeitnehmern, sondern auch die vertragsrechtlichen Rechte und Pflichten. Auch ein aus dem Ausland in das Inland überlassener Arbeitnehmer hat daher Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten des Entleihers gemäß § 13b AÜG. Darüber hinaus hat er die Informationsansprüche nach § 13a AÜG über freie Stellen beim Entleiher.

Da auch die quasi-vertraglichen Rechte des Leiharbeitnehmers aus dem partiellen Arbeitsverhältnis, wie sie im deutschen Recht vorgesehen sind, als Eingriffsrecht zwingend bei der Arbeit des Leiharbeiters im Inland zur Anwendung kommen, bedarf es keiner Entscheidung, ob das Auskunftsrecht des Leiharbeitnehmers hinsichtlich der Arbeitsbedingungen gegenüber dem Entleiher nach § 13 AÜG als Hilfsrecht das Schicksal des Gleichbehandlungsanspruchs als Eingriffsrecht teilt, wofür einiges spricht. Das Auskunftsrecht kommt in jedem Falle als Eingriffsrecht zur Anwendung.

Eine andere Beurteilung ist allerdings hinsichtlich des aus dem Leiharbeitsvertrag erwachsenden Weisungsrechts des Entleihers geboten. Dieses unterliegt naturgemäß dem Vertragsstatut des Leiharbeitsvertrages.<sup>224</sup>

#### **(4) Konsequenzen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis**

Wie ausgeführt (s.o. a) ist die Arbeitnehmerüberlassung bei Inlandsarbeit nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erlaubnispflichtig. Nunmehr ist zu klären, ob die vertragsrechtlichen Konsequenzen, die das AÜG für den Fall einer fehlenden Verleiherlaubnis regelt, als Eingriffsrecht gleichermaßen zur Anwendung kommen. Insoweit lassen sich unterscheiden die Nichtigkeitsanordnung hinsichtlich des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher (a) und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (b).

##### **(a) Wirksamkeit des Leiharbeitsvertrages**

Grundsätzlich richten sich Zustandekommen und Wirksamkeit eines Vertrages gemäß Art. 10 Abs. 1 Rom I-Verordnung nach dem hypothetischen Vertragssta-

---

<sup>224</sup> *Boenke/Lembke*, Einleitung Rn. 25; *Thüsing-Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 67; *Urban-Crell u.a.-Urban-Crell/Bissels*, Einleitung Rn. 76; *Winkler von Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 124.

tut, also nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag zustande gekommen bzw. wirksam wäre. Dementsprechend würde das – regelmäßig fremde – Arbeitsvertragsstatut des Leiharbeitsvertrages darüber entscheiden, welche Konsequenzen aus dem Fehlen einer Verleiherlaubnis zu ziehen sind.

Anders wäre dies allerdings, wenn die Unwirksamkeitsanordnung des § 9 Nr. 1 AÜG als Eingriffsrecht anzusehen wäre. Dies hätte zur Folge, dass ein Leiharbeitsvertrag, bei dem ein Leiharbeiter im Inland für einen inländischen Entleiher tätig wird, unabhängig vom sonst auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht zwingend unwirksam wäre. Im Grundsatz ist hiervon auszugehen.<sup>225</sup> Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages im Falle fehlender Verleiherlaubnis dient dem öffentlichen Interesse, das mit der Erlaubnisspflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung verfolgt wird und teilt daher deren Schicksal. Im Grundsätzlichen bestehen keine Bedenken dagegen, dass deutsches Eingriffsrecht die Nichtigkeit eines Vertrages unter fremdem Vertragsstatut anordnet. Dies ist eben der Ausdruck des öffentlichen Interesses. Dass ausländische Gerichte diese Beurteilung unter Umständen nicht teilen würden, ändert an sich nichts. Denn es geht darum, wie das Rechtsverhältnis durch ein deutsches Gericht unter Berücksichtigung deutscher Eingriffsnormen zu beurteilen ist. Aber auch ein Gericht im Ausland könnte sich hierüber nicht ohne weiteres hinwegsetzen. Auch ein ausländisches Gericht käme nicht um die Erkenntnis umhin, dass ein deutsches Gericht den Vertrag als unwirksam ansehen würde und dementsprechend keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erfüllung der Arbeitsleistung besteht. Im europäischen Rechtsraum trägt das Kollisionsrecht dieser Erkenntnis durchaus Rechnung: Art. 9 Abs. 3 Satz 1 Rom I-Verordnung besagt insoweit, dass den Eingriffsnormen des Staates, in dem die vertraglichen Verpflichtungen erfüllt werden sollen, Wirkung verliehen werden kann, soweit diese die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen. Die Ansichten, wonach der Leiharbeitsvertrag nur „insoweit“ unwirksam sein müsse, als dies ein nach deutschem Recht fingiertes Arbeitsverhältnis erfordere,<sup>226</sup> oder wonach zwar ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird, der Leiharbeitsvertrag nach fremdem Recht aber bestehen bleibe mit der Folge, dass der Arbeitnehmer wählen könne, welchen er kündigen wolle,<sup>227</sup> beruhen letztlich auf der Sorge, dem ausländischen Arbeitnehmer würde gleichsam sein im Übrigen in der Heimat zu vollziehendes Arbeitsverhältnis entzogen. Diese Sorge ist nach Vorstehendem nicht überzeugend. Jedenfalls gehen die Be-

---

<sup>225</sup> Thüsing-Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 61; D. Ulber, ZESAR 2015, 3, 5; Winkler von Mohrenfels/Bloch, EAS B 3000 Rn. 125.

<sup>226</sup> Schüren-Riederer von Paar, Einleitung Rn. 679.

<sup>227</sup> Boemke/Lembke, Einleitung Rn. 22.



denken nicht weiter, als sie allgemein gegen die Unwirksamkeitsfolge mit staatlich verordnetem Vertragspartnerwechsel auch bei rein innerstaatlichen Fällen erhoben werden können.<sup>228, 229</sup> Wenn das Heimatrecht des Arbeitnehmers diese Unwirksamkeitsfolge nicht kennt, kann der Arbeitnehmer dies vor den heimischen Gerichten, wo regelmäßig ein Gerichtsstand existieren wird, geltend machen und er wird dort auch Erfolg haben.<sup>230</sup> In Deutschland muss dies aber anders gesehen werden und auf diese Weise werden Friktionen vermieden.

Dementsprechend ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland ins Inland ohne Erlaubnis die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages nach § 9 Nr. 1 AÜG, der sich als inländisches Eingriffsrecht durchsetzt, zur Folge hat. *Brors* und *Schüren* gehen allerdings davon aus, dass dies im Falle des Vorliegens einer Entsendebescheinigung A1 aufgrund ihrer Bindungswirkung ausgeschlossen sei, weil die rechtliche Bindung des Arbeitnehmers an seinen heimischen Arbeitgeber durch das Recht des Aufnahmestaates nicht verändert werden könne.<sup>231</sup> Eine solche A1-Bescheinigung wird vom heimischen Sozialversicherungsträger nach Art. 19 Abs. 2 VO (EG) 987/2009<sup>232</sup> ausgestellt und bestätigt verbindlich die Zugehörigkeit zum dortigen Sozialversicherungssystem. Insoweit erweist es sich als problematisch, wenn der Arbeitnehmer auf Grundlage des – aus Sicht der deutschen Gerichte – als unwirksam zu behandelnden Arbeitsverhältnisses im Heimatland sozialversicherungspflichtig ist, zugleich aber ein Arbeitsverhältnis zum vermeintlichen Entleiher besteht, das ohne weiteres im Inland sozialversicherungspflichtig ist. Eben eine solche mehrseitige Beanspruchung durch verschiedene Sozialversicherungssysteme soll die A1-Bescheinigung ausschließen. Die Frage ist allerdings, ob dies auch tatsächlich die Folge ist. Zu der auf einer Vorgängerregelung beruhenden E 101-Bescheinigung war die Rechtsprechung des EuGH von einer umfassenden Bindungswirkung ausgegangen, die es ausschloss, die darin bestätigten Tatsachen, auf deren Grundlage die Bescheinigung ausgestellt wurde, insbesondere eine arbeitsrechtliche Bindung zum entsendenden Unternehmen, infrage zu stellen.<sup>233</sup> Diese Bin-

---

<sup>228</sup> Vgl. m.w.N. *Ulber-J. Ulber*, § 10 Rn. 5; *ErfK-Wank*, § 10 AÜG Rn. 8.

<sup>229</sup> Darauf weist *D. Ulber*, *ZESAR* 2015, 3, 5 f., mit Recht hin.

<sup>230</sup> Vgl. auch *D. Ulber*, *ZESAR* 2015, 3, 6.

<sup>231</sup> *Brors/Schüren*, *NZA* 2014, 569, 572; *Schüren-Schüren*, Einleitung Rn. 831; *Schüren*, *FS Düwell*, S. 84, 91 ff.

<sup>232</sup> Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, *ABl. L* 284/1.

<sup>233</sup> EuGH, AP Nr. 13 zu EWG-Verordnung Nr. 1408/71 – *Herbosch Kiere*.

dungswirkung ist nunmehr in Art. 5 VO (EG) 987/2009 geregelt. Es stellt sich damit die Frage, ob die Bindungswirkung der Unwirksamkeitsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG tatsächlich entgegenstehen kann. Die Frage ist zu verneinen. Art. 10 der Richtlinie 2008/104/EG steht dem allerdings nicht entgegen.<sup>234</sup> Diese Bestimmung verlangt zwar Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie. Die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ist allerdings nicht durch die Richtlinie geregelt. Zutreffend wurde aber darauf hingewiesen, dass die A1-Bescheinigung keine arbeitsrechtliche Gestaltungsmacht beansprucht, denn die Bindungswirkung greift nur „für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung“.<sup>235</sup> Die Bescheinigung hindert Behörden und Gerichte daher nicht, auf anderen Rechtsgebieten andere Schlussfolgerungen aus dem Sachverhalt zu ziehen.<sup>236</sup> Und im Übrigen kann die Bescheinigung nicht über die Tatsachen hinausgehen, die Gegenstand der Prüfung waren.<sup>237</sup> Die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages infolge der Tätigkeit in einem anderen Land nach dessen Eingriffsrecht gehört dazu aber nicht. Auch der Zweck einer Vermeidung doppelter Versicherungsverhältnisse führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages lässt die Grundlage der Versicherungspflicht im heimischen System entfallen. Verleiher und Leiharbeitnehmer mögen auf den Widerruf oder die Ungültigerklärung (vgl. Art. 5 Abs. 1 VO [EG] 987/2009) hinwirken. Von einer weitergehenden Bindungswirkung geht auch der BGH in seinem Urteil vom 24.10.2006 offensichtlich nicht aus.<sup>238</sup> Dieser hielt die Strafgerichte im Hinblick auf eine Straftat nach § 266a StGB für an die früheren E101-Bescheinigungen gebunden.<sup>239</sup> Dabei geht es aber gerade um die Sozialversicherungspflicht, die nur bejaht werden kann, wenn die in der Bescheinigung zugrunde liegenden Tatsachen infrage gestellt werden. Zudem stützte sich der BGH explizit auf die sozialrechtsakzessorische Natur der Strafvorschrift.<sup>240</sup>

Die vorgenannte Problematik ist freilich ein spezielles Problem, das insbesondere im Rahmen der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung ohnehin praktisch kaum eine Rolle spielen wird, weil auch die transnationale Konzernleihe mit Blick auf das Konzernprivileg nicht erlaubnispflichtig ist (s.o. b). Ganz grundsätzlich

---

<sup>234</sup> A.A. D. Ulber, ZESAR 2015, 3, 8.

<sup>235</sup> D. Ulber, ZESAR 2015, 3, 7.

<sup>236</sup> So wohl auch Kruse, Entsendung von Arbeitnehmern, S. 158.

<sup>237</sup> D. Ulber, ZESAR 2015, 3, 7.

<sup>238</sup> BGH NJW 2007, 233.

<sup>239</sup> Krit. dazu im Hinblick auf die Möglichkeit, Missbrauch nachzuweisen, Wank, EuZW 2007, 300, 303 f.

<sup>240</sup> BGH, NJW 2007, 233, Rn. 25.

spricht jedenfalls nichts dagegen, von der Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages nach § 9 Nr. 1 AÜG als Eingriffsrecht bei Überlassung eines Arbeitnehmers nach Deutschland auszugehen.

## **(b) Fingiertes Arbeitsverhältnis**

Ebenso ist die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 AÜG (erst recht) als Eingriffsrecht anzusehen. Fingiertes Arbeitsverhältnis und Unwirksamkeit des Verleiharbeitsvertrages im Falle der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis sind letztlich zwei Seiten einer Medaille. Das fingierte Arbeitsverhältnis ist Schutzinstrument zugunsten des Arbeitnehmers, insbesondere weil er sonst ohne Arbeitsverhältnis dastünde. Und die Unwirksamkeitsfolge konnte der Gesetzgeber nur anordnen, weil er den Arbeitnehmerschutz auf diese Weise anderweitig gewährleisten konnte. Zudem führt die scharfe Sanktionsdrohung des fingierten Arbeitsverhältnisses dazu, dass Entleiher in die Pflicht genommen werden können, sorgfältig das Vorliegen einer Verleiherlaubnis zu prüfen. Vor diesem Hintergrund teilt die Anordnung des fingierten Arbeitsverhältnisses den Charakter eines öffentlichen Interesses, das auch die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung zu Eingriffsrecht macht.<sup>241</sup> Ohne weiteres handelt es sich um eine Regelung der Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 2 Nr. 4 AEntG.<sup>242</sup>

Die Bedenken, die sich gegen diesen Übergriff in ein in einem fremden Vertragsstatut unterliegendes Arbeitsverhältnis richten könnten (s.o. [a]), wären hier gar nicht maßgeblich. Es geht allein um die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu einem inländischen Entleiher. Die A1-Bescheinigung steht dem fingierten Arbeitsverhältnis nicht entgegen.<sup>243</sup> Sie betrifft ohnehin keine Aussage zur Sozialversicherungspflicht eines durch das Eingriffsrecht des Arbeitsortes kraft Gesetzes fingierten Arbeitsverhältnisses, sondern allein eine eventuelle Sozialversicherungspflicht auf der Grundlage des mit dem heimischen Verleiher geschlossenen

---

<sup>241</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 105; *Schüren-Riederer von Paar*, Einleitung Rn. 678; *Hoch*, BB 2015, 1717, 1721; i. E. ebenso BSGE 64, 145, 150. *Schnorr*, ZfA 1975, 143, 154, hielt dies, letztlich aber ohne eigene Festlegung, ebenfalls für möglich.

<sup>242</sup> *Winkler v. Mohrenfels/Bloch*, EAS B 3000 Rn. 125; *Ulber*, AEntG, § 2 Rn. 34.

<sup>243</sup> I. E. ebenso *Ulber-J. Ulber*, § 10 Rn. 4; *Thüsing-Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 70; a. A. Bayr.LSG, EzAÜG SGB IV Nr. 37; *Brors/Schüren*, NZA 2014, 569, 572; *Schüren-Schüren*, Einleitung Rn. 831; *Tuengerthal/Geißer*, AuA 2014, 84, 85; *Zimmermann*, AuA 2010, 514, 516.

Arbeitsvertrages.<sup>244</sup> Ohnehin lässt sich bezweifeln, dass eine A1-Bescheinigung auch der Annahme eines fiktiven Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung entgegensteht. Denn immerhin schützt die A1-Bescheinigung nicht den deutschen Entleiher.<sup>245</sup> Hier könnte sich allenfalls das Problem ergeben, dass der Arbeitnehmer aus zwei Rechtsverhältnissen unter unterschiedlichem Recht doppelt berechtigt sein könnte, indem er beispielsweise Lohnansprüche sowohl gegen den Verleiher als auch gegen den Entleiher geltend macht. Vom Standpunkt des deutschen Rechts aus ist dies an sich nicht problematisch, weil der Arbeitsvertrag in jedem Fall nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Selbst wenn der Arbeitnehmer bereits Leistungen vom Verleiher erhalten hat, kann er gestützt auf das fingierte Arbeitsverhältnis dieselben Leistungen auch vom Entleiher verlangen. Die Leistungen des Verleihers sind wegen der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages der Rückabwicklung zugänglich. Man muss sich aber auch nicht um die Frage sorgen, ob der Arbeitnehmer, der in Deutschland erfolgreich den Entleiher auf Grundlage des fingierten Arbeitsverhältnisses in Anspruch genommen hat, nach seinem heimischen Recht den Verleiher vor den heimischen Gerichten erneut in Anspruch nehmen kann. Es würde sich insoweit um einen klassischen Fall der Normenhäufung handeln, der im Wege der Anpassung zu lösen wäre. Wie dies zu geschehen hätte, kann und muss hier nicht näher erörtert werden, da dies ein Problem der Gerichte fremder Staaten ist.<sup>246</sup>

Dass nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird, besagt an sich noch nichts über das auf dieses Arbeitsverhältnis anwendbare Recht. Dieses ist nach Art. 8 Rom I-Verordnung zu ermitteln. Angesichts des inländischen Arbeitsortes unterliegt es regelmäßig deutschem Recht.<sup>247</sup>

Unabhängig davon kann ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher allerdings auch nach dem Vertragsstatut begründet werden,<sup>248</sup> vorausgesetzt dieses kennt das Entstehen einer Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher, wie dies beispielsweise im englischen Recht der Fall ist<sup>249</sup>. Denn das Zustandekommen des Vertrages richtet sich gemäß Art. 10 Abs. 1 Rom I-Verordnung nach dem hypothetischen Vertragsstatut. Das ist wohlgemerkt aber das

---

<sup>244</sup> D. Ullber, ZESAR 2015, 3, 8; a. A. Schüren-Schüren, Einleitung Rn. 831.

<sup>245</sup> Insofern widersprüchliche Aussagen bei Brors/Schüren, NZA 2014, 569, 572, wonach die A1-Bescheinigung einerseits dem fingierten Arbeitsverhältnis entgegensteht, andererseits die Begründung von Ansprüchen illegal überlassener Arbeitnehmer gegen den Entleiher zulassen soll.

<sup>246</sup> Zur Anpassung im Falle der Normenhäufung bei der Rechtsanwendung durch deutsche Gerichte s. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 18 Rn. 16.

<sup>247</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 105.

<sup>248</sup> Vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 109.

<sup>249</sup> Vgl. Deakin/Morris, Labour Law, 6. Aufl., Oxford u.a. 2012, Rn. 335.

Vertragsstatut hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher, nicht hinsichtlich des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer. Dies kann für die Arbeitnehmerüberlassung in die Bundesrepublik hinein kaum einmal eine Rolle spielen, da das hypothetische Vertragsstatut wegen des Arbeitsortes im Inland wiederum ein deutsches wäre; nur ausnahmsweise könnte es sich um ein fremdes Vertragsstatut handeln, etwa in Anwendung der Ausweichklausel nach Art. 8 Abs. 4 Rom I-Verordnung.

## II. Reichweite der Betriebsverfassung

Im Folgenden ist die Reichweite der Betriebsverfassung zu untersuchen. Das betrifft zunächst die Ermittlung des Betriebsverfassungsstatuts bei Auslandsberührungen (s.u. 1). Sodann geht es um die Auslotung der Reichweite des anwendbaren Betriebsverfassungsrechts (s.u. 2–4).

### 1. Zur Anknüpfung der Betriebsverfassung

Während die Rechtsprechung und Teile der Literatur davon ausgehen, dass für die Betriebsverfassung das Territorialitätsprinzip greife,<sup>250</sup> so dass das BetrVG grundsätzlich (immer, aber auch nur) bei Arbeit im Inland zur Anwendung kommt, geht eine wohl überwiegende Ansicht in der Literatur von einer privatrechtlich qualifizierenden Ansicht aus, wonach an den Betriebsitz zu knüpfen sei<sup>251, 252</sup>. Der Unterschied zwischen beiden Ansichten ist gering. Er liegt im We-

---

<sup>250</sup> BAG, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972; BAG, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972; BAG, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; *Lipperheide*, Die Arbeitnehmervertretungen und ihre Bedeutung bei einem deutschen Betrieb eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, S. 65 ff.; *MünchArbR-Oetker*, § 11 Rn. 128; *Rauscher-v.Hein*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 2; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1249 f.

<sup>251</sup> *Beitzke*, DB 1958, 224, 225; *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 384, 407; *ders.*, FS *Trinkner*, S. 461, 465; *Däubler*, *Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft*, S. 25 ff.; *ders.*, FS *Birk*, S. 27, 42; *Franzen*, *AR-Blattei* SD 920 Rn. 188; *Staudinger-Magnus*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 265; *MünchKomm-Martiny*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 146; *ErfK-Schlachter*, *Rom I-VO* Rn. 29; *Junker*, FS *BAG*, S. 1197, 1216; *C. Mueller*, *International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts*, S. 157; *Kölpin*, *Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 bei der Entscheidung von Arbeitnehmern deutscher Unternehmen ins Ausland*, Diss., Bayreuth 1987, S. 51; *Laufersweiler*, *Ausstrahlung im Arbeits- und Sozialrecht*, Berlin 1999 (zugl. Berlin, Freie Univ., Diss. 1995), S. 94 ff.; *Deinert*, *Internationales Arbeitsrecht* Rn. 15 ff.; *ders.*, *RdA* 2009, 144.

<sup>252</sup> Die Theorie, wonach die Betriebsverfassung dem Arbeitsvertragsstatut folge (grundl. *Gamillscheg*, *Internationales Arbeitsrecht*, S. 370 ff.; *ausf. zu den sich daraus ergebenden*

sentlichen darin, dass das sog. Territorialitätsprinzip auf eine einseitige Anknüpfung (zum Begriff s.o. I 1 a) des BetrVG hinausläuft, während die Lageortanknüpfung die Entwicklung einer allseitigen Kollisionsnorm bedeutet. Die eigentliche Problematik des Territorialitätsprinzips liegt in der mit ihm verbundenen Vermengung der Rechtsanwendungsfrage mit nachgelagerten Fragen des Umgangs des materiellen Sachrechts mit Auslandssachverhalten.<sup>253</sup> Im Übrigen führt auch die ebenfalls oftmals anzutreffende Vorstellung von der Betriebsverfassung als Eingriffsrecht im Wesentlichen zu ähnlichen Ergebnissen.<sup>254</sup>

Gleichgültig, welcher Ansicht zur Anknüpfung der Betriebsverfassung gefolgt wird, ist klar, dass das Gesetz auf Inlandsbetriebe anzuwenden ist. Für die transnationale Konzernentsendung stellen sich damit drei wesentliche Fragen. Zunächst geht es darum, inwieweit der Betriebsrat in das Geschehen der Entsendung in den Betrieb involviert wird (2). Zum Zweiten geht es darum, welche betriebsverfassungsrechtliche Stellung ein aus dem Ausland in den Inlandsbetrieb entsandter Arbeitnehmer hat (3). Und schließlich ist zu klären, welche Möglichkeiten der Betriebsrat hat, auf die Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen und kollektivvertraglichen Bestimmungen zu drängen (4). Dabei sind Konstellationen des transnationalen konzerninternen Verleihs von Arbeitnehmern gleichermaßen im Blick zu behalten wie sonstige Fälle transnationaler Konzernentsendungen.<sup>255</sup>

## 2. Beteiligung des Betriebsrats bei transnationalen Konzernentsendungen

Im Grundsatz gilt das Betriebsverfassungsstatut unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut.<sup>256</sup> Das BAG hat zwar offen gelassen, ob dies auch gilt, wenn sämtliche Arbeitsverträge einem fremden Vertragsstatut unterliegen.<sup>257</sup> Die Frage ist aber zu bejahen.<sup>258</sup> Die Kollisionsnorm führt zur Anwendbarkeit des BetrVG. Dieses Gesetz (als Sachrecht) kennt aber keine Ausnahme für Betriebe mit Arbeitnehmern, die ausschließlich fremden Vertragsstatuten unterworfen sind.

---

den Konsequenzen *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 202 ff.), wird heute kaum noch vertreten.

<sup>253</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 19.

<sup>254</sup> Vgl. *DKKW-Däubler*, Einleitung Rn. 234; *DKKW-Trümmer*, § 1 Rn. 25; *Kraushaar*, AiB 1989, 53, 55.

<sup>255</sup> Zur begrifflichen Unterscheidung s.o. A II.

<sup>256</sup> BAG, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1973; *Birk*, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 61, 69.

<sup>257</sup> BAG, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

<sup>258</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 29.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob das BetrVG auf bestimmte Arbeitnehmer angewendet werden kann. Das BAG hat dies bislang als Problem des persönlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes begriffen.<sup>259</sup> Der Sache nach bedeutet dies eine nachgeschaltete zweite kollisionsrechtliche Frage, diesmal in Bezug auf den betroffenen Arbeitnehmer.<sup>260</sup> Richtiger Ansicht nach sind die unter den Stichworten von Ein- und Ausstrahlungen diskutierten Probleme allerdings keine Fragen kollisionsrechtlicher Natur, sondern sachrechtliche Fragen.<sup>261</sup> Sie betreffen, wie auch sonst Probleme des Auslandssachverhalts, allein die Frage, ob das anwendbare Sachrecht eine bestimmte Fragestellung regelt.

Dem muss an dieser Stelle aber nicht weiter nachgegangen werden. Denn die Frage, ob der Betriebsrat im Rahmen transnationaler Konzernentsendungen in inländische Betriebe zu beteiligen ist, betrifft zunächst inländische Betriebe und eröffnet auch nach dem Verständnis des Territorialitätsprinzips in der Rechtsprechung die Anwendbarkeit des BetrVG und ermöglicht die Beteiligung in Bezug auf die in den Betrieb zu integrierenden Beschäftigten. Das ist so unzweifelhaft, dass die Problematik regelmäßig gar nicht diskutiert, sondern stattdessen sogleich auf eine – im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierende – mögliche Einschränkung der Mitbestimmung auf Unternehmensebene hinsichtlich der Inlandsbetriebe und -beschäftigten eingegangen wird.<sup>262</sup>

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Beteiligung des Betriebsrats ebenso zu erfolgen hat wie bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt. Dementsprechend ist der Betriebsrat bei transnationaler konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung nach § 14 Abs. 3 AÜG, § 99 BetrVG zu beteiligen.<sup>263</sup> Aber auch sonst ist der Betriebsrat nach § 99 BetrVG im Falle internationaler Konzernentsendungen zu beteiligen. Voraussetzung ist, dass es sich um eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG handelt. Dazu ist nicht erforderlich, dass ein Arbeitsvertrag zum aufnehmenden Unternehmen begründet wird.<sup>264</sup> Es genügt vielmehr, dass die betreffende Person in den Betrieb eingegliedert wird, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern durch weisungsgebundene Tätigkeiten arbeitstechnische Zwecke zu verfolgen; entscheidend ist, dass der Betriebsinhaber Personalhoheit in dem Sinne erlangt, dass er die typischen Entscheidungen über Zeit und

---

<sup>259</sup> Vgl. BAG, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG.

<sup>260</sup> E. Lorenz, Anm. zu BAG, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

<sup>261</sup> Junker, RIW 2001, 94, 105; wohl auch Boemke, NZA 1992, 112, 113; a. A. E. Lorenz, Anm. zu BAG, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; ders., FS W. Lorenz, S. 441, 448.

<sup>262</sup> Vgl. Fitting, § 1 Rn. 18.

<sup>263</sup> Vgl. Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 212 ff.

<sup>264</sup> Fitting, § 99 Rn. 33; DKKW-Bachner, § 99 Rn. 39.

Ort der Tätigkeit trifft.<sup>265</sup> Letzteres kann z.B. vorliegen, wenn ein Produktionslogistikunternehmen Subunternehmer beauftragt, diesen Fahrzeuge vermietet, Arbeitnehmer des Subunternehmers und die vermieteten Fahrzeuge in die eigenen Dienstpläne einbezogen werden, Anweisungen vom Auftraggeber wie vom Kunden direkt an die Fahrer erteilt werden, Tachoscheiben abzugeben sind etc.<sup>266</sup>

Dabei ist es unerheblich, ob von der ausländischen Konzernmutter oder Unternehmensleitung Vorgaben gemacht wurden.<sup>267</sup> Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats können dadurch nicht übergangen werden. Geschieht dies doch, kann der Arbeitgeber im Inland auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.<sup>268</sup>

Mit Blick darauf, dass das Mitbestimmungsrecht darauf zielt, den Schutz der Beschäftigten des Betriebes durch Mitbestimmung hinsichtlich der personellen Zusammensetzung zu gewährleisten,<sup>269</sup> ergeben sich in Bezug auf die Mitbestimmung keinerlei abweichende Maßstäbe. Der Arbeitgeber muss daher auch beim Einsatz ausländischer Mitarbeiter den Betriebsrat namentlich über die einzustellenden Personen informieren.<sup>270</sup> Ein Verleihvertrag ist vorzulegen.<sup>271</sup> Auf Verlangen des Betriebsrats muss der Arbeitgeber die Stelle gemäß § 93 BetrVG innerbetrieblich ausschreiben, und zwar auch dann, wenn es um eine kurzfristige Beschäftigung geht.<sup>272</sup>

Bei einem Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben kann der Betriebsrat die Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung unter den gleichen Voraussetzungen wie bei inländischen Leiharbeitnehmern verweigern. Insbesondere ist insoweit an das Zustimmungsverweigerungsrecht wegen Gesetzesverstoßes (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG) und an das Zustimmungsverweigerungsrecht wegen drohender Nachteile für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG) zu denken. Hinsichtlich des Gesetzesverstoßes ist allerdings daran zu erinnern, dass die Einstellung selbst gegen das Gesetz verstoßen muss. Demgegenüber genügt es nach h. M. nicht für das Zustimmungsverweigerungsrecht, wenn die ins Auge gefassten Arbeitsbedingungen nicht den gesetzlichen Vorga-

---

<sup>265</sup> BAG, NZA 2010, 1302, Rn. 10; vgl. BAG, NZA 2014, 1149, Rn. 18.

<sup>266</sup> Vgl. BAG, NZA 2014, 1149.

<sup>267</sup> DKKW-Däubler, Einleitung Rn. 239; *ders.*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 71 f.; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 295 ff.; *Fischer*, AuR 2002, 7, 10.

<sup>268</sup> Vgl. für den Fall der Verletzung von § 94 BetrVG Hess.LAG, AuR 2002, 33.

<sup>269</sup> Vgl. BAG, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG, zu II 5 a.

<sup>270</sup> Vgl. BAG, NZA 2011, 871.

<sup>271</sup> BAG, AP Nr. 6 zu § 9 BetrVG 1972.

<sup>272</sup> BAG, NZA 2014, 214.



ben entsprechen.<sup>273</sup> Auf dieser Grundlage lehnt die Rechtsprechung etwa ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats wegen Gesetzesverstoßes ab, wenn die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers unter Verstoß gegen den leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 10 Abs. 4 AÜG ins Auge gefasst wurde.<sup>274</sup> Ein Zustimmungsverweigerungsrecht besteht nach diesen Grundsätzen allerdings beispielsweise, wenn der Arbeitgeber einen Leiharbeiter unter Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend einstellen möchte,<sup>275</sup> wobei freilich noch nicht höchstrichterlich abschließend geklärt ist, in welchen Konstellationen nicht mehr von einer vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung auszugehen ist<sup>276</sup>. Auch muss der Arbeitgeber seine Pflichten nach § 81 Abs. 1 SGB IX beachten und prüfen, ob der Arbeitsplatz mit geeigneten schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Geschah dies nicht, kann der Betriebsrat – auch bei vorgesehener Stellenbesetzung mit einem Leiharbeitnehmer – seine Zustimmung verweigern.<sup>277</sup> Denn diese Bestimmung steht der Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem anderen Arbeitnehmer entgegen. Nichts anderes gilt im Falle der Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem ausländischen (Leih-)Arbeitnehmer.

Bedeutsam kann auch das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sein. Daran könnte beispielsweise gedacht werden, wenn Konzernentsendungen in nicht unerheblicher Zahl erfolgen und im Hinblick auf die damit verbundenen geringeren Arbeitskosten infolge vergleichsweise schlechterer Arbeitsbedingungen die Substitution und die Entlassung von Stammbeschäftigten drohen. Nicht zuletzt kann eine Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG auch bei einer unterlassenen innerbetrieblichen Stellenausschreibung erfolgen.

Daneben kommen weitere Beteiligungsrechte des deutschen Betriebsrats in Betracht. Insoweit ist etwa an die Mitbestimmungsrechte bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG zu denken. Darüber hinaus ist das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Personalplanung nach § 92 BetrVG relevant. Zwar wird gerade in den Fällen, in denen dem inländischen Arbeitgeber die Einstellung entsandter Arbeitnehmer von einer ausländischen Konzernleitung vorgegeben wird, die Personalplanung für den inländischen Arbeitgeber letztlich zu

---

<sup>273</sup> BAG, NZA 2003, 513, 514; GK-Raab, § 99 Rn. 166; DKKW-Bachner, § 99 Rn. 193; *Fitting*, § 99 Rn. 189.

<sup>274</sup> BAG, NZA 2009, 1156, Rn. 28; BAG, NZA 2011, 1435, Rn. 22.

<sup>275</sup> BAG, DB 2013, 2627.

<sup>276</sup> Zum Meinungsstand vgl. ErfK-Wank, § 1 AÜG Rn. 37a ff.

<sup>277</sup> BAG, NZA 2010, 1361.

einer intuitiven, die die Bestimmung der Planungsphase erschwert.<sup>278</sup> Da aber jedenfalls bei jeder Änderung der Planung das Beteiligungsrecht von neuem ein greift,<sup>279</sup> muss der Arbeitgeber spätestens dann den Betriebsrat unterrichten, wenn aufgrund externer Vorgaben eine bisherige Planung geändert, eine neue Planung erforderlich wird oder der Planungsprozess in eine andere Richtung geht.

### 3. Betriebsverfassungsrechtliche Stellung entsandter Arbeitnehmer

Im Zuge einer transnationalen Konzernentsendung in einen inländischen Betrieb eingegliederte Arbeitnehmer sind in vielen Fällen als Arbeitnehmer des Betriebes anzusehen.<sup>280</sup> Hier kann dann von einer „Einstrahlung“ in die deutsche Betriebsverfassung gesprochen werden.<sup>281</sup> Unproblematisch ist dies in dem Fall, dass ein Lokalarbeitsvertrag mit dem aufnehmenden Arbeitgeber geschlossen wird. Denn dann sind die für den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff maßgeblichen Elemente des Arbeitsverhältnisses und der Eingliederung in den Betrieb gegeben.<sup>282</sup> Das BAG hat aber im Übrigen klargestellt, dass diese „Zwei-Komponenten-Lehre“ in Fällen des drittbezogenen Personaleinsatzes nicht unbezogen zur Anwendung kommen kann, sondern differenzierte Lösungen geboten seien. Dazu verlangt es, – neben ausdrücklich normierten spezialgesetzlichen Konzepten – insbesondere auf die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang Rücksicht zu nehmen.<sup>283</sup> Dementsprechend können beispielsweise Leiharbeiter regelmäßig bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG berücksichtigt werden.<sup>284</sup> Wie weit das reicht, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht im Einzelnen verfolgt werden. So sind die Konsequenzen der Aufgabe der „Zwei-Komponenten-Lehre“ noch gar nicht explizit durchdekliniert.<sup>285</sup> Möglich ist jedenfalls, dass beispielsweise Mitbestimmungsrechte in Bezug auf das Verhalten im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), technische Überwachungseinrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) oder Sicherheit und Gesundheit im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

---

<sup>278</sup> Vgl. *Fitting*, § 92 Rn. 29.

<sup>279</sup> *GK-Raab*, § 92 Rn. 24.

<sup>280</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 221 f.

<sup>281</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 35 f.

<sup>282</sup> Vgl. dazu *Fitting*, § 5 Rn. 16.

<sup>283</sup> BAG, NZA 2013, 793.

<sup>284</sup> BAG, NZA 2013, 789.

<sup>285</sup> Zu den Konsequenzen in Bezug auf Leiharbeiter s. z.B. *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135 ff.; *DKKW-Klebe*, § 87 Rn. 9 m. w. N. in Fn. 33; zu den Konsequenzen für sonstige Fremdfirmenbeschäftigte *DKKW-Klebe*, § 87 Rn. 10 ff.

auch hinsichtlich der Leiharbeitnehmer bestehen.<sup>286</sup> Dasselbe gilt beispielsweise für die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hinsichtlich Beginn und Ende der Arbeitszeit, die etwa auch für Leiharbeitnehmer greifen kann.<sup>287</sup> Dagegen dürfte § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht zur Anwendung kommen, wenn es beispielsweise um die Anordnung von Kurzarbeit geht, weil dies den vertragsrechtlichen Status des Leiharbeitnehmers betrifft.<sup>288</sup> Im Grundsatz gilt dasselbe für die Anordnung von Überstunden, soweit sie darin liegt, dass der Vertragsarbeitgeber den Leiharbeitnehmer in den Einsatzbetrieb mit einer über die vertragliche Lage hinausgehenden Arbeitszeit abordnet.<sup>289</sup> Demgegenüber ist der Entleiherbetriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zuständig, wenn es um die aufgrund des Überlassungsvertrages gestattete Anordnung von Überstunden seitens des Entleihers geht.<sup>290</sup> Insoweit geht es aber immer allein um die betriebsverfassungsrechtliche Frage der Stellung von Beschäftigten, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber im Sinne des Betriebsinhabers stehen, nicht aber um die vorliegend allein interessierende Frage, ob der Umstand der transnationalen Konzernentsendung zu abweichenden Ergebnissen zwingt.

Letzteres ist freilich von besonderem Interesse in Bezug auf Betriebsvereinbarungen. Auch hier muss letztlich unterschieden werden zwischen der kollisionsrechtlichen Frage, ob eine auf Grundlage des BetrVG geschlossene Betriebsvereinbarung auch auf die im Rahmen einer transnationalen Konzernentsendung entsandten Arbeitnehmer angewendet werden kann, und der sachrechtlichen Frage, ob eine solche Betriebsvereinbarung auch diejenigen Beschäftigten des Betriebes einbeziehen kann, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, und – wenn ja – ob die Betriebsvereinbarung diese auch einbezieht. Was die kollisionsrechtliche Frage angeht, ist festzustellen, dass sich die Frage der Anwendbarkeit einer Betriebsvereinbarung auf das Arbeitsverhältnis nach dem Betriebsverfassungsstatut richtet.<sup>291</sup> Denn die Betriebsvereinbarung ist nicht primär Rechtsnorm, sondern findet ihre legitimierende Basis nur in den gesetzlichen Regelungen über die Arbeitnehmervertretung. Das bedeutet im Ergebnis, dass eine Betriebsvereinbarung, die von einem Betriebsrat nach dem BetrVG geschlossen wurde, deutschem Recht unterliegt, welches auch darüber entscheidet,

---

<sup>286</sup> Vgl. BAG, NZA 2013, 789, Rn. 31; BAG, DB 2012, 1158, Rn. 34; DKKW-Klebe, § 87 Rn. 9.

<sup>287</sup> BAG, ebd.; vgl. *Fitting*, § 87 Rn. 129.

<sup>288</sup> Vgl. *Fitting*, § 87 Rn. 137.

<sup>289</sup> DKKW-Klebe, § 87 Rn. 9.

<sup>290</sup> Vgl. BAG, AP Nr. 41 zu § 23 BetrVG 1972; *Fitting*, § 87 Rn. 137; DKKW-Klebe, § 87 Rn. 9.

<sup>291</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 44; in diesem Sinne wohl auch *Birk*, FS Trinkner, S. 461, 467, der sich allerdings ausdrücklich nur auf die normative Wirkung bezieht.

wessen Arbeitsverhältnisse geregelt werden. Hinsichtlich der Frage, welche Arbeitnehmer nach dem BetrVG von einer Betriebsvereinbarung erfasst werden, ist zunächst davon auszugehen, dass dies sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes sind.<sup>292</sup> Oftmals werden transnational entsandte Arbeitnehmer freilich erst nach Abschluss der Betriebsvereinbarung in den Betrieb eingegliedert. Allerdings sind Betriebsvereinbarungen grundsätzlich auch auf erst nachträglich eintretende Arbeitnehmer anwendbar.<sup>293</sup> Da Betriebsvereinbarungen aber nicht zwingend für sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes geschlossen werden müssen, sondern der Geltungsbereich auf bestimmte Arbeitnehmergruppen eingeschränkt werden kann,<sup>294</sup> ist im Einzelfall zu prüfen, ob der persönliche Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung eröffnet ist.

Transnational entsandte Arbeitnehmer, die einen Lokalarbeitsvertrag geschlossen haben, können nach allem in den Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung fallen mit der Folge, dass diese für sie unmittelbar und zwingend gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG gilt. Für Arbeitnehmer, die nicht Betriebsangehörige sind, wurde bislang davon ausgegangen, dass sie zwar im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter aus einer Betriebsvereinbarung berechtigt werden können, das Vorliegen eines solchen Vertrages zugunsten Dritter aber deutlicher Anhaltspunkte bedarf.<sup>295</sup> Freilich dürfte die Aufgabe der „Zwei-Komponenten-Lehre“ durch das BAG auch insoweit Konsequenzen haben. Soweit Betriebsvereinbarungen die Arbeitsbedingungen im Einsatzbetrieb betreffen, dürften diese auch auf Leiharbeiter nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG anzuwenden sein, während umgekehrt alle die Gegenstände, die das Vertragsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Verleiher betreffen, der Normsetzungsmacht entzogen sind.<sup>296</sup> In diesem Sinne ist beispielsweise davon auszugehen, dass eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit grundsätzlich auch für Leiharbeiter gilt, soweit diese nicht ausnahmsweise aus dem persönlichen Geltungsbereich herausgenommen sind.<sup>297</sup> Soweit die Betriebsvereinbarung den Arbeitnehmern des Betriebes bestimmte Rechte, namentlich Ansprüche, zugesteht, ist aber davon auszugehen, dass diese im Zweifel nicht das Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeiter betreffen, sondern das Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter. Insoweit wird beispielsweise eine in einer Betriebsvereinbarung vorgesehene Sonderzahlung vom Entleiher geschuldet sein und nicht etwa dem Leiharbeiter unter Hinweis auf die mangelnde Normsetzungskompetenz in Bezug

---

<sup>292</sup> DKKW-Berg, § 77 Rn. 78.

<sup>293</sup> BAG, AP Nr. 4 zu § 399 BGB; *Fitting*, § 77 Rn. 35.

<sup>294</sup> DKKW-Berg, § 77 Rn. 78; HWGNRH-Worzalla, § 77 Rn. 34.

<sup>295</sup> DKKW-Berg, § 77 Rn. 88, unter Bezugnahme auf BAG, NZA-RR 2008, 298, Rn. 22.

<sup>296</sup> *Linßenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 149.

<sup>297</sup> Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 9.8.2012 – 5 TaBV 770/12 – Rn. 51.

auf einen Anspruch gegen den Verleiher zu versagen sein. Je nach konkretem Recht ist es aber denkbar, dass eine andere Beurteilung geboten ist. Kehrseite der Einbeziehung in den Betrieb und in den Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung ist allerdings, dass auch belastende Regelungen den entsandten Arbeitnehmer treffen können.

Soweit transnational entsandte Leiharbeiter nicht in den Genuss von Rechten aus der Betriebsvereinbarung gelangen, kann dies immer noch über den leiharbeitsrechtlichen Gleichstellungsanspruch nach § 10 Abs. 4 AÜG geschehen. Denn dieser differenziert nicht danach, auf welcher rechtlichen Grundlage die wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb beruhen. Daher sind auch Arbeitsbedingungen, die in einer Betriebsvereinbarung vorgesehen sind, Maßstab für den Gleichstellungsanspruch.<sup>298</sup> Dieser bezieht sich allerdings nur auf die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“<sup>299</sup> und kann insbesondere durch abweichenden Tarifvertrag derogiert sein (s.o. I 2 c [2]). Zudem ist der Anspruch gegen den Vertragsarbeitgeber gerichtet und nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber, also den Einsatzunternehmer.

#### **4. Möglichkeiten des Betriebsrats, Compliance einzufordern**

Letztlich entscheidet die Betriebszugehörigkeit des entsandten Arbeitnehmers auch darüber, wie weit beispielsweise das Überwachungsmandat des Betriebsrats geht. Hinsichtlich der Betriebszugehörigkeit sei daher auf die Ausführungen oben (zu 3) verwiesen.

Soweit ein transnational entsandter Arbeitnehmer danach als Arbeitnehmer des Betriebes anzusehen ist, erstrecken sich die Aufgaben des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 BetrVG auch auf diesen. Das setzt, wie oben beschrieben, nicht zwingend einen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber voraus. Neben dem Überwachungsmandat zählt zu den Aufgaben des Betriebsrats insbesondere der Auftrag zur Förderung der Integration ausländischer Arbeitnehmer und die Möglichkeit, Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb nach § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu beantragen.

Hinsichtlich des Überwachungsmandats ist zu betonen, dass das Merkmal der zugunsten der Arbeitnehmer des Betriebes geltenden Rechtsvorschriften sehr weit auszulegen ist.<sup>300</sup> Insoweit sind zunächst die meisten arbeitsrechtlichen Ge-

---

<sup>298</sup> Boemke/Lembke-Lembke, § 9 Rn. 140.

<sup>299</sup> Vgl. dazu Ulber-J. Ullber, § 9 AÜG Rn. 57 ff.; ErfK-Wank, § 3 AÜG Rn. 13; umfassend Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern, S. 158 ff.

<sup>300</sup> Fitting, § 80 Rn. 6.

setze zugunsten der Arbeitnehmer erfasst. Soweit das Arbeitsverhältnis eines konzernintern entsandten Arbeitnehmers allerdings einem fremden Vertragsstatut unterliegt, sind dies nicht sämtliche deutsche Arbeitsgesetze, aber diejenigen, die nach den Ausführungen oben (I 2 c [1] [b]) als Eingriffsnormen auch bei einem abweichenden Vertragsstatut zur Anwendung gelangen (vgl. auch u. III). Außerdem obliegt dem Betriebsrat die Überwachung der Einhaltung der Tarifverträge. In Bezug auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer greift das Überwachungsmandat allerdings nicht.<sup>301</sup> Insoweit ist die Tarifgebundenheit ausländischer Arbeitnehmer außer im Falle der Allgemeinverbindlichkeit häufig nicht gegeben, weil es in der Regel zumindest an der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers (§ 3 Abs. 1 TVG) fehlt. Selbst dann wäre der Tarifvertrag nicht anwendbar, wenn der Arbeitsvertrag einem fremden Vertragsstatut unterliegt. Nur bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen kann in diesem Falle überhaupt deren Eingreifen als Eingriffsrecht nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung möglich sein (s.o. I 2 c [1] [b] i). Ansonsten kommen nur Tarifverträge bzw. Rechtsverordnungen nach dem Entsendegesetz sowie nach § 3a AÜG als zugunsten der Arbeitnehmer geltende Rechtsvorschriften als Eingriffsnormen zum Zuge. Dasselbe gilt für den Mindestlohn nach dem MiLoG (s.u. III).

Soweit transnational entsandte Arbeitnehmer im Aufnahmebetrieb als Praktikanten beschäftigt werden sollen, unterliegen sie gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 dem MiLoG, da die dort genannten Ausnahmetatbestände in der Regel nicht vorliegen werden. Solche Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG sind als Auszubildende gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anzusehen,<sup>302</sup> so dass sich das Überwachungsmandat des Betriebsrats auch auf den Mindestlohn für diese Praktikanten erstreckt. Zu den weiteren zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften zählen die Bestimmungen des Nachweisgesetzes.<sup>303</sup> Das erstreckt sich auch auf die neue Nachweispflicht für Praktikanten gemäß § 2 Abs. 1a NachwG. Die Bestimmungen des NachwG dienen primär dem Schutz des Arbeitnehmers in seiner Eigenschaft als schwächerer Vertragspartei und sind daher zwar als Schutznormen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 Rom I-Verordnung anzusehen, nicht aber als Eingriffsnorm.<sup>304</sup> Anders ist es aber für den Nachweisanspruch von Praktikanten nach § 2 Abs. 1a NachwG zu sehen. Denn dieser Anspruch wurde nachträglich in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt, um die Durchsetzung des Mindest-

---

<sup>301</sup> BAG, NZA 2011, 527, Rn. 42.

<sup>302</sup> DKKW-Trümmer, § 5 Rn. 139; Richardi-Richardi, § 5 Rn. 68.

<sup>303</sup> BAG, AP Nr. 58 zu § 80 BetrVG 1972; BAG, AP Nr. 64 zu § 80 BetrVG 1972.

<sup>304</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 8 Rn. 19; a. A. C. Müller, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 310.

lohns zu erleichtern.<sup>305</sup> Insoweit nimmt der Nachweisanspruch am Eingriffsnormencharakter des MiLoG teil.

Schließlich können sich gerade für entsandte Arbeitnehmer aus dem Ausland Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung auswirken. Das Überwachungsmandat des Betriebsrats erstreckt sich auch auf die Einhaltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.<sup>306</sup> Darüber hinaus hat der Betriebsrat die Einhaltung der Vorschriften des AGG zu überwachen.<sup>307</sup> Während der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz allerdings nur bei einem deutschen Vertragsstatut zum Zuge kommt, weil es dabei letztlich nur um einen Interessenausgleich der Vertragsparteien geht,<sup>308</sup> handelt es sich bei dem Antidiskriminierungsrecht nach dem AGG um Eingriffsrecht, das auch bei einem abweichenden Vertragsstatut Anwendung findet<sup>309</sup>. Das ist bei entsandten Arbeitnehmern aus dem Ausland insbesondere für das verbotene Differenzierungsmerkmal der ethnischen Herkunft relevant. Insoweit sind auch die Organisationspflichten des Arbeitgebers nach § 12 AGG zu beachten, die mit dem Antragsrecht auf Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb nach § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG korrespondieren. Überdies können Leiharbeiter Gleichbehandlung mit den Stammkräften verlangen. Das ist allerdings ein gegen den Verleiher gerichteter Anspruch aus § 10 Abs. 4 AÜG, der auch bei fremdem Vertragsstatut zum Zuge kommt. Da der Anspruch aber gegen den Verleiher gerichtet ist, erstreckt sich das Überwachungsmandat des Betriebsrats darauf nicht. Insoweit kann an sich nichts anderes gelten, als hinsichtlich der Normsetzungsmacht der Betriebsparteien (s.o. 3).<sup>310</sup>

Ob darüber hinaus § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG zu den zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Vorschriften im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zählt, ist, soweit ersichtlich, in der Literatur bislang nicht diskutiert. Anerkannt ist immerhin, dass die zugunsten des Arbeitnehmers geltenden Vorschriften nicht zwingend solche sind, die das Vertragsverhältnis des Arbeitnehmers regeln oder dem Arbeitnehmer unmittelbare Ansprüche gegen den Arbeitgeber einräumen, so beispielsweise wenn auch die Einhaltung sozialversicherungsrechtlicher

---

<sup>305</sup> S. Ausschussbegründung, BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 26.

<sup>306</sup> *Fitting*, § 80 Rn. 6.

<sup>307</sup> HWGNRH, § 80 Rn. 16.

<sup>308</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 87 m. w. N., auch zur Gegenansicht.

<sup>309</sup> *Däubler/Bertzbach-Däubler*, Einl. Rn. 256 ff.; *C. Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 291 ff.; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 88; ferner *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, S. 255 ff.

<sup>310</sup> A. A. wohl *DKKW-Buschmann*, § 80 Rn. 7.

Vorschriften hierzu gerechnet wird<sup>311</sup> oder die Beachtung des SchwArbG, inso- weit dieses die Sicherung der Arbeitsplätze der betrieblichen Arbeitnehmer schütze<sup>312</sup>. Zwar soll die Bestimmung wie ausgeführt (s.o. I 2 c [1] [c] i) auch den Arbeitnehmer schützen. Allerdings betrifft § 39 AufenthG anders als diverse so- zialversicherungsrechtliche Vorschriften keine öffentlich-rechtlichen Verpflich- tungen des Arbeitgebers. Vielmehr ist die Gleichwertigkeit der Arbeitsbedingun- gen tatbestandliche Voraussetzung für die Zustimmung zur Ausländerbeschäfti- gung gemäß § 39 AufenthG. Auf diese Bestimmung bezieht sich das Überwa- chungsmandat des Betriebsrats daher nicht. Anders ist es hingegen mit Blick auf Gleichbehandlungsansprüche nach Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung, die für freizügigkeitsberechtigte Arbeitnehmer ohne weiteres anwendbar sind.

Soweit der Arbeitsvertrag zu einem ausländischen Unternehmen besteht, könnte der Arbeitgeber sich gegenüber dem Betriebsrat darauf berufen, dass die genauen Arbeitsbedingungen nicht bekannt seien und er die notwendigen Informationen nicht erhalte. Freilich ist er mit Rücksicht auf § 2 Abs. 1 BetrVG gehalten, eventuelle Konzernweisungsbefugnisse zu nutzen, um sich die notwendigen Informati- onen zu verschaffen. Aber auch sonst sind die Informationsansprüche des Be- triebsrats nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, dass die Informati- onen bei einer Leitung im Ausland existieren. Der Arbeitgeber bleibt weiterhin verpflichtet.<sup>313</sup> Darüber hinaus kann auf die Meldungen, wie sie beispielsweise § 18 AEntG vorschreibt, zurückgegriffen werden. Im Falle einer transnationalen Arbeitnehmerüberlassung kann der Betriebsrat – nicht anders als bei Inlandsfäl- len<sup>314</sup> – vom Arbeitgeber nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die Vorlage von Arbeit- nehmerüberlassungsverträgen verlangen.

Um im Falle einer Verletzung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Ge- setze und anderen Rechtsvorschriften rechtskonforme Zustände herzustellen, hat der Betriebsrat im Falle transnationaler Konzernentsendungen im Grundsatz ge- nau dieselben Möglichkeiten wie auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten. Er kann daher zunächst beim Arbeitgeber auf Abhilfe drängen. Ferner kann er bei- spielsweise vom Arbeitgeber die Durchführung von Betriebsvereinbarungen ver- langen und gegebenenfalls das Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG im Falle eines groben Verstoßes gegen die Grundsätze des § 75 BetrVG betreiben. Im Falle un- zulässiger Diskriminierungen kann der Betriebsrat das Verfahren des § 23 Abs. 3

---

<sup>311</sup> BAG, AP Nr. 136 zu § 37 BetrVG; DKKW-Buschmann, § 80 Rn. 11; GK-Weber, § 80 Rn. 13; *Fitting*, § 80 Rn. 10.

<sup>312</sup> WPK-Preis, § 80 Rn. 8.

<sup>313</sup> Vgl. DKKW-Däubler, Einleitung Rn. 239.

<sup>314</sup> Allg. zur Vorlage von Werk- und Dienstverträgen *Fitting*, § 80 Rn. 63.



BetrVG darüber hinaus gemäß § 17 Abs. 2 AGG auch dann betreiben, wenn die Diskriminierung einzelner Arbeitnehmer Anlass dazu gibt.<sup>315</sup>

Darüber hinaus kann sich der Betriebsrat bei festgestellten Rechtsverstößen an Gewerbeaufsicht, Berufsgenossenschaft oder Gewerkschaft wenden, gegebenenfalls auch an die Arbeitsagentur.<sup>316</sup> Im Falle der Unterschreitung gesetzlicher Mindestlöhne kann der Betriebsrat die nach § 17 Abs. 2 AÜG, § 16 AEntG und § 14 MiloG zuständigen Behörden der Zollverwaltung informieren. Sich an außerbetriebliche Stellen, insbesondere Behörden zu wenden, setzt allerdings voraus, dass der Betriebsrat zuvor innerbetrieblich versucht hat, die Beseitigung von Missständen zu erreichen.<sup>317</sup> Sich an die zuständige Ausländerbehörde wegen schlechterer Bedingungen im Vergleich zu vergleichbaren deutschen Arbeitnehmern zu wenden, ist dem Betriebsrat nicht möglich, da es sich wie gezeigt nicht um eine Norm handelt, die im Sinne des Überwachungsmandats zu Gunsten des Arbeitnehmers greift. Gleichwohl macht es Sinn, den Arbeitgeber darauf aufmerksam zu machen, denn im Falle der Beschäftigung zu ungünstigeren Bedingungen droht der Widerruf der Zustimmung nach § 41 AufenthG, der wiederum den Widerruf der Aufenthaltserlaubnis durch die Ausländerbehörde, zumindest im entsprechenden Umfang, nach § 52 Abs. 2 AufenthG nach sich zieht.

Soweit der entsandte Arbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Beschäftigungsbetriebs steht, kann der Betriebsrat zumindest den Arbeitgeber darauf aufmerksam machen, wenn die zugunsten des Arbeitnehmers geltenden Rechtsvorschriften nicht eingehalten werden, damit dieser auf Abhilfe beim Vertragsarbeitgeber drängt. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, den ausländischen Arbeitnehmer auf seine Rechte hinzuweisen.<sup>318</sup> Insoweit sollte der Betriebsrat den Arbeitnehmer auch darüber informieren, dass unabhängig von der Brüssel I-Verordnung Gerichtsstände im Inland bestehen können. Das betrifft Ansprüche nach dem AEntG (§ 15 AEntG), was wegen der international zwingenden Verpflichtung zur Zahlung der Mindestentgeltsätze nach § 2 Nr. 1 AEntG insbesondere auch Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 MiLoG umfasst. Im Falle der illegalen Ausländerbeschäftigung besteht darüber hinaus für die Vergütungsansprüche gemäß § 98a AufenthG ein Gerichtsstand im Inland nach Abs. 6 dieser Bestimmung.

---

<sup>315</sup> Vgl. DKKW-Buschmann, § 80 Rn. 30; HWGNRH, § 80 Rn. 16.

<sup>316</sup> DKKW-Buschmann, § 80 Rn. 32; Fitting, § 80 Rn. 16, jeweils m. w. N.

<sup>317</sup> Fitting, § 80 Rn. 16; WPK-Preis, § 80 Rn. 6.

<sup>318</sup> WPK-Preis, § 80 Rn. 6.

### III. Zwingende Arbeitsbedingungen nach deutschem Recht bei transnationaler Konzernentsendung

Nachfolgend sollen die Arbeitsbedingungen transnational konzernintern entsandter Arbeitnehmer noch einmal zusammenfassend und konkretisierend im Überblick dargestellt werden. Dabei geht es vorliegend um die Konstellation, dass nicht ohnehin schon deutsches Recht auf den Arbeitsvertrag anwendbar ist. Erläutert wird also, welche innerstaatlichen Arbeitsbedingungen auf konzernintern entsandte Arbeitnehmer unter fremdem Vertragsstatut zur Anwendung kommen. Zu unterscheiden sind allgemein transnationale Konzernentsendungen (nachfolgend 1) und transnationale Arbeitnehmerüberlassung (nachfolgend 2).

#### 1. Transnationale Konzernentsendungen

Unter fremdem Vertragsstatut kommen die Eingriffsnormen nach dem Entsenderecht sowie die sonstigen Eingriffsnormen des deutschen Rechts im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung auf entsandte Arbeitnehmer zur Anwendung.

Zum „harten Kern“ von Arbeitsbedingungen, die nach § 2 AEntG auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden, zählen zunächst die Mindestentgelte einschließlich der Überstundensätze (Nr. 1). Der gesetzliche Mindestlohn nach dem MiLoG wird damit international zwingend.<sup>319</sup> Davon geht das Mindestlohngesetz selber aus, wenn es insbesondere Meldepflichten für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland in § 16 statuiert. Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, die Mindestlöhne enthalten und nach §§ 3 ff. AEntG durch Allgemeinverbindlicherklärung oder im Wege einer Rechtsverordnung erstreckt werden, sind ebenfalls mit international zwingender Wirkung auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden. Problematisch kann im Einzelfall sein, welche Leistungen der Arbeitgeber als Lohnzahlungen auf den jeweiligen Mindestlohn des Arbeitnehmers anrechnen darf. Das kann an dieser Stelle nicht bis ins Detail ausgeführt werden.<sup>320</sup> Im Grundsatz kommt nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Isbir* die Anrechnung einer bestimmten Leistung immer dann in Betracht, wenn dadurch nicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verändert wird.<sup>321</sup> Das BAG stellt darauf ab, ob eine bestimmte Leistung die normale Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vergü-

---

<sup>319</sup> Vgl. ErfK-Schlachter, § 2 AEntG Rn. 2; i. E. ebenso Lakies, § 20 Rn. 10.

<sup>320</sup> Zur Anrechnung von Leistungen auf Entsendemindestlöhne nach dem AEntG bzw. der Entsenderichtlinie vgl. Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle, § 5 Rn. 129 ff.; Deinert, in: Heinig/Schlachter (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 8, Arbeits- und Sozialrecht, § 10 Rn. 62; D. Ulber, RdA 2014, 176 ff.

<sup>321</sup> EuGH, NZA 2013, 1359 – *Isbir*.

ten soll oder Zahlungen für besondere, über die „Normalleistung“ hinausgehende Leistungen darstellen.<sup>322</sup> Dementsprechend können Nachzuschläge beispielsweise nicht angerechnet werden, aber auch nicht Aufwendungsersatzansprüche. Für Letzteres ist dies in Art. 3 Abs. 7 Unterabsatz 2 der Entsenderichtlinie ausdrücklich festgehalten.<sup>323</sup> Die genannte Bestimmung sieht umgekehrt durchaus die Möglichkeit einer Anrechnung unspezifischer Entsendungszulagen vor. Demgegenüber bedarf es noch einer höchstrichterlichen Klärung, ob dieselben Grundsätze hinsichtlich der Anrechnung von Leistungen auf den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG greifen<sup>324</sup> oder ob eine Differenzierung zwischen Normalleistung und Prämierung einer darüber hinausgehenden besonderen Leistung für den gesetzlichen Mindestlohn ausscheidet<sup>325</sup>.

Da die Mindestlohnverpflichtungen auch Arbeitgeber mit Sitz im Ausland treffen (§ 8 AEntG, § 20 MiLoG), droht dem Arbeitgeber für den Fall der Vorenthaltung des Mindestlohns ein Bußgeld gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG bzw. § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG. Darüber hinaus kann sich der Arbeitgeber nach § 291 StGB strafbar machen. Soweit der Arbeitgeber vorsätzlich handelt, kommt auch eine Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB in Betracht.

Ebenfalls sind die Regelungen über den Mindestjahresurlaub anzuwenden (Nr. 2). Das betrifft den gesetzlichen Mindesturlaub nach dem BUrlG. Eingeschlossen ist das Urlaubsentgelt nach § 11 BUrlG.<sup>326</sup> Ferner ist der Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX für schwerbehinderte Menschen nach § 2 AEntG Eingriffsrecht.<sup>327</sup> Darüber hinaus sind Tarifverträge nach dem AEntG über Dauer des Erholungsurlaubs, Urlaubsentgelt und ein zusätzliches Urlaubsgeld sowie Regelungen über Urlaubskassenverfahren, soweit sie auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt wurden, anzuwenden.

Die Regelungen über Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten sind auf entsandte Arbeitnehmer als Eingriffsrecht nach § 2 Nr. 3 AEntG anzuwenden. Das betrifft namentlich die Regelungen des ArbZG.<sup>328</sup> Außerdem sind die Regelungen über Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz nach § 2 Nr. 5 AEntG bei Inlandsarbeit Eingriffsrecht. Das betrifft insbesondere das ArbSchG

---

<sup>322</sup> BAG, AP Nr. 22 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung.

<sup>323</sup> Zu dieser Bestimmung s. auch EuGH, NZA 2015, 345 – Sähköalojen Ammatillitito; dazu *Franzen*, NZA 2015, 338 ff.

<sup>324</sup> So *ErfK-Franzen*, § 1 MiLoG Rn. 11; *Brors*, NZA 2014, 938 ff.; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Lakies*, MiLoG, § 1 Rn. 40.

<sup>325</sup> So *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868 f.; *Lembke*, NZA 2015, 70, 76.

<sup>326</sup> *Däubler*, RIW 2000, 255, 258; *ErfK-Schlachter*, § 2 AEntG Rn. 3.

<sup>327</sup> *MünchKomm-Martiny*, Art. 8 Rn. 142; *ErfK-Schlachter*, § 2 AEntG Rn. 3.

<sup>328</sup> *Koberski* u.a., § 2 Rn. 12; *Thüsing-Thüsing*, AEntG, § 2 Rn. 9; *Ulber*, AEntG, § 2 Rn. 27.

und die zahlreichen Arbeitsschutzverordnungen, aber auch Unfallverhütungsvorschriften nach § 16 Abs. 2 SGB VII.

§ 2 Nr. 6 AEntG führt zur Erstreckung von Schutzmaßnahmen für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche. Damit ist das deutsche Mutterschutzrecht bei Arbeit im Inland anwendbar.<sup>329</sup> Das betrifft insbesondere Beschäftigungsverbote sowie diesbezügliche Entgeltvorschriften.<sup>330</sup> Zu erwähnen ist namentlich der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gemäß § 14 Abs. 1 MuSchG.<sup>331</sup> Auch der Sonderkündigungsschutz nach § 9 MuSchG ist Eingriffsrecht.<sup>332</sup> Die Beschäftigungsverbote und -einschränkungen nach dem JArbSchG sind gleichermaßen bei Inlandsarbeit Eingriffsrecht nach dieser Bestimmung. Dasselbe gilt für den Urlaubsanspruch nach § 19 JArbSchG.<sup>333</sup>

Schließlich sind die Bestimmungen des Antidiskriminierungsrechts nach § 2 Nr. 7 AEntG auf entsandte Arbeitnehmer als Eingriffsrecht anzuwenden.<sup>334</sup>

Unabhängig von der Erstreckung der vorgenannten Arbeitsbedingungen durch das AEntG gibt es weitere Regelungen des deutschen Arbeitsrechts, die als Eingriffsnormen anzusehen und daher auch für entsandte Arbeitnehmer maßgeblich sind. Für entsandte Arbeitnehmer ist dabei relevant etwa der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG<sup>335</sup> oder das Zustimmungserfordernis für eine Kündigung eines schwerbehinderten Menschen gemäß § 85 SGB IX<sup>336</sup>.

Die aus den Betriebsvereinbarungen im Einsatzbetrieb folgenden Arbeitsbedingungen sind zwar kein auf entsandte Arbeitnehmer anzuwendendes Eingriffsrecht (s.o. I 2 c [1] [b] i). Soweit der im Inland tätige Arbeitnehmer aber betriebsangehöriger Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG ist, findet in dieser Eigenschaft

---

<sup>329</sup> MünchArbR-Oetker, § 11 Rn. 92.

<sup>330</sup> MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 141.

<sup>331</sup> BAG, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n. F.

<sup>332</sup> BAG, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; Däubler, RIW 2000, 255, 259; C. Müller, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 417; a. A. Reiter, NZA 2004, 1246, 1253 f.

<sup>333</sup> Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 116.

<sup>334</sup> Däubler/Bertzbach-Däubler, Einl. Rn. 256 ff.; C. Müller, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 291 ff.; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 88; ferner Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, S. 255 ff.

<sup>335</sup> BAG, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n. F.; Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 360; MünchArbR-Oetker, § 11 Rn. 78; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 37; a. A. Heilmann, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 127.

<sup>336</sup> BAG, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 13 Rn. 7 und 50.

die Betriebsvereinbarung auf ihn Anwendung, sofern er unter den persönlichen Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung fällt (s.o. II 3).

Für alle anderen Arbeitnehmer bleibt es bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit des heimischen Arbeitsrechts, das partiell durch das Recht des Arbeitsorts überlagert wird, das sich nach dem deutschen Recht richtet. Gleichwohl bleiben wichtige Aspekte des Arbeitsrechts dem Vertragsstatut vorbehalten, sodass die entsprechenden deutschen Bestimmungen keine Anwendung finden. Erwähnt seien beispielsweise die Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich<sup>337</sup> oder der allgemeine Kündigungsschutz<sup>338</sup>.

## 2. Transnationale konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung

Der vorstehende (1) Befund gilt grundsätzlich auch für Arbeitnehmer, die im Rahmen einer transnationalen Konzernleihe nach Deutschland entsandt werden. Für diese wirkt sich aber ergänzend aus, dass § 2 Nr. 4 AEntG die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen bei Entsendungen ins Inland zu Eingriffsrecht macht. Wie gezeigt (s.o. I 2 a) hat dies zur Folge, dass die Überlassung einer Erlaubnis bedarf und dass mangels Erlaubnis der Leiharbeitsvertrag unwirksam ist und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher zustande kommt (s.o. I 2 c [4]).

Der im Wege der transnationalen Konzernleihe entsandte Leiharbeitnehmer hat, soweit das AÜG Anwendung findet, Anspruch auf Gewährung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes genießen. Das gilt auch, wenn infolge des Konzernprivilegs die Überlassung erlaubnisfrei möglich ist (s.o. I 2 b). Der Leiharbeitnehmer kann darüber hinaus mindestens den Lohn nach einer Lohnuntergrenze gemäß § 3a AÜG verlangen.<sup>339</sup> Im Falle des Einsatzes für Tätigkeiten, die unter einen nach dem Entsendegesetz erstreckten Tarifvertrag fallen, kann er nach § 8 Abs. 3 AEntG unabhängig davon, ob der

---

<sup>337</sup> *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 239; *C. Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 371 f.

<sup>338</sup> BAG, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 5 zu Art. 25 GG; *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 121 f.; *C. Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 414 f.; *Staudinger-Magnus*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 202; *Winkler von Mohrenfels/Block*, EAS B 3000 Rn. 219; *ErfK-Schlachter*, Rom I-VO Rn. 23; *MünchKomm-Martiny*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 116; *Reiserer*, NZA 1994, 673, 677 f.; a. A. *Birk*, RdA 1989, 201, 207; *Krebber, Sebastian*, Internationales Privatrecht des Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhältnissen, S. 306 ff.

<sup>339</sup> Selbst wenn man die Lohnuntergrenze nicht als Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften nach § 2 Nr. 4 AEntG ansehen wollte, ist sie als Mindestentgeltsatz international zwingend gemäß § 2 Nr. 1 AEntG.

Einsatzbetrieb unter den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages bzw. der Rechtsverordnung fällt,<sup>340</sup> die Bedingungen nach dem erstreckten Tarifvertrag verlangen.

Ein transnational überlassener Arbeitnehmer kann aber nicht die Respektierung sämtlicher im Inland geltender Arbeitsbedingungen verlangen, wenn auf den Vertrag nicht das deutsche Recht als Vertragsstatut anzuwenden ist. Denn zu den Bedingungen der Leiharbeit nach § 2 Nr. 4 AEntG gehören zwar die spezifischen Regelungen für das Arbeitsverhältnis des Leiharbeiters (s.o. I 2 c [2]), nicht aber die allgemeinen arbeitsvertragsrechtlichen Regelungen, die für alle Arbeitnehmer gelten<sup>341</sup>. Anders ist es bei freizügigkeitsberechtigten Leiharbeitern: Unionsbürger, die im Rahmen transnationaler Leiharbeit von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen (vgl. B I 2 c [1] [c] i), können über diese Arbeitsbedingungen hinaus nach Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung (EU) Nr. 492/2011 verlangen, dass ihnen die gleichen Arbeitsbedingungen wie den Ortskräften gewährt werden.

Im Übrigen ist die eigenständige Verpflichtung des Entleihers in Bezug auf den Arbeitsschutz nach § 11 Abs. 6 AGG gemäß § 2 Nr. 4 AEntG zwingend auf das partielle Arbeitsverhältnis zum Entleiher anzuwenden, das im Zweifel freilich ohnehin deutschem Recht unterliegt (s.o. I 2 c [1] [a] vi).

---

<sup>340</sup> Vor der Neufassung des Gesetzes im Zuge des Tarifautonomiestärkungsgesetzes v. 11.8.2014 (BGBl. I 1348) hatte BAG, AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Maler, noch eine entsprechende Branchenzugehörigkeit des Entleihers gefordert.

<sup>341</sup> Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 105.

## C. Verschiedene Entsendekonstellationen

Nachfolgend werden verschiedene Vertragsgestaltungen für konzerninterne Entsendungen in das Inland<sup>342</sup> in den Blick genommen. Es kommen im Wesentlichen die nachfolgend aufgeführten Gestaltungen in Betracht,<sup>343</sup> für die die Konsequenzen aus den unter B. herausgearbeiteten Grundsätzen kurz zusammengefasst werden.

### I. Einfache Entsendung

Der Arbeitnehmer kann zunächst einfach zur Arbeit in einem anderen Unternehmen unter Beibehaltung des Weisungsrechts des bisherigen Arbeitgebers abgeordnet sein.

Als einfache Entsendung soll nachfolgend die Konstellation bezeichnet werden, in der der Arbeitgeber aus dem Ausland einen Arbeitnehmer an einen inländischen Arbeitsort entsendet. Das kann zur Beschäftigung an einer inländischen Betriebsstätte, möglicherweise in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen, geschehen. Ein inländischer Arbeitgeber erhält aber keinerlei vertragliche Rechte, insbesondere kein Weisungsrecht gegenüber dem entsandten Arbeitnehmer. Die transnationale Konzernentsendung erweist sich damit im Wesentlichen als nicht mehr als eine Dienstreise. So ist es denkbar, dass ein Arbeitnehmer aus dem Ausland in eine inländische Zweigniederlassung entsandt wird, um dort Tätigkeiten ohne Weisungen der Betriebsleitung zu verrichten und nur Bericht an den ausländischen Arbeitgeber zu erstatten. Möglich ist es auch, dass eine ausländische Konzernmutter einen (leitenden) Angestellten entsendet, um in einer inländischen Tochter selber betriebsleitend tätig zu werden. Die vertragsrechtliche Situation des entsandten Arbeitnehmers richtet sich allein nach dem nach wie vor bestehenden Arbeitsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber. Gegebenenfalls wird der Vertrag um eine Zusatzvereinbarung in Bezug auf die Arbeitsbedingungen für die Dauer der Entsendung ergänzt/überlagert, etwa hinsichtlich der Zah-

---

<sup>342</sup> Für den umgekehrten Blickwinkel bei Entsendungen aus dem Inland in das Ausland vgl. *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849 ff.; *Reichel/Spieler*, BB 2011, 2741 ff.

<sup>343</sup> *Vogt*, Arbeitsrecht im Konzern, § 5 Rn. 3 ff.

lung der Vergütung oder Auslagererstattung etc. Kollisionsrechtlich ist weiterhin eine vorrangige Rechtswahl zu beachten. Sowohl mit Blick auf den Günstigkeitsvergleich als auch im Falle einer fehlenden Rechtswahl stellt sich dann die Frage, ob der Arbeitsvertrag nach wie vor an den heimischen Arbeitsort zu knüpfen ist. Da die Entsendung in den Konstellationen, die nach der vorliegenden Fragestellung interessieren (s.o. A I), regelmäßig vorübergehend sein wird, bleibt es dabei, dass das bisherige Recht Vertragsstatut bleibt.<sup>344</sup> Mit Rücksicht auf den inländischen Arbeitsort kommt es aber zur Durchsetzung deutscher Eingriffsnormen (s.o. B III 1). Im Falle einer solchen einfachen Entsendung wird der inländische Arbeitgeber keine Personalhoheit erlangen, so dass der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen nach § 99 BetrVG erlangt.

## **II. Entsendung mit Begründung eines Lokalarbeitsvertrages**

Möglich und, wie es scheint, in der Praxis auch verbreitet ist die Konstellation, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seines bisherigen Arbeitsverhältnisses in das Inland entsandt wird. Der bisherige Arbeitsvertrag wird aber als Rumpfarbeitsverhältnis ruhend gestellt, während der Arbeitnehmer mit dem inländischen Konzernunternehmen einen zweiten Arbeitsvertrag abschließt, ein Lokalarbeitsverhältnis eingeht. Beispiel: Mit dem indischen Arbeitgeber, der ein Tochterunternehmen der inländischen Konzernmutter ist, besteht ein Arbeitsvertrag. Die Rechte daraus werden vorübergehend ruhend gestellt. Der Arbeitnehmer schließt mit der inländischen Konzernmutter für die Dauer des Inlandseinsatzes einen neuen, zweiten Arbeitsvertrag, das Lokalarbeitsverhältnis. Beide Verträge bedürfen einer selbstständigen Anknüpfung (B I 2 c [1] [a] vi). Für das Rumpfarbeitsverhältnis bleibt es danach beim bisherigen Arbeitsvertragsstatut. Im Hinblick auf die ruhend gestellten Hauptleistungspflichten wird das deutsche Eingriffsrecht insoweit kaum Bedeutung haben. Das Lokalarbeitsverhältnis ist demgegenüber selbstständig anzuknüpfen an den gewöhnlichen Arbeitsort, sofern keine Rechtswahl vorliegt. In letzterem Falle bleibt es bei der Anwendung des Günstigkeitsprinzips, so dass wiederum die Schutznormen des fiktiven Vertragsstatuts am gewöhnlichen Arbeitsort zur Anwendung kommen. Vor allem aber kommt das inländische Eingriffsrecht (s.o. B III 1) zur Anwendung. Regelmäßig wird bei Abschluss eines Lokalarbeitsvertrages eine Eingliederung in den inländischen Betrieb erfolgen, so dass der Betriebsrat nach § 99 BetrVG mitzubestim-

---

<sup>344</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 208.



men hat und auch sein Überwachungsmandat in Bezug auf die Arbeitsbedingungen des entsandten Arbeitnehmers ausübt. Er erlangt betriebsverfassungsrechtlich die Stellung eines Arbeitnehmers des Betriebes, so dass sich Mitbestimmungsrechte nach den Ausführungen unter B II auf ihn erstrecken können.

### III. Vertragsbeitritt

Ähnlich wie bei der Konstellation der Begründung eines zusätzlichen Lokalarbeitsverhältnisses (soeben 2) geht es auch beim Vertragsbeitritt darum, dass ein inländisches Konzernunternehmen rechtlich Vertragspartner des Arbeitnehmers wird. Es wird aber kein eigenständiger lokaler Arbeitsvertrag geschlossen, sondern der bisherige Arbeitsvertrag bekommt eine Mehrheit von Vertragspartnern auf Arbeitgeberseite. Das inländische Unternehmen tritt dem bisherigen Arbeitsvertrag bei. Der Arbeitnehmer hat nun im Rahmen seines bisherigen Arbeitsvertrages zwei Arbeitgeber, den bisherigen ausländischen und den zusätzlichen inländischen. Es kann hier von einem „Gemeinschaftsarbeitsverhältnis“ gesprochen werden.<sup>345</sup> Rechtlich bedeutet dies einen Vertragsbeitritt. Ob ein solcher zulässig ist, richtet sich nach dem (bisherigen) Arbeitsvertragsstatut. Nach deutschem Recht ist ein solcher gewillkürter Vertragspartnerwechsel im Rahmen der Privatautonomie ungeachtet des § 613 Satz 2 BGB ohne weiteres möglich.<sup>346</sup> Grundsätzlich führt der neue Arbeitsort im Inland noch nicht zum Statutenwechsel, solange eine vorübergehende Entsendung vorliegt. Allerdings kann der Vertragspartnerwechsel als solcher einen Statutenwechsel bewirken, insoweit nunmehr eine engere Verbindung im Sinne der Ausweichklausel des Art. 8 Abs. 4 Rom I-Verordnung begründet werden könnte.<sup>347</sup> Solche Fälle sind sicher nicht häufig, erscheinen aber durchaus denkbar. Möglich erschiene dies etwa in dem Fall, dass ein Deutscher beim Aufbau eines Tochterunternehmens im Ausland vor Ort geworben und engagiert wurde, nun aber für einige Zeit in das Inland geholt wird, um die Zentrale kennen zu lernen und künftig nach Aufstieg in der ausländischen Konzerntochter als verlängerter Arm der Mutter zu agieren. Hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Bewertung dieses Vorgangs gilt entsprechendes wie bei der Begründung eines Lokalarbeitsvertrages. Die Eingliederung in den Betrieb bedarf der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG.

---

<sup>345</sup> Vgl. *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 211.

<sup>346</sup> Zur Qualifikationsfrage in Bezug auf das Problem, ob ein Unternehmen Vertragspartner geworden ist, vgl. *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 213.

<sup>347</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 212.

Das Überwachungsmandat des Betriebsrats bezieht sich auch auf diesen Arbeitnehmer. In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht ist er Arbeitnehmer des Betriebes und Mitbestimmungsrechte können sich auch auf ihn beziehen.

#### **IV. Internationaler Gemeinschaftsbetrieb**

Eine Konstellation, bei der der Arbeitnehmer es ebenfalls mit zwei Rechtssubjekten innerhalb eines Konzerns zu tun hat, kann sich beim konzerninternen transnationalen Gemeinschaftsbetrieb<sup>348</sup> ergeben. Ein solcher liegt vor, wenn sich zwei Unternehmen zusammenschließen, um gemeinsam einen Betrieb zu betreiben, in den sie Arbeitnehmer entsenden. Sie treffen dazu eine Führungsvereinbarung und installieren eine einheitliche Leitung.<sup>349</sup> Wird ein Arbeitnehmer im Rahmen eines solchen Gemeinschaftsbetriebs eingesetzt,<sup>350</sup> kann dies eine transnationale konzerninterne Entsendung sein. Je nach Einsatzzweck kann dies zum Statutenwechsel infolge eines künftigen gewöhnlichen Arbeitsortes im Inland führen bzw. – bei einer Rechtswahl – zur Anwendung deutscher Schutznormen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Arbeitsort im Inland. Bei nur vorübergehender Entsendung wird es demgegenüber bei der Maßgeblichkeit des bisherigen Vertragsstatuts bleiben. Auch hier bleibt natürlich die Möglichkeit der Anwendung deutschen Eingriffsrechts. In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht ergeben sich bei einem im Inland belegenen Gemeinschaftsbetrieb keine Besonderheiten im Vergleich zu einem reinen Inlandsfall. Da der Einsatz von Arbeitnehmern im Gemeinschaftsbetrieb keine Arbeitnehmerüberlassung ist, ist das AÜG nicht anwendbar und insbesondere bedarf es keiner Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Das Mandat des im Gemeinschaftsbetrieb gewählten Betriebsrats erstreckt sich auch auf die von einem ausländischen Arbeitgeber im Rahmen des Gemeinschaftsbetriebs eingesetzten Arbeitnehmer.

#### **V. Vertragspartnerwechsel**

Wird das bisherige Arbeitsverhältnis zum alten Arbeitgeber beendet und ein neues mit dem inländischen Konzernunternehmen begründet, so bereitet dies in kollisionsrechtlicher Hinsicht keine Probleme. Das alte Arbeitsverhältnis unter-

---

<sup>348</sup> Vgl. dazu *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 245 ff.

<sup>349</sup> Zum Gemeinschaftsbetrieb nach deutschem Recht vgl. *Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert*, § 5 Rn. 48 ff.

<sup>350</sup> *Schmid/Topoglu*, ArbRAktuell 2014, 6 ff., 40 ff., propagieren dies als Alternative zu Werk-/Dienstverträgen zur Vermeidung der Anwendung des AÜG.

liegt dem bisherigen Vertragsstatut, das auch darüber entscheidet, unter welchen Voraussetzungen eine solche Beendigung zulässig ist. Das neue Arbeitsverhältnis unterliegt mangels Rechtswahl dem Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes. Das ist der Ort, an dem der Arbeitnehmer ab sofort arbeitet. Es gilt also ein deutsches Arbeitsvertragsstatut. Es ist auch nicht etwa die Konstellation gegeben, in der ein Arbeitsvertrag mit einer vorübergehenden Entsendung beginnt (vgl. dazu o. B I 2 c [1] [a] ii). Denn in der Regel wird die Rückkehr zum bisherigen Arbeitgeber, falls es überhaupt zu einer solchen kommt, zu einem erneuten Neuabschluss eines Arbeitsvertrages führen.

Denkbar ist aber auch, dass bei fortbestehendem Arbeitsvertrag der Arbeitgeber als Vertragspartner wechselt, mithin eine Vertragsübernahme stattfindet. In der Regel wird damit ein Statutenwechsel einhergehen.<sup>351</sup> Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Arbeitnehmer nur vorübergehend an dem neuen inländischen Arbeitsort tätig werden soll, um später ohne erneuten Vertragspartnerwechsel zum alten Arbeitgeber zurückzukehren. Vielmehr ist für den Regelfall davon auszugehen, dass ein späterer erneuter Arbeitsortwechsel mit Vertragsübernahme im Rahmen des internationalen Konzerns erfolgen wird und daher erneut mit einem Statutenwechsel einhergeht.

## VI. Leiharbeit

Soll das aufnehmende Unternehmen Weisungsrechte erlangen, kann eine grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung erfolgen. Wie ausgeführt, wird im Falle der Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland das Vertragsverhältnis des verliehenen Arbeitnehmers in der Regel nicht von einem Statutenwechsel berührt, weil der Inlandseinsatz sich als vorübergehende Entsendung darstellen wird, so dass es bei der Maßgeblichkeit des bisherigen gewöhnlichen Arbeitsortes bleibt (s.o. B I 2 c [1] [a] ii). Gewerberechtlich kann das Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG eingreifen. Mit Blick auf den inländischen Arbeitsort kommen zahlreiche Bestimmungen des deutschen Rechts als Eingriffsnormen zur Anwendung, die das Arbeitsvertragsstatut partiell überlagern (s.o. B III 2). Das umfasst insbesondere die Regelungen des AÜG. Das Konzernprivileg kann nach hier vertretener Ansicht die vertragsrechtlichen Rechte von Leiharbeitnehmern nicht relativieren (s.o. B I 2 b). Auch hier ergeben sich betriebsverfassungsrechtlich keine Besonderheiten zum rein internen Fall, wenn Leiharbeitnehmer in einen Inlandsbetrieb eingegliedert werden.

---

<sup>351</sup> Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 221.

## D. Vorschläge de lege ferenda

Aus den bisherigen Überlegungen lassen sich rechtspolitische Vorschläge entwickeln, die hier kurz vorgestellt werden sollen.

1. Die Gleichwertigkeitsprüfung nach § 39 Abs. 2 AufenthG sollte künftig mit einem gesetzlichen Anspruch des Arbeitnehmers auf die gleichwertigen Arbeitsbedingungen gegen seinen Arbeitgeber verknüpft werden. Sachlich gehört eine solche Regelung als ausländerrechtliche Begleitbestimmung in das Ausländerrecht, so dass sich eine Ergänzung des § 39 AufenthG anbietet. Die bisherige Rechtslage lässt den intendierten Arbeitnehmerschutz unberücksichtigt und ist zudem für den Gesetzesvollzug abträglich (vgl. B I 2 c [1] [c]). Die Gesetzesdurchsetzung würde insoweit erleichtert, weil sich das Überwachungsmandat des Betriebsrats auch auf diesen Anspruch erstrecken würde (vgl. B II 4). Ohnehin wird der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der ICT-Richtlinie für die aus Drittstaaten transnational im Konzern entsandten Arbeitnehmer einen Anspruch auf *equal pay* schaffen müssen (B I 2 c [1] [c] iii).
2. Klargestellt werden sollte durch eine gesetzliche Regelung, dass die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses auch bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis eingreift, und zwar auch bei Vorliegen einer A1-Bescheinigung (s.o. B I 2 c [4]).
3. Da grenzüberschreitend in einen Inlandsbetrieb entsandte Arbeitnehmer nach allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen Arbeitnehmer des Betriebes sein können (s.o. B II 3), empfiehlt sich klarstellend in einem neuen § 5 Abs. 1 Satz 4 BetrVG zu regeln: „Ebenso gelten aus dem Ausland entsandte Beschäftigte im Sinne des Satzes 1 als Arbeitnehmer.“
4. Im Zuge der Untersuchung wurde deutlich, dass zumindest zwei Regelungen des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsrechts grundsätzlich und unabhängig von transnationalen Entsendekonstellationen nachzubessern sind:
  - a) Das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG beschränkt sich in richtlinienkonformer Auslegung auf die Erlaubnispflichtigkeit der Überlassung (s.o. B I 2 b). Das sollte durch eine gesetzliche Regelung klargestellt werden.<sup>352</sup>

---

<sup>352</sup> Vgl. auch *Ulber/Stang*, AuR 2015, 250, 252 f.

- b) Gerade auch mit Blick auf ausländische Tarifverträge, die zu einer Abweichung vom leiharbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot geeignet sind, scheint es geboten, die Regelungen der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG dahingehend zu ändern, dass klargestellt wird, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz durch tarifvertragliche Regelung zwar modifiziert werden kann, dabei aber ein gleichwertiger Schutz der Leiharbeitnehmer gewährleistet bleiben muss (vgl. B I 2 c [2]).
5. Insgesamt haben transnational in das Inland entsandte Arbeitnehmer zwar zahlreiche vertragsrechtliche Rechtspositionen. Es scheint aber fraglich, ob sie diese durchsetzen werden. Einerseits werden Gerichte des Heimatstaates diese Rechte nicht in jedem Falle kollisionsrechtlich zur Anwendung bringen können oder wollen. Andererseits nützt ein Gerichtsstand in Deutschland, etwa nach Art. 21 Brüssel I-Verordnung oder § 15 AEntG nur etwas, wenn der Arbeitnehmer davon Gebrauch macht und im Inland klagt. Realistisch wird dies nur während des Inlandsaufenthalts in Betracht kommen. Ob der Arbeitnehmer dann davon Gebrauch macht, erscheint aber ebenfalls zweifelhaft. Denn ein Ausländer wird, zumal bei möglicherweise bestehenden Sprachschwierigkeiten, oftmals das noch durchgeführte Beschäftigungsverhältnis nicht durch einen Gerichtsprozess belasten wollen. Das gilt erst recht, wenn die Vergütung durch Entsendezulagen oder ein höheres Entgeltniveau in Deutschland den bisherigen heimischen Arbeitslohn erheblich übersteigt. Der im Entleiherbetrieb bestehende Betriebsrat muss in die Lage versetzt werden, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, insbesondere des MiLoG und des AÜG eigenständig zu prüfen und bei Verstößen die Zustimmung zu einer Einstellung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu verweigern.
6. Ergänzend empfiehlt sich die Einführung einer gesetzlichen Prozessstand-schaft der Gewerkschaften.

## E. Ergebnisse der Untersuchung

1. Die Arbeitnehmerüberlassung in das Bundesgebiet hinein ist unabhängig vom Erlaubnisrecht des Sitzstaates des Verleihers erlaubnispflichtig nach dem AÜG. Das gilt auch dann, wenn Verleiher und Entleiher ihren Sitz außerhalb der Bundesrepublik haben, sofern der Leiharbeiter im Bundesgebiet tätig werden soll. Allerdings können auch ausländische Verleiher in den Genuss des Konzernprivilegs nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG gelangen. Das Konzernprivileg begegnet keinen europarechtlichen Bedenken, soweit es die transnationale Konzernleihe erlaubnisfrei stellt.
2. Grundsätzlich bedürfen ausländische Staatsangehörige zur Beschäftigung im Inland eines Aufenthaltstitels zur Beschäftigung. Dies bezieht sich vor allem auf Drittstaatsangehörige, da Unionsbürger, auch wenn sie als Leiharbeiter tätig werden, freizügigkeitsberechtigt sind und keinen Aufenthaltstitel benötigen. In bestimmten Fällen, etwa bei Hochqualifizierten, bedarf es keiner Zustimmung der BA zum Aufenthaltstitel zur Beschäftigung. Soweit es der Zustimmung bedarf, ist diese nach § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zu versagen, wenn der Arbeitnehmer als Leiharbeiter beschäftigt werden soll. Letzteres nimmt die BA aber dann nicht an, wenn es um einen transnationalen konzerninternen Verleih geht. Die Zustimmung ist im Übrigen mit einer Gleichwertigkeitsprüfung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen verbunden, die dem Arbeitnehmer aber keine vertraglichen Rechte gegenüber dem Arbeitgeber verschafft. Allerdings fordert die Richtlinie 2014/66/EU, die bis zum 29.11.2016 umzusetzen ist, dass den von ihr erfassten Arbeitnehmern im Rahmen transnationaler Konzernentsendungen aus Drittstaaten vergleichbare Arbeitsbedingungen wie Inländern gewährt werden. Rechtspolitisch empfiehlt es sich, das ausländerrechtliche Gleichwertigkeitsprinzip durch gesetzliche Rechte des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber zu flankieren.
3. Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger, zu denen auch Leiharbeiter gehören, die grenzüberschreitend verliehen werden, genießen aber Anspruch auf Gleichbehandlung gemäß Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung (EU) 492/2011.
4. Hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Arbeitsbedingungen ist nach der Rom I-Verordnung das anwendbare Recht zu ermitteln. Dabei kann das anwendbare Recht im Wege einer Rechtswahl durch die Vertragsparteien bestimmt

werden, dem Arbeitnehmer aber nicht der Schutz, den ihm das objektive Vertragsstatut gewährt, entzogen werden. Objektives Vertragsstatut ist dabei das am gewöhnlichen Arbeitsort geltende Recht. Im Ergebnis wird es oftmals bei der Anwendbarkeit des heimischen Arbeitsrechts des entsandten Arbeitnehmers bleiben, wenn nicht deutsches Recht gewählt wurde.

5. Auch wenn ein fremdes Recht anwendbar ist, kommen deutsche Eingriffsnormen gemäß Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung zum Zuge, wenn der Arbeitnehmer im Inland arbeitet. § 2 AEntG enthält einen (nicht abschließenden) Katalog von Vorschriften des deutschen Rechts, die als Eingriffsnormen anzuwenden sind. Er umfasst Mindestlöhne, Arbeitsschutzrecht, Sonderenschutz für besondere Gruppen sowie Antidiskriminierungsrecht.
6. Zu den Eingriffsnormen des deutschen Rechts gehören auch die Regelungen über die schuldrechtlichen Rechte des Leiharbeitnehmers nach dem AÜG. Diese werden durch das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG in richtlinienkonformer Auslegung auch nicht ausgeschlossen. Der leiharbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist daher stets und unabhängig vom Vertragsstatut anzuwenden. Eine Abweichung davon durch einen Tarifvertrag eines fremden Rechts ist nur möglich, wenn dieser dem Tarifvertrag nach deutschen Vorstellungen funktionell gleichwertig ist und im Übrigen ausgeschlossen, wenn ein eventueller Gleichbehandlungsanspruch nach dem Vertragsstatut nicht tarifdispositiv ausgestaltet ist. Vom Gleichbehandlungsgrundsatz kann ein – in- oder ausländischer – Tarifvertrag nur im Wege der Modifizierung unter Gewährleistung eines gleichwertigen Arbeitnehmerschutzes abweichen. Auch das sollte gesetzlich klargestellt werden. Darüber hinaus hat der Leiharbeiter in jedem Falle unabhängig vom Vertragsstatut die betrieblichen Rechte beim Entleiher gemäß §§ 13a und 13b AÜG.
7. Im Falle unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung in das Inland sind §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG mit international zwingender Wirkung anzuwenden, so dass der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher unwirksam ist und ein Arbeitsvertrag mit dem Entleiher besteht. Auch insoweit empfiehlt sich eine klarstellende gesetzliche Regelung. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher scheidet bei Eingreifen des Konzernprivilegs allerdings aus, weil die Überlassung in diesem Falle nicht erlaubnispflichtig ist.
7. Hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer greift das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG in europarechtskonformer Rechtsfortbildung nicht, soweit es um Arbeitsbedingungen geht, die dem Leiharbeitnehmer nach der europäischen Leiharbeitsrichtlinie gewährt werden müs-

sen. Das Konzernprivileg beschränkt sich mit anderen Worten auf die Erlaubnisspflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung. De lege ferenda ist eine diesbezügliche Klarstellung zu fordern.

8. In im Inland belegenen Betrieben ist das BetrVG anwendbar. Aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer können unabhängig vom Vertragsstatut im Falle ihrer Eingliederung als Arbeitnehmer des Betriebes anzusehen sein. Insofern scheint eine deklaratorische Regelung in einem neuen § 5 Abs. 1 Satz 4 BetrVG angezeigt. Der Betriebsrat hat das Recht auf Mitwirkung bei der Einstellung gemäß § 99 BetrVG. Soweit transnational konzernintern entsandte Kräfte – wie in der großen Mehrzahl der Fälle – als Arbeitnehmer des Betriebes anzusehen sind, sind auch Betriebsvereinbarungen, die Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs vorausgesetzt, unabhängig vom Vertragsstatut anzuwenden.
9. Das Überwachungsmandat des Betriebsrats bezieht sich auch auf die betriebsangehörigen Arbeitnehmer, die transnational konzernintern entsandt wurden. Es erstreckt sich aber nur auf die für diese Arbeitnehmer nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen geltenden Rechtsvorschriften. Dazu gehört das Gleichwertigkeitsgebot des § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG zwar nicht, solange mit diesem keine individuellen Ansprüche des Arbeitnehmers korrespondieren, sehr wohl aber Gleichbehandlungsansprüche nach Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung oder nach § 10 Abs. 4 AÜG. Im Falle einer Verletzung dieser Vorschriften hat der Betriebsrat dieselben Möglichkeiten wie auch bei rein internen Fällen. Er kann sich dazu, wenn innerbetriebliche Abhilfe nicht zu erreichen ist, auch an Gewerbeaufsicht, Berufsgenossenschaft, Gewerkschaft, Arbeitsagentur oder Zollverwaltung wenden. Darüber hinaus kann er im Falle einer Verletzung des § 75 BetrVG oder des AGG das Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG einleiten. Im Falle einer Missachtung des Gleichwertigkeitsgebots droht der Widerruf der Aufenthaltserlaubnis, worauf der Betriebsrat den Arbeitgeber in jedem Falle hinweisen sollte.





# Literaturverzeichnis

- Abele, Roland*, Reichweite der kollisionsrechtlichen Ausweichklausel bei der Bestimmung des Arbeitsvertragsstatuts, RdA 2014, 118.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 3. Aufl., München 2012 (zit.: *Bamberger/Roth-Bearbeiter*).
- Bayreuther, Frank*, Arbeitsrecht im Richtlinienvorschlag zur konzerninternen Versendung von Drittstaatsangehörigen (ICT-Richtlinie), ZESAR 2012, 405.
- Bayreuther, Frank*, Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, 865.
- Bayreuther, Frank*, Vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit zugunsten der MOE-Staaten, DB 2011, 706.
- Beitzke, Günther*, Normenkollisionen im Arbeitsrecht, DB 1958, 224.
- Birk, Rolf*, Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, FS Schnorr von Carolsfeld, S. 61.
- Birk, Rolf*, Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, RdA 1989, 201.
- Birk, Rolf*, Betriebliche Regelungen im internationalen Arbeitsrecht, FS Trinkner, S. 461.
- Birk, Rolf*, Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Ra-belsZ 46 (1982), 384.
- Bitter, Anna-Kristina*, Auslegungszusammenhang zwischen der Brüssel I-Verordnung und der künftigen Rom I-Verordnung, IPRax 2008, 96.
- Blanke, Thomas*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2010, 1528.
- Boemke, Burkhard*, „Ausstrahlungen“ des Betriebsverfassungsgesetzes ins Ausland, NZA 1992, 112.
- Boemke, Burkhard*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177.
- Boemke, Burkhard/Lembke, Mark* (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl., Frankfurt/M. 2013 (zit.: *Boemke/Lembke-Bearbeiter*).
- Brors, Christiane*, Arbeitnehmerüberlassung und Territorialitätsprinzip – Praktische Fragen bei grenzüberschreitender Entsendung –, DB 2013, 2087.
- Brors, Christiane*, Europäische Rahmenbedingungen für den neuen Mindestlohn und seine Ausnahmen, NZA 2014, 138.
- Brors, Christiane/Schüren, Peter*, Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz, NZA 2014, 569.
- Bundesagentur für Arbeit*, Durchführungsanweisungen zur Ausländerbeschäftigung, Stand: 25.4.2014 (zit.: BA, DA AufenthG).
- Bundesagentur für Arbeit*, Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), Stand: Februar 2014 (zit.: BA, GA AÜG).

- Czernich, Dietmar/Heiss, Helmut* (Hrsg.), EVÜ, Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Wien 1999 (zit.: *Cernich/Heiss-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang*, Auslandsarbeit unter deutschem Recht, FS Birk, S. 27.
- Däubler, Wolfgang*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, Baden-Baden 1999.
- Däubler, Wolfgang*, Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte?, NJW 2014, 1924.
- Däubler, Wolfgang*, Neue Akzente im Arbeitskollisionsrecht, RIW 2000, 255.
- Däubler, Wolfgang*, Das neue Internationale Arbeitsrecht, RIW 1987, 249.
- Däubler, Wolfgang*, Das partielle Arbeitsverhältnis, FS Buchner, S. 163.
- Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1998.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: *Däubler-Bearbeiter*, TVG).
- Däubler, Wolfgang/Bertzach, Martin* (Hrsg.), AGG, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: *Däubler/Bertzach-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: *Hk-ArbR-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), BetrVG, 14. Aufl., Frankfurt/M. 2014 (zit.: *DKKW-Bearbeiter*).
- Deinert, Olaf*, Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen innerhalb der europäischen Union, Rechtsprobleme der Sonderanknüpfung eines „harten Kerns“ arbeitsrechtlicher Vorschriften des Arbeitsortes, RdA 1996, 339.
- Deinert, Olaf*, Arbeitsrechtliche Herausforderungen einer veränderten Gewerkschaftslandschaft, NZA 2009, 1176.
- Deinert, Olaf*, Eingriffsnormen, Entsenderecht und Grundfreiheiten, FS Martiny, S. 277.
- Deinert, Olaf*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013.
- Deinert, Olaf*, Internationales Arbeitsrecht und Tarifvertrag, FS Bepler, S. 75.
- Deinert, Olaf*, Die international-privatrechtliche Behandlung öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts, in: Ders. (Hrsg.), Internationales Recht im Wandel, Symposium für Peter Winkler von Mohrenfels, Baden-Baden 2013, S. 95.
- Deinert, Olaf*, Neues Internationales Arbeitsvertragsrecht, RdA 2009, 144.
- Eichenhofer, Eberhard*, Arbeitsbedingungen bei Entsendung von Arbeitnehmern, ZIAS 1996, 55.
- Erman*, BGB, 2 Bde., 14. Aufl., Köln 2014 (zit.: *Erman-Bearbeiter*).
- Fischer, Ulrich*, Der ahnungslose Arbeitgeber oder die Betriebsverfassung im (internationalen) konzernrechtlichen Niemandsland?, AuR 2002, 7.
- Fitting, Karl* (Begr.), BetrVG, 27. Aufl., München 2014.
- Franzen, Martin*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1.5.2011, EuZA 2011, 451.
- Franzen, Martin*, Internationales Arbeitsrecht, AR-Blattei SD 920.

- Franz, Martin*, Mindestlohn und tarifvertragliche Vergütungsbestandteile, NZA 2015, 338.
- Fuchs, Maximilian*, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009, 57.
- Gagel, Alexander*, SGB II/SGB III, München, Loseblatt (zit.: *Gagel-Bearbeiter*).
- Gamillscheg, Franz*, Gedanken zu einem System des internationalen Arbeitsrechts, *RabelsZ* 23 (1958), 819.
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. II, Betriebsverfassung, München 2008.
- Gamillscheg, Franz*, Zu einigen Fragen des internationalen Arbeitsrechts, *AcP* 155 (1955), 49.
- Gamillscheg, Franz*, Neue Entwicklungen im englischen und europäischen internationalen Arbeitsrecht, *RIW/AWD* 1979, 225.
- Gamillscheg, Franz*, Intereuropäisches Arbeitsrecht, Zu zwei Vorschlägen der EWG zum Internationalen Arbeitsrecht, *RabelsZ* 37 (1973), 284.
- Gamillscheg, Franz*, Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, *ZfA* 1983, 307.
- Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (hrsgg. v. Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen), Köln, Loseblatt (zit.: *GK-AufenthG-Bearbeiter*).
- Giuliano, Mario/Lagarde, Paul*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *BT-Drs.* 10/503, S. 33.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, München (zit.: *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Bearbeiter*).
- Hamann, Wolfgang*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, *EuZA* 2009, 287.
- Hamann, Wolfgang*, Die Vereinbarkeit der privilegierten Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG mit der Richtlinie Leiharbeit, *ZESAR* 2012, 103.
- Hanau, Peter*, Lohnunterbietung („Sozialdumping“) durch Europarecht, *FS Everling*, S. 415.
- Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf*, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002 (zit.: *Hanau/Steinmeyer/Wank-Bearbeiter*).
- Hantel, Peter*, Der Schutz arbeitsrechtlicher Mindeststandards bei einem grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsatz innerhalb der EU (Teil 1), *ZESAR* 2014, 261; (Teil 2), *ZESAR* 2014, 313.
- Heilmann, Frank Sven*, Das Arbeitsvertragsstatut, Konstanz 1991.
- Heinig, Hans Michael/Schlachter, Monika* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 8, Arbeits- und Sozialrecht (zit.: *Heinig/Schlachter-Bearbeiter*).
- Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk/Nicolai, Andrea/Rose Franz-Josef/Huke, Kristina*, *BetrVG*, 9. Aufl., Köln 2014 (zit.: *HWGNRH-Bearbeiter*).
- Heuschmid, Johannes/Klauk, Melanie*, Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeitsrichtlinie, *SR* 2012, 84.
- Hoch, Roland*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, *BB* 2015, 1717.
- Hoek, Aukje Anna Heleen van*, Internationale mobiliteit van werknemers, Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn, Den Haag 2000 (zugl. Amsterdam, Univ., Diss. 2000).

- Hofmann, Rainer M./Hoffmann, Holger* (Hrsg.), *Ausländerrecht, Handkommentar*, Baden-Baden 2008 (zit.: *HK-AuslR-Bearbeiter*).
- Hönsch, Ronald*, Die Neuregelung des Internationalen Privatrechts aus arbeitsrechtlicher Sicht, *NZA* 1988, 113.
- Huber, Bertold*, *Aufenthaltsgesetz*, München 2010 (zit.: *Huber-Bearbeiter*).
- Huber, Bertold*, Das Arbeitsrecht der illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen, *NZA* 2012, 475.
- Junker, Abbo*, Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im Internationalen Privatrecht, *FS Heldrich*, S. 719.
- Junker, Abbo*, Das Internationale Arbeitsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, *FS BAG* (2004), S. 1197.
- Junker, Abbo*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992 (zugl. Münster, Univ., *Habil.* 1991/92).
- Junker, Abbo*, Internationales Arbeitsrecht in der geplanten Rom I-Verordnung, *RIW* 2006, 401.
- Junker, Abbo*, Internationales Arbeitsrecht in der Praxis im Blickpunkt: Zwanzig Entscheidungen der Jahre 1994–2000, *RIW* 2001, 94.
- Junker, Abbo*, Internationalprivat- und -prozessrechtliche Fragen von Rumpfarbeitsverhältnissen, *FS Kropholler*, 2008, S. 481.
- Kienle, Thomas/Koch, Alexander*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Probleme und Folgen, *DB* 2001, 922.
- Klaus, Sebastian*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für kurzfristige Entsendungen ins Bundesgebiet, *ZAR* 2014, 148.
- Knöfel, Oliver L.*, Ausländische Scheinselbständige, Grundfreiheiten und Qualifikation, *IPRax* 2006, 552.
- Knöfel, Oliver L.*, Kommendes Internationales Arbeitsrecht *RdA* 2006, 269.
- Knöfel, Oliver L.*, The Sweet Escape – Zur Ausweichklausel im Europäischen Internationalen Arbeitsvertragsrecht, *EuZA* 2014, 375.
- Koberski, Wolfgang/Asshoff, Gregor/Winkler, Holger/Eustrup, Gabriele*, *Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestarbeitsbedingungengesetz*, München 2011.
- Koch, Harald/Magnus, Ulrich/Winkler von Mohrenfels, Peter*, *IPR und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl., München 2010.
- Kölpin, Joachim*, Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 bei der Entsendung von Arbeitnehmern deutscher Unternehmen ins Ausland, *Diss.*, Bayreuth 1987.
- Kraushaar, Bernhard*, Ausländische Arbeitnehmer in der BRD oder Bundesdeutsche im Ausland – gilt deutsches oder ausländisches Arbeitsrecht?, *AiB* 1989, 53.
- Kraushaar, Bernhard*, Die Auslandsberührungen des deutschen Arbeitsrechts, *BB* 1989, 2121.
- Krebber, Sebastian*, Internationales Privatrecht des Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhältnissen, Baden-Baden 1997 (zugl. Trier, Univ., *Diss.* 1996/97).
- Kropholler, Jan*, *Internationales Privatrecht, einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Verfahrensrechts*, 6. Aufl., Tübingen 2006.

- Kruse, Kathrin*, Entsendung von Arbeitnehmern und grenzüberschreitende Tätigkeit Selbständiger nach der VO (EG) 883/2004, Hamburg 2015 (zugl. Jena, Univ., Diss. 2014).
- Lagarde, Paul*, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, *Rev.crit.DIP* 1991, 287.
- Lakies, Thomas*, Mindestlohngesetz, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2015.
- Laufersweiler, Jochen*, Ausstrahlung im Arbeits- und Sozialrecht, Berlin 1999 (zugl. Berlin, Freie Univ., Diss. 1995).
- Lembke, Mark*, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, *DB* 2011, 414.
- Lembke, Mark*, Gesetzesvorhaben der Großen Koalition im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, *BB* 2014, 1333.
- Lembke, Mark*, Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, *NZA* 2015, 70.
- Linssenmaier, Wolfgang/Kiel, Heinrich*, Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung – „Zwei-Komponenten-Lehre“ und normzweckorientierte Gesetzesauslegung, *RdA* 2014, 135.
- Lipperheide, Peter Jürgen*, Die Arbeitnehmervertretungen und ihre Bedeutung bei einem deutschen Betrieb eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, Frankfurt/M. 1980 (zugl. Bielefeld, Univ., Diss. 1978).
- Liukkunen, Ulla*, The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, A Comparative Study in the Conflict of Laws, Helsinki 2004.
- Lorenz, Egon*, Anmerkung zu BAG, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.
- Lorenz, Egon*, Die Grundsätze des deutschen internationalen Betriebsverfassungsrechts, *FS W.Lorenz* (1991), S. 441.
- Lorenz, Egon*, Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, *RdA* 1989, 220.
- Lüttringhaus, Jan D.*, Die „engere Verbindung“ im Europäischen Internationalen Arbeitsrecht, *EuZW* 2013, 821.
- Lüttringhaus, Jan D.*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung, Tübingen 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2009).
- Magnus, Ulrich*, Die Rom I-Verordnung, *IPRax* 2010, 27.
- Mallmann, Luitwin/Borchard, Axel*, Grenzüberschreitende Zeitarbeit – ein rein juristisches Problem?, *AuR* 2011, 413.
- Mankowski, Peter*, Internet und Telearbeit im Internationalen Arbeitsvertragsrecht, *DB* 1999, 1854.
- Mankowski, Peter*, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, *IPRax* 2006, 101.
- Markovska, Violeta*, Zwingende Bestimmungen als Schranken der Rechtswahl im Arbeitskollisionsrecht, *RdA* 2007, 352.
- Martiny, Dieter*, Neuanfang im Europäischen Internationalen Vertragsrecht mit der Rom I-Verordnung, *ZEuP* 2010, 747.
- Mastmann, Gabriele/Stark, Josefine*, Vertragsgestaltung bei Personalsendungen ins Ausland, *BB* 2005, 1849.

- Mauer Reinhold/Sadtler, Susanne*, Rom I und das internationale Arbeitsrecht, DB 2007, 1586.
- Müller, Carsten*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, Tübingen 2005 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2004/05).
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2015 (zit.: *ErfK-Bearbeiter*).
- Niebling, Martin/Gründel, Sarah*, Vermeidung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Mischbetrieben mit Zeitarbeit, BB 2009, 2366.
- Nunes Fernandes Gil Wolf, Angela*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Das auf doppelte Arbeitsverhältnisse anwendbare Recht am Beispiel der Vertragsgestaltung eines internationalen Konzerns, Frankfurt/M. 2010 (zugl. München, Univ., Diss. 2009/10).
- Pohl, Hans-Jürgen*, Grenzüberschreitender Einsatz von Personal und Führungskräften, NZA 1998, 735.
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Grundlagen, Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht, Köln 2015 (zit.: *Preis/Sagan-Bearbeiter*).
- Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Rom I-VO, Rom II-VO, München 2011 (zit.: *Rauscher-Bearbeiter*).
- Rebhahn, Robert*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.
- Rebhahn, Robert*, Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, IPRax 1988, 368.
- Rebhahn, Robert*, Österreichisches Arbeitsrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, FS Strasser, Wien 1983, S. 59.
- Reiter, Christian*, Anwendbare Rechtsnormen bei der Kündigung ins Ausland entsandter Arbeitnehmer, NZA 2004, 1246.
- Renner, Günter/Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus* (Hrsg.), Ausländerrecht, 10. Aufl., München 2013 (zit.: *Renner/Bergmann/Dienelt-Bearbeiter*).
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), BetrVG, 14. Aufl., München 2014 (zit.: *Richardi-Bearbeiter*).
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Individualarbeitsrecht; Bd. 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Aufl., München 2009 (zit.: *MünchArbR-Bearbeiter*).
- Rieble, Volker/Lessner, Jan*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag, ZfA 2002, 29.
- Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 2015 (zit.: *MünchKomm-Bearbeiter*).
- Sandmann, Georg/Marschall, Dieter*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG, Loseblatt, Neuwied u. a.
- Sansone, Piero*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Baden-Baden 2011 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010).
- Schlachter, Monika*, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse, NZA 2000, 57.
- Schlachter, Monika*, Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide?, IJCLLIR 2012, 177.

- Schlunck, Angelika*, Die Grenzen der Parteiautonomie im Internationalen Arbeitsrecht München 1990 (zugl. Bayreuth, Univ., Diss. 1990).
- Schmid, Johannes/Topoglu, Yavuz*, Gemeinschaftsbetrieb als Gestaltungsinstrument des konzerninternen Fremdpersonaleinsatzes – eine Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung (Teil 1), ArbRAktuell 2014, 6; (Teil 2), ArbRAktuell 2014, 40.
- Schneider, Gero*, Einfluss der Rom I-Verordnung auf die Arbeitsvertragsgestaltungen mit Auslandsbezug NZA 2010, 1380.
- Schnorr, Gerhard*, Aspekte des internationalen Privatrechts der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit), ZfA 1975, 143.
- Schubert, Jens* (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB III (zit.: jurisPK-Bearbeiter).
- Schüren, Peter* (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl., München 2010 (zit.: Schüren-Bearbeiter).
- Schüren, Peter*, Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland – Eine Skizze, FS Düwell, S. 84.
- Schüren, Peter/Wank, Rolf*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, RdA 2011, 1.
- Staudinger*, Art. 1–10 Rom I VO, Berlin 2011 (zit.: Staudinger-Bearbeiter).
- Stoll, André*, Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, Dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts, Frankfurt/M. u. a. 2002 (zugl. Mannheim, Univ., Diss. 2000/2001).
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., München 2012 (zit.: Streinz-Bearbeiter).
- Thüsing, Gregor* (Hrsg.), Arbeitnehmerentsendegesetz, München 2010 (zit.: Thüsing-Bearbeiter, AEntG).
- Thüsing, Gregor* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl., München 2012 (zit.: Thüsing-Bearbeiter, AÜG).
- Thüsing, Gregor*, Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht, RdA 2009, 118.
- Thüsing, Gregor*, Günstigkeitsvergleich und Ausweichklausel in Art. 30 EGBGB, BB 2003, 898.
- Thüsing, Gregor*, Rechtsfragen grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse, NZA 2003, 1303.
- Thüsing, Gregor/Lembke, Mark*, Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie, Zum Vorschlag der Ausdehnung des AEntG auf die Zeitarbeitsbranche, ZfA 2007, 87.
- Thüsing, Gregor/Müller, Carsten*, Geklärtes und Ungeklärtes im Internationalen Tarifrecht, BB 2004, 1333.
- Tuengerthal, Hansjürgen/Geißler, Janine*, EuGH zu Entsendebescheinigungen, AuA 2014, 84.
- Ulber, Daniel*, Die Bindungswirkung von A1-Bescheinigungen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung, Zum Verhältnis von international zwingendem Arbeitsrecht und internationalem Kollisionsrecht im Bereich der Sozialversicherung, ZESAR 2015, 3.
- Ulber, Daniel*, Die Erfüllung von Mindestlohnansprüchen, RdA 2014, 176.
- Ulber, Jürgen*, Arbeitnehmerentsendegesetz, Frankfurt/M. 2009 (zit.: Ulber, AEntG).



- Ulber, Jürgen* (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl., Frankfurt/M. 2011 (zit.: *Ulber-Bearbeiter*).
- Ulber, Jürgen*, Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10.
- Ulber, Jürgen/Stang, Dieter*, Die geplante Neuregelung der Leiharbeit, AuR 2015, 250.
- Ulber, Jürgen/Ulber, Daniel*, AÜG, Basiskommentar, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2014.
- Urban-Crell, Sandra/Germakowski, Gudrun/Bissels, Alexander/Hurst, Adrian*, AÜG, 2. Aufl., Köln 2013 (zit.: *Urban-Crell u.a.-Bearbeiter*).
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolf* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden 2012 (zit.: *Vedder/Heintschel von Heinegg-Bearbeiter*).
- Velikova, Silvia*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, Zwischen Mindestschutz und Günstigkeitsvergleich, Baden-Baden 2012 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2008).
- Vogt, Volker*, Arbeitsrecht im Konzern, Auslandsentsendung, Arbeitnehmerüberlassung, Kündigungsschutz, Betriebsübergang, Compliance, Baden-Baden 2014.
- Vor, Rainer*, Zeitarbeit im Rechtsvergleich Deutschland – Großbritannien sowie bei Grenzüberschreitung, Köln u.a. 1992 (zugl. Osnabrück, Univ., Diss. 1991/92).
- Waas, Bernd*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, ZESAR 2012, 7.
- Wank, Rolf*, Die Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen, EuZW 2007, 300.
- Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), TVG, 7. Aufl., München 2007 (zit.: *Wiedemann-Bearbeiter*).
- Wiese, Günter/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias*, BetrVG Gemeinschaftskommentar, 10. Aufl. Köln 2014 (zit.: *GK-Bearbeiter*).
- Wimmer, Norbert*, Die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse durch kollektive Normenverträge, Baden-Baden 1992 (zugl. Freiburg/Br., Univ., Diss. 1991).
- Winkler von Mohrenfels, Peter/Block, Alexander*, Abschluss des Arbeitsvertrages und anwendbares Recht, in: Oetker/Preis (Hrsg.) Europäisches Arbeits- und Sozialrecht EAS, B 3000 (zit.: EAS B 3000).
- Wlotzke, Otfried/Preis, Ulrich/Kreft, Burghard* (Hrsg.), BetrVG, 4. Aufl., München 2009 (zit.: *WPK-Bearbeiter*).
- Wurmnest, Wolfgang*, Das neue Internationale Arbeitsvertragsrecht der Rom I-Verordnung, EuZA 2009, 481.
- Zimmer, Reingard*, Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und seine Umsetzung in das deutsche Recht, NZA 2013, 289.
- Zimmermann, André*, Haftungsrisiken nach der EU-Osterweiterung, Internationaler Arbeitnehmereinsatz, AuA 2010, 514.

# Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 13** Florian Rödl/Raphaël Callsen  
**Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion**  
ISBN 978-3-7663-6467-8
- Band 12** Ulrich Preis / Daniel Ulber  
**Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn  
als unabdingbarer Sockelanspruch**  
ISBN 978-3-7663-6413-5
- Band 11** Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg)  
**Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats**  
ISBN 978-3-7663-6329-9
- Band 10** Monika Schlachter  
**Das Verbot der Altersdiskriminierung  
und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien**  
ISBN 978-3-7663-6389-3
- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde  
**Datenschutz 2014  
Probleme und Lösungsmöglichkeiten**  
ISBN 978-3-7663-6386-2
- Band 8** Thorsten Kingreen  
**Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen**  
ISBN 978-3-7663-6326-8
- Band 7** Ulrike Wendeling-Schröder  
**Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer  
Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften  
in der Leiharbeit**  
ISBN 978-3-7663-6282-7
- Band 6** Jens Schubert  
**Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung –  
eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen  
zu der Enforcement-Richtlinie**  
ISBN 978-3-86194-115-6
- Band 5** Wolfgang Däubler  
**Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?**  
ISBN 978-3-86194-110-1

- Band 4** Bernd Waas  
**Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus**  
ISBN 978-3-86194-092-0
- Band 3** Bernd Waas  
**Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht**  
ISBN 978-3-86194-080-7
- Band 2** Rüdiger Krause  
**Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay**  
ISBN 978-3-86194-071-5
- Band 1** Britta Rehder / Olaf Deinert / Raphaël Callsen  
**Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskämpfformen – Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskämpfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung**  
ISBN 978-3-86194-056-2