



Ausarbeitung

**Zur Vereinbarkeit eines Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im
Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht**

Zur Vereinbarkeit eines Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 110/19
Abschluss der Arbeit: 18.12.2019
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Vereinbarkeit eines Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht	4
2.1.	Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit dem Unionsrecht	4
2.1.1.	Regelung in § 1b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	4
2.1.2.	Art. 4 Richtlinie 2008/104/EG	5
2.1.3.	Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104	5
2.2.	Vereinbarkeit des Verbots/der Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht	7
3.	Ergebnis	7

1. Fragestellung

Der Fachbereich Europa wurde gebeten, zu prüfen, ob und inwieweit ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege und Krankenhausbereich – analog zu § 1b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)¹ – mit dem Unionsrecht vereinbar wäre.

2. Vereinbarkeit eines Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht

Nachfolgend soll zunächst dargestellt werden, inwieweit das bereits für das Baugewerbe bestehende Verbot der Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1b AÜG mit Unionsrecht vereinbar ist (Ziff. 2.1.). Hieraus lassen sich Rückschlüsse ziehen, ob und inwieweit das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich entsprechend zu § 1b AÜG mit dem Unionsrecht vereinbar wäre (Ziff. 2.2.).

2.1. Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit dem Unionsrecht

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit dem Unionsrecht sind zunächst die Regelungen in § 1b AÜG (Ziff. 2.1.1.) sowie der insoweit relevante Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit (RL 2008/104)² darzustellen (Ziff. 2.1.2.). Daraufhin erfolgt die Prüfung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe gemäß § 1b AÜG anhand der Vorgaben in Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 (Ziff. 2.1.3.).

2.1.1. Regelung in § 1b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

In § 1b AÜG hat der deutsche Gesetzgeber Einschränkungen der in § 1 AÜG vorgesehenen Arbeitnehmerüberlassung für das Baugewerbe bestimmt. Konkret sieht § 1b AÜG folgende Regelung vor:

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

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

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

Abweichend von Satz 2 ist für Betriebe des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes Arbeitnehmerüberlassung auch gestattet, wenn die ausländischen Betriebe nicht von deutschen Rahmen- und Sozialkassentarifverträ-

1 [Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 \(BGBl. I S. 158\), das zuletzt durch Artikel 48 des Gesetzes vom 15. August 2019 \(BGBl. I S. 1307\) geändert worden ist.](#)

2 [RICHTLINIE 2008/104/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. November 2008 über Leiharbeit](#), Abl. EU 2008, L 327/9; zum Gesetzgebungshintergrund vgl. *Rieble/Wilmeier*, EuZA, 2011, 474, 482.

gen oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen erfasst werden, sie aber nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird.“

2.1.2. Art. 4 Richtlinie 2008/104/EG

Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 trifft Vorgaben im Hinblick auf mitgliedstaatliche Verbote bzw. Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeitern. Konkret sieht Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 folgende Regelung vor:

„Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten.“³

2.1.3. Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104

Zur Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 ist keine höchstrichterliche Rechtsprechung ersichtlich.⁴

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist die Frage der Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 umstritten. Die weit überwiegende Ansicht der Literatur spricht sich gegen eine Vereinbarkeit von § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 aus.⁵ Zur Begründung die-

3 Siehe hierzu auch den Erwägungsgrund (18): *„Die Verbesserung des Mindestschutzes der Leiharbeitnehmer sollte mit einer Überprüfung der Einschränkungen oder Verbote einhergehen, die möglicherweise in Bezug auf Leiharbeit gelten. Diese können nur aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem des Arbeitnehmerschutzes, der Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz und der Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten, gerechtfertigt sein.“*

4 Im Hinblick auf die Vorgängerregelung des § 1b AÜG a. F. i. V. m § 1 AÜG a. F. hatte der EuGH ([EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-493/99 \(Kommission/Deutschland\)](#) Slg. 2001, I – 8178.) einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (nunmehr Art. 49 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) sowie gegen die Dienstleistungsfreiheit (nunmehr Art. 56 AEUV) erkannt. Daraufhin wurde durch den deutschen Gesetzgeber u. a. die erweiterte Sonderregelung des Satz 3 in § 1b AÜG eingeführt, Art. 6 [Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. Teil I 2002 Nr. 87 vom 30.12.2002, S. 4607](#); siehe dazu *Ambts*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 226. EL August 2019, § 1b AÜG, Rn. 1a.; *Rieble/Wilmeier*, EuZA 2011, 474, 491.

5 Siehe *Kock*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, 53. Edition, Stand: 01.09.2019, § 1b AÜG, Rn. 2; *Ulrici*, in: Ulrici, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1. Auflage 2017, § 1b AÜG, Rn. 5 m. w. N.; ebenso *Ulrici*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, Rn. 5 m. w. N.; *Wank*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, § 1b AÜG, 5; *Hamann*, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Auflage 2018, Rn. 19 ff.; *Rieble/Wilmeier*, EuZA 2011, 474, 491 f.; a. A. *Lorenz*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, § 1b AÜG, Rn. 1 m. w. N.; nicht ausdrücklich *Ambts*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 226. EL August 2019, § 1b AÜG, Rn. 1a.

ser Ansicht wird seitens der Literatur angeführt, dass sich ein Verbot der Arbeitnehmerüberlassung nicht durch die Besonderheiten des Bauhauptgewerbes rechtfertigen ließe.⁶ Insbesondere bewirkten die in § 1b Satz 2, Satz 3 AÜG vorgesehenen Ausnahmeregelungen eine diskriminierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV sowie der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV EU-ausländischer Verleiher, da sie die Errichtung einer Niederlassung in Deutschland erforderten (Satz 2) bzw. der dafür vorgesehene Ausgleich nicht ausreichend sei (Satz 3).⁷

Für die in Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 vorgesehenen Rechtfertigungsgründe bestehe nach Ansicht in der Literatur ferner kein Raum. Im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund des Schutzes der Leiharbeiter seien die Vorgaben der Art. 5 – 8 RL 2008/104⁸ im AÜG bereits umfassend berücksichtigt. Zudem seien die Leiharbeiter durch § 8 Abs. 3 Arbeitnehmerentsendegesetz (*AEntG*)⁹ bzw. § 5 Abs. 3 *AEntG* wirtschaftlich abgesichert.¹⁰ Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes der Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz wird in der Literatur darauf verwiesen, dass bereits nach § 11 Abs. 6 AÜG die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers den für den Entleiherbetrieb geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts unterliegt. Die sich hieraus ergebenden Pflichten obliegen insoweit dem Verleiher sowie dem Entleiher in gleicher Weise.¹¹ Ferner käme auch eine Rechtfertigung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe im Hinblick auf die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten bzw. um eventuellen Missbrauch zu verhüten, nicht in Betracht.¹² Eine Einschränkung des Wettbewerbs würde zudem nicht den Allgemeininteressen, sondern dem besonderen Interesse des Baugewerbes dienen. Daher sei das Verbot im Übrigen unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.¹³

Eine abschließende Entscheidung hierüber obliegt jedoch dem EuGH.

-
- 6 *Ulrici*, in: *Ulrici, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 1. Auflage 2017, § 1b AÜG, Rn. 5; ebenso *Ulrici*, in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht*, 1. Auflage 2016, Rn. 5; *Lorenz*, in: *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht*, 4. Auflage 2017, § 1b AÜG, Rn. 1; *Rieble/Wilmeier*, *EuZA* 2011, 474, 492.
- 7 *Ulrici*, in: *Ulrici, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 1. Auflage 2017, § 1b AÜG, Rn. 5; ebenso *Ulrici*, in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht*, 1. Auflage 2016, Rn. 5; siehe hierzu auch die Ausführungen von *Ambts*, in: *Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze*, 226. EL August 2019, § 1b AÜG, Rn. 1a.
- 8 Art. 5 (Grundsatz der Gleichbehandlung); Art. 6 (Zugang zu Beschäftigung, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflicher Bildung); Art. 7 (Vertretung der Leiharbeitnehmer); Art. 8 (Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter) (sämtliche Artikel: RL 2008/104).
- 9 [Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20. April 2009 \(BGBl. I S. 799\), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. November 2019 \(BGBl. I S. 1756\) geändert worden ist.](#)
- 10 *Hamann*, in: *Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 5. Auflage 2018, Rn. 21.
- 11 *Hamann*, in: *Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 5. Auflage 2018, Rn. 22.
- 12 Siehe hierzu die Ausführungen *Hamann*, in: *Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 5. Auflage 2018, Rn. 23 m. w. N.
- 13 Vgl. hierzu insbesondere *Hamann*, in: *Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 5. Auflage 2018, Rn. 24; *Rieble/Wilmeier*, *EuZA* 2011, 474, 492.

2.2. Vereinbarkeit des Verbots/der Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen (Ziff. 2.1.) gäbe es nach überwiegender Ansicht in der Literatur wenig Spielraum, ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich entsprechend § 1b AÜG mit dem Schutz der Leiharbeitnehmer, den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes bzw. der Sicherheit am Arbeitsplatz gemäß Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 zu rechtfertigen.

Denkbar bliebe hingegen eine Prüfung der Rechtfertigung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 im Hinblick auf die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten bzw. um eventuellen Missbrauch zu verhüten. Hierzu liegen dem Verfasser jedoch keine belastbaren Daten sowie keine Angaben zum Hintergrund eines etwaigen Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich vor.

Eine abschließende Bewertung einer möglichen Rechtfertigung eines Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich kann vor diesem Hintergrund durch den Verfasser nicht erfolgen.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kann eine abschließende Bewertung, ob und inwieweit ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 vereinbar ist, durch den Verfasser nicht erfolgen.

Höchstrichterliche Rechtsprechung ist insoweit nicht ersichtlich. Die Vereinbarkeit des bereits bestehenden Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe in § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 wird seitens der weit überwiegenden Ansicht der Literatur abgelehnt.

Die insoweit von der Literatur angeführten Argumente, die gegen eine Rechtfertigung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe im Hinblick auf den Schutz der Leiharbeiter bzw. die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz sprechen,¹⁴ lassen sich nach Ansicht des Verfassers im Grundsatz auch auf den Pflege- und Krankenhausbereich übertragen. Ob und inwieweit eine Rechtfertigung aufgrund der Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten bzw. um eventuellen Missbrauch zu verhüten, in Betracht kommen kann, lässt sich mangels dem Verfasser dazu vorliegender belastbarer Daten und entsprechender Angaben zum Hintergrund eines etwaigen Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich nicht abschließend bewerten.¹⁵

Eine abschließende Beurteilung bliebe daher dem EuGH vorbehalten.

– Fachbereich Europa –

14 Siehe dazu oben unter Ziff. 2.1.3.

15 Siehe dazu oben unter Ziff. 2.2.