

Die Arbeitnehmerüberlassung in dem ungarischen Arbeitsrechtssystem und die Richtlinie über Leiharbeit

(Eine atypische oder eine alternative Beschäftigung?)

Von Prof. Dr. György Kiss, Doz. Dr. Zoltán Bankó**, Pécs*

I. Bemerkungen zur rechtlichen Umgebung der Regelung der atypischen Beschäftigungen im ungarischen Arbeitsrecht

a. Die Arbeitnehmerüberlassung spielt in heutigen Tagen auf dem ungarischen Arbeitsmarkt – *als eine Dienstleistung* – eine besondere Rolle. Die im Jahre 2001 in Kraft getretene Regelung war nicht ohne geschichtliche und rechtliche Voraussetzungen, und die Wurzeln sind auf die Umstände des ehemaligen Arbeitsrechts zurückzuführen. Das ehemalige sozialistische Arbeitsrecht hat unter marktlosen Umständen funktioniert, aber es war nötig die Grenze der traditionellen Arbeitsverhältnisse durchzubrechen. Den mangelnden Marktmechanismus – auch auf dem Arbeitsmarkt – musste der Staat mit wirtschaftspolitischen Entscheidungen ersetzen.¹ In diesem System war das individuelle Arbeitsrecht überflüssig ausführlich geregelt, dagegen haben die Elemente des kollektiven Arbeitsrechts fast keine Rolle bekommen.² Da das Niveau der Dienstleistungen sich immer mehr als ungenügend erwiesen, und die Löhne ihren Wert verlieren haben, hatte die Regierung neben der politischen, strukturellen Modifizierung einen kleinen Spielraum für die sog. „*inneren Unternehmen von Arbeitnehmer*“ geräumt.³ Die Arbeitnehmer haben die Möglichkeit bekommen eine „wirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft“ innerhalb des Unternehmens zu begründen. Die Mitglieder dieser Gemeinschaft (nicht Gesellschaft) konnten außerhalb der Arbeitszeit mit der Infrastruktur des Unternehmens aufgrund eines Werkvertrags für den Arbeitgeber/Unternehmer verschiedene Arbeiten verrichten. Die Idee der „inneren Unternehmen von Arbeitnehmer“ hat aus den Reformökonomien und Soziologen gestammt. Gleichzeitig wurde das sog. „Kleinmietssystem“ eingeführt, wodurch die staatlichen Unternehmen eine Möglichkeit bekommen haben, ihre einzelnen kleinen Betriebe/Geschäfte zu vermieten.⁴ In Zusammenhang mit diesen Bestrebungen ist es zu betonen, dass *im Rahmen des Arbeitsrechts* neben dem traditionellen Arbeitsverhältnis andere, atypische Lösungen nicht in Frage gekommen sind.

b. Das neue ungarische Arbeitsgesetzbuch (ArbG) ist nach der politischen wirtschaftlichen Umwandlung im Jahre 1992 in Kraft getreten. Der Gesetzgeber

¹ *Sárközy*, Zur rechtswissenschaftlichen Grundlage der Theorie des sozialistischen Unternehmens, 1983, S. 436 – 437.; *Kiss*, Die Markt und die menschliche Faktor, 1995. S. 56 – 66.

² *Kiss*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), 1990. 4. S. 631 ff.

³ *Balázs/Siklaky*, Innere Unternehmen, 1985.

⁴ Vgl. *Kornai*, Das sozialistische System, 1994, S. 58 – 62.; 230 – 255.; *Huszár*, Gedanken über die Arbeitsmoral, 1982, S. 142 – 149.

hatte die Absicht mit dem neuen Arbeitsgesetzbuch ein auf der Marktwirtschaft beruhendes Arbeitsrechtssystem aufzubauen, und er bestrebte statt der früheren öffentlich-rechtlichen Regulierung ein privatrechtskonformes Arbeitsgesetzbuch zu schaffen. Mit anderen Worten: der Gesetzgeber wollte deutlich machen, dass das Arbeitsrecht ein Teil des Privatrechtssystems ist. Da nach der gesellschaftlichen Umwandlung – grundsätzlich aus politischen Ursachen – ein selbständiges Arbeitsgesetzbuch (ein Kodex) geschaffen wurde und das Bürgerliche Gesetzbuch keine Regelung über den Arbeitsvertrag enthielt, war die Anwendbarkeit der Regel der privatrechtlichen Normen auf die arbeitsrechtlichen Tatbeständen bzw. Verhältnisse fraglich. Das Verhältnis zwischen dem Arbeitsrecht und Privatrecht hat in neuerdings – wegen der Vorbereitung eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuches – in den Vordergrund getreten. Während der Zeit der theoretischen Begründung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde ein starkes wissenschaftliches Argument zugunsten der Regulierung des Arbeitsvertrages im ungarischen BGB vertreten, aber ist dieser Text später in dem Gesetzentwurf ausgeblieben.⁵

Der Mangel an der organischen Beziehung zwischen dem Zivilrecht und dem Arbeitsrecht beeinflusst fast jedes Segment des Arbeitsrechts. Wenn der Gesetzgeber nämlich dieses Verhältnis auf eine völlig neue Grundlage hätte stellen wollen, hätte er die Grundstruktur des Arbeitsgesetzbuches grundlegend verändert. Auch im Kontext der neuen Richtlinie über Leiharbeit⁶ sind die Gestaltungsmöglichkeiten den verschiedenen arbeitsrechtlichen Verhältnisse besonders wichtig, mit anderen Worten: *die Struktur der Rechtsquellen*. Für auf dem Vertragsprinzip und auf der privatautonomen Gestaltung basierendes Arbeitsrechtssystem ist das Gleichgewicht zwischen *legislativen* und *vertraglichen* Rechtsquellen, und im Rahmen der legislativen Quellen den zwingenden und die einseitig oder zweiseitig dispositiven Normen sehr bedeutend.⁷ Nach der ursprünglichen Ansicht des Gesetzgebers hätten die zwingenden Normen des Arbeitsgesetzbuches nur für einen solchen Kreis Anwendung gefunden, für den die wegen der Garantie der existenziellen Schutzbedürftigkeit und des Bestandschutzes des Arbeitnehmers unbedingt nötig war.⁸ Dagegen hat schon die erste Fassung des ungarischen Arbeitsgesetzbuches viele zwingende Normen enthalten, denn nur mit dieser Regulierungsmethode war es möglich ein Scheingleichgewicht der Parteien des Arbeitsverhältnisses zu sichern. Das Regulierungssystem ist steif geworden, und der Gesetzgeber musste verschiedene „atypische“ Relationen selbst regulieren, die zur Kompetenz der sozialen Parteien hätten gehören müssen.

Trotz dieser Umstände – oder vielleicht wegen denen – hatte das Arbeitsgesetzbuch grundsätzlich ein liberales Normsystem eingeführt. Da dieser Art der Regulierung überwiegend durch den Staat herausgebildet wurde und die

⁵ Vgl. *Vékás* (Hrsg.), Vorschlag von den Gutachtern auf dem Entwurf des neuen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2008. In Deutschland s. *Richardi*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1974. 1. S. 1 – 27., *ders*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1988. 7. S. 221 – 255.; *Gamillscheg*, Archiv für Zivilistische Praxis (AcP) 176 (1976), S. 197 – 220.; „Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches –Allgemeines Arbeitsvertragsgesetz“ (1969); Gesetzentwurf, 59. Deutscher Juristentag in Hannover, NJW 1992/38.; *Hennsler/Preis*, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG), 2007.

⁶ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

⁷ *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969.; *Deakin/Moris*, Labour Law, 1998, S. 67 ff.

⁸ *Kiss*, Festschrift für Rolf Birk, 2008, S. 358 ff.

Vereinbarungen der sozialen Parteien in diesem Prozess verhältnismäßig kleine Rolle gespielt haben, ist der Gesetzgeber von Zeit zu Zeit in eine Zwangslage geraten. Einerseits hatte er eine Bestrebung eine flexible, für die wirtschaftlichen Herausforderungen entsprechende Regulierung zu schaffen, andererseits verschiedene soziale Grenze einzubauen. Da seit der politischen-wirtschaftlichen Umwandlung verschiedene tatsächliche Änderungen zustande gekommen sind, blieb es dem Gesetzgeber später keine andere Wahl bezüglich der Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung, nur die tatsächliche Lage zu bestätigen. Die Arbeitnehmerüberlassung hat sich nämlich inzwischen in der Wirklichkeit zum einen eigenen Dienstleistungsgebiet entwickelt, und der Gesetzgeber hat nicht gewagt gegen den Interessen von Entleiher und Verleiher aufzutreten.

II. Die Ursachen und die Begründung der Regelung der Arbeitnehmerüberlassung

1. Die Außerarbeitsrechtliche Vorgeschichte

Zum Niedergang den Werte des traditionellen Arbeitsverhältnisses ist in der Zeit der Umwandlung begonnene Massenprivatisierung hinzugekommen⁹, und unter diesen Umständen konnte man Zeuge von verschiedenen Arten des „Betriebsübergangs“ sein. Vom Anfang der neunzigten Jahre bis zu den heutigen Tagen ist der Ausdruck „*outsourcing*“ einem Zauberwort gleich. Da im Jahre 1992 die Regulierung des Betriebsübergangs auch unbekannt war, waren die verschiedenen Formen „*der Arbeit für Dritte*“ aufgrund der im Rahmen von Outsourcing tätigen Arbeit gegründet. Es handelte sich in Näheren um die „Widerverleihung“ der Arbeitnehmer (s. noch unten). Zur Verbreitung der unregulierten atypischen Beschäftigungsformen (sogar zur Erscheinung der Scheinarbeitsverhältnisse) kommen noch die hohen Kosten der Beschäftigung. Dementsprechend ist es nicht zu wundern, wenn die Parteien – sowohl die Arbeitgeber, als auch die Arbeitnehmer – bereit sind, aus dem traditionellen Arbeitsverhältnis zu fluchten,¹⁰ und das Arbeitsverhältnis mit einer unabhängigen Arbeit zu wechseln.

2. Die Begründung der Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung

Die Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung erschien – ohne besondere gesetzgeberische Vorbereitungen – im Jahre 2001 in dem arbeitsrechtlichen Normsystem. Obwohl in dieser Zeit einige vereinzelt soziologischen Analysen hinsichtlich der atypischen Beschäftigungen im Gange waren, es wurde aus diesem keine arbeitsrechtlichen Folgerungen gezogen. Der Gesetzgeber hat die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines Anpassungsgesetzes reguliert,¹¹ verweisend auf die Richtlinie des Rates 91/383/EEG. In der offiziellen Begründung des Gesetzes wurde betont, dass es nötig ist ein anderes, spezielles

⁹ Laky/Neumann/Boda, Die Wirkung der Privatisierung auf die Beschäftigung, 2001, S. 79 ff.

¹⁰ Bezüglich des Ausdrucks *Flucht aus dem Arbeitsrecht*“ s. Firley, Das Recht der Arbeit (dRdA), 1987, 4. S. 271 – 289.; 1987, 5. S. 411 – 422.

¹¹ Gesetz im Jahre 2001 Nr. 16.

Garantiesystem für die atypischen Arbeitsverhältnisse, bzw. für die Leiharbeiter auszubauen, da das Arbeitsgesetzbuch nur das typische Arbeitsverhältnis regelt. In diesem Kontext ist „das Garantiesystem“ der Arbeitnehmer herauszuheben. Später – auch im Rahmen der offiziellen Begründung – hat der Gesetzgeber statt des Garantiesystems die Anforderung der Flexibilität in den Vordergrund gestellt. Es war eine offensichtliche Zeichnung von dem Gesetzgeber zur Legitimation der bisherigen tatsächlichen Lage. Dementsprechend hat sich der Gesetzgeber über den Termin des Leiharbeitsverhältnisses und des Beschäftigungsverhältnisses („Überlassung“) geschwiegen. Die Normen der Gleichbehandlung sind aus dem Gesetztext auch weggeblieben. Obwohl nach dem § 193/G Abs. 5 während der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses der Entleiher hinsichtlich der Anforderung der Gleichbehandlung als Arbeitgeber angesehen ist, diese Norm hat nach wie vor die Basis für verschiedenen und unklaren Interpretationen gebildet (s. unten III. 2.). Es war eindeutig, dass der Gesetzgeber fast keine Absicht hatte, in der Regelung einen besonderen Bestandschutz des Leiharbeitnehmers zu schaffen. Dieser verhältnismäßig liberale Ausgangspunkt hat zu einem marginalen Arbeitnehmerschutz geführt.¹²

Vor der Analyse der Regeln der Leiharbeit ist es nötig die rechtliche Umgebung der *Leistungsmöglichkeiten* bzw. die *Leistungspflichten* der Arbeitnehmer für dritte Personen außer der Arbeitnehmerüberlassung kurz darzustellen.

3. Leistungen der Arbeitnehmer für dritte Personen außer der Arbeitnehmerüberlassung

a. Die Struktur des ungarischen Arbeitsgesetzbuches ist auf das traditionelle Arbeitsverhältnis aufgebaut. In diesem Modell sind „ein Arbeitgeber – ein Arbeitnehmer“ die Subjekte des Rechtsverhältnisses. Daraus folgend hat die arbeitsrechtliche Regelung keine solchen atypischen Arbeitsverhältnisse gekannt, in dem mehrere Arbeitnehmer oder Arbeitgeber als Subjekt in demselben Arbeitsverhältnis eine Rolle spielen könnten. In dem ungarischen Arbeitsrecht gibt es keine Normen über *job sharing* oder *job pairing*. Obwohl der Gesetzgeber die Teilzeitarbeit reguliert, aber ohne Arbeitsplatzverteilung. In der Praxis sind die Arbeitsplatzverteilung und die Arbeit auf Abruf gekannt, aber diese Lage ist in der Mangel des Gesetzes sehr gefährlich für die Arbeitnehmer. Mit diesem Problem zusammenhängend ist es nötig auf das deutsche Teilzeit- und Befristungsgesetz hinzuweisen (TzBfG §§ 12, 13). Wegen den wirtschaftlichen Anforderungen war es deshalb erforderlich die Flexibilität auf irgendeiner Weise zu sichern. Die *Leistung für Dritte* wurde aus der einseitigen Leitungsmacht des Arbeitgebers abgeleitet.¹³ Die auf arbeitgeberische Weisung gegründete Arbeit für Dritte sind im ungarischen Arbeitsgesetzbuch die *Delegierung* laut § 106 ArbG, und die „*innominate Ersatzlösung*“ laut § 150 Abs. 1 ArbG.

b. Die materielle Basis der Delegierung ist ausschließlich das wirtschaftliche Interesse den miteinander vereinbarten Arbeitgeber. Die rechtlichen Gründe der

¹² Mit dieser Feststellung möchten wir auf die Situationsanalyse des Grünbuchs bezüglich der Deregulierung „an den Rändern“ hinweisen [*Grünbuch – Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderung des 21. Jahrhunderts* Brüssel, den 22. 11. 2006 KOM(2006) 708], S. 9.

¹³ Vgl. Román, Die Grundprobleme des Weisungsrechts des Arbeitgebers, 1972; ders., Die Gültigkeit und die Wirkung der Weisung des Arbeitgebers, 1977.

Delegierung sind die Vereinbarung zwischen mindestens zwei Arbeitgebern und das Weisungsrecht des delegierenden Arbeitgebers. Voraussetzung dessen ist, dass die Delegierung des Arbeitnehmers ohne Gegenleistung zwischen den Arbeitgebern erfolgt. Während der Dauer der Delegierung ist die Ausübung der Arbeitgeberrechte geteilt. Die Delegierung hat eine in der Hinsicht der Arbeitnehmerüberlassung merkwürdige Beschränkung. Laut § 106 Abs. 1 ArbG ist es die Voraussetzung der Delegierung, dass der Arbeitnehmer während der Delegierung bei einem solchen Arbeitgeber eine Arbeit leistet

- dessen Besitzer – teilweise oder völlig – mit dem Besitzer des Arbeitgebers identisch ist oder

- wo von den zwei Arbeitgebern wenigstens der eine zu einem gewissen Anteil Besitzer des anderen Arbeitgebers ist oder

- wo die zwei Arbeitgeber auf Grund ihres Eigentumsrechtsverhältnisses an einer dritten Organisation miteinander in Verbindung stehen.¹⁴

Außer den Erwähnten ist wichtig zu betonen, dass die Delegierung nur als *temporary, befristete* bzw. *vorübergehende* Arbeit in Zustande kommen kann. Die Zeit der Delegierung darf – ohne eine abweichende Bestimmung des Kollektivvertrages (Tarifvertrages) – pro Kalenderjahr vierundvierzig Arbeitstage nicht übersteigen. Die Abweichungsmöglichkeit durch Tarifvertrag ist aber nicht grenzenlos, die Beschränkung der Zeitdauer wurde durch die Rechtsprechung mit der Berücksichtigung der Substanz der Delegierung bestimmt. Nach der Rechtsprechung ist die kollektivvertragliche Vereinbarung über unbefristete oder irreale lange Delegierung ungültig.¹⁵ Die Regelung und Betonung der *temporary, befristete* (vorübergehende) Art der Delegierung hat sich als ein wichtiges Element bei der Verbreitung der Arbeitnehmerüberlassung erwiesen, da die Überlassung nach der ungarischen Regulierung auch unbefristete Art sein kann.

Anbelangt das Verhältnis zwischen diesem Arbeitgeberrecht und dem Inhalt des Arbeitsvertrags ist zu bemerken, dass die Delegierung auch dann möglich ist, wenn dies nicht ausdrücklich oder stillschweigend im Arbeitsvertrag vorbehalten ist. Dagegen ist es fraglich, ob im Arbeitsvertrag dieses Recht auszuschließen ist. Meiner Meinung nach ist die Frage zu bejahen. In der früheren Fassung des Arbeitsgesetzbuches war festgestellt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit – falls keine abweichende Vereinbarung – laut den Weisungen des Arbeitgebers leisten muss.¹⁶ Da die „abweichende Vereinbarung“ die Substanz des Arbeitsverhältnisses berührt hat, wurde diese Formulierung aufgehoben. Demgegenüber bedeutet das auf die Delegierung beziehendes Weisungsrecht *in selbst* keine Substanz des Arbeitsverhältnisses, deshalb ist der Ausschluss diese Weisungsmöglichkeit eindeutig möglich. Man muss bemerken, dass wegen mangelnder Regulierung der erwähnten einseitigen Leistungsbestimmung¹⁷ der Mangel des Vertragsvorbehalts vermisst werden kann.

c. Die andere Möglichkeit für Dritte Arbeit zu leisten, ist mindestens zweifelhaft. § 150 Abs. 1 ArbG lautet: „Auf Grund der zwischen Arbeitgebern ohne Gegenleistung zustande gekommenen Vereinbarung kann der Arbeitnehmer

¹⁴ Diese Voraussetzungen bedeuten ein Verbot in der Tatsache der Arbeitnehmerüberlassung. S. § 193/G Abs. 7: „Die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher zustande gekommene Vereinbarung ist nichtig, wenn die Parteien in einer in § 106 Abs. 1 festgelegten Eigentümerbeziehung miteinander stehen.“

¹⁵ S. Urteile vom Obersten Gerichtshofes (BH) 2006. 300.

¹⁶ Ehemalige § 103 Abs. 1 b.

¹⁷ Z. B. BGB 315.

auch zur Arbeitsleistung bei einem anderen Arbeitgeber verpflichtet werden, wenn der Arbeitgeber seine sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Beschäftigungspflicht – aus einem in seinem Tätigkeitsbereich aufgetretenen Grund – vorübergehend nicht erfüllen kann.“ Es ist vor allem auffällig, dass der Gesetzgeber keinen Namen für diese Tatsache gegeben hat. Gegen diese Lösung abfassenden Zweifel ist nicht nur wegen der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers begründet,¹⁸ sondern in dem Arbeitsgesetzbuch befindet sich ein anderes, geeignetes Regel für die Tatsache, wenn der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht vorübergehend nicht erfüllen kann. Laut § 151 Abs. 4: „Dem Arbeitnehmer steht, wenn er aus einem Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers aufgetretenen Grund keine Arbeit leisten kann für deshalb ausgefallene Arbeitszeit (Standzeit) sein persönlichen Grundlohn zu.“ Die dargestellte Möglichkeit kann also als ein Ventil funktionieren: der Arbeitgeber kann in einer Notlage (?) – ohne besonderen Voraussetzungen, ausschließlich seiner Interesse folgend – eine Weisung auf die Leistung einer Arbeit für Dritte geben. Vielleicht eine solche Lösung ist geeignet – aufgrund der freiwilligen Pflicht des Arbeitgebers – vorübergehend die Massenentlassung zu verhindern, oder mindestens aufzuhalten.

III. Eigenartigkeiten der ungarischen Regelung der Arbeitnehmerüberlassung im Kontext der Richtlinie 2008/104/EG

1. Die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung

a. Da die Arbeitnehmerüberlassung eine Form der atypischen Beschäftigung eingeordnet darstellt, ist es besonders wichtig den Inhalt der Legaldefinition zu bestimmen. Nach § 193/C ArbG diese Definition ist die Folgende: (Im Sinne dieses Gesetzes ist eine)

„Überlassung von Arbeitskräften: die Tätigkeit, in deren Rahmen der Verleiher den mit ihm zur Überlassung in Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer gegen Entgelt zur Arbeitsleistung (Arbeitsverrichtung) an den Entleiher abtritt (im Weiteren: Überlassung)“

Der Gesetzgeber bestimmt noch die Definitionen des Verleihers (Leiharbeitunternehmen) und des Entleihers (entleihendes Unternehmen). Nach dem Gesetz ist der Verleiher: „der Arbeitgeber, der den mit ihm zur Überlassung in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung im Rahmen der Überlassung an einen Entleiher abtritt und seine Rechte bzw. Pflichten als Arbeitgeber mit dem Entleiher geteilt ausübt.“ Der Entleiher ist „der Arbeitgeber, der den im Rahmen der Überlassung abgetretenen Arbeitnehmer beschäftigt und seine Rechte bzw. Pflichten als Arbeitgeber mit dem Verleiher geteilt ausübt.“ Das ungarische Arbeitsgesetzbuch enthält keine weiteren Grunddefinitionen.

b. Dagegen es ist eindeutig, dass die befristete, bzw. vorübergehende (*temporarily*) Überlassung eines der wichtigsten Elementen in dem Definitionssystem der neuen Richtlinie ist. Nach Art 3 Abs. 1 e) „Überlassung“(ist) der Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem

¹⁸ Nach § 102 Abs. 1 ArbG: „Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer dem Arbeitsvertrag, den auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Regelungen bzw. den sonstigen Rechtsvorschriften entsprechend beschäftigen.“

entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten. Der Ausdruck „vorübergehend“ begleitet die anderen Definitionen auch. So dieser Ausdruck spielt eine bestimmende Rolle in den Definitionen „Leiharbeitsunternehmen“, Leiharbeitnehmer“ und „entleihendes Unternehmen“ auch. Z.B. „Leiharbeitsunternehmen“ ist eine natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge abschließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie den entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung *vorübergehend* arbeiten. Jedoch scheint diese Eigenartigkeit keine nötige Anforderung für einige europäische Länder zu sein. Die Entwicklung der Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung ist durch einen Tendenz von Liberalisierung darzustellen.¹⁹

Ich bin der Meinung, dass die Bestimmung der Zeitdauer der Überlassung das Grundproblem der Arbeitnehmerüberlassung ist. Es wirft Auslegungsprobleme hinsichtlich des Vertrages zwischen Verleiher und Entleiher, des Gleichheitssatzes und im Allgemeinen der ganzen Rechtslage des Arbeitnehmers auf. Das Befristungsproblem bestimmt weiterhin auch die Rolle und die Effektivität der kollektiven Elemente des Arbeitsrechts (Tarifverträge, Mitbestimmungsrechte). Es ist zu betonen, dass die Befristung der Überlassung in dem Text der Richtlinie ohne die Regulierung des erwähnten sog. Synchronisationsverbots zustande kommt. Nach dem Text der Richtlinie scheint es so, dass die *Überlassung (assignment)* nur auf ein befristetes Termin möglich ist. In diesem Kontext ist sehr bemerkenswert der Artikel 5 Abs. 5 der Richtlinie, der eine Herausforderung gegenüber den Mitgliedstaaten stellt um die aufeinander folgenden Überlassungen zu verhindern. Diese Regel ist als ein mittelbarer Hinweis auf die Befristungsbegrenzung des Arbeitsvertrages auszulegen.

Der ungarische Gesetzgeber hat der Befristung der Überlassung fast keine Bedeutung beigemessen. Dem Arbeitsgesetzbuch zufolge sind die Überlassung,

¹⁹ Vgl. *Grillberger*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Deutschland, (FS Birk), 2008, S. 151 – 164; *Settes*, Temporary agency work and collective bargaining in the EU – The case of Germany, *Euro-Comparative Studies*, 2007; *Tiraboschi*, CLL&PJ, 2008 [Vol. 29:427], S. 427 – 458; *Kauhanen*, Temporary agency work in Finland; Background Document on Temporary Agency Work in Europe, 2001; *Tijdens/van Klaveren/Houwing/van der Meer/van Essen*, Temporary agency work in the Netherlands, 2006.; *Waas*, Modell Holland – Flexibilität und Sicherheit im Arbeitsrecht der Niederlande, 2003, S. 138 ff; *Heerma van Voss*, IJCLLIR, 1999, S. 419 ff; *Nergaard*, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/06/word/no0506104t.doc>; *Morris*, Temporary Agency Work in England, in: *Blanpain/Graham* (ed.): Temporary Agency Work and the Information Society, 2004, S. 101 – 113, *Deakin/Morris*, 1998, S. 192 ff, *Forde/Slater*, *Personnel Review*, 2006 (35), S. 141 – 157; *Eklund*, *Scandinavians Studies in Law*, 2002, S. 311 – 333; *Storrie*, Temporary Agency Work: national report Sweden, 2002; *Nyström*, Temporary Agency Work in Sweden, in: *Blanpain/Graham* (ed.): Temporary Agency Work and the Information Society, 2004, S. 191 – 223; *Håkansson/Isidorsson*, Temporary agency work – a comparison of the use of agency in Sweden and UK (First draft presented at International Labour Conference in Glasgow S. 21 – 23 March 2005; *Conroy/Pierce*, Temporary Agency Work: national report Ireland, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002; *Dimitrios*, *Employee Relations* 2003 [Vol. 25/5], S. 472 – 491; *Arrowsmith*, Temporary agency work in an enlarged European Union, 2006, S. 23 ff; *Pélissier/Supiot/Jeammaud*, *Droit du travail*, 2006, Rn. 330; *Vigneau*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2001, Vol. 23:45, S. 45 – 65; *Böheim/Cardoso*, Temporary agency work in Portugal, 1995 – 2000. IZA Discussion Papers, No. 3144. November 2007, S 1 – 33; *Hendrix*, The Temporary Agency Work in Belgium – A general Overview, in: *Blanpain/Graham* (ed.): Temporary Agency Work and the Information Society, 2004, S. 47 – 61.

der Arbeitsvertrag und der Vertrag zwischen dem Verleiher und Entleiher sowohl für unbefristete als auch für befristete Dauer zu konstruieren. Was das befristete Arbeitsverhältnis anbelangt, wies der Gesetzgeber auf § 79 Abs. 5 hin, und stellt fest, dass diese Norm nicht anwendbar ist.²⁰ Außerdem macht der Gesetzgeber bei der Regulierung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einen ausdrücklichen Unterschied zwischen befristetem und unbefristetem Arbeitsverhältnis. Trotz der liberalen Regelung gibt es doch eine wesentliche Begrenzung, wann die Parteien einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen dürfen. Nach § 79. Abs. 4: „Als unbefristet ist das Arbeitsverhältnis anzusehen, wenn die neuerliche Errichtung bzw. Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses zwischen den gleichen Parteien ohne Bestehen der damit verbundenen berechtigten Interessen des Arbeitgebers erfolgt und der Abschluss der Vereinbarung auf die Beeinträchtigung der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers gerichtet ist.“ Diese Anforderung ist aber anwendbar, wenn ein Arbeitsvertrag mit der Absicht der Arbeitnehmerüberlassung abgeschlossen ist. Mit anderen Worten muss nicht nur der Verleiher, sondern auch der Entleiher den mit dem befristeten Termin verbundenen berechtigten Interessen nachweisen. Diese Anforderung ist durch das Arbeitsamt sowohl in der Arbeitsorganisation des Verleihers als auch des Entleihers zu beaufsichtigen. Die Anwendung dieser Norm verstärkt gerade die Geneigtheit der unbefristeten Überlassung.

Außer den Erwähnten spielt die Dauer der Überlassung eine wichtige Rolle bei der Regulierung des Gleichheitssatzes.²¹ Somit hat die ungarische Regelung mit der *temporary, interim* Arbeit nicht vieles gemeinsam. Wahrscheinlich würde diese Eigenheit alleine keine besondere Störung verursachen. Zum Verständnis der im Zusammenhang mit der Regulierung aufgetauchten Zweifel ist es aber nötig die Rechtslage des Leiharbeitnehmers nach dem ungarischen Recht darzustellen.

2. Die Rechtslage des Leiharbeitnehmers im ungarischen Arbeitsrecht

Vor allem ist es nötig das häufigste Erwähnte zu erläutern: der Vertrag der Überlassung ist vielmal durch das erwähnte *Outsourcing* vorangegangen. Immer öfter ist es zu erfahren, dass es sich um ein *full Outsourcing* handelt. Es bedeutet das Übergehen eines ganzen Betriebes, oder eines ganzen Geschäftszweiges. Diese Art von dem *Outsourcing* ist sehr wichtig hinsichtlich unseres Themas, denn der originelle (ehemalige) Arbeitgeber hat oft eine Absicht die entlassenden Arbeitnehmer nur als Leiharbeiter durch *unbefristete Überlassung* zu weiterbeschäftigen. In diesem Sinne bedeutet die Arbeitnehmerüberlassung *keine atypische* sondern *eine alternative* Beschäftigung. Es ist zu betonen, dass die ungarische Regelung diese Art des *Outsorcings* als Grundlage angenommen hat.

Dieser Ausgangspunkt hat die Rechtslage des Leiharbeitnehmers determiniert. Deswegen unterscheidet sich der Leiharbeitsvertrag kaum von dem Normalarbeitsvertrag. Der nicht substantielle Unterschied besteht darin, dass die Bestimmung des Arbeitsplatzes kein obligatorisches Element des Leiharbeitsvertrages ist, sondern ist es nötig auf die Art der

²⁰ Nach § 79. Abs. 5.: „Die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses darf – einschließlich der Dauer des neuerlichen befristeten Arbeitsverhältnisses, das innerhalb von sechs Monaten nach der Aufhebung des verlängerten und des vorherigen, befristet abgeschlossenen Arbeitsvertrags errichtet wurde – nicht mehr als fünf Jahre betragen.“

²¹ S. unten § 193/H Abs. 9 – 10.

Arbeitnehmerüberlassung hinzuweisen. Der Verleiher muss den Arbeitnehmer – spätestens vor dem tatsächlichen Beginn der Arbeitsleistung – schriftlich über die Daten des Entleihers informieren.²² Zu dieser Informationspflicht des Arbeitgebers gehört die folgende Norm: wenn der Verleiher während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht fortlaufend sichert, muss er dem Arbeitnehmer – in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung – spätestens achtundvierzig Stunden vor Beginn der nächsten Arbeitsverrichtung:

- a) den Ort seiner nächsten Beschäftigung,
- b) deren Anfangszeitpunkt bzw. wahrscheinliche Dauer bzw.
- c) die auf das Erscheinen des Arbeitnehmers bezogenen Pflichten mitteilen.²³

Aufgrund des Arbeitsvertrages ist die Rechtslage des Leiharbeitnehmers so darzustellen, dass er in der Praxis ein beinahe typischer Arbeitnehmer ist, wer seine Arbeit entsprechend des Vertrages für andere Person oder Personen leisten muss. Wenn diese Feststellung richtig ist, muss es sich im Verhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer bewahrheiten.

2. Die Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes in der Dauer der Überlassung

a. Da zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer kein *Rechtsverhältnis* besteht, musste der Gesetzgeber einer Fiktionsnorm in Anspruch nehmen. Nach dem § 193/G Abs. 5 ArbG „während der Dauer der Arbeitsverrichtung wird der Entleiher

- a) in Bezug auf den Arbeitsschutz des Arbeitnehmers,
- b) hinsichtlich der Beschäftigung von Frauen, minderjährigen Arbeitnehmern bzw. Mitarbeitern mit verminderter Arbeitsfähigkeit,
- c) hinsichtlich der Forderung der Gleichbehandlung,
- d) in Bezug auf die Arbeitsverrichtung,
- e) bezüglich der Übergabe bzw. Übernahme des Arbeitsbereichs,

²² Eine breite Informationspflicht belastet den Verleiher als Arbeitgeber. Nach § 193/H Abs. 3: „Der Arbeitgeber muss - sofern der Arbeitsvertrag keine Information beinhaltet - den Arbeitnehmer spätestens bis zwei Wochen nach Abschluss des Arbeitsvertrags und darüber hinaus gemäß Buchstabe c) bei der Anwendung der Festlegungen von Absatz 9 oder 10, spätestens bis zwei Wochen nach Beginn der Feststellung der Berechtigung laut diesen Regeln schriftlich über Folgendes informieren:

- a) über den Ort der Arbeitsverrichtung,
- b) über die beim Entleiher maßgebende Arbeitsordnung,
- c) über die sonstigen Elemente des Arbeitslohns, einschließlich der Bestimmungen der Gewährung der Zuwendungen laut Absatz 9 oder 10,
- d) über den Tag der Lohnzahlung,
- e) über den Tag des Arbeitsantritts,
- f) über die Art und Weise der Berechnung der Höhe des ordentlichen Urlaubs und die durch diesen Abschnitt festgelegten Vorschriften der Urlaubserteilung bzw.
- g) über die durch diesen Abschnitt festgelegten Vorschriften zur Auflösung des Rechtsverhältnisses,
- h) über die Regeln der Festlegung der für den Verleiher und den Arbeitnehmer maßgebenden Kündigungsfrist,
- i) über die Regeln in Bezug auf die Übermittlung der Rechtserklärung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sowie
- j) darüber, ob der Verleiher in den Geltungsbereich eines Kollektivvertrages fällt.“

²³ § 193/H Abs. 7.

f) hinsichtlich der Einhaltung der auf die Arbeitszeit und Ruhezeit bzw. deren Registrierung bezogenen Vorschriften,

g) beim Abschluss einer in Absatz 1 aufgeführten Vereinbarung hinsichtlich der Gewährung eines Sachlohns (Naturlohns) sowie von direkt gewährten sozialen Zuwendungen als Arbeitgeber angesehen“.

Aus dieser Aufzählung ist mindestens ein Element bemerkenswert: die Anforderung der Gleichbehandlung, und damit zusammenhängend der Kündigungsschutz des Leiharbeitnehmers. Die Beurteilung der Gleichbehandlung und des Kündigungsschutzes ist besonders wichtig, denn die Überlassung ist in der Praxis immer öfter unbefristet. Was die Gleichbehandlung im engeren Sinn anbelangt, ist es nötig einen Unterschied zwischen dem erwähnten § 193/G Abs. 5 und § 193/H Abs. 9 – 10 zu machen. Die erste Regel ist als allgemeiner Gleichheitssatz auszulegen. Der Gesetzgeber hat diese Norm in Berücksichtigung der Verfassung festgelegt. Die Verfassungsnorm bezieht sich ohne Unterschied auf „jede Person“, und wirkt als Diskriminierungsverbot nach Rasse, Farbe, Geschlecht, Sprache, Glauben, politischer oder anderer Meinung, nationaler, oder sozialer Herkunft sowie Vermögens-, Geburts- oder sonstige Lage.²⁴ Ähnlicherweise formuliert das Gesetz über die Anforderung der Gleichbehandlung.²⁵ Daraus folgt, dass das Diskriminierungsverbot sich nicht nur auf die Relation von Frauen und Männer, oder nur auf die „eigenen“ oder „entleihenden“ Arbeitnehmer, sondern auch auf *jede Art der Arbeitnehmer* bezieht. Diese Feststellung ist besonders wichtig bei der Arbeitnehmerüberlassung nach dem erwähnten vollständigen Outsourcing. In dieser Lage hat der Entleiher – als ehemaliger Arbeitgeber – keine eigenen Arbeitnehmer, und die Arbeitnehmer sind vielmals von mehreren Verleihern ausgeliehen. Die Arbeitgeber weisen sehr gern und oft auf den Mangel des eigenen Arbeitnehmers hin, betonend die Unanwendbarkeit des § 194/H Abs. 9 – 10. Nach dieser Meinung ist die Vergleichung nur zwischen dem eigenen Arbeitnehmer und Leiharbeitnehmer möglich. Ein weiterer Ausgangspunkt ist, dass der allgemeine Gleichheitssatz sich nicht auf den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen bezieht.

Laut § 193/H Abs. 9: „Im Zeitraum der Überlassung sind die Bestimmungen von § 142/A in Bezug auf den mit dem Entleiher in einem Arbeitsverhältnis stehenden sowie den überlassenen Arbeitnehmer hinsichtlich des persönlichen Grundlohns, des Schichtzuschlags, der für die außerordentliche Arbeitsverrichtung zustehenden Entlohnung sowie der Vergütung für den Bereitschaftsdienst bzw. die Rufbereitschaft entsprechend anzuwenden, wenn

a) die Dauer der laufenden Arbeitsverrichtung beim Entleiher mehr als einhundertdreiundachtzig Tage beträgt oder

b) der überlassene Arbeitnehmer in den zwei Jahren vor dem Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsverrichtung beim Entleiher bei diesem – auf Grund einer Überlassung – insgesamt wenigstens einhundertdreiundachtzig Tage gearbeitet hat. Wenn der kumulierte Zeitraum, den der Arbeitnehmer beim Entleiher auf Grund einer Überlassung unter Arbeitsverrichtung zugebracht hat, während der neuerlichen Überlassung einhundertdreiundachtzig Tage erreicht, ist die obige Regel vom Zeitpunkt des Erreichens des einhundertvierundachtzigsten Tages an anzuwenden.“

Laut § 193/H Abs. 10 „abweichend von den Festlegungen in Absatz 9 sind die Bestimmungen von § 142/A hinsichtlich der in § 142/A Abs. 3 aufgeführten

²⁴ Verfassung der Ungarischen Republik Art. 70/A Abs. 1.

²⁵ § 8 des Gleichbehandlungsgesetzes (im Jahre 2003 Nr. CXXV).

Zuwendungen in Bezug auf den mit dem Entleiher in einem Arbeitsverhältnis stehenden sowie den überlassenen Arbeitnehmer entsprechend anzuwenden, wenn

a) bei einer befristeten Überlassung die Dauer der laufenden Arbeitsverrichtung beim Entleiher über zwei Jahren oder

b) bei einer unbefristeten Überlassung die Dauer der laufenden Arbeitsverrichtung beim Entleiher über einem Jahr

liegt.“ Der Gesetzgeber bestimmt in § 142/A entsprechend dem Inhalt der Richtlinie 75/117/EG die Definition des Arbeitslohnes. Die Regel ist das Folgende: „Bei der Anwendung von Absatz 1 [Anforderung der Gleichbehandlung] werden als Arbeitslohn alle dem Arbeitnehmer auf Grund seines Arbeitsverhältnisses direkt oder indirekt gewährten Geld- und Sachbezüge (sozialen Leistungen) angesehen.“

b. In Zusammenhang mit der Auslegung der Anwendbarkeit der Gleichheitssatzes im Mangel der eigenen Arbeitnehmern und der Diskrepanz zwischen § 193/G Abs. 5 und § 193/H Abs. 9 – 10 ist wert sich mit dem Gesetz über die Anforderung der Gleichbehandlung und Chancengleichheit zu befassen. Die Geltung des Gesetzes ist außerordentlich breit. Durch das Gesetz sind zwei Typen der Rechtsgeschäfte zu unterscheiden. Einerseits ist es das „*Beschäftigungsverhältnis*“. Dazu gehören die traditionellen arbeitsrechtlichen Verhältnisse, z. B. Arbeitsverhältnis, Beamtenverhältnis, Angestelltenverhältnis im öffentlichen Dienst usw. Im Verhältnis zum Beschäftigungsverhältnis bedeutet ein bisschen komplizierte Aufgabe die „*auf die Arbeitsleistung gerichtete andere Verhältnisse*“ zu bestimmen. Diese Verhältnisse fassen – unter anderen – das Mietverhältnis, das Werkverhältnis, die sog. persönliche Arbeitsleistung der Gesellschaftsmitglieder aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses um.²⁶ Das § 4 des Gesetzes bestimmt *die Organe*, die die Anforderung der Gleichbehandlung bei seinem Verfahren einhalten müssen. Außer den Aufgeführten ist diese Pflicht durch § 5 auf den Arbeitgeber (hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses) und auf den Weisungsgeber (hinsichtlich den auf die Arbeitsleistung gerichtete andere Verhältnisse) erstreckt. Diese Lösung des Gleichbehandlungsgesetzes wurde heftig kritisiert. Das Ziel des Gesetzgebers war vermutlich die Ausdehnung des Gleichbehandlungsprinzips auf die Verhältnisse, indem die so genannten *Scheinselbständigen* beschäftigt sind. Diese Bestrebung ist selbstverständlich nur beizupflichten. Diese gesetzgeberische Arbeit war jedoch wissenschaftlich und pragmatisch nicht vorbereitet.

Die Berührung des Gleichbehandlungsgesetzes ist begründet, weil die Unklarheit der erwähnten Definition immer mehr Auslegungsprobleme verursacht. Meiner Meinung nach ist die Konstruktion des Gleichbehandlungsgesetzes und daraus folgend die Auslegung des Gesetzes völlig verfehlt. Abgesehen von dem komplizierten Problem der Wirkung der Grundrechte²⁷, oder vom Unterschied zwischen dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz und dem arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerschutz²⁸, und zum

²⁶ Gleichbehandlungsgesetz § 3. § Abs. 3 a) – b).

²⁷ Vgl. *Halmaj/Tóth*, Menschenrechte, 2003, S. 102 ff. Mittelbare Wirkung ist bejahend *Vékás*, Die verfassungsrechtliche Grenzen der Vertragsfreiheit, *Jogtudományi Közlöny* (JK), 1999, S. 57 ff. Dagegen vgl. *Lábady*, Verfassungsrechtliche Wirkungen auf die Regel des vorbereitenden Zivilgesetzbuches, 2000, S. 14 ff. Zu alledem kommt, dass eine der früheren Entscheidungen des Verfassungsgerichtes den Schluss nahe liegen, es würde die unmittelbare Wirkung unterstützen. S. 64/1991. (XII. 17.) AB. Vgl. noch *Kiss* (Fn. 8) S. 363 ff.

²⁸ Vgl. *Sólyom*, Die Theorie der Persönlichkeitsrechte, 1983, S. 22 ff; *Vékás*, Die theoretischen Vorfragen des neuen Zivilgesetzbuches, 2001, S. 166.

Schluss von der Eingliederung des Gleichheitssatzes in das Vertragssystem²⁹, ist es zu betonen, dass im Arbeitsgesetzbuch nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt ist, und man kann ausschließlich aus diesem Aspekt § 193/G Abs. 5 interpretieren.

c. Dieses Auslegungsprinzip ist unerlässlich für die Analyse des Verhältnisses § 193/G Abs. 5 und § 193/H Abs. 9 – 10 Die erste Regel stellt ein allgemeines Gleichheitsgebot. Daraus folgend muss der Arbeitgeber – als solche – , unabhängig von seinem Verleiher oder Entleiherposition die Gleichheitsforderungen befolgen. Dieser allgemeiner arbeitsrechtliche Gleichheitssatz bezieht sich auf jede Tatsache der Beschäftigung aufgrund des Arbeitsverhältnisses. Deswegen kann der Arbeitgeber nicht – als Entleiher – auf den Mangel des eigenen Arbeitnehmers (als auf den Mangel der Grundlage für einen Vergleich) hinweisen. Die Annahme dieser Argumentation hat natürlich wichtige Folgerungen für den Inhalt des Leihvertrages zwischen den einzelnen Verleiher und dem Entleiher. Als ein Zwischenergebnis ist es möglich schon jetzt festzustellen, dass im Vergleich mit dem § 193/G Abs. 5 das § 193/H Abs. 9 – 10 schlechthin überflüssig zu sein scheint.

Hinsichtlich des Gleichheitsgebots stellt sich ein anderes Problem: namentlich die Bestimmung des Anfangs der Gleichbehandlung. Laut der Hauptregel der Richtlinie „Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeiter entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.“³⁰ Der zweite Absatz schafft eine Möglichkeit für Abweichung von dem Hauptprinzip. Nach diesem Absatz „In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeiter, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.“ In Zusammenhang mit dieser Regel ist es zu betonen, dass in der Zeit der Verhandlung des ungarischen Normentwurfs einen ähnlichen Vorschlag gab, aber wurde durch den Landesrat für Interessenabstimmung gestrandet. Die Gewerkschaften haben in dieser Norm Umgehung des Erfordernisses der Gleichbehandlung gesehen. Der Text der Richtlinie bestimmt „*einen unbefristeten Vertrag*“, deren Dauer zwischen den Überlassungen bezahlt wird. Dementsprechend ist diese Lösung nicht anwendbar, wenn zwischen dem Leiharbeiter und dem Leiharbeitsunternehmen einen *befristeten* Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde (z.B. für die Dauer von fünf Jahren), und während dieser Zeit der Leiharbeiter mehrmals *vorübergehend* überlassen wurde. Da die Richtlinie im Übrigen nur die Dauer der Überlassung bestimmt, scheint diese Voraussetzung der Abweichung überflüssig zu sein. Außer diesem Argument ist es nötig darauf hinzuweisen, dass das Ziel ist, die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen, um die missbräuchliche Anwendung den Normen der Richtlinie zu verhindern.

Artikel 5 Abs. 3 bestimmt eine andere wichtige – aber hinsichtlich der Anwendungsmöglichkeit unter ungarischen kollektiven arbeitsrechtlichen Umständen zweifelhafte – Abweichungsmöglichkeit. Diesem Absatz zufolge

²⁹ Thüsing, ZfA, 2001/3, S. 397 ff; Huster, Rechte und Ziele, 1993; Boemke, NJW, 1993/33, S. 2083 ff; Kenner, EU Employment Law (from Rome to Amsterdam), 2003, S. 357 ff.

³⁰ Artikel 5 Abs. 1.

können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können. In Zusammenhang mit dieser Abweichungsmöglichkeit hat die Empfehlung des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten festgelegt, dass ...“jede Abweichung vom diesem Grundsatz (Gleichbehandlung) zwischen den Sozialpartnern durch Tarifverträge oder Vereinbarungen auf nationaler Ebene abgestimmt werden muss.“³¹ Der Ausdruck „geeignete Ebene“ ist im Absatz 4. genauer Weise bestimmt. Die Richtlinie verweist – neben dem allgemeingültigen Tarifvertrag – auf einen in einem bestimmten Sektor oder bestimmten geographischen Gebiet gültigen Tarifvertrag. Daraus folgt, dass in Mangel eines – auf nationaler Ebene abgeschlossenen – Tarifvertrages, die Branchentarifverträge für die Abweichungen anwendbar sind. Diese Frage ist ganz aktuell im ungarischen Arbeitsrecht. Neben der gesetzlichen Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung³² hat die Regierung eine starke Bestrebung die Bereitschaft der Sozialpartner zu fördern, damit sie mehrere Branchentarifverträge abschließen. Zur Erlangung dieses Ziels hat das Parlament ein Gesetz über den sozialen Dialog auf Branchenebene erlassen, das wegen einigen Regeln durch das Verfassungsgericht Verfassungswidrig bestimmt wurde.³³ Aber – leider unabhängig von dem Urteil des Verfassungsgerichts – die Sozialpartnern (besonders die Arbeitgeberverbände) zeigen sich nicht bereit Branchenkollektivverträgen abzuschließen. Wenn die Arbeitgeber auch in der Zukunft ferner Leiharbeitnehmern zu beschäftigen wünschen, und sie möchten von der Abweichungsmöglichkeit Gebrauch machen, wird es notwendig sein, Verhandlungen über die Abschließung der Tarifverträge „auf geeigneter Ebene“ zu führen.

3. Der Kündigungsschutz des Leiharbeitnehmers

a. Die Regelung des Kündigungsschutzes war immer besonders wichtig in dem ungarischen Arbeitsrecht, denn während der Privatisierung sind ca. eine Million Arbeitsplätze verschwunden. Wegen der riesigen Menge den neuen Arbeitslosen, der mangelnden Fortbildungsmöglichkeiten war es erforderlich eine ganz neue Arbeitsmarktpolitik zu schaffen. Andererseits musste der Gesetzgeber ein effektives Kündigungsschutzsystem führen. Nach dem ungarischen Arbeitsgesetzbuch hat der Arbeitgeber seine Kündigung zu begründen. Das Gesetz bestimmt die Kündigungsursachen so wie die Fähigkeiten des Arbeitnehmers, sein Verhalten in Verbindung mit dem Arbeitsverhältnis und die Tätigkeit des Arbeitgebers.³⁴ Der letzte Kündigungsgrund verursacht für die

³¹ Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit [10599/2/2008 – C6-0327/2008 – 2002/0072(COD)] Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten.

³² § 34 ArbG.

³³ 124/2008. (X. 14.) AB (Urteil des Verfassungsgerichts).

³⁴ § 89. Abs. 2 – 3 ArbG.

Rechtsprechung das meiste Beurteilungsproblem. Der Oberste Gerichtshof hat die Stellungnahme Nr. 95 über die Auslegung der arbeitgeberischen Kündigung veröffentlicht. Nach den Kernpunkten dieser Stellungnahme ist eine Begründung der Kündigung rechtmäßig, wenn der Inhalt den Tatsachen entspricht und vernünftig ist. Die Vernünftigkeit der Begründung bedeutet dem Näheren, dass aus der Begründung die Unhaltbarkeit des Arbeitsverhältnisses eindeutig festzusetzen ist. Hinten dieser Formulierung „die Tätigkeit des Arbeitgebers“ können sich verschiedenen Tatsachen befinden. Meistens stehen wirtschaftlichen Ursachen in dem Hintergrund, sogar gehört zu diesen Tatsachen jede Ursache, die nicht aus der Arbeitnehmerseite bzw. aus dem Arbeitnehmerinteresse entstehen. Der einzelne Arbeitnehmer ist gegen diese Art der Kündigung in der Praxis meistens ungeschützt. Der Grund dieser Lage ist einerseits in der Einstellung der Rechtsprechung zu der arbeitgeberischen Kündigung zu suchen. Die erwähnte Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes Nr. 95 hat betont, dass wegen die Wirkung der Rechtssicherheit die Entscheidungen des Arbeitgebers *als Unternehmungsleitung* außer dem Zuständigbereich der Arbeitsgerichtsbarkeit fällt. Dementsprechend kann das Gericht nicht beurteilen, ob ein Rationalisierungsprozess zweckmäßig war, oder warum ein bestimmter Arbeitnehmer statt einem anderen gekündigt wurde. Dazu kommt noch ein dubioser Satz der Stellungnahme: *die rechtmäßige Kündigung kann aufgrund der Billigkeit nicht außer Kraft gesetzt werden*. In Zusammenhang mit dieser Feststellung wies der Oberste Gerichtshof auf die Regelung des Kündigungsschutzes hin. Es ist zu betonen, dass diese Normen hinsichtlich der sozialen Erwägungen die arbeitgeberische Kündigung nicht begrenzen oder verbieten können. Außer diesen Sachverhalten wäre es unbegründet andere Billigkeitssichtspunkte zu berücksichtigen, denn dieses Konzept erträgt sich nicht mit der Rechtssicherheit.³⁵

§ 90 Abs. 1 des Arbeitsgesetzbuches bestimmt die konkreten Sachverhalte des Kündigungsverbot mit befristeten oder vorübergehenden Dauer.³⁶ Während dieser Zeit ist es verboten, das Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigung aufzulösen. Außer diesen konkreten Tatsachen können einige Arbeitnehmer in eine schwere soziale Lage geraten, aber er liegt außerhalb des gesetzlich

³⁵ Stellungnahme des Obersten Gerichts Nr. 95. I. b)

³⁶ „Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung im nachfolgend festgelegten Zeitraum nicht kündigen:

- a) bei einer Erwerbsunfähigkeit wegen Krankheit, höchstens jedoch ein Jahr nach Ablauf des Genesungsurlaubs und ferner während der Erwerbsunfähigkeit infolge eines Betriebsunfalls oder einer Berufskrankheit über die gesamte Zeit der Krankengeldberechtigung,
- b) bei einer Krankschreibung mit Krankengeld zur Pflege eines kranken Kindes,
- c) bei einem zur häuslichen Pflege oder Betreuung naher Verwandter erhaltenen unbezahlten Urlaub (§ 139),
- d) während der mit einem Humanreproduktionsverfahren zusammenhängenden Behandlung laut einem gesonderten Gesetz, in der Schwangerschaft, bis drei Monate nach der Geburt bzw. im Mutterschaftsurlaub (§ 138 Abs. 1),
- e) während eines zur Pflege bzw. Betreuung von Kindern erhaltenen unbezahlten Urlaubs (§ 138 Abs. 5) bzw. bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes - auch ohne Inanspruchnahme von unbezahltem Urlaub - im Zeitraum der Zahlung der Beihilfe zur Kleinkinderpflege,
- f) im Zeitraum des militärischen Grund- und Reservedienstes von der Aushändigung des Einberufungsbefehls bzw. im Zeitraum des Zivildienstes von der Aushändigung des Aufrufs zur Ableistung an,
- g) bei einer Person, die eine Rehabilitationsrente laut einem gesonderten Gesetz bezieht, während der gesamten Dauer der Erwerbsunfähigkeit.“

regulierten Schutzkreises. In diesem Kontext ist der Mangel der Wirkung des kollektiven Arbeitsrechts auffällig. Namentlich die Organe des kollektiven Arbeitsrechts haben keine Befugnis, das Gestaltungsrecht des Arbeitgebers beeinflussen zu können. Diese bedeutet, dass z.B. die Ermächtigung des Betriebsrates sich nicht auf die einzelnen Maßnahmen des Arbeitgebers erstreckt.

b. Im Vergleich des Schutzes der Rechtslage des eigenen Arbeitnehmers ist der Zustand des Leiharbeitnehmers viel schwächer, denn dem Leiharbeitnehmer steht das Verbot der Kündigung nicht zu. In der ungarischen arbeitsrechtlichen Praxis der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung fand in den vergangenen Jahren die Frage der Anwendbarkeit der sog. Kündigungsverbote nicht nur ein starkes Echo, sondern auch die darin verborgenen Widersprüche sind dadurch klar geworden, und die Problematik des in der Rechtsvorschrift vorhandenen Diskriminierungsverbots, sowie die Mangelhaftigkeiten der Rechtssetzung sind zum Vorschein gekommen. Wie es vorher betont wurde, gibt es unter den speziellen Vorschriften über die Arbeitnehmerüberlassung nämlich keinen Sachverhalt, der das Recht des Arbeitgebers auf ordentliche Kündigung ausschließen würde, wie das im Fall eines „normalen“ Rechtsverhältnisses durch das Gesetz traditionell geregelt wird,³⁷ in dem Arbeitsgesetzbuch werden diese Vorschriften bezüglich der Arbeitnehmerüberlassung nachdrücklich ausgeschlossen.³⁸ Die Ursache der Unterscheidung besteht darin, dass nach der Vermutung des Gesetzgebers die Leiharbeitsverhältnisse nur auf befristete bzw. vorübergehende Dauer abgeschlossen werden, deshalb würde die Anwendung des Kündigungsverbotes für die Arbeitgeber eine übertriebene Belastung bedeuten. Dieses Problem ist im Zusammenhang mit der im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigten schwangeren Frauen mehrmals vor dem Arbeitsgericht aufgetaucht,³⁹ wo die Kläger vom Gericht beantragten, dass es feststellen möge, dass die während der Schwangerschaft mitgeteilte Kündigung rechtswidrig sei. Obwohl sich die Arbeitgeber auf Grund der oben genannten Rechtsvorschriften auf die Rechtmäßigkeit der Kündigungen beriefen, da das Gesetz über die Beendigung des Arbeitsrechtsverhältnisses im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung kein Verbot enthält, stellte das Gericht nach der Untersuchung von Grundsatzfragen die Rechtswidrigkeit der während der Schwangerschaft mitgeteilten Kündigungen in mehreren Fällen fest. Die Begründungen der die Rechtswidrigkeit feststellenden Beschlüsse haben α) das Prinzip des Verbots der Diskriminierung, β) die Auslegung der Systematik des Arbeitsgesetzbuches und γ) das Abkommen der Internationalen Organisation für Arbeitswesen über den Schutz der Mutterschaft als Grundlage.

ad α) Nach dem Standpunkt des Arbeitsgerichts verstöße die Bestimmung der oben genannten Rechtsvorschrift gegen das im § 70/A der Verfassung zu findende Verbot der Diskriminierung, indem die Arbeitnehmer, die im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt werden, denen gegenüber diskriminierend benachteiligt werden, die nicht durch Arbeitnehmerüberlassung eingestellt worden sind. Nach der Meinung des Gerichts wird diese (benachteiligende) Diskriminierung durch die spezielle Natur des Rechtsverhältnisses der Arbeitnehmerüberlassung nicht begründet, angesichts des im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigten Arbeitnehmers ist keinen

³⁷ S. ArbG § 90.

³⁸ ArbG § 193/P.

³⁹ Oberste Gericht (EBH 2007. 1635) [Einheitliche Gerichtsbeschlüsse 2007 Nr. 1635].

ausreichenden verfassungsrechtlichen Grund vorhanden. . Eine derartige Unterscheidung zwischen den Arbeitnehmern gilt als diskriminierend, da ihr keine objektive und rationelle Grundlage zugrunde liegt, und das zu erreichende Ziel (die erhöhte Flexibilität) und das dabei verwendete Mittel (die Außerachtlassung der Bestimmungen bezüglich des Kündigungsschutzes) in keinem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen.

ad β) Neben der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kündigungen äußerte sich das Gericht seine Meinung darüber, dass sich das Verbot der Kündigung wegen eines Fehlers bei der Verfassung der Rechtsvorschrift auf die im Rahmen der Arbeiterüberlassung beschäftigten Frauen nicht anzuwenden sei. Die systematische Auslegung des Gesetzes unterstütze die Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, aus diesem Schutz die im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigten Frauen auszuschließen. Die sich auf die schwangeren Frauen beziehenden und anderswo im Gesetz zu findenden Schutzvorschriften sind nämlich bei den im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung Beschäftigten ausgeschlossen worden. Folglich sind § 85 Abs. 1 – 2 des ArbG ausdrücklich anzuwenden: eine Frau ist nämlich ab der Feststellung ihrer Schwangerschaft bis zu dem ersten Lebensjahr ihres Kindes – auf Grund der Vorlegung des ärztlichen Gutachtens über ihre Eignung bei ihrer Beschäftigung – in eine ihrem gesundheitlichen Zustand entsprechende Arbeitstätigkeit umzusetzen, oder die Arbeitsumstände ihres bestehenden Arbeitskreises sind auf entsprechende Weise zu modifizieren. Sollte der Arbeitgeber nicht imstande sein, einen ihrem Zustand entsprechenden Arbeitsbereich zu sichern, dann ist die Frau von der Arbeitsverrichtung zu befreien, und ihr ist für diese Zeit der Lohn zuzuweisen. Auf Grund der Auslegung dieser Rechtsvorschriften ist das Gericht zu der Schlussfolgerung gekommen, dass die Absicht des Gesetzgebers nicht auf die Aufhebung des arbeitsrechtlichen Schutzes bei den Leiharbeitnehmern, die ihren ursprünglichen Arbeitsbereich wegen der Schwangerschaft nicht mehr erfüllen können, gerichtet gewesen sei, sondern dass der Gesetzgeber diesen Schutz weiterhin beibehalten wolle.

ad γ) Letztendlich ist aus der Begründung des Gerichts seine Bezugnahme auf den Inhalt des Internationalen Arbeitsabkommens über den Schutz der Mutterschaft zu erwähnen. Gemäß § 8 des Abkommens Nr. 183 über den Schutz der Mutterschaft, das an der 88-ten Session der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Organisation für Arbeitswesen verabschiedet und mit dem Gesetz Nr. CXI vom Jahre 2000 verkündet wurde, ist es gesetzwidrig, wenn das Arbeitsverhältnis der Frau während ihrer Schwangerschaft von dem Arbeitgeber gekündigt wird, es sei denn, es geschieht aus einem mit der Schwangerschaft nicht zusammenhängenden Grund. Vom Gericht wird in seinen Begründungen betont, dass das oben angerufene Abkommen von Ungarn verkündet worden ist, folglich ist dessen Inhalt zum Teil des nationalen Rechtssystems geworden, und die ungarischen Gerichte sind verpflichtet das innere Recht im Einklang mit diesem Abkommen anzuwenden.

Das erwähnte Problem zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Lösung dieses Problems in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers ist und nicht die der Rechtsprechung. Zu diesem Ergebnis würde es führen, wenn das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit des § 193/P Abs. 1 feststellen

würde.⁴⁰ Bei mangelnder Rechtssetzung wird die Rechtssicherheit von *contra legem* Entscheidungen mit dem oben erwähnten Inhalt nicht gestärkt. Außerdem ist es zu betonen, dass der Unterschied zwischen den zwei Arten der Arbeitnehmer nicht nur die Schwangerschaft, sondern jede Tatsache des Kündigungsverbots sich berührt.

IV. Schlussfolgerungen

Meiner Meinung nach dienen die geltenden Normen der Arbeitnehmerüberlassung der Erweiterung der atypischen Beschäftigungsmethode. Aber die Arbeitnehmerüberlassung – als solche – setzt zwei Rechtsverhältnisse voraus. Einer von ihnen gehört zum Zivilrecht, das andere Rechtsverhältnis gilt als atypisches Arbeitsverhältnis. In diesem Kontext und laut der Normen der Richtlinie beherrschen die Prinzipien des Arbeitsrechts die Konstruktion des Leiharbeitsverhältnisses. Mit anderen Worten: das Arbeitsrecht genießt eine Priorität. In diesem Kontext funktioniert das Dienstleistungsverhältnis zwischen dem Entleiher und Verleiher als nötiges Mittel. Die Arbeitnehmerüberlassung braucht aber eine hochgradige Flexibilität. Diese Flexibilität ist durch Artikel 5 Abs. 3 – 4 der Richtlinie gesichert. Absatz 3 gibt eine Möglichkeit für die Mitgliedstaaten Tarifverträge „aufrechtzuerhalten oder schließen“, die unter Berücksichtigung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf ihre Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthalten können, welche von den in Absatz 1. aufgeführten Regelungen abweichen dürfen. Aber diese Tarifverträge sind „auf der geeigneten Ebene“ abzuschließen. Ich habe darauf hingewiesen, dass im ungarischen Arbeitsrechtssystem keine solchen Tarifverträge gibt. So bleibt die zweite, unglückliche Lösung: der Gesetzgeber muss selbst die vom Grundsatz des Absatzes 1. von Richtlinie abweichende Normen schaffen. In dieser vorhersagbaren Lage muss der Gesetzgeber zwischen dem Interesse des Leitarbeitnehmers und dem Geschäftsinteresse abwägen. Jedenfalls ist es sicher, dass die gegenwärtige Regelung nicht fortbestehen kann. Meiner Meinung nach sind sie folgenden entscheidenden Fragen aufgetaucht:

- Ist das Rechtsinstitut der Arbeitnehmerüberlassung ohne besondere Voraussetzungen oder nur in den Tatsachen – z.B. in der Zeit der Saisonarbeit, oder während der Zeit der Ersetzung usw. – anwendbar?
- Erstreckt sich die Wirkung der Arbeitnehmerüberlassung auf jede Art der Arbeit oder beschränkt sich nur auf bestimmten Arten der Arbeit?
- Ist die Dauer des Leiharbeitsverhältnisses durch das Gesetz bestimmt?
- Ist die Dauer des Dienstleistungsverhältnisses durch das Gesetz bestimmt?
- Ist die Dauer der Überlassung durch das Gesetz bestimmt?
- Was bedeutet der allgemeine Gleichheitssatz im Kontext der Arbeitnehmerüberlassung?
- Welche Elemente des kollektiven Arbeitsrechts sind im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung anwendbar?

Es ist nötig zu betonen, dass die möglichen Antworten auf diesen Fragen mit der umfassenden Überprüfung des ganzen Arbeitsgesetzbuches verbunden

⁴⁰ Das Arbeitsgericht hat einen Antrag auf Verfassungsmäßigkeitsprüfung im Jahre 2006 gestellt. Dieser Antrag war nach der Beendigung des Manuskripts von dem Verfassungsgericht behandelt worden. Das Verfassungsgericht hat das „begrenzte“ Kündigungsverbot für verfassungswidrig erklärt [69/2009. (VI. 19.) AB Urteil des Verfassungsgerichts].

sein müssten. Die Chance der Gesetzänderung ist jedoch zu gering – bei mangelnder Ansicht und Übereinstimmung der Sozialpartner.