

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 461

Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher

Von

Xianbei Li



Duncker & Humblot · Berlin

XIANBEI LI

Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 461

Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher

Von

Xianbei Li



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Nürnberg-Erlangen hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-15009-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55009-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85009-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeitnehmerüberlassung unterliegt zahlreichen Reglementierungen durch das deutsche AÜG sowie die europäische Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG. Im Vordergrund stand dabei stets der Blickwinkel, wie der Leiharbeitnehmer *durch* den Entleiher geschützt werden kann, was etwa die Diskussion um den Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern im Entleiherbetrieb zeigt. Die vorliegende Untersuchung nimmt sich eines anderen Problembereichs an, der bislang in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nicht im Fokus stand. Es geht um die Frage, inwiefern der Leiharbeitnehmer *vor* dem rechtlichen Zugriff des Entleihers geschützt werden muss und kann.

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Juli 2015 als Dissertation angenommen. Mit der mündlichen Prüfung am 23. Februar 2016 wurde das Promotionsverfahren abgeschlossen.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis April 2016 berücksichtigt werden, insbesondere der aktuelle Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze des BMAS vom 17. Februar 2016.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Steffen Klumpp, der auch das Thema der Arbeit anregte. Herrn Professor Dr. Georg Caspers danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Von Herzen danke ich meinem Mann Tomislav, der mir viele Denkanstöße gegeben hat und als engagierter Korrekturleser zur Seite stand. Ohne sein Verständnis und seine Unterstützung wäre die Fertigstellung nicht möglich gewesen. Auch danke ich meinen Eltern und meinem Bruder David, die mich auf ihre Weise auf meinem Weg vom Jurastudium zur Promotion begleitet und unterstützt haben.

Frankfurt am Main, September 2016

Xianbei Li

Inhaltsübersicht

1. Teil

Einführung 19

- A. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers 19
- B. Gegenstand und Gang der Untersuchung 22

2. Teil

Grundlagen 24

- A. Arbeitnehmerüberlassung zwischen Reglementierung und Liberalisierung 24
- B. Anwendungsbereich des AÜG 34
- C. Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung 38

3. Teil

Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung 84

- A. Schutz vor Schadensersatzansprüchen des Entleihers 85
- B. Haftung des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer 107
- C. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers bei Annahmeverzug des Entleihers 112
- D. Schutz vor Diskriminierung und Ungleichbehandlung durch den Entleiher 118
- E. Schutz vor Mobbing im Entleiherbetrieb 133
- F. Erfindungen des Leiharbeitnehmers 139
- G. Zusammenfassung 143

4. Teil

**Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher
bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung** 146

- A. Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entstehen eines fingierten Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 Abs. 1 AÜG 147
- B. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers im Rahmen des fingierten Arbeitsverhältnisses 220
- C. Feststellung des Bestehens bzw. des Nichtbestehens eines fingierten Arbeitsverhältnisses 230

5. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen 234

- Literaturverzeichnis** 243
- Sachwortverzeichnis** 256

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einführung	19
A. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers	19
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	22

2. Teil

Grundlagen	24
A. Arbeitnehmerüberlassung zwischen Reglementierung und Liberalisierung	24
I. Nationaler Rechtsrahmen	24
II. Einfluss der europäischen Harmonisierung	28
1. Bereits umgesetzte Inhalte	29
2. Umsetzungsbedürftige Inhalte und deren Umsetzung im AÜG	31
3. Notwendigkeit richtlinienkonformer Auslegung	32
B. Anwendungsbereich des AÜG	34
I. Sachlicher Anwendungsbereich	34
II. Abgrenzungen	36
III. Räumlicher Anwendungsbereich	37
C. Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung	38
I. Rechtsbeziehungen bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung	38
1. Überlassungsverhältnis	38
2. Leiharbeitsverhältnis	40
3. Beschäftigungsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	42
a) Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses	43
aa) Kein unmittelbarer Leistungsanspruch des Entleihers auf die Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers	45
(1) Leiharbeitsvertrag als unechter Vertrag zugunsten Dritter	46
(2) Leiharbeitsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	47
bb) Unmittelbarer Leistungsanspruch des Entleihers	48
(1) Konstruktionen echter arbeitsvertraglicher Beziehungen	48
(2) Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter	50

(a)	Übereinstimmung mit dem Willen der Parteien	50
(b)	Übereinstimmung mit der gesetzlichen Konzeption des AÜG	52
(c)	Übereinstimmung mit den §§ 328 ff. BGB	53
cc)	Zusammenfassung	54
b)	Wesensmerkmale des Beschäftigungsverhältnisses	55
aa)	Primärleistungspflichten	55
bb)	Weisungsrecht des Entleihers	55
cc)	Nebenleistungs- und Schutzpflichten	58
(1)	Begründung von Nebenleistungspflichten	58
(2)	Begründung von Schutzpflichten	59
(3)	Gegenstand der Schutzpflichten im Beschäftigungs- verhältnis	61
dd)	Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung	62
II.	Rechtsbeziehungen bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung	63
1.	Fehlen der Überlassungserlaubnis	64
a)	Anfängliches Fehlen der Erlaubnis/Umgehungen durch Schein- dienst- bzw. Scheinwerkverträge	64
b)	Nachträgliches Wegfallen der Erlaubnis	65
c)	„Nicht nur vorübergehende“ Überlassung	66
d)	Gleichzeitiges Vorliegen weiterer Verstöße gegen das AÜG	69
e)	Abgrenzungen zu nicht erlaubnispflichtigen Konstellationen . . .	70
2.	Rechtsfolgen	71
a)	Unwirksamkeitsfolgen nach § 9 Nr. 1 AÜG	71
aa)	Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags	72
bb)	Unwirksamkeit des Überlassungsvertrags	74
b)	Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs. 1 AÜG	76
aa)	Inhalt	78
bb)	Sonstige Folgen des § 10 AÜG	79
cc)	Schicksal des Beschäftigungsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	80
c)	Normzweck der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG	81
aa)	Schutz des Leiharbeitnehmers	81
bb)	Kontroll- und Sanktionsfunktion	82

3. Teil

Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung 84

A.	Schutz vor Schadensersatzansprüchen des Entleihers	85
I.	Durch den Leiharbeitnehmer verursachte Schäden	85
1.	Verletzung des Integritätsinteresses	86

2. Verletzung des Erfüllungsinteresses	87
a) Nichtleistung	88
aa) Abwicklung eines Schadens aus Nichtleistung in den jeweiligen Vertragsverhältnissen	89
(1) Anspruch des Entleihers gegen den Verleiher	89
(2) Anspruch des Verleihers gegen den Leiharbeitnehmer	91
bb) Ansprüche des Entleihers gegen den Leiharbeitnehmer	92
cc) Zusammenfassung	93
b) Schlechtleistung	94
aa) Mittel des Entleihers	95
bb) Abwicklung des Schadens aus Schlechtleistung	95
(1) Abwicklung im Beschäftigungsverhältnis	96
(2) Lösungsansätze der Gegenauffassungen	97
(a) Haftung wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten	98
(b) Drittschadensliquidation	98
(c) „Schadensliquidation zugunsten Dritter“	100
(d) Haftungslücken	100
c) Zwischenergebnis	101
II. Haftungsbegrenzung zugunsten des Leiharbeitnehmers	102
1. Grundsatz der arbeitsrechtlichen Haftungsbegrenzung	102
2. Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung im Beschäftigungs- verhältnis	104
III. Ergebnis	106
B. Haftung des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer	107
I. Haftung des Arbeitgebers für Schäden an Rechtsgütern des Arbeit- nehmers	108
II. Haftung des Entleihers für Schäden an Rechtsgütern des Leiharbeit- nehmers	109
1. Haftung für Personenschäden	109
2. Haftung für Sachschäden	110
III. Ergebnis	111
C. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers bei Annahmeverzug des Entleihers	112
I. Möglichkeit eines Annahmeverzugs des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer	113
1. Leistungsansprüche des Entleihers	113
2. Angebot der Leistung	114
3. Abwicklung im Dreiecksverhältnis	115
II. Behandlung des Annahmeverzugs des Entleihers nach den Gegen- positionen	116
III. Ergebnis	118
D. Schutz vor Diskriminierung und Ungleichbehandlung durch den Entleiher	118

I.	Pflichten des Arbeitgebers unter dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz	119
1.	Arbeitgeberstellung des Entleiher nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG	119
2.	Schutz vor Auswahldiskriminierung im Vorfeld der Überlassung	120
a)	Schutz vor mittelbarer Auswahldiskriminierung durch den Entleiher	120
b)	Rechtfertigung einer Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG	121
3.	Schutz vor Diskriminierung im Entleiherbetrieb während der Überlassung	124
II.	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	125
1.	Anknüpfungspunkt der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern durch den Entleiher	126
2.	Anwendungsbereiche des Gleichbehandlungsgrundsatzes	128
a)	Leistungen und Gratifikationen	128
b)	Zugang zu Betriebseinrichtungen	129
c)	Ausübung des Weisungsrechts	130
III.	Exkurs: Pflicht des Arbeitgebers zur Berücksichtigung schwerbehinderter Menschen nach § 81 SGB IX	131
IV.	Ergebnis	132
E.	Schutz vor Mobbing im Entleiherbetrieb	133
I.	Rechtliche Erfassung von Mobbing am Arbeitsplatz	134
1.	Ansprüche gegen den Handelnden	135
2.	Zusätzliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber	136
II.	Ansprüche des Leiharbeitnehmers bei Mobbing im Entleiherbetrieb	137
III.	Ergebnis	138
F.	Erfindungen des Leiharbeitnehmers	139
I.	Behandlung von Erfindungen nach dem ArbNErfG	139
II.	Stellung des Entleiher als Arbeitgeber im Sinne des ArbNErfG nach § 11 Abs. 7 AÜG	140
1.	Anwendbarkeit des § 11 Abs. 7 AÜG auf freie Erfindungen	141
2.	Arbeitgeberstellung des Verleihers	142
III.	Ergebnis	143
G.	Zusammenfassung	143

4. Teil

	Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung	146
A.	Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entstehen eines fingierten Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 Abs. 1 AÜG	147
I.	Interessenlage beim fingierten Arbeitsverhältnis	149
1.	Typische Interessenlage	149
2.	Atypische Interessenlage	149

II. Verfassungsrechtliche Dimension der gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 AÜG	152
1. Eingriff in einen grundrechtlich geschützten Bereich	152
a) Bestimmung der betroffenen Schutzbereiche	152
aa) Privatautonomie im Arbeitsrecht	153
(1) Bereichsspezifischer Schutz durch Art. 12 GG	153
(a) Wechsel in der Person des Arbeitgebers	155
(b) Änderung der Arbeitsbedingungen	157
(2) Konkludente Billigung eines Vertragsverhältnisses durch den Leiharbeitnehmer?	158
(3) Qualifikation einer Schutznorm als Eingriffsnorm	160
bb) Menschenwürde des Arbeitnehmers	161
b) Eingriff	163
c) Zwischenergebnis zum Eingriff in einen grundrechtlich geschützten Bereich	164
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	164
a) Legitimer Gemeinwohlzweck	165
aa) Schutz illegal überlassener Leiharbeitnehmer	165
bb) Sanktion und Prävention illegaler Arbeitnehmerüberlassung	166
b) Verhältnismäßigkeit	167
aa) Geeignetheit	167
bb) Erforderlichkeit	167
cc) Angemessenheit	169
(1) Bestehende Möglichkeiten der Loslösung vom fingierten Arbeitsverhältnis	169
(2) Gegenüberstellung der abzuwägenden Rechtsgüter	171
(a) Arbeitsvertragsfreiheit des illegal überlassenen Leiharbeitnehmers	171
(b) Schutz des illegal überlassenen Leiharbeitnehmers durch § 10 Abs. 1 AÜG	171
(aa) Verfassungsrank des Arbeitnehmerschutzes	172
(bb) Verfassungsrank des durch § 10 Abs. 1 AÜG bezweckten Leiharbeitnehmerschutzes	175
(c) Zwischenergebnis	176
(3) Abstrakte Abwägungskriterien	177
(a) Schutz des Arbeitnehmers vor fremdbestimmtem Arbeitnehmerschutz	178
(aa) Entwicklung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang	179
(bb) Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips	183
(b) Grenzen der Selbstbestimmung: Selbstschädigung und Schädigung Dritter	187
(c) Abwägungsleitlinie: <i>In dubio pro</i> Selbstbestimmung	188
(4) Abwägung im konkreten Fall	190

c)	Zwischenergebnis zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs	192
3.	Verfassungskonforme Auslegung	193
a)	Grenzen und Vorgaben der verfassungskonformen Auslegung	194
aa)	Normtext als Grenze der verfassungskonformen Auslegung	194
bb)	Normzweck als Grenze der verfassungskonformen Auslegung	194
(1)	Gefährdung des Normzwecks	195
(2)	Eröffnung eines Missbrauchspotentials (durch Einflussnahme des Entleihers auf den Leiharbeitnehmer)	196
cc)	Vorgaben durch höherrangiges Recht: Erfordernis von effektiven Sanktionsnormen gemäß Art. 10 der Leiharbeitsrichtlinie	197
dd)	Zwischenergebnis	197
b)	Entwicklung eines Widerspruchsrechts im Wege der verfassungskonformen Auslegung	198
aa)	Sinnhaftigkeit eines Widerspruchsrechts als reines Lösungsrecht	199
(1)	Widerspruchsrecht als Kombination aus Lösungsrecht und Verbleibsrecht	200
(2)	Sinnhaftigkeit eines Widerspruchsrechts bei Umwandlungsvorgängen im Fall des Erlöschens des übertragenden Rechtsträgers	201
bb)	Verbleibsmöglichkeit beim Verleiher	203
(1)	Rechtliche Verbleibsmöglichkeit	203
(2)	Keine Überwindung des § 9 Nr. 1 AÜG	204
cc)	Zwischenergebnis	205
c)	Außerordentliches Kündigungsrecht als rechtliches „Minus“ zum Widerspruchsrecht	206
aa)	Außerordentlicher Kündigungsgrund	207
bb)	Vergleich eines hypothetischen Widerspruchsrechts mit einem außerordentlichen Kündigungsrecht	209
(1)	Unterschiedliche Ausübungsfristen	209
(2)	Rückwirkung	210
(3)	Schadensersatzpflicht nach § 628 Abs. 2 BGB	211
cc)	Zusammenfassung	212
d)	Zwischenergebnis zur verfassungskonformen Auslegung	213
4.	Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 AÜG	213
III.	Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers bei fristloser Kündigung des fingierten Arbeitsverhältnisses	214
1.	Abwicklungsbedürftige Bereiche	214
a)	Rückständiges Gehalt	214
b)	Abgeltung von Urlaubsansprüchen	215

c) Zeugniserteilung	216
d) Sperrzeit nach § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III	217
2. Zusammenfassung	219
B. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers im Rahmen des fingierten Arbeitsverhältnisses	220
I. Bestimmung des notwendigen Schutzniveaus	220
II. Bedingungen des fingierten Arbeitsverhältnisses	221
1. Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses	222
a) Beginn	222
b) Befristung	223
c) Beendigung	224
2. Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses	226
a) Arbeitstätigkeit	226
b) Arbeitszeit	227
3. Vergütung	228
4. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung	229
III. Ergebnis	230
C. Feststellung des Bestehens bzw. des Nichtbestehens eines fingierten Arbeitsverhältnisses	230
I. Feststellung des Bestehens eines fingierten Arbeitsverhältnisses	231
1. Allgemeine Feststellungsklage	231
2. Negative Feststellungsklage	232
II. Verwirkung	232

5. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	234
I. Grundlegendes	234
II. Erlaubte Arbeitnehmerüberlassung	234
III. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	238
IV. Fazit	242
Literaturverzeichnis	243
Sachwortverzeichnis	256

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz, Absätze
a. F.	alte/r Fassung
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbnErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Bsp.	Beispiel, Beispiele
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt

Diss.	Dissertation
Einf. v.	Einführung vor
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungs- gesetz
f., ff.,	folgend, folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Zeitschrift)
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung (vom)
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Leiharbeitsrichtlinie	Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. EU L 327 v. 5.12.2008, S. 9
LG	Landgericht
lit.	litera
Ls.	Leitsatz
MünchHdB-ArbR	Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchner Kommentar
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)

NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (bis 1992 Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
SGB III	SGB, 3. Buch: Arbeitsförderung
SGB IV	SGB, 4. Buch: Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB VII	SGB, 7. Buch: Gesetzliche Unfallversicherung
SGB IX	SGB, 9. Buch: Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen
sog.	sogenannt(e/en/er/es)
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
v.	vom, von
v. a.	vor allem
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Beilage zu: Gewerbearchiv) (Zeitschrift)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer

1. Teil

Einführung

A. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers

Unter Arbeitnehmerüberlassung, auch Zeitarbeit¹ oder Leiharbeit² genannt, versteht man die Überlassung eines Arbeitnehmers (Leiharbeitnehmer) durch den Arbeitgeber (Verleiher) an einen Dritten (Entleiher).³ Der Leiharbeitnehmer wird dabei für die Dauer der Überlassung in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und untersteht dessen Weisungen, ohne dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher besteht.⁴

Leiharbeit als Form des internen Einsatzes von Fremdpersonal⁵ ist schon seit geraumer Zeit von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Knapp 900.000 Beschäftigte in Deutschland sind derzeit als Leiharbeitnehmer tätig.⁶ Für Entleiher ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern in erster Linie interessant, um Bedarfsspitzen abzufangen, ohne die mit einer Festanstellung einhergehenden Nachteile in Kauf nehmen zu müssen.⁷ Die Beschäftigung als Leih-

¹ *Becker*, F., NJW 1971, 691 f.; *Reinsch*, Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer, S. 19 m. w. N.

² Der Begriff der „Leiharbeit“ widerspricht zwar dem Sprachgebrauch des BGB, wonach Leihe im Sinne des § 598 BGB als unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache verstanden wird. Dennoch hat sich diese Begriffswahl bereits früh im allgemeinen Sprachgebrauch und in der arbeitsrechtlichen Literatur durchgesetzt, vgl. *Immenga*, BB 1972, 805; BT-Drs. VI/2303, S. 10.

³ *Hueck/Nipperdey*, ArbR Bd. 1, § 54 IV 1, S. 521 f.; *Palandt/Weidenkaff*, Einf. vor § 611 Rn. 38; *Sandmann/Marschall/Schneider*, AÜG Einl. I; *Schaub/Koch*, ArbR-HdB, § 120 Rn. 5; *Thüsing/Waas*, AÜG, § 1 Rn. 58; *Ulber*, AÜG, Einl. lit. A. Rn. 1.

⁴ BAG v. 30.1.1991 – AZR 497/89, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG, III 1 der Gründe; *Schüren/Hamann*, AÜG, § 1 Rn. 81; *MünchKomm-BGB/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 1278; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 564 f. m. w. N.

⁵ *Hamann*, Fremdpersonal im Unternehmen, S. 18.

⁶ Quelle: Zwölfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 26.2.2014, BT-Drs. 18/673, Tabelle 13.

⁷ Vgl. *Klebeck*, Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß, S. 14 ff. zu den betriebswirtschaftlichen Gründen, Leiharbeitnehmer statt Stammarbeitnehmer zu beschäftigen.

arbeitnehmer bedeutet zum einen häufig ein geringeres Lohnniveau im Verhältnis zur vergleichbaren Stammebelegschaft,⁸ zum anderen eine meist kurze Einsatzdauer und damit einhergehend ein häufiger Wechsel von Einsatzbetrieben.⁹ Daraus folgt, dass Leiharbeitnehmern die Möglichkeit der langfristigen Integration in einen Entleiherbetrieb meist versagt bleibt.¹⁰

Die besondere Schutzbedürftigkeit von Leiharbeitnehmern im Verhältnis zu regulär beschäftigten Arbeitnehmern ergibt sich unmittelbar aus dem Umstand, dass ein Leiharbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit nicht bei seinem Vertragsarbeitgeber, sondern bei einem Dritten erbringt.¹¹ Aus diesem Drittbezug des Arbeitsverhältnisses ergeben sich Konstellationen, auf die die arbeitsrechtlichen Vorschriften und Rechtsinstitute, die für den Regelfall eines Arbeitsvertrags im Zweipersonenverhältnis konzipiert sind, nicht ohne Weiteres anwendbar sind.¹² Hinzu kommt, dass die Zuverlässigkeit von Verleihunternehmen für Leiharbeitnehmer schwer einschätzbar ist, was unter anderem daran liegt, dass der Verleih von Arbeitnehmern mit nur wenigen Betriebsmitteln betrieben werden kann.¹³ Leiharbeitnehmer werden in der Regel auch nicht in den Verleiherbetrieb eingegliedert. Diese atypische Arbeitgeberstellung führt zu dem Risiko, dass unseriöse Verleiher auf dem Markt agieren können.

Diesem Schutzbedürfnis trägt die detaillierte gesetzliche Regelung der Arbeitnehmerüberlassung durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) Rechnung.¹⁴ Kernelement des mit dem AÜG verfolgten sozialen Schutzes von Leiharbeitnehmern ist die gewerberechtliche Vorschrift des § 1 AÜG, wonach die Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig ist. Die Bedeutung der Erlaubnispflicht wird unter anderem daran deutlich, dass auf dem Vorblatt des AÜG-Gesetzesentwurfs der Bundesregierung die Einführung der Erlaubnispflicht als „B. Lösung“ überschrieben wird, um auf die bestehenden Missstände der zunehmend relevanten Arbeitnehmerüberlassung zu re-

⁸ *Wank*, RdA 2003, 1, 3; BT-Drs. 14/4220, S. 15 und S. 26 (DGB-Stellungnahme).

⁹ Fast die Hälfte der Überlassungen erfolgt für eine kurze Dauer von bis zu drei Monaten, vgl. Zwölfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes v. 26.2.2014, BT-Drs. 18/673, S. 29 und Tabelle 10.

¹⁰ Vgl. *Wank*, RdA 2003, 1, 4; BT-Drs. 14/4220, S. 15.

¹¹ Vgl. *Löwisch/Caspers/Klump*, ArbR, Rn. 894; *Erbs/Kohlhaas/Amb*, AÜG, Vorbem. Rn. 3.

¹² *Gick*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, S. 81.

¹³ *Lembke*, BB 2010, 1533, 1533.

¹⁴ Der Schutz von Leiharbeitnehmern vor potentiell unzuverlässigen Verleihfirmen, die sich nicht an gesetzliche Vorschriften halten, stand auch bei der gesetzlichen Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung stets im Fokus, vgl. BT-Drs. VI/2303, S. 11; BT-Drs. 14/4220, S. 19; BT-Drs. 13/5498, S. 25.

agieren.¹⁵ Das AÜG unterscheidet dementsprechend strikt zwischen dem Vorliegen und dem Fehlen der Erlaubnis: Es regelt die erlaubte bzw. legale Überlassung als Regelfall sowie die Folgen der unerlaubten bzw. illegalen Überlassung¹⁶ mit dem Ziel, eine unerlaubte Überlassung zu verhindern.¹⁷

Je nachdem, ob die Überlassung erlaubt ist, sind auch die jeweiligen Rechtsverhältnisse im Dreiecksverhältnis zwischen dem Verleiher, dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer unterschiedlich ausgestaltet: Bei der erlaubten Arbeitnehmerüberlassung bestehen vertragliche Beziehungen nur im Rahmen des Überlassungsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Entleiher sowie im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer; dagegen besteht nach der gesetzlichen Konzeption des AÜG kein vertragliches Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Das Gegenteil ist der Fall bei der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung – dann sind sowohl das Überlassungsverhältnis als auch das Leiharbeitsverhältnis gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, während zwischen dem Entleiher und dem illegal überlassenen Leiharbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 1 AÜG ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis entsteht.

Aufgrund dieser grundsätzlichen Unterscheidung zwischen erlaubter (legaler) und unerlaubter (illegaler) Arbeitnehmerüberlassung ist die Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher jeweils aus einem unterschiedlichen Blickwinkel zu betrachten: Im Regelfall der legalen Arbeitnehmerüberlassung erbringt der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb und ist dort faktisch eingegliedert. Dadurch können dieselben arbeitsrechtlichen Fragestellungen wie im Zweipersonen-Arbeitsverhältnis relevant werden, mit dem Unterschied, dass kein vertragliches Arbeitsverhältnis zum Entleiher vorliegt und deshalb die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Vorschriften und Rechtsinstitute zugunsten des Arbeitnehmers in Frage steht. Dagegen besteht bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung (nur noch) ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnisses zum Entleiher, so dass die Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher in erster Linie im Hinblick auf die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zu untersuchen ist.

¹⁵ BT-Drs. VI/2303, Vorblatt.

¹⁶ Zur Terminologie: Der Begriff der „illegalen“ oder „unerlaubten“ Arbeitnehmerüberlassung ist gesetzlich nicht definiert. Nach allgemeinem Verständnis ist Arbeitnehmerüberlassung illegal, wenn sie ohne die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis betrieben wird, vgl. *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 606. Dagegen ist Arbeitnehmerüberlassung „unzulässig“, wenn sie gegen das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe verstößt, vgl. § 1b AÜG.

¹⁷ Schüren/*Schüren*, AÜG, Einl. Rn. 1.