

Sophie Kruppa

Die Festhaltungserklärung des
Leiharbeitnehmers bei der illegalen und der
verdeckten Arbeitnehmerüberlassung



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 89

Sophie Kruppa

Die Festhaltungserklärung des
Leiharbeitnehmers bei der illegalen und der
verdeckten Arbeitnehmerüberlassung



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8046-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2435-7 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2019 berücksichtigt.

Ich danke meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Henssler für die Betreuung der Dissertation sowie die wunderbare Zeit, die ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Institut, dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, verbringen durfte. Herrn Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel danke ich nicht nur für die Übernahme des Korreferats, sondern auch für seine tatkräftige Unterstützung bereits während meines Studiums. Ich danke darüber hinaus den Herausgebern für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe.

Dr. Ilka Mainz danke ich sehr für die Durchsicht des Manuskripts und die intensive Freundschaft, die uns seit Beginn meines Studiums verbindet. Für die Durchsicht des Manuskripts und die vielen anregenden Diskussionen bedanke ich mich auch bei Dr. Christian Deckenbrock.

Jan Nockemann möchte ich meinen besonderen Dank für seinen Zuspruch und andauernden Rückhalt aussprechen. Zudem danke ich meinen Freunden, die mich während der Anfertigung dieser Arbeit ebenfalls unterstützt haben und immer bereit waren, jedes Ereignis auch mehrfach mit mir zu feiern.

Schließlich und vor allem gilt mein tief empfundener Dank für ihre ständige und grenzenlose Unterstützung meiner Familie. Ihr ist diese Arbeit gewidmet. Meinem Vater, Matthias Gutschmidt, danke ich insbesondere für seine stets motivierenden Worte und seinen unvergleichlichen Humor in jeder Lebenslage. Meiner Mutter, Kerstin Kruppa, möchte ich ganz besonders für ihre liebevolle und bedingungslose Hingabe danken. Unsere tiefe Verbundenheit ist für mich von unschätzbarem Wert.

Köln, im November 2020

Sophie Kruppa

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Kapitel 1: Einführung und Grundlagen	23
§ 1 Einführung	23
A. Untersuchungsgegenstand	25
B. Gang der Untersuchung	26
§ 2 Grundlagen	27
A. Das Dreiecksverhältnis	28
I. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	28
II. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher	30
III. Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	33
IV. Auswirkungen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung	37
V. Zusammenfassung	39
B. Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG	39
I. Das staatliche Arbeitsvermittlungsmonopol, §§ 37, 35 AVAVG	40
II. Die Adia Interim-Entscheidung des BVerfG vom 04.04.1967	40
III. Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 07.08.1972	42
IV. Die Hartz-Gesetze	43
V. Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 28.04.2011	45
VI. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.02.2017	46
VII. Zusammenfassung	48
Kapitel 2: Der Arbeitgeberwechsel	49
§ 1 Regelungstechnik	49

§ 2 Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a AÜG	50
A. Normzweck	51
B. Tatbestandsvoraussetzungen	54
I. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	54
1. Illegale Arbeitnehmerüberlassung, § 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 AÜG	54
a) Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung	55
aa) Bedeutung der Abgrenzung	55
bb) Abgrenzungskriterien	56
cc) Zweifelsfälle	58
dd) Gesamtbetrachtung	59
ee) Ergebnis	60
b) Fehlen der Erlaubnis	61
2. Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG	62
a) Erscheinungsformen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	62
aa) Bewusste Falschbezeichnung	63
bb) Rechtliche Fehleinschätzung	63
cc) Umschlagen in eine Arbeitnehmerüberlassung	64
b) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung mit Vorraterlaubnis	64
aa) Diskussion zum früheren Recht	65
bb) Ablehnung durch den Gesetzgeber	66
c) Tatbestand	67
aa) Die Offenlegungspflicht	67
(1) Formelle Anforderungen	67
(2) Materielle Auswirkungen	69
bb) Die Konkretisierungspflicht	69
(1) Formelle Anforderungen	70
(a) Zeitpunkt	70
(b) Schriftformerfordernis	71
(2) Materielle Auswirkungen	74
cc) Pflichtverstoß	76
(1) Kumulative Verletzung	77
(a) Wortlaut	77
(b) Sinn und Zweck	77
(c) Systematik	79

(d) Singuläre Verletzung der Konkretisierungspflicht	80
(e) Zwischenergebnis	82
(2) Formverstoß	82
(3) Subjektives Element	83
(a) Vorschläge in der Literatur	83
(b) Umkehrschluss	84
(c) Rechtsmissbrauch	84
(d) Zwischenergebnis	87
dd) Ergebnis	87
d) Stellungnahme	88
aa) Gleichstellung von verdeckter und illegaler Leiharbeit	88
bb) Etablierung von Scheinarbeitnehmerüberlassungsverträgen	90
II. Tatsächliche Überlassung	91
1. Illegale Arbeitnehmerüberlassung	92
a) Auffassung der Rechtsprechung	92
b) Gegenstimmen in der Literatur	93
c) Stellungnahme	94
aa) Vergleich mit § 134 BGB	94
bb) Regelungssystematik	95
(1) Zeitlicher Gleichlauf der Rechtsfolgen	95
(2) Sanktionsbewehrtes Verhalten	96
cc) Neubewertung unter Berücksichtigung der Festhaltenserklärung	98
dd) Ergebnis	99
2. Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	100
III. Festhaltenserklärung	100
IV. Ergebnis	101
C. Rechtsfolge	101
I. Allgemeines	102
II. Reichweite der Unwirksamkeit	102
1. Gemischtes Arbeitsverhältnis	102
a) Anwendbarkeit auf Mischbetriebe	103
b) Gesetzeszweck	104
2. Ergebnis	105
III. Zeitpunkt der Unwirksamkeit	105
1. Anfängliche Unwirksamkeit	105

2. Nachträgliche Unwirksamkeit	105
a) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	106
b) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	108
c) Ergebnis	108
3. Heilungsmöglichkeit	108
§ 3 Die Vertragsfiktion gemäß § 10 Abs. 1 AÜG	110
A. Normzweck	111
B. Tatbestandvoraussetzungen	113
C. Rechtsfolge	114
I. Dogmatische Einordnung	114
II. Allgemeines	115
III. Zeitpunkt des Fiktionseintritts	115
1. Anfängliche Unwirksamkeit	116
a) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	116
aa) Für den Beginn der Tätigkeit vorgesehener Zeitpunkt	116
bb) Tatsächliche Arbeitsaufnahme	117
cc) Stellungnahme	117
dd) Zwischenergebnis	119
b) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	119
c) Zwischenergebnis	120
2. Nachträgliche Unwirksamkeit	120
3. Ergebnis	120
IV. Parteien des Arbeitsverhältnisses	121
1. Unerlaubte Überlassung an mehrere Entleiher	121
2. Kettenverleih	122
V. Inhalt des Arbeitsverhältnisses	123
1. Geschuldete Tätigkeit	124
2. Arbeitszeit	124
3. Arbeitsentgelt	126
4. Sonstige Arbeitsbedingungen	127
VI. Dauer des Arbeitsverhältnisses	127
1. Befristungsabrede	127
2. Sachlich rechtfertigender Grund	128
3. Rechtsfolge	129
VII. Änderung des Arbeitsverhältnisses	129
VIII. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	130
1. Ordentliche Kündigung	130

2. Außerordentliche Kündigung	132
a) Seitens des Arbeitnehmers	132
aa) Auffassung bis zur AÜG-Reform 2017	133
bb) Auffassung nach der AÜG-Reform 2017	134
cc) Stellungnahme	136
(1) Geeigneter Kündigungsgrund „an sich“	137
(a) Nebeneinander von Kündigungsrecht und Festhaltensrecht	137
(b) Arbeitgeberwechsel als Kündigungsgrund	138
(c) Zwischenergebnis	139
(2) Interessenabwägung	140
(a) Kein schutzwürdiges Interesse des Entleihers	140
(b) Vorrangiges Interesse des Leiharbeitnehmers	141
(c) Zwischenergebnis	142
dd) Ergebnis	142
b) Seitens des Arbeitgebers	143
3. Aufhebungsvertrag	143
§ 4 Fortführung der Überlassung trotz Arbeitgeberwechsels	143
A. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	144
I. Konsequenzen aus der Anwendung der Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis	145
1. Doppelter Vergütungsanspruch	146
a) Erlöschen des Anspruchs gegen den Entleiher nach §§ 362 Abs. 1, 267 BGB	146
b) Erlöschen des Anspruchs gegen den Entleiher nach § 422 Abs. 1 S. 1 BGB	147
2. Zwischenergebnis	148
II. Anwendbarkeit der Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis	148
1. Rückabwicklungsschwierigkeiten	149
a) Leistung i.S.v. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	150
b) Normative Korrektur des objektiven Empfängerhorizonts	151
c) Zwischenergebnis	153
2. Arbeitnehmerschutz	153
a) Grundsätzliche Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers nach Fiktionseintritt	154

b) Schutzbedürftigkeit aufgrund verleihsfreier Zeiten oder anderweitigen Einsatzes	154
c) Zwischenergebnis	156
3. Dogmatischer Anknüpfungspunkt	156
III. Ergebnis	156
B. Beurteilung anhand des Bereicherungsrechts	157
I. Verhältnis von Leiharbeitnehmer und Verleiher	157
II. Verhältnis von Verleiher und Entleiher	158
III. Verhältnis von Leiharbeitnehmer zum Entleiher	160
C. Ergebnis	160
Kapitel 3: Die Festhaltungserklärung	162
§ 1 Hintergrund der Festhaltungserklärung	162
A. Vorgeschichte	163
B. Legislative Entscheidung	165
I. Erster Referentenentwurf vom 16.11.2015	166
II. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 01.06.2016	168
III. Öffentliche Anhörung von Sachverständigen am 17.10.2016	168
IV. Inkrafttreten	169
C. Kritik	170
§ 2 Rechtsnatur	171
A. Allgemeines	171
B. Vergleichbarkeit mit dem Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB	173
§ 3 Voraussetzungen der Festhaltungserklärung	173
A. Formelle Voraussetzungen	174
I. Erklärungsinhalt	174
II. Abgabe	175
1. Abgabezeitpunkt	175
2. Beschränkte Geschäftsfähigkeit	176
III. Zugang	176
IV. Form	177
1. Vorlage bei der Agentur für Arbeit	177
a) Weitere Vorschriften des Vorlageverfahrens	178
b) Voraussetzungen	179
c) Tätigkeit der Agentur für Arbeit	180
d) Erfahrungsbericht	181

e) Kritik	182
aa) Auffassung in der Literatur	183
bb) Stellungnahme	183
(1) Missbrauchsgefahr	183
(2) Anzeige von Gesetzesverstößen	184
f) Ergebnis	186
2. Schriftform	186
V. Frist	187
1. Erklärungsfrist	187
a) Objektiver Fristbeginn	188
aa) Anfänglich unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	188
bb) Nachträglich unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	189
cc) Zwischenergebnis	190
b) Erfordernis eines subjektiven Elements	190
aa) Auffassung in der Literatur	191
bb) Stellungnahme	193
(1) Keine eindeutige Aussage in den Gesetzesmaterialien	193
(2) Hinweise im Gesetzgebungsverfahren	195
(3) Entgegenstehende Regelungssystematik	196
(4) Realisierbarkeit des Rechts	196
(5) Zwischenergebnis	197
cc) Verfassungsrechtliche Auswirkung	198
c) Fristlänge	198
d) Fristberechnung	200
2. Zugangsfrist	200
VI. Ergebnis	202
B. Materielle Voraussetzungen	204
I. Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages	204
II. Einmaligkeit der Festhaltungserklärung bei fortgesetzter Überlassung	205
III. Rechtswirksame Gestaltung	206
1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 BGB	206
2. Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 BGB	208

3. Inhaltskontrolle	210
a) Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	210
aa) Verzicht auf ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher	211
bb) Drängen auf Abgabe der Festhaltenserklärung	211
cc) Kompensationserfordernis	212
dd) Zwischenergebnis	213
b) Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. S. 2 BGB	213
aa) Kein Hinweis auf den Arbeitgeberwechsel	213
bb) Kein Hinweis auf die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit	215
cc) Zwischenergebnis	216
4. Ergebnis	216
IV. Kein Ausschluss	217
1. Verzicht	217
2. Verwirkung	220
V. Ergebnis	221
§ 4 Rechtsfolgen der Festhaltenserklärung	221
A. Rechtswirkungen	222
I. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	222
1. Unmittelbare Rechtswirkung	222
2. Mittelbare Auswirkungen	224
a) Illegale Leiharbeit	224
b) Verdeckte Leiharbeit	225
II. Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	225
1. Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Betriebserwerber infolge eines Widerspruchs nach Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 6 BGB	227
a) Anwendung der Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis	227
b) Vergleichbarkeit der Rechtsfolgen nach Widerspruch und Festhaltenserklärung	228
2. Anwendbarkeit der Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis	229
a) Dogmatische Grundlage	229
b) Rückabwicklungsschwierigkeiten	230

c) Arbeitnehmerschutz	231
aa) Aufrechterhaltung des Lohnanspruchs wegen Annahmeverzugs gemäß § 615 S. 1 BGB	232
bb) Aufrechterhaltung des Lohnanspruchs gemäß § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB	234
cc) Zwischenergebnis	235
3. Ergebnis	235
III. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher	235
B. Fortführung der Überlassung nach der Festhaltungserklärung	236
I. Allgemeines	236
II. Fortführung der Überlassung	237
III. Weisungsrecht in Bezug auf die Fortführung der Überlassung	238
1. Nichtigkeit der Weisung aufgrund gesetzeswidrigen Inhalts	238
a) Weisungsbefugnis	239
b) Anwendbarkeit von § 134 BGB	240
c) Nichtigkeitsfolge	240
d) Zwischenergebnis	241
2. Unwirksamkeit der Weisung aufgrund von Unbilligkeit	242
a) Billigkeit der Weisung	242
b) Rechtsfolge bei Unbilligkeit	242
c) Zwischenergebnis	244
IV. Ergebnis	244
C. Sozialversicherungsrechtliche Folge	245
D. Ergebnis	246
§ 5 Beseitigung der Festhaltungserklärung	247
A. Widerruf	247
B. Anfechtung	247
I. Anfechtungsgrund	247
1. Rechtsfolgenirrtum, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB	248
2. Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 BGB	249
3. Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung, § 123 BGB	250
II. Anfechtungsgegner	252
III. Rechtsfolgen der Anfechtung	252
IV. Ergebnis	253
C. Dreiseitiger Vertrag	254

§ 6 Darlegungs- und Beweislast	254
Kapitel 4: Verfassungsmäßigkeit des Arbeitgeberwechsels	256
§ 1 Untersuchungsgegenstand	256
§ 2 Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG	257
A. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a AÜG	258
I. Schutzbereich	258
II. Eingriff	259
1. Aufgabe des Arbeitsplatzes	260
2. Kompensation durch das Festhaltensrecht	261
a) Anforderungen an eine privatautonome Entscheidung	262
b) Gewährleistung durch das Festhaltensrecht	262
aa) Ausschlussfrist	263
bb) Einmaligkeit der Festhaltungserklärung	264
cc) Formerfordernisse	265
(1) Schriftformerfordernis	265
(2) Vorlagepflicht	266
dd) Kumulation der Anforderungen	267
ee) Zwischenergebnis	268
c) Ergebnis	268
III. Rechtfertigung	268
1. Eingriffsvorbehalt	269
2. Verhältnismäßigkeit	269
a) Prüfungsmaßstab	270
aa) Drei-Stufen-Theorie	270
bb) Anwendung auf Eingriffe in die freie Arbeitsplatzwahl	271
cc) Eingriffsintensität bei § 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a AÜG	271
b) Legitimer Zweck	273
aa) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	274
bb) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	275
c) Geeignetheit	276
aa) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	276
bb) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	277
d) Erforderlichkeit	277
aa) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	278
bb) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	278

e) Angemessenheit	279
aa) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	279
(1) Fehlende Beschäftigungsmöglichkeit	280
(2) Vertragsfiktion als Kompensation	282
(3) Fehlendes personales Element des Arbeitsverhältnisses	283
(4) Vermeidbarkeit des Grundrechtseingriffs	284
(5) Arbeitnehmerschutz	285
(6) Zwischenergebnis	286
bb) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	286
(1) Objektiver Verstoß gegen formelle Vorgaben	286
(2) Vermeidbarkeit des Grundrechtseingriffs	288
(3) Arbeitnehmerschutz	289
(4) Zwischenergebnis	289
IV. Ergebnis	289
B. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG	290
I. Schutzbereich	291
II. Eingriff	291
1. Kompensation durch das Festhaltensrecht	292
2. Kompensation durch das außerordentliche Kündigungsrecht	292
III. Rechtfertigung	293
1. Prüfungsmaßstab	293
2. Verhältnismäßigkeit	295
a) Legitimer Zweck	295
b) Geeignetheit	296
c) Erforderlichkeit	296
d) Angemessenheit	297
aa) Bestimmung des neuen Arbeitgebers	298
bb) Arbeitsbedingungen bei dem neuen Arbeitgeber	298
cc) Außerordentliches Kündigungsrecht	298
dd) Arbeitnehmerschutz	299
e) Zwischenergebnis	299
IV. Ergebnis	300
§ 3 Verfassungsrechtliche Bedeutung des Festhaltensrechts	300

Kapitel 5: Fazit	302
§ 1 Beurteilung de lege lata	302
A. Bedarf eines Festhaltensrechts	302
B. Ausgestaltung des Festhaltensrechts	303
I. Andere Interessenlage als beim Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang	303
II. Umsetzung zulasten des Rechtsinhabers	304
III. Fehlende Realisierbarkeit	305
IV. Auswirkungen	305
§ 2 Nachbesserungen de lege ferenda	305
A. Rechtssichere Identifizierung von Arbeitnehmerüberlassung	306
B. Kenntnisabhängiger Fristbeginn	306
C. Keine Vorlagepflicht	308
D. Ausformulierter Regelungsvorschlag	308
Literaturverzeichnis	311

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AIP	Aktueller Informationsdienst für Personaldienstleister
Alt.	Alternative
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	Arbeitsgericht
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbuSozPol	Arbeits- und Sozialpolitik
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
Ausschussdrucks.	Ausschussdrucksache
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BD	Blickpunkt Dienstleistung
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
Dbb	Dbb beamtenbund und tarifunion
ders.	derselbe

Abkürzungsverzeichnis

DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
Einf.	Einführung
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f./ff.	folgende/r
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Großer Senat
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HandwO	Handwerksordnung
Hrsg.	Herausgeber
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung
JZ	Juristen-Zeitung
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LA-RL	Leiharbeitsrichtlinie
LSG	Landessozialgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht

öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
S.	siehe/Seite/Satz
SG	Sozialgericht
sog.	sogenannt
SozArb	Soziale Arbeit
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u.a.	unter anderem/unter anderen/und andere
u.U.	unter Umständen
v.	vom/von
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung
z.T.	zum Teil
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
zugl.	zugleich

Kapitel 1: Einführung und Grundlagen

§ 1 Einführung

Die Arbeitnehmerüberlassung stellt eine besondere Form des sog. drittbezogenen Personaleinsatzes dar.¹ Darunter versteht sich der Einsatz von Arbeitskräften im Betrieb eines Dritten, welcher nicht ihr Vertragspartner ist.² Der Rückgriff auf Fremdpersonal anstelle der Beschäftigung von eigenen Mitarbeitern ist inzwischen ein etabliertes Instrument, um einen vorübergehenden Arbeitskräftebedarf abzudecken.³ Die Vorteile dieser Beschäftigungsform liegen auf der Hand: Einerseits können mithilfe von Fremdpersonal Personalkosten gesenkt werden,⁴ weil der Dritte keine Sozialversicherungsbeiträge zu tragen hat und gegebenenfalls günstigere Tarifverträge Anwendung finden.⁵ Andererseits wird den Unternehmen ein größtmögliches Maß an Flexibilität im Umgang mit Auftragsspitzen oder personellen Engpässen gewährt;⁶ nicht zuletzt weil durch den Einsatz von Fremdfirmenarbeitern dauerhafte arbeitsrechtliche Bindungen vermieden werden⁷ und somit etwaige Ansprüche oder Rechte (bspw. Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch etc.) gar nicht erst entstehen.⁸ Von der Arbeitnehmerüberlassung im Speziellen muss jedoch nicht nur der Dritte profitieren. Im Falle der Arbeitslosigkeit eröffnet sich dem überlassenen Arbeitnehmer die Möglichkeit des (Wieder-)Einstiegs in eine dauerhafte Beschäftigung im Anschluss an die Überlassungszeit (sog. Klebeeffekt⁹).¹⁰ Zudem

1 Hurst/Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, Einleitung Rn. 1; Ulber, in: Ulber, AÜG, Einleitung Rn. 1.

2 Hurst/Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, Einleitung Rn. 1; Ulber, in: Ulber, AÜG, Einleitung Rn. 1.

3 Ulber, in: Ulber, AÜG, Einleitung Rn. 1; Lembke, NZA 2013, 1312; Maschmann, NZA 2013, 1305.

4 BT-Drucks. VI/2303, S. 9; Lahrman, Der Fremdpersonaleinsatz, S. 4 f.; Lembke, NZA 2013, 1312; Vielhaber, ArbuSozPol 1971, 139; zum Inhouse-Outsourcing im Speziellen Schüren, BB 2014, 2613 (2615).

5 Thüsing, in: Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 10 f.; Lembke, NZA 2013, 1312.

6 BT-Drucks. 14/4220, S. 15; Thüsing, in: Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 8 f.

7 Lembke, NZA 2013, 1312 (1312 f.); Maschmann, NZA 2013, 1305.

8 BT-Drucks. VI/2303, S. 9.

9 Thüsing, in: Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 12.

10 BT-Drucks. 14/4220, S. 15.

bietet die Arbeitnehmerüberlassung eine Beschäftigungsmöglichkeit für Personen, die aus verschiedensten Gründen nur vorübergehend tätig sein können oder wollen.¹¹ Ihnen werden arbeitsrechtliche Sicherungen wie Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung oder Urlaubsanspruch zuteil, die im Rahmen einer anderweitigen kurzfristigen Beschäftigung nicht immer entstehen.¹²

Gleichwohl sind die negativen Aspekte, die mit der Arbeitnehmerüberlassung einhergehen, aus Sicht des Arbeitnehmers offensichtlich. Ihm wird zum einen aufgrund des häufigen Wechsels des Einsatzortes ein besonderes Maß an Flexibilität und Anpassungsfähigkeit abverlangt.¹³ Zum anderen bieten sich ihm angesichts der kurzen Verweildauer bei einem Entleiher kaum Aufstiegschancen¹⁴ und auch die Arbeitsbedingungen unterscheiden sich u.U. erheblich von denjenigen der Stammbeslegschaft.¹⁵ Bei einem notwendig werdenden Personalabbau werden erfahrungsgemäß als erstes die in Zeitarbeit Beschäftigten reduziert. Der deutsche Gesetzgeber trägt diesem besonderen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer seit vielen Jahrzehnten mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) Rechnung.¹⁶ Dieses enthält neben gewerberechtlichen Vorschriften vor allem straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Sanktionen (§§ 15, 15a, 16 AÜG) sowie arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen für den Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung.¹⁷ Aber nicht nur der deutsche, sondern auch der europäische Gesetzgeber hat das Flexibilisierungsinteresse der Unternehmen einerseits und das damit verbundene Schutzbedürfnis der Leiharbeiter andererseits erkannt und nimmt mithilfe der Leiharbeitsrichtlinie¹⁸ (LA-RL) unter dem Schlagwort „Flexicurity“¹⁹ Einfluss auf die nationale Rechtsentwicklung.²⁰

11 BT-Drucks. VI/2303, S. 9.

12 *Vielhaber*, *ArbuSozPol* 1971, 139.

13 BT-Drucks. 14/4220, S. 15.

14 *Thüsing*, in: *Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 6.

15 BT-Drucks. 18/9232, S. 1; BT-Drucks. 14/4220, S. 15.

16 Vgl. BT-Drucks. VI/2303, S. 9 f.: „(...) *um bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaates entsprechen und die Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer ausschließen*“.

17 *Boemke*, in: *Boemke/Lembke*, AÜG, Einleitung Rn. 1.

18 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. 2008 L 327/9.

19 Art. 2 Abs. 1 LA-RL.

20 Vgl. *Lembke/Ludwig*, NJW 2014, 1329 (1334).

A. Untersuchungsgegenstand

Die mit Abstand gravierendsten arbeitsrechtlichen Regelungen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht enthalten die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1-1b, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG. Durch sie wird ein Arbeitgeberwechsel bewirkt, wenn ein Leiharbeiter von seinem Arbeitgeber einem Dritten unerlaubt überlassen wird. § 9 Abs. 1 Nr. 1-1b AÜG erklären dafür den Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter für unwirksam und § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ordnet daran anknüpfend das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher an.

Diese, ursprünglich nur für die illegale Arbeitnehmerüberlassung vorgesehenen, Rechtsfolgen sollten der Leiharbeiter und der Entleiher nach Auffassung des Gesetzgebers nur dadurch vermeiden können, dass sie sich vor der Überlassung vergewissern, ob der Verleiher im Besitz einer Überlassungserlaubnis ist.²¹ Eine andere Möglichkeit gab es nicht. Der Arbeitgeberwechsel sollte demnach ohne Rücksicht auf den Willen des Arbeitnehmers erfolgen. Den damit verbundenen Konflikt mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit des Arbeitnehmers versucht der Gesetzgeber mit der im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze²² erfolgten Novellierung zu lösen. Seit dem 01.04.2017 hat der Leiharbeiter die Möglichkeit, den Arbeitgeberwechsel durch Abgabe einer Festhaltenserklärung abzuwenden. Mit dem Festhaltensrecht wurden auch die zwei weiteren Tatbestände eingeführt, die neben der illegalen Arbeitnehmerüberlassung zum Austausch des Arbeitgebers führen – die verdeckte und die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung.

Im Folgenden wird untersucht, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, den erwähnten Konflikt mithilfe des Festhaltensrechts zu lösen. In diesem Zusammenhang soll einerseits der Frage nachgegangen werden, ob es zur Konfliktlösung eines Festhaltensrechts überhaupt bedarf, und andererseits ob das Festhaltensrecht in seiner konkreten Ausgestaltung ein taugliches Instrument zur Konfliktlösung darstellt. Dafür wird eine umfassende Bewertung des Festhaltensrechts hinsichtlich seines Entstehens, seiner Ausübung sowie seiner Auswirkungen erfolgen. Zum Zwecke des Vergleichs wird dabei punktuell das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 6 BGB bemüht. Eine gewisse Verwandt-

21 BT-Drucks. VI/2303, S. 14.

22 Vom 21.02.2017, BGBl. I S. 258.

schaft des Festhaltens- und des Widerspruchsrechts lässt sich in Ansehung ihrer Wirkung schließlich nicht von der Hand weisen.

Weil das Festhaltensrecht sowohl inhaltlich als auch regelungssystematisch in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Arbeitgeberwechsel steht, bildet dieser einen gewichtigen Themenkomplex der Untersuchung. Sie beschränkt sich jedoch auf den Arbeitgeberwechsel infolge illegaler und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (§§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG), weil die verschiedenen Erscheinungsformen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung jeweils für sich genommen bereits einen erheblichen Klärungsbedarf aufweisen.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit einer Vergegenwärtigung der Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung. Dies ist erforderlich, um eine Einordnung des zum Arbeitgeberwechsel führenden Regulationsmechanismus, der eine Neuordnung der Vertragsbeziehungen bewirkt, zu ermöglichen. Eine kurze Abhandlung zur Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte soll zudem eine Grundlage für das Verständnis der in Rede stehenden Normen schaffen.

Daran anschließend folgt die Untersuchung des Arbeitgeberwechsels im zweiten Kapitel. Entscheidend geprägt wird dieser durch die Anordnung der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf dem neuen Tatbestand der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG). Um diesen und die damit korrespondierenden Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten in § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG ranken sich eine Fülle an Fragen, deren Beantwortung im Hinblick auf das Entstehen des Festhaltensrechts unbedingt erforderlich ist. Den Arbeitgeberwechsel komplettiert § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG. Deshalb schließt sich der Erörterung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen von § 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a AÜG eine Auseinandersetzung mit dem fingierten Arbeitsverhältnis an. Diese erschöpft sich in Ansehung seiner geringen Bedeutung für das Festhaltensrecht – dieses zielt bloß auf dessen Negation ab – in einer weitestgehend überblicksartigen Darstellung. Einzig die Möglichkeit der Beendigung des fingierten Arbeitsverhältnisses mithilfe eines außerordentlichen Kündigungsrechts des Leiharbeitnehmers wird in den Fokus gerückt. Dieses erlangt an späterer Stelle hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung des Regelungsgeflechts noch an Bedeutung. Im Weiteren soll der Leis-

tungsaustausch zwischen den Beteiligten in den Blick genommen werden, wenn diese die Überlassung nach Eintritt des Arbeitgeberwechsels unverändert fortführen. Damit wird die Grundlage für die spätere Beurteilung der Leistungsbeziehungen nach Ausübung des Festhaltensrechts für die Zeit bis zu dessen Ausübung geschaffen.

Obwohl die Festhaltungserklärung in den Tatbestand der § 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a AÜG integriert und dort als negatives Tatbestandsmerkmal zu klassifizieren ist, erfolgt ihre umfassende Untersuchung erst im dritten Kapitel nach der Darstellung des Arbeitgeberwechsels im Ganzen. Als Grund dafür ist anzuführen, dass eine der Systematik der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG entsprechende Darstellung nicht in demselben Maße eine zusammenhängende und umfassende Begutachtung des Festhaltensrechts und seiner Auswirkungen ermöglichte. Im Mittelpunkt der Untersuchung des Festhaltensrechts steht dessen formelle Ausgestaltung, welche eine Vielzahl an theoretischen wie auch praktischen Fragen aufwirft und der für die abschließende Bewertung des Festhaltensrechts eine ganz ausschlaggebende Bedeutung zukommt. In materieller Hinsicht bildet eine Analyse der Anforderungen, die an eine rechtswirksame Gestaltung der Festhaltungserklärung mithilfe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu stellen sind, den Schwerpunkt. Schließlich werden die Rechtsfolgen der Festhaltungserklärung im Detail bestimmt.

Auf Grundlage der gesammelten Erkenntnisse erfolgt im vierten Kapitel sodann eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG. Dabei wird untersucht, welche Funktion dem Festhaltensrecht auf verfassungsrechtlicher Ebene zukommt, ob es dieser gerecht wird und welche Auswirkungen damit verbunden sind.

§ 2 Grundlagen

Das Eingreifen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 1a und § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG führt zu einer Neuordnung der Rechtsbeziehungen bei Vorliegen von unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung. Um den Regelungsmechanismus vollständig zu erfassen, bedarf es insofern zunächst einer Veranschaulichung der Rechtsbeziehungen im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung.

A. Das Dreiecksverhältnis

Infolge des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.02.2017²³ findet sich nunmehr eine Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG betreiben Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeit überlassen, Arbeitnehmerüberlassung. Um die Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes abzugrenzen,²⁴ bestimmt § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, dass Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen werden, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

Ob dieser Definition im Hinblick auf die Identifizierung von Arbeitnehmerüberlassung ein Mehrwert zuzuschreiben ist, sei an dieser Stelle dahingestellt.²⁵ Ihr lässt sich jedoch entnehmen, dass es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung im Kern um einen Vertragskomplex zwischen drei Rechtssubjekten handelt²⁶. Vertragliche Rechtsbeziehungen bestehen dabei lediglich zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer sowie dem Verleiher und dem Entleiher.²⁷

I. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer

Der Definition des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG zufolge, nach welcher der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer überlässt, muss zwischen den genannten Beteiligten ein Arbeitsvertrag vorliegen. Das stellt neuerdings auch § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG klar, nach welchem eine Arbeitnehmerüberlassung nur zulässig ist, soweit zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher ein Arbeitsverhältnis besteht. Aufgrund der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nunmehr eine normative Voraussetzung für die erlaubte Arbeitnehmerüberlassung darstellt, hat der Gesetzgeber zugleich den sogenannten Kettenverleih ausdrücklich für unzulässig

23 BGBl. I S. 258.

24 BT-Drucks. 18/9232, S. 19.

25 S. dazu Kap. 2 § 2 B. I. 1. a).

26 Becker/Wulfgramm, AÜG, Einleitung Rn. 10.

27 Becker/Wulfgramm, AÜG, Einleitung Rn. 10.

erklärt.²⁸ Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist am Maßstab der Definition des § 611a BGB zu messen, welche ebenfalls im Zuge der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes mit Wirkung zum 01.04.2017²⁹ Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat. Damit wurde weitestgehend die jahrelange Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff kodifiziert.³⁰ Die Besonderheit bei der Arbeitnehmerüberlassung liegt aber zusätzlich darin, dass es zu einer partiellen Aufspaltung der Arbeitgeberstellung zwischen Verleiher und Entleiher kommt.³¹ Der Arbeitnehmer wird verpflichtet, seine Arbeitsleistung in dem Betrieb eines Dritten unter dessen Weisungen zu erbringen.³² In Abweichung zu § 613 S. 2 BGB ist der Verleiher somit zur Übertragung des Anspruchs auf die Dienste berechtigt,³³ allerdings bedarf es dafür der Einwilligung des Arbeitnehmers.³⁴

Der überwiegenden Auffassung in der Literatur zufolge handelt es sich bei dem Leiharbeitsvertrag in Ansehung des Drittbezugs um einen echten Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 1 BGB.³⁵ Auf dieser Basis stehe dem Entleiher ein eigenes Forderungsrecht gegen den Leiharbeitnehmer sowie das Direktionsrecht zu.³⁶ Entscheidend dagegen spricht jedoch, dass mit Abschluss des Leiharbeitsvertrages der Entleiher und somit der Dritte regelmäßig noch nicht feststeht und öfter ausgetauscht werden kann.³⁷ Erst mit Abschluss des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages erhält der Entleiher einen Anspruch auf die Arbeitsleistung.³⁸ Insbesondere § 332 BGB streitet dafür, dass der Versprechensempfänger bereits bei Vertragsschluss identifizierbar sein muss.³⁹ Insofern erscheint die Auffassung, nach wel-

28 BT-Drs. 18/9232, S. 19, wonach die bisherige Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit übernommen wurde.

29 BGBl. I S. 258.

30 Henssler, RdA 2017, 83 (84).

31 Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 19; Thüsing, in: Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 33; Ulrici, AÜG, § 1 Rn. 31.

32 Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 176 ff.

33 Boemke, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 5; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 176 ff.; Ulrici, AÜG, § 1 Rn. 34.

34 Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 178.

35 Gottwald, in: MüKo, BGB, § 328 Rn. 43; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 179; Wank, in: ErfK, Einleitung AÜG Rn. 37; Elking, Der „Nichtvertragliche Arbeitgeber“, S. 104 ff.; Hamann, NZA 2003, 526 (529); ausführlich Walker, AcP 195, 295 (308 ff.).

36 Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 180.

37 Ulber, in: Ulber, AÜG, § 1 Rn. 21.

38 Becker/Wulfgramm, AÜG, Einleitung Rn. 13.

39 Ulber, in: Ulber, AÜG, § 1 Rn. 20; a.A. Wank, in: ErfK, Einleitung AÜG Rn. 37; Walker, AcP 195, 295 (310f.).

cher der Leiharbeitsvertrag als unechter Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren ist, vorzugswürdig.⁴⁰ Somit ist der Entleiher kraft Ermächtigung oder Abtretung berechtigt, den Anspruch auf die Arbeitsleistung gegenüber dem Leiharbeitnehmer geltend zu machen.⁴¹ Praktische Auswirkungen dürfte die rechtliche Qualifizierung indes nicht haben.⁴²

Bei dem Leiharbeitsverhältnis handelt es sich nichtsdestotrotz um ein gewöhnliches Arbeitsverhältnis,⁴³ sodass sämtliche arbeitsrechtliche Vorschriften Anwendung finden. Betreffend die Hauptleistungspflicht ist der Arbeitgeber zur Zahlung der Arbeitsvergütung verpflichtet. Das gilt auch für verleihefreie Zeiten. Insoweit trägt der Verleiher das unternehmerische Risiko.⁴⁴ Darüber hinaus treffen den Arbeitgeber die üblichen Arbeitgeberpflichten wie Lohnfortzahlung, Urlaubsgewährung, Abführung der Sozialversicherungsbeiträge etc.⁴⁵ Ergänzend zu den allgemeinen Vorschriften finden sich in § 11 AÜG weitere zwingende Schutznormen zugunsten des Leiharbeitnehmers.⁴⁶ Diese regeln jedoch vorwiegend Dokumentations- bzw. Nachweis- und Unterrichtungspflichten des Verleihers. Der Arbeitnehmer ist demgegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet. Dabei erbringt er die Arbeitsleistung jedoch im Betrieb des Entleihers und erfüllt somit seine vertragliche Pflicht gegenüber dem Verleiher gemäß § 362 Abs. 2 BGB.⁴⁷

II. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher

Die Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher werden maßgeblich durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bestimmt. Dabei handelt es sich nach herrschender Auffassung um einen Dienstverschaffungsvertrag und somit um einen Vertrag *sui generis* i.S.v. §§ 311 Abs. 1, 241

40 Becker/Wulffgramm, AÜG, Einleitung Rn. 13; Thüsing, in: Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 35; Ulber, in: Ulber, AÜG, § 1 Rn. 20; Ulrici, AÜG, § 1 Rn. 34.

41 Thüsing, in: Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 35.

42 Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 40.

43 Ulrici, AÜG, § 1 Rn. 33.

44 Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 43.

45 Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 21; Ulrici, AÜG, § 1 Rn. 33.

46 Ulber, in: Ulber, AÜG, § 11 Rn. 1.

47 Ulber, in: Ulber, AÜG, § 1 Rn. 20.

Abs. 1 BGB.⁴⁸ Die inhaltliche Ausgestaltung des Überlassungsvertrages obliegt grundsätzlich den Vertragsparteien; lediglich § 12 Abs. 1 S. 3 und 4 AÜG stellen gewisse Mindestanforderungen.⁴⁹ Gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zudem als solcher zu bezeichnen und bedarf nach § 12 Abs. 1 S. 1 AÜG der Schriftform. Der Verstoß gegen das Schriftformerfordernis führt zur Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages, § 125 S. 1 BGB. In diesem Fall sind die erbrachten Leistungen nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften herauszugeben.⁵⁰

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag verpflichtet den Verleiher dem Entleiher, Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu überlassen. Insofern besteht der Leistungsinhalt darin, dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, damit dieser sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzen kann (Personalgestellungsvertrag). Die Arbeitskräfte müssen dafür in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sein und ihre Arbeiten nach dessen Weisungen ausführen.⁵¹ Demzufolge bedarf es der Ermächtigung zur Ausübung des Weisungsrechts bzw. der Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung seitens des Verleihers.⁵² Sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wird, schuldet der Verleiher darüber hinaus lediglich die Bereitstellung von geeignetem und leistungsbereitem Personal, sodass es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung um eine Gattungsschuld entsprechend § 243 Abs. 1 BGB handelt.⁵³ Daran ändert auch der mit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes⁵⁴ neu eingefügte § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG nichts, nach dem der Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung zu konkretisieren und gemäß § 11 Abs. 2 S. 4 AÜG über sein Tätigwerden als Leiharbeitnehmer zu informie-

48 *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 75; *Ulber*, in: Ulber, AÜG, § 1 Rn. 156; *Wank*, in: ErfK, § 1 AÜG Rn. 35.

49 *Lembke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 12 Rn. 15; *Thüsing*, in: Thüsing, AÜG, § 12 Rn. 17.

50 So jedenfalls nach herrschender Auffassung: BGH, Urteil v. 17.01.1984 – VI ZR 187/82, NJW 1984, 1456; Urteil v. 17.02.2000 – III ZR 78/99, NZA 2000, 608 (609); *Germakowski/Hurst*, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 12 Rn. 9; *Lembke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 12 Rn. 12; *Ulrici*, AÜG, § 12 Rn. 14.

51 BAG, Urteil v. 08.11.1978 – 5 AZR 261/77, NJW 1979, 2636 (2637); BAG, Urteil v. 22.06.1994 – 7 AZR 286/93, NZA 1995, 462 (464); BAG, Urteil v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 (458); so nunmehr auch in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG festgehalten.

52 *Schüren*, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 312; *Ulrici*, AÜG, Schwerpunktbeitrag C: Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis Rn. 7.

53 BAG, Urteil v. 20.06.2013 – 2 AZR 271/12, NZA 2013, 837 (839).

54 BGBl. I S. 258.

ren ist.⁵⁵ Insbesondere tritt auch keine Konkretisierung entsprechend § 243 Abs. 2 BGB ein, wenn der Verleiher dem Entleiher einen geeigneten Leiharbeiter überlässt⁵⁶ oder diesen gemäß § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG namentlich bezeichnet⁵⁷. Vielmehr ist der Verleiher befugt, den überlassenen Arbeitnehmer auszutauschen.⁵⁸

Schließlich ist er verpflichtet, dem Entleiher für die gesamte Überlassungsdauer einen geeigneten Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.⁵⁹ Da der Verleiher nicht die Erbringung der Dienste selbst schuldet und der Leiharbeiter somit – anders als bei dem Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werkvertrages – weder Erfüllungsgehilfe des Verleihers i.S.d. § 278 BGB noch dessen Verrichtungsgehilfe i.S.d. § 831 Abs. 1 BGB ist, haftet dieser zudem nicht für die Schlechtleistung oder sonstiges Fehlverhalten des Arbeitnehmers.⁶⁰ Eine Haftung des Verleihers kommt allenfalls dann in Betracht, wenn ihm ein Auswahlverschulden betreffend den Leiharbeiter anzulasten ist.⁶¹

Der Entleiher ist demgegenüber zur Zahlung einer Überlassungsvergütung verpflichtet. Zwar hängt die Zahlung der Überlassungsvergütung nicht von der Entgegennahme der Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers ab.⁶² Allerdings gehört die tatsächliche Beschäftigung gleichwohl zu den Hauptpflichten des Entleihers,⁶³ weil der Verleiher andernfalls wiederum seiner Beschäftigungspflicht aus dem Leiharbeitsvertrag nur schwerlich

55 Kock, in: BeckOK ArbR, § 1 AÜG Rn. 49.

56 Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 78; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 325; Boemke, BB 2006, 997 (999).

57 Lembke, NZA 2017, 1 (8); s. Kap. 2 § 2 B. I. 2. c) bb) (2).

58 Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 7; Ulrici, AÜG, Schwerpunktbeitrag C: Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis Rn. 11.

59 Wank, in: ErfK, § 12 AÜG Rn. 6; Boemke, BB 2006, 997 (998 f.).

60 BGH, Urteil v. 09.03.1971 – VI ZR 138/69, NJW 1971, 1129; Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 87; Thüsing, in: Thüsing, AÜG, § 12 Rn. 32; Ulber, in: Ulber, AÜG, § 12 Rn. 34.

61 BGH, Urteil v. 09.03.1971 – VI ZR 138/69, NJW 1971, 1129; Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 12 Rn. 17.

62 Thüsing, in: Thüsing, AÜG, § 12 Rn. 36.

63 Becker/Wulfgramm, AÜG, Art. 1 § 12 Rn. 27; Lembke, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 12 Rn. 46; Motz, in: BeckOK ArbR, § 12 AÜG Rn. 40; Thüsing, in: Thüsing, AÜG, § 12 Rn. 36; Ulber, in: Ulber, AÜG, § 12 Rn. 35, 40; a.A.: Bissels, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 84; Schüren, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 359; AÜG, § 1 Rn. 84; Wank, in: ErfK, § 12 AÜG Rn. 9.

nachkommen kann.⁶⁴ Nimmt der Entleiher die ihm angebotene Arbeitsleistung eines geeigneten und leistungswilligen Leiharbeitnehmers nicht an, gerät er in Annahmeverzug und bleibt zur Fortzahlung der Überlassungsvergütung verpflichtet (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB).⁶⁵

III. Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer

Charakteristisch für die Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ist, dass arbeitsvertragliche Beziehungen zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher gerade nicht vorliegen.⁶⁶ Gleichwohl bestehen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, die auf dem Umstand fußen, dass der Leiharbeitnehmer aufgrund des Leiharbeitsvertrages seine Arbeitsleistung im Betrieb des Entleihers unter dessen Weisungen erbringt. Nach hier vertretener Auffassung⁶⁷ gehen damit zwar keine primären Leistungspflichten einher, allerdings bedingt die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers auch erhöhte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils.⁶⁸ Insofern bestehen jedenfalls gegenseitige Interessenwahrungspflichten.⁶⁹ Solche statuiert auch das AÜG selbst, indem es etwa den Entleiher neben der Einhaltung von öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften (§ 11 Abs. 6 AÜG) zur Information über freie Arbeitsplätze (§ 13a AÜG) und Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu Gemeinschaftseinrichtungen (§ 13b AÜG) verpflichtet.

Ob dieser „*vertragsähnlichen*“⁷⁰ Rechtsbeziehung darüber hinaus die Qualität eines Arbeitsverhältnisses zukommt, wird unterschiedlich beantwortet.⁷¹ Die rechtliche Einordnung ist insbesondere dann relevant, wenn

64 *Lembke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 12 Rn. 46.; *Ulber*, in: Ulber, AÜG, § 12 Rn. 40.

65 Ausführlich dazu *Boemke*, BB 2006, 997 (1000 f.).

66 BAG – Urteil v. 03.12.1997 – 7 AZR 764/96, NZA 1998, 876; BAG, Urteil v. 06.08.2003 – 7 AZR 180/03, NJOZ 2004, 3635 (3637); *Bissels*, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, § 1 Rn. 89.

67 Kap. 1 § 2 A. I.

68 Vgl. *Boemke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 152; *Schüren*, in: Schüren/Hamann, AÜG, Einleitung Rn. 128.

69 *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 94; *Kock*, in: BeckOK ArbR, § 1 AÜG Rn. 50; *Waas*, in: Thüsing, AÜG, § 1 Rn. 54.

70 So *Kock*, in: BeckOK ArbR, § 1 AÜG Rn. 50.

71 Ausführlich zum Meinungsspektrum *Elking*, Der „Nichtvertragliche Arbeitgeber“, S. 113 ff.