



Sachstand

Einzelfragen zur Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Einzelfragen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 – 101/16
Abschluss der Arbeit: 25. August 2016
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

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

Inhaltsverzeichnis

1.	Widerspruch gegen die Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher	4
1.1.	Bisherige Regelungen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung	4
1.2.	Neuregelung nach dem Entwurf zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	5
2.	Scheinwerkvertrag	5
3.	Fehlende Beschäftigungsmöglichkeit beim Verleiher	7

1. Widerspruch gegen die gesetzliche Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher

1.1. Bisherige Regelungen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung ist in Deutschland nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) erlaubnispflichtig. Hat der Verleiher keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ist die Überlassung rechtswidrig. Illegale Arbeitnehmerüberlassung hat nach § 9 Nr. 1 AÜG zur Folge, dass sowohl der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher als auch das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam werden und gemäß § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher fingiert wird.

Von Teilen des Schrifttums und der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass dem Leiharbeitnehmer gegen die Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher entsprechend der Rechtsprechung zu § 613a Absatz 6 BGB ein Widerspruchsrecht zusteht.¹ Anders sieht dies das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 18. Februar 2003. Demnach kann der Arbeitnehmer den Eintritt der Fiktion nach geltender Rechtslage nicht durch Widerspruch verhindern. Die Fiktion des Arbeitsverhältnisses sei vielmehr zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht, das nicht abbedungen werden kann.²

Unabhängig von diesem Widerspruchsrecht wird teilweise vertreten, dass der Leiharbeitnehmer die Möglichkeit habe, den mit dem fingierten Arbeitsverhältnis verbundenen Wechsel des Arbeitgebers durch Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu vermeiden.³

Der Kommentarliteratur zufolge ist es mit der Würde des Menschen aus Art. 1 Absatz 1 Grundgesetz (GG), dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 1 Absatz 1 GG und dem Recht auf freie Arbeitsplatzwahl aus Art. 12 Absatz 1 GG nicht vereinbar, den Arbeitnehmer auch nur vorübergehend zur Erbringung der Arbeitsleistung bei einem nicht frei gewählten Arbeitgeber zu verpflichten. Anders als bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB erklärt sich der Leiharbeitnehmer allerdings damit einverstanden, zumindest vorübergehend beim Entleiher beschäftigt zu werden. Es ist ihm daher im Falle illegaler Arbeitnehmerüberlassung auch zumutbar, bei einem unbefristet fingierten Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher die Fristen einer ordentlichen Kündigung einzuhalten.⁴

1 Reiserer/Christ, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht (3. Auflage 2012), § 66 Rn. 119; Arbeitsgericht Köln 3. Juli 1996, BeckRS 1996, 30883483; LAG Köln 11. Dezember 1996 NZA-RR 1997, 244 (245).

2 BAG vom 18. Februar 2003 – EzA § 10 AÜG Nr. 11; Schüren, in: Schüren Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (4. Auflage 2010), § 10 Rn. 41; Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (16. Auflage 2016), AÜG § 10 Rn. 5.

3 Reiserer/Christ, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht (3. Auflage 2012), § 66 Rn. 119; Sandmann/Marschall, in: AÜG Kommentar nicht Handbuch Zeitarbeit (71. Aktualisierung 2015), Art. 1 § 10 Anm. 19; Ulber, in: AÜG Kommentar für die Praxis (4. Auflage 2012), § 10 Rn. 44.

4 Schüren, in: Schüren Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (4. Auflage 2010), § 10 Rn. 112; Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (16. Auflage 2016), AÜG § 10 Rn. 19.

1.2. Neuregelung nach dem Entwurf zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Der aktuelle Gesetzentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG-E)⁵ sieht in § 9 Absatz 1 Nr. 1 AÜG-E ausdrücklich ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers vor. Erklärt der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen dem Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält, wird dieser Arbeitsvertrag nicht unwirksam. Ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher wird nicht fingiert. Dieses Widerspruchsrecht soll der Gesetzesbegründung zufolge die Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers nach Art. 12 Absatz 1 GG schützen.⁶

Würde der Arbeitnehmer im Fall einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung nach der novellierten Fassung des § 9 AÜG von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch machen, bliebe weiterhin der Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Verleiher gültig. Im Fall der **Synchronität**, wenn also der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher und der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer auf den gleichen Zeitraum befristet sind, würde bei einem Widerspruch des Leiharbeitnehmers der befristete Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Verleiher weiterbestehen. Die Befristung würde weder durch die Illegalität der Überlassung noch durch den Widerspruch des Arbeitnehmers beeinflusst. Nach § 15 Absatz 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) endet ein befristeter Arbeitsvertrag mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit. So lange bliebe der Arbeitnehmer zu den **Bedingungen**, zu denen der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, beim Verleiher beschäftigt. Nach dem Ablauf bestünde daher auch im Fall eines Widerspruchs nach § 9 Absatz 1 Nr.1a AÜG-E kein Arbeitsvertrag mehr zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer.

2. Scheinwerkvertrag

Schwierig ist in der Rechtspraxis oft die Abgrenzung zwischen einem Werkvertrags- und einem Leiharbeitsverhältnis. Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist nur anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

Bei einem Leiharbeitsverhältnis überlässt der Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, seinen Arbeitnehmer und überträgt ihm das Weisungsrecht. Damit nimmt der Entleiher aus Sicht des Arbeitnehmers insoweit die Arbeitgeberrolle an.

Bei einem Einsatz von fremdem Personal auf werkvertraglicher Basis schließt der Besteller mit dem Werkunternehmer einen Werkvertrag nach § 631 Absatz 1 BGB. Der Werkunternehmer übernimmt dabei eine konkrete Aufgabe, deren Erfüllung er selbst organisieren muss. Das Weisungsrecht über die vom Werknehmer eingesetzten Arbeitnehmer wird in diesem Fall nicht übertra-

5 Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. BT-Drucksache 18/8766 vom 20. Juli 2016.

6 BT-Drucksache 18/8766 vom 10. Juni 2016, Seite 41.

gen, sondern verbleibt beim Werknehmer. Eine für die Arbeitnehmerüberlassung typisch Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb findet nicht statt. Sind dagegen die Arbeitnehmer nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung ganz in die Organisationsgewalt des Bestellers eingegliedert, liegt tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vor und man spricht von einem Scheinwerkvertrag.

Nach der allgemeinen Rechtsprechung im Zivilrecht ist die Vertragsart nicht nach der Bezeichnung, sondern nach den tatsächlichen Umständen zu bestimmen. Wurde offiziell ein Werkvertragsverhältnis vereinbart, liegt aber tatsächlich ein Leiharbeitsverhältnis vor, ist dieses illegal, wenn der Verleiher keine Erlaubnis nach § 1 Absatz 1 Satz 1 AÜG besitzt. In einem solchen Fall wäre der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr.1 AÜG unwirksam und gemäß § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG würde zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes fingiert.

Nach dem allgemeinen Schuldrecht würden die vom Leiharbeitnehmer an den Verleiher erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht abgewickelt werden. Im Arbeitsrecht wird der Arbeitsvertrag aufgrund von Rückabwicklungsschwierigkeiten allerdings für die Vergangenheit als wirksames Arbeitsverhältnis angesehen (sog. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis), kann jedoch für die Zukunft von beiden Parteien jederzeit beendet werden. Für die Vergangenheit bestehen zwei Arbeitsverhältnisse nebeneinander: das zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer und das fingierte zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher.⁷ Nach anderer Ansicht soll die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht und stattdessen Bereicherungsrecht angewandt werden, da die Regelung des § 10 AÜG abschließend sei.⁸

Kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher kommt nach jetziger Rechtslage bei einem Scheinwerkvertrag zustande, wenn der Verleiher über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 1 AÜG verfügt.⁹ Der vermeintliche Werkunternehmer kann eine Verleiherlaubnis auf Vorrat bereithalten und dann bei Bedarf vorlegen, sodass das Eingreifen der im AÜG vorgesehenen Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung verhindert werden kann.

Nach § 1 Absatz 1 Satz 5 AÜG-E müssen Verleiher und Entleiher eine Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag zwingend als solche bezeichnen. Legen sie die Arbeitnehmerüberlassung nicht offen, begehen sie eine Ordnungswidrigkeit.¹⁰ Dadurch soll der Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindert werden. Bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung werden der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser

7 Wank, in: Erfurter Kommentar (16. Auflage 2016), Einleitung Rn. 38; Schüren, in: Schüren Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (4. Auflage 2010), § 9 Rn. 28; BAG 26. Juli 1984 – 2 AZR 473/83, BeckRS 1984, 04407; Landessozialgericht Rheinland-Pfalz 28. Mai 2014 – L 4 R 148/13, FD-SozVR 2014, 360492.

8 BGH 18. Juli 2000 – X ZR 62/98 – NJW 2000, 3492 (3494).

9 Arbeitsgericht Stuttgart 8. April 2014 - 16 BV 121/13, BeckRS 2014, 68959.

10 BT-Drucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, Seite 3, 15.

gestellt als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wird wie bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher fingiert.

Im Fall eines Widerspruchs des Leiharbeitnehmers gegen die Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher gemäß § 9 Absatz 1 Nr. 1 AÜG-E besteht der Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Verleiher fort. Ist dieser Arbeitsvertrag **befristet**, gilt dasselbe wie im Fall der Synchronität (siehe oben unter 1.2). Die Befristung wird weder durch die Illegalität der Überlassung noch durch den Widerspruch des Arbeitnehmers beeinflusst und der Arbeitsvertrag endet gemäß § 15 Absatz 1 TzBfG mit dem Ablauf der Befristung.

3. Fehlende Beschäftigungsmöglichkeit beim Verleiher

Stellt der Verleiher Arbeitnehmer ein, um sie im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen an Dritte zu verleihen, hat er in der Regel selbst keinen Bedarf an Arbeitskräften. Ist eine Arbeitnehmerüberlassung wegen des Fehlens einer entsprechenden Erlaubnis oder weil Scheinwerkverträge abgeschlossen werden, nach dem AÜG illegal und macht der Leiharbeitnehmer von seinem Widerspruchsrecht aus § 9 Absatz 1 Nr.1 AÜG-E Gebrauch, bleibt der Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Verleiher unverändert bestehen.

Für den Leiharbeitnehmer besteht dann jedoch das Risiko, dass der Verleiher selbst keinen Bedarf an eigenen Arbeitskräften hat oder bei ihm kein geeigneter Arbeitsplatz vorhanden ist. Entsprechend der Situation bei einem Widerspruch gegen den Arbeitgeberwechsel bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB kann der Verleiher in diesem Fall eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen. Bei einer betriebsbedingten Kündigung wegen fehlender Beschäftigungsmöglichkeit im Fall des Betriebsübergangs muss, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) vorliegen, § 1 Absatz 2 KSchG beachtet werden. Danach ist die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt, wenn eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb oder Unternehmen des Veräußerers besteht.¹¹ Dies dürfte ebenso für den Verleiher in der hier dargestellten Konstellation gelten. Zur Schaffung neuer Beschäftigungsmöglichkeiten ist der Verleiher nicht verpflichtet, er muss aber alle Mittel ausschöpfen, die eine Weiterbeschäftigung ermöglichen könnten.¹²

Ende der Bearbeitung

11 Gussen, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (40. Edition 2016) § 613a BGB Rn. 172; Breinlinger, in: Nomos Kommentar, Gesamtes Arbeitsrecht (1. Auflage 2016), § 613a BGB Rn. 177; BAG 7. April 1993, NZA 1993, 795 (797); BAG 15. August 2002, NZA 2003, 430 (432); BAG vom 25. April 2002, NZA 2003, 605 (606).

12 Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB (6. Auflage 2012), § 613a Rn. 124; Plander, Die Personalgestellung zum Erwerber beim Betriebsübergang als Reaktion auf den Widerspruch von Arbeitnehmern, NZA 2002, 70 (72); BAG NZA 2008, 48 (51).