

Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verbot und Neugestaltung

Von

Dr. Dietmar Gick



Juristische Gesamtbibliothek
der Technischen Hochschule
Darmstadt

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

341701

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung

	17
§ 1 Realbefund	17
§ 2 Problemaufriß	21
A. Die Grundkonzeption des AÜG	21
B. Kritik	23
I. Schutz des Arbeitsmarkts?	24
II. Schutz der Leiharbeitnehmer?	26
III. Kontrolle des Arbeitnehmerüberlassungsgewerbes?	30
§ 3 Gang, Methode und Ziel der Untersuchung	31

2. Kapitel

Verfassungsrechtliche Gewährleistungsgrenzen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung

	34
§ 4 Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung?	34
A. Bindung des Gesetzgebers an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Arbeitnehmerüberlassung vom 4. 4. 1967? ..	34
I. Bindungswirkungen bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen	34
II. Grenzen der Bindungswirkungen	35
1. Inhaltliche Grenzen	35
2. Zeitliche Grenzen	36
III. Zwischenergebnis	38
B. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung und das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	39
I. Generelles Verbot der Arbeitnehmerüberlassung?	39
1. Freiheitsbereich und Einschränkung des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG	39
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze der Einschränkung	40

a) Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter als Zweck des Verbots	40
b) Zwecktauglichkeit des Verbots	42
c) Erforderlichkeit des Verbots?	44
3. Rechtfertigung des Verbots durch Art.12 Abs.1 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension?	46
4. Zwischenergebnis	47
II. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Bauwirtschaft (§ 12 a AFG)	47
1. Zwecktauglichkeit des Verbots	48
2. Erforderlichkeit des Verbots?	49
C. Bedeutung des Übereinkommens Nr.96 der Internationalen Arbeitsorganisation für die Verbotsfrage?	50
§ 5 Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitnehmerüberlassungsgewerbes	51
§ 6 Ergebnis	52

3. Kapitel

Gewährleistung eines funktionsfähigen Arbeitsmarkts

	53
§ 7 Schutz des staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopols	53
A. Gesetzliche Ausgangslage	53
B. Problemsicht im Schrifttum	54
I. Fehlende Abgrenzbarkeit der Arbeitnehmerüberlassung von der Arbeitsvermittlung?	54
II. Kritik an der Behandlung der Abgrenzungsproblematik im AÜG	55
1. Fixierung des arbeitsrechtlichen Schwerpunkts im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeiter	55
2. Kritik an der Vermutungsregelung des Art.1 §1 Abs.2, § 3 Abs.1 AÜG	57
C. Stellungnahme	59
I. Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung anhand der Rechtsbeziehungen zwischen Überlassendem, Arbeitnehmer und Drittem	59
1. Zuweisung der Arbeitgeberstellung an den Verleiher nach Art.1 §1 AÜG	59
a) Art.1 §1 Abs.1 AÜG	59
b) Art.1 §1 Abs.2, § 3 Abs.1 AÜG	60

aa)	Ausgestaltung des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG als widerlegbare Vermutung	60
bb)	Bezugnahme des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG auf die Erlaubnisversagungstatbestände des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 AÜG	63
(1)	Fehlende Zuverlässigkeit des Überlassenden (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG)	63
(2)	Mangelhafte Gestaltung der Betriebsorganisation (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG)	64
(3)	Unzulässige Befristung des Leiharbeitsvertrages (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG)	65
(4)	Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Überlassenden und erneute Einstellung innerhalb von drei Monaten (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 4 AÜG)	66
(5)	Unzulässige zeitliche Synchronisierung zwischen Arbeitsvertrag und erstmaliger Überlassung (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG)	67
2.	Erforderlichkeit des arbeitsrechtlichen Schwerpunkts im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer? ..	68
a)	Wortlaut des § 13 Abs. 1 AFG	69
b)	Sinn und Zweck des Arbeitsvermittlungsmonopols	70
3.	Begrenzte Eignung der Rechtsbeziehungen zur Klärung des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung	72
II.	Sicherung der Funktion der staatlichen Arbeitsvermittlung	73
1.	Erlaubnis- und Kontrollmonopol der Bundesanstalt für Arbeit für die Arbeitnehmerüberlassung?	73
2.	Gewährleistung des Ausnahmecharakters der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	74
a)	Beschränkung der Einsatzzwecke für Leiharbeitnehmer als Anknüpfungspunkt	74
b)	Inhaltliche Ausgestaltung der Zweckbegrenzungsklausel	75
c)	Rechtstechnische Durchführung	76
D.	Ergebnis	77
§ 8	Beseitigung weiterer negativer Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung auf den Arbeitsmarkt	79

4. Kapitel

Gewährleistung des arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzes der Leiharbeitnehmer

81

§ 9	Erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung	82
A.	Dogmatische Erfassung und inhaltliche Ausgestaltung der Dreiecksbeziehung zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer	82

I. Normative Ausgangslage	82
1. Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	82
2. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher	84
3. Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	85
4. Zwischenergebnis	88
II. Lösungsansätze	88
1. Rechtsgeschäftliche Lösungsansätze	90
a) Dreiseitiges Arbeitsverhältnis?	90
b) Vertragsbeitritt des Entleihers?	91
c) Partielle Vertragsübernahme?	92
d) Teilhabe des Entleihers am Anspruch auf die Arbeitsleistung und am Weisungsrecht	93
aa) Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter?	93
bb) Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung an den Entleiher	94
cc) Bloße Ausübungsbefugnis des Entleihers hinsichtlich des Anspruchs auf die Arbeitsleistung und des Weisungsrechts	95
(1) Bevollmächtigung des Entleihers?	95
(2) Ausübungsermächtigung	96
e) Vertragliche Begründung arbeitsrechtlicher Nebenpflichten im Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	97
aa) Nebenleistungspflichten	97
bb) Schutzpflichten	97
f) Zwischenergebnis	98
2. Gesetzlich begründete Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	99
a) Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis	99
b) Sonstige Nebenpflichten	102
III. Ergebnis	105
B. Individualarbeitsrechtliche Folgerungen	107
I. Schutz des Leiharbeitnehmers bei Leistungsstörungen	107
1. Sicherung des Lohnanspruchs des Leiharbeitnehmers	107
a) Zahlungsunfähigkeit des Verleihers	107
b) Lohnrisiko bei fehlender Einsatzmöglichkeit im Entleiherbetrieb	108
aa) Art.1 §11 Abs.4 S.2 AÜG i.V.m. §615 BGB	108
bb) Betriebsrisikolehre im Recht der Arbeitnehmerüberlassung	109

c)	Arbeitsverweigerungsrechte des Leiharbeitnehmers ...	113
aa)	Arbeitsverweigerung bei Pflichtverletzungen des Verleihers	113
bb)	Arbeitsverweigerung bei Pflichtverletzungen des Entleihers	115
2.	Verteilung der Schadensrisiken	115
a)	Haftungsfragen bei Arbeitsunfällen	115
b)	Die Grundsätze der Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses	117
aa)	Haftungsmodifizierungen im Verhältnis des Leiharbeitnehmers zum Verleiher und zum Entleiher	117
bb)	Haftungsfreistellung des Leiharbeitnehmers bei Schädigung Dritter	120
cc)	Ansprüche des Leiharbeitnehmers auf Ersatz arbeitsbedingter Sachschäden	121
II.	Schutz des Leiharbeitnehmers bei Kündigung und Suspendierung	122
1.	Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	122
a)	Ordentliche Kündigung	123
aa)	Kündigungsfristen	123
bb)	Gewährleistung des Kündigungsschutzes	123
(1)	Allgemeiner Kündigungsschutz	123
(2)	Besonderer Kündigungsschutz	124
cc)	Beteiligung des Betriebsrats	124
b)	Außerordentliche Kündigung	125
2.	Suspendierung des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher	125
C.	Kollektivarbeitsrechtliche Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung	127
I.	Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers	127
1.	Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Verleiherbetrieb (Art. 1 § 14 Abs. 1 AÜG)	127
2.	Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Entleiher	129
a)	Normative Ausgangslage	129
b)	Über die gesetzliche Regelung hinausgehende Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Entleiher	134
aa)	Allgemeine Aufgaben des Entleiherbetriebsrats und -personalrats	135
bb)	Soziale Angelegenheiten	135
cc)	Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung	138
dd)	Personelle Angelegenheiten	138
ee)	Wirtschaftliche Angelegenheiten	140
3.	Ergebnis	140

II. Tarifrrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers	141
1. Begrenzter tarifrrechtlicher Schutz im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	141
2. Tarifvertragliche Erfassung des Leiharbeitnehmers beim Entleiher	143
a) Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen	143
b) Inhaltsnormen	145
3. Umgehung der für den Entleiher geltenden Tarifverträge?	146
4. Ergebnis	148
III. Arbeitskampfrrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers	149
1. Arbeitskämpfe zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	149
2. Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers bei Arbeitskämpfen im Entleiherbetrieb (Art. 1 § 11 Abs. 5 AÜG)	149
3. Arbeitskämpfe zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	150
§ 10 Unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung	151
A. Konzeption der Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1, 2 AÜG	151
B. Rückabwicklung nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG fehlgeschlagener Leiharbeitsverhältnisse	153
I. Problemstellung	153
II. Lösungsansätze	154
1. Vollziehung des Leiharbeitsvertrages durch bloße Arbeitsbereitschaft des Leiharbeitnehmers	155
2. Vollziehung des Leiharbeitsvertrages durch Überlassung des Leiharbeitnehmers an Entleiher	157
C. Arbeitsrechtliche Nachteile für den Leiharbeitnehmer durch die Regelungen des Art. 1 § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1, 2 AÜG?	158
I. Kritik im Schrifttum	158
II. Stellungnahme	160
D. Vergleich der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten bei unerlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung und privater Arbeitsvermittlung	161

5. Kapitel

Kontrolle des Arbeitnehmerüberlassungs- gewerbes und Bekämpfung illegaler Arbeitnehmerüberlassung

163

§ 11 Bekämpfung der Umgehung des AÜG durch illegales Ausweichen in andere Formen des Personaleinsatzes in Drittbetrieben	164
--	-----

A. Verhältnis der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu Personaleinsätzen bei Dritten aufgrund von Werk-, Dienst- und Dienstverschaffungsverträgen	164
I. Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und dem Einsatz von Arbeitnehmern aufgrund von Werk- und Dienstverträgen	164
II. Arbeitnehmerüberlassungs- und Dienstverschaffungsvertrag	168
III. Zwischenergebnis	170
B. Möglichkeiten zur Bekämpfung illegaler getarnter Arbeitnehmerüberlassung	170
I. Lösungsansätze im Schrifttum	170
II. Stellungnahme	173
1. Umgehungskriterien nach geltendem Recht	173
2. Lösungsansätze de lege ferenda	174
a) Einbeziehung anderer Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes in den Anwendungsbereich des AÜG	174
b) Widerlegbare gesetzliche Vermutung gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung	175
aa) Anknüpfungspunkte	175
bb) Wirkungsbereich der Vermutung	177
cc) Problem der Rechtssicherheit	178
§ 12 Erweiterung der behördlichen Überwachungs- und Kontrollkompetenzen	179
§ 13 Verschärfung der straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen	181
Ergebnisse	184
Literaturverzeichnis	189