

Andrew Sauer

Die individualarbeitsrechtlichen Auswirkungen der AÜG-Reform 2017

**Die individualarbeitsrechtlichen Auswirkungen
der AÜG-Reform 2017**

**Inauguraldissertation zur Erlangung
des akademischen Grades des Doktors der Rechte der Universität
Mannheim**

**vorgelegt von
Rechtsanwalt Andrew Sauer, LL.B.**

Frankfurt am Main,
im März 2019

Dissertation an der Universität Mannheim

Tag der mündlichen Prüfung: 7. März 2019

Sprecher der Abteilung Rechtswissenschaft:	Herr Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz
Erstreferent:	Herr Prof. Dr. Philipp Fischinger
Zweitreferent:	Herr Prof. Dr. Ulrich Tödtmann

Berichte aus der Rechtswissenschaft

Andrew Sauer

**Die individualarbeitsrechtlichen Auswirkungen
der AÜG-Reform 2017**

D 180 (Diss. Universität Mannheim)

Shaker Verlag
Düren 2019

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.

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2019

Copyright Shaker Verlag 2019

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-6646-3

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Am Langen Graben 15a • 52353 Düren

Telefon: 02421 / 99 0 11 - 0 • Telefax: 02421 / 99 0 11 - 9

Internet: www.shaker.de • E-Mail: info@shaker.de

Worte des Dankes

**Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater,
Herrn Professor Dr. Philipp Fischinger, für seine fortwährende
Unterstützung und sein persönliches Engagement bei
der Anfertigung dieser Arbeit.**

**Bei Herrn Professor Dr. Ulrich Tödtmann möchte ich mich
für die konstruktiven Anmerkungen und die Übernahme
des Zweitgutachtens herzlich bedanken.**

**Meinen Eltern Jane Parsons-Sauer und Bernhard Sauer
sowie meiner Schwester Louisa Sauer gebührt
– unabhängig von dieser Arbeit –
mein außerordentlicher Dank.
Ihnen ist diese Doktorarbeit gewidmet.**

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Ziel und Inhalt dieser Arbeit	1
§ 2	Die Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung	4
I.	Bedeutung und Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung	4
1.	Empirische Grundlagen	4
2.	Rechtliche Grundlagen der Leiharbeit	7
3.	Politische und gesellschaftliche Bewertung der Leiharbeit	9
II.	Die Geschichte der Arbeitnehmerüberlassung	10
1.	Regelung der Arbeitnehmerüberlassung vor dem AÜG	10
2.	Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	12
3.	Die AÜG-Reform 2017	13
§ 3	Die Definition der Arbeitnehmerüberlassung	15
I.	Die bisherige Definition der Arbeitnehmerüberlassung	15
1.	Definition durch die Rechtsprechung	15
2.	Definitionen in der Literatur	16
3.	Zwischenfazit	18
II.	Die neue Legaldefinition des § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG	18
III.	Auffassungen in der Literatur zu möglichen Veränderungen des Begriffs der Arbeitnehmerüberlassung durch die Legaldefinition	19
1.	Eingliederung und Weisungsunterworfenheit	20
a)	Begriffliche Abweichung von der bisherigen Definition, aber gleichbleibende Auslegung möglich	20
b)	Begriffliche Abweichung von der bisherigen Definition, die zu einer Änderung der Rechtslage führen kann	21
c)	Änderung der Rechtslage durch die neue Legaldefinition	22
2.	Arbeitsorganisation	23
3.	Heranziehung weiterer Kriterien	23
IV.	Auslegung von § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG	24
1.	Eingliederung	25
a)	Wortlaut der Norm	25
b)	Wille des Gesetzgebers	26
c)	Teleologische Auslegung	28
aa)	Allgemeine Grundsätze der teleologischen Auslegung	28
bb)	Teleologische Auslegung der Legaldefinition	29

d)	Systematik des Gesetzes	31
e)	Zwischenergebnis	32
2.	Weisungsunterworfenheit	32
a)	Wortlaut der Norm	32
b)	Wille des Gesetzgebers	33
c)	Systematik des Gesetzes	33
d)	Ergebnis	34
3.	Arbeitsorganisation	34
a)	Vergleich der Begriffe Arbeitsorganisation und Betrieb	34
b)	Zwischenfazit	36
4.	Heranziehung weiterer Kriterien	37
a)	Wortlaut der Norm	37
b)	Wille des Gesetzgebers	37
c)	Systematik	38
d)	Zwischenfazit	40
5.	Zusammenfassung	40
V.	Betrachtung von Regelungsalternativen	41
1.	Gewähltes Vorgehen des Gesetzgebers	41
2.	Weitere Formen von Legaldefinitionen	41
3.	Definition des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages	43
4.	Zweistufige Definition der Arbeitnehmerüberlassung	45
a)	Erster Referentenentwurf der Reform	45
b)	Indizienkatalog	47
c)	Beurteilung des Referentenentwurfs	47
d)	Inhalte einer alternativen Legaldefinition unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGHs	48
5.	Entwurf einer Regelungsalternative	50
VI.	Fazit zur neuen Legaldefinition des § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG	52
§ 4	Das Verbot des Kettenverleihs	54
I.	Tatbestand des Kettenverleihs	54
II.	Bisherige Rechtslage	55
1.	Zulässigkeit des Kettenverleihs	55
a)	Befürworter der Zulässigkeit des Kettenverleihs	55
b)	Gegner der Zulässigkeit des Kettenverleihs	55

c)	Keine eindeutige Positionierung der Rechtsprechung	56
2.	Rechtsfolgen des Kettenverleihs	57
III.	Änderungen durch die AÜG-Reform	58
IV.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot des Kettenverleihs	59
1.	Ordnungsrechtliche Konsequenzen	59
a)	Adressaten des Ordnungswidrigkeitentatbestands.....	59
b)	Subjektive Vorwerfbarkeit.....	61
2.	Erlaubnisrechtliche Konsequenzen.....	62
a)	Möglichkeit von erlaubnisrechtlichen Konsequenzen.....	62
b)	Adressat der erlaubnisrechtlichen Konsequenzen.....	63
3.	Rechtsfolgen in den Vertragsverhältnissen	64
a)	Der Tatbestand des § 10a AÜG	64
aa)	Wer muss gegen die weiteren Vorschriften des AÜG verstoßen?	65
(1)	Auffassung der Literatur	65
(2)	Eigene Auffassung.....	66
bb)	Auseinanderfallen von Weiterverleih und Verstoß gegen die weiteren Vorschriften des AÜG	67
(1)	Verstoß gegen die Erlaubnispflicht oder die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht.....	67
(2)	Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer.....	67
(3)	Allgemeine Abgrenzungsregel für die Anwendbarkeit des § 10a AÜG.....	68
cc)	Beinhaltet § 10a AÜG einen Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis?.....	69
b)	Die Rechtsfolgen des § 10a AÜG	69
aa)	Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Vertragsarbeitgeber und Leiharbeitnehmer	69
(1)	Auffassung der Literatur	69
(2)	Ablehnung der Auffassungen von <i>Kock</i> und <i>Deinert</i>	71
(3)	Problematik der herrschenden Meinung	71
(4)	Abgrenzung zu einem Vertrag zu Lasten Dritter	73
(a)	Grundsätze des Vertrags zu Lasten Dritter	73
(b)	Vertrag zwischen Auftraggeber und Zwischenverleiher als Vertrag zu Lasten Dritter?.....	73
(5)	Teleologische Reduktion des § 10a AÜG.....	74
(6)	Zwischenfazit	76
bb)	Fiktion eines Arbeitsverhältnisses	76

(1) Auffassung der Literatur	76
(2) Eigene Auffassung	77
c) Rechtsfolgen in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassungsverträge	78
aa) Auffassung der Literatur	78
bb) Eigene Auffassung	79
cc) Zwischenfazit	80
V. Vorzugswürdige Regelungen des Kettenverleihs und seiner Rechtsfolgen	80
1. Das Verbot des Kettenverleihs	80
2. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot des Kettenverleihs	82
VI. Fazit zum Verbot des Kettenverleihs	83
§ 5 Die Überlassung von Selbständigen	85
I. Beschreibung der Ausgangssituation	85
II. Darstellung des Streitstandes	87
1. Auffassungen innerhalb der Rechtsprechung	87
2. Auffassungen innerhalb der Literatur	89
III. Veränderungen durch die AÜG-Reform	90
IV. Auffassungen nach der AÜG-Reform	91
1. Auffassungen der Literatur bezüglich § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG	91
2. Auffassungen der Literatur zum maßgeblichen Rechtsverhältnis für die Statusbeurteilung	93
3. Zwischenfazit	94
V. Eigener Lösungsansatz	95
1. Wortlaut des § 1 Abs. 1 AÜG	95
2. Wille des Gesetzgebers	96
3. Systematische Auslegung	96
a) Systematik des AÜG	97
b) Allgemeine, rechtliche Systematik	98
aa) Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet	98
bb) Systematik von konkludenten Vertragsänderungen	98
4. Zweistufige Prüfung als vorzugswürdiges Ergebnis	100
a) Primäre Betrachtung des Verhältnisses zwischen Fachkraft und Verleiher	100
b) Sekundäre Betrachtung des Verhältnisses zwischen Fachkraft und Entleiher	101
c) Folgen bei fehlender Vertretung des vermeintlichen Verleihers	102
d) Folgen einer wirksamen Vertretung des Verleihers	103

VI.	Fazit zur Überlassung von Selbständigen.....	103
§ 6	Die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht	104
I.	Die bisherige Rechtslage	104
II.	Änderungen durch die AÜG-Reform	105
1.	Tatbestand der Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht.....	105
2.	Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht.....	107
III.	Darstellung ausgewählter Probleme im Zusammenhang mit der Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht	108
1.	Die Konkretisierung des Leiharbeitnehmers nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG	108
a)	Besteht auch für die Konkretisierung der Person des Leiharbeitnehmers ein Schriftformerfordernis?	108
aa)	Auffassungen der Literatur	108
bb)	Eigene Auffassung.....	110
(1)	Wortlaut des Gesetzes	110
(2)	Wille des Gesetzgebers	111
(3)	Systematik	111
cc)	Ergebnis	112
b)	Folgen der Konkretisierung des Leiharbeitnehmers	113
aa)	Auffassung der Literatur	113
bb)	Eigene Auffassung.....	113
2.	Fordert § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG einen Verstoß gegen die Kennzeichnungs- und die Konkretisierungspflicht?	114
a)	Auffassungen der Literatur	114
aa)	Literaturstimmen für das Erfordernis eines kumulativen Verstoßes	115
bb)	Literaturstimmen, die einen singulären Verstoß für ausreichend erachten ..	115
b)	Eigene Auffassung	116
aa)	Wortlaut der Norm.....	116
bb)	Systematik	116
cc)	Wille des Gesetzgebers.....	117
c)	Zwischenfazit	118
3.	Ist eine Fallschirmlösung (doch) noch möglich?	118
a)	Auffassungen der Literatur	118
b)	Eigene Auffassung	119
aa)	Wortlaut	119

bb) Wille des Gesetzgebers.....	120
cc) Systematik	120
c) Zwischenfazit	121
4. Ist eine Einschränkung der Rechtsfolgen von §§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 AÜG erforderlich?	121
a) Auffassungen der Literatur	121
b) Eigene Auffassung	123
aa) Grundsätzlich keine teleologische Reduktion	123
bb) Grundsätzlich keine verfassungskonforme, einschränkende Auslegung	124
(1) Grundlagen einer verfassungskonformen Auslegung	124
(2) Grundrechte der Leiharbeitnehmer	125
(3) Grundrechte der beteiligten Unternehmen	126
cc) Verfassungskonforme Auslegung bei Zusammentreffen von versehentlicher Falschbezeichnung und legaler Beschäftigungsmöglichkeit beim Verleiher	129
c) Zwischenfazit	129
5. Rechtsfolgen für den Überlassungsvertrag bei einem Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 5 und / oder 6 AÜG	130
a) Auffassungen der Literatur	130
b) Auslegung des Gesetzes	130
c) Differenzierende Betrachtungsweise	132
IV. Vorzugswürdige Regelungen	132
V. Fazit zur Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht	133
§ 7 Die Überlassungshöchstdauer	135
I. Bisherige Entwicklung der Überlassungshöchstdauer	135
II. Wiedereinführung einer Überlassungshöchstdauer	136
III. Darstellung ausgewählter Probleme im Zusammenhang mit der Überlassungshöchstdauer	138
1. Europarechtskonformität der Einführung einer Überlassungshöchstdauer	138
2. Ist die Überlassungshöchstdauer arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogen?	140
a) Auslegung der Norm	141
aa) Wortlaut	141
bb) Wille des Gesetzgebers	141
cc) Sinn und Zweck	143
b) Ergebnis	143
c) Konsequenzen dieser Auslegung	144

3. Europarechtskonformität der arbeitnehmerbezogenen Betrachtung	146
a) Problem Darstellung und Meinungsstand	146
b) Arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise ausnahmsweise erforderlich	147
c) Fazit	150
4. Ist der Begriff des Entleihers betriebs- oder unternehmensbezogen?	151
a) Auslegung der Norm	151
aa) Wortlaut	151
bb) Wille des Gesetzgebers	151
cc) Systematik	153
(1) Begrifflichkeiten im gesamten AÜG	153
(2) Systematik des § 1 Abs. 1b S. 4 bis 7 AÜG	154
(3) Leiharbeitsrichtlinie	155
b) Zwischenergebnis	155
c) Konsequenzen des unternehmensbezogenen Ansatzes	156
aa) Allgemeine Folgen des Unternehmensbezugs	156
bb) Gemeinschaftsbetrieb	157
(1) Tätigwerden von Arbeitnehmern innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs	157
(2) Austausch von externen (Leih-) Arbeitnehmern	158
cc) Kein Konzernbezug	159
d) Fazit	160
5. Wechsel des Verleihers	161
6. Berechnung der Überlassungshöchstdauer	162
a) Grundsätze	162
aa) Wann beginnt die Überlassungshöchstdauer zu laufen?	162
bb) Wann endet die Überlassungshöchstdauer?	163
cc) Arbeitnehmer in „Teilzeit“	164
dd) Anwendbarkeit von § 188 Abs. 2 BGB oder § 191 BGB?	164
b) Unterbrechung / Anrechnung, § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG	166
aa) Mögliche Ursachen einer Unterbrechung	167
bb) Hemmung der Überlassungshöchstdauer	168
(1) Rechtsprechung des BAG	168
(2) Auffassungen der Literatur	169
(3) Eigene Auffassung	170

cc)	Erfolgt eine Anrechnung, wenn der Leiharbeitnehmer unmittelbar vorher als Arbeitnehmer in der Arbeitsorganisation tätig war?	170
7.	Rechtsfolgen einer Überschreitung der Überlassungshöchstdauer.....	171
a)	Allgemeine Rechtsfolgen.....	171
b)	Charakteristika des fingierten Arbeitsverhältnisses	172
c)	Rechtsfolgen in Bezug auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	173
IV.	Folgen für die Praxis.....	174
V.	Verbesserungs-/Alternativvorschläge.....	176
VI.	Fazit zur Überlassungshöchstdauer	177
§ 8	Die Festhaltungserklärung.....	178
I.	Die bisherige Rechtslage und die Intention des Reformgesetzgebers.....	178
II.	Darstellung der neuen Rechtslage	179
1.	Voraussetzungen der Festhaltungserklärung	179
a)	Grundlagen.....	179
b)	Einbeziehung der Agentur für Arbeit.....	180
c)	Zeitlicher Ablauf der Abgabe einer Festhaltungserklärung	182
d)	Beispiel einer Festhaltungserklärung	183
2.	Rechtsfolgen der Festhaltungserklärung.....	183
a)	Allgemeine Rechtsfolgen.....	183
b)	Ex nunc oder ex tunc Wirkung einer Festhaltungserklärung?	185
3.	Anwendungsfälle der Festhaltungserklärung.....	186
a)	Fehlende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	186
b)	Fehlende Offenlegung der Arbeitnehmerüberlassung und Überschreitung der Überlassungshöchstdauer	187
c)	Unzulässige Kettenüberlassung	187
III.	Darstellung möglicher Probleme	187
1.	Wann beginnt die Frist für die Festhaltungserklärung?	187
a)	Fristbeginn im Falle des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG.....	188
aa)	Anfänglich unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	188
bb)	Späteres Umschlagen eines Werk- oder Dienstvertrags.....	190
cc)	Nachträglicher Wegfall der Erlaubnis	191
b)	Fristbeginn im Falle des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG.....	191
c)	Fristbeginn im Falle des § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG.....	191
d)	Fristbeginn im Falle einer Kettenüberlassung	191

e) Fazit.....	192
2. Muss der Leiharbeitnehmer sein Wahlrecht kennen?.....	192
a) Wortlaut	192
b) Systematik.....	193
c) Wille des Gesetzgebers	193
d) Sinn und Zweck	193
e) Verfassungsorientierte Auslegung	194
f) Lösung der Frage	195
g) Fazit.....	197
3. Verwirkung.....	197
4. AGB-Prüfung einer vorformulierten Festhaltenserklärung	199
IV. Verbesserungs-/Alternativvorschläge.....	200
1. Festhaltenserklärung und Erlaubnispflicht	200
2. Festhaltenserklärung und Offenlegungspflicht.....	201
3. Festhaltenserklärung und Überlassungshöchstdauer	201
4. Festhaltenserklärung bei wiederholtem Verstoß	202
5. Unterrichtungspflicht.....	202
V. Fazit zur Festhaltenserklärung.....	204
§ 9 Zusammenfassendes Fazit dieser Arbeit	205
I. Fazit zur neuen Legaldefinition des § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG.....	206
II. Fazit zum Verbot des Kettenverleihs gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG.....	207
III. Fazit zur Überlassung von Selbständigen.....	208
IV. Fazit zur Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 und S. 6 AÜG.....	209
V. Fazit zur Überlassungshöchstdauer	211
VI. Fazit zur Festhaltenserklärung	212
§ 10 Literaturverzeichnis.....	215