

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
I. Zielsetzung der Untersuchung	2
II. Gang der Untersuchung.....	6
B. Einordnung der gesetzlichen Regelung	9
I. Das „Zeitarbeitsdreieck“	9
II. Historische Entwicklung von § 10 Abs. 1 AÜG.....	13
III. Systematische Stellung der §§ 9 Nr. 1-1b, 10 Abs. 1 AÜG.....	33
IV. Zusammenfassung	34
C. Tatbestand des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG	35
I. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	35
II. Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer	46
III. Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	50
IV. Festhaltungserklärung	56
V. Kettenverleih	60
VI. Analoge Erweiterung des Tatbestandes?	64
D. Rechtsfolgen	71
I. Gesetzliche Regelungstechnik	71
II. Arbeitsverhältnis zum Entleiher	74
III. Durchsetzung des fingierten Arbeitsverhältnisses.....	143
IV. Praktische Durchführung bei längerer Nichtentdeckung.....	158

E. Verfassungsmäßigkeit der Regelung	181
I. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	181
II. Eingriff	181
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	182
F. Fazit und eigener Regelungsvorschlag	191
I. Fazit der Untersuchung.....	191
II. Eigener Regelungsvorschlag.....	193
II. Ausformulierter Vorschlag.....	200
G. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	201
Abkürzungsverzeichnis	205
Literaturverzeichnis	207

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Zielsetzung der Untersuchung	2
1. Klärung offener Rechtsfragen	2
2. Einordnung der Neuregelungen durch die AÜG-Reform 2017.....	3
a) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	4
b) Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer	5
II. Gang der Untersuchung.....	6
B. Einordnung der gesetzlichen Regelung	9
I. Das „Zeitarbeitsdreieck“	9
1. Verhältnis Verleiher zu Leiharbeitnehmer	9
2. Verhältnis Verleiher zu Entleiher	10
3. Verhältnis Leiharbeitnehmer zu Entleiher.....	11
4. Austausch der Vertragsparteien bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung	12
II. Historische Entwicklung von § 10 Abs. 1 AÜG.....	13
1. Freigabe der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung durch das BVerfG.....	13
a) Fiktion der Arbeitsvermittlung in § 37 Abs. 3 AVAVG.....	13
b) Entstehen eines Marktes trotz Verbotes.....	14
c) Adia-interim Verfahren des BVerfG.....	15
2. Konkretisierung der Anforderungen an zulässige Arbeitnehmerüberlassung	15
a) Folgeentscheidungen der Fachgerichte	16
b) Diskussion im Schrifttum	16

3.	Tatsächliche Entwicklung des Marktes für Arbeitnehmerüberlassung	17
	a) Erste Tarifverträge für Zeitarbeit	17
	b) Verschiebung hin zur Überlassung von gewerblichen Arbeitnehmern.....	18
	c) Fehlentwicklungen am Markt.....	19
4.	Entwurf und Grundkonzeption des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	20
	a) Regelungsziele des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	20
	b) Gewerberechtlicher Schwerpunkt des Entwurfs.....	20
	c) Keine umfassende Regelung der Beziehungen im Zeitarbeitsdreieck.....	21
5.	Verabschiedung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	22
6.	Folgerungen für das Verständnis von § 10 Abs. 1 AÜG.....	23
7.	Keine eindeutigen Befunde zur Regelungstechnik	24
	a) Kein eindeutiger Vorzug der gewählten Regelungstechnik erkennbar	24
	b) Kritik des Gesetzgebers in der zeitgenössischen Literatur.....	25
	c) Äußerungen der Autoren des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	26
	d) Eigene Einschätzung.....	26
8.	Weitere Entwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	27
	a) Änderungen bis zur Hartz-Reform 2002	28
	b) Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.....	28
	c) Die Leiharbeitsrichtlinie RL 2008/104/EG.....	29
	d) AÜG-Reform 2011	30
	e) AÜG-Reform 2017	31

III. Systematische Stellung der §§ 9 Nr. 1-1b, 10 Abs. 1 AÜG.....	33
IV. Zusammenfassung	34
C. Tatbestand des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG	35
I. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung	35
1. Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung	36
a) Bedeutung der Abgrenzung	36
b) Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung	37
c) Fehlende Erkennbarkeit in Zweifelsfällen	38
d) Überblick über den Diskussionsstand.....	38
(1) Rechtsprechung des BAG	38
(2) Ansätze der Literatur	39
(3) Vorschlag von Ulrici.....	40
e) Fazit.....	40
2. Fehlen der Erlaubnis	41
a) Grundsatz: Strenge Anwendung der Fiktion	42
b) Ausnahme: Tod oder Erlöschen des Erlaubnisinhabers.....	42
3. Eintritt der Unwirksamkeit erst mit Arbeitsaufnahme beim Entleiher	43
a) Meinungsstand.....	44
b) Vermeidung von Wertungswidersprüchen.....	45
II. Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer	46
1. Diskussion um die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung zum früheren Recht	46
a) Streit um die Bedeutung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG a.F.....	46
b) Entscheidung(en) des BAG zum alten Recht.....	47
2. Tatbestand	48

a)	Berechnung der Höchstüberlassungsdauer.....	48
b)	Abweichende tarifliche Festlegung der Höchstüberlassungsdauer.....	49
3.	Kritik.....	49
III.	Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	50
1.	Diskussion um die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zum früheren Recht	50
a)	Einzelne Zweifel an der Wirksamkeit einer Vorratserlaubnis.....	51
b)	Bejahung der Wirksamkeit durch die überwiegende Meinung.....	51
c)	Abweichende Entscheidung durch den Gesetzgeber	52
2.	Tatbestand	53
3.	Kritik.....	54
a)	Aufgabe des bisherigen Schutzkonzepts	55
b)	Unzulässige Gleichsetzung unerlaubter und verdeckter Überlassung.....	55
c)	Praktischer Nutzen für frühere Leiharbeitnehmer fraglich.....	56
IV.	Festhaltungserklärung	56
1.	Tatbestand	57
a)	Erklärungsfrist	57
b)	Kenntnisunabhängiger Fristbeginn.....	57
c)	Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit	58
d)	Keine dauerhafte Festhaltungserklärung.....	58
2.	Kritik.....	59
V.	Kettenverleih	60
1.	Tatbestand	61
2.	Kritik.....	61
a)	Schutz des Leiharbeitnehmers auch bei Kettenverleih gesichert	61

(1) Pflichten des ersten Verleihers	62
(2) Pflichten des Zwischenverleihers	62
(3) Kein Risiko für Leiharbeiter	62
b) Fehlende Berücksichtigung der Interessen des ersten Verleihers	63
(1) Beide Verleiher betreiben illegale Arbeitnehmerüberlassung.....	63
(2) Nur der erste Verleiher betreibt illegale Arbeitnehmerüberlassung.....	63
(3) Nur der Zwischenverleiher betreibt illegale Arbeitnehmerüberlassung.....	63
VI. Analoge Erweiterung des Tatbestandes?	64
1. Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen.....	65
2. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung	66
3. (Konzerninterne) Strohmannkonstellationen	68
4. Albron-Fälle	69
D. Rechtsfolgen	71
I. Gesetzliche Regelungstechnik	71
II. Arbeitsverhältnis zum Entleiher	74
1. Bestimmung des richtigen Arbeitgebers	74
a) Illegale Überlassung an mehrere Entleiher zeitlich nacheinander	75
(1) Konkludentes (neues) Arbeitsverhältnis zum Verleiher	76
(2) Bestätigung des früheren Arbeitsverhältnisses zum Verleiher	77
(3) (Neues) Arbeitsverhältnis zum Verleiher durch Weiterarbeit	78

III. Durchsetzung des fingierten Arbeitsverhältnisses.....	143
1. Gerichtliche Geltendmachung.....	144
a) Darlegungs- und Beweislast.....	144
b) Prozessuale Verwirkung.....	145
c) Fazit.....	148
2. Materielle Verwirkung.....	148
a) Voraussetzungen.....	149
(1) Keine Verwirkung während des Einsatzes beim Entleiher.....	149
(2) Verwirkung des Anspruchs auf tatsächliche Weiterbeschäftigung.....	150
(3) Keine erleichterte Verwirkung hinsichtlich verdienter Ansprüche.....	152
b) Reichweite der materiellen Verwirkung.....	152
3. Tarifliche Ausschlussfristen.....	154
4. Verjährung.....	155
a) Beginn der Verjährungsfrist nach der Rechtsprechung des BAG.....	156
b) Anpassung dieser Rechtsprechung an § 10 Abs. 1 AÜG.....	157
IV. Praktische Durchführung bei längerer Nichtentdeckung.....	158
1. Verhältnis früherer Leiharbeitnehmer zu Entleiher.....	160
a) Bestehen von Vergütungsansprüchen.....	160
(1) Erbringen der geschuldeten Arbeitsleistung.....	160
(2) Zwischenergebnis.....	163
(3) Anrechnung der Entgeltzahlungen des Verleihers.....	163
(4) Ansprüche auf rückständiges Arbeitsentgelt.....	169
b) Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung.....	171
c) Sozialversicherungsansprüche § 28e Abs. 2 S. 3 SGB IV.....	173
(1) Haftungsrisiko rückständige Sozialversicherungsbeiträge.....	174

(2) Höhere „Gefahr“ der Rechtsdurchsetzung	174
(3) Ergebnisse der CGZP-Sonderprüfungen.....	175
d) Lohnsteuer.....	176
e) Fazit.....	176
2. Verhältnis früherer Leiharbeitnehmer zu Verleiher.....	177
a) Rückforderungsansprüche des Verleihers	177
b) Rückforderungsansprüche des früheren Leiharbeitnehmers	178
c) Weitergehende Ansprüche des früheren Leiharbeitnehmers	178
3. Verhältnis Verleiher zu Entleiher.....	178

E. Verfassungsmäßigkeit der Regelung.....181

I. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	181
II. Eingriff	181
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	182
1. Prüfungsmaßstab.....	182
a) Praktische Konkordanz	182
b) Drei-Stufen-Theorie.....	183
2. Eingriff auf erster Stufe.....	184
a) Legitimer Zweck.....	185
b) Geeignetheit des Eingriffs zur Zweckerreichung.....	185
c) Erforderlichkeit des Eingriffs zur Zweckerreichung.....	185
d) Angemessenheit des Eingriffs	186
(1) Starke Einschränkung der Privatautonomie	186
(2) Einfache Vermeidbarkeit.....	187
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Neuregelungen.....	187
a) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung.....	187
b) Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer	189

F. Fazit und eigener Regelungsvorschlag	191
I. Fazit der Untersuchung.....	191
1. Sicherstellung der staatlichen Aufsicht.....	191
2. Schwierigkeiten bei nicht sofortiger Entdeckung der illegalen Überlassung.....	191
3. Schwierigkeiten der prozessualen Durchsetzung der Fiktion.....	192
4. Kaum wirklich gelebte fingierte Arbeitsverhältnisse.....	192
II. Eigener Regelungsvorschlag.....	193
1. Mithaftung des Entleihers für Vergütungsansprüche ausreichend.....	193
a) Ausreichender Schutz der Leiharbeitnehmer gewährleistet.....	194
b) Staatliche Aufsicht nicht gefährdet.....	194
c) Vorteile einer Mithaftung des Entleihers.....	195
2. Rechtstechnische Umsetzung: Selbstschuldnerische Bürgschaft.....	195
a) Haftung nur im Umfang der bisherigen Fiktion.....	196
b) Vollständige Mithaftung für Einsatzzeiten.....	196
3. Notwendige prozessuale Erleichterung.....	197
a) Beweislastumkehr analog § 22 AGG.....	198
b) Beweislastumkehr bei nachgewiesener Eingliederung.....	198
II. Ausformulierter Vorschlag.....	200
 G. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	 201
 Abkürzungsverzeichnis	 205
 Literaturverzeichnis	 207