

Professor Dr. Martin Franzen

Lehrstuhl für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht

Juristische Fakultät

Universität München

**Rechtsgutachten über die Auslegung von § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG in der Fassung der
Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (im
folgenden AÜG-neu) aufgrund des Beschlusses des Deutschen Bundestags vom 21. 10.
2016**

Erstattet im Auftrag der ADESW Allianz für selbständige Wissensarbeit, Berlin

Kurzfassung des Gutachtens

Das Gutachten befasst sich mit der durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze neu eingeführten Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu. Danach sind Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet (sogenannte Deklarierungspflicht) und der einzusetzende Arbeitnehmer nicht vor der Überlassung konkret bestimmt (sogenannte Konkretisierungspflicht) wurde. In diesen Fällen ordnet das Gesetz an, dass der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers mit dem Entleiher besteht, wenn nicht der Arbeitnehmer dem widerspricht. Das Gutachten geht der Frage nach, ob die genannten Rechtsfolgen – Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Arbeitnehmer und Bestehen eines Arbeitsvertrags zwischen Entleiher und Arbeitnehmer - nur dann eintreten, wenn sowohl gegen die Deklarierungs- als auch die Konkretisierungspflicht verstoßen wurde, oder ob diese Rechtsfolgen bereits dann gelten, wenn nur eine der beiden Pflichten missachtet worden ist. Das Gutachten kommt zum Ergebnis, dass beide Pflichten verletzt sein müssen, und begründet dies mit dem klaren Wortlaut der gesetzlichen Regelung, systematischen Überlegungen sowie der Erwägung, dass der Gesetzeszweck dieser Auslegung nicht entgegensteht.

Sachverhalt

Das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze fasst in seinem Art. 1 Nr. 1b die Vorschrift des § 1 Abs. 1 AÜG neu. Danach werden folgende Sätze 5 und 6 eingeführt:

„Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.“

Art. 1 Nr. 4 des vorstehend genannten Gesetzes ändert § 9 AÜG, welcher die Unwirksamkeit von Verträgen zwischen Verleiher und Entleiher bzw. Verleiher und Leiharbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen anordnet. Der bisherige § 9 AÜG wird zu § 9 Abs. 1 AÜG-neu und wird um weitere Nummern mit Unwirksamkeitstatbeständen ergänzt. Die hier interessierende Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu lautet:

„Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen 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,“

Die beiden zitierten Vorschriften müssen im Zusammenhang gesehen werden. § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu führt eine Deklarationspflicht im Hinblick auf die Arbeitnehmerüberlassung als solche ein, und § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu eine Konkretisierungspflicht im Hinblick auf den überlassenen Leiharbeitnehmer. Im Falle der Verletzung dieser Pflichten ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam, es sei denn, der Leiharbeitnehmer möchte an dem Arbeitsvertrag festhalten (Festhaltenserklärung). Die genannten Vorschriften haben das Gesetzgebungsverfahren unverändert passiert. Bei § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu stellt sich nun die Frage, ob die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach dieser Vorschrift bereits dann eintritt, wenn die Deklarationspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu verletzt wurde, oder ob zusätzlich noch die Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu verletzt worden sein muss. Es geht also um die Bedeutung der Verknüpfung durch zweimal verwendete Konjunktion „und“ (vorstehend unterstrichen) im ersten Nebensatz bei § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu. Ist diese Konjunktion im Sinne einer Kumulation oder einer Alternative zu verstehen?

Rechtliche Würdigung

I. Überblick über den Meinungsstand

Die zum Referentenentwurf und zum Gesetzentwurf ergangene Literatur befasst sich mit der vorstehend aufgeworfenen Rechtsfrage soweit ersichtlich praktisch nicht¹. Bei § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu wird regelmäßig das Widerspruchsrecht bzw. die Festhaltenserklärung des Leiharbeitnehmers angesprochen (2. Relativsatz des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu)². Lediglich zwei literarische Stellungnahmen berühren das hier relevante Thema:

¹ Siehe etwa *Hamann*, AuR 2016, 136; *Hennecke*, NZA 2016, 1309; *Hennig/Bödeker*, AuA 2016, 201; *Henssler*, RdA 2016, 18; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, RdA 2016, 173; *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2015, 897; *Ulrici*, NZA 2016, 1317; *Zimmermann*, BB 2016, 53.

² Siehe etwa *Brors*, NZA 2016, 672; *Düwell*, Stellungnahme BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)761, S. 83; mit weiteren Aspekten der Regelung befassen sich *Hamann*, AuR 2016, 136 f.; *Hennig/Bödeker*, AuA 2016, 201, 202 f.; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den

1. Stellungnahme von *Böhm*

Böhm setzt sich in seinem kurzen Aufsatz „Fiktiver (Leih)Arbeitnehmerschutz (§§ 9, 10 AÜG-E)?!“³ mit dem Deklarierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu, dem Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu und der vorgesehenen Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu kritisch auseinander. Er verweist auf rechtliche und praktische Schwierigkeiten des Deklarierungsgebots als solches und hält insbesondere die Gleichstellung der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis mit der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung mit Recht⁴ für verfehlt⁵. Zum Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu findet sich bei *Böhm* folgende Formulierung:

„Dass festgelegt werden muss, um welche Person es geht, die einem Dritten zur Arbeit überlassen wird, ist eine ablaufbedingte Notwendigkeit. Mithin ist die Besonderheit der Vorschrift, dass dies unter Bezugnahme auf den Rahmenvertrag zu geschehen hat. Fehlt diese Bezugnahme, wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1a iVm § 10 AÜG-E fingiert.“⁶

Diese Passage – insbesondere das Ende – kann darauf hindeuten, dass nach *Böhms* Auffassung die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Verleiher bereits mit einem isolierten Verstoß gegen die Konkretisierungspflicht eintritt. Deutlich sagt das *Böhm* aber nicht. Unklar im Hinblick auf die hier zu beurteilende Frage bleibt dann die abschließende Würdigung *Böhms*:

„Selbst wenn man der hier vertretenen Auffassung von der Funktion des Rahmenvertrags nicht folgt: Satz 6 (des § 1 Abs. 1 AÜG-neu, Ergänzung von Verfasser) enthält keinen eigenen Regelungsgegenstand. Nach dem Konzept des Entwurfs geht es um eine flankierende Maßnahme für das Deklarierungsgebot nach Satz 5 (des § 1 Abs. 1 AÜG-neu, Ergänzung von Verfasser). Deshalb gelten die Ausführungen unter II 2 gleichermaßen für das Konkretisierungsgebot.“⁷

Wenn Satz 6 des § 1 Abs. 1 AÜG-neu keinen eigenen Regelungsgegenstand hat und es sich um eine flankierende Maßnahme für das Deklarierungsgebot handeln soll, dann – so könnte man schließen - dürfte diese Vorschrift auch im Hinblick auf die Unwirksamkeitsfolge keine

Ausschuss Arbeitsrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, RdA 2016, 173, 174 f.; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2015, 897, 902 f.; *Zimmermann*, BB 2016, 53, 55 f.

³ *Böhm*, NZA 2016, 528.

⁴ So bereits *Franzen*, RdA 2015, 141, 145 f.; ebenso *Henssler*, RdA 2016, 18, 22 f.; BAG 12. 7. 2016 – 9 AZR 32/15 Rn. 21; ähnlich *Ulrici*, NZA 2016, 1317, 1318 f.; *Böhm*, NZA 2016, 528, 530.

⁵ *Böhm*, NZA 2016, 528, 530.

⁶ *Böhm*, NZA 2016, 528, 530.

⁷ *Böhm*, NZA 2016, 528, 530.

Bedeutung haben. Andererseits ist dann der sich anschließende Verweis auf das Deklarierungsgebot nicht recht verständlich.

Insgesamt zeigen die Ausführungen *Böhms*, dass er sich zwar mit durch Deklarierungs- und Konkretisierungsgebot aufgeworfenen Fragen befasst hat, die hier zu erörternde Thematik aber nicht deutlich angesprochen hat. Daher sind *Böhms* Ausführungen für die hier zu klärende Frage insgesamt nicht weiterführend.

2. Stellungnahme von *Baeck/Winzer/Hies*

In dem Aufsatz „Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht – Zweiter Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ geben *Baeck/Winzer/Hies* einen Überblick über den Inhalt des Referentenentwurfs⁸. Darin behandeln die Autoren unter der Überschrift „Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung/Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht“ die Problematik der sogenannten verdeckten Arbeitnehmerüberlassung⁹. In diesem Zusammenhang führen sie aus:

„Nach neuer Rechtslage wird darüber hinaus jeder Verstoß gegen die Kennzeichnungs- oder Konkretisierungspflicht die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Leiharbeitnehmers zum Entleiher zur Folge haben, es sei denn der Leiharbeitnehmer erklärt innerhalb einer Monatsfrist schriftlich gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an seinem ursprünglich bestehenden Arbeitsverhältnis zum Verleiher festhalten möchte. Dies ergibt sich aus dem neu geplanten § 9 Nr. 1 Bust. a AÜG-E iVm § 10 I AÜG-E.“¹⁰

Die Autoren gehen also nach dem Wortlaut ihres Textes von einer Alternativität der Unwirksamkeitsfolge bei einem Verstoß gegen die Kennzeichnungs- bzw. Konkretisierungspflicht aus, setzen sie doch wie vorstehend unterstrichen zwischen die Worte „Kennzeichnungspflicht“ und „Konkretisierungspflicht“ die Konjunktion „oder“ und nicht die Konjunktion „und“, wie dies im Gesetzestext an sich vorgesehen ist. Allerdings begründen die Autoren dies nicht und thematisieren es auch nicht weiter. Man kann dies wohl mit guten Gründen für ein Versehen halten.

3. Gesetzesbegründung

Die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung widmet sich dem Thema der „verdeckten Arbeitnehmerüberlassung“ an einigen Stellen des Gesetzentwurfs. So heißt es in

⁸ *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2016, 415.

⁹ *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2016, 415, 417.

¹⁰ *Baeck/Winzer/Hies*, NZG 2016, 415, 417.

der Einleitung, dass bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt werden als derjenige, der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis betreibt; dies diene der Verhinderung von Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen¹¹.

Zur Begründung der konkreten Regelungen führt die Gesetzesbegründung folgendes aus:

„Mit der Neuregelung in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 sollen missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes in Form der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung vermieden werden. In der Vergangenheit sind Fälle aufgetreten, bei denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Rahmen eines bloß formal als Werkvertrag bezeichneten Vertrags an einen Dritten überlassen worden sind. Gleichzeitig hat der vermeintliche Werkunternehmer eine Verleiherlaubnis vorrätig gehalten. Wurde deutlich, dass der vermeintliche Werkvertrag tatsächlich als Überlassungsvertrag zwischen den Parteien gelebt wurde, weil der Dritte arbeitsrechtliche Weisungsrechte gegenüber den eingesetzten Arbeitnehmern ausübte, konnte der vermeintliche Werkunternehmer die auf Vorrat gehaltene Verleiherlaubnis vorlegen, um das Eingreifen der im AÜG vorgesehenen Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern.

Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber sollen zukünftig auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der ohne die erforderliche Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Arbeitnehmerüberlassung soll deshalb nach der Neuregelung in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 zwingend offengelegt erfolgen und die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung sanktioniert werden.

Hierzu wird geregelt, dass die Überlassung des Arbeitnehmers ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen ist. Dies ist nach Satz 5 zunächst in dem Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher vorzusehen. Da diese Überlassungsverträge auch als Rahmenverträge über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet sein können, bestimmt Satz 6, dass vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers zu konkretisieren ist.“¹²

Nach der Gesetzesbegründung soll also die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung der ohne Erlaubnis ausgeführten Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt¹³ und verhindert werden, dass eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung auf Vorrat eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung legitimieren kann, wie die der bisherigen Rechtslage entsprochen hat¹⁴. Die Gesetzesbegründung versteht dabei § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG-neu als sich ergänzende Regelungen. In dem vorstehend zitierten letzten Absatz der Gesetzesbegründung

¹¹ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucksache 18/9232, S. 3.

¹² Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucksache 18/9232, S. 19 f.

¹³ Kritisch dazu zum geltenden Recht BAG 12. 7. 2016 – 9 AZR 352/15 Rn. 21: Beide Situationen seien nicht vergleichbar.

¹⁴ Siehe hierzu nur BAG 12. 7. 2016 – 9 AZR 352/15 Rn. 15 ff.; BAG 10. 12. 2013 – 9 AZR 51/13 – NJW 2014, 196 = AP AÜG § 1 Nr. 34.

kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu „zunächst“ eine Offenlegungspflicht für den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag statuiert. Diese wird um eine Konkretisierungspflicht im Hinblick auf den einzelnen eingesetzten Arbeitnehmer ergänzt, weil Überlassungsverträge auch als „Rahmenverträge über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet sein können.“

Die Passagen der Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu bestätigen diesen Befund, dass es sich bei § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG-neu um eine Einheit handelt:

„Nummer 1a regelt, dass eine entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 verdeckt vorgenommene Arbeitnehmerüberlassung zur Folge hat, dass der Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeiterin oder Leiharbeiter unwirksam ist. Nach dem neuen § 10 Absatz 1 Satz 1 wird wie bei der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Damit wird sichergestellt, dass sowohl der vermeintliche Werkunternehmer als auch sein Auftraggeber auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt werden, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Die Vertragsparteien sollen damit veranlasst werden, sich klar zu der von ihnen gewählten Vertragsgestaltung Arbeitnehmerüberlassung zu bekennen.“¹⁵

Allerdings geben auch diese Ausführungen keine klare Antwort auf die hier zu erörternde Frage, ob die Unwirksamkeitsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu den kumulativen Verstoß gegen die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht voraussetzt, oder ob dies auch alternativ möglich ist. Dem Gesetzgeber geht es in erster Linie um die Gleichstellung der verdeckter Arbeitnehmerüberlassung mit der ohne Erlaubnis durchgeführten Arbeitnehmerüberlassung.

II. Auslegung von § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden

Der Aussagegehalt der Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu muss also nach den herkömmlichen Auslegungskriterien im Hinblick auf die zu erörternde Frage – Kumulation oder Alternativität des Verstoßes gegen Deklarierungs- und Konkretisierungspflicht – entfaltet werden – also nach Wortlaut, systematischem Zusammenhang, Entstehungsgeschichte sowie von Sinn und Zweck der Regelung¹⁶.

1. Wortlaut

¹⁵ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucksache 18/9232, S. 25.

¹⁶ Siehe nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 702.

Der Wortlaut von § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu verwendet für die Anordnung der Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bei Verstoß gegen die Deklarierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu und gegen die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu an zwei Stellen die Konjunktion „und“. Dies spricht im ersten Zugriff mit starkem Gewicht dafür, dass beide genannten Voraussetzungen gemeinsam vorliegen müssen; fehlt es an einer Voraussetzung, kann die genannte Rechtsfolge an sich nicht eintreten.

Allerdings gibt es durchaus Fälle, in denen der Konjunktion „und“ diese Bedeutung nicht zuerkannt wird. Ein sehr bekanntes Beispiel bildet insoweit § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG: Danach ist die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer im selben Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann „und“ der Betriebsrat der Kündigung innerhalb einer gewissen Frist widersprochen hat. Insoweit entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass die Rechtsfolge des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG auch dann eintritt, wenn ein Betriebsrat nicht existiert oder nicht widersprochen hat¹⁷. Dies wird damit begründet, dass der individualrechtliche Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitnehmers nicht von der Existenz oder dem Belieben eines kollektiven Arbeitnehmervertretungsorgans abhängen kann¹⁸. Die Konjunktion „und“ wird in § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG also nur in einem aufzählenden Sinne verwendet; der Gesetzgeber hätte die sich daran anschließende Textpassage auch weglassen können. Übergeordnete Gründe wie die individualrechtliche Stellung des Arbeitnehmers und vor allem der Schutz des Arbeitsplatzes als Ausfluss des Grundrechts des einzelnen Arbeitnehmers aus Art. 12 GG¹⁹ führen zu diesem Verständnis.

Wenn man diesen Gedanken übertragen wollte, müsste man den Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu in der Richtung verstehen, dass die Bezugnahme auf die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG jeweils nur einen bedeutungslosen Zusatz darstellt, der auch entfallen kann, wie dies etwa dem beispielhaft skizzierten Verständnis von § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG entspricht. Ein solches Verständnis ist aber dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu nur schwerlich zu entnehmen, wird doch die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu dort zweimal zusammen mit der Deklarierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu genannt und in beiden Fällen mit der Konjunktion „und“ verknüpft. Dies deutet darauf

¹⁷ Siehe nur *Oetker*, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 1 KSchG Rn. 376 m. w. N.

¹⁸ *Oetker*, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 1 KSchG Rn. 376 m. w. N.

¹⁹ Siehe zum grundrechtlichen Schutz des Arbeitsplatzes aus Art. 12 GG nur BVerfG 21. 6. 2006 – NZA 206, 913; BVerfG 24. 4. 1991 – AP GG Art. 12 Nr. 70.

hin, dass der Gesetzgeber die Deklarierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu und die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu als Einheit angesehen hat. Insgesamt müsste es also Gründe von starkem Gewicht geben, welche der vorstehend entwickelten Analyse des Wortlauts und einem kumulativen Verständnis der Konjunktion „und“ in § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu entgegenstehen.

2. Systematik

Unter systematischen Gesichtspunkten ist folgendes zu beachten: Verstöße gegen die Deklarierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu und gegen die Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu lösen nicht nur die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu aus, sondern verwirklichen zusätzlich den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 16 Abs. 1 AÜG-neu. Hier hat der Gesetzgeber § 16 Abs. 1 AÜG um weitere Ziffern ergänzt und in § 16 Abs. 1 Nr. 1c und Nr. 1d AÜG-neu jeweils eigene Ziffern für den Verstoß gegen die Deklarationspflicht einerseits (§ 16 Abs. 1 Nr. 1c AÜG-neu) und für den Verstoß gegen die Konkretisierungspflicht andererseits (§ 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-neu) eingefügt. Insoweit werden beide Pflichten jeweils separat adressiert, so dass der Bußgeldtatbestand bereits durch einen isolierten Verstoß gegen entweder die Deklarierungspflicht oder die Konkretisierungspflicht erfüllt wird.

Die Systematik der Bußgeldtatbestände bei § 16 Abs. 1 Nr. 1c und 1d AÜG-neu unterscheidet sich also ganz erheblich von der gesetzlichen Regelung der Unwirksamkeitsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu. Während bei den Bußgeldtatbeständen bewusst zwei Tatbestände geschaffen wurden, hat man bei der Folge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags auf eine solche Trennung von Deklarierungspflicht und Konkretisierungspflicht verzichtet. Eine entsprechende Trennung hätte der Gesetzgeber aber unschwer normieren können: Man hätte einfach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu in zwei Buchstaben – eine für den Verstoß gegen die Deklarierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu und eine für den Verstoß gegen die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu - aufspalten können, wie dies bei der Neufassung des Bußgeldtatbestands des § 16 Abs. 1 AÜG-neu geschehen ist.

Systematische Auslegungsgesichtspunkte, insbesondere der Vergleich mit der Bußgeldregelung des § 16 Abs. 1 AÜG-neu unterstützen die bisherigen Überlegungen, wonach gegen Deklarierungspflicht und Konkretisierungspflicht kumulativ verstoßen werden muss, damit die Rechtsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu eintreten kann.

3. Sinn und Zweck der Regelung

Dieses Zwischenergebnis kann nur noch dadurch überwunden werden, dass ein solches kumulatives Verständnis den Sinn und Zweck der getroffenen Regelung unterlaufen würde. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG in erster Linie die bislang zulässige Praxis²⁰ unterbinden will, mit Hilfe einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf „Vorrat“ fingierte Arbeitsverhältnisse mit dem Einsatzbetrieb zu vermeiden²¹: Die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, die als Werk- oder Dienstvertrag deklariert ist, rechtlich aber als Arbeitnehmerüberlassung eingeordnet wird, soll genauso behandelt werden wie die Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis²².

Es stellt sich also die Frage, ob das hier skizzierte Verständnis, wonach erst ein kumulativer Verstoß sowohl gegen die Deklarierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu als auch die Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu die Rechtsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu auszulösen vermag, den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung vereiteln würde. Unproblematisch ist der Fall, dass der Vertrag zwar als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet und daher § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu beachtet wurde, aber der eingesetzte Arbeitnehmer nicht konkretisiert wurde. Hier ist die Vereitelung des Gesetzeszwecks – Gleichstellung der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis mit der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung - schon im Ansatz nicht zu befürchten, weil die Arbeitnehmerüberlassung gerade offengelegt wurde; das Eingreifen der Fiktion des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu ist dann nicht gerechtfertigt.

Nicht so eindeutig ist der Fall zu beurteilen, dass nur die Deklarierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu, nicht aber die Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu verletzt wurde. Bei dieser Konstellation wird eine Vertragsgestaltung zwar nicht als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet, die im Kundenbetrieb eingesetzte Person aber gleichwohl als solche unter Bezugnahme auf den Vertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber genau bezeichnet.

Allerdings erscheint es äußerst zweifelhaft, ob mit einer solchen Handhabung tatsächlich die von dem Gesetz zur Änderung des AÜG verfolgten Zwecke vereitelt werden könnten. Zum einen stellt die vor dem jeweiligen Einsatz erforderliche Konkretisierung der eingesetzten

²⁰ Vgl. BAG 12. 7. 2016 – 9 AZR 352/15 Rn. 15 ff.; BAG 10. 12. 2013 – 9 AZR 51/13 – NJW 2014, 196 = AP AÜG § 1 Nr. 34.

²¹ Vgl. Hennig/Bödeke, AuA 2016, 201, 202; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 902.

²² Siehe oben S. 5, unter I 3, den Auszug aus der Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 18/9232, S. 19 f.

Person bereits eine erhebliche bürokratische Belastung für Unternehmen dar, welche die entsprechende Leistung erbringen²³. Ein Auftragnehmer, der eine werk- oder dienstvertragliche Leistung erbringen will, wird nicht zur Vermeidung der Rechtsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu jeweils zuvor unter Bezugnahme auf den Vertrag die eingesetzten Personen benennen. Zumeist handelt es sich dabei um Fälle, bei denen von einem Werk- oder Dienstvertrag ausgegangen wurde, und sich im Laufe der Zeit abweichende Handhabungen eingeschlichen haben, etwa Berichts- und Weisungswege nicht beachtet wurden. Zum anderen ist im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung die Konkretisierung und Benennung des Arbeitnehmers ohnehin vor der Arbeitskräfteüberlassung erforderlich. § 11 Abs. 2 S. 3 AÜG-neu schreibt außerdem bußgeldbewehrt (§ 16 Abs. 1 Nr. 8 AÜG) vor, dass der Arbeitnehmer über seine Überlassung als Leiharbeiter zu informieren ist. Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber das Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu in erster Linie mit Blick auf Rahmenverträge aufgestellt hat, bei denen nur ein Arbeitskräftekontingent überlassen wird²⁴, und daher unklar ist, welche Arbeitnehmer eingesetzt werden sollen. Schließlich könnte eine solche Gestaltung als Geschäftsmodell vor dem Hintergrund nicht bestehen, dass in jedem Fall der Bußgeldtatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1c AÜG-neu (Verstoß gegen die Deklarierungspflicht) verwirklicht ist. In solchen Fällen riskiert der Unternehmer den Entzug seiner Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, weil der wiederholte Verstoß gegen die Deklarierungspflicht nach § 16 Abs. 1 Nr. 1c AÜG-neu die Unzuverlässigkeit des Unternehmers indizieren kann²⁵.

Der mit der Regelung verfolgte Zweck, verdeckte Arbeitnehmerüberlassung und unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung gleichzubehandeln, wird also durch die hier entwickelte Auslegung nicht vereitelt, wonach die Unwirksamkeitsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu nur eintritt, wenn sowohl gegen die Deklarierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu als auch die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu verstoßen wird. Damit bestätigt sich das aus Wortlaut und systematischen Zusammenhang gewonnene Auslegungsergebnis: Der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter wird erst nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu unwirksam, wenn sowohl gegen das Deklarierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu als auch das Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu verstoßen wurde.

²³ Vgl. BAP, Stellungnahme BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)761, S. 142; IGZ, Stellungnahme BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)761, S. 118; Zimmermann, BB 2016, 53, 57.

²⁴ Siehe oben S. 5 den Auszug aus der Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 18/9232, S. 19 f.

²⁵ Siehe zu den Versagungsgründen im Rahmen von § 3 Abs. 1 AÜG etwa Schüren, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 61.

III. Zusammenfassung

§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu ist folgendermaßen auszulegen: Die in § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-neu angeordnete Folge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer tritt nur ein, wenn sowohl ein Verstoß gegen das Deklarierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu als auch ein Verstoß gegen das Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu vorliegt. Beide Voraussetzungen sind kumulativ zu verstehen.

München, den 18. November 2016

Professor Dr. Martin Franzen

Professor Dr. Martin Franzen

Lehrstuhl für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht

Juristische Fakultät

Universität München

Rechtliche Begutachtung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (im folgenden AÜG-neu) aufgrund des Beschlusses des Deutschen Bundestags vom 21. 10. 2016 erfüllt werden kann.

Erstattet im Auftrag der ADESW Allianz für selbständige Wissensarbeit, Berlin

Problemstellung

Nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu haben Verleiher und Entleiher die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu konkretisieren. Im folgenden soll die Frage erörtert werden, welche Angaben ein Unternehmen erbringen muss, um diese Konkretisierungspflicht zu erfüllen. Diese Frage stellt sich vor folgendem Hintergrund: Vielfach erbringen Auftragnehmer Leistungen für ihre Auftraggeber aufgrund von Verträgen, welche diese übereinstimmend als Dienst- oder Werkverträge bezeichnen. Stellt sich in solchen Fällen heraus, dass die tatsächliche Handhabung wegen der Ausübung von Weisungsrechten durch den Auftraggeber von den Zollbehörden oder der Rentenversicherung als Arbeitnehmerüberlassung eingeschätzt wird, stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer neben dem – offenkundig verletzen Deklarierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu – auch das Konkretisierungsgebot nach § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu verletzt hat. Daher stellt sich die Frage, welche Anforderungen § 1 Abs. 1 Nr. 6 AÜG-neu in solchen Situationen formuliert. Dies ist durch Auslegung der Vorschrift zu ermitteln.

1. Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu müssen die Vertragsparteien die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den in § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu genannten Vertrag konkretisieren. Auf den ersten Blick könnte es ausreichen, wenn der Auftragnehmer die einzusetzenden Personen vor dem Einsatz gegenüber dem Auftraggeber namentlich bezeichnet.

Fraglich ist jedoch, ob die eingesetzte Person ausdrücklich als Leiharbeitnehmer bezeichnet werden muss, um die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu zu erfüllen. Der Gesetzestext spricht von der „Person des Leiharbeitnehmers“. Dies kann man so verstehen, dass die namentliche Bezeichnung der Person ausreicht. Damit ist Klarheit gewonnen, welche Person eingesetzt werden soll, und dem Anliegen des Gesetzes eigentlich Genüge getan. Bei diesem Verständnis hätte der Zusatz „des Leiharbeitnehmers“ nur die Funktion, die Person näher zu beschreiben.

Allerdings kann man diese Passage weitergehend auch dahin verstehen, dass die eingesetzte Person in ihrer Funktion gerade als Leiharbeitnehmer bezeichnet werden muss. Immerhin verwendet der Gesetzestext in § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu den Ausdruck „Leiharbeitnehmer“.

Andererseits hätte der Gesetzgeber das skizzierte Regelungsanliegen auch mit einem Zusatz deutlicher zum Ausdruck bringen können – etwa in folgender Art: „Vor der Überlassung haben sie die Person und ihre Funktion als Leiharbeitnehmer unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren“. Dies hätte vor dem Hintergrund nahegelegen, dass die Neuregelung in dem Deklarierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-neu ausdrücklich verlangt, den Vertrag als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu bezeichnen. Eine Pflicht zur ausdrücklichen Bezeichnung der Funktion des Einsatzes als Leiharbeitnehmer fehlt aber gerade in § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu. Insgesamt ist der Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu also für das vorliegende Auslegungsproblem allein nicht eindeutig.

2. Systematische Gesichtspunkte

a) Analyse von § 1 Abs. 1 AÜG-neu

Unter systematischen Gesichtspunkten fällt folgendes auf: Die Verwendung der Begriffe „Leiharbeitnehmer“ und „Arbeitnehmer“ in dem Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze ist nicht einheitlich und folgt keinem erkennbaren System. Das gilt schon für den neugefassten § 1 Abs. 1 AÜG-neu. In Satz 1 wird der Leiharbeitnehmer definiert. In Satz 2 wird dann allerdings der Begriff „Arbeitnehmer“ verwendet, obwohl aufgrund der Definition nur Leiharbeitnehmer gemeint sein können, denn nur „Leiharbeitnehmer“ werden „zur Arbeitsleistung überlassen“, wie § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG-neu festlegt. § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG-neu formuliert: „Die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.“ In dem zitierten Hauptsatz der Vorschrift sind Arbeitnehmer und Leiharbeitnehmer ebenfalls synonyme Begriffe, weil eben nur Leiharbeitnehmer im Rechtssinne überlassen werden können; der Gesetzgeber hätte lediglich an den Status als Leiharbeitnehmer anknüpfen und die Bezugnahme auf „Arbeitnehmer“ gänzlich unterlassen können. Im übrigen fällt auf, dass der Gesetzgeber in diesem Satz 3 des § 1 Abs. 1 AÜG-neu die Funktion „als Leiharbeitnehmer“ durchaus angesprochen hat. Dies hätte der Gesetzgeber ebenso für Satz 6 zum Ausdruck bringen können, wenn er dies gewollt hätte.

In Satz 4 wird nur der Begriff „Arbeitnehmer“ benutzt, obwohl ersichtlich nur Leiharbeitnehmer gemeint sein können, weil nur diese per definitionem überlassen werden. In Satz 5 wiederum wird von der „Überlassung von Leiharbeitnehmern“ gesprochen. Hier hätte man wie in Satz 4 nur den Begriff „Arbeitnehmer“ verwenden können. Absatz 1 des § 1 AÜG-neu verwendet also die Begriffe „Leiharbeitnehmer“ und „Arbeitnehmer“ weitgehend

austauschbar. Es kann also nicht angenommen werden, dass die Verwendung des Begriffs „Leiharbeitnehmer“ in § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu einem sinnhaften inneren System folgt.

b) Analyse von § 16 Abs. 1 AÜG-neu

Dasselbe Bild ergibt sich, wenn man die neueingeführten Bußgeldtatbestände des § 16 Abs. 1 AÜG-neu analysiert. Die Begriffe „Leiharbeitnehmer“ und „Arbeitnehmer“ sind weitgehend austauschbar und ohne erkennbare Systematik verwendet worden: So heißt es in Nr. 1b „Arbeitnehmer“, in Nr. 1d „Person“, in Nr. 1e „Leiharbeitnehmer“, in Nr. 1f wiederum „Arbeitnehmer“ und in Nr. 8a ebenfalls „Leiharbeitnehmer“. In all diesen Fällen können aber nur Leiharbeitnehmer gemeint sein, weil nur diese definitionsgemäß zur Arbeitsleistung überlassen werden.

Aufschlussreich ist ferner der die Verletzung der Konkretisierungspflicht sanktionierende Bußgeldtatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-neu. Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig „entgegen § 1 Abs. 1 Satz 6 die Person nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig konkretisiert“. Der Gesetzestext stellt also lediglich auf die eingesetzte Person als solche ab, ohne dass ihre Funktion genannt werden müsste. Dieser Bußgeldtatbestand ist daher verletzt, wenn die eingesetzte Person überhaupt nicht (1. Variante), nicht korrekt – also etwa unzutreffend mit falschem Namen oder die falsche Person (2. Variante) - oder nicht rechtzeitig – also insbesondere zu spät nach Beginn des Einsatzes (3. Variante) – genannt wurde.

Dem Bußgeldtatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-neu geht es also nur um die eingesetzte Person, nicht aber um ihre Funktion als Arbeitnehmer, Leiharbeitnehmer oder selbstständig Tätiger. § 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-neu dient nun der Sanktionierung von Verstößen gegen das Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu. Dies streitet aber nun mit starkem Gewicht dafür, beide Vorschriften in gleichem Sinne zu verstehen und auszulegen.

c) Fazit

Die vorgenannten systematischen Überlegungen legen also nahe, dass die namentliche Benennung der eingesetzten Person ausreicht und es nicht erforderlich ist, dass diese gerade in ihrer Funktion als Leiharbeitnehmer adressiert werden muss.

3. Zweck von § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu

Die besondere Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 6 AG-neu hat der Gesetzgeber vor folgendem Hintergrund eingeführt: Arbeitnehmerüberlassungsverträge werden nach Einschätzung des Gesetzgebers häufig als Rahmenverträge über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet. In solchen Fällen steht die Person des Arbeitnehmers nicht von vornherein fest. Daher muss die zum Einsatz kommende Person vor dem Einsatz festgelegt und konkretisiert werden¹. Dieser Gesetzeszweck wird durch die hier vorgeschlagene Auslegung nicht vereitelt, wonach lediglich die Angabe der Person, die zum Einsatz kommen soll, genügt.

4. Zusammenfassung

Die Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu erfüllt ein Auftragnehmer/Leiharbeitsunternehmen dadurch, dass dieses Unternehmen die Person des eingesetzten Arbeitnehmers vor dem Einsatz bezeichnet und dabei einen Bezug zu dem dem Einsatz zugrundeliegenden Vertrag herstellt. Eine Bezeichnung der eingesetzten Person als Leiharbeitnehmer ist nicht erforderlich. Dies ergibt sich daraus, dass die Begriffe „Leiharbeitnehmer“ und „Arbeitnehmer“ in § 1 Abs. 1 AÜG-neu austauschbar verwendet werden und der mit § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu korrespondierende Bußgeldtatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-neu nur von „Person“ spricht. Diese Auslegung widerspricht auch nicht dem Zweck, den das Konkretisierungsgebot des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-neu verfolgt.

München, den 18. November 2016

Professor Dr. Martin Franzen

¹ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 18/9232, S. 19 f.