



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Leistungsstörungen bei der Arbeitnehmerüberlassung nach AÜG“

Dissertation vorgelegt von Nikolas Hollinger

Erstgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Zweitgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Ziel der Arbeit ist eine umfassende Darstellung der Leistungsstörungen im Drei-Personen-Verhältnis der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer. Die Arbeit gliedert sich grob in zwei Teile. Im ersten Teil werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, also zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher, dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher sowie dem Entleiher und dem Verleiher dargestellt und deren jeweilige Haupt- sowie Nebenpflichten erläutert. Darauf aufbauend werden im zweiten Teil der Arbeit die einzelnen Störungstatbestände und ihre Auswirkungen auf die verschiedenen Rechtsbeziehungen untersucht.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) definiert den Begriff der Arbeitnehmerüberlassung nicht, sondern regelt nur Rechtsfolgen für den Fall, dass ein Fall von Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Die Untersuchung hat ergeben, dass unter einer Arbeitnehmerüberlassung nur solche Vertragsgestaltungen zu verstehen sind, in denen ein Arbeitgeber einem Dritten das Arbeitgeber-Direktionsrecht gegenüber einem seiner Arbeitnehmer überträgt, ohne den Arbeitsvertrag mit diesem zu beenden und ohne dass dadurch ein Arbeitsvertrag zwischen dem Dritten und dem Arbeitnehmer geschlossen wird. Vertragliche Konstruktionen, die dieses Ergebnis nicht herbeiführen, werden durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zwar nicht untersagt, doch sind sie auch nicht als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen. Dies gilt insbesondere für mehrseitige Arbeitsverhältnisse, den Vertragsbeitritt und die partielle Vertragsübernahme.

Die Sichtung von Verträgen aus der Praxis zeigt, dass zwischen Verleiher und Entleiher häufig die Überlassung von Arbeitnehmern vereinbart wird, ohne dass die Vertragspflichten im Überlassungsverhältnis näher geregelt werden. In diesem Fall ist es die Pflicht des Verleihers, dem Entleiher einen mit ihm vertraglich verbundenen Arbeitnehmer dergestalt „zu überlassen“, dass der Entleiher tatsächlich auf ihn zugreifen und ihn zur Erbringung der Arbeitsleistung einsetzen kann. In rechtlicher Hinsicht ist hierfür die Verschaffung des Direktionsrechts erforderlich. Nicht erforderlich ist hingegen – vorbehaltlich einer anderweitigen vertraglichen Regelung – die Übertragung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung an den Entleiher.

Zur Erfüllung der beschriebenen Überlassungsverpflichtung stehen dem Verleiher verschiedene Möglichkeiten offen. Der These, dass das Drei-Personen-Verhältnis von

Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer allgemeingültig in einem bestimmten Sinne zu definieren sei, kann deshalb nicht zugestimmt werden. Es sind vielmehr grundsätzlich drei Möglichkeiten der „Überlassung“ des Leiharbeitnehmers gangbar, nämlich (a) die Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung an den Entleiher, (b) die Ausgestaltung des Leiharbeitsvertrages als echten Vertrag zugunsten des Entleihers sowie (c) die Ermächtigung des Entleihers, das Arbeitgeber-Weisungsrecht für den Verleiher auszuüben. Welche Gestaltung gewählt worden ist, ist grundsätzlich eine Frage der Vertragsauslegung.

Der Verleiher hat seine Hauptpflichten gegenüber dem Entleiher in jedem Fall erst dann erfüllt, wenn er dem Entleiher das Weisungsrecht gegenüber dem Leiharbeitnehmer übertragen hat und der Leiharbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung beim Entleiher tatsächlich bereitsteht. Hingegen schuldet der Verleiher nicht die Mangelfreiheit der Arbeitsleistung. Sofern nicht die Überlassung eines bestimmten Arbeitnehmers vereinbart ist, handelt es sich in analoger Anwendung des § 243 BGB um eine Gattungsschuld.

Ein Fall von Schlechtleistung durch den Verleiher gegenüber dem Entleiher liegt nur dann vor, wenn er den Leiharbeitnehmer fehlerhaft ausgewählt hat. In diesem Fall steht dem Entleiher neben einem Anspruch auf Schadensersatz und der Möglichkeit der Vertragskündigung aufgrund einer Analogie zu § 536 BGB auch ein Minderungsrecht zu. Leistet der Leiharbeitnehmer trotz ordnungsgemäßer Auswahl schlecht, so liegt kein Fall der Schlechtleistung seitens des Verleihers vor. Der Verleiher haftet für vom Leiharbeitnehmer verursachte Schäden weder nach § 831 BGB noch nach § 278 BGB.

Dem Leiharbeitsverhältnis liegt ein Arbeitsvertrag zugrunde, für den grundsätzlich die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln gelten. Teilweise sind Sonderregelungen zu beachten, die entweder durch das AÜG ausdrücklich angeordnet werden oder aber sich aus dem „Wesen der Arbeitnehmerüberlassung“ ergeben. Besonderheiten aus der Natur der Arbeitnehmerüberlassung sind zum einen bei der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers zu beachten, die lediglich modifiziert besteht. Besonderheiten gelten zum anderen im Rahmen der Zurückbehaltungsrechte des Leiharbeitnehmers gemäß §§ 273, 320 BGB bzw. § 11 Abs. 5 AÜG.

Im Leiharbeitsverhältnis tritt – anders als im Überlassungsverhältnis - Erfüllung erst ein, wenn und solange der Leiharbeitnehmer tatsächlich arbeitet. Erbringt der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht, so wird diese unmöglich (§ 275 BGB). Das Schicksal seines Entgeltanspruchs bestimmt sich in diesem Fall nach § 615 BGB. Wie im gewöhnlichen Arbeitsverhältnis auch, schließen sich Unmöglichkeit und Annahmeverzug nach zutreffender Auffassung nicht aus. Kann der Entleiher den Leiharbeitnehmer aus tatsächlichen Gründen nicht einsetzen, so gerät der Verleiher in Verzug mit der Annahme der Arbeitsleistung. Im Rahmen der Sekundäransprüche bei einer Nichtleistung des Leiharbeitnehmers verdient zudem Erwähnung, dass der Verleiher, wenn er wegen schuldhafter Nichtleistung des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher in Anspruch genommen wird, im Innenverhältnis nach den Regeln über den Gesamtschuldnerausgleich Regress nehmen kann.

Leistet der Leiharbeitnehmer schlecht, so ergeben sich im Leiharbeitsverhältnis keine Besonderheiten gegenüber dem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis. Unterschiede ergeben sich jedoch hinsichtlich der Schutzpflichten des Verleihers als Arbeitgeber, die gegenüber dem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis abgeschwächt sind. Da der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht im Betrieb des Verleihers erbringt, erschöpfen sie sich darin, den Leiharbeitnehmer nicht einem Entleiher zuzuweisen, der den Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Leiharbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) nicht gewährleistet bzw. ihn in diesem Fall wieder von dort abzuziehen. Der Entleiher ist hinsichtlich dieser Pflichten indes nicht Erfüllungsgehilfe des Verleihers (§ 278 BGB).

Einen Schwerpunkt der Arbeit stellt die Frage dar, wie das Verhältnis von Entleiher und Leiharbeitnehmer rechtlich zu qualifizieren ist, namentlich ob der Entleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer einen eigenen Anspruch auf die Arbeitsleistung hat oder womöglich gar als dessen Arbeitgeber anzusehen ist. Neben einer Analyse der hierzu ergangenen Rechtsprechung werden die unterschiedlichen Literaturauffassungen in den Blick genommen. Es erfolgt eine Auseinandersetzung mit denjenigen Literaturstimmen, die den Entleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ansehen. Neben der sog. Eingliederungstheorie sind hier insbesondere die Lehre vom Doppel (-arbeits) vertrag, vom dreiseitigen Arbeitsvertrag, vom Vertragsbeitritt des Entleihers und von der partiellen Vertragsübernahme zu nennen. Die heute überwiegende Auffassung in der Literatur verneint

freilich zutreffender Weise ein Vertragsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Dies führt zu der Frage, ob dem Entleiher möglicherweise deshalb ein eigener Anspruch auf die Arbeitsleistung zusteht, weil ihm der Anspruch des Verleihers auf die Arbeitsleistung im Wege der Abtretung (§ 398 BGB) oder durch echten Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) übertragen wurde. In beiden Fällen stellt sich unter anderem das Problem, ob überhaupt eine übertragbare Forderung des Verleihers gegeben ist, weil dessen Anspruch von vornherein auf eine gegenüber einem Dritten zu erbringende Leistung gerichtet ist. Es wird aufgezeigt, dass sowohl die Übertragung des Anspruchs als auch die bloße Verschaffung des Arbeitgeber-Direktionsrechts grundsätzlich taugliche Wege darstellen, um dem Entleiher den Leiharbeitnehmer zu überlassen, In Ermangelung einer – regelmäßig fehlenden – Absprache ist hier maßgeblich auf die Auslegung der zugrunde liegenden Verträge abzustellen.

Eng im Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung der Beziehung von Entleiher und Leiharbeitnehmer steht die Frage nach möglichen Ansprüchen des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer im Falle von dessen Nicht- oder Schlechtleistung.

Diese erweist sich vor allem dann als problematisch, wenn der Entleiher vom Verleiher lediglich zur Ausübung des Arbeitgeber-Weisungsrechts ermächtigt (§ 185 BGB analog) wird. Während der Leiharbeitsvertrag nach hier vertretener Auffassung nicht als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte angesehen werden kann, stehen dem Entleiher – ungeachtet der Frage, ob eine Haftung kraft Sonderverbindung anzuerkennen ist - Schadensersatzansprüche nach den überkommenen Grundsätzen der sogenannten Drittschadensliquidation zu. Dies gilt jedoch nur im Falle der Schlechtleistung, nicht aber im Falle der Nichtleistung, weil es hier an einer „Schadensverlagerung“ fehlt. Da dem Entleiher im Falle der schuldhaften Nichtleistung des Leiharbeitnehmers indes nicht zwangsläufig Ansprüche gegen den Verleiher zustehen, besteht bei der bloßen Ermächtigung zur Ausübung des Direktionsrechts eine gewisse Haftungslücke. Um diese Lücke zu schließen, begreift die wohl herrschende Literaturlauffassung den Leiharbeitsvertrag grundsätzlich als echten Vertrag zugunsten des Entleihers. Nach hier vertretener Auffassung kann jedoch im Zweifel nicht davon ausgegangen werden, dass der Leiharbeitnehmer dem Entleiher einen eigenen Anspruch auf die Arbeitsleistung zuwenden möchte. Mit Blick auf § 613 S. 2 BGB ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Zustimmung des Leiharbeitnehmers im Zweifel darauf beschränkt, dass der Entleiher zur Ausübung des Direktionsrechts ermächtigt wird. Soll dem

Entleiher auch der Anspruch auf die Arbeitsleistung verschafft werden, so ist dies deutlich zu machen.

In jedem Fall kommen dem Leiharbeitnehmer auch im Verhältnis zum Entleiher bei einer Schädigung die Grundsätze über die Arbeitnehmer-Haftungsprivilegierung zugute.

Im umgekehrten Fall einer Schädigung des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher ist der Überlassungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung für den Leiharbeitnehmer anzusehen.

Soweit in der Literatur eine Haftung kraft Sonderverbindung anerkannt wird, wird das Verhältnis von Entleiher und Leiharbeitnehmer ganz überwiegend als derartige Sonderverbindung angesehen. Aufgrund der erheblichen Intensität der wechselseitigen Einwirkungsmöglichkeiten muss es geradezu als Paradefall einer Sonderverbindung gelten. Mithilfe der haftungsrechtlichen Sonderverbindung lassen sich Schadensersatzansprüche zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer bei Schutzpflichtverletzungen zwanglos bejahen.

Nach hier vertretener Auffassung ist zur Begründung der haftungsrechtlichen Sonderverbindung der Lehre Pickers zu folgen, die sämtliche Schadensersatzansprüche auf den übergeordneten Grundsatz des „neminem laedere“ zurückführt. Nach dieser Auffassung lassen sich eigene Schadensersatzansprüche des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer schlüssig begründen, ohne dass es des „Kunstgriffs“ bedarf, den Leiharbeitsvertrag als echten Vertrag (§ 328 BGB) zugunsten des Entleihers anzusehen.

Eine besondere Problematik im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung bildet der Arbeitskampf, der sowohl den Betrieb des Verleihers als auch den des Entleihers treffen kann.

Ist der Verleiherbetrieb von einem Arbeitskampf betroffen, so darf sich der Leiharbeitnehmer an diesem beteiligen. Kann der Verleiher infolgedessen dem Entleiher keinen Leiharbeitnehmer überlassen, so verliert er seinen Anspruch auf die Überlassungsvergütung. Ob er sich zugleich schadensersatzpflichtig macht, erscheint nach hier vertretener Auffassung sehr zweifelhaft, kann aber – als rein arbeitskampfrechtliche Problematik - im Rahmen dieser Bearbeitung keiner endgültigen Lösung zugeführt werden.

Kommt es im Entleiherbetrieb zu einem Arbeitskampf, so steht dem Leiharbeitnehmer kein Streikrecht zu, doch kann er nach § 11 Abs. 5 AÜG die Arbeit im Entleiherbetrieb verweigern, um nicht gegen seinen Willen als Streikbrecher eingesetzt zu werden. Verweigert er die Arbeitsleistung und kann er nicht in zumutbarer Weise anderweitig eingesetzt werden, so verliert er seinen Entgeltanspruch ebenso wie der Verleiher seinen Anspruch auf die Überlassungsvergütung. Auch hier gilt jedoch, dass den Verleiher keine Schadensersatzpflicht nach §§ 280, 283 BGB trifft. Ist der Leiharbeitnehmer demgegenüber zur Arbeit bereit, kann aber nicht eingesetzt werden, so gerät sein Arbeitgeber (Verleiher) in Annahmeverzug und bleibt zur Entgeltzahlung verpflichtet. Zugleich behält er jedoch seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Entleiher.