



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Das fingierte Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 AÜG“

Dissertation vorgelegt von Jochen Seier

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels
Zweitgutachter: Prof. Dr. Mark Lembke

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Arbeitsverhältnisse entstehen im Rahmen der Privatautonomie gewöhnlich durch einen Vertragsschluss zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Nur in seltenen Fällen ordnet das Gesetz das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses an. Ein solcher Fall findet sich unter anderem in § 10 Abs. 1 AÜG, wonach ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher entsteht, falls der Verleiher unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Obwohl die mit der Anordnung eines Arbeitsverhältnisses verbundenen Fragen dogmatisch interessant und praktisch relevant sind, fehlt bislang eine umfassende wissenschaftliche Abhandlung zu den Auswirkungen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung. Dies gab Anlass zu der hier vorliegenden Dissertation, die aufgrund der Erweiterung des Tatbestandes des § 10 Abs. 1 AÜG durch die AÜG-Reform 2017 zusätzlich an Aktualität gewinnt. Die Neuregelungen sind dann auch, soweit bereits möglich, berücksichtigt.

Das auf die Einleitung folgende **zweite Kapitel** dieser Arbeit widmet sich den historischen Grundlagen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Ausgehend von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die 1967 erstmals in der Bundesrepublik Deutschland die Arbeitnehmerüberlassung zuließ, werden die Probleme des sich entwickelnden Marktes für Arbeitnehmerüberlassung und die Lösungsansätze des Gesetzgebers dafür nachvollzogen. Dabei zeigt sich, dass der Gesetzgeber den Schutz der Marktteilnehmer inklusive der Leiharbeiter durch eine staatliche Überprüfung der Verleiher bewerkstelligen wollte. Deutlich zeigt sich das an dem umfangreichen gewerberechtlichen Teil des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Der ordnungswidrigkeitenrechtliche und der arbeitsrechtliche Teil des Gesetzes, inklusive des hier interessierenden § 10 Abs. 1 AÜG, dienten hingegen im Wesentlichen dazu, die staatliche Überwachung abzusichern. Die Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG ist deshalb gerade **nicht die zentrale Arbeitnehmerschutznorm** des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Vielmehr dient die Bestimmung allein der Absicherung des Leiharbeitnehmer, falls der Verleiher sich von vorne herein der staatlichen Überprüfung entzieht und deshalb potentiell unzuverlässig ist. In diesen Fällen hielt es der Gesetzgeber für sachgerecht, den Entleiher für die Vergütungsansprüche in die Pflicht zu nehmen. Die subsidiäre Haftung der Entleiher hatte zudem den Vorteil, dass dadurch indirekt der Druck auf die Verleiher erhöht wurde, sich der staatlichen Überprüfung zu unterziehen. Der Entleiher haftete schließlich nur, wenn der Verleiher nicht über die Verleiherlaubnis verfügte.

Weniger eindeutig ist der Befund hinsichtlich der gewählten **Regelungstechnik**. Es ist heute nicht mehr rekonstruierbar, was den Gesetzgeber im Falle unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung zum vollständigen Austausch des Arbeitgebers veranlasste. Eindeutige Vorteile des Austausches sind nicht erkennbar. So wäre die subsidiäre Haftung des Entleihers für die Vergütungsansprüche des Leiharbeitnehmers auch mittels einer selbstschuldnerischen Bürgschaft erreichbar gewesen. Die bloße Mithaftung des Entleihers hätte zudem den hauptverantwortlichen Verleiher in der Haftung belassen, der nach dem gesetzlichen Regelungskonzept von den Rechtsfolgen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung erstaunlich wenig betroffen wird.

Das Kapitel schließt mit einem Überblick über die verschiedenen **Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes** inklusive der aktuellen Reform zum 01.04.2017. Dabei wird deutlich, dass die Vorschrift des § 10 Abs. 1 AÜG nicht europarechtlich determiniert ist, da die Leiharbeitsrichtlinie keine entsprechenden Vorgaben enthält. Weiter zeigt sich, dass der Tatbestand des § 10 Abs. 1 AÜG bis zur AÜG-Reform 2017 unverändert geblieben ist und nun erstmals um die Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer, der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung und dem Kettenverleih erweitert wird.

Im **dritten Kapitel** geht es um den **Tatbestand** des § 10 Abs. 1 AÜG. Ursprünglich war die Fiktion allein im Falle unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung anwendbar, was dem im zweiten Kapitel herausgearbeiteten Gesetzeszweck entsprach. Der Tatbestand war danach an sich klar umrissen, es kam allein auf die Frage an, ob der Verleiher über den ihn begünstigenden Verwaltungsakt „Verleiherlaubnis“ verfügte oder nicht. Größere Schwierigkeiten bei der Anwendung des Tatbestandes des § 10 Abs. 1 AÜG bereitet der Praxis denn auch die **Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes**, insbesondere des Werk- bzw. Dienstvertrages. Diese Abgrenzung war immer wichtiger geworden, nachdem sich in verschiedenen Branchen der Trend abzeichnete, einzelne Tätigkeiten vollständig fremd zu vergeben, anstatt fremdes Personal im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung einzusetzen. Durch die Fremdvergabe im Rahmen eines Werkvertrages kann die Geltung der vergleichsweise strengen Vorgaben des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, inklusive der Regelung des § 10 Abs. 1 AÜG, verhindert werden, die nur auf Arbeitnehmerüberlassung anwendbar sind. Nach der überzeugenden Rechtsprechung des BAG kann die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aber nicht allein deshalb ausscheiden, weil Ver- und Entleiher einen Werkvertrag vereinbart haben. Vielmehr richtet sich das anzuwendende Recht nach der tatsächlich praktizierten Form des Fremdpersonaleinsatzes. Die Untersuchung macht deutlich, dass dabei in der Praxis erhebliche Unsicherheiten bestehen, da bislang keine eindeutigen Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, was ob der Vielgestaltigkeit möglicher Werkverträge vorerst auch nicht zu erwarten ist. So ist es auch dem Gesetzgeber im Rahmen der jüngsten AÜG-Reform nicht gelungen, überzeugende Vermutungsregeln zu entwickeln, weshalb das Vorhaben solche zu normieren schließlich fallengelassen wurde. Die Abgrenzung vollzieht sich daher, wie die herrschende Meinung zu Recht annimmt, nach einer wertenden Gesamtbetrachtung.

Im Anschluss an die Überlegungen zum ursprünglichen Tatbestand des § 10 Abs. 1 AÜG werden die **Neuregelungen durch die AÜG-Reform 2017** vorgestellt. Dabei zeigt sich, dass alle neuen Tatbestände das ursprüngliche Konzept der subsidiären Absicherung der staatlichen Überwachung aufgeben. Sowohl die Anknüpfung an einen **Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer** als auch an die **verdeckte Arbeitnehmerüberlassung** führen nämlich selbst dann zur Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG, wenn der Verleiher über die notwendige Verleiherlaubnis verfügt, staatlicherseits also für zuverlässig genug befunden wurde. Sanktioniert werden also einzelne vom Gesetzgeber für besonders gravierend erachtete Verstöße gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Die Untersuchung kommt zu dem Schluss, dass sich die Sanktion einzelner gewerberechtlicher Verstöße nicht in das Konzept des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes einfügt, da die ausgewählten Verstöße mehr oder minder willkürlich erscheinen. Hinzu kommt, dass der Leiharbeiter durch die Neuregelungen ein Stück weit „verobjektiviert“ wird, da er zum Sanktionsobjekt einer für das deutsche Recht atypischen Privatstrafe wird. Daran ändert die Tatsache nichts, dass es möglicherweise häufig im Interesse des Leiharbeiters liegen wird, ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu begründen. Darüber hinaus geht die Regelung zur verdeckten Arbeitnehmerüberlassung von der falschen Prämisse aus, Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines sog. Scheinwerkvertrages mit Verleiherlaubnis entspreche wertungsmäßig Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines Scheinwerkvertrages ohne Verleiherlaubnis, ein Scheinwerkvertrag lasse also immer auf verwerfliches Handeln von Ver- und Entleiher schließen. Dieser Ausgangspunkt ist jedoch ob der schwierigen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen des Drittpersonaleinsatzes nicht überzeugend. Es ist nicht verwerflich, wenn sich Ver- und Entleiher mittels der staatlichen Überprüfung im Rah-

men des Erlaubnisverfahrens gegen eine Fehleinschätzung hinsichtlich der tatsächlich praktizierten Form des Fremdpersonaleinsatzes schützen. Dem Leiharbeitnehmer steht nach Erteilung der Verleiherlaubnis ein Vertragspartner gegenüber, dem der Staat grundsätzlich Arbeitnehmerüberlassung erlaubt hat. Wertungsmäßig ist ein Irrtum über die tatsächlich praktizierte Art des Fremdpersonaleinsatzes bei grundsätzlicher Zuverlässigkeit des Verleihers jedoch etwas anders als die wegen Fehlens der Erlaubnis generell zu unterstellende Unzuverlässigkeit des Verleihers.

Ebenso wenig überzeugen die neuen **Regelungen zum Kettenverleih**, der nach der Reform insgesamt als unzulässig eingestuft wird und im Regelfall zu einem Arbeitsverhältnis mit dem letzten Entleiher in der Kette führt. Insoweit kann bereits die Grundannahme, Kettenverleih sei nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes nicht zulässig, nicht überzeugen. Hinzu kommt, dass die gesetzliche Neuregelung die Interessen des ersten Verleihers überhaupt nicht berücksichtigt, der seinen Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Anordnung verliert, obwohl er möglicherweise gar nicht gegen das Gesetz verstoßen hat. Überzeugender wäre insoweit eine Orientierung an den jeweiligen Verhältnissen im Dreiecksverhältnis zwischen Ver- und Entleiher sowie dem Leiharbeitnehmer gewesen. Die Arbeit zeigt auf, dass dadurch alle schutzwürdigen Belange der Leiharbeitnehmer hätten gewahrt werden können.

Im Anschluss an die neuen Tatbestände wird die neu eingeführte Möglichkeit einer sog. **Festhaltenserklärung** durch den Leiharbeitnehmer erörtert, wobei erkennbar wird, dass die Möglichkeit der Festhaltenserklärung grundgesetzlich allenfalls teilweise geboten war und dass die Ausgestaltung der Regelung insgesamt verunglückt ist. Der Leiharbeitnehmer wird insbesondere im Falle von unerlaubter oder verdeckter Arbeitnehmerüberlassung nur selten rechtzeitig erkennen, dass die Monatsfrist zur Ausübung der Festhaltenserklärung zu laufen begonnen hat. Da die wirksame Abgabe der Festhaltenserklärung zudem höchst aufwändig ist, wird sie beim Bemerkten des Eintritts der Fiktion häufig nicht mehr möglich sein, so dass die Festhaltungsmöglichkeit in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung praktisch wirkungslos bleiben dürfte.

Das **vierte und ausführlichste Kapitel** beschäftigt sich mit den **Rechtsfolgen des § 10 Abs. 1 AÜG**. Dabei wird zunächst die Wirkweise der Fiktion näher betrachtet. Es zeigt sich, dass das Gesetz einen Arbeitsvertrag mit dem Entleiher fingiert, der zu einem vollwertigen Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers mit dem Entleiher nach der Zwei-Komponenten-Lehre des BAG noch fehlt, da der Leiharbeitnehmer bei Arbeitnehmerüberlassung bereits in den Betrieb des Entleihers eingegliedert ist.

Es folgen Überlegungen zur richtigen **Zuordnung des Leiharbeitnehmers** bei zunächst unbemerktem Eintritt der Fiktion und einer Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei weiteren Entleihern. Schwierigkeiten bereitet insoweit, dass der Wortlaut des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG an die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 Var. 2 AÜG anknüpft. Sofern die Fiktion bereits einmal eingetreten ist, besteht jedoch kein Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher mehr. Ein solches Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher wird auch nicht konkludent begründet, da Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht bewusst ist, dass sie ein neues Arbeitsverhältnis begründen müssen und es deshalb an einer entsprechenden Willensbetätigung fehlt. Da es wertungsmäßig jedoch nicht überzeugen könnte, wenn keine Arbeitsverhältnisse mit weiteren Entleihern zustande kommen könnten, ist über § 625 BGB ein weiteres Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher zu begründen, wenn der Leiharbeitnehmer trotz Eintritt der Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG weiterhin für den Verleiher tätig wird. Aufgrund der Son-

dersituation bei Arbeitnehmerüberlassung ist dabei ein Widerspruch gegen die Weiterarbeit durch den Verleiher bereits im Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers unwirksam.

Sodann wird untersucht, ob der Betriebsrat des Entleiher einer Weiterbeschäftigung des Leiharbeitnehmers nach Eintritt der Fiktion widersprechen darf. Im Ergebnis steht dem **Betriebsrat ein Widerspruchsrecht** nur zu, wenn der Entleiher den Leiharbeitnehmer bewusst illegal entleiht, um die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung zu umgehen. Insbesondere in Fällen der unbemerkten illegalen Arbeitnehmerüberlassung kann der Betriebsrat dem Einsatz des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb hingegen nicht widersprechen. Andernfalls dürfte der Entleiher seinen neuen Arbeitnehmer nicht beschäftigen, obwohl der Entleiher auf das Entstehen des Arbeitsverhältnisses keinen Einfluss hatte.

Hinsichtlich des **Inhalts des fingierten Arbeitsvertrages** strebt das Gesetz eine möglichst reibungslose Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleiher an. Angeordnet wird daher, dass soweit wie möglich, die Bestimmungen im Entleiherbetrieb für vergleichbare, zum selben Zeitpunkt eingetretene Stammarbeitnehmer gelten. Besondere Bestimmungen bestehen zum Schutz der privaten Lebensumstände des Leiharbeitnehmers nur hinsichtlich der Arbeitszeit und dem Arbeitsentgelt. Das Gesetz garantiert dem Leiharbeitnehmer insoweit, dass er nicht mehr arbeiten muss als mit dem Verleiher vereinbart. Außerdem muss der Entleiher dem Leiharbeitnehmer mindestens so viel bezahlen wie der Verleiher, was aufgrund des nach wie vor niedrigen Vergütungsniveaus der Zeitarbeitsbranche jedoch selten zum Tragen kommt. Hinsichtlich dieser Bestimmungen sind jedoch abweichende Vereinbarungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zulässig, so dass eine vollständige Angleichung an die Bestimmungen des Entleiherbetriebes möglich ist.

Als reguläres Arbeitsverhältnis kann das fingierte Arbeitsverhältnis nach den **allgemeinen Regelungen beendet** werden. Besonderheiten bestehen allerdings im Hinblick auf eine mögliche Befristung. Nach § 10 Abs. 1 S. 2 AÜG ist das fingierte Arbeitsverhältnis befristet, sofern der Einsatz des Leiharbeitnehmers beim Entleiher nur befristet vorgesehen war und beim Entleiher ein Sachgrund für den nur befristeten Einsatz besteht. Eine sachgrundlose Befristung des fingierten Arbeitsverhältnisses scheidet dagegen aus. Da es an einem ausreichenden Sachgrund häufig fehlt, ist die Frage nach der **Anwendbarkeit des § 17 S. 1 TzBfG** von großer praktischer Bedeutung. Teilweise wird die Anwendbarkeit mit dem Argument bestritten, wenn es an einem Sachgrund fehle, bestehe kein unwirksam befristetes Arbeitsverhältnis, sondern ein unbefristetes. Überzeugender ist indes von einem unwirksam befristeten Arbeitsverhältnis auszugehen. Die Situation des Leiharbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund befristet fingiert wird, unterscheidet sich nicht grundlegend von der eines Stammarbeitnehmers der ohne Sachgrund unwirksam befristet eingestellt wird. Für beide bildet das Ausscheiden beim Arbeitgeber eine Zäsur, die es ihnen ermöglicht, zu entscheiden, ob sie gegen die Beendigung ihres Einsatzes vorgehen wollen. Es ist daher im Hinblick auf die Dispositionsmöglichkeiten des Entleiher gerechtfertigt, auch vom Leiharbeitnehmer eine Entfristungs- bzw. Beschäftigungsklage innerhalb von drei Wochen nach Ausscheiden zu verlangen. Andernfalls gilt das fingierte Arbeitsverhältnis nachträglich als wirksam befristet. Keine Besonderheiten bestehen im Hinblick auf den **Kündigungsschutz**. Wichtig ist jedoch, dass der Entleiher seinen Kündigungsschutz nicht vom Verleiher mitbringen kann und, dass Einsatzzeiten vor Eintritt der Fiktion nicht auf die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG. angerechnet werden, auch wenn der Leiharbeitnehmer bereits zuvor für den Entleiher tätig war.

Da der Entleiher das fingierte Arbeitsverhältnis nur in seltenen Fällen von sich aus anerkennen wird, ist die **gerichtliche Durchsetzbarkeit** von großer Bedeutung. In der Rechtsprechung des BAG ist denn auch seit langem anerkannt, dass der Leiharbeitnehmer das Bestehen eines fingierten Arbeitsverhältnisses feststellen lassen kann. Dabei trägt allerdings der Leiharbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast, obwohl ihm der Inhalt der Vereinbarungen zwischen Ver- und Entleiher, die das BAG bei der Entscheidung heranzieht, nur selten bekannt sind. Zwar gelten diesbezüglich die Grundsätze der sekundären Darlegungs- und Beweislast, sofern es dem Leiharbeitnehmer gelingt, Indizien für Arbeitnehmerüberlassung darzulegen und ggf. zu beweisen. Trotzdem besteht für den Leiharbeitnehmer aber ein nicht unerhebliches Prozessrisiko, da die Entscheidung der Arbeitsgerichte im Grenzbereich von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung nur schwer prognostizierbar ist. Der Gesetzgeber hat jedoch trotz entsprechender Vorschläge auf die Normierung einer Beweislastumkehr zugunsten des Leiharbeitnehmers verzichtet.

Die Ansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher **verjähren** nach allgemeinen Grundsätzen, wobei die Verjährungsfrist allerdings erst mit Ausscheiden beim Entleiher beginnt. Im Regelfall steht die **Verwirkung** möglichen Ansprüchen des Leiharbeitnehmers nicht entgegen. Eine wichtige Ausnahme besteht allerdings hinsichtlich des Anspruchs auf tatsächlich Beschäftigung. Gemäß den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Arbeitsrechts, die in §§ 4, 7 KschG, § 17 S. 1 TzBfG zum Ausdruck kommen, muss für den Arbeitgeber innerhalb kurzer Frist Klarheit herrschen, ob der Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangt oder nicht. Dasselbe gilt auch hinsichtlich des fingierten Arbeitsverhältnisses. Der Entleiher würde in seinen Dispositionsmöglichkeiten zu sehr eingeschränkt, wenn er ggf. noch Jahre später damit rechnen müsste, dass sich frühere Leiharbeitnehmer bei ihm einklagen. Ähnlich wie im Falle der unwirksamen Befristung ist deshalb vom Leiharbeitnehmer auch im Fall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu verlangen, dass er regelmäßig innerhalb von drei Wochen nach Ausscheiden beim Entleiher Klage erhebt, sofern er ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher geltend machen möchte. Unterbleibt eine Klage, überwiegt die Schutzwürdigkeit des Entleihers und der Leiharbeitnehmer kann im Regelfall nur noch Ansprüche aus seiner Einsatzzeit beim Entleiher durchsetzen.

Schwierige Probleme ergeben sich, wenn die Parteien den **Eintritt der Fiktion zunächst nicht bemerken** und der Leiharbeitnehmer sich deshalb vom Verleiher bei weiteren Entleihern einsetzen lässt. Das Gesetz beinhaltet zur Lösung solcher Fälle nur rudimentäre Regelungen, da das gesetzliche Konzept auf ein sofortiges Bemerkens der Fiktion ausgerichtet ist, wie vor allem auch die neuen Regelungen zur Festhaltensklärung zeigen. Entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers bleibt der Eintritt der Fiktion praktisch häufig unbemerkt, vor allem im Grenzbereich zu den Werkverträgen. Dann stellt sich insbesondere die Frage, ob der Leiharbeitnehmer vom Verleiher erhaltene Vergütung behalten darf oder nach Bereicherungsrecht herausgeben muss, weil das Arbeitsverhältnis unwirksam ist. Im Ergebnis besteht zwar zu Recht Einigkeit darüber, dass der Leiharbeitnehmer keine **Vergütung** zurückzahlen muss. Die dogmatische Begründung für das **Behaltendürfen** ist jedoch strittig. Teilweise wird argumentiert, zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bestehe nach Unwirksamwerden des Arbeitsverhältnisses ein sog. faktisches Arbeitsverhältnis fort, weshalb der Verleiher auf eine eigene Schuld leiste. Diese Auffassung steht jedoch im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber eindeutig gewollten Zuordnung des Leiharbeitnehmers zu nur einem Arbeitgeber. Außerdem wären dann die Bestimmungen des § 10 Abs. 2 und 3 AÜG überflüssig. Überzeugender ist daher die Lösung des BGH, der davon ausgeht, der Verleiher zahle auf die für ihn fremde Schuld des

Entleiher, die im Umfang der geleisteten Zahlung erlösche. Auf diese Weise kann zudem unnötiges Hin- und Herzahlen vermieden werden, da im Verhältnis Ver- und Entleiher die gegenseitigen Bereicherungsansprüche verrechnet werden können. Gerechtfertigt wird die Annahme einer entsprechenden Tilgungsbestimmung des Verleihers durch die überwiegende Schutzwürdigkeit des Leiharbeitnehmers im Drei-Personen-Verhältnis zwischen Ver- und Entleiher sowie dem Leiharbeitnehmer.

Das **fünfte Kapitel** nimmt die bis dahin gewonnenen Erkenntnisse zum Anlass die **Verfassungsmäßigkeit des § 10 Abs. 1 AÜG** zu untersuchen. Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die bisherige Regelung verfassungsgemäß ist. Sie bedeutet zwar einen tiefen Eingriff in die **Arbeitsvertragsfreiheit von Entleiher und Leiharbeitnehmer**, da diese aufgrund der gesetzlichen Anordnung nicht mehr selbst entscheiden können, mit wem sie ein Arbeitsverhältnis eingehen. Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt durch den Zweck, die staatliche Überwachung des Marktes für Zeitarbeit und den Schutz des Leiharbeitnehmers sicherzustellen. Entscheidend ist dabei, dass für alle Beteiligten der Eintritt der Fiktion durch Einholung bzw. Überprüfung der Verleiherlaubnis sicher verhindert werden kann. Hinsichtlich der Neuregelungen geht es jedoch, wie dargestellt, nicht um die Absicherung der staatlichen Aufsicht oder den Schutz des Leiharbeitnehmers, sondern letztlich um die Sanktionierung von gewerberechtiglichen Verstößen durch Ver- und Entleiher. Entsprechend ist zweifelhaft, ob auch darin ein ausreichender Zweck liegt, der einen Eingriff in die Vertragsfreiheit von Leiharbeitnehmer und Entleiher rechtfertigt. Erschwerend kommt bei einer Anknüpfung an verdeckte Arbeitnehmerüberlassung hinzu, dass aufgrund der unsichereren Abgrenzung zum Werkvertrag für keinen Beteiligten im Vorhinein sicher erkennbar ist, ob die Fiktion eintritt oder nicht. Der Eingriff wird aus Sicht des Leiharbeitnehmers durch die Möglichkeit zur Festhaltungserklärung zwar abgemildert. Wie dargelegt, wird diese aber aufgrund des Fristablaufs häufig nicht mehr möglich sein, wenn der Leiharbeitnehmer den Eintritt der Fiktion bemerkt. Insgesamt ist deshalb vor allem die Verfassungsmäßigkeit des § 9 Nr. 1a i. V. m. § 10 Abs. 1 AÜG fraglich, so dass abzuwarten bleibt, ob das Bundesverfassungsgericht annimmt, die Regelung sei von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers noch gedeckt.

Im **sechsten Kapitel** hält die Arbeit als **Fazit** fest, dass das gesetzliche Regelungskonzept zu sehr auf sofortiges Bemerkten der Fiktion ausgerichtet ist und nur für diesen Fall überzeugende Regelungen trifft. Sobald die Fiktion über längere Zeit unbemerkt bleibt, stellen sich hingegen schwierige Rückabwicklungsfragen, zu deren Lösung das Gesetz nur rudimentäre Vorgaben enthält. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses steht zudem vor der Schwierigkeit, dass es faktisch kaum möglich ist, den Entleiher zur Durchführung eines gelebten Arbeitsverhältnisses zu zwingen. Aus dem fingierten Arbeitsverhältnis resultieren in der Praxis daher häufig allenfalls Zahlungsansprüche. Weil es darüber hinaus aufgrund der beim Leiharbeitnehmer liegenden Beweislast und der Unsicherheiten bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes vergleichsweise risikoreich ist, ein fingiertes Arbeitsverhältnis gerichtlich durchzusetzen, geschieht das in der Praxis selten.

Überzeugender wäre es daher, anstelle der Fiktion eine **selbstschuldnerische Bürgschaft des Entleihers** für die Vergütung des Leiharbeitnehmers während Einsatzzeiten beim Entleiher anzuordnen. Dies würde die Ansprüche des Leiharbeitnehmers auch bei unzuverlässigen Verleihern hinreichend absichern. Zudem hätte eine bloße Mithaftung des Entleihers den Vorteil, dass der ebenfalls verantwortliche Verleiher in der Haftung bliebe, der nach der bisherigen Regelung im Falle illegaler Arbeitnehmerüberlassung kaum Konsequenzen fürchten muss. Zur besseren Durchsetzbarkeit von Ansprüchen aus illegaler Arbeitnehmerüberlassung gegen

Ver- und Entleiher sollte zudem eine **Beweislastumkehr zugunsten des Leiharbeitnehmers** eingeführt werden. Ein ausformulierter Regelungsvorschlag rundet dieses Kapitel ab.

Die Arbeit schließt im **siebten Kapitel** mit einer Präsentation der **wesentlichen Ergebnisse in Thesenform**.