

Johanna Keil

Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen typengemischter Verträge

Johanna Keil

**Arbeitnehmerüberlassung im
Rahmen typengemischter Verträge**

Johanna Keil

**Arbeitnehmerüberlassung im
Rahmen typengemischter Verträge**

Tectum Verlag

Johanna Keil
Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen typengemischter Verträge

Zugl. Diss. Universität Passau 2022

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022
ePDF 978-3-8288-7931-7
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4817-7 im Tectum Verlag erschienen.)

Gesamtverantwortung für Herstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

*Doris, Erhard, Alexander,
Christopher*

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat im Mai 2022 die vorliegende Arbeit als Dissertationsleistung angenommen. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand Februar 2022 und wurde bis Juli 2022 kursorisch aktualisiert.

Besonders danken möchte ich meinem Doktorvater Professor Dr. Frank Bayreuther, der durch mein Schwerpunktstudium und durch meine Arbeit an seinem Lehrstuhl meine Begeisterung für das Arbeitsrecht geweckt hat, die ich mir bis heute beibehalten habe. Professor Dr. Frank Bayreuther hat mich stets ermutigt und letztlich davon überzeugt diese Arbeit zu verfassen. Besonders hervorzuheben ist seine engagierte Betreuung während der Promotionszeit, für die ich mich ebenfalls herzlich bedanke.

Professor Dr. Rainer Sieg danke ich herzlich für die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer persönlicher Dank gilt meinen Eltern, die mir eine hervorragende Ausbildung ermöglicht und mich stets bei meinen Entscheidungen auf meinem Lebensweg bis hin zur Promotion unterstützt haben. Meinem Bruder möchte ich von Herzen für die vielen hilfreichen und unterstützenden Gespräche danken. Während des Verfassens dieser Arbeit hat mich zudem mein Freund so selbstverständlich unterstützt, dass ich ihm dafür gar nicht genug danken kann.

Frankfurt am Main, Juli 2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Typengemischte Verträge mit Personalgestaltung	3
A. Typengemischte Verträge im Zivilrecht	3
I. Erscheinungsformen	4
II. Rechtliche Beurteilung im Zivilrecht	6
1. Schwerpunkttheorie	6
2. Kombinationsmethode	7
3. Abweichende Rechtsprechung	8
4. Bewertung	9
B. Typengemischte Verträge mit Personalgestaltung	10
I. Abgrenzung	10
II. Allgemeines	11
III. Beispielsfall: Wet-Lease	13
1. Durchführung von Wet-Lease-Verträgen	16
2. Personelle Organisationsstruktur	17
3. Inhalt des Wet-Lease-Vertrags	20
4. Haftung bei Wet-Lease-Verträgen	21
IV. Zwischenergebnis	23
C. Rechtliche Beurteilung von Mischverträgen mit Personalgestaltung	25
I. Rechtsprechung	25
1. Geprägetheorie des BAG	25
a) Wet-Lease-Verträge	26
b) Sonstige Mischverträge mit Personalgestaltung	28
c) Zwischenergebnis	30

2. Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG	30
3. Abweichende Rechtsprechung	31
4. Bewertung	33
II. Literatur	35
1. Absorptionstheorie	36
2. Übertragung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts	37
III. Rückschlüsse und Bewertung	39
D. Abgrenzung erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung	43
I. Abgrenzungsmerkmale erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung	44
1. Vertragsbeziehungen und Vertragsgegenstand	44
a) Vertragsbeziehungen bei Arbeitnehmerüberlassung	44
b) Gegenstand des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags	46
2. Eingliederung und Weisungsgebundenheit	47
a) Weisungsgebundenheit	48
aa) Arbeitsvertragliches Weisungsrecht	48
bb) Umfang des übertragenen Weisungsrechts	49
cc) Wirkrichtung der Weisungen	49
b) Eingliederung	51
3. Weitere Abgrenzungsmerkmale	53
4. Ausnahmen	54
II. Werkvertrag	55
1. Vertragsgegenstand	55
2. Weisungsgebundenheit	56
a) Werkvertragliches Anweisungsrecht, § 645 BGB	56
b) Sonderfall: Anmaßung von Weisungsbefugnissen	57
c) Festlegung der Anzahl überlassener Arbeitnehmer	58
d) Nutzung von Betriebsmitteln	58
e) Zwischenschalten von Aufsichtspersonen	58
3. Eingliederung	60
4. Garantieübernahme und Haftung	60
5. Vergütung	61
III. Dienstvertrag	61
IV. Rückschlüsse und Bewertung	63
E. Zusammenfassung	64

Zweites Kapitel: Vorgaben des Unionsrechts	67
A. Auslegungsrahmen	67
I. Leiharbeitsrichtlinie	68
II. Definitionsmacht und europarechtskonforme Auslegung	69
III. Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung	72
B. Bestimmung des Anwendungsbereichs der Leiharbeitsrichtlinie	73
I. Wortlautauslegung	73
II. Historische Auslegung	76
III. Systematische Auslegung	78
1. Systematik der Leiharbeitsrichtlinie	78
a) Begriff der Leiharbeit	78
b) Ausnahmen und Beschränkungen des Anwendungsbereichs	80
2. Richtlinienübergreifende Systematik	81
a) Richtlinie 91/383/EWG	82
b) Richtlinie 96/71/EG (Entsenderichtlinie)	83
aa) EuGH, in der Rs. C-307 bis 309/09 (Vicoplus)	85
bb) EuGH, in der Rs. C-586/13 (Martin Meat)	87
3. Rückschlüsse	90
IV. Teleologische Auslegung	92
1. Regelungsziele der Leiharbeitsrichtlinie	93
a) Schutz der Leiharbeitnehmer	93
b) Flexicurity-Grundsatz	95
2. Teleologisches Begriffsverständnis	96
a) Begriff des Leiharbeitnehmers	99
b) Aufsicht und Leitung	99
aa) Abgrenzung von anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes	100
bb) Eingliederung als Beurteilungskriterium?	102
3. Zulässigkeit von Ausnahmen	103
V. <i>Effet utile</i> – Grundsatz der praktischen Wirksamkeit	104
C. Zusammenfassung	107

Drittes Kapitel: Arbeitnehmerüberlassung i.R. typengemischter Verträge 111

A. Mischverträge mit Personalgestaltung als Fall der Leiharbeitsrichtlinie	111
I. Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie	112
II. Weitere Voraussetzungen der Leiharbeitsrichtlinie	115
III. Ausnahme und Beschränkung	116
1. Abweichende nationale Bezeichnung	116
2. Beurteilung der Geprägetheorie	118
IV. Zusammenfassung	120
B. Personalgestaltung i.R.v. Mischverträgen als Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG ...	121
I. Verhältnis zwischen Leiharbeitsrichtlinie und AÜG	122
II. Europarechtskonforme Auslegung des AÜG	123
1. Historie des AÜG	123
a) Arbeitsmarktregulierung und Arbeitnehmerschutz	123
b) Umsetzung europarechtlicher Vorgaben	124
c) Rückschlüsse	124
2. Beurteilung nach dem Wortlaut des AÜG	125
a) Vertragsbeziehungen bei Arbeitnehmerüberlassung	125
b) Vertragsinhalt	126
c) Merkmale der Eingliederung und Weisungsgebundenheit	127
d) Ergebnis	128
3. Systematische Betrachtung	128
a) Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung	128
b) Ausnahmen	129
4. Teleologische Auslegung	130
5. Beurteilung von Mischverträgen mit Personalgestaltung	131
III. Abschließende Beurteilung der Geprägetheorie	132
IV. Zusammenfassung	134
C. Europarechtskonformer Beurteilungsansatz	135
I. Prüfungsreihenfolge	136
II. Erläuterung des europarechtskonformen Beurteilungsansatzes	137
III. Fazit	140
D. Europarechtskonformer Beurteilungsansatz bei Mischverträgen mit Personalgestaltung	141
I. Vorliegen eines Mischvertrags mit Personalgestaltung	141
II. Vertragliche Dreieckskonstellation	141

III. Weisungsgebundenheit	142
IV. Eingliederung	145
V. Zusammenfassung	146
E. Abschließende Bewertung	147
I. Allgemeine Beurteilung der LAG Düsseldorf Entscheidungen	147
II. Beurteilung der Weisungsgebundenheit und Eingliederung	149
1. Weisungsgebundenheit	150
a) Weisung bezüglich Art der Tätigkeit	150
b) Weisung bezüglich Ausübung der Tätigkeit	150
c) Weisungen hinsichtlich Ort und Dauer der Tätigkeit	152
2. Eingliederung	153
3. Beurteilung der Personalplanungshoheit	156
4. Gesamtbetrachtung	158
5. Ergebnis und Abschluss	161
Zusammenfassung	163
Literaturverzeichnis	169
Rechtsprechungsverzeichnis	173

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	Alte Fassung
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25.03.1957 i.d.F. v. 11.07.2012, ABl. L 204, S. 131
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) v. 03.02.1995, i.d.F. v. 13.03.2020, BGBl. I S. 493
AÜGÄndG	Erstes AÜGÄndG: Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.04.2011, BGBl. I, 2011, S. 642; Zweites AÜGÄndG Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017, BGBl. I, 2017, S. 258.
BAG	Bundesarbeitsgericht
Beschl.	Beschluss
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 02.01.2002, i.d.F. v. 25.06.2021, BGBl. I S. 2133
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
ders.	derselbe

Entsenderichtlinie	Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern i.R.d. Erbringung von Dienstleistungen, Abl. L 18 v. 21.01.1997, S. 1, in der geänderten Fassung durch Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern i.R.d. Erbringung von Dienstleistungen, Abl. L 173 vom 9. Juli 2018, S. 16
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992 i.d.F. v. 09.12.2011, ABl. 2012 L 112, S. 21
f. / ff.	folgende / die folgenden
FS	Festschrift
Fluggastrechte-VO	Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, Abl. L 46 v. 17.02.2004, S. 1
Fn.; o. Fn.	Fußnote, oben Fußnote
FW	Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit
GewO	Gewerbeordnung v. 22. Februar 1999, i.d.F. v. 07.07.2021, BGBl. I S. 2363
ggf.	gegebenenfalls
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.R.d./i.R.v./i.R.	im Rahmen des/der/die / im Rahmen von / im Rahmen
i.S.d.	im Sinne des/der/die
i.V.m.	in Verbindung mit
KOM	Mitteilung der Europäische Kommission
LAG	Landesarbeitsgericht
Leiharbeitsrichtlinie	Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. L 327 v. 05.12.2008, S. 9
lit.	Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
OLG	Oberlandesgericht

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
sog.	sogenannte/r/s
u.a.	unter anderem
u.v.m.	und viele/s mehr
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
Urt. v.	Urteil vom
v.	vom
Versäumnisurt.	Versäumnisurteil
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO (EG) 1008/2008	VO (EG) 1008/2008 vom 28. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABl. L 293 vom 31.10.2008, S. 3
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert

