

# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil

<b>Einführung</b>	19
-------------------	----

<b>A. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers</b>	19
<b>B. Gegenstand und Gang der Untersuchung</b>	22

## 2. Teil

<b>Grundlagen</b>	24
-------------------	----

<b>A. Arbeitnehmerüberlassung zwischen Reglementierung und Liberalisierung</b>	24
I. Nationaler Rechtsrahmen	24
II. Einfluss der europäischen Harmonisierung	28
1. Bereits umgesetzte Inhalte	29
2. Umsetzungsbedürftige Inhalte und deren Umsetzung im AÜG	31
3. Notwendigkeit richtlinienkonformer Auslegung	32
<b>B. Anwendungsbereich des AÜG</b>	34
I. Sachlicher Anwendungsbereich	34
II. Abgrenzungen	36
III. Räumlicher Anwendungsbereich	37
<b>C. Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung</b>	38
I. Rechtsbeziehungen bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung	38
1. Überlassungsverhältnis	38
2. Leiharbeitsverhältnis	40
3. Beschäftigungsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	42
a) Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses	43
aa) Kein unmittelbarer Leistungsanspruch des Entleihers auf die Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers	45
(1) Leiharbeitsvertrag als unechter Vertrag zugunsten Dritter	46
(2) Leiharbeitsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	47
bb) Unmittelbarer Leistungsanspruch des Entleihers	48
(1) Konstruktionen echter arbeitsvertraglicher Beziehungen	48
(2) Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter	50

(a)	Übereinstimmung mit dem Willen der Parteien . . . .	50
(b)	Übereinstimmung mit der gesetzlichen Konzeption des AÜG . . . . .	52
(c)	Übereinstimmung mit den §§ 328 ff. BGB . . . . .	53
cc)	Zusammenfassung . . . . .	54
b)	Wesensmerkmale des Beschäftigungsverhältnisses . . . . .	55
aa)	Primärleistungspflichten . . . . .	55
bb)	Weisungsrecht des Entleiher . . . . .	55
cc)	Nebenleistungs- und Schutzpflichten . . . . .	58
(1)	Begründung von Nebenleistungspflichten . . . . .	58
(2)	Begründung von Schutzpflichten . . . . .	59
(3)	Gegenstand der Schutzpflichten im Beschäftigungs- verhältnis . . . . .	61
dd)	Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung . . . . .	62
II.	Rechtsbeziehungen bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	63
1.	Fehlen der Überlassungserlaubnis . . . . .	64
a)	Anfängliches Fehlen der Erlaubnis/Umgehungen durch Schein- dienst- bzw. Scheinwerkverträge . . . . .	64
b)	Nachträgliches Wegfallen der Erlaubnis . . . . .	65
c)	„Nicht nur vorübergehende“ Überlassung . . . . .	66
d)	Gleichzeitiges Vorliegen weiterer Verstöße gegen das AÜG . . . .	69
e)	Abgrenzungen zu nicht erlaubnispflichtigen Konstellationen . . .	70
2.	Rechtsfolgen . . . . .	71
a)	Unwirksamkeitsfolgen nach § 9 Nr. 1 AÜG . . . . .	71
aa)	Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags . . . . .	72
bb)	Unwirksamkeit des Überlassungsvertrags . . . . .	74
b)	Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs. 1 AÜG . . . . .	76
aa)	Inhalt . . . . .	78
bb)	Sonstige Folgen des § 10 AÜG . . . . .	79
cc)	Schicksal des Beschäftigungsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer . . . . .	80
c)	Normzweck der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG . . . . .	81
aa)	Schutz des Leiharbeitnehmers . . . . .	81
bb)	Kontroll- und Sanktionsfunktion . . . . .	82

### 3. Teil

<b>Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung</b>	<b>84</b>
---	-----------

<b>A. Schutz vor Schadensersatzansprüchen des Entleihers</b>	<b>85</b>
I. Durch den Leiharbeitnehmer verursachte Schäden . . . . .	85
1. Verletzung des Integritätsinteresses . . . . .	86

2. Verletzung des Erfüllungsinteresses .....	87
a) Nichtleistung .....	88
aa) Abwicklung eines Schadens aus Nichtleistung in den jeweiligen Vertragsverhältnissen .....	89
(1) Anspruch des Entleihers gegen den Verleiher .....	89
(2) Anspruch des Verleihers gegen den Leiharbeitnehmer ..	91
bb) Ansprüche des Entleihers gegen den Leiharbeitnehmer .....	92
cc) Zusammenfassung .....	93
b) Schlechtleistung .....	94
aa) Mittel des Entleihers .....	95
bb) Abwicklung des Schadens aus Schlechtleistung .....	95
(1) Abwicklung im Beschäftigungsverhältnis .....	96
(2) Lösungsansätze der Gegenauffassungen .....	97
(a) Haftung wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten ..	98
(b) Drittschadensliquidation .....	98
(c) „Schadensliquidation zugunsten Dritter“ .....	100
(d) Haftungslücken .....	100
c) Zwischenergebnis .....	101
II. Haftungsbegrenzung zugunsten des Leiharbeitnehmers .....	102
1. Grundsatz der arbeitsrechtlichen Haftungsbegrenzung .....	102
2. Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung im Beschäftigungs- verhältnis .....	104
III. Ergebnis .....	106
<b>B. Haftung des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer .....</b>	<b>107</b>
I. Haftung des Arbeitgebers für Schäden an Rechtsgütern des Arbeit- nehmers .....	108
II. Haftung des Entleihers für Schäden an Rechtsgütern des Leiharbeit- nehmers .....	109
1. Haftung für Personenschäden .....	109
2. Haftung für Sachschäden .....	110
III. Ergebnis .....	111
<b>C. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers bei Annahmeverzug des Entleihers .....</b>	<b>112</b>
I. Möglichkeit eines Annahmeverzugs des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer .....	113
1. Leistungsansprüche des Entleihers .....	113
2. Angebot der Leistung .....	114
3. Abwicklung im Dreiecksverhältnis .....	115
II. Behandlung des Annahmeverzugs des Entleihers nach den Gegen- positionen .....	116
III. Ergebnis .....	118
<b>D. Schutz vor Diskriminierung und Ungleichbehandlung durch den Entleiher .....</b>	<b>118</b>

I.	Pflichten des Arbeitgebers unter dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz .....	119
1.	Arbeitgeberstellung des Entleihers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG ...	119
2.	Schutz vor Auswahldiskriminierung im Vorfeld der Überlassung...	120
a)	Schutz vor mittelbarer Auswahldiskriminierung durch den Entleiher .....	120
b)	Rechtfertigung einer Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG....	121
3.	Schutz vor Diskriminierung im Entleiherbetrieb während der Überlassung .....	124
II.	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	125
1.	Anknüpfungspunkt der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern durch den Entleiher .....	126
2.	Anwendungsbereiche des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	128
a)	Leistungen und Gratifikationen .....	128
b)	Zugang zu Betriebseinrichtungen .....	129
c)	Ausübung des Weisungsrechts .....	130
III.	Exkurs: Pflicht des Arbeitgebers zur Berücksichtigung schwerbehinderter Menschen nach § 81 SGB IX .....	131
IV.	Ergebnis .....	132
<b>E.</b>	<b>Schutz vor Mobbing im Entleiherbetrieb</b> .....	133
I.	Rechtliche Erfassung von Mobbing am Arbeitsplatz .....	134
1.	Ansprüche gegen den Handelnden .....	135
2.	Zusätzliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber .....	136
II.	Ansprüche des Leiharbeitnehmers bei Mobbing im Entleiherbetrieb ..	137
III.	Ergebnis .....	138
<b>F.</b>	<b>Erfindungen des Leiharbeitnehmers</b> .....	139
I.	Behandlung von Erfindungen nach dem ArbNErfG .....	139
II.	Stellung des Entleihers als Arbeitgeber im Sinne des ArbNErfG nach § 11 Abs. 7 AÜG .....	140
1.	Anwendbarkeit des § 11 Abs. 7 AÜG auf freie Erfindungen .....	141
2.	Arbeitgeberstellung des Verleihers .....	142
III.	Ergebnis .....	143
<b>G.</b>	<b>Zusammenfassung</b> .....	143

#### 4. Teil

<b>Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung</b>	146
---	-----

<b>A.</b>	<b>Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entstehen eines fingierten Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 Abs. 1 AÜG</b> .....	147
I.	Interessenlage beim fingierten Arbeitsverhältnis .....	149
1.	Typische Interessenlage .....	149
2.	Atypische Interessenlage .....	149

II. Verfassungsrechtliche Dimension der gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 AÜG .....	152
1. Eingriff in einen grundrechtlich geschützten Bereich .....	152
a) Bestimmung der betroffenen Schutzbereiche .....	152
aa) Privatautonomie im Arbeitsrecht .....	153
(1) Bereichsspezifischer Schutz durch Art. 12 GG .....	153
(a) Wechsel in der Person des Arbeitgebers .....	155
(b) Änderung der Arbeitsbedingungen .....	157
(2) Konkludente Billigung eines Vertragsverhältnisses durch den Leiharbeitnehmer? .....	158
(3) Qualifikation einer Schutznorm als Eingriffsnorm .....	160
bb) Menschenwürde des Arbeitnehmers .....	161
b) Eingriff .....	163
c) Zwischenergebnis zum Eingriff in einen grundrechtlich geschützten Bereich .....	164
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	164
a) Legitimer Gemeinwohlzweck .....	165
aa) Schutz illegal überlassener Leiharbeitnehmer .....	165
bb) Sanktion und Prävention illegaler Arbeitnehmerüberlassung .....	166
b) Verhältnismäßigkeit .....	167
aa) Geeignetheit .....	167
bb) Erforderlichkeit .....	167
cc) Angemessenheit .....	169
(1) Bestehende Möglichkeiten der Loslösung vom fingierten Arbeitsverhältnis .....	169
(2) Gegenüberstellung der abzuwägenden Rechtsgüter .....	171
(a) Arbeitsvertragsfreiheit des illegal überlassenen Leiharbeitnehmers .....	171
(b) Schutz des illegal überlassenen Leiharbeitnehmers durch § 10 Abs. 1 AÜG .....	171
(aa) Verfassungsrang des Arbeitnehmerschutzes .....	172
(bb) Verfassungsrang des durch § 10 Abs. 1 AÜG bezweckten Leiharbeitnehmerschutzes .....	175
(c) Zwischenergebnis .....	176
(3) Abstrakte Abwägungskriterien .....	177
(a) Schutz des Arbeitnehmers vor fremdbestimmtem Arbeitnehmerschutz .....	178
(aa) Entwicklung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang .....	179
(bb) Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips .....	183
(b) Grenzen der Selbstbestimmung: Selbstschädigung und Schädigung Dritter .....	187
(c) Abwägungsleitlinie: <i>In dubio pro Selbstbestimmung</i> .....	188
(4) Abwägung im konkreten Fall .....	190

c) Zwischenergebnis zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs .....	192
3. Verfassungskonforme Auslegung .....	193
a) Grenzen und Vorgaben der verfassungskonformen Auslegung ..	194
aa) Normtext als Grenze der verfassungskonformen Auslegung ..	194
bb) Normzweck als Grenze der verfassungskonformen Auslegung .....	194
(1) Gefährdung des Normzwecks .....	195
(2) Eröffnung eines Missbrauchspotentials (durch Einflussnahme des Entleihers auf den Leiharbeitnehmer).....	196
cc) Vorgaben durch höherrangiges Recht: Erfordernis von effektiven Sanktionsnormen gemäß Art. 10 der Leiharbeitsrichtlinie .....	197
dd) Zwischenergebnis .....	197
b) Entwicklung eines Widerspruchsrechts im Wege der verfassungskonformen Auslegung.....	198
aa) Sinnhaftigkeit eines Widerspruchsrechts als reines Lösungsrecht .....	199
(1) Widerspruchsrecht als Kombination aus Lösungsrecht und Verbleibsrecht .....	200
(2) Sinnhaftigkeit eines Widerspruchsrechts bei Umwandlungsvorgängen im Fall des Erlöschens des übertragenden Rechtsträgers .....	201
bb) Verbleibsmöglichkeit beim Verleiher .....	203
(1) Rechtliche Verbleibsmöglichkeit .....	203
(2) Keine Überwindung des § 9 Nr. 1 AÜG .....	204
cc) Zwischenergebnis .....	205
c) Außerordentliches Kündigungsrecht als rechtliches „Minus“ zum Widerspruchsrecht .....	206
aa) Außerordentlicher Kündigungsgrund .....	207
bb) Vergleich eines hypothetischen Widerspruchsrechts mit einem außerordentlichen Kündigungsrecht.....	209
(1) Unterschiedliche Ausübungsfristen .....	209
(2) Rückwirkung.....	210
(3) Schadensersatzpflicht nach § 628 Abs. 2 BGB .....	211
cc) Zusammenfassung .....	212
d) Zwischenergebnis zur verfassungskonformen Auslegung.....	213
4. Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 AÜG.....	213
III. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers bei fristloser Kündigung des fingierten Arbeitsverhältnisses.....	214
1. Abwicklungsbedürftige Bereiche.....	214
a) Rückständiges Gehalt .....	214
b) Abgeltung von Urlaubsansprüchen .....	215

c) Zeugniserteilung .....	216
d) Sperrzeit nach § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III .....	217
2. Zusammenfassung .....	219
<b>B. Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers im Rahmen des fingierten Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>220</b>
I. Bestimmung des notwendigen Schutzniveaus .....	220
II. Bedingungen des fingierten Arbeitsverhältnisses .....	221
1. Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses .....	222
a) Beginn .....	222
b) Befristung .....	223
c) Beendigung .....	224
2. Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses .....	226
a) Arbeitstätigkeit .....	226
b) Arbeitszeit .....	227
3. Vergütung .....	228
4. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	229
III. Ergebnis .....	230
<b>C. Feststellung des Bestehens bzw. des Nichtbestehens eines fingierten Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>230</b>
I. Feststellung des Bestehens eines fingierten Arbeitsverhältnisses .....	231
1. Allgemeine Feststellungsklage .....	231
2. Negative Feststellungsklage .....	232
II. Verwirkung .....	232
 <i>5. Teil</i> 	
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....</b>	<b>234</b>
I. Grundlegendes .....	234
II. Erlaubte Arbeitnehmerüberlassung .....	234
III. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung .....	238
IV. Fazit .....	242
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>243</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>256</b>