

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Einleitung.....	1
Erster Teil: Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 10 II AÜG	10
§ 1 Einführung.....	11
I. Anwendungsbereich des AÜG	11
1. Räumlicher Anwendungsbereich	11
2. Persönlicher Anwendungsbereich.....	12
a. Leiharbeitnehmer	12
b. Verleiher.....	13
c. Entleiher	14
3. Sachlicher Anwendungsbereich.....	14
4. Ausnahmeregelungen.....	16
II. Dogmatische Einordnung des § 10 II AÜG.....	16
1. § 10 AÜG im System des AÜG	16
2. § 10 II AÜG im Rahmen des Leistungsstörungsrechts.....	18
a. Begriffe Leistungsstörung und Leistungsstörungsrecht.....	18
b. Rechtsfolge Schadensersatz.....	19
III. Zwecke des § 10 II AÜG	21
1. Schutzfunktion.....	21
2. Ausgleichsfunktion.....	21
3. Präventionsfunktion.....	22
4. Sanktionsfunktion.....	23

IV. Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers gegen den Verleiher bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	24
§ 2 Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags gemäß § 9 Nr. 1 AÜG.....	25
I. Voraussetzungen des § 9 Nr. 1 AÜG	26
1. Vertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher.....	26
a. Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung und (Schein-)Werkvertrag	27
b. Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung und (Schein-)Dienstvertrag.....	30
c. Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung und (Schein-)Selbständigkeit.....	31
d. Ergebnis zu 1.	31
2. Fehlen der Erlaubnis gemäß § 1 AÜG	32
a. Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 I AÜG	32
aa. Arbeitgeber als Verleiher	32
bb. Verleih im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit.....	33
cc. Überlassen	34
dd. Vorübergehend.....	35
b. Erlaubnispflicht und Ausnahmen.....	36
c. Fehlen der Erlaubnis	37
d. Ergebnis zu 2.	37
II. Rechtsfolgen des § 9 Nr. 1 AÜG in Hinblick auf den Leiharbeitnehmer	38
1. Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags gemäß § 9 Nr. 1 AÜG	38
2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	39
3. Fiktion gemäß § 10 I 1 AÜG	40

4. Exkurs: Sanktionen.....	41
III. Darlegungs- und Beweislast	42
IV. Ergebnis zu § 2.....	43
 § 3 Keine Kenntnis des Leiharbeitnehmers gemäß § 10 II 2 AÜG von der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags nach § 9 Nr. 1 AÜG	45
I. Kenntnis	45
1. Positive Kenntnis.....	46
2. Bekanntwerden	49
3. Ergebnis zu I.	49
II. Zeitpunkt der positiven Kenntnis	50
1. Entstehen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 10 II AÜG	50
2. Keine Kenntnis bis zum Prozess	51
3. Ergebnis zu II.....	52
III. Darlegungs- und Beweislast	52
IV. Ergebnis zu § 3.....	52
 § 4 Vertrauen des Leiharbeitnehmers auf die Gültigkeit des Leiharbeitsvertrags gemäß § 10 II 1 AÜG	54
I. Gültigkeit des Leiharbeitsvertrags	54
II. Vertrauen auf die Gültigkeit des Leiharbeitsvertrags	54
III. Darlegungs- und Beweislast	55
IV. Ergebnis zu § 4.....	56
 § 5 Kausaler Schaden im Sinne des § 10 II AÜG	57
I. Schaden.....	57
1. Dualistischer Schadensbegriff.....	57
2. Vermögensschaden.....	58

a. Entgangener Gewinn	58
b. Vergebliche Aufwendungen	58
c. Entgeltverlust	59
d. Verlust von entgeltgleichen Leistungen.....	60
e. Kosten der Rechtsverfolgung.....	60
3. Nichtvermögensschaden.....	61
4. Ergebnis zu I.....	61
II. Berechnung des Schadens	61
1. Zeitpunkt der Berechnung.....	61
2. Differenzhypothese	62
3. Normativer Schaden.....	62
4. Konkrete Schadensberechnung	63
5. Abstrakt-normative Schadensberechnung	64
6. Ergebnis zu II.....	64
III. Kausalität.....	65
1. Äquivalente Kausalität.....	65
2. Adäquate Kausalität.....	65
3. Schutzzweck der Norm.....	66
4. Ergebnis zu III.	67
IV. Darlegungs- und Beweislast.....	68
V. Ergebnis zu § 5.....	68
 § 6 Schutzlücken in Hinblick auf die Rechtslage des Leiharbeitnehmers	70
I. Verleihfreie Zeit.....	70
II. Nicht (mehr) nachweisbare Schäden	70
III. Mangelnde Kenntnis der Anspruchsgrundlage § 10 II AÜG	71
IV. Lösungsansatz.....	71

§ 7 Ergebnis zum ersten Teil.....	73
Zweiter Teil: Umfang und Realisierbarkeit des Schadensersatzes gemäß § 10 II 1 AÜG in Verbindung mit §§ 249 ff. BGB..... 76	
§ 8 Einführung.....	77
I. Grundsatz der Naturalrestitution	77
II. Grundsatz der Totalreparation.....	77
III. Windfall profit.....	78
IV. Schadensrechtliches Bereicherungsverbot.....	78
V. Rechtmäßiges Alternativverhalten	80
VI. Mitverschulden des Leiharbeitnehmers gemäß § 254 BGB.....	80
§ 9 Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 10 II AÜG.....	83
I. Begriffe positives und negatives Interesse	83
II. Keine Begrenzung des Vertrauensschadens gemäß § 10 II AÜG auf das positive Interesse.....	84
III. Einfluss des Zeitpunkts der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags gemäß § 9 Nr. 1 AÜG auf den Umfang des Vertrauensschadens gemäß § 10 II AÜG	84
IV. Umfang des Vertrauensschadens gemäß § 10 II AÜG und Checkliste	85
§ 10 Einzelne Schadenspositionen	88
I. Bewerbungskosten.....	88
II. Vorstellungskosten.....	88
III. Vertragsabschlusskosten.....	89
IV. Anschaffungskosten	89
V. Umzugskosten.....	91

VI. Kreditkosten.....	93
VII. Entgeltverlust	94
1. Aufgabe einer anderen Stelle.....	95
2. Ablehnung einer angebotenen anderen Stelle	97
3. Nicht erfüllte Entgeltansprüche des Entleihers bei Fiktion gemäß § 10 I 1 AÜG.....	99
4. Nicht rechtzeitige Geltendmachung des Entgeltanspruchs gegen den Entleiher bei Fiktion gemäß § 10 I 1 AÜG.....	102
5. Verlust von entgeltgleichen Leistungen.....	102
6. Teilverlust von Entgelt im Rahmen der Fiktion gemäß § 10 I 1 AÜG	103
7. Entgeltverlust wegen Insolvenz.....	104
a. Insolvenz des Entleihers bei Fiktion gemäß § 10 I 1 AÜG....	104
b. Insolvenz des Verleiher	104
c. Verlust des Anspruchs auf Insolvenzgeld gemäß § 165 SGB III	105
8. Ergebnis zu VII	105
VIII. Verlust von Anwartschaften und von Abfindung im Kündigungsfall.....	106
1. Verlust von Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung gemäß §§ 1 ff. BetrAVG.....	106
a. Verlust der Anwartschaft beim Verleiher.....	107
b. Entgangener Gewinn gemäß §§ 252, 249 BGB	108
2. Verlust der Abfindung im Kündigungsfall	110
IX. Aufwendungen für Rechtsverfolgung.....	111
1. Aufwendungen für rechtsanwaltliche Beratung und Vertretung.....	111
a. Vorprozessuale Rechtsanwaltskosten.....	112
aa. Erstattungsfähigkeit gemäß § 10 II AÜG	112

bb. Reichweite des § 12a ArbGG	113
(1) Wortlaut des § 12a ArbGG	113
(2) Gebührenanrechnung nach § 118 BRAGO a.F. und § 15a RVG	114
cc. Ergebnis zu a.....	115
b. Prozessuale Rechtsanwaltskosten.....	115
aa. Erstattungsfähigkeit gemäß § 10 II AÜG.....	115
bb. Reichweite des § 12a ArbGG	117
cc. Ergebnis zu b.	118
c. Ergebnis zu 1.	119
2. Verfahrenskosten.....	119
3. Parteikosten des Leiharbeitnehmers.....	119
a. Erstattungsfähigkeit gemäß § 10 II AÜG	120
b. Reichweite des § 12a ArbGG	121
c. Ergebnis zu 3.	121
4. Ergebnis zu IX.....	121
X. Ergebnis zu § 10	122
 § 11 Verhältnis des Schadensersatzanspruchs gemäß § 10 II AÜG zu anderen Anspruchsgrundlagen des Leiharbeitnehmers	124
I. Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB	124
1. Voraussetzungen.....	125
a. Schuldverhältnis.....	125
b. Pflichtverletzung.....	125
aa. Aufklärungspflicht über Arbeitnehmerüberlassung.....	126
bb. Aufklärungspflicht über fehlende Arbeitnehmerüber- lassungserlaubnis.....	127

cc. Wahrheitswidrige Behauptung des Vorhandenseins der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	128
dd. „Unbewusste“ Arbeitnehmerüberlassung.....	128
c. Vertretenmüssen der Pflichtverletzung.....	128
d. Schaden.....	129
2. Rechtsfolge Schadensersatz.....	129
a. Bewerbungskosten.....	130
b. Vorstellungskosten.....	131
c. Vertragsabschlusskosten.....	131
d. Umzugskosten und Anschaffungen.....	131
e. Entgangener Gewinn gemäß § 252 BGB	132
3. Vergleich mit § 10 II AÜG und Ergebnis zu I.....	132
II. Anspruch aus § 280 I BGB in Verbindung mit § 11 III 1 AÜG	132
1. Voraussetzungen	133
2. Rechtsfolge Schadensersatz.....	133
3. Vergleich mit § 10 II AÜG und Ergebnis zu II.....	134
III. Anspruch aus fehlerhaftem Arbeitsverhältnis	134
1. Voraussetzungen	134
a. Geschlossener, aber unwirksamer Vertrag	135
b. In Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis.....	135
2. Rechtsfolge.....	136
3. Vergleich mit § 10 II AÜG und Ergebnis zu III.	137
IV. Exkurs: Anspruch aus § 10 I 1 AÜG gegen den Entleiher	138
V. Exkurs: Anspruch aus § 628 II BGB.....	139
VI. Ergebnis zu § 11	141
 § 12 Mögliche Grenzen des Schadensersatzanspruchs aus § 10 II AÜG.....	142

I. Vorhersehbarkeit des Schadens	142
II. Hypothetischer Kündigungszeitpunkt.....	143
1. Rechtmäßiges Alternativverhalten	144
2. Begrenzung in Anlehnung an § 628 II BGB	145
3. Ergebnis zu II.....	146
III. Wirtschaftliche Verhältnisse	147
IV. Exkurs: Versicherbarkeit des Schadensersatzanspruchs aus § 10 II AÜG	147
V. Ergebnis zu § 12	148
 § 13 Durchsetzbarkeit des Schadensersatzanspruchs gemäß § 10 II AÜG	149
I. Entstehen und Fälligkeit des Schadensersatzanspruchs	149
1. Entstehen des Schadensersatzanspruchs	149
2. Fälligkeit des Schadensersatzanspruchs	150
II. Ausschlussfristen.....	151
1. Gesetzliche Ausschlussfristen.....	152
2. Vertragliche Ausschlussfristen.....	152
3. Tarifvertragliche Ausschlussfristen.....	154
4. Ergebnis zu II.....	155
III. Verjährung	155
IV. Verwirkung	157
V. Gerichtliche Geltendmachung	157
1. Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen.....	158
a. Ausschließliche sachliche Zuständigkeit gemäß § 2 I Nr. 3a ArbGG	158
b. Örtliche Zuständigkeit gemäß § 46 II ArbGG in Verbindung mit §§ 12 ff. ZPO sowie gemäß § 48 Ia ArbGG	159

aa. Allgemeiner Gerichtsstand	159
bb. Gerichtsstand nach § 48 Ia ArbGG	159
cc. Wahlrecht des Leiharbeitnehmers	161
2. Mahnverfahren gemäß § 46a ArbGG.....	161
3. Klageverfahren gemäß § 46 II ArbGG, §§ 495, 253 ff. ZPO.....	162
VI. Ergebnis zu § 13.....	163
 § 14 Schutzlücken in Hinblick auf die Rechtslage des Leiharbeitnehmers	165
I. Verleihfreie Zeit.....	165
II. Nicht (mehr) nachweisbare Schäden	165
III. Widerspruch zwischen dem Wortlaut des § 10 II AÜG und der Regierungsbegründung.....	166
IV. Mangelnde Kenntnis der Anspruchsgrundlage § 10 II AÜG	166
V. Örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts gemäß § 48 Ia ArbGG	166
 § 15 Lösungsansätze	168
I. Praktische Ansätze zur Vermeidung und Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung sowie zur Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers	168
1. iGZ-Ethik-Kodex	169
a. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	170
b. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	170
c. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers	170
2. Geschäftsanweisung zum AÜG der Bundesagentur für Arbeit ..	171
a. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	171
b. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	172
c. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers	172

3. Tarifvertrag Leih- / Zeitarbeit Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg.....	173
a. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung	173
b. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	174
c. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers.....	174
4. Gesetzliche Vorhaben.....	176
a. Gesetzesentwurf des Bundesrates	176
aa. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	176
bb. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	177
cc. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers.....	177
b. Koalitionsvertrag.....	178
aa. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	178
bb. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	178
cc. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers.....	179
c. Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.....	179
aa. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	179
bb. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung.....	180
cc. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeitnehmers.....	181
5. Bewertung und Ausblick	181
II. Lösungsansätze zur Schließung der Schutzlücken in Hinblick auf die Rechtslage des Leiharbeitnehmers.....	182
1. Regelung eines pauschalierten Mindestschadensersatzes oder einer Beweiserleichterung	182
2. Regelung einer Entschädigung für den unverschuldeten Arbeitsplatzverlust	183

3. Anpassung des Schadensersatzausschlusses gemäß § 10 II 2 AÜG	186
4. Ergänzende Regelung wegen des Widerspruchs zwischen dem Wortlaut des § 10 II AÜG und der Regierungsbegründung	186
5. Regelung einer Informationspflicht in Hinblick auf den Schadensersatzanspruch gemäß § 10 II AÜG	187
6. Ergänzende Regelung bei der örtlichen Zuständigkeit gemäß § 48 Ia ArbGG	188
7. Bewertung und Ausblick.....	189
§ 16 Ergebnis zum zweiten Teil	191
 Dritter Teil: § 10 II AÜG und die Leiharbeitsrichtlinie	197
§ 17 Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie	198
I. Kompetenz der EU zum Erlass der Leiharbeitsrichtlinie.....	198
II. Räumlicher Anwendungsbereich	200
III. Persönlicher Anwendungsbereich.....	200
IV. Sachlicher Anwendungsbereich	201
§ 18 Ziele der Leiharbeitsrichtlinie.....	202
I. Flexicurity	202
II. Schutz der Leiharbeitnehmer.....	203
III. Arbeitsmarktpolitische Ziele	205
§ 19 Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie in Hinblick auf § 10 II AÜG..	207
I. Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie	208
II. Umsetzung im Rahmen des Änderungsgesetzes zum AÜG	208
1. Richtlinienkonforme Auslegung	209
2. Keine Änderung des Wortlauts.....	209

a. Flexicurity	210
b. Schutz der Leiharbeitnehmer.....	210
c. Arbeitsmarktpolitische Ziele	211
d. Beachtung der Vorgaben aus Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie.....	211
e. Ergebnis zu 2	212
3. Ergebnis zu II.....	212
III. Änderungsvorschläge de lege ferenda.....	212
1. Vorgeschlagene künftige Fassung des § 10 II AÜG	212
a. Vorgeschlagene Fassung des § 10 II 2 AÜG	213
aa. Flexicurity.....	213
bb. Schutz der Leiharbeitnehmer.....	213
cc. Arbeitsmarktpolitische Ziele.....	214
dd. Beachtung der Vorgaben aus Art. 4 der Leiharbeits- richtlinie.....	214
ee. Ergebnis zu a.....	214
b. Vorgeschlagene Fassung des § 10 II 3 AÜG.....	214
aa. Flexicurity.....	214
bb. Schutz der Leiharbeitnehmer.....	215
cc. Arbeitsmarktpolitische Ziele.....	215
dd. Beachtung der Vorgaben aus Art. 4 der Leiharbeits- richtlinie.....	215
ee. Ergebnis zu b.	216
c. Vorgeschlagene Fassung des § 10 II 4 AÜG	216
aa. Flexicurity.....	216
bb. Schutz der Leiharbeitnehmer.....	216
cc. Arbeitsmarktpolitische Ziele.....	216

dd. Beachtung der Vorgaben aus Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie	217
ee. Ergebnis zu c.	217
d. Ergebnis zu 1.	217
2. Vorgeschlagene künftige Fassung des § 10 IIa AÜG.....	217
a. Flexicurity.....	218
b. Schutz der Leiharbeitnehmer	218
c. Arbeitsmarktpolitische Ziele.....	218
d. Beachtung der Vorgaben aus Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie.....	219
e. Ergebnis zu 2.....	219
3. Ergebnis zu III.	219
§ 20 Ergebnis zum dritten Teil	221
Fazit	223
Literaturverzeichnis	XX