

# 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 Leistungsstörungenrechts.....	18
a. Begriffe Leistungsstörung und Leistungsstörungenrecht.....	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.....	
§ 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 Leiharbeit- nehmers .....	177
b. Koalitionsvertrag .....	178
aa. Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung .....	178
bb. Sanktionierung illegaler Arbeitnehmerüberlassung .....	178
cc. Verbesserung der Rechtsposition des Leiharbeit- nehmers .....	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 Leiharbeit- nehmers .....	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