

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-------|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| Abkürzungsverzeichnis | XXIII |
| | |
| Kapitel 1: Einführung | 1 |
| A. <i>Gegenstand der Untersuchung</i> | 1 |
| B. <i>Gang der Untersuchung</i> | 5 |
| | |
| Kapitel 2: Recht der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland | 7 |
| A. <i>Gesetz- und Normgebung zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung</i> .. | 7 |
| I. Nationales Recht | 7 |
| II. Europäisches Recht | 27 |
| B. <i>Vor- und Nachteile des Fremdpersonaleinsatzes in Form der Leiharbeit</i> | 29 |
| I. Vor- und Nachteile für die entleihenden Unternehmen | 29 |
| II. Vor- und Nachteile für die Leiharbeitnehmer | 32 |
| III. Gesamtgesellschaftliche Vor- und Nachteile | 37 |
| IV. Zwischenergebnis | 41 |
| | |
| Kapitel 3: Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung ... | 43 |
| A. <i>Leiharbeitsvertrag</i> | 43 |
| I. Arbeitsverhältnis | 43 |
| II. Reichweite des Arbeitsverhältnisses | 47 |
| III. Besonderheit im Leiharbeitsverhältnis | 76 |
| B. <i>Überlassungsvertrag</i> | 77 |
| C. <i>Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer</i> | 79 |
| I. Rechtsdogmatische Einordnung der Beziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer | 80 |
| II. Stellungnahme und Ergebnis | 110 |

| | |
|---|-----|
| Kapitel 4: Rechtliche Qualifizierung, Identifizierung und Abgrenzung der Leiharbeit | 113 |
| <i>A. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage und ihre Identifizierung</i> | 117 |
| I. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage | 117 |
| II. Identifizierung der maßgeblichen Beurteilungsgrundlage | 119 |
| III. Zwischenergebnis | 122 |
| <i>B. Rechtliche Qualifizierung der Arbeitnehmerüberlassung</i> | 123 |
| I. Entwicklung des Merkmals „Überlassung zur Arbeitsleistung“ | 123 |
| II. Auffassung des EuGH | 139 |
| <i>C. Die Novellierung des AÜG – § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG</i> | 140 |
| I. Fortgeltung der typologischen Methodik | 141 |
| II. Weglassung restriktiver Vorgaben der ständigen Rechtsprechung | 145 |
| III. Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers | 146 |
| IV. Stellungnahme | 147 |
| Kapitel 5: Überlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers | 149 |
| <i>A. Bedeutung des Merkmals</i> | 149 |
| <i>B. Inhaltliche Änderung der Rechtslage zum 30. November 2011</i> | 149 |
| <i>C. Gleichstellung von echter und unechter Leiharbeit</i> | 151 |
| Kapitel 6: Unwirksamkeits- und Fiktionsanordnungen | 153 |
| <i>A. Gegenstand der Prüfung</i> | 153 |
| <i>B. Regelungsgehalte der Unwirksamkeitsanordnungen</i> | 154 |
| I. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG (fehlende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis) | 154 |
| II. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung) | 170 |
| III. § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG (Verletzung der Überlassungshöchstdauer) | 183 |
| <i>C. Regelungsgehalt der Fiktionsanordnung (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG)</i> | 195 |
| I. Allgemeines | 195 |
| II. Tatbestand | 196 |
| III. Rechtsfolgen | 198 |
| IV. Zwischenergebnis | 201 |
| <i>D. Festhaltensrecht</i> | 202 |
| I. Genese und Konzeption | 202 |
| II. Tatbestand | 203 |
| III. Ausübung der Festhaltungserklärung | 204 |

| | |
|---|-----|
| IV. Rechtshinderung | 206 |
| V. Rechtsvernichtung | 207 |
| VI. Rechtsfolgen der ausgeübten Festhaltungserklärung | 211 |
| VII. Stellungnahme | 212 |
| <i>E. Geltendmachung der Rechtsfolgen</i> | 214 |

Kapitel 7: Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des

| | |
|--|-----|
| Leiharbeitnehmers | 215 |
| <i>A. Anwendbare Grundrechte</i> | 215 |
| I. Allgemeines | 215 |
| II. Vorgaben der unionsrechtlichen Vorschriften an die Mitgliedsstaaten | 217 |
| III. Zwischenergebnis | 223 |
| <i>B. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)</i> | 224 |
| I. Schutzbereich | 224 |
| II. Eingriff in den Schutzbereich | 227 |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung | 229 |
| <i>C. Zwischenergebnis</i> | 286 |
| <i>D. Festhaltungserklärung</i> | 287 |
| I. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Vertragsinhaltsverbot) | 288 |
| II. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Vollzugsverbot) | 288 |
| III. § 9 Abs. 1 Nr. 1a und Nr. 1b i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG | 298 |
| IV. Zwischenergebnis | 302 |
| <i>E. Ergebnis</i> | 302 |

Kapitel 8: Schlussbetrachtung

| | |
|--|-----|
| <i>A. Zusammenfassung der Ergebnisse</i> | 305 |
| I. Rahmenbedingungen der Leiharbeit | 305 |
| II. Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung | 306 |
| III. Qualifizierung und Identifizierung der Arbeitnehmerüberlassung | 307 |
| IV. Tatbestände der Fiktions- und Unwirksamkeitsanordnungen und des Festhaltensrechts | 308 |
| V. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers | 311 |
| <i>B. Resümee</i> | 313 |

Quellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

Rechtsprechungsverzeichnis

| | |
|---------------------------------------|-----|
| Arbeitsgerichtsbarkeit | 330 |
| Ordentliche Gerichtsbarkeit | 333 |
| Sozialgerichtsbarkeit | 334 |
| Verwaltungsgerichtsbarkeit | 334 |
| Verfassungsgerichtsbarkeit | 334 |
| Europäische Gerichtsbarkeit | 336 |
| <i>Webquellen</i> | 336 |
| <i>Sonstige Quellen</i> | 337 |
| Sachregister | 339 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-------|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXIII |
| Kapitel 1: Einführung | 1 |
| A. <i>Gegenstand der Untersuchung</i> | 1 |
| B. <i>Gang der Untersuchung</i> | 5 |
| Kapitel 2: Recht der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland | 7 |
| A. <i>Gesetz- und Normgebung zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung</i> .. | 7 |
| I. Nationales Recht | 7 |
| 1. Gesetzgebungsgeschichte der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland | 7 |
| a) Die Jahre 1910 bis 1972 | 7 |
| b) Die Kodifizierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Jahre 1972 | 12 |
| c) Die Jahre 1982 bis 2017: Wechselspiel zwischen Liberalisierung und Reglementierung | 14 |
| aa) Liberalisierung | 15 |
| bb) Reglementierung | 17 |
| d) Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 01. April 2017 | 18 |
| 2. Konzeption und Ziele des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes | 19 |
| a) Primärer Zweck: sozialer Schutz der Leiharbeitnehmer | 20 |
| aa) Allgemeines | 20 |
| bb) Schlussfolgerungen für § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG a. F. ... | 21 |
| b) Sekundärer Zweck: arbeitsmarktpolitische Zwecke | 22 |
| c) Verfolgte Ziele der AÜG-Novelle 2017 | 23 |
| aa) Allgemeines | 23 |
| bb) Schlussfolgerungen für § 9 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1a und Nr. 1b, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F. | 25 |
| II. Europäisches Recht | 27 |
| 1. Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeitsrichtlinie) | 27 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Ziele der Leiharbeitsrichtlinie | 28 |
| 3. Absicherung der verfolgten Ziele | 29 |
| <i>B. Vor- und Nachteile des Fremdpersonaleinsatzes in Form der Leiharbeit</i> | <i>29</i> |
| I. Vor- und Nachteile für die entleihenden Unternehmen | 29 |
| II. Vor- und Nachteile für die Leiharbeitnehmer | 32 |
| 1. Vorteile | 32 |
| 2. Tendenziell nachteilige Entgelt- und Arbeitsbedingungen | 33 |
| III. Gesamtgesellschaftliche Vor- und Nachteile | 37 |
| IV. Zwischenergebnis | 41 |
| Kapitel 3: Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung ... | 43 |
| <i>A. Leiharbeitsvertrag</i> | <i>43</i> |
| I. Arbeitsverhältnis | 43 |
| II. Reichweite des Arbeitsverhältnisses | 47 |
| 1. Ausgangslage: Arbeitnehmerbegriff und Vorschrift des § 611a BGB .. | 47 |
| a) Merkmal der persönlichen Abhängigkeit | 48 |
| aa) Inhalt des Merkmals der persönlichen Abhängigkeit | 48 |
| bb) Darstellung und Bewertung der typologischen Methodik gegenüber Klassenbegriffen im Kontext des Arbeitnehmerbegriffs | 52 |
| cc) Rechtslage ab dem 01. April 2017 – § 611a BGB | 56 |
| dd) Absage an eine Ausrichtung auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit | 62 |
| ee) Zwischenergebnis | 64 |
| b) Merkmale des privatrechtlichen Vertrags und der Leistung im Dienste eines Anderen | 65 |
| 2. Einfluss des „Europäischen Arbeitnehmerbegriffs“ auf die Leiharbeit .. | 67 |
| a) Bisherige Rechtsauffassung | 67 |
| b) Autonom-richtlinienkonformer Arbeitnehmerbegriff und Grundsatz des <i>effet utile</i> | 69 |
| c) Stellungnahme und Ausblick | 72 |
| III. Besonderheit im Leiharbeitsverhältnis | 76 |
| <i>B. Überlassungsvertrag</i> | <i>77</i> |
| <i>C. Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer</i> | <i>79</i> |
| I. Rechtsdogmatische Einordnung der Beziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer | 80 |
| 1. Vollwertige arbeitsvertragliche Beziehung | 83 |
| a) Eigenständiges Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer | 83 |
| aa) Lehre vom Doppelarbeitsverhältnis | 83 |

| | |
|---|-----|
| bb) Stellungnahme | 84 |
| (1) Teleologische Überlegungen | 84 |
| (2) Wille der Vertragsparteien | 84 |
| (3) Rechtsdogmatische Grundlage | 85 |
| (4) Berücksichtigung der Entwicklung in der Rechtsprechung und Gesetzgebung | 88 |
| b) Einbeziehung des Entleihers in die arbeitsvertragliche Beziehung zum Verleiher | 90 |
| aa) Vertragsbeitritt | 90 |
| bb) Dreiseitiges Arbeitsverhältnis | 91 |
| cc) Partielle Vertragsübernahme | 92 |
| dd) Haupt- und Nebenarbeitgeber | 93 |
| ee) Stellungnahme | 94 |
| 2. Partielle arbeitsvertragliche Beziehungen | 96 |
| a) Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung | 96 |
| b) Stellungnahme | 97 |
| 3. (Partielles) Arbeitsverhältnis aufgrund faktischer Arbeitgeberstellung .. | 99 |
| a) (Partielles) Arbeitsverhältnis aufgrund Rechtsfolgenanordnung bestimmter Arbeitgeberpflichten | 99 |
| aa) Darstellung des Modells | 99 |
| bb) Stellungnahme | 99 |
| b) Arbeitgeberstellung aufgrund eines sozialen Schutzgedankens | 100 |
| aa) Darstellung des Modells | 100 |
| bb) Stellungnahme | 101 |
| 4. Konstruktion ohne arbeitsvertragliche Rechtsbeziehung | 102 |
| a) Leiharbeitsvertrag als unechter Vertrag zugunsten Dritter | 102 |
| aa) Unechter Vertrag zugunsten Dritter | 102 |
| bb) Kombinationsansätze | 103 |
| (1) Isolierte Übertragung des Direktionsrechts | 103 |
| (2) Bevollmächtigung zur Ausübung des Direktionsrechts | 104 |
| (3) Ausübungsermächtigung | 105 |
| b) Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter | 106 |
| II. Stellungnahme und Ergebnis | 110 |

Kapitel 4: Rechtliche Qualifizierung, Identifizierung und

| | |
|---------------------------------|-----|
| Abgrenzung der Leiharbeit | 113 |
|---------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| A. <i>Maßgebliche Beurteilungsgrundlage und ihre Identifizierung</i> | 117 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| I. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage | 117 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| II. Identifizierung der maßgeblichen Beurteilungsgrundlage | 119 |
|--|-----|

| | |
|-----------------------------|-----|
| III. Zwischenergebnis | 122 |
|-----------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| B. <i>Rechtliche Qualifizierung der Arbeitnehmerüberlassung</i> | 123 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| I. Entwicklung des Merkmals „Überlassung zur Arbeitsleistung“ | 123 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. Typologische Methode | 123 |
| a) Vorgehensweise der Rechtsprechung | 124 |
| aa) Typologische Bestimmung der Rechtsprechung | 124 |
| (1) Ausübung des alleinigen Weisungsrechts durch den Entleiher | 126 |
| (2) Volle Eingliederung in den Betrieb des Entleihers | 128 |
| (3) Weitere Merkmale | 130 |
| bb) Abschließende Gesamtabwägung | 131 |
| b) Literatur | 131 |
| c) Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit | 132 |
| d) Kritik und Stellungnahme | 132 |
| aa) Starke Inblicknahme des äußeren Erscheinungsbilds | 132 |
| bb) Einbeziehung negativer Abgrenzungskriterien ohne Aussagekraft | 133 |
| cc) Unzureichender teleologischer Bezug | 135 |
| dd) Zusammenfassende Stellungnahme | 138 |
| 2. Förderung der Zwecke des Entleihbetriebs | 138 |
| II. Auffassung des EuGH | 139 |
| C. <i>Die Novellierung des AÜG – § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG</i> | 140 |
| I. Fortgeltung der typologischen Methodik | 141 |
| II. Weglassung restriktiver Vorgaben der ständigen Rechtsprechung | 145 |
| III. Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers | 146 |
| IV. Stellungnahme | 147 |
| 1. Bewertung | 147 |
| 2. Auswirkungen für die Rechtspraxis zur Abgrenzung der Leiharbeit ... | 148 |

Kapitel 5: Überlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers

| | |
|---|-----|
| A. <i>Bedeutung des Merkmals</i> | 149 |
| B. <i>Inhaltliche Änderung der Rechtslage zum 30. November 2011</i> | 149 |
| C. <i>Gleichstellung von echter und unechter Leiharbeit</i> | 151 |

Kapitel 6: Unwirksamkeits- und Fiktionsanordnungen

| | |
|--|-----|
| A. <i>Gegenstand der Prüfung</i> | 153 |
| B. <i>Regelungsgehalte der Unwirksamkeitsanordnungen</i> | 154 |
| I. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG (fehlende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis) | 154 |
| 1. Allgemeines | 154 |
| 2. Tatbestand | 154 |
| a) Fehlende Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung | 154 |

| | |
|--|-----|
| b) (Unklarer) Anknüpfungspunkt des Tatbestands | 156 |
| aa) Untersuchung des § 9 Nr. 1 Alt. 2 AÜG a. F. | 156 |
| (1) § 9 Nr. 1 Alt. 2 AÜG a. F. als Vertragsinhaltsverbot? | 156 |
| (a) Wortlaut und Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre | 157 |
| (b) Systematik des Normgefüges und Verzicht auf ein Widerspruchsrecht | 158 |
| (2) § 9 Nr. 1 Alt. 2 AÜG a. F. als Vollzugsverbot? | 161 |
| bb) Untersuchung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG n. F. | 163 |
| (1) Vollzugsverbot | 163 |
| (2) Ablösung oder Ergänzung eines Vertragsinhaltsverbots? | 164 |
| c) Zwischenergebnis | 165 |
| 3. Rechtsfolge | 166 |
| a) Vertragsinhaltsverbot | 166 |
| aa) Reine Verleihbetriebe | 166 |
| bb) Mischbetriebe | 166 |
| (1) Teilweise oder vollständige Unwirksamkeit | 166 |
| (2) Geltungserhaltende teleologische Reduktion | 168 |
| cc) Stellungnahme | 169 |
| b) Vollzugsverbot | 170 |
| 4. Zwischenergebnis | 170 |
| II. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung) | 170 |
| 1. Allgemeines | 170 |
| 2. Tatbestand | 172 |
| a) Abschluss eines Arbeitsvertrags | 172 |
| b) Tatsächliche Überlassung zur Arbeitsleistung | 173 |
| c) Nichtoffenlegung der Arbeitnehmerüberlassung | 173 |
| aa) Umfang der Offenlegungspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG | 173 |
| (1) § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG – Deklarationspflicht | 173 |
| (2) § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG – Konkretisierungspflicht | 174 |
| bb) Alternativer oder kumulativer Verstoß | 177 |
| cc) Erfordernis eines subjektiven Elements | 179 |
| 3. Rechtsfolgen | 180 |
| 4. Zwischenergebnis | 180 |
| III. § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG (Verletzung der Überlassungshöchstdauer) | 183 |
| 1. Allgemeines | 183 |
| 2. Tatbestand | 184 |
| a) Abschluss eines Arbeitsvertrags | 184 |
| b) Tatsächliche Überlassung zur Arbeitsleistung | 185 |
| c) Überschreitung der Überlassungshöchstdauer | 185 |
| aa) Festsetzung einer gesetzlichen Überlassungshöchstdauer | 185 |
| bb) Verhältnis von § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG zur Grundregel des § 1 Abs. 1b AÜG | 188 |
| cc) Konkrete Vorgaben zur Überlassungshöchstdauer | 190 |

| | |
|--|-----|
| dd) Überschreitung der Überlassungshöchstdauer | 192 |
| d) Erfordernis eines subjektiven Elements | 193 |
| 3. Rechtsfolgen | 194 |
| 4. Zwischenergebnis | 194 |
| <i>C. Regelungsgehalt der Fiktionsanordnung (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG)</i> | 195 |
| I. Allgemeines | 195 |
| II. Tatbestand | 196 |
| 1. Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b AÜG | 196 |
| 2. Kumulatives Vorliegen anderer Unwirksamkeitsgründe | 196 |
| 3. Tatsächliche Überlassung an den Entleiher | 197 |
| 4. Erfordernis eines subjektiven Elements | 198 |
| III. Rechtsfolgen | 198 |
| 1. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher | 198 |
| 2. Schicksal des beim Verleiher erworbenen sozialen Besitzstands | 200 |
| IV. Zwischenergebnis | 201 |
| <i>D. Festhaltensrecht</i> | 202 |
| I. Genese und Konzeption | 202 |
| II. Tatbestand | 203 |
| 1. § 9 Abs. 1 Nr. 1 HS. 2 AÜG | 203 |
| a) Differenzierung zwischen Vollzugs- und Vertragsinhaltsverbot | 203 |
| b) Tatbestand der Festhaltenserklärung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 HS. 2 AÜG | 204 |
| 2. § 9 Abs. 1 Nr. 1a HS. 2 AÜG | 204 |
| 3. § 9 Abs. 1 Nr. 1b HS. 2 AÜG | 204 |
| III. Ausübung der Festhaltenserklärung | 204 |
| 1. Einseitig empfangsbedürftiges Gestaltungsrecht und Inhalt der Erklärung | 205 |
| 2. Form der Erklärung | 205 |
| IV. Rechtshinderung | 206 |
| V. Rechtsvernichtung | 207 |
| 1. Verbrauch | 207 |
| 2. Ausschlussfrist | 208 |
| a) Fristauslösendes Ereignis | 208 |
| aa) Objektive Voraussetzungen | 208 |
| (1) § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG | 208 |
| (2) § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG | 208 |
| (3) § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG | 209 |
| bb) Subjektive Voraussetzungen | 209 |
| b) Fristdauer, Abdingbarkeit und Wiedereinsetzung | 211 |
| VI. Rechtsfolgen der ausgeübten Festhaltenserklärung | 211 |
| VII. Stellungnahme | 212 |
| <i>E. Geltendmachung der Rechtsfolgen</i> | 214 |

Kapitel 7: Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des

| | |
|--|-----|
| Leiharbeitnehmers | 215 |
| A. <i>Anwendbare Grundrechte</i> | 215 |
| I. Allgemeines | 215 |
| 1. Rechtsprechung des BVerfG | 215 |
| 2. Rechtsprechung des EuGH | 216 |
| II. Vorgaben der unionsrechtlichen Vorschriften an die Mitgliedsstaaten | 217 |
| 1. Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie zu Sanktionen | 217 |
| a) § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG | 217 |
| b) § 9 Abs. 1 Nr. 1a, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG | 217 |
| c) § 9 Abs. 1 Nr. 1b, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG | 217 |
| aa) Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie zur zeitlichen Dimension der Leiharbeit | 218 |
| (1) Unzulässigkeit einer nicht nur vorübergehenden Überlassung | 218 |
| (2) Kein Verbot einer dauerhaften Überlassung | 219 |
| (a) Bloßer Programmsatz | 219 |
| (b) Beschränkung des Anwendungsbereichs der Leiharbeitsrichtlinie | 219 |
| (c) Tendenzen des BAG und der Europäischen Kommission | 221 |
| (3) Streitentscheid | 221 |
| bb) Konsequenzen hinsichtlich möglicher Sanktionsvorgaben | 222 |
| (1) Sanktionen nach der hier vertretenen Auffassung | 222 |
| (2) Sanktionen nach der abweichenden Meinung | 222 |
| cc) Zwischenergebnis | 223 |
| 2. Sonstige Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie | 223 |
| III. Zwischenergebnis | 223 |
| B. <i>Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)</i> | 224 |
| I. Schutzbereich | 224 |
| 1. Sachlicher Schutzbereich | 224 |
| 2. Persönlicher Schutzbereich | 227 |
| II. Eingriff in den Schutzbereich | 227 |
| 1. Zum Eingriffsbegriff im Allgemeinen | 227 |
| 2. Eingriff durch die § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG in den Schutzbereich der Berufsfreiheit | 228 |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung | 229 |
| 1. Schrankensystematik des Art. 12 Abs. 1 GG | 229 |
| a) Verfassungsimmanente Schranken | 229 |
| b) Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG | 230 |
| aa) Einheitliche Grundrechtsschranke | 230 |
| bb) Grundrechtsschranken-Schranken | 230 |

| | |
|---|-----|
| 2. Untersuchung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG | 232 |
| a) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie | 232 |
| aa) Qualifikation der Eingriffsschwere | 232 |
| (1) Vorüberlegungen | 233 |
| (2) Würdigung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG | 234 |
| bb) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie (legitimer Zweck) | 235 |
| (1) Ausdrückliche Erwägungen des Gesetzgebers | 235 |
| (2) Anforderungen der Drei-Stufen-Theorie | 236 |
| (a) Schutz der einzelnen Leiharbeitnehmer | 238 |
| (b) Wahrung eines sozialen Arbeitsrechts und Absicherung durch Sanktionen | 238 |
| (c) Steuerung und Sicherstellung eines geordneten Arbeitsmarkts | 239 |
| (3) Bewertung | 239 |
| (a) Soziale Markt- und Arbeitsordnung sowie Steuerung und Sicherstellung eines geordneten Arbeitsmarkts | 239 |
| (b) Schutz der Leiharbeitnehmer | 241 |
| (c) Zwischenergebnis | 242 |
| b) Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit | 242 |
| aa) Geeignetheit | 243 |
| (1) Allgemeine Anforderungen an den Grundsatz der Geeignetheit | 243 |
| (2) Geeignetheit der Regelung | 244 |
| bb) Erforderlichkeit | 245 |
| (1) Allgemeine Anforderungen an den Grundsatz der Erforderlichkeit | 245 |
| (2) Erforderlichkeit der Regelung | 246 |
| (a) Alternative Regelungstechniken | 246 |
| (b) Verschärfung der Sanktionen und/oder Anpassung der Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse | 247 |
| (c) Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Entleihbetrieb | 248 |
| (d) Zwischenergebnis | 249 |
| cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 249 |
| (1) Allgemeine Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 249 |
| (2) Verhältnismäßigkeit der Regelung im engeren Sinn | 250 |
| (a) Abstrakte Abwägung zwischen den Rechtsgütern | 250 |
| (b) Auswirkung des Sozialstaatsprinzips | 253 |
| (c) Würdigung der Eingriffsintensität | 254 |
| (d) (Zwingende) Bindungswirkung und Objektivierung der Leiharbeitnehmer | 258 |
| (e) Abwägung | 260 |

| | |
|--|-----|
| (aa) Vollzugsverbot | 260 |
| (bb) Vertragsinhaltsverbot | 261 |
| c) Verfassungskonforme Auslegung des Vollzugsverbots | 261 |
| d) Zwischenergebnis | 262 |
| 3. Untersuchung des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG | 262 |
| a) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie | 262 |
| aa) Qualifikation der Eingriffsschwere | 262 |
| bb) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie | |
| (legitimer Zweck) | 263 |
| (1) Ausdrückliche Erwägungen des Gesetzgebers | 263 |
| (2) Anforderungen der Drei-Stufen-Theorie | 263 |
| b) Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit | 265 |
| aa) Geeignetheit | 265 |
| bb) Erforderlichkeit | 266 |
| (1) Erwägungen des Gesetzgebers zur Erforderlichkeit | 266 |
| (2) Weitergehende Überlegungen zur Erforderlichkeit | 267 |
| cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 269 |
| (1) Allgemeines | 269 |
| (2) Verhältnismäßigkeit der Regelung im engeren Sinn | 269 |
| (a) Würdigung der Eingriffsintensität | 269 |
| (b) (Zwingende) Bindungswirkung und Objektivierung | |
| der Leiharbeitnehmer | 270 |
| (c) Abwägung | 271 |
| (3) Zwischenergebnis | 272 |
| 4. Untersuchung des § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG | 273 |
| a) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie | 273 |
| aa) Qualifikation der Eingriffsschwere | 273 |
| bb) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie | |
| (legitimer Zweck) | 273 |
| (1) Ausdrückliche Erwägungen des Gesetzgebers | 273 |
| (2) Anforderungen der Drei-Stufen-Theorie | 273 |
| (a) Schutz der Leiharbeitnehmer | 274 |
| (b) Schutz eines geordneten Arbeitsmarkts | 275 |
| (c) Schutz der Stammbelegschaften | 276 |
| b) Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit | 277 |
| aa) Geeignetheit | 277 |
| bb) Erforderlichkeit | 277 |
| (1) Erwägungen des Gesetzgebers zur Erforderlichkeit | 277 |
| (2) Weitergehende Überlegungen zur Erforderlichkeit | 278 |
| cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 279 |
| (1) Allgemeines | 279 |
| (2) Verhältnismäßigkeit der Regelung im engeren Sinn | 279 |
| (a) Würdigung der Eingriffsintensität | 279 |

| | |
|--|-----|
| (b) (Zwingende) Bindungswirkung und Objektivierung der Leiharbeitnehmer | 280 |
| (c) Abwägung | 281 |
| (3) Zwischenergebnis | 282 |
| 5. Untersuchung des § 10 AÜG | 282 |
| a) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie (legitimer Zweck) .. | 282 |
| b) Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit | 284 |
| aa) Geeignetheit | 284 |
| bb) Erforderlichkeit | 284 |
| cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 284 |
| (1) Vollzugsverbot | 284 |
| (2) Vertragsinhaltsverbot | 285 |
| c) Zwischenergebnis | 285 |
| C. <i>Zwischenergebnis</i> | 286 |
| D. <i>Festhaltungserklärung</i> | 287 |
| I. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Vertragsinhaltsverbot) | 288 |
| II. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Vollzugsverbot) | 288 |
| 1. Vorlage bei einer Agentur für Arbeit | 288 |
| a) Legitime Ziele | 288 |
| b) Geeignetheit und Erforderlichkeit | 289 |
| c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 289 |
| 2. Höchstpersönliche Vorlage der Erklärung | 290 |
| a) Legitimes Ziel | 291 |
| b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 291 |
| 3. Ausübungsfrist der Festhaltungserklärung | 292 |
| a) Legitime Ziele | 292 |
| b) Geeignetheit | 293 |
| c) Erforderlichkeit | 294 |
| d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 294 |
| aa) Interessen der Leiharbeitnehmer | 295 |
| bb) Interessen der Verleiher und Entleiher | 296 |
| e) Zwischenergebnis | 296 |
| 4. Verfassungskonforme Auslegung | 296 |
| 5. Zwischenergebnis | 298 |
| III. § 9 Abs. 1 Nr. 1a und Nr. 1b i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG | 298 |
| 1. Herstellung des Grundsatzes der Erforderlichkeit | 299 |
| 2. Herstellung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 300 |
| a) Legitime Ziele | 301 |
| b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn | 301 |
| IV. <i>Zwischenergebnis</i> | 302 |

| | |
|---|-----|
| <i>E. Ergebnis</i> | 302 |
| Kapitel 8: Schlussbetrachtung | 305 |
| <i>A. Zusammenfassung der Ergebnisse</i> | 305 |
| I. Rahmenbedingungen der Leiharbeit | 305 |
| II. Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung | 306 |
| III. Qualifizierung und Identifizierung der Arbeitnehmerüberlassung | 307 |
| IV. Tatbestände der Fiktions- und Unwirksamkeitsanordnungen und des Festhaltensrechts | 308 |
| 1. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG | 308 |
| 2. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG | 309 |
| 3. § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG | 310 |
| 4. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG | 310 |
| 5. Festhaltensrecht | 310 |
| V. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers | 311 |
| 1. Vereinbarkeit der Unwirksamkeits- und Fiktionsanordnungen mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers | 311 |
| a) Vertragsinhaltsverbot | 312 |
| b) Vollzugsverbote | 312 |
| 2. Verfassungsrechtliche Auswirkungen des Festhaltensrechts | 313 |
| <i>B. Resümee</i> | 313 |
| Quellenverzeichnis | 315 |
| <i>Literaturverzeichnis</i> | 315 |
| <i>Rechtsprechungsverzeichnis</i> | 330 |
| Arbeitsgerichtsbarkeit | 330 |
| Ordentliche Gerichtsbarkeit | 333 |
| Sozialgerichtsbarkeit | 334 |
| Verwaltungsgerichtsbarkeit | 334 |
| Verfassungsgerichtsbarkeit | 334 |
| Europäische Gerichtsbarkeit | 336 |
| <i>Webquellen</i> | 336 |
| <i>Sonstige Quellen</i> | 337 |
| Sachregister | 339 |