

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	31
1. Teil: Einleitung	37
A. Der Grundsatz „Equal Treatment und Equal Pay“	38
B. Anfängliche Kritik und verfassungsrechtliche Zweifel	40
C. Rechtstatsächliche Entwicklung	41
D. Derzeitiger Diskussionsstand	45
I. Der Streit um die Wirksamkeit der Leiharbeitstarifverträge	45
II. Der Fall „Schlecker“	47
III. Der Ruf nach dem Gesetzgeber	48
E. Die Leiharbeitsrichtlinie	50
F. Gegenstand und Gang der Untersuchung	50
2. Teil: Grundlagen	55
A. Terminologische Grundlagen	55
I. Terminologie und Arten der Arbeitnehmerüberlassung	55
II. Terminologie zum Gleichstellungsgrundsatz	58
B. Entwicklung des Überlassungsrechts	59
I. Nationale Gesetzgebungsentwicklung	59
II. Entstehungsgeschichte der Leiharbeitsrichtlinie	65
C. Bedeutung der Leiharbeitsrichtlinie für das nationale Recht	67
I. Kompetenzfragen	68
II. Wirkung der Leiharbeitsrichtlinie für das nationale Recht	78
3. Teil: Der Gleichstellungsgrundsatz nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	85
A. Einführung	85
I. Gesetzeszweck des Gleichstellungsgrundsatzes	85
II. Herleitung der Tatbestandsvoraussetzungen	88
III. Adressat der Gleichstellungspflicht	90
IV. Weiteres Vorgehen	91
B. Aus dem Geltungsbereich des AÜG resultierende Voraussetzungen des Gleichstellungsgrundsatzes	91
I. Sachlicher Geltungsbereich des AÜG	91
II. Räumlicher Geltungsbereich und grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung	137

C. Tatbestand des Gleichstellungsgrundsatzes	155
I. Geltende wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts im Betrieb des Entleihers	156
II. Vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers	253
III. Schlechtere Arbeitsbedingungen	278
IV. Für die Zeit der Überlassung	301
D. Ausnahmetatbestände des Gleichstellungsgrundsatzes	302
I. Abweichung aus sachlichem Grund?	302
II. Zuvor arbeitsloser Leiharbeitnehmer	304
III. Tarifvertragliche Regelung	319
E. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	412
I. Unwirksamkeit von Vereinbarungen nach § 9 Nr. 2 AÜG	412
II. Gleichstellungsanspruch aus § 10 Abs. 4 AÜG	414
III. Gewerberechtliche Sanktion des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG	428
IV. Vermutung der Arbeitsvermittlung, § 1 Abs. 2 AÜG	430
V. Sonstige denkbare Rechtsfolgen	435
VI. Kurzübersicht zu den Rechtsfolgen	436
F. Bewertung der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	437
 4. Teil: Einfluss der Leiharbeitsrichtlinie auf die §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	440
A. Einführung	440
I. Relevanz der Untersuchung	440
II. Für die Untersuchung relevante Vorgaben der Richtlinie	445
III. Weiteres Vorgehen	447
B. Regelungsziel der Leiharbeitsrichtlinie	448
C. Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen	450
I. Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie	451
II. Wirtschaftliche Tätigkeit eines öffentlichen oder privaten Unternehmens, Art. 1 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie	471
III. Ausnahmen, Art. 1 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie	475
IV. Kurzüberblick zum Anwendungsbereich	477
D. Überprüfung der Einschränkungen und Verbote	478
E. Grundsatz der Gleichbehandlung	480
I. Gegenstände der Gleichbehandlung	480
II. Vergleichsmaßstab	512
III. Mindestens geltende wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	527
IV. Während der Dauer der Überlassung	533
F. Ausnahmeoptionen vom Gleichbehandlungsgrundsatz	534
I. Art. 5 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie	535
II. Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie	539
III. Art. 5 Abs. 4 Leiharbeitsrichtlinie	550

IV. Wegfallene Ausnahmetatbestände	551
V. Verhinderung missbräuchlicher Anwendung	554
VI. Zusammenfassung zu den Ausnahmeoptionen	559
G. „Sanktionen“, Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie	560
I. Grundsatz der Gleichbehandlung	562
II. Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten	568
III. Nicht vorübergehende Überlassung	569
IV. Zusammenfassung zu Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie	571
H. Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	573
I. Bewertung des Einflusses und Ausblick	574
 5. Teil: Schlussthesen	577
A. Der Gleichstellungsgrundsatz nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	578
I. Aus dem Geltungsbereich des AÜG resultierende Voraussetzungen	578
II. Tatbestand des Gleichstellungsgrundsatzes	578
III. Ausnahmetatbestände des Gleichstellungsgrundsatzes	582
IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	587
B. Einfluss der Leiharbeitsrichtlinie auf die §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	588
I. Anwendungsbereich	588
II. Grundsatz der Gleichbehandlung	589
III. Ausnahmeoptionen vom Gleichbehandlungsgrundsatz	594
IV. „Sanktionen“, Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie	595
 Literaturverzeichnis	599
Stichwortverzeichnis	625

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	31
1. Teil: Einleitung	37
A. Der Grundsatz „Equal Treatment und Equal Pay“	38
B. Anfängliche Kritik und verfassungsrechtliche Zweifel	40
C. Rechtstatsächliche Entwicklung	41
D. Derzeitiger Diskussionsstand	45
I. Der Streit um die Wirksamkeit der Leiharbeitstarifverträge	45
II. Der Fall „Schlecker“	47
III. Der Ruf nach dem Gesetzgeber	48
E. Die Leiharbeitsrichtlinie	50
F. Gegenstand und Gang der Untersuchung	50
2. Teil: Grundlagen	55
A. Terminologische Grundlagen	55
I. Terminologie und Arten der Arbeitnehmerüberlassung	55
II. Terminologie zum Gleichstellungsgrundsatz	58
B. Entwicklung des Überlassungsrechts	59
I. Nationale Gesetzgebungsentwicklung	59
II. Entstehungsgeschichte der Leiharbeitsrichtlinie	65
C. Bedeutung der Leiharbeitsrichtlinie für das nationale Recht	67
I. Kompetenzfragen	68
1. Regelungskompetenz	68
a. Meinungsstand und Stellungnahme	70
aa. Weite Auslegung des Art. 153 Abs. 5 AEUV	71
bb. Restriktive Auslegung des Art. 153 Abs. 5 AEUV	71
(1) Unmittelbare Lohngestaltung durch Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie	72
(2) Lediglich mittelbare Lohngestaltung durch Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie	73
b. Zwischenergebnis	75
2. Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip	75
3. Zwischenergebnis zu den Kompetenzfragen	77
II. Wirkung der Leiharbeitsrichtlinie für das nationale Recht	78
1. Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten bis zum 5.12.2011	78
2. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	79

a.	Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	80
b.	Befugnis zur richtlinienkonformen Auslegung vor Fristablauf?	82
c.	Fazit	83
3.	Zwischenergebnis und weitere Wirkungen der Leiharbeitsrichtlinie	83
<b>3. Teil:</b>	<b>Der Gleichstellungsgrundsatz nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG</b>	<b>85</b>
A.	Einführung	85
I.	Gesetzeszweck des Gleichstellungsgrundsatzes	85
1.	Schutz der Leiharbeitnehmer	86
2.	Arbeitsmarktpolitische Zielsetzung	87
3.	Zwischenergebnis	88
II.	Herleitung der Tatbestandsvoraussetzungen	88
III.	Adressat der Gleichstellungspflicht	90
IV.	Weiteres Vorgehen	91
B.	Aus dem Geltungsbereich des AÜG resultierende Voraussetzungen des Gleichstellungsgrundsatzes	91
I.	Sachlicher Geltungsbereich des AÜG	91
1.	Begriff der Arbeitnehmerüberlassung	92
a.	Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	93
aa.	Arbeitnehmerbegriff	93
bb.	Verleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers	94
cc.	Zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses	95
dd.	Exkurs: Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter und Folgen für das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	95
b.	Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher	97
c.	Überlassung zur Arbeitsleistung an einen Dritten	99
aa.	Überlassung an einen Dritten (Entleiher)	99
bb.	Überlassung zur Arbeitsleistung	99
(1)	Abgrenzung zum Werkvertrag	102
(a)	Die theoretische Abgrenzung	102
(b)	Abgrenzungsformel des BAG	103
(c)	Kritik der Literatur	104
(d)	Zwischenergebnis	107
(2)	Abgrenzung zum Dienstvertrag	107
(3)	Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag	109
(4)	Abgrenzung zum Dienstverschaffungsvertrag	109

(a) Abgrenzung zur Verschaffung selbstständiger Dienste	110
(b) Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung	110
cc. Zusammenfassung zur „Überlassung zur Arbeitsleistung“	111
d. Beschränkung auf vorübergehende Überlassung?	112
e. Zusammenfassung: Begriff der Arbeitnehmerüberlassung und zugrunde liegende Rechtsverhältnisse	114
2. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung	114
a. Geltung des AÜG bei nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung	115
aa. Streitdarstellung	115
bb. Zwischenergebnis	117
b. Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des AÜG	118
aa. Selbstständige, auf Dauer angelegte Überlassungstätigkeit	119
bb. Gewinnerzielungsabsicht	119
c. Zusammenfassung	121
3. Nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung	121
a. Meinungsstand	122
b. Stellungnahme	123
aa. Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 AÜG	123
(1) Streitdarstellung	124
(2) Zwischenergebnis zum Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 AÜG	126
bb. Erstreckung des Geltungsbereichs auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 AÜG	126
cc. Zwischenergebnis	128
c. Zwischenergebnis zur nichtgewerbsmäßigen Überlassung	129
4. Gesetzliche Ausnahmen vom Geltungsbereich des AÜG	129
a. Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft, § 1 Abs. 1 S. 2, 3 AÜG	130
aa. Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG	130
bb. Rechtsfolge	131
b. Kein Ausschlussstatbestand nach § 1 Abs. 3 AÜG	132
aa. Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen, § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG	132
bb. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	134
cc. Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland, § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG	136
c. Zusammenfassung	136

5. Kurzübersicht zu den aus dem sachlichen Geltungsbereich des AÜG resultierenden Voraussetzungen des Gleichstellungsgrundsatzes	137
II. Räumlicher Geltungsbereich und grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung	137
1. Räumlicher Geltungsbereich des AÜG	138
2. Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung	138
a. Bedeutung grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung für den Gleichstellungsgrundsatz und weiteres Vorgehen	138
b. Gewerberechtliche Zulässigkeit grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung	140
aa. Arbeitnehmerüberlassung aus Deutschland heraus bzw. hinein	140
bb. Neue EU-Mitgliedstaaten	141
(1) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der Art. 56 ff. AEUV	142
(2) Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV	144
cc. Zwischenergebnis	146
c. Leiharbeitsvertragsstatut und Geltung des Gleichstellungsgrundsatzes	146
aa. Grundsatz der Rechtswahlfreiheit	148
bb. Unabdingbarkeit zwingender Bestimmungen des deutschen Rechts	149
(1) Eingriffsnormcharakter des Gleichstellungsgrundsatzes	150
(a) Meinungsstand	150
(b) Stellungnahme	151
(c) Zwischenergebnis	151
(2) Eingriffsnormcharakter aufgrund von § 2 Nr. 4 AEntG	151
(3) Eingriffsnormcharakter aufgrund von § 2 Nr. 7 AEntG	153
(4) Zwischenergebnis	153
cc. Ergebnis zum Leiharbeitsvertragsstatut	153
3. Zusammenfassung zum räumlichen Geltungsbereich und der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung	154
C. Tatbestand des Gleichstellungsgrundsatzes	155
I. Geltende wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts im Betrieb des Entleihers	156
1. Wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts	156
a. Begriff der Arbeitsbedingungen	158
b. Der Wesentlichkeitsvorbehalt	158

aa.	Eingrenzender Charakter des Merkmals	158
bb.	Begriffsbestimmung der Wesentlichkeit von Arbeitsbedingungen	160
(1)	Begriffsbestimmung anhand des 1. RL-E, 2. RL-E oder der Leiharbeitsrichtlinie	161
(2)	Begriffsbestimmung anhand der Aufzählung des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG	163
(3)	Kombinierte Begriffsbestimmung anhand § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG und dem Richtlinienvorschlag	164
(4)	Rein indizielle Heranziehung des Richtlinienvorschlags und/oder § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG	164
(5)	Wirtschaftliche Betrachtungsweise des Wesentlichkeitskriteriums als „Bagatellvorbehalt“	165
(6)	Stellungnahme	166
(7)	Zwischenergebnis	171
c.	Wesentliche Arbeitsbedingungen im Einzelnen	172
aa.	Arbeitsentgelt	173
(1)	Begriff des Arbeitsentgelts im Sinne der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	173
(2)	Fragliche Einschränkung des vom Gleichstellungsgrundsatz erfassten Arbeitsentgelts	176
(a)	Einschränkung des Arbeitsentgelts durch den Wesentlichkeitsvorbehalt	177
(aa)	Allgemeine Geltung des Wesentlichkeitsvorbehalts für das Arbeitsentgelt	177
(bb)	Geltung des Wesentlichkeitsvorbehalts bezüglich der Lohnnebenleistungen	177
(b)	Beschränkung des erfassten Arbeitsentgelts auf Leistungen mit reinem Entgeltcharakter	178
(c)	Stellungnahme	179
(d)	Zwischenergebnis	180
(3)	Problematische Einzelfragen des Arbeitsentgelts	181
(a)	Problem zusätzlicher Leistungsvoraussetzungen	181
(aa)	Notwendigkeit der Erfüllung von zusätzlichen Leistungsvoraussetzungen	182
(bb)	Fragen der Wartezeit bzw. Beschäftigungsduer als Leistungsvoraussetzung	184

(i)	Ist die Dauer der Überlassung oder des Leiharbeitsverhältnisses für die Berechnung der Wartezeit maßgeblich?	184
(ii)	Zusammenrechnung von Zeiten wiederholter Überlassung?	185
(iii)	Anteilige Leistungsgewährung nach dem „pro rata temporis“-Grundsatz?	187
(iv)	Ausnahme von der Gleichstellung bei vorhersehbarer Nichterfüllung der Wartezeit?	188
(cc)	Am Betriebsergebnis orientierte Leistungsgewährung	190
(dd)	Zusammenfassung zum Problem zusätzlicher Leistungsvoraussetzungen	190
(b)	Problem der Erbringung von Sachleistungen durch den Verleiher	192
(aa)	Grundsätzliche Kapitalisierung von Sachleistungen	193
(bb)	Differenzierende Ansichten	194
(cc)	Vertragliche Übertragung der Gleichstellungspflicht auf den Entleiher	196
(dd)	Stellungnahme mit eigenem Lösungsmodell	196
(i)	Berücksichtigung des Inhalts der Gleichstellungspflicht	197
(α)	Die Gleichstellungspflicht umfasst auch die Surrogatleistung	198
(β)	„Wandel“ von der Gleichstellung anhand „derselben Arbeitsbedingung“ zum Surrogat	200
(γ)	Keine vollständige Unmöglichkeit der Gleichstellungspflicht bei Entgeltkomponenten	205
(ii)	Berücksichtigung des Adressaten des Gleichstellungsgrundsatzes	205
(iii)	Ausnahmsweise Gleichstellungspflicht des Entleiher?	206
(iv)	Freiwillige Leistung bzw. Übernahme der Gleichstellungspflicht durch den Entleiher	209
(v)	Zusammenfassung des eigenen Lösungsmodells mit Verallgemeinerung	210
(ee)	Zur grundsätzlichen Kritik am Verwaltungsaufwand und „Praxistipps“	212
(c)	Bezüglich Sozialleistungen diskutierte Probleme	213
(aa)	„Allgemeine Probleme“ der Gleichstellung	214

(bb) Soziale Einrichtungen	215
(i) Begriff der sozialen Einrichtung im Sinne des Gleichstellungsgrundsatzes	216
(a) Meinungsstand	216
(β) Stellungnahme	218
(ii) Problem der Leistungserbringung durch den Verleiher bei sozialen Einrichtungen	219
(cc) Betriebliche Altersversorgung	221
(i) Relevanz der betrieblichen Altersversorgung als Gleichstellungsgegenstand	222
(ii) Leistungserbringung bezüglich der betrieblichen Altersversorgung	224
(d) Lohnersatzleistungen als Gleichstellungsgegenstand	228
(4) Zusammenfassung zur Gleichstellung bezüglich des Arbeitsentgelts	230
bb. Problematische sonstige wesentliche Arbeitsbedingungen	231
(1) Dauer der Arbeitszeit	231
(2) Lage der Arbeitszeit	233
(3) Dauer des Urlaubs	234
(a) Bestehen eines gleichstellungsrelevanten Urlaubsanspruchs	235
(b) Problematische Bestimmung der Höhe des Urlaubsanspruchs	236
(aa) „Additionsmethode“	237
(bb) „Trennungs- und Differenzmethode“	238
(c) Zwischenergebnis zur Gleichstellung bezüglich der Dauer des Urlaubs	240
(4) Kündigungsfrist	241
cc. Zwischenergebnis zu den sonstigen problematischen Arbeitsbedingungen	242
d. Zusammenfassung zu den Gleichstellungsgegenständen	242
2. Geltung von Arbeitsbedingungen im Betrieb des Entleiher	243
a. Rechtsgrundlagen der geltenden Arbeitsbedingungen	244
aa. Kollektivvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen	244
(1) Tarifvertragliche Regelungen im Entleiherbetrieb	244
(a) Keine Erstreckung der normativen Wirkung von Tarifverträgen der Entleiherbetriebe	245
(b) Ausnahmsweise normative Wirkung der Entleihertarifverträge im Leiharbeitsverhältnis	246

(c) Keine Anwendung der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG auf sog. „Tarifverträge zur Arbeitnehmerüberlassung“ auf Entleiheseite	246
(2) Betriebliche Regelungen im Entleihbetrieb durch Betriebsvereinbarung	247
bb. Arbeitsvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen	249
cc. Gesetzlich geregelte Arbeitsbedingungen	249
b. Geltung im Sinne des Gleichstellungegrundsatzes	250
aa. Divergenz rechtlich gebotener und tatsächlich gewährter Arbeitsbedingungen	250
bb. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt	251
c. Zusammenfassung zur Geltung der Arbeitsbedingungen	252
II. Vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers	253
1. Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers	254
2. Die Vergleichbarkeit	254
a. Bestimmung anhand der gleichen oder ähnlichen Tätigkeit	255
b. Strittige Berücksichtigung besonderer personenbezogener Merkmale	257
c. Keine Berücksichtigung der Arbeitszeitdauer, insbesondere Teilzeit	259
d. Keine Berücksichtigung der Lage der Arbeitszeit	260
e. Keine Berücksichtigung einer Befristung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags	262
f. Zwischenergebnis zur Vergleichbarkeit	262
3. Problemfälle bei der Bestimmung des vergleichbaren Arbeitnehmers	262
a. Fehlen eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleihbetrieb	263
aa. Ermittlung anhand anderer vergleichbarer Betriebe	264
bb. Unanwendbarkeit des Gleichstellungsgrundsatzes	265
cc. Hypothetische Betrachtungsweisen	267
dd. Stellungnahme	268
ee. Zwischenergebnis	272
b. Entleihbetrieb beschäftigt keine eigenen Arbeitnehmer	272
c. Uneinheitliche Behandlung vergleichbarer Arbeitnehmer	273
aa. Unterschiedliche Behandlung aufgrund Gewerkschaftszugehörigkeit	273
bb. Unterschiedliche Behandlung aufgrund geänderter Entlohnungsstruktur	275
cc. Unterschiedliche Behandlung aufgrund individueller Vereinbarungen	276
4. Zusammenfassung zum Vergleichsmaßstab der Gleichstellung	277
III. Schlechtere Arbeitsbedingungen	278

1.	Der Gleichstellungsgrundsatz als Mindestgarantie	279
a.	Meinungsstand	279
b.	Stellungnahme	280
c.	Zwischenergebnis	282
2.	Günstigkeits- bzw. Schlechterstellungsvergleich	282
a.	Vergleichsgegenstand und -methode	283
aa.	Einzelvergleich	283
bb.	Gesamtvergleich	284
cc.	Sachgruppenvergleich	285
	(1) Bestimmung des Sachzusammenhangs zwischen einzelnen Arbeitsbedingungen	287
	(a) Festlegung von Sachgruppen durch den Willen der Leiharbeitsvertragsparteien	287
	(b) Objektive Bestimmung des inneren Zusammenhangs	288
	(2) Keine Berücksichtigung außervertraglicher Umstände	288
	dd. Zwischenergebnis zu Vergleichsgegenstand und -methode	288
b.	Beurteilungsmaßstab und -perspektive	289
aa.	Subjektiv-reale oder objektiv-hypothetische Beurteilungsperspektive?	289
bb.	Behandlung ambivalenter und günstigkeitsneutraler Vergleichsergebnisse	290
c.	Vergleichszeitpunkt	292
3.	Zusammenfassung zum Schlechterstellungsvergleich	292
4.	Beispiele und Problemfälle des „Schlechterstellungsvergleichs“	294
a.	Arbeitsentgelt	294
b.	Dauer der Arbeitszeit	295
c.	Lage der Arbeitszeit	298
d.	Urlaub	300
e.	Kündigungsfristen	300
IV.	Für die Zeit der Überlassung	301
D.	Ausnahmetatbestände des Gleichstellungsgrundsatzes	302
I.	Abweichung aus sachlichem Grund?	302
II.	Zuvor arbeitsloser Leiharbeitnehmer	304
1.	Vorhergehende Arbeitslosigkeit	304
a.	Maßgeblicher Begriff der Arbeitslosigkeit	304
b.	Heranziehung der Leistungsvoraussetzungen für Arbeitslosengeld I?	305
aa.	Meinungsstand	305
bb.	Stellungnahme	307
c.	Tatbestandsmerkmal „Zuvor“	309
2.	Zu vereinbarendes Mindestnettoarbeitsentgelt	310

3.	Vereinbarung für sechs Wochen der Überlassung an einen Entleiher	312
4.	Leiharbeitsspezifisches Vorbeschäftigungsverbot	312
a.	Verleiherbezogenheit der Ausnahmeregelung	313
b.	Beschränkung auf Leiharbeitsverhältnisse	316
5.	Rechtsfolgen des Ausnahmetatbestands	316
6.	Zusammenfassung und praktische Bedeutung	317
III.	Tarifvertragliche Regelung	319
1.	Nach dem 15. 11. 2002 geschlossener Tarifvertrag	321
a.	Berücksichtigung der Rechtsprechung zu § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG	321
b.	Berücksichtigung von § 19 AÜG	323
c.	Zwischenergebnis	324
2.	Inhalt des Tarifvertrags	325
a.	Fragliche Zulässigkeit einer bloßen Zulassungsnorm im Tarifvertrag	326
aa.	Meinungsstand	327
bb.	Stellungnahme	328
cc.	Zwischenergebnis	329
b.	Eindeutigkeit der Abweichung vom Gleichstellungsprinzip	330
aa.	Meinungsstand	330
bb.	Stellungnahme	331
cc.	Zwischenergebnis	334
c.	Tarifvertrag regelt nur einen Teil der wesentlichen Arbeitsbedingungen	334
aa.	Ausnahmslose Gleichstellungspflicht bei jedem Schweigen des Tarifvertrags	336
bb.	Orientierung an der Reichweite der Friedenspflicht und des Tarifvorangs nach § 87 Abs. 1 BetrVG	336
cc.	Keine Lückenfüllung bei Nichtregelung von „Teilbereichen“	337
dd.	Alternativitätsmodell	337
ee.	Stellungnahme	338
ff.	Zwischenergebnis	341
d.	Gestaltungsgrenzen abweichender Tarifverträge	342
aa.	Reichweite der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis bei tarifdispositivem Gesetzesrecht	343
(1)	Die Gestaltungsmacht begrenzende Ansichten	343
(2)	Die Entscheidung des LAG Hamburg vom 24. 3. 2009	346
(3)	Keine inhaltliche Einschränkung	347
(4)	Stellungnahme	348
(5)	Zwischenergebnis	351

bb.	Vorrangiges Recht als Grenze der Tarifmacht	352
(1)	Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG	352
(2)	Sittenwidrigkeit des abweichenden Tarifvertrags	353
(3)	Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern nach § 8 Abs. 3 AEntG	357
cc.	Zusammenfassung der Gestaltungsgrenzen abweichender Tarifverträge	358
e.	Zusammenfassung zum Inhalt des Tarifvertrags	359
3.	Wirksamkeit des Tarifvertrags im Übrigen	360
4.	Geltung des Tarifvertrags	361
a.	Tarifbindung der Leiharbeitsvertragsparteien (Hs. 3)	361
b.	Arbeitsvertragliche Bezugnahme eines Tarifvertrags (Hs. 4)	364
aa.	Bezugnahmeabrede zwischen nicht tarifgebundenem Arbeitgeber und Arbeitnehmer	365
(1)	Anforderungen an die Vertragsparteien	365
(2)	Zustandekommen der Bezugnahmevereinbarung	366
(a)	Ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung	367
(b)	Bezugnahme durch betriebliche Übung	368
(3)	Wirksamkeit einer formulararbeitsvertraglich vereinbarten Bezugnahmeklausel	370
(4)	Zwischenergebnis zu den Anforderungen der Bezugnahmeabrede; Exkurs zur Einführung einer Bezugnahmeklausel durch Änderungskündigung oder § 313 BGB	371
bb.	Geltungsbereich des Tarifvertrags	372
(1)	Ausnahmsweise zulässige Verweisung auf „fremde“ Tarifverträge?	374
(2)	Auswahl zwischen mehreren Tarifverträgen, deren Geltungsbereich eröffnet ist	375
(3)	Zwischenergebnis zum Geltungsbereich des Tarifvertrags	378
cc.	Umfang der Bezugnahme auf den Tarifvertrag	379
(1)	Meinungsstand	379
(2)	Stellungnahme	380
(3)	Zwischenergebnis	382
dd.	Weitere Arten der Bezugnahme	383
ee.	Keine Inhaltskontrolle des Bezugnahmobjekts	384
c.	Sonderfälle der Tarifgeltung	385
aa.	Tarifvertragliche Abweichung in Mischbetrieben	385
(1)	Meinungsstand	386
(2)	Stellungnahme	388

(3) Zwischenergebnis zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz bei Mischbetrieben	391
bb. Nachwirkende Tarifverträge als abweichende Regelung	392
(1) Herrschende tarifrechtliche Sichtweise	392
(2) Herrschende Sichtweise zu §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG	394
(3) Bedenken gegenüber der Nachwirkung bei §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG	394
(4) Zwischenergebnis zur Abweichung durch nachwirkende Tarifverträge	398
cc. Tarifvertragliche Abweichungsmöglichkeiten ausländischer Verleiher	398
(1) Abweichung mittels ausländischer Tarifverträge	399
(a) Erfordernis der Gleichwertigkeit ausländischer Tarifverträge	399
(b) Kriterien der Gleichwertigkeit ausländischer Tarifverträge	400
(c) Gestaltungsgrenzen ausländischer Tarifverträge	401
(d) Beurteilung der Gefahr des „Lohndumpings“ durch ausländische Tarifverträge	403
(2) Abweichung mittels deutscher Tarifverträge	404
(3) Zwischenergebnis zur tarifvertraglichen Abweichung durch ausländische Verleiher	407
(4) Exkurs: Gestaltung der Aufnahme der Arbeitnehmerüberlassung in das AEntG	408
d. Zusammenfassung zur Geltung des Tarifvertrags	410
E. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	412
I. Unwirksamkeit von Vereinbarungen nach § 9 Nr. 2 AÜG	412
1. Vereinbarungen im Sinne des § 9 Nr. 2 AÜG	413
2. Umfang der Unwirksamkeit	413
II. Gleichstellungsanspruch aus § 10 Abs. 4 AÜG	414
1. Unwirksamkeit der Vereinbarung nach § 9 Nr. 2 AÜG	414
a. Vereinbarung des Leiharbeitnehmers mit dem Verleiher	415
b. Fehlende Vereinbarung	416
2. Darlegungs- und Beweislast	417
3. Rechtsfolge	418
a. Ausschlussfristen und § 10 Abs. 4 AÜG	419
aa. Die Entscheidung des LAG München vom 12. 11. 2009	419
bb. Anwendbarkeit von Ausschlussfristen auf zwingende gesetzliche Ansprüche?	420
cc. Auswirkungen auf Ansprüche nach § 10 Abs. 4 AÜG	421
dd. Zusammenfassung	424
b. Beitragshaftung des Verleiher	425

c. Subsidiäre Haftung des Entleihers	426
4. Zusammenfassung zu § 10 Abs. 4 AÜG	426
III. Gewerberechtliche Sanktion des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG	428
IV. Vermutung der Arbeitsvermittlung, § 1 Abs. 2 AÜG	430
1. Widerlegbarkeit der Vermittlungsvermutung	431
2. Rechtsfolgen der Vermittlungsvermutung nach § 1 Abs. 2 AÜG	432
3. Zusammenfassung zur Vermittlungsvermutung des § 1 Abs. 2 AÜG	435
V. Sonstige denkbare Rechtsfolgen	435
VI. Kurzübersicht zu den Rechtsfolgen	436
F. Bewertung der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	437
 4. Teil: Einfluss der Leiharbeitsrichtlinie auf die §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	 440
A. Einführung	440
I. Relevanz der Untersuchung	440
1. Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung des geltenden Rechts	440
2. Feststellung des Umsetzungsbedarfs: die unionsrechtlichen Erfordernisse an eine Richtlinienumsetzung	440
a. Verbindlichkeit des „Ziels“	441
b. Wahlfreiheit der Form und Mittel	442
c. Gebot der effektiven Umsetzung	442
d. Äquivalenzgebot	444
II. Für die Untersuchung relevante Vorgaben der Richtlinie	445
III. Weiteres Vorgehen	447
B. Regelungsziel der Leiharbeitsrichtlinie	448
C. Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen	450
I. Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie	451
1. Begriff des Arbeitnehmers, Arbeitsvertrags und Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie	452
2. Leiharbeitsunternehmen	453
3. Dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt, um unter Aufsicht und Leitung zu arbeiten	454
a. Entleihendes Unternehmen	454
b. Zur Verfügung gestellt, um unter Aufsicht und Leitung zu arbeiten	455
aa. Abgrenzung zu anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes	456
bb. Beschränkung auf sog. unechte Leiharbeit?	457
4. Vorübergehende Überlassung	458
a. Die Bedeutung der Einschränkung absprechende Ansicht	459

b.	Folge der Einschränkung: Unzulässigkeit dauerhafter Überlassung	460
c.	Bestehender Umsetzungsbedarf	463
aa.	Auslegbarkeit des geltenden Rechts als untauglicher „Umsetzungseratz“	463
bb.	Begriffsbestimmung	464
(1)	Orientierung an § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	464
(2)	Bewertung der Richtlinienkonformität des Begriffsverständnisses	466
d.	Zusammenfassung zum Merkmal der vorübergehenden Überlassung	468
5.	Zusammenfassung zu Art. 1 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie	470
II.	Wirtschaftliche Tätigkeit eines öffentlichen oder privaten Unternehmens, Art. 1 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie	471
III.	Ausnahmen, Art. 1 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie	475
IV.	Kurzüberblick zum Anwendungsbereich	477
D.	Überprüfung der Einschränkungen und Verbote	478
E.	Grundsatz der Gleichbehandlung	480
I.	Gegenstände der Gleichbehandlung	480
1.	Wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 Leiharbeitsrichtlinie	480
a.	Konformität des deutschen Begriffsverständnisses	481
aa.	Streitdarstellung	482
bb.	Zwischenergebnis	483
b.	Möglichkeit der Einschränkung des bisherigen Umfangs der Gleichstellungsgegenstände durch den nationalen Gesetzgeber?	483
c.	Wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 3 Abs. 1 lit. f) i) Leiharbeitsrichtlinie	485
aa.	Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeit und Nacharbeit	486
bb.	Urlaub und arbeitsfreie Tage	488
d.	Arbeitsentgelt, Art. 3 Abs. 1 lit. f) ii) Leiharbeitsrichtlinie	489
aa.	Begriffsbestimmung	490
bb.	Soziale Einrichtungen	491
(1)	Richtlinienkonformität des geltenden nationalen Rechts	492
(2)	Vorgaben des Art. 6 Abs. 4 Leiharbeitsrichtlinie	494
(a)	Anknüpfungspunkt und Bindung an die Bedingungen des entleihenden Unternehmens	494
(b)	Begriff der Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste	494
(c)	Anspruchsgegner des Zugangsanspruchs	498

(d) Ausnahme vom Teilhabeanspruch aus objektiven Gründen	499
(e) Verhältnis der Umsetzungsnorm zu §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	502
(3) Zwischenergebnis mit Umsetzungsempfehlung	503
e. Rechtsgrundlagen der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	505
f. Zwischenergebnis zur Gleichbehandlung nach Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. f) Leiharbeitsrichtlinie	507
2. Gegenstände des Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 Leiharbeitsrichtlinie	509
a. Durch Gesetz festgelegte Regeln	509
b. Durch sonstige Bestimmungen allgemeiner Art festgelegte Regeln	510
c. Zwischenergebnis zu Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 Leiharbeitsrichtlinie	511
3. Fazit zu den Gegenständen der Gleichbehandlung	512
II. Vergleichsmaßstab	512
1. Unternehmensweiter Vergleichsmaßstab	514
2. Hypothetische Einstellung des Leiharbeitnehmers	514
a. Ermittlung anhand der in Art. 3 Abs. 1 lit. f) genannten Rechtsgrundlagen	515
aa. Fehlen verbindlicher Bestimmungen allgemeiner Art	516
bb. Vereinbarkeit der Vergleichsmethode mit der Erfassung von Individualvereinbarungen nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	517
b. Berücksichtigung personenbezogener Merkmale	519
c. Dauer und Lage der Arbeitszeit	520
d. Teilzeit- und befristet beschäftigte Leiharbeitnehmer	520
e. Fehlen vergleichbarer Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb	521
f. Uneinheitliche Behandlung vergleichbarer Arbeitnehmer	522
3. Bestehendes Umsetzungserfordernis	524
4. Zusammenfassung zum Vergleichsmaßstab der Gleichbehandlung	525
III. Mindestens geltende wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	527
1. Richtlinienkonformität hinsichtlich des Mindestgarantiecharakters	528
2. Günstigkeitsvergleich	529
3. Zusammenfassung	532
IV. Während der Dauer der Überlassung	533
F. Ausnahmeoptionen vom Gleichbehandlungsgrundsatz	534
I. Art. 5 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie	535
1. Umsetzbarkeit in das deutsche Recht	536
2. Zwischenergebnis	539

II.	Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie	539
1.	Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern	540
a.	Bedeutung der Einschränkung	540
b.	Richtlinienkonformität der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG	545
2.	Weitere Vorgaben zum abweichenden Tarifvertrag	546
a.	Zulässigkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme	547
b.	Unzulässigkeit bloßer Zulassungsnormen	548
3.	Zwischenergebnis	549
III.	Art. 5 Abs. 4 Leiharbeitsrichtlinie	550
IV.	Weggefährte Ausnahmetatbestände	551
1.	Keine Ausnahme aus sachlichem Grund	552
2.	Keine Ausnahme für „kurzfristige“ Arbeitnehmerüberlassungen	552
3.	Keine Ausnahme für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer	553
4.	Zwischenergebnis	554
V.	Verhinderung missbräuchlicher Anwendung	554
1.	Missbräuchliche Anwendung dieses Artikels	555
2.	Verhinderung aufeinander folgender Überlassungen	556
3.	Änderungsbedarf der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG	556
4.	Zwischenergebnis	559
VI.	Zusammenfassung zu den Ausnahmeoptionen	559
G.	„Sanktionen“, Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie	560
I.	Grundsatz der Gleichbehandlung	562
1.	Maßnahmen zur Durchsetzung	563
2.	Sanktionen	563
a.	„Zivilrechtliche Sanktion“ des § 10 Abs. 4 AÜG	564
b.	Verwaltungsrechtliche Sanktion	565
3.	Zwischenergebnis	567
II.	Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten	568
III.	Nicht vorübergehende Überlassung	569
IV.	Zusammenfassung zu Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie	571
H.	Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	573
I.	Bewertung des Einflusses und Ausblick	574
5. Teil:	Schlussthesen	577
A.	Der Gleichstellungsgrundsatz nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	578
I.	Aus dem Geltungsbereich des AÜG resultierende Voraussetzungen	578
II.	Tatbestand des Gleichstellungsgrundsatzes	578
III.	Ausnahmetatbestände des Gleichstellungsgrundsatzes	582
IV.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	587
B.	Einfluss der Leiharbeitsrichtlinie auf die §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG	588
I.	Anwendungsbereich	588

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	29
II. Grundsatz der Gleichbehandlung	589
III. Ausnahmeoptionen vom Gleichbehandlungsgrundsatz	594
IV. „Sanktionen“, Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie	595
Literaturverzeichnis	599
Stichwortverzeichnis	625