

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| <b>Einleitung</b> .....   | 1  |
| § 1 Überblick.....  | 1  |
| A. Arbeitnehmerüberlassung in der Praxis .....  | 1  |
| B. Fremdpersonaleinsatz über Werkverträge.....  | 4  |
| C. Ziel .....   | 5  |
| D. Gang der Untersuchung.....   | 5  |
| <br>  |    |
| <b>1. Teil: Grundlagen</b> .....  | 9  |
| § 2 Rechtsgrundlagen der Arbeitnehmerüberlassung – das<br>Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als Sonderprivatrecht..... | 9  |
| § 3 Arten der Arbeitnehmerüberlassung .....   | 10 |
| A. Echte und unechte Leiharbeit.....  | 11 |
| B. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.....  | 12 |
| C. Arbeitsvermittlung.....  | 13 |
| § 4 Geltungsbereich und Voraussetzungen der gesetzmäßigen<br>Arbeitnehmerüberlassung .....                          | 14 |
| A. Territorialer und gegenständlicher Geltungsbereich des AÜG .....   | 14 |
| I. Territorialer Geltungsbereich .....  | 14 |
| II. Gegenständlicher Geltungsbereich.....   | 15 |
| 1. Grundsätzlich.....   | 15 |
| 2. Zulässigkeit des Kettenverleihs .....  | 15 |
| a. Zulässigkeit des Kettenverleihs im engeren Sinne<br>(nur ein Verleih) .....                                      | 16 |
| b. Zulässigkeit des Kettenverleihs im weiteren Sinne<br>(zwei Verleihungen) .....                                   | 17 |
| c. Stellungnahme zur Zulässigkeit eines Kettenverleihs<br>nach dem AÜG .....  | 19 |
| aa. Hinsichtlich Zulässigkeit des Kettenverleihs<br>im engeren Sinne .....  | 19 |

|  |           |
|--|-----------|
| (1.) Weiterverleih vom Direktionsrecht umfasst .....   | 19        |
| (2.) Fehlende, aber notwendige Arbeitgeberbefugnisse<br>beim ersten Entleiher .....                    | 20        |
| bb. Hinsichtlich Zulässigkeit des Kettenverleihs<br>im weiteren Sinne .....                            | 21        |
| 3. Zwischenergebnis .....  | 22        |
| III. Andere Formen des Fremdpersonaleinsatzes<br>im gegenständlichen Geltungsbereich des AÜG .....     | 23        |
| B. Voraussetzungen gesetzmäßiger Arbeitnehmerüberlassung<br>nach § 1 AÜG .....                         | 23        |
| I. Beispiel für eine den gegenständlichen Bereich<br>des AÜG betreffende Arbeitnehmerüberlassung ..... | 23        |
| II. Abschluss eines Leiharbeitsvertrages und<br>eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages .....          | 24        |
| III. Überlassungserlaubnis § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG .....   | 25        |
| IV. Im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers .....                                      | 25        |
| 1. Ursprünglich: Gewerbsmäßigkeit der<br>Arbeitnehmerüberlassung .....                                 | 25        |
| 2. Nunmehr im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit .....  | 26        |
| V. Nur <i>vorübergehende</i> Arbeitnehmerüberlassung,<br>§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG .....                     | 26        |
| 1. Anknüpfung zur Bestimmung der Dauer der Überlassung .....   | 27        |
| 2. Dauer einer vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung .....   | 28        |
| 3. Zwischenergebnis .....  | 31        |
| § 5 Ergebnis .....   | 32        |
| <br>   |           |
| <b>2. Teil: Schuldrechtliche Beziehungen .....</b>   | <b>35</b> |
| § 6 Leiharbeitsvertrag .....   | 35        |
| A. Rechtsnatur .....   | 36        |
| I. Rechtliche Qualifikation als Leihvertrag gem. § 598 BGB .....                                       | 37        |
| II. Leiharbeitsvertrag als Arbeitsplatzverschaffungsvertrag .....                                      | 37        |
| III. Leiharbeitsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag <i>sui generis</i> .....                         | 39        |

|      |   |    |
|------|---|----|
| IV.  | Leiharbeitsvertrag als normaler<br>Arbeitsvertrag i. S. d. §§ 611 ff. BGB .....     | 39 |
| 1.   | Entstehung eines Arbeitsverhältnisses .....   | 40 |
| 2.   | Arbeitnehmer .....  | 41 |
| 3.   | Inhalt des Arbeitsvertrages .....   | 42 |
| 4.   | Leiharbeitsvertrag als Arbeitsvertrag .....   | 42 |
| V.   | Zwischenergebnis .....  | 43 |
| B.   | Inhalt des Leiharbeitsvertrags .....  | 44 |
| I.   | Rechte und Pflichten des Leiharbeitnehmers .....                                    | 44 |
| II.  | Rechte und Pflichten des Verleihers .....   | 45 |
| 1.   | Vergütungspflicht .....   | 46 |
| 2.   | Equal-Treatment und Equal-Pay .....   | 46 |
| 3.   | Beschäftigungspflicht .....   | 50 |
| 4.   | Unterrichtungspflicht hinsichtlich<br>der Überlassungserlaubnis .....               | 51 |
| 5.   | Sonstige Pflichten des Verleihers .....   | 51 |
| III. | Weisungsrecht des Verleihers .....  | 52 |
| 1.   | Rechtsgrundlage des Weisungsrechts .....  | 52 |
| 2.   | Inhalt des Weisungsrechts .....   | 52 |
| 3.   | Grenzen des Weisungsrechts .....  | 54 |
| IV.  | Form des Leiharbeitsvertrags .....  | 54 |
| V.   | Vom normalen Arbeitsvertrag abweichender Vertragsinhalt .....                       | 54 |
| 1.   | Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen<br>des Leiharbeitsverhältnisses ..... | 54 |
| 2.   | Qualifikation des Leiharbeitnehmers .....   | 55 |
| 3.   | Recht zur Überlassung an Dritte .....   | 55 |
| 4.   | Auskunftspflicht des Leiharbeitnehmers .....  | 55 |
| VI.  | Vertragsparteien .....  | 56 |
| 1.   | Leiharbeitnehmer .....  | 56 |
| 2.   | Verleiher .....   | 57 |
| a.   | Vertragspartei .....  | 57 |
| b.   | Ist nur ein (Vertrags-)Arbeitgeber Verleiher? .....                                 | 57 |
| aa.  | Wortlaut des AÜG .....  | 58 |

|   |    |
|---|----|
| bb. Inhaber des Arbeitgeberdirektionsrechts.....  | 58 |
| cc. Stellungnahme.....  | 58 |
| VII. Erfüllungsort.....   | 60 |
| VIII. Zwischenergebnis.....   | 61 |
| C. Befristung des Leiharbeitsvertrags.....  | 62 |
| D. Beendigung des Leiharbeitsvertrages.....   | 63 |
| I. Grundsätzlich wie bei normalem<br>Arbeitsvertrag i. S. d. § 611 BGB.....   | 63 |
| II. Aus der Arbeitnehmerüberlassung<br>resultierende Besonderheiten .....   | 64 |
| 1. Abmahnung.....   | 64 |
| 2. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung .....   | 64 |
| 3. Betriebsbedingte Kündigung.....  | 65 |
| a. Betriebsbedingte Kündigungen im Verleiherbetrieb.....  | 66 |
| aa. Dringende betriebliche Erfordernisse .....  | 66 |
| (1.) Innerbetriebliche Kündigungsgründe .....   | 67 |
| (2.) Außerbetriebliche Kündigungsgründe.....  | 68 |
| bb. Soziale Rechtfertigung.....   | 70 |
| (1.) Grundsätzlich Berücksichtigung horizontal<br>vergleichbarer Arbeitnehmer .....   | 70 |
| (2.) Nicht bei Sozialauswahl zu berücksichtigende<br>Leiharbeitnehmer.....  | 71 |
| cc. Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten .....   | 73 |
| b. Betriebsbedingte Kündigungen wegen fehlender<br>Beschäftigungsmöglichkeit im Entleiherbetrieb.....                             | 74 |
| III. Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses durch Gesetz und<br>durch einseitige Erklärung des Verleihers/Leiharbeitnehmers..... | 75 |
| IV. Kündigung durch den Leiharbeitnehmer.....   | 76 |
| E. Zwischenergebnis.....  | 77 |
| § 7 Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.....  | 78 |

|     |   |    |
|-----|---|----|
| A.  | Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags.....  | 79 |
| I.  | Wesentliche Pflichten des Verleihers .....  | 79 |
|     | 1. Umfang der Hauptpflicht des Verleihers.....  | 80 |
|     | 2. Überlassung eines qualifizierten<br>Leiharbeitnehmers – personeller Umfang .....   | 80 |
|     | 3. Sachlicher Umfang der Überlassungspflicht.....   | 82 |
|     | a. Lediglich Auswahl und zur Verfügung Stellung<br>des Leiharbeitnehmers.....   | 82 |
|     | aa. Inhalt.....   | 82 |
|     | bb. Stellungnahme.....  | 83 |
|     | b. Auch Antritt zur Erbringung der Arbeitsleistung<br>(Angebot i. S. d. § 293 BGB).....   | 85 |
|     | aa. Auslegung nach Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG.....  | 85 |
|     | bb. Historische Auslegung.....  | 86 |
|     | cc. Sinn und Zweck – Folgenbetrachtung<br>und Risikoverteilung.....   | 87 |
|     | (1.) Motive des Entleihers.....   | 87 |
|     | (2.) Ausfallrisiko .....  | 88 |
|     | (3.) Zurückbehaltungsrecht .....  | 89 |
|     | c. Mangelfreiheit der Arbeitsleistung<br>des Leiharbeitnehmers.....   | 90 |
|     | 4. Dauer der Überlassungspflicht .....  | 91 |
|     | 5. Zwischenergebnis.....  | 92 |
|     | 6. Fixschuldcharakter der dem Verleiher<br>obliegenden Leistung.....  | 94 |
|     | a. Grundsätzlich im Arbeitsverhältnis .....   | 94 |
|     | b. Spezifisch im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung .....   | 94 |
|     | 7. Unterrichtungspflicht des Verleihers hinsichtlich<br>des Besitzes einer nach § 1 AÜG erforderlichen<br>Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ..... | 96 |
|     | 8. Zwischenergebnis.....  | 96 |
| II. | Wesentliche Pflichten des Entleihers .....  | 97 |
|     | 1. Wer ist Entleiher? .....   | 97 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 2.  | Vergütungspflicht .....   | 98  |
| a.  | Inhalt.....   | 98  |
| b.  | Fixschuldcharakter .....  | 98  |
| 3.  | Abnahmepflicht und Beschäftigungspflicht .....  | 98  |
| a.  | Inhalt.....   | 99  |
| b.  | Fixschuldcharakter .....  | 100 |
| 4.  | Angabepflicht des Entleihers nach § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG.....                           | 101 |
| 5.  | Auskunftspflicht des Entleihers nach § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG .....                       | 101 |
| 6.  | Zwischenergebnis.....   | 101 |
| B.  | Rechtsnatur des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages .....                               | 102 |
| I.  | Qualifikation als Vertrag nach dem 8. Titel des BGB.....                              | 103 |
| 1.  | Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als Werkvertrag .....                                 | 103 |
| a.  | Vertragsgegenstand.....   | 103 |
| b.  | Hauptpflichten des Werkunternehmers .....   | 105 |
| aa. | Herstellung des vertraglich geschuldeten Werkes.....                                  | 105 |
| bb. | Vorleistungspflicht des Werkunternehmers .....  | 106 |
| cc. | Werkvertragsfähigkeit .....   | 107 |
| c.  | Hauptpflichten des Werkbestellers.....  | 107 |
| aa. | Vergütung .....   | 107 |
| bb. | Abnahme des Werkes.....   | 108 |
| d.  | Nebenschlichten des Werkbestellers.....   | 108 |
| e.  | Weitere Charakteristika eines Werkvertrages .....                                     | 109 |
| aa. | Das Anweisungsrecht des Bestellers gem. § 645 BGB .....                               | 109 |
| bb. | Keine Eingliederung der Hilfspersonen<br>in den Betrieb des Werkbestellers.....       | 112 |
| cc. | Personalauswahl .....   | 113 |
| dd. | Gewährleistung, §§ 633 ff. BGB.....   | 113 |
| f.  | Zwischenergebnis.....   | 114 |
| 2.  | Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als Dienstvertrag<br>gem. §§ 611 ff. BGB .....        | 115 |
| 3.  | Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als<br>Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB..... | 117 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 4.  | Arbeitnehmerüberlassung als Dienstverschaffungsvertrag .....                             | 117 |
| a.  | Verschaffung der Dienste eines Dritten.....  | 118 |
| b.  | Eigener Betrieb des Dienstverschaffenden .....   | 118 |
| c.  | Eingliederung in den Betrieb des Entleihers, Selbstständigkeit des Dienstleistenden..... | 119 |
| 5.  | Zwischenergebnis.....  | 119 |
| II. | Qualifikation als Gebrauchsüberlassungsvertrag .....                                     | 119 |
| 1.  | Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als Leihvertrag i. S. d. § 598 BGB.....                  | 119 |
| a.  | Vertragsgegenstand .....   | 120 |
| b.  | Bezeichnung der Vertragsparteien.....  | 121 |
| c.  | Unentgeltlichkeit.....   | 121 |
| d.  | Keine Verfügungsmacht .....  | 121 |
| e.  | Rückgabepflicht § 604 BGB.....   | 121 |
| f.  | Erhaltungskosten .....   | 122 |
| g.  | Zwischenergebnis .....   | 122 |
| 2.  | Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als Mietvertrag i. S. d. § 535 BGB .....                 | 123 |
| a.  | Synallagmatische Hauptpflichten .....  | 123 |
| b.  | Entgeltliche Gebrauchsüberlassung; Mietsache .....                                       | 124 |
| c.  | Gewährung des Gebrauchs.....   | 125 |
| d.  | Mangelfreiheit der Mietsache .....   | 125 |
| e.  | Abnahmepflicht, Benutzungspflicht .....  | 125 |
| f.  | Dauerschuldverhältnis.....   | 126 |
| g.  | Weitervermietung, § 540 BGB.....   | 126 |
| h.  | Dauer .....  | 127 |
| i.  | Rückgabepflicht, § 546 BGB.....  | 127 |
| j.  | Fixschuldcharakter .....   | 127 |
| 3.  | Zwischenergebnis.....  | 128 |
| C.  | Beendigung .....   | 129 |
| D.  | Zwischenergebnis.....  | 129 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| § 8  | Die rechtliche Verbindung zwischen Entleiher<br>und Leiharbeitnehmer .....     | 131 |
| A.   | Vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB .....                  | 132 |
| B.   | Arbeitnehmerüberlassung-Doppelarbeitsverhältnis.....                           | 133 |
| I.   | Stellungnahme.....   | 134 |
| 1.   | Dogmatik .....   | 134 |
| 2.   | Interessenskonflikt des Leiharbeitnehmers .....                                | 135 |
| 3.   | Widerspruch zu Sinn und Zweck der Nutzung<br>der Arbeitnehmerüberlassung ..... | 136 |
| 4.   | Beeinträchtigung der Rechte des Leiharbeitnehmers .....                        | 136 |
| 5.   | Prüfungsmaßstab der Erlaubnisbehörde .....                                     | 137 |
| 6.   | Gesetzliche Regelung .....   | 137 |
| a.   | Sozialgesetzbuch IV (SGB IV) .....   | 137 |
| b.   | Einkommenssteuergesetz (EStG) .....  | 137 |
| c.   | AÜG .....  | 138 |
| d.   | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) .....                                | 138 |
| 7.   | Widerspruch zu § 10 Abs. 1 AÜG .....   | 139 |
| II.  | Zwischenergebnis.....  | 139 |
| C.   | Theorie vom Einzelarbeitsvertrag.....  | 141 |
| I.   | Nur ein Arbeitsverhältnis .....  | 141 |
| II.  | Dreiseitiges Arbeitsverhältnis .....   | 142 |
| III. | Stellungnahme.....   | 142 |
| IV.  | Vertragsbeitritt und partielle Vertragsübernahme.....                          | 144 |
| 1.   | Vertragsbeitritt .....   | 144 |
| 2.   | Stellungnahme.....   | 145 |
| 3.   | Partielle Vertragsübernahme.....   | 146 |
| 4.   | Stellungnahme zu c. ....   | 146 |
| V.   | Zwischenergebnis.....  | 147 |
| D.   | Vertrag zugunsten Dritter .....  | 147 |
| I.   | Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten<br>Dritter, § 328 BGB.....     | 148 |



|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 1.        | Auslegung nach dem Willen der Vertragsparteien<br>des Deckungsverhältnisses.....                         | 149        |
| a.        | Wille des Leiharbeitnehmers.....   | 149        |
| b.        | Wille des Verleihers.....  | 150        |
| 2.        | Weitere Argumente .....  | 150        |
| 3.        | Zwischenergebnis.....  | 152        |
| II.       | Leiharbeitsvertrag als unechter Vertrag zugunsten Dritter.....   | 152        |
| E.        | Zwischenergebnis.....  | 153        |
| § 9       | Ergebnis .....   | 154        |
| <b>3.</b> | <b>Teil: Rechtsfolgen.....</b>   | <b>157</b> |
| § 10      | Rechtsfolgen bei nicht gesetzmäßiger Arbeitnehmerüberlassung.....  | 157        |
| A.        | Inhalt des § 9 AÜG .....   | 157        |
| B.        | Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnis und des<br>Arbeitnehmerüberlassungsvertrages, § 9 Nr. 1 AÜG..... | 159        |
| I.        | Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages .....  | 159        |
| 1.        | Zeitpunkt der Unwirksamkeit des<br>Arbeitnehmerüberlassungsvertrages .....                               | 160        |
| 2.        | Rechtsfolge der Nichtigkeit des<br>Arbeitnehmerüberlassungsvertrags .....                                | 161        |
| a.        | Anspruch des Entleihers auf Rückabwicklung des<br>unwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags.....      | 161        |
| b.        | Anspruch des Verleihers auf Rückabwicklung des<br>unwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags.....      | 162        |
| II.       | Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags.....   | 163        |
| 1.        | Zeitpunkt der Unwirksamkeit .....  | 163        |
| 2.        | Rückabwicklung des Leiharbeitsvertrags.....  | 164        |
| a.        | Anwendung der Grundsätze des faktischen<br>Arbeitsverhältnisses.....                                     | 164        |
| b.        | Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB .....   | 165        |
| III.      | Zwischenergebnis.....  | 166        |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| C.   | Entstehung und Beendigung eines gesetzlichen<br>Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher ..... | 167 |
| I.   | Wirkung des § 10 Abs. 1 AÜG bei fehlender<br>Überlassungserlaubnis.....  | 167 |
| 1.   | Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer<br>und Entleiher.....  | 167 |
| 2.   | Auflösung der die Arbeitnehmerüberlassung<br>typisierenden Dreieckskonstellation.....                              | 169 |
| II.  | Zeitpunkt der Entstehung des gesetzlichen<br>Arbeitsverhältnisses.....   | 169 |
| 1.   | Entstehung des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses<br>bei von Anfang an fehlender Überlassungserlaubnis.....         | 169 |
| a.   | Auslegung nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG..   | 170 |
| b.   | Problematik nebeneinander bestehender<br>mehrerer gesetzlicher Arbeitsverhältnisse .....                           | 170 |
| c.   | Stellungnahme.....   | 171 |
| 2.   | Zwischenergebnis.....  | 172 |
| III. | Rechtsqualität und Inhalt des<br>gesetzlichen Arbeitsverhältnisses.....  | 173 |
| 1.   | Rechtsqualität .....   | 173 |
| 2.   | Inhalt des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses<br>zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher.....                       | 173 |
| a.   | Arbeitszeit.....   | 174 |
| aa.  | Dauer .....  | 174 |
| bb.  | Lage der Arbeitszeit .....   | 174 |
| b.   | Befristung .....   | 175 |
| aa.  | Sachlicher Grund .....   | 175 |
| bb.  | Dauer der Befristung.....  | 176 |
| c.   | Arbeitsentgelt .....   | 177 |
| aa.  | Günstigkeitsprinzip.....   | 177 |
| bb.  | Abweichung durch Tarifvertrag möglich.....   | 177 |
| cc.  | Abweichung durch Änderungskündigung .....  | 178 |
| d.   | Sonstige Arbeitsbedingungen.....   | 178 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| IV.  | Beendigung des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses<br>zum Entleiher .....   | 179 |
| 1.   | Durch Kündigung .....   | 179 |
| 2.   | Kündigungsschutz des Leiharbeitnehmers<br>im gesetzlichen Arbeitsverhältnis zum Entleiher .....                     | 180 |
| 3.   | Aufhebungsvertrag .....   | 182 |
| 4.   | Durch Anfechtung .....  | 182 |
| 5.   | Durch Zeitablauf .....  | 182 |
| V.   | Wirkung des § 10 Abs. 1 AÜG bei nicht nur<br>vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung .....                          | 183 |
| VI.  | Zwischenergebnis .....  | 185 |
| § 11 | Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers<br>im Rahmen der Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG ..... | 186 |
| A.   | Derzeitige Rechtslage .....   | 186 |
| I.   | Tatsächliche Folge aus Sicht des Leiharbeitnehmers .....  | 187 |
| II.  | Tatsächliche Folge aus Sicht des Entleihers .....   | 187 |
| III. | Verfassungsmäßigkeit .....  | 188 |
| 1.   | Verhältnismäßiger Eingriff in die Berufswahlfreiheit<br>Art. 12 Abs. 1 GG .....                                     | 188 |
| a.   | Eingriff in den Schutzbereich .....   | 188 |
| b.   | Widerspruchsrecht bei vergleichbarer Situation<br>des Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 6 BGB .....                | 190 |
| 2.   | Verhältnismäßiger Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG .....  | 191 |
| 3.   | Widerspruch zur gesetzlichen Wertung .....  | 192 |
| a.   | Schutz vor aufgedrängtem Vertragspartner<br>im Arbeitsrecht .....   | 192 |
| b.   | Gefahr des Missbrauchs durch den Verleiher .....  | 193 |
| IV.  | Zwischenergebnis .....  | 194 |
| B.   | Verfassungskonforme Auslegung .....   | 195 |
| I.   | Lösungsmöglichkeit <i>de lege lata</i> .....  | 196 |
| 1.   | Vertragliche Abbedingung der Rechtsfolgen<br>der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG .....                                    | 196 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| a.   | Abbedingung zwischen Verleiher und Entleiher<br>oder Verleiher und Leiharbeitnehmer..... | 197 |
| aa.  | Sittenwidrigkeit der Vereinbarung .....  | 197 |
| bb.  | Folge für weitere Vermittlung von Arbeitnehmern.....                                     | 198 |
| b.   | Zwischenergebnis.....  | 199 |
| 2.   | Verfassungskonforme Auslegung der §§ 9 Nr. 1<br>und § 10 Abs. 1 AÜG.....                 | 200 |
| a.   | Doppelarbeitsverhältnis .....  | 200 |
| b.   | Schadensersatzrechtliche Lösung – Anspruch des<br>Leiharbeitnehmers.....                 | 201 |
| aa.  | Anspruchsgrundlage.....  | 202 |
| bb.  | Schuldverhältnis.....  | 202 |
| cc.  | Pflichtverletzung.....   | 202 |
| dd.  | Verschulden.....   | 203 |
| ee.  | Schaden .....  | 203 |
| ff.  | Rechtsfolge .....  | 203 |
| (1.) | Grundsatz der Naturalrestitution.....  | 203 |
| (2.) | Naturalrestitution im Rahmen der<br>Arbeitnehmerüberlassung .....                        | 204 |
| gg.  | Frist .....  | 204 |
| hh.  | Zwischenergebnis.....  | 205 |
| c.   | Schadensersatzrechtliche Lösung – Regressanspruch<br>des Entleihers.....                 | 205 |
| aa.  | Anspruchsgrundlage.....  | 206 |
| bb.  | Schuldverhältnis.....  | 206 |
| cc.  | Pflichtverletzung.....   | 206 |
| dd.  | Verschulden.....   | 207 |
| ee.  | Schaden .....  | 207 |
| ff.  | Rechtsfolge .....  | 207 |
| gg.  | Ausschluss .....   | 208 |
| hh.  | Zwischenergebnis.....  | 208 |
| II.  | Zwischenergebnis.....  | 208 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| C.   | Lösungsmöglichkeit <i>de lege ferenda</i> .....  | 210 |
| I.   | Rückgriff auf im Arbeitsrecht bereits<br>vorhandene Regelungen.....  | 210 |
| 1.   | Wahlrecht entsprechend § 12 KSchG.....   | 211 |
| a.   | Inhalt des Wahlrechts nach § 12 KSchG.....   | 211 |
| b.   | Voraussetzungen des Wahlrechts.....  | 212 |
| c.   | Statuierung eines Wahlrechts<br>entsprechend § 12 KSchG? .....   | 212 |
| 2.   | Widerspruchsrecht entsprechend § 613a Abs. 6 BGB.....  | 213 |
| a.   | Inhalt des § 613a Abs. 6 BGB.....  | 213 |
| b.   | Analoge Anwendung des § 613a BGB bei<br>illegaler Arbeitnehmerüberlassung .....  | 214 |
| c.   | Zwischenergebnis: Kein Widerspruchsrecht<br>für den Leiharbeitnehmer? .....  | 215 |
| II.  | Implementierung eines Widerspruchsrechts<br>des Leiharbeitnehmers in das AÜG? .....  | 216 |
| 1.   | Inhalt der Urteile, die ein Widerspruchsrecht<br>des Leiharbeitnehmers annehmen.....   | 217 |
| 2.   | Reaktion der Literatur .....   | 217 |
| 3.   | Hinweis des Bundesarbeitsgerichts.....   | 218 |
| 4.   | Zwischenergebnis.....  | 219 |
| III. | Zwischenergebnis.....  | 219 |
| IV.  | Reformvorschlag.....   | 220 |
| 1.   | Eigener Entwurf eines Widerspruchsrechts des<br>Leiharbeitnehmers gegen die Entstehung eines<br>gesetzlichen Arbeitsverhältnisses zum<br>Entleiher nach § 10 Abs. 1 AÜG..... | 220 |
| a.   | Rechtsgrundlage eines Widerspruchsrechts<br>des Arbeitnehmers.....   | 220 |
| b.   | Widerspruchsfrist .....  | 221 |
| c.   | Schriftform des Widerspruchs .....   | 221 |
| d.   | Suspendierung der Wirkung des § 9 Nr. 1 AÜG<br>für den Zeitraum des möglichen Widerspruchs.....  | 221 |

|   |            |
|---|------------|
| e. Zwischenergebnis.....  | 222        |
| 2. Gestaltung des § 10 AÜG n.F. ....  | 223        |
| 3. Verfahren hinsichtlich Arbeitsverhältnis zum Verleiher.....                                  | 226        |
| 4. Darlegungs- und Beweislast.....  | 226        |
| 5. Verfahren bei Streit um das Bestehen eines gesetzlichen<br>Arbeitsverhältnisses.....         | 226        |
| V. Festhalteerklärung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b<br>und Abs. 2 AÜG nF.....                      | 227        |
| 1. Tatbestandliche Voraussetzungen der Festhalteerklärung,<br>§ 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b AÜG nF..... | 227        |
| 2. Formelle Voraussetzungen der Festhalteerklärung, § 9<br>Abs. 2 Nr. 1 – 3 AÜG nF.....         | 228        |
| 3. Stellungnahme.....   | 228        |
| § 12 Ergebnis .....   | 231        |
| <b>4. Teil: Haftung .....</b>   | <b>237</b> |
| § 13 Haftung des Leiharbeitnehmers.....   | 237        |
| A. Vertragliche Haftung des Leiharbeitnehmers<br>gegenüber dem Verleiher.....                   | 237        |
| I. Anspruchsgrundlage und Schuldverhältnis .....  | 238        |
| II. Pflichtverletzung.....  | 238        |
| 1. Nichtleistung.....   | 238        |
| 2. Schlechtleistung.....  | 239        |
| 3. Nebenpflichtverletzungen.....  | 239        |
| III. Verschulden.....   | 240        |
| IV. Schaden.....  | 240        |
| 1. Bei Nichtleistung des Leiharbeitnehmers .....  | 240        |
| 2. Bei Schlechtleistung des Leiharbeitnehmers.....  | 241        |
| 3. Bei Nebenpflichtverletzungen.....  | 242        |
| B. vertragliche Haftung gegenüber dem Entleiher.....  | 242        |
| I. Leiharbeitsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung<br>zugunsten Dritter.....                   | 242        |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| II.  | Drittschadensliquidation.....   | 243 |
| 1.   | Bei Nichtleistung des Leiharbeitnehmers .....                                   | 244 |
| 2.   | Bei Schlechtleistung des Leiharbeitnehmers.....                                 | 244 |
| 3.   | Bei Nebenpflichtverletzungen.....   | 245 |
| C.   | Vorvertragliche Haftung.....  | 246 |
| D.   | Anwendbarkeit des gesetzlichen Arbeitnehmerhaftungsprivilegs.....               | 246 |
| E.   | Anwendbarkeit des richterrechtlich<br>geschaffenen Haftungsprivilegs .....      | 247 |
| I.   | Herleitung .....  | 247 |
| II.  | Rechtsgrundlage .....   | 248 |
| 1.   | Rechtsgrundlage im normalen Arbeitsverhältnis .....                             | 248 |
| 2.   | Rechtsgrundlage für das Haftungsprivileg<br>gegenüber dem Entleiher .....       | 250 |
| III. | Voraussetzungen des Haftungsprivilegs des<br>(Leih-)Arbeitnehmers .....         | 251 |
| 1.   | Erfasster Personenkreis.....  | 251 |
| a.   | Im Verhältnis zum Verleiher.....  | 251 |
| b.   | Im Verhältnis zum Entleiher .....   | 251 |
| 2.   | Betriebliche Tätigkeit.....   | 252 |
| IV.  | Rechtsfolge des Haftungsprivilegs.....  | 254 |
| V.   | Vertragliche Abdingbarkeit des Haftungsprivilegs<br>des Leiharbeitnehmers ..... | 255 |
| VI.  | Zwischenergebnis.....   | 256 |
| VII. | Anwendbarkeit des Haftungsprivilegs im<br>gesetzlichen Arbeitsverhältnis .....  | 256 |
| F.   | Zwischenergebnis.....   | 257 |
| § 14 | Haftung des Verleihers .....  | 257 |
| A.   | Vertragliche Haftung des Verleihers gegenüber<br>dem Leiharbeitnehmer .....     | 258 |
| I.   | Anspruchsgrundlage.....   | 258 |
| II.  | Pflichtverletzung.....  | 258 |
| 1.   | Zu späte oder keine Vergütungsleistung.....                                     | 258 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 2.   | Verstoß gegen <i>Equal Treatment</i> und<br><i>Equal Pay</i> Grundsatz.....              | 259 |
| 3.   | Verletzung der Hinweispflicht zum Status<br>der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis .....  | 260 |
| 4.   | Beschäftigung des Leiharbeitnehmers.....   | 260 |
| III. | Verschulden und Schaden.....   | 261 |
| IV.  | Verschuldensunabhängige Haftung des Verleihers .....                                     | 261 |
| 1.   | Freistellungsanspruch des Leiharbeitnehmers.....   | 261 |
| a.   | Rechtsgrundlage.....   | 262 |
| b.   | Anspruchsvoraussetzungen .....   | 262 |
| 2.   | Haftung für im Betrieb des Entleihers<br>erlittene Sachschäden .....                     | 263 |
| B.   | Vertragliche Haftung des Verleihers gegenüber dem Entleiher .....                        | 263 |
| I.   | Anspruchsgrundlage.....  | 263 |
| II.  | Pflichtverletzung und Schaden.....   | 264 |
| 1.   | Überlassung eines nicht ausreichend qualifizierten<br>Leiharbeitnehmers.....             | 264 |
| 2.   | Nichtleistung des überlassenen Leiharbeitnehmers .....                                   | 265 |
| 3.   | Schlechtleistung des überlassenen Leiharbeitnehmers .....                                | 266 |
| 4.   | Erklärung über den Besitz einer<br>Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gem. § 12 AÜG ..... | 266 |
| C.   | Vorvertragliche Haftung .....  | 267 |
| D.   | Haftungsbeschränkung des Verleihers .....  | 267 |
| E.   | Spezialgesetzliche Haftung nach AÜG gegenüber<br>dem Leiharbeitnehmer .....              | 267 |
| I.   | Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs<br>nach § 10 Abs. 2 AÜG.....                 | 268 |
| II.  | Umfang des Schadensersatzanspruchs .....   | 268 |
| III. | Ausschluss des Schadensersatzanspruchs, § 10<br>Abs. 2 S. 2 AÜG.....                     | 269 |
| IV.  | Auskunftsanspruch zur Durchsetzung der Rechte<br>nach § 10 Abs. 2 S. 1 AÜG .....         | 270 |
| F.   | Haftung als Gesamtschuldner mit dem Entleiher<br>gem. § 10 Abs. 3 AÜG.....               | 271 |



|   |   |            |
|---|---|------------|
| G.  | Zwischenergebnis.....   | 271        |
| § 15  | Haftung des Entleihers .....  | 272        |
| A.  | Vertragliche Haftung gegenüber dem Verleiher.....   | 272        |
| I.  | Pflichtverletzung.....  | 273        |
| 1.  | Verspätete oder fehlende Vergütungsleistung .....   | 273        |
| 2.  | Nichtannahme und Nichtbeschäftigung des<br>Leiharbeitnehmers.....                         | 273        |
| 3.  | Abwerbung des Leiharbeitnehmers .....   | 274        |
| II.   | Verschulden und Schaden.....  | 274        |
| 1.  | Schaden bei verspäteter oder<br>fehlender Vergütungsleistung.....                         | 275        |
| 2.  | Schaden bei Nichtannahme und Nichtbeschäftigung<br>des Leiharbeitnehmers.....             | 275        |
| 3.  | Schaden bei Abwerbung und Nichteinhaltung<br>der Kündigungsfrist .....                    | 275        |
| B.  | Vertragliche Haftung gegenüber dem Leiharbeitnehmer .....                                 | 275        |
| C.  | Vorvertragliche Haftung .....   | 276        |
| D.  | Spezialgesetzliche Haftung des Entleihers gegenüber<br>dem Leiharbeitnehmer nach AÜG..... | 276        |
| E.  | Zwischenergebnis.....   | 277        |
| § 16  | Ergebnis .....  | 278        |
| <br><b>Zusammenfassung und Ausblick .....</b> |   | <b>281</b> |
| <br><b>Literaturverzeichnis .....</b>         |   | <b>291</b> |