

VIKTOR STEPIEN

Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers

Beiträge zum Arbeitsrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

12



Viktor Stepien

Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers

Über die Vereinbarkeit der Unwirksamkeits-
und Fiktionsanordnungen des
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes mit
höherrangigem Recht

Mohr Siebeck

Viktor Stepien, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Augsburg; 2014 Erstes Juristisches Staatsexamen; Referendariat am Oberlandesgericht München; 2016 Zweites Juristisches Staatsexamen; Rechtsanwalt mit den Schwerpunkten Arbeitsrecht und Datenschutzrecht in Augsburg.
orcid.org/0000-0002-3572-643X

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg
Zugleich Dissertation, Universität Augsburg, 2019

ISBN 978-3-16-159271-3 / eISBN 978-3-16-159272-0
DOI 10.1628/978-3-16-159272-0

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis März 2019 berücksichtigt. Die Untersuchung nimmt ihren Ausgangspunkt in der Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 1. April 2017. Durch die eingehende Untersuchung der Gesetzesneuerungen und deren Prüfung auf die Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers widmet sich die Arbeit aktuellen wie auch grundlegenden Thematiken und soll einen Beitrag zur Fortbildung der arbeitsrechtlichen Wissenschaft als auch zum anhaltenden Diskurs um den Einsatz von Fremdpersonal leisten.

An dieser Stelle gebührt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Martina Benecke für ihre hervorragende Betreuung und ihre stets gewinnbringenden fachlichen wie persönlichen Anregungen mein ganz besonderer Dank. Sie unterstützte nicht nur die Entstehung der Arbeit bis hin zu ihrer Publikation auf wertvollste Weise, sondern hatte auch darüber hinaus zu jeder Zeit ein offenes Ohr. Vielmals möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Michael Kort für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die lobenden Worte bedanken.

Großer Dank gebührt zudem Herrn Dr. Andreas Katzer, der mich erst maßgeblich zu der Fertigung einer Dissertation ermutigte, meinen Kollegen aus der arbeitsrechtlichen Abteilung sowie der gesamten Kanzlei Sonntag & Partner für die Möglichkeit, meine Tätigkeit als frischgebackener Rechtsanwalt und die Fertigung der Dissertation in Einklang zu bringen.

Für die großzügige finanzielle Förderung der Publikation in Form eines Druckkostenzuschusses bedanke ich mich vielmals bei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnisstiftung in Hamburg.

Ferner danke ich meiner Familie und meinen Freunden für die wertvolle Unterstützung und Begeisterung für mein Dissertationsvorhaben, allen voran Herrn Philipp Eierle für den stets regen fachlichen Austausch und die kritische Durchsicht der Arbeit. Zuletzt richtet sich mein herzlichster Dank an meine Frau Christina, die mich nicht nur durch zwei juristische Examina, sondern auch die Fertigung der vorliegenden Dissertation bedingungslos begleitete und meine wertvollste Stütze war und ist.

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 Festhaltenserklärung	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. Festhaltenserklärung</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

<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

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
<i>A. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage und ihre Identifizierung</i>	<i>117</i>
I. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage	117
II. Identifizierung der maßgeblichen Beurteilungsgrundlage	119
III. Zwischenergebnis	122
<i>B. Rechtliche Qualifizierung der Arbeitnehmerüberlassung</i>	<i>123</i>
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
<i>C. Die Novellierung des AÜG – § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG</i>	<i>140</i>
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	149
<i>A. Bedeutung des Merkmals</i>	<i>149</i>
<i>B. Inhaltliche Änderung der Rechtslage zum 30. November 2011</i>	<i>149</i>
<i>C. Gleichstellung von echter und unechter Leiharbeit</i>	<i>151</i>
Kapitel 6: Unwirksamkeits- und Fiktionsanordnungen	153
<i>A. Gegenstand der Prüfung</i>	<i>153</i>
<i>B. Regelungsgehalte der Unwirksamkeitsanordnungen</i>	<i>154</i>
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
C. <i>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
D. <i>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
E. <i>Geltendmachung der Rechtsfolgen</i>	214

Kapitel 7: Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers	215
<i>A. 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
<i>B. 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 Leiharbeiternehmer	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 Leiharbeiternehmer	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 Leiharbeiternehmer	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 Stammebelegschaften	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.	Zwischenergebnis	286
D.	Festhaltungserklärung	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. Höchstpönliche 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.	Zwischenergebnis	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

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ähnl.	ähnlich, ähnlicher, ähnliches
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Alt.	Alternative
ANG	Arbeitsnachweisgesetz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbNErfG	Arbeitnehmererfindungen-Gesetz bzw. Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbSG	Gesetz zur Sicherstellung von Arbeitsleistungen für Zwecke der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung (Arbeits-sicherstellungsgesetz)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung; Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
Ausschuss-Drs.	Ausschussdrucksache
AVAVG	Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BDU	Bundesverband deutscher Unternehmensberater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar

BeckRS	Elektronische Entscheidungsdatenbank in beck-online (publizistische Verwendung Verlag C.H.BECK)
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache(n)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift – Zeitschrift für Haftungsvermeidung im Unternehmen
CDU	Christliche Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Ders.	derselbe
Dies.	dieselbe, dieselben
DRK	Deutsches Rotes Kreuz
DRKG	Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz und andere freiwillige Hilfsgesellschaften im Sinne der Genfer Rotkreuz-Abkommen
DStR	Deutsches Steuerrecht
e. V.	eingetragener Verein
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
EL	Ergänzungslieferung
ErfK	Erfurter Kommentar
ErwG	Erwägungsgrund
etc.	et cetera (<i>lateinisch</i> : und die übrigen)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende, folgender, folgendes
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß

GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
h. M.	herrschende Meinung
HdB	Handbuch
Herv.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne des, im Sinne der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IGZ	Interessensverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V.
Inc.	Incorporation (<i>englisch</i> : Gesellschaft)
IndBez	Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JurionRS	Elektronische Entscheidungsdatenbank der Datenbank www.jurion.de
JuS	Juristische Schulung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera (<i>lateinisch</i> : Buchstabe)
LS.	Leitsatz
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiterem Nachweis, mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium, Mutterschutzgesetz
n. F.	neue Fassung
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
Nr.	Nummer, Nummern
NS	Nationalsozialisten
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

RABl.	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Das Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer, Randnummern
S.	Seite, Seiten, Satz, Sätze
s.	siehe
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB III	Drittes Buch Sozialgesetzbuch
SGB IV	Viertes Buch Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt, sogenannte, sogenanntes
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
unbek.	unbekannt
Überbl.	Überblick
v.	vom, von, vor
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
VS	Viktor Stepien (<i>Autor</i>)
WiSta	Wirtschaft und Statistik
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankenrecht
z. B.	zum Beispiel
ZAP	Zeitschrift für die anwaltliche Praxis
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Kapitel 1

Einführung

A. Gegenstand der Untersuchung

Leiharbeit¹ wird häufig als prekäre Beschäftigungsform beschrieben, doch zugleich scheint der Boom der Leiharbeit ungebrochen. Im Jahresdurchschnitt 2017 waren in Deutschland 1,03 Millionen Leiharbeitnehmer² beschäftigt, ihr Anteil an der Gesamtbeschäftigung lag bei knapp 3%.³ Das Recht zur Arbeitnehmerüberlassung ist von einer hohen Regelungsdynamik geprägt. Es scheint, dass sich der Gesetzgeber im Spannungsverhältnis der beteiligten Akteure – Verleiher, Entleiher, Leiharbeitnehmer, Stammebelegschaften und deren kollektivrechtliche Vertretungen – in einem andauernden Prozess befindet, die oftmals konträren Interessen gemäß den jeweils aktuellen arbeits- und sozialpolitischen Leitlinien auszugleichen. Auch die Bundesregierung der 18. Legislaturperiode hat es sich zur Aufgabe gemacht, das Recht der Arbeitnehmerüberlassung neu zu justieren. Innerhalb der Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zum 01. April 2017 durch das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“⁴ sticht insbesondere die Überarbeitung des § 9 AÜG heraus, der einen deutlich erweiterten Anwendungsbereich erhalten hat.⁵ Ist einer der Tatbestände des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 1a oder Nr. 1b AÜG erfüllt, wird das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer für unwirksam erklärt. Die Vorschrift steht in enger Verbindung zu § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, welcher für den Fall der Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher ein Arbeits-

¹ Auch „Arbeitnehmerüberlassung“ oder „Zeitarbeit“ genannt, wobei kein inhaltlicher Unterschied besteht, vgl. *Lembke*, BB 2010, 1533, 1533. Weitere inhaltsgleiche Begriffe sind „Personalleasing“ oder „Arbeitskräfteverleih“. Vgl. zu den einzelnen Terminologien *Sansone*, S. 55 f.

² Es sind im Folgenden stets Personen männlichen, weiblichen und diversen Geschlechts gleichermaßen gemeint. Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet.

³ Bundesagentur für Arbeit, Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Juli 2018, S. 8.

⁴ BGBl. 2017 I, S. 258 ff.

⁵ Gemeint ist hier wie im Folgenden die Fassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 01. April 2017, sofern nichts anders angegeben. Soweit zur besonderen Hervorhebung der Zusatz „n. F.“ verwendet wird, meint auch dies die Fassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 01. April 2017.

verhältnis zwischen Leiharbeiternehmer und Entleiher fingiert. Das Regelungsregime dieser Vorschriften ist ein zentraler Komplex des AÜG: § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b AÜG regelt einerseits die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den an der Leiharbeit beteiligten Parteien und stellt andererseits die Schnittstelle zu den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes – insbesondere aus § 1 AÜG – her.⁶ Findet eine illegale Überlassung statt, weil der Verleiher nicht über die notwendige Verleiherlaubnis nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG verfügt, wird nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG das Leiharbeitsverhältnis für unwirksam erklärt.⁷ Dieselbe Rechtsfolge tritt gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG ein, wenn entgegen § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung nicht offengelegt ist. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG wird das Leiharbeitsverhältnis für unwirksam erklärt, wenn die nach § 1 Abs. 1b AÜG zulässige Höchstüberlassungsdauer überschritten wird. Den Verlust des Leiharbeitsverhältnisses kompensiert jeweils § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, indem – qua gesetzlicher Fiktion – ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiternehmer als zustande gekommen gilt.

Ausweislich der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum AÜG-1972⁸ hatte der Gesetzgeber mit der Schaffung dieses Regelungsregimes⁹ vordringlich den Schutz des Leiharbeiternehmers und nur nachgelagert eine Sanktionierung des Verleihers im Blick.¹⁰ Ziel war es vor allem, die Leiharbeit in ein regulatorisches Korsett zu kleiden und den sozialen Schutz der Leiharbeiternehmer zu gewährleisten.¹¹ Dass sich diese gesetzgeberische Intention grundlegend geändert hat, zeigt bereits die Lektüre des Koalitionsvertrags zur 18. Wahlperiode.¹² Es wird deutlich, dass durch den Regelungsmechanismus nunmehr weniger der Schutz der Leiharbeiternehmer, als vielmehr eine Sanktion

⁶ Vgl. *Kock*, BeckOK ArbR, § 9 AÜG Rn. 1.

⁷ Die Begriffe „legal“ oder „illegal“ bzw. „unerlaubt“ sind gesetzlich nicht definiert. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist „illegal“ oder „unerlaubt“, wenn der Verleiher bei der Überlassung nicht über die nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis verfügt. Legal ist die Arbeitnehmerüberlassung, sofern eine Verleiherlaubnis vorliegt. Zum Teil werden unter der Bezeichnung der Illegalität einer Arbeitnehmerüberlassung nunmehr auch die Tatbestände der zwar erlaubten, jedoch verdeckten sowie die geltende Höchstüberlassungsdauer überschreitenden Arbeitnehmerüberlassung gefasst, vgl. etwa *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, § 10 Rn. 1, 23 f. Im Verständnis vorliegender Untersuchung umfasst der Begriff der illegalen Arbeitnehmerüberlassung jedoch nur die unerlaubte, da ohne Erlaubnis vollzogene Arbeitnehmerüberlassung.

⁸ „Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG)“ vom 07. August 1972, BGBl. 1972 I, S. 1393 ff.

⁹ In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes nur des § 9 Nr. 1 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG-1972.

¹⁰ BT-Drs. VI/2303, S. 13 f.

¹¹ BT-Drs. VI/2303, S. 9 sowie BT-Drs. VI/3505, Vorblatt und der schriftliche Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, Herr Abgeordneter *Jaschke* zu der BT-Drs. VI/3505.

¹² Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 69.

gegenüber denjenigen bezweckt sein soll, die „sich nicht an die neuen Regeln halten wollen“.¹³

Der Gesetzgeber macht sich damit eine seit geraumer Zeit vertretene Ansicht zu eigen, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG stelle einen besonders kreativen, sanktionierenden und zentralen Baustein zur Bekämpfung illegaler Arbeitnehmerüberlassung dar.¹⁴ Der Vorschrift sei eine Kontrollfunktion immanent, da der Entleiher im eigenen Interesse – zur Vermeidung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Leiharbeiter – die Einhaltung des geltenden Rechts prüfe.¹⁵ Soweit ersichtlich wird nur vereinzelt hinterfragt, ob die Regelungen den breiter werdenden Spagat (noch) zu tragen vermögen, den die Divergenz ihrer ursprünglichen Konzeption als Schutzvorschriften mit der vordringlichen Auslegung als Sanktionswerkzeuge und arbeitsmarktpolitische Mittel mit sich bringt. Es scheint, als würde die herausragende Intensität der Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Positionen der beteiligten Vertragsparteien – insbesondere jedoch in diejenigen des Leiharbeitnehmers – ausgeblendet. Was zurückbleibt ist der schale Beigeschmack, dass die Pauschalisierung der Interessen der Leiharbeiter als zwar nicht gewünschter, jedoch notwendiger Kollateralschaden im Kampf gegen die arbeits- und sozialpolitisch missbilligten Auswüchse im Kontext der Arbeitnehmerüberlassung hingenommen wird. Wo das Gesetz ursprünglich zum Schutz des Leiharbeitnehmers, der sein Arbeitsverhältnis zum Verleiher verliert, reflexartig ein solches zum Entleiher fingieren sollte, wird dieses „letzte Rettungsseil“ des Leiharbeitnehmers nunmehr als Sanktionsmittel (erster Wahl) verstanden.¹⁶ Die Nutzung des Rechts verändert sich damit grundlegend. Der Leiharbeiter, dessen privatautonome Wahl seines Arbeitgebers ignoriert wird, läuft Gefahr zum bloßen Objekt staatlicher Zweckverfolgung degradiert zu werden.¹⁷ „Wer sich tatsächlich wie ein Arbeitgeber benimmt, wird auch juristisch als Arbeitgeber behandelt“¹⁸ – gleichgültig ob die ebenfalls betroffene Vertragspartei des Leiharbeitnehmers dies wünscht oder nicht. Im Kontext der Berücksichtigung des privatautonomen Willens des Leiharbeitnehmers steht die Feststellung, dass § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG – ebenso wie bereits § 9 Nr. 1 Alt. 2 AÜG a. F. – von der herrschenden Meinung als Vollzugsverbot einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung angesehen wird, ohne zu reflektieren, ob die Regelung *de lege lata* nicht (nur) den Charakter eines Vertragsinhaltsverbots aufweist.¹⁹ In der Konsequenz wird verbreitet der Schluss

¹³ Plenarprotokoll 18/197, 19658 D.

¹⁴ *Böhm*, NZA 2016, 528, 529; *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473, 1474; *Brors/Schüren*, NZA 2014, 569, 571; *Ulrici*, NZA 2016, 1317, 1317 m. w. N.

¹⁵ *Hirdina*, NZA 2011, 325, 328; *Bauschke*, NZA 2000, 1201, 1207.

¹⁶ *Brors/Schüren*, NZA 2014, 569, 571.

¹⁷ Vgl. auch *Ulrici*, NZA 2015, 456, 457; *Ulrici*, NZA 2016, 1317, 1319.

¹⁸ *Böhm*, NZA 2016, 528, 529.

¹⁹ Vgl. zu dieser Problematik *Ulrici*, NZA 2016, 1317, 1318; vgl. auch *Hennecke*, NZA 2016, 1309, 1311.

gezogen, dass schon aufgrund einer illegal vollzogenen Arbeitnehmerüberlassung auch das Leiharbeitsverhältnis nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG stets unwirksam sei, ohne dass es auf den Inhalt des (Leih-)Arbeitsvertrags – und damit den privatautonomen Willen des Arbeitnehmers, eine nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erlaubniswidrige Leistung zu erbringen – ankäme. Auch die neugefassten § 9 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1a und Nr. 1b AÜG scheinen (in der Bestätigung dieser Rechtsauffassung) als Vollzugsverbote formuliert zu sein. Dies ist problematisch, da hierdurch schon bei Vollzug der Vertragsverhältnisse entgegen der § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b AÜG ein (Leih-)Arbeitsverhältnis für unwirksam erklärt werden kann, obgleich dieses inhaltlich nicht zu beanstanden und rechtmäßig durchführbar ist.²⁰

Es stellt sich daher die Frage, ob die Regelungen der § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG noch mit der nach Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten freien Wahl des Arbeitsplatzes, die spezieller Ausdruck der Privatautonomie des Arbeitnehmers ist, vereinbar sind. Die verfassungsrechtliche Dimension hat auch der Gesetzgeber erkannt und fügte im Zuge der Novellierung des AÜG erstmals eine bereits seit Jahren von Teilen der juristischen Literatur und Rechtsprechung geforderte Widerspruchsmöglichkeit²¹ des Leiharbeitnehmers gegen den Eintritt der Regelungswirkungen ein – das sogenannte Festhaltensrecht. Ebenfalls unter der Kautel des Leiharbeitnehmerschutzes gilt es für den Leiharbeitnehmer zur Ausübung der Festhaltensklärung jedoch nicht unerhebliche tatbestandliche Hürden zu überwinden. Nicht erst vor dieser Problematik stellt sich die Frage, ob das Widerspruchsrecht die möglicherweise nicht mehr gerechtfertigte Verletzung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Leiharbeitnehmers noch zu verhindern vermag. Im Bewusstsein der hiermit potentiell im Kontext stehenden Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber daher die Regelung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG erdacht, welche der Identifikation der Leiharbeit im Einzelfall dienen soll.²² Zugleich wurde erstmals eine allgemeine Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB aufgenommen, da dessen Beschreibung notwendiger Zwischenschritt vor der Darstellung der Leiharbeit ist.²³ Beide Regelungen werfen jedoch vielgestalti-

²⁰ *Ulrici*, NZA 2016, 1317, 1319; vgl. auch *Hennecke*, NZA 2016, 1309, 1311.

²¹ Vgl. LAG Hessen, Urteil vom 06.03.2001 – 2/9 Sa 1246/00 (NZA-RR 2002, 73, 76), welches eine verfassungskonforme Auslegung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG a. F. dahingehend für zwingend erachtet, dass dem Leiharbeitnehmer ein Widerspruchsrecht gegen die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher zustehen müsse. Ähnlich auch bereits ArbG Köln, Urteil vom 07.03.1996 – 17 Ca 6257/95 (BeckRS 1996, 30883483); a. A. (h. M.) *Ulrici*, NZA 2015, 456, 457 f.; *Hamann*, RdA 2014, 271, 278; ArbG Krefeld, Urteil vom 15.05.2012 – 1 Ca 2551/11 (BeckRS 2012, 71528, LS. 5 und I. 5. der Gründe); LAG Düsseldorf, Urteil vom 26.07.2012 – 15 Sa 1452/11 (BeckRS 2012, 71608, I.c) der Gründe); BAG, Urteil vom 19.03.2003 – 7 AZR 267/02 (APAÜG § 13 Nr. 4, III.2.b) der Gründe).

²² Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 19.

²³ Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 31.

ge Fragen auf – nicht nur hinsichtlich ihrer Praktikabilität für den juristischen Laien – womit sich der Kreis zu den befürchteten Schwierigkeiten eines Leiharbeitnehmers zur Ausübung seines Festhaltensrechts schließt.

B. Gang der Untersuchung

Zu Beginn der Untersuchung wird die Gesetzgebung zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung historisch aufgearbeitet (Kapitel 2). Im Zentrum steht die Frage nach der legislativen Motivation, welche die Konzeptionen und Zielsetzungen der vielfachen Gesetzesüberarbeitungen jeweils bestimmt(e). Ergänzt wird diese Darstellung um eine Gegenüberstellung der diversen Vor- und Nachteile, welche die Leiharbeit für die an ihr beteiligten Rechtssubjekte als auch gesamtgesellschaftlich mit sich bringt.

In Kapitel 3 werden die Rechtsbeziehungen untersucht, welche die Leiharbeit prägen. Neben der ebenso umstrittenen wie für die weitere Untersuchung erheblichen Frage nach der rechtlichen Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher rückt im Besonderen die inhaltliche Qualität des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher unter dem Einfluss des neugeschaffenen § 611a BGB als auch europarechtlicher Vorgaben in den Fokus der Betrachtung.

Die Untersuchung von § 611a BGB stellt zugleich die wesentliche Grundlagenarbeit für das darauffolgende Kapitel 4 dar, welches sich der rechtlichen Qualifizierung, Identifizierung und Abgrenzung der Leiharbeit zu anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes widmet. Unter Aufarbeitung der bisherigen Ansätze zur Bestimmung der Leiharbeit wird analysiert, ob diese ihr inhaltliches Äquivalent in der novellierten Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG finden – der erstmaligen Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung.

Im Anschluss hieran widmet sich Kapitel 5 der Betrachtung der sachlichen Reichweite des Gesetzes mit Blick auf die erfassten Verleihbetriebe, welche sich seit der Kodifizierung des AÜG vor allem durch die Gesetzesnovelle zum 30. November 2011 erheblich erweitert hat, ohne in entsprechender Rückkoppelung einzelne Vorschriften des Gesetzes – insbesondere das hier untersuchungsgegenständliche Unwirksamkeits- und Fiktionsregime – inhaltlich anzupassen.

In Kapitel 6 werden die Tatbestände der Unwirksamkeitsanordnungen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b AÜG sowie der Fiktionsanordnung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG im Detail und unter Hinzuziehung der in den vorangegangenen Kapiteln herausgearbeiteten Ergebnisse untersucht und bewertet. Hieran schließt sich die Analyse des neugeschaffenen Festhaltensrechts an, mittels dessen ein Leiharbeitnehmer die Unwirksamkeits- und Fiktionsfolge anwenden können soll.

Die in Kapitel 6 erarbeiteten Ergebnisse bilden die Grundlage für die umfassende Untersuchung in Kapitel 7, welche sich der Vereinbarkeit der einzel-

nen Unwirksamkeits- sowie an diese anschließenden Fiktionsanordnungen mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers widmet. Die Regelungsgefüge der § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG werden zunächst ohne Einbeziehung des Festhaltensrechts auf ihre Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers gewürdigt. Ob eine etwaig festgestellte Grundrechtswidrigkeit der einzelnen Anordnungen durch das vorgesehene Festhaltensrecht ausgeräumt werden kann, bildet den abschließenden Aspekt der grundrechtlichen Würdigung und der vorliegenden Untersuchung.

Kapitel 2

Recht der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland

A. Gesetz- und Normgebung zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung

I. Nationales Recht

1. Gesetzgebungsgeschichte der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland

a) Die Jahre 1910 bis 1972

Die rechtliche Figur der Arbeitnehmerüberlassung ist in Deutschland bereits seit Beginn des 20. Jahrhunderts bekannt – und mitunter gefürchtet. Schon der Gesetzgeber der Weimarer Republik sah sich gezwungen, missbräuchliche Gestaltungen unkontrollierter Arbeitskräftevermittlung einzudämmen. Erste Bemühungen wurden bereits im Jahre 1910 getroffen, als eine behördliche Zulassungspflicht für die private Arbeitsvermittlung im Rahmen des sogenannten Stellenvermittlergesetzes eingeführt wurde.¹ Hierdurch sollte der Forderung unangemessen hoher Vermittlungsprovisionen entgegengewirkt werden.²

Durch das Arbeitsnachweisgesetz (ANG) vom 22. Juli 1922³ wurde die Arbeitsvermittlung faktisch auf staatliche Stellen monopolisiert. Im ANG fand sich erstmals eine gesetzliche Erwähnung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, die dem heutigen Verständnis von Leiharbeit im Wesentlichen entspricht. Die „Zuweisung von Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft der Zuweisende gewerbsmäßig dritten Personen für vorübergehende Beschäftigung zur Verfügung stellt“,⁴ wurde gemäß § 48 Abs. 5 ANG verboten, sofern der Vermittler (nach heutigem Verständnis der Verleiher) nicht selbst „die Ausrüstung mit den erforderlichen Werkzeugen und die sozialen Versicherungslasten des Arbeitgebers für die vermittelten Personen“⁵ übernahm. Es wurde die (gewerbliche) Arbeitnehmerüberlassung mit der gewerblichen Arbeitsvermittlung gleichgestellt und damit untersagt, sofern der Vermittler (Verleiher) nicht die genannten Arbeitgeberpflichten erfüllte.⁶ Durch die nur unvollständige Aufzäh-

¹ RGBl. 1910 I, S. 860; vgl. auch *Schmid*, AöR 1910, 386, 408 ff.

² Vgl. *Steuer*, S. 30.

³ RGBl. 1922 I, S. 657 ff.

⁴ RGBl. 1922 I, S. 667.

⁵ RGBl. 1922 I, S. 667.

⁶ Vgl. *Oltmanns*, S. 6.

lung der Arbeitgeberpflichten verblieben jedoch breite Gestaltungsspielräume zur Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung, ohne die überlassenen Arbeitnehmer ausreichend sozial abzusichern.⁷

Die Regelung des § 48 Abs. 5 ANG wurde unveränderten Wortlauts als § 54 Abs. 3 AVAVG-1927 vom 16. Juli 1927 übernommen,⁸ die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung damit weiterhin als nach § 55 Abs. 1 AVAVG-1927 verbotene Stellenvermittlung fingiert.⁹ Damit blieb das Problem der nur unvollständigen Aufzählung der zu erfüllenden Arbeitgeberpflichten bestehen.¹⁰

Eine dies korrigierende Erweiterung des Anwendungsbereichs erfuhr die Vorschrift durch die Notverordnung des Reichspräsidenten¹¹ vom 06. Oktober 1931. Das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung wurde auf alle Fälle ausgedehnt, in denen der Zuweisende (Verleiher) nicht ausnahmslos allen Arbeitgeberpflichten nachkam.¹² *E contrario* blieb die Arbeitnehmerüberlassung nach heutigem Leitbild gesetzlich nicht beschränkt.¹³

Zunächst zu einer Liberalisierung der gewerblichen Leiharbeit kam es nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten in der unmittelbaren Vorkriegszeit. Am 05. November 1935 wurde das „Gesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung“¹⁴ erlassen, welches zwar die Arbeitsvermittlung unter das Monopol der „Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung“ stellte.¹⁵ Jedoch führte die zu diesem Gesetz durch den Reichsarbeitsminister erlassene¹⁶ Durchführungsverordnung vom 26. November 1935¹⁷ zur Aufhebung des § 54 AVAVG-1927, wodurch die Gleichstellung der Arbeitnehmerüberlassung mit der Arbeitsvermittlung und damit das für die Arbeitsvermittlung begründete Monopol für die Arbeitnehmerüberlassung entfiel.¹⁸ Faktisch hatte dies für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung jedoch keine praktische Bedeutung (mehr),¹⁹ da aufgrund der mit der Kriegswirtschaft einhergehenden Zwangsbewirtschaftung des Arbeitsmarkts für die privatwirtschaftliche Arbeitnehmerüberlassung nahezu kein Raum blieb.²⁰

⁷ Vgl. *Oltmanns*, S. 6.

⁸ RGBl. 1927 I, S. 193.

⁹ *Pieroth*, S. 28.

¹⁰ Vgl. *Oltmanns*, S. 6.

¹¹ RGBl. 1931 I, S. 537 ff.

¹² RGBl. 1931 I, S. 541; vgl. auch *Oltmanns*, S. 6; *Pieroth*, S. 29; *Steuer*, S. 30; *Ramm*, ZfA 1973, 263, 278 sieht hingegen keine Erweiterung, sondern eine Tautologie.

¹³ *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, Einleitung Rn. 33, 36.

¹⁴ RGBl. 1935 I, S. 1281.

¹⁵ *Pieroth*, S. 29.

¹⁶ Die Ermächtigungsgrundlage hierfür ist in Art. 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung vom 05. November 1935 zu sehen.

¹⁷ RGBl. 1935 I, S. 1361.

¹⁸ *Pieroth*, S. 29.

¹⁹ *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, Einleitung Rn. 37; *Pieroth*, S. 29.

²⁰ Vgl. *Hueck/Nipperdey*, 7. Auflage, S. 21; *Pieroth*, S. 29.

Zu einem ausdrücklichen und umfassenden Verbot der (gewerblichen) Leiharbeit kam es am 20. Dezember 1941. Durch Erlass²¹ des damaligen Reichsarbeitsministers *Franz Seldte* wurde das Ausleihen von Arbeitskräften – bis auf Ausnahmen zur Behebung augenblicklicher Notlagen oder Arbeitsspitzen – grundsätzlich untersagt.²² Zwar ging auch die Arbeitsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus von der grundsätzlichen Möglichkeit zur einvernehmlichen Übertragung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung aus.²³ Jedoch war das gewerbliche Ausleihen von Arbeitnehmern als „ideologisch bedenklich“ stigmatisiert,²⁴ zudem sollte eine „Verteuerung kriegswichtige[r] Erzeugnisse und Bauvorhaben“ verhindert werden.²⁵ Obgleich diesen Beweggründen im Nachkriegsdeutschland natürlich kein Gewicht mehr zukam, lässt sich historisch festhalten, dass das grundsätzliche Verbot der (gewerblichen) Leiharbeit, wie es bis heute unter der Einräumung eines Erlaubnisvorbehalts besteht, auf diesen Erlass zurückgeht.²⁶

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs und bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes am 24. Mai 1949 stand der Arbeitsmarkt in den Besatzungszonen unter Zwangsverwaltung.²⁷ Im Zuge der Rückübertragung der staatlichen Autonomie auf die Bundesrepublik Deutschland wurde versucht, organisatorisch an den Strukturen vor Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft im Jahr 1933 anzuknüpfen. Die gewerbsmäßige Leiharbeit blieb jedoch zunächst vorbehaltlos verboten.²⁸ Zwar wurde das „Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung“ in der Fassung des Jahres 1927 am 03. April 1957²⁹ weitestgehend reaktiviert. Die in § 37 Abs. 3 AVAVG-1957 überführte Vorschrift des § 54 Abs. 3 AVAVG-1927 ordnete jedoch ein faktisches und vorbehaltloses Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung an. Dies galt selbst für Verleiher, welche die vollen Arbeitgeberpflichten erfüllten.³⁰ Damit wurde nicht an den Regelungsinhalt des § 54 Abs. 3 AVAVG-1927, sondern an die wesentlich strengeren Verhältnisse zwischen 1941 und 1945 angeknüpft.³¹

Das Ende des ausnahmslosen Verbots der Leiharbeit führte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seiner Entscheidung „Aida-Interim“ herbei. Die Verfassungsrichter entschieden, dass § 37 Abs. 3 AVAVG-1957 nicht mit dem

²¹ Az.: Va 5551/910.

²² RABl. 1942 I, S. 6.

²³ RAG, Urteil vom 05.06.1940 – RAG. 265/39 (ARS 40, 10, 10); *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, Einleitung Rn. 40.

²⁴ *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, Einleitung Rn. 41.

²⁵ RABl. 1942 I, S. 6.

²⁶ *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, Einleitung Rn. 42.

²⁷ *Pieroth*, S. 29 f.

²⁸ *Schüren*, *Schüren/Hamann AÜG*, 5. Auflage, Einleitung Rn. 45.

²⁹ BGBl. 1957 I, S. 321 ff.

³⁰ BGBl. 1957 I, S. 327; vgl. *Oltmanns*, S. 7.

³¹ Siehe BGBl. 1957 I, S. 327.

Grundrecht der freien Berufswahl (Art. 12 GG) vereinbar sei und erklärten die Vorschrift für nichtig.³² Das Gericht führte aus, die Einbeziehung der Arbeitnehmerüberlassung in das staatliche Vermittlungsmonopol stelle ein objektives Hindernis für die Zulassung zu dem Beruf auf, der die Arbeitnehmerüberlassung betreibe.³³ Hierdurch werde die Möglichkeit des Einzelnen, gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung auszuüben, vollständig unterbunden.³⁴ Während für die Arbeitsvermittlung ein solcher Eingriff aufgrund des Schutzes überragender Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt sei,³⁵ sei eine entsprechende Rechtfertigung bei der Arbeitnehmerüberlassung nicht ersichtlich.³⁶ Denn zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und der Arbeitsvermittlung bestünden maßgebliche Unterschiede: Anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung erschöpfe sich die Arbeitsvermittlung darin, einen „Arbeitnehmer einem Arbeitgeber mit dem Ziel der Begründung eines Arbeitsverhältnisses“³⁷ zuzuführen. Bei einem Überlassungsvertrag hingegen seien „die Rechtsbeziehungen zwischen dem Überlassenden und dem überlassenen Arbeitnehmer“ dergestalt, dass sie auf Dauer ausgelegt sind und auch „während der Zeit, in der der Arbeitnehmer in dem fremden Betrieb tätig ist, weiter [fort]bestehen“.³⁸ Damit erfülle die Arbeitnehmerüber-

³² BVerfG, Urteil vom 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 (NJW 1967, 974, 975 f.).

³³ Es handelt sich damit um ein objektives Berufszulassungshindernis bzw. eine objektive Berufswahlregel, also die dritte Stufe im Sinne der sogenannten Drei-Stufen-Theorie des BVerfG im Rahmen der Prüfung des Art. 12 GG. Ein Eingriff der dritten Stufe ist zulässig, sofern hierdurch eine nachweisliche oder höchstwahrscheinliche Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut abgewehrt werden soll, vgl. *Ruffert*, BeckOK Grundgesetz, Art. 12 Rn. 93, 99 sowie Rn. 101.

³⁴ *Steuer*, S. 31.

³⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 04.04.1967 – 1 BvR 126/65 (NJW 1967, 971 ff.): Die Rechtfertigung folgt daraus, dass die Aufgabe, „einerseits die Arbeitslosigkeit durch den Nachweis offener Stellen und andererseits den Mangel an Arbeitskräften der Wirtschaft und Verwaltung zu vermeiden und zu beheben“ ein öffentlicher Gemeinschaftswert sei, dessen Schutzbedürftigkeit und hoher Verfassungsrang allgemein anerkannt sei. Durch eine mangelhaft funktionierende Arbeitsvermittlung könne es in einer industriellen Gesellschaft zu erheblichen Produktionsverlusten, Störungen und Beeinträchtigungen der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Ordnung kommen. Dies könne nur durch ein Monopol verhindert werden, da eine sinnvolle Arbeitsvermittlung arbeitsmarktpolitische Maßnahmen auf weite Sicht erfordere, die nur von einer einheitlichen Arbeitsverwaltung gemeistert werden könnten. Dies sei durch die geschichtliche Entwicklung erhärtet, da alle Versuche, die Arbeitsverwaltung zu privatisieren, zum Scheitern verurteilt waren und dies aufgrund der zunehmenden Komplexität und räumlichen Entgrenzung der Wirtschaft zukünftig noch verstärkt zu befürchten sei. Zudem habe sich in der Vergangenheit die Missbrauchsanfälligkeit der privaten Arbeitsvermittlung aufgrund der strukturellen Disparität der Verhandlungspositionen mehrfach gezeigt, was auch zur Kodifizierung des Stellenvermittlergesetzes vom 02. Juni 1910 führte.

³⁶ BVerfG, Urteil vom 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 (NJW 1967, 974, 975 f.); *Wolff*, Hömig/Wolff, Art. 12 Rn. 19 f.

³⁷ BVerfG, Urteil vom 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 (NJW 1967, 974, 975).

³⁸ BVerfG, Urteil vom 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 (NJW 1967, 974, 975). Die weiteren Ausführungen des Gerichts, wonach eine Umgehung der verbotenen Arbeitsvermittlung durch die Arbeitnehmerüberlassung nicht zu befürchten sei, da es keine Lebenserfahrung dafür gäbe, dass in Betrieben über eine längere Zeit hinweg fremde Arbeitnehmer tätig seien, die ihnen von

Sachregister

- Abberufungsbefugnis 97, 104, 109
- Abgrenzung 5, 14, 18, 24, 46, 60, 113 ff., 118, 124, 130, 132 ff., 136, 140, 143, 145, 147 f., 173, 181, 185, 263
 - Abgrenzungsformel *bzw.* Abgrenzungsmethodik *bzw.* Abgrenzungsmodell *bzw.* Abgrenzungstheorie 124, 131 f., 140, 142
 - Abgrenzungsfrage 119, 125, 130, 135, 138, 185
 - Abgrenzungskriterium *bzw.* Abgrenzungsmerkmal 51, 63, 126, 130, 133, 138, 233
 - negative Abgrenzungskriterien 133
- Absorptionstheorie 114
- Abtretung 81, 94, 96 ff., 103, 106
- Adressat 81, 206, 208, 259
- allgemeines Persönlichkeitsrecht 98
- Allgemeinwohl 11, 220, 232
- Analogie 104, 272, 281
- Anfechtung 197
- Angemessenheit 243, 249, 258, 269, 281, 285, 290 f., 295
- Anknüpfungspunkt *bzw.* Anknüpfungstatsache 136, 155 f., 170, 180, 192, 194, 202, 204, 280, 297, 301
- Anwendungsbereich 1, 8, 12, 18, 45 ff., 68, 70 ff., 90, 115, 118, 121, 133 f., 140, 145 f., 149 ff., 169, 187, 216, 218 ff., 223, 226, 230
- Apothekenurteil 230 f., 236 f.
- Arbeitgeber 3, 7, 10, 12, 21, 28, 31, 33, 35 f., 43 ff., 61, 76, 79, 82 f., 85, 88 ff., 94, 97, 100 f., 106, 110, 113 ff., 126, 133, 135 f., 142, 144 f., 148, 151, 153 f., 156 ff., 162, 166, 182, 205, 214, 222, 226, 228 f., 235, 241, 256 f., 260, 263, 266, 270 f., 281, 288, 290, 300, 306, 309 f., 312
 - Arbeitgeberfunktion 82 f., 90 ff., 97, 226
 - Arbeitgeberpflichten 7 ff., 39, 45, 81, 87, 94, 97, 99 ff., 107, 111
 - Nebenarbeitgeber 80, 93
 - nichtvertraglicher Arbeitgeber 82, 101
 - Vertragsarbeitgeber 76, 81, 83, 88, 94, 100 f., 108 f., 127 f.
- Arbeitgeberstellung 85, 87 f., 91, 101, 211
 - aufgespaltene 92, 95
 - aufgrund sozialen Schutzgedankens 81, 100
 - faktische 83, 99
 - formale 37
 - tatsächliche 39
- arbeitnehmerähnliche Person *bzw.* arbeitnehmerähnlicher Selbständiger 48, 63 f.
- Arbeitnehmerbegriff 19, 43 f., 47, 52, 54, 56, 58, 61 f., 64, 67 ff., 123, 137, 142 ff., 307
 - Arbeitnehmerstatus 56, 136, 142
 - Stamarbeitnehmer 12, 20, 26, 36, 38, 40, 108, 111, 127, 129, 276
- Arbeitnehmerüberlassung
 - echte 83, 90 f., 93 f., 105, 151
 - erlaubte *bzw.* legale 2, 23
 - gewerbsmäßige 2, 7 ff., 11 f., 45, 149, 151, 168
 - nichtgewerbsmäßige 91, 93, 149, 151
 - unechte 83, 90, 93, 151
 - unerlaubte *bzw.* illegale 2 ff., 21 f., 24, 154 f., 161, 163 f., 168, 171, 180, 183, 194, 204, 208, 227, 238, 265, 281, 288, 309
 - verdeckte 2, 18 f., 39, 121, 145, 170 f., 179 f., 182 f., 265 f., 272, 286, 309

- Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis 2,
 - 19, 21, 46, 154 f., 170 ff., 174, 183,
 - 194, 196, 201, 210, 238, 244, 263 f.,
 - 272, 286, 300, 308 f., 312
- Erlaubnispflicht 13 f., 18, 27, 68, 113, 117, 140, 149, 154, 156, 165 f., 169, 182, 198, 217, 236, 244, 257, 260, 265, 297, 305 f., 309
- Erlaubnisvorbehalt 9, 13, 223
- Vorraterlaubnis 24, 163, 171, 179, 181, 183, 244, 272
- Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, *siehe* Überlassungsvertrag
- Arbeitsausrüstung 128
- Arbeitsbedingungen 15, 20, 29, 33 f., 44, 228, 275
- Arbeitskräftekontingent 175, 179
- Arbeitslosigkeit 10, 15, 23, 35, 239 f., 245, 253
 - Arbeitslosenversicherung 8 f., 151
- Arbeitsorganisation 49, 57, 59, 72, 103, 117, 126, 141, 146 f.
- Arbeitsplatzfreiheit, *siehe* freie Wahl des Arbeitsplatzes
- Arbeitsschutz 238
 - Arbeitsschutzpflicht 88
 - Arbeitsschutzvorschrift 240
- Arbeitsverhältnis
 - dreiseitiges 80, 90 ff., 95
 - Doppelarbeitsverhältnis 80, 82 ff., 101
 - faktisches 46 f.
 - fehlerhaftes 46 f.
 - Mischarbeitsverhältnis 168 f., 235
 - Normalarbeitsverhältnis 23, 40, 186, 239
 - partielles 99 f.
 - Stamarbeitsverhältnis 27, 163, 187, 194, 239
- Arbeitsvermittlung 7 ff., 39, 90, 113 f., 151, 246, 268, 278, 299
- Arbeitszeit 33 f., 81, 127 f.
- Aufenthaltsrecht 240
- Aufsichtsrecht 20, 26 f., 158, 244, 246 ff., 258, 260, 264, 272, 274, 281, 306
- Auftragsspitze 18 f., 30, 36, 219
- Auslegung
 - Auslegungsgrundsätze 59, 73
 - Auslegungskanon 59
 - historische 141
 - richtlinienkonforme *bzw.* unionsrechtskonforme 28, 69 ff., 150, 307
 - systematische 102
 - teleologische 62, 84, 87, 94, 102, 144, 182, 207
 - teleologische Extension 210, 297 f., 313
 - teleologische Reduktion 164, 168 ff., 175, 180, 193 f., 201, 204, 207, 214, 297
 - verfassungskonforme 4, 261 f., 296 ff., 302, 311, 313
 - Wortlaut 141 f.
- Ausschlussfrist 198, 206 ff., 292, 296, 300, 311, 313
- Ausübungsermächtigung 105
- Ausübungsfrist 291 f., 294, 299 ff., 313
- Ausübungshürde 288, 290 f., 295, 299 f., 302
- Ausübungsregelung 11
- Bedingung 109
 - Bedingungseintritt 97
 - Potestativbedingung 205
 - Rechtsbedingung 205
 - Tatsachenbedingung 205
- Befristung 31, 36, 109, 275, 301
 - Befristungsrecht 30
 - Befristungsverbot 13, 15 f.
- Bereicherungsrecht 47
- Berufsausübung 224 f., 231 ff.
 - Berufsausübungsregelung 11, 232 ff.
- berufsregelnde Tendenz 228
- Berufswahl 10, 224 f., 228, 231 ff., 237, 242, 287
 - Berufswahlbegrenzung *bzw.* Berufszulassungsschranke 233 f., 262, 273
 - Berufswahlbeschränkung, objektive 10, 232 f., 242
 - Berufswahlbeschränkung, subjektive 232 f.
- Beschaffungsrisiko 33, 36, 45, 176
- Beschäftigung 1, 7, 13, 16, 23, 25, 29 f., 32 ff., 38, 52, 54, 56 f., 63, 72 f., 89, 101, 133, 182, 222, 225, 233, 273 f., 276 f.
 - Beschäftigungsalternative 203

- Beschäftigungsanreiz 15
- Beschäftigungsanspruch 98
- Beschäftigungsbedarf 33, 37, 154, 219
- Beschäftigungsbedingung 29, 188
- Beschäftigungsbetrieb 127 f.
- Beschäftigungsdauer 34 f.
- Beschäftigungseffekt 116
- Beschäftigungsförderung 14 f., 23, 239, 306
- Beschäftigungsform 1, 20, 29, 36 f., 65 f., 135, 153, 306
- Beschäftigungsgrundlage 166
- Beschäftigungshemmnis 32
- Beschäftigungsmöglichkeit 23, 37, 40, 182, 225 ff., 239, 244, 256 f., 270, 309, 311
- Beschäftigungspotential 15
- Beschäftigungsprogramm 150
- Beschäftigungsstand *bzw.* Beschäftigungszahlen 36 f.
- Beschäftigungsstrukturen 41, 305
- Beschäftigungsverhältnis 15, 32, 41, 52, 70, 72, 75, 82, 222, 305
- Beschlussempfehlung 141, 143, 292, 297
- Bestandsschutz 20, 99, 224, 311
- Bestätigungsvermerk 206
- Bestimmtheit 53 ff., 231
 - Bestimmtheitsgrundsatz 95, 231
- Betriebsrat 30, 40, 69, 74 f., 88 f., 214, 248, 267, 278
- Betriebsübergang 202, 259, 299
- Betriebszugehörigkeit 34
- Betriebszweck 43, 45, 77, 104, 107, 124, 128, 138 f., 151
- Beurteilungsgrundlage 117, 119, 121 f., 132
- Bindungswille 90, 95, 121
- Bindungswirkung 132, 258, 260, 270, 280
- Bruttoentgelt 33
- Bundesagentur für Arbeit 23, 35, 132, 150, 205, 288 f.
- Bundesrat 297
- Bundesregierung 1, 13, 18, 23, 45, 56, 151, 169, 297
- Bundesrepublik Deutschland 9, 221, 240, 313 f.
- Bürgerschaft 246, 267, 278
- Bußgeld *bzw.* Bußgeldbewehrung 177, 263, 266 f., 278, 289, 300
 - Bußgeldtatbestand 19
 - Bußgeldbestimmung 24
- Compliance 24, 180
- Darlegungs- und Beweislast 162
- Dauerbedarf 188, 219
- Dauerschuldverhältnis 77 f.
- Dauerüberlassung *bzw.* Dauerverleih 219, 222 f.
- Definition 4 f., 18 f., 52, 56, 62, 68 f., 73, 75, 100, 141 f., 144, 150
 - Legaldefinition 5
- Deklaration, *siehe* Offenlegung
- Delegation 137, 146
- Denunzierung 288 ff., 300
- Deregulierung 15 f.
- Dienstverschaffung 45 f., 76, 78, 113
- Dienstverschaffungsvertrag, *siehe* Dienstverschaffung
- Dienstvertrag 24 f., 45, 56, 68, 116, 122 f., 126, 130, 133 ff., 143
- Digitalisierung 35, 40
- Direktionsrecht, *siehe* Weisungsrecht
- Disparität 10, 63, 86, 115, 252, 260, 289, 291
- Disposition 118, 192 f., 204, 207, 213, 227, 248, 293
- dolus eventualis* 181
- Drehtüreffekt 17
- Drei-Stufen-Theorie 10 f., 231 f., 235 f., 242 f., 250, 262 ff., 269, 273, 275, 282 f.
- Dreiecksbeziehung 39, 43, 77, 87, 115, 136
- Dreipersonenverhältnis *bzw.* Drei-Personen-Beziehung 26, 43, 87, 136, 306
- Drittbetrieb 113, 124 f., 148
- Drittpersonaleinsatz, *siehe* Fremdpersonaleinsatz
- Effektivitätsgebot 75
- Effektivitätsgrundsatz 29, 73
- effet utile* 28, 69, 74

- Eingliederung 28, 44, 46, 49, 55, 57, 60, 84 f., 88, 101, 125, 128 ff., 132, 137 f., 140 ff.
- Eingliederungstheorie 44, 85 f., 101
- Eingriffsbegriff 227 f.
- Eingriffslegitimation 250, 269, 279, 289, 295
 - Eingriffsqualität *bzw.* Eingriffsintensität *bzw.* Eingriffsschwere 229, 232 f., 236, 242, 254 ff., 261 ff., 269 f., 273, 278 ff., 282, 289, 294
- Einsatzbetrieb 11, 20, 23, 34, 37, 46, 127 ff., 142, 148, 180, 190, 193, 274, 276, 297
- Einsatzmöglichkeit 32, 36 f.
- Einsatzunternehmen 39, 244
- Einsatzverhältnis 82, 110, 198, 208, 229, 256, 285, 292, 307
- Einschätzungsermessen *bzw.* Einschätzungsprärogative 41, 64, 99, 111, 240, 245 ff., 265 f., 276 f., 282, 289, 291, 294, 299
- Einstellungsanspruch 247, 268, 278, 299
- Entleihbetrieb 15, 32 ff., 138, 146, 193, 199, 248, 301
- equal treatment* 15 f., 33 f., 275
- Ereignisfrist 206 f.
- Erforderlichkeit 25, 62, 72, 243, 245 f., 249, 258, 266 f., 277 f., 284, 289, 291, 294, 298 f., 301
- Erfüllung 14, 79, 92, 128, 161, 179, 197, 199, 236, 240, 254, 283
- Erfüllungsgehilfe 18, 24 f., 78, 114, 147, 173, 213, 292, 300, 308
- Ermessen 73, 100
- behördliches 289
 - Ermessensspielraum 236, 290
- Ersetzungsbefugnis, *siehe* Abberufungsbefugnis
- Erwägungsgrund 28 f., 32, 72 f.
- Europäische Kommission 221
- Europarecht, *siehe* Unionsrecht
- Evidenzkontrolle 237, 274 f.
- Existenzsicherung 255, 269 f., 280
- Fallschirm *bzw.* Fallschirmlösung 24, 172, 181
- Festhaltungserklärung *bzw.* Festhaltensrecht 4 ff., 19, 153, 156, 165, 168 ff., 172 f., 185, 193, 198 f., 201 ff., 250, 262, 269, 272, 282, 285, 287 ff., 308, 310 f., 313 f., *siehe auch* Widerspruchsrecht
- Fiktion 2 ff., 24, 88 f., 91, 95, 107, 146, 153, 158 ff., 163 f., 170, 182, 196 ff., 212, 228 f., 232, 245 f., 254 f., 259, 261, 265, 268, 283 ff., 295, 310 f.
- Fiktionsanordnung 5 f., 27, 153, 172, 195, 202, 280, 286 f., 290, 302, 306, 310 f., 314
 - Fiktionsfolge 5, 159, 162, 171, 180 f., 183, 198, 201, 203, 214, 259, 271, 285, 287 f., 298 f., 302
 - Fiktionswirkung 77, 159, 199, 261, 310
- Formerfordernis 77, 174, 178
- Formfreiheit 176
 - Formnichtigkeit 178 f.
 - Formunwirksamkeit 177
 - Formverstoß 178
 - Formvorschrift 176, 178
 - Schriftform 77, 174 ff., 205
- freie Wahl des Arbeitsplatzes 224 f., 228, 232, 235 ff., 242, 247, 282, 285 f., 288 ff., 294, 296, 298, 302, 311 f.
- Fremdbestimmung *bzw.* Fremdbestimmtheit 55, 57, 59 f., 241, 251 f., 289, 291, 303, 314
- Fremdnützigkeit 49
- Fremdpersonaleinsatz 5, 18 f., 23, 29, 113 ff., 118, 144, 153, 158, 175, 179 ff., 185, 209, 213, 263, 292, 295, 300, 305, 309 f., 314
- drittbezogener (Fremd-)Personaleinsatz 24, 113 f., 133, 143, 147, 181, 185, 308
 - Drittpersonaleinsatz 24 f., 78, 113, 115 f., 121
- fristauslösendes Ereignis 190, 207 ff., 292, 294, 296 f., 300 ff., 311, 313
- Fristbeginn 209 f., 212, 292 ff., 297 f.
- Fristberechnung *bzw.* Fristenberechnung 111, 191, 213, 301
- kalendarische Berechnung 191
 - kaufmännische Berechnung 191

- zivilkomputatorische Berechnung 190
- Fristbestimmung 213
- Fristenregime 292 ff., 301

- Gattungsschuld 78 f.
- Gebrauchsüberlassungsvertrag 114
- Geeignetheit 187, 243 ff., 265, 277, 284, 289, 291, 293, 301
- Geltungsbereich, *siehe* Anwendungsbereich
- Gemeinschaftsbetrieb 139
- Genese, *siehe* Gesetzesgenese
- Geprägetheorie 152
- Gesamtbetrachtung 58, 114, 131, 141, 143 f.
- Geschäftsbesorgungsvertrag 68, 114, 130
- Geschäftsfähigkeit 197, 206
- Geschäftsführer 74
- Geschäftsinhalt 114, 118 ff., 122 ff., 132
- Geschäftswille 85 ff., 122 f., 132, 148, 158, 160, 174
- Gesetzesbegründung 61, 116, 143 f., 159, 161, 176 f., 189, 204, 209, 238, 263, 271, 273, 280, 288
- Gesetzesgenese 20, 59, 116, 141, 144, 202
- Gesetzesvorbehalt 230, 250, 253
- Gesetzeszweck 20, 23, 118, 135 f., 190
- gesetzgeberische Prärogative, *siehe* Einschätzungsermessen
- Gesetzgebungsverfahren 12, 18, 89, 169, 298
- gesetzliches Verbot 118
- Gestaltungsfaktoren, *siehe* rechtliche Gestaltungsfaktoren
- Gestaltungsrecht 76, 86, 93, 98, 103, 107, 205
- Gestellung, *siehe* Personalgestellung
- Gewährleistung *bzw.* Gewährleistungsrechte 130, 134
- Gewaltenteilung 171, 246, 249
- Gewinnerzielungsabsicht 45, 149, 151
- Gläubiger 85, 91, 97 f., 102, 105, 107 f., 110
- Gleichbehandlungsgrundsatz *bzw.* Gleichstellungsgrundsatz 17, 29, 275, *siehe auch equal treatment*
- Grundrechte 215 f., 223 f., 230, 241 f., 248, 253
 - Grundrechtsausübung 248, 279, 290
 - Grundrechtseingriff 251, 270, 284, 312
 - Grundrechtsgehalt 251
 - Grundrechtskollision 229
 - Grundrechtsposition 230, 257, 260, 289, 295
 - Grundrechtsschranke 230
 - Grundrechtsschranken-Schranken, *siehe* Schranken-Schranken
 - Grundrechtsschutz 216, 227, 235 f., 251, 276
 - Grundrechtsverstoß 164, 313
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *siehe* Verhältnismäßigkeit
- Gütesiegel 13, 183, 238, 265, 277, 309

- Haftung 13 f., 78, 108, 110 f., 124, 130, 134, 140, 142, 158, 236, 246, 267, 283
- Handlungsfreiheit 224, 249
- Harmonisierung 68, 72
- Hauptleistungspflicht 44, 72
- Höchstpersönlichkeit 44, 61, 206, 290 f., 299
- Höchstüberlassungsdauer, *siehe* Überlassungshöchstdauer
- Hueck'sche Formel* 47 f., 56, 65

- Idealtypus 54, 64
- Identifizierung 5, 55, 113, 117, 119, 121 f., 148, 307
- Integration 31 f., 128, 275
- Interpretationsziel 55, 137

- Karenzzeit *bzw.* Karenzzeitraum 37, 191
- Kettenüberlassung *bzw.* Kettenverleih 43, 75, 89
- Klassenbegriff 52 ff., 57 ff., 141, 148
- Klebeeffekt 15, 32, 35, 274 f.
- Kodifikation *bzw.* Kodifizierung 5, 10, 12, 15, 19, 56, 58, 61 f., 77, 86, 88, 122, 140, 142 f., 151, 168, 172, 198, 203, 236, 246, 262, 311, 314
- Kollektivarbeitsrecht 35, 69, 71, 73
- Kollision 229, 251
- kollusives Zusammenwirken 46

- Kombinationsansatz 103
 Kompensation 220, 222, 310
 Konkretisierung 52, 78 f., 173 ff., 189, 218
 – Konkretisierungspflicht 174 ff.
 Kontrahierungspflicht *bzw.* Kontrahierungszwang 90, 222 ff., 229, 234, 311
 konzerninterner Verleih 39 f., 90
 Konzessionierung 11, 21 f., 26 f., 238 ff., 242, 244, 286, 305 f., 312
 Kündigung 16, 33, 36 f., 75, 91, 97 f., 107, 109, 200, 211, 222, 244 f., 257, 260, 277
 – Kündigungsrecht 98 f., 268, 297
 – Kündigungsschutz 30 f., 41, 257
 – Kündigungsschutzgesetz 36 f.

 Legislative 24, 41, 69
 Legitimation 296, 303
 Leiharbeit, *siehe* Arbeitnehmerüberlassung
 Leiharbeitsrichtlinie 17, 27 ff., 68, 70 ff., 75, 139, 150, 186 f., 189, 217 ff., 307
 Leistungsforderungsrecht 108
 Leistungspflicht *bzw.* Leistungsverpflichtung 44, 72, 79, 84, 108 f., 115, 123, 134, 167 ff., 173 f., 178, 180 f., 257, 268, 279
 Leistungsverweigerungsrecht 161, 197, 199
 Leitgedanken 55, 140
 Liberalisierung 8, 14, 15

 Markt- und Arbeitsordnung 239, 243, 247, 253 f.
 Maschinenvermietung 78, 113
 Menschenwürde 225, 259, 271
 Methodik 52, 54, 57 ff., 123, 140 ff., 144, 147 f., 307
 Mischvertrag 45, 76, 78, 113, 138
 Missbrauch 7, 12, 17, 19, 29, 86, 96, 115 f., 149, 168, 178, 180 f., 184, 206, 214, 220, 263, 265, 274 f., 292, 295
 – Missbrauchsanfälligkeit 10, 135, 238
 – Missbrauchsklausel 192
 – Missbrauchskontrolle 220
 Mitbestimmung 131
 – Mitbestimmungsrechte 248, 267, 278
 – Unternehmensmitbestimmung 89
 Mitgliedsstaat 14, 27 ff., 68 ff., 72 f., 75, 216 f., 221 ff., 307
 Modernisierung 35
 Monopol, *siehe* Vermittlungsmonopol

 Nachkriegsdeutschland 9, 12
 Nachweispflichten 161, 197, 199
 Nationalsozialisten 8
 Nichtigkeit 13, 201, 235 f., 263, 266
 – Nichtigkeitserklärung 151
 – Gesamtnichtigkeit 168
 – Teilnichtigkeit 166, 203
nudum ius 261, 282, 295 f., 302

 Oberbegriff 49, 59
 Objektivierung 27, 258 f., 270, 280, 285, 287
 Offenlegung 24, 173 ff., 177 ff., 181 f., 223, 262, 264, 267, 271 f., 309
 – Nichtoffenlegung 173, 179 f., 268
 – Offenlegungspflicht 19, 24, 26, 173, 177, 179, 208, 213, 227, 300, 310
 Ordnungswidrigkeit 176, 248
 – Ordnungswidrigkeitenrecht 114, 247
 – Ordnungswidrigkeitentatbestände 177
Outsourcing 31

 Paradigmenwechsel 14, 23, 201, 286, 306, 308, 312
 Perpetuierung 270, 284
 Personalbedarf 19, 24, 38, 305 f.
 Personalgestellung 45, 71, 78, 113 f., 260, 271
 – Personalgesteller 145
 – Personalvermittlung 45
 Personalhoheit 126
 Personalkosten 30, 38
 Personalreserven 30
 Personalrondell 187
 persönliche Abhängigkeit 45, 48 ff., 54 f., 57 ff., 63, 67, 71, 75, 86, 136 f., 139, 142, 147 f., 158, 166, 256, 307 f.
 planwidrige Regelungslücke 171, 220, 273
 praktische Konkordanz 230, 251
 Privatautonomie 4, 86 f., 115, 118 f., 122, 134, 138, 224, 252 ff., 257, 270, 280, 287, 290, 295, 298, 302, 313

- privatrechtliche Sanktion 25 f., 163, 196, 201, 248, 258, 260, 271, 286, 308, 312
- Prognosespielraum, *siehe* Einschätzungs-
ermessen
- Re-Insourcing* 31
- rechtliche Gestaltungsfaktoren 119 f., 122, 132, 213, 292, 309
- Rechtmäßigkeit 232, 235, 243, 262 f., 273, 282
- Rechtsbindungswille, *siehe* Bindungs-
wille
- Rechtsfigur 52, 92, 95, 105, 108
- Rechtsfolgenanordnung 81, 99, 174 f., 184, 219, 259
- Rechtsformenzwang *bzw.* Typenzwang 67, 86 f., 118, 122, 138
- Rechtsformenverfehlung *bzw.* Vertrags-
typenverfehlung 183, 272, 309
- Rechtsfortbildung 102, 298, 313
- Rechtsgedanke 55, 161, 165, 255, 272, 282
- Rechtsgeschäft 14, 44, 85, 90, 92 ff., 101, 103 f., 117, 121, 166, 182, 206, 228, 291, 309
- Rechtsgeschäftslehre 46, 114, 157, 267
- Rechtsgut 240, 250, 252, 258, 261, 264, 314
- Rechtsmissbrauch 138, 155, 171, 181, 183, 191 f., 208, 268, 278
- Rechtspaternalismus 298, 313
- Rechtsposition 4, 19, 76, 83, 96, 98, 102, 107, 110, 213, 215, 224, 229, 246, 256 f., 261 f., 280, 286, 293, 312 f.
- Rechtssicherheit 51, 53, 55, 62, 65, 84, 140, 189, 206, 308
- Rechtssubjekt 5, 87, 153, 194, 314
- Rechtsunsicherheit 17, 19, 65, 74, 84, 95, 100, 116, 147, 185, 195, 213, 308
- Rechtsverlust 14, 109, 158, 167, 197
- Redaktionsversehen 179
- Regelungsgefüge 6, 27, 153, 180, 194, 202, 217, 228 f., 239, 245, 287
- Regulierung 14, 242
- Restriktion 41, 127, 139, 220, 293
- Reversibilität 53, 55
- Rückrufbefugnis, *siehe* Abberufungs-
befugnis
- Sanktionierung 2, 26, 29, 164, 196 f., 217, 260, 271, 273, 277
- Sanktionsfolge 189
- Sanktionsinstrument *bzw.* Sanktions-
mittel *bzw.* Sanktionswerkzeug 3, 201, 222, 260, 280
- Sanktionsmechanismus 223
- Sanktionsregelung *bzw.* Sanktionsnorm 22, 163
- Sanktionsgedanke 197
- Sanktionsvorgaben 222
- Sanktionswirkung 159, 162, 200 f., 212, 293
- Schaden 37, 108
- Kollateralschaden 3, 65
- Schadenersatzpflicht 98, 165
- Schadensausgleich 108
- Schadenersatzanspruch 158
- Vertrauensschaden 160 f.
- Scheingeschäft *bzw.* Scheinvertrag 118, 120 f., 182 f., 185, 244, 263
- Scheinearbeitnehmerüberlassungs-
vertrag 181, 185
- Scheindienstvertrag 24, 181
- Scheinwerkvertrag 24, 116, 181
- Schranken-Schranke 230
- Schriftform, *siehe* Formerfordernis
- Schuldbeitritt 246, 267, 278
- Schuldrecht 20, 56, 77, 91, 97, 105, 109, 113
- Schuldverhältnis 43, 72, 78, 80, 119, 144, 306
- Schutzauftrag 21, 46, 136, 281
- Schutzbedürftigkeit 10, 20, 56, 194, 220 f., 240, 310
- Schutzbereich 52, 64, 224, 226 ff., 230, 232, 238, 241 f., 269
- abwehrrechtlich 227
- grundrechtlich 227
- persönlich 227
- sachlich 224, 226
- Schutzgesetz 3, 13, 21, 45, 64, 86, 115, 135, 137, 171, 195, 305
- Schutzobjekt 167, 281

- Schutzzweck 45, 75, 87, 99, 101, 135, 158, 169, 178, 183, 245
- Schwellenwert 88 f., 154
- Selbstbestimmung 207, 225, 241, 251 ff., 313 f.
- Selbstbestimmungsrecht 66, 208
- Seriositätskontrolle 171, 264, 272, 274, 278, 281, 286, 299, 312
- Solange-II*-Dogmatik 215
- sozialer Besitzstand 153, 195, 200 f., 228, 255 f., 269 f., 279, 310
- sozialer Schutz 13, 20, 26 f., 72, 81, 84, 100, 110, 118 f., 149, 240, 264, 305 ff.
- Sozialversicherung 240
- Sozialversicherungsaufkommen 238
 - Sozialversicherungsbeiträge 111
 - sozialversicherungspflichtige Beschäftigung 32
 - Sozialversicherungsrecht 20, 114, 199, 240
 - Sozialversicherungsträger 214
- Sperrwirkung 235, 262, 273, 283
- Sphärentrennung 215
- Staatsziel *bzw.* Staatszielbestimmung 230, 240, 253
- Stammebeugschaft 1, 16, 33, 37 f., 40, 188, 219 f., 264, 273 ff., 281
- Stellvertretung 85, 95 f., 104, 206, 291
- Bevollmächtigung 95 f., 103 f., 139, 291
 - Duldungs- und Rechtsscheinvollmacht 120
- Strohmannkonstruktion 39 f.
- subjektive Kenntnis 209 f., 212 f., 292, 294, 298, 300, 311, 313
- subjektives Element 118, 179, 193, 198, 209 f., 297 f., 300
- Substitution 23 f., 38, 40 f., 186 ff., 190, 194, 205, 239, 264, 278, 281, 306
- Substitutionseffekt 37
- Subsumtion 54, 56, 64, 74
- Synallagma 44, 77, 79
- Synchronisationsverbot 15, 39, 96
- Systematik 14, 56, 68, 73, 77, 156, 158, 160, 164, 167, 179, 220, 229, 231, 296
- Gesetzssystematik 176
 - Regelungssystematik 189
- Tarifvertrag 16, 33
- Tariföffnungsklausel *bzw.* Öffnungsklausel 17 f.
- Tatbestandsmerkmal 60, 113, 115, 141, 196, 204
- Tätigkeitsaufnahme 158 f.
- Tautologie 8, 60
- Temp to perm*, *siehe* Klebeeffekt
- Terminologie 1, 12, 14, 46, 88, 151
- Typizität 65, 79, 120
- Typologie 54, 64, 137, 142 f.
- typologische Methodik 52, 54, 60, 62, 140, 144
 - Typus *bzw.* Typusbegriff 51 ff., 57, 59 f., 78, 113, 137
- Überlassungsdauer *bzw.* Überlassungsfrist 185, 187 f., 191, 275, 301
- Überlassungsentgelt 33
- Überlassungserlaubnis, *siehe* Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis
- Überlassungshöchstdauer *bzw.* Überlassungshöchstfrist *bzw.* Überlassungshöchstgrenzen *bzw.* Höchstüberlassungsdauer 2, 13, 15 f., 18 f., 24, 26, 38 f., 41, 75, 183 ff., 190 ff., 198, 209, 213, 217, 227, 274 f., 277 f., 281, 286, 300 f., 310, 312
- Überlassungsvertrag 10, 19, 30, 36, 45, 77 f., 81, 91 ff., 95, 97 f., 109 f., 114, 122, 134, 144, 158, 160, 172 ff., 184 f., 190, 199, 263, 266, 277, 300
- Überwachungs- und Eingriffsbefugnis 247 f., 267, 278
- Umgehung 10, 13, 23, 45, 52, 66, 69, 72, 86, 268, 278
- Gesetzesumgehung 119
 - Umgehungsgeschäft 39, 118
 - Umgehungsverbot 39
- Unionsrecht 5, 27, 29, 65, 68 f., 73 ff., 146, 150, 188 ff., 215 ff., 221 ff.
- Unionsrechtskonformität 186 f.
- unternehmerisches Risiko *bzw.* Unternehmerrisiko 33, 130
- Unterrichtungspflicht 212, 292, 300
- Unwirksamkeit 1, 5 f., 13 f., 24, 26 f., 153, 159 ff., 164, 166 ff., 180 ff., 193, 195 ff., 202, 204 f., 207 ff., 211, 213 f.,

- 227, 229, 234 f., 244, 254, 284 ff., 290, 298 ff., 306, 308 ff., 314
- Unwirksamkeitsanordnung 5, 85, 153 f., 159 ff., 167, 172, 194 ff., 200 ff., 204, 207, 210, 212, 227 f., 232, 234, 238 f., 246 f., 254 f., 261 f., 264 ff., 279 f., 282 ff., 302, 308 ff.
 - Unwirksamkeitsfolge 156, 159 ff., 164, 166 ff., 173, 177 f., 185, 193 ff., 198, 201 ff., 211 ff., 256, 258 f., 271, 280 f., 283, 293, 297, 308
- verfassungsimmanente Schranken 229
- Verfassungskonformität *bzw.* Verfassungsmäßigkeit 4, 186, 230 f., 247, 261 f., 282 f., 285, 287, 296 ff., 300, 302, 311, 313
- Verfassungsrang 10, 230, 240, 242
- Verfassungswidrigkeit 261, 272, 282, 285, 287 f., 298
- Vergütung 39, 44, 49 f., 68, 70, 79, 108, 125, 130
- Überlassungsvergütung 92
 - Vergütungsmodalitäten 124 f.
- Verhältnismäßigkeit 231, 295, 298, 312 f.
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit *bzw.* Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 231 f., 242, 249 f., 264 f., 269, 277, 284, 286, 289 f., 294, 302
 - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn 243, 247, 249 f., 254, 269, 279, 284, 289 ff., 294, 298, 300 ff.
 - Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn 230
- Verhandlungsdisparität, *siehe* Disparität
- Verleihbetrieb 5, 166, 170, 203, 235, 257
- Verleiherlaubnis, *siehe* Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis
- Vermittlungsmonopol 8, 10, 23, 151
- Verrichtungsgehilfe 78
- Vertrag zugunsten Dritter
- echter 106
 - unechter 102
- Vertragsautonomie 67, 86, 115, 252, 270, 294
- Vertragsbeitritt 80, 90 f., 93 f., 96
- Vertragsdisparität, *siehe* Disparität
- Vertragsdurchführung 79, 119 ff., 132, 157, 180, 183, 209, 310
- Vertragsfreiheit 86, 123, 138, 146, 224, 252, 311
- Arbeitsvertragsfreiheit 260, 272
- Vertragsinhalt 77, 120 f., 156 f., 160, 164 f., 170, 224, 252, 254, 256 f., 269, 279, 302, 311
- Vertragsinhaltsverbot 3, 156 ff., 162 ff., 168, 170, 172 f., 185, 198 f., 203 f., 227, 235, 255 ff., 260 ff., 285 f., 288, 302, 308, 311 f.
- Vertragsqualität 86, 118, 144
- Vertragsschluss 44, 71, 77, 85, 108, 111, 199, 241
- Vertragstheorie 44, 86, 101
- Vertragstypus 50, 75, 87, 104, 115, 117 f., 135, 172, 180, 272
- Vertragstypenverfehlung 183, 272, 309
 - Vertragstypenzuordnung 182
- Vertragsübernahme 80, 92 f., 95
- Vertragsverletzungsverfahren 221
- Vertrauensverhältnis 107
- Verwaltungsakt 155, 214
- Verzicht 158, 160
- Vollzugsverbot 3 f., 156, 161 ff., 170, 173, 180, 185, 194, 197 ff., 203 f., 208, 211, 215, 235, 247, 255 ff., 268, 270 f., 278 ff., 284 ff., 295, 298, 308 f., 312 ff.
- Wahlrecht 88, 168, 290
- Weisungsrecht 48 f., 57, 60 f., 65, 76 f., 84, 96, 98, 103 ff., 109, 124 ff., 132, 136 ff., 145 ff.
- doppelfunktionale Weisung 124, 126
 - Weisungsabhängigkeit 51, 144
 - Weisungsbindung 49, 51, 57, 60, 65, 137, 141, 143, 148
- Werkvertrag 134 f., 138, 163, 263
- Werkvertragsentsendung 182
 - Werkvertragsgestaltungen 116, 135, 263, 265
- Werteentscheidung 251, 287, 290, 314
- objektiv-normative 242
 - objektiv-rechtliche 251
 - objektiv-verfassungsrechtliche 241

- Werteüberhang 251, 253 f., 261, 269, 313
- Widerspruchsrecht 4, 19, 158, 160, 162, 164 f., 169, 202 ff., 206 ff., 211 ff., 261 f., 264, 279, 282, 287 f., 290, 292, 294, 297 f., 301, 311, 313, *siehe auch* Festhaltenserklärung
- Wiedereinstellungsverbot 16
- Willenserklärung 44, 91, 95, 97, 101, 121, 229
- wirtschaftliche Abhängigkeit 48, 62 f.
- wirtschaftliche Tätigkeit des Arbeitgebers 150
- Zeitarbeit, *siehe* Arbeitnehmerüberlassung
- Zollbehörde 214
- Zumutbarkeit 243, 249
- Zuverlässigkeit 13, 21 f., 27, 238, 244, 246, 265, 277, 305, 310
- Zuverlässigkeitsprüfung 183, 195, 247, 268, 272, 309
- Zweck/Mittel-Relation 249
- Zwei-Personen-Beziehung *bzw.* Zweipersonenverhältnis 43, 67, 87, 136, 306
- Zweidimensionalität 21, 45, 115, 135, 144, 159