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 Zweigutachtens 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.

Augsburg, im Oktober 2020 Viktor Stepien

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXIII

Kapitel 1: Einführung 1
A. Gegenstand der Untersuchung 1
B. Gang der Untersuchung 5

Kapitel 2: Recht der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland 7
A. Gesetz- und Normgebung zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung . . 7
I. Nationales Recht 7
II. Europäisches Recht 27
B. Vor- und Nachteile des Fremdpersonaleinsatzes in Form der Leiharbeit 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. Leiharbeitsvertrag 43
I. Arbeitsverhältnis 43
II. Reichweite des Arbeitsverhältnisses 47
III. Besonderheit im Leiharbeitsverhältnis 76
B. Überlassungsvertrag 77
C. Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer 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

A. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage und ihre Identifizierung 117

I. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage 117
II. Identifizierung der maßgeblichen Beurteilungsgrundlage 119
III. Zwischenergebnis 122

B. Rechtliche Qualifizierung der Arbeitnehmerüberlassung 123

I. Entwicklung des Merkmals „Überlassung zur Arbeitsleistung“ 123
II. Auffassung des EuGH 139

C. Die Novellierung des AÜG – § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG 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

A. Bedeutung des Merkmals 149

B. Inhaltliche Änderung der Rechtslage zum 30. November 2011 149

C. Gleichstellung von echter und unechter Leiharbeit 151

Kapitel 6: Unwirksamkeits- und Fiktionsanordnungen 153

A. Gegenstand der Prüfung 153

B. Regelungsgehalte der Unwirksamkeitsanordnungen 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

C. Regelungsgehalt der Fiktionsanordnung (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG) 195

I. Allgemeines 195
II. Tatbestand 196
III. Rechtsfolgen 198
IV. Zwischenergebnis 201

D. Festhaltensrecht 202

I. Genese und Konzeption 202
II. Tatbestand 203
III. Ausübung der Festhaltenserklärung 204

IV. Rechtshinderung 206
V. Rechtsvernichtung 207
VI. Rechtsfolgen der ausgeübten Festhaltenserklärung 211
VII. Stellungnahme 212

E. Geltendmachung der Rechtsfolgen 214

Kapitel 7: Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers 215

A. Anwendbare Grundrechte 215

I. Allgemeines 215
II. Vorgaben der unionsrechtlichen Vorschriften an die Mitgliedsstaaten 217
III. Zwischenergebnis 223

B. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) 224

I. Schutzbereich 224
II. Eingriff in den Schutzbereich 227
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 229

C. Zwischenergebnis 286

D. Festhaltenserklärung 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

E. Ergebnis 302

Kapitel 8: Schlussbetrachtung 305

A. Zusammenfassung der Ergebnisse 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

B. Resümee 313

Quellenverzeichnis 315

Literaturverzeichnis 315

Rechtsprechungsverzeichnis 330

Arbeitsgerichtsbarkeit 330
Ordentliche Gerichtsbarkeit 333
Sozialgerichtsbarkeit 334
Verwaltungsgerichtsbarkeit 334
Verfassungsgerichtsbarkeit 334
Europäische Gerichtsbarkeit 336

Webquellen 336

Sonstige Quellen 337

Sachregister 339

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungsverzeichnis XXIII

Kapitel 1: Einführung 1
A. Gegenstand der Untersuchung 1
B. Gang der Untersuchung 5

Kapitel 2: Recht der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland 7
A. Gesetz- und Normgebung zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung . . 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

B. Vor- und Nachteile des Fremdpersonaleinsatzes in Form der Leiharbeit 29

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

A. Leiharbeitsvertrag 43

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 *effet utile* 69
c) Stellungnahme und Ausblick 72
III. Besonderheit im Leiharbeitsverhältnis 76

B. Überlassungsvertrag 77

C. Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer 79

I. Rechtsdogmatische Einordnung der Beziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer 80
1. Vollwertige arbeitsvertragliche Beziehung 83
a) Eigenständiges Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer 83
aa) Lehre vom Doppelarbeitsverhältnis 83

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

Kapitel 4: Rechtliche Qualifizierung, Identifizierung und Abgrenzung der Leiharbeit 113
A. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage und ihre Identifizierung 117
I. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage 117
II. Identifizierung der maßgeblichen Beurteilungsgrundlage 119
III. Zwischenergebnis 122
B. Rechtliche Qualifizierung der Arbeitnehmerüberlassung 123
I. Entwicklung des Merkmals „Überlassung zur Arbeitsleistung“ 123

1. Typologische Methode 123
a) Vorgehensweise der Rechtsprechung 124
aa) Typologische Bestimmung der Rechtsprechung 124
(1) Ausübung des alleinigen Weisungsrechts durch den Entleiher 126
(2) Volle Eingliederung in den Betrieb des Entleihers 128
(3) Weitere Merkmale 130
bb) Abschließende Gesamtabwägung 131
b) Literatur 131
c) Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit 132
d) Kritik und Stellungnahme 132
aa) Starke Inblicknahme des äußeren Erscheinungsbilds 132
bb) Einbeziehung negativer Abgrenzungskriterien ohne Aussagekraft 133
cc) Unzureichender teleologischer Bezug 135
dd) Zusammenfassende Stellungnahme 138
2. Förderung der Zwecke des Entleihbetriebs 138
II. Auffassung des EuGH 139

C. Die Novellierung des AÜG – § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG 140

I. Fortgeltung der typologischen Methodik 141
II. Weglassung restriktiver Vorgaben der ständigen Rechtsprechung 145
III. Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers 146
IV. Stellungnahme 147
1. Bewertung 147
2. Auswirkungen für die Rechtspraxis zur Abgrenzung der Leiharbeit . . . 148

Kapitel 5: Überlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers 149

A. Bedeutung des Merkmals 149

B. Inhaltliche Änderung der Rechtslage zum 30. November 2011 149

C. Gleichstellung von echter und unechter Leiharbeit 151

Kapitel 6: Unwirksamkeits- und Fiktionsanordnungen 153

A. Gegenstand der Prüfung 153

B. Regelungsgehalte der Unwirksamkeitsanordnungen 154

I. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AÜG (fehlende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis) 154
1. Allgemeines 154
2. Tatbestand 154
a) Fehlende Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung 154

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

dd) Überschreitung der Überlassungshöchstdauer 192
d) Erfordernis eines subjektiven Elements 193
3. Rechtsfolgen 194
4. Zwischenergebnis 194

C. Regelungsgehalt der Fiktionsanordnung (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG) 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. Festhaltensrecht 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. Geltendmachung der Rechtsfolgen 214

Kapitel 7: Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers . . . 215
A. Anwendbare Grundrechte . . . 215
I. Allgemeines . . . 215
1. Rechtsprechung des BVerfG . . . 215
2. Rechtsprechung des EuGH . . . 216
II. Vorgaben der unionsrechtlichen Vorschriften an die Mitgliedsstaaten . . . 217
1. Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie zu Sanktionen . . . 217
a) § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG . . . 217
b) § 9 Abs. 1 Nr. 1a, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG . . . 217
c) § 9 Abs. 1 Nr. 1b, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG . . . 217
aa) Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie zur zeitlichen Dimension der Leiharbeit . . . 218
(1) Unzulässigkeit einer nicht nur vorübergehenden Überlassung . . . 218
(2) Kein Verbot einer dauerhaften Überlassung . . . 219
(a) Bloßer Programmsatz . . . 219
(b) Beschränkung des Anwendungsbereichs der Leiharbeitsrichtlinie . . . 219
(c) Tendenzen des BAG und der Europäischen Kommission . . . 221
(3) Streitentscheid . . . 221
bb) Konsequenzen hinsichtlich möglicher Sanktionsvorgaben . . . 222
(1) Sanktionen nach der hier vertretenen Auffassung . . . 222
(2) Sanktionen nach der abweichenden Meinung . . . 222
cc) Zwischenergebnis . . . 223
2. Sonstige Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie . . . 223
III. Zwischenergebnis . . . 223
B. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . 224
I. Schutzbereich . . . 224
1. Sachlicher Schutzbereich . . . 224
2. Persönlicher Schutzbereich . . . 227
II. Eingriff in den Schutzbereich . . . 227
1. Zum Eingriffsbegriff im Allgemeinen . . . 227
2. Eingriff durch die § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 1b, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG in den Schutzbereich der Berufsfreiheit . . . 228
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung . . . 229
1. Schrankensystematik des Art. 12 Abs. 1 GG . . . 229
a) Verfassungsimmanente Schranken . . . 229
b) Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG . . . 230
aa) Einheitliche Grundrechtsschranke . . . 230
bb) Grundrechtsschranken-Schranken . . . 230

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

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

(b) (Zwingende) Bindungswirkung und Objektivierung der Leiharbeitnehmer 280
(c) Abwägung 281
(3) Zwischenergebnis 282
5. Untersuchung des § 10 AÜG 282
a) Rechtmäßigkeit nach der Drei-Stufen-Theorie (legitimer Zweck) . . 282
b) Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit 284
aa) Geeignetheit 284
bb) Erforderlichkeit 284
cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn 284
(1) Vollzugsverbot 284
(2) Vertragsinhaltsverbot 285
c) Zwischenergebnis 285

C. Zwischenergebnis 286

D. Festhaltenserklärung 287

I. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Vertragsinhaltsverbot) 288
II. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Vollzugsverbot) 288
1. Vorlage bei einer Agentur für Arbeit 288
a) Legitime Ziele 288
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit 289
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn 289
2. Höchstpersönliche Vorlage der Erklärung 290
a) Legitimes Ziel 291
b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn 291
3. Ausübungsfrist der Festhaltenserklärung 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

E. Ergebnis 302

Kapitel 8: Schlussbetrachtung 305
A. Zusammenfassung der Ergebnisse 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

B. Resümee 313

Quellenverzeichnis 315
Literaturverzeichnis 315
Rechtsprechungsverzeichnis 330
Arbeitsgerichtsbarkeit 330
Ordentliche Gerichtsbarkeit 333
Sozialgerichtsbarkeit 334
Verwaltungsgerichtsbarkeit 334
Verfassungsgerichtsbarkeit 334
Europäische Gerichtsbarkeit 336

Webquellen 336
Sonstige Quellen 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 (Arbeitssicherstellungsgesetz)
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 (*lateinisch*: 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 (*englisch*: 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 (*lateinisch*: 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 (*Autor*)
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
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Kapitel 1

Einführung

A. Gegenstand der Untersuchung

Leiharbeit[1] wird häufig als prekäre Beschäftigungsform beschrieben, doch zugleich scheint der Boom der Leiharbeit ungebrochen. Im Jahresdurchschnitt 2017 waren in Deutschland 1,03 Millionen Leiharbeitnehmer[2] 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, Stammbelegschaften 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 Leiharbeitnehmer 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 Leiharbeitnehmer als zustande gekommen gilt.

Ausweislich der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum AÜG-1972[8] hatte der Gesetzgeber mit der Schaffung dieses Regelungsregimes[9] vordringlich den Schutz des Leiharbeitnehmers 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 Leiharbeitnehmer 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 Leiharbeitnehmer, 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 Leiharbeitnehmer – 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 Leiharbeitnehmer 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 Leiharbeitnehmer, 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 Widerspruchsmöglichkeit[21] 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 Festhaltenserklärung 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, 1.c) der Gründe); BAG, Urteil vom 19.03.2003 – 7 AZR 267/02 (AP AÜG § 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 Rückkopplung 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 vorangegangen 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 1922[3] 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 Reichspräsidenten[11] 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 erlassene[16] Durchführungsverordnung vom 26. November 1935[17] 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 Erlass[21] 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 vorbehaltslos verboten.[28] Zwar wurde das „Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung" in der Fassung des Jahres 1927 am 03. April 1957[29] weitestgehend reaktiviert. Die in § 37 Abs. 3 AVAVG-1957 überführte Vorschrift des § 54 Abs. 3 AVAVG-1927 ordnete jedoch ein faktisches und vorbehaltsloses 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

lassung eine grundlegend andere Funktion als die Arbeitsvermittlung. Sie mobilisiere Arbeitskräfte, „die aus verschiedenen Gründen [im Einsatzbetrieb] keine Daueranstellung […] annehmen können oder wollen", jedoch durch die dauerhafte Anstellung bei einem ihm „bekannten, zuweisenden Überlassungsunternehmen gesichert sein wollen".[39] Etwaigen negativen Auswirkungen müsse durch mildere Maßnahmen wie gesetzlichen Ausübungsregelungen[40] und deren Kontrolle durch die Arbeitsgerichte begegnet werden.[41]

Mit Urteil des BVerfG entfiel das wesentliche Hemmnis der Etablierung gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung in der Nachkriegsrepublik. In der Folge gewann die Arbeitnehmerüberlassung rasch an Bedeutung.[42] Dies veranlasste den Gesetzgeber der 6. Wahlperiode, der gewerbsmäßigen Leiharbeit erstmalig einen eigenen und differenzierten gesetzlichen Rahmen zu geben. Intention und Motivation hierfür war, den Missständen, die sich im Zuge der nicht regulierten Etablierung der Leiharbeit nach dem Urteil des BVerfG gebildet hatten, entgegenzuwirken und für Leiharbeitnehmer einen ausreichenden sozialen Schutz zu gewährleisten.[43] Ein im Juni 1971 in den Bundestag eingebrachter Gesetzesentwurf sah vor, das Verleihgewerbe zu konzessionieren und behördliche Kontrollen zu installieren.[44] Auf diese Weise sollte dem Auftrag des BVerfG, die Arbeitnehmerüberlassung sozialverträglich zu regeln, entsprochen werden.[45] Zugleich wurde erkannt, dass sich für die eingesetzten Leiharbeitnehmer aufgrund der dauerhaften Beziehung zum Verleiher die allgemeinen Chancen am

---

anderen Unternehmen überlassen sind, weiterhin aber nur zu diesen Unternehmen in Rechtsbeziehungen stehen und der Weisungsbefugnis des Unternehmens, in dessen Betrieb sie tatsächlich arbeiten, nicht unterstehen, erscheint angesichts jüngster Auswüchse der Leiharbeit kaum mehr haltbar. Jedoch soll hierauf nicht weiter eingegangen werden, da sich an der Würdigung des Gerichts über ein vollumfängliches Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Gesamtschau der Argumente nichts ändert. Vgl. auch BSG, Urteil vom 29.07.1970 – 7 RAr 44/68 (BeckRS 9998, 181121).

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

[40] Gemeint sind Maßnahmen in Form von Berufsausübungsregelungen (erste Stufe im Sinne der Drei-Stufen-Theorie des BVerfG). Ein Eingriff auf der ersten Stufe ist zulässig, sofern dies aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheint, vgl. *Ruffert*, BeckOK Grundgesetz, Art. 12 Rn. 94.

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

[42] Vgl. etwa Ausführungen des Bundesministers für Arbeit- und Sozialordnung, *Walter Arendt* (SPD) zur Anzahl der Verleihfirmen und Leiharbeitnehmern im Jahr 1972: Danach waren der Bundesanstalt für Arbeit 950 Verleihfirmen bekannt, die Zahl der Leiharbeitnehmer wurde auf 250.000 geschätzt, Plenarprotokoll Deutscher Bundestag, 194. Sitzung am 21.06.1972, 11379 B. In der BT-Drs. VI/2303, S. 9 wird hingegen von lediglich 550 Verleihfirmen ausgegangen. Dies zeigt einerseits, dass eine gesicherte Daten- und Faktenbasis fehlte, es andererseits in jedem Fall einen raschen Anstieg der Leiharbeit allein in den fünf Jahren zwischen April 1967 und Juni 1972 gab. Vgl. auch *Mayer*, AuR 1974, 353, 353; *Becker*, DB 1971, 1354, 1354.

[43] *Sansone*, S. 60.

[44] *Mayer*, AuR 1974, 353, 354.

[45] Vgl. auch *Kämmerer/Thüsing,* S. 18.