

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1347

**Der neue Rechtsrahmen  
der Arbeitnehmerüberlassung:  
Verfassungs- und  
unionsrechtliche Fragen**

Von

**Jörn Axel Kämmerer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JÖRN AXEL KÄMMERER

Der neue Rechtsrahmen  
der Arbeitnehmerüberlassung:  
Verfassungs- und unionsrechtliche Fragen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1347

Der neue Rechtsrahmen  
der Arbeitnehmerüberlassung:  
Verfassungs- und  
unionsrechtliche Fragen

Von

Jörn Axel Kämmerer



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-15118-9 (Print)

ISBN 978-3-428-55118-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85118-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung</b> .....	9
<b>B. Empirische Befunde</b> .....	10
I. Die Koalitionsvereinbarungen über eine AÜG-Novelle und ihre Umsetzung .....	11
II. Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung in anderen europäischen Staaten .....	13
1. Richtlinie über Leiharbeit als gemeinsamer Nenner .....	14
2. Mitgliedstaaten, die vorwiegend dem „Arbeitgeberprinzip“ folgen .....	15
a) Irland .....	16
b) Niederlande .....	17
c) Österreich .....	17
3. Mitgliedstaaten, die ganz oder vorwiegend dem Agenturprinzip folgen .....	18
a) Vereinigtes Königreich .....	19
b) Luxemburg .....	19
c) Frankreich .....	21
4. „Gemischte“ Regime .....	23
a) Spanien .....	23
b) Portugal .....	25
5. Resümee: Bunte Vielfalt von Regelungsmodellen .....	27
<b>C. Rechtmäßigkeit der AÜG-Neuregelung: Prüfungsgegenstand und -maßstab</b> ...	28
<b>D. Die zeitliche Begrenzung der Tarifdispositivität von Equal Pay</b> .....	30
I. Bisheriger Rechtsstand .....	30
II. Neuer Rechtsstand .....	32
III. Rechtsprobleme .....	34
1. Vereinbarkeit mit Europarecht, insbesondere der Leiharbeit-Richtlinie .....	34
2. Vereinbarkeit mit Grundrechten, insbesondere der Koalitionsfreiheit .....	35
a) Deutsche oder EU-Grundrechte? .....	35
b) Anwendbare Grundrechte .....	40
aa) Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG .....	40
bb) Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) .....	42

c) Rechtfertigung der Eingriffe .....	42
aa) Zum Prüfungsmaßstab .....	42
bb) Potenzielle Rechtfertigungsgründe für Equal Pay ohne Abweichungsrecht .....	44
(1) Das Spektrum möglicher Rechtfertigungsgründe .....	45
(a) Schutz der Leiharbeitnehmer .....	45
(b) Schutz der Stammebelegschaft .....	48
(2) Wechselseitige Konditionierung von Equal-Pay- und Befristungsvorgaben .....	50
IV. Alternativbetrachtung: Tarifdispositivität von Equal Pay nach Maßgabe der Laufzeit des Arbeitsverhältnisses .....	51
<b>E. Beschränkung der Überlassungsdauer von Leiharbeitnehmern .....</b>	<b>53</b>
I. Nicht-arbeitsplatzbezogene Befristung .....	54
II. Rechtsprobleme .....	55
1. Europarechtlicher Prüfungsmaßstab: Leiharbeit-Richtlinie .....	56
a) Verschlechterungsverbot, Art. 9 II Leiharbeit-Richtlinie .....	56
b) Befristung als Tatbestandsausfüllung oder rechtfertigungsbedürftiger Eingriff? Art. 1 I vs. Art. 4 I Leiharbeit-Richtlinie .....	57
aa) Bisherige nationale Rechtsprechung und Vorlagen zum EuGH .....	58
bb) Einordnung im Sinne einer Rechtfertigungslösung .....	60
2. Die Befristungsregelung als Grundrechtseingriff .....	62
a) Geltung deutscher Grundrechte .....	62
b) Berufsfreiheit, Art. 12 I GG .....	63
c) Positive und negative Koalitionsfreiheit .....	63
d) Betrachtungen zur Rechtfertigung der Beschränkungen .....	65
aa) Die anwendbaren Maßstäbe .....	65
e) Erwägungen zu einer Rechtfertigung auf der Basis von Art. 4 I Leiharbeit-Richtlinie .....	66
aa) Enge Auslegung in Betracht kommender Rechtfertigungsgründe .....	66
bb) Verhinderung „eventuellen“ Missbrauchs .....	67
(1) Begriff des „eventuellen Missbrauchs“ .....	67
(2) Dauerhafte Überlassung als Missbrauch? .....	69
(3) Kohärenzbetrachtung: Der Erkenntniswert des Teilzeit- und Befristungsgesetzes .....	70
cc) Schutz des Arbeitsmarktes, der Stammebelegschaft und Schutz der Leiharbeitnehmer .....	74
(1) Schutz des Arbeitsmarktes .....	74
(2) Schutz der Leiharbeitnehmer .....	75
(3) Schutz der Stammebelegschaft .....	77

dd) Rechtfertigungserwägungen .....	79
(1) Der Grundsatz des mildesten Mittels .....	81
(2) Praktische Konkordanz und Übermaßverbot .....	82
<b>F. „Übersicherung“ durch Kumulation von Equal Pay und Höchstüberlassungs-</b> <b>dauer?</b> .....	85
I. Widersprüchliche Regelungsziele .....	85
II. „Erdrosselung“ durch Übersicherung .....	86
<b>G. Ergebnis und Ausblick</b> .....	88
I. Leiharbeit in Europa .....	88
II. Zwingendes Equal Pay nach neun (bzw. fünfzehn) Monaten .....	89
III. Befristung der Überlassung auf maximal 18 Monate .....	89
IV. Kumulation von Equal Pay und Höchstüberlassungsdauer .....	91
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	92



## A. Einführung

Diese Analyse geht auf ein auf Ersuchen des Bundesarbeitgeberverbands der Personaldienstleister e. V., Berlin (BAP), im Jahr 2014 erstelltes Gutachten zurück.<sup>1</sup> Darin wurde untersucht, ob die auf der Basis der Vereinbarungen im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD zu erwartende gesetzliche Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland mit dem Europarecht, vor allem der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit (Leiharbeit-Richtlinie)<sup>2</sup> und, soweit es Anwendung findet, mit dem Grundgesetz und ggf. mit den europäischen Grundrechten vereinbar sein würde.

Im Gutachten sind die gegen das seinerzeit noch vage umrissene Vorhaben der Koalition zur Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung angeführten verfassungs- und teils auch europarechtlichen Bedenken vorgebracht worden. Das am 21.10.2016 verabschiedete und zum 1.4.2017 in Kraft tretende Gesetz<sup>3</sup> bestätigt, wie im Folgenden belegt werden soll, einen Großteil dieser Vorbehalte. Auch wenn der Bundesgesetzgeber nicht grundsätzlich an einer Verschärfung der bestehenden Regeln gehindert ist, muss er doch den Grundrechten der betroffenen Leiharbeiter, der Überlassungsunternehmen und ihrer Kunden in ausreichendem Maße Rechnung tragen. Warum das gebotene Maß dabei nicht gewahrt worden ist, wird in der folgenden Untersuchung dargelegt, aber es werden, soweit möglich, auch Ansätze für andere, verfassungskonforme Lösungen ermittelt.

---

<sup>1</sup> Bei der Herstellung der Buchfassung hat mich Herr Wiss. Mit. Andreas Kerkemeyer unterstützt, wofür ich ihm herzlich danke.

<sup>2</sup> Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, ABl. Nr. L 327 v. 5.12.2008, S. 9.

<sup>3</sup> BGBl. 2017 I v. 28.2.2017, 258. – Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/9232) wurde in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 19.10.2016 (BT-Drucks. 18/10064) am 21.10.2016 vom Bundestag angenommen (BT-PIPr 18/147, S. 196671). Der Bundesrat entschied am 25.11.2016, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen (BR-Drucks. 627/16). Damit ist das Gesetz gemäß Art. 78 GG zustande gekommen.

## B. Empirische Befunde

Arbeitnehmerüberlassung hat Konjunktur<sup>4</sup> – nie befanden sich so viele Personen in Leiharbeitsverhältnissen wie 2016<sup>5</sup> –, aber noch immer scheiden sich an ihr die politischen Geister. Für ihre Kritiker höhlt Leiharbeit arbeitsrechtliche und betriebliche Standards aus; um der ihr innewohnenden Gefahren ist sie deshalb so weit wie möglich einzuschränken.<sup>6</sup> Andere heben, ohne Gefahren zu leugnen, die besondere Flexibilität solcher Arbeitsverhältnisse und die Funktion der Leiharbeit (Zeitarbeit) als potenzielle „Brücke“ zum regulären Arbeitsmarkt („Klebeffekt“<sup>7</sup>) hervor.<sup>8</sup> Regulierung, aber nicht primär Eindämmung, der Arbeitnehmerüberlassung ist aus dieser Sicht geboten.<sup>9</sup> Leiharbeit in diesem Sinne weiterzuentwickeln, hatten sich noch die Urheber des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt<sup>10</sup> vorgenommen.<sup>11</sup> Das fertige Gesetz – auf das an späterer Stelle noch zurückzukommen sein wird, weil es erstmals den Grundsatz gleicher Entlohnung von Stamm- und Leiharbeitnehmern festschrieb – wurde allerdings nicht von wenigen Überlassern als Gängelung empfunden.<sup>12</sup> Die befürchtete Austrocknung des Leiharbeitsmarktes blieb indessen aus, auch weil der Gleichbehandlungsgrundsatz in weitem Umfang tarifdispositiv gestellt worden war und von dieser Öffnungsklausel auch Gebrauch gemacht wurde. Daran änderte auch die Erset-

---

<sup>4</sup> Zur allgemeinen Entwicklung der Leiharbeit seit 1967 siehe *Hamann*, *Fremdpersonal im Unternehmen*, 4. Aufl. (2011), S. 30ff. Nach Angaben des Statistischen Bundesamts gab es 2014 rund 666.000 Kernerwerbstätige in einem Zeitarbeitsverhältnis. Hiervon waren 68 % Männer und 32 % Frauen. Siehe Statistisches Bundesamt, *Zeitarbeiter in erster Linie jung und männlich*, IM Fokus v. 12. Mai 2016, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Arbeitsmarkt/Zeitarbeit.html> (Stand aller Links: 1.11.2016).

<sup>5</sup> Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Klaus Ernst u. a. und der Fraktion DIE LINKE. betreffend „Aktuelle Entwicklungen in der Leiharbeit“, BT-Drucks. 18/9259 v. 2. September 2016, S. 2 (951.000 Leiharbeiter). Diese Entwicklung deckt sich allerdings mit dem allgemeinen Trend auf dem Arbeitsmarkt: Auch insgesamt gab es in Deutschland noch nie so viele Arbeitnehmer (2015: 43,4 Millionen); [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/02/PD16\\_049\\_13321.html;jsessionid=4F55AFE9B1306FAD6A3A94F62C39977D.cae2](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/02/PD16_049_13321.html;jsessionid=4F55AFE9B1306FAD6A3A94F62C39977D.cae2).

<sup>6</sup> So insbesondere *Krause*, *Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes*, 2012, S. 14–17. Kritisch auch *Hamann*, *Fremdpersonal im Unternehmen*, 4. Aufl. (2011), S. 30f.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/464, S. 10.

<sup>8</sup> *Urban-Crell/Schulz*, *Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung*, 2003, Rn. 121. Insoweit kritisch etwa *Krause*, *Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes*, 2012, S. 15.

<sup>9</sup> So etwa *Lembke/Ludwig*, *NJW* 2014, 1329 f.

<sup>10</sup> BGBl. 2002 I, S. 4607.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 15/25, S. 23 f.

<sup>12</sup> Siehe die in BT-Drucks. 15/91, S. 10 wiedergegebene Kritik des Bundesverbands Zeitarbeit.

zung der mit den „Christlichen Gewerkschaften“ abgeschlossenen Tarifverträge der Entleihbranche (mit relativ hohem Abschlag von Equal Pay) durch solche, die mit DGB-Gewerkschaften abgeschlossen wurden, relativ wenig. Sie war erforderlich geworden, nachdem das BAG die „Christlichen Gewerkschaften“ für tarifunfähig erklärt hatte.<sup>13</sup> Auch die jüngste Novelle des AÜG präsentiert sich ausweislich des Koalitionsvertrags noch unter dem Signet der Weiterentwicklung von Arbeitnehmerüberlassung, doch trägt sie deutlich restriktivere Züge als vorangegangene Gesetzesänderungen. Inwieweit die vom BAG vereitelte Strategie, auf Tarifpartner von zweifelhaftem Rang auszuweichen, dem gesetzgeberischen Strategiewandel Vorschub leistete, wird sich zuverlässig kaum ermitteln lassen.

## **I. Die Koalitionsvereinbarungen über eine AÜG-Novelle und ihre Umsetzung**

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 27. November 2013 war beschlossen worden, den Rechtsrahmen des AÜG über die Arbeitnehmerüberlassung zu verengen. Die Überlassung sollte künftig auf 18 Monate befristet sein und Equal Pay – also die gleiche Bezahlung von Leih- und Stammarbeitnehmern – jedenfalls nach dem 9. Monat vorgeschrieben sein. Zur Umsetzung der – noch vagen – Vereinbarung im Koalitionsvertrag – „Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln“, in der bestimmt ist:

„Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter spätestens nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.“<sup>14</sup>

– legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) am 16. November 2015 einen Referentenentwurf<sup>15</sup> vor, der sodann aber zurückgezogen und durch einen neuen Referentenentwurf vom 17. Februar 2016<sup>16</sup> abgelöst wurde. Einen offiziellen Gesetzentwurf präsentierte die Bundesregierung im Juni 2016.<sup>17</sup> In ihren Kernaussagen unterschieden sich alle Entwürfe indes wenig.

Das im Koalitionsvertrag anvisierte 18-Monate-Maximum für die Entleihung wird im AÜG-Änderungsgesetz nunmehr dahingehend konkretisiert, dass dieser Zeitraum für die Überlassung an denselben Entleiher gilt; ferner werden Grundsätze für seine Berechnung festgeschrieben.

<sup>13</sup> BAG, NZA 2011, 289 ff.

<sup>14</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gemeinsam gestalten, 2013, S. 69, abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>.

<sup>15</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 16.11.2015.

<sup>16</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 17.2.2016.

<sup>17</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucks. 18/9232.