

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 485

„Vorübergehende“ Leiharbeit

Die Deutung eines unbestimmten Rechtsbegriffs
am Beispiel kirchlicher Einrichtungen

Von

Johannes Belling



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES BELLING

„Vorübergehende“ Leiharbeit

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 485

„Vorübergehende“ Leiharbeit

Die Deutung eines unbestimmten Rechtsbegriffs
am Beispiel kirchlicher Einrichtungen

Von

Johannes Belling



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

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
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-15451-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55451-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85451-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam im März 2017 als Dissertation angenommen. Die Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im April 2017 machte eine Aktualisierung einiger Teile der Arbeit erforderlich. Die grundlegenden Schlussfolgerungen wurden durch diese Reform indes nicht berührt. Die Arbeit spiegelt den wesentlichen Stand von Literatur und Rechtsprechung bis März 2018 wider.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.), für die ständige Unterstützung durch viele wertvolle Hinweise und Ratschläge. Die Zeit als akademischer Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam werde ich wegen des intensiven akademischen Gedanken- und Erfahrungsaustauschs in bester Erinnerung behalten.

Dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück, danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mit meinem geschätzten Kollegen am Lehrstuhl, Herrn Ass. iur. Marek Kneis, verbindet mich eine langjährige freundschaftliche und aufschlussreiche akademische Zusammenarbeit. Ihm verdanke ich erkenntnisreiche Diskussionen, wertvolle Hinweise und eine zügige wie kritische Durchsicht dieser Arbeit.

Meiner lieben Kollegin, Frau Justiziarin Katrin Reifenstein, habe ich für ihr Verständnis und stetige Ermunterung zu danken.

Allen Freunden danke ich für ihre grenzenlose Geduld und den Rückhalt, ohne den eine solche Arbeit nicht möglich wäre, sowie für ihre kritische, stets konstruktive Begleitung vor allem während der Schlussphase der Fertigstellung.

Meinen lieben Eltern danke ich schließlich für ihre stetige Förderung und Ermutigung.

Potsdam, im Frühjahr 2018

Johannes Belling

Inhaltsübersicht

A. Die Einleitung	19
I. Der Problemaufriss	19
II. Der Gang der Untersuchung	22
B. Die arbeitsmarktpolitische Relevanz der Arbeitnehmerüberlassung ...	24
I. Die wirtschaftliche Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung als arbeitsmarktpolitisches Instrument	24
II. Die Arbeitnehmerüberlassung als anerkanntes personalpolitisches Instrument	27
III. Die Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung in der kirchlichen Daseinsfürsorge	29
C. Die gesetzlichen Grundlagen und die ökonomische Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung	36
I. Die Genese des AÜG	36
II. Die europäische Richtlinie 2008/104/EG	52
D. Die soziale Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung	56
I. Die objektive Schlechterstellung	56
II. Die subjektiv empfundene Schlechterstellung	57
E. Das Modell der Arbeitnehmerüberlassung als Schutzgut im Lichte des Grundgesetzes und der unionsrechtlichen Grundfreiheiten	58
I. Der grundgesetzliche Schutz der Arbeitnehmerüberlassung bei wirtschaftlicher Betätigung	58
II. Die Trennung von staatlicher Arbeitsvermittlung und privater Arbeitnehmerüberlassung	59
III. Keine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG	60
IV. Der unionsrechtliche Schutz der Arbeitnehmerüberlassung	61
F. Der erweiterte sachliche und personelle Anwendungsbereich des AÜG auf wirtschaftlich tätige Unternehmen am Beispiel von Arbeitnehmer- überlassung im kirchlichen Dienstleistungsbereich	63
I. Der erweiterte sachliche Anwendungsbereich	64
II. Die tatbestandliche Erstreckung des AÜG auf kirchliche Verleih- unternehmen	72
III. Das religiöse Selbstverständnis als Schranke für die Arbeitnehmer- überlassung in kirchlichen Einrichtungen	96
IV. Der Status des Leiharbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsrecht	131
V. Das Ergebnis	148

G. Das zeitliche Moment der Leiharbeitnehmerüberlassung im Lichte richtlinienkonformer Auslegung	150
I. Die vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern	150
II. Das Ergebnis	225
H. Die Zusammenfassung	228
I. Zum Merkmal „vorübergehend“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG und von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG	228
II. Zu den Grenzen der Arbeitnehmerüberlassung in kirchlichen Einrichtungen	231
I. Die Reregulierung 2017	234
I. Die Neuerungen der Reform	234
II. Die Kritik	236
III. Das Fazit	245
Literaturverzeichnis	246
Sachwortverzeichnis	262

Inhaltsverzeichnis

A. Die Einleitung	19
I. Der Problemaufriss	19
II. Der Gang der Untersuchung	22
B. Die arbeitsmarktpolitische Relevanz der Arbeitnehmerüberlassung ...	24
I. Die wirtschaftliche Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung als arbeitsmarktpolitisches Instrument	24
II. Die Arbeitnehmerüberlassung als anerkanntes personalpolitisches Instrument	27
III. Die Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung in der kirchlichen Daseinsfürsorge	29
C. Die gesetzlichen Grundlagen und die ökonomische Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung	36
I. Die Genese des AÜG	36
1. Die Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung bis 1933	36
2. Die historische Entwicklung der Kodifikation der Arbeitnehmer- überlassung in Deutschland von 1933 bis 1945	38
3. Die gesetzgeberische Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland nach 1945	39
II. Die europäische Richtlinie 2008/104/EG	52
1. Die Schaffung einer unionseinheitlichen Grundlage für Arbeit- nehmerüberlassung	52
2. Der wesentliche Schutzzweck der Richtlinie 2008/104/EG	54
D. Die soziale Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung	56
I. Die objektive Schlechterstellung	56
II. Die subjektiv empfundene Schlechterstellung	57
E. Das Modell der Arbeitnehmerüberlassung als Schutzgut im Lichte des Grundgesetzes und der unionsrechtlichen Grundfreiheiten	58
I. Der grundgesetzliche Schutz der Arbeitnehmerüberlassung bei wirtschaftlicher Betätigung	58
II. Die Trennung von staatlicher Arbeitsvermittlung und privater Arbeitnehmerüberlassung	59
III. Keine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG	60
IV. Der unionsrechtliche Schutz der Arbeitnehmerüberlassung	61
F. Der erweiterte sachliche und personelle Anwendungsbereich des AÜG auf wirtschaftlich tätige Unternehmen am Beispiel von Arbeitnehmer- überlassung im kirchlichen Dienstleistungsbereich	63

I.	Der erweiterte sachliche Anwendungsbereich	64
1.	Der verfassungsrechtliche Schutz von diakonischer Betätigung	64
a)	Der korporative Schutz der Religionsfreiheit	64
b)	Der individual-rechtliche Schutz der Religionsfreiheit	65
2.	Die Geltung des AÜG im diakonischen Bereich	65
a)	Das „für alle geltende Gesetz“ im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV	66
b)	Das AÜG als „für alle geltendes Gesetz“	67
aa)	Die Schranken im Bereich der echten Arbeitnehmerüberlassung	68
bb)	Die Schranken im Bereich der unechten Arbeitnehmerüberlassung	69
c)	Die Regelung der Arbeitnehmerüberlassung in den kirchlichen Ordnungen	70
aa)	Die Ordnungen im Bereich der Diakonie	70
bb)	Die Ordnungen im Bereich der Caritas	71
d)	Das Fazit	71
II.	Die tatbestandliche Erstreckung des AÜG auf kirchliche Verleihunternehmen	72
1.	Die Entbehrlichkeit der Gewinnerzielungsabsicht und die wirtschaftliche Betätigung des Leiharbeitsunternehmers	72
a)	Die frühere Rechtslage zur gewerbsmäßigen Betätigung	72
b)	Die wirtschaftliche Betätigung	74
aa)	Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG	74
(1)	Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	74
(a)	Die Entbehrlichkeit des Strebens nach wirtschaftlichem Vorteil	74
(b)	Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung	75
(2)	Das Fazit	76
bb)	Die Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG	76
cc)	Die Stellungnahme	77
c)	Die Wertungen und Rückschlüsse aus §§ 51 bis 55 AO	80
d)	Die privilegierte konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung	82
aa)	Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung im historischen Kontext	82
bb)	Die gegenwärtige Regelung der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung	83
(1)	Die Voraussetzungen der Privilegierung	84
(2)	Die notwendige Marktrelevanz des konzerninternen Verleihers	84
(3)	Das Fazit	85
e)	Der Ausschluss nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG bei der Nachbarschaftshilfe	85

aa)	Die diakonische und caritative Nachbarschaftshilfe	86
bb)	Die Arbeitsrechtsregelungsverfahren nach dem Dritten Weg	86
cc)	Die Ausnahmen vom Dritten Weg	88
dd)	Der fehlende Tarifnormcharakter von Arbeitsrechts- regelungen des Dritten Wegs	88
	(1) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	88
	(2) Die Stellungnahme	90
ee)	Die Unwirksamkeit der Tarifverträge der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal- Service-Agenturen (CGZP)	92
	(1) Die Christlichen Gewerkschaften	92
	(2) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die Literatur	93
2.	Das Fazit	94
III.	Das religiöse Selbstverständnis als Schranke für die Arbeitnehmer- überlassung in kirchlichen Einrichtungen	96
1.	Die Entscheidungen der kirchlichen Gerichte für Arbeitssachen und der kirchlichen Schiedsstelle	97
a)	Die Entscheidungen der Kirchengerichte für Arbeitssachen	97
aa)	Der Beschluss des Kirchengerichtshofs der EKD vom 9.10.2006	97
bb)	Der Beschluss des Kirchengerichtshofs der EKD vom 2.4.2008	101
cc)	Der Beschluss des Kirchengerichtshofs der EKD vom 25.8.2014	101
dd)	Das Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs vom 27.11.2009	102
ee)	Das Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs vom 7.6.2013	103
ff)	Die Entscheidungen der erstinstanzlichen Kirchlichen Arbeitsgerichte	103
	(1) Das Kirchliche Arbeitsgericht für die Bayerischen (Erz-)Diözesen	103
	(2) Die Entscheidungen des Kirchlichen Arbeitsgerichts der Diözese Rottenburg-Stuttgart	104
	(a) Das Urteil vom 15.6.2007	104
	(b) Das Urteil vom 20.3.2009	105
b)	Die Entscheidung der Schiedsstelle Hannover vom 30.5.2006 . . .	106
c)	Die Auswertung der Entscheidungen und das Zwischenergebnis	107
aa)	Die Beschlüsse des Kirchengerichtshofs der EKD	108
bb)	Die Entscheidungen der Kirchlichen Arbeitsgerichte für den katholischen Bereich	108
cc)	Die Entscheidung der Schiedsstelle Hannover vom 30.5.2006	111
dd)	Das Zwischenergebnis	115

2. Die Literatur	115
a) Zur Frage der Differenzierung zwischen Stamm- und Leiharpersonal	116
aa) Die Frage der Geltung kirchlicher Loyalitätsobliegenheiten für nicht wirksam überlassene Leiharbeitnehmer	116
(1) Die Regelungslücke im Kirchenrecht	117
(2) Die „an sich“ notwendige vertragliche Vereinbarung kirchlicher Loyalitätsobliegenheiten	117
bb) Der Vergleich zum Betriebsübergang auf einen kirchlichen Erwerber	120
b) Der Begriff der Dienstgemeinschaft	121
aa) Die Ambivalenz des Begriffs der Dienstgemeinschaft	121
bb) Das Fehlen einer kirchenrechtlichen Definition	123
cc) Die Literaturansichten	123
3. Die zusammenfassende Stellungnahme	127
IV. Der Status des Leiharbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsrecht	131
1. Der Leiharbeitnehmer im Verständnis der Arbeitsrechtsregelungen der Evangelischen Kirche	131
a) Die kirchliche Einrichtung	131
aa) Die Anerkennung als kirchliche Einrichtung	132
bb) Die Zuordnung diakonischer Einrichtungen	133
cc) Der Wille zur kirchlichen Zugehörigkeit	134
b) Die Nichtzugehörigkeit von Leiharbeitnehmern zur Belegschaft der entleihenden Dienststelle	134
c) Die Fiktion nach § 2 Abs. 3 MVG.EKD	136
d) Die Loyalitätsrichtlinie der EKD	138
aa) Der sachliche Anwendungsbereich	138
bb) Der persönliche Anwendungsbereich	138
(1) Der abgestufte Personaleinsatz	139
(2) Der Wortlaut der Richtlinie	140
(3) Der Kirchengerichtshof der EKD	143
(4) Die Pflichten gegenüber einem nichtkirchlichen Verleiher	144
e) Die Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie Deutschland	144
2. Der Leiharbeitnehmer im Verständnis der Arbeitsrechtsregelungen der Katholischen Kirche	146
3. Das Zwischenergebnis	147
V. Das Ergebnis	148
G. Das zeitliche Moment der Leiharbeitnehmerüberlassung im Lichte richtlinienkonformer Auslegung	150
I. Die vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern	150
1. Die Wiedereinführung einer zeitlichen Komponente	150
2. Die vorübergehende Überlassung als unbestimmter Rechtsbegriff	151

a) Die Unzulässigkeit der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung . . .	153
aa) Die entsprechende Anwendung des AÜG auf die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung	153
bb) Die Unzulässigkeit der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung	155
(1) Der Meinungsstand	156
(a) Die Literatur	156
(b) Die Rechtsprechung	157
(aa) Die Arbeitsgerichte und die Landesarbeits- gerichte	157
(bb) Das Bundesarbeitsgericht	158
(cc) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	160
(2) Die Stellungnahme	163
(a) Die Regelungsziele der Richtlinie 2008/104/EG . . .	164
(aa) Die primärrechtlichen Schutzgarantien	164
(bb) Die abschließende Regelung der Überlassung in der Richtlinie 2008/104/EG	165
(cc) Das in der Richtlinie 2008/104/EG unmittel- bar geregelte Verbot der dauerhaften Überlas- sung	168
(dd) Die Vereinbarungen der Sozialpartner	168
(ee) Keine Erstreckung auf sonstige Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes	169
(ff) Das Postulat einer ausdrücklichen Verbotsnorm	170
(b) Die Verhinderung des personalsubstituierenden Missbrauchs	171
(c) Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2008/104/EG	174
(d) Die Kohärenz zur Rechtsprechung des Europäi- schen Gerichtshofs zur Dienstleistungs- und Nieder- lassungsfreiheit	175
(e) Die Flexicurity-Grundsätze	178
(f) Das Fehlen eines Sanktionenregimes	180
(aa) Die Versagung und der Widerruf der Erlaubnis	181
(bb) Die Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlas- sungsvertrags	181
(cc) Das fingierte Rechtsverhältnis zum Entleiher	182
(dd) Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG	184
(ee) Die betriebsverfassungsrechtlichen Folgen . . .	185
(ff) Die Ordnungswidrigkeitentatbestände gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1a AÜG	186

(g)	Die primärrechtliche Auslegung des Richtlinien- Wortlauts	186
(aa)	Der Schutz der Arbeitsbedingungen nach Art. 31 GRC	187
(bb)	Der Schutz der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC	187
(h)	Die Ausnahme	190
cc)	Das Fazit	190
b)	Die vorübergehende Überlassung als Abgrenzungsmerkmal zur Arbeitsvermittlung	191
c)	Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zur „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Zustimmungserset- zungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG	193
aa)	Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Landesarbeits- gerichte	193
bb)	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	195
d)	Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	196
aa)	Die Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG	196
bb)	Die Rechtsprechung zur Befristungsrichtlinie 1999/70/EG und EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung	197
cc)	Die Rechtsprechung zu Art. 57 Abs. 3 AEUV	198
e)	Die Auslegung des Merkmals „vorübergehend“	200
aa)	Der Wortlaut der Richtlinie 2008/104/EG und des AÜG ...	202
bb)	Die Entstehungshistorie der Richtlinie 2008/104/EG	204
cc)	Das Merkmal „vorübergehend“ bei der privilegierten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG a.F.	206
(1)	Die Rechtsprechung und die herrschende Literatur	207
(2)	Die Übertragbarkeit der Kriterien zur vorübergehenden konzerninternen auf die Arbeitnehmerüberlassung im Licht der Richtlinie 2008/104/EG	208
(3)	Der Inhalt der Vereinbarung über die Rückkehr des Leiharbeitnehmers zum Vertragsarbeitgeber	209
(4)	Das Verhältnis der Konzernleihe zur Vermutung im Sinne von § 1 Abs. 2 AÜG a.F.	210
(5)	Die rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung bei der konzerninternen Personalausgliederung	211
dd)	Die Verwendung des Merkmals „vorübergehend“ in sons- tigen arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen	214
ee)	Die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	215
(1)	Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs	215
(2)	Die Übertragbarkeit der Kriterien zur Bedarfsprognose	216

ff) Die arbeitnehmerbezogene oder arbeitsplatzbezogene Tätigkeit	218
(1) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F.	219
(2) Die Übertragung der bisherigen Rechtsprechung auf § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG	219
gg) Die institutionelle Missbrauchskontrolle und der soziale Schutz der Leiharbeitnehmerrechte nach der Richtlinie 2008/104/EG	221
hh) Die Grundrechtsabwägung im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 und 2 GG	223
II. Das Ergebnis	225
H. Die Zusammenfassung	228
I. Zum Merkmal „vorübergehend“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG und von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG	228
II. Zu den Grenzen der Arbeitnehmerüberlassung in kirchlichen Einrichtungen	231
I. Die Reregulierung 2017	234
I. Die Neuerungen der Reform	234
II. Die Kritik	236
1. Die Verhältnismäßigkeit und die Zweckmäßigkeit einer starren Höchstüberlassungsgrenze	237
2. Die Vereinbarkeit mit Unionsrecht	242
a) Zur starren Überlassungshöchstdauer	242
b) Zur Anerkennung kircheninterner Regelungen	244
III. Das Fazit	245
Literaturverzeichnis	246
Sachwortverzeichnis	262

A. Die Einleitung

I. Der Problemaufriss

Seit über einhundert Jahren stellt die unechte Arbeitnehmerüberlassung ein im Dienstleistungssektor weitgehend akzeptiertes Modell des drittbezogenen Personaleinsatzes in Fremdbetrieben dar. Ausgehend von ihrem ursprünglichen Ziel, die personelle Abfederung betrieblicher Engpässe oder Produktionsspitzen zu ermöglichen, hat sich das Modell der Arbeitnehmerüberlassung im Laufe eines personalpolitischen Wandels in den vergangenen Jahrzehnten immer stärker hin zu einem Personalmodell zur Ökonomisierung der Personalstrukturen in den Entleihbetrieben entwickelt. Vor allem das Bestreben nach einer Reduktion von Personalkosten und der Vermeidung befristungs- und kündigungsrechtlicher Streitigkeiten mit dem eigenen Personal hat die Attraktivität des Einsatzes von Leihpersonal enorm gesteigert. Mitunter bietet der Einsatz von Fremdpersonal zur Kostenminimierung den Anschein der Flucht aus tariflichen Lohn- und sonstigen Entgeltvereinbarungen.

Dazu hat im Jahr 2002 der Fortfall der Höchstüberlassungsdauer von damals 24 Monaten mit beigetragen, wodurch eine Verstetigung des Fremdpersonaleinsatzes bei gleichzeitiger Substitution des Stammpersonals gesetzlich gerade erst ermöglicht und legitimiert wurde. Die Prekarisierung der Arbeitsverhältnisse wurde begleitet von einer Zunahme der Zahl an Entleihbetrieben infolge von Ausgründungen ganzer Unternehmensteile in Tochterunternehmen und der anschließenden Rückentleihe der vormaligen Arbeitnehmer.¹ Die Folge war, dass ganze Teilbereiche der Stammelegschaft ausgegründet wurden und als Leihpersonal dieselben Tätigkeiten an ihrem früheren Arbeitsplatz zu wesentlich ungünstigeren Arbeitsbedingungen verrichteten. Begleitet wurde diese Entwicklung durch eine zunehmende Praxis, dieselben Tätigkeiten nicht mittels Abschlusses von Arbeitsverträgen, sondern von Werkverträgen erbringen zu lassen, um eine Zugehörigkeit der betreffenden Werkunternehmer zur Belegschaft des Einsatzbetriebs von vornherein zu verhindern.

Mit der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19.11.2008 sowie mit der Umsetzung dieser Richtlinie in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) im Jahr 2011 war durch die Einfügung

¹ „Sale and Lease back“-Modell oder sogenannter „Drehtür-Effekt“.

des Merkmals „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG² erstmals wieder ein zeitliches Moment für die Dauer der Überlassung von Leihpersonal bestimmt worden. Anders als die vormalige zeitliche Fixierung der Höchstüberlassungsdauer in den Vorgängerfassungen des AÜG entschieden sich sowohl der Richtliniengeber und im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG auch der deutsche Gesetzgeber zunächst für die Kodifikation eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Das Begriffsverständnis dieses Merkmals in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG wie auch in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist bis heute sowohl in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Arbeitsgerichtsbarkeit wie auch in der Literatur nicht abschließend geklärt. Überwiegende Einigkeit bestand bis auf wenige Autoren wohl zumindest darin, dass eine „vorübergehende“ Überlassung jedenfalls nicht zeitlich unbegrenzt erfolgen darf. Im Übrigen herrschte hinsichtlich Regelungscharakter, Tatbestandsinhalt und Reichweite sowie Rechtsfolgen bei Verstößen ein kaum mehr überschaubares Meinungsspektrum. Bislang offen geblieben war auch, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur früheren „vorübergehenden“ erlaubnisfreien konzerninternen Leiharbeit für das Verständnis von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG übertragen werden konnte. Genauso ungeklärt waren die Rechtsfolgen bei nicht bloß vorübergehender dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung, weil weder der Richtliniengeber noch der nationale Gesetzgeber eine genuine Sanktionsregelung vorsahen.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Beschluss vom 10.7.2013³ das Merkmal „vorübergehend“ dahingehend ausgelegt, dass jedenfalls eine dauerhafte Überlassung von Leihpersonal nicht mehr statthaft sein und § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG insoweit ein materielles Verbot dauerhafter Überlassung enthalten sollte, welches als Verbotsgesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht einräumt. Zur Begründung des Verbotscharakters der Vorschrift stützte sich das Gericht im Wesentlichen auf den Wortlaut der Richtlinie 2008/104/EG. Eine weitergehende Konkretisierung des Merkmals blieb – auch mangels Entscheidungsrelevanz – allerdings aus. Die Gelegenheit zur Klärung der Frage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens des finnischen Arbeitsgerichts Työtuoimioistuin, anhand welcher Merkmale eine Überlassung noch als „vorübergehend“ im Sinne der Richtlinie 2008/104/EG anzusehen ist und ob die Richtlinie selbst ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung statuiert, hatte der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 17.3.2015⁴ nicht genutzt, so dass das unionsrechtliche Verständnis des Merkmals „vorüberge-

² §§-Angaben zum AÜG ohne Zusatz beziehen sich auf die AÜG-Fassung 2011.

³ BAGE 145, 355.

⁴ EuGH, Urteil vom 17.3.2015 – Az. C-533/13 [AKT].

hend“ mit allen Auswirkungen für eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts ebenfalls nicht abschließend geklärt wurde.

Mit der Reform des AÜG durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.02.2017⁵ hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.4.2017 in § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG neue Fassung (n.F.) zwar keine Definition des Merkmals „vorübergehend“ vorgenommen, dafür jedoch in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG n.F. eine Konkretisierung in Gestalt einer Überlassungshöchstdauer von grundsätzlich 18 Monaten eingeführt, wobei die Tarifparteien und Betriebspartner in bestimmten Fällen Gestaltungsspielraum für längere Überlassungszeiträume haben. Der nationale Gesetzgeber greift damit wieder die frühere Regelungsmethode der Vorgängerfassungen des AÜG, die eine fixe Überlassungshöchstdauer vorsahen, auf. Anders als zu den Zeiten der Vorgängerfassungen ist die Wiedereinführung einer fixen Höchstüberlassungsdauer nun zugleich aber auch im Lichte der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und damit unionsrechtskonform auszugestalten.

Auch kirchliche Dienstgeber, die vor allem im sozialen Dienstleistungssektor tätig sind, setzen das Personalinstrument der Leiharbeit mit steigender Anzahl ein mit der Folge, dass in kirchlichen Einrichtungen Leihpersonal mit eigenen tarifvertraglichen Bedingungen neben dem vorhandenen Stammpersonal tätig ist, für welches die besonderen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen in der Regel nicht gelten. Dabei spielt neben den beschriebenen Unklarheiten bei der Bestimmung der zeitlichen Grenze die Besonderheit des in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierten Selbstverwaltungsrechts der korporierten Religionsgemeinschaften eine wesentliche Rolle, weil das auf dieses Selbstverwaltungsrecht zurückgeführte Leitprinzip der Dienstgemeinschaft zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer im kirchlichen Einsatzbetrieb als Ausprägung des kirchlichen Selbstverständnisses maßgeblich berührt wird. Zu klären ist, ob und welches Verständnis dem Leitprinzip der Dienstgemeinschaft entnommen werden kann und welche Rechtsfolgen für den Einsatz von Leihpersonal in kirchlichen Einrichtungen daran geknüpft sind. Des Weiteren schließt sich die Frage an, ob kirchliche Arbeitsrechtsregelungen neben den weltlichen Regelungen zur Leiharbeit eine Beschränkung und rechtlich verbindliche Vorgaben zur Gestaltung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern vorsehen können. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, wie eine Geltung der kirchlichen Loyalitätsobliegenheiten⁶ und aller übrigen auf dem Dritten Weg zustande gekommenen Ar-

⁵ BT-Drs. 18/9232; BGBl. I, 258.

⁶ Die Begriffe „Loyalitätspflicht“ und „Loyalitätsobliegenheit“ werden häufig und vor allem auch in der kirchenrechtlichen Literatur und Kirchenrechtsprechung synonym verwendet. Rechtstechnisch handelt es sich um nicht klagbare Neben- und Rück-