

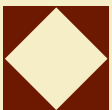
Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Band 131

Benjamin Pant

Gesetzliche und kollektivvertragliche
Regulierung der
Arbeitnehmerüberlassung durch
Höchstüberlassungszeiten

Europarechtliche, verfassungsrechtliche und
arbeitsrechtliche Grundfragen



Nomos



Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Begründet von Hans Carl Nipperdey

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler
Prof. Dr. Herbert Wiedemann

Band 131

Benjamin Pant

Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten

Europarechtliche, verfassungsrechtliche und
arbeitsrechtliche Grundfragen



Nomos



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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6062-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-0191-4 (ePDF)

Die Bände 1–113 sind beim Verlag C. H. Beck, München, erschienen.

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für

Anna Maria und Monika

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Sommersemester 2019 als Dissertation angenommen und im Juni 2019 ebenda mit dem Promotionspreis für Arbeitsrecht ausgezeichnet. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 01.02.2019 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Martin Henssler. Er hat die Entstehung dieser Arbeit nicht nur mit außergewöhnlichem Interesse und vielen anregenden Diskussionen begleitet, sondern meinen persönlichen Werdegang in meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht in einem über das übliche Maß hinausgehenden Umfang gefördert. Prof. Dr. Christian Rolfs danke ich für die zügige Erstellung des Zweitvotums, seinen großen Zuspruch schon während meiner Studienzeit und die angenehme und gewinnbringende Diskussion während meiner Disputation.

Frau Charlotte Marie Flory danke ich nicht nur dafür, dass sie mir persönlich während meiner Zeit als Doktorand stets und in allen Phasen mit Zuspruch und Unterstützung zur Seite stand, sondern auch für ihre Hilfe bei der Korrektur des Manuskripts.

Mein Dank gilt auch meinen Kollegen am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, aufgrund derer ich meine Zeit als Doktorand stets in positiver Erinnerung behalten werde. Carolin Baranowski, Kai-Martin Gohmert und Dr. David Markworth danke ich für die vielen spannenden Diskussionen, die dieser Arbeit den ein oder anderen Impuls geben konnten. Hervorzuheben ist auch Dr. Dirk Michel, dessen Hilfsbereitschaft und Unterstützung für mich sowohl als wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts als auch als Doktorand von großem Wert waren.

Meiner Familie danke ich für ihren stetigen Rückhalt. Meiner verstorbenen Mutter Monika und meiner Großmutter Anna Maria, die meinen persönlichen und beruflichen Werdegang in einem unendlich großen Ausmaß unterstützt hat, widme ich diese Arbeit.

Köln, im Juli 2019

Dr. Benjamin Pant

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Einführung	19
A. Reform und Bewertung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland	19
B. Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland	23
I. Das Normalarbeitsverhältnis und die Arbeitnehmerüberlassung	23
1. Das Normalarbeitsverhältnis	23
2. Die Rechtsbeziehungen in der Arbeitnehmerüberlassung	24
II. Systematische Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung	26
1. Regulierungssystematik	26
2. Außengrenzen der Regulierung	28
a. Das nationale Verfassungsrecht	28
b. Das europäische Sekundärrecht	29
C. Leiharbeitstypische Interessenvielfalt	30
I. Arbeitnehmerüberlassung aus Perspektive der Verleiher- und Entleiherunternehmen	31
II. Arbeitnehmerüberlassung aus Perspektive des Leiharbeitnehmers	34
III. Arbeitnehmerüberlassung aus Perspektive der Stammelegschaft	35
IV. Arbeitnehmerüberlassung aus Perspektive der Gewerkschaften	36
V. Arbeitnehmerüberlassung aus Perspektive des Gesetzgebers	38
D. Überlassungszeitbegrenzungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung	40
I. Legislative Regulierung durch Höchstüberlassungszeiten	41
II. Judikativer Einfluss auf die Dauer und Funktion der Arbeitnehmerüberlassung	42
1. Die Rechtsprechung des BAG	43
2. Die Rechtsprechung des EuGH (AKT/Shell Aviation Finnland)	44

Inhaltsverzeichnis

III. Ziel und Umsetzung der AÜG Reform 2017	46
1. Individueller Leiharbeitnehmerschutz durch den Gleichstellungsgrundsatz	47
2. Institutionelle Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch die Höchstüberlassungsfrist	48
a. Gesetzliche Regelungssystematik und Schutzrichtung	48
b. Arbeitnehmerbezug	52
aa. Das Verhältnis von § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG zu § 1 Abs. 1b AÜG	52
bb. Leiharbeitnehmerrotation und Rechtsmissbrauch	58
3. Zeitlich gestaffelte Bewertung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland	59
E. Problemstellung und Gang der Untersuchung	61
2. Kapitel: Europarechtliche Außengrenzen	64
A. Nationale Gesetzgebung und europäische Vorgaben	64
B. Die Leiharbeitsrichtlinie und die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung	68
I. Ziele der Leiharbeitsrichtlinie und mitgliedstaatliche Umsetzungsvarianten	68
1. Europäischer Flexicurity Ansatz	69
2. Gesetzliche Höchstüberlassungsgrenzen im europäischen Vergleich	75
a. Rechtstatsächliche Unterschiede in den Mitgliedstaaten	75
b. Rechtliche und ökonomische Bedeutung von Regulierungsinstrumenten	79
3. Zusammenfassung: Flexicurity und Zielrichtung europäischer Leiharbeit	80
II. Institutionelle Richtlinienvorgaben	81
1. Europarechtlicher Anknüpfungspunkt der deutschen Höchstüberlassungsfrist	81
2. Europarechtliche Auslegungsvarianten der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung und ihre Auswirkungen auf § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG	83
a. Europarechtliches Verbot der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung	85

b.	Unanwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie bei der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung	89
c.	Umfassende Anwendbarkeit der Richtlinie ohne Verbotswirkung	91
d.	Inhaltlicher und anwendungsbereichsorientierter Anknüpfungspunkt	92
3.	Zweckwidrigkeit einer europäischen Überlassungsbefristung	93
a.	Beschränkter Schutz des Stammpersonals durch die Leiharbeitsrichtlinie	94
b.	Legitime unternehmerische Entscheidung und Flexibilisierungsinteressen	98
c.	Erweiterte Richtlinienauslegung	106
aa.	Normative Bedeutung des Wortlauts	106
bb.	Systematik	108
cc.	Weitergehende Anknüpfungspunkte in der Rechtsprechung des EuGH	112
dd.	Keine zeitlichen Vorgaben für die Arbeitnehmerüberlassung	114
d.	Zusammenfassung: § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG als Akt nationaler Gesetzgebung	115
4.	Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie und die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung	115
a.	Unanwendbarkeit der Richtlinie bei nicht vorübergehender Überlassung?	116
b.	Umfassende Regulierung des Leiharbeitssektors in der Europäischen Union	117
c.	Auslegungshilfe und Einzelfallkontrolle	123
5.	Zusammenfassung: Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung und leiharbeitnehmerschützende Umsetzungsvorgaben	125
6.	Erkenntnisse für die Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG	127
a.	Arbeitnehmerbezug und zulässige Überlassungszeit	128
b.	Tarifvertragliche und betriebsverfassungsrechtliche Abweichungsmöglichkeit	129
c.	Wiederholte Einsätze und Einsatzunterbrechungen	130
d.	Sanktionen	132
7.	Richtlinienimmanente Schranken	132
a.	Kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 2 RL 2008/104/EG	134

Inhaltsverzeichnis

b.	Wirkungsweise von Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG	135
c.	Einordnung von Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG als justiziables Beschränkungsverbot	139
aa.	Ein kritischer Beitrag zur Entscheidung AKT	140
bb.	Sekundärrechtliches Beschränkungsverbot und primärrechtliche Kompetenzgrundlage	142
cc.	§ 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG als Beschränkung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG	149
dd.	Europarechtliche Kontrolldichte und nationale Einschätzungsprärogative	150
d.	Zusammenfassung: Beschränkungen der flexiblen Nutzung von Leiharbeit	152
III.	Rechtfertigung von § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG auf Grundlage von Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG	152
1.	Generelle Zulässigkeit von § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG	152
a.	Abstrakte Beschränkungsgründe	153
aa.	Missbrauchsbekämpfung	153
bb.	Schutz des Leiharbeitnehmers	154
cc.	Schutz der Stammebelegschaft	155
dd.	Erweiterter Arbeitnehmerschutz durch Stärkung des Direktbeschäftigungsverhältnisses	156
b.	Zusammenfassung: Generelle Zulässigkeit von § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG	162
2.	Sekundärrechtliches Übermaßverbot	163
a.	Geeignetheit	163
aa.	Erweiterter institutioneller Leiharbeitnehmerschutz	163
bb.	Systematischer Schutz der Stammebelegschaft	168
b.	Erforderlichkeit	169
aa.	Bedingungslose Gleichstellung als Alternative	170
bb.	Sachgrundorientierte Höchstüberlassungsfrist	172
c.	Angemessenheit und deren Kontrollbefugnis	173
3.	Auslegung im Lichte von Art. 16 GRC	176
IV.	Zusammenfassung: Europarechtliche Außengrenzen	179

3. Kapitel: Legislative Einschätzungsprärogative und Berufsfreiheit bei der Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung	181
A. Verbote und Begrenzungen der Arbeitnehmerüberlassung und ihr verfassungsrechtlicher Hintergrund	181
I. Verfassungsrecht und Rechtspolitik im Kontext der Arbeitnehmerüberlassung	181
II. Legislative Einschätzungsprärogative bei der Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung	187
B. § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b S. 1 u. 2 AÜG und Art. 12 Abs. 1 GG	194
I. Eingriff in den Schutzbereich	194
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	197
1. Einschränkungsmöglichkeiten	197
2. Einheit und Divergenz europarechtlicher und nationaler Rechtfertigungserwägungen	198
a. Kein vorrangiger Schutz der Leiharbeitnehmer auf Verfassungsebene	199
b. Zusammenwirken von Höchstüberlassungsfrist und Gleichstellungsgrundsatz im Kontext der Verfassung	201
c. Arbeitnehmerüberlassung, Befristungsrecht und verfassungsrechtliche Folgerichtigkeit	202
d. Angemessenheit	207
aa. Gewicht der rechtfertigenden Ziele	207
bb. Gewicht und Bedeutung der betroffenen Brancheninteressen	208
cc. Gesamtabwägung	209
C. Zusammenfassung: Regulierung der Leiharbeit und Verfassungsrecht im Kontext von Art. 12 GG	214
4. Kapitel: Tatbestand der gesetzlichen Höchstüberlassungsgrenze	217
A. Der Begriff des Entleihers	218
I. Betriebsbezogene Sichtweise	219
II. Rechtsträgerbezogene Sichtweise	222
III. Keine Konzernbetrachtung	228
IV. Der Entleiher im Gemeinschaftsbetrieb	229
B. Berechnung der gesetzlichen Höchstüberlassungsfrist	233
I. Berücksichtigungsfähige Zeiten	236
1. Zeitraum der Überlassung	236
a. Stand der Diskussion	236

Inhaltsverzeichnis

b. Fristauslösendes und fristbeendendes Ereignis	239
2. Der Fristverlauf und Einsatzunterbrechungen	241
a. Keine Beschränkung auf die tatsächlichen Einsatztage	243
b. Unplanmäßige faktische Nichtarbeit	250
c. Rechtliche Unterbrechungen der Arbeitnehmerüberlassung und Rechtsmissbrauch	252
II. Zivilrechtliche Auslegungsregeln zur Fristberechnung	257
1. Stand der Diskussion	257
2. Keine Differenzierung je nach Art der Überlassung	259
3. Unanwendbarkeit von § 191 BGB	260
4. Fristberechnung nach §§ 187; 188 BGB	262
5. Unanwendbarkeit von § 193 BGB	263
C. Zusammenfassung: Einfachgesetzlicher Tatbestand der Höchstüberlassungsfrist	264
5. Kapitel: Dispositivität der Höchstüberlassungsgrenze	267
A. Gesetzesstruktur	267
B. Abweichung durch Tarifvertrag	270
I. Tariföffnung und ihre Begrenzung auf die Einsatzbranche	270
1. Erwägungen des Gesetzgebers	270
2. Tarifdogmatische Problemstellung	275
II. Tarifdogmatische Regulierung der Einsatzzeit in der Leiharbeit	276
1. Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien	277
2. Regulierung der Leiharbeit durch die Tarifpartner der Einsatzbranche	278
a. Tarifvertragliche Grundkonstellation	278
b. Normative Regulierung der Leiharbeit auf Entleiherseite nach bisherigem Tarifnormverständnis	279
c. Normative Einordnung der Tarifnormen auf Basis von § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG	281
aa. Tarifvertragliche Höchstüberlassungszeiten als Inhaltsnormen	281
bb. Tarifvertragliche Höchstüberlassungszeiten als Betriebsnormen	283
cc. Normsetzungskompetenz und Betriebsnormen kraft gesetzlicher Zuweisung	284
(1) Normsetzungsbefugnis der Einsatzbranche	285
(2) Tarifdogmatische Wirkungsweise	289

III. Tarifvertragliche Gestaltungsvarianten und Gestaltungsgrenzen	293
1. Erwägungen des Gesetzgebers	293
2. Abstrakte Gestaltungsgrenzen im Kontext von § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG	294
3. Konkrete Gestaltungsgrenzen im Kontext von § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG	296
a. Keine zeitlichen Obergrenzen	296
b. Sachgrundorientierung	302
c. Begrenzungen der Überlassungszeit	305
aa. Normsetzungskompetenz	306
bb. Inhaltlicher Gestaltungsumfang	309
IV. Rechtsnatur des Tarifvertrages und Tarifgeltung	313
1. Branchentarifvertrag und Haustarifvertrag	314
2. Nachwirkung	315
V. Die Einführung der gesetzlichen Höchstüberlassungsfrist und ihre tarifdispositive Ausgestaltung im Kontext der Koalitionsfreiheit	322
1. Schutzbereich der Koalitionsfreiheit	323
2. Systematische Besonderheiten bei der Regulierung der Leiharbeit durch § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG	324
a. Koalitionsverfassungsrechtliche Beurteilung mit konzeptioneller Vorprägung	324
b. Folgewirkungen für die Tarifautonomie in der Leiharbeit	328
3. Eingriff in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG	331
a. Kein Eingriff durch antizipierte Tarifizensur	331
b. Eingriff in die Tarifautonomie durch staatliche Rechtssetzung	332
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	334
a. Die generelle Einführung der gesetzlichen Höchstüberlassungsfrist	334
b. Die Beschränkung der Tarifdispositivität auf die Einsatzbranche	335
VI. Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	341
VII. Zusammenfassung: Abweichung durch Tarifvertrag	341
C. Abweichung durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung	344
I. Regelungsanliegen und historische Entwicklung des Normkomplexes	344
1. Verlagerung des mehrgliedrigen Gesetzeszwecks	344

Inhaltsverzeichnis

2. Rechtspolitisch gewollte Schlechterstellung von Außenseitern auf Arbeitgeberseite	346
II. Tarifgebundene Entleiher § 1 Abs. 1b S. 5 AÜG	349
1. Anwendungsbereich und Regelungsgehalt	349
2. Tatbestandsvoraussetzungen und Gestaltungsgrenzen	350
3. Rechtsnatur der betrieblichen Höchstüberlassungsgrenze	351
III. Tarifungebundene Entleiher § 1 Abs. 1b S. 4 u. 6 AÜG	352
1. Das Nachzeichnungsrecht aus § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG	352
a. Normzweck und Wirkungsweise	352
b. Übernahmevoraussetzungen	356
aa. Tarifgebundene Entleiher	356
bb. Nachzeichnung im Geltungsbereich des Tarifvertrages	359
cc. Reichweite der Übernahmeverpflichtung	361
c. Kollisionsregel nach § 1 Abs. 1b S. 7 AÜG	368
2. Partizipation an tarifvertraglichen Öffnungsklauseln nach § 1 Abs. 1b S. 5 u. 6 AÜG	369
a. Norminhalt	369
b. Tarifinhaltsverbreitung und Tarifbindungsanreiz	370
IV. Tarifvertragliche Regelungskompetenz und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen bei tarifungebundenen Entleihern	375
1. Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien und Außenseiterwirkung	375
2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen bei tarifungebundenen Entleihern	376
a. Verfassungsrechtliche Kritik	377
b. Die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	378
aa. Dogmatischer Anknüpfungspunkt und Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG	378
bb. § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG und die negative Koalitionsfreiheit	380
(1) Tarifbindungsanreiz und unzulässiger Beitrittszwang	380
(2) Staatliche Neutralität und die Unmittelbarkeit des Gesetzeszwecks	389
c. Intensivierung der Berufsausübungsregel nach Art. 12 Abs. 1 GG	394
d. Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	397

V. Zusammenfassung: Abweichung durch Betriebs- und Dienstvereinbarung	399
D. Abweichung für Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften	401
6. Kapitel: Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Höchstüberlassungsfrist	402
A. Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages und Vertragsfiktion mit dem Entleiher	402
B. Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1e AÜG	404
C. Erlaubnisrechtliche Konsequenzen §§ 3 Abs. 1 Nr. 1; 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG	407
7. Kapitel: Schluss	408
A. Ein Plädoyer für eine zukunftsfähige Auseinandersetzung mit der Arbeitnehmerüberlassung	408
I. Politische Verantwortung und rechtliche Grenzen	408
II. § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG als Scheinriese des AÜG	410
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	415
Literaturverzeichnis	427

