

**Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften**

herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Elisa Kottlors

**Die Höchstüberlassungsdauer  
nach der AÜG-Reform 2017**

Eine unions-, verfassungs- und  
tarifrechtliche Analyse

Elisa Kottlors

**Die Höchstüberlassungsdauer  
nach der AÜG-Reform 2017**

WÜRZBURGER  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE SCHRIFTEN

Herausgegeben  
von der  
Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Band 112

---

ERGON VERLAG



Elisa Kottlors

# Die Höchstüberlassungsdauer nach der AÜG-Reform 2017

Eine unions-, verfassungs- und  
tarifrechtliche Analyse

---

ERGON VERLAG



Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2021

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.

© Ergon – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021  
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung außerhalb des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages.  
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen jeder Art, Übersetzungen, Mikroverfilmungen  
und für Einspeicherungen in elektronische Systeme.  
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.  
Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung  
bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.  
Umschlaggestaltung: Jan von Hugo

[www.ergon-verlag.de](http://www.ergon-verlag.de)

ISSN 1432-0339  
ISBN 978-3-95650-837-0 (Print)  
ISBN 978-3-95650-838-7 (ePDF)

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2019 an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation eingereicht. Mit der mündlichen Prüfung am 20. Januar 2021 wurde das Promotionsverfahren abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende Oktober 2019 berücksichtigt.

Die unmittelbar vor Abschluss vorliegender Arbeit erschienenen Arbeiten von Esther Pasch („Die „vorübergehende“ Überlassung von Arbeitnehmern in Deutschland“) und Benjamin Pant („Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten“) konnten noch in den Fußnoten berücksichtigt werden. Die Beschlüsse des BVerfG vom 6. November 2019 (Recht auf Vergessen I und II) waren bei Einreichung nicht berücksichtigt. Für die Veröffentlichung wurde in den Fußnoten noch ein Bezug zu diesen Entscheidungen hergestellt.

An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Weber, für die Betreuung während der Erstellung vorliegender Arbeit. Bei Herrn Prof. Dr. Christof Kerwer möchte ich mich ebenfalls für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Mein besonderer Dank gilt meiner Familie und dabei vor allem meinen Eltern. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung und der Erstellung vorliegender Arbeit in jeglicher Hinsicht unterstützt und waren stets der Rückhalt, der mir Kraft gegeben hat. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im März 2021

*Elisa Kottlors*



## Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einführung in die Thematik	15
Einführung	17
A. Problemaufriss	17
I.    Einleitung und Gang der Untersuchung	17
II.   Rechtliche Rahmenbedingungen	20
1. Die Leiharbeitsrichtlinie	20
2. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	23
a) Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland	23
b) Vom Koalitionsvertrag zur Reform 2017	28
B. Grundlagen	32
I.    Tatsächlicher Befund	32
II.   Rechtliche Beziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung	38
1. Zwischen Verleiher und Entleiher	38
2. Zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	39
3. Zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	42
III.  Vor- und Nachteile der Arbeitnehmerüberlassung	47
1. Verleiher	48
2. Entleiher	48
3. Leiharbeitnehmer	50
4. Stammbeschäftigte	53
Teil 2: Hauptteil	55
Abschnitt 1: Höchstüberlassungsdauer	57
A. Zulässigkeit der Höchstüberlassungsdauer sowie der Karenzregelung	57
I.    Normative Ausgangslage	57



*Inhaltsverzeichnis*

II.	Vereinbarkeit der Höchstüberlassungsdauer mit höherrangigem Recht	57
1.	Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie	58
a)	Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ in der Leiharbeitsrichtlinie	59
aa)	Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie	60
bb)	Verbot der dauerhaften Überlassung in der Leiharbeitsrichtlinie	64
(1)	Europäische Stellungnahmen	64
(2)	Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie	69
i.	Autonome Auslegung	69
a.	Wortlaut	69
b.	Entstehungsgeschichte	71
c.	Systematische Auslegung	71
d.	Sinn und Zweck	73
e.	Zwischenergebnis	78
ii.	Vereinbarkeit des Auslegungsergebnisses mit Art. 16 GRCh	78
cc)	Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten	88
dd)	Zwischenergebnis	92
b)	Bewertung anhand von Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie	93
c)	Zwischenergebnis	97
2.	Vereinbarkeit mit den Grundrechten	97
a)	Maßgeblicher Prüfungsmaßstab	97
b)	Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten	109
aa)	Unternehmerische Freiheit der Entleiher	109
(1)	Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit	109
(2)	Eingriff	111
(3)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	114
i.	Drei-Stufen-Theorie des BVerfG	114
ii.	Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	116
iii.	Verhältnismäßigkeitsprüfung	117
a.	Legitimer Zweck	117
b.	Geeignetheit	121
c.	Erforderlichkeit	125
d.	Angemessenheit	131
(4)	Zwischenergebnis	141

bb) Unternehmerische Freiheit der Verleiher	141
(1) Eingriff in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit	141
(2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	142
(3) Zwischenergebnis	143
cc) Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer	143
(1) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit	143
(2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	147
(3) Zwischenergebnis	148
c) Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten	148
d) Zwischenergebnis	151
III. Vereinbarkeit des Arbeitnehmerbezugs der Höchstüberlassungsdauer mit höherrangigem Recht	151
IV. Vereinbarkeit der Regelung zur Karenzzeit mit höherrangigem Recht	163
1. Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 5 S. 1 der Leiharbeitsrichtlinie	163
2. Missbrauchskontrolle im Einzelfall	168
B. Rechtsfragen der Berechnung	170
I. Ermittlung der Höchstüberlassungsdauer	171
1. Berechnung der Höchstüberlassungsdauer	171
2. Bestimmung der maßgeblichen Überlassungszeit	181
3. Maßgeblichkeit des Begriffs des Entleihers	192
II. Ermittlung des Unterbrechungszeitraums	200
Abschnitt 2: Abweichungsmöglichkeiten von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer	203
A. Normative Ausgangslage	203
B. Grundlagen des tarifdispositiven Gesetzesrechts	207
I. Notwendigkeit einer Tariföffnungsklausel	207
II. Gründe für tarifdispositives Recht	209
III. Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags	212
1. Grundlagen und Bedeutung der Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen	213
2. Richtigkeitsgewähr bei Tarifverträgen der Zeitarbeitsbranche und bei Tarifverträgen der Einsatzbranche aufgrund des § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG	219

*Inhaltsverzeichnis*

C. Umsetzbarkeit der Tariföffnungsklausel in § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG nach tarifrechtlichen und legitimatorischen Grundsätzen	227
I. Grundlagen der Normsetzungskompetenz bei der Arbeitnehmerüberlassung	228
II. Differenzierung zwischen Überlassungs- und Einsatzverbot	229
1. Abgrenzung Inhalts- von Betriebsnormen	232
2. Qualifizierung der Abweichung vom Überlassungsverbot und Normsetzungskompetenz	234
a) Inhalts- oder Betriebsnorm	234
b) Normsetzungskompetenz	241
c) Zwischenergebnis	246
3. Qualifizierung der Abweichung vom Einsatzverbot und Normsetzungskompetenz	246
a) Inhalts- oder Betriebsnorm	246
b) Normsetzungskompetenz	251
c) Zwischenergebnis	258
4. Zwischenergebnis	258
III. Etwaige Lösung über Tarifnorm „sui generis“	259
IV. Etwaige Lösung über staatliche Delegation	261
V. Zwischenergebnis	265
D. Vereinbarkeit der Abweichungsmöglichkeiten mit höherrangigem Recht	265
I. Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie	265
II. Vereinbarkeit mit den Grundrechten	271
1. Maßgeblicher Prüfungsmaßstab	271
2. Vereinbarkeit der beschränkten Tarifdispositivität in § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG mit den nationalen Grundrechten	275
a) Positive Koalitionsfreiheit	276
aa) Schutzbereich der positiven Koalitionsfreiheit	276
bb) Eingriff	278
(1) Etwaiger Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien der Einsatz- und Zeitarbeitsbranche durch Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes	278
(2) Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche	284
i. Eingriff in die koalitionsmäßige Betätigungsfreiheit durch vollständigen Ausschluss von der Tariföffnungsklausel	284
ii. Etwaige antizipierte Tarifizensur	286

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	290
(1) Kollidierende Rechte mit Verfassungsrang	291
i. Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie	291
ii. Unternehmerische Freiheit	294
iii. Arbeitnehmerschutz	295
(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung	297
b) Gleichheitssatz	303
aa) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung	304
bb) Prüfungsmaßstab	304
cc) Verhältnismäßigkeitsprüfung	308
c) Negative Koalitionsfreiheit	310
d) Zwischenergebnis	316
3. Vereinbarkeit der Differenzierung zwischen Betrieben mit und ohne Betriebsrat in § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG mit den nationalen Grundrechten	316
4. Vereinbarkeit der Differenzierung nach Tarifbindung in § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG mit den nationalen Grundrechten	317
a) Normsetzungskompetenz	318
b) Negative Koalitionsfreiheit	320
c) Gleichheitssatz	326
d) Zwischenergebnis	327
E. Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien	327
I. Verbands- und Firmentarifvertrag	328
II. Festlegung einer bestimmten Höchstüberlassungsdauer	329
III. Art der Festlegung	330
1. Zeitliche Festlegung	330
a) Notwendigkeit einer Begrenzung	331
b) Konkrete Obergrenze	337
2. Festlegung durch Sachgründe	340
Abschnitt 3: Rechtsfolgen bei Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer	343
A. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher	343
I. Normative Ausgangslage	343
II. Vereinbarkeit der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1b, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG mit höherrangigem Recht	344
1. Maßgeblicher Prüfungsmaßstab	345

*Inhaltsverzeichnis*

2. Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten	348
a) Unternehmerische Freiheit der Ver- und Entleiher	350
aa) Eingriff in die unternehmerische Freiheit	350
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	354
(1) Legitimer Zweck	354
(2) Geeignetheit	356
(3) Erforderlichkeit	357
(4) Angemessenheit	359
cc) Zwischenergebnis	365
b) Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer	365
aa) Eingriff in die Berufsfreiheit	365
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	369
(1) Legitimer Zweck, Geeignet- und Erforderlichkeit	369
(2) Angemessenheit	371
cc) Zwischenergebnis	378
3. Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten	378
4. Zwischenergebnis	380
III. Teleologische Reduktion	381
B. Festhaltenserklärung	384
I. Verfassungsrechtliche Gebotenheit	384
II. Die Festhaltenserklärung im Detail	386
1. Normative Ausgangslage	386
2. Vorüberlegungen	389
3. Wirksamkeitsvoraussetzungen	390
a) Rechtsnaturabhängige Voraussetzungen	390
b) Frist	393
aa) Fristberechnung	393
bb) Fristbeginn	394
(1) Objektive Voraussetzung	394
(2) Subjektive Voraussetzung	395
i. Kenntnisabhängiger Fristbeginn	395
a. Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden	396
b. Verfassungskonforme Auslegung	399
ii. Tatsachen- oder Rechtskenntnis	406
iii. Sicherstellung eines kenntnisabhängigen Fristbeginns	408
a. § 613a Abs. 5 und Abs. 6 BGB analog	409

aa.	Planwidrige Regelungslücke	410
bb.	Vergleichbare Interessenlage	413
cc.	Zwischenergebnis	416
b.	Inhalt der Unterrichtung	417
iv.	Zwischenergebnis	420
c)	Verfahrens- und Formerfordernisse	421
4.	Wirkung der Festhaltenserklärung	430
5.	Einflussnahmemöglichkeiten der Ver- und Entleiher	432
a)	Abgabe der Festhaltenserklärung	432
aa)	Zulässigkeit einer Vereinbarung zur Abgabe der Festhaltenserklärung	432
bb)	Anforderungen an eine individualvertragliche Vereinbarung	434
cc)	Anforderungen an eine vorformulierte Festhaltensvereinbarung und -erklärung	436
b)	Verzicht auf die Festhaltenserklärung	442
aa)	Zulässigkeit einer Vereinbarung zum Verzicht auf die Abgabe der Festhaltenserklärung	443
bb)	Anforderungen an eine individualrechtliche Vereinbarung	445
cc)	Anforderungen an eine vorformulierte Verzichtvereinbarung und -erklärung	447
Teil 3: Zusammenfassung		451
Schlussthesen		453
I.	Höchstüberlassungsdauer	453
II.	Abweichungsmöglichkeiten	458
III.	Fiktion des Arbeitsverhältnisses	464
IV.	Festhaltenserklärung	467
Literaturverzeichnis		473

