

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

---

**Band 71**

**Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung  
zwischen Verbot und Neugestaltung**

**Von**

**Dietmar Gick**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**DIETMAR GICK**

**Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung  
zwischen Verbot und Neugestaltung**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 71**

# Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verbot und Neugestaltung

Von

Dr. Dietmar Gick



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Gedruckt mit Hilfe der Ernst-Reuter-Gesellschaft  
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e. V.

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Gick, Dietmar:**

Gewerbmässige Arbeitnehmerüberlassung zwischen  
Verbot und Neugestaltung / von Dietmar Gick. —  
Berlin: Duncker und Humblot, 1984.

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht; Bd. 71)

ISBN 3-428-05520-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05520-9

## Vorwort

Die Arbeit hat im Sommersemester 1983 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind bis September 1983 berücksichtigt worden.

Die Anregung zu dieser Untersuchung erhielt ich von Herrn Professor Dr. Dieter Heckelmann, dem ich für wertvolle Ratschläge und verständnisvolle Betreuung herzlich danke.

Ebenso danke ich vielmals Herrn Ministerialrat a. D. Professor Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum Sozial- und Arbeitsrecht.

Besonderen Dank schulde ich auch der Ernst-Reuter-Gesellschaft der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Berlin, im September 1983

*Dietmar Gick*



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Kapitel

### **Einführung** 17

§ 1 Realbefund .....	17
§ 2 Problemaufriß .....	21
A. Die Grundkonzeption des AÜG .....	21
B. Kritik .....	23
I. Schutz des Arbeitsmarkts? .....	24
II. Schutz der Leiharbeitnehmer? .....	26
III. Kontrolle des Arbeitnehmerüberlassungsgewerbes? .....	30
§ 3 Gang, Methode und Ziel der Untersuchung .....	31

## 2. Kapitel

### **Verfassungsrechtliche Gewährleistungsgrenzen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung** 34

§ 4 Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung? .....	34
A. Bindung des Gesetzgebers an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Arbeitnehmerüberlassung vom 4. 4. 1967? ..	34
I. Bindungswirkungen bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen .....	34
II. Grenzen der Bindungswirkungen .....	35
1. Inhaltliche Grenzen .....	35
2. Zeitliche Grenzen .....	36
III. Zwischenergebnis .....	38
B. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung und das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) .....	39
I. Generelles Verbot der Arbeitnehmerüberlassung? .....	39
1. Freiheitsbereich und Einschränkung des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG .....	39
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze der Einschränkung .....	40



a) Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter als Zweck des Verbots .....	40
b) Zwecktauglichkeit des Verbots .....	42
c) Erforderlichkeit des Verbots? .....	44
3. Rechtfertigung des Verbots durch Art.12 Abs.1 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension? .....	46
4. Zwischenergebnis .....	47
II. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Bauwirtschaft (§ 12 a AFG) .....	47
1. Zwecktauglichkeit des Verbots .....	48
2. Erforderlichkeit des Verbots? .....	49
C. Bedeutung des Übereinkommens Nr.96 der Internationalen Arbeitsorganisation für die Verbotsfrage? .....	50
§ 5 Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitnehmerüberlassungsgewerbes .....	51
§ 6 Ergebnis .....	52

### 3. Kapitel

<b>Gewährleistung eines funktionsfähigen Arbeitsmarkts</b> .....	53
§ 7 Schutz des staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopols .....	53
A. Gesetzliche Ausgangslage .....	53
B. Problemsicht im Schrifttum .....	54
I. Fehlende Abgrenzbarkeit der Arbeitnehmerüberlassung von der Arbeitsvermittlung? .....	54
II. Kritik an der Behandlung der Abgrenzungsproblematik im AÜG .....	55
1. Fixierung des arbeitsrechtlichen Schwerpunkts im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer .....	55
2. Kritik an der Vermutungsregelung des Art.1 §1 Abs.2, §3 Abs.1 AÜG .....	57
C. Stellungnahme .....	59
I. Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung anhand der Rechtsbeziehungen zwischen Überlassendem, Arbeitnehmer und Drittem .....	59
1. Zuweisung der Arbeitgeberstellung an den Verleiher nach Art.1 §1 AÜG .....	59
a) Art.1 §1 Abs.1 AÜG .....	59
b) Art.1 §1 Abs.2, §3 Abs.1 AÜG .....	60

aa)	Ausgestaltung des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG als widerlegbare Vermutung .....	60
bb)	Bezugnahme des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG auf die Erlaubnisversagungstatbestände des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 AÜG .....	63
	(1) Fehlende Zuverlässigkeit des Überlassenden (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG) .....	63
	(2) Mangelhafte Gestaltung der Betriebsorganisation (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG) .....	64
	(3) Unzulässige Befristung des Leiharbeitsvertrages (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG) .....	65
	(4) Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Überlassenden und erneute Einstellung innerhalb von drei Monaten (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 4 AÜG) .....	66
	(5) Unzulässige zeitliche Synchronisierung zwischen Arbeitsvertrag und erstmaliger Überlassung (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG) .....	67
2.	Erforderlichkeit des arbeitsrechtlichen Schwerpunkts im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer? ..	68
	a) Wortlaut des § 13 Abs. 1 AFG .....	69
	b) Sinn und Zweck des Arbeitsvermittlungsmonopols ....	70
3.	Begrenzte Eignung der Rechtsbeziehungen zur Klärung des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung .....	72
II.	Sicherung der Funktion der staatlichen Arbeitsvermittlung .....	73
1.	Erlaubnis- und Kontrollmonopol der Bundesanstalt für Arbeit für die Arbeitnehmerüberlassung? .....	73
2.	Gewährleistung des Ausnahmecharakters der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung .....	74
	a) Beschränkung der Einsatzzwecke für Leiharbeitnehmer als Anknüpfungspunkt .....	74
	b) Inhaltliche Ausgestaltung der Zweckbegrenzungsklausel .....	75
	c) Rechtstechnische Durchführung .....	76
D.	Ergebnis .....	77
§ 8	Beseitigung weiterer negativer Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung auf den Arbeitsmarkt .....	79

#### 4. Kapitel

### **Gewährleistung des arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzes der Leiharbeitnehmer**

	81	
§ 9	Erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung .....	82
A.	Dogmatische Erfassung und inhaltliche Ausgestaltung der Dreiecksbeziehung zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer .....	82

I. Normative Ausgangslage .....	82
1. Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer .....	82
2. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher .....	84
3. Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer .....	85
4. Zwischenergebnis .....	88
II. Lösungsansätze .....	88
1. Rechtsgeschäftliche Lösungsansätze .....	90
a) Dreiseitiges Arbeitsverhältnis? .....	90
b) Vertragsbeitritt des Entleihers? .....	91
c) Partielle Vertragsübernahme? .....	92
d) Teilhabe des Entleihers am Anspruch auf die Arbeitsleistung und am Weisungsrecht .....	93
aa) Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter? .....	93
bb) Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung an den Entleiher .....	94
cc) Bloße Ausübungsbefugnis des Entleihers hinsichtlich des Anspruchs auf die Arbeitsleistung und des Weisungsrechts .....	95
(1) Bevollmächtigung des Entleihers? .....	95
(2) Ausübungsermächtigung .....	96
e) Vertragliche Begründung arbeitsrechtlicher Nebenpflichten im Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer .....	97
aa) Nebenleistungspflichten .....	97
bb) Schutzpflichten .....	97
f) Zwischenergebnis .....	98
2. Gesetzlich begründete Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer .....	99
a) Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis .....	99
b) Sonstige Nebenpflichten .....	102
III. Ergebnis .....	105
B. Individualarbeitsrechtliche Folgerungen .....	107
I. Schutz des Leiharbeitnehmers bei Leistungsstörungen .....	107
1. Sicherung des Lohnanspruchs des Leiharbeitnehmers .....	107
a) Zahlungsunfähigkeit des Verleihers .....	107
b) Lohnrisiko bei fehlender Einsatzmöglichkeit im Entleiherbetrieb .....	108
aa) Art. 1 § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG i. V. m. § 615 BGB .....	108
bb) Betriebsrisikolehre im Recht der Arbeitnehmerüberlassung .....	109

c)	Arbeitsverweigerungsrechte des Leiharbeitnehmers ...	113
aa)	Arbeitsverweigerung bei Pflichtverletzungen des Verleihers .....	113
bb)	Arbeitsverweigerung bei Pflichtverletzungen des Entleihers .....	115
2.	Verteilung der Schadensrisiken .....	115
a)	Haftungsfragen bei Arbeitsunfällen .....	115
b)	Die Grundsätze der Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses .....	117
aa)	Haftungsmodifizierungen im Verhältnis des Leiharbeitnehmers zum Verleiher und zum Entleiher .....	117
bb)	Haftungsfreistellung des Leiharbeitnehmers bei Schädigung Dritter .....	120
cc)	Ansprüche des Leiharbeitnehmers auf Ersatz arbeitsbedingter Sachschäden .....	121
II.	Schutz des Leiharbeitnehmers bei Kündigung und Suspendierung .....	122
1.	Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer .....	122
a)	Ordentliche Kündigung .....	123
aa)	Kündigungsfristen .....	123
bb)	Gewährleistung des Kündigungsschutzes .....	123
(1)	Allgemeiner Kündigungsschutz .....	123
(2)	Besonderer Kündigungsschutz .....	124
cc)	Beteiligungsrecht des Betriebsrats .....	124
b)	Außerordentliche Kündigung .....	125
2.	Suspendierung des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher .....	125
C.	Kollektivarbeitsrechtliche Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung .....	127
I.	Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers .....	127
1.	Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Verleiherbetrieb (Art. 1 § 14 Abs. 1 AÜG) .....	127
2.	Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Entleiher .....	129
a)	Normative Ausgangslage .....	129
b)	Über die gesetzliche Regelung hinausgehende Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Entleiher .....	134
aa)	Allgemeine Aufgaben des Entleiherbetriebsrats und -personalrats .....	135
bb)	Soziale Angelegenheiten .....	135
cc)	Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung .....	138
dd)	Personelle Angelegenheiten .....	138
ee)	Wirtschaftliche Angelegenheiten .....	140
3.	Ergebnis .....	140

II. Tarifrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers .....	141
1. Begrenzter tarifrechtlicher Schutz im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer .....	141
2. Tarifvertragliche Erfassung des Leiharbeitnehmers beim Entleiher .....	143
a) Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen	143
b) Inhaltsnormen .....	145
3. Umgehung der für den Entleiher geltenden Tarifverträge?	146
4. Ergebnis .....	148
III. Arbeitskampfrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers ....	149
1. Arbeitskämpfe zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	149
2. Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers bei Arbeitskämpfen im Entleiherbetrieb (Art.1 §11 Abs.5 AÜG) .....	149
3. Arbeitskämpfe zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	150
§ 10 Unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung .....	151
A. Konzeption der Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer nach Art.1 §9 Nr.1, §10 Abs.1, 2 AÜG	151
B. Rückabwicklung nach Art.1 §9 Nr.1 AÜG fehlgeschlagener Leiharbeitsverhältnisse .....	153
I. Problemstellung .....	153
II. Lösungsansätze .....	154
1. Vollziehung des Leiharbeitsvertrages durch bloße Arbeitsbereitschaft des Leiharbeitnehmers .....	155
2. Vollziehung des Leiharbeitsvertrages durch Überlassung des Leiharbeitnehmers an Entleiher .....	157
C. Arbeitsrechtliche Nachteile für den Leiharbeitnehmer durch die Regelungen des Art.1 §9 Nr.1, §10 Abs.1, 2 AÜG? .....	158
I. Kritik im Schrifttum .....	158
II. Stellungnahme .....	160
D. Vergleich der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten bei unerlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung und privater Arbeitsvermittlung .....	161
 5. Kapitel  	
<b>Kontrolle des Arbeitnehmerüberlassungsgewerbes und Bekämpfung illegaler Arbeitnehmerüberlassung</b>	163
§ 11 Bekämpfung der Umgehung des AÜG durch illegales Ausweichen in andere Formen des Personaleinsatzes in Drittbetrieben .....	164

A. Verhältnis der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu Personaleinsätzen bei Dritten aufgrund von Werk-, Dienst- und Dienstverschaffungsverträgen .....	164
I. Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und dem Einsatz von Arbeitnehmern aufgrund von Werk- und Dienstverträgen .....	164
II. Arbeitnehmerüberlassungs- und Dienstverschaffungsvertrag	168
III. Zwischenergebnis .....	170
B. Möglichkeiten zur Bekämpfung illegaler getarnter Arbeitnehmerüberlassung .....	170
I. Lösungsansätze im Schrifttum .....	170
II. Stellungnahme .....	173
1. Umgehungskriterien nach geltendem Recht .....	173
2. Lösungsansätze de lege ferenda .....	174
a) Einbeziehung anderer Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes in den Anwendungsbereich des AÜG	174
b) Widerlegbare gesetzliche Vermutung gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung .....	175
aa) Anknüpfungspunkte .....	175
bb) Wirkungsbereich der Vermutung .....	177
cc) Problem der Rechtssicherheit .....	178
§ 12 Erweiterung der behördlichen Überwachungs- und Kontrollkompetenzen .....	179
§ 13 Verschärfung der straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen .....	181

<b>Ergebnisse</b>	<b>184</b>
-------------------	------------

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>189</b>
-----------------------------	------------

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
abl.	=	ablehnend
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	=	am Ende
a. F.	=	alter Fassung
AFG	=	Arbeitsförderungsgesetz
Alt.	=	Alternative
Amtl. Begr.	=	Amtliche Begründung
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	=	Arbeitsrecht-Blattei
ArbR	=	Arbeitsrecht
AÜG	=	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	=	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
AVAVG	=	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	=	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	=	Arbeitszeitordnung
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BAGE	=	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	=	Der Betriebs-Berater
Beil.	=	Beilage
BetrVG	=	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	=	Bundesfinanzhof
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	=	Blatt
BlStSozArbR	=	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BPersVG	=	Bundespersonalvertretungsgesetz
BReg.	=	Bundesregierung
BSG	=	Bundessozialgericht
BSGE	=	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	=	Bundestagsdrucksache
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	=	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
DB	=	Der Betrieb
DRdA	=	Das Recht der Arbeit
Einf.	=	Einführung
Einl.	=	Einleitung
Entsch.	=	Entscheidung

EzA	=	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Stahlhacke
EzAÜG	=	Entscheidungssammlung zum AÜG, herausgegeben von Becker/Wulfgramm
GewArch	=	Gewerbearchiv
GewO	=	Gewerbeordnung
GG	=	Grundgesetz
Grunds.	=	Grundsätze
HGB	=	Handelsgesetzbuch
h. M.	=	herrschende Meinung
Halbs.	=	Halbsatz
HZA	=	Handbuch zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Stahlhacke
i. S. d.	=	im Sinne des
i. V. m.	=	in Verbindung mit
i. w. S.	=	im weiteren Sinn
JugArbSchG	=	Jugendarbeitsschutzgesetz
JR	=	Juristische Rundschau
JurA	=	Juristische Analysen
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
KR	=	Kommentar zum gesamten Kündigungsrecht
KSchG	=	Kündigungsschutzgesetz
LAG	=	Landesarbeitsgericht
LSG	=	Landessozialgericht
m. (zust.) Anm.	=	mit (zustimmender) Anmerkung
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKomm	=	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	=	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
o. ä.	=	oder ähnliches
OLG	=	Oberlandesgericht
o. V.	=	ohne Verfasserangabe
OWiG	=	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
R	=	Rückseite
RdA	=	Recht der Arbeit
RegE	=	Regierungsentwurf
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKG	=	Reichsknappschaftsgesetz
RVO	=	Reichsversicherungsordnung
SAE	=	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Schwbg	=	Schwerbehindertengesetz
SGb	=	Die Sozialgerichtsbarkeit
s. o.	=	siehe oben



<b>StPO</b>	=	<b>Strafprozeßordnung</b>
<b>str.</b>	=	<b>strittig</b>
<b>s. u.</b>	=	<b>siehe unten</b>
<b>TVG</b>	=	<b>Tarifvertragsgesetz</b>
<b>u. a.</b>	=	<b>unter anderem</b>
<b>u. U.</b>	=	<b>unter Umständen</b>
<b>VersR</b>	=	<b>Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung</b>
<b>VVG</b>	=	<b>Versicherungsvertragsgesetz</b>
<b>VwVG</b>	=	<b>Verwaltungsvollstreckungsgesetz</b>
<b>WSI</b>	=	<b>Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut des Deutschen Gewerkschaftsbundes</b>
<b>ZfA</b>	=	<b>Zeitschrift für Arbeitsrecht</b>
<b>ZPO</b>	=	<b>Zivilprozeßordnung</b>
<b>ZRP</b>	=	<b>Zeitschrift für Rechtspolitik</b>

## 1. Kapitel

# Einführung

## § 1 Realbefund

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist nach wie vor eines der umstrittensten Phänomene des Arbeits- und Soziallebens. Von den einen als moderner Menschenhandel qualifiziert, der mit einem umfassenden Verbot zu belegen sei<sup>1</sup>, wird sie von anderen als ein heute mehr denn je zur Beseitigung kurzfristiger Personalengpässe notwendiger Bestandteil des Arbeitsmarkts und der betrieblichen Personalpolitik angesehen<sup>2</sup>. Die Ursachen für die kontroverse, weitgehend negative Einschätzung des Arbeitnehmerüberlassungsgewerbes liegen in den im folgenden kurz skizzierten Erfahrungen mit der Leiharbeit in den vergangenen 15 Jahren.

Nachdem das BVerfG<sup>3</sup> im Jahre 1967 die Ausdehnung des staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopols auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge durch den damals geltenden § 37 Abs. 3 AVAVG für unvereinbar mit dem in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrecht der freien Berufswahl erklärt und die private Arbeitnehmerüberlassung damit freigegeben hatte, nahm dieses Gewerbe einen unerwarteten Aufschwung, in dessen Gefolge zahlreiche Mißstände auftraten<sup>4</sup>. Wegen der herrschenden Unklarheit in der Frage der Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung kam es häufig zu Verstößen gegen das auch weiterhin bestehende und vom BVerfG<sup>5</sup> sogar

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Debus*, Leiharbeit, passim, insbes. S. 106 ff.; *Duda*, Soziale Sicherheit 1973, 69 ff.; *Leve*, Soziale Arbeit 1972, 383; *Mayer*, AuR 1974, 353 (354); *Möller-Lücking*, Soziale Sicherheit 1980, 202; *Muhr*, Soziale Sicherheit 1981, 1 (3).

<sup>2</sup> *Hansen*, Der Arbeitgeber 1981, 867; *Klamert*, Der Arbeitgeber 1981, 931; *Knitter*, Der Arbeitgeber 1980, 1079 (1082); *Oltmanns*, Personalleasing, S. 2; *Schubel*, Der Arbeitgeber 1979, 1278 (1280).

<sup>3</sup> BVerfGE 21, 261 = AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG = NJW 1967, 974 = DB 1967, 638 = BB 1967, 463.

<sup>4</sup> Vgl. *Bogs*, BB 1971, 277 (278); *Kindereit*, RdA 1971, 207 ff.; *Leve*, Soziale Arbeit 1972, 383; *Ramm*, ZfA 1973, 263 (279 f.); *Schneider*, Die Sozialversicherung 1972, 309 ff.; *Vielhaber*, Arbeit und Sozialpolitik 1970, 275 ff.

ausdrücklich gebilligte grundsätzliche Verbot privater Arbeitsvermittlung (vgl. jetzt §§ 4, 13 AFG)<sup>6</sup>. Viele der Arbeitnehmerüberlassung betreibenden Unternehmen beuteten ihre Leiharbeiter im Interesse möglichst hoher Profite aus, wobei häufig gegen Vorschriften des Arbeitsrechts, des Sozialversicherungsrechts und des Steuerrechts verstoßen wurde<sup>7</sup>. Besonders gefährdet waren wegen ihrer Abhängigkeit vom Verleiher ausländische Arbeitnehmer, die ohne Aufenthalts- und ohne Arbeitserlaubnis an Dritte zur Arbeitsleistung überlassen wurden<sup>8</sup>. Zu einer volkswirtschaftlich unerwünschten Verteuerung der Arbeitskraft führte die vielfach beobachtete Abwerbung von Arbeitnehmern aus der Industrie durch Verleihunternehmen, die die abgeworbenen Arbeitskräfte sogleich wieder Entleihern, allerdings zu erheblich höheren Preisen, als Leiharbeiter zur Verfügung stellten<sup>9</sup>.

Die aufgezeigten sozialschädlichen Auswüchse rückten die Leiharbeit zunehmend ins Kreuzfeuer der Kritik und veranlaßten schließlich den Gesetzgeber zur Verabschiedung des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz — AÜG) vom 7. August 1972<sup>10</sup>, durch das vor allem die Erlaubnispflicht für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung eingeführt wurde. In den Jahren nach Inkrafttreten des AÜG ging der Umfang der zugelassenen gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung insbesondere konjunkturbedingt stark zurück<sup>11</sup>, so daß sich auch die Diskussion um die Leiharbeit etwas beruhigte. Seit Mitte der siebziger Jahre, verstärkt seit 1978, ist jedoch sowohl die Zahl der zugelassenen Verleiher als auch die der Leiharbeiter wieder angestiegen<sup>12</sup>. Über den Umfang

<sup>5</sup> BVerfGE 21, 245.

<sup>6</sup> Vgl. *Schubel/Engelbrecht*, AÜG, Einl. Rdnr. 3

<sup>7</sup> Vgl. *Duda*, Soziale Sicherheit 1973, 69 (70); *Mayer*, AuR 1974, 353 ff.; *Oltmanns*, Personalleasing, S. 17; *Seiter*, JurA 1971, 204.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Ramm*, ZfA 1973, 263 (279 f.); *Schneider*, Die Sozialversicherung 1972, 309.

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Becker/Wulfgramm*, AÜG, Einl. Rdnr. 70; *Vielhaber*, Arbeit und Sozialpolitik 1971, 139.

<sup>10</sup> BGBl. I S. 1393.

<sup>11</sup> Vgl. *Becker*, AuR 1980, 12 (14); *Steinbach*, WSI-Mitteilungen 1980, 263. Die Zahl der Leiharbeiter ging von 34 379 im Juni 1973 auf 11 805 Leiharbeiter im Juni 1975 zurück, die Zahl der zugelassenen Verleiher verringerte sich von 1264 im Juni 1973 auf 797 Erlaubnisinhaber am 31. 12. 1975, vgl. den 2. Bericht der BReg. über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG BT-Drucks. 7/5631, S. 4, 14 (Tabelle 1).

<sup>12</sup> Die Zahl der überlassenen Leiharbeiter stieg von 16 858 Ende Juni 1976 auf 41 471 Ende Juli 1979 und erreichte damit den seit Inkrafttreten des AÜG höchsten Stand; parallel dazu erhöhte sich die Zahl der Verleiher von 718 Erlaubnisinhabern am 31. Dezember 1976 auf 1205 am 31. Dezember 1979, vgl. den 4. Bericht der BReg. über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG BT-Drucks. 8/4479, S. 6 f., 28 (Tabelle 1); vgl. ferner *Becker*, AuR 1980, 12 (14); o. V., Arbeit und Beruf 1980, 207.

der unerlaubt betriebenen Arbeitnehmerüberlassung ist naturgemäß kein aussagekräftiges Zahlenmaterial vorhanden. Immerhin ist aufgrund der durchgeführten Straf-, Bußgeld- und Verwaltungszwangsverfahren sowie aufgrund der Ergebnisberichte zweier vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung beauftragter Forschungsinstitute festzustellen, daß auch der Umfang der illegalen Arbeitnehmerüberlassung erheblich zugenommen hat und möglicherweise sogar den der nach dem AÜG zulässigen Arbeitnehmerüberlassung weit übersteigt<sup>13</sup>. Auffällig ist, daß im Rahmen der illegalen Leiharbeit der Anteil ausländischer Arbeitnehmer besonders hoch ist, und zwar vor allem im Baubereich, einer traditionellen Domäne illegaler Arbeitnehmerüberlassung<sup>14</sup>. Die Berichte in den Medien über besonders krasse Fälle illegaler Arbeitnehmerüberlassung mit Verstößen gegen das Sozialversicherungs-, Ausländer- und Steuerrecht häufen sich.

Diese Entwicklungstendenzen haben die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, und zwar nicht nur die illegale, sondern auch die legale nach dem AÜG, erneut in den Mittelpunkt kontroverser Diskussionen gerückt<sup>15</sup>. Die dabei insbesondere von Gewerkschaftsseite erhobene Forderung nach einem generellen Verbot dieses Gewerbes wird vor allem damit begründet, daß auch im legalisierten Bereich gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung die zum Schutze der Arbeitnehmer bestehenden Vorschriften vielfach unterlaufen werden und nur durch ein Verbot der Leiharbeit insgesamt der illegale Arbeitskräfteverleih wirksam bekämpft werden könne<sup>16</sup>. Ferner wird geltend gemacht, daß die für die Arbeitnehmerüberlassung typische Verteilung der Arbeitgeberfunktionen auf Verleiher und Entleiher eine adäquate arbeitsrechtliche, insbesondere betriebsverfassungs- und tarifrechtliche Einordnung der Leiharbeit nicht zulasse<sup>17</sup>. Schließlich wird darauf hingewiesen, daß die Arbeitnehmerüberlassung ein Mittel zum Abbau von Dauerarbeitsplätzen darstelle, weil zunehmend Leiharbeiter nicht mehr nur zur Beseitigung kurzfristiger Personalengpässe, sondern auch auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden<sup>18</sup>. Am anderen Ende des

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu den 4. Bericht der BReg. über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG, BT-Drucks. 8/4479, S. 5, 11; *Debus*, Leiharbeit, S. 59 ff.

<sup>14</sup> Vgl. den 4. Bericht der BReg. über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG, BT-Drucks. 8/4479, S. 11 f.; *Mayer*, BB 1981, 1839 (1840).

<sup>15</sup> Vgl. einerseits *Frerichs/Möller/Ulber*, Leiharbeit, S. 17 ff.; *Mayer*, BB 1981, 1839 ff.; *Möller-Lücking*, Die Quelle 1980, 351; *dens.*, Soziale Sicherheit 1980, 202; *Muhr*, Soziale Sicherheit 1981, 1 (3); *Steinbach*, WSI-Mitteilungen 1980, 263; *Ulber*, AuR 1982, 54; andererseits *Friese*, BB 1981, 1582 ff.; *Knitter*, Der Arbeitgeber 1980, 1079; *Schubel*, Der Arbeitgeber 1979, 1278.

<sup>16</sup> Vgl. *Debus*, Leiharbeit, S. 1 ff., 138 f.; *Möller-Lücking*, Soziale Sicherheit 1980, 202 (203); *Muhr*, Soziale Sicherheit 1981, 1 (3).

<sup>17</sup> *Frerichs/Möller/Ulber*, Leiharbeit, S. 18 f.; *Möller-Lücking*, Soziale Sicherheit 1980, 202 (203); *Steinbach*, WSI-Mitteilungen 1980, 263 (265 f.).