

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 16

**Regulierung
der Arbeitnehmerüberlassung
im Lichte des Unions- und
Verfassungsrechts**

Von

Thies Wahnschaffe



Duncker & Humblot · Berlin

THIES WAHNSCHAFFE

Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung im Lichte
des Unions- und Verfassungsrechts

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 16

Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung im Lichte des Unions- und Verfassungsrechts

Von

Thies Wahnschaffe



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover
hat diese Arbeit im Jahre 2023 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
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-18997-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58997-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im August 2022 eingereicht und im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Die Disputation erfolgte am 22. Februar 2023. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen bis März 2023 berücksichtigt.

An aller erster Stelle gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hermann Butzer, der nicht nur diese Arbeit herausragend betreut hat, sondern meine akademische Laufbahn seit meinen frühen Studienjahren hingebungsvoll fördert. Für die vielfältige Unterstützung während der Zeit an seinem Lehrstuhl und weit darüber hinaus kann ich kaum genug Danke sagen. Ihm verdanke ich auch die Anregung und den Zuspruch, mir ein vertieft wirtschaftliches Thema zuzutrauen, welches mich nachhaltig persönlich und politisch geprägt hat.

Dank gebührt darüber hinaus Herrn Prof. Dr. Veith Mehde, Mag. rer. publ., für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Roland Schwarze für die exzellente Leitung der Disputation, die angenehme Prüfungsatmosphäre und wertvolle Anregungen. Zudem danke ich dem Bundesinnenministerium für die großzügige Förderung dieser Arbeit. Auch bei meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl möchte ich mich für die tolle gemeinsame Zeit und die zahlreichen gemeinsamen Unternehmungen und Gespräche bedanken, welche die vergangenen Jahre deutlich lebenswerter gemacht haben.

Neben alledem haben aber vor allem meine Familie und meine Ehefrau zum Gelingen dieser Arbeit maßgeblich beigetragen. Ohne die Unterstützung und Fürsorge, die ich von meinen Liebsten in den vergangenen – und während der Pandemiesituation zuweilen nicht ganz einfachen – Jahren erfahren habe, wäre mein Promotionsprojekt nie möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hannover, im März 2023

Thies Wahnschaffe

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung	21
A. Problemaufriss	21
B. Stand der Forschung	24
C. Gang der Untersuchung	29

Kapitel 2

Arbeitnehmerüberlassung als Phänomen des Arbeitslebens und des Arbeitsrechts	31
A. Die zivilrechtliche Gestalt der Arbeitnehmerüberlassung und die historische Entwicklung ihrer Regulierung	32
I. Arbeitnehmerüberlassung als (arbeits-)vertragliches Konzept	32
1. Die Funktionsweise der Arbeitnehmerüberlassung und die vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten	33
2. Abgrenzung zu anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes und zur Arbeitsvermittlung	37
II. Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung in Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht in Deutschland und Europa	40
1. Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung und ihrer Regulierung auf dem deutschen Arbeitsmarkt	40
a) Die Anfänge der Arbeitnehmerüberlassung bis zum Erlass des AÜG im Jahr 1972	41
b) Die Novellierungen des AÜG	47
2. Arbeitnehmerüberlassung in der Europäischen Union: Europäische Rechtsetzungsimpulse und die Regulierung in den Mitgliedstaaten	51
a) Die europäischen Gesetzgebungsimpulse bis zur Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG)	52
b) Die Regulierung in den Mitgliedstaaten	54

B. Arbeitnehmerüberlassung im Spiegel der Interessen der Beteiligten und des Staates	57
I. Arbeitnehmerüberlassung aus Sicht der Entleiher	58
1. Chancen	59
a) Flexibilitätsgewinne	59
aa) Das betriebliche Flexibilisierungsinstrumentarium	59
bb) Die Rolle der Arbeitnehmerüberlassung im betrieblichen Flexibilisierungsinstrumentarium	62
b) Kostengesichtspunkte: Rentabilität der Arbeitnehmerüberlassung	67
c) Rekrutierung von Stammarbeitnehmern	73
2. Risiken	74
a) Konflikte in der Belegschaft	74
b) Effizienz- und Produktivitätsverluste	76
c) Imageverlust durch Arbeitnehmerüberlassung?	79
II. Arbeitnehmerüberlassung aus Sicht der Verleiher	81
1. Chancen	82
a) Kostengesichtspunkte: Rentabilität aus Sicht der Branche	83
b) Verwendungsbreite: Vielfältige und schnelle Einsatzmöglichkeiten	84
2. Risiken	84
a) Gefahr der Abwerbung von Leiharbeitnehmern durch Entleiher	85
b) Risiko verleihfreier Zeiten	85
c) Imageverlust durch Arbeitnehmerüberlassung?	86
III. Arbeitnehmerüberlassung aus Sicht der Leiharbeitnehmer	88
1. Chancen	90
a) Integration in den Arbeitsmarkt	90
aa) Die Datenlage: Divergierende Angaben zu Umfang und Ursachen	92
bb) Ergebnisse: Evaluationsprobleme und Mindestangaben	96
b) Attraktivität durch Abwechslungsreichtum oder Alternative zur Arbeitslosigkeit	98
2. Risiken	100
a) Hohe Fluktuation und instabile Beschäftigungsverhältnisse	100
b) Kompetenzentwicklung in der Arbeitnehmerüberlassung	102
c) Fehlender Zusammenhalt in der Belegschaft und geringere Bindung zum Betrieb	106
d) Arbeitszufriedenheit, Wohlbefinden und Stresserleben	109
e) Finanzielle Lage	112
IV. Arbeitnehmerüberlassung aus Sicht der Stammarbeitnehmer	114
1. Chancen	114
a) Beschäftigungsschutz durch Leiharbeitnehmereinsatz	114
b) Fachlicher Austausch und Entlastung bei vermehrtem Arbeitsaufkommen	116

2. Risiken 117
 a) Verdrängungs- und Substitutionseffekte 117
 b) Leiharbeiter als Streikbrecher 123
 V. Arbeitnehmerüberlassung aus staatlicher Sicht 124
 1. Volkswirtschaftliche Erwägungen 125
 2. Sozial- und arbeitsmarktpolitische Erwägungen 129
 VI. Zwischenergebnis: Arbeitnehmerüberlassung im Spannungsfeld vielfältiger Interessen und Folgen für die Beteiligten und den Arbeitsmarkt und daher regelungsbedürftige Konfliktlage 131

Kapitel 3

Unionsrechtliche und grundgesetzliche Determinanten des zwischen den beteiligten Akteuren bestehenden Interessenkonflikts: Arbeitnehmerüberlassung als freiheits- und schutzrechtlich aufgeladenes Spannungsfeld?

135

A. Die unionsrechtlichen Vorgaben des Sekundärrechts und des Primärrechts: Der verbindliche Regelungsrahmen der Leiharbeitsrichtlinie und die Wertungen des Primärrechts 136
 I. Erste Determinante: Die (sekundärrechtliche) Leiharbeitsrichtlinie 136
 1. Grundkonzeption und Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie 136
 a) Die Leiharbeitsrichtlinie im Kontext unionsrechtlicher Arbeitsmarktpolitik und das Konzept der Flexicurity 136
 b) Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie 141
 2. Wesentliche Inhalte 142
 a) Die „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung 142
 aa) Unionsrechtliche Regulierung der Dauer der Überlassung durch das Merkmal „vorübergehend“? 143
 (1) Verbot der dauerhaften Überlassung und beschränkende Vorgabe zur Überlassungsdauer durch das Merkmal „vorübergehend“? 146
 (2) Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung ist unionsrechtlich unregelt? 149
 (3) Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie auf die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung? 150
 (4) Zwischenergebnis: Weder Verbot dauerhafter Überlassungen noch Gebot zeitlicher Beschränkungen 153
 bb) „Vorübergehend“ als deskriptive Auslegungsvorgabe und Zustandsbeschreibung hinsichtlich des Charakters der Arbeitnehmerüberlassung 157
 b) Verbote der Arbeitnehmerüberlassung 158
 aa) Zeitlich begrenzte prozedurale Prüfpflicht der mitgliedstaatlichen Behörden oder materielles Beschränkungsverbot? 159

bb) Zwischenergebnis: Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG ist kein sekundärrechtliches materielles Beschränkungsverbot	163
c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz	166
aa) Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	166
bb) Ausnahmoptionen	169
(1) Ausnahmen bei unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen	170
(2) Ausnahmen für tarifvertragliche Regelungen unter Achtung des „Gesamtschutzes“	171
(3) Missbräuchliche Anwendung der Ausnahmoptionen	177
cc) Missbrauchsverbot: Verhinderung aufeinanderfolgender Überlassungen	178
(1) Regelungsentscheidung wider die dauerhafte Überlassung und die Substitution von Stammarbeitnehmern?	180
(2) Regelungsentscheidung wider die Umgehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes?	182
(3) Die Ansicht des EuGH	185
(a) Rechtssache C-681/18	185
(b) Rechtssache C-232/20	189
(4) Zwischenergebnis bezüglich des Missbrauchsverbots	194
d) Zugang zu Beschäftigung, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflicher Bildung	195
aa) Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten	195
bb) Zugang zu Fort- und Weiterbildung	197
cc) Zugang zu Beschäftigung	198
e) Vertretung der Leiharbeitnehmer und Sanktionsregime	202
3. Zwischenergebnis: (Nur) leiharbeitnehmerschützende Mindestvorgaben und in der Folge breite regulatorische Spielräume der Mitgliedstaaten	203
II. Zweite Determinante: (Primärrechtliche) Grundfreiheiten und Grundrechte	205
1. Unionsrechtliche Grundfreiheiten	205
a) Anwendungsbereich der Grundfreiheiten	206
b) Anwendbare Grundfreiheiten	206
aa) Die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 ff. AEUV und die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 ff. AEUV der Verleihbetriebe	206
bb) Die Freizügigkeit der Leiharbeitnehmer aus Art. 45 ff. AEUV	208
2. Unionsrechtliche Grundrechte	209
a) Anwendungsbereich der Grundrechte	209
aa) Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta gem. Art. 51 Abs. 1 GrCh	209
bb) Anwendbarkeit der Grundrechtecharta im Rahmen des AÜG	214
b) Anwendbare Grundrechte	216
aa) Die unternehmerische Freiheit der Entleih- und Verleihbetriebe aus Art. 16 GrCh	216

bb) Die Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer aus Art. 15 GrCh	218
cc) Das Grundrecht der Leiharbeitnehmer auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen aus Art. 31 GrCh	221
3. Zwischenergebnis: Vorwiegend abwehrrechtliche Überformung des zwischen den Akteuren bestehenden Interessenkonflikts	224
III. Zwischenergebnis zu den sekundär- und primärrechtlichen unionsrechtlichen Determinanten: Primärrechtlich flankierte Mindestvorgaben der Leiharbeitsricht- linie und dadurch Fortbestehen mitgliedstaatlicher Freiräume	225
B. Die grundgesetzlichen Vorgaben: Berufsfreiheit, Koalitionsfreiheit, Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip	226
I. Dritte Determinante: Gewährleistung und Schutz grundrechtlicher Positionen	226
1. Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in ihrer abwehrrechtlichen Funktion	229
a) Schutzbereich der Berufsfreiheit	229
b) Eingriffe in den Schutzbereich	231
c) Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen	231
aa) Allgemeine Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	232
bb) Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Bereich des Arbeitsrechts?	233
cc) Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Drei- Stufen-Theorie	237
dd) Alternativbetrachtung: Kollidierendes Verfassungsrecht	239
ee) Konsequenzen für die Berufsausübungsregelungen des AÜG	240
d) Zwischenergebnis zur abwehrrechtlichen Funktion der Berufsfreiheit	240
2. Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in ihrer schutzrechtlichen Funktion	240
a) Verfassungsdogmatische Begründung der Schutzpflichtenfunktion	242
b) Die Struktur grundrechtlicher Schutzpflichten	246
aa) Tatbestand grundrechtlicher Schutzpflichten	247
(1) Schutzgut und Gefahrenquelle: Persönlich-sachlicher Gewährleis- tungsbereich des Grundrechts und nicht-staatlicher Eingriffsakteur	247
(2) Gefahrenschwelle: Privater Grundrechtsübergreif als Eingriffsäqui- valent und die Gefahrenprognose	250
(a) Bundesverfassungsgericht: Präzisierung und Absenkung der Anforderungen im Privatrecht und insbesondere im Arbeitsrecht anhand des Topos der strukturellen Unterlegenheit	253
(b) Differenzierung: Der Topos der strukturellen Unterlegenheit und die Anforderungen der Gefahrenschwelle	258
(c) Konsequenzen für die Gefahrenschwelle	263
bb) Rechtsfolge grundrechtlicher Schutzpflichten: Das Untermaßverbot und das subjektive Recht auf Schutz	266

c) Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG im Kontext der Arbeitnehmerüberlassung?	272
aa) Tatbestand	274
(1) Schutzgut: Erfassung der Arbeitnehmerinteressen durch den persönlich-sachlichen Gewährleistungsbereich von Art. 12 Abs. 1 GG	274
(a) Interessen der Leih- und Stammarbeitnehmer	274
(b) Übersetzung der Interessen in schutzpflichtenrelevante Schutzgüter	275
(2) Gefahrenquelle: Verleih- und Entleihunternehmen als Eingriffsakteur	278
(3) Gefahrenschwelle: Grundrechtsübergreifung durch Verleih- und Entleihunternehmen	279
(a) Indiz: Der Topos der strukturellen Unterlegenheit	279
(b) Grundrechtsübergreifung beim Vertragsabschluss seitens des Verleihunternehmens?	281
(c) Grundrechtsübergreifung bei den Kündigungs- und Einstellungsentscheidungen der Entleih- und Verleihunternehmen und im Rahmen der Festhaltenserklärung?	284
bb) Rechtsfolge: Mindestmaß an Schutz vor Grundrechtsübergreifen in Bezug auf Integrationseffekte beeinträchtigende vertragliche Bestimmungen und in Bezug auf die Festhaltenserklärung	288
3. Die Koalitionsfreiheit der beteiligten Akteure aus Art. 9 Abs. 3 GG	290
a) Schutzbereich der Koalitionsfreiheit	291
b) Normgeprägtes Grundrecht: Eingriff oder Ausgestaltung?	292
aa) Ausgestaltung zum Ausgleich struktureller Disparitäten oder Eingriff (zur Schutzpflichtenerfüllung)?	293
bb) „Eindeutige“ Eingriffe	297
c) Rechtfertigung von Eingriffen und Ausgestaltungen	297
4. Die Wertungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG	299
II. Vierte Determinante: Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes	301
1. Grundlegendes: Wirkweise und Funktion des Sozialstaatsprinzips	302
2. Besondere Ausprägung: Sozialstaatliche Schutzpflicht	305
a) Verfassungsdogmatische Begründung: Anreicherung der Schutzpflichtendogmatik mit sozialstaatlichen Zielvorgaben zur Schließung verfassungsrechtlicher Schutzlücken	306
b) Die Struktur der sozialstaatlichen Schutzpflicht	311
aa) Tatbestand sozialstaatlicher Schutzpflichten	312
(1) Schutzgut: Formale Grundrechtsvoraussetzungen oder materielle Grundrechtswirksamkeit	312
(2) Gefahrenquelle: Wirtschaftlich-soziale Übermacht eines Grundrechtsberechtigten	314

- (3) Gefahrenschwelle: Grundrechtshemmung aufgrund spezifischer Unterlegenheitssituation und Ausnutzungsmoment des überlegenen Grundrechtsberechtigten 315
- bb) Rechtsfolge sozialstaatlicher Schutzpflichten 317
 - (1) Objektiver Gehalt: Handlungsverpflichtung auf einen dem Untermaßverbot entsprechenden Mindeststandard? 318
 - (2) Subjektiver Gehalt: Recht auf sozialstaatlichen Schutz? 320
- c) Sozialstaatliche Schutzpflicht im Kontext der Arbeitnehmerüberlassung? 321
 - aa) Tatbestand 321
 - (1) Schutzgut: Grundrechtsvoraussetzungen und Grundrechtswirksamkeit in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 3 GG 322
 - (a) Berufsbezogene Vertragsautonomie der Leiharbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG 322
 - (b) Arbeitskampffreiheit der Stammarbeitnehmer aus Art. 9 Abs. 3 GG 324
 - (2) Gefahrenquelle: Verleih- und Entleihunternehmen als wirtschaftlich-soziale Übermacht 325
 - (3) Gefahrenschwelle: Grundrechtshemmung aufgrund der strukturellen Unterlegenheit der Leih- und Stammarbeitnehmer und eines Ausnutzungsmoments der Verleih- und Entleihunternehmen? 325
 - (a) Grundrechtshemmung und Ausnutzungsmoment in Bezug auf die berufsbezogene Vertragsautonomie der Leiharbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG 326
 - (b) Grundrechtshemmung und Ausnutzungsmoment in Bezug auf die Arbeitskampffreiheit der Stammarbeitnehmer aus Art. 9 Abs. 3 GG 329
 - bb) Rechtsfolge 330
 - (1) Schutz vor fremdbestimmter individualvertraglicher Ausschaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes 331
 - (2) Schutz vor Streikbrechereinsatz 333
- 3. Weitere sozialstaatliche Aufladung von Regulierungsinteressen 333
 - a) Sozialstaatliche Aufladung des Leiharbeitnehmerschutzes 335
 - b) Sozialstaatliche Aufladung des Stammarbeitnehmerschutzes 337
- III. Zwischenergebnis zu den grundgesetzlichen Determinanten: Arbeitnehmerüberlassung als nur in Teilen grundgesetzliche Kollisionslage 338

*Kapitel 4***Arbeitnehmerüberlassung als Gegenstand staatlicher Regulierung in
Deutschland**

341

A. Gesetzgeberische Grundentscheidungen im nach Unionsrecht und Grundgesetz verbliebenen Handlungsrahmen	342
I. Möglichkeiten gesetzgeberischer Handlungsmaximen	342
1. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung als mögliche gesetzgeberische Auflösung der Spannungslage?	342
2. Gesetzgeberische Alternativentscheidung: Weitgehende Zurückhaltung des Gesetzgebers und Selbstregulierung durch die Branche?	344
3. Der Mittelweg: Staatlich regulierte Zulassung der Arbeitnehmerüberlassung als Regelungskonzept	347
II. Die Entscheidung des Gesetzgebers: Die Zulassung der Arbeitnehmerüberlassung und deren Regulierung durch das AÜG als Regelungskonzept	348
1. Die Grundkonzeption der mit dem AÜG verfolgten Zielsetzung: Ausrichtung der Arbeitnehmerüberlassung auf ihre „Kernfunktion“ und der Arbeitnehmerschutz	348
2. Die regelungsdogmatische Grundkonzeption des AÜG: Verquickung öffentlich-rechtlicher Regularien mit zivil- und arbeitsrechtlichen Regularien	350
B. Das Regelungsmodell des AÜG: Wahren die Regulierungsentscheidungen des AÜG den gesetzgeberischen Handlungsrahmen?	351
I. Öffentlich-rechtliche Regulierungsentscheidungen: Der administrative Überbau der Arbeitnehmerüberlassung und vorgelagerte Verbotsentscheidungen	351
1. Erfordernis behördlicher Erlaubnis und deren Versagung	351
a) Die Erlaubnispflicht: Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	352
aa) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben	352
bb) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	354
b) Die Versagungsgründe	356
aa) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben	356
bb) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	358
c) Zwischenergebnis zur Erlaubnispflicht und den Versagungsgründen	359
2. Befristung der Erlaubnis und Nebenbestimmungen	359
3. Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis	361
4. Überwachungsinstrumentarium	362
5. Ordnungswidrigkeitentatbestände	365
6. Sektorale Verbote der Arbeitnehmerüberlassung	366
a) Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Bauwirtschaft	367
aa) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben	367
(1) Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie	367
(2) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht	368

- bb) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben 369
 - (1) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG 371
 - (a) Eingriff in den Schutzbereich 371
 - (b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 371
 - (aa) Legitimer Zweck: Bekämpfung illegaler Beschäftigungen 371
 - (bb) Geeignetheit: Förderung der Bekämpfungszwecke? 375
 - (cc) Erforderlichkeit: Mildere und gleich geeignete Bekämpfungsmittel? 377
 - (c) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG 380
 - (2) Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG 380
- cc) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben 381

- b) Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischindustrie 381
- aa) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben 385
 - (1) Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie 385
 - (2) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht 385
- bb) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben 387
 - (1) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG 388
 - (a) Eingriff in den Schutzbereich 388
 - (b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 388
 - (aa) Legitimer Zweck: Leiharbeitnehmerschutz im Lichte des Gesundheitsschutzes und der Ausrichtung der Arbeitnehmerüberlassung auf ihre „Kernfunktion“ 388
 - (bb) Geeignetheit: Förderung der Schutzzwecke? 392
 - (cc) Erforderlichkeit: Mildere und gleich geeignete Schutzmaßnahmen? 397
 - (c) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG 401
 - (2) Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG 401
- c) Verbot in der Pflegebranche: de lege ferenda? 402
- 7. Zwischenergebnis zu den öffentlich-rechtlichen Regulierungsentscheidungen 406
- II. Arbeitsrechtliche Regulierungsentscheidungen: Leiharbeitsvertrag, Überlassungsvertrag und die Regulierung der Arbeitsbedingungen 406
- 1. Lohnuntergrenze 407
 - a) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben 408
 - b) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben 412
 - aa) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG 412
 - bb) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG 416
 - c) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung der Lohnuntergrenze 417

2. Gleichbehandlungsgrundsatz	418
a) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben	418
aa) Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie: Der Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeitsrichtlinie und dessen Ausnahmoptionen	418
(1) Der Gleichbehandlungsgrundsatz des AÜG und die Anforderungen der Leiharbeitsrichtlinie	418
(2) Ermöglichung tarifvertraglicher Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz	420
(a) Vereinbarkeit der Bezugnahmeklauseln mit den Richtlinienvorgaben	421
(b) Wahrung des „Gesamtschutzes“	424
(c) Verhinderung aufeinanderfolgender Überlassungen zur Umgehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	427
bb) Geltung von Unionsgrundrechten?	429
b) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	432
aa) Vereinbarkeit der (zeitlich begrenzten) Tarifdispositivität mit grundgesetzlichen Vorgaben	433
(1) Vereinbarkeit der Tarifdispositivität mit grundgesetzlichen Vorgaben	434
(a) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	434
(aa) Vereinbarkeit mit der positiven Koalitionsfreiheit	434
(bb) Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit	435
(b) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit mit grundgesetzlichen Vorgaben	437
(2) Vereinbarkeit der zeitlichen Begrenzung der Tarifdispositivität mit grundgesetzlichen Vorgaben	437
(a) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	437
(aa) Eingriff in den Schutzbereich	438
(bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	438
(b) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ...	444
(c) Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ...	445
bb) Vereinbarkeit der Bezugnahmeklauseln mit grundgesetzlichen Vorgaben	446
(1) Verfassungsrechtlicher Konflikt zwischen sozialstaatlicher Schutzpflicht und abwehrrechtlicher Berufsfreiheit	447
(2) De lege ferenda: Lösungsvorschläge hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Konflikts	448
(a) Vollständige Streichung der Bezugnahmeklauseln?	448
(aa) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	449
(bb) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	450
(cc) Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit einer vollständigen Streichung der Bezugnahmeklauseln mit den grundgesetzlichen Vorgaben	455

(b) Tarifdispositive Ausgestaltung als Ansatzpunkt?	456
(aa) Mindestanforderungen an den Organisationsgrad der Leiharbeiter?	458
(bb) Mindestanforderungen an den Inhalt der Tarifverträge?	461
(cc) Zwischenergebnis bezüglich der Ausgestaltungsmöglichkeiten der Tarifdispositivität	462
(c) Individualvertragliche Bezugnahme als Ansatzpunkt?	463
(3) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung der Bezugnahmeklauseln	465
c) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	466
3. Das Verbot des Streikbrechereinsatzes	466
a) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben	467
aa) Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie	467
bb) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht	468
b) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	469
aa) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	470
(1) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit der Entleihunternehmen: Ausgestaltung zum Ausgleich struktureller Disparitäten?	470
(2) Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit der Leiharbeiter: Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit durch „Zwangssolidarisierung“ mit dem Streik?	472
bb) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	473
(1) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Leiharbeiter	473
(2) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Entleihunternehmen	476
(a) Eingriff in den Schutzbereich	477
(aa) Schutzbereich: Die unternehmerische Entscheidung zum Streikbrechereinsatz als Inanspruchnahme der Berufsausübungsfreiheit	477
(bb) Eingriff: Übertragbarkeit der Dogmatik aus Art. 9 Abs. 3 GG zur ausgleichenden Ausgestaltung bei strukturellen Disparitäten?	477
(b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	479
(aa) Legitimer Zweck: Erfüllung der Schutzpflicht zugunsten der Koalitionsfreiheit der Stamarbeiterkoalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG – und zugleich zum Schutz der Leiharbeiter?	480
(bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	482
(cc) Angemessenheit: Verfassungsrechtlicher Konflikt zwischen sozialstaatlicher Schutzpflicht und abwehrrechtlicher Berufsfreiheit im Lichte der Ausgestaltungsdogmatik	484
(3) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit	487

cc) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	488
c) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung des Verbots des Streikbrotchereinsatzes	488
4. Überlassungshöchstdauer	488
a) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben	489
aa) Vereinbarkeit mit der Leiharbeitsrichtlinie: Wahrung des „vorübergehenden“ Charakters der Arbeitnehmerüberlassung?	489
(1) Überlassungshöchstdauer	490
(2) Abweichungsmöglichkeiten	494
bb) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht	496
(1) Geltung von Unionsgrundrechten?	496
(2) Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	498
b) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	498
aa) Vereinbarkeit der Überlassungshöchstdauer mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	498
(1) Eingriff in den Schutzbereich	499
(2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	501
(a) Legitimer Zweck: Orientierung der Arbeitnehmerüberlassung auf ihre „Kernfunktion“ zur Forcierung von Integrationseffekten und zur Verhinderung von Substitutionseffekten als sozialstaatlich aufgeladene Interessen	501
(b) Geeignetheit: Förderung der Zwecke?	505
(aa) Geeignetheit hinsichtlich der Verhinderung von Substitutionseffekten	507
(bb) Geeignetheit hinsichtlich der Forcierung von Integrationseffekten	508
(cc) Zwischenergebnis bezüglich der Geeignetheit	510
(c) Erforderlichkeit: Mildere und gleich geeignete alternative Regelungskonzepte?	510
(aa) Verpflichtende Gleichbehandlung	510
(bb) Arbeitsplatzbezogene Regulierung durch eine Sachgrundorientierung	512
(cc) Alternative Überlassungszeitbeschränkungen	516
(dd) Widerspruchs- oder Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers	517
(d) Angemessenheit: Abwägung zwischen liberaler Berufsfreiheit und sozialstaatlich aufgeladenen Schutzinteressen	518
(3) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit	520

- bb) Vereinbarkeit der Überlassungshöchstdauer und der Abweichungsmöglichkeiten mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG 520
 - (1) Vereinbarkeit der Überlassungshöchstdauer mit der kollektiven Koalitionsfreiheit der Tarifpartner 521
 - (2) Vereinbarkeit der Tarifdispositivität aus § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG mit der kollektiven Koalitionsfreiheit der Tarifpartner der Verleihbranche 523
 - (3) Vereinbarkeit der Abweichungsmöglichkeit durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen aus § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG mit der negativen Koalitionsfreiheit tarifungebundener Entleihunternehmen 528
- cc) Vereinbarkeit der Abweichungsmöglichkeiten mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG 533
- dd) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit der Überlassungshöchstdauer und der Abweichungsmöglichkeiten mit grundgesetzlichen Vorgaben 534
- 5. Unwirksamkeit von Verträgen und vertraglichen Vereinbarungen 535
 - a) Unwirksamkeit des Überlassungsvertrages 536
 - b) Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages 537
 - c) Unwirksamkeit weiterer vertraglicher Vereinbarungen 538
 - d) Unwirksamkeit von Integrationseffekten beeinträchtigenden vertraglichen Bestimmungen 540
 - aa) Unwirksamkeit von Integrationseffekte verhindernden Abreden im Überlassungsvertrag und im Leiharbeitsvertrag (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1, Nr. 4 AÜG) 542
 - (1) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben 542
 - (2) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben 543
 - bb) Unwirksamkeit und regulierte Zulassung von Integrationseffekte hemmenden Vermittlungsprämien (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2, Nr. 5 AÜG) 544
 - (1) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben 545
 - (a) Vermittlungsprämien zulasten der Leiharbeitnehmer (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 AÜG) 545
 - (b) Vermittlungsprämien zulasten der Entleihunternehmen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 AÜG) 546
 - (2) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben 547
 - (a) Vermittlungsprämien zulasten der Leiharbeitnehmer (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 AÜG) 547
 - (b) Vermittlungsprämien zulasten der Entleihunternehmen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 AÜG) 549
 - e) Zwischenergebnis bezüglich der Beurteilung der Regelungen zur Unwirksamkeit von Verträgen und vertraglichen Vereinbarungen 550
 - 6. Fingierter Übergang in ein Stamarbeitsverhältnis 550
 - a) Beurteilung anhand unionsrechtlicher Vorgaben 552

b) Beurteilung anhand grundgesetzlicher Vorgaben	556
aa) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	556
(1) Eingriff in den Schutzbereich	557
(2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	558
(a) Legitimer Zweck: Sanktionsregelung und zugleich Regelung zur Forcierung des (Leih-)Arbeitnehmerschutzes	558
(b) Geeignetheit: Förderung des Sanktionszwecks und des (Leih-) Arbeitnehmerschutzes?	562
(c) Erforderlichkeit: Mildere und gleich geeignete alternative Re- gelungskonzepte?	563
(d) Angemessenheit: Konflikt zwischen sozialstaatlich aufgelade- nen Schutzinteressen und liberaler Berufsfreiheit	566
(aa) Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer versus sozialstaatlich motivierter Leiharbeitnehmerschutz?	567
(bb) Kompensation des unverhältnismäßigen Eingriffs durch das Festhaltensrecht?	572
bb) Zwischenergebnis bezüglich der Vereinbarkeit des fingierten Übergangs in ein Stamarbeitsverhältnis mit grundgesetzlichen Vorgaben	579
7. Zwischenergebnis zu den arbeitsrechtlichen Regulierungsentscheidungen ...	580
C. Weitere Regulierungsaspekte im Lichte der unions- und verfassungsrechtlichen De- terminanten: Gesetzliche Alternativen mit Regulierungspotenzial in Bezug auf den Interessenkonflikt der Arbeitnehmerüberlassung?	580
I. Gesetzliche Adressierung der Weiterbildungsproblematik?	581
II. Sachgrundorientierung der Arbeitnehmerüberlassung als Regulierungsalternati- ve?	584
III. Verpflichtender Gleichbehandlungsgrundsatz in Kombination mit einer Flexibili- tätsprämie: interessengerechte Globallösung?	586
1. Regulierungspotenzial in Bezug auf den Interessenkonflikt der Arbeitnehmer- überlassung	587
2. Unionsrechtliche und grundgesetzliche Bewertung	592

Kapitel 5

Schlussteil	595
A. Wesentliche Ergebnisse	595
B. Abschlussbewertung und Ausblick	600
Literaturverzeichnis	604
Stichwortverzeichnis	634

Kapitel 1

Einleitung*

A. Problemaufriss

Die Arbeitnehmerüberlassung ist eines der umstrittensten Themen der nationalen Arbeitsmarktpolitik und der korrelierenden rechtswissenschaftlichen Debatte. Dies spiegelt sich zunächst in der bewegten Historie der Arbeitnehmerüberlassung und ihrer Regulierung wider. Von einem gesetzlichen Verbot, das sodann durch das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 4. April 1967 gekippt wurde,¹ über eine erhebliche Deregulierung der Branche nach der Jahrtausendwende – die wiederum im Zeichen der Aktivierung von Beschäftigungspotenzialen stand – bis schließlich zu der mittels der letztmaligen Novellierung des AÜG² im Jahr 2017 verfolgten (Rück-)Orientierung der Arbeitnehmerüberlassung auf ihre „Kernfunktion“ hat die Branche ein breites Spektrum an Regulierungsansätzen erfahren.³ Dem Umstand, dass die Arbeitnehmerüberlassung in der nationalen Arbeitsmarktordnung seit langem einen festen Platz einnimmt, hat diese Regelungshistorie indes keinen Abbruch getan. Zuletzt verzeichnet die Branche im Jahresdurchschnitt 2021 insgesamt 816.000 Beschäftigte.⁴

Das zuweilen zu Tage tretende erhebliche gesetzgeberische Misstrauen gegenüber dieser Beschäftigungsform findet seine Entsprechung in der öffentlichen und – vor allem – in der politischen Debatte. Namhafte Problemfälle des Leiharbeitnehmereinsatzes⁵ provozieren immer wieder eine breite mediale Berichterstattung. So

* Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner*, Hildebert (Begr.)/*Böttcher*, Eike (Bearb.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin 2021.

¹ Siehe hierzu: BVerfGE 21, 261 ff.

² Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz wird mit AÜG abgekürzt.

³ Detailliert zur Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung und ihrer Regulierungshistorie: S. 40 ff.

⁴ Vgl. *Bundesagentur für Arbeit*, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, Juli 2022, S. 9, abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Zeitarbeit/generische-Publikation/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am: 28. 3. 2023.

⁵ Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind selbstverständlich immer alle Geschlechter.

waren und sind etwa das Verhalten der Drogeriemarktkette *Schlecker*,⁶ der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher (siehe S. 123 f., S. 466 ff.) sowie die Lage der Leiharbeitnehmer in der Fleischindustrie im Kontext der COVID-19-Pandemie (siehe hierzu S. 381 ff.) – um nur einige Beispiele herauszugreifen – Gegenstand gesellschaftlicher Gerechtigkeitsdiskurse. Der Arbeitnehmerüberlassung haftet insofern der Verdacht der Unterminierung solcher sozialer Errungenschaften, die typischerweise mit dem Normalarbeitsverhältnis assoziiert werden, und damit der Makel des Prekariats an.⁷ Zugleich wird ihre arbeitsmarktpolitische Bedeutung fortwährend betont.⁸ Angesichts dieser divergierenden Bewertungen verwundert es nicht, dass selbst die jüngsten politischen Forderungen in Bezug auf die regulative Ausrichtung der Arbeitnehmerüberlassung unterschiedlicher kaum sein könnten.⁹

Zu dieser gesellschaftlich-politischen Aufladung der Streitfrage um die Existenzberechtigung und den zulässigen Platz der Arbeitnehmerüberlassung in der Arbeitsmarktordnung tritt ein gehöriger rechtlicher Komplexitätsgrad hinzu. Nicht nur ist die Arbeitnehmerüberlassung rechtspolitisch umstritten – der kontroverse

⁶ Das Unternehmen hatte im Zuge umfangreicher Schließungen und Neueröffnungen von Filialen im Jahr 2010 großflächig Stammarbeitnehmer entlassen, um diese sodann wiederum unter schlechteren Arbeits- und Entgeltbedingungen als Leiharbeitnehmer über ein Verleihunternehmen zu beschäftigen. Vgl. hierzu detaillierter: *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, S. 47 f.

⁷ Vgl. hierzu einführend und zusammenfassend: *Deinert*, RdA 2014, 65 ff.

⁸ Vgl. etwa bereits die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im benannten Urteil v. 4. 4. 1967 (BVerfGE 21, 261 [269]) wonach die Arbeitnehmerüberlassung „die Arbeitskraft solcher Arbeitnehmer, die aus verschiedenen Gründen keine Dauerstellung [sic!], auch nicht für eine Teilzeitbeschäftigung, annehmen können oder wollen“ mobilisiere. Siehe auch zuletzt: BT-Drs. 18/9232 v. 20. 7. 2016, S. 1 („besondere arbeitsmarktpolitische Bedeutung“).

⁹ Aufschlussreich sind insofern bereits allein die letztmaligen leiharbeitsbezogenen politischen Forderungen der Parteien im Kontext der Bundestagswahl 2021. So forderten Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke etwa eine verpflichtende Entgeltgleichheit in Kombination mit einer Flexibilitätszulage i. H. v. 10 % des Entgelts. In Bezug auf die Linkspartei kommt die Forderung danach hinzu, die Arbeitnehmerüberlassung insgesamt zu verbieten und (in der Zwischenzeit) zusätzlich eine arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogene Regulierung einzuführen (siehe jeweils: Bündnis 90/Die Grünen, Wahlprogramm Bundestagswahl 2021, S. 103 f., abrufbar unter: https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUE-NEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf, zuletzt abgerufen am: 28. 3. 2023; Die Linke, Wahlprogramm Bundestagswahl 2021, S. 16, abrufbar unter: https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/Wahlprogramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf, zuletzt abgerufen am: 28. 3. 2023). Die SPD fordert demgegenüber einzig eine Entgeltgleichheit (vgl. SPD, Wahlprogramm Bundestagswahl 2021, S. 27, abrufbar unter: <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf>, zuletzt abgerufen am: 28. 3. 2023). Die CDU/CSU hingegen wollte offenkundig am Status Quo festhalten (vgl. CDU/CSU, Wahlprogramm Bundestagswahl 2021, S. 38, abrufbar unter: <https://www.csu.de/common/download/Regierungsprogramm.pdf>, zuletzt abgerufen am: 28. 3. 2023), während die FDP v. a. die Abschaffung der Überlassungshöchstdauer zum Ziel hatte (FDP, Wahlprogramm Bundestagswahl 2021, S. 28, abrufbar unter: https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-06/FDP_Programm_Bundestagswahl2021_1.pdf, zuletzt abgerufen am: 28. 3. 2023).

Diskurs setzt sich auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur fort. Dies betrifft nicht allein die arbeitsrechtliche Diskussionsebene. Vielmehr umfasst die Diskussion auch eine breit angelegte verfassungsrechtliche Debatte und den Streit um die Regulierungsvorgaben der Leiharbeitsrichtlinie,¹⁰ welche die nationale Gesetzgebung seit dem 19. November 2008 überspannt und den rechtlichen Diskurs um eine unionsrechtliche Ebene erweitert. Wo indes eine gesellschaftlich-politische Debatte vehement geführt wird, sind Unterfütterungen liberaler oder sozialer Wert- und daher Regulierungsvorstellungen durch verfassungs- oder unionsrechtliche Argumentationslinien nicht weit. Dies betrifft sowohl die behauptete Unvereinbarkeit gesetzlicher Vorgaben mit abwehrrechtlichen Prinzipien als auch den Vorwurf, dass der Gesetzgeber hinter Schutzobligationen zurückbleiben würde.¹¹ Hinzu kommen mannigfaltige Rechtsprechungsimpulse von Seiten des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts,¹² welche die Debatte befruchten oder lange geführte Diskussionen zuweilen gar beenden.¹³ Kurzum: Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung und der diesbezügliche gesellschaftlich-politische und unions- und verfassungsrechtliche Diskurs ist komplex und seit Jahrzehnten in Bewegung.

Die nachfolgende Untersuchung versucht angesichts dieser Ausgangslage zum einen, eine tragfähige Bestandsaufnahme und Analyse der vielfältigen unions- und verfassungsrechtlichen Determinanten dieses Themenfeldes vorzunehmen. Auf dieser Basis soll zum anderen sodann die breite rechtswissenschaftliche Debatte im Lichte der zuvor gewonnenen Erkenntnisse einer systematisierenden Überprüfung unterzogen werden, indem die unions- und verfassungsrechtlich problematischen Regulierungsentscheidungen des AÜG im Lichte des höherrangigen Rechts untersucht werden.

¹⁰ RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit.

¹¹ Vgl. allein die – herausgegriffenen – konträren Sichtweisen bei: *Pasch*, Die „vorübergehende“ Überlassung von Arbeitnehmern in Deutschland, 2019, S. 79 ff.; 196 ff. und *Stepien*, Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers, 2020, S. 215 ff., 302 f. Während *Stepien* aus einer ofenkundig liberalen und daher abwehrrechtlich fokussierten Betrachtungsweise heraus in dem fingierten Übergang des Leiharbeitnehmers in ein Stamarbeitsverhältnis beim vormaligen Entleihunternehmen eine Verletzung der Berufsfreiheit betroffener Leiharbeitnehmer sieht, kommt *Pasch* in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 RL 2008/104/EG zu dem Ergebnis, dass aus dieser Richtlinienbestimmung ein breiter Regulierungsauftrag in Bezug auf eine generelle Verhinderung Stamarbeitnehmer ersetzender Nutzungsformen erwachse.

¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 17.3.2015 – C-533/13, NJW 2015, 1233 ff.; Urt. v. 14.10.2020 – C-681/18, NZA 2020, 1463 ff.; Urt. v. 17.3.2022 – C-232/20, NZA 2022, 549 ff.; Urt. v. 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31 ff.; sowie BVerfGE 21, 261 ff.; BVerfGK 4, 356 ff.; BVerfG, Beschl. v. 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 ff.

¹³ Gemeint ist: EuGH, Urt. v. 17.3.2022 – C-232/20, NZA 2022, 549 ff. Siehe hierzu umfangreich insbesondere ab S. 189 ff.