

Urban-Crell · Germakowski · Bissels · Hurst

AÜG

Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

von

Dr. Sandra Urban-Crell

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht in Düsseldorf

Dr. Gudrun Germakowski

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht in Düsseldorf

Dr. Alexander Bissels

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in Köln

Dr. Adrian Hurst

Rechtsanwalt in Bonn

4. Auflage

Luchterhand Verlag 2024

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2024

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XVII

Einleitung	1
-----------------------------	----------

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG)	57
---	-----------

§ 1 Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht	57
§ 1a Anzeige der Überlassung	241
§ 1b Einschränkungen im Baugewerbe	247
§ 2 Erteilung oder Erlöschen der Erlaubnis	265
§ 2a Gebühren und Auslagen	289
§ 3 Versagung	292
§ 3a Lohnuntergrenze	330
§ 4 Rücknahme	354
§ 5 Widerruf	360
§ 6 Verwaltungszwang	370
§ 7 Anzeigen und Auskünfte	373
§ 8 Grundsatz der Gleichstellung	381
§ 9 Unwirksamkeit	470
§ 10 Rechtsfolgen der Unwirksamkeit	537
§ 10a Rechtsfolgen bei Überlassung durch eine andere Person als den Arbeitgeber	567
§ 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis	570
§ 11a [Verordnungsermächtigung; aufgehoben]	594
§ 12 Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher	594
§ 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers	603
§ 13a Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze und Übernahmegesuch des Leiharbeitnehmers	612
§ 13b Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten	624
§ 14 Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte	632

Inhaltsverzeichnis

§ 15	Ausländische Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung	708
§ 15a	Entleih von Ausländern ohne Genehmigung	719
§ 16	Ordnungswidrigkeiten	727
§ 17	Durchführung	752
§ 17a	Befugnisse der Behörden der Zollverwaltung	756
§ 17b	Meldepflicht	757
§ 17c	Erstellen und Bereithalten von Dokumenten	761
§ 18	Zusammenarbeit mit anderen Behörden	764
§ 19	Übergangsvorschrift	774
§ 20	Evaluation	777
Anhänge		
Anhang 1	Gesetze und Verordnungen (Auszüge)	779
Anhang 2	Tarifverträge	839
Anhang 3	Materialien der Bundesagentur für Arbeit	848
Anhang 4	Arbeitshilfen	956
Anhang 5	Adressen der Erlaubnisbehörden	992
	Stichwortverzeichnis	993

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG)

in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 28. Juni 2023 (BGBl. I S. 2023) geändert worden ist.

§ 1 Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

(1) ¹Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. ²Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. ³Die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeiter ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht. ⁴Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig. ⁵Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leiharbeitern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeiter überlassen oder tätig werden lassen. ⁶Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeiters unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.

(1a) ¹Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. ²Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn deutsche Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges wie für die anderen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt.

(1b) ¹Der Verleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. ²Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. ³In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. ⁴Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung

übernommen werden. ⁵In einer auf Grund eines Tarifvertrages von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. ⁶Können auf Grund eines Tarifvertrages nach Satz 5 abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten davon Gebrauch gemacht werden, soweit nicht durch diesen Tarifvertrag eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist. ⁷Unterfällt der Betrieb des nicht tarifgebundenen Entleihers bei Abschluss einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach Satz 4 oder Satz 6 den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, ist auf den für die Branche des Entleihers repräsentativen Tarifvertrag abzustellen. ⁸Die Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften können von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen vorsehen.

(2) Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3), so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.

(3) Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Absatz 1 Nummer 1f und Absatz 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung

1. zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,
2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
- 2a. zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
- 2b. zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und auf Grund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes
 - a) das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und
 - b) die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird,
- 2c. zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden, oder
3. in das Ausland, wenn der Leiharbeiter in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.

Übersicht	Rdn.
A. Allgemeines	1
B. Arbeitnehmerüberlassung – Abs. 1 Sätze 1 bis 2	7
I. Arbeitnehmerüberlassung	7
1. Begriff	9
a) Onsite-Management	14
b) Master-Vendor-Modell	16
c) Kirchliche Arbeitgeber	18
2. Beteiligte Personen	21
a) Verleiher	22
aa) Begriff	23
bb) Mischbetriebe	25
aaa) Anwendbarkeit des AÜG	26
bbb) Fallgruppen	29
b) Entleiher	31
c) Leiharbeiter	34
3. Rechtsbeziehungen	43
a) Leiharbeitsvertrag	43
aa) Pflichten des Verleihers	46
aaa) Beschäftigungspflicht	48
bbb) Nebenpflichten/Obliegenheiten	50
ccc) Aufwendungsersatz	52
bb) Pflichten des Leihararbeiters	54
aaa) Weisungsrecht des Verleihers	55
bbb) Leistungs-, Erfüllungs-, Arbeits- und Einsatzort	57
ccc) Schwerbehindertenrecht	66
ddd) Entgeltfortzahlungspflichten	68
aaa) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	69
bbb) Entgeltfortzahlung an Feiertagen	72
b) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	74
aa) Inhaltliche Ausgestaltung	78
aaa) Hauptpflicht des Verleihers	79
bbb) Hauptleistungspflicht des Entleihers	85
bb) Nebenpflichten	89
cc) Pflichtverletzungen	90
c) Beschäftigungsverhältnis Entleiher – Leiharbeiter	92
aa) Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen	95
bb) Haftung des Entleihers	100
aaa) Schädigung des Leihararbeiters	101
bbb) Haftung für nicht abgeführte Abgaben	103
cc) Haftung des Leihararbeiters	105
aaa) Ansprüche des Entleihers	106
bbb) Freistellungsansprüche	107
ccc) Rechtsweg	108
II. I.R.d. wirtschaftlichen Tätigkeit – Abs. 1 Satz 1	109
1. Einleitung	109
2. Wirtschaftliche Tätigkeit	110

III.	Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.	115
IV.	Abgrenzungsfragen	119
	1. Allgemeines.	122
	a) Indizien für das Vorliegen faktischer Arbeitnehmerüberlassung	125
	b) Abgrenzung zum Gemeinschaftsbetrieb	126
	c) Prozessuale Situation	131
	aa) Darlegungs- und Beweislast	132
	bb) Verwirkung.	134
	2. Werkvertrag.	137
	a) Vertragspflichten und Vertragszweck	140
	b) Unschädlichkeit von Anweisungen gem. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB	142
	c) Spezifische Abgrenzungsmerkmale.	145
	aa) Ausgestaltung des Vertragsinhalts zwischen Besteller und Werkunternehmer	147
	bb) Urlaub, Arbeitszeiten	151
	cc) Arbeitsausrüstung.	153
	3. Bedienungspersonal.	155
	4. Dienstvertrag.	158
	a) Vertragliche Ausgestaltung.	159
	b) Spezifische Abgrenzungsmerkmale.	161
	aa) Ausgestaltung des Vertragsinhalts	161
	bb) Überlassung von Arbeitsmaterialien/Visitenkarten	164
	cc) Gruppenbildung.	165
	dd) Sonstige Indizien	166
	5. Geschäftsbesorgungsvertrag.	168
	6. Sonderfall: Interim-Management	170
	7. Mischverträge	172
	8. Arbeitsvermittlung	177
	9. Identifikation von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen	179
	10. Praxis und fachliche Weisungen der BA.	180
C.	Kettenverleih – Abs. 1 Satz 3	182
D.	Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b	187
I.	Allgemeines	187
II.	Vorübergehender Einsatz.	189
	1. Grundlagen.	189
	2. Gesetzliche Überlassungshöchstdauer – Satz 1.	195
	3. Anrechnung vorheriger Überlassungen – Satz 2.	214
	4. Tarifgebundene Entleiher – Satz, 3, 5	223
	5. Nicht tarifgebundene Entleiher – Satz 4, 6	239
	6. Repräsentativitätsprinzip – Satz 7	246
	7. Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften – Satz 8	250
	8. Rechtsfolgen	251
E.	Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht – Abs. 1 Sätze 5 und 6	257
I.	Offenlegungspflicht	259
II.	Konkretisierungspflicht	271
F.	Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft – Abs. 1a	283

I.	Voraussetzungen für Arbeitgeber mit Sitz im Inland	284
II.	Voraussetzungen für Arbeitgeber in anderen Mitgliedsstaaten	287
G.	Vermutete Arbeitsvermittlung – Abs. 2.	289
I.	Allgemeines	289
II.	Voraussetzungen	291
	1. Nichtübernahme der Arbeitgeberpflichten und des Arbeitgeberberrisikos.	291
	2. Widerlegbarkeit.	292
III.	Rechtsfolgen	295
	1. Vermutete Arbeitsvermittlung bei Verleih mit Verleiherlaubnis	296
	a) Rechtsbeziehungen zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher	297
	b) Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer.	298
	c) Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher	299
	d) Sonstige Sanktionen	300
	2. Vermutete Arbeitsvermittlung bei Verleih ohne Verleiherlaubnis	304
	3. Verwaltungszwang.	307
H.	Ausnahmetatbestände – Abs. 3.	309
I.	Einleitung	309
II.	Arbeitsplatzsichernde Arbeitnehmerüberlassung – Abs. 3 Nr. 1	313
	1. Praktische Bedeutung	314
	2. Voraussetzungen	315
	a) Arbeitgeber desselben Wirtschaftszweiges	316
	b) Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen	318
	c) Geltung eines Tarifvertrags für Entleiher und Verleiher	321
III.	Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung – Abs. 3 Nr. 2	323
	1. Anwendungsbereich und Reichweite des Konzernprivilegs	324
	2. Voraussetzungen	326
	a) Eingreifen des sektoralen Verbots des § 1b Satz 1 AÜG.	327
	b) Konzernunternehmen	328
	c) Nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt.	332
	3. Sonderfall: Personalführungsgesellschaften	336
	a) Gesetzgeberischer Wille.	337
	b) Vorübergehender Einsatz	338
	4. Grenzüberschreitende konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.	341
	5. Arbeitsrechtliche Erfordernisse	342
	a) Individualrechtlich	344
	b) Kollektivrechtlich	346
IV.	Gelegentliche Überlassung – Abs. 3 Nr. 2a	347
	1. Allgemeines.	347
	2. Gelegentlich	348
	3. Nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt.	350
V.	Personalgestaltung – Abs. 3 Nr. 2b.	351
	1. Allgemeines.	351
	2. Voraussetzungen	353
	a) Verlagerung von Aufgaben.	353
	b) Personalgestaltung	354

VI. Juristische Personen des öffentlichen Rechts – Abs. 3 Nr. 2c	360
1. Allgemeines	360
2. Voraussetzungen	361
a) Juristische Person des öffentlichen Rechts	361
b) Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes	362
c) Anwendung der Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften	363
VII. Auslandsverleih – Abs. 3 Nr. 3	364
1. Allgemeines	364
2. Voraussetzungen	366
a) Eingreifen des sektoralen Verbots des § 1b Satz 1 AÜG	366
b) Deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen	367
aa) Keine Notwendigkeit eines Konzernbezugs	369
bb) Auf Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarung	370
VIII. Rechtsfolgen	372

A. Allgemeines

- 1 § 1 AÜG hat durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.02.2017¹ mit Wirkung zum 01.04.2017 erhebliche und für die Praxis bedeutsame Änderungen erfahren. Der Gesetzgeber definiert, wann eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen soll (§ 1 Abs. 1 Satz 1, 2 AÜG). Dabei kommt es maßgeblich auf die weisungsgebundene Eingliederung des Leiharbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Entleihers an.
- 2 Das streitbefangene Merkmal des »vorübergehenden« Einsatzes in § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG wurde konkretisiert, indem eine gesetzliche **Überlassungshöchstdauer** von 18 Monaten in das Gesetz aufgenommen wurde, die allerdings u.a. tarifdisponibel ausgestaltet ist (§ 1 Abs. 1b AÜG).
- 3 In § 1 Abs. 1 Satz 5, 6 AÜG wurden besondere Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten von Verleiher und Entleiher begründet. Der Privilegierungstatbestand nach § 1 Abs. 3 AÜG wurde ausgeweitet und insbesondere die im öffentlichen Dienst weit verbreitete Personalgestaltung von der Anwendung der wesentlichen Vorschriften des AÜG ausgenommen.
- 4 Aufgrund der im Rahmen der Corona-Pandemie von Werkverträgen in der Fleischindustrie ausgehenden Gefahren und entsprechender COVID-19-Ausbrüche in Schlachthöfen hat der Gesetzgeber die Arbeitnehmerüberlassung – über das AÜG hinaus – durch das Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch)² reguliert. Neben Werkverträgen (ab dem 01.01.2021) wird auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern (ab dem 01.04.2021) in Schlacht- und Verarbeitungsbetrieben der Fleischwirtschaft grds. verboten (vgl. § 6a GSA

1 BGBl. I, 258.

2 BGBl. I, 2541.

Fleisch).³ Ausgenommen ist das Fleischerhandwerk mit Unternehmen, die in der Regel nicht mehr als 49 Personen tätig werden lassen. Im Bereich der Fleischverarbeitung soll bis zum 31.03.2024 der Einsatz von Leiharbeitnehmern gem. § 6a Abs. 3 GSA Fleisch übergangsweise noch (eingeschränkt) ermöglicht werden, wenn dies in einem Tarifvertrag von den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche für den tarifgebundenen Entleiher gestattet wird. Das kalenderjährliche Arbeitsvolumen der Leiharbeitnehmer darf dabei 8 % des von den eigenen Mitarbeitern des Entleihers kalenderjährig erbrachten Arbeitsvolumens sowie das regelmäßige vertragliche kalenderjährliche Arbeitsvolumen von 100 in Vollzeit beschäftigten eigenen Arbeitnehmern des Entleihers in diesem Bereich nicht überschreiten. Ergänzend gilt, dass die Überlassungshöchstdauer in Abweichung zu § 1 Abs. 1b AÜG auf maximal vier aufeinander folgende Monate begrenzt wird.⁴ Auf diese (verkürzte) Überlassungshöchstdauer werden Voreinsatzzeiten des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als sechs Monate liegen. Der Gleichstellungsgrundsatz gilt zwingend ab dem ersten Tag der Überlassung; die Anwendung von § 8 Abs. 2 bis 4 AÜG wird ausgeschlossen. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern ist dem Zoll in Textform anzuzeigen;⁵ gleiches gilt für dessen Ende.⁶

Insbesondere hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung sind die o.g. gesetzlichen 5
Einschränkungen weder verfassungs- noch europarechtskonform und damit rechtswidrig.⁷ Das BVerfG⁸ hat jedoch mehrere Anträge auf einstweilige Anordnungen abgelehnt, mit denen verhindert werden sollte, dass Teile des am 30.12.2020 verkündeten Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz)⁹ zum 01.01.2021 in Kraft treten sollen. In dem Beschluss vom 01.06.2022 hat sich das BVerfG¹⁰ schließlich mit der Hauptsache befasst. Das Gericht hat die Verfassungsbeschwerden dabei nicht zur Entscheidung angenommen. Diese seien bereits unzulässig, denn sie genügen nicht den gesetzlichen Anforderungen an eine

3 Dazu *Bayreuther* NZA 2020, 773; *Zimmer* NZA 2022, 4; *Happ/Fleck* ARP 2021, 204; *Tuengenthal/Greulich/Hennecke* AuA 2021, 8.

4 Die Anwendung der § 1 Abs. 1b Satz 3 bis 8 AÜG wird ausdrücklich ausgeschlossen, so dass diese Überlassungshöchstdauer durch einen Tarifvertrag oder aufgrund einer Betriebsvereinbarung nicht verlängert werden kann.

5 S. dazu: Verordnung über die Anzeigepflicht von Leiharbeit in der Fleischwirtschaft v. 06.04.2021, BGBl. I S. 762.

6 Eine Verlängerung der Ausnahmeregelung für die Leiharbeit über den 31.03.2024 ist nicht erfolgt; vielmehr ist diese ab dem 01.04.2024 auch im Bereich der Fleischverarbeitung unzulässig.

7 *Boemke/Düwell/Greiner/Hamann/Kalb/Kock/Mengel/Motz/Schüren/Thüsing/Wank* NZA 2020, 1166.

8 BVerfG, 30.12.2020 – 1 BvQ 152/20, 1 BvQ 153/20, 1 BvQ 154/20, 1 BvQ 155/20, 1 BvQ 156/20, 1 BvQ 157/20, juris.

9 BGBl. I 2020, 3334.

10 BVerfG, 01.06.2022 – 1 BvR 2888/20, 1 BvR 1152/21, 1 BvR 1153/21, 1 BvR 1154/21, 1 BvR 1155/21, 1 BvR 1156/21, NZA 2022, 1045.

hinreichend substantiierte Begründung. Auch die Rüge, in eigenen Rechten verletzt zu sein, weil eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung vorliege, sei nicht den prozessrechtlichen Anforderungen entsprechend substantiiert dargebracht worden.

- 6 Mit Blick auf das GSA Fleisch hat sich das BVerfG damit (zunächst) positioniert; das Gesetz ist anzuwenden. Ob dieses (materiell) verfassungswidrig ist, steht nicht fest; folglich verbleibt eine entsprechende Rechtsunsicherheit. Eine erneute Verfassungsbeschwerde ist aus prozessualen Erwägungen nicht ausgeschlossen, jedoch bestehen Zweifel, ob das BVerfG – selbst bei einem detailreicheren Vortrag zu einer Möglichkeit der eigenen, unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit in eigenen Rechten – inhaltlich zur Verfassungsgemäßheit oder eben -widrigkeit Stellung nehmen wird. Das Gericht konnte in den genannten Entscheidungen¹¹ nämlich noch offenlassen, ob die Anforderungen an die Subsidiarität gewahrt worden sind. Das BVerfG merkt allerdings an, dass insb. streitig sei, was als Betrieb der Fleischwirtschaft nach § 2 Abs. 1 GSA Fleisch i.V.m. § 6 Abs. 9 AEntG angesehen werden müsse. Dazu lägen inzwischen die ersten fachgerichtlichen und nicht einheitlichen Entscheidungen vor.¹² Ebenso ungeklärt sei, was unter einem »Bereich der Fleischverarbeitung« nach § 6a Abs. 2 GSA Fleisch zu verstehen sei. Auch zahlreiche prozessuale Fragen, ob und wie vor den Fachgerichten Rechtsschutz zu erlangen ist,¹³ bedürfen noch der Klärung.¹⁴ Es spricht vor diesem Hintergrund viel dafür, dass das BVerfG den »Joker« der Subsidiarität ziehen würde, dass zahlreiche offene Fragen im Vorfeld durch die Fachgerichte geklärt werden müssen, um einer inhaltlichen Entscheidung in einem neuerlichen Verfahren (nochmals) aus dem Weg zu gehen. Die Verfassungsbeschwerde wäre – solange und soweit dies nicht geschehen ist – damit subsidiär.

B. Arbeitnehmerüberlassung – Abs. 1 Sätze 1 bis 2

I. Arbeitnehmerüberlassung

- 7 Die Arbeitnehmerüberlassung stellt eine Form des **drittbezogenen Personaleinsatzes** dar, bei dem Arbeitskräfte zum Einsatz in einen fremden Betrieb zur Verfügung

11 BVerfG, 01.06.2022 – 1 BvR 2888/20, 1 BvR 1152/21, 1 BvR 1153/21, 1 BvR 1154/21, 1 BvR 1155/21, 1 BvR 1156/21, NZA 2022, 1045.

12 Vgl. FG Hamburg, 20.05.2021 – 4 V 33/21, juris; FG Hamburg, 20.12.2021 – 4 V 77/21, juris; FG Nürnberg, 20.07.2021 – 1 K 382/21, juris.

13 Dazu: *Andorfer/Tsankova-Herrtwich* NZA-RR 2022, 393.

14 Zur Statthaftigkeit einer Feststellungsklage: dafür: BFH, 03.05.2023 – VII B 9/22, juris; FG Hamburg, 12.12.2022 – 4 K 17/21, juris; FG Hamburg, 20.12.2021 – 4 V 77/21, juris; FG Münster, 19.01.2022 – 8 V 3108/21 F, juris; dagegen: FG Nürnberg, 20.07.2021 – 1 K 382/21, juris; BFH, 10.02.2022 (mangels Rechtsschutzbedürfnisses) – VII B 85/21, juris; dieser höchstrichterliche Beschluss wurde vom BVerfG erstaunlicherweise nicht zitiert; differenzierend: BFH, 22.09.2022 – VII B 183/21, juris; BFH, 22.09.2022 – VII B 184/21, juris; offenlassend: FG Baden-Württemberg, 13.09.2022 – 11 V 1731/21, juris; vgl. auch: FG Sachsen-Anhalt, 01.09.2021 – 3 V 544/21, juris.

gestellt werden. Dem AÜG liegt eine Dreieckskonstellation zugrunde, in der einem Dritten, dem **Entleiher**, von einem Arbeitgeber, dem **Verleiher**, Arbeitnehmer, **Leiharbeiternehmer**, zur Arbeitsleistung überlassen werden, die der Entleiher entsprechend seinen betrieblichen Erfordernissen weisungsgebunden in seinem Betrieb einsetzt.

Neben der vom Gesetzgeber verwendeten Bezeichnung der Arbeitnehmerüberlassung 8 finden sich im allgemeinen Sprachgebrauch mehrere Synonyme für diesen Begriff. Durchgesetzt haben sich die Bezeichnungen Zeitarbeit, Leiharbeit, Personalleasing sowie Temporary Employment.

1. Begriff

Das Gesetz enthielt bis zum 01.04.2017 **keine Legaldefinition** der Arbeitnehmerüberlassung, sondern setzte den Begriff voraus. Mit Wirkung zum 01.04.2017 ist § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG um eine solche ergänzt worden,¹⁵ ohne allerdings – so dürfte die Gesetzesbegründung zu verstehen sein – den bisherigen Anwendungsbereich und die Reichweite der Erlaubnispflicht ändern zu wollen.¹⁶ Danach ist für eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderlich, dass Arbeitgeber als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiternehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG).

Die Arbeitnehmerüberlassung erforderte dabei bislang eine **Vereinbarung** zwischen dem **Vertragsarbeitgeber** (Verleiher) und einem **Dritten** (Entleiher), nach der mindestens ein **Arbeitnehmer** (Leiharbeiternehmer) aufgrund der damit eingegangenen Verpflichtung seines Arbeitgebers bei dem Dritten zur Förderung von dessen – also fremden – Betriebszwecken tätig wird und es zu einer vollständigen **Eingliederung** des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers kommt.¹⁷ 10

Zweifelhaft ist vor diesem Hintergrund, ob das gesetzgeberische Ziel, nämlich den 11 bisherigen Anwendungsbereich des AÜG nicht zu ändern, unter Berücksichtigung der ab dem 01.04.2017 geltenden Fassung von § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 AÜG tatsächlich realisiert werden kann. Nach der Gesetzesbegründung soll diese Regelung auf Grundlage der Rechtsprechung bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein

15 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.02.2017, BGBl. I, 258.

16 BT-Drucks. 18/9232, 19.

17 BAG, 18.01.1989 – 7 ABR 21/88, BAGE 61, 7 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1; zum deckungsgleichen Begriff im Sozialversicherungsrecht BSG, 24.04.2003 – B 10 LW 8/02 R, NZS 2004, 43.

Arbeitnehmer überlassen wird; sie soll damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages dienen, nicht aber die Rechtslage ändern.¹⁸ Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.¹⁹ Problematisch ist, dass der Gesetzgeber lediglich beabsichtigte die Rechtsprechung nachzuzeichnen, dies aber mit Blick auf die Formulierung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG – unter Berücksichtigung des konkreten Wortlautes der gesetzlichen Bestimmung – nicht bzw. nicht hinreichend gelungen ist. Nach Ansicht des BAG liegt nämlich eine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die **voll** in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit **allein** nach dessen Weisungen und in dessen Interessen ausführen.²⁰ § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sieht allerdings eine »volle« Eingliederung und eine »alleinige« Weisungsunterworfenheit gerade nicht vor.²¹

► **Hinweis:**

Es bleibt im Ergebnis abzuwarten, wie die Praxis, insbesondere die Erlaubnisbehörden und der Zoll, auf die Anpassung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG reagieren werden.²² Unter Berücksichtigung der Erwägungen in der Gesetzesbegründung dürfte nicht davon auszugehen sein, dass sich die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für eine Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 AÜG ändern werden. Vielmehr sind die entsprechenden Kriterien (»volle« Eingliederung und eine »alleinige« Weisungsunterworfenheit) im Wege der Auslegung weiterhin in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG hineinzulesen, so dass ein bisher als Werkvertrag durchgeführter Fremdpersonaleinsatz auf Grundlage der geänderten gesetzlichen Vorschriften und Definitionen nicht in eine Arbeitnehmerüberlassung »umdeklariert« werden kann. Dabei ist zu beachten, dass der Leiharbeiter selbst als ausführende Person und nicht nur der Arbeitsprozess, in dem er eingesetzt wird, in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingebunden werden muss.²³

- 12 Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Begriffe »Leiharbeiter« und »Leiharbeitsunternehmen« letztlich auch durch die insoweit einschlägige Leiharbeitsrichtlinie

18 BT-Drucks. 18/10064, 13 f.

19 Vgl. BT-Drucks. 18/9232, 17 f.

20 BAG, 30.01.1991 – 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19; BAG, 13.08.2008 – 7 AZR 269/07, juris; vgl. *Tuengerthall/Andorfer* BB 2016, 1911 m.w.N.

21 Kritisch zu § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG auch *Thüsing* DB 2016, 2663 f.

22 Kritisch zu der Änderung: *Tuengerthall/Andorfer* BB 2016, 1911 ff.; in diesem Sinne ebenfalls: *Siebert/Novak* ArbR 2016, 391; *Thüsing/Schmidt* ZIP 2016, 58.

23 Vgl. BAG, 05.03.1991 – 1 ABR 39/90.

geprägt werden; die nationalgesetzliche Definition der Arbeitnehmerüberlassung muss sich an den Vorgaben des EuGH²⁴ in diesem Zusammenhang messen lassen.

In den Gesetzesmaterialien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vorschrift von § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 AÜG nicht darauf abziele, die unternehmerische Tätigkeit beispielsweise von Beratungsunternehmen einzuschränken. Die Neuregelung solle dem sachgerechten Einsatz von Werk- und Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegenstehen, wie sie z.B. in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen seien. Auch für solche Einsätze und für die Tätigkeit von Beratern sollten die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkleistungen auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite weiterhin zur Anwendung kommen. Dabei solle z.B. eine für die Tätigkeit eines Beraters typische Bindung hinsichtlich des Arbeitsorts an eine Tätigkeit im Betrieb des beratenen Unternehmens allein regelmäßig keine persönliche Abhängigkeit gegenüber letzterem begründen. Vielmehr solle entsprechend der bisherigen Praxis eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, ob unter Berücksichtigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers erfolge.²⁵ Soweit daraus – mitunter pauschal und verallgemeinernd – abgeleitet worden ist, dass »der Gesetzgeber mit der neuen Regelung ausdrücklich klargestellt [hat], dass die Tätigkeiten von Unternehmensberatern nicht als Zeitarbeit zu bewerten sind«,²⁶ ist diese Betrachtung in dieser allgemeinen Form freilich unzutreffend. Auch für die in der Begründung genannten Branchen ist nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien im Einzelfall abzugrenzen, ob eine Eingliederung in den Betrieb des Entleihers vorliegt. Beraterische Tätigkeiten können sich – ggf. auch ungewollt – als eine (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung darstellen. Dies gilt im Übrigen auch für die in der Gesetzesbegründung genannten IT-Dienstleistungen. Dort wird lediglich klargestellt, dass diese – wie nach der alten Rechtslage – im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen – erbracht werden können. Ob dies tatsächlich der Fall ist, hängt jedoch von der tatsächlichen Durchführung der Vereinbarung ab.

Nicht abschließend geklärt war, ob die Voraussetzungen für eine (erlaubnispflichtige) Arbeitnehmerüberlassung bei einer Personalgestellung im öffentlichen Dienst²⁷ erfüllt sind;²⁸ bezweifelt wurde bereits, dass eine »wirtschaftliche Tätigkeit« i.S.v. § 1 Abs. 1

24 Vgl. EuGH, 18.06.2015 – C-586/13, NZA 2015, 925 – Martin Meat; EuGH, 10.02.2011 – C-307/09, C-308/09, C-309/09, NZA 2011, 283 – Vicoplus.

25 BT-Drucks. 18/10064, 13 f.

26 Vgl. Stellungnahme des Bundesverbands Deutscher Unternehmensberater v. 09.11.2016, abrufbar unter: <http://www.presseportal.de/pm/9562/3478570>.

27 § 4 Abs. 3 TVöD lautet auszugsweise: »Werden Aufgaben eines Beschäftigten zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiterbestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen.«

28 Bejahend: *Löwisch/Domich* BB 2012, 1408; im Ergebnis auch: LAG Düsseldorf, 26.07.2012 – 15 Sa 1452/11, BB 2012, 2112; abweichend: *Rugel/von Tiling* ZTR 2012, 263.

§ 1 AÜG vorliegen soll.²⁹ Diese Streitigkeit hat sich mit Wirkung zum 01.04.2017 erledigt, da der Gesetzgeber in § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG einen weiteren Ausnahmetatbestand geschaffen hat, durch den die Anwendung der wesentlichen Vorschriften des AÜG auf die auf Grundlage des TVöD durchgeführte Personalgestellung ausgeschlossen wird.³⁰ Die gesetzliche Bestimmung ist europarechtskonform; der Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie soll nach Ansicht des EuGH³¹ bereits nicht eröffnet sein (s. dazu Rdn. 359).

a) Onsite-Management

- 14 I.R.d. Arbeitnehmerüberlassung trifft man in der Praxis häufig auf das Schlagwort des **Onsite-Managements**. Dieser Begriff bezeichnet die Bereitstellung eines Ansprechpartners und **Koordinators** des Verleihers in dem Betrieb des Entleihers.
- 15 Der praktische Vorteil einer solchen Gestaltung liegt in der größeren Sachnähe des Verleihers mit Blick auf die individuellen Bedürfnisse des einzelnen Entleihers. Das Onsite-Management soll die unmittelbare Möglichkeit vermitteln, die ggf. **wechselnden Anforderungen**, die sich beim Entleiher ergeben, zu beurteilen und diese sowohl dem Verleiher als auch den überlassenen Arbeitnehmern mitzuteilen. Das Onsite-Management hat sich damit im Sinne einer lediglich hinsichtlich der **praktischen Ausgestaltung** speziellen Form der Arbeitnehmerüberlassung als Folge der Abschaffung der Überlassungshöchstdauer mit Wirkung zum 01.01.2003 und der damit entstehenden betrieblichen Bedürfnisse, dauerhaft vor Ort eine Person des Verleihers als Ansprechpartner des Entleihers zur Koordination der Arbeitnehmerüberlassung vorzuhalten, herausgebildet. Rechtliche Besonderheiten bestanden nicht. Zwar wurde zum 01.04.2017 (wieder) eine gesetzliche Überlassungshöchstdauer (18 Monate) eingeführt (§ 1 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b AÜG), jedoch wird diese aufgrund der arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogenen Bestimmung³² nicht dazu führen, dass ein Onsite-Management zukünftig nicht mehr darstellbar ist oder von Entleihern abgerufen wird. Vielmehr ist lediglich dafür Sorge zu tragen, dass der Einsatz der Leiharbeiter mit dem Erreichen der Überlassungshöchstdauer bei dem Entleiher beendet wird. Der Koordinationsbedarf durch einen Onsite-Manager des Verleihers vor Ort (beim Entleiher) dürfte sich durch diese gesetzliche Änderung eher noch erhöhen als abnehmen. Vor diesem Hintergrund hat die zum 01.04.2017 erfolgte Anpassung des AÜG zumindest keine negativen Auswirkungen auf die rechtlich-faktische Realisierbarkeit und die Durchführbarkeit eines Onsite-Managements beim Entleiher.

b) Master-Vendor-Modell

- 16 Kann – in der Praxis oftmals, aber nicht zwingend im Rahmen eines zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehenen Onsite-Managements – der betreffenden

29 Vgl. *Ruge/von Tiling* ZTR 2012, 265; a.A. *Gerdorn* öAT 2011, 151.

30 Dazu vertiefend: Rdn. 351 ff.

31 EuGH, 22.06.2023 – C-427/21, NZA 2023, 815; dazu: *Hamann* jurisPR-ArbR 30/2023 Anm. 2.

32 Dazu: Rdn. 198.

Verleiher die Personalanforderungen des Entleiher nicht oder über die Zeit nicht hinreichend decken, kann zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vereinbart werden, dass weitere Verleiher ihre Leiharbeitnehmer an den Entleiher überlassen; zur Koordination und Administration der Überlassungen und sonstigen Dienstleistungen schließt der »Hauptverleiher« (Master) mit weiteren Verleihern (Co-Partner) einen Kooperations- und Dienstleistungsvertrag ab.³³ Der Master vermittelt sodann von den Co-Partnern bediente Überlassungen an den Entleiher, der – vor dem Hintergrund des Verbotes der Kettenüberlassung (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG) – seinerseits eigene, vom Master mit dem Co-Partner und dem Entleiher abgestimmte und geprüfte (Einzel-)Arbeitnehmerüberlassungsverträge abschließt. Sollte der Master die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Überlassung mit dem Entleiher verhandeln, z.B. einen einheitlichen Verrechnungspreis, wird die Konstruktion als »Master-Vendor-Modell« bezeichnet, durch die der Master auch die betriebswirtschaftliche Verantwortung übernimmt.³⁴ Ziel derartiger Master-Vendor-Verträge ist es, dem Entleiher mit dem Master einen einheitlichen Ansprechpartner – insbesondere im Rahmen eines Onsite-Managements – zur Verfügung zu stellen, der den benötigten Bedarf des Fremdpersonals – unter Einbindung der Co-Partner – organisiert, koordiniert und administriert. Die jeweiligen Co-Partner sollen bei derartigen Konstruktionen – soweit rechtlich möglich – im Hintergrund bleiben.³⁵

Beschäftigungspolitisch wurden gerade aufgrund der nicht selten über Jahre unveränderten Zusammensetzung der eingesetzten Gruppen die überlassenen Arbeitnehmer häufig als »zweite Belegschaft« des Entleiher bezeichnet.³⁶ Derartige Formen der Arbeitnehmerüberlassung mit einer dauerhaften Substituierung von Dauerarbeitsplätzen beim Entleiher sind unter Berücksichtigung des nur »vorübergehenden« Einsatzes von Leiharbeitnehmern und der nunmehr vorgesehenen gesetzlichen **Überlassungshöchstdauer** (§ 1 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b AÜG) nur noch eingeschränkt möglich, aber aufgrund des Personenbezugs bei der Bestimmung der zulässigen **Überlassungshöchstdauer** – vorbehaltlich der Beachtung der Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie – nicht per se ausgeschlossen.³⁷ Dies gilt auch im Rahmen von Master-Vendor-Konstruktionen.

► Beispiel:

Der Entleiher betreibt ein Call-Center. Der Verleiher stellt regelmäßig Leiharbeitnehmer als »Call-Center-Agents« zur Verfügung, die für den Entleiher Angebote für dessen jeweilige Auftraggeber am Telefon anbieten. Die einzelnen Leiharbeitnehmer werden dabei maximal bis zur zulässigen Überlassungshöchstdauer bei dem Entleiher eingesetzt und dann gegen einen anderen Leiharbeitnehmer ausgetauscht. Ebenfalls innerhalb des Call-Centers eingesetzt ist ein Arbeitnehmer des Verleihers, der dem Entleiher als Ansprechpartner zur Verfügung steht und die entliehenen

33 Ausführlich dazu: *Dahl/Dreyer/von der Planitz/von Rundstedt*, Personaldienstleister in Deutschland, S. 81 ff.

34 Vgl. *Dahl/Dreyer/von der Planitz/von Rundstedt*, Personaldienstleister in Deutschland, S. 81 ff.

35 *Dahl/Dreyer/von der Planitz/von Rundstedt*, Personaldienstleister in Deutschland, S. 81 ff.

36 *Böhm NZA* 2005, 554.

37 S. dazu auch: Rdn. 198 ff.

»Call-Center-Agents« (= Leiharbeiter des Masters und der eingebundenen Co-Partner) bei jedem Auftrag eines Neukunden (des Entleihers) in dessen Angebotsportfolio, die jeweils gewünschte Art der Ansprache etc. einweist.

c) Kirchliche Arbeitgeber

- 18 Das Institut der Arbeitnehmerüberlassung ist mittlerweile auch bei kirchlichen Arbeitgebern anerkannt – wengleich nur eingeschränkt.
- 19 Die Limitierung besteht jedenfalls für den Bereich der evangelischen Kirche. Ihren Grund findet diese Einschränkung im kirchlichen Grundsatz des **Leitbildes von der Dienstgemeinschaft**.³⁸ Eine auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, insb. eine (mittelbare) Ersetzung von Mitarbeitern der Stammbelgenschaft durch diese, stehe zu diesem Grundsatz im Widerspruch. Ein geplanter **dauerhafter Einsatz** von Leiharbeitnehmern ist nach der Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs der evangelischen Kirche daher mit dem **Kirchenarbeitsrecht** nicht vereinbar. Der kirchliche Arbeitgeber, der seine Einrichtung auf Grundlage des kirchlichen Dienstes organisiert, sei nicht frei darin zu entscheiden, welche Leistungen er extern ver gebe. Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen dürfe das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen. Der arbeitstechnische Zweck eines Krankenhauses, die Genesung der Patienten, werde dabei nicht nur durch die unmittelbare medizinische oder pflegerische Behandlung erreicht; auch die Unterbringung, die Verpflegung und die nicht-medizinische Betreuung und Versorgung seien Bestandteile einer umfassenden und erfolgreichen Behandlung. Tätigkeiten der Hilfestellung bei der Einweisung und der Entlassung, der Anreicherung von Speisen und Getränken, der Begleitung zu Operationen prägten den Charakter der Einrichtung mit und könnten nur im Rahmen der Dienstgemeinschaft erbracht werden. Leistungen können daher nur an (private) Dritte vergeben werden, die nicht unmittelbar mit der Erfüllung des kirchlichen Sendungsauftrages zusammenhängen, in einem Krankenhaus z.B. im Bereich der Küche und Gebäudereinigung, nicht aber z.B. bei der Getränke- und Speisenverteilung und bei anderen patientenbezogene Leistungen.³⁹ Für die katholische Kirche hat sich der Kirchliche Arbeitsgerichtshof für die deutschen Diözesen der Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs der evangelischen Kirche grds. angeschlossen. Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen dürfe das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen.⁴⁰ Nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (Stand: 19.06.2017) kann die Mitarbeitervertretung einer Einstellung widersprechen, wenn der Dienstgeber eine Person, die ihm zur Arbeitsleistung im Sinne des AÜG

38 Kirchengerichtshof der evangelischen Kirche in Deutschland, 09.10.2006 – II-0124/M35 – 06, NZA 2007, 761.

39 So *Sprenger ZTR* 2022, 216 ff.

40 Vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof für die deutschen Diözesen, 07.06.2013 – M 22/12, juris; dazu *Sprenger ZTR* 2022, 216 ff.

überlassen wird, länger als sechs Monate beschäftigen will. Mehrere Beschäftigungen eines Leiharbeitnehmers bei demselben Dienstgeber werden zusammengerechnet.

Keine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG sollte im Fall sog. **Gestellungsverträge** vorliegen. Hierbei handelt es sich um eine Form des Tätigwerdens Betriebsfremder in einem Betrieb, bei denen Ordensangehörige Kraft eines Vertrages zwischen religiösem Orden und »Entleiher« in dessen Betrieb tätig werden. Die Anwendbarkeit des AÜG sollte in diesen Fällen regelmäßig an der (vorgeblich mangelnden) Arbeitnehmereneigenschaft der Ordensangehörigen,⁴¹ wohl aber nicht mehr an der fehlenden Gewerbsmäßigkeit der Überlassung selbst scheitern, wie dies zu § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG a.F. vertreten wurde,⁴² da nunmehr bereits die Überlassung i.R.d. wirtschaftlichen Tätigkeit ausreichend ist. Das BAG hat den EuGH angerufen, um zu klären, ob die Leiharbeitsrichtlinie und darauf aufsetzend das AÜG in diesen Fällen auf DRK-Schwestern Anwendung findet.⁴³ Die zuständige Generalanwältin hat diese Frage in ihren Schlussanträgen bejaht.⁴⁴ Inzwischen hat auch der EuGH bestätigt, dass (Vereins-)Mitglieder einer Schwesternschaft des DRK, die im Rahmen eines Gestellungsvertrags in einer Klinik eingesetzt werden sollen, als Arbeitnehmer im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie anzusehen sein können, obwohl sie nach deutschem Recht keine Arbeitnehmer sind.⁴⁵ Ein »Hintertürchen« hat der EuGH dem BAG jedoch noch belassen: der Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie sei nur erschlossen, sofern das Mitglied aufgrund der bei dem entleihenden Unternehmen hauptberuflich und unter dessen Leitung gegen eine Vergütung erbrachten Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt sei, wofür im konkreten Fall – so der EuGH⁴⁶ – viel spreche. Dies müsse aber das vorliegende Gericht prüfen.⁴⁷

Inzwischen hat das BAG⁴⁸ auf Grundlage des Urteils des EuGH⁴⁹ entschieden, dass es sich bei der Gestellung von DRK-Schwestern um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt. Aufgrund der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung liegt diese auch

41 BAG, 06.07.1995 – 5 AZB 9/93, NZA 1996, 33; LAG Düsseldorf, 26.08.2015 – 12 TaBV 48/15, ZTR 2015, 720 m.w.N.; LAG Düsseldorf, 30.10.2008 – 15 TaBV 245/08, juris m.w.N.; LAG Hessen, 30.07.2009 – 5 Sa 225/09; differenzierend: *Boemkel/Lembke* § 1 AÜG Rn. 30.

42 *Schaub* HandbuchArbR, § 120 Rn. 24; ausführlich zur Frage der Gewerbsmäßigkeit bei der Personalüberlassung gemeinnütziger Körperschaften, insb. kirchlicher Einrichtungen *Münzler* KuR 2008, 78.

43 BAG, 17.03.2015 – 1 ABR 62/12 (A), ZTR 2015, 400; kritisch dazu: *Ulrici* jurisPR-ArbR 33/2015 Anm. 2; *Thüsing* DB 2016, 2667.

44 EuGH, Schlussanträge vom 06.07.2016 – C-216/15, juris.

45 EuGH, 17.11.2016 – C-216/15, juris (Ruhlandklinik); dazu *Schmitt* ZESAR 2017, 167 ff.

46 EuGH, 17.11.2016 – C-216/15, juris (Ruhlandklinik).

47 Vgl. EuGH, 17.11.2016 – C-216/15, juris (Ruhlandklinik).

48 BAG, 21.02.2017 – 1 ABR 62/12, juris; a.A. dazu noch: BAG, 06.07.1995 – 5 AZB 9/93, NZA 1996, 33; vgl. dazu auch: BAG, 17.03.2015 – 1 ABR 62/12 (A), ZTR 2015, 400; *Ulrici* jurisPR-ArbR 1/2017 Anm. 1; *Mestwerdt* ArbR 2017, 8; ausführlich auch: *Schmitt* ZESAR 2017, 167 ff.

49 EuGH v. 17.11.2016 – Rs. C-216/15, NZG 2016, 1432.

dann vor, wenn ein Vereinsmitglied gegen Entgelt bei einem Dritten weisungsabhängig tätig ist und dabei einen Schutz genießt, der – wie bei den DRK-Schwestern – dem eines Arbeitnehmers entspricht.

► **Hinweis:**

Der Beschluss des BAG⁵⁰ hat für die Praxis bedeutsame Auswirkungen, waren die dauerhaften Personalgestellungen von DRK-Schwestern, die bisher außerhalb des Anwendungsbereichs des AÜG vollzogen worden konnten, ein wesentlicher und nicht wegzudenkender Pfeiler der Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Betriebs eines Krankenhauses. Die Entscheidung des 1. Senats hätte zur Folge, dass für den Einsatz von DRK-Schwestern ab dem 01.04.2017 nunmehr die gesetzliche Überlassungshöchstdauer (§ 1 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b AÜG) von 18 Monaten einzuhalten und nach dem neunten Einsatzmonat (§ 8 AÜG) Equal Pay zu zahlen wäre. Nach dem bisherigen Verständnis des BAG⁵¹ wäre die Personalgestellung von DRK-Schwestern von den Verschärfungen der AÜG-Reform nicht betroffen worden; dies hätte sich durch den Beschluss des BAG vom 21.02.2017 geändert, wenn die Politik nicht (erneut regulierend) eingegriffen hätte. Bereits am 17.02.2017 verständigte sich BMAS mit dem DRK – wohl in Vorwegnahme der erwarteten Entscheidung des BAG – zur »*Einigung zum Erhalt der Schwesternschaften vom DRK*« auf eine Gesetzesänderung, durch die weiterhin der dauerhafte Einsatz von Rotkreuzschwestern in Krankenhäusern gewährleistet werden soll; in einer außerhalb des AÜG geregelten Bereichsausnahme, nämlich im DRK-Gesetz, wurde die Anwendung der Überlassungshöchstdauer nämlich ausgeschlossen. Das erst zum 01.04.2017 reformierte AÜG wurde damit durch die »Hintertür« erneut angepasst. Dies geschah durch eine entsprechende Änderung von § 2 Abs. 4 DRKG mit Wirkung zum 25.07.2017.⁵² Für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz gilt danach das AÜG mit der Maßgabe, dass die Regelungen in § 1 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 1b AÜG nicht anwendbar sind. Gegen die Wirksamkeit der gesetzlichen Bestimmung werden verfassungs- und europarechtlichen Bedenken geltend gemacht; diese müsse unangewendet bleiben.⁵³ Unklar war, ob ergänzende (gesetzliche) Ausnahmebestimmungen geschaffen werden sollen, durch die die Anwendung von weiteren Vorschriften des AÜG ausgeschlossen werden sollen, z.B. die zwingende Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes nach dem vollendeten neunten Einsatzmonat. Bislang ist der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang allerdings untätig geblieben.

Das Verhältnis von AÜG zum bisherigen Modell der DRK-Schwesternschaft wird vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung (weiterhin) streitbefangen sein.

50 BAG, 21.02.2017 – 1 ABR 62/12, juris.

51 BAG, 06.07.1995 – 5 AZB 9/93, NZA 1996, 33.

52 Artikel 9a des Rentenüberleitungs-Abschlussgesetz v. 17.07.2017, BGBl. I, 2575.

53 *Düwell* ZESAR 2018, 165 f.; *Düwell* jurisPR-ArbR 36/2017 Anm. 1; *Mestwerdt* jurisPR-ArbR 23/2017 Anm. 2; vgl. auch *Lembke/Fischels* RdA 2021, 225 f., die zumindest einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bejahen.

Es ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Ausnahmebestimmungen im DRK-Gesetz einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden und der EuGH das letzte Wort haben wird. Auf Grundlage der gegenwärtig geltenden gesetzlichen Bestimmungen kann das bisher praktizierte Modell der DRK-Schwesternschaft und entsprechender Gestaltungen (zunächst) weiter »dauerhaft« (allerdings bei Beachtung des Equal-Pay-Grundsatzes ab dem zehnten Einsatzmonat) aufrechterhalten werden – freilich mit den entsprechenden Risiken und Nebenwirkungen.

2. Beteiligte Personen

Die Arbeitnehmerüberlassung erfordert begrifflich die Beteiligung mindestens dreier 21 Personen, nämlich des **Verleihers**, des **Entleihers** sowie des **Leiharbeitnehmers**.

a) Verleiher

Der Verleiher ist der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Wegen der mit der Arbeitnehmerüberlassung einhergehenden Aufteilung der Arbeitgeberstellung, die einen teilweisen Übergang des Direktionsrechts auf den Entleiher beinhaltet, wird der Verleiher zur Klarstellung häufig als **Vertragsarbeitgeber** des Leiharbeitnehmers bezeichnet. 22

aa) Begriff

Um eine missbräuchliche Nutzung der Möglichkeiten der Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen, wird die Definition des Verleihers in der Literatur teilweise **enger** gefasst. Abgestellt wird insoweit darauf, dass der Verleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers das **Betriebs- bzw. Arbeitgeberberrisiko** trage.⁵⁴ Diese Voraussetzung soll lediglich dann als erfüllt anzusehen sein, wenn der Verleiher am Markt auftritt und seine Leiharbeitnehmer nicht nur einem (konzerninternen) Unternehmen, sondern an eine Vielzahl von Entleihern überlässt. Diese Ansicht hat sich aber nicht durchsetzen können. Auch konzerninterne Überlassungsmodelle sind anerkannt und im Grundsatz nicht rechtsmissbräuchlich, wie die gesetzliche Regelung in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG zeigt. 23

Die Pflichten des Verleihers im Dreiecksverhältnis der Arbeitnehmerüberlassung ergeben sich einerseits aus dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Entleiher⁵⁵ sowie andererseits aus dem mit dem Leiharbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag.⁵⁶ Aufgrund des Letztgenannten treffen den Verleiher als (alleinigen) Arbeitgeber die üblichen, aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Verpflichtungen. So obliegt es ihm, den Leiharbeitnehmer zu vergüten, diesen zur Sozialversicherung anzumelden und die Sozialversicherungsbeiträge auf das gezahlte Entgelt abzuführen. 24

54 Brors/Schüren BB 2004, 2745.

55 Vgl. hierzu § 12 Rdn. 13 ff.

56 Vgl. hierzu § 11 Rdn. 11 ff.

bb) Mischbetriebe

- 25 Neben reinen Verleihern, die ausschließlich Arbeitnehmerüberlassung betreiben, gibt es sog. **Mischbetriebe**, die neben einem anderen Betriebszweck, der meist den **Hauptzweck** bildet, auch Beschäftigte an andere Unternehmen überlassen.⁵⁷ Für die Frage der Erlaubnisfähigkeit und -pflichtigkeit ist es ohne Belang, ob Unternehmen vorrangig eine Arbeitnehmerüberlassung ausüben möchten oder der eigentliche Geschäftszweck nicht die Arbeitnehmerüberlassung ist, es aber dennoch regelmäßig oder in Einzelfällen zu einer solchen kommen soll.

► **Beispiel:**

Das Unternehmen C betreibt einen Cateringservice. Hierbei übernimmt es im Rahmen von Dienst-/Werkverträgen vorrangig die Bewirtung von Gästen im Rahmen großer Veranstaltungen, insb. bei Messen. Findet keine Messe statt, kommt es häufig zu einem Auftragsmangel. In diesen Zeiten überlässt das Unternehmen C seine Servicemitarbeiter an andere Gastronomiebetriebe. Die Servicemitarbeiter werden dort als Krankheitsvertretungen oder zur Verstärkung des vorhandenen Personals wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt.

aaa) Anwendbarkeit des AÜG

- 26 Die Anwendung des AÜG in Mischbetrieben hängt nach der zum 01.12.2011 in Kraft getretenen Anpassung des Gesetzes nicht mehr von der Gewerbsmäßigkeit ab.⁵⁸ Entscheidend ist, dass die Arbeitnehmerüberlassung i.R.d. wirtschaftlichen Tätigkeit (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) erfolgt. Dabei ist unerheblich, ob die Überlassung für einen Betrieb Haupt- oder Nebenzweck ist oder die Arbeitnehmer sowohl in der eigenen Betriebsstätte beschäftigt als auch bei sich bietender Gelegenheit Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden (sog. Mischbetriebe). Der **Umfang**, in dem Arbeitnehmer in dem jeweiligen betrieblichen Bereich eingesetzt oder welche Umsätze mit der Arbeitnehmerüberlassung in Relation zu den übrigen betrieblichen Tätigkeiten erzielt werden, soll **unerheblich** sein.⁵⁹
- 27 Bei Mischbetrieben wird diskutiert, ob diese durch die wirksame **Inbezugnahme von Tarifverträgen** der Zeitarbeit die Anwendung des **Equal-Pay-** und **Equal-Treatment-Grundsatzes** ausschließen können; dies ist im Ergebnis zu bejahen.⁶⁰ Die BA bestimmte anhand der jeweiligen überwiegenden betrieblichen Gesamtarbeitszeit der Arbeitnehmer, ob ein Mischbetrieb vom Geltungsbereich eines Tarifvertrages erfasst wird.⁶¹ Diese Ansicht ist nach einer Entscheidung des BSG überholt.⁶² Das Gericht stellte fest, dass die Klägerin als

57 BT-Drucks. 15/6008, 14.

58 Vgl. *Annuß*/NZA 2022, 1578, der sich gegen die prinzipielle Erfassung der Leiharbeit aus Mischbetrieben durch das AÜG – mit rechtspolitischen Forderungen – wendet.

59 So die inzwischen nicht mehr anwendbare DA-BA (Stand Oktober 2004) zu § 1 Nr. 1.1.3.

60 Ausführlich dazu: *Bissels/Khalil* BB 2013, 315 ff. m.w.N.; LSG Hamburg, 23.09.2015 – L 2 AL 64/13, juris; dazu auch § 8 Rdn. 75 ff.

61 FW AÜG zu § 3 Nr. 3.1.8 (5).

62 BSG, 12.10.2016 – 11 AL 6/15 R, juris.