

^HDER ANWENDUNGSBEREICH DES DEUTSCHEN ARBEITNEHMERÜBERLASSUNGSGESETZES

*Ceren KASIM, LL.M.**

A. EINLEITUNG

Trotz ihres geringeren Anteils^{1,2,3} im gesamten Arbeitsmarkt steht die Arbeitnehmerüberlassung seit der Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Jahr 2002 im Brennpunkt der arbeitsrechtlichen Debatte in Deutschland. Das erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002⁴ verbreitete eine weitgehende Liberalisierung in der Branche der Arbeitnehmerüberlassung. Die Novellierung brachte eine Flexibilisierung der Arbeitnehmerüberlassung, damit der Niedriglohnsektor an die Bedürfnisse der globalen Ökonomie angepasst werden konnte. Daher wurde die Arbeitnehmerüberlassung aus dem Jahr 2002 mit der Flexibilisierung der Leiharbeit im Mittelpunkt des Gesetzes dereguliert. Diese Deregulation enthält nicht nur die Aufhebung der Höchstüberlassungsdauer, sondern auch der besonderen Synchronisationsverbote, welche sich auf den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auswirken.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Doktorandin, Georg-August-Universität Göttingen, Deutschland.

¹ Im Jahr 2011 war die Anzahl der Erwerbstätigen in Deutschland 41 100 000, darunter waren nur 909 545 gewerbsmäßig ausgeliehene Leiharbeitnehmer. Bundesagentur für Arbeit, Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarkt 2011, 59. Jahrgang, Sondernummer 2, 53, 85.

² Ein Abkürzungsverzeichnis befindet sich am Ende des Artikels.

³ Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 15. März 2013 berücksichtigt worden.

⁴ Bundesgesetzblatt (BGBl) Jahrgang 2002, Teil I, 4607.

Das Verbot der Leiharbeit hat in Deutschland Tradition.⁵ Ein Nachweis davon ist im Arbeitsnachweisgesetz vom 22.07.1922 zu erkennen, in dem die Zuweisung von Arbeitskräften an Dritte gegen Entgelt als gewerbsmäßige Stellenvermittlung zu betrachten ist. Im Bereich der privaten Stellenvermittlung, in dem die Arbeitnehmerüberlassung rechtsgeschichtlich ihre Wurzeln hat, zeigte sich dabei von Anbeginn, wie *Ulber* überzeugend darlegt, dass der Sektor durch die finanzielle Ausbeutung der Notlage Stellensuchender und eine tendenzielle Affinität zur Kriminalität gekennzeichnet war.⁶ Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung war mit dem Verbot der gewerbsmäßigen Stellenvermittlung infolge der gesetzlichen Fiktion seit 1931 auch untersagt.⁷

Weiterhin wurde nur die echte Arbeitnehmerüberlassung⁸ in Deutschland bis zur grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) vom 4.04.1967⁹ als zulässig angesehen.¹⁰ In seiner Entscheidung vom 1967 erklärte das BVerfG das Vermittlungsmonopol der damaligen Bundesanstalt für verfassungswidrig und nichtig mit der Begründung, dies verletze das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 I Grundgesetz (GG).¹¹

Fünf Jahre nach der Entscheidung des BVerfG trat das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) vom 7.08.1972 am 12.10.1972 in Kraft.¹² Die Idee, das Verbot und die Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung, änderten sich nicht. Das AÜG beinhaltete beschränkende Regelungen, wie das Synchronisationsverbot in § 3 I Nr. 5 AÜG, welches die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem

⁵ **Böhm, Wolfgang/Hennig, Jörg/Popp, Cornelius**, Zeitarbeit, Köln 2008, 2.

⁶ **Ulber, Jürgen**, AÜG Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar für die Praxis, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2011, Einleitung B Rn. 1.

⁷ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 2.

⁸ Über den Unterschied zwischen dem echten und unechten Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis unten B, II, 1.

⁹ BVerfG BB 1967, 463.

¹⁰ **Boemke, Burkhard/Lembke, Mark**, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2005, Einleitung Rn. 6.

¹¹ BVerfG BB 1967, 463 (463, 464).

¹² BGBl Jahrgang 1972, Teil I, Nr. 83, 1393.

Leiharbeitnehmer auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher begrenzt. Die Überlassungsdauer für denselben Leiharbeitnehmer an denselben Entleiher war auf drei Monate beschränkt (Höchstüberlassungsdauer). *Böhm/Hennig/Popp* fassten die Leitidee des Gesetzes so zusammen: “[...] [d]ie Gewährleistung eines arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Mindestschutzes der Arbeitskräfte von Leiharbeitunternehmen und der Versuch, diesen Schutz durch ein scharfes Geschäftserlaubnis- und Geschäftsüberwachungssystem möglichst lückenlos durchsetzbar zu machen.”¹³

Seit 1972 ist das AÜG vielfach geändert worden. Zum Beispiel trat eine allmähliche Verlängerung der Dauer der Überlassung ein. Im Jahr 2002 kam es zur Aufhebung der Höchstüberlassungsdauer und der besonderen Synchronisationsverbote. Anstatt dessen wurden durch § 3 I Nr. 3 AÜG und § 9 Nr. 2 AÜG zwingende Mindestnormen über die im Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis zu gewährenden Arbeitsbedingungen bestimmt. Nach Meinung von *Böhm/Hennig/Popp* bedeutet die Novellierung des AÜG durch das erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt einen Paradigmenwechsel, da der dem AÜG zugrunde liegende Gedanke eines besonderen Schutzes für Arbeitnehmer in der Leiharbeit nicht mehr primär durch staatliche Reglementierung und Kontrolle erzielt werden soll.¹⁴

Nach dem ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt 2002 wurde das AÜG mehrfach geändert. Gesetze aus dem Jahr 2011 folgten zuletzt der Novellierung, welche das AÜG gründlich änderten: das erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (AÜGÄndG 1) vom 28.04.2011¹⁵, Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (AÜG/SchwarzArbG2004ÄndG) vom 20.07.2011¹⁶ und Gesetz zur Verbesserung

¹³ *Böhm/Hennig/Popp*, Zeitarbeit, 4.

¹⁴ *Ebd.*, 2.

¹⁵ BGBl Jahrgang 2011, Teil I, Nr. 18, 642.

¹⁶ BGBl Jahrgang 2011, Teil I, Nr. 69, 2854.

der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt (EinglVerbG) vom 20.12.2011¹⁷.

Nach *Reiserer/Christ* ist der unter den Änderungen des Jahres 2011 stehende Gedanke eine Beschränkung der weitgehenden Novellierung des AÜG vom 23.12.2002. Der Gesetzgeber wollte einigen in der Praxis aufgetretenen Fällen des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung entgegenwirken.¹⁸ Die Neuregelungen ergeben sich aus der europäischen Richtlinienvorgabe. Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit¹⁹ (Leiharbeitsrichtlinie) regelt die für die EU-Mitgliedstaaten zwingenden Mindestvoraussetzungen der Leiharbeit. Die Umsetzungsfrist war dem Art. 11 I der Leiharbeitsrichtlinie entsprechend bis zum 5.12.2011.

Für den Anwendungsbereich des AÜG ist AÜGÄndG 1 bedeutsam. Mit dem AÜGÄndG 1 wird das Wort "gewerbsmäßig" in § 1 des AÜG durch die Wörter "im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit" ersetzt. Daneben gab es als Einfügung folgenden Satz nach Satz 1 des § 1: "Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend." Die Vorschriften über die Ausnahmen in Bezug auf den Anwendungsbereich des AÜG wurden ebenfalls geändert, genauso wie § 1 III Nr. 2 AÜG und § 1a AÜG.

Nach aktueller Rechtslage fällt lediglich die vorübergehende Überlassung der Arbeitskräfte in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, die im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers erfolgt. Entsprechend des § 1 AÜG ist eine solche Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig. Es lässt sich logischerweise folgern, dass die Vertragsparteien von den Einschränkungen des AÜG frei sind, wenn die Arbeitnehmer nicht im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers vorübergehend überlassen werden. Die Rechtsbeziehung zwischen ihnen beruht auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen.

¹⁷ BGBl Jahrgang 2011, Teil I, Nr. 69, 2854.

¹⁸ **Reiserer, Kerstin/Christ, Florian**, in: **Moll, Wilhelm**, Münchener Anwalts Handbuch, 3. Auflage, München 2012, Arbeitsrecht § 66 Rn. 3.

¹⁹ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008.

Die vorliegende Arbeit enthält die Voraussetzungen des Anwendungsbereiches des AÜG im Hinblick auf Einzelheiten. Zuerst geht es um zwei Fragen: was eine Arbeitnehmerüberlassung ist und wann das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz anwendbar ist. Danach schließt sich die Frage an, wann eine Überlassung des Arbeitnehmers im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers vorübergehend erfolgt. Unten in den Teilen B I bis III kommt es zur Klärung dieser Fragen. Der letzte Teil, B IV, erörtert die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung nach AÜG.

B. VORAUSSETZUNGEN DES ANWENDUNGSBEREICHES DES ARBEITNEHMERÜBERLASSUNGSGESETZES

I. ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Überlässt ein Arbeitgeber (Verleiher) seinen Arbeitnehmer (Leiharbeiter) einem anderen Unternehmen (Entleiher) im Rahmen von dessen wirtschaftlicher Tätigkeit vorübergehend zur Arbeitsleistung, handelt es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

Der Begriff der Arbeitnehmerüberlassung ist allerdings strittig. Die Literatur verwendet neben der Arbeitnehmerüberlassung²⁰ zahlreiche andere Bezeichnungen wie Leasingarbeitsverhältnis,²¹ Zeitarbeit,²² Leiharbeit,²³ Arbeitskräfteverleih²⁴. Das AÜG nennt seinen Regelungsgegenstand die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit und im Gesetzestext werden Vertragsarbeitgeber als Verleiher, der

²⁰ z. B. **Marschall**, Dieter, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 3. Auflage, München 2003 usw.

²¹ z. B. **Bährle**, Ralph Jürgen, Arbeitsrecht, 1. Auflage, Stuttgart 1997, usw.

²² z. B. **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit; **Rolfs Christian/Witschen**, Stefan, Zeitarbeit vor dem Aus? -Anmerkungen zu LAG Berlin-Brandenburg vom 7.12.2009 - 23 Ta BV 1016/09, DB 2010, 1180 usw.

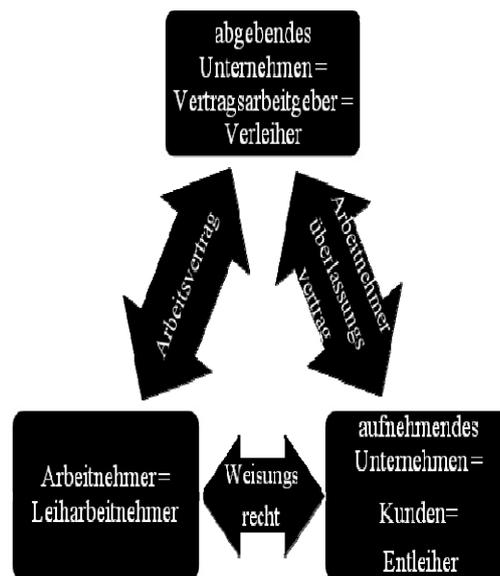
²³ z. B. **Ulber**, Jürgen, Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232; **Thüsing**, Gregor, Equal pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446; **Schüren**, Peter, Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231 usw.

²⁴ **Marschall**, Bekämpfung, 20.

Dritte, welchem arbeitsrechtliche Weisungsbefugnisse übertragen werden, als Entleiher und der betroffene Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer bezeichnet. Diese Arbeit gebraucht beide vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe, Arbeitnehmerüberlassung und Leiharbeit, in Hinsicht auf das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

1. Dreieckskonstellation

Das Grundmodell der Arbeitnehmerüberlassung besteht in einer Dreieckskonstellation zwischen dem Leiharbeitnehmer, dem Verleiher und dem Entleiher.



a. Verhältnis Zwischen Dem Verleiher Und Dem Leiharbeitnehmer

Das grundlegende Verhältnis der Arbeitnehmerüberlassung ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer, das durch den Arbeitsvertrag geregelt wird.

Der Verleiher kann zwar auch juristische Person sein – unabhängig davon, ob es sich um natürliche oder juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts handelt²⁵ – der Leiharbeitnehmer kann aber nur eine natürliche Person sein, die ein Arbeitnehmer im rechtstechnischen Sinne ist.²⁶

Die Arbeitnehmerüberlassung ist gemäß § 613 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nur mit dem Einverständnis des Leiharbeitnehmers möglich.²⁷ § 613 BGB regelt die Unübertragbarkeit des Dienstvertrages. Nach S. 2 dieses Paragraphen ist der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar. Deswegen muss die Verpflichtung, auch in Leiharbeit tätig zu werden, sich als “Leiharbeitsklausel” aus dem Arbeitsvertrag selbst eindeutig ergeben.²⁸ Außerdem findet § 309 Nr. 10 BGB hier keine Anwendung.²⁹ § 309 Nr. 10 BGB reguliert den Wechsel des Vertragspartners. Entsprechend § 309 Nr. 10 BGB ist eine Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach bei Dienstvertrag ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, unwirksam.

Der vertragliche Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers, zu dem er in einem Arbeitsverhältnis steht, ist nur der Verleiher. Aus diesem Grund bleibt das Arbeitsverhältnis zum Verleiher während der Überlassung des Arbeitnehmers (des Leiharbeitnehmers) an den Entleiher ununterbrochen bestehen.³⁰

Ausschließlich bestimmt der Verleiher im Rahmen der vereinbarten Arbeitspflicht, wann und bei welchem Entleiher sowie in welcher Form der Leiharbeitnehmer seine Arbeitskraft anbieten muss.³¹ Er bleibt weiterhin

²⁵ **Lorenz**, Frank, in: **Däubler**, Wolfgang/**Hjort**, Jens Peter/**Hummel**, Dieter/**Wolmerath**, Martin, Nomos Kommentar Arbeitsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008, AÜG, § 1 Rn. 7.

²⁶ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 13.

²⁷ **Bährle**, Arbeitsrecht, 46; **Löwisch**, Manfred, Arbeitsrecht, 8. Auflage, Köln 2007, 863; **Preis**, Ulrich, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2009, 102.

²⁸ **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG § 1 Rn. 10.

²⁹ *Ebd.*, AÜG § 1 Rn. 11.

³⁰ **Bährle**, Arbeitsrecht, 97; **Schüren**, RdA 2007, 231 (234).

³¹ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 15.

auch während der Überlassung Schuldner aller Haupt- und Nebenpflichten eines Arbeitgebers und ist somit etwa zur Lohnzahlung verpflichtet.³² Er verfügt über ein primäres Direktionsrecht und hat die Sicherheitsverantwortung (Letztverantwortung). Des Weiteren ist er berechtigt, Urlaub zu gewähren, Abmahnungen auszusprechen oder das Arbeitsverhältnis zu kündigen.³³

Der Leiharbeiter hat alle seine vertraglichen Haupt- und Nebenpflichten außer der Erbringung der Arbeitsleistung gegenüber dem Verleiher zu erfüllen.³⁴ Ebenso hat er sich beispielsweise bei Arbeitsunfähigkeit beim Verleiher zu melden und ihm eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Außerdem muss er beim Verleiher Urlaub beantragen und ihm nachweisen, dass er die vertragliche Arbeitszeit erfüllt hat.³⁵ Die von ihm übernommene Pflicht, sich zu wechselnden Arbeitsstätten zu begeben, stellt keine von ihm übernommene Arbeitspflicht dar, sondern eine sonstige arbeitsvertraglich übernommene (Neben-)Pflicht, die es dem Verleiher ermöglicht, sein Arbeitnehmerüberlassungsgeschäft zu betreiben.³⁶ Der Leiharbeiter ist arbeitsrechtlich nur dem Betrieb des Arbeitsvertragsarbeitgebers, das heißt dem Verleiher, einzusortieren. Er verfügt dort über das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat.

Der gesetzliche Kündigungsschutz gilt ohne Einschränkung auch für Leiharbeitsverhältnisse.

b. Verhältnis Zwischen Dem Verleiher Und Dem Entleiher

Der Verleiher und der Entleiher schließen einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Nach § 12 AÜG bedarf der Überlassungsvertrag der

³² **Brox**, Hans/**Rüthers**, Bernd/**Henssler**, Martin, Arbeitsrecht, 17. Auflage, Stuttgart 2007, 23; **Engelbrecht**, Georg, in: **Berscheid**, Ernst-Dieter/**Kunz**, Jürgen/**Brand**, Jürgen/**Nebeling**, Marin, Fachanwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, Münster 2010, Teil 3 Rn. 1374, 1385; **Preis**, Arbeitsrecht, 102; **Schüren**, RdA 2007, 231 (234).

³³ **Bährle**, Arbeitsrecht, 97; **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 15.

³⁴ **Bährle**, Arbeitsrecht, 98.

³⁵ *Ebd.*

³⁶ Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf v. 30.7.2009 - 15 Sa 268/09, juris, Rn. 65.

Schriftform. Er stellt einen Vertragstyp *sui generis* als Unterfall eines Dienstverschaffungsvertrages dar.³⁷

Der Verleiher stellt dem Entleiher vorübergehend die geeigneten, bei ihm angestellten Arbeitskräfte zur Verfügung.³⁸ Er schuldet in der Regel keine Überlassung eines bestimmten Mitarbeiters.³⁹ Vielmehr ist er verpflichtet, einen geeigneten Beschäftigten auszuwählen, der dem vereinbarten Anforderungsprofil entspricht.⁴⁰ Die Vertragspflichten des Verleihers gegenüber dem Entleiher sind erfüllt, sobald er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat.⁴¹ Er trägt im Verhältnis zum Entleiher das Personalbeschaffungsrisiko für den Überlassungszeitraum⁴² und haftet nur für das Verschulden bei der Auswahl des Arbeitnehmers.⁴³

Beim Entleiher wird vorausgesetzt, dass er den Leiharbeiter in seine eigene betriebliche Organisation eingliedert.⁴⁴ Er schuldet dem Verleiher das Entgelt.

Die Arbeitgeberbefugnisse und -verpflichtungen, insbesondere das Direktions- oder Weisungsrecht und die Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind zwischen Verleiher und Entleiher aufgeteilt.⁴⁵

c. Verhältnis Zwischen Dem Leiharbeiter Und Dem Entleiher

Zwischen Leiharbeiter und Entleiher besteht keine vertragliche Beziehung, sondern, mit dem Wort von *Böhm/Hennig/Popp*, ein

³⁷ **Preis**, Arbeitsrecht, 102.

³⁸ Bundesarbeitsgericht (BAG) NZA 1990, 364 (364); BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 462 (464); BAG NZA 1995, 572 (574).

³⁹ **Friemel, Kilian/Hautumm**, Daniel, Vorteile von Leiharbeit, AuA 2010, 208 (208).

⁴⁰ **Friemel/Hautumm**, AuA 2010, 208 (208).

⁴¹ BAG NZA 1990, 364 (364); BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 462 (464); BAG NZA 1995, 572 (574).

⁴² **Preis**, Arbeitsrecht, 102.

⁴³ BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 572 (574); BAG NZA 1990, 364 (364).

⁴⁴ **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 1 Rn. 8.

⁴⁵ **Kokemoor**, Axel, Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung durch die Hartz-Umsetzungsgesetze Überblick über das seit dem 1.1.2003 geltende Recht der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2003, 238 (238).

Aktionsverhältnis⁴⁶. Aufgrund des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher und aufgrund seines Einverständnisses mit der Überlassung unterliegt der Leiharbeitnehmer dem Weisungsrecht des Entleihers.

Der Entleiher setzt den Leiharbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie einen eigenen Arbeitnehmer ein.⁴⁷ Er hat im Laufe der Überlassung den Anspruch auf Arbeitsleistung. Ihm steht auch das Weisungsrecht zu. Lassen der Arbeitsvertrag und der Überlassungsvertrag es zu, darf er im Rahmen der einschlägigen gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Regelungen, die Dauer und Lage der Arbeitszeiten feststellen, Mehrarbeit anzuordnen.⁴⁸ Darüber hinaus ist er zur Zuweisung bestimmter Tätigkeiten oder zur Einsetzung der Leiharbeitnehmer kurzfristig an anderer Stelle im Betrieb berechtigt.⁴⁹ Auch das Recht zur Urlaubserteilung kann auf den Entleiher übertragen werden.⁵⁰ Daneben ist er für geltende öffentlich-rechtliche Vorschriften des Arbeitsschutzrechts verantwortlich. Deswegen hat er den Leiharbeitnehmer über potenzielle Gefahren am Arbeitsplatz und auf dafür erforderliche besondere berufliche Qualifikationen oder Fähigkeiten aufmerksam zu machen.⁵¹ Der Entleiher ist allerdings nicht berechtigt, den Leiharbeitnehmer zu kündigen.

Der Leiharbeitnehmer ist voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führt seine Arbeit allein nach dessen Weisungen aus,⁵² soweit er sich im Rahmen des mit dem Verleiher geschlossenen Überlassungsvertrages bewegt.⁵³ Darüber hinaus kann er infolge eines

⁴⁶ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 15.

⁴⁷ BAG NZA 1990, 364 (364); BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 462 (464); BAG NZA 1995, 572 (574).

⁴⁸ Bundesgerichtshof (BGH) NZA 2003, 616 (617); **Boemke/Lembke**, AÜG, §10 Rn.48; **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 209.

⁴⁹ BGH NZA 2003, 616 (617); **Boemke/Lembke**, AÜG, §10 Rn.48; **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 209.

⁵⁰ **Boemke/Lembke**, AÜG, § 14 Rn. 122; **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 210.

⁵¹ **Engelbrecht**, in: **Berscheid/Kunz/Brand/Nebeling**, FachanwaltArbR, Teil 3 Rn. 1385.

⁵² BAG NZA 1990, 364 (364); BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 462 (464); BAG NZA 1995, 572 (574).

⁵³ **Bährle**, Arbeitsrecht, 97.

Arbeitskampfes im Entleiherbetrieb § 11 V AÜG entsprechend seine Arbeitsleistung verweigern. Macht er von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch, behält er seinen Vergütungsanspruch gemäß § 611, 615 S. 1 BGB in Verbindung mit § 11 V AÜG.⁵⁴ Der Verleiher trägt somit das arbeitskampfbedingte Lohnrisiko des Entleihers mit.⁵⁵ Der Verleiher hat jedoch die Möglichkeit, den Leiharbeiter in einem anderen Betrieb einzusetzen.⁵⁶

Dem Leiharbeiter steht nach § 14 II AÜG kein passives Wahlrecht zum Betriebsrat im Entleiherbetrieb zu. Er hat aber gemäß § 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) das aktive Wahlrecht, wenn er im Entleiherbetrieb mehr als drei Monate beschäftigt ist. Unabhängig davon, ob er wahlberechtigt ist oder nicht,⁵⁷ zählt er nach der Rechtsprechung nicht zu den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern im Sinne des BetrVG.⁵⁸ Er ist kein Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs. Es fehlt eine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen ihm und dem Entleiher. Auch während der Zeit seiner Arbeitsleistung bei einem Entleiher bleibt er Angehöriger des entsendenden Betriebs.⁵⁹ Auch wenn er auf Dauerarbeitsplätzen tätig ist, die der Arbeitgeber ständig mit Leiharbeitern besetzt, macht dies keinen Unterschied.⁶⁰ Sodann gilt der Grundsatz: "Wählen ohne zu zählen".⁶¹

Der Leiharbeiter ist auch bei der Berechnung der Mindestarbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz im Entleiherbetrieb nicht zu berücksichtigen.

2. Abgrenzung Der Arbeitnehmerüberlassung

Die Anwendbarkeit des AÜG erfordert vorrangig das Vorhandensein eines Arbeitnehmerüberlassungsverhältnisses. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz definiert das Wesen einer Arbeitnehmerüberlassung.

⁵⁴ Lorenz, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 11 Rn. 32.

⁵⁵ *Ebd.*

⁵⁶ *Ebd.*

⁵⁷ BAG NZA 2004, 1052 (1053).

⁵⁸ BAG NZA 2003, 1345 (1346); BAG NZA 2004, 1052 (1053).

⁵⁹ BAG NZA 2003, 1345 (1346).

⁶⁰ BAG NZA 2004, 1052 (1053).

⁶¹ **Brox/Rüthers/Henssler**, Arbeitsrecht, 289.

Eine Arbeitnehmerüberlassung ist die Überlassung eines Arbeitnehmers durch seinen eigenen Arbeitgeber einem anderen Unternehmen, im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit, vorübergehend zur Arbeitsleistung. Die Gefahr besteht darin, dass die Parteien absichtlich andere Formen von Verträgen wählen können, um die Anwendung der beschränkenden Vorschriften des AÜG zu vermeiden und so das Gesetz zu umgehen. Vorab ist festzuhalten, dass für die rechtliche Einordnung eines konkreten Vertrages weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich ist, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt.⁶² Es kommt demzufolge nicht darauf an, wie eine Partei oder beide Parteien den Vertrag bezeichnen.⁶³ Deswegen ist es wichtig, die Arbeitnehmerüberlassung von anderen Vertragsarten abzugrenzen.

a. Abgrenzung Zur Arbeitsvermittlung

Arbeitsvermittlung ist nach § 35 I S. 2 Sozialgesetzbuch (SGB) III jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen.

Die Gemeinsamkeit zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und der Arbeitsvermittlung besteht im Vorhandensein von drei Beteiligten an der Rechtsbeziehung. Aber im Vergleich zur Arbeitnehmerüberlassung beinhaltet die Arbeitsvermittlung keine Dreiecksbeziehung.⁶⁴ Vielmehr existieren hier zwei getrennt voneinander zu betrachtende Vertragsbeziehungen. Einerseits besteht eine Beziehung zwischen dem potenziellen Arbeitgeber und dem Vermittler. Andererseits gibt es eine Beziehung zwischen dem Bewerber und dem Arbeitgeber bei erfolgreicher Vermittlung.⁶⁵ Der wesentliche Unterschied ist dann, dass die regelmäßige Vertragsbeziehung zum Arbeitsvermittler durch einen Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Dritten beendet, während der Verleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung die Arbeitgeberenschaft nicht verliert und das

⁶² BGH NZA 2003, 616 (616).

⁶³ **Marschall**, Bekämpfung, 28.

⁶⁴ **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 1 Rn. 3.

⁶⁵ *Ebd.*

Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Verleiher somit von Dauer ist.⁶⁶

Nach *Lorenz* schließen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung einander aus.⁶⁷ Von seiner Natur aus will der Arbeitsvermittler kein Arbeitsverhältnis begründen. Jemand, der einen Arbeitnehmer überlassen will, muss aber zunächst selbst mit diesem einen Arbeitsvertrag abschließen.⁶⁸

Die private Arbeitsvermittlung ist seit 2002 in Deutschland nicht mehr verboten.

b. Abgrenzung Zum Werkvertrag Und Zum Dienstvertrag

Nach dem Inhalt des Werkvertrages ist § 631 BGB entsprechend, indem sich der Werkunternehmer verpflichtet, in der Regel gegen Zahlung einer Vergütung ein bestimmtes Werk herzustellen. Gegenstand eines Werkvertrages kann die Herstellung oder die Veränderung einer Sache sein. Der Vergütungsanspruch entsteht nur im Erfolgsfall. Der Werkunternehmer setzt sein Personal als eigene Erfüllungsgehilfen beim Besteller ein.⁶⁹

Nach § 611 BGB wird durch den Dienstvertrag der Eine zur Leistung der versprochenen Dienste und der Andere zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Im Dienstvertrag wird kein Erfolg geschuldet, sondern die Bereitstellung der Dienstleistung genügt.⁷⁰ Das Dienstleistungsunternehmen verspricht die Leistung selbstständiger Dienste.⁷¹ Diese muss entgegen § 613 S. 1 BGB nicht in eigener Person erfolgen. Auch der per Vertrag Dienstverpflichtete kann sich gemäß § 278 BGB Erfüllungsgehilfen bedienen.⁷²

⁶⁶ **Preis**, Arbeitsrecht, 106.

⁶⁷ **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 1 Rn. 3.

⁶⁸ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 23.

⁶⁹ **Löwisch**, Arbeitsrecht, 371.

⁷⁰ **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 1 Rn. 26.

⁷¹ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 44.

⁷² **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 1 Rn. 26.

Im Werk- oder Dienstvertrag wird das Unternehmen für einen anderen tätig.⁷³ Es organisiert nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen.⁷⁴ Es bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werkes gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich,⁷⁵ während der verleihende Arbeitgeber beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag seine vertraglichen Pflichten erfüllt hat, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.⁷⁶

Der Verleiher haftet nur für ein Auswahlverschulden, aber die Haftung des Vertragspartners eines Werk- oder Dienstvertrags beruht auf § 278 BGB.

Für die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Werk- und Dienstvertrag ist wegweisend, ob dem Dritten das arbeitsrechtliche Weisungsrecht beim Vertrag übertragen oder überlassen worden ist. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen der Weisung des Unternehmers und sie sind dessen Erfüllungsgehilfen.⁷⁷ Bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wird der entlehene Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und arbeitsrechtlichen Weisungen des Entleihers unterworfen.⁷⁸ Nach der Rechtsprechung schließt die Ausführung ausschließlich werkvertraglicher Befugnisse und der damit verbundenen Kontroll- und Überprüfungsrechte das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung aus.⁷⁹ Die Weisung des Dritten (Bestellers) muss jedoch gegenständlich begrenzt auf das konkrete Werk bezogen sein.⁸⁰ Dagegen sprechen arbeitsvertragliche Anweisungen

⁷³ BAG NZA 1990, 364 (365); BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 462 (464); BAG NZA 1995, 572 (574).

⁷⁴ BAG NZA 1990, 364 (365); BAG NZA 1995, 462 (464); BAG NZA 1995, 572 (574).

⁷⁵ BAG NZA 1990, 364 (365); BAG NZA 1992, 19 (21); BAG NZA 1995, 572 (574).

⁷⁶ **Löwisch**, Arbeitsrecht, 371; **Preis**, Arbeitsrecht, 105.

⁷⁷ BAG NZA 1990, 364 (365); BAG NZA 1992, 19 (21).

⁷⁸ BGH NZA 2003, 616 (617).

⁷⁹ BAG NZA 1995, 572 (574).

⁸⁰ BAG NZA 1992, 19 (23); BAG NZA 1995, 572 (574).

für die Arbeitnehmerüberlassung.⁸¹ Die Grenze zur arbeitsvertraglichen Anweisung wird insbesondere überschritten, wenn der Dritte erst durch seine Anweisungen den Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen bestimmt.⁸²

II. WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT

Vor dem AÜGÄndG 1 erfasste das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nur die gewerbsmäßige Überlassung der Arbeitnehmer. Bei einer nicht gewerbsmäßigen Überlassung der Arbeitskräfte waren die Vertragsparteien von den Beschränkungen des AÜG frei. Mit dem AÜGÄndG 1 wird das Wort "gewerbsmäßig" in § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch die Wörter "im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit" ersetzt. Demnach ist eine Voraussetzung der Anwendbarkeit des AÜG in Bezug auf "Gewerbsmäßigkeit" seit dem 1.12.2011 nicht mehr vorhanden. Wirtschaftliche Tätigkeit anstelle der Gewerbsmäßigkeit ist eine Voraussetzung der Anwendbarkeit nach heutiger Fassung des AÜG.

Dieser Teil klärt vorab den Unterschied zwischen der echten und unechten Arbeitnehmerüberlassung, welche nach der Einführung des AÜG ihre Bedeutung verloren hat, aber noch in der Lehre genutzt wird. Danach erfolgt die Erläuterung der neuen Voraussetzung der Anwendbarkeit des AÜG in Bezug auf "wirtschaftliche Tätigkeit".

1. Echtes / Unechtes Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis

Die traditionelle Abgrenzung zwischen unechten und echten Arbeitnehmerüberlassungsverhältnissen basiert auf der von Rechtsprechung und Lehre vor Inkrafttreten des AÜG verwendeten Terminologie.⁸³ Dann handelt es sich bei einem unechten Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis, dessen Begründung vor Geltung des AÜG grundsätzlich unzulässig war, um einen Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Entleiher. Der wurde

⁸¹ BAG NZA 1992, 19 (23).

⁸² BAG NZA 1992, 19 (23).

⁸³ Preis, Arbeitsrecht, 103.

allein zum Zweck der Überlassung von Arbeitnehmern geschlossen.⁸⁴ Der Arbeitgeber stellt Arbeitnehmer nur mit dem Ziel ein, diese als Leiharbeiter an andere zu überlassen. Im Gegensatz zur unechten ist echte Arbeitnehmerüberlassung gegeben, wenn die Überlassung der Arbeitnehmer nicht das primäre Ziel des Vertrages gegenüber einem Dritten darstellt und der Arbeitnehmer in Ausnahmefällen an ihn überlassen wird.

Diese Unterscheidung der echten und unechten Arbeitnehmerüberlassung spielt nach der Bekanntmachung des AÜG keine Rolle mehr, da das AÜG die Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr nach Echtheit oder Unechtheit differenziert.

2. Wirtschaftliche Tätigkeit

Vor dem AÜGÄndG 1 musste die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig erfolgen, um in den Anwendungsbereich des AÜG zu fallen. Gewerbsmäßigkeit war seit der ersten Fassung des AÜG von 1972 bis zu den Änderungen im Jahr 2011 eine Voraussetzung des AÜG. Eine Legaldefinition der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung enthielt das AÜG nicht. Es wurde der gewerberechtliche Begriff der Gewerbsmäßigkeit angewendet, worunter jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit verstanden wird.⁸⁵

Seit 2011 umfasst der Anwendungsbereich des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, sondern gemäß § 1 I AÜG natürliche und juristische Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit entstammt Art. 1 II der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit. Der Gesetzgeber stellt im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 17.02.2011⁸⁶ klar, dass die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie Änderungen im Anwendungsbereich des

⁸⁴ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 23; Preis, Arbeitsrecht, 103.

⁸⁵ BAG NZA 1990, 364 (365).

⁸⁶ Deutscher Bundestag: drucksachen (BT-Drucks) 17/4804.

Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erfordert, weil die Richtlinie den Anwendungsbereich nicht auf gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung begrenzt. Sie gilt für wirtschaftlich tätige Unternehmen unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht.⁸⁷ Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) ist eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁸⁸

Die Gewinnerzielungsabsicht bildete das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit.⁸⁹ Im Vergleich zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit benötigt die Beschreibung der wirtschaftlichen Tätigkeit nach EuGH keine Gewinnerzielungsabsicht.⁹⁰ Laut der neuen Regelung erfasst der Anwendungsbereich des AÜG nunmehr auch die Verleiher, die keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen.⁹¹ Die Arbeitnehmerüberlassung soll aber nicht in Ausübung hoheitlicher Befugnisse geschehen.⁹²

Die europarechtliche Darstellung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit erfordert das Anbieten der Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt. Nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung ist die Ausrichtung der Arbeitnehmerüberlassung auf einen externen Marktes aber nicht zwingend.⁹³ Das Vorliegen eines Marktbezugs richtet sich danach, ob die Dienstleistung allgemein auch auf dem Markt angeboten wird und daher

⁸⁷ BT-Drucks 17/4804, S. 1.

⁸⁸ Europäischer Gerichtshof (EuGH) NJW 2002, 877 (878); EuGH EuZW 2006, 306 (310).

⁸⁹ BAG NZA 2005, 1199 (1202).

⁹⁰ EuGH EuZW 2006, 306 (310, 311).

⁹¹ Arbeitsgericht (ArbG) Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, Rn. 37; **Wank**, Rolf, in: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 13. Auflage, München 2013, AÜG, § 1 Rn. 31, 34, 35; **Leuchten**, Alexius, Das neue Recht der Leiharbeit Die wesentliche Neuerungen im AÜG, NZA 2011, 608 (609); a. A. **Hamann**, Wolfgang, Kurwechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2011, 70 (71).

⁹² ArbG Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, Rn. 38; LAG Düsseldorf v. 26.07.2012 - 15 Sa 1452/11, Rn. 2.

⁹³ ArbG Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, Rn. 41; LAG Düsseldorf v. 26.07.2012 - 15 Sa 1452/11, Rn. 43.

bei eigener Ausübung in Konkurrenz zu externen Anbietern steht.⁹⁴ Nach dem *Arbeitsgericht Krefeld* ist eine restriktive Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit dahingehend zu sehen, wenn konzerninterne oder quasi-konzerninterne Personalgestellungen mangels externen Marktes nicht als wirtschaftliche Tätigkeit aufzufassen sind.⁹⁵ Eine solche Auslegung findet das Gericht mit dem im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Denn nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung sollten durch Einführung des Begriffs der "wirtschaftlichen Tätigkeit" auch konzerninterne Personalservicegesellschaften, die Leiharbeitnehmer zum Selbstkostenpreis an andere Konzernunternehmen überlassen, erlaubnispflichtig werden.⁹⁶

Die Beschreibung der Gewerbsmäßigkeit erforderte eine auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit. Um in den Anwendungsbereich des AÜG zu fallen, musste die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur gelegentlich betrieben werden,⁹⁷ sondern auch auf gewisse Dauer angelegt sein. Die Voraussetzung der gewissen Dauer gehört zum Gewerbebegriff. Von einer gelegentlichen Tätigkeit ist auszugehen, wenn die Überlassung zu einem bestimmten, zeitlich begrenzten Zweck erfolgt. Von einer auf Dauer angelegten Tätigkeit ist auszugehen, wenn sie nicht nur einmalig geplant ist. Nicht nur die Wiederholung als solche ist hier entscheidend, sondern auch der Bestand der Wiederholungsabsicht. Diese ist indiziert, wenn die Tätigkeit entweder schon in der Vergangenheit wiederholt ausgeübt wurde oder wenn objektive Anhaltspunkte bei erstmaliger Vornahme für eine Wiederholungsabsicht sprechen.⁹⁸ Erfolgt dagegen nur ein einziges Mal eine Arbeitnehmerüberlassung und es ist nicht beabsichtigt, diese zu wiederholen, so fehlt es an der gewissen Dauer.⁹⁹ Inwieweit nach der Neudefinition an einer auf eine

⁹⁴ ArbG Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, Rn. 40.

⁹⁵ ArbG Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, Rn. 41; LAG Düsseldorf v. 26.07.2012 - 15 Sa 1452/11, Rn. 43.

⁹⁶ BT-Drucks 17/4804, S. 1, 8.

⁹⁷ BAG NZA 1990, 364 (364).

⁹⁸ **Hamann**, Wolfgang, in: **Schüren**, Peter, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 3. Auflage, München, 2007, § 1 Rn. 297.

⁹⁹ **Marschall**, Bekämpfung, 23.

gewisse Dauer angelegte Tätigkeit festgehalten werden kann, findet *Wank* fraglich.¹⁰⁰ Diese Frage braucht noch die Klärung der Arbeitsgerichte.

III. VORÜBERGEHENDE ÜBERLASSUNG

Seitdem die Änderungen des AÜGÄndG 1 am 1.12.2011 in Kraft traten, wurde “die vorübergehende Überlassung” vom Leiharbeiter für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung im Sinne vom AÜG vorausgesetzt. Dauerverleihe sind demzufolge nicht mehr erlaubt.¹⁰¹

Die Aufsetzung des Kriteriums “vorübergehende Überlassung” war eine Angleichung an die europäische Leiharbeitsrichtlinie wie das Kriterium “wirtschaftliche Tätigkeit”. Art. 3 I der Leiharbeitsrichtlinie sieht den Begriff “Überlassung” als “den Zeitraum, während dessen der Leiharbeiter dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten”. Nach dem Gesetzgeber dient die Einfügung des Worts vorübergehend in § 1 I AÜG der Klarstellung, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung der europarechtlichen Vorgabe entspricht.¹⁰²

Der Begriff “vorübergehend” ist dem Gesetzgeber zufolge entsprechend der Richtlinienvorgabe als eine flexible Zeitkomponente zu verstehen.¹⁰³ Es bedeutet, dass der Einsatz von Leiharbeitern zeitlich begrenzt sein muss.¹⁰⁴ Eine vorübergehende Überlassung erfordert für längere Zeit als die konkrete Überlassung abgeschlossener Leiharbeitsvertrag. Dies bewertet *Wank* als Wiederbelebung des früher geltenden Synchronisationsverbotes. Nach seiner Meinung liegt bei einer Aneinanderreihung mehrerer Überlassungen eine Umgehung des Verbots der

¹⁰⁰ **ErfK/Wank**, AÜG, § 1 Rn. 33.

¹⁰¹ so: LAG Niedersachsen v. 19.9.2012 - 17 TaBV 22/12, Rn. 30; **ErfK/Wank**, AÜG, § 1 Rn. 12; **Hamann**, Wolfgang, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321 (324); **Leuchten**, NZA 2011, 608 (609).

¹⁰² BT-Drucks 17/4804, S. 8.

¹⁰³ BT-Drucks 17/4804, S. 8.

¹⁰⁴ **Hamann**, RdA 2011, 321 (326).

Dauerüberlassung vor.¹⁰⁵ Aber auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen wick der Gesetzgeber bewusst aus.¹⁰⁶

Neben der Anforderung eines zeitlich begrenzten Einsatzes darf die Überlassung von Leiharbeitnehmern nicht zur Verdrängung der auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzten eigenen Arbeitnehmer vom Entleiher genutzt werden. Eine Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt nicht vorübergehend, wenn durch die Arbeitnehmerüberlassung ein reiner Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird.¹⁰⁷ Nach dem *LAG Niedersachsen* läuft eine dauerhafte Überlassung auf Dauerarbeitsplätzen der gesetzgeberischen Intention zuwider. Denn Zweck des Gesetzes ist es, einen Austausch von Stammpersonal durch Leiharbeitnehmer zu verhindern.¹⁰⁸ Außerdem findet das Gericht neben der arbeitnehmerbezogene Betrachtung eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung dahingehend erforderlich, dass beim Entleiher durch die Arbeitnehmerüberlassung kein Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird.¹⁰⁹ *Ulber* verweist darauf, dass das Tatbestandsmerkmal vorübergehend klarstellt, dass eine Arbeitnehmerüberlassung bei bestehendem Dauerbeschäftigungsbedarf des Entleihers ausgeschlossen ist.¹¹⁰ Nach *Hamann* darf der Einsatz nicht eine Substitution eigener Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer bewirken. Diese Voraussetzung soll dazu beitragen, dass ein Dauerbeschäftigungsbedarf primär durch beim Arbeitsplatzinhaber beschäftigte Arbeitnehmer gedeckt wird.¹¹¹

Hinsichtlich der vorübergehenden Überlassung stellt sich noch die Frage, ob eine Auslegung des Kriteriums vorübergehend analog § 14 I Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) möglich ist, ob demnach eine Überlassung von einem sachlichen Grund abhängig gemacht werden kann. Auf der einen Seite ist *Hamann* der Meinung, eine

¹⁰⁵ **ErfK/Wank**, AÜG, § 1 Rn. 37.

¹⁰⁶ BT-Drucks 17/4804, 8.

¹⁰⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12, Rn. 34.

¹⁰⁸ LAG Niedersachsen v. 19.9.2012 - 17 TaBV 22/12, Rn. 30.

¹⁰⁹ LAG Niedersachsen v. 19.9.2012 - 17 TaBV 22/12, Rn. 30.

¹¹⁰ **Ulber**, AÜG, § 1 Rn. 230e.

¹¹¹ **Hamann**, RdA 2011, 321 (326).

Befristungskontrolle des Überlassungsvertrages analog § 14 I TzBfG hätte gravierende Einschnitte für die Arbeitnehmerüberlassung als flexibles Personaleinsatzinstrument zur Folge. Er stellt die These auf, das Kriterium vorübergehend bezwecke nicht das Sichern des Fortbestehens eines bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Schutz der Leiharbeiter wird nicht durch das Erschweren des Zugangs für Arbeitsuchende zu dieser Beschäftigungsart verbessert.¹¹² Ebenso vertreten *Reiserer/Christ* die Position, eine Auslegung analog § 14 TzBfG würde die Leiharbeitsbranche stark einschränken und dies dürfte der Intention des Gesetzgebers wie der Leiharbeitsrichtlinie zuwiderlaufen.¹¹³ Auf der anderen Seite bejahen viele Autoren diese Frage. Aus der Sicht von *Fitting* ist die Überlassung eines Leiharbeitnehmers vorübergehend, wenn für sie eine der Befristungsgründe des § 14 I S. 2 Nr. 1-5 TzBfG vorliegt oder wenn es beim Entleiher einen zusätzlichen Beschäftigungsbedarf gibt, dessen Dauer ungewiss ist.¹¹⁴ Nach dessen Erklärung darf die zeitliche Überlassung nach der Neuregelung des § 1 I S. 2 AÜG nur noch vorübergehend erfolgen und sowohl Verleiher als auch Entleiher sind an diese Vorgabe gebunden.¹¹⁵ Entsprechend seiner Meinung ist die Einstellung eines Leiharbeitnehmers auf Dauer gesetzwidrig, weil sie dem Gesetzeszweck, einen Austausch von Stammpersonal durch Leiharbeiter zu verhindern, zuwiderlaufen würde.¹¹⁶ Laut *Ulber* kann eine vorübergehende Überlassung nur dann vorliegen, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers beim Verleiher nach § 14 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG aus sachlichen Gründen befristet erfolgt.¹¹⁷ Der Grund dafür liegt in dem Erfordernis des Verbleibens des Arbeitgeberrisikos für die Dauer der Überlassung beim Verleiher.¹¹⁸ Außerdem darf durch einen Verleih keine Schwerpunktverlagerung des Leiharbeitsverhältnisses auf den

¹¹² *Ebd.*

¹¹³ *Reiserer/Christ*, in: *Moll*, MAH Arbeitsrecht § 66 Rn. 9.

¹¹⁴ *Fitting*, Karl, in: *Fitting*, Karl/*Engels*, Gerd/*Schmidt*, Ingrid/*Trebinger*, Yvonne/*Linsenmaier*, Wolfgang, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Auflage, München 2012, § 99 Rn. 192a.

¹¹⁵ *Ebd.*

¹¹⁶ *Ebd.*

¹¹⁷ *Ulber*, AÜG, § 1 Rn. 230g.

¹¹⁸ *Ebd.*

Entleiher erfolgen.¹¹⁹ Liegt für den vorübergehenden Einsatz des Arbeitnehmers beim Entleiher ein sachlicher Grund für eine Befristung gemäß § 14 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG vor, rechtfertigt dies gleichzeitig auch einen vorübergehenden Einsatz von Leiharbeitnehmern in diesem Unternehmen.¹²⁰ Er begründet seine Meinung mit den verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung. Nach seiner Auffassung sind die vorübergehende, zeitlich begrenzte Überlassungsdauer und die Übernahme des Beschäftigungsrisikos in verleihfreien Zeiten verfassungsrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung.¹²¹ Das Tragen des Arbeitgeberrisikos in verleihfreien Zeiten sei bei einer zeitlich unbegrenzten Überlassung des Leiharbeitnehmers regelmäßig ausgeschlossen.¹²² In dem Fall liegt begrifflich keine Arbeitnehmerüberlassung vor, es handelt sich hingegen um eine Arbeitsvermittlung.¹²³ Daneben stellt das Tatbestandsmerkmal vorübergehend ein Kriterium bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung zur Verfügung.¹²⁴ Eine Arbeitnehmerüberlassung ist bei bestehendem Dauerbeschäftigungsbedarf des Entleihers ausgeschlossen.¹²⁵ Besteht beim Entleiher ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf, ist eine Arbeitnehmerüberlassung unzulässig, es erfolgt eine Schwerpunktverlagerung des Arbeitsverhältnisses vom überlassenden Arbeitgeber zum Entleiher.¹²⁶ Bei einer vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung verbleibt der Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers vor und nach dem Einsatz beim Dritten im verleihenden Arbeitgeberbetrieb.¹²⁷ *Bartl/Romanowski* sehen das Erfordernis des Vorliegens eines Sachgrundes für eine Befristung nach § 14 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG. Sie halten den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen für ausgeschlossen,

¹¹⁹ *Ulber*, AÜG, § 1 Rn. 230g.

¹²⁰ *Ebd.*

¹²¹ *Ebd.*, AÜG, § 1 Rn. 230d.

¹²² *Ebd.*

¹²³ *Ebd.*

¹²⁴ *Ebd.*, AÜG, § 1 Rn. 230e.

¹²⁵ *Ebd.*

¹²⁶ *Ebd.*

¹²⁷ *Ebd.*, AÜG, § 1 Rn. 230f.

der nur dann als vorübergehend und somit als zulässig anzusehen sei, wenn bei hypothetischer Betrachtung bei Einstellung eines Arbeitnehmers auf diesem Arbeitsplatz das Vorliegen eines Sachgrundes für eine Befristung entsprechend § 14 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG bejaht werden könnte.¹²⁸ Die Flexibilisierung der Leiharbeit ist eines der Ziele des Gesetzgebers. Zur Erfüllung der Anforderungen des globalen Arbeitsmarktes erfolgte die Flexibilisierung der Arbeitnehmerüberlassung. Eine Auslegung des Kriteriums vorübergehend analog § 14 TzBfG hat möglicherweise einschränkende Folgen für die Leiharbeitsbranche. Dadurch könnte es zu einer Einschränkung der Flexibilität der Leiharbeit kommen. Aber die Flexibilisierung ist nicht das einzige Ziel, welchem der Gesetzgeber folgt. Es ist auch die Intention des Gesetzgebers, den Missbrauch der Leiharbeit zu verhindern. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen ist ausgeschlossen. Aus diesen Gründen ist die vorübergehende Überlassung des Arbeitnehmers nur bei einem befristeten Einsatz nach § 14 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG aus sachlichen Gründen als zulässig anzusehen.

IV. ERLAUBNISPFLICHTIGKEIT

1. Erlaubnis

Im Prinzip ist die im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit erfolgende, vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland verboten. Sie darf nicht erfolgen, es sei denn, es existiert eine behördliche Genehmigung. Dies bezeichnet *Lorenz* als “präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt”¹²⁹. Eine solche Arbeitnehmerüberlassung ist nur dann gestattet, wenn das Verleihunternehmen eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach AÜG hat.

Die Bundesagentur für Arbeit erteilt diese Erlaubnis, die anfangs auf ein Jahr befristet und später unbefristet ist (§ 2 IV, V AÜG). Natürliche Personen sowie Personengesamtheiten, Personengesellschaften und juristische Personen können diese Erlaubnis beantragen und gegen eine entsprechende Gebühr erhalten (§ 2a AÜG). Der Antrag auf Erlaubnis ist

¹²⁸ **Bartl**, Ewald/**Romanowski**, Roman, NZA Online Aufsatz 3/2012 Heft 15, 845 (845).

¹²⁹ **Lorenz**, in: **Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath**, AÜG, § 1 Rn. 2.

schriftlich zu stellen (§ 2 I AÜG). Wenn kein in § 3 AÜG aufgeführter Versagungsgrund gegeben ist, muss die Erlaubnis erteilt werden. Die Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit ist in dem Fall an ihr Ermessen gebunden und muss zur Erlaubnis führen, wenn keine Versagungsgründe gegeben sind.¹³⁰ Weil die Erlaubnis personen- bzw. rechtsträgerbezogen erteilt wird, ist eine Übertragung nicht möglich.¹³¹ Die Erlaubnis wird generell erteilt; deswegen ist nicht für jede einzelne Überlassung ein spezieller Antrag vonnöten.

2. Ausnahmen Von Der Erlaubnispflichtigkeit

Obwohl die Erlaubnispflichtigkeit die Norm ist, hat der Gesetzgeber einige Fälle davon befreit. In einigen Fällen liege überhaupt keine Arbeitnehmerüberlassung vor (§ 1 I AÜG) oder das AÜG sei nicht anwendbar (§ 1 III AÜG). In manchen Fällen könne auch keine Erlaubnis erforderlich sein (§ 1a AÜG) oder die Überlassung sei überhaupt nicht erlaubnisfähig (§ 1b AÜG).

a. Kein Vorliegen Einer Arbeitnehmerüberlassung - § 1 I Satz 2 AÜG: Abordnung Zu Einer Arbeitsgemeinschaft

Zuerst bestimmt § 1 I S. 2 AÜG, dass die Abordnung von Arbeitnehmern im Rahmen einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft keine Arbeitnehmerüberlassung ist. Dies ist der Fall, wenn der Verleiher selbst der Arbeitsgemeinschaft angehört und für alle Mitglieder dieselben Branchentarifverträge gelten. Im Weiteren müssen alle Mitglieder aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sein. Für sie gelten die Bestimmungen des AÜG nicht.

b. Keine Anwendbarkeit Des AÜG - § 1 III AÜG

Nicht anwendbar ist das AÜG in den Fällen des § 1 III AÜG. Diese betreffen gemäß § 1 III Nr. 1 AÜG die erlaubnisfreie Nachbarschaftshilfe

¹³⁰ *Ebd.*

¹³¹ **Böhm/Hennig/Popp**, Zeitarbeit, 95.

zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen, dem § 1 III Nr. 2 AÜG entsprechend die Konzernleihe, nach § 1 III Nr. 2a AÜG die gelegentlich erfolgte Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern und § 1 III Nr. 3 AÜG, die Arbeitnehmerüberlassung in das Ausland aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung.

aa. § 1 III Nr. 1 AÜG: Arbeitsplatzsichernde Nachbarschaftshilfe

Eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges ist nach § 1 III Nr. 1 AÜG erlaubnisfrei, vorausgesetzt, sie dient der Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen. Erforderlich ist das Vorliegen eines für beide Vertragspartner geltenden Tarifvertrages, der ausdrücklich diese Ausnahme vorsieht.

bb. § 1 III Nr. 2 AÜG: Konzerninterner Verleih

Vor dem AÜGÄndG 1 war vorübergehender Konzernverleih eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des AÜG. Nach AÜGÄndG 1 traten die Wörter "nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird", an die Stelle der Wörter "seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet, oder". Jetzt ist eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen den Konzernunternehmen, die im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes handeln, nach § 1 III Nr. 2 AÜG von der Erlaubnispflicht befreit. Der Leiharbeiter darf nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt sein. Ob es sich um eine vertikale oder horizontale Überlassung handelt, ist gleichgültig.

cc. § 1 III Nr. 2a AÜG: Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung

Seit dem 1.12.2012 ist eine neue Ausnahme vom Anwendungsbereich des AÜG vorhanden. Durch AÜGÄndG 1 wird nach Nr. 2 des § 1 III, Nr. 2a eingefügt. Sofern sie nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, ist die Arbeitnehmerüberlassung zwischen den Arbeitgebern gemäß § 1 III Nr. 2a AÜG von dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ausgenommen.

dd. § 1 III Nr. 3 AÜG: Gemeinschaftsprivileg

Nach § 1 III Nr. 3 AÜG ist das AÜG auf die Überlassung von Leiharbeitnehmern in einem auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründeten deutsch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmen, an dem der Verleiher beteiligt ist, nicht anzuwenden.

c. Keine Erlaubnis Nötig – § 1A AÜG: Kleinbetriebsprivileg

§ 1a AÜG privilegiert die Personalüberlassung durch die Kleinbetriebe mit weniger als 50 Beschäftigten für die Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen bis zur Dauer von zwölf Monaten. Nach der Änderung des AÜGÄndG 1 muss der Arbeitnehmer seit dem 1.12.2011 nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden, um dieses Privileg zu nutzen. In diesen Fällen ist keine Erlaubnis erforderlich. Es ist nur eine schriftliche Anzeige erforderlich. Entscheidend ist die Kopfzahl der Arbeitnehmer, nicht die Anzahl der Vollzeitbeschäftigten.

d. § 1b AÜG: Generelles Verbot Des Verleihs im Baugewerbe

Die Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig.

Die Arbeitnehmerüberlassung nach diesem Paragraph ist nur in Baubetrieben verboten, das heißt, wenn der Entleiherbetrieb ein Betrieb des Baugewerbes ist. Davon sind nur Betriebe, die überwiegend Bauleistungen erbringen, von § 1b AÜG betroffen.¹³² Mischbetriebe können auch erfasst werden.¹³³ Nicht erfasst sind jedoch die Betriebsabteilungen eines Bauunternehmens, in denen konkret keine Bauleistung erbracht wird.¹³⁴ Das Verbot des § 1b AÜG bezieht sich lediglich auf die Arbeitertätigkeiten, deswegen fallen die Tätigkeiten der Angestellten nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift.¹³⁵

¹³² Engelbrecht, in: Berscheid/Kunz/Brand/Nebeling, FachanwaltArbR, Teil 3 Rn. 1367.

¹³³ Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, 74.

¹³⁴ Engelbrecht, in: Berscheid/Kunz/Brand/Nebeling, FachanwaltArbR, Teil 3 Rn. 1367.

¹³⁵ Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, 75.

C. ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT

Mit dem Inkrafttreten des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes am 12.10.1972 wurde das damalige strenge Verbot der Leiharbeit in Deutschland durch die Erlaubnis der Leiharbeit nach gesetzlichen Vorgaben mit den strengen Beschränkungen ersetzt. Diese Beschränkungen wurden allmählich gelockert. Die Novellierung des Gesetzes im Jahr 2002 verbreitete eine weitgehende Liberalisierung in der Branche. Die Flexibilisierung der Arbeitnehmerüberlassung stand im Mittelpunkt. Geändert wurde das AÜG mehrfach auch danach. Gesetze aus dem Jahr 2011 folgten zuletzt der Novellierung. Der den Änderungen zugrunde liegende Gedanke war die Beschränkung der Novellierung des AÜG von 2002¹³⁶ und das Verhindern des Missbrauches der Leiharbeit. Die Neuregelungen ergeben sich aus der europäischen Richtlinienvorgabe.

Nach aktueller Rechtslage in Deutschland fällt lediglich die vorübergehende Überlassung der Arbeitskräfte in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, die im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers erfolgt. Eine solche Arbeitnehmerüberlassung ist nach § 1 AÜG erlaubnispflichtig.

Die Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist die Überlassung eines Arbeitnehmers (Leiharbeitnehmer) durch einen Arbeitgeber (Verleiher) vorübergehend einem anderen Unternehmen (Entleiher) im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers zur Arbeitsleistung. Das Grundmodell der Arbeitnehmerüberlassung besteht in einer Dreieckskonstellation zwischen dem Leiharbeitnehmer, dem Verleiher und dem Entleiher. Das wesentliche Verhältnis der Arbeitnehmerüberlassung ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer, geregelt durch einen Arbeitsvertrag. Verleiher und Entleiher schließen einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher besteht keine vertragliche Beziehung, der Leiharbeitnehmer unterliegt allerdings dem Weisungsrecht des Entleihers.

¹³⁶ Reiserer/Christ, in: Moll, MAH, Arbeitsrecht § 66 Rn. 3.

Seit 2011 umfasst der Anwendungsbereich des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gemäß § 1 I AÜG natürliche und juristische Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit stammt aus Art. 1 II der Leiharbeitsrichtlinie. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹³⁷ Da diese Beschreibung keine Gewinnerzielungsabsicht benötigt¹³⁸, erfasst der Anwendungsbereich des AÜG auch die Verleiher, die gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen.¹³⁹ Außerdem erfordert die europarechtliche Darstellung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit das Anbieten der Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt. Eine Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit mit der Folge, dass konzerninterne oder quasi-konzerninterne Personalgestellungen mangels externen Marktes nicht als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden, würde dem Willen des Gesetzgeber jedoch zuwiderlaufen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs sind auch konzerninterne Personalservicegesellschaften, die Leiharbeiter zum Selbstkostenpreis an andere Konzernunternehmen überlassen, als erlaubnispflichtig einzustufen.¹⁴⁰ Die Beschreibung der Gewerbsmäßigkeit erforderte eine auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit. Inwieweit nach der Neudefinition an einer auf eine gewisse Dauer angelegten Tätigkeit festzuhalten ist, ist noch ungeklärt.

“Die vorübergehende Überlassung” ist nach den Änderungen aus dem Jahr 2011 eine Voraussetzung für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG. Die Aufsetzung des Kriteriums war auch eine Angleichung an die europäische Leiharbeitsrichtlinie. Der Begriff vorübergehend bedeutet die Bedingung eines zeitlich begrenzten Einsatzes

¹³⁷ EuGH NJW 2002, 877 (878); EuGH EuZW 2006, 306 (310).

¹³⁸ EuGH EuZW 2006, 306 (310, 311).

¹³⁹ ArbG Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, Rn. 37; **ErfK/Wank**, AÜG, § 1 Rn. 31, 34, 35; **Leuchten**, NZA 2011, 608 (609); a. A. **Hamann**, NZA 2011, 70 (71).

¹⁴⁰ BT-Drucks 17/4804, S. 1, 8.

von Leiharbeitnehmern¹⁴¹ und erfordert für längere Zeit als die konkrete Überlassung abgeschlossener Leiharbeitsvertrag. Dauerverleihe sind nicht erlaubt.¹⁴² Daneben darf die Überlassung von Leiharbeitnehmern nicht zur Verdrängung der auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzten eigenen Arbeitnehmer vom Entleiher genutzt werden. Eine Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt nicht vorübergehend, wenn durch die Arbeitnehmerüberlassung ein reiner Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird.¹⁴³ Da *der* Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen ausgeschlossen ist, ist die vorübergehende Überlassung des Arbeitnehmers nur bei einem befristeten Einsatz nach § 14 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG aus sachlichen Gründen als zulässig anzusehen.

Eine im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit erfolgende, vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ist in Deutschland nur gestattet, wenn das Verleihunternehmen eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach AÜG hat. Einige Fälle sind aber von der Erlaubnispflichtigkeit befreit. Diese sind folgende: § 1 I S. 2 AÜG entsprechend Abordnung zur Arbeitsgemeinschaft, keine Anwendbarkeit des AÜG in den Fällen des § 1 III AÜG, Kleinbetriebprivileg gemäß § 1a AÜG und generelles Verbot des Verleihs im Baugewerbe laut § 1b AÜG.

Das Halten der Balance zwischen dem Verbot, der Erlaubnis und der Beschränkung ist bei der Feststellung des Anwendungsbereichs des AÜG zu beachten. Die Leiharbeitsbranche ist eine Hilfsbranche bei einem vorübergehenden Beschäftigungsbedarf von Unternehmen; dies ist nicht außer Acht zu lassen. Leiharbeiter sind keine billigen Arbeitskräfte, die die Unternehmen zur Abdeckung des Dauerbeschäftigungsbedarfs ausnutzen könnten.

¹⁴¹ **Hamann**, RdA 2011, 321 (326).

¹⁴² LAG Niedersachsen v. 19.9.2012 - 17 TaBV 22/12, Rn. 30; **ErfK/Wank**, AÜG, § 1 Rn. 12; **Hamann**, RdA 2011, 321 (324); **Leuchten**, NZA 2011, 608 (609).

¹⁴³ LAG Berlin-Brandenburg v. 19.12.2012 - 4 TaBV 1163/12, Rn. 34.

Literaturverzeichnis

- Bartl**, Ewald/**Romanowski**, Roman; NZA Online Aufsatz 3 / 2012 Heft 15, 845.
- Bährle**, Ralph Jürgen; Arbeitsrecht, 1. Auflage, Stuttgart 1997.
- Berscheid**, Ernst-Dieter/**Kunz**, Jürgen/**Brand**, Jürgen/**Nebeling**, Marin; Fachanwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, Münster 2010. (zit. FachanwaltshandbuchArbR)
- Boemke**, Burkhard/**Lembke**, Mark; Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2005.
- Böhm**, Wolfgang/**Hennig**, Jörg/**Popp**, Cornelius; Zeitarbeit, Köln 2008.
- Brox**, Hans/**Rüthers**, Bernd/**Henssler**, Martin; Arbeitsrecht, 17. Auflage, Stuttgart 2007.
- Bundesagentur für Arbeit**; Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarkt 2011, 59. Jahrgang, Sondernummer 2.
- Däubler**, Wolfgang/**Hjort**, Jens Peter/**Hummel**, Dieter/**Wolmerath**, Martin; Nomos Kommentar Arbeitsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.
- Engelbrecht**, Georg; in: **Berscheid**, Ernst-Dieter/**Kunz**, Jürgen/**Brand**, Jürgen/**Nebeling**, Marin; Fachanwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, Münster 2010.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 13. Auflage, München 2013. (zit. ErfK)
- Fitting**, Karl; in: **Fitting**, Karl/**Engels**, Gerd/**Schmidt**, Ingrid/**Trebinger**, Yvonne/**Linsenmaier**, Wolfgang; Betriebsverfassungsgesetz, 26. Auflage, München 2012.
- Fitting**, Karl/**Engels**, Gerd/**Schmidt**, Ingrid/**Trebinger**, Yvonne/**Linsenmaier**, Wolfgang; Betriebsverfassungsgesetz, 26. Auflage, München 2012.
- Friernel**, Kilian/**Hautumm**, Daniel; Vorteile von Leiharbeit, AuA 2010, 208.

- Kokemoor**, Axel; Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung durch die Hartz-Umsetzungsgesetze Überblick über das seit dem 1.1.2003 geltende Recht der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2003, 238.
- Hamann**, Wolfgang; in: **Schüren**, Peter, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 3. Auflage, München, 2007.
- Hamann**, Wolfgang; Kurwechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2011, 70.
- Hamann**, Wolfgang; Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321.
- Leuchten**, Alexius; Das neue Recht der Leiharbeit Die wesentliche Neuerungen im AÜG, NZA 2011, 608.
- Lorenz**, Frank; in: **Däubler**, Wolfgang/**Hjort**, Jens Peter/**Hummel**, Dieter /**Wolmerath**, Martin; Nomos Kommentar Arbeitsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.
- Löwisch**, Manfred; Arbeitsrecht, 8. Auflage, Köln 2007.
- Marschall**, Dieter; Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 3. Auflage, München 2003.
- Moll**, Wilhelm; Münchener Anwalts Handbuch, 3. Auflage, München 2012. (zit. MAH)
- Preis**, Ulrich; Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2009.
- Reiserer**, Kerstin/**Christ**, Florian; in: **Moll**, Wilhelm; Münchener Anwalts Handbuch, 3. Auflage, München 2012.
- Rolfs**, Christian/**Witschen**, Stefan; Zeitarbeit vor dem Aus? -Anmerkungen zu LAG Berlin-Brandenburg vom 7.12.2009 - 23 Ta BV 1016/09, DB 2010, 1180.
- Schüren**, Peter; Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231.
- Schüren**, Peter; Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 3. Auflage, München, 2007.
- Thüsing**, Gregor; Equal pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446.
- Ulber**, Jürgen; Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232.
- Ulber**, Jürgen; AÜG Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar für die Praxis, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2011.

Wank, Rolf; in: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 13. Auflage, München 2013.

Gerichtsentscheidungen

ArbG Krefeld v. 15.5.2012 – 1 Ca 2551/11, juris.

LAG Berlin-Brandenburg v. 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12, juris.

LAG Düsseldorf vom 30.7.2009 - 15 Sa 268/09, juris.

LAG Düsseldorf v. 26.07.2012 - 15 Sa 1452/11, juris.

LAG Niedersachsen v. 19.9.2012 - 17 TaBV 22/12, juris.

BAG v. 28.11.1989 - 1 ABR 90/88, NZA 1990, 364.

BAG v. 30.01.1991 - 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19.

BAG v. 22.06.1994 - 7 AZR 286/93, NZA 1995, 462.

BAG v. 09.11.1994 - 7 AZR 217/94, NZA 1995, 572.

BAG v. 16.4.2003 - 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1345.

BAG v. 22.10.2003 - 7 ABR 3/03, NZA 2004, 1052.

BAG v. 25.1.2005 - 1 ABR 61/03, NZA 2005, 1199.

BGH v. 21.1.2003 - X ZR 261/01, NZA 2003, 616.

BVerfG v. 4.4.1967 - 1 BvR 414/64, 1 BvR 84/65, 1 BvR 126/65, BB 1967, 463.

EuGH v. 19. 2. 2002 - Rs. C-309/99 J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, NJW 2002, 877.

EuGH v. 10. 1. 2006 - C-222/04 Ministero dell'Economia e delle Finanze/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA u.a., EuZW 2006, 306.

Abkürzungsverzeichnis

AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
AÜG	Das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung
AÜGÄndG 1	Das erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung
AÜG/SchwarzArbG2004ÄndG	Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater BetrVGBetriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGBl	Bundesgesetzblatt
BT-Drucks	Deutscher Bundestag Drucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
EinglVerbG	Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt
Ebd.	Ebenda
EuGH	Europäischen Gerichtshofes

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GG	Grundgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Leiharbeitsrichtlinie	Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Rand
S.	Satz
SGB	Sozialgesetzbuch
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
usw.	und so weiter
v.	vom
zit.	zitiert