

Paul Kolfhaus

# Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer\*innenüberlassung

Der Schutz von Leiharbeitskräften in Deutschland



**Nomos**



Arbeitsrechtliche Schriften

herausgegeben vom  
Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung

Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. Dr. Wolfgang Däubler  
Prof. Dr. Olaf Deinert  
Prof. Dr. Michael Kittner  
Dr. Thomas Klebe  
Prof. Dr. Rüdiger Krause  
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis  
Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter  
Prof. Dr. Marlene Schmidt  
Prof. Dr. Bernd Waas  
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Manfred Weiss  
Dr. Johanna Wenckebach

Band 6

Paul Kolfaus

# Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer\*innenüberlassung

Der Schutz von Leiharbeitskräften in Deutschland

**HSI**

Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut  
der Hans-Böckler-Stiftung



**Nomos**

Gefördert durch das Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht  
der Hans-Böckler-Stiftung.

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bremen, Universität, Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-8813-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-3491-2 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck  
und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte,  
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der  
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bremen als Dissertation angenommen und anschließend minimal überarbeitet. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Januar 2022 berücksichtigt

Mein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Wolfgang Däubler für engagierte Diskussionen, erhellende Einordnungen und die wohlwollende Betreuung. Dank gebührt auch Prof. Dr. Sebastian Kolbe für seine freundlichen Hinweise und die rasante Erstellung des Zweitgutachtens. Den Kolleg\*innen am Hugo Sinzheimer Institut danke ich für den großzügigen Druckkostenzuschuss und freue mich über die Aufnahme in die dort verantwortete Reihe der Arbeitsrechtlichen Schriften.

Diese Arbeit fußt wesentlich auf den Erfahrungen und Erkenntnissen zahlreicher Lohnabhängiger, Betriebsratsmitglieder, Gewerkschafter\*innen und Wissenschaftler\*innen der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften. Ohne diese teilweise in schmerzhaften Auseinandersetzungen gewonnenen Ergebnisse und Einsichten könnten Jurist\*innen nicht in ergonomisch optimierten Bürostühlen sitzen und die rechtliche Dimension der tatsächlichen Verhältnisse untersuchen. Danke dafür.

Nicht zuletzt möchte ich mich bei meinen Kanzlei-Kolleg\*innen sowie bei Nele, Nella, Maxe, Jonathan, Adrian, Franzi, Johannes und meiner Familie für Rat, Diskussionen, Unterstützung und Freiräume an den richtigen Stellen bedanken. Ein freudloseres Unterfangen wäre diese Arbeit außerdem ohne den endlosen, vielschichtigen Support von Beke geworden. Danke Dir, für Alles.

*Hamburg, im Mai 2022*

*Paul Kolffhaus*



## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
Erster Teil: Arbeitnehmer*innenüberlassung in Deutschland	34
A. Leiharbeit als Dreiecksverhältnis	34
B. Funktions- und Arbeitsbedingungen in der Arbeitnehmer*innenüberlassung	36
I. Verbreitung von Leiharbeit	37
1. Ausmaß der Nutzung von Leiharbeit	37
2. Verbreitung nach beruflicher Qualifikation	39
3. Verbreitung nach Nutzungsstrategie	43
4. Zwischenergebnis	58
II. Leistungsniveau in der Leiharbeit	59
1. Einarbeitungszeit	60
2. Berufliche Qualifikation	61
3. Motivation	63
4. Zusammenfassung und Bewertung	64
III. Arbeitsbedingungen von Leiharbeiter*innen	65
1. Entgelt	66
2. Arbeitsplatzsicherheit	117
3. Zwischenergebnis	150
C. Ergebnis erster Teil	151
Zweiter Teil: „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeiter*innen“ in Deutschland	155
A. Unionsrechtliches Gebot zur Achtung des Gesamtschutzes	156
I. Positionen in Literatur und Rechtsprechung	156
1. Programmsatzfunktion	158
2. Absolutes Schutzverständnis	159
3. Relatives Schutzverständnis	164
4. Zusammenfassung	169
II. Kritik	170

## Inhaltsübersicht

1. Wortlaut	172
2. Systematik	181
3. Telos	218
4. Entstehungsgeschichte	239
III. Zwischenergebnis	258
1. Inhaltliche Anforderungen der Gesamtschutzklausel	258
2. Anforderungen an die Umsetzung der Gesamtschutzklausel	265
B. Schutzniveau in Deutschland	267
I. Spezifische Schutzmechanismen des AÜG	267
II. Unspezifische Schutzmechanismen	271
1. Sittenwidrigkeitsgrenze	271
2. Tarifrecht als Garant angemessener Tarifverträge	278
3. Bindung an das gesetzgeberische Schutzkonzept	296
III. Zwischenergebnis	319
IV. Unionsrechtskonforme Auslegung	320
C. Ergebnis zweiter Teil	323
Dritter Teil: Zwingende Gleichstellung als Richtlinienumsetzung	327
A. Überblick zur Möglichkeit einer zwingenden Gleichstellungspflicht	328
B. Zulässigkeit einer zwingenden Gleichstellungspflicht	331
I. Unionsrechtliche Zulässigkeit einer zwingenden Gleichstellungspflicht	332
1. Vereinbarkeit mit der Grundrechtecharta	333
2. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	406
3. Vereinbarkeit mit der RL 2008/104/EG	416
4. Zwischenergebnis	418
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	420
1. Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte	420
2. Art. 9 Abs. 3 GG	421
3. Art. 12 Abs. 1 GG	428
4. Art. 3 GG	436
5. Zwischenergebnis	438
III. Zwischenergebnis	438
C. Überblick zu den praktischen Folgen einer zwingenden Gleichstellungspflicht	438
I. Folgen auf individueller Ebene	439

*Inhaltsübersicht*

II. Folgen auf kollektiver Ebene	444
III. Folgen auf gesamtgesellschaftlicher Ebene	448
D. Ergebnis dritter Teil	449
Resümee	450
Literaturverzeichnis	459



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
Erster Teil: Arbeitnehmer*innenüberlassung in Deutschland	34
A. Leiharbeit als Dreiecksverhältnis	34
B. Funktions- und Arbeitsbedingungen in der Arbeitnehmer*innenüberlassung	36
I. Verbreitung von Leiharbeit	37
1. Ausmaß der Nutzung von Leiharbeit	37
2. Verbreitung nach beruflicher Qualifikation	39
a. Berufsabschlüsse von Leiharbeitnehmer*innen	39
b. Anforderungsniveau der ausgeübten Tätigkeiten	41
c. Zusammenfassung und Bewertung	42
3. Verbreitung nach Nutzungsstrategie	43
a. Ad Hoc Ersatz	45
b. Einsatz als Flexibilitätspuffer	46
c. Strategischer Einsatz	46
d. Einsatz zur Auslagerung der Personalgewinnung	50
e. Zusammenfassung und Bewertung	52
4. Zwischenergebnis	58
II. Leistungsniveau in der Leiharbeit	59
1. Einarbeitungszeit	60
2. Berufliche Qualifikation	61
3. Motivation	63
4. Zusammenfassung und Bewertung	64
III. Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmer*innen	65
1. Entgelt	66
a. Normative Grundlagen	66
1) RL 2008/104/EG	67
a) Grundsatz der Gleichbehandlung	67
b) Ausnahmeregelungen	69
c) Zusammenfassung	71

*Inhaltsverzeichnis*

2) AÜG	71
a) Grundsatz der Gleichstellung	72
b) Ausnahmeregelung: Tarifdispositivität	78
(1) Möglichkeit tariflicher Durchbrechung	79
(2) Grenzen der tariflichen Regelungsmacht	81
c) Lohnuntergrenze	83
d) Zusammenfassung	85
b. Rechtswirklichkeit	86
1) Tarifverträge	86
a) Manteltarifverträge	89
b) Entgelttarifverträge	99
c) Entgelttarifverträge	102
d) Branchenzuschlagstarifverträge	103
e) Tarifvertrag über Mindestentgelte	106
f) Vereinbarungen der Einsatzbranchen	106
g) Zusammenfassung	110
2) Konkrete Entgelte von Leiharbeiter*innen	111
c. Zusammenfassung und Bewertung	116
2. Arbeitsplatzsicherheit	117
a. Normative Grundlagen	118
1) RL 2008/104/EG	118
2) Deutsche Rechtslage	120
a) Grundsätzliche Behandlung von Leiharbeitsverhältnissen	120
b) Kündigungsschutz nach dem KSchG	121
(1) Dringendes betriebliches Erfordernis	121
(2) Sozialauswahl	125
c) Allgemeiner Kündigungsschutz	137
d) Kündigungsfristen	139
e) Befristungsrecht	140
f) Zusammenfassung	142
b. Rechtswirklichkeit	143
1) Tarifverträge	143
2) Konkrete Arbeitsplatzsicherheit von Leiharbeiter*innen	144
c. Zusammenfassung und Bewertung	149
3. Zwischenergebnis	150
C. Ergebnis erster Teil	151

Zweiter Teil: „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeiternehmer*innen“ in Deutschland	155
A. Unionsrechtliches Gebot zur Achtung des Gesamtschutzes	156
I. Positionen in Literatur und Rechtsprechung	156
1. Programmsatzfunktion	158
2. Absolutes Schutzverständnis	159
a. Unspezifische Angemessenheitsvermutung	160
b. Spezifischer Mindestschutz	161
3. Relatives Schutzverständnis	164
4. Zusammenfassung	169
II. Kritik	170
1. Wortlaut	172
a. Bedeutung des Wortteils „Schutz“	173
b. Bedeutung des Wortteils „Gesamt“	176
c. Bedeutung des Worts „Achtung“	178
d. Andere Sprachfassungen	179
e. Zusammenfassung	181
2. Systematik	181
a. Anhaltspunkte innerhalb der Richtlinie	182
1) Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG	182
2) Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG	185
3) Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG	191
4) Art. 5 Abs. 5 Satz 1 RL 2008/104/EG	194
b. Anhaltspunkte im Primärrecht	196
1) Artt. 28, 31 GRCh	197
2) Unionskompetenz trotz Art. 153 Abs. 5 AEUV	203
c. Anhaltspunkte im Sekundärrecht	206
1) Tariföffnungsklauseln	209
2) Bezugnahmen auf das Schutzniveau konkreter Richtlinien	212
3) Verschlechterungsverbote	213
4) Gleichlautende Zielbestimmungen	215
5) RL 91/383/EWG	216
d. Zusammenfassung	217
3. Telos	218
a. Sinn und Zweck der Richtlinie RL 2008/104/EG	219
b. Sinn und Zweck der Ausnahmemöglichkeit des Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG	223
c. Sinn und Zweck des Gebots zur Achtung des Gesamtschutzes	228

*Inhaltsverzeichnis*

d. Zusammenfassung	235
4. Entstehungsgeschichte	239
a. Chancen und Grenzen der historischen Auslegung	240
b. Abriss der Entstehung der Gesamtschutzklausel	241
c. Hinweise der historischen Auslegung	246
1) Gefordertes Schutzniveau	247
2) Tarifikontrolle und Tarifautonomie	250
3) Weitere Anhaltspunkte	255
d. Zusammenfassung	257
III. Zwischenergebnis	258
1. Inhaltliche Anforderungen der Gesamtschutzklausel	258
2. Anforderungen an die Umsetzung der Gesamtschutzklausel	265
B. Schutzniveau in Deutschland	267
I. Spezifische Schutzmechanismen des AÜG	267
II. Unspezifische Schutzmechanismen	271
1. Sittenwidrigkeitsgrenze	271
a. Anwendbarkeit von § 138 BGB auf Tarifverträge	272
b. Grenze eines zulässigen Missverhältnisses	273
c. Feststellung des Werts der erbrachten Arbeitsleistung	274
d. Zusammenfassung	278
2. Tarifrecht als Garant angemessener Tarifverträge	278
a. Funktionsdefizite bei der Tarifaushandlung	281
b. Reichweite der Angemessenheitsvermutung	287
c. Bedeutung der Angemessenheitsvermutung für die Leiharbeit	295
d. Zusammenfassung	296
3. Bindung an das gesetzgeberische Schutzkonzept	296
a. Wortlaut	298
b. Systematik	299
1) Anhaltspunkte aus dem AÜG	299
2) Parallele zu § 4 Abs. 4 EFZG	301
3) Parallele zu § 13 Abs. 1 BUrtG, § 19 Abs. 1 BetrAVG	303
4) Parallele zu §§ 7, 12 ArbZG	304
5) Parallele zu § 622 Abs. 4 BGB	306
6) Parallele zu § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG	308
7) Angemessenheitsvermutung von Tarifverträgen	310
8) Art. 9 Abs. 3 GG	310

c. Telos	313
d. Entstehungsgeschichte	316
e. Zusammenfassung	318
III. Zwischenergebnis	319
IV. Unionsrechtskonforme Auslegung	320
C. Ergebnis zweiter Teil	323
Dritter Teil: Zwingende Gleichstellung als Richtlinienumsetzung	327
A. Überblick zur Möglichkeit einer zwingenden Gleichstellungspflicht	328
B. Zulässigkeit einer zwingenden Gleichstellungspflicht	331
I. Unionsrechtliche Zulässigkeit einer zwingenden Gleichstellungspflicht	332
1. Vereinbarkeit mit der Grundrechtecharta	333
a. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta	334
b. Art. 28 GRCh	337
1) Schutzbereich	338
2) Eingriff	342
3) Rechtfertigung	344
a) Schrankenvorbehalte	344
b) Gesetzliche Regelung	349
c) Wesensgehalt unverletzt	351
d) Verhältnismäßigkeit	352
(1) Legitimes Ziel	352
(a) Mögliche Ziele der Gleichstellung	353
(b) Qualifikation dieser Ziele	357
(2) Geeignetheit	365
(3) Erforderlichkeit	371
(4) Angemessenheit	377
c. Art. 16 GRCh	384
1) Schutzbereich	384
2) Eingriff	387
3) Rechtfertigung	390
a) Schrankenvorbehalte	390
b) Gesetzliche Regelung	391
c) Wesensgehalt unverletzt	391
d) Verhältnismäßigkeit	394
d. Art. 15 GRCh	400
e. Art. 20 GRCh	402

*Inhaltsverzeichnis*

f. Zwischenergebnis	404
2. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	406
a. Art. 56 AEUV	406
1) Anwendungsbereich	406
2) Beschränkung	407
3) Rechtfertigung	409
b. Art. 45 AEUV	414
c. Zwischenergebnis	416
3. Vereinbarkeit mit der RL 2008/104/EG	416
4. Zwischenergebnis	418
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	420
1. Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte	420
2. Art. 9 Abs. 3 GG	421
a. Schutzbereich	422
b. Eingriff	422
c. Rechtfertigung	425
3. Art. 12 Abs. 1 GG	428
a. Schutzbereich	429
b. Eingriff	430
c. Rechtfertigung	433
4. Art. 3 GG	436
5. Zwischenergebnis	438
III. Zwischenergebnis	438
C. Überblick zu den praktischen Folgen einer zwingenden Gleichstellungspflicht	438
I. Folgen auf individueller Ebene	439
II. Folgen auf kollektiver Ebene	444
III. Folgen auf gesamtgesellschaftlicher Ebene	448
D. Ergebnis dritter Teil	449
Resümee	450
Literaturverzeichnis	459

## Abkürzungsverzeichnis

BAP	Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
CGM	Christliche Gewerkschaft Metall
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen
Covid-19	Coronavirus disease 2019
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DHV	DHV-Die Berufsgewerkschaft e.V., ehem. Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband
ERTV BAP/DGB	Entgelttarifvertrag zur Zeitarbeit zwischen dem BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 18.12.2019
ERTV iGZ/DGB	Entgelttarifvertrag zur Zeitarbeit zwischen der iGZ und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 18.12.2019
ETV BAP/DGB	Entgelttarifvertrag zur Zeitarbeit zwischen dem BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 18.12.2019
ETV iGZ/DGB	Entgelttarifvertrag zur Zeitarbeit zwischen der iGZ und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 18.12.2019
EVG	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft
GÖD	Gewerkschaft öffentlicher Dienst und Dienstleistungen
IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall
iGZ	Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen
MTV BAP/DGB	Manteltarifvertrag zur Zeitarbeit zwischen dem BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 18.12.2019
MTV iGZ/DGB	Manteltarifvertrag zur Zeitarbeit zwischen der iGZ und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 18.12.2019
PM	Pressemitteilung

*Abkürzungsverzeichnis*

TV BZ ME	Tarifvertrag Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Metall- und Elektroindustrie zwischen dem BAP, der iGZ und der IGM vom 15.09.2017
TV LeiZ Baden-Württemberg	Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit für Beschäftigte der Metall- und Elektroindustrie in Baden-Württemberg vom 11.11.2021
ver.di	Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft
VGZ	Verhandlungsgemeinschaft Zeitarbeit

Ergänzend wird verwiesen auf Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021, Berlin.



