

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 403

Arbeitnehmerüberlassung unter dem Grundgesetz

Ein Rechtsgutachten zur berufs- und arbeitsrechtlichen
Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, zum Übermaßverbot
und zu den Bindungswirkungen der Entscheidungen
des Bundesverfassungsgerichts

Von

Prof. Dr. Bodo Pieroth



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

BODO PIEROTH

Arbeitnehmerüberlassung unter dem Grundgesetz

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 403

Arbeitnehmerüberlassung unter dem Grundgesetz

Ein Rechtsgutachten zur berufs- und arbeitsrechtlichen
Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, zum Übermaßverbot
und zu den Bindungswirkungen der Entscheidungen
des Bundesverfassungsgerichts

Von

Prof. Dr. Bodo Pieroth



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 05066 5

Vorwort

„Arbeitnehmerüberlassung“ ist der juristisch korrekte Ausdruck, von „Menschenhandel“ sprechen die politischen Gegner. Das *Vermieten menschlicher Arbeitskraft*, bis 1967 als Arbeitsvermittlung in das staatliche Monopol eingeschlossen, darf seit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Bundesrepublik Deutschland von privaten Unternehmern gewerbsmäßig betrieben werden. Mit Blick auf die hierbei aufgetretenen sozialen Mißstände wird seit langem vor allem vom Deutschen Gewerkschaftsbund ein *Verbot* der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gefordert. Ein Regierungsentwurf vom September 1981 will die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung wenigstens in der *Bauwirtschaft* untersagen, wo die größten Mißstände zu verzeichnen sind und wo die Einhaltung sozialer Schutzvorschriften am schwersten zu kontrollieren ist. Ist dieser Entwurf infolge der berufs- und arbeitsrechtlichen *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* verfassungsmäßig, oder verletzt er die grundrechtliche *Berufsfreiheit* der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlasser, indem er das verfassungsrechtliche Prinzip des *Übermaßverbots* nicht wahrt? Ist ein Verbot der Arbeitnehmerüberlassung mit den *Bindungswirkungen* der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar? Diesen Fragen geht das vorliegende Rechtsgutachten nach, das im Auftrag des Bundesvorstandes der Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden entstand.

Die Arbeit führt mitten hinein in fundamentale Probleme der gegenwärtigen *Grundrechtsdiskussion*: Was schützen die Grundrechte *wie* gegen *wen*? Gilt noch das *liberal-rechtsstaatliche Grundrechtsmodell* mit seinem Eingriffs- und Schrankendenken, und heißt grundrechtliche Freiheit nach wie vor das Belieben Einzelner im gesellschaftlichen Bereich? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die meisten Autoren *verneinen* diese Fragen. Doch sind ihre Antworten fragmentarisch, unsystematisch und teilweise inkonsistent mit dem überkommenen dogmatischen Instrumentarium. Ihr Sammelbegriff für die Tendenzen, in denen über das liberal-rechtsstaatliche Grundrechtsmodell hinausgegangen wird, lautet „*objektiv-rechtliche Bedeutung der Grundrechte*“. Die damit ausgedrückten normativen Wirkungen können nicht die gleiche juristische Stringenz haben, die ein in jahrzehntelanger Entwicklung erprobtes Modell hervorgebracht hat. Gleichwohl erscheint es ausgeschlossen, auf einen Stand vor der modernen Erwei-

terung des Grundrechtsschutzes *zurückzukehren*. Solange andererseits ein neues Paradigma über Umfang und Art grundrechtlicher Freiheit sich nicht durchgesetzt hat, bleibt für ein Rechtsgutachten nichts anderes übrig, als die *tatsächliche gegenwärtige juristische Praxis* zum Ausgangspunkt der Argumentation zu nehmen.

Gratias ago amica: Mein herzlicher Dank für die Mitarbeit gilt Beate Lehnhard.

Bochum, den 12. November 1981

B. P.

Inhaltsverzeichnis

1. Die heutige Problematik der Arbeitnehmerüberlassung	9
1.1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 1967	9
1.2. Folgen und Reaktionen	13
1.3. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	16
1.4. Die seitherige Entwicklung	17
1.5. Der Bericht der Bundesregierung von 1980	19
1.6. Die Regierungsentwürfe vom September 1981	22
1.7. Fragestellung der Untersuchung	24
2. Zur geschichtlichen Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland	27
2.1. Die geschichtliche Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung bis 1967	27
2.1.1. Die Zeit vor 1922	27
2.1.2. Das Arbeitsnachweisgesetz von 1922	27
2.1.3. Gesetzesänderungen bis 1933	28
2.1.4. Die Zeit des Nationalsozialismus	29
2.1.5. Die Nachkriegsentwicklung	29
2.2. Zur historischen Argumentation des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 1967	31
3. Die verfassungsrechtlich garantierte Berufsfreiheit	34
3.1. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG	34
3.1.1. Freie Wahl des Berufs, des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte	34
3.1.2. Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit	36
3.1.3. Begrenzung auf „erlaubte“ Tätigkeit?	38
3.1.4. Begrenzung durch „anerkannte“ Verwaltungsmonopole? ..	39
3.1.5. Begrenzung auf Berufe außerhalb des „öffentlichen Dienstes“?	45

3.1.6. Juristische Personen als Träger der Berufsfreiheit	46
3.1.7. Art. 12 Abs. 1 GG als Abwehrrecht und als Element objektiver Ordnung	47
3.1.7.1. Allgemeines zu den subjektiv- und objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechte	47
3.1.7.2. Unterschiedliche Schutzrichtungen des Art. 12 Abs. 1 GG	54
3.2. Verfassungsrechtliche Schranken der Berufsfreiheit	58
3.2.1. Zur Tragweite des Regelungsvorbehalts	58
3.2.2. Verfassungsrechtliche Schranken für gesetzliche Eingriffe nach der „Stufentheorie“	60
3.2.3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bzw. das Übermaßverbot in heutiger dogmatischer Sicht	65
3.2.4. Einzelne den Gesetzgeber beschränkende verfassungsrechtliche Kriterien	75
3.2.4.1. Zulässigkeit der gesetzgeberischen Zwecksetzung ..	76
3.2.4.2. Geeignetheit	77
3.2.4.3. Erforderlichkeit (Notwendigkeit, Minimaleingriff, Interventionsminimum)	80
3.2.4.4. Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne)	84
3.2.4.5. Zumutbarkeit (Mindestposition)	84
3.2.4.6. Zusammenfassende Beurteilung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe der Bauwirtschaft	87
3.2.4.7. Einige Aspekte zu einem totalen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung	89
3.2.5. Zusätzliche Schranken der Berufsfreiheit aus Art. 33 GG? ..	91
4. Die Bindung des Gesetzgebers durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	94
4.1. Rechtskraft	94
4.2. Bindungswirkung	98
4.3. Gesetzeskraft	100
4.4. Speziell zur Verbindlichkeit in der Zeit	101
5. Zusammenfassung	110
Literaturverzeichnis	118

1. Die heutige Problematik der Arbeitnehmerüberlassung

1.1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 1967

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. April 1967¹ wurde die jahrzehntelang fast unveränderte Rechtslage im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung radikal geändert. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsstreit ging es um die Frage der Reichweite des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit (bzw. für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, wie sie damals hieß) — im folgenden: Bundesanstalt — und des näheren um die *Zulässigkeit der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung*. Bis zu dem genannten Zeitpunkt war diese unzulässig; die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hob das Verbot auf.

Ein kurzer Rückblick auf die *Entwicklung der Rechtslage* im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zeigt die Bedeutung dieser Entscheidung: Seit dem Arbeitsnachweisgesetz (ANG) vom 22. 7. 1922 (RGBl. I S. 657) war die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung, in der damaligen Terminologie: die unechte Leiharbeit, durch eine gesetzliche Fiktion untersagt. Diese Rechtslage wurde durch das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. 7. 1927 (RGBl. I S. 187) aufrechterhalten. In der nationalsozialistischen Zeit gab es zwar zum Teil einschlägige gesetzliche Änderungen, doch konnte sich eine gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung weiterhin nicht entfalten.

Dem entsprach auch die Rechtslage zur Zeit des Urteils des Bundesverfassungsgerichts. Sie war bestimmt durch das AVAVG in der Fassung des Gesetzes vom 23. 12. 1956 (BGBl. I S. 1018)². Gemäß dessen § 37 Abs. 1 war Arbeitsvermittlung im Sinne dieses Gesetzes jede planmäßige Tätigkeit, die darauf gerichtet war, arbeitsuchende Arbeitnehmer mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Nach § 37 Abs. 3 AVAVG galt als Arbeitsvermittlung ferner die Zuweisung von Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft der Zuweisende regelmäßig dritten Personen für eine Beschäftigung zur

¹ BVerfGE 21, 261.

² In Kraft getreten am 3. 4. 1957, vgl. BGBl. I S. 322.

Verfügung stellte, ohne selbst die Arbeit auf eigene Rechnung ausführen zu lassen. Im Zusammenhang mit § 35 AVAVG, wonach Arbeitsvermittlung nur von der Bundesanstalt betrieben werden durfte, ergab sich, daß sowohl private (gewerbsmäßige) Arbeitsvermittlung als auch *Arbeitnehmerüberlassung untersagt* waren. Die Rechtslage war darüber hinaus dadurch gekennzeichnet, daß diese Gleichbehandlung von Vermittlung und Überlassung nicht grundsätzlich in Frage gestellt wurde; allenfalls Abgrenzungsdetails waren umstritten³. Überhaupt wandten weder Rechtsprechung noch Literatur noch politische Institutionen diesem Themenkreis eine besondere Aufmerksamkeit zu; größere soziale oder rechtliche Probleme sah man hier nicht.

In dieser Situation setzte das Bundesverfassungsgericht neue und zum Teil überraschende Akzente. Am 4. April 1967 war das Gericht in insgesamt drei Entscheidungen mit Problemen der Arbeitsvermittlung befaßt. In der ersten Entscheidung — dem sogenannten Hanten-Urteil⁴ — wurde das *Arbeitsvermittlungsmonopol* des Staates bzw. der Bundesanstalt als mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar erklärt. Durchaus in der Linie der bisherigen Rechtsprechung sah das Gericht im Arbeitsvermittlungsmonopol einen Eingriff in die Berufsfreiheit auf der Stufe einer objektiven Zulassungsbeschränkung, der jedoch gerechtfertigt wurde, weil er den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter bezwecke und zur Abwendung sonst höchstwahrscheinlich drohender Gefahren erforderlich sei. In der zweiten Entscheidung — dem sogenannten Südkurier-Urteil⁵ — ging es um die Frage, ob § 37 Abs. 2 Satz 3 AVAVG, wonach die *Veröffentlichung von Stellenangeboten* für eine Beschäftigung von Arbeitnehmern im Ausland der vorherigen Zustimmung der Bundesanstalt bedurfte, verfassungsgemäß war. Das Bundesverfassungsgericht entschied, daß der hierin liegende Eingriff in die Pressefreiheit nur gerechtfertigt werden könnte, wenn die Veröffentlichung des Stellenmarktes den Begriff der jedermann verbotenen Arbeitsvermittlung erfüllen würde. Das aber sei bei dieser rein mechanischen, lediglich einen fremden Willen übermittelnden Tätigkeit, die nicht durch die Entwicklung eigener Initiative gekennzeichnet sei, nicht der Fall.

Unmittelbar die *Arbeitnehmerüberlassung* betraf das dritte Urteil⁶, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Schweizer Firma ADIA-interim, seit 1962 auch in Deutschland niedergelassen, befaßte sich mit

³ Vgl. z. B. *Bethge*, Diss. 1962, S. 252 ff.; *Fiedler*, Diss. 1963, S. 82 ff.; *Theuersbacher*, Diss. 1960, S. 19 ff.

⁴ BVerfGE 21, 245.

⁵ BVerfGE 21, 271.

⁶ BVerfGE 21, 261.

der Ausführung kaufmännischer Sonderaufgaben und Schreibarbeiten. Sie führte diese Arbeiten aber nicht durch eigene Angestellte aus; ihre Tätigkeit bestand vielmehr darin, per Annoncen und Postwurfsendungen Arbeitskräfte anzuwerben, die eine Dauertätigkeit nicht ausüben wollten oder konnten. Diese wurden sodann den Kunden der ADIA als „freie Mitarbeiter“ aushilfsweise zur Verfügung gestellt. Dies geschah sowohl in Fällen von Beurlaubung oder Krankheit eines kurzfristig fehlenden Dauerangestellten als auch in Fällen, in denen entsprechende Bürokräfte zur endgültigen Anstellung gesucht wurden, so daß vakante Stellen zur Überbrückung mit solchen Arbeitskräften zeitweise besetzt wurden. Sobald die „freien Mitarbeiter“ nicht mehr benötigt wurden, kehrten sie zur ADIA zurück. Eine endgültige Anstellung war dem jeweiligen Kunden untersagt. Für die Dauer der geleisteten Tätigkeit erhielt die ADIA von den Kunden ein „Honorar“; sie selbst zahlte an die Mitarbeiter einen geringeren als den vom Kunden erhaltenen Stundenlohn aus. Zeitweise wurde den Arbeitnehmern auch die Zahlung der Beiträge zur Sozialversicherung und der Lohnsteuer auferlegt.

Die Bundesanstalt beurteilte diese Tätigkeit als Arbeitsvermittlung im Sinne des § 37 AVAVG und forderte die ADIA auf, ihre Tätigkeit im Hinblick auf das bestehende Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt einzustellen. In dem darauf folgenden Rechtsstreit unterlag die ADIA zunächst vor dem Sozialgericht und dem Landessozialgericht, das die Revision nicht zuließ. Auf die anschließend erhobene Verfassungsbeschwerde kam das *Bundesverfassungsgericht* zur Auffassung, § 37 Abs. 3 AVAVG sei ein verfassungswidriger Eingriff in das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit und daher nichtig.

Ausgangspunkt für die Entscheidung war die Verfassungsmäßigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt, durch das ein objektives Hindernis für die Wahl des Berufs des selbständigen Arbeitsvermittlers aufgestellt wird. Die Ausdehnung des Monopols auf den (regelmäßigen) Abschluß von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen richtet in gleicher Weise ein objektives Hindernis für die Wahl des Berufs des gewerblichen Verleihers auf. § 37 Abs. 3 AVAVG bedeutet also der Sache nach ein Berufsverbot für gewerbliche Verleihunternehmen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit ist eine derart restriktive Schranke für die Berufswahl nur dann zulässig, wenn sie zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes notwendig und unumgänglich ist. Demgemäß ergab sich die Fragestellung, ob die einer privaten Arbeitsvermittlung eigentümlichen Gefahren auch bei der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung gegeben sind.