

## Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

### Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

Neben der üblichen Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein selbständig tätiges, kommerzielles Zeitarbeitsunternehmen seine Mitarbeiter an andere Unternehmen überlässt, hat sich in der Bundesrepublik Deutschland in den letzten Jahren als gängige Praxis eine weitere Konstruktion der Arbeitnehmerüberlassung etabliert: die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.

Unter den Begriff der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung werden im Wesentlichen zwei Fallkonstellationen gefasst. Beide Fallkonstellationen haben gemein, dass innerhalb eines Konzerns Arbeitnehmer an ein anderes konzernangehöriges Unternehmen überlassen werden. Die Sachverhalte unterscheiden sich jedoch dadurch, dass bei dem einen Modell die Arbeitnehmerüberlassung nur ausnahmsweise und zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt während bei dem anderen Modell die Überlassung dauerhaft und nur deshalb erfolgt, weil gerade das Personalkonzept der Arbeitnehmerüberlassung dem Unternehmen besondere Vorteile gegenüber der Beschäftigung eigener Arbeitnehmer bietet.

Dieses letztere Modell ist in der Rechtswissenschaft umstritten und wird seit Ende des Jahres 2009 auch in den Medien verstärkt diskutiert.<sup>1</sup> Im Fokus der Diskussion stehen dabei insbesondere zwei Fragestellungen. Zum einen geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG)<sup>2</sup> Anwendung findet. Darüber hinaus stellt sich zum anderen aber auch die grundsätzliche Frage nach der Wirksamkeit bestimmter Erscheinungsformen einer solchen konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung überhaupt. Die Problematik der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bildet dementsprechend auch einen Schwerpunkt in dem Gesetzentwurf für ein „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“<sup>3</sup>, den die Bundesregierung am 2. September 2010 vorgelegt hat.

In den folgenden Ausführungen werden die beiden Fallkonstellationen der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung und die in deren Kontext auftretenden rechtlichen Fragestellungen dargestellt sowie anschließend der Gesetzentwurf im Hinblick auf seine Bedeutung für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung erörtert.

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa Melms/Lipinski, *BB* 2004, 2409; Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745; Willemsen/Annuß, *BB* 2005, 437; Däubler, *AiB* 2008, 524; Lembke; *BB* 2010, 1533; Öchsner in *Sueddeutsche.de* vom 2.12.2009, URL: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/2.220/drogeriekette-schlecker-das-ist-eine-einmaligeschweineerei-1.127172> (Stand: 25.9.2010); Roßbach/Budras in *FAZ.net* v. 12.1.2010, URL: <http://www.faz.net/s/Rub0E9EEF84AC1E4A389A8DC6C23161FE44/Do...47C4B874C0E14D778C3D~ATpl~Ecomon~Scontent~Afor~Eprint.html> (Stand: 25.9.2010).

<sup>2</sup> BGBl. I S. 158.

<sup>3</sup> Abrufbar unter [http://www.aus-portal.de/gesetzgebung\\_17888.htm](http://www.aus-portal.de/gesetzgebung_17888.htm) (Stand: 25.9.2010).

## I. Konzerninterne Überlassung mit Konzernprivileg

Bei der erstgenannten Form der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung handelt es sich um diejenigen Fälle, in denen die Arbeitnehmerüberlassung nur ausnahmsweise und zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt. Werden in einem Unternehmen eines Konzerns, beispielsweise zur Beseitigung von Personalengpässen oder zur Leitung eines unternehmensübergreifenden Entwicklungsprojektes,<sup>4</sup> vorübergehend zusätzliche Arbeitnehmer benötigt und kann ein anderes Unternehmen des Konzerns auf Arbeitnehmer verzichten, so liegt es nahe, diese Arbeitnehmer an das andere Konzernunternehmen auszuleihen, denn diese Arbeitnehmer sind bereits mit dem Produkt oder der Dienstleistung des Konzerns und den Arbeitsabläufen vertraut.

Der Arbeitnehmer ist allerdings nicht verpflichtet, seine Arbeit in einem anderen Konzernunternehmen abzuleisten. Das Direktions- oder Weisungsrecht, also das Recht des Arbeitgebers auf Grundlage des Arbeitsvertrags gegenüber dem Arbeitnehmer Anweisungen zu erteilen,<sup>5</sup> vermag nur die Konkretisierung der im Arbeitsvertrag bereits bestimmten Arbeitspflicht zu legitimieren, nicht aber Erweiterungen über diese Pflicht hinaus.<sup>6</sup> Nach dem Arbeitsvertrag schuldet der Arbeitnehmer für gewöhnlich allein seinem Arbeitgeber die Arbeitsleistung für und in dessen Unternehmen. Der Arbeitseinsatz in einem anderen Unternehmen ist daher nicht bereits im Arbeitsvertrag als Arbeitnehmerpflicht angelegt. Eine Überlassung des Arbeitnehmers an ein anderes Unternehmen würde somit eine Erweiterung und keine Konkretisierung des Arbeitsvertrages darstellen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Arbeitsvertrag eine so genannte Konzernversetzungs- oder Konzernabordnungsklausel enthält, die zur Überlassung an ein anderes Konzernunternehmen ermächtigt<sup>7</sup> oder wenn das Arbeitsverhältnis ausdrücklich für den gesamten Konzern begründet wurde.<sup>8</sup> Dadurch dass der Arbeitnehmer sich nämlich im Arbeitsvertrag damit einverstanden erklärt, seine Arbeitsleistung auch in einem anderen Konzernunternehmen zu erbringen, stimmt er der späteren Überlassung zu.<sup>9</sup> Liegt eine solche Konzernversetzungs- oder Konzernabordnungsklausel nicht vor, bedarf es der Zustimmung des Arbeitnehmers zu seinem Einsatz in dem anderen Unternehmen.

<sup>4</sup> BAG 16.3.2000, EzAÜG § 1 AÜG Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 34; für weitere Beispiele siehe Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 504.

<sup>5</sup> ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 233.

<sup>6</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 520; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 201; Ulber § 1 Rn. 209; Maschmann, RdA 1996, 24, 29.

<sup>7</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Schüren, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; Thüsing/Waas § 1 Rn. 201; ErfK/Wank, § 1 Rn. 59.

<sup>8</sup> Windbichler, S. 77; Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 520.

<sup>9</sup> BAG 13.4.2010 (9 AZR 36/09), BeckRS 2010, 72775: Eine Klausel, die den Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer auch an einem anderen Arbeitsort des bundesweit tätigen Unternehmens einzusetzen, ist nicht deshalb intransparent und daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, weil weder ein maximaler Entfernungsradius noch eine angemessene Ankündigungsfrist vereinbart ist. Eine solche Konkretisierungsverpflichtung würde dem Bedürfnis des Arbeitgebers nicht gerecht, auf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbare Veränderungen reagieren zu können. Die Angemessenheit der Entfernung und eine gegebenenfalls notwendige Ankündigungsfrist sind vielmehr im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB zu prüfen.

Ein Verleihen von Arbeitnehmern, damit diese bei einem anderen Arbeitgeber nach dessen Weisungen tätig werden, stellt eine Arbeitnehmerüberlassung dar, für die daher grundsätzlich die Regelungen des AÜG gelten. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist das Gesetz jedoch, obwohl es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, mit Ausnahme einiger weniger Vorschriften nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne von § 18 der Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet (so genanntes Konzernprivileg). Die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen wurde vom Gesetzgeber nicht ohne Grund aus dem Anwendungsbereich des AÜG herausgenommen. Die Ausnahmeregelung rechtfertigt sich vielmehr vor dem Hintergrund, dass keine soziale Gefährdung der Arbeitnehmer eintritt, wenn nur der interne Arbeitsmarkt des Konzerns betroffen ist.<sup>10</sup> Zudem wären die AÜG-Bestimmungen bloße „bürokratische Förmlichkeit“<sup>11</sup>, die den konzernweiten Einsatz von Arbeitnehmern unnötig erschweren würde. Die Überlassung sei in diesen Fällen zudem nicht Zweck des Arbeitsverhältnisses, sondern ein besonderes Vorkommnis.<sup>12</sup>

Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit das Konzernprivileg zur Anwendung gelangen kann, ergeben sich aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG.

## 1. Konzern

Bezüglich des für § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG maßgeblichen Konzernbegriffs verweist die Norm auf § 18 AktG. Dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass es verschiedene Arten von Konzernen gibt (Unterordnungskonzern, Gleichordnungskonzern, Vertragskonzern oder faktischer Konzern). Für die Anwendbarkeit des Privilegierungsstatbestands des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG kommt es jedoch auf die Art des Konzerns nicht an.<sup>13</sup> Es sind vielmehr alle Konzernarten erfasst. Zudem ergibt sich aus der neutralen sprachlichen Fassung der Verweisung, dass die konzernangehörigen Unternehmen keine bestimmte Rechtsform aufweisen müssen.<sup>14</sup>

Die zentralen Merkmale eines Konzerns sind die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen sowie deren Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung, wobei letztere zu bejahen ist, wenn die Leitung durch eine planmäßige und auf eine gewisse Dauer angelegte gezielte Einflussnahme auf wesentliche Bereiche der Geschäftsführung geprägt ist. Die Geschäftspolitik muss also maßgeblich insbesondere in den Bereichen Beschaffung, Produktion, Absatz, Finanzierung und Personal mitgestaltet werden.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 485; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 185.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 10/3206, S. 33.

<sup>12</sup> Denzel/Wolters, *AiB* 2010, 149, 150.

<sup>13</sup> *ErfK/Wank*, § 1 Rn. 58; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 493; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 188.

<sup>14</sup> Sog. „Rechtsformneutralität“, vgl. BAG 5.5.1988, AP Nr. 8 zu § 1 AÜG; *ErfK/Wank*, § 1 AÜG Rn. 58; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 490; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 187; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1 Rn. 80; Windbichler, S. 12; Urban-Crell/Schulz, Rn. 563; anders Ulber, § 1 Rn. 196, nach dem zumindest ein Konzernunternehmen eine AG oder eine KGaA sein muss.

<sup>15</sup> Thüsing/Waas, § 1 Rn. 191.

Nach herrschender Meinung<sup>16</sup> ist nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausnahmevorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, dass es sich um einen rein inländischen Konzern handelt. Es werden dementsprechend auch internationale und multinationale Konzerne mit einer im deutschen Recht nicht bekannten Rechtsform erfasst. Dazu zählt auch die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE). Es muss allerdings ein Bezug zum deutschen Staatsgebiet bestehen bzw. eines der beteiligten Unternehmen muss seinen Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Dies gilt sowohl für die Überlassung an ein im Ausland ansässiges konzerninternes Unternehmen als auch für die Überlassung von einem solchen an ein in der Bundesrepublik Deutschland ansässiges Unternehmen.<sup>17</sup>

## 2. Vorübergehende Überlassung

Anlass und Zweck der Überlassung an das andere Konzernunternehmen sind ohne Bedeutung für das Eingreifen der Privilegierung.<sup>18</sup> Das Eingreifen der Ausnahmeregel ist jedoch an die Voraussetzung geknüpft, dass die Überlassung nur vorübergehend erfolgt.

Entscheidend dafür, wie dieser Begriff im Kontext des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG zu verstehen ist, sind zunächst die Motive des Gesetzgebers. Nach der Konzeption des Gesetzes werden schutzwürdige Arbeitnehmerinteressen bei einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich nicht berührt.<sup>19</sup> Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Normalfall gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber erbringt und die Überlassung somit nur eine Erscheinung von verhältnismäßig kurzer Dauer ist.<sup>20</sup>

Unproblematisch liegt daher keine vorübergehende Überlassung vor, wenn die Überlassung ausdrücklich unbefristet erfolgt.<sup>21</sup> Eine unbefristete Überlassung ist seit der Reform des AÜG durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt aus dem Jahre 2002,<sup>22</sup> durch das unter anderem die maximale Überlassungsdauer aufgehoben wurde, im deutschen Recht zwar möglich;<sup>23</sup> eine Privilegierung kommt in diesen Fällen dann aber nicht in Betracht.

Ist die Überlassung nicht explizit befristet oder unbefristet, so ist auf andere Merkmale des Sachverhaltes abzustellen. Maßgeblich für das Vorliegen eines nur vorübergehenden Einsatzes in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen ist das Nicht-

<sup>16</sup> Urban-Crell/Schulz, Rn. 566; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 491; Thüsing/Waas, Rn. 187.

<sup>17</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 491; Boemke/Lembke, § 1 Rn. 196; Urban-Crell/Schulz, Rn. 566; Rüthers/Bakker, ZFA 1990, 245, 298; a.A. Ulber, § 1 Rn. 190.

<sup>18</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 504; vgl. auch die Beispiele in BT-Drucks. 10/3206, S. 33.

<sup>19</sup> BT-Drucks. 11/3206, S. 33.

<sup>20</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507, 508.

<sup>21</sup> So in LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184.

<sup>22</sup> BGBl. I S. 4607.

<sup>23</sup> BAG v. 25.1.2005, NZA 2005, 1199, 1200; Hamann, Anm. zu LAG Düsseldorf 30.10.2008, jurisPR-ArbR 14/2009 Anm. 3; Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 332; Lembke, BB 2003, 98, 104; a.A. Ulber, Einl. Rn. 13; ders., AuR 2010, 10, 11.

tätigwerden beim Vertragsarbeitgeber.<sup>24</sup> Für die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs muss also nicht die Überlassung als solche vorübergehend sein, sondern die Tätigkeit außerhalb des Arbeitgeberunternehmens. Vorübergehend ist eine Überlassung folglich auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend bei einem anderen Konzernunternehmen tätig ist und danach wiederum vorübergehend in ein weiteres anderes Konzernunternehmen wechselt.<sup>25</sup> Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, dass vorgesehen ist, dass der Arbeitnehmer nach der Überlassung an den Arbeitsplatz bei seinem Vertragsarbeitgeber zurückkehrt.<sup>26</sup> Damit dies möglich ist, ist zum einen das Vorhandensein einer Beschäftigungsmöglichkeit beim Vertragsarbeitgeber erforderlich sowie des Weiteren, dass im Zeitpunkt der Überlassung feststeht, dass der Einsatz zeitlich begrenzt ist.<sup>27</sup>

Fraglich ist, ob die Überlassung eine konkrete zeitliche Begrenzung haben muss, also ob ein genauer Zeitpunkt für die Rückkehr des Arbeitnehmers zu seinem Vertragsarbeitgeber feststehen muss. Nach herrschender Meinung<sup>28</sup> ist der Begriff der vorübergehenden Überlassung jedoch weit zu verstehen. Vorübergehend sei eine Überlassung nämlich bereits dann, wenn sie nicht als endgültig geplant ist.<sup>29</sup> Es muss nur bereits im Zeitpunkt der Überlassung feststehen, dass der Arbeitnehmer in sein ursprüngliches Unternehmen zurückkehren wird.<sup>30</sup> Ein konkreter Rückkehrtermin ist nicht Voraussetzung, sondern es reicht aus, wenn dieser Termin bestimmbar ist.<sup>31</sup> Eine genau bestimmte Zeitdauer ist also nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer vorübergehenden Überlassung. Als vorübergehend können bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis daher auch mehrjährige Überlassungen gelten.<sup>32</sup> Allerdings muss die Zeitspanne so bemessen sein, dass die Tätigkeit beim Vertragsarbeitgeber den Normalfall darstellt und der Einsatz im fremden Unternehmen die Ausnahme.<sup>33</sup> Eine endgültige Überlassung liegt freilich vor, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer endgültig aus dem Unternehmen ausscheiden soll.

<sup>24</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 506; Schubel, BB 1985, 1606, 1607.

<sup>25</sup> Vgl. LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184.

<sup>26</sup> *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*/Schüren, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507; Gaul, BB 1996, 1224; Martens, DB 1985, 2144, 2149; Rütters/Bakker, ZfA 1990, 245, 298 f.; Hess. LAG 26.5.2000, NZA-RR 2000, 572.

<sup>27</sup> Thüsing/Waas, § 1 Rn. 197; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507.

<sup>28</sup> BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269, 273; 5.5.1988, AP Nr. 8 zu § 1 AÜG; Hess. LAG 26.5.2000, NZA-RR 2000, 572; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 194b; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1 Rn. 81; Urban-Crell/Schulz, Rn. 568; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507.

<sup>29</sup> Boemke/Lembke, § 1 Rn. 199; *ErfK/Wank*, § 1 AÜG Rn. 60; Hess. LAG 26. 5. 2000, NZA-RR 2000, 572.

<sup>30</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507; *ErfK/Wank*, § 1 AÜG Rn. 60; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 194b; LAG Rheinland-Pfalz v. 3.5.2006, Beck-RS 2006, 44705.

<sup>31</sup> BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269, 273; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507; *ErfK/Wank*, § 1 AÜG Rn. 60; Boemke/Lembke, § 1 Rn. 199.

<sup>32</sup> BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269; 5.5.1988, NZA 1989, 18; Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 508; Rütters/Bakker, ZfA 1990, 245, 298; Urban-Crell/Schulz, Rn. 570; a.A. Gaul, BB 1996, 1224.

<sup>33</sup> Ullber, § 1 Rn. 198; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507 und 512 mit Beispielen für zeitliche Unverhältnismäßigkeit, durch die ein Missbrauch des Ausnahmetatbestands indiziert wäre.

## II. Konzerninterne Verleihgesellschaften

Wenn eine Personalkostenreduktion durch Personalabbau nicht möglich ist, kommt als Hebel zur Personalkostenreduktion auch die langfristige Absenkung des Lohnniveaus in Betracht.<sup>34</sup> Hierzu eröffnete die Aufhebung der Überlassungshöchstgrenze eine besondere Möglichkeit, denn Arbeitnehmer können seitdem zeitlich unbegrenzt an denselben Entleiher verliehen werden.<sup>35</sup>

Zwar müssen den Leiharbeitnehmern während der Überlassung grundsätzlich die gleichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden wie dem Stammpersonal des Einsatzunternehmens (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG). Allerdings wird von diesem Grundsatz für gewöhnlich gemäß der Tarifausnahmeklausel des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG abgewichen<sup>36</sup> – eine Entwicklung, die durch die flächendeckende Erfassung der Zeitarbeitsbranche durch Zeitarbeitstarifverträge möglich geworden ist. Die Leiharbeitnehmer sind dann nicht gemäß dem Lohnniveau der Stammmitarbeiter, sondern gemäß den Zeitarbeits-Tarifverträgen zu vergüten, deren Lohnniveau in der Regel unter dem Lohnniveau der Stammmitarbeiter liegt.<sup>37</sup> Die Erledigung betrieblicher Aufgaben durch Leiharbeitnehmer ist damit heute in der Regel günstiger als die Erledigung durch eigene Arbeitnehmer und ermöglicht es dem Entleiher somit insbesondere geltende tarifliche Standards zu unterlaufen.<sup>38</sup> In einer Reihe von Konzernen<sup>39</sup> wurde daher die Gründung konzerninterner Verleihgesellschaften zur Praxis, deren Hauptzweck es ist, Arbeitnehmer an ein anderes konzernangehöriges Unternehmen zu verleihen – ohne dass dort ein vorübergehender Mehrbedarf an Arbeitskraft vorliegt. Insbesondere solche Unternehmen, die in den Anwendungsbereich eines „teuren“, meist in wirtschaftlich besseren Zeiten vereinbarten Flächentarifvertrags fallen, haben von dieser Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht.<sup>40</sup>

Die Konzerne gingen dabei dergestalt vor, dass sie eine konzernerneigene Schwester- oder Tochtergesellschaft gründeten, bei der sie Mitarbeiter einstellten, um sie anschließend an andere Unternehmen des Konzerns zu verleihen. Solche Konstruktionen können entweder so aussehen, dass neue Arbeitnehmer bei der konzerninternen Verleihgesellschaft eingestellt und von dieser dauerhaft an eine oder mehrere andere, demselben Konzern angehörige Gesellschaften verliehen werden oder es werden bereits im Konzern tätige Stammbeschäftigte in die konzernerneigene Verleihgesellschaft überführt und zu ungünstigeren Bedingungen als Leiharbeitnehmer an ihren bisherigen Arbeitgeber zurückverliehen.

<sup>34</sup> Melms/Lipinski, *BB* 2004, 2409; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1437.

<sup>35</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>36</sup> Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 96 ff.

<sup>37</sup> vgl. etwa Lembke, *BB* 2010, 1533.

<sup>38</sup> Institut für Arbeit und Qualifikation, Pressemitteilung v. 14.1.2010, URL: <http://www.iaq.uni-due.de/archiv/presse/2010/100114.php> (Stand: 25.9.2010).

<sup>39</sup> Z.B. BASF, Merck, Degussa, Siemens, Bayer, Deutsche Bank und Daimler Chrysler, Handelsblatt vom 24.9.2004, S. 6 und FAZ vom 22.3.2005, S. 14; vgl. auch Elfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drucks 17/464, S. 18. Ob zwischen dem Schlecker-Konzern und der Verleih-Gesellschaft MENIAR eine konzernrechtliche Verbindung bestand, war letztlich unklar, vgl. dazu BT-Drucks. 17/426 und 17/551; Böhm, *DB* 2010, 672.

<sup>40</sup> Zürn, *AuA* 2009, 590.

Letztere Vorgehensweise wird auch als „Drehtüreffekt“ bezeichnet.<sup>41</sup> Um die Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes zu vermeiden, tritt zum einen die Verleihgesellschaft in einen Arbeitgeberverband der Zeitarbeitsbranche ein. Zum anderen vereinbart der Arbeitgeber in der Regel die Geltung der tariflichen Regelungen auch einzelvertraglich, etwa im Wege einer Bezugnahmeklausel, da ihm für gewöhnlich nicht bekannt ist, ob der einzelne Leiharbeiter Mitglied einer der tarifschließenden Gewerkschaften ist oder nicht.<sup>42</sup>

Die Zustimmung des Leiharbeitnehmers zum Einsatz bei einem anderen Arbeitgeber als seinem Vertragsarbeitgeber ist bei der Einstellung bei einer Zeitarbeitsfirma bereits im Arbeitsvertrag enthalten. Sie braucht daher, anders als in den unter I) behandelten Fällen, nicht gesondert eingeholt zu werden.

## 1. Nichtanwendbarkeit des Konzernprivilegs

Durch die Voraussetzung der nur *vorübergehenden* Überlassung zur Anwendbarkeit des Konzernprivilegs nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sollte die Situation verhindert werden, dass durch die Einbeziehung solcher reinen Verleihunternehmen in den Konzern das Konzept der Arbeitnehmerüberlassung dauerhaft ohne die gesetzlichen Beschränkungen des AÜG genutzt werden kann.<sup>43</sup> Die Voraussetzung einer lediglich vorübergehenden Überlassung wird in diesen Fällen aber auch selten vorliegen, denn Hintergrund für diese Konstruktion ist gerade, dass die bei der Verleihgesellschaft angestellten Arbeitnehmer Tätigkeiten in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen ausführen sollen, die ohne diese Konstruktion von Stammmitarbeitern des anderen Konzernunternehmens, also dauerhaft erledigt worden wären. Bei konzerninternen Verleihfirmen, deren ausschließlicher Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, die zu anderen Konzernunternehmen entsandt werden sollen, liegt darüber hinaus in der Regel auch die erforderliche Beschäftigungsmöglichkeit beim Vertragsarbeitgeber nicht vor. Ist eine Beschäftigung des Arbeitnehmers im Unternehmen des Vertragsarbeitgebers überhaupt nicht vorgesehen, so kann folglich auch keine vorübergehende Überlassung vorliegen.<sup>44</sup>

## 2. Gewerbsmäßige Überlassung

Neben dem Konzernprivileg besteht eine weitere Möglichkeit, die Beschränkungen des AÜG nicht zur Anwendung gelangen zu lassen. Das AÜG gilt nach bislang herrschender Meinung<sup>45</sup> nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung; bei nichtgewerbs-

<sup>41</sup> Lembke, *BB* 2010, 1533, 1539.

<sup>42</sup> Zürn, *AuA* 2009, 590, 591; Walter, *AuR* 2010, 364, 365 f.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 10/3206, S. 33; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Schüren*, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1 Rn. 81.

<sup>44</sup> BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Schüren*, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; siehe auch die Nachweise oben unter Fn. 26 und 27.

<sup>45</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 8; Thüsing/Thüsing, Einf. Rn. 21; vgl. zur zukünftigen Rechtslage aufgrund der Richtlinie 2008/104/EG etwa Hamann, *EuZA* 2009, 287, 299 f.

mäßigen Arbeitnehmerüberlassungen kommt es grundsätzlich nicht zur Anwendung. In vielen Fällen sieht die von den Konzernen geschaffene Konstruktion daher so aus, dass die Verleihgesellschaft nicht auf Erzielung eines Gewinns angelegt ist, sondern stattdessen zum Selbstkostenpreis<sup>46</sup> verleiht. Die Gerichte prüften in solchen Fällen wiederholt, ob hier nicht dennoch von einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden muss und damit das AÜG zur Anwendung gelangt. Nach herrschender Meinung ist für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des AÜG auf den gewerberechtlichen Begriff der Gewerbsmäßigkeit abzustellen.<sup>47</sup> Als gewerbsmäßig ist danach jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit anzusehen.<sup>48</sup>

Entscheidend kommt es im vorliegenden Kontext auf das Vorliegen des Merkmals der Gewinnerzielungsabsicht an. Die Absicht einer Gewinnerzielung setzt voraus, dass aus der Sicht des Handelnden die Möglichkeit besteht, einen Gewinn zu erzielen.<sup>49</sup> Es kommt dagegen nicht darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird.<sup>50</sup> Unter Gewinn fällt dabei jede geldwerte Leistung, die der Verleiher über die Deckung seiner Kosten hinaus erzielt.<sup>51</sup> Es muss mithin ein Überschuss der Erträge gegenüber den Aufwendungen angestrebt werden. Ein Verleiher handelt also dann mit Gewinnerzielungsabsicht, wenn er das Entgelt für die Überlassung des Leiharbeitnehmers so bemisst, dass es seine Aufwendungen übersteigt.<sup>52</sup> Die Kosten der Arbeitnehmerüberlassung setzen sich zusammen aus den für den Leiharbeitnehmer anfallenden Kosten (Bruttoarbeitsentgelt einschließlich aller Lohnnebenkosten) sowie den beim Verleiher für die Arbeitnehmerüberlassung anfallenden Verwaltungskosten. Keine Gewinnerzielungsabsicht liegt somit dann vor, wenn das Überlassungsentgelt nur diese Selbstkosten des Arbeitgebers deckt.<sup>53</sup> Nach herrschender Meinung ist des Weiteren nicht nur der unmittelbare Gewinn erfasst, sondern es genügt auch jeder nur mittelbare wirtschaftliche Vorteil.<sup>54</sup>

Es stellt sich die Frage, ob sich die Gewinnerzielungsabsicht einer konzerninternen Verleihgesellschaft nicht bereits daraus ableiten lässt, dass es sich bei dem handelnden Unternehmen um ein Wirtschaftsunternehmen handelt. Bei einem Wirtschaftsunternehmen ist nämlich grundsätzlich davon auszugehen, dass es aus seiner Tätigkeit un-

<sup>46</sup> Vgl. etwa BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006 (Umlage von 5% der Bruttovergütung jedes überlassenen Arbeitnehmers); LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184 (5%ige Verwaltungspauschale).

<sup>47</sup> St. Rspr. seit BAG 10.2.1977, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 239 m.w.N.

<sup>48</sup> BVerwG 16.9.1954, NJW 1955, 844; BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006; BAG 2.6.2010, BeckRS 2010, 74035.

<sup>49</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 267.

<sup>50</sup> BAG 26.6.1984, EzAÜG § 1 AÜG Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 18; 21.3.1990, NZA 1991, 269; Boemke/Lembke, § 1 Rn. 52.

<sup>51</sup> Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1 Rn. 29; Schaub, S. 242; Göbel, RdA 1980, 204, 210.

<sup>52</sup> BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

<sup>53</sup> Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1 Rn. 29; Martens, DB 1985, 2144, 2150; Schaub, S. 242; BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

<sup>54</sup> Thüsing, § 1 Rn. 99; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 270; Ulber, § 1 Rn. 99.

mittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen will.<sup>55</sup> Generell ist daher auch anerkannt, dass von einer Gewinnerzielungsabsicht grundsätzlich dann ausgegangen werden kann, wenn die Arbeitnehmerüberlassung der einzige oder zumindest einer der Betriebszwecke eines Wirtschaftsunternehmens ist.<sup>56</sup> Allerdings sind auch die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Insofern kam das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 20.4.2005<sup>57</sup> zu dem Ergebnis, dass *keine* Gewinnerzielungsabsicht vorlag, obwohl es sich bei der konzernangehörigen Verleiherin um ein Wirtschaftsunternehmen handelte. Nachdem das Gericht zwar zunächst ausdrücklich formuliert hat, dass diese grundsätzliche Vermutung – ebenso wie bei konzerninternen vorübergehenden Abordnungen – nicht für konzernangehörige Personalführungsgesellschaften gelten könne, schränkte es diese Aussage danach wie folgt ein:

„Die im Konzern zur Vereinheitlichung der Arbeitsrechtsbeziehungen gebildete Personalführungsgesellschaft ist jedenfalls dann nicht auf Gewinnerzielung angelegt, wenn sie als eine Service-Agentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben wird, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen.“

Demgegenüber kam etwa das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein in seiner Entscheidung vom 18.6.2008<sup>58</sup> zu dem Ergebnis, dass eine konzerninterne Verleihgesellschaft *mit* Gewinnerzielungsabsicht handelte. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterschied sich in maßgeblichen Gesichtspunkten von dem Sachverhalt, den das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden hatte. Die Konzernschwester der Verleihgesellschaft entschloss sich um Personalkosten zu reduzieren, neue Mitarbeiter künftig nur noch von der Personalüberlassungsgesellschaft unbefristet auszuleihen und keine eigenen Arbeitnehmer mehr einzustellen. Die typischen Arbeitgebertätigkeiten wurden allerdings nicht von der Vertragsarbeitgeberin, die überhaupt kein eigenes Verwaltungspersonal besaß, sondern von der Entleiherin und der Konzernmutter ausgeübt. Zwischen den drei Gesellschaften bestanden Vergütungsvereinbarungen, die dazu führten, dass die Personalüberlassungsgesellschaft – ebenso wie in dem vom BAG entschiedenen Fall – selbst keinen Gewinn machen konnte. Das Landesarbeitsgericht nahm hier dennoch eine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht an und begründete diese insbesondere damit, dass ein mit der Konzernmutter abgeschlossener Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag überflüssig wäre, wenn weder kurz- noch langfristig überhaupt keine Gewinnerzielung angestrebt sei. Darüber hinaus dürfe im Rahmen von Konzernsachverhalten in bestimmten Fällen nicht allein auf die Absichten der konzerninternen Verleihgesellschaft abgestellt werden. Denn es entspreche nicht mehr der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realität, den Einfluss von Konzernsachverhalten auf das Arbeitsrecht unberücksichtigt zu lassen.<sup>59</sup> Gibt der konzerneigene Ver-

<sup>55</sup> BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

<sup>56</sup> LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 271.

<sup>57</sup> BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

<sup>58</sup> LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184.

<sup>59</sup> Vgl. auch Brose, DB 2008, 1378, 1382.

leihen nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung und handelt er im Übrigen weder konzernintern noch am Markt selbst, sondern nur durch die Konzernmutter oder die entleihende Konzernschwester, sei bei der Gewinnerzielungsabsicht auf deren Gewinnerzielungsabsichten abzustellen.

Es kommt folglich bislang auf die Umstände des Einzelfalls an, ob im Kontext konzerninterner Verleihgesellschaften die einschränkenden Regelungen des AÜG zur Anwendung gelangen oder nicht. Dies eröffnet den Unternehmen einigen Spielraum zur Umgehung der Beschränkungen des Gesetzes.

### 3. Umgehungsverbot

Es stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob Arbeitnehmerüberlassungen durch konzerninterne Verleihgesellschaften nicht an sich unzulässig sind. Dem Wortlaut des AÜG nach ist es innerhalb von Konzernbeziehungen ohne weiteres möglich, einen dauerhaften Arbeitskräftebedarf durch Arbeitnehmerüberlassung zu befriedigen, in dem die Arbeitnehmer bei einer Verleihgesellschaft angestellt und von dieser an andere Unternehmen des Konzerns überlassen werden.<sup>60</sup> In Rechtsprechung und Literatur ist dieses Konzept allerdings sehr umstritten.<sup>61</sup> Die Konstruktion könnte nämlich insgesamt unwirksam sein, falls sie gegen das sich aus § 242 BGB ergebende Umgehungsverbot verstößt. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verkörpert das Gebot der Redlichkeit und stellt eine allgemeine Schranke der Rechtsausübung dar. Durch ihn erfahren alle Rechte, Rechtslagen und Rechtsnormen eine Inhaltsbegrenzung. Eine gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist deswegen als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig.<sup>62</sup> Die sich aus der betroffenen Rechtsnorm an sich ergebenden Folgen müssen deswegen zurücktreten, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnis führen.<sup>63</sup> Ein Verstoß gegen § 242 BGB wird angenommen, wenn ein Vertragspartner die an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm nicht vorgesehen sind.<sup>64</sup> Da die unternehmerische Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit somit nicht schrankenlos ist, ist eine Missbrauchskontrolle durch die Gerichte möglich und zulässig.<sup>65</sup> Im Arbeitsrecht muss sich diese Missbrauchskontrolle unter anderem daran orientieren, ob der verfassungsrechtlich geforderte Schutz der Arbeitnehmer nicht unangemessen zurückgedrängt wird.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 516; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1538; LAG Düsseldorf 30.10.2008, *EzA-SD* 2009, Nr. 5, 14.

<sup>61</sup> Vgl. nur Melms/Lipinski, *BB* 2004, 2409; Willemsen/Annufß, *BB* 2005, 437; Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745 und 2005, 494; vgl. zum Streitstand Lembke, *BB* 2010, 1533, 1538 f.

<sup>62</sup> BGHZ 12, 157.

<sup>63</sup> BGHZ 29, 10; Palandt/Heinrichs, § 242 BGB Rn. 40.

<sup>64</sup> BAG 18.10.2006, *NZA* 2007, 443.

<sup>65</sup> LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, *BeckRS* 2008, 57184.

<sup>66</sup> BAG 26.9.2002, *NZA* 2003, 549.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle von eigenem Personal ist nicht allein deshalb unzulässig, weil damit Kosten und Risiken reduziert werden sollen, denn beides sind vernünftige wirtschaftliche Ziele.<sup>67</sup> Auch das Bundesarbeitsgericht<sup>68</sup> hat anerkannt, dass die Arbeitnehmerüberlassung ein vom Gesetzgeber grundsätzlich akzeptiertes Mittel der betrieblichen Personalpolitik sei. Nach Aufhebung der Überlassungshöchstdauer kann dieses Mittel nunmehr auch dauerhaft eingesetzt werden.<sup>69</sup> In bestimmten Ausnahmefällen kann eine Arbeitnehmerüberlassung allerdings wegen eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot unzulässig sein.<sup>70</sup> Diese Frage stellt sich insbesondere im hier behandelten Kontext der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung durch reine Verleihgesellschaften.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.7.2009<sup>71</sup> hat indes nicht zur Klärung der Frage beigetragen. Das Gericht stellte allerdings klar, dass sich der Entleiherbetriebsrat jedenfalls im Hinblick auf sein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG nicht auf § 242 BGB oder auf eine angebliche Strohmankonstruktion berufen könne.

*a) Argumente gegen einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot*

Die Zulässigkeit von konzerninternen Verleihgesellschaften ergibt sich bereits aus einem *Umkehrschluss* zu § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Dem Konzernprivileg ist zu entnehmen, dass sich Arbeitnehmerüberlassung prinzipiell auch innerhalb eines Konzerns abspielen kann.<sup>72</sup> Während für vorübergehende Überlassungen das Konzernprivileg gilt (das AÜG ist dann nicht anwendbar), sind sämtliche Vorschriften des AÜG anwendbar, wenn ein Fall dauerhafter, gewerbsmäßiger konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber hat zudem bewusst die Begrenzung der Dauer der Überlassung aufgehoben. In der Ausnutzung dieser maßgeblichen Änderung durch konzerninterne Verleihgesellschaften kann daher grundsätzlich keine unzulässige Gesetzesumgehung gesehen werden.<sup>74</sup>

*b) Argumente für einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot*

Das Modell der konzernangehörigen Verleihgesellschaft konterkariert allerdings die Intention des Gesetzgebers, der über die Leiharbeit mit dem so genannten *Klebeffekt* (dieser wird auch *Brücken-* oder *Sprungbretteffekt* genannt) Arbeitslose dadurch in den Arbeitsmarkt integrieren wollte, dass diese über die Arbeitnehmerüberlassung die Chance erhalten, gegebenenfalls vom Entleihunternehmen als Arbeitnehmer über-

<sup>67</sup> Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745, 2746; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1538.

<sup>68</sup> BAG 9.12.2003, *NZA* 2004, 921.

<sup>69</sup> siehe Fn. 23.

<sup>70</sup> Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 516; Melm/Lipinski, *BB* 2004, 2409, 2415.

<sup>71</sup> BAG 21.7.2009, *BeckRS* 2009, 72271.

<sup>72</sup> Willemsen/Annuß, *BB* 2005, 437, 438.

<sup>73</sup> BAG 20.4.2005 *NZA* 2005, 1006; *BT-Drucks.* 10/3206, S. 33.

<sup>74</sup> Willemsen/Annuß, *BB* 2005, 437, 438.

nommen zu werden.<sup>75</sup> Diese Funktion kann aber eine Arbeitnehmerüberlassung durch eine konzerninterne Verleihgesellschaft, die nur der Umgehung des Tariflohns dient, nicht erfüllen.<sup>76</sup> Eine solche für den Entleiher vorteilhafte Konstruktion ist somit nach dem Zweck des Gesetzes nicht vorgesehen.

In die Erwägungen im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist des Weiteren einzu beziehen, dass es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung um ein gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt. Nach § 3 AÜG hat eine Zuverlässigkeitsaufsicht und -kontrolle durch die dafür vom Gesetzgeber vorgesehenen Behörden zu erfolgen. Es kommt im Rahmen der Missbrauchskontrolle somit auch darauf an, ob bei der vom Arbeitgeber gewählten Gestaltungsform diese behördliche Aufsicht und Kontrolle eingehalten werden kann. Dies ist dann nicht der Fall, wenn ein anderer als der Verleiher dessen Geschäftstätigkeit ausführt, denn auf diese Weise entzieht sich der tatsächlich Handelnde der Zuverlässigkeitsprüfung.<sup>77</sup> Der Verleiher muss also auf jeden Fall selbst das Verleihgewerbe betreiben. Es ist nicht ausreichend, dass er nur formal diese Funktion ausübt, also einen Strohmann darstellt, während ein Hintermann ohne Verleiherlaubnis die Geschäftstätigkeit vornimmt. Bei der Schaffung eines solchen „Papiertigers“<sup>78</sup> wird vereitelt, dass im Rahmen eines etwaigen Gewerbeerlaubnisverfahrens die Zuverlässigkeit des tatsächlich den Gewerbebetrieb Betreibenden überprüft wird.

Im Fall des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein wurde die Rechtsmissbräuchlichkeit damit begründet, dass die gewählte Konstruktion so ausgerichtet war, dass die eigenen betrieblichen und personalverwaltungsmäßigen Abläufe des Entleihers nicht geändert wurden. Dies ist nach dem AÜG jedoch nicht vorgesehen. Der Verleiher und nicht der Entleiher ist nämlich Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers und zwar nicht lediglich formal, sondern auch tatsächlich. Werden die typischen Arbeitgeberpflichten und -risiken vertraglich vom Entleiher übernommen, so zielt diese Konstruktion darauf ab, maßgeschneidert die ursprüngliche Beschäftigung fortzusetzen. In diesem Fall liegt dann ein klassischer Umgehungstatbestand vor, wodurch die Konstruktion rechtsmissbräuchlich und somit im Ergebnis unzulässig wird.<sup>79</sup>

### III. Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung

Am 2. September 2010 hat das Bundesministerium einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“<sup>80</sup> vorgelegt. Ziel dieses Gesetzentwurfs ist die Unterbindung des Missbrauchs der Arbeitnehmerüberlassung und die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie<sup>81</sup>, welche die nationalen

<sup>75</sup> Denzel/Wolters, *AiB* 2010, 149, 150; Hofmann in *Handelsblatt* v. 20.10.2010, URL: [http://www.handelsblatt.com/meinung/\\_b=2675950,\\_p=292,\\_t=ftprint,doc\\_page=0;printpage](http://www.handelsblatt.com/meinung/_b=2675950,_p=292,_t=ftprint,doc_page=0;printpage) (Stand: 20.10.2010).

<sup>76</sup> Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745, 2747.

<sup>77</sup> LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, *BeckRS* 2008, 57184; Schüren/Hamann/Schüren, § 3 Rn 37.

<sup>78</sup> LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, *BeckRS* 2008, 57184.

<sup>79</sup> Vgl. auch *ArbG Köln* v. 24.9.2009, *AiB* 2010, 202.

<sup>80</sup> Abrufbar unter [http://www.aus-portal.de/gesetzgebung\\_17888.htm](http://www.aus-portal.de/gesetzgebung_17888.htm) (Stand: 25.9.2010).

<sup>81</sup> Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

Gesetzgeber unter anderem verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um Missbräuche zu verhindern (Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie). Der Gesetzentwurf enthält dementsprechend – sowie insbesondere auch als Reaktion auf die öffentliche Debatte über die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung – einige Änderungen im Gesetzeswortlaut des AÜG, durch welche Klarstellungen erfolgen und die Arbeitnehmer vor missbräuchlichem Verhalten geschützt werden sollen. Die im Kontext der vorliegenden Abhandlung relevanten Änderungen betreffen folgende Regelungen:

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG: Durch die Ersetzung der Worte „gewerbsmäßigen“ durch die Wörter „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ wird das AÜG dem Anwendungsbereich der Richtlinie angepasst, die unabhängig davon gilt, ob der Verleiher Erwerbszwecke verfolgt oder nicht. Durch diese Änderung soll klargestellt werden, dass auch für eine ohne Gewinnerzielungsabsicht angelegte Arbeitnehmerüberlassung das AÜG gilt. Die Gerichte bräuchten daher nach diesem Gesetzentwurf in Fällen, in denen das verleihende Unternehmen die Überlassung zum Selbstkostenpreis betreibt, um die Anwendbarkeit des AÜG zu umgehen, nicht mehr auf andere Indizien für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht zurückzugreifen oder gar zu konstruieren, dass die Gewinnerzielungsabsicht des Konzerns insgesamt genüge.

§ 1 Abs. 2 AÜG: Entsprechend der Vorgabe der Richtlinie, nach der eine Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend sein darf, soll § 1 Abs. 2 AÜG wie folgt ergänzt werden: „Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3) oder erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur vorübergehend, so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.“ Die Neuformulierung des § 1 Abs. 2 hat zum Ziel zu verhindern, dass Unternehmen mit Hilfe der Arbeitnehmerüberlassung ihren dauerhaften Bedarf an Arbeitskräften decken. Allerdings erfolgt keine inhaltliche Bestimmung des Begriffs der nur vorübergehenden Überlassung. Von dieser Klausel geht daher einerseits eine Unsicherheit für die entleihenden Unternehmen aus, da – außer bei explizit vorübergehenden Einsetzen wie etwa bei einer Urlaubs- oder Krankenvertretung oder zur Durchführung eines besonderen Projekts – das Risiko besteht, dass im Prozess vermutet wird, dass es sich um Arbeitsvermittlung handelt und zwischen dem entleihenden Unternehmen und dem Leiharbeiter daher ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Andererseits ermöglicht diese offene Formulierung es Unternehmen auch weiterhin, ihren dauerhaften Arbeitskräftebedarf abwechselnd durch verschiedene Leiharbeiter zu decken.

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG: Diese Norm soll zukünftig lauten: „Dieses Gesetz ist ... nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung ... zwischen Konzernunternehmen ..., wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt wurde.“ Durch diese Neuformulierung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG würde eine Klarstellung erfolgen, dass die Privilegierung nicht für reine Verleihgesellschaften gilt, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist. Allerdings ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Konzernprivilegs dem Wortlaut nach nicht geklärt für die Fälle, in denen im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitsvertrag um eine Leiharbeitsklausel ergänzt wird.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Ulber, *AuR* 2010, 412, 414.

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG: Schließlich ist die Ergänzung um die so genannte „Dreh­türklausel“ in § 3 Abs. 1 Nr. 3 relevant, wenn bereits im Konzern tätige Stammbe­schäftigte in die (konzernerneigene) Verleihgesellschaft überführt und zu ungünstigeren Bedingungen als Leiharbeitnehmer an ihren bisherigen Arbeitgeber zurückverliehen werden.<sup>83</sup> Die neu einzufügende Formulierung lautet: „Eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem mit diesem einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildenden Arbeitgeber ausgeschieden sind.“ Diese Formulierung verdeutlicht, dass die (konzerninterne) Ar­beitnehmerüberlassung in diesen Fällen zwar weiterhin möglich ist, allerdings ohne die Möglichkeit zur Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz. Durch diese neue „Dreh­türklausel“ würde die Überleitung eigener Arbeitnehmer in eine Verleihgesellschaft und ihr anschließender Rückentleih an ihren ursprünglichen Arbeitsplatz durch die 6-Monats-Frist zwar etwas unattraktiver für das Unternehmen, der Rückentleih als solcher wäre aber nicht untersagt.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die aufgezeigten rechtlichen Probleme, die mit der konzerninternen Arbeitnehmer­überlassung einhergehen, werden durch den Gesetzentwurf nur teilweise gelöst. Einer Lösung zugeführt wird nur die Frage nach der Anwendbarkeit des Konzernprivilegs auf reine konzerninterne Verleihgesellschaften. Im Hinblick auf das Konzernprivileg als solches gilt es zu bedenken, dass die umzusetzende europäische Richtlinie überhaupt keinen derartigen Ausnahmetatbestand wie er in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG für die Kon­zernleihe vorgesehen ist, enthält. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass das Konzern­privileg im Rahmen der Umsetzung der europäischen Leiharbeitsrichtlinie gestrichen wird.<sup>84</sup> Für eine Abschaffung des Konzernprivilegs spricht insbesondere auch, dass es nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie für die Anwendung der Richtlinie unerheblich ist, ob die Überlassung erwerbswirtschaftlichen Zwecken dient oder nicht. Die in § 1 Abs. 3 AÜG privilegierten Formen der Arbeitnehmerüberlassung, bei denen es sich um nicht gewerbsmäßige Überlassungen handelt, dürften folglich nach der Richtlinie nicht dem Anwendungsbereich des AÜG entzogen werden.<sup>85</sup>

Die Frage nach der Unzulässigkeit konzerninterner Verleihgesellschaften wird im Gesetzentwurf nicht beantwortet. Es ist somit anzunehmen, dass solche Konstruktionen nicht generell untersagt sein sollen, sondern die mit ihnen einhergehenden Pro­bleme sich vielmehr über andere Regulierungsmechanismen wie die Drehtürklausel und das Erfordernis, dass eine Überlassung nunmehr explizit nur vorübergehend sein darf, in der Praxis erübrigen sollen. Im diesem Zusammenhang ist insbesondere auch das Urteil des Bundesarbeitsgericht zur Frage der Wirksamkeit der günstigen Tarifver-

<sup>83</sup> Vgl. etwa LAG Köln 10.3.2010, *BeckRS* 2010, 71283.

<sup>84</sup> *ErfK/Wank*, § 1 Rn. 57; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1540; Ulber, *AuR* 2010, 512, 414;

<sup>85</sup> Ulber, *AuR* 2010, 512, 414.

träge in der Zeitarbeitsbranche<sup>86</sup> mit Spannung abzuwarten. Im Hinblick auf die Dreh-  
türklausel ist bedenklich, dass sie nicht weitreichend genug ist, da sie keine Regelung  
enthält, nach der eine (konzerninterne) Überlassung insgesamt unwirksam ist, wenn  
der Leiharbeitnehmer zuvor bei diesem oder einem konzernangehörigen Unterneh-  
men beschäftigt war. Hier wäre zum Schutz der Arbeitnehmer und entsprechend der  
Vorgabe der Richtlinie, Missbräuche auszuschließen, eine Regelung geboten gewesen,  
die entweder den Rückentleih generell untersagt oder alternativ bei ihm dauerhaft,  
also nicht nur bei einem Rückentleih innerhalb der ersten 6 Monate, die Geltung ver-  
schlechternder Tarifverträge ausschließt.<sup>87</sup> Darüber hinaus wird aufgrund des Fehlens  
einer Definition, wann eine Überlassung vorübergehend ist, voraussichtlich auch in  
Zukunft genügend Spielraum für missbräuchliche Konstruktionen bestehen.

---

<sup>86</sup> Vgl. dazu die vorinstanzlichen Entscheidungen des ArbG Berlin 1.4.2009, *NZA* 2009, 740 und des LAG  
Berlin-Brandenburg 7.12.2009, *BB* 2010, 1927. Die Gewerkschaft CGZP hat unter dem Aktenzeichen 1  
ABR 19/10 Rechtsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht eingelegt, die am 14. Dezember 2010 verhan-  
delt werden wird.

<sup>87</sup> Ulber, *AuR* 2010, 512, 414.