

Frauke Sturm

Die Privilegierung von Konzernen gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG



Nomos

Schriftenreihe zum deutschen und internationalen
Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von der Sozietät Gleiss Lutz

Band 66

Frauke Sturm

Die Privilegierung von Konzernen gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6459-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0583-7 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. 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 Herbst-/Wintersemester 2019/20 von der Fakultät für Rechtswissenschafts- und Volkswirtschaftslehre, Abteilung Rechtswissenschaft, der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2019 berücksichtigt.

Ich bedanke mich zuvorderst herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, der mich bei der Erstellung meiner Arbeit – von der Gliederung bis hin zum letzten Kapitel – herausragend betreut und das Erstgutachten umgehend erstellt hat. Seinen zahlreichen Anregungen, hilfreichen Tipps sowie seiner ständigen Bereitschaft, mir unmittelbar Feedback zu geben, ist es zu verdanken, dass das Projekt gelingen konnte.

Ein großer Dank gilt des Weiteren Herrn Prof. Dr. Ulrich Tödtnann, der das Zweitgutachten ebenfalls sehr zügig erstellt und der mir auch wertvolle Hinweise zu meiner Arbeit gegeben hat.

Meiner Arbeitgeberin, der Sozietät Gleiss Lutz, und insbesondere meinen beiden Tutoren, Herrn Prof. Dr. Gerhard Röder und Herrn Dr. Christian Arnold, danke ich zudem für die eingeräumte Möglichkeit, die vorliegende Arbeit in Vollfreistellung anzufertigen, sowie für die großzügige Förderung im Zusammenhang mit der Aufnahme in die Gleiss Lutz-Schriftenreihe. Auch bin ich Gleiss Lutz deshalb dankbar, weil mich der ein oder andere Fall aus der Mandatsarbeit letztlich zu meiner Themenwahl inspiriert hat. Für ihre unermüdliche Hilfe bei sämtlichen formalen Themen bedanke ich mich überdies bei meiner lieben Assistentin, Frau Frauke Dobler.

Meiner Freundin Eva Sagerer danke ich ferner sehr für die wiederholte Durchsicht und Korrektur meines Manuskripts, sogar während ihres Urlaubs.

Zuguterletzt gebührt ein riesiger und herzlicher Dank meinen Eltern, die mich immer unterstützt und gefördert haben, sowie meinem Mann Matthias, der gerade in schwierigen Phasen stets an meiner Seite gestanden, mir mit seinem nicht-juristischen Blick auf die Welt über so manche Hürde in meiner Arbeit hinweggeholfen und als „Projektmanager“ den er-

Vorwort

forderlichen Abgabedruck auf mich ausgeübt hat. Ohne die drei Genannten wäre diese Arbeit nicht entstanden. Sie ist ihnen gewidmet.

Waiblingen, Januar 2020

Frauke Sturm

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	29
A. Kapitel: Einführung in die Thematik	37
B. Kapitel: Die Entwicklung des Konzernprivilegs bis heute	42
I. Einführung des Konzernprivilegs und Änderungen bis zum 31.03.2017	42
1. Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26.04.1985	42
2. Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung vom 24.03.1997	43
3. Erstes Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 16.12.1997	44
4. Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.04.2011	46
a) Konzernprivileg; Aufgabe der Zeitbetrachtung zugunsten einer Zweckbetrachtung	46
b) Modifikationen der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung	46
aa) Ersetzung des Merkmals der „Gewerbsmäßigkeit“ durch das der „wirtschaftlichen Tätigkeit“	46
bb) Bezeichnung der Arbeitnehmerüberlassung als „vorübergehend“	47
cc) Einführung der Informations- und Zugangspflichten des Entleihers	47
c) Begründung der Änderungen durch die Bundesregierung	47
aa) Erlaubnispflichtiger Bereich	47
bb) Konzernprivileg	48
II. Auswirkungen der AÜG-Reform 2017 auf das Konzernprivileg?	49
1. Keine inhaltliche Änderung des Konzernprivilegs durch die AÜG-Reform 2017	49

Inhaltsverzeichnis

2. Mittelbare Auswirkungen der AÜG-Reform 2017 auf das Konzernprivileg?	50
a) Wesentliche Änderungen im Bereich der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung	50
aa) Verbot des Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleihs	50
(1) Sinn und Zweck sowie Historie des Verbots	50
(2) Folgen eines (geplanten) Verstoßes gegen das Verbot	52
bb) Höchstüberlassungsdauer von grundsätzlich 18 Monaten	52
(1) Historie der Verleihdauerbegrenzung	53
(2) Auslegung und Reichweite des bis zum 31.03.2017 maßgeblichen Begriffs „vorübergehend“	53
(a) Gleichstellung der dauerhaften mit der illegalen Arbeitnehmerüberlassung?	53
(b) Zustimmungsverweigerungsrecht des Entleiherbetriebsrats bei dauerhaft geplanter Arbeitnehmerüberlassung?	55
(c) Personen- oder arbeitsplatzbezogene Beurteilung der Dauerhaftigkeit?	55
(3) Folgen eines (geplanten) Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer	57
cc) Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht	59
(1) Sinn und Zweck der Pflichten	60
(2) Behandlung der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung bis zum 31.03.2017	60
(a) Keine ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung	60
(b) Gleichstellung mit der illegalen Arbeitnehmerüberlassung?	61
(3) Behandlung der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung seit dem 01.04.2017	63
(a) Gleichstellung mit der illegalen Arbeitnehmerüberlassung	63
(b) Kein Erfordernis eines vorsätzlichen Verstoßes gegen die Pflichten	64

(c) Anknüpfungspunkt für die Illegalität: Alternativer oder kumulativer Verstoß?	65
(d) Sonstige Folgen eines Verstoßes gegen die Pflichten	66
dd) Begrenzte Möglichkeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz hinsichtlich des Arbeitsentgelts	67
(1) Ausgangspunkt: Möglichkeit des Verleihers zur Abweichung von „equal pay and treatment“	67
(2) Aber: Erfordernis eines tarifvertraglichen „Quasi-equal pay“ ab dem zehnten Überlassungsmonat	68
(3) Folgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	71
ee) Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher	72
(1) Sinn und Zweck, Historie sowie Reichweite des Verbots	73
(2) Folgen eines (geplanten) Verstoßes gegen das Verbot	75
b) Bedeutung dieser Änderungen für das Konzernprivileg	76
III. Jüngste Gesetzesvorhaben mit Einfluss auf die Relevanz des Konzernprivilegs	76
C. Kapitel: Die Vereinbarkeit des Konzernprivilegs mit Unionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Leiharbeitsrichtlinie	79
I. Meinungsspektrum zur (Un-)Vereinbarkeit des Konzernprivilegs mit der LRL	80
1. Ausgangsfrage	80
2. Stand in der Rechtsprechung	81
a) Bundesarbeitsgericht	81
b) Landesarbeitsgerichte	83
3. Stand in der Literatur	84
a) Richtlinienwidrigkeit des Konzernprivilegs	84
aa) Begründung	85
(1) Wortlaut und Systematik	85
(2) Historie	86

Inhaltsverzeichnis

(3) Sinn und Zweck	87
(a) Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 5 LRL)	87
(b) Zugang zu Beschäftigung, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflicher Bildung (Art. 6 LRL)	88
bb) Rechtsfolgen	90
(1) Gedankliche Streichung des Konzernprivilegs	90
(2) Richtlinienkonforme Auslegung des Konzernprivilegs	91
(3) Uneingeschränkte Anwendbarkeit des Konzernprivilegs	91
b) Richtlinienkonformität des Konzernprivilegs	92
aa) Begründung	92
(1) Wortlaut und Systematik	92
(2) Sinn und Zweck	94
bb) Rechtsfolgen	96
4. Eigene Auffassung	96
a) Begründung	96
aa) Wortlaut und Systematik	96
(1) Begutachtung verschiedener Sprachfassungen der LRL	96
(a) Deutsche Fassung	97
(b) Englische Fassung	98
(c) Französische Fassung	99
(d) Weitere Fassungen	100
(2) Reichweite der LRL einerseits und des Konzernprivilegs andererseits	101
(a) Keine Gleichsetzung einer wirtschaftlichen Betätigung mit dem Betreiben von Leiharbeit	101
(b) Einschlägigkeit der LRL in Abgrenzung zu Ausnahmen von der LRL	102
(c) Engere Gestaltung des Konzernprivilegs als nach der LRL notwendig	104
bb) Historie der LRL (Rechtsetzungsverfahren)	105
(1) Atypische Beschäftigungssituation von Leiharbeitnehmern als Beweggrund für den LRL-Erlass	106

(2) Gemeinnützigkeit von Unternehmen als irrelevantes Abgrenzungskriterium i.S.d. LRL	107
cc) Sinn und Zweck der LRL	108
(1) Der Leiharbeitnehmer i.S.d. LRL in Abgrenzung zum Arbeitnehmer i.S.d. Konzernprivilegs	108
(a) Einzelne Vorschriften der LRL zum Schutz von Leiharbeitnehmern	109
(b) Fehlende Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern i.S.d. Konzernprivilegs	110
(2) Flexibilisierungsgedanke in der LRL	111
(3) Hinreichender Schutz von Arbeitnehmern i.S.d. Konzernprivilegs durch Nicht-AÜG-Normen	112
(4) Grenzen der durch die LRL eingeräumten Flexibilität zugunsten des Schutzgedankens	115
b) Rechtsfolgen	116
5. Zusammenfassung von Ziff. I.	117
II. Hypothetische Betrachtung: Unionsrechtswidrigkeit des Konzernprivilegs	117
1. Unanwendbarkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG?	118
a) Grundsatz: Keine Unanwendbarkeit nationalen Rechts aufgrund Richtlinienwidrigkeit	118
aa) Rechtliche Wirkung von Richtlinien	118
bb) Rechtliche Wirkung von Primärrecht und von Verordnungen	119
b) Überholung des Grundsatzes durch die EuGH-Rechtsprechung	120
aa) Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	120
(1) Mangold	120
(2) Kükükdeveci	122
(3) Dansk Industri	122
(4) EuGH-Entscheidungen aus jüngerer Zeit	123
(a) Egenberger, IR und Cresco Investigation	124
(b) Shimizu, Kreuziger, Broßonn und Bauer	126
bb) Konsequenz aus diesen Urteilen	128

Inhaltsverzeichnis

c) Stellungnahme zur Bedeutung der jüngeren EuGH-Rechtsprechung für das Konzernprivileg	129
aa) „Mängel“ der jüngeren EuGH-Rechtsprechung	130
(1) Unterstellung einer Primärrechtsverletzung durch den EuGH	130
(2) Verwerfungskompetenz nicht-letztinstanzlicher nationaler Gerichte ohne Vorlagepflicht	133
(3) Kompetenzüberschreitung durch den EuGH wegen Verkennung der Wirkung von Richtlinien	134
(4) Ungerechtfertigte Abwälzung von Risiken auf Privatrechtssubjekte	137
(5) Konsequenz	138
bb) Verstoß des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG auch gegen europäisches Primärrecht (EUGC)?	138
(1) Vorab: Adressat der EUGC	139
(2) Art. 31 EUGC: Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen	140
(a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich	141
(b) Eingriff in den Schutzbereich	144
(c) Rechtsfolge	145
(3) Art. 15 Abs. 1 EUGC: Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten	145
(a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich	145
(b) Eingriff in den Schutzbereich	146
(c) Rechtfertigung des Eingriffs	148
(α) Erste Voraussetzung: Beschränkung auf Basis einer Eingriffsnorm	148
(β) Zweite Voraussetzung: Achtung des Wesensgehalts des Grundrechts	148
(γ) Dritte Voraussetzung: Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	149
(δ) Vierte Voraussetzung: Erfüllung der „Entsprechungsformel“	152
(d) Rechtsfolge	155

(4) Art. 20 EUGC: Gleichheit vor dem Gesetz	155
(a) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	155
(b) Vorsorglich: Rechtfertigung bei unterstellter Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	157
(α) Rechtlich zulässiges Ziel	157
(β) Angemessenheit der Differenzierung im Verhältnis zu dem damit verfolgten Ziel	158
(c) Rechtsfolge	159
(5) Unanwendbarkeit des Art. 28 EUGC: Recht auf Kollektivverhandlungen und-maßnahmen	160
cc) Konsequenz	161
2. Richtlinienkonforme Auslegung bzw. Fortbildung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG?	163
a) Grundsätze: Inhalt und Grenzen richtlinienkonformer Auslegung	163
b) Verschiebung der Auslegungsgrenzen durch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	166
aa) Quelle-Entscheidung des BGH	166
bb) BAG im Anschluss an die Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH	167
cc) Jüngere BGH-Entscheidungen	169
dd) Konsequenz aus diesen Entscheidungen	170
c) Stellungnahme zur Zulässigkeit der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung des Konzernprivilegs angesichts der (jüngeren) BGH- und BAG-Rechtsprechung	170
aa) „Mängel“ der BGH- und BAG-Rechtsprechung	170
(1) Unzulässige Ausweitung der Wirkung von Richtlinien durch die Rechtsprechung	170
(2) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Rechtsprechung	171
(3) Keine europarechtliche Indikation der nationalen Rechtsprechung	173
(4) Konsequenz	173

Inhaltsverzeichnis

bb) Richtlinienkonforme Auslegung des Konzernprivilegs?	174
(1) Wortlaut	175
(2) Systematik	177
(3) Zweck	177
(4) Historie (Gesetzgebungsverfahren 2011 und 2016/17)	178
(a) Missbrauchsverhinderungsgesetz 2011	178
(b) AÜG-Änderungsgesetz 2017	179
(5) Rechtsfolge	182
cc) Richtlinienkonforme Fortbildung des Konzernprivilegs?	182
(1) Einschränkung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG durch analoge Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes sowie der Informations- und Zugangsrechte in § 1 Abs. 3 Einleitungssatz AÜG?	183
(a) Voraussetzung für eine Analogie	183
(b) Fehlen der Voraussetzungen für eine Analogie mangels planwidriger Regelungslücke	183
(2) Rechtsfolge	187
dd) Konsequenz	187
3. Künftiges (Vorabentscheidungs-)Verfahren vor dem EuGH zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	187
a) Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV	188
b) Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV	190
aa) Möglicher Ausgangsfall	190
bb) Prüfung der europarechtlichen Relevanz des Falls durch das nationale Gericht	191
cc) Vorlagefrage	193
dd) Vorabentscheidung durch den EuGH	193
ee) Endentscheidung durch das nationale Gericht	196
4. Zusammenfassung von Ziff. II.	197
D. Kapitel: Die Vereinbarkeit des Konzernprivilegs mit dem Grundgesetz	199
I. Prüfungsumfang	199

II. Verfassungswidrigkeit des Konzernprivilegs?	201
1. Art. 12 Abs. 1 GG: Berufsfreiheit	201
a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich	201
b) Eingriff in den Schutzbereich	202
aa) Klassischer Eingriffsbegriff	202
bb) Relativierung des klassischen Eingriffsbegriffs durch die Schutzfunktion der Berufsfreiheit	203
c) Rechtfertigung des Eingriffs	205
aa) Gesetzesvorbehalt	205
bb) Relevanter Rechtfertigungsmaßstab	205
(1) Legitimes Ziel, Geeignetheit und Erforderlichkeit	207
(2) Angemessenheit	208
(a) Grundsatz: Überwiegendes Regulierungsinteresse zum Schutz der (Leih-)Arbeitnehmer	208
(b) Ausnahme: Überwiegendes Flexibilisierungsinteresse von Konzernunternehmen	209
d) Rechtsfolge	210
2. Art. 9 Abs. 3 GG: Koalitionsfreiheit	210
a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich	210
b) Eingriff in den Schutzbereich	210
aa) Einerseits: Streik betrifft nicht den Vertragsarbeitgeber, sondern den Entleiher	211
bb) Andererseits: Solidarisierung mit der Belegschaft im Entleiherbetrieb	212
c) Rechtfertigung des Eingriffs	213
aa) Relevanter Rechtfertigungsmaßstab	213
bb) Verhältnismäßigkeit	213
(1) Legitimes Ziel	213
(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit	214
(3) Angemessenheit	215
(a) Kein Streikbrechereinsatz wider Willen	215
(b) Keine besondere Drucksituation des nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG verliehenen Mitarbeiters	215
(c) Bestehendes Streikrecht beim Verleiher als Vertragsarbeitgeber	217
cc) Praktische Konkordanz	217

Inhaltsverzeichnis

d) Rechtsfolge	218
3. Art. 2 Abs. 1 GG: Allgemeine Handlungsfreiheit	219
a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich sowie Verhältnis zu speziellen Freiheitsrechten	219
b) Eingriff in den Schutzbereich und Rechtfertigung dieses Eingriffs	220
c) Rechtsfolge	220
4. Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichheit vor dem Gesetz	220
a) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	221
b) Vorsorglich: Rechtfertigung bei unterstellter Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	221
aa) Dynamischer Rechtfertigungsmaßstab in Abhängigkeit vom Differenzierungs- Bezugspunkt	221
bb) Rechtfertigungsmaßstab für die durch § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG bewirkte Ungleichbehandlung	223
(1) Keine Anknüpfung an besondere persönliche Merkmale	223
(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung wegen des Eingriffs in Freiheitsgrundrechte	224
c) Rechtsfolge	225
5. Zusammenfassung von Ziff. II.	225
III. Hypothetische Betrachtung: Verfassungswidrigkeit des Konzernprivilegs	225
1. Verfassungskonforme Auslegung bzw. Fortbildung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG?	226
a) Grundsätze: Inhalt und Grenzen verfassungskonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung	226
b) Stellungnahme zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Auslegung bzw. Fortbildung des Konzernprivilegs	228
2. Rechtsfolgen	229
a) Uneingeschränkte Anwendbarkeit des Konzernprivilegs	229
b) Künftiges Normenkontrollverfahren vor dem BVerfG	230
aa) Verfassungskonformität	230
bb) Verfassungswidrigkeit	231
(1) Grundsatz: (Teil-)Nichtigkeitserklärung	231
(2) „Ausnahme“: Unvereinbarkeitserklärung	231

3. Zusammenfassung von Ziff. III.	232
E. Kapitel: Der Tatbestand des Konzernprivilegs	234
I. Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 AÜG	234
1. Arbeitnehmerbegriff	235
2. Dreiecksverhältnis zwischen Verleiher, Leiharbeitnehmer und Entleiher	238
a) Verleiher – Leiharbeitnehmer	238
b) Verleiher – Entleiher	239
c) Entleiher – Leiharbeitnehmer	241
aa) Weisungsgebundenheit des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher	242
bb) Eingliederung des Leiharbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Entleihers	243
3. Überlassung i.R.d. wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers	246
a) Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit	246
b) Rein konzerninterner Verleih als Tätigkeit mit Marktbezug?	248
aa) Herrschende Meinung: Theoretische Konkurrenzsituation für Marktbezug genügend	248
bb) Mindermeinung: Erfordernis einer echten Konkurrenzsituation für Marktbezug	250
cc) Stellungnahme: Rein konzerninterner Verleih als wirtschaftliche Tätigkeit	250
(1) Wortlaut und Systematik	251
(2) Historie und Schutzzweck des AÜG	251
(3) Bestehende Konkurrenzsituation	253
dd) Konsequenz	254
II. Konzernunternehmen i.S.d. § 18 AktG	254
1. Konzernbegriff	254
a) Rechtlich selbständige Unternehmen	255
aa) Beteiligung zweier Rechtsträger	255
bb) Erfasste Rechtsformen	256
(1) Reichweite des Verweises in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG?	256
(a) Herrschende Meinung: Rechtsformneutralität des Verweises	256

Inhaltsverzeichnis

(b)	Mindermeinung: Verweis auf Rechtsträger i.S.d. AktG	257
(c)	Stellungnahme: Keine Beschränkung des Verweises auf Rechtsträger i.S.d. AktG	257
(d)	Konsequenz	258
(2)	Ausnahme der öffentlichen Hand von der Privilegierungsfähigkeit?	258
(a)	Die Entscheidung des LAG Thüringen vom 12.04.2016	258
(b)	Stellungnahme: Keine Ausnahme der öffentlichen Hand von der Privilegierungsfähigkeit	260
(c)	Konsequenz	261
cc)	Kein übereinstimmender Wirtschaftszweig der beteiligten Rechtsträger erforderlich	262
dd)	Unter- und Gleichordnungskonzern gleichermaßen privilegierungsfähig	262
b)	Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung	263
aa)	Bezugspunkt und Umfang der einheitlichen Leitung: Enger vs. weiter Konzernbegriff	263
(1)	Schnittmenge und Unterschiede beider Auffassungen	263
(2)	Mindermeinung: Enger Konzernbegriff	264
(3)	Herrschende Meinung: Weiter Konzernbegriff	265
(4)	Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit des weiten Konzernbegriffs	266
(5)	Konsequenz	267
bb)	Unterordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG)	268
(1)	Unwiderlegbare Konzernvermutung kraft Beherrschungsvertrags	268
(2)	Unwiderlegbare Konzernvermutung kraft Eingliederung	270
(3)	Widerlegbare Konzernvermutung kraft sonstiger abhängigkeitsauslösender Umstände	272
(a)	Widerlegbare Abhängigkeitsvermutung kraft Mehrheitsbesitzes	273
(α)	Anteilmehrheit	275
(β)	Stimmenmehrheit	276

(γ) Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung kraft Mehrheitsbesitzes	279
(δ) Folgen der (nicht) gelungenen Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung	281
(b) Positive Feststellung der Abhängigkeit außerhalb des Mehrheitsbesitzes	281
(α) Anforderungen an die Abhängigkeitsfeststellung	282
(β) Abhängigkeitsbegründende Umstände gesellschaftsrechtlicher (und sonstiger) Natur	283
(γ) Mehrfache Abhängigkeit	285
(δ) Folgen (nicht) festgestellter Abhängigkeit	286
(c) Widerlegung der Konzernvermutung mangels Ausübung tatsächlicher Leitungsmacht	287
(α) Enger Konzernbegriff	287
(β) Weiter Konzernbegriff	287
(γ) Folgen der Widerlegung der Konzernvermutung	288
cc) Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG)	289
(1) Gleichordnungsvertrag	290
(2) Tatsächliche Umstände	291
c) Zusammenfassung von Ziff. 1	291
2. Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen	292
3. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung mit Auslandsbezug	293
a) Vorfrage: Anwendbarkeit des AÜG auf eine Arbeitnehmerüberlassung mit Auslandsbezug?	294
aa) Öffentlich-rechtliche Regelungen: Territorialitätsprinzip	295
(1) Unanwendbarkeit des AÜG wegen fehlenden bzw. ungenügenden Inlandsbezugs	296
(2) Grenzüberschreitender Inlandsverleih	297
(3) Grenzüberschreitender Auslandsverleih	299

Inhaltsverzeichnis

bb) Privatrechtliche Regelungen: Kollisionsrecht für schuldrechtliche Verträge	300
(1) Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	300
(a) Grundsätze zur Bestimmung des maßgeblichen (Arbeits-)Vertragsstatuts	300
(b) Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung vom Ausland ins Inland	303
(α) Grundsatz: Anknüpfung an ausländisches Recht	303
(β) Überlagerung des ausländischen Rechts durch deutsche Eingriffsnormen?	303
(c) Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung vom Inland ins Ausland	309
(2) Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher	310
(a) Grundsätze zur Bestimmung des maßgeblichen Vertragsstatuts	310
(b) In- und Auslandsverleih	311
(3) Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	313
(a) Grundsätze zur Bestimmung des maßgeblichen Status	313
(b) In- und Auslandsverleih	314
b) Anwendbarkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG auf eine Arbeitnehmerüberlassung mit Auslandsbezug?	314
aa) Privilegierungsfähigkeit der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung?	315
(1) Mindermeinung: Privilegierung nur bei innerdeutschen Sachverhalten anwendbar	315
(2) Herrschende Meinung: Privilegierung auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten anwendbar	316
(3) Stellungnahme: Keine Beschränkung des Konzernprivilegs auf Inlandssachverhalte	318
(a) Wortlaut	318

(b) Systematik	319
(c) Historie und Schutzzweck	321
(4) Konsequenz	323
bb) Bestehen eines in Deutschland ansässigen Konzernunternehmens als Mindestanforderung an die Privilegierung?	324
(1) Auffassung 1: Erfordernis zumindest eines in Deutschland ansässigen Konzernunternehmens	325
(2) Auffassung 2: Sonstiger Inlandsbezug genügend	325
(3) Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit von Auffassung 2	326
(4) Konsequenz	326
cc) Erfordernis einer deutschen Konzernspitze?	327
(1) LAG Saarland: Tendenz zum Erfordernis einer deutschen Konzernspitze	327
(2) ArbG Darmstadt: Privilegierung auch bei ausländischer Konzernspitze möglich	329
(3) Stellungnahme: Privilegierung verlangt keine deutsche Konzernspitze	330
(a) Wortlaut und Systematik	330
(b) Schutzzweck	331
(4) Konsequenz	334
c) Zusammenfassung von Ziff. 3	335
III. Keine Einstellung und Beschäftigung zum Zweck der Arbeitnehmerüberlassung	336
1. Ausschluss des Konzernprivilegs	337
a) Konzerninterne Verleihgesellschaft	337
b) Vertragsgestaltung, die auf Arbeitnehmerüberlassung abzielt	338
c) Ausschließliche Beschäftigung als Leiharbeiter	338
2. Behandlung der sog. „Auch-Überlassung“	339
a) Anknüpfung an das überlassende Unternehmen oder den überlassenen Arbeitnehmer?	339
b) Privilegierungsfähigkeit der „Auch-Überlassung“?	341
aa) Weite Auffassung: Privilegierungsfähigkeit	341
bb) Enge Auffassung: Keine Privilegierungsfähigkeit	342

Inhaltsverzeichnis

cc) Vermittelnde Auffassung: Privilegierungsfähigkeit in Abhängigkeit vom Tätigkeitsschwerpunkt	343
dd) Stellungnahme: Maßgeblichkeit der Schwerpunktbetrachtung	345
(1) Wortlaut	345
(2) Systematik	345
(3) Historie	347
(4) Sinn und Zweck	348
ee) Konsequenz	350
c) Relevante Kriterien für die Bestimmung des Schwerpunkts eines Arbeitsverhältnisses	350
aa) Maßgeblichkeit gesetzlicher Fristen bzw. sonstiger gesetzlicher Vorgaben?	350
(1) Beachtlichkeit der Höchstüberlassungsdauer des § 1 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b AÜG?	351
(a) Entgegenstehender Wortlaut und gesetzgeberischer Wille	351
(b) Keine zeitlichen Vorgaben durch die Leiharbeitsrichtlinie	352
(c) Unzureichende Schutzwirkung der Höchstüberlassungsdauer	352
(d) Kein verleihbezogener Arbeitnehmerschutz durch die Höchstüberlassungsdauer	354
(e) Konsequenz	354
(2) Anlehnung an § 14 Abs. 1 oder Abs. 2 TzBfG?	354
(a) Sachgrundbefristung gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG	355
(b) Sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG	356
(c) „Kombinationslösung“ aus § 14 Abs. 1 und 2 TzBfG	356
(d) Stellungnahme: Unübertragbarkeit des § 14 TzBfG auf § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	357
(α) Wortlaut und Historie	357
(β) Systematik	358
(γ) Sinn und Zweck	359
(e) Konsequenz	360

bb) Maßgeblichkeit des früheren Merkmals „vorübergehend“ (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG a.F.)?	361
(1) Einerseits: Großzügige Auslegung des Begriffs „vorübergehend“	361
(2) Andererseits: Restriktivere Auslegung des Begriffs „vorübergehend“	364
(3) Stellungnahme: Keine Gleichsetzung der Merkmale „vorübergehend“ und „nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt“ i.R.d. vorzunehmenden Schwerpunkt Betrachtung	365
(a) Wortlaut	366
(b) Historie	368
(4) Konsequenzen für die (Un-)Übertragbarkeit der Rechtsprechung und Literatur zum früheren Merkmal „vorübergehend“	369
cc) Maßgeblichkeit der Relation von Stamarbeit einerseits und Leiharbeit andererseits im Arbeitsvertrag sowie bei der Arbeitsvertragsdurchführung (Gesamt Betrachtung)	370
(1) Arbeitsvertragsgestaltung	371
(a) Tätigkeit als Stamarbeitnehmer des Vertragsarbeitgebers	371
(b) Kein (vordergründiger) Einsatz als Leiharbeitnehmer	371
(2) Vertragsdurchführung nach der Einstellung	372
(a) Karenzzeit, während der keine Arbeitnehmerüberlassung erfolgt	372
(b) Ausnahme: Anfängliche Überlassung zum Zweck der Schulung und Einarbeitung	373
(3) Überlassung(en) an andere Konzernunternehmen während des Arbeitsverhältnisses	374
(a) Konkreter Anlass für die konzerninterne Überlassung	374
(b) Definitive Rückkehr zum Vertragsarbeitgeber in absehbarer Zeit	377

Inhaltsverzeichnis

(c)	Unschädlich: Beschäftigung des Überlassenen auf einem Entleiher-Dauerarbeitsplatz	378
(d)	Eindeutiges zeitliches Überwiegen der Beschäftigung durch den Vertragsarbeitgeber	379
(α)	Anlehnung an den beim Widerrufsvorbehalt zu beachtenden Grenzwert von (unter) 25%?	380
(β)	Maßgebliche Verteilung: Überlassungszeiten (1/3) zu Stammbeschäftigungszeiten (2/3)	381
(γ)	Bezugszeitraum des Verhältnisses „1/3 zu 2/3“?	385
(e)	Karenzzeit nach Überlassungsende, während der keine Arbeitnehmerüberlassung erfolgt	394
dd)	Zusammenfassung von lit. c)	395
F.	Kapitel: Folgen der Anwendbarkeit und der Unanwendbarkeit des Konzernprivilegs	401
I.	Anwendbarkeit des Konzernprivilegs	401
1.	Grundsätzlich: Keine Geltung der AÜG-Vorschriften	401
2.	Ausnahme: Geltung der Vorschriften zu Einschränkungen im Baugewerbe	401
a)	Überlassung in Betriebe des Baugewerbes	402
b)	Für üblicherweise von Arbeitern verrichtete Arbeiten	404
c)	Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Überlassungsverbot	405
aa)	Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen Ver- und Entleiher	405
bb)	Nichtigkeit der Überlassungsvereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	405
cc)	Ordnungswidrigkeit	407
dd)	Widerruf oder Nichtverlängerung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	407

3. Geltung sonstiger Vorschriften außerhalb des AÜG	408
a) Erstens: Betriebsverfassungsrecht	408
aa) Ausgangspunkt: Zugehörigkeit des Leiharbeitnehmers zum Verleiher- und zum Entleiherbetrieb	408
bb) Auswirkung der doppelten Betriebszugehörigkeit auf einzelne Aspekte der Betriebsverfassung	410
(1) Aktives Wahlrecht des Leiharbeitnehmers zum Betriebsrat?	410
(2) Passives Wahlrecht des Leiharbeitnehmers zum Betriebsrat?	411
(a) Herrschende verneinende Auffassung	411
(b) Im Vordringen befindliche, bejahende Auffassung	413
(c) Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit der bejahenden Auffassung	414
(α) Wortlaut der maßgeblichen BetrVG- und AÜG-Normen	414
(β) Entwicklung der BAG- Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im BetrVG	416
(γ) Behandlung von Leiharbeitskräften im bzw. aus dem öffentlichen Dienst	419
(δ) Sinn und Zweck des passiven Wahlrechts	423
(d) Konsequenz	427
b) Zweitens: Arbeitnehmerentsenderecht	428
aa) Das aktuelle AEntG	428
bb) Ausblick: Mögliche Änderungen im Zuge der reformierten Entsenderichtlinie vom 28.06.2018	429
(1) Bestimmungen in der ERL 2018	430
(2) Bedeutung für § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG?	431
(a) „Einen Arbeitnehmer überlassendes Unternehmen“ im Konzernkontext	431
(b) (Keine) Anwendung des Grundsatzes der Gleichstellung gemäß Art. 5 LRL?	431
(c) Konsequenz	433

Inhaltsverzeichnis

4. Zusammenfassung von Ziff. I.	434
II. Unanwendbarkeit des Konzernprivilegs	435
1. Geltung sämtlicher AÜG-Vorschriften	435
a) Pflichten der an der Überlassung beteiligten Unternehmen	435
aa) Perspektive des Verleihers	435
bb) Perspektive des Entleihers	435
cc) Perspektive beider Parteien	436
b) Wesentliche Folgen von Verstößen gegen die vorstehenden Pflichten	437
aa) Illegale Arbeitnehmerüberlassung	437
(1) Fiktionswirkung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung	438
(a) Auswirkungen der Arbeitsverhältnisfiktion für den Entleiher	438
(b) Auswirkungen der Arbeitsverhältnisfiktion für den Verleiher	440
(2) Auswirkungen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung für beide Parteien	442
bb) Legale Arbeitnehmerüberlassung	442
(1) Verstoß des Verleihers gegen equal pay	442
(2) Verstoß des Entleihers gegen das Streikbrecherverbot	443
c) Präventivmaßnahmen zur Vermeidung von Sanktionen	444
aa) Umgang mit dem equal pay-Risiko	444
(1) Vorabprüfung	444
(2) Abweichung von equal pay	444
(a) Abweichungssperre: Drehtürklausel	444
(b) Abweichungsuntergrenze: Mindeststundenentgelt	445
(c) Abweichungsschranken: „Quasi-equal pay“ ab dem zehnten Überlassungsmonat	445
bb) Umgang mit dem Risiko illegaler Arbeitnehmerüberlassung	446
(1) Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	447

(2) Höchstüberlassungsdauer	447
(a) Vorabprüfung	447
(b) Abweichung von der 18-Monats-Grenze „nach oben“	448
(α) Tarifgebundene Einsatzarbeitgeber	448
(β) Nicht tarifgebundene Einsatzarbeitgeber	449
(c) Ausschluss von der Abweichungsmöglichkeit	449
(3) Bezeichnung und Konkretisierung	450
d) Alternative Gestaltungsmöglichkeiten	451
2. Geltung sonstiger Vorschriften außerhalb des AÜG	453
3. Zusammenfassung von Ziff. II.	453
G. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	455
I. Normhistorie (Kapitel B)	455
II. Verhältnis der Norm zum Europarecht (Kapitel C)	455
III. Verhältnis der Norm zum Verfassungsrecht (Kapitel D)	457
IV. Tatbestandsvoraussetzungen der Norm (Kapitel E)	458
V. Rechtsfolgen bei (Un-)Anwendbarkeit der Norm (Kapitel F)	463
Literaturverzeichnis	465

