

Gelbe Erläuterungsbücher

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., Bearbeiter: Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Prof. Dr. Hans Kudlich, Dr. Anja Mengel, LL.M., Rechtsanwältin, Fachanwältin Arbeitsrecht, Prof. Dr. Bernd Waas, und Dr. Martin Kock, Rechtsanwalt, Syndicus, Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Auflage 2018. Buch. XIV, 695 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69611 4

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

in dessen Unternehmen der Arbeitnehmer verliehen wird, **demselben Wirtschaftszweig** angehören. Mit der Beschränkung auf Arbeitgeber desselben Wirtschaftszweiges hat der Gesetzgeber dafür Sorge getragen, dass **reine Verleihunternehmen** – die als Dienstleistungsunternehmen idR einem anderen Wirtschaftszweig angehören – nicht die Privilegierung des Abs. 3 Nr. 1 in Anspruch nehmen können.

Zu beachten ist, dass der relevante Bezugspunkt – im Unterschied zur Regelung des Abs. 1 S. 3 – nicht der Geltungsbereich des Tarifvertrags ist. Den Bezugspunkt bilden vielmehr die **beteiligten Unternehmen** (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 430). Bei der Bestimmung des Wirtschaftszweiges ist aber nach verbreiteter Auffassung – ebenso wie bei Abs. 1 S. 3 – auf die **nach dem Industrieverbandsprinzip zu bestimmenden Zuständigkeiten** der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände abzustellen (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 431). Nach aA soll dagegen der allgemeine Sprachgebrauch zu Grunde zu legen sein (so etwa Sandmann/Marschall/Schneider Art. 1 § 1 Rn. 76). Hinter dem Meinungsstreit steht die Frage, ob Abs. 3 Nr. 1 eng oder, was angesichts des unbestreitbaren Ausnahmecharakters der Regelung erkennbar problematisch wäre, weit auszulegen ist.

Probleme bereitet die Zuordnung zu einem bestimmten Wirtschaftszweig bei sog. **gemischten Unternehmen**. Insoweit ist nach wohl hM – zutreffend – darauf abzustellen, in welchem Bereich die Mehrzahl der geleisteten Arbeitsstunden abgeleistet wird (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 433). Nach aA sollen gemischte Unternehmen insgesamt aus dem Anwendungsbereich des Abs. 3 Nr. 1 ausscheiden (Bachner in Praxis-Handb. § 131 Rn. 79).

bb) Überlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen. Weiter ist nach Abs. 3 Nr. 1 erforderlich, dass die Überlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen erfolgt.

(1) Kurzarbeit. Unter Kurzarbeit wird allg. die vorübergehende **Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit** verstanden. Dieses Verständnis o. W. auf den vorliegenden Zusammenhang zu übertragen, wäre indes problematisch, da damit jede geringfügige oder kurzfristige Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit bereits von der Anwendung des AÜG befreien würde (vgl. Boemke/Lembke/Lembke § 1 Rn. 204, die insgesamt für eine restriktive Auslegung der Bestimmung eintreten). Nicht weniger problematisch wäre es, wenn auch ein struktureller Personalüberhang zur Anwendung des Abs. 3 Nr. 1 Anlass geben würde. Denn dann würde die Bestimmung auch dann eingreifen, wenn ein Arbeitgeber schon auf Grund seiner Betriebsstruktur nicht in der Lage ist, seine Arbeitnehmer im eigenen Betrieb sinnvoll einzusetzen (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 436).

Vor diesem Hintergrund ist es zu sehen, dass die hM für die Bejahung von Kurzarbeit iSd Abs. 3 Nr. 1 das Vorliegen derselben Voraussetzungen fordert, wie sie nach **§§ 95 ff. SGB III** auch für die Gewährung von Kurzarbeitergeld bestehen (vgl. nur ErfK/Wank § 1 Rn. 55). Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass der Verleih der Arbeitnehmer nicht mehr als eine Alternative zur Kurzarbeit ist (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 437 f.). Kurzarbeit iSd Abs. 3 Nr. 1 setzt somit wie bei § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III

voraus, dass im jeweiligen Kalendermonat mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als zehn Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 438; Boemke/Lembke/Lembke § 1 Rn. 204; teilw. anders *Ulber* § 1 Rn. 321). Die Ursachen der Kurzarbeit spielen insoweit keine Rolle (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 438).

- 215 Neben den in § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III genannten Kriterien zu Umfang und Dauer des vorübergehenden Arbeitsausfalls ist indessen auch zu fordern, dass **die weiteren materiellen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld** gegeben sind. Dies bedeutet insbesondere, dass der Arbeitsausfall vorübergehender Natur sein muss, also idR einen Zeitraum von 12 Monaten nicht überschreiten darf (vgl. § 104 Abs. 1 S. 1 SGB III). Darüber hinaus ist zu fordern, dass der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Ursachen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und unvermeidbar ist (vgl. § 96 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 2, Abs. 3, 4 SGB III).
- 216 Bezugspunkt für die Feststellung der materiellen Voraussetzungen der Kurzarbeit sind gem. § 97 SGB III der **Betrieb oder eine Betriebsabteilung**, nicht aber das gesamte Unternehmen (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 440).
- 217 Die **formellen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeit** (Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Agentur für Arbeit, Antrag auf Auszahlung des Kurzarbeitergelds u. dgl. mehr) spielen im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 441). Insgesamt gilt aber, dass auf die Voraussetzungen der §§ 95 ff. SGB III nur dann abzustellen ist, wenn die Tarifpartner insoweit keine Regelung getroffen haben. Enthält der **Tarifvertrag** dagegen Kriterien, auf Grund derer über das Vorliegen von Kurzarbeit entschieden werden soll, ist für die Bejahung von Kurzarbeit allein auf diese Voraussetzungen abzustellen (vgl. Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 437).
- 218 (2) **Entlassungen**. Ebenso wenig wie der Begriff der Kurzarbeit ist der Begriff der Entlassung gesetzlich definiert. Immerhin lässt sich sowohl auf Grund des Gesetzeszwecks als auch aus der Verwendung des Begriffs in anderen Zusammenhängen schließen, dass es sich um umfangreichere, betriebsbedingte Maßnahmen handeln muss (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 443). Zur Konkretisierung des Begriffs „Entlassungen“ kann man auf § 17 KSchG, § 112a BetrVG abstellen (vgl. ErfK/Wank § 1 Rn. 55; vgl. auch *Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst* § 1 Rn. 334), wobei allerdings auch Betriebe mit (weniger als) 20 Arbeitnehmern erfasst werden können (Boemke/Lembke/Lembke § 1 Rn. 205; *Ulber* § 1 Rn. 324). Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht wird. Neben **Kündigungen** durch den Arbeitgeber können danach auch **Aufhebungsverträge** und **Eigenkündigungen** der Arbeitnehmer zur Anwendung des Abs. 3 Nr. 1 führen (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 444). Entscheidend ist allein, ob die Arbeitsverhältnisse auf Initiative des Arbeitgebers und wegen der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens dauerhaft beendet werden.
- 219 (3) **Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen**. Die Arbeitnehmerüberlassung muss **zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassun-**

gen erfolgen. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmerüberlassung – bei einer ex ante-Prognose – objektiv geeignet sein muss, die Einführung von Kurzarbeit oder Entlassungen zu vermeiden (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 447; ErfK/*Wank* § 1 Rn. 55; *Ulber* § 1 Rn. 325). Es müssen die materiellen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III oder für eine betriebsbedingte Massenentlassung **tatsächlich vorliegen**. Darüber hinaus soll erforderlich sein, dass **auch subjektiv** die Absicht besteht, die Einführung von Kurzarbeit bzw. Entlassungen zu vermeiden (so Boemke/Lembke/*Lembke* § 1 Rn. 206).

Zur Vermeidung von Kurzarbeit ist die Arbeitnehmerüberlassung insbesondere dann geeignet, wenn der Arbeitsmangel **lediglich vorübergehender Natur** ist (zB auf Grund eines vorübergehenden Mangels an Rohstoffen oder Vorprodukten). Hinsichtlich der Eignung zur Vermeidung von Entlassungen dürfte demgegenüber die Prognose genügen, dass zu einem späteren Zeitpunkt eine Weiterbeschäftigung im überlassenden Betrieb zu erwarten ist. Demgegenüber soll die Privilegierung nicht auch dann eingreifen, wenn die Arbeitsplätze voraussichtlich auf längere Sicht ohnehin verloren gehen würden (ErfK/*Wank* § 1 Rn. 79; vgl. auch Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 449; dort auch zum Verhältnis der Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Überbrückungsmaßnahmen).

Die Arbeitnehmerüberlassung muss das Ziel haben, Kurzarbeit oder Entlassungen nicht etwa beim Entleiher, sondern **beim Verleiher** zu vermeiden. Für dieses Verständnis spricht der Wille des historischen Gesetzgebers, aber auch der Zweck der Vorschrift (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 451; aA aber etwa *Sandmann/Marschall/Schneider* Art. 1 § 1 Rn. 77).

cc) Regelung im Tarifvertrag. Abs. 3 Nr. 1 greift nur dann ein, wenn ein Tarifvertrag die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich vorsieht (Bsp. für entsprechende Tarifverträge etwa bei *Sandmann/Marschall/Schneider* Art. 1 § 1 Rn. 78). Abs. 3 Nr. 1 ist somit eine **gesetzliche Zulassungsnorm**, die den Tarifparteien die Freiheit eröffnet, den Beteiligten Abweichungen von den gesetzlichen Restriktionen des AÜG zu gestatten. Funktionell handelt es sich damit bei Abs. 3 Nr. 1 AÜG um eine gesetzliche Ermächtigung der Tarifparteien (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 452; ErfK/*Wank* § 1 Rn. 52; *Ulber* § 1 Rn. 326).

(1) Regelungsspielraum der Tarifparteien. Dabei wird den Tarifparteien nach verbreiteter Auffassung ein gewisser (**normkonkretisierender**) **Regelungsspielraum** hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen „zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen“ eröffnet (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 453; aA Boemke/Lembke/*Lembke* § 1 Rn. 208; ErfK/*Wank* § 1 Rn. 52). Danach können die Tarifparteien zB eigenständig regeln, ab welchem Umfang und für welche Dauer ein vorübergehender Arbeitsausfall angenommen werden soll und somit Kurzarbeit iSd Abs. 3 Nr. 1 zu bejahen ist. Festlegen können die Tarifparteien aber auch die Anzahl der bedrohten Arbeitsplätze als Voraussetzung für die Bejahung von Entlassungen iSd Abs. 3 Nr. 1. Umgekehrt können die Tarifparteien die Möglichkeiten zur Überlassung von Arbeitnehmern aber auch **einschränken**, indem

sie etwa geographische Beschränkungen anordnen oder die Überlassung nur für bestimmte Produktionszweige vorsehen (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 456).

- 224 Allerdings ist der Regelungsspielraum der Tarifparteien nicht unbeschränkt. Restriktionen ergeben sich insbesondere aus dem **Zweck der Regelung**. Deshalb wäre es beispielsweise von der in Abs. 3 Nr. 1 enthaltenen Ermächtigung nicht mehr gedeckt, wenn die Tarifparteien den Anwendungsbereich der Vorschrift schon bei der Gefahr einzelner betriebsbedingter Kündigungen eröffnen wollten (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 458). Ebenso wenig gedeckt wäre es von Abs. 3 Nr. 1, Arbeitgebern aus anderen Gründen als zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung zu eröffnen oder eine Regelung zu treffen, wonach ein bloßer Personalüberhang automatisch für eine „Vermeidung von Kurzarbeit“ genügen soll (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 458). Die Tarifparteien sind **an die in Abs. 3 Nr. 1 genannten Voraussetzungen gebunden** und könnten daher zB nicht die Arbeitnehmerüberlassung zur besseren Auslastung von Kapazitäten zulassen. Abgesehen davon sind selbstverständlich auch hier die verfassungsrechtlichen Schranken der Tarifautonomie zu beachten. Diese wären zB dann zu berücksichtigen, wenn die Tarifparteien Nichtorganisierte von der Möglichkeit der Überlassung ausnehmen würden (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 458).
- 225 Der Tarifvertrag darf als Rechtsfolge nur die **Geltung oder Nichtgeltung des AÜG** vorsehen. Der Ausschluss einzelner Vorschriften des AÜG oder ihre Modifizierung wäre demgegenüber unzulässig. Allerdings kann die Nichtanwendung des AÜG an die Erfüllung bestimmter, tarifvertraglich fixierter Voraussetzungen geknüpft werden (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 461 ff.).
- 226 Dem Gestaltungsspielraum, der den Tarifparteien innerhalb dieser Grenzen zukommt, entspricht nach – zutreffender – hM **keine Gestaltungspflicht** (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 457; aA *Ulber* § 1 Rn. 330, wonach eine bloße Verweisung auf § 1 Abs. 3 Nr. 1 im Tarifvertrag den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen soll). Enthält der Tarifvertrag keine konkretisierenden Regelungen, sind die Begriffe Kurzarbeit und Entlassungen im oben (vgl. → Rn. 168 ff.) skizzierten (objektiven) Sinne zu verstehen.
- 227 (2) **Identischer Tarifvertrag**. Umstr. ist, ob Abs. 3 Nr. 1 so zu verstehen ist, dass für Verleiher und Entleiher **ein und derselbe Tarifvertrag** gelten muss (so zB *ErfK/Wank* § 1 Rn. 53). Der Wortlaut legt diese Interpretation nahe. Doch spricht schon deshalb vieles gegen ein derart restriktives Verständnis, weil die Ausdehnung der Vorschrift auf Arbeitgeber desselben Wirtschaftszweiges wenig sinnvoll wäre, wenn der Anwendungsbereich des Abs. 3 Nr. 1 durch die Beschränkung auf denselben Tarifvertrag sogleich wieder eingengt würde (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 465; *Sandmann/Marschall/Schneider* Art. 1 § 1 Rn. 78). Das Problem, das sich insoweit ergibt, wenn unterschiedliche Tarifverträge verschiedene Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Arbeitnehmerüberlassung vorsehen, ist durch ein Abstellen auf die jeweils strengeren Voraussetzungen zu lösen (so Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 469).

(3) **Geltung des Tarifvertrags.** Die Geltung des Tarifvertrags kann auf einer **Tarifgebundenheit gem. § 3 Abs. 1 TVG**, aber auch auf der **Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags gem. § 5 TVG** beruhen (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 471). Umstr. ist, ob auch eine bloße **individualrechtliche Inbezugnahme** genügt. Nach wohl hM soll das als Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung des Abs. 3 Nr. 1 zu bejahen sein (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 472 mwN; verneinend dagegen *Ulber* § 1 Rn. 329). Allerdings muss sich die individualvertragliche Vereinbarung auf den fachlich einschlägigen Tarifvertrag richten (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 473). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass es sich bei Regelungen, die eine Arbeitnehmerüberlassung außerhalb des AÜG ermöglichen, nach verbreiteter Auffassung um Betriebsnormen handelt (Boemke/Lembke/Lembke § 1 Rn. 211; Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 478 mwN; aA etwa *Ulber* § 1 Rn. 329, der sich auch gegen eine analoge Anwendung des § 3 Abs. 2 TVG ausspricht). Folgt man dem, dann genügt für eine entsprechende Geltung gegenüber den Arbeitnehmern nach § 3 Abs. 2 TVG die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers.

Was die Geltung des Tarifvertrags im Betrieb des Entleihers anbelangt, so muss man berücksichtigen, dass die überlassenen Arbeitnehmer solche des Verleihers bleiben. Dementsprechend soll es insoweit für die vom Gesetz geforderte Tarifgeltung genügen, dass der Überlassungsvertrag eine **vertragliche Verpflichtung des Entleihers** gegenüber dem Verleiher enthält, wonach der Entleiher die Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des für ihn einschlägigen Tarifvertrags zusichert (so jedenfalls Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 476).

b) § 1 Abs. 3 Nr. 2. aa) Hintergrund und Zweck. Weiterhin ist das AÜG grundsätzlich nicht anzuwenden bei einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung (vgl. hierzu etwa *Mengel* in *Arbeitsrecht im Konzern* 2010, S. 45; zur Abgrenzung zum sog. Inhouse-Outsourcing zuletzt *Schüren/Fasholz DB* 2016, 1375). Einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung bedarf es insoweit – im Unterschied zu Abs. 3 Nr. 1 (vgl. → Rn. 177 ff.) – nicht. Zweck der Vorschrift ist, das AÜG außer Anwendung zu lassen, wenn von einem Austausch von Arbeitnehmern nur der **interne Arbeitsmarkt des Konzerns** betroffen und somit der soziale Schutz der Leiharbeitnehmer nicht gefährdet ist (Schüren/Hamann/Hamann § 1 Rn. 485). Dabei ließ sich der historische Gesetzgeber insbesondere auch davon leiten, dass eine Anwendung des AÜG auf diese Fälle eine „**bürokratische Förmlichkeit**“ (BT-Drs. 10/3206, 33) wäre, die den konzernweiten Einsatz von Arbeitnehmer unnötig erschweren würde. Verleiher und Entleiher müssen **demselben Konzern angehören**, wenn der Ausnahmetatbestand eingreifen soll. Die früher bestehende Voraussetzung, dass die Arbeitnehmerüberlassung **nur vorübergehend** erfolgen darf, hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des Regelung durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (1. AÜGÄndG) v. 28.4.2011, BGBl. I S. 642, gestrichen und durch das Erfordernis ersetzt, dass der überlassene Arbeitnehmer „nicht zum Zweck der

Überlassung eingestellt und beschäftigt wird“. Das Merkmal „vorübergehend“ kann nach der Neufassung des Abs. 1 nicht mehr das entscheidende Abgrenzungskriterium für das sog. Konzernprivileg sein (krit. insoweit allerdings *Lembke* DB 2011, 414 (415)). Die Ergänzung soll überdies klarstellen, dass die Privilegierung des Konzernverleihs nicht für die Arbeitnehmerüberlassung durch Personalführungsgesellschaften gilt, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist (BT-Drs. 17/4804, 8;). Umstr. ist, ob das Konzernprivileg mit der RL/2008/104/EG, die ein (ausdrückliches) Konzernprivileg nicht kennt, in Einklang steht (kritisch *Böhm* DB 2011, 473 (474) u. Hinw. auf den begrenzten Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 3 der RL; *Lembke* DB 2011, 414 (416); *Ulber* § 1 Rn. 351 ff. bejahend *Forst ZESAR* 2011, 316 mit der Einschränkung, dass das Konzernprivileg auf konzerninterne Personalverwaltungsgesellschaften beschränkt bleiben müsse).

231 Nach der Rspr. kann ein konzerninterner Dauerverleih nach den **Grundsätzen des sog. institutionellen Rechtsmissbrauchs unzulässig** sein, wenn der Verleiher nur dazwischen geschaltet wird, um günstigere Tarifbedingungen für Leiharbeitnehmer zu nutzen und den Bestandsschutz aufheben zu können (so ArbG Cottbus 6.2.2014, BeckRS 2014, 69672, wonach bei dieser Gestaltung das typische Arbeitgeberberrisiko entfalle).

232 **bb) Konzern.** Hinsichtlich des maßgeblichen **Konzernbegriffs** verweist das Gesetz selbst auf § 18 AktG. Die Verweisung ist nach allg. Auffassung **rechtsformneutral** (grundl. BAG 5.5.1988, AP AÜG § 1 Nr. 8; vgl. aus der Lit. nur Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 489 f.; Boemke/*Lembke*/*Lembke* § 1 Rn. 227; ErfK/*Wank* § 1 Rn. 58; vgl. insoweit zuletzt LAG Thüringen 12.4.2016, BeckRS 2016, 73745: Kein Konzernprivileg für die öffentliche Hand). Auf die Rechtsform der Unternehmen kommt es somit nicht an. Überdies erfasst die Ausnahmевorschrift **auch internationale sowie multinationale Konzerne** mit einer dem deutschen Recht nicht bekannten Rechtsform. Voraussetzung ist insoweit allerdings, dass eines der beteiligten Unternehmen seinen Sitz im Inland hat oder ein sonstiger Bezug zum deutschen Staatsgebiet vorhanden ist (ausf. *Feuerborn* WiVerw 2001, 190 (196); ähnl. Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 491; aA *Ulber* § 1 Rn. 358, der fordert, dass sowohl das verleihende als auch das entleihende Unternehmen ihren Sitz im Inland haben müssen). Nach der Rspr. greift das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG jedenfalls dann ein, wenn die Konzernspitze ihren Sitz in Deutschland hat und von dort aus ihre Leitungsmacht auch bezüglich des Tochterunternehmens im Ausland ausübt (so LAG Saarland 26.3.2014, BeckRS 2014, 69191).

233 Maßgeblich sind nach § 18 AktG zwei Merkmale: zum einen muss es sich um mindestens zwei **rechtlich selbständige Unternehmen** handeln und zum andern müssen diese **unter einer einheitlichen Leitung** zusammengefasst sein. Demgegenüber kommt es auf die Art des Konzerns nicht an (ErfK/*Wank* § 1 Rn. 58). Da das Gesetz nur die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen fordert, ist es irrelevant, ob es sich im konkreten Fall um einen **Unterordnungskonzern** iSd §§ 17, 18 Abs. 1 AktG, einen **Gleichordnungskonzern** iSd § 18 Abs. 2 AktG, einen sog. **Vertragskonzern** (vgl.

§§ 291 bzw. 319 AktG) oder einen **faktischen Konzern** (vgl. § 18 Abs. 1 S. 3 AktG) handelt (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 493; Boemke/Lembke/*Lembke* § 1 Rn. 228). Der Begriff „Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes“ gilt auch für die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb **multinationaler Konzerne**; damit fällt auch die grenzüberschreitende Entsendung innerhalb eines Konzerns unter die Ausnahme von § 1 Abs. 3 Nr. 2 (FW BA AÜG Ziff. 1.4.2. Abs. 6). Auch ist Anwendung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Unternehmen von mehreren Unternehmen gemeinsam beherrscht wird und auf diese Weise in eine mehrfache Konzernzugehörigkeit eingebunden ist (gesellschaftsrechtlich sog. **Mehrmütterkonzern**). Entscheidend ist, ob für die Ausübung gemeinsamer Herrschaft eine ausreichend sichere Grundlage besteht (FW BA AÜG Ziff. 1.4.2. Abs. 7).

Unter Abs. 3 Nr. 2 fallen auch sog. **Gemeinschaftsunternehmen**, also 234
rechtlich selbständige Unternehmen, die unter gemeinschaftlicher Leitung zweier oder mehrerer anderer Unternehmen stehen (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 494). Dagegen findet die Vorschrift keine Anwendung auf den sog. **Gemeinschaftsbetrieb**, bei dem mehrere Unternehmen nur einen gemeinsamen, rechtlich nicht selbständigen Betrieb haben (BAG 3.12.1997, AP AÜG § 1 Nr. 24; 3.12.1997, SAE 1999, 81 mAnm *Windbichler*). Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift wird in der Lit. abgelehnt (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 495 f.). Dahinter steht die Sorge, dass auf diese Weise die in § 1 Abs. 1 S. 3 zum Schutz der Arbeitnehmer aufgestellten Voraussetzungen für die Entsendung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft umgangen werden könnten.

Dass die Konzernunternehmen **demselben Wirtschaftszweig** angehören, ist keine Voraussetzung. Der **Unternehmensgegenstand** ist für den Konzernbegriff ohne Belang (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 497). 235

Nach § 18 AktG müssen die rechtlich selbständigen Unternehmen **unter einheitlicher Leitung zusammengefasst** sein. Leitung in diesem Sinne ist die **planmäßige und auf eine gewisse Dauer angelegte gezielte Einflussnahme auf wesentliche Bereiche der Geschäftsführung** (*Kremheller* NA Teil G Rn. 123). Die Geschäftspolitik muss mit anderen Worten maßgeblich – also zB in den Bereichen Beschaffung, Produktion, Absatz, Finanzierung, Personal – mitgestaltet werden (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 499). Eine einheitliche Leitung in diesem Sinne kann auch von einer Kommune ausgeübt werden (*Plander* NZA 2002, 69 (71)). 236

Die Leitung muss auch **tatsächlich ausgeübt** werden. Die bloße Möglichkeit der einheitlichen Leitung verbindet die betreffenden Unternehmen dagegen noch nicht zu einem Konzern. Hinsichtlich der rechtlichen Absicherung der einheitlichen Leitung ist zu unterscheiden: Beim **vertraglichen Unterordnungskonzern** beruht sie auf einem Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) oder der Eingliederung eines Unternehmens (§ 319 AktG). Hier wird gem. § 18 Abs. 1 S. 2 AktG unwiderlegbar vermutet, dass die Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind. Beim **faktischen Unterordnungskonzern** kommen dagegen sonstige Beherrschungsmittel (va 237
Stimm- u. Entsendungsrechte) zum Einsatz, bei deren Vorliegen dann die

widerlegbare Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG eingreift. Beim **Gleichordnungskonzern** iSd § 18 Abs. 2 AktG kann sich die einheitliche Leitung zB aus personellen Verflechtungen oder wechselseitigen Verpflichtungen der betreffenden Unternehmen ergeben (Boemke/Lembke/*Lembke* § 1 Rn. 229; Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 500).

- 238 **cc) Arbeitseinsatz zwischen Konzernunternehmen.** Voraussetzung für ein Eingreifen des Abs. 3 Nr. 2 ist, dass der **Arbeitseinsatz zwischen den Konzernunternehmen** erfolgt. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis mit einem konzernangehörigen Unternehmen stehen muss und von diesem an ein anderes konzernangehöriges Unternehmen verliehen wird. Ob es sich bei dem entleihenden bzw. verleihenden Unternehmen um das herrschende oder ein abhängiges Unternehmen handelt, ist ohne Bedeutung (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 502; ErfK/*Wank* § 1 Rn. 58). Zu beachten ist aber, dass im **Gemeinschaftsunternehmen** eine Überlassung von Arbeitnehmern zwischen den gleichberechtigt herrschenden Unternehmen nicht unter Abs. 3 Nr. 2 fällt. Die herrschenden Unternehmen bilden mit dem Gemeinschaftsunternehmen jeweils einen Konzern. Demzufolge ist eine Überlassung zwischen den gleichberechtigten Unternehmen keine konzerninterne Überlassung, sondern eine solche zwischen verschiedenen Konzernen (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 503).
- 239 Ohne Bedeutung sind **Anlass und Zweck der Überlassung**. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Überlassung – wie in Abs. 2 Nr. 1 gefordert – zur Vermeidung von Kurzarbeit oder von Entlassungen erfolgt (Schüren/Hamann/*Hamann* § 1 Rn. 504).
- 240 **dd) Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt.** Mit der Neuregelung des § 1 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (1. AÜGÄndG) v. 28.4.2011, BGBl. I S. 642 wurde das Konzernprivileg auf die konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass es nicht allein auf den bei Abschluss des Arbeitsvertrags festgelegten Leistungsinhalt ankommt, sondern auch darauf, dass sie später nicht zum Zwecke der Überlassung beschäftigt werden. Die Begründung des RegE verweist in diesem Zusammenhang auf die RL 2008/104/EG. Diese definiert „Leiharbeitsunternehmen“ als „eine natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten“ (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) Darüber hinaus definiert sie „Leiharbeiter“ als einen „Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten“ (Art. 3 Abs. 1 Buchst. c). Daraus wird gefolgert, dass Arbeitnehmer,