

Flexibler Personaleinsatz im Konzern

Herausgegeben von

Dr. Thomas Lambrich

Rechtsanwalt, Hamburg und Berlin

Daniel Happ

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main

und

Dr. Marco Tucci, LL.M.

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, München

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
1. Kapitel: Tatsächliche Grundlagen und rechtlicher Rahmen	1
A. Das typologische „Normal-Arbeitsverhältnis“	1
B. Gesellschafts- und arbeitsrechtliche Organisationsebenen und Begrifflichkeiten	1
I. Unternehmen	1
II. Betrieb	1
III. Konzern	2
C. Erscheinungsformen unternehmensübergreifenden Personaleinsatzes	3
I. „Shared Services“-Gesellschaften	3
II. Personalführungsgesellschaften	4
III. Matrix-Strukturen	4
D. Typologisierung von unternehmensübergreifenden Arbeitsverhältnissen in Konzernstrukturen	5
I. Arbeitgebereinheit	6
II. Arbeitgebermehrheit	7
1. Einheitliches Arbeitsverhältnis	7
2. Mehrere miteinander verknüpfte Arbeitsverhältnisse	8
III. „Gespaltene“ Arbeitgeberfunktionen in Matrix-Strukturen	10
2. Kapitel: Arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	12
A. Unternehmensübergreifender Personaleinsatz durch Arbeitgeberwechsel	12
I. Einvernehmlicher Arbeitgeberwechsel	12
II. Einseitig angeordneter Arbeitgeberwechsel	14
1. Direktionsrecht und Konzernleitungsmacht	14
2. Änderungskündigung	15
3. Konzernversetzungsklauseln	15
a) Begriff der „Konzernversetzung“	16
b) AGB-rechtliche Zulässigkeit	16
aa) Anwendbarkeit der §§ 307–309 BGB	16
bb) Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 4 BGB	17
cc) Inhaltskontrolle gemäß § 309 Nr. 10 BGB	17
dd) Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB	18
III. Gesetzlicher Arbeitgeberwechsel: Betriebsübergang im Konzern	22

B. Konzernweite Arbeitnehmermobilität ohne Arbeitgeberwechsel oder Arbeitgeberduplizierung	23
I. Einvernehmliche Arbeitnehmertätigkeit bei Konzerntrittgesellschaft	24
II. Einseitig angeordnete Arbeitnehmertätigkeit bei Konzerntrittgesellschaft	25
1. Direktionsrecht und Konzernleitungsmacht	25
2. Notlagen- und Eilfallkompetenz	27
3. Änderungskündigung	27
4. Konzernabordnungsklauseln	28
a) Inhaltskontrolle gemäß §§ 308 Nr. 4 und 309 Nr. 10 BGB	29
b) Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB	29
C. Exkurs: Kündigungen im Konzern	33
I. „Durchschlagen“ von Kündigungsgründen bei Arbeitgebermehrheit	33
II. Konzerndimensionaler Kündigungsschutz	35
1. Allgemeine Grundsätze	35
2. Sonderfälle	36
a) Kündigungsschutz bei Arbeitgebermehrheit	36
b) Weiterbeschäftigungspflicht bei Versetzungs- und Abordnungsklauseln	37
c) Konzerndimensionaler Kündigungsschutz durch Vertrauenstatbestand	37
d) Weiterbeschäftigungspflicht in Matrix-Strukturen	38
3. Kapitel: Arbeitnehmerüberlassung	39
A. Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	39
I. Gesetzeshistorie	40
II. Allgemeiner Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	41
III. Grundkonstellation der Arbeitnehmerüberlassung	43
IV. Erlaubniserteilung	45
B. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung	46
I. Wann ist Arbeitnehmerüberlassung noch „vorübergehend“?	47
1. Bezugspunkt	48
2. Auslegung des Begriffs „vorübergehend“	49
3. Aktuelle Gesetzesentwicklungen	50
II. Rechtsfolgen eines nicht nur „vorübergehenden“ Verleihs	50
C. Privilegierte Arbeitnehmerüberlassung	52
I. Konzernprivileg, § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	53
1. Arbeitseinsatz zwischen Konzernunternehmen	53
2. Nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt ...	54
II. Nur gelegentlich, nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt, § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG	56
III. Kollegenhilfe, § 1a AÜG	58

D. Besondere Gestaltungsformen im Konzern	59
I. Abgrenzung zum gemeinsamen Betrieb	60
1. Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs	60
2. Abgrenzungskriterien	61
II. Personalgestellung	62
III. Konzerninterne Personalführungsgesellschaft	64
IV. Matrix-Struktur	65
1. Vorliegen einer Matrix-Struktur	65
2. Weisungsrecht	66
3. Kein gemeinsamer Betrieb	67
4. Keine Arbeitnehmerüberlassung	67
V. Konzernversetzungsklausel	68
E. Rechtsbeziehungen	68
I. Arbeitsverhältnis zwischen Verleihgesellschaft und Leiharbeiter	69
1. Klassisches Arbeitsverhältnis	69
2. Möglichkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses	69
3. Besonderheiten beim Kündigungsschutz	70
4. Gleichstellungsgebot	71
a) Dauer der Anwendbarkeit	72
b) Tätigkeitsbezogene Vergleichbarkeit	73
c) Rechtsfolgen der Missachtung des Gleichstellungsgebots	74
d) Gleichstellungsgebot im Konzern	74
e) Abweichende Regelungen	75
f) Künftige Entwicklung	76
5. Drehtürklausel	76
II. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	76
III. Rechtsverhältnis zwischen Entleihgesellschaft und Leiharbeiter	78
1. Direktionsrecht der Entleihgesellschaft	78
2. Rechte des Leiharbeitnehmers beim Entleiher	79
F. Rechtsfolgen nicht erlaubter Arbeitnehmerüberlassung	80
I. Ordnungswidrigkeit	80
II. Überblick zu den arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen	80
4. Kapitel: Fremdpersonaleinsatz aufgrund Werk- oder Dienstvertrags ..	83
A. Tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen	83
I. Ausgangssituation: Inhouse-Outsourcing	84
II. Ziel: Überwälzen wirtschaftlicher Verantwortung	85
III. Vorteil: Effektivere und flexiblere Personalstrukturen	86
IV. Schwierigkeit: Fehlende Kontrollmöglichkeiten des beauftragenden Unternehmens	88
V. Gewinn: Keine Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungs- gesetzes	88

VI. Gefahr: Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	91
1. Rechtsfolgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	91
a) Bei Nichtvorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	92
b) Bei Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	93
2. Prozessuale Geltendmachung	94
B. Rechtssichere Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung	96
I. Entscheidung zwischen Werk- oder Dienstvertrag	96
1. Vorzugswürdigkeit des Werkvertrags?	96
2. Rechtsnatur und Typologie des Werkvertrags	97
3. Rechtsnatur und Typologie des Dienstvertrags	100
4. Abgrenzungsfälle	100
II. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	102
1. Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung	102
a) Wertende Gesamtbetrachtung des Geschäftsinhalts	102
b) Vertragstext versus Vertragsdurchführung	103
c) Rechtssichere Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung ..	105
2. Personalhoheit des Auftragnehmers	106
a) Arbeitsvertragliches Weisungsrecht	106
b) Abgrenzung zu werk- bzw. leistungsbezogenen Anweisungen ..	107
c) Personaleinsatzplanung	110
3. Eigene betriebliche Organisation	110
4. Eigene wirtschaftliche Verantwortung	113
a) Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen beim Werkvertrag	113
b) Haftung des Auftragnehmers für Nebenpflichtverletzungen ...	115
c) Eigenes Expertenwissen	117
d) Eigenes unternehmerisches Risiko	117
C. Rechtspolitischer Ausblick	118
5. Kapitel: Betriebsverfassungs- und mitbestimmungsrechtliche Rahmenbedingungen	120
A. Zuordnung des Konzernmitarbeiters	120
I. Ein Arbeitsverhältnis im Konzern	120
II. Arbeitgeberrmehrheit	122
III. Arbeitgeberereinheit	123
B. Rechtsfolgen der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung – Wahlberechtigung und Schwellenwerte	123
I. Mehrere Betriebe	123
II. Ein Betrieb	123
1. Wahlrecht	124
2. Betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte	125
a) Stammbetrieb	125

b) Einsatzbetrieb	125
aa) Betriebsratsgröße und Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder, §§ 9 und 38 BetrVG	125
bb) Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG	127
cc) Wirtschaftsausschuss, § 106 BetrVG	128
dd) Beteiligung bei Betriebsänderungen, § 111 BetrVG	129
C. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung und Mitbestimmung	131
I. Mehrere Betriebe	131
II. Ein Betrieb	131
1. Ausgangssituation	131
2. Allgemeine Rechte und Aufgaben des Betriebsrats	132
3. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	133
a) Fragen der betrieblichen Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	134
b) Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	134
c) Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	135
d) Auszahlung Arbeitsentgelt, § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG	135
e) Urlaubsgewährung, § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG	136
f) Überwachung durch technische Einrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	136
g) Arbeits- und Gesundheitsschutz, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	137
h) Sozialeinrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	137
i) Betriebliche Lohngestaltung und leistungsbezogenes Entgelt, § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG	137
j) Betriebliches Vorschlagswesen, § 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG	138
k) Gruppenarbeit, § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG	139
4. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten gemäß § 99 BetrVG	139
a) Versetzung – Beteiligung des Verleiherbetriebsrats	140
b) Einstellung – Beteiligung des Entleiherbetriebsrats	141
c) Unterrichtung	142
d) Zustimmungsverweigerung	145
e) Ausgewählte Zustimmungsverweigerungsgründe	146
aa) § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG	146
(1) Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, § 1b AÜG	147
(2) Equal Pay, Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	147
(3) Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung und Besetzung von Dauerarbeitsplätzen	147
(4) Prüf- und Konsultationspflicht gemäß § 81 SGB IX ..	149
bb) § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG	150
cc) § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG	151

f) Arbeitsgerichtliches Verfahren – Zustimmungsersetzung	151
g) Vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme	153
5. Mitbestimmung bei Kündigung	154
D. Zur Anwendung von Betriebsvereinbarungen im Einsatzbetrieb	155
6. Kapitel: Besonderheiten bei Auslandsbezug	157
A. Privilegierter Auslandsverleih § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG	157
B. Nichtprivilegierter Auslandsverleih	158
I. Überlassung innerhalb der EU/EWR	159
II. Überlassung in oder aus Drittstaaten	159
C. Einschränkungen aufgrund Staatsangehörigkeit	160
D. Sonstige Aspekte	161
E. Besonderheiten bei Entsendungen mit Auslandsbezug	162
I. Aufenthaltsrechtliche Besonderheiten	162
1. Entsendungen innerhalb der EU, des EWR und der Schweiz	162
2. Entsendungen außerhalb der EU, des EWR und der Schweiz	163
3. Beschäftigung ohne Aufenthalts-/Arbeiterlaubnis	163
F. Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten	164
I. Entsendungen innerhalb der EU, des EWR und der Schweiz	164
1. Entsendung bis zu 24 Monate	165
2. Grenzüberschreitende Beschäftigung	167
3. Ausnahmereinbarung	168
4. A1-Bescheinigung	170
II. Entsendung in Staaten, mit denen Deutschland ein Sozialversicherungsabkommen geschlossen hat	170
1. Entsendung	171
2. Ausnahmereinbarung	171
III. Entsendung in sonstige Staaten	172
1. Beschäftigungsverhältnis im Inland	173
2. Fortbestand der Bindung an das Heimatunternehmen	174
3. Zeitliche Begrenzung	175
IV. Privater Versicherungsschutz	177
G. Lohnsteuerrechtliche Besonderheiten	178
7. Kapitel: Arbeitnehmerdatenschutz im Konzern	181
A. Grundlagen	181
I. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	182
II. Kein Konzernprivileg	183
B. Shared Service Center	184
I. Abgrenzung Auftragsdatenverarbeitung/Funktionsübertragung	184
II. Auftragsdatenverarbeitung	186

1. Pflichten des Auftraggebers und Auftragnehmers	187
2. Sanktionen und Risiken bei Rechtsverstößen	189
III. Funktionsübertragung	191
1. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG	191
a) Erkennbarer Konzernbezug bei Vertragsschluss	192
b) Begründung des Konzernbezugs nach Abschluss des Arbeitsvertrags	193
2. Erlaubnistatbestände in § 28 Abs. 1 BDSG	193
a) Anwendbarkeit des § 28 BDSG neben § 32 BDSG	193
b) § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG	194
3. Gestattung durch Betriebsvereinbarung	196
4. Einwilligung des Arbeitnehmers	197
5. Besondere Arten personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG	198
IV. Anforderungen an den grenzüberschreitenden Datentransfer	198
1. Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes	199
2. Auftragsdatenverarbeitung	199
3. Funktionsübertragung	200
a) Datenübermittlung in EU- oder EWR-Staaten	201
b) Datenübermittlung in Drittländer	201
c) Angemessenheit des Datenschutzniveaus	202
d) Datenübermittlungen in die USA	204
e) Ausnahmen nach § 4c BDSG	205
aa) § 4c Abs. 1 BDSG	205
bb) § 4c Abs. 2 BDSG	207
4. EU-Standardvertragsklauseln	208
5. Binding Corporate Rules	210
6. Sanktionen	212
C. Datenübermittlung in Matrix-Strukturen	212
D. Datenverarbeitung bei Arbeitnehmerüberlassung	214
I. Übermittlung von Kandidatenprofildaten durch den Verleiher	214
II. Verarbeitung von Leiharbeitnehmerdaten durch den Entleiher	215
Literaturverzeichnis	217
Sachregister	221