

**Anwendung des AÜG auf die zur k-tec  
entsandten Mitarbeiter der ENO?**

Gutachtliche Stellungnahme  
erstattet von  
Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## **I. Die Fragestellung**

Bei der Gründung der k-tec haben die von der ENO kommenden Mitarbeiter einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die k-tec widersprochen. Daraufhin wurden arbeitsvertragliche Abmachungen getroffen, wonach sie trotz Fortbestehens ihres Arbeitsverhältnisses zur ENO bei der k-tec arbeiten würden. Jeder Einzelne hatte allerdings das Recht, einen solchen Einsatz abzulehnen; die einmal erteilte Zustimmung kann jederzeit zurückgenommen werden. Weiter ist festgelegt, dass die Arbeitnehmer zu ihren alten Bedingungen ausschließlich im Betrieb der ENO weiterbeschäftigt werden, wenn ein Arbeitsgericht rechtskräftig feststellen sollte, dass ein Arbeitsverhältnis zur k-tec entstanden sei. Wörtlich heißt es in dem Interessenausgleich, dessen Inhalt jedem einzelnen Mitarbeiter schriftlich mitgeteilt wurde:

„Sollte entgegen der Auffassung der Betriebsparteien aufgrund des Tätigwerdens von Mitarbeitern/-innen bei der Kraftfahrzeugtechnik Nord GmbH nach rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung ein Arbeitsverhältnis zur Kraftfahrzeugtechnik Nord GmbH als begründet gelten oder die Erlaubnis zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung von einem Arbeitsgericht entzogen werden, wird die ENO den Teilbetrieb ENO-Zentralwerkstatt auf sich zurückführen.“

Die ENO besitzt derzeit keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Diese sei - so wird gesagt - überflüssig, weil § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung aus dem Gesetz ausklammere.

Im Auftrag des Betriebsrats der ENO und in Absprache mit der Geschäftsführung ist zu prüfen, ob im konkreten Fall das AÜG anwendbar ist oder ob die Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung eingreift (unten II). Ist Ersteres der Fall, wären die Arbeitsverträge zwischen der ENO und den entsandten Arbeitnehmern gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Nach § 10 Abs. 1 AÜG würde ein Arbeitsverhältnis zur k-tec entstehen, dessen Inhalt im Einzelnen zu bestimmen wäre. Dies hätte zur Folge, dass die „Rücknahmeklausel“ zur Wirkung käme und die Beschäftigten sämtliche wieder unmittelbar zur ENO zurückkehren würden. Wie in einem solchen Fall zu verfahren ist, bedarf der Untersuchung (unten III).

## II. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG

### 1. Der Grundsatz

Nach seinem § 1 Abs. 3 Nr. 2 ist das AÜG - von wenigen Ausnahmen abgesehen - nicht anwendbar, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen erfolgt und der betroffene Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Hinter dieser Regelung steht die Erwägung, dass eine soziale Gefährdung der überlassenen Arbeitnehmer bei vorübergehender Arbeit in einem anderen Konzernunternehmen nicht zu besorgen sei.

BAG NZA 1989, 18, 20; Boemke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, Heidelberg 2002, § 1 Rn. 176; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 2003, § 1 Rn. 490, 553

Anders stellt sich die Situation bei Personalüberlassungen dar, die auf Dauer bestimmt sind. Wie schon in der Gesetzesbegründung

BT-Drs. 10/3206, S. 33

ausdrücklich hervorgehoben wurde, bleibt das AÜG anwendbar, wenn es insbesondere um eine reine Personalgestellung durch konzernzugehörige Personalführungsgesellschaften geht.

In der Literatur ist umstritten, ob die Ausnahmvorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nur die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erfasst

So etwa Bachner, in: Kittner/Zwanziger (Hrsg.),  
Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 2. Aufl.,  
Frankfurt/Main 2003, § 131 Rn. 86

oder ob auch die sehr viel wichtigere gewerbliche Form erfasst  
ist.

So Boemke, a. a. O., § 1 Rn. 179; Hamann, in: Schüren  
(Hrsg.), a. a. O., § 1 Rn. 556 ff., jeweils m. w. N.

Die Frage kann dahinstehen, wenn im konkreten Fall die  
Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sowieso nicht  
vorliegen und es deshalb nach jeder der beiden Auffassungen  
bei der vollen Anwendbarkeit des AÜG bleibt.

## **2. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung**

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG verlangt, dass die  
Arbeitnehmerüberlassung zwischen einzelnen Unternehmen eines  
Konzerns erfolgt. Trotz der Verweisung auf § 18 AktG wird  
dabei der allgemeine Konzernbegriff zugrunde gelegt; es kommt  
also nicht darauf an, wie die Rechtsform der einzelnen  
Unternehmen beschaffen ist. Auch wenn Mutter- und  
Tochtergesellschaft eine GmbH sind, liegt ein Konzern im  
Rechtssinne und damit auch im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG  
vor.

S. statt aller BAG NZA 1989, 18, 19

Hat ein Unternehmen zwei (oder mehr) Muttergesellschaften, die  
eine gemeinsame Leitung bilden, so ist der Konzernbegriff im  
Verhältnis zum jeweiligen herrschenden Unternehmen gleichfalls  
erfüllt.

Ebenso Boemke, a. a. O., § 1 Rn. 184; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK-) Wank, 4. Aufl., München 2004, § 1 AÜG Rn. 86; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 563

Legt man diese rechtlichen Rahmenbedingungen zugrunde, so besteht kein Zweifel, dass die ENO und die k-tec einen Konzern bilden. Soweit ersichtlich, ist dies auch bislang zwischen den Betriebsparteien nie strittig gewesen.

### **3. Das Merkmal „vorübergehend“ in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG**

Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung muss „vorübergehenden“ Charakter haben. Dieser Begriff ist nach der Rechtsprechung weit auszulegen

So BAG NZA 1989, 18, 20 = AP Nr. 8 zu § 1 AÜG; BAG NZA 1991, 269, 273; LAG Hessen DB 2000, 1968

- eine Auffassung, die in der Literatur im Wesentlichen Zustimmung gefunden hat.

ErfK-Wank § 1 AÜG Rn. 89; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 577

#### **a) Keine Überschreitung einer Höchstfrist?**

Dies bedeutet, dass die Überlassung durchaus auch „langfristig“ sein,

So ausdrücklich LAG Hessen DB 2000, 1968

dass sie beispielsweise über die frühere Höchstüberlassungsfrist von zwei Jahren hinausgehen kann.

Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 579

So hat die Rechtsprechung einen Einsatz von 7 Monaten, der dann um weitere 12 Monate verlängert wurde, noch als „vorübergehend“ angesehen.

BAG NZA 1989, 18, 20

In der Literatur wird zum Teil sogar eine Frist von fast 7 Jahren als noch hinnehmbar angesehen.

Boemke, § 1 Rn. 188; a. A. Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2002, § 1 Rn. 253

Wie auch immer man die äußersten Grenzen bestimmen mag - Einigkeit besteht darüber, dass der Einsatz zeitlich beschränkt sein muss.

So ErfK-Wank § 1 AÜG Rn. 89; Martens DB 1985, 2144, 2149; Rütters/Bakker ZfA 1990, 245, 298 f.

Eine als endgültig angesehene Überlassung würde den Rahmen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sprengen.

So auch Boemke § 1 Rn. 187; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 577

#### **b) Rückkehrzeitpunkt bestimmbar?**

Ob der geplante Rückkehrzeitpunkt feststehen oder zumindest bestimmbar sein muss, ist umstritten.

Nach Bachner (in: Kittner/Zwanziger, a. a. O., § 131 Rn. 90) muss der Zeitpunkt des Endes jedenfalls „bestimmbar“ sein, während Hamann (in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 577) und Boemke (§ 1 Rn. 187) den Rückkehrzeitpunkt offen lassen wollen.

Für die zweite Auffassung spricht insbesondere die BAG-Rechtsprechung, wonach eine Verlängerung um 12 Monate den vorübergehenden Charakter der Arbeitnehmerüberlassung nicht in Frage gestellt hatte.

BAG NZA 1989, 18, 20

Insoweit sind die Spielräume relativ groß, obwohl die Rückkehr zum Verleiher als solche nach allen vertretenen Auffassungen zu einem mehr oder weniger entfernten Zeitpunkt gesichert sein muss.

**c) Die restriktive Auffassung: Einsatz nur aus „sachlichem Grund“**

Eine engere Auffassung nimmt eine „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung nur dann an, wenn sich der Einsatz im Entleiherbetrieb auf einen „sachlichen Grund“ entsprechend § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG stützen kann:

Bachner, in: Kittner/Zwanziger (Hrsg.), § 131 Rn. 91;  
Ulber § 1 AÜG Rn. 253.

Diese Position kann sich allerdings nicht auf die Entscheidung BAG NZA 1991, 269, 273 berufen, da diese die ganz andere Frage

betraf, ob bei der nicht gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung eine Schwerpunktverlagerung zum Entleiher (und damit unerlaubte Arbeitsvermittlung) vorlag, wenn der Einsatz nicht mit einem „sachlichen Grund“ gerechtfertigt werden konnte. Dem wird meines Erachtens zu Recht entgegen gehalten, allein der Einsatz, nicht aber die Arbeitsaufgabe müsse vorübergehenden Charakter haben.

Boemke § 1 Rn. 189

Auch würde der Anwendungsbereich des § 1 Abs.3 Nr. 2 AÜG allzu sehr eingeengt und so der Spielraum für vernünftige konzerninterne Gestaltungen ohne jeden einleuchtenden Grund beschnitten.

#### **d) Die weite Auffassung: Rückkehrrecht genügt**

Vereinzelt wird in der Literatur die Auffassung vertreten, schon das dem überlassenen Arbeitnehmer vertraglich eingeräumte Recht, zum Verleiher zurückzukehren, genüge für die Annahme einer „vorübergehenden“ Überlassung.

So Rüthers/Bakker ZfA 1990, 245, 299 f.; Schüren, AÜG, 1. Aufl., § 1 Rn. 758

Dafür spricht das Argument, in solchen Fällen sei der Sozialschutz der Betroffenen aufgrund ihres Rückkehrrechts nicht gefährdet, § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG deshalb anwendbar. Auf der anderen Seite wird mit Recht betont, dass das Abstellen auf das Rückkehrrecht zu einem langfristigen Schwebezustand führt, der im Interesse der Rechtssicherheit schwerlich hingenommen werden kann: Würde der Arbeitnehmer sich entscheiden, dauerhaft beim Entleiher zu bleiben, läge (rückwirkend?) unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor. Dies

hätte zur Folge, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 AÜG entstehen würde, das sich ggf. erheblich vom bisherigen Arbeitsverhältnis unterscheidet. Die Mehrzahl der Autoren lehnt deshalb eine derartige Auffassung ab.

Boemke § 1 Rn. 187; Gaul BB 1996, 1224/1225; Ulber § 1 Rn. 253; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 581 (gegen die von Schüren stammende Voraufgabe)

Aus den Entscheidungen des ArbG Köln (BB 1996, 800) und des hessischen LAG (DB 2000, 1968) lassen sich keine gegenteiligen Schlüsse ableiten, da es dort um andere Sachverhalte ging und sich in den Urteilen auch keine entsprechenden Aussagen finden. Würde in einem solchen Fall der vorübergehende Charakter der Entsendung erst dann enden, wenn der Arbeitnehmer eindeutig zum Ausdruck bringt, von seinem Rückkehrrecht keinen Gebrauch mehr machen und ausschließlich für das Entleihunternehmen arbeiten zu wollen,

So Liebscher BB 1996, 801

so würde eine zusätzliche Rechtsunsicherheit dadurch entstehen, dass dieser Zeitpunkt oft nur schwer zu klären sein wird, obwohl er für die Arbeitgebereigenschaft, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses und das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Zutreffend insoweit Gaul BB 1996, 1224 f.

Wenn das ArbG Köln (BB 1996, 800) und Liebscher (BB 1996, 801) zur Stützung ihrer gegenteiligen Auffassung darauf verweisen, das AÜG könne nicht dazu dienen, dass ein Arbeitgeber einzelne Beschäftigte an eine Tochtergesellschaft „loswerde“, so trifft

dies zwar zu, doch gibt es andere Mittel, um einen solchen Missbrauch zu verhindern.

Dazu Gaul BB 1996, 1224 ff.

**e) Anwendung auf den Fall ENO - k-tec**

Wendet man die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze auf die Überlassung von ENO-Mitarbeitern an die k-tec an, so ist das Ergebnis eindeutig: Eine zeitliche Begrenzung der Tätigkeit bei der k-tec ist nicht vereinbart, als Gesellschaft ist diese auf Dauer berechnet. Das Rückkehrrecht macht die Überlassung zu keiner vorübergehenden, zumal alle Beteiligten damit rechnen, dass von ihm nur in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht wird. Auch besteht keinerlei Anlaß zu der Annahme, dass die ENO ihre Beschäftigten an die k-tec „loswerden“ will: Einer solchen Unterstellung steht schon die vorsorgliche Abmachung entgegen, dass eine volle Rückkehr zur ENO erfolgen sollte, wenn die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den überlassenen Mitarbeitern und der k-tec rechtskräftig festgestellt würde.

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG kann im vorliegenden Zusammenhang daher keine Anwendung finden.

### **III. Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zur k-tec**

Da das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht eingreift, kommen die allgemeinen Regeln des AÜG zur Anwendung, soweit die Arbeitnehmerüberlassung als „gewerbsmäßig“ zu qualifizieren ist.

#### **1. Die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung**

Nach allgemeiner Auffassung ist es für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung unerheblich, ob das Verleihunternehmen schwerpunktmäßig andere Tätigkeiten ausübt. Vielmehr ist bei der Überlassung im Einzelfall zu fragen, ob sie in Gewinnerzielungsabsicht vorgenommen wurde.

ErfK-Wank § 1 AÜG Rn. 34; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 291, jeweils m. w. N.

Entscheidend kommt es dabei darauf an, ob wirtschaftliche Vorteile „unmittelbar oder mittelbar“ erstrebt werden; ihr tatsächliches Eintreten ist ohne Bedeutung.

S. statt aller Boemke § 1 Rn. 44 ff.; ErfK-Wank § 1 AÜG Rn. 50; Hamann, in: Schüren (Hrsg.), § 1 Rn. 313

Das ArbG Köln (BB 1996, 800) hat im Falle der Arbeitnehmerüberlassung von einer Mutter- zu einer Tochtergesellschaft verlangt, dass der wirtschaftliche Gewinn, den die Tochtergesellschaft durch den Personaleinsatz der fraglichen Person erziele, im Einzelnen dargelegt werde; andernfalls könne nicht von einer Gewinnerzielungsabsicht ausgegangen werden.

Im vorliegenden Fall werden die unternehmerischen Zwecke der ENO wie der k-tec durch die Überlassung einer größeren Anzahl von Beschäftigten verfolgt. Ziel der gesamten Maßnahme ist es, rationeller als zuvor zu arbeiten, also durch die Ausgliederung bestimmter Funktionen auf die k-tec ein besseres Betriebsergebnis für die ENO zu erzielen. Wie hoch die dadurch erreichbare Steigerung ist, braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht zu interessieren. Auch kann niemand verlangen, dass in Bezug auf jeden einzelnen überlassenen Arbeitnehmer der jeweilige Beitrag zur Steigerung des Betriebsergebnisses beziffert wird. Vielmehr reicht die Feststellung aus, dass durch die Existenz der k-tec und die Tätigkeit der dorthin entsandten ENO-Arbeitnehmer die wirtschaftliche Situation der ENO GmbH verbessert werden soll. Insoweit besteht an der Gewerbsmäßigkeit kein Zweifel. Dies wird auch durch die Tatsache bestätigt, dass die ENO bis vor einiger Zeit eine gültige Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besaß.

## **2. Entstehung des Arbeitsverhältnisses zur k-tec**

Das Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 AÜG entsteht bei Beginn des Einsatzes im Entleiherbetrieb, wenn der Verleiher in diesem Augenblick über keine Erlaubnis verfügt. Wird eine zunächst bestehende Erlaubnis später nicht erneuert, tritt von ihrem Ablauf an die Rechtsfolge nach den §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG ein.

Ebenso Boemke § 10 Rn. 18

Dies wird bereits aus dem zweiten Halbsatz von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG deutlich, wo es heißt: „Tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter

mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen.“ „Unwirksamkeit“ meint in diesem Zusammenhang insbesondere den von § 9 Nr. 1 AÜG erfassten Fall, wonach das Arbeitsverhältnis zwischen gewerblichem Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam ist, wenn keine Verleiherlaubnis besteht.

Ein Arbeitsverhältnis zwischen den von der ENO überlassenen Arbeitnehmern und der k-tec ist daher mit Ablauf der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG zustande gekommen. Welchen Inhalt dieses im Einzelnen hat, bedarf im konkreten Zusammenhang keiner ins Detail gehenden Untersuchung. Besondere Hervorhebung verdient lediglich die Tatsache, dass die beim Verleiher erworbene Unkündbarkeit durch die Entstehung des neuen Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nicht verloren geht. Nach der Rechtsprechung des BAG bleibt sie sogar dann erhalten, wenn der Tarifvertrag, der sie gewährt hat, aufgehoben und durch einen schlechteren ersetzt wird.

BAG AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa

Erst recht kann daher eine verschlechternde „Ablösung“ nicht durch die Entstehung eines neuen Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Vorschrift erfolgen, die wie § 10 Abs.1 AÜG primär dem Arbeitnehmerschutz dient.

### **3. Rückkehr zur ENO und Auflösung der k-tec**

Die im Interessenausgleich vorgesehene „Rückführung“ des mit ENO-Mitarbeitern besetzten „Teilbetriebs“ der k-tec würde praktisch zu deren Auflösung führen. Sie ist jedoch nach dem oben einleitend mitgeteilten Wortlaut der fraglichen Bestimmung, die auch Inhalt der Arbeitsverträge wurde, an eine „rechtskräftige“ gerichtliche Feststellung geknüpft, dass ein

Arbeitsverhältnis zur k-tec entstanden sei. Eine solche Gerichtsentscheidung könnte unschwer herbeigeführt werden, liegt aber im Augenblick noch nicht vor. Dies steht jedoch der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zur k-tec nicht entgegen.

Dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten entspricht es, an der arbeitsvertraglichen Bindung zur ENO auch im gegenwärtigen Zeitpunkt nichts zu ändern, gleichzeitig aber auch kein Arbeitsverhältnis zur k-tec zur Entstehung zu bringen. Dass dieses trotzdem existiert, ist allein Folge der (vermutlich wegen eines Versehens) nicht erfolgten Erneuerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Das ist eine Situation, die nur im Einvernehmen auf die früher bestehende zurückgeführt werden kann.

Der Bestand der Arbeitsverhältnisse unterliegt der freien Disposition der Beteiligten. Am sinnvollsten wäre es daher, dass ENO zunächst eine neue Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung beantragt (und nach menschlichem Ermessen auch erhält). Nach der seit 1.1.2004 bestehenden Rechtslage gibt es bei der erlaubten gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung keine zeitlichen Obergrenzen mehr, sodass auch ein auf Dauer berechneter Einsatz bei k-tec rechtlich unbedenklich ist. Als zweiten Schritt sollte man dann die bisherige vertragliche Konstruktion erneuern; sobald die Erlaubnis vorliegt, müsste man im Einvernehmen mit allen Betroffenen die bisherigen vertraglichen Beziehungen wiederherstellen. Eine Empfehlung des Betriebsrats könnte hilfreich sein, um die Unterschrift aller Betroffenen zu erhalten.