

XI. Die Vermutung des § 1 Abs. 2

§ 1

weit muss er nicht notwendigerweise den wechselnden Einsatz eines bestimmten Arbeitnehmers nachweisen. Vielmehr genügt es, wenn er darauf verweisen kann, dass er andere, vergleichbare Leiharbeitnehmer in dauerhaften Arbeitsverhältnissen beschäftigt und regelmäßig an wechselnde Dritte entleiht (*Schüren/Hamann*, § 1 Rn. 415).

Schließlich muss der Überlassende nachweisen, dass er **seine Arbeitgeberfunktionen ernsthaft erfüllt** (näher *Schüren/Hamann*, § 1 Rn. 416). Nach einer Faustformel misslingt der Entlastungsbeweis immer dann, wenn das Beschäftigungsverhältnis des Leiharbeitnehmers **ganz auf einen speziellen Entleiher zugeschnitten** ist (*Schüren/Hamann*, § 1 Rn. 420). 149

Was speziell die Nichterfüllung der Arbeitgeberpflichten betrifft, so kommt eine Widerlegung insbesondere bei **geringfügigen oder irrtümlichen Pflichtverletzungen** in Betracht (*Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 160, 162; *Ulber*, § 1 Rn. 269 u. 286). Doch ist eine Widerlegung auch im Übrigen nicht völlig ausgeschlossen. So mag z. B. die zeitweilige Nichtzahlung des geschuldeten Gehalts auf einer vorübergehenden wirtschaftlichen Notlage beruhen. Eine Entlastung kann dem Arbeitgeber in einem derartigen Fall durch den Nachweis gelingen, dass er in der Vergangenheit seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis über einen längeren Zeitraum ordnungsgemäß erfüllt hat (*Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 163; a. A. *Ulber*, § 1 Rn. 269 u. 286). Schon angesichts der Zweifel, die den Normzweck des § 1 Abs. 2 umgeben, sollte man insoweit nicht allzu streng verfahren. 150

Hinsichtlich der Nichtübernahme des Arbeitgeberrisikos kommt eine Entlastung wohl **nur ausnahmsweise** in Betracht (*Ulber*, § 1 Rn. 292). 151

Auch bei Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 Nr. 3 soll eine Widerlegung der Vermutung nach verbreiteter Auffassung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen (*Ulber*, § 1 Rn. 295, der insoweit gar fordert, dass der Verleiher unwissentlich handeln muss, wobei der Verleiher zusätzlich darzulegen habe, dass er seine Erkundungspflichten zur Feststellung der Ansprüche auf Gleichbehandlung erfüllt hat). Indes sollte man die Anforderungen, denen der Verleiher beim Versuch einer Widerlegung der Vermutung begegnet, auch in diesem Zusammenhang keinesfalls überspannen. 152

b) Rechtsfolgen. Gelingt dem Überlassenden der Entlastungsbeweis, dann ist die Rechtsbeziehung als **Arbeitnehmerüberlassung** zu qualifizieren. Ihre Zulässigkeit ist nach dem AÜG zu beurteilen (vgl. nur *Ulber*, § 1 Rn. 297). 153

Misslingt der Entlastungsbeweis, ist die Rechtsbeziehung als Arbeitsvermittlung zu bewerten (Einzelheiten bei *Schüren/Hamann*, 154

§ 1

Erlaubnispflicht

§ 1 Rn. 398 ff., der nach seinem Ansatz konsequenterweise gar von einer „Aufdeckung“ der Arbeitsvermittlung ausgeht; vgl. zum Ganzen auch *Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 153 m. w. N.).

154a Zu beachten ist aber, dass nach Auffassung des BAG mit dem Entfallen des § 13 keine Grundlage mehr dafür besteht, zwischen überlassenen Arbeitnehmer und Entleiher kraft Gesetzes, also ohne dessen Willen, ein Arbeitsverhältnis entstehen zu lassen (BAG v. 28. 6. 2000, AP Nr. 3 zu § 13 AÜG m. w. N.; vgl. auch BAG v. 24. 8. 2006, AP Nr. 152 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; zuletzt LAG Niedersachsen v. 23. 10. 2009, BeckRS 2010, 65077; vgl. auch *Sandmann/Marschall/Schneider*, Art. 1 § 1 Rn. 67; a. A. *Schaub*, BB 1998, 2106, 2111). In diesem Sinne kann man daher davon sprechen, dass die Vermutung arbeitsrechtlich ohne Bedeutung ist (so in der Tat *Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 167 f.; vgl. auch LAG Niedersachsen v. 28. 2. 2006, BeckRS 2006 43575 u. 2. d. Grde, wonach § 1 Abs. 2 „ausschließlich als gewerberechtliche Vorschrift zu bewerten“ sei; ebenso LAG Niedersachsen v. 8. 3. 2011, BeckRS 2011, 74673 u. 3. 5. 2011, BeckRS 2011, 73873; a. A. *Ulber*, § 1 Rn. 300; vgl. aber auch *Schüren/Hamann*, § 1 Rn. 398, wonach im Fall der „aufgedeckten“ Arbeitsvermittlung zwingend ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Empfänger der Arbeitsleistung vorliegt).

155 Sofern zwischen Verleiher und Leiharbeiter ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde, wird dieser nach verbreiteter Auffassung unwirksam, da der Verleiher weder Arbeitgeber eines Arbeitsverhältnisses noch eines Leiharbeitsverhältnisses ist (vgl. zum Ganzen *Behrend*, BB 2001, 2641, 2643; a. A. *Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 168). Besitzt der Überlassende keine Überlassungserlaubnis nach Abs. 1, dann kommt nach h. M. – wie bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung – gem. §§ 9 Nr. 1, 10 kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und überlassenem Arbeitnehmer zustande (*Boemke*, BB 2000, 2524; *ErfK/Wank*, § 1 Rn. 49; für die Begründung eines Doppelarbeitsverhältnisses wohl BAG v. 15. 4. 1999, AP Nr. 1 zu § 13 AÜG; grunds. auch *Ulber*, § 1 Rn. 302; doch ist nicht o. W. ersichtlich, weshalb die entsprechenden Arbeitnehmer privilegiert sein sollen).

XII. Die Privilegierungen des § 1 Abs. 3

1. Überblick über die Ausnahmetatbestände

156 Absatz 3 wurde durch das BeschFG 1985 vom 26. 4. 1985 (BGBl. I S. 710, 715) in das AÜG eingefügt, hat aber im Lauf der

XII. Die Privilegierungen des § 1 Abs. 3

§ 1

Zeit verschiedene Änderungen erfahren (Näheres bei Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 422 f.). Mit der Bestimmung wurden drei Fallgestaltungen von der Anwendung des AÜG generell ausgenommen, obwohl im konkreten Fall begrifflich durchaus eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann. Mit der Neufassung 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 diesen drei Tatbeständen ein weiterer, vierter Tatbestand hinzugefügt (Krit. zu den Privilegierungstatbeständen zuletzt Hamann ZeSAR 2012, 103).

Nr. 1 enthält die Legalisierung der insbesondere in der norddeutschen Werfindustrie verbreiteten Praxis der sog. „**Nachbarschaftshilfe**“. Dabei wurden von verschiedenen Werften Arbeitnehmer entsprechend der jeweiligen Auftragslage untereinander ausgetauscht. Diese Praxis sollte durch die Anwendung des AÜG nicht unmöglich gemacht werden. Für die Anwendung des Gesetzes besteht umso weniger Anlass, als Abs. 3 Nr. 1 AÜG ausdrücklich verlangt, dass die Arbeitnehmerüberlassung tarifvertraglich zugelassen sein muss (vgl. BT-Drucks. 10/3206, S. 33). 157

Nr. 2 nimmt die **konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern** aus dem Anwendungsbereich des AÜG heraus. Den Hintergrund bildet die Einschätzung des Gesetzgebers, dass bei diesen Gestaltungen eine soziale Gefährdung der Arbeitnehmer nicht gegeben ist. Die Anwendung der Bestimmungen des AÜG wäre hier eine bloße „bürokratische Förmlichkeit“ (BT-Drucks. 10/3206, S. 33). Bis zur Neufassung der Vorschrift durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (1. AÜGÄndG) v. 28. 4. 2011, BGBl. I S. 642, galt dies allerdings nur für die vorübergehende konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung. Weiterhin in den Anwendungsbereich des Gesetzes fiel es somit, wenn in einem Konzern sog. Personalführungsgesellschaften gebildet wurden, die ihre Arbeitnehmer ständig – und nicht lediglich vorübergehend – an andere Konzernunternehmen verliehen (Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 485; aus der Rspr. BAG v. 20. 4. 2005, NZA 2005, 1006). Mit der Neuregelung wurde das Merkmal „vorübergehend“ gestrichen und das Konzernprivileg zugleich auf die konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Damit soll nach der Begründung des RegE der Änderung in Abs. 1 S. 1 Rechnung getragen werden. Aus dieser ergebe sich, dass das Merkmal „vorübergehend“ nicht mehr das entscheidende Abgrenzungskriterium für das sogenannte Konzernprivileg sein könne. Darüber hinaus stelle die 158

§ 1

Erlaubnispflicht

Neuregelung klar, dass die Privilegierung des Konzernverleihs nicht für die Arbeitnehmerüberlassung durch Personalführungsgesellschaften gelte, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal sei (BT-Drucks. 17/4804, S. 8). In der Lit. wird die Gesetzesänderung vielfach als „misslungen“ und „inhaltlich fragwürdig“ (so Böhm, DB 2011, 414, 415) kritisiert.

- 158a** Nach Nr. 2a findet das AÜG keine Anwendung auf die Überlassung „zwischen Arbeitgebern, wenn die **Überlassung nur gelegentlich erfolgt** und der **Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt** wird“. Diese Bestimmung wurde durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (1. AÜGÄndG) v. 28. 4. 2011, BGBl. I S. 642, in den Katalog der Ausnahmenvorschriften des Abs. 3 eingefügt. Mit der Vorschrift sollen ausweislich der Begründung zum RegE „in Bezug sowohl auf den Arbeitnehmer als auch auf das überlassende Unternehmen gelegentlich auftretende Überlassungsfälle ausgeklammert werden, wie zum Beispiel die Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens“. Diese Privilegierung sei, so heißt es in der Begründung des RegE weiter, vor dem Hintergrund der Ausweitung des Anwendungsbereichs des AÜG durch die Änderung des § 1 Abs. 1 S. 1 „geboten, um z. B. die gelegentliche Überlassung durch Handwerksbetriebe oder gemeinnützige Organisationen nicht unnötig zu erschweren“. Dabei sollen aber vor dem Hintergrund des „Ausnahmecharakters“ des § 1 Abs. 3 und mit Blick auf den Schutzzweck der Norm an das Erfordernis einer „nur gelegentlichen Überlassung“ strenge Anforderungen zu stellen sein (BT-Drucks. 17/4804, S. 8).
- 159** Mit Nr. 3 schließlich soll die Durchführung sog. **joint ventures** erleichtert werden. Zu diesem Zweck sieht die Bestimmung vor, dass inländische Arbeitnehmer auch längerfristig ohne die Restriktionen des AÜG in das Ausland verliehen werden dürfen. Deutsche Arbeitnehmer, die in das Ausland entsandt werden, unterliegen allerdings auch weiterhin dem deutschen Recht (vgl. BT-Drucks. 13/4941, S. 248).
- 160** Abs. 3 enthält nach ganz h. M. eine **abschließende Aufzählung der Ausnahmetatbestände**. Auch eine analoge Anwendung auf ähnlich gelagerte Fälle soll danach ausscheiden (Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 426; *Sandmann/Marschall/Schneider*, Art. 1 § 1 Rn. 74).
- 161** Nach dem Eingangssatz des Abs. 3 ist das AÜG auf die genannten Konstellationen grundsätzlich (d. h. mit Ausnahme des § 1b S. 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2–5 sowie der §§ 17 und 18) nicht anzuwenden. Nicht anzuwenden ist insbesondere auch der Gleich-

XII. Die Privilegierungen des § 1 Abs. 3

§ 1

behandlungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 9 Nr. 2 S. 1. Dies unterstreicht die Bedeutung der Frage nach der Europarechtskonformität der Ausnahmetatbestände, weil die deutsche Regelung auf der entsprechenden Regelung der RL beruht und nach dieser vom Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich nicht abgewichen werden kann.

Erlaubnisinhaber sind – im Unterschied zu § 1a (sog. Kollegenhilfe) – nicht von der Privilegierung des Abs. 3 ausgeschlossen (vgl. Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 425). 162

2. Die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände

a) § 1 Abs. 3 Nr. 1. Eine erste Privilegierung der Arbeitnehmerüberlassung enthält § 1 Abs. 3 Nr. 1, der allerdings **kaum praktische Bedeutung** erlangt hat (Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 482 f., der, jenseits der Frage der Europarechtskonformität, die Frage nach der „Existenzberechtigung“ der Ausnahmeregelung aufwirft). 163

aa) **Arbeitgeber desselben Wirtschaftszweiges**. Nach Abs. 3 Nr. 1 müssen der Arbeitgeber des überlassenen Arbeitnehmers und der Arbeitgeber, 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 i. d. R. einem anderen Wirtschaftszweig angehören – nicht die Privilegierung des Abs. 3 Nr. 1 in Anspruch nehmen können. Zulässig ist demgegenüber die Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Verleihunternehmen innerhalb ihres Wirtschaftszweiges, sofern man nicht den Kettenverleih für generell unzulässig hält (Boemke/*Lembke*, § 1 Rn. 177; Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 432). 164

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*, § 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*, § 1 Rn. 431). Nach a. A. 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. 165

§ 1

Erlaubnispflicht

- 166 Probleme bereitet die Zuordnung zu einem bestimmten Wirtschaftszweig bei sog. **gemischten Unternehmen**. Insoweit ist nach wohl h. M. – zutreffend – darauf abzustellen, in welchem Bereich die Mehrzahl der geleisteten Arbeitsstunden abgeleistet wird (Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 433). Nach a. A. sollen gemischte Unternehmen insgesamt aus dem Anwendungsbereich des Abs. 3 Nr. 1 ausscheiden (*Bachner* in *Praxis-Handb.*, § 131 Rn. 79).
- 167 **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.
- 168 **(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*, § 1 Rn. 179, 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*, § 1 Rn. 436).
- 169 Vor diesem Hintergrund ist es zu sehen, dass die h. M. für die Bejahung von Kurzarbeit i. S. d. Abs. 3 Nr. 1 das Vorliegen derselben Voraussetzungen fordert, wie sie nach **§§ 169 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*, § 1 Rn. 437 f.). Kurzarbeit i. S. d. Abs. 3 Nr. 1 setzt somit wie bei § 170 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* § 1 Rn. 47938; *Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 179; teilw. anders *Ulber*, § 1 Rn. 321). Die Ursachen der Kurzarbeit spielen insoweit keine Rolle (Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 438).
- 170 Neben den in § 170 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

XII. Die Privilegierungen des § 1 Abs. 3

§ 1

bedeutet insbesondere, dass der Arbeitsausfall vorübergehender Natur sein muss, also i. d. R. einen Zeitraum von sechs Monaten nicht überschreiten darf (vgl. § 177 Abs. 1 S. 3 SGB III). Darüber hinaus ist zu fordern, dass der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Ursachen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und unvermeidbar ist (vgl. § 170 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 3, 4 SGB III).

Bezugspunkt für die Feststellung der materiellen Voraussetzungen der Kurzarbeit sind gem. § 171 SGB III der **Betrieb oder eine Betriebsabteilung**, nicht aber das gesamte Unternehmen (Schüren/*Hamann*, § 1 Rn. 440). **171**

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*, § 1 Rn. 441). Insgesamt gilt aber, dass auf die Voraussetzungen der §§ 169 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*, § 1 Rn. 437). **172**

(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*, § 1 Rn. 443). Zur Konkretisierung des Begriffs „Entlassungen“ kann man auch auf §§ 17 KSchG, 112 a BetrVG abstellen (vgl. ErfK/*Wank*, § 1 Rn. 55; vgl. auch *Urban-Crell/Schulz* Rn. 550), wobei allerdings auch Betriebe mit (weniger als) 20 Arbeitnehmern erfasst werden können (*Boemke/Lembke*, § 1 Rn. 180; *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*, § 1 Rn. 444; a. A. *Bachner* in *PraxisHandb*, § 131 Rn. 83). Entscheidend ist allein, ob die Arbeitsverhältnisse auf Initiative des Arbeitgebers und wegen der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens dauerhaft beendet werden. **173**

(3) **Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen**. Die Arbeitnehmerüberlassung muss **zur Vermeidung von Kurzarbeit** **174**

§ 1

Erlaubnispflicht

und Entlassungen 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*, § 1 Rn. 447; ErfK/*Wank*, § 1 Rn. 55; *Ulber*, § 1 Rn. 325; *Urban-Crell/Schulz* Rn. 551). Es müssen die materiellen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld gem. §§ 169 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*, § 1 Rn. 181).

- 175 Zur Vermeidung von Kurzarbeit ist die Arbeitnehmerüberlassung insbesondere dann geeignet, wenn der Arbeitsmangel **lediglich vorübergehender Natur** ist (z. B. 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*, § 1 Rn. 449; dort auch zum Verhältnis der Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Überbrückungsmaßnahmen).
- 176 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*, § 1 Rn. 451; a. A. aber etwa *Sandmann/Marschall/Schneider*, Art. 1 § 1 Rn. 77).
- 177 **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*, § 1 Rn. 452; ErfK/*Wank*, § 1 Rn. 52; *Ulber*, § 1 Rn. 326).
- 178 **(1) Regelungsspielraum der Tarifparteien.** Dabei wird den Tarifparteien nach verbreiteter Auffassung ein gewisser **(normkonkretisierender) Regelungsspielraum** hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen „zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlas-