

Arbeitnehmermobilität im Konzern

Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten und Grenzen konzerninterner
Arbeitnehmerüberlassung

Bearbeitet von
RA Dr. Marco Tucci

1. Auflage 2012 2011. Taschenbuch. 260 S. Paperback
ISBN 978 3 8329 7111 3

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz,
Personalwesen](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Marco Tucci

Arbeitnehmermobilität im Konzern

Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten
und Grenzen konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung



Nomos

Arbeits- und Sozialrecht
Band 122

Marco Tucci

Arbeitnehmermobilität im Konzern

Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten
und Grenzen konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung



Nomos

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

Zugl.: Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Diss., 2011

ISBN 978-3-8329-7111-3

D29

1. Auflage 2012

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	21
I. Rechtsunsicherheiten bei der Arbeitnehmermobilität und deren Ursachen	21
II. Die Interessenlage beim konzernweiten Arbeitnehmereinsatz	24
III. Gang der Darstellung	26
B. Grundlagen der Arbeitnehmermobilität im Konzern	28
I. Der Konzernbegriff im Arbeitsrecht	28
II. Das Arbeitsverhältnis im Konzern	29
1. Die Arbeitgeberstellung	30
a. Der Einfluss des Konzerntatbestands auf die Arbeitgeberstellung	30
aa. Der Konzern als Arbeitgeber	31
bb. Die Gesamtheit der Konzerngesellschaften als Arbeitgeber	31
cc. Die Konzernobergesellschaft als zusätzlicher Arbeitgeber	32
dd. Unbeachtlichkeit des Konzerntatbestands bei der Arbeitgeberbestimmung	33
b. Die Arbeitgeberstellung bei rechtsgeschäftlichem Drittbezug zu anderen Konzerngesellschaften	34
aa. Die ausdrückliche Einbeziehung weiterer Arbeitgeber durch Vertrag	35
bb. Die „aufgespaltene Arbeitgeberstellung“ bei Ausübung von Arbeitgeberrechten durch Konzerntrittgesellschaften	37
(1) Begriff der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung	38
(2) Begriff des funktionellen Arbeitgebers	38
(3) Eingliederungstheorie	39

(4) Rechtsgestaltung der Drittausübung von Arbeitgeberrechten als Kriterium	39
c. Die Arbeitgeberstellung bei nichtrechtsgeschäftlichen Einwirkungen von Konzerndrittgesellschaften auf das Arbeitsverhältnis	41
aa. Arbeitgeberstellung kraft Vertrauens bzw. sonstiger Zurechnung	41
bb. Ablehnung der Arbeitgeberstellung ohne rechtsgeschäftliche Grundlage	42
2. Arbeitnehmerschutz im Konzernarbeitsverhältnis	44
a. Erweiterung des Arbeitnehmerschutzes auf vertraglicher Grundlage	45
b. Erweiterter Arbeitnehmerschutz aufgrund des Konzerntatbestandes	47
aa. Besondere Rechtfertigungsgründe für die Arbeitnehmerschutzerweiterung	47
bb. Erhöhte Arbeitnehmerschutzerweiterung aufgrund Konzernverbundenheit	48
cc. Risikolage in ausgewählten arbeitnehmerschutzrechtlichen Konstellationen	49
(1) Arbeitsrechtliche Durchgriffshaftung bei Vermögensansprüchen	49
(a) Eigenständige arbeitsrechtliche Rechtsfortbildungsversuche	50
(b) Anwendung des (konzern-)gesellschaftsrechtlichen Haftungssystems	51
(2) Gleichbehandlung im Konzern	53
(a) Stimmen für eine konzernweite Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	53
(b) Ablehnung der konzernweiten Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	54
(3) Konzerndimensionaler Kündigungsschutz	56
(a) Pauschale Erstreckung des Kündigungsschutzes auf den Konzern	56
(b) Ablehnung der konzerndimensionalen Interpretation des KSchG	58
(c) Konzerndimensionale Ausnahmetatbestände bei Arbeitnehmermobilität?	60

III. Zusammenfassung	63
C. Die Tatbestände der Arbeitnehmermobilität	65
I. Arbeitnehmermobilität innerhalb der Unternehmensgrenzen	65
II. Unternehmensübergreifende Arbeitnehmermobilität im Konzern	67
1. Terminologische und typologische Erfassung der konzernweiten Mobilität	67
2. Mehrheit von Vertragsarbeitgebern	69
a. Einheitliches Arbeitsverhältnis	70
b. Mehrere miteinander verknüpfte Arbeitsverhältnisse	72
aa. Mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse	73
bb. Aktives und ruhendes Arbeitsverhältnis („Entsendung“)	74
(1) Beendigung der Entsendung und Reaktivierung des Stammarbeitsvertrages	77
(a) Verknüpfung der Arbeitsverhältnisse durch Befristung und Bedingung	77
(b) Reaktivierung des ruhenden Arbeitsverhältnisses	78
(2) Sonderproblem: Kündigungsrelevantes „Durchschlagen“ von Pflichtverletzungen im aktiven Arbeitsverhältnis auf das ruhende Arbeitsverhältnis	80
3. Arbeitgeberwechsel im Konzern	82
a. Einvernehmlicher Arbeitgeberwechsel	82
aa. Beendigung und Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses	82
bb. Vertragsübernahme	84
b. Konzerninterner Arbeitgeberwechsel bei Betriebsübergang	85
c. Arbeitgeberwechsel aufgrund einseitiger Anordnung	87
aa. Allgemeines Direktionsrecht	87
bb. Konzernleitungsmacht	89
cc. Änderungskündigung	89
dd. Anordnung aufgrund von „Konzernversetzungsklauseln“	90
(1) Begriff der „Konzernversetzung“	91
(2) AGB-rechtliche Zulässigkeit	92
(a) Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 4 BGB	93

	(b) Inhaltskontrolle gemäß § 309 Nr. 10 BGB	93
	(c) Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB	95
4.	Unternehmensübergreifende Arbeitnehmermobilität im Konzern ohne Arbeitgeberwechsel oder -duplizierung	101
	a. Einvernehmliche Arbeitnehmertätigkeit bei Konzerndrittgesellschaften unter Ausübung von Arbeitgeberrechten durch die Konzerndrittgesellschaft	101
	b. Tätigkeit in der Konzerndrittgesellschaft aufgrund einseitiger Anordnung	103
	aa. Konzernleitungsmacht	103
	bb. Allgemeines Direktionsrecht	103
	cc. Abordnung in Notlagen und Eilfällen	106
	dd. Anordnung aufgrund von „Konzernabordnungsklauseln“	107
	(1) Begriff der „Konzernabordnung“	107
	(2) AGB-rechtliche Zulässigkeit	109
	(a) Grundsätzliche Zulässigkeit	109
	(b) Anforderungen an Transparenz und Angemessenheit	110
	(aa) Keine Einengung der Interessensabwägung	112
	(bb) Keine Zuweisung geringwertiger Tätigkeit	113
	(cc) Angabe von Abordnungsgründen	113
	(dd) Ankündigungsfrist	115
	(ee) Namentliche Nennung der Drittgesellschaft	116
	(ff) Zwischenergebnis	117
	ee. Änderungskündigung zur Begründung des Abordnungsrechts	118
5.	Mobilitätstatbestände und konzerndimensionaler Kündigungsschutz	121
	a. Kündigungsschutz bei Mehrheit von Vertragsarbeitgebern	123
	aa. Mehrere miteinander verknüpfte Arbeitsverhältnisse	123
	bb. Gesamtarbeitgeberschaft	124
	b. Zusagen und Absprachen zur konzernweiten Weiterbeschäftigung	125

c.	Weiterbeschäftigungspflicht bei Versetzungs- und Abordnungsklauseln	127
aa.	Konzernversetzungsklausel	127
bb.	Konzernabordnungsklausel	128
d.	Konzerndimensionaler Kündigungsschutz durch Vertrauenstatbestand	130
III.	Zusammenfassung	133
D.	Arbeitnehmermobilität durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung	137
I.	Bestandsaufnahme und Interessenlage	137
II.	Abgrenzung der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung zu drittbezogenem Personaleinsatz außerhalb der Arbeitnehmermobilitätstatbestände	142
1.	Werkvertrag	143
2.	Dienstvertrag	144
3.	Geschäftsbesorgungsvertrag	145
4.	Dienstverschaffungsvertrag	145
III.	Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung im Gefüge des AÜG	146
1.	Grundstruktur des AÜG und gesetzlicher „Modellwechsel“	146
a.	Anwendungsbereich des AÜG	147
b.	Früher: Verleiherbetriebsbezogenes Modell	148
c.	Heute: Entleiherbetriebsbezogenes Modell	149
2.	Die Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung	151
a.	Die Ausgestaltung der Dreiecksbeziehung bei erlaubter Leiharbeit	151
aa.	Das Leiharbeitsverhältnis	152
(1)	Gleichbehandlungsgebot (Equal Pay/ Equal Treatment)	153
(2)	Sonderproblem der Befristung	154
(a)	Sachgrundlose Befristung, § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG	155
(b)	Befristung mit Sachgrund, § 14 Abs. 1 TzBfG	156
(c)	Unzulässige Umgehung des Anschlussverbotes gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern im Konzern?	157

(3) Sonderproblem der betriebsbedingten Kündigung	161
(a) Dauerhafter Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit	162
(b) Sozialauswahl im Leiharbeitsverhältnis	164
bb. Das Überlassungsverhältnis	165
cc. Das Eingliederungsverhältnis	166
(1) Partielles Weisungsrecht des Entleihers	167
(2) Betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb	167
b. Rechtsfolgenüberblick bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung	170
aa. Unwirksamkeit von Leiharbeits- und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	170
bb. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher	171
cc. Schadensersatzanspruch gegen den illegalen Verleiher	172
dd. Sozialversicherungs- und steuerrechtliche Folgen	172
ee. Sanktionen	173
3. Das Konzernprivileg gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	174
a. Hintergrund und Gesetzeszweck	174
b. Voraussetzungen der erlaubnisfreien Konzernleihe	176
aa. Konzernunternehmen	176
bb. Vorübergehende Überlassung	178
(1) Befristete Überlassung	179
(2) Rückgriff auf Befristungsgründe bei unbefristeter Überlassung	179
(3) Rückkehroption bzw. -zusage als Ausschlusskriterium	181
(4) „Vorübergehend“: Jede nicht als endgültig geplante Überlassung mit vorgesehener Rückkehr zum Arbeitgeber bei tatsächlicher Beschäftigungsperspektive	182
cc. Arbeitnehmerseitiges Zustimmungserfordernis	184
c. Kritik an der Regelung des Konzernprivilegs	184
IV. Institutionalisierte konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung durch konzerneigene Arbeitnehmerverleihgesellschaften	185
1. Verleihunternehmen und sonstige Personaldienstleistungsgesellschaften	186

a.	Formen konzerninterner Personaldienstleistungsgesellschaften	186
aa.	Konzerninterne Personalverwaltung und -beratung	186
bb.	Konzerninterne Personalbeschaffung	186
cc.	Qualifizierungs- oder Beschäftigungsgesellschaft	187
dd.	Konzerninterne Arbeitnehmerverleihgesellschaft	188
b.	Zielsetzungen der institutionalisierten Arbeitnehmerüberlassung durch konzerninterne Verleihgesellschaften	189
2.	Konzerninterne Verleihgesellschaften im System des AÜG	190
a.	Anwendbarkeit des Konzernprivilegs gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	191
b.	Das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit	192
aa.	Selbständige Tätigkeit	193
bb.	Auf gewisse Dauer angelegt	193
cc.	Gewinnerzielungsabsicht	194
(1)	Grundsätzlich weites Begriffsverständnis	195
(2)	Gewinnerzielung bei bloßer Personalkostenerstattung	196
(a)	Bisherige BAG-Rechtsprechung: Keine Gewinnerzielungsabsicht	197
(b)	Rechtsliteratur und neue BAG-Rechtsprechung: AÜG findet Anwendung	198
3.	Konzernverleihgesellschaften im Spannungsfeld von unzulässiger Gesetzesumgehung und zulässiger Ausnutzung gesetzlicher Gestaltungsspielräume	201
a.	Meinungsstand in der Rechtsliteratur	201
aa.	Eine Ansicht: Unzulässigkeit dauerhafter Konzernleihe wegen Rechtsmissbrauchs	202
(1)	Fehlende aktive Marktteilnahme ohne typisches Verleiherrisiko	202
(2)	Weitere Indizien und Argumente für „Scheinverleih“	204
(3)	Rechtsfolgen der „Strohmannkonstruktion“	204
bb.	Die Gegenposition: Zulässigkeit auch der ausschließlich konzerninternen, dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung	205
(1)	Keine Unzulässigkeit wegen ausschließlich konzerninterner Verleihtätigkeit	205

(2) Keine Unzulässigkeit wegen dauerhafter Überlassung an einen Entleiher	206
(a) § 1 Abs. 2 AÜG als untauglicher Ansatzpunkt für die Zulässigkeitsfrage	206
(b) „Zweitbelegschaft“ als gesetzlich ermöglichte Erscheinungsform modernen Wirtschaftslebens	207
b. Bestandsaufnahme der einschlägigen Rechtsprechung	209
aa. Uneinheitliche Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte	209
(1) Contra Zulässigkeit	209
(2) Pro Zulässigkeit	210
bb. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	211
c. Stellungnahme	212
aa. Zulässigkeit des dauerhaften Arbeitnehmerverleihs im Konzern	212
bb. Rechtsmissbrauch im Sonderfall des Rückverleihs an den bisherigen Arbeitgeber („Drehtür-Effekt“)	215
cc. Mindestanforderungen an die Betriebsorganisation der Verleihgesellschaft	217
4. Errichtung von Konzernverleihgesellschaften als Restrukturierungskonzept	218
a. Ersetzung der Stammelegschaft durch Konzern-Leiharbeiter	218
aa. Kündigung von Arbeitnehmern und Neubesetzung mit Leiharbeitern	219
bb. Überleitung durch Konzernversetzungs- oder Abordnungsklauseln	220
cc. Überleitung im Wege des Betriebs(teil)übergangs	220
(1) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	220
(2) Kritik	221
dd. Einvernehmlicher Eintritt in die Konzernverleihgesellschaft	224
b. Aufbau einer „Zweitbelegschaft“ ohne Stammpersonalersetzung	226
V. Aktuelle Reformen in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern	226
1. Die Änderungen im AÜG	228
a. AÜG-Änderungen zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie	228

aa.	Erweiterung des Anwendungsbereichs	229
bb.	Klarstellung der „vorübergehenden“ Überlassung	229
cc.	Weitere richtlinienbedingte Änderungen	230
b.	Regelung zur Einschränkung des „Drehtür-Effekts“	231
c.	Änderungen bei der Konzernprivilegierung	232
d.	Privilegierung nur gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung	233
e.	Lohnuntergrenze	233
f.	Zusammenfassung in Bezug auf den Konzernverleih	234
2.	Die Einfügung von „Schlecker-Klauseln in die Zeitarbeitstarifwerke	234
3.	Kritik und Ausblick	236
E.	Thesen	241
1.	Grundlagen der Arbeitnehmermobilität im Konzern	241
2.	Die Tatbestände der Arbeitnehmermobilität im Konzern	242
3.	Konzerndimensionaler Kündigungsschutz	243
4.	Arbeitnehmermobilität durch Arbeitnehmerverleih im Konzern	244
5.	Konzernverleihgesellschaften als Restrukturierungskonzept	246
6.	Aktuelle Reformen bzgl. der Arbeitnehmerüberlassung im Konzern	247
	Literaturverzeichnis	251