

## Das „Konzernprivileg“ und kein Ende – „Und“ jetzt?

### EINFÜHRUNG

Bekanntermaßen ist es insbesondere das sog. „Konzernprivileg“, das Unternehmen eine flexible Personalplanung ermöglicht, ohne der Erlaubnispflicht und vielen weiteren Bürokratiehürden des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes („AÜG“) unterworfen zu sein. Unabhängig von Fragen der Europarechtskonformität stand stets die tatbestandliche Einschränkung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG im Fokus, denn hiernach darf die Person „*nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt*“ werden. Unklar blieben insoweit die konkreten zeitlichen Grenzen möglicher Überlassungen, klar sollte insoweit aber sein, dass beide Voraussetzungen Einstellung „und“ Beschäftigung zum Überlassungszweck vorliegen müssen, um das Konzernprivileg leerlaufen zu lassen.

### BAG VOM 12.11.2024 – 9 AZR 13/24

Andere Ansicht BAG. Pointiert in Kürze und den eigenen Worten des Gerichts: *„Zwar spricht der Wortlaut der Bestimmung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG auf den ersten Blick dafür, dass das Konzernprivileg nur dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn sowohl die Einstellung als auch die Beschäftigung zum Zweck der Überlassung erfolgt. Entgegen den Ausführungen des LAG zwingt die Verwendung der Konjunktion „und“ jedoch nicht zu der Annahme, dass das Konzernprivileg nur dann ausgeschlossen ist, wenn beide Merkmale kumulativ vorliegen. Die Konjunktion „und“ kann auch eine Aufzählung oder Aneinanderreihung ausdrücken. Sie bedingt nicht immer und zwingend ein kumulatives Verständnis.“*

### „UND“ KEIN „UND“, SONDERN „ODER“

„Und“ heißt also nicht „und“, sondern „oder“. Man mag dem BAG zugestehen, dass ein kumulatives Verständnis erkennbar zu der Missbrauchsgefahr führt, den „Normalarbeitsvertrag“ direkt nach der Einstellung zum „Leiharbeitsvertrag“ abzuändern. Gleichwohl ist ein Verständnis eines „und“ als „oder“ geradezu abenteuerlich. Nicht nur in allerlei Verträgen werden beide Begriffe bewusst und zielgerichtet dazu verwendet, entweder ein kumulatives („und“) oder alternatives („oder“) Verständnis niederzulegen; in Gesetzen gilt dies gleichermaßen.

### ERFURT, KARLSRUHE UND DAS GRUNDGESETZ

Als Privatperson mag dies verwirren bis überraschen, als Arbeitsrechtler dagegen weniger; zwei analoge Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit: Während das Gesetz in § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlose Befristungen ausdrücklich nur erlaubt, wenn „*zuvor*“ kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, las das Gericht hier

hinein, dass dies nur für Arbeitsverhältnisse in den letzten drei Jahren gelten soll (BAG vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/06); während das Gesetz in § 99 Abs. 3 BetrVG ausdrücklich eine „*schriftliche*“ Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats einfordert – laut § 126 BGB heißt „*schriftlich*“ immer Schriftform, d.h. unterschriebenes Original – sollen E-Mails, Faxe usw. dagegen auch ausreichen (BAG vom 10.03.2009 - 1 ABR 93/07).

Bei allem Verständnis für lösungsorientierten Pragmatismus und einem – vorsichtig formuliert – zögerlichen Gesetzgeber: Es gibt Grenzen, die Rechtsprechung ist laut Art. 20 Abs. 3 GG ausdrücklich an Gesetz und Recht gebunden; die Auseinandersetzung zwischen Erfurt und Karlsruhe zur verfassungswidrigen Limitierung der Zuvor-Beschäftigung bei sachgrundlosen Befristungen mag insoweit noch in bester Erinnerung sein (BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 u.a.).

### PRAXISHINWEIS

Aus Unternehmenssicht sollte man sich dagegen weniger darauf verlassen, dass Karlsruhe wieder korrigierend eingreift. Das einfache Berufen auf eine „Einstellung nicht zur Überlassung“ scheidet aus und die zeitlichen Maßstäbe für eine „Beschäftigung zur Überlassung“ geraten in den Fokus. Hier vermeidet das BAG indes, feste Zeitgrenzen festzulegen, es komme auf den viel zitierten Einzelfall an. Für die Praxis: Gerade längere Überlassungen sollten angesichts der hohen Risiken – von Bußgeldern bis zu alternativen Arbeitsverhältnissen vor allem in Trennungssituationen – nach der jüngsten Entscheidung einer Prüfung unterzogen werden; hierfür bestehen mittlerweile auch belastbare Orientierungswerte.

Zögern Sie bitte nicht, uns bei Fragen zu diesem Thema anzusprechen. Falls Sie in den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters aufgenommen werden möchten, senden Sie uns zu diesem Zweck bitte eine kurze [Mail](#).

### KONTAKT



**Dr. Daniel Klösel**  
d.kloesel@justem.de



**Dr. Thilo Mahnhold**  
t.mahnhold@justem.de

[www.justem.de](http://www.justem.de)