

Manfred Deiß

**Arbeitsrechtliche Spielräume
für den zwischenbetrieblichen Personalaustausch
im Unternehmensverbund einer Wertschöpfungskette**

Eine Expertise

**im Rahmen des Teilprojekts
„Überbetriebliche Personalflexibilisierung (PERFLEX)“
des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung
geförderten Verbundvorhabens
„Dynamische Personalwirtschaft für die Industrie des 21. Jahrhunderts“**

München, im August 2001

Das dieser Expertise zugrundeliegende Forschungsvorhaben wird mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) unter dem Förderkennzeichen 02PP4020 gefördert.

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt beim Autor.

Inhalt

Vorbemerkung	4
1. Ausgangsüberlegungen	5
2. Die Bedeutung unterschiedlicher ökonomisch relevanter Rahmenbedingungen und rechtlicher Problemfelder	7
3. Vorfindbare Lösungsformen für überbetrieblichen Personaleinsatz	11
4. Vorstellungen im Verbund zur überbetrieblichen Personal- flexibilisierung	22
5. Schlußfolgerungen zu verbundadäquaten Lösungen des überbetrieblichen Personalaustauschs	24
Literatur	31
Anhang	32

Vorbemerkung

Bei der Thematik des sog. drittbezogenen Personaleinsatzes handelt es sich um eine hochkomplexe Rechtsmaterie. Dies schlägt sich schon bildlich darin nieder, daß Kommentare zum „Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung“ (AÜG), das lediglich 20 Paragraphen aufweist, bis zu 800 engbedruckte Seiten umfassen können (Schüren 1994; Sandmann, Marschall 2000). Dabei erkennen Rechtsexperten eine große „Diskrepanz zwischen dem strengen und überaus komplizierten Regelungssystem des AÜG und der Praxis, die Fremdfirmenleute in vielfältiger, nicht immer sonderlich rechtstreuer Weise einsetzt“; entsprechend besteht ein großes „Konfliktpotential“ (Schüren 1994, Vorwort).

Deshalb können offensichtlich solche Rechtskommentare zum AÜG sich nicht allein auf die Erörterung rechtstechnischer und rechtspolitischer Fragen der Arbeitnehmerüberlassung beschränken; sie müssen sich auch mit den besonderen Risiken der Arbeitnehmerüberlassung für Unternehmen und Arbeitnehmer befassen. Um wie vielmehr hat dies für den sozialwissenschaftlichen Betrachter zu gelten, der – wenn auch ebenfalls vom juristischen Fach – über die Untersuchung der rechtlichen Probleme hinaus zugleich immer auch die damit verbundenen Wechselwirkungen mit sozialwissenschaftlichen und ökonomischen Aspekten im Auge hat.

Zudem kennen offensichtlich auch Rechtswissenschaftler das Problem, daß „... die Rolle der Juristerei im Wirtschaftsleben keine einfache ...“ ist (Wilhelm 1999, S. 89). Juristen werden leicht als „Verhinderer“ von unternehmerischen Lösungen angesehen, wenn sie zu einzelnen Rechtsfragen Stellung nehmen sollen, und dann darauf bestehen müssen, daß bestimmte Vorstellungen z.B. über vertragliche Regelungen nicht so realisiert werden können bzw. sollten, wie das gewünscht wird, weil dabei formal- oder materiellrechtliche Vorschriften verletzt oder rechtliche Unsicherheiten erzeugt werden. Gleichwohl ist ihr Auftrag, die anvisierten Wege auf ihre gesetz- und rechtmäßige Zulässigkeit zu überprüfen und ggf. alternative Lösungen und deren juristische Implikationen aufzuzeigen, was wiederum zur Revision mancher Machbarkeitsvorstellungen zwingt.

Dieses Problem stellt sich erst recht für den sozialwissenschaftlichen Betrachter, der über solche Fragen hinaus zugleich die Zusammenhänge zwischen Rechtsbestimmungen, den dahinterstehenden Absichten des Gesetzgebers sowie den darin eingegangenen Kompromissen sieht und schon deshalb sowohl auf die rechtlichen als auch auf die sozialwissenschaftlichen Implikationen aufmerksam machen muß. Das heißt, er kann seine Aufgabe nicht nur darin sehen, anvisierte Lösungswege auf ihre juristische Gangbarkeit zu untersuchen und entsprechende Rechtsfragen soweit möglich abzuklären; zu prüfen ist auch, inwiefern dabei jeweils die Vorstellungen der Beteiligten ihre Berücksichtigung finden, welche Grenzen und Nebeneffekte sich damit verbinden und welche sozialen – qualifikatorischen, arbeitseinsatzpolitischen etc. – Konsequenzen sich mit verschiedenen rechtlichen Konstruktionen verbinden können.

1. Ausgangsüberlegungen

Hinsichtlich des Spektrums relevanter rechtlicher Rahmenbedingungen sei vorausgeschickt, daß im Zusammenhang mit einem überbetrieblichen Personalaustausch allgemeine arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen des individuellen Arbeitsvertragsrechts, des kollektiven Betriebsverfassungs- sowie des Tarifrechts von Bedeutung sein können; aber auch unternehmensspezifische Rechtsbedingungen wie etwa das Vorhandensein von Tarifbindung, von Betriebsräten und von Betriebsvereinbarungen können bedeutsam sein. Außerdem spielen arbeitsschutz-, haftungs- und konkurrenzrechtliche sowie natürlich steuerrechtliche Aspekte eine wichtige Rolle.

Die vorliegende Expertise¹ konzentriert sich auf die mit dieser Thematik verbundenen arbeitsrechtlichen und insbesondere arbeitnehmerüberlassungsrechtlichen Fragen. Dabei geht es vor allem darum, zu klären, welche arbeitsrechtlich relevanten Rahmenbedingungen für mögliche Formen des zwischenbetrieblichen Personalaustauschs in dem im Teilprojekt angestrebten Verbund zwischen eigenständigen Unternehmen einer Wertschöpfungskette von Bedeutung sind, welche rechtlichen – und ggf. sozialen – Aspekte dabei eine Rolle spielen und inwieweit damit die Flexibilitätsvorstellungen der Beteiligten umgesetzt werden können. Erst dann ist es möglich, verschiedene Alternativen der überbetrieblichen Personalflexibilisierung auf ihre Wünschbarkeit und Machbarkeit hin zu betrachten, die dafür erforderlichen Arbeitsschritte zu überlegen, um schließlich modellhafte Lösungen zu verfolgen bzw. zu erproben, die dann aber ggf. von juristisch versierten Experten zu entwerfen bzw. zu billigen wären.

Bevor im folgenden auf die mit den verschiedensten Formen eines unternehmensübergreifend flexiblen Personaleinsatzes verbundenen rechtlichen Aspekte näher eingegangen wird, sei noch ein wichtiger Aspekt hervorgehoben, der für das Verständnis solcher rechtlichen Regelungen in diesem Kontext nicht vergessen werden sollte, vor allem, wenn darin Hemmnisse der Regulierung für bestimmte wirtschaftliche und personalpolitische Aktivitäten gesehen werden. Die im Zusammenhang mit dem überbetrieblichen

1 Die Expertise wurde im Rahmen der Arbeiten des ISF München zur sozialwissenschaftlichen Begleitung und zum Transfer im Teilprojekt „Überbetriebliche Personalflexibilisierung (PERFLEX)“ des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten und vom Projektträger Produktion und Fertigungstechnologien (PFT), Forschungszentrum Karlsruhe betreuten Verbundvorhabens „Dynamische Personalwirtschaft für die Industrie des 21. Jahrhunderts“ erstellt. Die folgenden Ausführungen stützen sich – neben den zahlreichen Interviews in den am Verbundvorhaben PERFLEX beteiligten Betrieben – insbesondere auf Recherchen in der thematisch relevanten Rechtsliteratur, auf arbeitsrechtlich einschlägige Ergebnisse aus sozialwissenschaftlichen u.a. Untersuchungen, auf Expertengespräche mit Vertretern von Landesarbeitsämtern bzw. örtlichen Arbeitsämtern und der IG Metall sowie auf informelle Hinweise auf singuläre Lösungsbeispiele zum Personalaustausch in verschiedenen Unternehmen. In diesem Zusammenhang möchte ich den Geschäftsführern und Mitarbeitern der beteiligten Unternehmen ebenso wie allen anderen Gesprächspartnern für ihre Bereitschaft zu ausführlich und offen geführten Expertengesprächen danken. Ebenso gilt mein Dank den beiden Projektkoordinatoren Thomas Lacker von der Fa. Introbest und Volker Döhl vom ISF München sowie Frau Peters vom PFT für wichtige und hilfreiche Diskussionshinweise.

Personalaustausch einschlägigen arbeitsrechtlichen Regelungen verfolgen wichtige Grundintentionen, die wiederum für die Stringenz und Verbindlichkeit der Vorschriften bezüglich der Gestaltungs- und Dispositionsfreiheit bestimmter Rechts- und Vertragskonstruktionen in diesem Rechtsbereich von großer Bedeutung sind. Arbeitsrechtliche Regelungen haben nämlich im Grunde vor allem drei Zielsetzungen,

- Regelungsklarheit und Rechtssicherheit für beide Seiten arbeitsvertraglicher und kollektivrechtlicher Beziehungen ebenso wie für den konkreten Umgang zwischen den Vertragspartnern herzustellen;
- eine allgemeine Gültigkeit dieser Regelungen und Rahmenbedingungen für alle oder möglichst viele miteinander konkurrierende Unternehmen und Arbeitnehmer zu garantieren, damit beide Seiten sicher planen und langfristig kalkulieren können sowie im Wettbewerb (und vor Gericht) gleich behandelt werden, und schließlich
- Schutzrechte und Rechtsansprüche für die Arbeitnehmer einzuräumen, die im Vergleich zu Unternehmern und Arbeitgebern eine strukturell schwächere Stellung auf dem Arbeitsmarkt und im Betrieb besitzen.

Insbesondere der dritte Punkt ist gerade bei der Betrachtung des für den drittbezogenen Personaleinsatz einschlägigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zu berücksichtigen. Denn dieses Gesetz zielt darauf ab,

- erstens die arbeits-, sozial- und gewerberechtlichen Voraussetzungen der legalen gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung relativ genau zu konkretisieren, um dadurch
- zweitens illegale Leiharbeit und damit auch Schwarzarbeit zu bekämpfen;
- beides dient drittens vor allem dem *Sozialschutz* der an andere Firmen überlassenen Arbeitnehmer und der sozialverträglichen Regelung ihrer Arbeitsbeziehungen.

Dabei geht es bei diesen Regelungen noch nicht einmal um den Schutz vor allzu häufigem fremdbestimmtem Wechsel zwischen Arbeitsplätzen und Arbeitsumgebungen, vor dem plötzlichen und häufigen Herausreißen aus der Kollegengemeinschaft und dem Verlust der gewohnten sozialen Kontakte, der Vermeidung von Überforderung durch immer wechselnde Arbeits- und Qualifikationsanforderungen etc., sondern vorrangig darum, im Interesse der Beschäftigten auch im Fall des – regelmäßigen oder gelegentlichen – Arbeitseinsatzes in Fremdfirmen stabile Arbeitsverhältnisse und Einkommensansprüche zu sichern und Mißbrauch zu unterbinden.

All dies ist zu bedenken, wenn man das Ziel verfolgt, geeignete Lösungen für unternehmensübergreifende Personaleinsatzflexibilität zu finden und dazu die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen auszuloten bzw. sich ggf. an diese durch spezielle unternehmens- bzw. arbeitnehmerspezifische Regelungskonstruktionen anzupassen.

2. Die Bedeutung unterschiedlicher ökonomisch relevanter Rahmenbedingungen und rechtlicher Problemfelder

Betrachtet man zunächst einmal die unternehmensspezifischen und produktionsprozessbezogenen Bedingungen der für den Verbund vorgesehenen Unternehmen sowie deren Vorstellungen über Möglichkeiten des zwischenbetrieblichen Personalaustauschs in der Wertschöpfungskette und stellt sie den dafür einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften gegenüber, so zeigt sich ein Grundproblem:

Die Überlegungen, die dem Projekt und den Zielsetzungen der überbetrieblichen Personalflexibilisierung zugrunde liegen, gehen von bestimmten, im Laufe der Zeit aber durchaus veränderbaren Situationen der Unternehmen aus; entsprechend sind die anvisierten Ideen des Personalaustauschs geradezu situativ ausgelegt. Wenn überbetrieblich flexibler Personaleinsatz aber nachhaltig im Rahmen eines dauerhaften Unternehmensverbunds praktiziert werden soll, müssen die dafür zu entwickelnden rechtlichen und organisatorischen Modelle auch für unterschiedliche, im Zeitablauf wechselnde wirtschaftliche Rahmenbedingungen geeignet sein bzw. dafür passende Verfahrensregeln vorsehen. Denn manche Lösung eignet sich nur in einer bestimmten ökonomischen Situation, während sie in einer anderen nicht hilfreich oder gar kontraproduktiv sein kann. Oder aber die Situationen der einzelnen Unternehmen in der Wertschöpfungskette ergänzen sich zeitweilig nicht (mehr), wie sich dies bereits während der Projektlaufzeit gezeigt hat.²

Bei der Betrachtung dieser Problematik wird auch deutlich, daß das eigentliche Ziel des Verbundvorhabens im Grunde in der Verfolgung einer z.T. ambivalenten Perspektive liegt: Für die quantitativ und qualitativ relevanten Prozesse der einzelnen Unternehmen, die Teilabläufe eines Gesamtprozesses zur Entwicklung, Fertigung und logistischen Versorgung von komplexen Produkten darstellen, soll eine gewissermaßen virtuelle Gesamtlösung mit einer (wieder) vertikal integrierten, an den Nahtstellen optimierten Produktionskette hergestellt werden, ohne dadurch aber realiter die mit dem Status selbständig agierender Kleinunternehmen bzw. Organisationseinheiten verbundenen Flexibilitäts- und Kreativitätspotentiale aufgeben zu müssen.

Aus alledem können sich gewisse Ziel- und Interessenkonflikte zwischen den einzelnen Verbundunternehmen ergeben. Diese können sich noch verschärfen oder verkomplizie-

2 Eine Folge dieser Zielsetzungen könnte zudem sein, daß die personellen und qualifikatorischen Kapazitäten aller beteiligten Unternehmen im Zuge des Personalaustauschs variabel und damit überbetrieblich flexibel einsetzbar werden, während die maschinentechnischen und infrastrukturellen Kapazitäten von schwankenden Auslastungen – mit fluktuierenden Fixkosten – betroffen bleiben, weshalb sich diese Thematik für eher arbeitsintensive und eher kapitalintensive Prozesse in einer Wertschöpfungskette ziemlich unterschiedlich darstellen dürfte.

ren, wenn bei zur Umsetzung der jeweiligen Modelle des Personalaustauschs bestimmte Rechtsvorschriften beachtet bzw. zu deren Einhaltung geeignete arbeitsvertragliche oder unternehmensrechtliche Konstruktionen geschaffen werden müssen.

(1) So bietet sich auf den ersten Blick für die ursprüngliche Problemsituation in der Wertschöpfungskette, nämlich einer sich in der Kette von Betrieb zu Betrieb fortpflanzenden Auftragsspitzenbelastung, wobei aber in den vor- oder nachgelagerten Betrieben eher Unterauslastungen entstehen, und für die daraus resultierende Idee des *Peak Managements* sicherlich der unmittelbare Austausch insbesondere von Fertigungspersonal an. Eine Lösung für einen solchen Personalaustausch zwischen unterausgelasteten und überausgelasteten Betrieben in der Kette wäre sowohl auf Basis bilateraler vertraglicher Austauschregeln als auch im Rahmen einer gemeinsamen Personalpoolkonstruktion zwischen allen Kettenunternehmen vorstellbar.

Diese Lösung wird freilich immer komplizierter, je mehr das Gros der Auftragskontingente der einzelnen Verbundunternehmen nicht aus einer, sondern aus mehreren und verschiedenartigen Wertschöpfungsketten stammen, je mehr also jedes Unternehmen mit verschiedenen Lieferanten und Abnehmern zu tun hat, so daß sich die einzelnen von einander unabhängigen Auftragswellen in der Kette in jedem Unternehmen zeitlich überlagern können, mit der Folge, daß unmittelbar in der Kette hintereinander gelegene Betriebe zugleich in ihrer Kapazität ausgelastet sind und vorgesehene Alternativen des Personalaustauschs nicht genutzt werden können.

Völlig auszuschließen dürfte ein solcher überbetrieblich flexibler Personaleinsatz dann sein, wenn alle Unternehmen einer Wertschöpfungskette gleichzeitig, z.B. aufgrund einer wirtschaftlichen Boomsituation, an der Grenze ihrer Kapazität produzieren, jedes also für solche Spitzenbelastungen personelle Kapazität aus den anderen Betrieben anfordert, jedes aber auch sein Personal selbst dringend benötigt. Hierfür bieten sich allenfalls gemeinsam vereinbarte Lösungen an: zum einen die Möglichkeit einer unternehmensindividuell, ggf. von allen vorgehaltene und vor allem von jedem Verbundpartner im Bedarfsfall abrufbare personelle Überkapazität, die theoretisch auch auf der Grundlage einer durchgängigen Personalaufstockung herzustellen wäre, eine Alternative, die freilich für die beteiligten Kleinunternehmen vergleichsweise problematisch und vor allem kostenträchtig wäre und wohl auch schwerlich organisierbar sein dürfte; zum anderen die Möglichkeit, gemeinschaftlich in einem Extraunternehmen extern ein für alle beteiligte Unternehmen verfügbares Personalpolster zu organisieren. Mit solchen Lösungen verbinden sich für die Unternehmen allerdings für normale Auslastungszeiten und erst recht bei Unterauslastung erhebliche Beschäftigungs- und Kostenrisiken bzw. für die betroffenen Beschäftigten deutliche Arbeitsplatzrisiken. Hinzu kommt, daß ein derartig organisiertes unternehmensübergreifendes Peak Management mehr oder weniger große Investitionen in die qualifikatorische Einsetzbarkeit und die Bereitschaft der

Mitarbeiter voraussetzt, damit diese an mehreren verschiedenen Arbeitsplätzen in der gesamten Kette arbeiten können und auch wollen.

(2) Im Gegensatz zu einem solchen vorrangig auf den Ausgleich vorübergehend fehlender personeller Kapazität ausgerichteten Peak Management zielt ein unternehmensübergreifend praktiziertes *Innovationsmanagement* auf den Personalaustausch insbesondere im Bereich von Entwicklung und Design. Überbetrieblich flexibler Personaleinsatz ist hier, obgleich ebenfalls vorübergehender Natur, aus anderen Gründen erwünscht, nämlich zur gemeinsamen Entwicklung geeigneter Produktdesigns, zur Erzielung größerer Transparenz hinsichtlich produkttechnischer und beschaffungspolitischer Optionen über die gesamte Kette, zum Wissens- und Innovationstransfer in der Kette etc. Mit einem solchen überbetrieblichen Innovationsmanagement verbinden sich nicht nur andere Risiken (Gefahr des Know-how-Abflusses, Abwanderung hochqualifizierter Kräfte und mit ihnen der Verlust wichtigen Erfahrungswissens etc.), es sind dafür wohl auch andere informell oder vertraglich geregelte Austauschbeziehungen möglich und vermutlich erforderlich.

Denn das Innovationsmanagement wird im Vergleich zum Peak Management ganz besondere qualifikatorische Voraussetzungen bei den betroffenen Belegschaftsmitgliedern erfordern; vor allem dürfte es auf eine unternehmensübergreifende informationstechnische Vernetzung angewiesen sein, wie dies mit dem gemeinsamen datentechnischen System zwischen allen Verbundunternehmen auch angestrebt ist. Diese Voraussetzung ist für die Funktionsfähigkeit eines Innovationsmanagements nicht zu vernachlässigen, spielt aber für die hier bedeutsamen rechtlichen Rahmenbedingungen keine unmittelbare Rolle. Zudem sind hier zunächst weniger arbeitsrechtliche als vielmehr unternehmens- und/oder wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen bedeutsam, die freilich indirekt durchaus wieder für die hochqualifizierten Mitarbeiter (vertrauliche Behandlung von Betriebsgeheimnissen, Arbeitnehmerhaftungsfragen etc.) wichtig werden könnten.

(3) Für beide Ebenen des Personalaustauschs gibt es sicherlich verschiedene Vorbilder und denkbare rechtliche Konstruktionen, die allerdings mit unterschiedlichen Voraussetzungen und Einschränkungen verbunden sein und nicht alle denkbaren oder erwünschten Flexibilitätsfreiräume ermöglichen dürften.

(4) Betrachtet man wiederum den überbetrieblichen flexiblen Arbeitskräfteeinsatz aus personalpolitischer Perspektive bzw. aus der Sicht der betroffenen Mitarbeiter, so sind vor allem folgende Fragen regelungsrelevant, die bei der Entwicklung oder Übernahme geeigneter Lösungen für einen solch flexiblen Personaleinsatz in anderen Unternehmen zu beachten wären:

- Wer ist bzw. bleibt beim Personalaustausch formaler Arbeitgeber?
- Wer hat wann die Disziplinar- bzw. Dispositionsgewalt, d.h., bei wem ist das Direktionsrecht in dem zur Debatte stehenden Arbeitsverhältnis und im konkreten Arbeitseinsatz angesiedelt? Ggf. sind die Arbeitgeberrechte zu splitten und möglichst explizit festzuhalten, damit keine Grauzonen mit fehlenden Anweisungs- und Kontrollräumen entstehen. Wie ist die fachliche und personaldisziplinarische Anweisungsbefugnis aufgeteilt? Wer veranlaßt die „freiwillige“ Überlassung von Arbeitskräften, d.h., wie ist die Möglichkeit der Überlassung geregelt, wie findet sie konkret statt, welche Vorbehalte kann der Arbeitnehmer ggf. geltend machen? Wie ist das Verhältnis von Abordnung und Freistellung geregelt?
- Wie ist die Entlohnung geregelt? (Wer bezahlt? Welche Einstufung gilt?) Wer bewilligt ggf. den Urlaubsanspruch, wer ist im Falle der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verantwortlich?
- Welche Kündigungsfristen gelten? Wie errechnen sich die Zeiten der Betriebszugehörigkeit?
- Welche Beteiligungsrechte sind gegeben, also insbesondere die Rechte aus dem Betriebsverfassungsgesetz auf Information, Erörterung und Beschwerde der einzelnen Arbeitnehmer, aber auch das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat in welchem Betrieb?
- Wie ist die unfallversicherungsrechtliche Seite geregelt? Wer meldet der Berufsgenossenschaft? Wie wird dies bei wechselndem Arbeitseinsatz gehandhabt?
- Welche Regelung der Arbeitnehmerhaftung gilt im anderen Betrieb? Welche Einweisungs- und Einarbeitungspflichten sind zu beachten? Welche Bedeutung haben Vertraulichkeitsverpflichtungen, gefahrgeneigte Arbeit, Verschulden von Betriebsstörungen bei fehlender Einarbeitung und Routine?
- Welche datenschutzrechtlichen Aspekte sind bei der Bildung eines Mitarbeiterpools für den zwischenbetrieblichen Personalaustausch zu beachten?

Viele dieser arbeitnehmerrelevanten Fragen sind in Abhängigkeit vom jeweils gewählten Lösungsmodell, aber auch in Abhängigkeit von der jeweiligen Abordnungsdauer zu regeln bzw. im Arbeits- bzw. im Überlassungsvertrag festzuhalten. Zudem spielt für die einzelnen Lösungen eine wichtige Rolle, inwieweit am Verbund beteiligte Unternehmen tarifgebunden sind bzw. über einen Betriebsrat verfügen.

Grundsätzlich ist dabei immer mit zu bedenken: Damit ein Einsatz in Fremdbetrieben in der anvisierten Art und Weise arbeitsrechtlich überhaupt möglich ist, müßte er – abgesehen von der Möglichkeit, daß es natürlich auch Mitarbeiter geben kann, die jederzeit bereit sind, dies ohne arbeitsvertragliche Grundlage mitzumachen – im jeweiligen Arbeitsvertrag vorgesehen sein. Ebenso bedarf es einer entsprechenden Definition der zu erbringenden Arbeitsleistungen; je enger letztere definiert sind, um so schwieriger dürfte es aber unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten sein, einen Personalaustausch von seinem Arbeitnehmer für völlig andere Tätigkeiten in anderen Betrieben abzuverlangen. Hinsichtlich beider Punkte wären dann möglicherweise Änderungskündigungen, zumindest aber Vertragsänderungen bzw. -ergänzungen auf freiwilliger Basis erforderlich (Wilhelm 1999, S. 87 ff.).

3. Vorfindbare Lösungsformen für überbetrieblichen Personaleinsatz

Vernachlässigt man einmal die konkreten Vorstellungen in den am Verbund beteiligten Unternehmen und die entsprechenden Anforderungen an die Eignung verschiedener arbeitsrechtlich möglicher Konstruktionen des zwischenbetrieblichen Personalaustauschs, so lassen sich zunächst als in diesem Zusammenhang denkbare Rechtskonstruktionen folgende Lösungsformen unterscheiden, wie wir sie in der betrieblichen Praxis und in der fachbezogenen Diskussion angetroffen haben, von denen aber einige für den Verbund nicht in Frage kommen dürften. Dabei zeigt sich, daß auch diese Konstruktionen des zwischenbetrieblichen Personalaustauschs bzw. der überbetrieblichen Personalverfügbarkeit meistens eine Antwort auf bestimmte betriebliche oder branchenbezogene Problemsituationen waren; sie haben sich in Reaktion auf die zunehmende und immer differenzierter werdende zwischenbetriebliche Arbeitsteilung und auf zugleich immer engere Prozeßverflechtung herausgebildet – vielfach in Abhebung oder Abgrenzung zum Instrument der Arbeitnehmerüberlassung bzw. der sog. „unechten“ Leiharbeit.

3.1 Allgemeine Überlegungen zu überbetrieblichen Arbeitskräftepools

Schon seit längerem gibt es die verschiedentlich, auch im europäischen Ausland verwirklichte Idee überbetrieblicher Arbeitskräftepools. So finden sich solche Pools seit den 50er Jahren insbesondere in den europäischen Häfen, in den 70er Jahren in den Niederlanden aber auch in anderen Branchen. In Deutschland wurden sie zunächst fast ausschließlich in der Hafenbranche realisiert, sehr vereinzelt aber auch in anderen speziellen Branchennischen. Bei diesen sog. Gesamthafenbetrieben handelte es sich zunächst darum, eine flexible Reserve für Schwankungen im Arbeitsanfall zu schaffen (Knuth, Weinkopf 1992; Weinkopf 1996); spätere Überlegungen zur Errichtung von

Arbeitskräftepools angesichts von Betriebsstilllegungen und Massenentlassungen Ende der 70er/Anfang der 80er Jahre visierten damit insbesondere im Werftenbereich die Einrichtung von Qualifizierungs- und Innovationspools für die von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitskräfte an.

Im Zuge des Transformationsprozesses in den neuen Bundesländern gewann dann die Idee von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften zwangsläufig größeres arbeitsmarktpolitisches Gewicht. Dabei handelte es sich aber wiederum weniger um Arbeitskräftepools, die Mitarbeiter zeitweise bestimmten Unternehmen überlassen, sondern vor allem darum, nicht beschäftigten Arbeitnehmern eine zeitweilige Beschäftigung und Qualifizierung mit der Brückenfunktion für anschließende dauerhafte Beschäftigung zu ermöglichen.

Von solchen gemeinnützig und unter Beteiligung der zuständigen Gewerkschaft organisierten Arbeitskräftepools wurden dort beschäftigte Mitarbeiter entweder dauerhaft einzelnen Firmen überlassen oder – mangels geeigneter Einsatzmöglichkeiten im Pool selbst – mit eigenständigen Arbeiten oder Schulungsmaßnahmen befaßt, z.T. unter Inanspruchnahme öffentlicher Lohnersatzleistungen. Damit stellt der Pool keine bloße Vermittlungsagentur dar. Er ist vielmehr als Betrieb organisiert und als solcher Teil der Branche, für die er Arbeitskraft zur Verfügung stellt; er ist damit den für die Branche gültigen Tarifverträgen unterworfen. Allerdings wurden in Zeiten der Nichtauslastung immer auch zusätzliche Finanzierungsquellen erforderlich, die entweder durch die beteiligten Unternehmen, durch die Arbeitsverwaltung oder durch den Staat bereitgestellt wurden. Entsprechend ist ein solcher Pool im allgemeinen immer auf eine größere Anzahl von beteiligten Unternehmen angewiesen, die solche Arbeitskräfte nachfragen und ggf. auch Qualifizierungsmaßnahmen mit finanzieren, sowie auf Institutionen, die öffentliche Mittel für die Durchführung gemeinnütziger Aufgaben zur Verfügung stellen.

Überbetriebliche Arbeitskräftepools können als eigenständige Gesellschaft, an der verschiedene Unternehmen beteiligt sind, gebildet werden, oder auf Grundlage eines eigenen Tarifvertrags als gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien gemäß § 4 TVG, wie es sie z.B. zur Berufsausbildung im Baugewerbe gibt, unter Beteiligung von Kammern, Verbänden und Kommunen, ggf. auch als von Arbeitnehmern selbstverwalteter Pool. Auf derartige, gewissermaßen unternehmensextern gebildete Arbeitskräftepools wird weiter unten noch näher einzugehen sein.

Ob Poolkonstruktionen für die Vorstellungen des Verbundes eine geeignete Lösung darstellen können, ist allerdings sehr fraglich, selbst wenn man die Möglichkeit nicht ausschließt, daß der Verbund um weitere Unternehmen vergrößert werden könnte. Gleichwohl dürfte es hierfür im Hinblick auf die beteiligten Verbundunternehmen an der kritischen Masse fehlen, zumal auch die Zielsetzungen solcher eher branchenbezo-

gen gebildeter Pools anders gesetzt sind und durchgängig die Beteiligung der jeweiligen Gewerkschaft bedingen.

3.2 Einsatz von Leiharbeitern und sog. Flexipools

Vorrangig im Dienstleistungs- und Angelerntenbereich wurden von vielen Betrieben im Verlauf des vergangenen Jahrzehnts immer stärker Flexibilitätslösungen im Einsatz von Leiharbeitern, aber auch von sog. Flexipools gesucht.

Dies gilt vor allem für das Instrument der *Leiharbeit*. Man läßt insbesondere kurzzeitig anfallende Arbeiten oder aber Schwankungen in der Auslastung von Produktions- oder Logistikbereichen von Arbeitnehmern bewältigen, die von Zeitarbeitsfirmen zur Verfügung gestellt werden. Dabei handelt es sich rechtstechnisch um die Nutzung nicht echter Leiharbeit, also um den Einsatz dafür von gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassungsfirmen angeforderter Arbeitskräfte. Dieses Instrument ist insbesondere in den Bereichen der Kfz-Zulieferindustrie zunehmend eingesetzt worden.³

Darüber hinaus wird Leiharbeit nunmehr aber auch, wohl in zunehmendem Maße, im „gehobenen“ Dienstleistungsbereich angeboten,⁴ so etwa hinsichtlich des Einsatzes von Entwicklungs- und EDV-Ingenieuren in kleineren und mittleren Unternehmen, die für entsprechende Entwicklungsprojekte eigens keine Stäbe oder Abteilungen aufbauen können und von daher für bestimmte Zeiten über solche hochqualifizierten Arbeitskräfte verfügen möchten. Diese Lösung scheint aber sicherlich nur für ganz bestimmte, vorab relativ klar ergebnisorientierte und abgrenzbare Entwicklungsaufgaben geeignet zu sein.

Die zunehmende Inanspruchnahme von Leiharbeit zeigt sich quantitativ darin, daß die Zahl der Leiharbeitnehmer in Deutschland – sieht man einmal von ihrer konjunkturell starken Abhängigkeit ab – von ca. 34.000 in 1973 auf nahezu 200.000 in 1996 angewachsen ist. Seit damals stiegen die Zahlen weiter an. Während bereits Mitte 1998 über 260.000 Leiharbeitskräfte gezählt wurden (vgl. Sandmann, Marschall 2000, Einleitung S. 30), wird inzwischen davon ausgegangen, daß hierzulande gegenwärtig bereits eine Anzahl von rund 280.000 – die Branche beziffert diese selbst mit 400.000 – Arbeitnehmer von Zeitarbeitsfirmen beschäftigt ist (vgl. Frankfurter Rundschau 28.2.2001; 2.3.2001). Trotz solcher generell zu beobachtenden Tendenzen bleibt festzuhalten, daß damit – im Gegensatz von 2,5 % im Durchschnitt der Europäischen Union – in

3 Dies wurde in zahlreichen vom ISF München in dieser Branche durchgeführten empirischen Untersuchungen deutlich (vgl. zuletzt z.B. Deiß 2000; Deiß 1999).

4 Selbst Naturwissenschaftler werden als Leiharbeitnehmer inzwischen für befristete Entwicklungsprojekte eingesetzt (vgl. Schulz 2001).

Deutschland allenfalls 1 % aller abhängig Beschäftigten im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassungsverhältnissen eingesetzt wird.

Mit diesem Instrument wäre zwar ein kurzzeitiger Personaleinsatz an verschiedenen Arbeitsplätzen in wechselnden Unternehmen möglich. Allerdings werden beim Einsatz von Leiharbeitskräften oft auch problematische Begleiterscheinungen für die Qualität und Zuverlässigkeit der Leistungserbringung befürchtet – eine Erkenntnis, wie sie z.B. auch im Kontext des niederländischen „Poldermodells“ und seiner sog. „Flexarbeit“ gewonnen wurde (vgl. dazu Weidemann 1998, Weidemann 2001). Ohne an dieser Stelle darauf näher eingehen zu können, ist davon auszugehen, daß mit diesem Instrument gerade die von den Verbundmitgliedern angestrebten Ziele eines kurzfristig flexiblen Personalaustauschs, der zugleich aber auch Nachhaltigkeit in der qualitativen Leistungserbringung gewährleisten soll, nur schwer zu erreichen sein dürften, während man genau dies vom Einsatz der eigenen Mitarbeiter in den anderen Unternehmen der gleichen Wertschöpfungskette erhofft. Leiharbeit, bei der von Zeitarbeitsfirmen gezielt nur die Überlassung von Arbeitnehmern an andere Unternehmen organisiert wird, dürfte daher kaum für einen derartig systematisch gedachten überbetrieblichen Personaleinsatz geeignet sein, sieht man vom gelegentlichen Einsatz einzelner Leiharbeitnehmer einmal ab, wie er von Unternehmen des Verbundes auch das eine oder andere Mal schon praktiziert worden ist.

Auch der Einsatz von außerbetrieblich nur für das eigene Unternehmen organisierten „Flexipools“ (vgl. z.B. Süddeutsche Zeitung 25.10.2000, S. 29), die vorwiegend aus Studenten gebildet und in verstärktem Maße wohl von Großbetrieben, etwa der Automobilindustrie, zur flexiblen Abdeckung von Kapazitätslücken in der Produktion und offensichtlich nicht nur zur Überbrückung von Urlaubszeiten vorgesehen werden, dürfte sich für die personalpolitischen Flexibilitätsziele des Verbundes nicht eignen. Denn mit den Arbeitskräften eines solchen Pools wird im allgemeinen eine bestimmte Anzahl von Stunden für einen flexiblen Einsatz in bestimmten Arbeitsbereichen vereinbart und dann nach Bedarf abgerufen; eine dauerhafte Eingliederung der Arbeitskraft in den Kontext einer ganzen Wertschöpfungskette ist damit weder angestrebt noch effizient realisierbar.

3.3 Mit den Gewerkschaften entwickelte Lösungsformen

Formen des überbetrieblichen flexiblen Personaleinsatzes wurden und werden auch von den Gewerkschaften angeregt bzw. mit der Arbeitgeberseite entwickelt und getragen, die im Prinzip echte Arbeitnehmerüberlassung darstellen.

(1) So wurde seit längerem schon der Vorschlag zu **Beschäftigungsgesellschaften** gemacht, Arbeitskräftepools, die die bei ihnen beschäftigten Personen zur Abdeckung von Personalengpässen der beteiligten Unternehmen, zur Übernahme gesellschaftlich wich-

tiger, qua ABM finanzierter Projektarbeiten sowie für Qualifizierungs- und Diversifikationsprojekte zur Verfügung stellen. Entsprechend werden die Arbeitskräfte beim Pool angestellt, der diese dann den Mitgliedsunternehmen für zeitlich begrenzte Arbeiten „überläßt“ oder sie selbst für vom Pool übernommene öffentliche Auftragsarbeiten einsetzt bzw. mit ihnen Qualifizierungsmaßnahmen durchführt. Solche Pools könnten umgekehrt aber auch von den Mitgliedsunternehmen beschäftigte Mitarbeiter vorübergehend bei sich einsetzen oder weiterbilden, wenn bei jenen Auftragsmangel besteht, und so – in Zusammenarbeit mit betrieblichen und eigenen Bildungseinrichtungen – deren Qualifikationsbedarf bedienen. Es handelt sich dabei also um eine Lösungsform, die gewissermaßen von den beteiligten Unternehmen *und* von AFG-Mitteln finanziert wird.

Solche und ähnliche Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften sind – sieht man von den im Kontext des Transformationsprozesses in den NBL in spezifischer Weise installierten Formen einmal ab – eher selten realisiert worden. Für das hier in Frage stehende Anliegen des Unternehmensverbundes ergeben sich daraus wohl kaum Ansatzpunkte, um so weniger, als solche Pools doch auf vergleichsweise größere Belegschaftsstärken auszulegen wären.

(2) Gleiches gilt für offensichtlich kaum bekannte Lösungen zu **Personalgesellschaften**, die auf der Basis von Tarifverträgen in jüngerer Zeit mit dem Ziel eines flexiblen Personaleinsatzes zwischen Unternehmen der gleichen Branche oder gar des gleichen Konzernunternehmens entwickelt worden sind und noch eher singuläre Formen darstellen.

Hier geht es allerdings *nicht* um den Fall der *Konzernleihe*, wie er in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG für die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen vorgesehen ist, ohne daß es sich um Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG handelt. Gemeint ist auch *nicht* eine *konzerneigene Personalführungsgesellschaft*, die für alle Konzernunternehmen die Personalverwaltung übernimmt.

Der dazu empirisch vorgefundene Fall betrifft vielmehr eine bislang absolut atypische und wohl einmalige Form von Personalgesellschaft, deren Konstruktion von der örtlichen Arbeitsverwaltung abegesegnet wurde, da es sich dabei um **echte Arbeitnehmerüberlassung der Personalgesellschaft an drei andere Unternehmen desselben Konzerns** handelt. Eine solche Konstruktion hat in der Praxis, wie auch der Kommentar zum AÜG (Schüren 1994, Anm. 764 zu § 1 AÜG) konstatiert, bislang keine Verbreitung gefunden. Das von drei Gesellschaften eines Konzerns gegründete Gemeinschaftsunternehmen hat ca. 350 Personen auf dem Arbeitsmarkt rekrutiert und unbefristet zu den normalen tariflichen Bedingungen eingestellt. Diese Arbeitskräfte, die freilich hinsichtlich ihrer Qualifikationen für einen Einsatz in den vor Ort tätigen Konzernunternehmen rekrutiert worden sind, können von diesen Unternehmen bis zu einem Jahr

„ausgeliehen“ werden; anschließend muß über eine dauerhafte Übernahme entschieden werden, andernfalls kehren sie wieder als Mitarbeiter in die Personalgesellschaft zurück. Grundsätzlich besteht natürlich bei dieser Personalgesellschaft, die – außer Weiterbildungsmaßnahmen – keine eigenen Aktivitäten verfolgt, die Gefahr, daß die Mitarbeiter, wenn keine weitere Nachfrage seitens der verschiedenen Konzernunternehmen vor Ort besteht, betriebsbedingt gekündigt werden können. Ohne auf die Spezifika dieser Lösung hier näher einzugehen, wird doch deutlich: Mit einer solch „externen“ Lösung könnten zwar grundsätzliche Ziele des vom Verbund angestrebten überbetrieblich flexiblen Personaleinsatzes erreicht werden; sie ist aber schwerlich geeignet, weil es im Verbund an der Möglichkeit einer tariflichen Vereinbarung fehlt, die dazu zwingend notwendig ist. Vor allem aber steht dem die Größenordnung entgegen, die ein solches Modell für seine Funktionsfähigkeit erfordert; immerhin liegen die Belegschaftsgrößen der Konzerngesellschaften im 1000er-Bereich. Zudem ist diese Lösung nicht ganz zufällig in einer Region entwickelt worden, die besonders strukturschwach ist und von Massenentlassungen zeitweilig besonders betroffen war.

(3) Ebenfalls eher selten finden sich bislang Beispiele, in denen ein **Tarifvertrag zur Überlassung von Arbeitnehmern** zwischen selbstständigen Unternehmen derselben Branche **zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen** geschlossen wird. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG ist dafür keine Erlaubnis erforderlich. Ein solcher – in einem empirischen Fall mit ca. acht Firmen einer Teilbranche des metallverarbeitenden Sektors abgeschlossener – Tarifvertrag ermöglicht z.B., daß zur Vermeidung von Kurzarbeit oder betriebsbedingten Entlassungen wechselseitig zwischen den Unternehmen Belegschaftsmitglieder überlassen werden können, wenn diese der Überlassung schriftlich zustimmen. Tätigkeit sowie voraussichtliche Dauer mit Beginn und Ende des Fremdeinsatzes müssen vorab festgelegt werden, eine zeitliche Obergrenze ist nicht bestimmt. Dabei bleibt das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Arbeitgeber mit sämtlichen Ansprüchen gegenüber diesem aufrechterhalten. Während der Überlassung bleibt mindestens das bisherige Arbeitsentgelt erhalten. Auch die betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche bleiben bestehen, allerdings müssen die Betriebsräte auf beiden Seiten der Überlassung zustimmen. Arbeitsschutzrechtlich ist insbesondere der übernehmende Arbeitgeber in der Pflicht. Zusätzlich ist für jede Überlassung ein eigener Vertrag zwischen den beteiligten Arbeitgebern erforderlich. Bei dieser Konstruktion handelt es sich also im Prinzip nicht nur um eine Abordnung des jeweiligen Arbeitnehmers; sie ist m.E. eine Kombination aus Abordnung und Freistellung: Dabei wird der Arbeitnehmer insofern freigestellt, als sein bisheriger – und weiterhin für ihn zuständiger – Arbeitgeber ihm den Einsatz in einem anderen Unternehmen der Tarifpartner anbietet und ihn dann, wenn dieser einverstanden ist, an das andere Unternehmen entsendet.

Auch wenn diese Lösung für den Verbund im Prinzip kein geeignetes Modell sein kann, zumal es bei ihm weniger um überbetriebliche Personalflexibilität wegen drohender

Kurzarbeit oder Entlassungen geht, so liefert sie doch möglicherweise Anhaltspunkte dafür, wie ein eigene Konstruktion für den Personalaustausch zwischen den beteiligten Verbundunternehmen auszusehen hätte. (Wie wird verfahren, wenn die Überlassung nicht beliebig praktiziert werden soll? Wer bleibt der eigentliche Arbeitgeber? Wie wird die Bezahlung geregelt? Wer hat den arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen auf welche Weise nachzukommen? Etc.).

3.4 Die Arbeitsgemeinschaft nach dem AÜG

Die von der Erlaubnispflicht zur Arbeitnehmerüberlassung ebenfalls befreiende Rechtskonstruktion der Arbeitsgemeinschaft (ARGE), zu der von den beteiligten Unternehmen Arbeitnehmer abgeordnet werden können, wiederum setzt viererlei voraus:

- Jeder Arbeitgeber, der abordnen will, muß Mitglied der ARGE sein.
- Eine solche ARGE muß zur Herstellung eines Werkes gegründet worden sein,
- für das alle Mitglieder selbständige Vertragsleistungen erbringen,
- und für alle Mitglieder der ARGE müssen Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten.

Während die erste Bedingung kein Problem darstellen dürfte, ergaben die Recherchen – trotz vielfältiger strittiger Meinungen zu dieser Thematik -, daß die Erfüllung der anderen Bedingungen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist:

(1) Die *Herstellung eines gemeinsamen Werkes* dürfte auch mit vielen semantischen Verrenkungen hinsichtlich der angestrebten Personaleinsatzabsichten nur schwierig zu begründen sein, insbesondere wenn es um Peak Management geht. Gerade die Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung stellt explizit laut AÜG-Kommentar (Schüren 1994, Anm. 463 zu § 1) eine Dienstleistung und kein Werk dar. Daß damit auch der gesamte Dienstleistungsbereich von der Möglichkeit der Erlaubnispflichtbefreiung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ausgeschlossen wäre, wird zwar in der Rechtsliteratur und von seiten der Wirtschaftsverbände stark kritisiert; trotz der generell als reformbedürftig qualifizierten Bestimmung dürfte es dennoch schwer fallen, in den im Verbund verfolgten Intentionen eines überbetrieblichen Personalaustauschs von der Herstellung eines Werkes zu sprechen. Dies gilt den Recherchen zufolge auch dann, wenn im Rahmen eines Innovationsmanagements durchaus einzelne Projekte unter Beteiligung der Verbundunternehmen gemeinsam durchgeführt werden (wie z.B. der gemeinsame Stammdatenabgleich, die Herstellung einer gemeinsamen Datenbank, eines betriebsübergreifenden PPS-Systems). Denn dafür müßte immer jeweils eine eigene ARGE gegründet werden, was die Nutzung dieser Rechtskonstruktion für die Etablierung eines durchgängig in der Wertschöpfungskette nutzbaren Innovationsmanagementmodells äußerst umständlich und beschwerlich machen dürfte.

Zudem finden sich in der Praxis häufig Werk- oder Dienstverträge zwischen Unternehmen, bei denen es sich in Wirklichkeit um Arbeitnehmerüberlassung handelt; einzelne Experten sehen in diesem Zusammenhang geradezu eine Flucht in den Werkvertrag, damit Dienstleistungen von Fremdarbeitskräften nicht als solche und damit als Beschäftigung im Sinne einer Arbeitnehmerüberlassung erscheinen (Fitting u.a. 2000, Anm. 82 zu § 5 BetrVG; Schüren 1994, Anm. 100 zu § 1 AÜG).

Über die diesbezügliche Unterscheidung bzw. jeweilige Einordnung der konkreten Tätigkeiten, die auch den unmittelbaren Abschluß von Werk- und Dienstleistungsverträgen betrifft (s. dazu unten unter 3.6), gibt es hochdifferenzierte juristische Abhandlungen.⁵ Entsprechend herrscht insbesondere für Grenzfälle ein „großes Maß an Rechtsunsicherheit“, woraus sicherlich die Konsequenz zu ziehen wäre, vor der Praktizierung von Personalaustausch bzw. der Konzipierung geeigneter Rechtskonstruktionen nicht nur versierte Rechtsexperten hinzuzuziehen, sondern ggf. auch präventiv die Arbeitsverwaltung einzuschalten. Als *Faustformel* kann aber gelten, daß entscheidend ist, welches Unternehmen die Personalhoheit, also insbesondere das Weisungsrecht über den wesentlichen Kern der vom Arbeitnehmer auszuführenden Tätigkeit, ausübt, wer also die Arbeitsleistung konkret steuert. Dabei kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer für den Fremdbetrieb innerhalb dessen Betriebsorganisation für einen bestimmten Zeitraum tätig wird, ohne daß zu diesem ein eigenes Arbeitsverhältnis begründet wird, oder ob die Weisungsbefugnis für die im Fremdbetrieb ausgeführten Arbeiten im Kern beim bisherigen Arbeitgeber verbleibt, der Arbeitnehmer dort also nur als Erfüllungsgehilfe auftritt (Fitting u.a. 2000, Anm. 82 ff zu § 5 BetrVG; Sandmann, Marschall 2000, Anm. 12 ff zu § 1 AÜG; Schüren 1994, Anm. 100 ff, 224 zu § 1 AÜG; Marschall 1993, Anm. 57 ff zu § 167). Dabei ist immer zu bedenken, daß die Anwendung des AÜG – unabhängig von der gewählten Vertragsbezeichnung oder Vertragskonstruktion – in keiner Richtung zur Disposition der Vertragspartner steht, entscheidend ist allein die praktische Durchführung des überbetrieblichen Personaleinsatzes (Schüren 1994, Anm. 220/221 zu § 1 AÜG).

(2) Hinzu kommt, daß auch die dritte Bedingung, die *selbständige Erbringung von Vertragsleistungen durch das Mitgliedsunternehmen*, aufgrund des ARGE-Vertrages fordert, daß diese Leistung nicht allein in der Abordnung von Arbeitskräften (Personalgestellung) bestehen darf. Vielmehr ist eine (Werk-)Vertragsleistung in eigener unternehmerischer Verantwortung zu erbringen. Nach Einschätzung der Rechtskommentare kann daher die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitskräften an die ARGE als Beitrag

5 Im Rechtskommentar von Schüren (1994) finden sich allein 36 Seiten zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des sog. „drittbezogenen Arbeitnehmereinsatzes“, ähnlich bei Sandmann, Marschall 2000).

des ARGE-Mitglieds nicht als Werkvertragsleistung betrachtet werden (vgl. z.B. Schüren 1994, Anm. 477 zu § 1 AÜG, Sandmann, Marschall 2000, Anm. 52h ff zu § 1 AÜG). Von daher ist höchst zweifelhaft, daß ein überbetriebliches Peak Management – wie das im Verbund beabsichtigte – unter diese Kriterien subsumiert werden kann, obwohl dies auf den ersten Blick denkbar wäre und – worauf die AÜG-Rechtskommentare hinweisen – offensichtlich auch vielfach versucht wird, um den Anforderungen des AÜG zu entgehen. Hinsichtlich des Innovationsmanagements hingegen bestehen hier vom Grundsatz her durchaus Möglichkeiten, sofern das Werk nachvollziehbar definiert werden kann.

(3) Ähnliches gilt für die vierte Bedingung, nämlich die *Geltung von Tarifverträgen desselben Wirtschaftszweiges für alle ARGE-Mitglieder*. Dies wäre zwar fachlich sicherlich kein Problem, da sich alle Verbundunternehmen wohl dem Metallverarbeitungsbereich zurechnen können. Aber die Geltung des Tarifvertrages ist bei der Mehrzahl der beteiligten Unternehmen, die ja nicht tarifgebunden sind, eben nicht gegeben. Dies wäre nur noch der Fall, wenn der fachlich einschlägige Tarifvertrag gemäß § 5 TVG für alle allgemeinverbindlich erklärt worden wäre. Obwohl eine Geltung des Tarifvertrages kraft individueller arbeitsvertraglicher Vereinbarung als rechtlich nicht zulässig angesehen wird, wird gerade dies in der Literatur als Anknüpfungspunkt gesehen, um zumindest nicht tarifgebundenen Unternehmen die Möglichkeit zur Teilnahme an einer ARGE einzuräumen, wie diese Bestimmung überhaupt angesichts der heutigen Entwicklungen in der zwischenbetrieblichen Arbeitsteilung grundsätzlich für dringend reformbedürftig gehalten wird. Gleichwohl ergaben die Recherchen und Experteninterviews eindeutig, daß bislang das Kriterium des für alle ARGE-Mitglieder gültigen Tarifvertrages nach wie vor so gilt und in der Rechtspraxis so angewendet wird. Es liegt dazu aber noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor.

3.5 Echte Leiharbeit

Eine für Einzelbetriebe mögliche, allerdings nur unsystematisch und nur gelegentlich nutzbare Alternative der Arbeitnehmerüberlassung stellt die echte Leiharbeit dar, also die *einmalige, nicht auf geplante Wiederholung gerichtete* – ergo nicht gewerbsmäßige – Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung in einem anderen Betrieb. Das heißt insbesondere, daß der „Verleih von Arbeitnehmern“ zur Vermeidung von Kurzarbeit, wie er explizit in § 1 Abs. 3 Nr. 1 auf Basis von Tarifverträgen vorgesehen ist, auch für „normale“ Unternehmen ohne tarifvertragliche Grundlage ohne Arbeitsamtserlaubnis möglich ist, wenn sie einzelne Arbeitnehmer „nicht auf Dauer angelegt“, also nicht gewerbsmäßig, verleihen. Insofern sind auch wiederholte Fremdeinsätze vorstellbar, sofern diese auf unvorhersehbare Umstände zurückzuführen sind. Die vom Verbund angestrebte *systematische* Ausleihe aufgrund des Bedarfs in einem anderen Betrieb der Wertschöpfungskette stellt nach allen Recherchen und Expertengesprächen

aber keine echte Leiharbeit dar, zumal dann nicht, wenn hierfür Vereinbarungen eines Peak Managements mit entsprechenden, für verschiedene Arbeitnehmergruppen festgelegten Vergütungsregelungen getroffen werden, die Absicht des Personalaustauschs also durch kosten- und gewinnorientierte Zielsetzungen geprägt ist.

3.6 Fremdfirmeneinsatz aufgrund bilateraler Werk- oder Dienstleistungsverträge

Diese rechtliche Alternative bietet zwar die Möglichkeit zum Einsatz eigener Arbeitnehmer in anderen Unternehmen. Dieser dient aber nur zur Erfüllung vertraglich mit diesen Unternehmen vereinbarter Werk- oder Dienstleistungen, die von den Arbeitnehmern unter eigener Anweisungsbefugnis zur Erfüllung der Leistungspflichten erbracht werden. Der Arbeitseinsatz erfolgt hier also gerade nicht im Rahmen der Betriebsorganisation des anderen Unternehmens und nicht unter Anweisung des Fremdmanagements. Solche vertraglichen Abmachungen eignen sich daher keinesfalls für das angestrebte Peak Management. Allenfalls können sie die rechtliche Grundlage für Arbeiten liefern, die auf gegenseitig erbrachte Entwicklungs- oder Designergebnisse gerichtet sind; sie dürften aber grundsätzlich keine geeignete Rechtskonstruktion für die im Rahmen eines kettenübergreifenden Innovationsmanagements angestrebten Informations- und Wissenstransferleistungen darstellen.

3.7 Zwischenbetriebliche Formen der Zusammenarbeit

Das im Rahmen des Verbundes angestrebte Innovationsmanagement stellt m.E. ohnehin nur begrenzt ein arbeitsrechtliches Problem dar, zumal sich dafür in der Praxis verschiedenste Ansätze und Konstruktionen finden lassen. Denn die Zusammenarbeit zwischen Beschaffungsmanagern, Entwicklungsingenieuren, Qualitätsmanagern etc. findet in anderen Branchen und insbesondere zwischen Großunternehmen seit längerer Zeit schon auf der Grundlage spezifischer zwischenbetrieblicher oder gar unternehmensübergreifender Kooperationsvereinbarungen etwa zur Abstimmung von Entwicklungs- und Produktionsprozessen, zur Koordination von beschaffungspolitischen Maßnahmen und datentechnischen Systemen etc. statt.

Bekannt geworden sind vor allem Kooperationen, um neuartige Konzepte etwa des Simultaneous Engineering, der Einkaufskooperation, der Just-in-time-Fertigung etc. gemeinsam zu realisieren. Obwohl es in diesem Zusammenhang durchaus zu z.T. über längere Zeit hinweg praktizierten Formen der überbetrieblichen Zusammenarbeit in den Räumen und unter der Koordinationsleitung eines Unternehmens kommt, agieren alle Mitarbeiter aus verschiedenen Drittunternehmen dabei immer als Vertreter ihres eigenen Unternehmens; sie bleiben also immer auch deren Arbeitnehmer, vergleichbar den

Dienstleistungs- und Werkvertragsarbeitnehmern. Dabei liegt aber in der Regel die Arbeitsintention im Zusammenwirken mit den Vertretern der anderen Unternehmen, nicht zur Erfüllung einzelvertraglicher Leistungspflichten, sondern zur Erzielung eines gemeinsamen Ergebnisses im Rahmen einer engen Kundenbeziehung. Insofern ähneln diese unternehmensübergreifenden Kooperationsformen denen einer Arbeitsgemeinschaft, ohne daß dafür besondere vertragliche Konstruktionen zwingend erforderlich wären, sieht man von Regelungen über Reise- oder Anlagennutzungskosten o.ä. einmal ab.

Von daher richtet sich die Frage nach den rechtlichen Rahmenbedingungen für den Personalaustausch zum Zwecke des Innovationsmanagements und des Innovationstransfers weniger auf Aspekte des Arbeitsrechts im engeren Sinne oder des AÜG als vielmehr auf die Regelungen der Arbeitnehmerhaftung und der wechselseitigen Unternehmenshaftung hinsichtlich des Vertrauensschutzes, betrieblicher Störungen, des Know-how-Schutzes etc.

3.8 Mit zwei (oder mehr) Arbeitgebern zugleich abgeschlossene Arbeitsverträge

Als eine weitere Konstruktion für einen Fremdfirmenarbeitseinsatz ist der gleichzeitige Abschluß zweier Arbeitsverträge in Betracht zu ziehen. Dabei handelt es sich streng genommen nicht um einen Personalaustausch bzw. auch nicht um Arbeit in einer Fremdfirma und damit auch keinesfalls um eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung. Dennoch lassen sich damit – zumindest theoretisch – bestimmte Aspekte der angestrebten zwischenbetrieblichen Personalflexibilisierung abdecken. Solche Konstruktionen sind sicherlich selten zu finden, zumal die zahlreichen Fälle der Mehrfachbeschäftigung (insbesondere im Bereich der geringfügigen Beschäftigung) keinesfalls einen Bezug zu einem wechselseitig sich ergänzenden Arbeitseinsatz bei zwei oder mehreren Unternehmen aufweisen. Angesichts der aus den Erhebungen bislang deutlich gewordenen konkreten Vorstellungen zu einem Peak Management könnte auf diese Weise durchaus der flexible Einsatz von Produktionskräften in jeweils zwei in der Wertschöpfungskette hintereinander angesiedelten Betrieben geregelt werden. Diese Konstruktion ist deshalb dafür nicht von vornherein auszuschließen, um so weniger, als sich für bestimmte Vorstellungen des angestrebten Innovationsmanagements möglicherweise andere Kooperationsformen oder Vertragskonstruktionen als geeigneter erweisen.

In den hierzu bekannt gewordenen Fällen wird also zwischen einem Arbeitnehmer mit zwei Unternehmen jeweils ein Arbeitsvertrag geschlossen, wobei einer als dominantes Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber anzusehen ist, bei dem der Arbeitnehmer in der Regel arbeitet, und das nur dann ruht, wenn er vom zweiten Arbeitgeber für einen bestimmten Zeitraum angefordert wird (und dafür also vom ersten freigestellt wird). Hierzu bedarf es freilich auch einer Vereinbarung zwischen beiden Arbeitgebern, wie dieses

Freistellungsprocedere abzulaufen hat. Gerade der bloße Austausch von Fertigungskräften zwischen arbeitsprozeßbezogen ähnlich strukturierten Unternehmen des Verbundes im Sinne eines Peak Managements könnte eine solche Konstruktion nahelegen. Dabei ist grundsätzlich durchaus vorstellbar, wenn auch sehr viel schwieriger realisierbar, daß der Einsatz von Produktionsmitarbeitern auch in den anderen Unternehmen der Wertschöpfungskette praktiziert wird, sofern dies deren Qualifikationsanforderungen erlauben.

Es wären also gleichzeitig mehrere Arbeitsverträge abzuschließen, was diese rechtliche Konstruktion für die Praxis des angestrebten überbetrieblichen Personalaustauschs freilich kaum handhabbar machen wird. Letzteres ist um so schwieriger, als das Eingehen von solchen Mehrfacharbeitsverhältnissen für die meisten Arbeitnehmer besonders kritisch sein dürfte, wird dadurch doch tendenziell ihre Integration in den Stammbetrieb in Frage gestellt; dementsprechend wurde diesem Aspekt in den Interviews mit verschiedenen Mitarbeitern der Verbundunternehmen große Bedeutung für die Bereitschaft zu zeitweiligem Personalaustausch beigemessen.

4. Vorstellungen im Verbund zur überbetrieblichen Personalflexibilisierung

Was nun die konkreten Vorstellungen zum überbetrieblichen Personalaustausch angeht, so ist nur begrenzt klar, welche Ziele jeweils damit verfolgt werden sollen, welche Bedingungen dafür akzeptiert werden und welche Unternehmen mit welchen Arbeitnehmern überhaupt daran in welcher Weise teilnehmen. Je nachdem dürfte aber eine andere Personalaustauschlösung möglicherweise geeignet sein.

Aus den bisherigen Erhebungen geht jedenfalls hervor: Für den überbetrieblichen Personalaustausch im Verbund kommt nur eine begrenzte Anzahl von Mitarbeitern in Frage; diese sollten gewissermaßen auf kurzfristige Anforderung in anderen Betrieben der Wertschöpfungskette eingesetzt werden können, was wohl insbesondere auf das Peak Management von Fertigungskräften zutreffen dürfte. Solche Einsätze müßten sinnvollerweise über einen längeren Zeitraum hinweg – mindestens eine Woche – gehen, sie könnten aber auch im Falle geringer Entfernungen aus einer Halbtags­tätigkeit bestehen. Aus den Gesprächen mit einzelnen Belegschaftsmitgliedern ging allerdings hervor, daß der Fremdeinsatz je nach Entfernung des Einsatzortes vorrangig nur im Bereich von einer Woche bis vier Wochen liegen sollte; vor allem darf durch die Dauer und Häufigkeit des Fremdeinsatzes die Zugehörigkeit zum Stammbetrieb nicht in Frage gestellt werden.⁶ Diese Anforderung wird zwar bei Arbeitskräften, die gerade mit der Intention

6 Vgl. dazu die vom Kollegen Döhl vom ISF München auf einer Meilensteinveranstaltung des Verbundes vorgestellten ersten Befunde aus den im Projekt durchgeführten Arbeitnehmerbefragungen in PLUS 2001.

zu betriebsübergreifendem Einsatz neu rekrutiert werden, möglicherweise geringer ausfallen, allerdings dürfte in solchen Fällen auch der implizite Qualitätsanspruch, den die Unternehmen mit dem angestrebten flexiblen Personalaustausch verbinden, schwieriger einzulösen sein.

Man stellt sich aber auch die Bildung virtueller Teams in der Wertschöpfungskette vor, mit Mitarbeitern aus verschiedenen Unternehmen, die flexibel jeweils in den anderen Betrieben eingesetzt werden können. Für diesen wohl eher für das Innovationsmanagement gedachten Einsatz von Mitarbeitern stellt sich natürlich auch die Frage der Organisation solcher Teamarbeit, da diese ja vergleichsweise selbständig agieren sollen.

Für beide Zielsetzungen existieren wohl auch Vorstellungen über einen gewissermaßen zwischen mehreren Unternehmen gemischten (oder besser: gesplitteten) Arbeitsplatz, wobei auch die Idee einer an verschiedenen Einsatzorten einsetzbaren Stechkarte mitgedacht wird. Dabei ist auch an die Durchführung rückkoppelnder Verfahren gedacht, mit denen man rückblickend die Erfahrungen der Betroffenen (über Beurteilungsbögen) mit dem Einsatz in Fremdunternehmen sammeln, auswerten und austauschen möchte. Ggf. wären auch Leute einzustellen, die zu einem solchen zwischenbetrieblichen Personalaustausch bereit wären. Generell sind die Vorstellungen von den damit erzielbaren positiven Effekten für die Unternehmen und ihre Prozesse getragen, während tendenziell noch unklar ist, wie dies dann konkret geschehen soll, inwieweit z.B. eine gewisse personelle Überkapazität für das Peak Management vorgehalten werden soll, wer der eigentliche Arbeitgeber bleibt, wieweit im Entwicklungsbereich der Personaltransfer tatsächlich praktiziert werden soll, ob die Interessen der Unternehmen hier deckungsgleich gemacht werden können usw. Solche Vorstellungen legen es nahe, mit einzelnen Personalaustauschfällen erst einmal zu experimentieren, um die Umstände und die Probleme einer solchen Personaleinsatzpolitik in der Praxis näher kennenzulernen.

Geht man einmal von dem Entwurf zu einem Handbuch des Firmenverbundes Effective Business Alliance (EBA) aus, so ist dort bei der Ausführung des Verbundgedankens die Rede von gegenseitigen Werksverträgen zur raschen und unbürokratischen Aus- und Mithilfe beim Verbundpartner. Dabei ist freilich noch fraglich, inwieweit es sich dabei tatsächlich um Werkverträge handelt, zumal von Aus- und Mithilfe die Rede ist. Unklar ist ferner, was mit „gegenseitig“ gemeint ist (bilateral oder den gesamten Verbund betreffend). Offen ist auch, ab wann tatsächlich eine Verrechnung von Stundensätzen erforderlich ist; so ist z.B. bei der gemeinsamen Entwicklung einer gemeinschaftlichen Datenbank, aber auch bei der gemeinsamen Konzeption zu einem Produkt, zu einer gemeinschaftlichen Beschaffungspolitik etc., eine Kostenverrechnung nicht zwingend erforderlich, zumal dann, wenn jedes Unternehmen mit seinem Vertreter daran mitarbeitet. Auch ist im Hinblick auf solche Werkverträge die Rede von einem Vertrag zwi-

schen zwei oder mehreren Verbundpartnern, die jeweils auf Basis eines gegenseitigen Abkommens Auftraggeber oder Auftragnehmer sein können.

Das Grundproblem in diesem Konzept ist – und hier ist auf die Ausführungen in Abschnitt 3 zu verweisen –, daß von Werkverträgen und von Aufträgen die Rede ist, ohne daß Werk und Auftrag a priori definiert sind. Da auch keine bestimmten Personen genannt sind, handelt es sich bei dieser Idee eben doch um einen Rahmenvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung, der zumindest in diesem noch groben Konzept völlig unter das AÜG fallen würde, also keinesfalls einen Werkvertrag zwischen den Verbundpartnern darstellen kann. Im Grunde handelt es sich um eine bilateral oder multilateral vereinbarte Verbundleihe auf Bedarf einzelner Verbundpartner bezüglich eines Pools oder besser einer Gruppe aus freiwillig für einen Personalaustausch bereitstehenden und von den einzelnen Firmen jeweils freigegebenen (bzw. dann abgeordneten) Mitarbeitern, die entsprechend ihrer Qualifikationseinstufungen angefordert werden können. Dabei ist davon auszugehen, daß bei dieser Konstruktion während der „Ausleihe“ das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Arbeitnehmer bestehen bleiben, also auch nicht ruhen und beim Entleiher kein eigenes Arbeitsverhältnis abgeschlossen werden soll.

Nach allen bisherigen Recherchen und aufgrund der inzwischen fortgeschrittenen Diskussion im Projektverbund handelt es sich zumindest beim Peak Management um eine Arbeitnehmerüberlassung, bei der Mitarbeiter eben nicht oder zumindest nicht auf den ersten Blick zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an ein Fremdunternehmen ausgeliehen werden, zumal bislang immer vom Bedarf des ausleihenden Unternehmens und weniger vom Auftragsmangel des abgebenden Unternehmens die Rede war, obwohl unsere Erhebungen zeigen, daß für letzteres verschiedentlich durchaus Anhaltspunkte für die Überlassung von Arbeitnehmern an Drittunternehmen gegeben sein könnten.

5. Schlußfolgerungen zu verbundadäquaten Lösungen des überbetrieblichen Personalaustauschs

Stellt man die Ergebnisse der Recherchen über die arbeits- und tarifrechtlichen Rahmenbedingungen den Zielsetzungen der Projektverbundunternehmen gegenüber, so lassen sich als vorläufiges Fazit folgende Schlußfolgerungen ziehen:

(1) Grundsätzlich lassen die bestehenden Rechtsvorschriften **keine einfache Lösung** für eine überbetriebliche Personalflexibilisierung zu. Die arbeitsrechtlichen und insbesondere die Bestimmungen des AÜG orientieren sich beim drittbezogenen Personaleinsatz insbesondere aus Sozialschutzgründen im Prinzip einerseits an größeren und/oder tarif-

lich gebundenen Unternehmen und sie gehen andererseits bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vorrangig von Zeitarbeitsfirmen aus, die ausschließlich den Verleih von Arbeitskräften betreiben.

Zwar sind in jüngerer Zeit sowohl die bürokratischen Hürden als auch die Voraussetzungen für Arbeitnehmerüberlassung etwas herabgesetzt worden, um so der Tendenz nach vermehrtem Einsatz von Leiharbeitnehmern wie auch den Bedürfnissen vor allem kleinerer Unternehmen Rechnung zu tragen (Verlängerung der Ausleihzeiten, Kleinbetriebsregelung bei drohender Kurzarbeit und Entlassungen). Darüber hinaus wächst die Zahl der sog. Mischbetriebe stetig an, die neben ihrer eigentlichen und deshalb vorrangigen wirtschaftlichen Aktivitäten zunehmend die bei ihnen tätigen Arbeitnehmer auch verleihen. Dies erfolgt in der Regel im Gewande normaler gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung, wie sie von Zeitarbeitsfirmen betrieben wird, auch wenn die konkrete Überwachung dieser Überlassungsaktivitäten in der Praxis der Arbeitsverwaltung bei solchen Mischbetrieben etwas geringer ausfallen dürfte im Vergleich zu den Zeitarbeitsfirmen. Die Zahl solcher Unternehmen wächst mit dem zunehmenden Bedarf an einem zeitlich befristeten Einsatz von erfahrenen Hochqualifizierten vor allem für informations- und kommunikationstechnische Beratungs- und Ingenieurleistungen.

Dennoch bleibt festzuhalten: Für die im Verbund verfolgte Intention – nämlich über eine Wertschöpfungskette von kleinen und mittelgroßen Unternehmen hinweg möglichst kurzfristig und für unterschiedliche Zeiträume sowie verschiedene personalpolitische Zwecke (von der bloßen Aushilfe bis hin zur Bildung verbundinterner virtueller Teams) zwischen den beteiligten Firmen einen flexiblen Personaleinsatz zu praktizieren, und zwar vor allem, um die einzelnen Unternehmen wie auch den Wertschöpfungsverbund insgesamt im Wettbewerb zu stärken – werden keine geeigneten Rechtskonstruktionen angeboten, und es finden sich dazu bislang auch keine passenden Vorbilder in der Praxis.

Deshalb bleibt ihnen nichts anderes übrig, als sich der verfügbaren Rechtsmöglichkeiten zu bedienen, von denen sich insbesondere die Arbeitnehmerüberlassung bei Mischbetrieben anbietet, unter deren Kategorie auch die Betriebe des Projektverbundes fallen würden. Hierzu und auf den damit verbundenen bürokratischen Aufwand ist weiter unten noch etwas näher einzugehen.

(2) Auch zeigt sich, daß für die beiden Konzepte des Peak Managements und des Innovationsmanagements offensichtlich eher **verschiedene vertragliche Konstruktionen** zwischen den Unternehmen selbst wie auch zwischen Unternehmen und Arbeitnehmern sinnvoller sein können als eine einheitliche Rechtskonstruktion.

(3) Für die Konzipierung eines geeigneten arbeitsrechtlichen Modells für den zwischenbetrieblichen Personalaustausch ist generell auch entscheidend, inwieweit in das Modell **Unternehmen mit oder ohne Tarifbindung bzw. mit oder ohne Betriebsrat** einbezogen werden, insbesondere dann, wenn in einem Unternehmen ein Betriebsrat installiert ist und in den anderen nicht, oder wenn sich unter den beteiligten Unternehmen tarifgebundene und nicht tarifgebundene befinden.

Da vier der am Verbund beteiligten fünf Unternehmen nicht tarifgebunden und ohne Betriebsrat sind, ergeben sich sowohl arbeitsrechtliche Erschwernisse als auch verfahrenstechnische Erleichterungen bei der Konzipierung und der Praxis eines überbetrieblichen Personalaustauschs, je nachdem, welche rechtliche Form gewählt wird (also ob z.B. bilaterale oder aber den Gesamtverbund verpflichtende Vereinbarungen getroffen werden). Wichtig ist, daß in allen denkbaren Modellen des zwischenbetrieblichen Personalaustauschs natürlich dann, wenn in einem Unternehmen ein Betriebsrat installiert ist, dieser für die Entsendung eigener ebenso wie für die Übernahme fremder Arbeitskräfte ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 BetrVG bzw. bei Leiharbeitnehmern gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG besitzt (strittig ist, ob dies nur in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern gilt). Erst wenn die Möglichkeit der jederzeitigen Abordnung in einem Arbeitsvertrag als Vertragsinhalt festgelegt ist, kann die Beteiligung des Betriebsrats im entsendenden Betrieb entfallen, nicht aber im übernehmenden Betrieb.

(4) Wenn man **innerhalb des Verbundes einen Mitarbeiterpool** aus flexibel einsetzbaren Mitarbeitern der verschiedenen Unternehmen bilden will, wie ihn das im Handbuch des Verbundprojekts entworfene Konzept vorsieht, so ist zu klären:

Handelt es sich dabei nur um eine Auflistung von Mitarbeitern, die für einen drittbezogenen Personaleinsatz geeignet und bereit sind, dann ist ein Austausch auf Basis mehrerer individueller Arbeitsverträge (ggf. eben mit zwei Arbeitsverträgen) möglich oder er erfolgt qua Abordnung an den Zweitbetrieb und damit als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung. Oder handelt es sich um einen echten Personalpool, der von mehreren oder allen Verbundpartnern getragen würde.

(a) Im ersten Fall wäre die freilich selten praktizierte *Konstruktion aus zwei oder mehr Arbeitsverträgen* vorstellbar. Dies kommt im Kern dem angestrebten Personalaustausch des Peak Managements nahe, würde eine größere Flexibilität über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg aber wohl ausschließen. Eine solche Konstruktion müßte im Prinzip den wechselnden Arbeitseinsatz vorsehen und eine Vereinbarung zwischen beiden Unternehmen hinsichtlich Personalanforderung und -freigabe umfassen. Damit eine solche Lösung eingeführt werden kann, bedarf es zudem einer großen Bereitschaft der einzelnen Mitarbeiter, was angesichts des Bedürfnisses der interviewten Mitarbeiter nach einem Arbeitsverhältnis, bei dem man weiß, wohin man gehört, schwierig werden könnte (vgl. PLUS 2000); mit einer Änderungskündigung wäre dies sicher nicht zu erreichen. Abgesehen von der durch den Personalaustausch bedingten, nicht auszuschlie-

henden Schwächung betroffener Arbeitnehmer in ihrer Position im Mutterbetrieb, der durch wechselseitige Anrechnung der Betriebszugehörigkeitszeiten und Entlohnungsniveaus, durch Regelungen für den Insolvenzfall etc. zumindest entgegengewirkt werden könnte, bringt eine solche Konstruktion auch einen erheblichen Mehraufwand für die Buchhaltung und die Personalverwaltung der Unternehmen (aber auch für die Arbeitnehmer selbst) mit sich, insbesondere hinsichtlich steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Sachverhalte; um etwa permanente Umbuchungen zu vermeiden, müßte die Personalbuchhaltung für die betroffenen Unternehmen möglicherweise zentralisiert werden.

(b) Bei einer bloßen Abordnung wäre jedoch der *Fall der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung* gegeben. Denn im Projektverbund fehlen bestimmte tarifvertragliche Grundlagen (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG) und auch die Voraussetzung „zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen“ ist – zumindest vom Projektzweck her gesehen – nicht unmittelbar gegeben. Es liegen also die im AÜG vorgesehenen Ansatzpunkte nicht vor, die eine Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis ermöglichen könnten.

Die nach § 1a Abs. 1 AÜG für Kleinbetriebe unter 50 Beschäftigten eröffnete Möglichkeit, über eine bloße Anzeige gegenüber dem Landesarbeitsamt ohne Erlaubnis bei drohender Kurzarbeit oder Entlassung Arbeitnehmer bis zur Dauer von 12 Monaten gewerbsmäßig auszuleihen, stellt zwar grundsätzlich eine für den Einzelfall der Ausleihe nutzbare rechtliche Alternative dar; sie eignet sich aber generell nicht für den im Projekt verfolgten systematisch geplanten und wiederholten Personalaustausch im gesamten Unternehmensverbund.

(c) Sollte es sich bei dem Mitarbeiterpool aber um einen echten *Personalpool* handeln, der von mehreren oder allen Partnern getragen wird, so wäre dafür eigens eine Gesellschaft zu gründen, mit der die betroffenen Mitarbeiter eigene Arbeitsverhältnisse abschließen müßten. Für eine solche externe Poollösung und den damit verbundenen erheblichen Gründungs-, Koordinierungs- und Verwaltungsaufwand dürfte es den beteiligten Unternehmen aber angesichts des angestrebten kleinen Umfangs an Arbeitnehmerüberlassungsfällen sicherlich an der „kritischen Masse“ fehlen. D.h., es wird bei weitem nicht die erforderliche Zahl von Mitarbeitern bzw. die sinnvollerweise angestrebte Größenordnung an Personalaustauschfällen und -zeiträumen erreicht, wie dies in den bisher bekannten Poolkonstruktionen und für deren Funktionieren für erforderlich gehalten wurde, abgesehen vom Aufwand zur Beschaffung von Lohnersatzleistungen oder Drittaufträgen im Fall des fehlenden Bedarfs bzw. der Unterauslastung der Partnerunternehmen. Würde man aus solchen Gründen den Verbund ausweiten, würde wiederum der verbundintern eigentlich angestrebte flexible Personalzugriff erschwert werden. Vor allem aber würde eine solche Personalgesellschaft ebenfalls eine Erlaubnis nach dem AÜG benötigen

Im Ergebnis dürften sich daher die bislang genannten Rechtskonstruktionen nur sehr begrenzt für die im Projekt angestrebten Ziele eines überbetrieblichen Personalaustauschs eignen.

(5) Auch die Idee der **Arbeitsgemeinschaft** stellt nach unseren Recherchen, vor allem für das **Peak Management**, keine passende und vor allem keine einfach realisierbare Lösung dar. Denn gegenseitige Personalausleihe stellt kein „Werk“ einer ARGE im Sinne des Gesetzes dar; außerdem fehlt es an der nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG notwendigen generellen Gültigkeit eines Tarifvertrages.

(6) Dagegen wäre für das **Innovationsmanagement** die Gründung einer ARGE, je nach Funktion und Leistungsbeitrag der betroffenen qualifizierten Mitarbeiter, eine grundsätzlich denkbare Lösung, sieht man einmal vom Tariferfordernis ab.

Mit den im Projekt anvisierten Formen des Innovationsmanagements werden jedenfalls, neben den angestrebten Innovationstransferleistungen, auch ergebnisorientierte Leistungsbeiträge aller Verbundmitglieder zu einem gemeinsamen Werk (wie etwa einer Datenbank, eines verbundübergreifenden PPS-Systems etc.) erbracht. Selbst wechselseitige Qualifizierungsmaßnahmen wären wohl in der Form einer ARGE organisierbar. Dabei könnten durchaus auch wechselseitige Verrechnungsmodalitäten zur Anwendung kommen, um ungleiche Beiträge der einzelnen ARGE-Mitglieder gegeneinander auszugleichen.

Die Festlegung auf nur beispielhaft genannte Möglichkeiten des verbundübergreifenden Innovationstransfers dürfte freilich kaum den Definitionsanforderungen eines „Werkes“ genügen, zu dem jedes ARGE-Mitglied eine selbständig zu erbringende Vertragsleistung beisteuern muß. Für eine solche verbundübergreifende Definition eines „Werkes“, namens Innovationsmanagement o.ä., worunter immer wieder ein neues Projekt als konkretes Werk subsumiert werden könnte, so daß dafür nicht jedesmal eine eigene ARGE gegründet werden muß, gibt es bislang offensichtlich keinerlei Vorbilder bzw. Spielräume der Arbeitsverwaltung.

Wenn freilich auf der Ebene des Innovationsmanagements durch den Austausch (hoch-)qualifizierter Mitarbeiter auch oder nur ausschließlich deren Dienste im Eigeninteresse des ausleihenden Betriebs qua Anweisung abgefordert werden sollten, wäre dieselbe Problematik wie beim Peak Management gegeben.

Daß darüber hinaus für das Innovationsmanagement auch andere personalpolitische Lösungen denkbar wären, wie sie bereits in anderen, in der Regel natürlich großen, Unternehmen praktiziert werden, z.B. wenn qualifizierte Mitarbeiter auf der Grundlage

eines individuellen Arbeitsvertrags als Allround-Springer in verschiedenen Betrieben eingesetzt werden oder wenn Entwicklungs- und Designexperten gewissermaßen Grenzgängerfunktionen zwischen verschiedenen Unternehmen ausüben, sei nur am Rande erwähnt. Für solche Konstruktionen, bei denen die Mitarbeiter in alle Prozesse in mehreren Betrieben einbezogen werden, dort mitwirken oder sich weiterbilden, gibt es wohl genügend Referenzbeispiele aus der Praxis.

(7) Personalaustausch zum Zwecke des Innovationsmanagements bzw. des Innovations-transfers läßt sich jedoch immer auch, wie bereits angedeutet, auf der Ebene bloßer **unternehmensübergreifender Zusammenarbeit** (wechselseitige Betriebs- und Informationsbesuche, gemeinsame Projektarbeit etc.) oder über normale **Dienst- und Werkleistungen** im anderen Unternehmen realisieren. Die rechtlichen Schwierigkeiten eines drittbezogenen Personaleinsatzes sind beim Innovationsmanagement also sicherlich geringer einzuschätzen. Weil aber auch hier im Einzelfall die Grenzen zwischen Dienstleistung und Leiharbeit fließend sein können, gibt es offenbar zahlreiche empirische Beispiele, in denen – auch große – Unternehmen rein vorsorglich eine AÜ-Erlaubnis beantragen, ohne davon tatsächlich bzw. systematisch Gebrauch machen zu wollen.

(8) Aufgrund unserer Recherchen verbleibt daher im Prinzip als am ehesten geeigneter Weg für den überbetrieblichen Personalaustausch die Möglichkeit, daß die Unternehmen selbst erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betreiben, obwohl der konkrete Umfang des drittbezogenen Personaleinsatzes im Verbund gering ausfallen dürfte in Relation zu den darin von zwischen den Betrieben praktizierten Liefer- und Leistungsbeziehungen. Die Beantragung einer Erlaubnis durch jedes Unternehmen beim Landesarbeitsamt bewahrt nicht nur vor eventuellen Gesetzesverstößen im Falle von Grenzfällen in der Praxis von in diesem Kontext getroffenen Werk- und Dienstleistungsvereinbarungen, sie ermöglicht auch ganz legitim die problemlose Überlassung von Mitarbeitern an andere Unternehmen, sofern die Mitarbeiter qua Arbeitsvertragsergänzung oder Freiwilligkeit dazu bereit sind und die Sozialschutzanforderungen des AÜG eingehalten werden. Auf dieser Grundlage wäre dann für die im Projekt angestrebte überbetriebliche Personalflexibilisierung über eine eigens entworfene Rechtskonstruktion ein **Modell des überbetrieblichen Personalaustauschs qua gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung im Verbund** zu konzipieren. Ein solches Modell wäre schließlich auch für vergleichbare Verbünde aus kleineren und mittleren Unternehmen verallgemeinerbar.

Dazu müßte, weil die aufwendige Gründung einer eigenen Personalgesellschaft wohl nicht in Frage kommt, *jedes* Unternehmen bei der Arbeitsverwaltung eine Erlaubnis beantragen bzw. ein entsprechend für den gesamten Verbund entworfenes Modell müßte von der Arbeitsverwaltung geprüft und dazu jeweils gemäß § 2 ff. AÜG eine *Erlaubnis* zur Arbeitnehmerüberlassung eingeholt werden. Diese rechtliche Alternative

würde dann zwar auf jeden Fall vorab den Ansprüchen des AÜG nach Einhaltung bestimmter Punkte des Sozialschutzes zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer genügen müssen; sie ließe möglicherweise dann aber auch unterschiedliche Formen des überbetrieblichen Personalaustauschs zu, wie sie von den Verbundpartnern insgesamt anvisiert werden. Bei der Konzipierung des Modells müßten vor allem die Kriterien berücksichtigt werden, die nach § 3 AÜG für die Versagung einer Erlaubnis entscheidend sein können (etwa hinsichtlich der zulässigen Überlassungsdauer und -häufigkeit, dem Abschluß unbefristeter Verträge etc.).

Dabei ist davon auszugehen, daß die Überlegungen zum überbetrieblichen Personalaustausch in der Kette, insbesondere zu einem Peak Management zwischen unter- und überausgelasteten Unternehmen, bei der Arbeitsverwaltung auf Verständnis stoßen werden. Denn hierdurch können potentiell drohende Kurzarbeitssituationen in den unterausgelasteten Unternehmen bereits zu einem frühen Zeitpunkt bestimmter Auftragsentwicklungen in der Wertschöpfungskette aufgefangen werden, bevor sie sich in konkreten, die Versichertengemeinschaft belastenden Kurzarbeits- oder Entlassungsfällen niederschlagen.

Zudem müßte für ein solches Modell übergreifend eine vertragliche Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen darüber getroffen werden, nach welchen Regularien der Personalaustausch zwischen den Unternehmen ablaufen soll, insbesondere wie der Abruf bzw. die Abordnung von Mitarbeitern zwischen dem verleihenden und dem entleihenden Unternehmen abgewickelt werden soll.

Wie ein solches Modell konkret aussehen könnte, wäre eine eigene auf der Grundlage der bisherigen Projekterkenntnisse anzugehende Aufgabe; dabei wäre insbesondere der mögliche Aufwand zu berücksichtigen, der für die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines solchen Modells zum überbetrieblichen Personaleinsatz in einer Wertschöpfungskette erforderlich würde. Abschließend sei daher auf die im Anhang enthaltenen Folien verwiesen, mit denen in aller Kürze verdeutlicht werden soll, welche rechtlichen Aspekte bei einem wie auch immer gestalteten Modell der überbetrieblichen Arbeitnehmerüberlassung relevant sind, welcher Aufwand, der je nach Standpunkt als mehr oder weniger bürokratisch apostrophiert wird, dafür notwendig wird und welche vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Unternehmen untereinander und mit den betroffenen Arbeitnehmern in diesem Zusammenhang getroffen werden müßten.

Literatur

- Deiß, M.: Flexible Personalpolitik und Arbeitsbedingungen, Bericht im Rahmen des Projekts „Flexible Employment Policies and Working Conditions“ der Europäischen Stiftung für die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen in Dublin, hektogr., München 1999.
- Deiß, M.; Mendius, H. G.; Weimer, S.: Innovation und Kooperation – Chancen kleiner und mittlerer Automobilzulieferer in Bayern. In: H. Kilper (Hrsg.): Wie stiftet man Kooperation in der Automobilindustrie? – Dokumentation der Tagung am 28./29.1.1999 im Institut Arbeit und Technik, Graue Reihe des Instituts Arbeit und Technik 2000-01, Gelsenkirchen 2000, S. 33-45.
- Fitting, K.; Kaiser, H.; Heither, F.; Engels, G.; Schmidt, I.; Auffarth, F. (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz: Handkommentar, 20. Auflage, München 2000.
- Frankfurter Rundschau: Zeitarbeit holt international auf, 28.2.2001, S. 11.
- Frankfurter Rundschau: Leiharbeit – DGB pocht auf Mindeststandards in EU, 2.3.2001, S. 10.
- Knuth, M.; Weinkopf, C.: Die „überbetriebliche Stammebelegschaft“: Vereinbarkeit von Einsatzflexibilität und sozialer Sicherheit durch Arbeitskräftepools? In: Soziale Sicherheit, Heft 4, 1992, S. 101-104.
- Marschall, D.: Arbeitnehmerüberlassung. In: R. Richardi; O. Wlotzke (Hrsg.): Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, München 1993.
- Plus (Produktion von Leiterplatten und Systemen), Heft 7, Juli 2001, S. 1224-1228.
- Sandmann, G.; Marschall, D.: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG): Kommentar, Neuwied/Kriftel/Berlin 2000.
- Schneider, T.: Handbuch Zeitarbeit, Neuwied/Kriftel/Berlin 2000.
- Schüren, P.: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: Kommentar. Unter Mitwirkung von A. Feuerborn und W. Hamann, München 1994.
- Schulz, O.: Der gemietete Chemiker. In: Süddeutsche Zeitung vom 5./6./7. 1. 2001, S. V1/1.
- Süddeutsche Zeitung : Aufregung über Flexipools, 25.10.2000, S. 29.
- Weidemann, S.: Wider die dunkle Seite der Flexarbeit. In: Süddeutsche Zeitung,, 6.4.1998, S. 20.
- Weidemann, S.: Hollands Abschied vom Poldermodell. In: Süddeutsche Zeitung, 21.2.201, S. 22.
- Weinkopf, C.: Arbeitskräftepools, München/Mering 1996.
- Weisemann, U.: Zulässige Arbeitsgemeinschaften nach der Neuregelung des AÜG. In: Betriebs-Berater, Heft 13, 1989, S. 907-910.
- Werthebach, M.; Sodenkamp, D.; Schmidt, K.-H.: Rollenklarheit bei Leiharbeit. In: Arbeit, Heft 4, 9. Jg., 2000, S. 280-292.
- Wilhelm, G.: Rechtsfragen zu neuen arbeitswirtschaftlichen Lösungen. In: E. Westkämper; M. Hüser (Hrsg.): Neue Methoden im Industrial Engineering, Fraunhofer IRB Verlag, Stuttgart 1999, S. 89-100.

Anhang: Folien zur Expertise

- **Aufwand für gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung**
- **Beantragung einer Erlaubnis für Arbeitnehmerüberlassung**
- **Vertragliche Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines Modells zum überbetrieblichen Personaleinsatz**
- **Der (Leih-)Arbeitsvertrag muß folgende Angaben enthalten**

AUFWAND FÜR GEWERBSMÄSSIGE ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

(gilt für jedes Verbundunternehmen, das am überbetrieblichen Personalaustausch teilnimmt)

- ⇒ Vorlage bestimmter Bescheinigungen und Erklärungen (Formularvordrucke) für Beantragung
- ⇒ Entwurf zulässiger Arbeits- und Überlassungsverträge – wichtiger Bestandteil eines verbundinternen Modells zum überbetrieblichen Personalaustausch
- ⇒ Gebührenzahlungen
- ⇒ Erfüllung gesetzlicher sowie statistischer Meldepflichten
- ⇒ Duldung behördlicher Überprüfungen vor Ort
- ⇒ Ggf. vorläufige Erlaubniserteilung, wenn Unterlagen fehlen
- ⇒ Bearbeitungsdauer: ca. acht Wochen, wenn keine Komplikationen
- ⇒ Erlaubnis befristet auf ein Jahr, nach drei Jahren ohne Beanstandungen unbefristet möglich (Gebühr DM 3.500,-)

Wichtig:

- ⇒ Mit Erlaubniserteilung ist es nicht getan, Erlaubnisvoraussetzungen des AÜG müssen durchgehend bei **jedem Fall der Arbeitnehmerüberlassung** beachtet werden
- ⇒ Dies erfordert auch für Mischbetriebe die Einrichtung eines **eigenen Verwaltungs- und Meldeprocederes** für die Vorgänge der Arbeitnehmerüberlassung in jedem Unternehmen

BEANTRAGUNG EINER ERLAUBNIS FÜR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Vorzulegen sind beim Landesarbeitsamt:

- ⇒ **Antrag auf Erlaubnis für AÜ**
- ⇒ **Beleg über bezahlte Gebühr (DM 1.250.- pro Jahr)**
- ⇒ **Bei juristischen Personen Gesellschaftsvertrag, Satzung, Statut**
- ⇒ **Für den Antragsteller, Geschäftsführer, Vorstand etc.:**
 - **Führungszeugnis**
 - **Lebenslauf**
 - **Auszug aus Gewerbezentralregister**
- ⇒ **Für das antragstellende Unternehmen:**
 - **Auskunft über Einträge im Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts**
 - **Auszug aus Gewerbezentralregister**
 - **Auszug aus Handelsregister**
 - **Gewerbebeanmeldung bzgl. Arbeitnehmerüberlassung**
- ⇒ **Bescheinigungen der Berufsgenossenschaft und der Krankenkassen (insbes. bzgl. Erfüllung von Melde- und Zahlungspflichten)**
- ⇒ **Einverständniserklärung bzgl. Finanzamtsauskünften**
- ⇒ **Kreditbestätigung einer (Haus-)Bank (DM 4.000.- pro Leiharbeitnehmer, mindestens DM 20.000.-)**
- ⇒ **Aktuelle betriebswirtschaftliche Auswertung**
- ⇒ **Muster des Arbeitsvertrages für die zu überlassenden Arbeitnehmer sowie des Überlassungsvertrages mit den entleihenden Firmen**

VERTRAGLICHE GRUNDLAGEN DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG IM RAHMEN EINES MODELLS ZUM ÜBERBETRIEBLICHEN PERSONALEINSATZ

- ⇒ **Arbeitsvertrag muß grundsätzlich Möglichkeit des drittbezogenen Personaleinsatzes vorsehen (ggf. durch Vertragsergänzung)**

- ⇒ **Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher:**
 - **Schriftlich**
 - **Bestehen einer Erlaubnis**
 - **Muß sämtliche Abmachungen zur Personalbeschaffung, Überlassungsvergütung, Verleihzeiten, Risikoverteilung, Haftungsbeschränkungen etc. enthalten**
 - **Im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung im Projektverbund wird die vertragliche Vereinbarung deutlich von den üblichen Überlassungsverträgen der Zeitarbeitsfirmen abweichen**

DER (LEIH-)ARBEITSVERTRAG MUSS FOLGENDE ANGABEN ENTHALTEN

1. **Daten des Arbeitgebers, der Erlaubnisbehörde und zur Erlaubnis, Daten und Adresse des Arbeitnehmers**
 2. **Zeitpunkt und Ort des Vertragsabschlusses**
 3. **Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses, evtl. Befristungsgründe**
 4. **Tätigkeits- und Qualifikationsmerkmale**
 5. **Pflicht zur drittbezogenen Arbeitsleistung, ggf. an verschiedenen Orten**
 6. **Kündigungsfristen**
 7. **Zusammensetzung, Höhe, Fälligkeit und Zahlungsweise des Arbeitsentgelts**
 8. **Leistungen bei Krankheit, Urlaub etc.**
 9. **Arbeitszeit, Urlaubsdauer, ggf. gültige Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen**
 10. **Sonstige Abmachungen (Kreis der Einsatzfirmen, Zeitdauer, Häufigkeit der Ausleihe, Aufwendungsersatz etc.)**
- ⇒ **Aushändigung des Vertrags und eines Merkblatts der Erlaubnisbehörde an den Arbeitnehmer**