

# Personalgestellung einer Forschungs-GmbH für ihre Vermarktungsgesellschaften

## Arbeits- und Entlohnungspraxis von Forschungsinstituten

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen

*Ob und wann eine Forschungs-GmbH ihren zur Vermarktung eigener Forschungsergebnisse gegründeten Gesellschaften Personal stellen darf, ist eine von gewissen Voraussetzungen abhängige Frage, die tief in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) hineinreicht. Worauf zu achten ist, um im Ergebnis Arbeitnehmer:innen-gerecht dem [§ 1 Abs. 1b Sätze 1 und 2 AÜG](#) nicht zu unterliegen und Erlaubnisfreiheit aufgrund von [§ 1 Abs. 3 Nr. 2 i. V. mit § 18 AktG](#) zu erzielen, arbeitet dieser Beitrag heraus.*

## I. Forschungsverbund und Konzernunternehmen

### 1. Forschungs- und Vermarktungsgesellschaften

Wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient, sprechen wir gemeinhin von einem Forschungsbetrieb. Wissenschaftliche Tätigkeit ist der nach Inhalt und Form ernsthafte Versuch zur Ermittlung der Wahrheit. Sie ist nach Aufgabenstellung und anzuwendender Arbeitsmethode darauf angelegt, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern ([BAG, Urteile v. 9.12.2015 - 7 AZR 117/14 NWB AAAAF-70936](#), Rz. 30; [v. 29.4.2015 - 7 AZR 519/13 NWB IAAAF-00993](#), Rz. 21, m. w. N.; [v. 1.6.2011 - 7 AZR 827/09 NWB TAAAD-93656](#), Rz. 35; [v. 19.3.2008 - 7 AZR 1100/06 NWB XAAAC-81771](#), Rz. 33).

Es spielt hierbei keine entscheidende Rolle, ob gleichzeitig mit der Verfolgung geistig-ideeller Vorstellungen auch ein Gewinnstreben verbunden ist. Es ist nach der h. M. des BAG ferner unerheblich, ob es sich um grundlagen- oder anwendungsorientierte Forschung handelt. Eine an die angewandte Forschung anknüpfende Weiterentwicklung gehört insoweit ebenfalls zur Wissenschaft.

Hingegen liegt gerade nicht wissenschaftliche Bestimmung in diesem Sinne vor, falls es sich um die bloße Anwendung erreichter wissenschaftlicher Erkenntnisse ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen dreht. Solange bereits bekannte wissenschaftliche Methoden bei ihrer Anwendung nach Inhalt und Form ernsthaft und planmäßig im Sinne der Ermittlung der Wahrheit weiterentwickelt werden, handelt es sich immer noch um eine wissenschaftliche Betätigung (BAG, Beschluss v. 21.6.1989 - 7 ABR 58/87).

Der bloße Einsatz wissenschaftlicher Methoden reicht dagegen nach der Rechtsprechung des BAG nicht aus, um für ein Unternehmen Tendenzschutz zu begründen, ergo ein „Tendenzbetrieb“ i. S. des [§ 118 BetrVG](#) (BAG, Beschluss v. 21.7.1998 - 1 ABR 2/98, Leitsatz 4). Bei einem Public-Private-Partnership liegt zwar eine Sonderstellung in der Forschungslandschaft vor. Sobald die öffentliche Hand dafür Sorge trägt, dass gemeinwohlorientierte Ziele beachtet werden, schwenkt die Betrachtung wieder um zur Gemeinwohlorientierung. Dafür streitet oftmals die Nähe zu den Hochschulen und die Mitwirkung der Studierenden und Professoren an Forschungsprojekten. Dabei reicht das Spektrum von öffentlich geförderten Forschungsvorhaben mit Grundlagencharakter bis hin zum Industrieprojekt mit einer konkreten Anwendung.

Gegen das Vorliegen eines Tendenzbetriebs i. S. von [§ 118 Abs. 1 BetrVG](#) und [§ 6 Abs. 1 i. V. mit § 1 Abs. 1 MitbestG](#) spricht auch nicht, wenn mehr als 2.000 Arbeitnehmer:innen beschäftigt sind. In diesem Fall greift ebenfalls die Ausnahmeregelung für Unternehmen mit unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlicher Bestimmung ([§ 1 Abs. 4 Nr. 1 Var. 6 MitbestG](#)), welche die jeweilige Forschungsgesellschaft etwa von der Pflicht zur Bildung eines obligatorischen Aufsichtsrats zu befreien vermag (vgl. Gergen in [OdW 4/2022 S. 167](#), [ZErb 5/2023 S. 168](#) sowie in [zfrh 20/2021 S. 46](#) und [S. 63](#)).

Nehmen wir eine solche Forschungs-GmbH, die sich satzungsgemäß dazu verpflichtet, grundlagen- und anwendungsorientierte Forschungsarbeiten auf einem gewissen Spezialgebiet mit ausgewiesenen Schwerpunkten durchzuführen, einschließlich der Weitervermittlung bzw. Übertragung des entstandenen Wissens an interessierte Unternehmen, Forschungseinrichtungen und Personen, an die Forschung und die Lehre an Hochschulen einschließlich der dortigen Studierenden und Doktoranden und an interessierte nationale und internationale Kooperationspartner. Hierzu gehören auch jede Form der Zusammenarbeit mit Hochschulen im Bereich der Forschung und der Lehre sowie die Organisation und Durchführung von Unterricht und sonstigen Bildungsmaßnahmen, auch als Trägerin einer Bildungseinrichtung.

## 2. Personalgestaltung und Arbeitnehmer:innen-Überlassung als Grundfrage

Um nun im internationalen Wettbewerb eine führende Stellung auf dem beschriebenen zukunfts-trächtigen Forschungsgebiet zu erreichen, ist es Aufgabe der Forschungs-GmbH, Bindeglied zwischen universitärer Forschung und marktausgerichteter Wirtschaft zu sein. Einerseits wird danach gestrebt, die Forschungsinteressen der Wirtschaft und der angewandten Forschung auf den genannten Gebieten im Hinblick auf ihre gegenwärtigen und künftigen Produkte und Produktionsmethoden zu verfolgen. Andererseits statuiert oftmals der Gesellschaftsvertrag, wissenschaftliche Forschungsergebnisse der Universitäten im Ergebnis auf die angewandte Forschung und Wirtschaft zu übertragen. Hierzu gründet die Forschungs-GmbH eine bzw. mehrere Gesellschaften, die gerade diese Verbindung zum Gegenstand ihrer Unternehmungen haben, vor allem die Verbindung zum gewerblichen Bereich, Vermarktung, Bewertung, Logistik, Marketing und Vertrieb.

Im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Prüfung für die Forschungs-GmbH stellt sich vielfach die Frage, ob und inwiefern ihre Mitarbeiter:innen auch für die Vermarktungsgesellschaft arbeiten dürfen (zu Problemen der Angleichung mit der zusätzlichen Altersversorgung des öffentlichen Dienstes (VBL) bei zahlreichen Forschungsgesellschaften siehe jüngst Gergen, AuR 7/2023 S. 284). Hierzu würde man eigentlich eine Genehmigung für eine Arbeitnehmer:innen-Überlassung benötigen. Es gibt aber eine womöglich nicht europarechtskonforme Ausnahmemöglichkeit in [§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG](#), die voraussetzt, dass die Überlassung erfolgt „zwischen Konzernunternehmen im Sinne des [§ 18 des Aktiengesetzes](#), wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.“

## 3. Anwendbarkeit von [§ 18 AktG](#)

Forschungs- wie ihre Vermarktungsgesellschaften fallen unter die Ausnahmeregelung, wenn beide Konzernunternehmen gem. [§ 18 Abs. 1 AktG](#) darstellen. Von [§ 18 Abs. 2 AktG](#) ist nicht auszugehen, da Forschungs- wie Vermarktungsgesellschaft voneinander abhängen. Dass die Arbeitnehmer:innen nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt sind, ergibt sich klar aus den Verträgen zwischen beiden Gesellschaften. In Zweifelsfällen sollte darauf beim Abschluss der Arbeitsverträge ernsthaft geachtet werden.

### Hinweis:

Zum Konzernbegriff ist Folgendes zu sagen: Werden ein herrschendes und mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie gem. [§ 18 Abs. 1 Satz 1 AktG](#) einen Konzern. Die einheitliche Leitung muss als zusätzliches Wesensmerkmal hinzukommen.

Eine einheitliche Leitung ist anzunehmen, wenn eine Zielkonzeption, die auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtet ist, entwickelt und durchgeführt wird. Umstritten ist, ob es genügt, dass eine solche Gesamtkonzeption sich auf einen wesentlichen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit – z. B. Produktion, Verkauf oder Organisation – bezieht oder ob der Finanzbereich aufgrund seiner wesentlichen Bedeutung immer mit umfasst sein muss (dazu ausführlich, in Sonderheit zur Vereinbarkeit mit Europarecht und dem deutschen [Grundgesetz](#): Sturm, Die Privilegierung von Konzernen gemäß [§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG](#), 2020, S. 79 ff. bzw. S. 190 ff.).

Die einheitliche Leitung wird aber unwiderlegbar vermutet, wenn

- ▶ ein Beherrschungsvertrag ([§ 291 AktG](#)), oder
- ▶ eine Abhängigkeit gem. [§ 17 AktG](#) besteht ([§ 18 Abs. 1 Satz 2 AktG](#)).

Widerlegt ist die Abhängigkeit indes, falls tatsächlich eine Koordination der Unternehmen im Sinne einer Gesamtkonzeption fehlt, d. h. sobald die Bereiche Produktion, Verkauf und/oder Finanzen von den Unternehmen selbständig und ohne Abstimmung geführt werden ([§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG](#)).

Ob ein Beherrschungsvertrag vorliegt, muss verifiziert werden. Eine Abhängigkeit ist – widerlegbar – zu vermuten, da sinnvollerweise eine Koordination im Sinne einer Gesamtkonzeption existiert und praktiziert wird. Die Vermarktungsgesellschaft ist i. A. sogar eigens mit der Vermarktung, Lizenzierung resp. Kommerzialisierung der von der Forschungs-GmbH erschaffenen, erforschten und bereit gestellten Produkte betraut. Letztere ist laut ihrer Satzung meist ausschließlich wissens- und forschungsausgerichtet.

Die gewerbliche Nutzbarmachung resp. Kommerzialisierung der Ergebnisse, wie vornehmlich der Immaterialgüterrechte und ihrer Lizenzen (Nutzungsrechte), erfolgt, im Rahmen des auch in der Satzung

grundgelegten Gesamtkonzepts von Erforschung und praktischer Anwendung und Nutzbarmachung für Wirtschaft und Gesellschaft, ausschließlich mittels Einschaltung der Vermarktungsgesellschaften.

Eine Arbeitsteilung mit der von [§ 17 AktG](#) geforderten Abhängigkeit sowie eine einheitliche Leitung liegen damit in ausreichendem Maße vor.

## 4. Ergebnis mit Empfehlung

[§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG](#) i. V. mit [§ 18 AktG](#) greift, Europarechtskonformität einmal vorausgesetzt, und kann in diesem Lichte genutzt werden für die Arbeitnehmer:innen-Überlassung der Forschungs-GmbH zugunsten ihrer Vermarktungsgesellschaften. Dabei sieht das Gesetz keine vom Arbeitsverhältnis mit der Forschungs-GmbH abweichende zeitliche Begrenzung vor, was Zeitraum oder Arbeitsstunden betrifft.

## II. Befristung der Entleihung oder Erlaubnisfreiheit

### 1. Frage der Beschäftigungsdauer

Mitunter taucht die praxisrelevante Frage des [§ 1 Abs. 1b Sätze 1 und 2 AÜG](#) auf, der fixiert: Der Verleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen (Wolters, Leiharbeit – Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz (AÜG), edition Hans Böckler Stiftung, Arbeit und Soziales Band 226, 2008, S. 11-13; vgl. dazu auch bei Sturm, S. 52 ff.). Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.

Bilden die 18 Monate in einer Konzernüberlassung die absolute Höchstgrenze der jeweiligen Mitarbeiter:innen pro Arbeitsleben oder darf die Forschungs-GmbH Mitarbeiter:innen für 18 Monate an die Vermarktungsgesellschaft verleihen? Muss sie diese dann wieder sechs Monate im eigenen Betrieb behalten, ehe sie diese erneut 18 Monate an die „Konzerntochter“ verleiht? Etliche Fragen werden der Rechtsabteilung an dieser Stelle gestellt.

### 2. Voraussetzungen der Entleihung und Anwendbarkeit des [AÜG](#) in seiner Gesamtheit

Bei einer Entleihung von Arbeitnehmer:innen der Forschungs-GmbH an die Vermarktungsgesellschaft geht es um eine erlaubnisfreie Arbeitnehmer:innen-Überlassung.

Nur in wenigen Ausnahmefällen ist dagegen eine Arbeitnehmer:innen-Überlassung ohne Erlaubnis zulässig. Diese Ausnahmen werden in [§ 1 Abs. 3 AÜG](#) aufgezählt. Nach dieser Ausnahmeregelung ist eine Arbeitnehmer:innen-Überlassung z. B. erlaubnisfrei zwischen Konzernunternehmen i. S. von [§ 18 AktG](#), wenn überlassene Arbeitnehmer:innen nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden, oder zwischen Arbeitgeber:innen, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und die überlassenen Arbeitnehmer:innen nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden.

Anders dagegen bei einer Entleihung durch einen Verleiher, der dies i. A. gewerblich betreibt. Er braucht eine Erlaubnis zur Arbeitnehmer:innen-Überlassung ([§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#)):

*„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis.“*

Eine solche „wirtschaftliche Tätigkeit“ liegt immer vor, wenn ein Unternehmen Güter oder Dienstleistungen anbietet, d. h. auf die Absicht der Gewinnerzielung oder auf den gewerblichen Charakter der Arbeitnehmer:innen-Überlassung kommt es nicht an. Auch ein Personalservice-Unternehmen, das innerhalb eines Konzerns Arbeitnehmer:innen ohne Gewinnerzielungsabsicht anderen Konzernunternehmen überlässt, braucht eine Erlaubnis zur Arbeitnehmer:innen-Überlassung gem. [§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#).

#### Hinweis:

Dass dies nicht vorliegt, muss aus den Satzungen der Gesellschaften sowie aus den Arbeitsverträgen glasklar hervorgehen: Forschungs-GmbH-Arbeitnehmer:innen sind und werden nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt, damit eine direkte Anwendung des [§ 1 Abs. 1b Sätze 1 und 2 AÜG](#) überhaupt nicht zur Sprache kommt. Denn dieser will mit der

Höchstgrenze von 18 Monaten erreichen, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht bzw. ordnet § 16 a. E. AÜG schließlich sogar Geldbußen an.

In Konzernunternehmen, Forschungs- resp. Vermarktungsgesellschaften, in denen es zu keiner direkten oder entsprechenden Anwendung des AÜG kommt, heißt es folglich für die Überlassung über § 18 AktG laut § 1 Abs. 3 AÜG:

„Dieses Gesetz [= AÜG in seiner Gesamtheit!] ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1 [AÜG] anzuwenden [...].“

Aber dieser Satz trifft für die hier behandelte Unternehmenskonstellation eindeutig nicht zu, wenn es heißt (§ 1b Satz 1 AÜG):

„Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig.“

### 3. Ergebnis mit Empfehlung

Eine Konzernstruktur i. S. von § 1 Abs. 3 Nr. 2 i. V. mit § 18 AktG empfiehlt sich als erstrebenswert für alle Beteiligten, also Forschungs- und Vermarktungsgesellschaften als auch ihre Arbeitnehmer:innen.

Weder direkt noch entsprechend sollte das AÜG in seiner Gesamtheit zur Anwendung gelangen, damit die 18-Monate-Regelung aus § 1 Abs. 1b Sätze 1 und 2 AÜG greift. Die richtige Dosierung der Arbeitnehmer:innen-Überlassung bzw. Personalgestellung ist gleichwohl prioritär. Zurecht wird Folgendes angeraten (Bissels/Falter, Das Konzernprivileg gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG – ein Buch mit sieben Siegeln?, vom 3.5.2021, abrufbar unter <https://go.nwb.de/6vowd>, zuletzt abgerufen am 27.3.2024):

„Aufgrund der facettenreichen Ansichten, die in der Literatur zur Auslegung des Merkmals „Beschäftigung als Zeitarbeiter“ vertreten werden, steigt naturgemäß das Risiko, außerhalb des Anwendungsbereiches von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG zu agieren, wenn mit Mitarbeitern längerfristige oder kürzere, aber häufigere Einsätze als Zeitarbeiter durchgeführt werden. Eine fixe Grenze, die die Unzulässigkeit der Konzernüberlassung markieren würde, ist gesetzlich allerdings nicht vorgesehen. In Anbetracht der Unsicherheiten, die mit der Auslegung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG verbunden sind, ist zu empfehlen, von dem Konzernprivileg nur dosiert Gebrauch zu machen.“

Die richtige Dosis sollte m. E. in der vorübergehenden und maßvollen Personalgestellung liegen, die stets das definierte Profil der vielfach wissenschaftlich aufstrebenden Arbeitnehmer:innen im Auge haben sollte. Daher bleibt steter Konsens mit ihnen das oberste Gebot.

#### AUTOR



Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Maître en droit (Luxemburg), Rechtsdirektor bei MOORE TK mit Schwerpunkt Erb- und Nachfolgerecht, vgl. Kommentierung zu: Vor § 2032 - § 2041, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 2022, oder ZErB 3/2023 S. 81-84 sowie ZErB 2/2024 S. 49-55. Als Hochschullehrer, Universitäten Saarbrücken und Luxemburg, berät der Autor im Hochschul- und Wissenschaftsrecht und ist Mitglied in Kommissionen zur Akkreditierung von Universitäten und Instituten sowie Programmakkreditierungen.