

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 118

# Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis

Von

Dr. Christoph Weber



Duncker & Humblot · Berlin

**CHRISTOPH WEBER**

**Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 118**

# Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis

Von

Dr. Christoph Weber



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Weber, Christoph:**

Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis / von Christoph Weber. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 118)

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07572-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-07572-2

## ***Meinen Eltern***



## **Vorwort**

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1991/92 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Jahresende 1991 berücksichtigt, im Frühjahr 1992 erschienene Literatur konnte noch in den Fußnoten eingearbeitet werden, das nach Fertigstellung der Druckvorlage in Neuauflage erschienene Lehrbuch von *Zöllner* und *Loritz* allerdings nur in verkürzter Zitierweise.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem wissenschaftlichen Lehrer, Herrn Universitätsprofessor Dr. Horst Konzen. Seit meinen Studienzeiten habe ich durch ihn auf vielfältige Weise Anregung und Förderung erhalten. Er hat mich während meiner Assistentenzeit in das wissenschaftliche Arbeiten eingeführt und so zum Entstehen dieser Untersuchung wesentlich beigetragen.

Danken möchte ich auch dem Zweitgutachter, Herrn Universitätsprofessor Dr. Alfons Kraft für das zügig erstellte und ermutigende Zweitgutachten und dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in seine arbeitsrechtliche Schriftenreihe.

Vor allem aber danke ich von Herzen meiner lieben Frau Susanna, mit der ich die schweren und die guten Zeiten bei der Erstellung der Arbeit teilen durfte.

Mainz, im Juni 1992

*Christoph Weber*



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Kapitel: Einführung

<b>§ 1 Problemstellung</b> . . . . .	27
<b>A. Arbeitsverhältnis und arbeitsrechtliche Drittbeziehungen</b> . . . . .	27
<b>B. Problematik arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen</b> . . . . .	29
<b>C. Ausgangslage der Untersuchung</b> . . . . .	31
<b>D. Aufgespaltenes Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmerbegriff</b> . . . . .	33
<b>E. Überblick über den Aufbau der Arbeit</b> . . . . .	36

## 2. Kapitel: Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen

<b>§ 2 Fallgruppen und systematische Ansätze</b> . . . . .	38
<b>A. Arbeitnehmerüberlassung</b> . . . . .	38
<b>I. Legale Arbeitnehmerüberlassung</b> . . . . .	38
<b>1. Erscheinungsformen</b> . . . . .	38
<b>a) Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung</b> . . . . .	38
<b>b) Nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung</b> . . . . .	42
<b>aa) "Echte Leiharbeit"</b> . . . . .	42
<b>bb) Sonderfälle der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung</b> . . . . .	43
<b>cc) Wirtschaftszweiginterne Arbeitnehmerüberlassung (Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG)</b> . . . . .	43
<b>dd) Arbeitnehmerüberlassung im Konzern</b> . . . . .	45
<b>2. Arbeitnehmerüberlassung und Aufspaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen</b> . . . . .	46
<b>a) Einflußfaktoren</b> . . . . .	46
<b>b) Grundsätzliche Gewichtung der arbeitsrechtlichen Beziehungen</b> . . . . .	48
<b>c) Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Schutz des Leiharbeitnehmers</b> . . . . .	50

d) Einheitliche Aspekte arbeitsrechtlicher Beziehungen der Beteiligten bei gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung . . .	53
II. Illegale Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	57
III. Arbeitnehmerüberlassung und Grenzkonstellationen . . . . .	59
1. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, Werk- und Dienstvertrag . . . . .	60
a) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Dienstvertrag . . . . .	61
b) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Werkvertrag . . . . .	62
c) Einsatz von Arbeitnehmern in Fremdbetrieben aufgrund Werk- oder Dienstvertrags und Arbeitsrecht . . . . .	66
2. Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal und Gestellungsverträge . . . . .	69
a) Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal . . . . .	69
b) Gestellungsverträge . . . . .	75
IV. Arbeitnehmerüberlassung, Grenzkonstellationen und Bausteine arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen . . . . .	80
1. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz . . . . .	80
2. Vertrag . . . . .	81
3. Eingliederung und organisatorische Einbindung in den Entleiherbetrieb . . . . .	82
B. Mittelbares Arbeitsverhältnis . . . . .	84
I. Definition und Beispiele . . . . .	84
II. Mittelbares Arbeitsverhältnis und Aufspaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen . . . . .	86
1. Arbeitsvertragliche Beziehungen zwischen Mittelsmann und Gehilfen . . . . .	86
2. Arbeitgeberfunktionen des mittelbaren Arbeitgebers . . . . .	87
a) Mittelbares Arbeitsverhältnis und sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis . . . . .	87
b) Mittelbares Arbeitsverhältnis und arbeitsrechtliche Stellung des mittelbaren Arbeitgebers . . . . .	89
III. Mittelbares Arbeitsverhältnis und "Durchgriffproblematik" . . . . .	93
IV. Mittelbares Arbeitsverhältnis und Grenzkonstellationen . . . . .	97
1. Wirtschaftlich abhängiger Arbeitgeber . . . . .	97
2. Franchising . . . . .	105
a) Grundlagen und Eingrenzung der Problematik . . . . .	105

## Inhaltsverzeichnis

11

b) Subordinationsfranchising und Schutz des Franchisenehmers . . . . .	108
c) Subordinationsfranchising und arbeitsrechtliche Drittbeziehungen . . . . .	114
3. Gruppenarbeitsverhältnis . . . . .	117
a) Betriebsgruppe und Job-Sharing . . . . .	117
b) Eigengruppe . . . . .	118
V. Mittelbares Arbeitsverhältnis, Grenzkonstellationen und Bausteine arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen . . . . .	122
1. Gesetz . . . . .	122
2. Vertrag . . . . .	122
3. Eingliederung und organisatorische Einbindung in den Betrieb des mittelbaren Arbeitgebers . . . . .	123
4. Arbeitnehmerschutz, wirtschaftliche Aspekte des Arbeitsverhältnisses und arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang . . . . .	124
C. Konzern . . . . .	125
I. Problemstellung . . . . .	127
1. Drittbezug auf vertraglicher Grundlage . . . . .	127
a) Arbeitnehmermobilität im Konzern . . . . .	128
aa) Konzernvorbehalt und verwandte Konstellationen . . . . .	128
bb) Personalführungs- und Betriebsführungsgesellschaften . . . . .	129
cc) Probleme des Drittbezugs bei Arbeitnehmermobilität im Konzern . . . . .	131
b) Vertragliche Regelungen über die Auswirkungen des Konzernbezugs . . . . .	133
aa) Beispiele . . . . .	133
bb) Fragestellungen . . . . .	134
c) Konzernweite Sozialleistungen . . . . .	134
2. Drittbezug ohne vertragliche Grundlage . . . . .	136
II. Arbeitnehmerschutz im Konzern und Vertrag . . . . .	139
1. Arbeitnehmermobilität im Konzern, Konzernvorbehalt und Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	140
a) Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und Aufspaltung der Arbeitgeberstellung . . . . .	141
b) Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz . . . . .	143

2. Arbeitsplatzschutz im Konzern und Vertrag . . . . .	144
a) Arbeitsplatzschutz durch den Vertragsarbeitgeber . . . . .	144
b) Übernahmeansprüche gegen ein drittes Konzernunternehmen . . . . .	147
aa) Fürsorgepflicht . . . . .	148
bb) Vertrauensschutz . . . . .	148
3. Gleichbehandlung im Konzern. . . . .	150
a) Fragestellung . . . . .	150
b) Gleichbehandlung, Betrieb, Unternehmen und Konzern . . . . .	151
c) Gleichbehandlung und Differenzierung . . . . .	153
4. Betriebliche Altersversorgung im Konzern und Vertrauensschutz . . . . .	154
III. Arbeitnehmerschutz im Konzern ohne vertragliche Grundlage . . . . .	156
1. Leitlinien der Diskussion . . . . .	156
a) Konzern, Vertragsarbeitgeber und Aufspaltung der Arbeitgeberstellung . . . . .	156
b) Vorgaben des Konzerngesellschaftsrechts . . . . .	158
aa) Einheitliche Leitung und Formen der Konzernierung . . . . .	158
bb) Eingliederungs- und Vertragskonzern . . . . .	159
cc) Faktischer Konzern . . . . .	161
dd) Qualifizierter faktischer Konzern. . . . .	162
ee) GmbH-Konzernrecht . . . . .	163
c) Arbeitnehmerschutz im Konzern und Konzerngesellschaftsrecht . . . . .	166
d) Arbeitsrechtliche Ansätze für einen konzernspezifischen Arbeitnehmerschutz . . . . .	169
2. Beispiele . . . . .	172
a) Betriebliche Altersversorgung im Konzern. . . . .	172
aa) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts . . . . .	173
bb) Literatur . . . . .	175
α) Wirtschaftliche Notlage nach § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BetrAVG im Konzern . . . . .	176
β) Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG im Konzern . . . . .	178
b) Kündigungsschutz im Konzern . . . . .	187
aa) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts . . . . .	188
bb) Literatur . . . . .	190

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>13</b>
α) Kündigungsschutz, Konzern und Konzerngesellschaftsrecht . . . . .	190
β) Kündigungsschutz im Konzern über § 1 KSchG. . . . .	194
αα) Betriebsbedingte Kündigung und Konzerninteresse . . . . .	194
ββ) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei einem anderen Konzern- unternehmen . . . . .	196
(1) Fürsorgepflicht der Konzernspitze . . . . .	196
(2) Analogie zu § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 b KSchG. . . . .	197
γ) Kündigungsschutz im Konzern über Sozialpläne. . . . .	201
<b>IV. Konzern und Bausteine arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen . . . . .</b>	<b>202</b>
1. Gesetz . . . . .	202
2. Konzernarbeitsrecht und Konzerngesellschaftsrecht . . . . .	203
3. Vertrag . . . . .	205
4. Vertrauensschutz . . . . .	207
5. Fürsorgepflicht. . . . .	207
6. Arbeitnehmerbegriff, Analogie und arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang . . . . .	208
 <b>3. Kapitel: Grundstrukturen des Arbeitsverhältnisses</b> 	
<b>§ 3 Arbeitsverhältnis und arbeitsrechtliche Drittbeziehungen . . . . .</b>	<b>210</b>
<b>§ 4 Arbeitnehmerbegriff . . . . .</b>	<b>214</b>
<b>A. Aspekte des Arbeitnehmerbegriffs . . . . .</b>	<b>214</b>
I. Arbeitnehmerbegriff und Gesetz . . . . .	214
II. Arbeitnehmerbegriff und "persönliche Abhängigkeit". . . . .	215
1. "Persönliche Abhängigkeit", Weisungsgebundenheit und arbeitsorganisa- torischer Gesamtatbestand . . . . .	215
2. Arbeitnehmerbegriff und Typus . . . . .	218
3. Teleologische Begriffsbildung. . . . .	221
III. Arbeitnehmerbegriff und "wirtschaftliche Abhängigkeit" . . . . .	225
1. Formalisierung des Arbeitnehmerbegriffs . . . . .	225
2. Renaissance der "wirtschaftlichen Abhängigkeit" . . . . .	226
3. "Wirtschaftliche Abhängigkeit", Selbstverständnis und soziale Existenzbe- dingungen . . . . .	229

<b>B. Arbeitnehmerbegriff, Fremdnutzigkeit und Fremdbestimmung</b> . . . . .	<b>230</b>
<b>I. Arbeitsrecht und Arbeitnehmerschutz</b> . . . . .	<b>231</b>
1. Bereiche des Arbeitnehmerschutzes, . . . . .	231
2. Berufsschutz, . . . . .	233
a) Gestaltung der Arbeitsbedingungen . . . . .	233
b) Persönlichkeitsschutz . . . . .	234
c) Fürsorgeprinzip und Austauschprinzip im Arbeitsverhältnis, . . . . .	236
3. Existenzschutz . . . . .	239
a) Sicherung des Lebensunterhalts . . . . .	240
b) Bestandsschutz . . . . .	241
4. Arbeitnehmerschutz und Marktrisiken, . . . . .	245
a) Verteilung des Lohnrisikos bei Produktionsstörungen . . . . .	246
b) Verteilung des Schadensrisikos im Arbeitsverhältnis, . . . . .	248
5. Kollektives Arbeitsrecht . . . . .	251
a) Berufsschutz . . . . .	251
b) Tarifautonomie . . . . .	254
<b>II. Fremdnutzigkeit der Arbeitsleistung</b> . . . . .	<b>257</b>
1. Duales Modell der Erwerbstätigkeit, . . . . .	257
2. Verlust der Dispositionsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft . . . . .	258
3. Unternehmerische Risiken und Chancen, . . . . .	260
4. Arbeitsverhältnis und Gesellschaftsrecht, . . . . .	261
<b>III. Arbeitsverhältnis und Vertragsfreiheit</b> . . . . .	<b>265</b>
1. Vertragsfreiheit und Richtigkeitsgewähr des Arbeitsvertrages . . . . .	266
a) Vertragsgerechtigkeit und "soziale Gerechtigkeit" im Arbeitsrecht . . . . .	268
b) Selbstbestimmung, Vertragsgerechtigkeit und Verhandlungsgleichgewicht im Privatrechtssystem, . . . . .	270
aa) Selbstbestimmung und Gerechtigkeit im allgemeinen Zivilrecht . . . . .	270
bb) Drittwirkung der Grundrechte und "Schutzauftrag" des Gesetzgebers . . . . .	272
cc) Soziale Vertragsgerechtigkeit und arbeitsrechtliches Äquivalenzprinzip . . . . .	276
2. Vertragsfreiheit und Verhandlungsgleichgewicht . . . . .	279
a) Arbeitsrecht und "soziale Frage". . . . .	280

## Inhaltsverzeichnis

15

b) Verhandlungsgleichgewicht und Arbeitnehmerschutz . . . . .	281
c) Arbeitsmarkt, Existenzsicherung und sachliche Abhängigkeit . . . . .	283
aa) Generalisierende Betrachtungsweise . . . . .	283
bb) Kriterien der Ungleichgewichtslage . . . . .	284
3. Arbeitsverhältnis und Rechtsformzwang . . . . .	289
4. Zwischenergebnis . . . . .	293
IV. Fremdnützigkeit und Fremdbestimmung im Arbeitsverhältnis . . . . .	294
1. Fremdbestimmung und sachliche Abhängigkeit . . . . .	294
2. Teleologische Interpretation der Fremdbestimmung . . . . .	296
3. Indikatoren von Fremdnützigkeit und Fremdbestimmung . . . . .	297
C. Fremdnützigkeit, Fremdbestimmung und aufgespaltenes Arbeitsverhältnis . . . . .	300

### **4. Kapitel: Bausteine des aufgespaltenen Arbeitsverhältnisses**

<b>§ 5 Gesetzliche Grundlagen . . . . .</b>	<b>302</b>
A. Mitbestimmung im Konzern . . . . .	303
B. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz . . . . .	305
I. Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses bei Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	305
1. Organisatorische Eingliederung des Arbeitnehmers beim Entleiher . . . . .	305
2. Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses beim Verleiher . . . . .	307
II. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und Arbeitnehmerschutz . . . . .	308
III. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern . . . . .	310
C. § 21 Abs. 2 HAG . . . . .	312
I. Entgeltsschutz für den Heimarbeiter und Einstandspflicht des mittelbaren Auftraggebers . . . . .	312
II. § 21 Abs. 2 HAG und mittelbares Arbeitsverhältnis . . . . .	312
<b>§ 6 Vertrag . . . . .</b>	<b>315</b>
A. Arbeitsvertrag und Partner des Arbeitsverhältnisses . . . . .	316
B. Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses . . . . .	317
I. Arbeitsvertrag und Arbeitspflicht . . . . .	317
II. Vertragliche Regelungen zwischen Arbeitgeber und Drittem . . . . .	318

1. Vertrag und arbeitsrechtliches Direktionsrecht . . . . .	319
2. Vertrag und arbeitsrechtliche Nebenpflichten . . . . .	322
III. Rechtsgeschäftliche Zusagen des Dritten gegenüber dem Arbeitnehmer . . . . .	324
C. Vertragliche Gestaltung des aufgespaltenen Arbeitsverhältnisses . . . . .	325
D. Vertrag und Arbeitnehmerschutz . . . . .	326
I. Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses . . . . .	326
1. Aufspaltungsvorgang und Rechtsfolgen der Aufspaltung . . . . .	326
2. Aufspaltungsvorgang und arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang . . . . .	326
II. Vertrag und Gestaltung des aufgespaltenen Arbeitsverhältnisses . . . . .	329
<b>§ 7 Vertrauensschutz.</b> . . . . .	<b>330</b>
A. Vertrauensschutz im allgemeinen Zivilrecht. . . . .	331
B. Vertrauensschutz im aufgespaltenen Arbeitsverhältnis. . . . .	335
I. Vertrauensschutz und betriebliche Altersversorgung . . . . .	335
II. Vertrauensschutz und Bestandsschutz . . . . .	338
<b>§ 8 Fremdbestimmung und aufgespaltenes Arbeitsverhältnis</b> . . . . .	<b>343</b>
A. Fremdbestimmung, organisatorische Eingliederung und arbeitsrechtliches Direktionsrecht . . . . .	344
B. Einheitliches Schutzverhältnis und arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht . . . . .	346
I. Schutzverhältnis und Vertrag. . . . .	348
II. Gegenstand des Schutzverhältnisses und der arbeitsrechtsrechtlichen Fürsorgepflicht . . . . .	352
III. Schutzverhältnis und zwingendes Arbeitsrecht . . . . .	353
IV. Rechtsfolgen des Schutzverhältnisses und der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht . . . . .	356
<b>§ 9 Fremdnützigkeit und aufgespaltenes Arbeitsverhältnis</b> . . . . .	<b>359</b>
A. Fremdnützigkeit und Fremdbestimmung in der Drittbeziehung . . . . .	362
I. Spezielle Ausprägungen der Fürsorgepflicht. . . . .	362
II. Verteilung des Schadensrisikos in der Drittbeziehung. . . . .	364
B. Fremdnützigkeit ohne Fremdbestimmung. . . . .	365
I. Grundsätze. . . . .	365
1. Fremdnützigkeit und Disposition über die Arbeitskraft in der Drittbeziehung . . . . .	365

a) Disposition über die Arbeitskraft und unternehmerische Entscheidung. . . . .	366
b) Unternehmerische Entscheidungsgewalt in der Drittbeziehung. . . . .	367
aa) Mittelbares Arbeitsverhältnis und verwandte Fallkonstellationen . . . . .	369
bb) Konzern . . . . .	370
2. Fremdnützigkeit, Vertragsarbeitgeber und Dritter . . . . .	371
a) Verlagerung der Disposition über die Arbeitskraft vom Vertragsarbeitgeber auf den Dritten . . . . .	372
aa) Mittelbares Arbeitsverhältnis und verwandte Fallkonstellationen . . . . .	373
bb) Konzern . . . . .	373
α) Eingliederungs- und Vertragskonzern. . . . .	374
β) Faktischer Konzern . . . . .	374
γ) Einfacher faktischer Konzern und nachteilige Einflußnahme . . . . .	375
b) Verlagerung der Disposition über die Arbeitskraft und Schutzdefizit für den Arbeitnehmer . . . . .	377
3. Fremdnützigkeit, Arbeitnehmerschutz und Gläubigerschutz . . . . .	379
a) Gläubigerschutz durch Schutz des Vertragsarbeitgebers . . . . .	380
aa) Subordinationsfranchising . . . . .	380
bb) Konzern . . . . .	383
b) Arbeitnehmerschutz und Gläubigerschutz im Konzern. . . . .	384
aa) Vermögensinteressen . . . . .	385
bb) Arbeitsplatzschutzinteressen . . . . .	389
II. Fremdnützigkeit und Vermögensinteressen. . . . .	391
1. Gleichbehandlung. . . . .	391
a) Gleichbehandlungsgrundsatz und Disposition über die Arbeitskraft. . . . .	391
b) Konzern und Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes . . . . .	395
c) Konzern und sachliche Differenzierungsgründe. . . . .	396
d) Adressat des Gleichbehandlungsanspruchs. . . . .	398
2. Lohninstandspflichten. . . . .	398
a) Konzern . . . . .	398
b) Mittelbares Arbeitsverhältnis und andere Formen des abgestuften Arbeitsverhältnisses . . . . .	399

3. Wirtschaftliche Lage des Vertragsarbeiters und Altersversorgung im Konzern . . . . .	406
a) Wirtschaftliche Notlage nach § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BetrAVG . . . . .	406
b) Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG . . . . .	407
III. Fremdnützigkeit und Arbeitsplatzschutzinteressen. . . . .	417
1. Arbeitnehmermobilität im Konzern. . . . .	418
a) Kündigungsschutz gegenüber dem Vertragsarbeitgeber. . . . .	418
b) Arbeitsplatzschutz durch andere Konzerngesellschaften . . . . .	421
2. Allgemeiner Kündigungsschutz im aufgespaltenen Arbeitsverhältnis . . . . .	424
a) Kündigungsschutz gegenüber dem Vertragsarbeitgeber. . . . .	424
b) Arbeitsplatzschutz gegenüber Dritten. . . . .	425
aa) Kollektivrechtlicher Schutz durch Sozialpläne . . . . .	425
bb) Individualrechtlicher Schutz durch Unterbringungsansprüche . . . . .	426

### ***5. Kapitel: Zusammenfassung***

§ 10 Grundstrukturen des aufgespaltenen Arbeitsverhältnisses . . . . .	432
--	-----

### **Literaturverzeichnis**

## **Abkürzungsverzeichnis**

<b>a.A.</b>	<b>anderer Ansicht</b>
<b>a.a.O</b>	<b>am angegebenen Ort</b>
<b>abl.</b>	<b>ablehnend</b>
<b>Abs.</b>	<b>Absatz</b>
<b>AbzG</b>	<b>Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte</b>
<b>AcP</b>	<b>Archiv für die civilistische Praxis</b>
<b>a.E.</b>	<b>am Ende</b>
<b>AFG</b>	<b>Arbeitsförderungsgesetz</b>
<b>AG</b>	<b>Die Aktiengesellschaft</b>
<b>AGBG</b>	<b>Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen</b>
<b>AktG</b>	<b>Aktiengesetz</b>
<b>allg.</b>	<b>allgemein</b>
<b>Alt.</b>	<b>Alternative</b>
<b>Amtl. Begr.</b>	<b>Amtliche Begründung</b>
<b>Anh.</b>	<b>Anhang</b>
<b>Anm.</b>	<b>Anmerkung</b>
<b>AöR</b>	<b>Archiv für öffentliches Recht</b>
<b>AP</b>	<b>Arbeitsrechtliche Praxis</b>
<b>ArbG</b>	<b>Arbeitsgericht</b>
<b>ArbGG</b>	<b>Arbeitsgerichtsgesetz</b>
<b>ArbGw</b>	<b>Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit</b>
<b>AR-Blattei</b>	<b>Arbeitsrecht-Blattei</b>

<b>ARS</b>	<b>Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte</b>
<b>Art.</b>	<b>Artikel</b>
<b>Aufl.</b>	<b>Auflage</b>
<b>AÜG</b>	<b>Arbeitnehmerüberlassungsgesetz</b>
<b>AuR</b>	<b>Arbeit und Recht</b>
<b>ausf.</b>	<b>ausführlich</b>
<b>AVAVG</b>	<b>Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung</b>
<b>AVG</b>	<b>Angestelltenversicherungsgesetz</b>
<b>BAG</b>	<b>Bundesarbeitsgericht</b>
<b>BB</b>	<b>Betriebsberater</b>
<b>Bd.</b>	<b>Band</b>
<b>BegrRegE</b>	<b>Begründung zum Regierungsentwurf</b>
<b>Beil.</b>	<b>Beilage</b>
<b>BeschFG</b>	<b>Gesetz über die arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Beschäftigungsförderung</b>
<b>BetrAVG</b>	<b>Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung</b>
<b>BetrVG</b>	<b>Betriebsverfassungsgesetz</b>
<b>BetrVG 1952</b>	<b>Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952</b>
<b>BFH</b>	<b>Bundesfinanzhof</b>
<b>BGB</b>	<b>Bürgerliches Gesetzbuch</b>
<b>BGBI.</b>	<b>Bundesgesetzblatt</b>
<b>BGH</b>	<b>Bundesgerichtshof</b>
<b>BGHZ</b>	<b>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</b>
<b>BillBG</b>	<b>Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung</b>
<b>Bl.</b>	<b>Blatt</b>
<b>BSG</b>	<b>Bundessozialgericht</b>

<b>BSGE</b>	<b>Entscheidungen des Bundsozialgerichts</b>
<b>BT-Drucks.</b>	<b>Bundestagsdrucksache</b>
<b>BUrlG</b>	<b>Bundesurlaubsgesetz</b>
<b>BVerfG</b>	<b>Bundesverfassungsgericht</b>
<b>BVerfGE</b>	<b>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</b>
<b>bzgl.</b>	<b>bezüglich</b>
<b>bzw.</b>	<b>beziehungsweise</b>
<b>DB</b>	<b>Der Betrieb</b>
<b>ders.</b>	<b>derselbe</b>
<b>d.h.</b>	<b>das heißt</b>
<b>dies.</b>	<b>dieselbe(n)</b>
<b>DJT</b>	<b>Deutscher Juristentag</b>
<b>DVBl.</b>	<b>Deutsches Verwaltungsblatt</b>
<b>Einl.</b>	<b>Einleitung</b>
<b>EuGH</b>	<b>Europäischer Gerichtshof</b>
<b>EzA</b>	<b>Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht</b>
<b>EzAÜG</b>	<b>Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz</b>
<b>f., ff.</b>	<b>(fort)folgende</b>
<b>Fn., Fnn.</b>	<b>Fußnote(n)</b>
<b>FS</b>	<b>Festschrift</b>
<b>gem.</b>	<b>gemäß</b>
<b>GewO</b>	<b>Gewerbeordnung</b>
<b>GG</b>	<b>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</b>
<b>GmbH</b>	<b>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</b>
<b>GmbHR</b>	<b>GmbH-Rundschau</b>
<b>Grunds.</b>	<b>Allgemeine Grundsätze</b>

<b>GS</b>	<b>Großer Senat</b>
<b>GWB</b>	<b>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</b>
<b>HAG</b>	<b>Heimarbeitsgesetz</b>
<b>HGB</b>	<b>Handelsgesetzbuch</b>
<b>h.M.</b>	<b>herrschende Meinung</b>
<b>Hrsg.</b>	<b>Herausgeber</b>
<b>Hs.</b>	<b>Halbsatz</b>
<b>i.d.F.</b>	<b>in der Fassung</b>
<b>i.d.R.</b>	<b>in der Regel</b>
<b>i.E.</b>	<b>im Ergebnis</b>
<b>insbes.</b>	<b>insbesondere</b>
<b>i.S.</b>	<b>im Sinne</b>
<b>ITZR</b>	<b>Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts</b>
<b>i.V.m.</b>	<b>in Verbindung mit</b>
<b>JArbSchG</b>	<b>Jugendarbeitsschutzgesetz</b>
<b>jew.</b>	<b>jeweils</b>
<b>JR</b>	<b>Juristische Rundschau</b>
<b>JurA</b>	<b>Juristische Ausbildung</b>
<b>JuS</b>	<b>Juristische Schulung</b>
<b>JZ</b>	<b>Juristenzeitung</b>
<b>KO</b>	<b>Konkursordnung</b>
<b>KonzR</b>	<b>Konzernrecht</b>
<b>KSchG</b>	<b>Kündigungsschutzgesetz</b>
<b>LAG</b>	<b>Landesarbeitsgericht</b>
<b>LAGE</b>	<b>Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte</b>
<b>LG</b>	<b>Landgericht</b>

<b>Lit.</b>	<b>Literatur</b>
<b>LM</b>	<b>Lindenmeier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH</b>
<b>m.Anm.</b>	<b>mit Anmerkung</b>
<b>MitbestErG</b>	<b>Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie</b>
<b>MitbestG</b>	<b>Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer</b>
<b>MuSchG</b>	<b>Mutterschutzgesetz</b>
<b>m.w.N.</b>	<b>mit weiteren Nachweisen</b>
<b>n.F.</b>	<b>neue(r) Fassung</b>
<b>NJW</b>	<b>Neue Juristische Wochenschrift</b>
<b>NJW-RR</b>	<b>NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht</b>
<b>Nr., Nrn.</b>	<b>Nummer(n)</b>
<b>NZA</b>	<b>Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht</b>
<b>OLG</b>	<b>Oberlandesgericht</b>
<b>PersVG</b>	<b>Personalvertretungsgesetz</b>
<b>RAG</b>	<b>Reichsarbeitsgericht</b>
<b>RdA</b>	<b>Recht der Arbeit</b>
<b>RegE</b>	<b>Regierungsentwurf</b>
<b>RG</b>	<b>Reichsgericht</b>
<b>RGBl.</b>	<b>Reichsgesetzblatt</b>
<b>RGK</b>	<b>Reichsknappschaftsgesetz</b>
<b>RGZ</b>	<b>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</b>
<b>Rn.</b>	<b>Randnummer</b>
<b>Rnn.</b>	<b>Randnummern</b>
<b>Rspr.</b>	<b>Rechtsprechung</b>
<b>RVA AN</b>	<b>Amtliche Nachrichten des früheren Reichsversicherungsamtes</b>

<b>RVO</b>	<b>Reichsversicherungsordnung</b>
<b>S.</b>	<b>Seite</b>
<b>s.a.</b>	<b>siehe auch</b>
<b>SAE</b>	<b>Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen</b>
<b>SchwBG</b>	<b>Schwerbehindertengesetz</b>
<b>sog.</b>	<b>sogenante(r)</b>
<b>SozplKonkG</b>	<b>Gesetz über den Sozialplan im Konkurs</b>
<b>SozR</b>	<b>Sozialrecht-Entscheidungssammlung</b>
<b>TVG</b>	<b>Tarifvertragsgesetz</b>
<b>u.a.</b>	<b>unter anderem</b>
<b>umf.N.</b>	<b>umfassende Nachweise</b>
<b>Urt.</b>	<b>Urteil</b>
<b>u.U.</b>	<b>unter Umständen</b>
<b>VersR</b>	<b>Versicherungsrecht</b>
<b>vgl.</b>	<b>vergleiche</b>
<b>Vorbem.</b>	<b>Vorbemerkung</b>
<b>VSSR</b>	<b>Vierteljahresschrift für Sozialrecht</b>
<b>WM</b>	<b>Wertpapier-Mitteilungen</b>
<b>w.N.</b>	<b>weitere Nachweise</b>
<b>z.B.</b>	<b>zum Beispiel</b>
<b>ZfA</b>	<b>Zeitschrift für Arbeitsrecht</b>
<b>ZGR</b>	<b>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</b>
<b>ZHR</b>	<b>Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht</b>
<b>ZIP</b>	<b>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis</b>
<b>zit.</b>	<b>zitiert</b>
<b>ZPO</b>	<b>Zivilprozeßordnung</b>

<b>z.T.</b>	<b>zum Teil</b>
<b>zust.</b>	<b>zustimmend</b>
<b>zutr.</b>	<b>zutreffend</b>
<b>ZVersWiss</b>	<b>Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft</b>
<b>ZZP</b>	<b>Zeitschrift für Zivilprozeßrecht</b>



## 1. Kapitel

### Einführung

#### § 1 Problemstellung

##### A. Arbeitsverhältnis und arbeitsrechtliche Drittbeziehungen

Das Arbeitsverhältnis entsteht durch einen zweiseitigen schuldrechtlichen Vertrag, in dem sich ein Arbeitnehmer gegen Entgelt zu bestimmten Dienstleistungen für einen Arbeitgeber verpflichtet. Diese rechtliche Beziehung zweier Vertragspartner ist der Bezugspunkt des Arbeitsrechts. Auf sie sind nahezu alle arbeitsrechtlichen Gesetze zugeschnitten. Deshalb ist es ganz natürlich, daß auch Schrifttum und Rechtsprechung ihre Aufmerksamkeit primär dem Arbeitsverhältnis in der klassischen Zweierbeziehung widmen und daß die Dogmatik des Arbeitsrechts sich an dieser Konstellation orientiert.

Tatsächlich haben sich längst vielfältige Erscheinungsformen des Arbeitsverhältnisses entwickelt, bei denen die Zweierbeziehung durchbrochen wird und Dritte in die realen und rechtlichen Strukturen des Arbeitsverhältnisses einbezogen werden. Derartige arbeitsrechtliche Drittbeziehungen<sup>1</sup> treten in sehr unterschiedlichen, zum Teil weitgehend anerkannten, zum Teil aber auch neuen und dementsprechend umstrittenen Varianten auf:

Geläufig ist jedenfalls in der Grundkonstellation seit langem das *mittelbare Arbeitsverhältnis*. Ein Mittelsmann bedient sich zur Erfüllung der Arbeitsverpflichtungen aus seinem Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber eines oder mehrerer Gehilfen, die er seinerseits als Arbeitnehmer beschäftigt. Auf diese Weise kommt es neben den unmittelbaren Arbeitsvertragsverhältnissen der jeweiligen *Vertragspartner* zu gewissen - im einzelnen streitigen - arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen dem sogenannten mittelbaren Arbeitgeber und dem Gehilfen. Das mittelbare Arbeitsverhältnis ist heute beispielsweise bei Orchestern zu finden, deren Orchesterleiter Arbeitnehmer eines Auftraggebers ist,

---

<sup>1</sup> Zöllner, Arbeitsrecht, § 27 S. 295; Konzen, ZfA 1982, 259 ff.; Martens, in: FS BAG, S. 367, 372.

aber seinerseits gegenüber den Orchestermusikern eine Arbeitgeberposition einnimmt.

Dieses Beispiel läßt sich zugleich als Nahtstelle zu einer wichtigen - und wegen ihrer möglichen großen Reichweite mit Vorsicht zu behandelnden - Erweiterungsmöglichkeit verwenden: Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen sind auch erwägenswert, wenn der Mittelsmann nicht Arbeitnehmer des Dritten ist, sondern selbständig handelt, etwa als Orchester-GmbH, dabei aber diese rechtliche Ausgestaltung jedenfalls in der tatsächlichen Durchführung der Dreiecksbeziehung Parallelen zur klassischen Konstellation des mittelbaren Arbeitsverhältnisses aufweist. Diese Parallelen beruhen möglicherweise auf einer engen, durch besondere Vertragsgestaltungen vermittelten wirtschaftlichen Abhängigkeit des Vertragsarbeitgebers vom Hintermann, bei der dieser unternehmerischen Einfluß auf den Vertragsarbeitgeber ausüben kann: Das Orchester kann trotz seiner rechtlichen Selbständigkeit fast ausschließlich für einen bestimmten Rundfunksender arbeiten, und dieser kann gleichzeitig die Programmgestaltung im wesentlichen in der Hand haben.

Der Akzent auf der unternehmerischen Einflußnahme zeigt, daß die Parallele auch bei bestimmten anderen Formen enger wirtschaftlicher Verflechtung erwogen werden muß, etwa bei besonders ausgestalteten *Franchise-Verträgen*. Der Franchise-Vertrag erlaubt dem Franchisenehmer häufig nicht nur, ein bestimmtes Unternehmenskonzept zu nutzen, sondern räumt dem Franchisegeber weitgehende Kontrollmöglichkeiten über den Geschäftsbetrieb ein. Deshalb ist manchmal nicht nur der Grenzbereich zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Franchisenehmers selbst erreicht, sondern es sind auch mögliche arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen den Arbeitnehmern des Franchisenehmers und dem Franchisegeber zu prüfen.

Die Berücksichtigung einer bestimmten Form wirtschaftlicher Verflechtung und rechtlicher Abhängigkeit ist schließlich ein denkbarer Ansatzpunkt für die These von arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen im *Konzern*. Die Legitimation dafür, den Arbeitnehmer nicht allein auf den Vertragsarbeitgeber zu verweisen, könnte in einem spezifischen Schutzdefizit aufgrund des Einflusses der Konzernspitze auf die Unternehmenspolitik der Konzerntöchter zu finden sein.

Eine anders gelagerte Variante arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen ist die *Arbeitnehmerüberlassung*. In der Grundform besteht eine feste arbeitsvertragliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der Arbeitnehmer wird aber für eine begrenzte Zeit an einen Dritten "ausgeliehen", der ihn in seinem Unternehmen einsetzt. Es entsteht ein Dreiecksverhältnis mit arbeitsrechtlichen Relationen zwischen Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer. Die sogenannte "echte Leiharbeit" hat den Schwerpunkt auch der tatsächlichen Beschäftigungsbeziehung im Stamarbeitsverhältnis, die Erbringung von Lei-

stungen bei einem anderen Arbeitgeber geschieht nur gelegentlich und vorübergehend. Anders ist es bei der "unechten Leiharbeit", die gewerbsmäßig durch ein auf die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften gegenüber anderen Arbeitgebern spezialisiertes Unternehmen ausgeübt wird. In diesem Fall beinhaltet schon der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer die Verpflichtung zu ständiger Erbringung von Arbeitsleistungen bei unterschiedlichen Entleih-Arbeitgebern. Neben Sonderformen, insbesondere der Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, gibt es Fallgruppen, die Ähnlichkeiten mit der Arbeitnehmerüberlassung aufweisen und deshalb Abgrenzungsfragen aufwerfen, etwa Schwesterngestellungsverträge, die Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal oder Montagebeziehungen.

Die Palette der denkbaren arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen ist damit freilich immer noch nicht erschöpft und ließe sich auch in weniger gängigen Bereichen fortsetzen; Diskutabel sind zum Beispiel auch Drittbeziehungen im Lizenzfußball - zwischen dem Spieler auf der einen und seinem Verein sowie dem Deutschen Fußballbund auf der anderen Seite -, oder für die Beschäftigten bei ausländischen Streitkräften - zwischen dem Arbeitnehmer auf der einen und der Truppenbehörde beziehungsweise den deutschen Behörden auf der anderen Seite. Für Hafenerbetriebe gibt es ferner die gesetzliche Möglichkeit zur Bildung eines Gesamthafenbetriebs als zusätzlichem besonderen Arbeitgeber der Hafenarbeiter neben dem jeweiligen Vertragsarbeitgeber (§ 1 Gesamthafenbetriebsgesetz). Schließlich kann ein Dreiecksverhältnis auch zustandekommen, wenn bestimmte Arbeitgeberfunktionen durch Tarifvertragsparteien auf einen gemeinsamen Gesamtarbeitgeber übertragen werden (vgl. § 4 Abs. 2 TVG). Alle zuletzt genannten Beispiele werfen zwar auch Fragen über die Reichweite arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen auf, aber sie spielen entweder keine große praktische Rolle oder sind jedenfalls hinsichtlich ihrer juristischen Konstruktion so speziell, daß sie aus dem Blickfeld ausgeblendet werden können<sup>2</sup>.

## B. Problematik arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen

In den Grundfällen, also dem mittelbaren Arbeitsverhältnis und den ihm ähnlichen Konstellationen, im Arbeitsverhältnis bei einem Konzernunternehmen und bei Arbeitnehmerüberlassung tauchen im Kern die gleichen Fragen auf: Wie vollzieht sich tatsächlich und rechtlich die Durchbrechung der klassischen Zweierbeziehung des Arbeitsverhältnisses? Gibt es arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten? Wie reagiert das Arbeitsrecht darauf? Ist unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes spezifisch

---

<sup>2</sup> *Konzen, ZfA 1982, 259, 264 f.; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 83.*