

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

§ 5 Gesetzliche Grundlagen	302
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. Entgeltschutz für den Heimarbeiter und Einstandspflicht des mittelbaren Auftraggebers	312
II. § 21 Abs. 2 HAG und mittelbares Arbeitsverhältnis	312
§ 6 Vertrag	315
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
§ 7 Vertrauensschutz.	330
A. Vertrauensschutz im allgemeinen Zivilrecht.	331
B. Vertrauensschutz im aufgespaltenen Arbeitsverhältnis.	335
I. Vertrauensschutz und betriebliche Altersversorgung	335
II. Vertrauensschutz und Bestandsschutz	338
§ 8 Fremdbestimmung und aufgespaltenes Arbeitsverhältnis	343
A. Fremdbestimmung, organisatorische Eingliederung und arbeitsrechtliches Di- rektionsrecht	344
B. Einheitliches Schutzverhältnis und arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht	346
I. Schutzverhältnis und Vertrag.	348
II. Gegenstand des Schutzverhältnisses und der arbeitsrechtsrechtlichen Fürsorge- pflicht	352
III. Schutzverhältnis und zwingendes Arbeitsrecht	353
IV. Rechtsfolgen des Schutzverhältnisses und der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht	356
§ 9 Fremdnützigkeit und aufgespaltenes Arbeitsverhältnis	359
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. Lohneinstandspflichten.	398
a) Konzern	398
b) Mittelbares Arbeitsverhältnis und andere Formen des abgestuften Arbeits- verhältnisses	399

3. Wirtschaftliche Lage des Vertragsarbeitgebers 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

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

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

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

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

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

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

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

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 Drittbeziehungen¹ 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,

¹ 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 Hafenbetriebe 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 können².

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

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