

Das partielle Arbeitsverhältnis

von Wolfgang Däubler

I. Einleitung

Auch Arbeitsrechtler haben ihre Denkgewohnheiten. Dazu zählt etwa unsere Vorstellung von einem „vollständigen“ Arbeitsverhältnis: Abhängige Arbeit wird gegen Entgelt geleistet, das Ganze umrahmt von Nebenpflichten, deren Umfang und konkrete Gestalt von der Art des Arbeitsverhältnisses und den Umständen des Einzelfalls abhängt. Daneben gibt es – wenig wahrgenommen und diskutiert – Rechtsbeziehungen arbeitsrechtlicher Art, bei denen zumindest eine Hauptpflicht fehlt.

Am bekanntesten ist das „Ruhestandsverhältnis“, das durch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung angereichert ist, dem häufig ein „Altersteilzeitverhältnis“ vorangeht, dessen „Passivphase“ gleichfalls nicht mehr voll dem traditionellen Bild des Arbeitsverhältnisses entspricht. Weiter gibt es das eher als Vergangenheitsrelikt angesehene mittelbare Arbeitsverhältnis, bei dem der Vertragsarbeitgeber seinerseits als Arbeitnehmer bei einem „Ober“- oder besser: „Hauptarbeitgeber“ beschäftigt ist. Dessen Rechte und Pflichten sind Gegenstand einer Kasuistik, die bislang keine vollständige Klarheit gebracht hat. Höchst aktuell ist das Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher, das eine vergleichsweise eingehende gesetzliche Regelung erfahren hat, die freilich – wen wundert’s? – eine Reihe entscheidender Fragen ausblendet. Schickt ein Drittunternehmer seine Leute in den Betrieb, deren Einsatz er selbst leitet, so scheint der Empfänger der Dienstleistungen von allen arbeitsrechtlichen Normen frei; gleichwohl wird hier zumindest § 618 BGB analog angewandt.¹ Schließlich sieht man sich dem Phänomen konfrontiert, dass ein Teil des Entgelts nicht vom Vertragsarbeitgeber, sondern von der Konzernmutter zugesagt wird: Ist die

¹ Grundlegend BGHZ 5, 62 = NJW 1952, 458 (GSZ)

dadurch geschaffene Rechtsbeziehung arbeitsrechtlicher Art, was nicht nur für die gerichtliche Zuständigkeit von Bedeutung ist?²

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage nach dem Inhalt des in Rede stehenden Schuldverhältnisses. Wie weit gehen die mit ihm verbundenen Nebenpflichten? Wie viel Loyalität schuldet ein Ruheständler, ohne seine Betriebsrente aufs Spiel zu setzen? Haftet der „Hauptarbeitgeber“ im mittelbaren Arbeitsverhältnis zumindest subsidiär für die Verpflichtungen des Vertragsarbeitgebers? Ist dasselbe auch dann denkbar, wenn letzterer eine konzernabhängige Gesellschaft ist und der Arbeitnehmer auf Weisung der Muttergesellschaft dieser zur Verfügung gestellt wird? Darf ein Leiharbeiter dem Entleiher Wettbewerb machen, obwohl die traditionelle vertragliche Basis für eine direkte oder entsprechende Anwendung des § 60 HGB fehlt? Und weiter: Kann ein solches Schuldverhältnis in manchen Zusammenhängen wie ein „volles“ Arbeitsverhältnis behandelt werden? Der Tagespresse war zu entnehmen, EADS habe seine Laupheimer Niederlassung an Diehl veräußert. Die Bedingungen seien so, dass gegenüber der Stammbesellschaft bis Dezember 2012 keine betriebsbedingten Kündigungen möglich seien, während den Leiharbeitern die aktuellen Konditionen bis Mitte 2009 garantiert bleiben würden.³ Heißt das, dass man diese schlicht und einfach in den Betriebsübergang nach § 613a BGB einbezogen hat oder wurde eine einvernehmliche vertragliche Lösung gewählt? Auch im letzteren Fall läge ein Indiz dafür vor, dass es ein Bedürfnis nach Weiterbeschäftigung zumindest langfristig eingesetzter Zeitarbeitskräfte gibt, dem möglicherweise bei der Auslegung des § 613a BGB Rechnung getragen werden könnte.

Aus Gründen der besseren Verständigung wird für diese Phänomene hier der Ausdruck „partielles Arbeitsverhältnis“ gewählt. Dies besagt nicht, dass es sich um einen bestimmten Typus handelt, der durch im Wesentlichen gleiche oder ähnliche Inhalte gekennzeichnet ist. Die Gemeinsamkeit besteht lediglich darin, dass die Rechtsbeziehungen arbeitsrechtlichen Normen unterliegen und dass zumindest *eine* Hauptpflicht des traditionellen Arbeitsverhältnisses fehlt oder nur

² S. als Anschauungsmaterial die Nokia-Entscheidung des BAG (NZA 2003, 487), wo allerdings die Rechtsnatur der von der finnischen Konzernmutter zugesagten Aktienoptionen dahingestellt bleiben konnte

³ Weser Kurier v. 2.10.2008, S. 20

unter bestimmten Voraussetzungen zur Geltung kommt. Dieses Thema gerade in einer Festschrift für Herbert Buchner zu behandeln, rechtfertigt sich nicht zuletzt damit, dass der Jubilar bereits vor gut 25 Jahren am Beispiel der Berufsfußballspieler die These entwickelte, die Einwirkungen des DFB auf die Arbeitsverhältnisse der Spieler müsse sich arbeitsrechtlichen Anforderungen fügen⁴ - auch dies ein wichtiges Beispiel dafür, dass die Fixierung auf das „Vollarbeitsverhältnis“ den Realitäten nicht gerecht werden kann.

II. Das auslaufende Arbeitsverhältnis

Endet das Arbeitsverhältnis durch Kündigung, durch Aufhebungsvertrag oder auf andere Weise, so bestehen keine Hauptpflichten mehr. Auch ohne besondere Abmachungen gibt es aber eine Reihe von Nebenpflichten beider Seiten, die ggf. sogar neu zur Entstehung kommen können.⁵ So muss etwa der Arbeitgeber auf Wunsch des Ausgeschiedenen einem Dritten zutreffende Auskünfte über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses erteilen,⁶ und der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber alle Arbeitsmittel und Unterlagen herausgeben, die er noch im Besitz hat.⁷

Vertragliche Abmachungen können die Rechtsbeziehung verstärken. Den Parteien steht es frei, ein Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, das den Anforderungen des § 110 GewO in Verbindung mit den §§ 74 ff. HGB gerecht wird. Ohne eine solche Bindung darf dem früheren Arbeitgeber Wettbewerb gemacht werden. Selbst Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind nicht mehr zu wahren, wenn dies die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers nach Art. 12 Abs.1 GG unzumutbar beschränken würde.⁸

In Sonderfällen kann die Pflicht entstehen, den Beendigungstatbestand selbst wieder rückgängig zu machen. Musterbeispiel ist die Verdachtskündigung.⁹ Stellt

⁴ Buchner RdA 1982, 1, 8 ff.

⁵ Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, § 22 V 1

⁶ Ring, in: Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 2008, § 611 BGB Rn 635 (im Folgenden: HK-ArbR-Bearbeiter)

⁷ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008, § 611 BGB Rn 754 (Im Folgenden: ErfK-Bearbeiter)

⁸ ErfK-Preis § 611 BGB Rn 718; HK-ArbR-Ring § 611 BGB Rn 667

⁹ Zu grundsätzlichen Bedenken s. zuletzt Deinert AuR 2005, 285 ff.

sich nachträglich die Unschuld des Gekündigten heraus, so kann er Wiedereinstellung verlangen, und zwar auch dann, wenn er keine Kündigungsschutzklage erhoben hatte oder diese als unbegründet abgewiesen wurde.¹⁰ Der hier bewusst vorgenommene Rückgriff auf eine „nachwirkende Fürsorgepflicht“¹¹ unterbleibt, wenn ein anderer Kündigungsgrund nachträglich wegfällt: Mit dem Auslaufen der Kündigungsfrist sei keine Grundlage für eine solche Nebenpflicht mehr vorhanden.¹² Dies vermag nicht einzuleuchten, zumal der Wiedereinstellungsanspruch selbstredend zurücktreten muss, wenn der Arbeitgeber im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Kündigung inzwischen anderweitige Dispositionen über den Arbeitsplatz getroffen hat.¹³ Noch irrationaler erscheint diese zeitliche Zäsur, wenn man bedenkt, dass die Rechtsprechung dem wegen Stilllegung des Betriebs wirksam Gekündigten einen „Fortsetzungsanspruch“ zubilligt, wenn nachträglich ein Betriebsübergang zustande kommt, weil der Übernehmer freiwillig den größten Teil der Belegschaft weiterbeschäftigt.¹⁴ Die Begründung stützt sich auf eine richtlinienkonforme Auslegung von § 613a Abs.1 BGB,¹⁵ was nicht nur bedeutet, dass nach Auslaufen des Arbeitsvertrags eben doch ein Wiedereinstellungsanspruch denkbar ist, sondern was zugleich impliziert, dass auch ein nachwirkendes, gewissermaßen „scheintotes“ Arbeitsverhältnis von höchst partiellem Charakter auf den Erwerber übergeht. Ob dies auch in anderen Zusammenhängen von Bedeutung ist, bedarf noch der Erörterung.

Sind die Voraussetzungen für Ansprüche aus einer betrieblichen Altersversorgung gegeben, entsteht ein „Ruhestandsverhältnis“, das nichts anderes als eine Sonderform des nachwirkenden Arbeitsverhältnisses darstellt. Kontroversen haben sich insbesondere zu zwei Punkten ergeben.

Einmal geht es um die Frage, ob die Betriebspartner oder die Tarifparteien die Rechtsbeziehung des Ruheständlers umgestalten können. Eine Regelung durch

¹⁰ BGH AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; zustimmend *Däubler*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht. Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 626 BGB Rn 157 (Im Folgenden: KDZ-Bearbeiter); *Sandmann*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl., Köln 2008, § 626 BGB Rn 333 (Im Folgenden: HWK-Bearbeiter) u.a.

¹¹ BGH aaO

¹² BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; zustimmend KDZ-Zwanziger Einl. Rn 400

¹³ Näher *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2008, Rn 1151c

¹⁴ BAG NZA 1998, 251

¹⁵ BAG NZA 1998, 251, 253

Betriebsvereinbarung soll an der fehlenden demokratischen Legitimation des Betriebsrats scheitern, steht den Ruheständlern doch kein Wahlrecht mehr zu.¹⁶ Im Tarifrecht wird gegenteilig entschieden; die in § 1 Abs.1 TVG genannten Normen über den Inhalt von Arbeitsverhältnissen würden auch solche erfassen, die sich erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses aktualisierten.¹⁷ Auf eine verbliebene Mitgliedschaft in der Gewerkschaft kommt es dabei nicht an; es reicht die Bezugnahme auf Tarifverträge im ausgelaufenen Arbeitsvertrag.¹⁸ Diese (verdünnte) Legitimation ist in der Betriebsverfassung in gleicher Weise vorhanden, da ja dem Aktiven das Wahlrecht durchaus zustand. Auch finden sich in vielen Arbeitsverträgen Bezugnahmen auf die jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen, so dass die Parallele gewissermaßen mit Händen zu greifen ist. Weiter sind die aktiven wie die ausgeschiedenen Arbeitnehmer in beiden Fällen in eine kollektive Ordnung eingebunden, die innerhalb des für die betriebliche Altersversorgung geltenden Rahmens bisweilen der Umgestaltung bedarf.¹⁹ Das „partielle Arbeitsverhältnis“ des Ruheständlers muss auch deshalb für kollektivvertragliche Regelungen offen sein.

Die zweite Problematik ist heute weniger kontrovers als vor 50 Jahren. Eine „Treuepflichtverletzung“ des Pensionärs kann als solche nicht mehr zum Verlust seiner Rechte führen. Die frühere Rechtsprechung, die dies insbesondere bei unerlaubtem Wettbewerb annahm,²⁰ ist obsolet, weil es sich bei der „Betriebsrente“ nach heutiger Auffassung um eine Gegenleistung für erbrachte Dienste handelt. Diese kann allenfalls bei Rechtsmissbrauch entfallen. Zu denken ist an den Fall, dass der Rentner über längere Zeit hinweg seine frühere Stellung dazu missbraucht hatte, dem Arbeitgeber (etwa durch Zusammenarbeit mit einem Konkurrenten) Schaden zuzufügen, und sich so die erwiesene „Betriebstreue“ nachträglich als wertlos herausstellt.²¹ Die Rechte aus dem Ruhestandsverhältnis haben unter diesen Umständen auch in die Zukunft hinein einen höheren Bestandsschutz als normale Ansprüche aus einem Arbeitsvertrag, was mit ihrer

¹⁶ BAG NZA 1989, 522; ebenso *Richardl*, BetrVG mit Wahlordnung. Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 77 Rn 76 f. mwN

¹⁷ BAG NZA 2007, 1371, 1374

¹⁸ Ebenso im Ergebnis in der Literatur *Thüsing*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn 400; *Reim*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn 288.

¹⁹ *Berg*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (Hrsg.), BetrVG mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 77 Rn 36 (im Folgenden: DKK-Bearbeiter)

²⁰ BAG AP Nr. 1 zu § 139 BGB; BAG AP Nr. 100 und 109 zu § 242 BGB Ruhegehalt

²¹ S. den Fall BAG DB 1983, 1771

„Unersetzbarkeit“ zusammenhängt; für die Behandlung anderer partieller Arbeitsverhältnisse lassen sich daraus keine Schlüsse ziehen.

Ein letztes „Abwicklungsproblem“ betrifft das Altersteilzeitverhältnis in der Freistellungsphase. Arbeitsvertragsrechtlich wird es wie ein normales Arbeitsverhältnis behandelt. Es geht deshalb auf einen Betriebserwerber über²² und kann unter engen Voraussetzungen auch gekündigt werden.²³ Dies ist konsequent, weil der Arbeitnehmer vorgeleistet hat und es deshalb nur um eine zeitliche Verschiebung von Leistung und Gegenleistung innerhalb eines fortbestehenden Arbeitsverhältnisses geht. Auch die kollektivvertragliche Regelbarkeit unterliegt keinen ernsthaften Zweifeln.²⁴ Eine „Reduzierung“ muss sich das Arbeitsverhältnis nach der Rechtsprechung nur insoweit gefallen lassen, als in der Freistellungsphase des Blockmodells das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat und zum Aufsichtsrat entfällt.²⁵ Die Gründe dafür sind wenig einsichtig, da trotz entfallender aktueller Arbeitspflicht durchaus Betriebsvereinbarungen denkbar sind, die sich z. B. auf bestimmte Vergütungsbestandteile wie eine Ertragsbeteiligung beziehen und die deshalb auch für einen Altersteilzeiter von Bedeutung sind.

III. Das mittelbare Arbeitsverhältnis

Von einem mittelbaren Arbeitsverhältnis spricht man dann, wenn ein Arbeitnehmer einen „Mittelsmann“ als Arbeitgeber hat, der seinerseits Arbeitnehmer eines Dritten („Hauptarbeitgeber“) ist, und wenn – zweite Voraussetzung - die Arbeitsleistung mit Wissen des Dritten für diesen erbracht wird.²⁶ Dem Dritten steht daher zumindest faktisch ein Weisungsrecht zu, ohne das nicht von einem mittelbaren Arbeitsverhältnis die Rede wäre.²⁷ Die praktische

²² LAG Düsseldorf ZIP 2004, 272; HWK-Willemsen § 613a Rn 222a; HK-ArbR-Karthaus/Richter § 613a Rn 96 u.a.

²³ KDZ-Däubler § 626 BGB Rn 50a; Preis, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 3. Aufl. 2007, § 8 ATG Rn 6; enger, aber im Ergebnis wenig abweichend KDZ-Kittner/Deinert § 8 ATZG Rn 5

²⁴ Däubler-Reim § 1 TVG Rn 286.

²⁵ BAG DB 2003, 2128, 2129 = AP Nr. 7 zu § 9 BetrVG 1972; HWK-Gaul § 5 BetrVG Rn 37; zu kritischen Stimmen s. DKK-Trümner § 5 Rn 34a.

²⁶ So BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis LS 1, bestätigt durch BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis und durch BAG AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit. S. weiter Röhslers, AR-Blattei, SD 220.3 (1998) Rn 1

²⁷ BAG NZA 2002, 787, 788

Bedeutung dieser Rechtsfigur soll gering sein,²⁸ was allerdings nur dann überzeugt, wenn man moderne Formen wie die Anstellung von Mitarbeitern durch einen leitenden Krankenhausarzt oder durch einen Hochschullehrer im Rahmen eines Drittmittelprojekts²⁹ und andere mögliche Fälle von vorne herein ausklammert³⁰ und sich im Wesentlichen auf die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle des Rundfunkorchesters mit dem Dirigenten als „Mittelsmann“³¹ und des Schulhausmeisters beschränkt, der seine Ehefrau 24 Jahre lang als Reinigungskraft beschäftigte.³²

In der vorliegenden Konstellation besteht ein rechtlich vollwertiges Arbeitsverhältnis mit dem Mittelsmann, das jedoch in der Realität „prekär“ erscheint: Der Arbeitgeber kann seiner eigenen Weisungsabhängigkeit wegen nicht wirklich über den Einsatz „seines“ Arbeitnehmers verfügen, und er ist als unselbstständig Beschäftigter wirtschaftlich häufig nicht belastbar. Es dabei einfach zu belassen, würde zu groben Ungerechtigkeiten führen, weshalb die Rechtsprechung auf zwei Wegen „geholfen“ hat.

Zum einen ist es denkbar, der ganzen Konstruktion die Anerkennung zu versagen und ein unmittelbares Arbeitsverhältnis mit dem „Arbeitgeber des Arbeitgebers“ anzunehmen. Das BAG³³ hat dies dann bejaht, wenn dem Zwischenmann keinerlei wirtschaftlicher Spielraum bleibt und wenn außerdem kein sachlicher Grund für die Einschaltung der Mittelsperson und für die darin liegende Schwächung des Arbeitnehmers vorliegt.

Der zweite und hier speziell interessierende Weg liegt in der Konstruktion eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses zum „Hauptarbeitgeber“. Inhaltlich bleibt es hinter einem normalen Arbeitsverhältnis zurück, wobei die Einzelheiten nicht abschließend geklärt sind. Einigkeit besteht darüber, dass die Schutzpflicht aus § 618 BGB zugunsten von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers auch den

²⁸ *Küttner-Röller*, Personalbuch 2008, Mittelbares Arbeitsverhältnis, Rn 1; *Kittner/Deinert*, in: *Kittner/Zwanziger* (Hrsg.), Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 4. Aufl. 2007, § 7 Rn 38

²⁹ Auf diese Fälle verweist *HWK-Thüsing* vor § 611 BGB Rn 116

³⁰ So etwa *Preis*, Wissenschaftszeitvertragsgesetz. Kommentar, 2008, § 3 Rn 25

³¹ BAG AP Nr. 2 und 3 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis; BAG AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit

³² BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis

³³ AP Nr. 5 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis; zustimmend *Schaub-Koch*, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl. 2007, § 183, 1

mittelbaren Arbeitgeber trifft.³⁴ Weiter geht die Rechtsprechung davon aus, dass der mittelbare Arbeitgeber nach Art eines Bürgen subsidiär haftet, wenn der Mittelsmann seinen Pflichten nicht nachkommt, insbesondere das geschuldete Entgelt nicht bezahlt.³⁵ Dabei wird auf den Rechtsgedanken des § 21 Abs.2 HAG zurückgegriffen, der unter bestimmten Voraussetzungen eine subsidiäre Haftung des Auftraggebers annimmt, wenn der von ihm eingeschaltete „Zwischenmeister“ seine Verpflichtungen gegenüber dem Heimarbeiter nicht erfüllt.³⁶ Der in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis stehende Arbeitnehmer hat nicht nur die Weisungen des „Hauptarbeitgebers“ zu befolgen (die mit oder ohne Einschaltung seines Vertragsarbeitgebers an ihn gelangen können). Ihn treffen auch die mit der Arbeit verbundenen Nebenpflichten, so dass er z. B. die Betriebsgeheimnisse des Hauptarbeitgebers beachten und ihm keinen Wettbewerb machen darf. Auf der anderen Seite haftet er bei betrieblicher Tätigkeit lediglich nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs.³⁷ Eine Kündigung kann nur im Verhältnis zwischen Mittelsperson und Arbeitnehmer erfolgen, weshalb die Kündigungsschutzklage auch gegen diesen als Vertragsarbeitgeber zu richten ist.³⁸ Kommt es zu einer Auflösung dieses Rechtsverhältnisses, wird auch das mittelbare Arbeitsverhältnis hinfällig.³⁹ Kündigt dagegen der Hauptarbeitgeber dem Mittelsmann, so verhält es sich ähnlich wie bei der Untermiete: Das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer endet nicht automatisch, sondern nur aufgrund einer Kündigung durch den „Unterarbeitgeber“.⁴⁰ Dieser werden allerdings in der Regel keine inhaltlichen Hindernisse entgegenstehen; praktisch wird es typischerweise um die Wahrung der Kündigungsfristen gehen. Solange das Arbeitsverhältnis noch andauert, bleibt auch das mittelbare Arbeitsverhältnis zum „Hauptarbeitgeber“ bestehen, was dann von Bedeutung ist, wenn ein

³⁴ *Schaub-Koch* § 183, 1; *MünchArbR-Marschall*, Band 2, 2. Aufl. 2000, § 172 Rn 20; *HK-ArbR-Ring* § 611 BGB Rn 254

³⁵ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis; BAG AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Die zeitlich zwischen diesen beiden Urteilen liegende Entscheidung BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis, die für die Haftung eines besonderen Rechtstitel verlangte, hat sich nicht durchgesetzt. Schon Nikisch war der Auffassung, sie werde „allgemein abgelehnt“ (*Arbeitsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 1961, § 24 III 4b); in der aktuellen Literatur wird die subsidiäre Haftung im Regelfall bejaht (s. etwa *Küttner-Röller* (Fn 28), Rn 7; *Kittner/Deinert* (Fn 28) § 7 Rn 36; *Röhler* (Fn 26) Rn 64 ff.; *HWK-Thüsing* vor § 611 BGB Rn 119; *Erk-Preis* § 611 BGB Rn 173)

³⁶ *Konzen ZfA* 1982, 262, 275; *HK-ArbR-Ring* § 611 BGB Rn 254

³⁷ Zusammenfassend dazu *Däubler* (Fn. 13) Rn 724 ff.

³⁸ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis; *Röhler* (Fn. 26) Rn 72

³⁹ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB mittelbares Arbeitsverhältnis LS 4

⁴⁰ *HK-ArbR-Ring* § 611 BGB Rn 252. Mit *Nikisch* (Fn. 35) § 24 III 4c das Arbeitsverhältnis als auflösend bedingt zu betrachten, verfehlt den Willen der Beteiligten und scheidet heute meist an der Formvorschrift des § 14 Abs.4 TzBfG, die nach § 21 TzBfG bei der auflösenden Bedingung entsprechend gilt.

Sonderkündigungsschutz, etwa nach dem MuSchG Platz greift: Soweit die damit verbundenen Pflichten den Mittelsmann überfordern, tritt die subsidiäre Haftung des Hauptarbeitgebers ein.

Das mittelbare Arbeitsverhältnis ist sehr stark an das unmittelbare angenähert. Dies gilt auch im Betriebsverfassungsrecht, wo der Arbeitnehmer zum Betrieb des „Hauptarbeitgebers“ gerechnet wird⁴¹ - eine Lösung, die der Tatsache Rechnung trägt, dass Weisungsabhängigkeit gegenüber dem Betriebsinhaber besteht. Betriebsvereinbarungen werden deshalb auch das mittelbare Arbeitsverhältnis gestalten können.

Nicht definitiv geklärt ist die Frage, inwieweit ein mittelbares Arbeitsverhältnis auch dann entsteht, wenn der Mittelsmann nicht den Status eines Arbeitnehmers besitzt. Handelt es sich um einen selbständigen Unternehmer mit eigenen Dispositionsmöglichkeiten, so fehlt die Unterwerfung unter die Weisungen des Hauptarbeitgebers und damit ein Wesensmerkmal des mittelbaren Arbeitsverhältnisses. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob Leiharbeit oder die Erledigung von Aufgaben im Rahmen eines Werkvertrags vorliegt. Problematisch ist allein der Fall, dass der Mittelsmann zwar formal selbstständig ist, jedoch über keine Entscheidungsspielräume verfügt, weil er wirtschaftlich voll von den Aufträgen des „Hauptarbeitgebers“ abhängig ist.⁴² Dies kann insbesondere dann auftreten, wenn der „Unterarbeitgeber“ eine juristische Person ist, die ihrerseits kein Arbeitsverhältnis eingehen kann. Mit Recht hat *Konzen* insoweit eine „starke Ähnlichkeit“ mit dem mittelbaren Arbeitsverhältnis festgestellt.⁴³

Die erwähnte Vorschrift des § 21 Abs.2 HAG⁴⁴ zeigt, dass der Gesetzgeber eine subsidiäre Haftung des Auftraggebers auch dann vorsieht, wenn es sich um einen „Zwischenmeister“, also eine selbstständig tätige Person handelt. Dies rechtfertigt es, jedenfalls die Fälle einzubeziehen, in denen der (Unter-)Arbeitgeber eine arbeitnehmerähnliche Person im Verhältnis zum Hauptarbeitgeber ist:⁴⁵ Das

⁴¹ S. BAG AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972 und aus der Lit. statt aller *Fitting*, BetrVG. Handkommentar, 24. Aufl. 2008, § 5 Rn 210; *Richardi* (Fn. 16) § 5 Rn 101; *Schaub-Koch* (Fn. 33) § 212 Rn 7

⁴² Dies wurde in einem Fall von Franchising verneint von BAG AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁴³ *Konzen* ZfA 1982, 262

⁴⁴ Oben Fn. 36

⁴⁵ Zur Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person s. *Däubler* (Fn. 13) Rn 2093 ff.; *Rost*, in: *Etzel/Bader* u. a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, ArbNähnl. Pers. Rn 5 ff. (Im Folgenden: KR-

Arbeitsverhältnis ist in diesem Fall nicht weniger prekär, als wenn auf Arbeitgeberseite ein Arbeitnehmer stehen würde. Die Arbeit wird auch hier im Betrieb und auf Weisung des Hauptarbeitgebers erfolgen, die wirtschaftliche Belastbarkeit ist vergleichbar fragwürdig. Auch lassen sich Umgehungsstrategien eher vermeiden, wenn nicht schon kleinere Änderungen im Verhältnis mit dem Mittelsmann zum Wegfall des „lästigen“ mittelbaren Arbeitsverhältnisses führen.

Ist eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft zwischengeschaltet, so ist der Rückgriff auf die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person nicht möglich. Gleichwohl kann auch hier eine Situation bestehen, die aus Sicht des Arbeitnehmers voll dem Normalfall des mittelbaren Arbeitsverhältnisses entspricht. Dabei ist insbesondere an den Fall zu denken, dass eine abhängige Konzerngesellschaft auf Weisung der Mutter einen bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer an diese oder ein anderes Konzernunternehmen „weitergibt“ oder dass dasselbe durch eine Personalführungsgesellschaft erfolgt.⁴⁶

IV. Die Rechtsbeziehung Entleiher – Leiharbeiternehmer

Kein mittelbares Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn ein (gewerblicher oder nicht gewerblicher) Verleiher Arbeitnehmer einem andern Unternehmer überlässt. Hier liegt im Regelfall eine selbstständige unternehmerische Tätigkeit – eben das Verleihen – vor; von der Abhängigkeit eines „Zwischenmeisters“ kann im Verhältnis zum Entleiher nicht die Rede sein. Auf die Ausnahme der unternehmens- oder konzerneigenen Verleihgesellschaft soll hier nicht eingegangen werden.⁴⁷

Bearbeiter); *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn 5) § 4 VI 2. Für Vorbildfunktion des Heimarbeitsrechts für die übrigen arbeitnehmerähnlichen Personen *Hromadka* NZA 1997, 1249, 1255

⁴⁶ *Henssler*, *Der Arbeitsvertrag im Konzern*, 1983, S. 86 f., der auch in weiteren Fällen eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über das mittelbare Arbeitsverhältnis bejaht.

⁴⁷ Dazu insbes. LAG Schleswig-Holstein v. 18.6.2008 – 3 TaBV 8/08, das im Anschluss an *Brors-Schüren* BB 2004, 2745 die ausschließlich an andere Konzernunternehmen verleihende Gesellschaft als „Strohmann“ betrachtet. Da die Berufung auf dessen Selbstständigkeit gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wird ein unmittelbares Arbeitsverhältnis zum Entleiher angenommen. Zum selben Ergebnis neigt LAG Berlin BB 2005, 672; anders LAG Niedersachsen BB 2007, 2352 mit krit. Anm. *Schüren* BB 2007, 2346. Zum Ganzen s. auch *Däubler* AiB 2008.

Zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer besteht kein Arbeitsverhältnis. Dies wird allgemein so gesehen.⁴⁸ Das AÜG geht davon aus, dass sie keinen Vertrag schließen und bestimmt zudem in seinem § 14 Abs.1, dass der Leiharbeitnehmer auch während der Zeit der Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehöriger des Verleiherbetriebs bleibt. Damit ist allerdings nichts darüber ausgesagt, ob und in welchem Umfang gleichwohl arbeitsrechtliche Pflichten zwischen den Beteiligten bestehen, also ein partielles Arbeitsverhältnis im hier diskutierten Sinne vorliegt. Die gesetzlichen Regelungen bieten hierfür einige Anhaltspunkte, die durch die Rechtsprechung noch ein wenig erweitert werden.

Der Leiharbeitnehmer hat nur gegenüber dem Verleiher, nicht gegenüber dem Entleiher einen Anspruch auf Entgelt. Dass dessen Höhe nach dem gesetzlichen Equal-Pay-Modell⁴⁹ an das Niveau im Entleiherbetrieb angekoppelt ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Ohne große praktische Bedeutung ist auch, dass bei fehlender Verleiherlaubnis nach § 10 Abs.1 AÜG automatisch ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht; dass die Erlaubnis unschwer zu erlangen ist, hat sich inzwischen herumgesprochen. Im Normalfall ist der Entleiher nur mittelbar in die Pflicht genommen, da er nach § 28e Abs.2 SGB IV für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag haftet, wenn der Verleiher trotz Mahnung nicht bezahlt hat. Eine vergleichbare Haftung für das Entgelt besteht anders als im mittelbaren Arbeitsverhältnis nicht.

Der Leiharbeitnehmer ist verpflichtet, für den Entleiher tätig zu sein und dabei dessen Weisungen zu befolgen. Er ist daher in der Regel für den Zeitraum der Überlassung in den Entleiherbetrieb eingegliedert. Daraus zieht § 11 Abs.6 AÜG die Konsequenz, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzes auch auf den Leiharbeitnehmer anzuwenden und dass den Entleiher die hieraus folgenden Pflichten auch privatrechtlich gegenüber dem Leiharbeitnehmer treffen. Die damit angesprochene Schutzpflicht wird auch auf eingebrachte Sachen erstreckt.⁵⁰ Der faktischen Zuordnung zum Entleiherbetrieb entspricht es weiter, dass nach § 11 Abs.7 AÜG der Entleiher als Arbeitgeber gilt, wenn der

⁴⁸ S. statt aller MünchArbR-Marschall § 175 Rn 68; Schüren, in: Schüren/Hamann (Hrsg.) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl. 2007, Einl. Rn 103; Thüsing, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2005, Einf. Rn 37

⁴⁹ § 3 Abs.1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 und § 10 Abs.4 AÜG; zur (durchaus unvollständigen) Überlagerung durch Tarifverträge s. Däubler DB 2008, 1914

⁵⁰ Konzen ZfA 1982, 266; Brors, in: Schüren/Hamann (Fn. 48) Einl. Rn 494 ff.

Leiharbeitnehmer während seiner Tätigkeit eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag macht. In einem wichtigen und einem (bislang) weniger bedeutsamen Bereich werden so arbeitsvertragsrechtliche Normen im Verhältnis Entleiher – Leiharbeitnehmer angewandt. Dasselbe gilt für die Diskriminierungsverbote des AGG, da nach dessen § 6 Abs.2 Satz 2 der Entleiher als Arbeitgeber gilt.⁵¹ Verletzt der Arbeitnehmer seine Pflichten, haftet er nur nach den spezifisch arbeitsrechtlichen Grundsätzen auf Schadensersatz.⁵² Bei Arbeitsunfällen gelten die §§ 104, 105 SGB VII, so dass auf der einen Seite Ersatzansprüche gegen den Entleiher praktisch immer ausscheiden, während andererseits keine Haftung gegenüber geschädigten Arbeitskollegen einschließlich der Stammbeschäftigten eintritt, es sei denn, es handle sich um den eher exotischen Fall einer vorsätzlichen Schadenszufügung.

Leiharbeitnehmer gehören zwar nach § 14 Abs.1 AÜG nicht zum Entleiherbetrieb, doch stehen ihnen gleichwohl eine Reihe betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse zu. Sind sie für mehr als drei Monate überlassen, gibt ihnen § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht, während § 14 Abs.2 Satz 1 AÜG weiterhin das passive Wahlrecht ausschließt. Nach § 14 Abs.2 Satz 2 AÜG können sie während der Arbeitszeit die Sprechstunden des Betriebsrats im Entleiherbetrieb aufsuchen und dort auch an Betriebsversammlungen teilnehmen.⁵³ § 14 Abs.2 Satz 3 AÜG gibt dem Leiharbeitnehmer die Individualrechte nach §§ 81 und 82 Abs.1 BetrVG sowie das Beschwerderecht nach den §§ 84 – 86 BetrVG.

§ 14 Abs.3 AÜG bestätigt das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG für den Fall der „Übernahme“ eines Leiharbeitnehmers. Inwieweit sich andere Mitbestimmungsrechte des Entleiherbetriebsrats auch auf Leiharbeitnehmer erstrecken, ist im Gesetz nicht angesprochen. Dem § 14 Abs.3 AÜG wird aber kein exklusiver Charakter beigemessen,⁵⁴ so dass überall dort

⁵¹ Zur praktischen Bedeutung bei der Anforderung von Arbeitskräften s. *Däubler* dbr Heft 10/2008 S. 25

⁵² *MünchArbR-Marschall* § 175 Rn 86; *MünchArbR-Richardi* § 30 Rn 15; *Brors*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 48) Einl. Rn 481 ff.

⁵³ Wären Leiharbeitnehmer „starke“ Arbeitnehmer, die nicht auf soziale Zwänge Rücksicht nehmen müssten, könnten sie jedes Jahr an vier Betriebsversammlungen im Verleiher- und an vier im Entleiherbetrieb teilnehmen – alles bei voller Entgeltfortzahlung. Von der Realität ist eine solche Vorstellung so weit entfernt, dass sich – soweit ersichtlich – niemand an dieser Rechtslage stört.

⁵⁴ BAG AP Nr. 7 zu § 14 AÜG Bl. 3

mitbestimmt werden kann, wo der Entleiher Entscheidungen trifft.⁵⁵ Überstunden von Leiharbeitnehmern, die im Entleiherbetrieb geleistet werden sollen, bedürfen daher nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG der Zustimmung des dortigen Betriebsrats,⁵⁶ während für alle Lohnfragen der Betriebsrat des Verleiherbetriebs zuständig ist.⁵⁷ Wird in Ausübung von Mitbestimmungsrechten eine Betriebsvereinbarung geschlossen, muss diese notwendigerweise auch Wirkung gegenüber den im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmern entfalten.⁵⁸

Wie lassen sich diese – im Wesentlichen unbestrittenen – Rechtsfolgen rechtsdogmatisch erklären? Die Extremlösungen „volles Arbeitsverhältnis“ und „keine rechtliche Beziehung“ scheiden von vorne herein aus. In der Literatur ist von einem „Schutzpflichtverhältnis“ entsprechend § 311 Abs.2 BGB die Rede,⁵⁹ doch sind damit die Fälle der Schlechtleistung und die (beschränkte) Haftung für die daraus folgenden Vermögensschäden nur schwer zu erklären: Sie setzen eine auch dem Entleiher gegenüber bestehende (Haupt-)Pflicht zur Arbeitsleistung voraus.⁶⁰ Auch erscheint es eher unplausibel, die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen nicht wie gewohnt auf Arbeitsverhältnisse, sondern darüber hinaus auf arbeitsrechtliche Schutzverhältnisse zu erstrecken. Überzeugender ist es daher, ein partielles Arbeitsverhältnis anzunehmen, das auf Seiten des Arbeitnehmers eine Leistungskomponente hat, die auch normativer Gestaltung zugänglich ist.

Im Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher können eine Reihe weiterer Fragen auftauchen, die bislang keine oder nur eine marginale Rolle gespielt haben. Sie sind unter Rückgriff auf Zweck und Funktion der Rechtsbeziehung zu beantworten.

Das partielle Arbeitsverhältnis vermag keinen Bestandsschutz zu vermitteln; ob ein Leiharbeitnehmer abberufen wird oder nicht, bestimmt sich nach den

⁵⁵ BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer

⁵⁶ BAG AP Nr. 7 zu § 14 AÜG

⁵⁷ BAG (Fn. 56)

⁵⁸ *Fitting* (Fn. 41) § 77 Rn 35; *Richardi* (Fn. 16) § 77 Rn 80; *Ulber*, AÜG. Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 14 Rn 130a

⁵⁹ So insbesondere *Gick*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verbot und Neugestaltung, 1984, S. 99 ff. Vgl. auch MünchArbR-*Richardi* § 30 Rn 16: „Trotz Fehlens eines Arbeitsvertrags entstehen arbeitsrechtliche Beziehungen zum Betriebsinhaber.“

⁶⁰ *Schüren* (Fn. 48) Einl. 111 ff.

Abmachungen zwischen Verleiher und Entleiher und aus Sicht des Arbeitnehmers nach dem insoweit beim Verleiher verbliebenen Direktionsrecht.⁶¹ Dieses unterliegt den in § 106 GewO niedergelegten Grenzen,⁶² sodass auch auf die Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht genommen werden muss⁶³ und keine gegen das AGG verstoßende Benachteiligung erfolgen darf. Allerdings erscheint es wenig wahrscheinlich, dass sich ein Leiharbeiter, der auch in Zukunft bei seinem Arbeitgeber beschäftigt werden möchte, gerichtlich gegen eine „Abberufung“ zur Wehr setzen wird.

Der Leiharbeiter ist weiter verpflichtet, dem Verleiher-Arbeitgeber keine Konkurrenz zu machen, indem er beispielsweise selbst Arbeitnehmerüberlassung betreibt.⁶⁴ Ob er in vergleichbarer Weise auch auf den Entleiher Rücksicht nehmen muss, scheint nicht erörtert zu sein. Da ihn das partielle Arbeitsverhältnis jedoch zu Arbeitsleistungen verpflichtet, darf er diese nicht entwerten, indem er zugleich in der Branche des Arbeitgebers gegen Entgelt tätig ist. § 60 HGB ist daher entsprechend anzuwenden. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das die Branche des Entleihers zwei Jahre lang für ihn „sperrt“, würde dagegen gegen den Grundgedanken des § 9 Nr. 3 und 4 AÜG verstoßen, der die berufliche Entscheidungsfreiheit des Leiharbeitnehmers über das sonst übliche Maß hinaus schützen will.

Verletzt der Entleiher seine Pflichten, indem er beispielsweise Defizite im Arbeitsschutz herbeiführt oder bestehen lässt, so kann der Leiharbeiter seine Arbeitsleistung nach § 273 BGB zurückhalten.⁶⁵ Auch beim partiellen Arbeitsverhältnis kann die „Störung“ auf der einen Seite zum Leistungsverweigerungsrecht der anderen Seite führen. Dasselbe gilt, wenn der Verleiher die vereinbarte Vergütung nicht (vollständig) bezahlt; insoweit bestehen keine Besonderheiten.⁶⁶ Andere Pflichtverletzungen des Verleihers werden selten sein; wenn sie auftreten, kann das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers

⁶¹ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Leiharbeiter

⁶² Einzelheiten bei *Däubler* (Fn. 13) Rn 140 ff.

⁶³ Für Berücksichtigung schutzwürdiger familiärer Belange BAG NZA 2005, 359

⁶⁴ *Boemke/Lembke*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 11 Rn 34

⁶⁵ BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Leiharbeiter

⁶⁶ Ebenso BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Leiharbeiter

nicht deshalb entfallen, weil er sich in einem Einsatz bei einem Entleiher befindet.⁶⁷

Bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB muss eine Gleichstellung des partiellen mit dem vollen Arbeitsverhältnis im vorliegenden Zusammenhang dagegen ausscheiden. Wollte man einen solchen Schritt tun, müsste der Erwerber zugleich in den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Entleiher eintreten, da er sonst nicht über den Einsatz dieser im Betrieb tätigen Arbeitskräfte verfügen könnte. Dies kann zwar auf freiwilliger Grundlage geschehen, übersteigt jedoch den Rahmen des § 613a BGB, da es sich nicht um ein „Arbeitsverhältnis“ handelt. Im eingangs genannten Fall⁶⁸ dürfte also eine spezielle vertragliche Lösung gewählt worden sein.

V. Die Rechtsbeziehung zu andern Personen, die von einem Dritten entsandt wurden

1. Arbeitnehmer aufgrund Werkvertrags

Keine Sonderregeln gibt es für all jene Fälle, in denen Arbeitnehmer für ihren Arbeitgeber kürzere oder längere Zeit in einem fremden Betrieb tätig sind. Kunden werden etwa in deren Räumlichkeiten in die Bedienung von Geräten eingewiesen,⁶⁹ doch ist auch an Fälle des „Outsourcing“ zu denken: Ein Automobilzulieferer lagert die Lackierung von Bremszylindern auf eine andere Firma aus, die in den bisherigen, im Betrieb befindlichen Räumen dieselbe Arbeit mit eigenen Leuten erledigt.⁷⁰ Das AÜG ist in solchen Fällen nicht anwendbar, da es an der für die Arbeitnehmerüberlassung typischen Eingliederung in den Einsatzbetrieb fehlt; dessen Inhaber kann grundsätzlich einzelnen Beschäftigten keine Weisungen erteilen. Das Direktionsrecht bleibt beim Vertragsarbeitgeber.

Auch wenn die Fremdfirmenbeschäftigten ersichtlich nicht zur Belegschaft gehören, arbeiten sie doch in den Räumen des Bestellers und häufig auch an

⁶⁷ Ebenso *Söllner*, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Leiharbeiter

⁶⁸ Oben Fn. 3

⁶⁹ So der Fall BAG AP Nr. 102 zu § 611 BGB Abhängigkeit

⁷⁰ So der Fall BAG NZA 1992, 275

oder mit dessen Geräten. Damit bringen sie Rechtsgüter in einen fremden Herrschaftsbereich ein; möglichen Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum können sie nicht von sich aus begegnen. Dem hat die Rechtsprechung des BGH schon frühzeitig Rechnung getragen und § 618 BGB auch auf einen Selbständigen angewandt, der unter solchen Bedingungen seine werkvertraglichen Verpflichtungen erfüllte.⁷¹ Auch dann, wenn dieser einen Subunternehmer einsetzt, soll § 618 BGB eingreifen, doch wurde in einem solchen Fall trotz § 619 BGB eine vertragliche Haftungsbeschränkung gebilligt.⁷² Setzt der Unternehmer jedoch abhängig Beschäftigte ein, so treffen den Besteller „die in § 618 BGB festgelegten Fürsorgepflichten“ unabdingbar; der Zweck der Vorschrift liege darin, „die in abhängiger Arbeit Stehenden in größtmöglichem Umfang vor den Gefahren zu schützen, die ihre Verrichtungen für ihr Leben und ihre Gesundheit mit sich zu bringen pflegen.“⁷³ Ausdrücklich war von einer Pflicht die Rede, die den Arbeitern gegenüber bestehe; insoweit wird also eine Schutzpflicht angenommen, die sich inhaltlich nicht von der gegenüber Arbeitnehmern bestehenden unterscheidet.

Durch die Arbeit ergeben sich in der Praxis weitere Koordinierungsprobleme, die von den Betriebsnutzungszeiten über den Zugang zur Kantine bis zum Rauchverbot reichen können: Auch wer seine Weisungen von außerhalb erhält, muss zahlreiche Regeln der betrieblichen Ordnung beachten. Nach der Rechtsprechung des BAG⁷⁴ hat der Betriebsrat des Einsatzbetriebs den „Fremdfirmenleuten“ gegenüber kein Mandat und kann auch nicht mit dem außenstehenden Arbeitgeber verhandeln. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die betriebliche Ordnung über eine Weisung des fremden Arbeitgebers in die Arbeitsverträge „transportiert“ werden muss, was auf ein sehr schwerfälliges Verfahren hinausläuft und die Möglichkeiten zu effektiver Mitbestimmung eher verringert. Soweit im Herkunftsbetrieb ein Betriebsrat existiert, muss der dortige Arbeitgeber sich erst mit diesem verständigen, bevor er in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Abreden mit dem Inhaber des Einsatzbetriebs treffen kann. Wird hier etwa eine Zugangskontrolle mittels Fingerabdrucks praktiziert, so muss erst das Mitbestimmungsverfahren nach § 87

⁷¹ BGHZ 5, 62 = NJW 1952, 458

⁷² BGH NJW 1971, 1931, 1933

⁷³ BGH NJW 1958, 710, 711; ähnlich OLG Stuttgart NJW 1984, 1904

⁷⁴ NZA 2004, 556, 558

Abs.1 Nr. 6 BetrVG durchlaufen werden, bevor die Weisung erfolgen kann, sich im Kundenbetrieb dieser Prozedur zu unterziehen.⁷⁵

Zumindest bei Fragen der betrieblichen Ordnung (Rauchverbot!) und bei der Verwaltung von Sozialeinrichtungen sollte man Regelungen auch mit Wirkung für Werkvertragsarbeitnehmer zulassen.⁷⁶ Die Notwendigkeit einheitlicher Regeln für alle hat – ähnlich wie dies bei Betriebsnormen im Tarifrecht der Fall ist – den Vorrang vor dem Gedanken einer Legitimation durch alle Normunterworfenen. Ob der Gedanke eines partiellen Arbeitsverhältnisses hier weiterhelfen kann, erscheint offen. Immerhin existiert eine Pflicht zur Befolgung bestimmter Regeln und zur Kooperation mit anderen in den Arbeitsvollzügen; auch dies könnte man als ein „Stück Arbeitsverhältnis“ qualifizieren, was zusammen mit der Schutzpflicht aus § 618 BGB für eine kollektivvertragliche Gestaltbarkeit genügen könnte. Ein anderer Weg läge darin, bei betrieblichen Normen die „Ankoppelung“ an den Arbeitsvertrag aufzugeben und gewissermaßen zu einem „territorialen“ Verständnis überzugehen: Nicht anders als eine Satzung in der Gemeinde würde eine Betriebsnorm in der Einheit Betrieb als solcher gelten.

2. Ein-Euro-Kräfte

Wer Arbeitslosengeld II bezieht, kann nach § 16 Abs.3 Satz 2 SGB II in eine „Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung“ vermittelt werden. Diese wird bei einem Dritten, dem Träger der Maßnahme durchgeführt, der sich darüber mit der Bundesagentur verständigt hat. Der Arbeitslose schließt mit der Bundesagentur nach § 15 Abs.1 Satz 1 SGB II eine sog. Eingliederungsvereinbarung, in der sein Einsatz und die näheren Bedingungen festgelegt werden.⁷⁷ Dies mag man in Parallele zum Arbeitsvertrag mit einem Verleiher sehen, der die Arbeitskraft dann einem Dritten zur Verfügung stellt.

Das BAG vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, die Beziehung zwischen dem Träger der Maßnahme und der Ein-Euro-Kraft unterliege ausschließlich dem öffentlichen Recht, und zwar auch dann, wenn ihre

⁷⁵ So der Fall BAG NZA 2004, 556

⁷⁶ Dafür auch DKK-Klebe § 87 Rn 6a

⁷⁷ Verweigert er seine Zustimmung, kann nach § 15 Abs.1 Satz 6 SGB II ein Verwaltungsakt mit demselben Inhalt erlassen werden. Zum Verfahren s. *Rixen/Panaris* NJW 2005, 2177 ff.

Einzelheiten durch vertragliche Vereinbarung festgelegt würden.⁷⁸ Zuständig für Streitigkeiten seien nach § 51 Abs.1 Nr. 4a SGG daher die Sozialgerichte. Damit verschiebt sich die hier interessierende Frage auf das Problem, ob es eine Art öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis und dieses auch als partielles geben kann (was ggf. zur Anwendung weiterer arbeitsrechtlicher Normen führen könnte). Die gesetzliche Ausgangssituation ist insoweit nicht schlecht. Der dritte Halbsatz von § 16 Abs.3 Satz 2 SGB II bestimmt, dass das Arbeitsschutz- und das Urlaubsrecht im Verhältnis zum Träger anzuwenden sind, der vierte Halbsatz erklärt die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung für analog anwendbar. Dies geht auf der einen Seite über die Regeln des AÜG hinaus; auf der anderen Seite fehlen betriebsverfassungsrechtliche Vorschriften nach dem Vorbild des § 14 Abs.2 AÜG. Bei der Einstellung einer Ein-Euro-Kraft steht dem Betriebsrat allerdings nach der Rechtsprechung ein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 BetrVG zu.⁷⁹ Auch wird der Betriebsrat zumindest bei Fragen des Urlaubs und des Arbeitsschutzes nach § 87 Abs.1 Nr. 5 und 7 BetrVG mitbestimmen können.⁸⁰ Soweit dabei Betriebsvereinbarungen geschlossen werden, gestalten diese auch die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zwischen der Ein-Euro-Kraft und dem Inhaber des Einsatzbetriebs. Dies erscheint nur auf den ersten Blick ungewöhnlich, da vergleichbare Regeln bei der Leiharbeit bestehen und die Einwirkung in öffentlich-rechtliche Beziehungen jedenfalls in der Personalvertretung nichts grundsätzlich Neues ist, weil sich Dienstvereinbarungen auf für die dem öffentlichen Recht angehörenden Beamtenverhältnisse erstrecken. Auch gegen ein Zurückbehaltungsrecht bei der Verletzung arbeitsschutzrechtlicher Normen bestehen keine Bedenken.

VI. Entgeltzusage durch die Konzernmutter

Im Fall Nokia⁸¹ wurde eine Zusatzvergütung in Form von Aktienoptionsrechten durch die finnische Konzernmutter zugesagt. Schon vom Zweck der Leistung her handelte es sich um ein Rechtsverhältnis, das arbeitsrechtlichen Grundsätzen unterliegt. Auch wenn es nur darum gegangen wäre, einen Anreiz für das weitere

⁷⁸ BAG NZA 2007, 53; BAG NZA 2007, 644; BAG NZA 2007, 1422

⁷⁹ BAG NZA 2008, 208; ebenso DKK-Klebe § 87 Rn 6; *Engels* NZA 2007, 8, 11; *Zwanziger* AuR 2005, 9, 14. Für das BPersVG in gleichem Sinn BVerwG NZA-RR 2007, 499

⁸⁰ DKK-Klebe § 87 Rn 6b

⁸¹ Oben Fn. 2

Verbleiben im Unternehmen zu schaffen, hätte sich daran nichts geändert. Man kann auch hier von einem partiellen Arbeitsverhältnis sprechen. Die Verknüpfung mit der Arbeitsleistung ist ungleich enger als bei den sog. Parallelverträgen, die der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer schließt: Das Einkaufen mit Personalrabatt und die Gewährung eines zinsgünstigen Darlehens sind Vorgänge, die im Kern nach zivilrechtlichen Normen abgewickelt werden.⁸² Im Nokia-Fall wäre dagegen Arbeitsrecht einschlägig, wenn die Verpflichtung nicht oder verspätet erfüllt würde. Auch dürfte kollisionsrechtlich dieselbe Rechtsordnung wie für das „eigentliche“ Arbeitsverhältnis anwendbar sein, es sei denn, die Parteien hätten im Rahmen des Art. 30 Abs.1 EGBGB Abweichendes vereinbart.⁸³

VII. Schlussbetrachtung

Die Figur des partiellen Arbeitsverhältnisses kann einzelne Normen besser erklären, die zwar als sinnvoll angesehen werden, die jedoch nur schwer in das arbeitsrechtliche Gesamtsystem zu integrieren sind. Neue Regeln lassen sich plausibler begründen. Hinter beidem steht das Phänomen einer wachsenden Arbeitsteilung, das dazu führt, dass die bipolare Beziehung Arbeitgeber – Arbeitnehmer die Realität nicht mehr vollständig einzufangen vermag. Die Diskussion darüber steht erst am Anfang – ich bin zuversichtlich, dass uns dabei auch der Jubilar in alter Frische unterstützen wird.

⁸² Zu diesen Parallelverträgen s. zusammenfassend *Däubler*, in: *Däubler/Dorndorf/Bonin/Deinert*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2008, Einl. Rn 37 ff.

⁸³ Zur identischen Neuregelung durch Art. 8 Abs.1 Rom-I-Verordnung (ABIEU v. 4.7.2008, Nr. L 177/6) s. *Mauer RIW* 2008, 544 ff.