

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 384

**Arbeitgeberbegriffe
und arbeitsrechtlicher Drittbezug**

Von

Philipp Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP SCHNEIDER

Arbeitgeberbegriffe und arbeitsrechtlicher Drittbezug

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg
Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen
Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg
Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg
Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg
Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 384

Arbeitgeberbegriffe und arbeitsrechtlicher Drittbezug

Von

Philipp Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-19144-4 (Print)
ISBN 978-3-428-59144-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im Wintersemester 2023/2024 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Dezember 2023 berücksichtigt.

Größter Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown) für die Unterstützung bei der Themenfindung und beim Abfassen dieser Arbeit. Für Fragen und Anregungen stand er mir stets zur Verfügung. Auch die langjährige Mitarbeit an seinem Lehrstuhl war für mich eine lehrreiche und bereichernde Erfahrung. Frau Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies danke ich für die Bereitschaft, meine Arbeit als Zweitgutachterin zu beurteilen, und die sehr zügige Erstellung des Gutachtens.

Für die Aufnahme in die Schriftenreihe danke ich den Herausgebern der Schriftenreihe „Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht“ sowie dem Verlag Duncker & Humblot.

Der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg gilt großer Dank für die Förderung der Drucklegung dieser Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss.

Im Verlauf der Entstehung haben mich eine Vielzahl von Menschen unterstützt. Besonders bedanken möchte ich mich für die Durchsicht des Manuskripts und stets offene Ohren bei Herrn Johannes Breuninger, Herrn Dr. Raphael Hilser, LL.M. (LSE), Herrn Dr. Fabian Kehrer, Frau Lea Schneider, Frau Amelie Weiser, Herrn Dr. Samuel Wunderlich sowie Frau Franziska Dewes.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern Dr. Katja Neukamm und Dr. Thomas Schneider für ihre stets vorbehaltlose Unterstützung über meinen gesamten Lebensweg. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im März 2024

Philipp Schneider

Inhaltsübersicht

Einleitung	21
I. Arbeitgeberbegriffe und arbeitsrechtlicher Drittbezug	21
II. Ziel und Gang der Untersuchung	22
III. Stand der Forschung	23

Kapitel 1

Bestandsaufnahme	25
A. Gang der Untersuchung	25
B. Sachverhalte arbeitsrechtlichen Drittbezugs	25
I. Unmittelbare Einflussnahme auf das Vertragsarbeitsverhältnis	25
II. Beeinflussung der Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	41
III. Kombination von unmittelbarer Einflussnahme und Beeinflussung der Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	45
IV. Zusammenfassung	46
C. Auswirkungen arbeitsrechtlichen Drittbezugs auf das arbeitsrechtliche Rechte- und Pflichtengefüge	47
I. Einführung	47
II. Unmittelbare Einflussnahme auf das Vertragsarbeitsverhältnis	47
III. Beeinflussung der Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	50
IV. Zusammenfassung	52
D. Ergebnis	52

Kapitel 2

Arbeitsrechtliche Bewältigung des Drittbezugs	54
A. Vorgehensweise	54
B. Dritter als Partei des Arbeitsvertrages	55
I. Einführung	55
II. Rechtsgeschäftliche Begründung der Stellung als Partei des Arbeitsvertrages	56
III. Gesetzliche Begründung der Stellung als Partei des Arbeitsvertrages	63
IV. Arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang als Grundlage der Parteistellung	67
V. Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages gegen den Dritten	73

VI. Ergebnis	76
C. Arbeitgeberstellung des Dritten ohne Einbeziehung als Vertragspartei	77
I. Problemaufriss und Vorgehensweise	77
II. Individualarbeitsrecht	77
III. Kollektives Arbeitsrecht	105
IV. Internationales Zivilprozess- und Privatrecht	132
V. Zusammenfassung und Einordnung	147
D. Nichtarbeitgeberlösungen	148
I. Systematisierung der Nichtarbeitgeberlösungen	148
II. Berücksichtigung des Drittbezugs im Verhältnis Arbeitnehmer – Dritter ..	148
III. Berücksichtigung des Drittbezugs im Vertragsarbeitsverhältnis	156
IV. Lösung außerhalb des Zivilrechts: Öffentlich-rechtliche Sanktionen	162
V. Zwischenergebnis	165
E. Ergebnis, Einordnung und Fortgang der Arbeit	165
I. Ergebnis	165
II. Einordnung des Ergebnisses: Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs	166
III. Fortgang der Arbeit: Untersuchung des individualarbeitsrechtlichen Arbeit- geberbegriffs	177

Kapitel 3

Der Arbeitgeberbegriff des Individualarbeitsrechts	178
A. Einführung	178
B. Arbeitgeber als andere Partei des Arbeitsvertrages	178
I. Historischer Ursprung des Arbeitgeberbegriffs	178
II. Inhalt des Arbeitgeberbegriffs	180
III. Ergebnis	183
C. Ausübung von Arbeitgeberfunktionen als Grundlage der Arbeitgeberstellung ..	184
I. Problemaufriss	184
II. Materiellrechtliches Verständnis des Arbeitgeberbegriffs	184
III. Friktionen mit zivil- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen	258
D. Ergebnis	211
Zusammenfassung der Ergebnisse	213
I. Unterschiedliche Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs	213
II. Neudefinition des Arbeitgeberbegriffs	213
III. Vereinbarkeit der Neudefinitionen mit der Rechtsordnung	214
Literaturverzeichnis	216
Stichwortverzeichnis	274

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
I. Arbeitgeberbegriffe und arbeitsrechtlicher Drittbezug	21
II. Ziel und Gang der Untersuchung	22
III. Stand der Forschung	23

Kapitel 1

Bestandsaufnahme

A. Gang der Untersuchung	25
B. Sachverhalte arbeitsrechtlichen Drittbezugs	25
I. Unmittelbare Einflussnahme auf das Vertragsarbeitsverhältnis	25
1. Einführung	25
2. Arbeitnehmerüberlassung	26
3. Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft	27
4. Matrixstrukturen im Konzern oder virtuellen Unternehmen	29
5. Gesamthafenbetrieb	29
6. Arbeitgeberzusammenschluss	30
7. <i>Onsite</i> Dienst- und Werkverträge	31
8. Plattformarbeit	33
a) Begriffsbestimmungen	33
b) Rechtliche Ausgestaltung	34
c) Rechtlicher Status der Plattformarbeiter	35
d) Vertragsgestaltung und Parteien des Arbeitsvertrages	38
e) Einordnung als arbeitsrechtlicher Drittbezug	39
9. Zwischenergebnis	41
II. Beeinflussung der Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	41
1. Arbeitsverhältnis im Konzern	41
2. Schuldrechtliche Einflussnahmemöglichkeit	43
a) Franchising	43
b) Ausrichtung des Betriebszwecks auf Dritten	44
3. Zwischenergebnis	45
III. Kombination von unmittelbarer Einflussnahme und Beeinflussung der Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	45
IV. Zusammenfassung	46

C. Auswirkungen arbeitsrechtlichen Drittbezugs auf das arbeitsrechtliche Rechte- und Pflichtengefüge	47
I. Einführung	47
II. Unmittelbare Einflussnahme auf das Vertragsarbeitsverhältnis	47
III. Beeinflussung der Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	50
IV. Zusammenfassung	52
D. Ergebnis	52

Kapitel 2

Arbeitsrechtliche Bewältigung des Drittbezugs	54
A. Vorgehensweise	54
B. Dritter als Partei des Arbeitsvertrages	55
I. Einführung	55
II. Rechtsgeschäftliche Begründung der Stellung als Partei des Arbeitsvertrages	56
1. Ausdrücklicher Vertragsschluss	56
2. Konkludenter Vertragsschluss	57
a) Problemaufriss	57
b) Unmittelbare Inanspruchnahme der Arbeitsleistung	57
aa) Ausübung unmittelbarer Arbeitgeberfunktionen durch den Dritten	57
bb) Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung unter Weisungen des Dritten	59
cc) Übertragung des Weisungsrechts an den Dritten	59
dd) Absicherung über das Vertragsarbeitsverhältnis	60
c) Mittelbare Inanspruchnahme der Arbeitsleistung	60
aa) Einflussnahme auf Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers ...	60
bb) Rechtsgeschäftlicher Erklärungstatbestand	61
d) Vertragsschluss infolge eines Vertrauenstatbestandes	62
3. Zwischenergebnis	62
III. Gesetzliche Begründung der Stellung als Partei des Arbeitsvertrages	63
1. Fingiertes Arbeitsverhältnis bei der Arbeitnehmerüberlassung, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG	63
a) Gesetzeswidrige Arbeitnehmerüberlassung, § 9 Abs. 1 Nr. 1–1b AÜG	63
b) Ursprüngliche Konzeption: „Sozialer Schutz“ des Leiharbeitnehmers	64
c) Tatbestandliche Erweiterung durch AÜG-Reform 2017	65
2. Übergang der Arbeitsverhältnisse bei einem Betriebsübergang, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB	66

3. Übergang der Arbeitsverhältnisse beim Trägerwechsel für die Leistungen des Sozialgesetzbuch II, § 6c Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB II	66
IV. Arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang als Grundlage der Parteistellung	67
1. Grundsätzliches zum arbeitsrechtlichen Rechtsformzwang	67
2. Heranziehung in Sachverhalten arbeitsrechtlichen Drittbezugs	68
3. Rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung	69
a) Mittelbares Arbeitsverhältnis	69
b) Beschäftigung bei einer Personalführungsgesellschaft	70
c) Bausteine des Vorwurfs der Rechtsmissbräuchlichkeit	71
4. Anwendung in der Rechtspraxis	72
5. Zwischenergebnis	73
V. Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages gegen den Dritten	73
1. Sinngemäße Normanwendung	73
2. Schadensrechtliche Naturalrestitution	74
3. Haftung des Dritten als falsus procurator	76
VI. Ergebnis	76
C. Arbeitgeberstellung des Dritten ohne Einbeziehung als Vertragspartei	77
I. Problemaufriss und Vorgehensweise	77
II. Individualarbeitsrecht	77
1. Gang der Untersuchung	77
2. Umfassende Einbeziehung in das Rechte- und Pflichtengefüge	78
a) Nichtvertragliche Rechtsbeziehung zum Dritten	78
b) Grundlage der Arbeitgeberstellung: Ausübung des Weisungsrechts	78
c) Zwischenergebnis	80
3. Gegenständlich begrenzte Arbeitgeberstellung	81
a) Mitarbeiterstellung aus dem französischen Konzernarbeitsrecht	81
aa) Grundüberlegung	81
bb) Grundlage der Arbeitgeberstellung: Einmischung in Interessen, Tätigkeit und Geschäftsführung des Vertragsarbeitgebers	82
b) Funktionaler Arbeitgeberbegriff aus der englischen Literatur	85
aa) Konzeption	85
bb) Grundlage der Arbeitgeberstellung: Ausübung von Arbeitgeberfunktionen	85
c) Arbeitgeberstellung für einzelne Gesetzesvorschriften	86
aa) Einführung	86
bb) Haftung des Dritten für Mindestlohn und Überstundenvergütung im Rahmen des US-amerikanischen Fair Labor Standards Act 1938	87
(1) Reichweite der Haftung	87
(2) Voraussetzungen für Arbeitgeberstellung	87
cc) Verantwortlichkeit für Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften	90

(1) § 2 Abs. 3 ArbSchG	90
(2) § 618 BGB	91
(3) § 62 Abs. 1 HGB	92
(4) Occupational Safety and Health Act 1970	92
dd) Arbeitnehmererfindungen im Betrieb des Entleihers	92
ee) Arbeitgeberstellung für das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	93
d) Zwischenergebnis	94
4. Rangverhältnis zwischen Vertragsarbeitgeber und nichtvertraglichem Arbeitgeber	94
5. Verwendung des Arbeitsgeberbegriffs zur Erklärung der Ausübung von Arbeitgeberfunktionen	96
6. Unklare Bedeutung der Arbeitgeberstellung	97
a) Nichtvertragliche Arbeitgeberstellung (Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs)	97
b) Tätigwerden unter den Weisungen des Dritten	97
aa) Anknüpfungspunkt	97
(1) Arbeitgeberstellung im Betriebsübergang	97
(2) Arbeitgeberstellung des Entleihers	99
(3) Arbeitgeberstellung im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. b VO Nr. 883/2004	100
(4) Zwischenergebnis	101
bb) Rechtsfolgen	102
c) Einflussnahme des Dritten auf Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	103
d) Zwischenergebnis	104
7. Zusammenfassung und Einordnung der bisherigen Ergebnisse	104
III. Kollektives Arbeitsrecht	105
1. Gang der Untersuchung	105
2. Arbeitgeberstellung des Dritten für das Betriebsverfassungsrecht	105
a) Grundsätzliches zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberbegriff	105
b) Grundproblematik in Sachverhalten arbeitsrechtlichen Drittbezugs ..	107
c) Arbeitgeberstellung des Dritten bei Ausübung des Weisungsrechts ..	108
aa) Anwendung der Zwei-Komponenten-Lehre	108
bb) Gesetzliche Bestimmungen	109
cc) Weiterentwicklung durch Literatur und Rechtsprechung	111
(1) Einführung	111
(2) Beteiligungsrechte des Betriebsrates	111
(a) Soziale Angelegenheiten, § 87 Abs. 1 BetrVG	111
(b) Beschäftigung von Fremdpersonal, § 99 BetrVG	113

(3) Geltung von Betriebsvereinbarungen	115
(4) Verpflichtung des Dritten als Betriebsinhaber	115
(5) Berücksichtigung bei Schwellenwerten	116
(a) Größe der Arbeitnehmervertretung, § 9 S. 1 BetrVG ...	116
(b) Freistellung von Betriebsratsmitgliedern, § 38 Abs. 1 BetrVG	117
(c) Beteiligungsrechte, § 111 BetrVG	117
(d) Zwischenergebnis	118
(6) Doppelte Betriebszugehörigkeit	118
dd) Zwischenergebnis	120
d) Arbeitgeberstellung des Dritten bei Einflussnahme auf Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers	120
aa) Auswirkungen der Einflussnahme auf Beteiligungsrechte des Betriebsrats	120
bb) Schaffung eigener Mitbestimmungsorgane durch den Gesetz- geber	121
cc) Mitbestimmungsorgane und Drittbezug	122
(1) Verlagerung der Entscheidungsfindung	122
(2) Schuldrechtliche Einflussnahme	124
dd) Fazit	125
e) Zwischenergebnis	125
3. Arbeitgeberstellung des Dritten für das Tarifrecht	125
a) Kollektivarbeitsrechtliche Bedeutung des US-amerikanischen <i>joint employer</i>	125
b) Definition des <i>joint employer</i> im kollektiven Arbeitsrecht	126
aa) Entwicklung vor 2015	126
bb) Grundsatzentscheidung in der Rechtssache <i>Browning Ferris Industries</i>	127
cc) <i>Final Rule</i> aus dem Jahr 2020	128
dd) <i>Final Rule</i> aus dem Jahr 2023	129
c) Heranziehung des <i>joint employer</i> als Arbeitgeber im Sinne des Na- tional Labor Relations Act	130
d) Praktische Anwendung	131
e) Berücksichtigung des Drittbezugs in deutschen Tarifverträgen	131
f) Zwischenergebnis	132
4. Zusammenfassung der Ergebnisse	132
IV. Internationales Zivilprozess- und Privatrecht	132
1. Arbeitgeberstellung des Dritten im Sinne von Art. 21 Brüssel Ia-VO ..	132
a) Gedanklicher Ausgangspunkt	132
b) Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs	133
aa) Ausgangsnorm: Art. 20 Abs. 1 Brüssel Ia-VO	133

bb) Arbeitsvertrag in der Drittbeziehung	134
(1) Europäisch-autonome Auslegung	134
(2) Qualifikationsrechtlicher Rechtsformzwang	136
(3) Zwischenergebnis	136
cc) Anknüpfung an Arbeitsverhältnis	137
(1) Grundüberlegung	137
(2) Begriff des Arbeitsverhältnisses	138
(3) Zwischenergebnis	140
dd) Vertrag zwischen Arbeitnehmer und Vertragsarbeitgeber	140
ee) Einordnung der Auffassungen	141
c) Zwischenergebnis	142
2. Anwendbares Sachrecht, Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO	142
a) Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO ..	142
aa) Problemaufriss	142
bb) Einordnung von Sachverhalten arbeitsrechtlichen Drittbezugs ..	143
cc) Zwischenergebnis	144
b) Bestimmung des maßgeblichen Rechts	144
aa) Grundregel des Art. 8 Rom I-VO	144
bb) Problemfelder in Sachverhalten arbeitsrechtlichen Drittbezugs ..	145
c) Fazit	147
3. Zwischenergebnis	147
V. Zusammenfassung und Einordnung	147
D. Nichtarbeitgeberlösungen	148
I. Systematisierung der Nichtarbeitgeberlösungen	148
II. Berücksichtigung des Drittbezugs im Verhältnis Arbeitnehmer – Dritter ..	148
1. Rechtsgeschäftliche Zusagen des Dritten	148
2. Leiharbeitsvertrag als echter Vertrag zugunsten des Entleihers	149
3. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu-	
gunsten des Arbeitnehmers	150
4. Gesetzliches Schuldverhältnis	150
5. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen	151
a) Arbeitsschutz	151
b) Auskunftsansprüche und Informationspflichten	152
c) Haftung aus § 14 S. 1 AEntG und § 13 MiLoG	152
d) Haftung für Entgeltanspruch	153
e) Einordnung der gesetzlichen Vorschriften	153
6. Analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften	154
a) Die sogenannte „Gesamtanalogie“	154
b) Analoge Anwendung einzelner Vorschriften	154
7. Deliktische Ansprüche gegen den Dritten	155

8. Zwischenergebnis	156
III. Berücksichtigung des Drittbezugs im Vertragsarbeitsverhältnis	156
1. Gesetzliche Regelungen im englischen Arbeitsrecht: <i>associated employer</i>	156
a) Der Begriff des <i>associated employer</i>	156
b) Rechtsfolgen	157
aa) Vergleichsgruppe bei Lohngleichheit	157
bb) Persönlicher Anwendungsbereich gesetzlicher Vorschriften	157
cc) Bezugspunkt im Kündigungsrecht	158
2. Anwendungsfälle aus dem deutschen Recht	159
a) Grundsatz der Gleichstellung, § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG	159
b) Berechnungs- und Bemessungsdurchgriff im Konzern	159
c) Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten als Leiharbeitnehmer	160
d) Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten im Konzern	160
e) „Durchschlagen“ von Kündigungsgründen	161
3. Zwischenergebnis	161
IV. Lösung außerhalb des Zivilrechts: Öffentlich-rechtliche Sanktionen	162
1. Ausgangspunkt: Verbot von Gestaltungsformen	162
2. Folgen von Verstößen	163
a) Zivilrecht	163
b) Ordnungswidrigkeitenrecht	164
V. Zwischenergebnis	165
E. Ergebnis, Einordnung und Fortgang der Arbeit	165
I. Ergebnis	165
II. Einordnung des Ergebnisses: Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs	166
1. Arbeitgeber als Vertragspartner des Arbeitnehmers	166
a) Ersetzung des Vertragsarbeitgebers durch den Dritten	166
b) Nebeneinander zweier Arbeitgeber	169
2. Abweichende Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs	171
a) Gegenständliche Begrenzung der Arbeitgeberstellung	171
b) Einseitigkeit der Arbeitgeberstellung	172
c) Neudefinitionen des Begriffsinhaltes	173
d) Arbeitgeberbegriff als rechtliche Grundlage der Arbeitgeberstellung	174
aa) Gedanklicher Ausgangspunkt	174
bb) Reichweite der Arbeitgeberstellung unklar	175
cc) Kern der Ansätze: Begründungsstruktur für Arbeitgeberstellung	176
3. Fazit	176
III. Fortgang der Arbeit: Untersuchung des individualarbeitsrechtlichen Arbeitgeberbegriffs	177

Kapitel 3

Der Arbeitgeberbegriff des Individualarbeitsrechts	178
A. Einführung	178
B. Arbeitgeber als andere Partei des Arbeitsvertrages	178
I. Historischer Ursprung des Arbeitgeberbegriffs	178
II. Inhalt des Arbeitgeberbegriffs	180
1. Entwicklung	180
2. Heutiges Verständnis	182
III. Ergebnis	183
C. Ausübung von Arbeitgeberfunktionen als Grundlage der Arbeitgeberstellung	184
I. Problemaufriss	184
II. Materiellrechtliches Verständnis des Arbeitgeberbegriffs	184
1. Argumentationsstruktur	184
2. Zweck eines materiellrechtlichen Arbeitgeberbegriffs	185
3. Dogmatische Konstruktion	186
a) Arbeitsrecht als öffentlich-rechtliches Schutzrecht	186
b) Pflichten auf der Grundlage eines sozialen Schutzprinzips	187
c) Zwischenergebnis	187
III. Friktionen mit zivil- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen	188
1. Einführung	188
2. Materieller Arbeitgeberbegriff und Vertragsfreiheit	188
a) Zivilrechtliches Willensprinzip	188
b) Gewerbefreiheit	191
aa) Grundüberlegung	191
bb) Sklavenarbeit, Zwangsarbeit und Knechtschaft	191
cc) Privatautonom begründeter Arbeitsvertrag	192
dd) Zwischenergebnis	195
c) Verfassungsrecht	195
aa) Vertragsfreiheit und Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	195
bb) Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitnehmers	197
(1) Eingriff	197
(2) Rechtfertigung	197
cc) Vertrags- und Berufsfreiheit des Dritten	201
(1) Eingriff	201
(2) Rechtfertigungsmaßstab	202
(3) Verbesserung des arbeitsrechtlichen Schutzniveaus	205
(4) Verfassungsrechtliches Untermaßverbot	205

(a) Schutzfunktion von Art. 12 Abs. 1 GG und Sozialstaatsprinzip	205
(b) Untermaßverbot und Sachverhalte arbeitsrechtlichen Drittbezugs	207
(aa) Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers	207
(bb) Rechtfertigung für verfassungsrechtlich determinierte Fragen	208
(cc) Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Dritten	208
(5) Zwischenergebnis	209
d) Fazit	209
3. Widerspruch zu gesetzgeberischen Konzeptionen	209
a) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	209
b) Rechtliche Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften	210
4. Zivilrechtsdogmatik: Kein eigenständiger Arbeitgeberbegriff	211
D. Ergebnis	211
Zusammenfassung der Ergebnisse	213
I. Unterschiedliche Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs	213
II. Neudefinition des Arbeitgeberbegriffs	213
III. Vereinbarkeit der Neudefinitionen mit der Rechtsordnung	214
Literaturverzeichnis	216
Stichwortverzeichnis	274

Einleitung

I. Arbeitgeberbegriffe und arbeitsrechtlicher Drittbezug

Der Arbeitgeber wird bereits seit Mitte des 19. Jahrhunderts als andere Partei des Arbeitsvertrages definiert¹. Anders als der Arbeitnehmerbegriff spielt der Arbeitgeberbegriff in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung aber kaum eine Rolle². Die besondere Betonung des Arbeitnehmerbegriffs lässt sich damit erklären, dass in dem als Zweipersonenkonstellation konzipierten Arbeitsverhältnis kein Anlass besteht, den Arbeitgeberbegriff zu hinterfragen. Bejaht man die Arbeitnehmereigenschaft, ist die andere Partei des Arbeitsvertrages Arbeitgeber.

In Sachverhalten arbeitsrechtlichen Drittbezugs³ wird das zweiseitige Arbeitsverhältnis auf Arbeitgeberseite um einen Dritten erweitert, welcher Einfluss auf das Rechte- und Pflichtengefüge des Vertragsarbeitsverhältnisses nimmt. In vielen der Sachverhalte besteht die Einflussnahme in der Ausübung von Arbeitgeberfunktionen. Aus diesem Grund wird seit langem darüber nachgedacht, den Dritten neben oder anstelle des Vertragsarbeitgebers als Arbeitgeber einzubeziehen. Ausgehend von der allgemeinen Begriffsdefinition ist damit grundsätzlich

¹ Aus dem Jahre 1847: *Biedermann*, abgedruckt in *Schraepler*, Quellen zur Geschichte der sozialen Frage in Deutschland, S. 91; aus dem Jahre 1851: *von Daniels*, Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechts, S. 252; aus dem Jahre 1884: *von Landmann*, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, S. 357.

² „Der Arbeitgeber steht nicht im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses“, *Konzen*, ZfA 1982, 259, 289; „hervorzuheben ist, dass die Rechtsprechung der Rolle des Arbeitnehmers mehr Aufmerksamkeit gewidmet zu haben scheint als der des Arbeitgebers“, Schlussanträge des Generalanwalts vom 26.11.2019 (Pikamäe), Rs. C-610/18 AFMB, Rn. 42; „der Arbeitgeberbegriff hat geringere Bedeutung“, *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 121; „der Arbeitgeberbegriff [wird] oft eher beiläufig behandelt“, *Riesenhuber*, EuZA 2021, 133; grundlegend zum Arbeitgeberbegriff *Mehrhoff*, Die Veränderung des Arbeitgeberbegriffs, S. 24 ff.; *Prassl*, The Concept of the Employer, S. 155 ff.; *Däubler*, KJ 2013, 133 ff.; *Krebbber*, in: Brose/Greiner/Rolfs u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Preis, S. 699 ff.

³ Terminologie zurückgehend auf *Konzen*, ZfA 1982, 259 ff.; Bezeichnung als „arbeitsrechtliche Dreiecksbeziehung“ in BAG vom 9.9.1982, Az. 2 AZR 253/80, AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 1, II. 2. a. der Gründe oder „drittbezogener Personaleinsatz“ in BAG vom 15.7.1992, Az. 7 AZR 398/91, BeckRS 1992, 30741746, I. 3. der Gründe; BAG vom 5.12.2012, Az. 7 ABR 48/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 81, Rn. 19; von einer „Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen“ spricht *Ramm*, ZfA 1973, 263 ff.; diese Bezeichnung geprägt hat später *Weber*, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, passim; zur Terminologie auch *Bücker*, SF 2015, 220, 222.

eine Stellung des Dritten als Partei des Arbeitsvertrages gemeint. Der Diskurs um Sachverhalte arbeitsrechtlichen Drittbezugs hat jedoch auch andere, von diesem Verständnis abweichende Lesarten des Arbeitgeberbegriffs hervorgebracht. Charakteristikum dieser Ansätze ist, dass die Arbeitgeberstellung an alternative rechtliche Grundlagen wie das Weisungsrecht, die Eingliederung oder die wirtschaftliche Disposition über die Arbeitsleistung geknüpft wird. Infolge der Entkoppelung von Vertragspartner- und Arbeitgeberstellung ergeben sich dann auch auf Rechtsfolgenseite gänzlich neue Definitionen des Arbeitgeberbegriffs.

II. Ziel und Gang der Untersuchung

Sachverhalte arbeitsrechtlichen Drittbezugs bieten wegen der Abweichungen vom Normalarbeitsverhältnis Anlass, die unterschiedlichen Verständnisse des Arbeitgeberbegriffs und die rechtlichen Grundlagen der Arbeitgeberstellung wissenschaftlich zu untersuchen. Hierfür werden im ersten Kapitel zunächst die Lebenssachverhalte arbeitsrechtlichen Drittbezugs sowie deren rechtliche Probleme erörtert.

Im zweiten Kapitel stehen dann die Ansätze zur arbeitsrechtlichen Bewältigung des Drittbezugs im Zentrum. Dargestellt werden das Individualarbeitsrecht, das kollektive Arbeitsrecht sowie das Internationale Prozess- und Privatrecht. Systemisierungskriterium der Ausführungen sind die Rechtsfolgen. Neben der Einbeziehung des Dritten als andere Partei des Arbeitsvertrages gilt dabei den Arbeitgeberlösungen, welche nicht auf den Vertrag als rechtliche Grundlage zurückgreifen, ein besonderes Augenmerk. Insbesondere die hiermit verbundene Neudefinition des Arbeitgeberbegriffs bedarf genauerer Beleuchtung und systematischer Einordnung. Um das Bild zu vervollständigen, sollen anschließend noch die Nichtarbeitgeberlösungen vorgestellt werden, welche schon konzeptionell einen grundverschiedenen Ansatz verfolgen. Anstatt den Dritten als Arbeitgeber umfassend einzubeziehen, werden Lösungen für konkrete Rechtsprobleme gesucht.

Im dritten Kapitel liegt der Fokus auf dem Arbeitgeberbegriff des Individualarbeitsrechts. Zunächst wird die historische Begriffsentstehung nachgezeichnet. Überdies soll das Begriffsverständnis der überwiegenden Meinung beleuchtet werden. Schließlich gilt es, die im zweiten Kapitel herausgearbeiteten nichtvertraglichen Arbeitgeberbegriffe auf ihre Vereinbarkeit mit zivil- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu überprüfen. Dabei wird sich zeigen, dass durch die Entkoppelung von Arbeitgeber- und Vertragspartnerstellung Friktionen mit dem zivilrechtlichen Willensprinzip und der verfassungsrechtlichen Vertragsfreiheit von Drittem und Arbeitnehmer entstehen. Diese Friktionen sind derart gewichtig, dass zu untersuchen sein wird, ob die Überlegungen überhaupt mit der Rechtsordnung vereinbar sind.

III. Stand der Forschung

Die rechtlichen Probleme arbeitsrechtlichen Drittbezugs und deren Behandlung wurden grundlegend, mehrfach auch monografisch, behandelt⁴. Ihren Höhepunkt erreichte die Debatte in den 1980ern.

Charakterisiert ist die Auseinandersetzung durch das Denken in Sachverhaltskategorien: Erörtert werden das Arbeitsverhältnis im Konzern⁵ oder die Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung⁶. In jüngerer Vergangenheit sind die Plattformarbeit⁷ und die Arbeit in Matrixstrukturen⁸ in den Fokus gerückt.

⁴ Vergleiche insbesondere *Mayer-Maly*, ZfA 1972, 1 ff.; *Ramm*, ZfA 1973, 263 ff.; *Birk*, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, S. 127 ff.; *Müllner*, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, S. 18 ff.; *Martens*, in: Gamillscheg/Hueck/Wiedemann (Hrsg.), 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 367 ff.; *Konzen*, ZfA 1982, 259 ff.; *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 25 ff.; *Henssler*, Der Arbeitsvertrag im Konzern, S. 34 ff.; *Coen*, RdA 1983, 348 ff.; *Konzen*, RdA 1984, 65 ff.; *Martens*, ZGR 1984, 417 ff.; *Konzen*, ZHR 151 (1987), 566 ff.; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 67 ff.; *Weber*, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, S. 38 ff.; *Worpenberg*, Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, S. 111; *Henssler*, NZA 1994, 294 ff.; *Konzen*, in: Schmidt/Dörner (Hrsg.), Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, S. 171 ff.; *Krebber*, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, S. 121 ff.; *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, S. 1105 ff.; *Krüger*, Arbeitgeberähnliche Pflichten des Dritten in arbeitsrechtlichen Dreieckskonstellationen, S. 28 ff.

⁵ *Martens*, in: Gamillscheg/Hueck/Wiedemann (Hrsg.), 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 367 ff.; *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 25 ff.; *Henssler*, Der Arbeitsvertrag im Konzern, S. 34 ff.; *Konzen*, RdA 1984, 65 ff.; *Martens*, ZGR 1984, 417 ff.; *Konzen*, ZHR 151 (1987), 566 ff.; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 67 ff.; *Konzen*, in: Schmidt/Dörner (Hrsg.), Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, S. 171 ff.; *Rid*, NZA 2011, 1121 ff.; *Tucci*, Arbeitnehmermobilität im Konzern, S. 28 ff.; *Boetzkes*, Die Konzernmutter als Arbeitgeberin im französischen Recht, S. 181 ff.; *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, S. 1105 ff.

⁶ *Mayer-Maly*, ZfA 1972, 1 ff.; *Ramm*, ZfA 1973, 263 ff.; *Mayer*, AuR 1974, 353 ff.; *Heinze*, ZfA 1976, 183 ff.; *Walker*, AcP 194 (1994), 295 ff.; *Wagner*, Rechtsverhältnisse der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung unter besonderer Berücksichtigung der langfristigen nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung; *Reinsch*, Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter, S. 29 ff.; *Li*, Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor dem Entleiher, S. 84 ff.; *Hirsch-Hottes*, Arbeitnehmerüberlassung aus vertragsrechtlicher Perspektive, S. 131 ff.; *Raab*, in: Brose/Greiner/Rolfs u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Preis, S. 977 ff.

⁷ Vergleiche insbesondere die monografischen Auseinandersetzungen mit der Thematik von *Pacha*, Crowdwork; *Walzer*, Der arbeitsrechtliche Schutz der Crowdworker; *Martin*, Crowdwork; *Mayr*, Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbständiger am Beispiel der Plattformarbeit; *Kreß*, Crowdwork; *Schneider-Dörr*, Crowd Work und Plattformökonomie; *Rentschler*, Arbeitsrechtlicher Schutz und moderne Erwerbsverhältnisse.

⁸ *Krebber*, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, S. 17 ff.; *Wisskirchen/Bissels*, DB 2007, 340 ff.; *Maywald*, Der Einsatz von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen multinationaler Konzerne, S. 35 ff.; *Bauer/Herzberg*, NZA 2011, 713 ff.; *Dörfler/Heidemann*, AiB 2012, 196 ff.; *Neufeld*, AuA 2012, 219 ff.; *Meyer*, NZA 2013,