

Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

81

Sebastian Beckerle

# Drittpersonaleinsatz im Arbeitskampf



**Nomos**

**Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln  
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München  
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München  
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 81

Sebastian Beckerle

# Drittpersonaleinsatz im Arbeitskampf



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6434-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0557-8 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Sommer 2019 als Dissertation angenommen. Hinsichtlich Rechtsprechung und Literatur ist die Untersuchung weitestgehend auf dem Stand von Februar 2019. Insbesondere der Beschluss des BVerfG vom 25. Februar 2019 (1 BvR 842/17), mit dem die Außervollzugsetzung des § 11 V AÜG im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG abgelehnt wurde, ist somit berücksichtigt. Die Entscheidung über die erhobene Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache bleibt abzuwarten.

Ein ganz herzlicher Dank gilt meinem sehr geschätzten Doktorvater Universitätsprofessor Dr. Frank Bayreuther. Seine Vorlesungen und die Mitarbeit an seinem Lehrstuhl haben meine Begeisterung speziell für das Arbeitsrecht sowie für wissenschaftliches Arbeiten im Allgemeinen geweckt und weiter verstärkt. Für seine langjährige persönliche Förderung bin ich ihm außerordentlich dankbar.

Weiterhin danke ich Herrn Universitätsprofessor Dr. Bernd Waas, der mir im Rahmen der Assistententätigkeit an seinem Lehrstuhl wertvollen Freiraum und Gelegenheit zu eigener Lehre und Forschung ermöglicht hat. Den persönlichen Austausch mit ihm habe ich stets sehr geschätzt.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern Sylvia und Klaus Beckerle, die meinen gesamten Werdegang mit unerschöpflicher Hingabe geprägt und unterstützt haben. Ihnen beiden ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, November 2019



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
§ 1 Einleitung	19
A. Einführung in die Thematik	19
B. Gang der Darstellung	20
§ 2 Bedeutung und Erscheinungsformen des Drittpersonaleinsatzes	22
A. Begriff und Bedeutung	22
B. Gründe für den Einsatz von Drittpersonal	24
C. Formen des Drittpersonaleinsatzes	27
I. Arbeitnehmerüberlassung	27
II. Werkverträge	30
1. Allgemeines	30
2. Inhaltliche Kriterien und die Problematik der Scheinwerkverträge	31
III. Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträge	33
IV. Industriedienstleister	33
V. Freie Mitarbeit	34
VI. Sonderregelungen im öffentlichen Dienst	35
D. Abgrenzungsfragen	35
I. Bedeutung	36
II. Praktische Schwierigkeiten	37
III. Kriterien	38
1. Arbeitnehmerüberlassung und sonstiger Drittpersonaleinsatz	39
a) Legaldefinition des § 1 I 2 AÜG	39
b) Kombination mit § 611a BGB	41
c) Kriterien in Rechtsprechung und Literatur	42
aa) Eingliederung in den Betrieb	44
bb) Ausübung der Weisungsrechte	45
cc) Weitere Indizien	48
(1) Bestimmung des Leistungsgegenstandes	49
(2) Gewährleistungsregeln	49

(3) Unternehmerrisiko	50
(4) Behördliche Verwaltungsrichtlinien	51
dd) Darlegungs- und Beweislast	52
d) Ergebnis	53
2. Freie Mitarbeit bzw. (Solo-)Selbständigkeit und Arbeitnehmer	54
E. Ergebnis	55
§ 3 Drittpersonal im Arbeitskampf	57
A. Grundsätzliche Einordnung und Bedeutung	57
I. Klassische Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeber	57
II. Strategie der optimalen Betriebsfortführung	59
1. Versetzung, Umsetzung	59
2. Anordnung von Mehrarbeit	60
3. Streikbruchprämien	60
4. Einsatz zusätzlicher Arbeitskräfte	61
III. Grundsätzliches zum Streikbruch	61
1. Begriff des Streikbruchs	62
2. Zulässigkeit des Streikbruchs	63
B. Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitskampf	65
I. Ausgangssituation	65
II. Divergierende Interessen im bestreikten Entleihbetrieb	67
1. Perspektive des Leiharbeitnehmers	67
2. Perspektive des Entleihers	68
3. Perspektive des Verleihers	69
4. Ergebnis	69
III. Tarifvertragliche Streikklauseln	69
IV. Gesetzeslage vor der AÜG-Reform 2017	71
1. Gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht	71
2. Bewertung	71
V. Inhalt des neuen § 11 V AÜG	74
1. Gesetzgebungshistorie	74
2. Anwendungsbereich der Norm	75
a) Bereichsausnahmen	75
aa) Änderungen infolge der AÜG-Reform 2017	76
bb) Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung	76
b) Andere Formen des Drittpersonaleinsatzes	77
c) Gemeinschaftsbetrieb	77
d) Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung	78

3. Das Einsatzverbot gemäß § 11 V 1 u. 2 AÜG	78
a) Adressat der Vorschrift	78
b) Regelungsgehalt	79
aa) Leiharbeitnehmer	79
bb) Unmittelbare Betroffenheit	79
cc) Betriebsbezogenheit des Einsatzverbots	81
dd) Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs	82
c) Ausnahmevorschrift des § 11 V 2 AÜG	85
aa) Genese und Funktion	85
bb) Voraussetzungen	86
cc) Reichweite	87
dd) Umgehungsmöglichkeiten	89
d) Rechtsfolgen und Durchsetzung	90
aa) Zivilrechtliche Konsequenzen	90
(1) Sanktionierung durch das AÜG	90
(2) Entleiher - Leiharbeitnehmer	91
(3) Verleiher - Leiharbeitnehmer	92
(4) Verleiher - Entleiher	96
bb) Öffentlich-rechtliche Konsequenzen	98
(1) Ordnungswidrigkeitenrecht	98
(2) Gewerberecht	100
(3) Verfahren	102
cc) Durchsetzung des Einsatzverbots	103
(1) Leiharbeitnehmer	103
(2) Gewerkschaften	105
4. Leistungsverweigerungsrecht, § 11 V 3 u. 4 AÜG	107
a) Anwendungsbereich	107
b) Relevanz	108
c) Voraussetzungen	110
aa) Unmittelbare Betroffenheit	110
bb) Betriebsbezogenheit des Leistungsverweigerungsrechts	110
cc) Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs	111
dd) Geltendmachung	113
d) Hinweispflicht des Verleihers	113
e) Rechtsfolgen bei Ausübung	114
aa) Verleiher - Leiharbeitnehmer	114
bb) Verleiher - Entleiher	116
5. Verhältnis des § 11 V AÜG zu tarifvertraglichen Streikklauseln	117

VI. Rechtliche Bewertung des § 11 V AÜG	118
1. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	118
2. Vereinbarkeit mit internationalem Recht	119
3. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	121
a) Qualifizierung des Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitnehmern	122
b) Koalitionsfreiheit der Entleiher aus Art. 9 III GG	124
aa) Freiheit der Kampfmittelwahl	124
(1) Eingriff oder Ausgestaltung?	125
(2) Funktion der freien Kampfmittelwahl	127
(3) Ergebnis	127
bb) Staatliche Neutralitätspflicht	128
(1) Gewährleistungsgehalt	128
(2) Verletzung durch Neufassung des § 11 V AÜG?	129
(a) Legislative Gestaltungsfreiheit	129
(b) Bewertung	131
cc) Unzulässige Verschiebung der Kampfparität?	132
(1) Inhalt des Paritätsprinzips	132
(2) Ausgeglichene Verhältnisse unter § 11 V AÜG a.F.?	134
(3) Verschiebung durch neue gewerkschaftliche Kampfmittel?	135
(a) Tendenzen der jüngeren Rechtsprechung	135
(b) Einsatzverbot überflüssig?	136
(c) Ergebnis	137
(4) Neufassung zur Wiederherstellung der Parität geboten?	138
(5) Kampfparität unter dem neuen § 11 V AÜG	139
dd) Ergebnis	141
c) Unternehmerische Freiheit der Entleiher aus Art. 12 I, 14 GG	141
d) Unternehmerische Freiheit der Verleiher aus Art. 12 I, 14 GG	143
e) Negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeitnehmer aus Art. 9 III GG	143
f) Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer aus Art. 12 I GG	146
g) Ergebnis	148
4. Rechtsvergleichende Perspektive	148
5. Ergebnis	150

C. Sonstige Formen des Drittpersonaleinsatzes im Arbeitskampf	150
I. Einschlägigkeit des § 11 V AÜG	150
1. Unmittelbare Anwendung	151
2. Analoge Anwendung	151
a) Voraussetzungen der Analogie	151
b) Verbot sanktionsbegründender Analogie	152
3. Ergebnis	153
II. Sonderbereich des öffentlichen Dienstes	153
D. Neueinstellungen im Arbeitskampf	154
I. Arbeitskampfrechtliche Einordnung	154
II. Möglichkeiten der Vertragsgestaltung	155
1. Befristung mit Sachgrund	155
a) Vorübergehender Arbeitskräftebedarf	155
b) Vertretung	157
2. Befristung ohne Sachgrund	157
3. Auflösende Bedingung	158
4. Teleologische Einschränkung im Arbeitskampf?	159
5. Ergebnis	160
III. Kündigungsrechtliche Aspekte	161
E. Ergebnis	163
§ 4 Betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen	165
A. Grundsätzliches	165
I. Arbeitskampf und Betriebsverfassung	165
II. Notwendige Modifikationen der Beteiligungsrechte	169
B. Einsatz von Leiharbeitnehmern	174
I. Allgemeines	174
II. Beteiligungsrechte im Entleihbetrieb	175
1. Mitbestimmungsrechte	175
a) Allgemeines	175
b) Erfordernis einer arbeitskampfkonformen Interpretation	177
c) Verfahren und Durchsetzung	178
d) Ergebnis	181
2. Mitwirkungs- und Beratungsrechte	182
3. Informationsrechte	184
C. Einsatz von Werk-/Dienstvertragsnehmern	187
I. Mitbestimmungsrechte	187

## *Inhaltsverzeichnis*

II. Mitwirkungs- und Beratungsrechte	190
III. Informationsrechte	191
D. Beschäftigung von freien Mitarbeitern	192
E. Neueinstellungen	194
F. Ergebnis	195
§ 5 Zusammenfassung und Ausblick	197
A. Bedeutung des Drittpersonaleinsatzes	197
B. Formen des Drittpersonaleinsatzes und Abgrenzungsfragen	197
C. Verteidigungsmöglichkeiten bestreikter Arbeitgeber	198
D. Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitskampf	198
E. Sonstige Formen des Drittpersonaleinsatzes im Arbeitskampf	200
F. Neueinstellungen im Arbeitskampf	200
G. Betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen	201
H. Ausblick	202
Literaturverzeichnis	203

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht aktuell
ArbRB	Arbeitsrechtsberater
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
ausf.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung
Beil.	Beilage

## *Abkürzungsverzeichnis*

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BR	Bundesrat
BRAB	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BT(AAS)	Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZA	Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CLLPJ	Comparative Labor Law and Policy Journal
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
endg.	endgültig
ESC	Europäische Sozialcharta
etc.	et cetera

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FW-AÜG	Fachliche Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
GewA	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRC	Charta der Grundrechte
grdl.	grundlegend
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HDE	Handelsverband Deutschland
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
idS.	in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis
IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
iGZ	Interessenverband deutscher Zeitarbeitsunternehmen
ILO	International Labour Organization
insb.	insbesondere
intern.	international
iSd.	im Sinne des
IT	Informationstechnologie
iVm.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	Buchstabe
LSG	Landessozialgericht

## *Abkürzungsverzeichnis*

MuSchG	Mutterschutzgesetz
mwN.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
p.	page
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannt
SPA	Schnellbrief für Personalmanagement und Arbeitsrecht
SR	Soziales Recht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
Tz.	Teilziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.	und
u.a.	und anderes

überw.	überwiegend
urspr.	ursprünglich
usw.	und so weiter
v.	von/vom
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Voraufl.	Vorauslage
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung
ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
zB.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zsfg.	Zusammenfassung
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes



## § 1 Einleitung

### A. Einführung in die Thematik

Eine der Kernaufgaben der arbeitsgerichtlichen Judikatur liegt aufgrund der nur marginalen gesetzlichen Bestimmungen seit Jahrzehnten in der Etablierung und Ausgestaltung von Regeln für Arbeitskämpfe. Dabei ist zu konstatieren, dass gerade in diesem Bereich das Recht und die Rechtsprechung tatsächliche Entwicklungen oftmals erst im Nachgang einer – je nach Blickwinkel mehr oder weniger – sinnvollen juristischen Lösung zu führen können.<sup>1</sup> Als Gradmesser steht hierfür nicht viel mehr als die grundgesetzliche Gewährleistung des Art. 9 III GG zur Verfügung, mit der in erster Linie der Schutz der Tarifautonomie bezweckt wird.<sup>2</sup> Diese für die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland elementare Sozialpartnerschaft, auf kollektiver Ebene staatsfern in eigener Verantwortlichkeit für ausgeglichene Arbeitsverhältnisse Sorge zu tragen,<sup>3</sup> basiert logisch-notwendigerweise auf der Vorstellung ungefähr gleichwertig ausbalancierter Kräfteverhältnisse, bilden eben diese die Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Systems.

Vor diesem Hintergrund wird das Arbeitskampfrecht in besonderem Maße durch eine hohe Dynamik geprägt, da es im Lauf der Zeit immer wieder aufs Neue einer Anpassung an veränderte Umstände bedarf. Bereits der Übergang von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft ging mit einem grundlegenden Wandel der Arbeitswelt einher. Mittlerweile haben sich neue Beschäftigungsformen als alltäglich etabliert, ein Prozess, der sich in Anbetracht der unaufhaltsam fortschreitenden Digitalisierung eher noch verstärken dürfte. All diese Entwicklungen schlagen sich letztlich – bisweilen zeitlich versetzt – auch in tariflichen Auseinandersetzungen nieder.

Der verfassungsrechtlich determinierte Raum, innerhalb dessen über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen zu

---

1 Treffend *Schmitz-Scholemann*, NZA 2012, 1001, 1004: „[...] historisch gesehen war erst der Arbeitskampf, dann kam das Arbeitskampfrecht“.

2 St. Rspr. seit *BVerfG* v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, NJW 1954, 1881, 1882.

3 *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 55 ff.

urteilen ist, belässt einen Gestaltungsfreiraum sowohl für die Legislative als auch für die Judikative.

Mit den Entscheidungen zu Sympathiearbeitskampf<sup>4</sup> und Flashmob<sup>5</sup> hat das Bundesarbeitsgericht ganz im Sinne des eingangs beschriebenen Anpassungserfordernisses eine Erweiterung gewerkschaftlicher Befugnisse im Kampfgeschehen anerkannt.

Auf der anderen Seite ist der Gesetzgeber ebenfalls tätig geworden: Im Zuge der AÜG-Novellierung 2017<sup>6</sup> wurden die Rahmenbedingungen für eine Beschäftigung von Drittpersonal generell überarbeitet und mit dem Verbot des Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitnehmern zugleich eine dezidiert arbeitskampfrechtliche Regelung geschaffen. Hierdurch wurde der Arbeitgeberseite ein Instrument entzogen, welches zuvor in Arbeitskämpfen verbreitet zur Streikabwehr genutzt worden war.<sup>7</sup>

All dies vor Augen, verdient der Drittpersonaleinsatz im Arbeitskampf einer eingehenderen Betrachtung. Letztlich ist damit nämlich auch die immer häufiger gestellte Frage<sup>8</sup> zu beantworten, ob bestreikten Arbeitgebern überhaupt noch taugliche – und wenn ja, welche? – Gegenmittel zur Verfügung stehen.

## B. Gang der Darstellung

Die vorliegende Untersuchung beleuchtet zunächst den Einsatz von Drittpersonal aus allgemeiner Perspektive (§ 2), wobei als Ausgangspunkt die zugrunde liegenden Motive und dessen stetig wachsende Bedeutung in den Blick genommen werden. Im Anschluss bedarf es einer Erörterung der für eine Reihe von Folgefragen relevanten Kriterien für die Abgrenzung der unterschiedlichen Erscheinungsformen.

Im Hauptteil wendet sich die Darstellung den arbeitskampfrechtlichen Implikationen zu (§ 3). Eingang sollen der Drittpersonaleinsatz in das Gesamtgefüge des Arbeitskamps eingeordnet sowie weitere Möglichkeiten

---

4 BAG v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

5 BAG v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

6 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21.02.2017, BGBl. 2017 I, S. 258.

7 Vgl. *Dierig*, KiK setzt Leiharbeiter als Streikbrecher ein, *Die WELT* v. 30.11.2014; *Bognanni*, Real heuert Streikbrecher über Briefkastenfirma an, *Handelsblatt* v. 01.07.2015.

8 IdS. etwa *Greiner*, *NJW* 2010, 2977; *Wank*, *RdA* 2017, 100, 114; *Willemsen/Mehrens*, *NZA* 2015, 897, 901.

des Arbeitgebers zur Reaktion auf einen Streik aufgezeigt werden. In diesem Kontext ist auch die generelle Zulässigkeit des Streikbruchs zu klären.

Anschließend wird der Fokus auf die Arbeitnehmerüberlassung als das am stärksten gesetzlich reglementierte Institut gelegt. Im Zentrum des Interesses steht insoweit die Neufassung des § 11 V AÜG, welche sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Rechtsfolgen als auch im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht, internationalem Recht und insbesondere Verfassungsrecht zu untersuchen ist.

Nach einer Betrachtung der sonstigen Formen des Drittpersonaleinsatzes folgt ein Abschnitt zu arbeitskampfbedingten Neueinstellungen, wobei vor allem potenzielle Wege der Vertragsgestaltung dargelegt werden.

Den Auswirkungen eines Drittpersonaleinsatzes im Arbeitskampf auf die Betriebsverfassung ist schließlich § 4 gewidmet. Ausgehend von der Erläuterung des insoweit bestehenden generellen Spannungsverhältnisses wird die Notwendigkeit arbeitskampfkonformer Beschränkungen einzelner Beteiligungsrechte erörtert. Hieran anknüpfend sind sodann für die einzelnen Erscheinungsformen des Drittpersonaleinsatzes Voraussetzungen und Reichweite der in Betracht kommenden Partizipationsrechte des Betriebsrats zu untersuchen.

## § 2 Bedeutung und Erscheinungsformen des Drittpersonaleinsatzes

### A. Begriff und Bedeutung

Bevor im Folgenden auf ausschlaggebende Motive und Interessenlagen sowie unterschiedliche Erscheinungsformen des Einsatzes von Drittpersonal einzugehen ist, soll zunächst eine Klärung der Begrifflichkeit vorgenommen sowie dessen allgemeine Bedeutung kurz hervorgehoben werden.

Unter Drittpersonaleinsatz versteht man ein generelles Phänomen, bei dem ein Unternehmen bei der Ausübung seiner Geschäftstätigkeiten anstelle von bereits tätigen, eigenen Beschäftigten auf anderweitiges Personal zurückgreift, wie auch der synonym zu gebrauchende Terminus Fremdpersonal zum Ausdruck bringt. Für diese allgemeine Zuordnung ist die hierfür im konkreten Fall gewählte Rechtsform zunächst ohne Belang. Maßgeblich ist insoweit vielmehr allein, dass bestimmte Tätigkeiten fortan nicht (mehr) durch das dem Arbeitgeber bislang ohnehin zur Verfügung stehende Reservoir an Arbeitskräften abgedeckt werden.

Dem Einsatz von Fremdpersonal steht nahezu antagonistisch das sog. Normalarbeitsverhältnis als arbeitsrechtlicher Idealtypus gegenüber, welches seit Jahren eine rückläufige Verbreitung verzeichnet.<sup>9</sup> Die lange Zeit das rechtswissenschaftliche Verständnis prägende Vorstellung eines Arbeitnehmers, der unbefristet in Vollzeit dauerhaft bei ein und demselben Arbeitgeber tätig wird, erscheint heute bisweilen als Relikt vergangener Tage. Diese Entwicklung hat eine Vielzahl rechtlicher, aber auch soziologischer und ökonomischer Fragestellungen aufgeworfen, wie nicht zuletzt die Wahl des arbeits- und sozialrechtlichen Themenschwerpunkts auf dem 68. Deutschen Juristentag im Jahr 2010 belegt.<sup>10</sup>

Gleichzeitig sind auf der anderen Seite neue Beschäftigungsformen<sup>11</sup> entstanden, die den Bedürfnissen einer globalisierten Arbeitswelt ange-

---

<sup>9</sup> Zu den Auswirkungen *Schubert*, NJW 2010, 2613, 2614 ff.

<sup>10</sup> „Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?“, vgl. hierzu *Waltermann*, Gutachten B zum 68. DJT.

<sup>11</sup> Zu dieser Terminologie *BSWW/Wank*, Neue Beschäftigungsformen, S. 8.

passt sind. Auf europäischer Ebene wurde und wird dies unter dem Begriff der „*flexicurity*“ (Neologismus aus flexibility und security) diskutiert.<sup>12</sup> So ist die Arbeitswirklichkeit in Deutschland inzwischen eben auch in nicht unwesentlicher Anzahl etwa durch Teilzeitverhältnisse, befristete Arbeitsverhältnisse, Minijobs, Leiharbeiter und Soloselbständige gekennzeichnet, die häufig unter dem Oberbegriff prekäre bzw. atypische Beschäftigungsverhältnisse zusammengefasst werden. Im Zeitraum von 1991 bis 2015 ist der Anteil der „Normalarbeitnehmer“ von 79% aller Erwerbstätigen auf 69% zurückgegangen, während gleichzeitig der Anteil der atypisch Beschäftigten von 13% auf 21% gestiegen ist.<sup>13</sup>

In diese Gemengelage, die *Deinert* treffend als „Segmentierung der Belegschaften“<sup>14</sup> bezeichnet, fügt sich eine ebenfalls zu registrierende Zunahme des Drittpersonaleinsatzes ein. Insbesondere das Institut der Arbeitnehmerüberlassung hat – nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer deutlichen Liberalisierung im Zuge der Hartz-Reformgesetzgebung<sup>15</sup> – über einen längeren Zeitraum hinweg einen regelrechten Boom erfahren. Waren im Jahr 2003 noch ca. 330.000 Leiharbeiter in Deutschland beschäftigt, so ist diese Zahl auf ca. 1,006 Millionen im Juni 2016 angestiegen.<sup>16</sup>

Demgegenüber lässt sich die Verbreitung von Werk- und (noch weniger bei) Dienstverträgen nur erheblich schwerer bemessen. Zur Ermittlung einer ungefähren Größenordnung sind hierfür vor allem punktuell in Betrieben stattfindende Befragungen aufschlussreich. Im Organisationsbereich der IG Metall zeigte sich etwa für die Automobilindustrie, dass den im Jahr 2013 tätigen 763.000 Stammarbeitskräften 100.000 Leiharbeitskräfte und 250.000 Werkvertragsarbeitskräfte gegenüberstanden.<sup>17</sup> Vergleichbare Zahlen förderte eine repräsentative Stellenerhebung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, der Forschungseinrichtung der Bundesagentur für Arbeit, zu Tage, wonach im vierten Quartal 2015 rund 26.000 Betriebe und Verwaltungen sog. On-Site-Werkverträge (zu

---

12 Grünbuch der Europäischen Kommission „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“, KOM(2006) 708 endg.

13 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2016, S. 347.

14 *Deinert*, RdA 2014, 65, 66 ff.; zu den Folgen eines wachsenden Niedriglohnssektors *Waltermann*, in: Latzel/Picker, Neue Arbeitswelt, S. 1 (S. 3 ff.).

15 Siehe insb.: Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl. 2002 I, S. 4607.

16 Statistik der BA, Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Juli 2017, S. 6.

17 *Hertwig/Kirsch/Wirth*, Werkverträge im Betrieb, S. 22; weitere Zahlenbeispiele zum Einsatz von Externen bei *Becker/Tuengerthal*, BB 2016, 2229, 2234.