

*Dr. Rolf Geffken*

## **Mit dem Werkvertrag gegen das Arbeitsrecht?**

- Über Audi, VW und bloße „Rechtsinterpretationen“

*Es gab eine Zeit, in der die abstrakte Diskussion darüber, was den Werkvertrag vom Dienstvertrag oder vom Arbeitsvertrag unterscheidet, eigentlich nur Jurastudenten interessierte oder sagen wir eher: beschäftigte. Denn „begeistert“ wurden solche Diskussionen nicht geführt. Das hat sich in den letzten Jahren erheblich geändert. Inzwischen findet diese Diskussion nicht mehr auf den Fluren der juristischen Fakultäten sondern quasi auf der Straße statt: Sie ist in aller Munde. Doch da es trotz allen politischen Interesses eine juristische Diskussion ist und bleibt, scheint es notwendig den rechtlichen Kern dieser in höchstem Masse relevanten Debatte offenzulegen. Nur so wird nachvollziehbar, was juristisch „vertreten“ werden kann und was politisch gefordert werden sollte. Beides steht in einem komplizierten unauflöslichem Zusammenhang. Dabei wird auf die Hintergründe des wohl spektakulärsten Grundsatzprozesses dieser Tage, nämlich das Verfahren von Testfahrern und Getriebetechnikern der Firmen Audi AG und VW AG genauer eingegangen.*

Der Grund für die breite Debatte ist nicht etwa, dass sich an den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches etwas geändert hätte. Im Gegenteil: Die Vorschriften über den Werkvertrag und jene über den Dienstvertrag sind im Wesentlichen seit Jahrzehnten unverändert. Geändert hat sich etwas ganz anderes: Der ständig gewachsene Bedarf der großen Unternehmen nach arbeitsrechtlichen Substandards oder genauer: nach Beschäftigungsverhältnissen außerhalb, neben oder „unter“ dem Arbeitsrecht. Das in langen Kämpfen der Unternehmerseite abgerungene Arbeitsrecht war immer ein Kompromiss. Aber seine Grundfunktion und sein Grundzweck waren und sind der Schutz abhängiger Lohnarbeit vor den Übergriffen der Kapitaleseite. Arbeitsrecht war und ist Schutzrecht. Deshalb ist es in den meisten industriell entwickelten Staaten auch als öffentliches Recht ausgestaltet, indem der Staat selbst die Einhaltung von Verbotsnormen kontrolliert, um die anerkannten Interessen der abhängig Beschäftigten zu schützen. In Deutschland war - anders als etwa in Frankreich - dieser öffentlich-rechtliche Charakter des Arbeitsrechts weniger ausgestaltet. Dafür aber kam dem kollektiven Arbeitsrecht und dem Schutz arbeitsrechtlicher Standards durch Betriebsräte und Gewerkschaften eine umso größere Rolle zu. In jedem Falle ist es weltweiter Konsens, dass das Arbeitsrecht Arbeitnehmerschutzrecht ist.

Immer war das Arbeitsrecht auch interessegeleiteten „Interpretationen“ ausgesetzt, die seinen Grundcharakter sozusagen „von innen heraus“ relativieren oder unterlaufen sollten. So wirkte die in der Zeit des Faschismus kreierte Ideologie des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses noch lange über die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die an den juristischen Fakultäten gepredigte „herrschende Meinung“ über ein angeblich nicht-antagonistisches Arbeitsverhältnis nach. Die ideologische Verwässerung des Arbeitsrechts ist heute weit weniger spektakulär, obwohl sie uns immer noch in solchen Rechtsbegriffen wie der „Treuepflicht“ oder dem „Vertrauen“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begegnet. Zuletzt zeigte die Diskussion zu den sog. Bagatell-Kündigungen, wie

sehr nach wie vor die im Arbeitsrecht herrschende Rechtsauffassung von der subjektiven Umdeutung eines im Kern objektiv gegensätzlichen Rechtsverhältnisses geprägt ist (Fall Emmely)<sup>1</sup>.

## I.

Die aktuelle Lage ist komplexer: Die Diskussion um die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitsvertrag bzw. Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ist der Tatsache geschuldet, dass weite Kreise der Unternehmen längst nicht mehr allein das Arbeitsrecht „von innen heraus“ aushöhlen wollen, sondern versuchen, es schlicht zu umgehen.

Das in anderen Ländern als „subcontracting“ bezeichnete Verfahren bedeutet, dass die Unternehmer einfach Arbeitsvorgänge rechtlich ausgliedern. Ökonomisch bleiben diese dem Unternehmen voll zugänglich, rechtlich aber sind sie „außen vor“: Was sich vorher „outsourcing“ nannte oder was in Form von Unternehmensspaltungen oder „Betriebsübergängen“ ablief oder als „Leiharbeit“ ersetzt wurde, das ist heute schlicht „Fremdvergabe durch Werkverträge“: Outsourcing durch Unternehmensspaltungen, Betriebsübergänge oder Leiharbeit hatte und hat immer auch mit Widerständen zu tun: Betriebsräte, Gewerkschaften oder einzelne Beschäftigte konnten „einhalten“ aufgrund bestimmter arbeitsrechtlicher Regelungen. Besonders „verheerend“ für die Unternehmen: der sog. Equal-Pay-Grundsatz, nach dem Leiharbeiter im Prinzip in derselben Weise zu bezahlen sind wie festangestellte Arbeitnehmer.

Damit aber ist beim Werkvertrag Schluss. Ist dieser erst einmal rechtlich abgesichert, entwickeln sich innerhalb des Betriebes arbeitsrechtliche „Inseln“, in denen sich soziale Substandards verfestigen oder gar zum Regelfall werden. Dabei erweckt die mediale Berichterstattung über Fleischereibetriebe, Schiffswerften und Bauunternehmen den völlig falschen Eindruck, als seien von diesen Methoden in erster Linie kleinere oder mittelständische Unternehmen betroffen. Das Gegenteil ist richtig: Inzwischen ist das Werkvertragswesen längst in die Kernbereiche der großen Unternehmen, vor allem der Automobilindustrie eingedrungen. Selbst in der juristischen Fachdiskussion wird zur Kenntnis genommen, dass dort nur noch eine Fertigungstiefe von gerade einmal 20 % besteht und selbst in den Zentralbereichen wie Forschung und Entwicklung Werkvertragsfirmen eingesetzt werden.<sup>2</sup> In einer Umfrage der IG Metall gaben 1/3 der befragten Betriebsräte an, dass in ihrem Unternehmen Werkverträge eingesetzt würden, wobei sich ein weiteres Drittel „sicher“ war, dass auf diesem Wege Stammarbeitsplätze abgebaut würden.<sup>3</sup> Dass diese Zahlen eher zu niedrig angesetzt sind, ergibt sich aus der Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden des VW-Konzerns Bernd Osterloh zu einer Massenklage von im Konzern betroffenen Testfahrern und Technikern: „Bei Volkswagen gibt es keine Scheinwerkverträge. Die passen nicht zu unserer Unternehmenskultur.“<sup>4</sup>, wobei er hinzufügte, man werde „Hinweisen“ nachgehen.<sup>5</sup>

Anders bei der Daimler AG, wo der Gesamtbetriebsratsvorsitzende Erich Klemm erklärte, man überprüfe „sehr genau die laufenden Werkverträge“<sup>6</sup> und dabei die Umwandlung von

<sup>1</sup> Vgl. Geffken, Bagatellkündigungen, in: Business Crime Nr. 2/2009, S. 13 f.; ders., Die Dialektik von Recht und Politik – Erste Erfolge in der Emmely-Kampagne, in: Gestreikt.Gekündigt.Gekämpft.Gewonnen – Die Erfahrungen der „Emmely“-Kampagne (Hrsg. Komitee „Solidarität mit Emmely“), Frankfurt 2011, S. 61 ff. (der Beitrag war noch vor der Verkündung des bekannten Urteils des BAG vom 10. 6.2010 verfasst worden)

<sup>2</sup> Maschmann, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen, in: NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 2013, S. 1306; Karthaus/Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, in: NZA 2012, S. 417 ff.

<sup>3</sup> Karthaus/Klebe, a. a. O.

<sup>4</sup> Handelsblatt vom 02.09.2013

<sup>5</sup> ebd.

<sup>6</sup> Stuttgarter Zeitung vom 28.11.2013

1.400 Fremdarbeitsverhältnissen in Leiharbeitsverhältnisse durchsetzte.<sup>7</sup> Außerdem erhielten 100 von 350 Leiharbeitnehmern im Bereich Forschung und Entwicklung im Werk Sindelfingen eine Festanstellung. Im Tarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie wurde 2012 geregelt, dass bei Zeitarbeitnehmern nach 18 Monaten geprüft werden müsse, ob sie unbefristet übernommen werden könnten. Nach 24 Monaten müsse ein Übernahmeangebot gemacht werden. Tatsächlich gab der VW-Konzern im November 2013 bekannt, dass er etwa 1.500 Leiharbeitnehmern einen Festvertrag anbiete.<sup>8</sup>

Doch der im Laufe der letzten Jahre verbesserte Status der Leiharbeiter war und ist gerade **der Grund** für das Ausweichen der Unternehmen auf den Werkvertrag. In der Grauzone der werkvertraglichen Beschäftigung verliert sich oft das Kontrollrecht der Betriebsräte, denen genaue Angaben durch Unternehmen und Werkvertragsfirmen verwehrt werden und die - allerdings anders als bei den Testfahrern und Technikern im VW-Konzern - auch von den Betroffenen meist wenig Auskünfte erhalten.

## II.

Der Rückgriff auf den Werkvertrag ist zunächst auch für den Juristen nicht ganz verständlich. Denn während der Dienstvertrag und auch der Arbeitsvertrag Dienstleistungen, also „Arbeit“ in welcher Form auch immer, verlangen, ist es beim Werkvertrag: das Werk. Es sind also keine „Dienste“: Vielmehr wird ein „Produkt“ geschuldet, ein sog. Erfolg, nicht aber eine bloße Tätigkeit<sup>9</sup>.

Doch da setzt die Maschinerie scheinbarer „Rechtsauslegung“ an: Die Interpretation von Normen, die am Ende - ohne jede Legitimation - das Gesetz selbst zu verändern beginnt. „Werk“ ist inzwischen eben nicht mehr nur das gegenständliche Produkt, sondern längst mehr. Gewiss hat auch der Gesetzgeber des BGB beim Werkvertrag an mehr als nur an das stoffliche Produkt gedacht. Dies ist unstrittig. Doch besteht zwischen dem Beförderungsvertrag, einer Theateraufführung oder dem Sachverständigengutachten<sup>10</sup> einerseits und dem Outsourcing von ganzen Arbeitsprozessen ein gewaltiger qualitativer Unterschied. Es kann deshalb auch unter juristischen Gesichtspunkten nicht der These von Peters/Jacoby in dem berühmten Staudinger Kommentar zum BGB gefolgt werden, wonach die Einordnung von Verträgen inzwischen „vielfach eine Frage der schlichten Konvention“ sei.<sup>11</sup> Was sich faktisch als stabil erweist, kann auch der massenhafte Rechtsbruch sein. Das Faktische kann in einem Rechtsstaat niemals zur Rechtsquelle werden. Wenn man daher wie diese Autoren es einfach „dabei belassen“ will, was sich „eingebürgert“ hat<sup>12</sup>, so kapituliert die Rechtsinterpretation vor dem Rechtsbruch und wird zum reinen Rechtsnihilismus.

Diese grundlegende Weichenstellung muss beachten, wer alle dem folgenden Rechtskonstruktionen sachgerecht bewerten will: Der schrankenlose in die Arbeitswelt hineingreifende Werkvertrag hat letztlich die Aushöhlung gewachsener Belegschaftsstrukturen und damit die Spaltung der Belegschaft zum Ziel. Dieses Ziel aber ist in keiner Weise von der Rechtsordnung gebilligt. Im Gegenteil. Der 7. Senat des BAG hat in einem Beschluss vom 10.07.2013<sup>13</sup> festgestellt, dass das Verbot der dauerhaften

<sup>7</sup> ebd.

<sup>8</sup> Braunschweiger Zeitung vom 28.11.2013

<sup>9</sup> Vgl. Ulber, Hinschauen und Missbrauch vermeiden, in: AiB (Arbeitsrecht im Betrieb) 2014, S. 10 ff, 11

<sup>10</sup> Waas, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen - Abschlussbericht, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2012, S. 15

<sup>11</sup> Staudinger - Peters/Jacoby, BGB Kommentar, Vorbem. zu § 631 ff, Rn 28

<sup>12</sup> ebd.

<sup>13</sup> Az. 7 ABR 91/11, NZA 2013, S. 1296 ff. (1300)

Arbeitnehmerüberlassung „im kollektiven Interesse der Belegschaft ... deren Spaltung“ begrenze.<sup>14</sup>

In der betrieblichen Praxis kommt es deshalb weniger auf die Abgrenzung von Werkverträgen und Dienstverträgen an, sondern darauf, ob die Tätigkeit sog. Fremdpersonals in Erfüllung eines Werkvertrages erfolgt oder schlicht Arbeitnehmerüberlassung ist. Bei der Prüfung dieser Frage aber darf niemals übersehen werden, was soeben als Kernproblem der Thematik bezeichnet wurde.

### III.

Nach der Rechtsprechung der BAG liegt eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung und damit kein Werkvertrag vor, „wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dem Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers in dessen Interesse ausführen“.<sup>15</sup> Davon zu unterscheiden ist nach Auffassung der Rechtsprechung die Tätigkeit in einem Betrieb aufgrund eines Werk- oder auch Dienstvertrages mit einem Fremdunternehmen. In diesen Fällen werde ein solches Unternehmen selbst tätig, in dem es nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen die für den wirtschaftlichen Erfolg notwendigen Handlungen eigenverantwortlich organisiere.<sup>16</sup> Über die rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen der Fremdfirma und dem Arbeitgeber entscheidet nach Auffassung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts letztlich der Inhalt des Vertrages und zwar in Gestalt seiner **praktischen Durchführung**.<sup>17</sup>

Weisungen, die die Art und Weise der Arbeitsleistung betreffen, sollen nach Auffassung der Rechtsprechung eine Arbeitnehmerüberlassung indizieren (also noch nicht eindeutig belegen), sog. werkbezogene Anweisungen hingegen sollen zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung nicht ausreichen.<sup>18</sup> Die unterbliebene Geltendmachung von Gewährleistungsrechten im Falle von aufgetretenen Mängeln soll ein deutliches Indiz für einen Scheinwerkvertrag sein.<sup>19</sup> Hintergrund dieser Abgrenzung ist die berechnete Annahme, dass jemand nicht „Werkunternehmer“ sein kann, wenn er kein eigenes Unternehmensrisiko trägt.<sup>20</sup>

Die juristischen Gegenstrategien der Unternehmen setzen an verschiedenen Punkten an.

Zum einen pocht man darauf, dass „werkbezogene“ Anweisungen auch im Rahmen eines Werkvertrages nach § 645 BGB zulässig seien und bezeichnet sie als „fachlich-methodische Weisungen“, die auch als „arbeitsbegleitende Weisungen“ mit dem Werkvertrag vereinbar seien, weil sie das sog. „Werk“ lediglich konkretisieren würden.<sup>21</sup> Konsequenter Weise stellt sich die Firma AUDI AG im Falle der Klage der für sie tätigen Testfahrer auf den Standpunkt, die zahlreichen Anweisungen des VW-Konzerns auf dem Testgelände seien lediglich solche „werkbezogene“ Anweisungen.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> a. a. O., S. 1300

<sup>15</sup> BAG vom 18.01.2012, Az. 7 AZR 723/10; BAG vom 13.08.2008, Az. 7 AZR 269/07

<sup>16</sup> BAG vom 18.01.2012, Az. 7 AZR 723/10, Rn. 28; BAG vom 13.08.2008, Az. 7 AZR 269/07, Rn. 15

<sup>17</sup> BAG vom 06.08.2003, Az. 7 AZR 180/03; Geschäftsanweisung Bundesagentur für Arbeit von April 2013, Ziff. 1.1.6. Ziff. 1

<sup>18</sup> LAG Baden-Württemberg vom 01.08.2013, Az. 2 Sa 6/13, Rn. 92 = NZA 2013, S. 1017 ff., 1020

<sup>19</sup> BAG vom 18.01.2012, Az. 7 AZR 723/10, Rn. 37

<sup>20</sup> Greiner, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, in: NZA 2013, S. 701

<sup>21</sup> Greiner, a. a. O., S. 700

<sup>22</sup> vgl. Schriftsatz der Firma AUDI AG vom 26.11.2013, z. B. in dem Verfahren 7 Ca 79/13 vor dem Arbeitsgericht Braunschweig

Als starkes Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung sieht die Rechtsprechung des BAG auch die „Eingliederung“ des Beschäftigten in den Betrieb des Auftraggebers an und sieht zugleich in der Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Auftraggebers und in der Gestellung von Material und Gerätschaften einen Beleg für eine Arbeitnehmerüberlassung.<sup>23</sup> Auf dieses Faktum reagierte der VW-Konzern im Falle der Massenklage von Getriebetechnikern in der Weise, dass er an den Arbeitsplätzen der Kläger plötzlich Trennungsstriche zu Stammbeschäftigten zog, Namensschilder mit der „korrekten“ Angabe des Arbeitsgebers anbrachte und bestimmte Werkzeuge den Werkunternehmen zuordnete.

Natürlich können solche Methoden das rechtliche Ergebnis grundsätzlich nicht beeinflussen, da es für eine Entscheidung immer auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung ankommt und nachträgliche Manipulationen nicht berücksichtigt werden können. Sie zeigen aber, auf welcher subtilen Weise die Unternehmen versuchen, den Anschein von Werkverträgen aufrechtzuerhalten und wie sehr sie im juristischen Bereich darauf angewiesen sind, die Rechtswahrnehmung von Beschäftigten in einem Nirwana der Begriffsklauberei enden zu lassen. Mit allen nur erdenklichen Mitteln wird versucht, die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte zu verhindern. Dazu gehört auch, dass beispielsweise die Firma AUDI AG im Falle der Testfahrer sich zwar in einem 70 Seiten langen Schriftsatz an das Arbeitsgericht Braunschweig wiederholt auf einen „Werkvertrag“ beruft, diesen aber nicht zur Akte reicht und gleichzeitig den Klägern auch die Einsicht in den Vertrag verwehrt. Sie trägt dabei zwar vor, der geschlossene Werkvertrag werde so „gelebt“ wie vereinbart, verweigert aber den Klägern eine Überprüfung dieser Behauptung. Ein unvoreingenommenes Gericht hätte längst die Vorlage des Vertrages angeordnet. Nicht so jedoch die Kammer 7 des Arbeitsgerichts Braunschweig, die den Klägern sogar die Frist zur Stellungnahme so unangemessen verkürzte, dass ein Befangenheitsantrag notwendig wurde. Nach richtiger Rechtsauffassung hätte das beklagte Unternehmen den Behauptungen der Kläger substantiiert unter Beweistritt entgegnetreten müssen. Anderenfalls nämlich können die Behauptungen der Kläger als erwiesen angesehen werden.<sup>24</sup> Doch können die Kläger ihrerseits nicht substantiiert erwidern, wenn ihnen eine Einsicht in die Verträge verwehrt wird. Das Vorgehen der Automobilunternehmen ist insoweit nichts anderes als reine Prozessverzögerung.

#### IV.

Vor dem Hintergrund dieser Prozessstrategie verwundert es nicht, wenn unternehmensorientierte Juristen über das bisher bekannte Maß hinaus sogar offen auf interpretatorische „Ausweichstrategien“<sup>25</sup> oder gar „Umgehungsstrategien“<sup>26</sup> abzielen. Es geht darum, das Gesetz zu umgehen und vor allem die Rechtsfolge einer Anwendung der Vorschriften des AÜG zu verhindern. Um dies zu erreichen, setzen die Autoren noch einmal bei der vollständigen „Umkrempelung“ des Werkvertrages an. Sie stellen einfach interessenpolitisch (also nicht rechtlich) fest, „der Zukauf fremder Dienste auch in Kernfunktionen (muss) möglich sein“.<sup>27</sup> Maßstab ist danach nicht mehr das Gesetz selbst,

<sup>23</sup> BAG vom 08.11.1978, in: AP Nr. 2 zu § 1 AÜG; BAG vom 15.06.1983, in: AP Nr. 5 zu § 10 AÜG

<sup>24</sup> Francken, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen, in: NZA 2013, S. 985 ff, 987

<sup>25</sup> Vgl. Francken, Erforderliche Nachbesserungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, in: NZA 2013, S. 1192

<sup>26</sup> Maschmann, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, in: NZA 2013, S. 1309; vgl. auch die Ratschläge von Lembke aus der „Sicht eines unternehmensberatenden Anwalts“ in: Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, S. 1312 ff.

<sup>27</sup> Maschmann, a. a. O., S. 1308; vgl. auch den Hinweis bei Däubler, Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen – Eine Expertise im Auftrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE, Berlin September 2011 auf eine Verlautbarung des arbeitgebernahen Instituts für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

sondern die ökonomische „Notwendigkeit“ der Unternehmen, in die Dumping-Sphäre des Werkvertrages ausweichen zu dürfen. Auf diese Weise wird die Gewinnerzielungsabsicht der Unternehmen zur „Rechtsquelle“. Was nicht sein darf, das kann nicht sein. Und so stellt einer der Autoren sogar seiner eigenen Untersuchung den Satz voran: „Nichts spricht ... dagegen, sogar die Führung des gesamten Betriebes zuzukaufen und damit ein anderes Unternehmen zu beauftragen.“<sup>28</sup> Auf diese Weise werden dann sogar die Vorschriften des Betriebsübergangs und dessen lästigen Folgen für die Unternehmen „außer Kraft gesetzt“. Und mit Blick auf den Werkvertrag wird den Unternehmen sodann empfohlen, im Rahmen einer „Umgehungsstrategie“ beim arbeitsvertraglichen Weisungsrecht anzusetzen. Wichtig sei, dass der Einsatzbetrieb das Fremdpersonal nicht mehr unmittelbar anweise, sondern dass man „Aufsichtspersonen“ zwischenschalte.

Eine mehr als grundsätzliche Frage wird dabei gar nicht mehr gestellt: Wie ist eigentlich die objektive Situation? Nicht eine rechtswissenschaftlich korrekte Analyse des Sachverhaltes ist das Ziel solcher Autoren, sondern die Vermeidung unangenehmer Rechtsfolgen durch „Vertragsgestaltung“. Das ist aber nichts anderes als die Aufforderung zur Manipulation. Entsprechend verfahren die Automobilunternehmen im Falle der Klage der Testfahrer und auch der Techniker: So legte die AUDI AG beispielsweise nach Einreichung der Klage von Testfahrern eine angebliche „Fahrerdienstanweisung“ der Werkvertragsfirma FVV vor, die wortgleich der von den Klägern eingereichten Fahrdienstanweisung und den Fahrhinweisen von AUDI entsprach und nur mit einem anderen Kopf versehen wurde.<sup>29</sup> Die VW AG beschritt in einem Parallelfall einen anderen Weg: Sofern weiterbestehende Anweisungen der VW AG nicht wegdiskutiert werden konnten, wurden sie kurzer Hand zu fachlichen Weisungen nach § 645 BGB uminterpretiert.<sup>30</sup> Obwohl die Testfahrer kontinuierlich nach Vorgaben der Automobilunternehmen mit klar umrissenen Aufgaben tätig wurden und obwohl die Arbeitsergebnisse unmittelbar den Automobilunternehmen zur Verfügung gestellt wurden und zur Verfügung gestellt werden, behauptet die Firma AUDI, es gäbe zwar „gewisse werkvertragliche Vorgaben“, einzelnen Beschäftigten würden jedoch „keine Weisungen erteilt“. Und da, wo es dann doch eingeräumt wird, seien es wieder „werkvertragliche Weisungen“.<sup>31</sup> Für Fahrverbote zu Lasten von Testfahrern sei auf dem VW-Testgelände nicht die Firma AUDI zuständig... und überall seien - wen wundert es noch? - natürlich Vorgesetzte der Werkvertragsfirmen „zwischengeschaltet“. Die Betroffenen bestreiten zwar unisono, dass diese „Aufsichtspersonen“ - sofern mittlerweile „zwischengeschaltet“ - irgendwelche praktische Relevanz hätten. Doch schon an dieser Stelle erweitert sich die „Darlegungslast“ der Betroffenen nach der Rechtsprechung. Sie müssen empirisch nachweisbare Tatsachen dazu vortragen. In jedem Falle also hätte und hat sich der Einwand der Firmen prozessstrategisch „gelohnt“.

## V.

Keines der von Rechtsprechung und juristischer Literatur bisher entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung reicht für sich allein. Aber jedes einzelne Abgrenzungskriterium hat im Rahmen einer Gesamtbewertung Bedeutung für die Frage, welche vertragliche Konstruktion denn nun vorliegt. Dass diese

---

vom 9.9.2011: „Der Umstieg von der Arbeitnehmerüberlassung auf die Industriedienstleistung (!) ist durchaus möglich“, S. 7

<sup>28</sup> ebd.

<sup>29</sup> Anlage B 1 eines Schriftsatzes der AUDI AG vom 26.11.2013 im Verfahren 7 Ca 79/13 beim Arbeitsgericht Braunschweig

<sup>30</sup> Schriftsatz der VW AG vom 29.11.2013 im Verfahren 7 Ca 95/13 beim Arbeitsgericht Braunschweig

<sup>31</sup> Schriftsatz der AUDI AG, a. a. O., S. 35

Kriterien allesamt ziemlich wahllos aus dem Alltag der Arbeitsorganisation herausgegriffen werden und ihrerseits einem ständigen Wandel unterliegen, wird dabei übersehen. Nehmen wir z. B. das Kriterium der ‚Zusammenarbeit mit Stammarbeitnehmern‘<sup>32</sup>, ein Kriterium, das z. B. bei den für VW tätigen Getriebetechnikern ohne Weiteres, bei den für AUDI tätigen Testfahrern nur Partiiell zutrifft. Doch welche Relevanz kann ein solches Kriterium der Zusammenarbeit mit Stammarbeitnehmern **überhaupt** (also generell) haben? Selbstverständlich kann ein Unternehmen jederzeit Abteilungen neu organisieren, einzelnen Mitarbeitern neue Arbeitsplätze zuweisen und die Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitarbeitern neu gestalten und zwar natürlich a u c h so, dass bestimmte Mitarbeiter mit anderen bestimmten Mitarbeitern n i c h t mehr zusammenarbeiten. Der ‚Umgehung‘ dieses Kriteriums sind keine Grenzen gesetzt und zwar durch den Wandel der Arbeitsorganisation selbst.

Ähnlich verhält es sich mit dem Kriterium ‚Weisungen‘: Es ist bekannt, dass im Rahmen des sogenannten ‚Participative Management by Objectives‘ bei gleichzeitiger Gruppenarbeit Vorgesetzten nur noch die Funktion eines ‚Coaches‘ zugewiesen wird und einzelne Beschäftigte im Rahmen ihrer Tätigkeit einen erheblichen Gestaltungsspielraum erhalten und zwar nicht nur im arbeitstechnischen Bereich sondern auch hinsichtlich der Personalführung.<sup>33</sup> Wo können - selbst bei Stammarbeitnehmern - hier also noch klare ‚Weisungsstrukturen‘ nachgewiesen werden?

Ähnlich verhält es sich mit Weisungen bei Beschäftigten, die aufgrund der Art ihrer Tätigkeit bereits per Definition einen eigenen Gestaltungsspielraum haben. Hier genügen detaillierte generelle Vorgaben. Einzelanweisungen kommen kaum noch vor. Dies gilt z. B. für die Testfahrer, die natürlich auf der Grundlage allgemeiner Weisungen und gegebenenfalls von Einzelanweisungen vor Beginn der Testfahrten tätig werden, dann aber bei Ausübung ihrer Tätigkeit eigenverantwortlich tätig sein m ü s s e n. Es war bezeichnenderweise das ArbG Braunschweig, dessen Kammer 7 aber in einem Auflagenbeschluss vom 18.10.2013 von mehreren Klägern verlangte, darzulegen, ‚welche konkreten Weisungen... wann von welchem Mitarbeiter... erteilt wurden‘ und die in Anlagen vorhandenen ‚arbeitsrechtlichen Weisungen... dem wesentlichen Inhalt nach schriftsätzlich vorzutragen‘<sup>34</sup>

Der ganze Begriff der ‚Weisungsabhängigkeit‘ knüpft an eine arbeitsorganisatorisch längst überholte Hierarchie an. Während im Rahmen des sog. Total Quality Management-Systems (TQM) Enthierarchisierung, Dezentralisierung und Mitarbeitermotivation durch selbständiges Arbeiten gefördert und praktiziert werden, wird ausgerechnet hier auf ein völlig überholtes Weisungsmodell zurückgegriffen. Was aber bereits innerhalb der bestehenden Arbeitsorganisation ein Auslaufmodell ist, k a n n nicht ausgerechnet zum **aktuellen** Abgrenzungskriterium zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung erklärt werden.

Mehr noch: Weder einzelne Abgrenzungskriterien noch die Definition abhängiger Arbeit selbst können abhängig sein von der Entwicklung und dem Wandel der Arbeitsorganisation, da es eben n i c h t auf bloße ‚Konvention‘ ankommen darf, sondern nur darauf ankommt, im Wandel der konkreten Erscheinungen den **Kern** des Arbeitsverhältnisses zu beschreiben. Um hier bei den konkreten Fällen zu bleiben: Forschung und Entwicklung haben insbesondere für ein weltweit tätiges Automobilunternehmen zentrale Bedeutung. Die Qualitätssicherung ist - und dieses darf man ausnahmsweise einmal als gerichtsbekannt voraussetzen - existenziell wichtig für ein im globalen Wettbewerb tätiges Unternehmen. Dies

<sup>32</sup> BAG vom 8.11.1978, AP Nr. 2 zu § 1 AÜG

<sup>33</sup> Vgl. Geffken, Zielvereinbarungen – Eine Herausforderung für Personalwesen und Arbeitsrecht, in: NZA 2000, S. 1033 ff; ders. Gruppenarbeit und Betriebsräte, in: AiB 2002, S. 150 ff.

<sup>34</sup> So zum Beispiel im Verfahren 7 Ca 95/13

zeigen auch die vielfältigen Bemühungen etwa des VW-Konzerns im Wege von Qualitätsmanagementvereinbarungen auch mit seinen Lieferanten durchgängig die sog. „Null-Fehler-Strategie“ einzuhalten.<sup>35</sup> Die Automobilunternehmen berufen sich darauf, dass sie die internationalen Normen für Qualitätsmanagement DIN EN ISO 9000 ff einhalten. Diese aber sehen vor, dass die Unternehmen die Einhaltung von Qualitätsstandards durch eigene Strukturen **garantieren** können. **W i e** sie dieses **praktisch** tun wollen, wenn sie einen wesentlichen Teil dieser Qualitätssicherung einfach ausgliedern und der angeblich „selbständigen“ Bearbeitung durch Werkvertragsfirmen überlassen, bleibt ein Geheimnis. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass Forschung und Entwicklung und dabei insbesondere die Tätigkeit von Getriebetechnikern in der Entwicklung sowie von Testfahrern erhebliche Bedeutung für die Qualitätssicherung zukommen. Mehr noch: Das sog. TQM-System ist Teil eines Zielmanagements, das Mitarbeiterzufriedenheit als wesentliche Voraussetzung von Kundenzufriedenheit verlangt. Doch die von Werkvertragsfirmen zur Verfügung gestellten Fahrer verdienen regelmässig gerade einmal etwa ein Drittel des Gehalts vergleichbarer Stammarbeitnehmer. Und dennoch setzen die Testfahrer täglich nicht mehr und nicht weniger aufs Spiel als ihr **Leben**. Sie testen in 3 Schichten die Belastbarkeit von **Prototypen**, also von Fahrzeugen, die auf öffentlichen Straßen noch gar nicht zugelassen sind und die deshalb mit erheblichen Risiken für Leib und Leben gefahren werden müssen. Diese Risiken sind umso größer, als es sich um Fahrten handelt, die in einem relativ kurzen Zeitraum die Belastung und Nutzung von Normalfahrzeugen für einen Nutzungszeitraum von etwa **8 Jahren** (!) simulieren.

Und tatsächlich haben die Automobilunternehmen allen Grund dafür, diesen Arbeitsprozess ernst zu nehmen und als Kernaufgabe zu betrachten. Und zwar nicht nur in eigenem Interesse sondern auch nach eigenem Selbstverständnis: In dem Geschäftsbericht des Jahres 2009 berichtet die Volkswagen AG, dass man aufgrund des Qualitätssicherungssystems „das hohe Qualitätsniveau auch im Jahre 2009“ haben bestätigen können und dass „die Anzahl der Schadensfälle konstant niedrig gehalten“ werden konnte.<sup>36</sup> Um es nochmals zu verdeutlichen: Der japanische Automobilkonzern Toyota hatte offensichtlich erhebliche Mängel in seinem Qualitätssicherungssystem, als er im Jahre 2010 zu einer gigantischen Rückrufaktion von fast 5 Mio. (!) Wagen gezwungen war. Allein in Deutschland musste Toyota rund 216.000 Fahrzeuge in die Werkstätten zurückrufen. Der Aktienkurs des Konzerns stürzte ab. Die Kosten der gesamten Aktion wurden auf mehr als 1 Mrd. (!) EURO geschätzt.<sup>37</sup> Ähnliche Bedeutung hat auch die Tätigkeit von Getriebetechnikern in den Entwicklungsabteilungen. Von ihnen hängt in entscheidender Weise ab, ob es den Unternehmen gelingt, zukunftsweisende Modelle auf einem immer schwieriger werdenden Weltmarkt durchzusetzen.

Vor **d i e s e m** Hintergrund **k a n n** es deshalb keine Diskussion darüber geben, dass die Arbeit von Getriebetechnikern in der Entwicklung und die Arbeit von Testfahrern im Rahmen der Qualitätssicherung zum absoluten Kernbereich der Tätigkeit eines Unternehmens gehören, ja **T e i l** seiner **Unternehmensidentität** sind.

Und dieses gilt völlig unabhängig von der Frage, ob etwa gegen die legitimen Interessen der Arbeitnehmer durch eine zu großzügige Handhabung der Werkvertragsdefinition eine „Spaltung“ der Belegschaft im Sinne der Kriterien des Bundesarbeitsgerichts vorgenommen wird. Entscheidend ist, dass solche Tätigkeiten auch nach dem eigenen Selbstverständnis der Unternehmen zum Kernbereich ihres Arbeitsprozesses gehören und gehören müssen.

---

<sup>35</sup> Volkswagen AG, Qualitätsmanagementvereinbarungen zwischen dem Volkswagen-Konzern und seinen Lieferanten, 3. Auflage September 1998, S. 22

<sup>36</sup> Volkswagen-Konzern, Geschäftsbericht 2009, Qualitätssicherung

<sup>37</sup> Spiegel Online, vom 04.02.2010, 10.21 Uhr



## VI.

Bei alledem darf nicht vergessen werden, dass das Begehren der Kläger ja nicht auf die abstrakte Feststellung zielt, dass sie etwa im Rahmen eines „Scheinwerkvertrages“ arbeiten, sondern darauf, dass sie einen Arbeitsvertrag mit dem jeweiligen Automobilunternehmen hätten. Unmittelbar ergibt sich diese Rechtsfolge tatsächlich aus § 10 AÜG. Diese Vorschrift sieht das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher kraft Gesetzes dann vor, wenn keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt.

Das LAG Baden-Württemberg<sup>38</sup> hat eine überlange Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis dem Fehlen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gleichgestellt, denn nach § 1 AÜG dürfe eine Arbeitnehmerüberlassung immer nur „vorübergehend“ erfolgen. In den Fällen der Testfahrer und Getriebetechniker fand die „Überlassung“ zwischen 17 (!) und 2 Jahren statt. Grund genug also, von einem Arbeitsverhältnis zum jeweiligen Automobilunternehmen auszugehen. Doch der 9. Senat des BAG verkündete am 10.12.2013 ein Urteil, wonach ein Verstoß gegen das Verbot einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht gleichzusetzen sei mit dem Fehlen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis<sup>39</sup>. Die Folge: Es wird die bereits seit langem bekannte Praxis sanktioniert, dass Unternehmen, die im Rahmen von Scheinwerkverträgen Arbeitnehmer bei anderen Firmen einsetzen, für den Notfall der Aufdeckung dieser Umgehungspraxis eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorweisen können, die sie lediglich „auf Vorrat“ beantragt und erhalten haben, ohne bis dahin die für die im Gesetz vorgesehene Arbeitnehmerüberlassung überhaupt genutzt zu haben!<sup>40</sup> Das BAG begründet seine Rechtsauffassung damit, dass der Gesetzgeber bei einem Verstoß gegen das Verbot zu langer Arbeitnehmerüberlassungen bewusst nicht die Rechtsfolge einer Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher angeordnet habe. Die Auswahl möglicher Sanktionen obliege dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten für Arbeitsachen.<sup>41</sup>

Ohne die weiter unten aufgeführten Grundprobleme dieser Entscheidung zu erörtern, erließ die Kammer 8 des Arbeitsgerichts Braunschweig in den Fällen der VW-Getriebetechniker am 07.01.2014 einen Zwischenbeschluss, in dem es unter Berufung auf die Entscheidung des 9. Senats des BAG hieß:

*„Demnach dürfte zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sein, weil die Beklagte die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung wohl (?) hat.“<sup>42</sup>*

Folgende Fragen stellen sich:

1. Hat das betroffene Unternehmen die Erlaubnis wirklich? Um das festzustellen, wäre Akteneinsicht bei der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Die jedoch hat bislang eine Akteneinsicht auch in Parallelfällen verweigert! Ein Verfahren ist anhängig.
2. Die Erlaubnis wurde in diesem wie in vielen anderen Fällen entweder vor vielen Jahren erteilt oder sie existiert in einigen Fällen sogar seit über 15 Jahren unbefristet!

<sup>38</sup> LAG Baden-Württemberg vom 22.11.2012, 11 Sa 84/12

<sup>39</sup> BAG vom 10.12.2013, Az. 9 AZR 51/13, Pressemitteilung 73/13

<sup>40</sup> so zutreffend: Francken, Erforderliche Nachbesserungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, in: NZA 2013, S. 1193

<sup>41</sup> ebd.

<sup>42</sup> ArbG Braunschweig, Az.: 8 Ca 483/13

Doch da die Werkvertragsunternehmen praktisch keine Arbeitnehmerüberlassung betreiben (Darauf berufen sie sich ja auch gerade!), sondern nur aufgrund von Werkverträgen tätig werden, dürften die meisten Erlaubnisse bereits gemäß § 2 Abs. 2 AÜG erloschen sein. Wenn der Verleiher einer Arbeitserlaubnis nämlich drei Jahre lang keinen Gebrauch von ihr gemacht hat, also keine konkrete Arbeitnehmerüberlassung betrieben hat, ist sie automatisch erloschen. Auch hier wiederum ist die Akteneinsicht bei der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Diese hat in den genannten Fällen allerdings kurioser Weise die Akteneinsicht mit der Begründung verweigert, in der Akte stünde nichts weiter drin...

3. Doch selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte: Wie ist es möglich, dass eine von einem angeblichen Werkvertragsunternehmen nur auf „Vorrat“ erworbene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zum „Entleiher“ verhindert, wenn zugleich die Überlassung bewusst **nicht** als Arbeitnehmerüberlassung sondern als angebliche Erfüllung eines Werkvertrages ausgestaltet wurde?

Fest steht, dass in den genannten Fällen gegen das Verbot des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verstoßen wurde, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern „vorübergehend“ zu erfolgen haben. Der 7. Senat des BAG hat ausdrücklich in seinem Beschluss vom 10.07.2013 § 1 Abs. 2 AÜG als „Verbotsnorm“ bezeichnet.<sup>43</sup>

Der entsprechende Vertrag ist daher gemäß § 134 BGB wegen Verstosses gegen eine Verbotsnorm rechtsunwirksam. Er darf im übrigen nicht dazu genutzt werden, die zwingenden Bestimmungen des AÜG zu umgehen.<sup>44</sup> Zugleich handelt es sich um ein sog. Scheingeschäft nach § 117 BGB, das ebenfalls nichtig ist. Wird aber durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung (§ 117 Abs. 2 BGB). Im Übrigen kommt auch ein sog. Formenmissbrauch in Betracht, der aufgrund von § 242 BGB grundsätzlich zur Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts führen muss.<sup>45</sup> In jedem Fall kann es nur darum gehen, dass nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher als gegeben angesehen werden muss, denn dies ist das Arbeitsverhältnis sollte verdeckt bzw. vermieden werden. Und das ist der Kern der Angelegenheit.

Dem widerspricht auch nicht die EG-Richtlinie zur Leiharbeit<sup>46</sup>. Im Gegenteil: Es ist zwar richtig, dass die EU es dem nationalen Gesetzgeber überlassen hat, die Sanktionen im Falle eines Verstoßes gegen das Gebot der überlangen Arbeitnehmerüberlassung festzulegen. Vermeidet man jedoch die Sanktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, so bleibt praktisch keine Sanktion. Genau dies ist das, was der Europäische Gerichtshof immer wieder angemahnt hat: Die Sanktionen müssen spürbar und effektiv sein. In der Entscheidung v. Colson und Kamann<sup>47</sup> (C-14/83) interpretierte der EuGH die Richtlinie 76/207/EWG dahingehend, dass die von den Mitgliedstaaten vorgesehenen nationalen **Sanktionen** bei Diskriminierungen geeignet sein müssen, einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu gewähren sowie abschreckend wirken und in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.

<sup>43</sup> NZA 2013, S. 1270

<sup>44</sup> BGH vom 25.6.2002, NZA 2002, S. 1086; Ulber, a.a.O., S. 12

<sup>45</sup> hierzu der 7. Senat des BAG, ebd.

<sup>46</sup> Amtsblatt der Europäischen Union v. 5.12.2008 L 327/9

<sup>47</sup> EuGH Az.: C – 14/83

Darauf fussend ist in Art. 10 der EG-Richtlinie noch einmal ausdrücklich festgehalten:

*„Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie durch Leiharbeitsunternehmen oder durch entleihende Unternehmen sehen die Mitgliedsstaaten geeignete Maßnahmen vor. Sie sorgen insbesondere dafür, dass es geeignete Verwaltungs- und Gerichtsverfahren gibt, um die Erfüllung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchsetzen zu können.“*

Und im Absatz 2 des Artikels heißt es noch einmal präzisierend:

*„Die Sanktionen müssen **wirksam, angemessen und abschreckend** sein.“*

Die Entscheidung des 9. Senats des BAG hat eine solche abschreckende Wirkung verhindert. Umso mehr ist nun der europäischen Richtlinie Geltung zu verschaffen. Die dem Gesetzgeber gesetzte Frist bis zum 05.12.2011 ist bereits abgelaufen. Wird der Gesetzgeber nicht selbst tätig, so muss insoweit die Rechtsprechung handeln oder aber es müssen im Rahmen von laufenden arbeitsgerichtlichen Verfahren Anträge auf Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim Europäischen Gerichtshof gestellt werden.

Die Richtlinie definiert in ihrem Art. 1 Abs. 1 eindeutig Leiharbeit als „vorübergehende“ (!) Zurverfügungstellung von Arbeitskräften und verlangt im Art. 5 Abs. 5 Massnahmen, um

*„eine missbräuchliche Anwendung... zu verhindern und um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern.“*

Damit steht fest, dass die hier vertretene Auslegung der Vorschriften der §§ 633 BGB ff. und des § 10 AÜG nicht gegen das EU-Recht verstossen, sondern vielmehr eine EU-konforme Umsetzung auch der Richtlinie der EU darstellen.

Im übrigen ergeben sich für den Bereich der Automobilindustrie Ansprüche auf Festanstellungen a u c h aus den bereits erwähnten tarifvertraglichen Abmachungen für die Metall- und Elektroindustrie aus dem Jahre 2012. Vermeintlich im Rahmen von Werkverträgen eingesetzte Arbeitnehmer dürften bei Erfüllung der Voraussetzungen für eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung auch einen tarifvertraglichen Anspruch auf Festanstellung haben.

## VII.

Festzuhalten bleibt, dass der Kernbestand der juristischen Normen weder durch Vereinbarungen noch durch bloße Rechtsinterpretationen aufgelöst werden darf. Wer beispielsweise meint, durch tarifvertragliche Regelungen Werkverträge in den Griff zu bekommen, muss sich davor hüten, das Recht jedes einzelnen Arbeitnehmers zu beschneiden, solche Werkverträge zu überprüfen. Diese Notwendigkeit besteht z.B. vor dem Hintergrund der Vereinbarungen der IG Metall mit der Meyer-Werft in Papenburg. In diesen Vereinbarungen fehlt ein wichtiger Satz, nämlich: „Das Recht der Beschäftigten der Werkvertragsfirmen auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mit der Meyer-Werft bleibt unberührt.“ Ferner: Wer tarifvertraglich die Beschäftigung im Rahmen von „Werkverträgen“

Regelt, darf nicht vergessen, dass er dabei Gefahr läuft, allein durch „Regelung“ die Werkvertragsarbeit grundsätzlich zuzulassen und damit den oben beschriebenen Kernbereich der Arbeitsorganisation weiter aufzulösen. Scheinwerkverträge müssen verboten b l e i b e n . Ihre Regelung könnte die Individualrechte der Arbeitnehmer einschränken.

Auch der Ruf nach dem Gesetzgeber aufgrund der Entscheidung des 9. Senats des BAG ist mit Vorsicht zu genießen. So hatte der Gesetzgeber zwar im Jahre 2011 festgelegt, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend erfolgen kann. In der dem folgenden juristischen Literatur aber wurden dazu recht abenteuerliche Positionen vertreten: Das Verbot wurde „herabinterpretiert“ zu einem bloßen „Soft-Law“: Erst das Bundesarbeitsgericht hat hier wieder eine Klärung herbeiführen müssen. Mit erheblichem Zeitablauf. Doch das „Spiel“ scheint unendlich: Schon deuten unklare Regelungen in der Koalitionsvereinbarung auf erneuten „Klärungsbedarf“ hin. Doch so wenig Urteile Gesetze ersetzen können, so wenig können Gesetzesnovellierungen einen Damm errichten gegen unternehmensorientierte Rechtsinterpretationen. Deshalb müssen die Individualrechte weiterhin gewahrt werden. Es kann nicht um die Alternative gehen „Grundsatzprozesse“ oder „Gesetzgeber oder „Tarifvertrag“: Es geht um eine ganzheitliche Abwehr der Bestrebungen zur Aufweichung des Arbeitsrechts.

Der Kern der Fragestellung ist ebenso einfach wie verständlich: Es muss darum gehen, den Kern der Arbeitsorganisation eines Unternehmens, den Sinn und Zweck seiner Produktion und die Identität seiner Belegschaft zu erhalten. Dort, wo dieses nicht gewahrt ist, sind Werkverträge jeglicher Art unzulässig. Dass ist nicht nur ein Gebot des Individualarbeitsrechts, sondern auch ein Gebot des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht. Der Staat hat die Aufgabe, das Arbeitsrecht selbst zu schützen und nicht nur im Rahmen des Arbeitsrechts Schutznormen für Arbeitnehmer zu schaffen.