

Christiane Brors*

Schöne, neue Arbeitswelt – ist der Arbeitsvertrag dafür zu „altbacken“?*

zugleich eine Stellungnahme zu

Bücker, (2016): Arbeitsrecht in der vernetzen Arbeitswelt

Zusammenfassung – Der Beitrag wendet sich gegen die These, dass in Abkehr von dem Ausgangspunkt des zweiseitigen Vertrags „multipolare Arbeitsbeziehungen“ für eine juristische Betrachtungsweise gewählt werden sollen. Neue Organisationsformen der Arbeit dürfen nicht zu Nachteilen für den Arbeitnehmer führen. Die Arbeitsorganisation wird vom Arbeitgeber vorgegeben. Der Arbeitnehmer hat keinen Einfluss darauf. Die Organisationsform ist Ausdruck der strukturellen Ungleichgewichtslage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aufgabe des Arbeitsrechts ist es, die Ungleichgewichtslage zu beseitigen und nicht sie als Ausgangspunkt zu nehmen und so zu akzeptieren.

The employment contract – Too old fashioned for the brave new employment world?

Abstract – This article criticizes the argument that in labour law analyses, the bipolar contract should be abandoned as a starting point in favour of multipolar employment relations.. Modern employment relations in multipolar organisations could be used to evade the given legal protection of the employee. Work organisation is the prerogative of the employer and employees have no influence over it.. It is the function of labour law to secure workers' rights in this situation on the basis of the bipolar contract and not to weaken their position by accepting new organizational forms of work.

Key words: **multipolar employment relations, employment contract**
(JEL: L24, J47, J51, J81)

* Prof. Dr. Christiane Brors, Institut für Rechtswissenschaften, Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.
E-Mail: christiane.brors@uni-oldenburg.de .

** Artikel eingegangen: 22.3.2016.

Formuliert man

„...dass in der vernetzten Arbeitswelt der Zugriff auf Arbeitskraft seltener im Rahmen des traditionellen Normalarbeitsverhältnisses erfolgt und stattdessen zunehmend externe Arbeitskräfte im Rahmen von Netzwerkorganisationen eingesetzt werden.“ und

„dass es zu kurz greifen würde, diesen Wandel unter der für das Arbeitsrecht derzeit typischen bipolaren Perspektive zu analysieren, und dass arbeitsrechtliche Begrifflichkeiten und Grundstrukturen im Hinblick auf mehrpolige Rechtsbeziehungen und interorganisationale Fragestellungen weiterzuentwickeln sind“ (Bücker 2016: 187),

liegt darin eine Abkehr vom zweiseitigen Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt schutzrechtlicher Regelungen.

In dem folgenden Beitrag wird die Gegenthese aufgestellt: Schutzlücken müssen in atypischen Arbeitsverhältnissen, deren Atypik gerade in einer Abweichung vom zweiseitigen Vertrag besteht, stets ausgehend vom Arbeitsvertrag geschlossen werden. Das soll nicht bedeuten, dass es bei „multipolaren Arbeitsbeziehungen“ keinen Handlungsbedarf gibt. Welche Rechtsnachteile dem Arbeitnehmer durch die Einwirkungen Dritter auf das Arbeitsverhältnis entstehen, kann jedoch nur ausgehend vom Normalfall Arbeitsvertrag beurteilt werden. Dann ist zu überlegen, wie Schutzlücken z.B. durch zusätzliche gesetzliche oder tarifliche Regelungen oder durch die Begründung von quasivertraglichen Pflichten des Dritten geschlossen werden können. Ausgangspunkt ist daher der Arbeitsvertrag und nicht die vom Arbeitgeber vorgegebene „neue“ Organisationsform der Arbeit.

1. Der zweiseitige Vertrag als überholte Konstruktion?

Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen in Betrieben eines Nichtarbeitgebers, die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb, Tätigkeiten in Matrixstrukturen oder das Crowdfunding scheinen so „modern“, dass sie ausgehend vom zweiseitigen Arbeitsvertrag nicht mehr fassbar sind. Das Ausnutzen von Schutzlücken durch Vorgaben in der Organisation des Arbeitgebers ist jedoch nichts Neues. Die Probleme der Leiharbeit sind altbekannt (zur historischen Entwicklung Schüren/Hamann 2010: 22 ff.). Gerade deshalb ist diese Arbeitsform 1972 sehr eng begrenzt worden. Die Frage, wie arbeitnehmerähnlich Tätigen Schutz gewährt werden kann, ist ebenso wie die Frage der Absicherung von gering verdienenden in Heimarbeit tätigen Selbständigen auch bereits in der Vergangenheit diskutiert worden (Kahle 1903). Will man die „Umgehungsformen“ zum Ausgangspunkt des arbeitsrechtlichen Schutzes nehmen, zäumt man das Pferd von hinten auf. Die folgende These bereitet meines Erachtens einen weiteren Abbau arbeitsrechtlicher Regelungen zum Nachteil des Arbeitnehmers vor:

„Ein striktes Festhalten an dem Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses mit der Zielstellung, die zuvor skizzierten organisatorischen Veränderungsprozesse der Arbeitswelt zu verhindern oder einzudämmen, erscheint zum einen wenig realistisch. Zudem muss stets durch sorgfältige Abwägung ein Ausgleich mit konkurrierenden Grund- und Freiheitsrechten des anderen Vertragspartners, also der Unternehmen angesteuert werden. Naheliegender erscheint daher, zum einen die soziale Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch erforderliche Anpassungen an die aufgezeigten Veränderungen zu stärken und zum anderen mit Blick auf externe Arbeitskräfte und multipolare Arbeitsbeziehungen in

einer vernetzten Arbeitswelt ein das Normalarbeitsverhältnis ergänzendes Leitbild zu entwickeln ...“ (Bücker 2016: 217).

1.1 *Arbeitsvertrag als Mittel zur zweiseitigen und eindeutigen Begründung von Rechten und Pflichten mit einem Vertragspartner*

Der Einsatz externer Arbeitskräfte, die Aufgliederung von Produktionsprozessen und Vergabe an kleine Selbständige, sowie eine Bestimmung der Tätigkeit durch Nichtarbeitgeber in bestimmten Unternehmensstrukturen (Matrix) bergen eine große Gefahr, dass der im zweiseitigen Arbeitsvertrag gewährleistete Schutz umgangen wird. Würde man sie in den Mittelpunkt stellen, akzeptierte man mögliche Umgehungsstrukturen per se. Abweichungen vom zweiseitigen Arbeitsvertrag, bei denen der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz ausschließlich bei seinem Vertragsarbeitgeber hat, können gerade deshalb gewählt werden, damit die Trennung zwischen Arbeitgeber und Einsatzort zu Nachteilen für den Arbeitnehmer bzw. zu Vorteilen für den Arbeitgeber führt.

Die wenigen Fallgestaltungen in denen der Arbeitnehmer bewusst nicht zum Stammpersonal gehören will, weil er mehr verdient, sind Randerscheinungen. Im Regelfall ist die beschriebene Atypik vom Arbeitnehmer gerade nicht frei gewählt. Sie wird vom Arbeitgeber und von Dritten, mit denen er wirtschaftlich verbunden ist, organisatorisch vorgegeben. Es ist aber gerade die Aufgabe des Arbeitsrechts als Schutzrecht die strukturell bestehende Ungleichgewichtslage (BVerfG 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NJW 2007: 286 zur Erforderlichkeit der Klauselkontrolle) zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu beseitigen. Art. 12 GG schützt das Recht des Arbeitnehmers auf zumutbare Arbeitsbedingungen (BVerfG 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06; NJW 2007: 286). Es gehört schon zu den essentialia negotii jedes Vertrags, dass der Vertragspartner als Schuldner feststeht. Löst man die Zweierbeziehung auf und verlagert Steuerungsbereiche ohne Absicherung der aus der Steuerung folgenden Pflichten und der Haftung auf Dritte, die nicht am Arbeitsvertrag beteiligt sind, verschwinden diese als Schuldner. Damit lösen sich ebenfalls die Pflichten und damit der zuvor in der Zweierbeziehung gewährte Arbeitnehmerschutz auf. Das Recht muss aber gewährleisten, dass der Arbeitnehmerschutz in der ursprünglichen Form bestehen bleibt – trotz der tatsächlichen Umorganisation und Verlagerung von Verantwortungsbereichen. Die organisatorische Vorgabe ist nur Ausdruck der Ungleichgewichtslage im Arbeitsrecht. Sie kann niemals ein „Leitbild“ für juristische Konstruktionen sein. Nicht der Vertrag, sondern die mögliche Umgehungs konstruktion wäre so Ausgangspunkt der Konstruktion. Die Forderung, dass sich

„rechtliche Begriffe und Modelle ... nicht allein an bipolaren Strukturen orientieren, sondern mehrpoligen Rechtsbeziehungen Rechnung tragen, wie sie für den drittbezogenen Personaleinsatz typisch sind“ (Bücker 2016: 215),

würde die dem Arbeitnehmer präsentierte Auflösung der Zuordnung von Haftung und Steuerung des Arbeitgebers zum typischen Fall erklären. Kein Arbeitnehmer würde sich aber privatautonom auf die Trennung des Arbeitsplatzes von seinem Vertragsarbeitgeber bzw. auf multipolare Beziehungen einlassen, in denen Steuerung, Verantwortung und Haftung nicht klar bestimmten juristischen oder natürlichen Personen als Schuldner zuzuordnen sind. Die problematische Folge „multipolarer Bezie-

hungen“ ist nämlich, dass die Haftung bei Pflichtverletzungen nicht mehr einem Vertragspartner eindeutig zugeordnet werden kann. Die Pflichten selbst müssen erst, da sie aus der Zweierbeziehung organisatorisch verlagert worden sind, durch Gesetz oder Rechtsprechung wieder neu begründet werden. Das Problem der rechtlichen Zuordnung zu einer kollektiven Interessenvertretung kommt noch dazu – von der tatsächlichen Schwierigkeit diese zu bilden ganz zu schweigen. Würde man die durch den Vertrag bestimmte Zuordnung von Pflichten und Haftung bei Pflichtverletzungen insgesamt verlassen, würde man nicht nur den arbeitsrechtlichen Schutz aufweichen, sondern letztlich auch die im Idealfall getroffene privatautonome Entscheidung des Arbeitnehmers völlig außer Acht lassen. Sie ist jedoch der konstruktive Ansatzpunkt.

Das bedeutet natürlich nicht, dass es angesichts der beschriebenen Entwicklungen im Arbeitsrecht keinen Handlungsbedarf gibt. Aber auch hier ist genauer nachzufragen. Die individual- und kollektivrechtlichen Probleme aufgrund von geschaffenen Schutzlücken bei Leiharbeit, Einsatz von Fremdpersonal aufgrund von Werk- oder Dienstverträgen, Crowdfunding oder dem Arbeiten in Matrixstrukturen sind völlig unterschiedlich.

Geht es bei der Leiharbeit gerade darum, Schutzlücken ausgehend vom Normalarbeitsvertrag zu schließen (dazu unter 2), gibt es bei den anderen Einsatzformen andere Probleme.

Bei dem Einsatz von Soloselbständigen aber auch dem Einsatz von Fremdpersonal eines selbständigen Werk- oder Dienstunternehmers stellt sich zunächst die Frage der Abgrenzung dieser Vertragsformen vom Arbeitsvertrag oder Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Hier geht es nicht darum, den zweiseitigen Arbeitsvertrag als Konstruktion aufzugeben oder zu erweitern, sondern um Darlegungs- und Beweislastprobleme (Greiner (2013: 697, 702); Francken (2014: 1064); Brors/Schüren (2014: 569); Schüren (2015: 1473); in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung für eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast LAG Baden Württemberg 1.8.2013 – 2 Sa 6/13; ArbG Berlin 5.9.2013 – 33 Ca 5547/13; dagegen z.B. aus jüngster Zeit LAG Niedersachsen 20.5.2015 – 2 Sa 944/14, dazu auch unter 1.2).

Handelt es sich dagegen rechtlich um Werk- oder Dienstverträge, die nicht in das betriebliche Tarifsystem fallen, liegt der unternehmerische Anreiz gerade in dieser Möglichkeit die sonst im Betrieb zu zahlenden Tariflöhne mit diesen Einsatzformen zu unterlaufen. Das ist keine Frage des zweiseitigen Arbeitsvertrags. Vielmehr ist hier zu überlegen auf welchem tarifrechtlichen oder gesetzlichen Weg einheitliche Löhne geschaffen werden können. Darüber hinaus geht es um die Absicherung und den Ausbau der Pflichten des Einsatzbetriebes gegenüber dem Fremdpersonal. Es kann keinen Unterschied machen, ob eigene oder fremde Arbeitnehmer den vom Betrieb ausgehenden Gefahren ausgesetzt sind. Das ist an sich anerkannt, wie z.B. § 8 ArbSchG zeigt, aber sowohl gesetzlich, aber auch tariflich (Däubler 2013: 133, 137) ausbaufähig. Dafür muss man sich vom Arbeitsvertrag als Ansatzpunkt nicht verabschieden, sondern dem Fremdpersonal gerade den Schutz sichern, der durch das Auseinanderfallen von Vertragsarbeitgeber und Einsatzort im Vergleich zum Normalarbeitsvertrag gefährdet ist. Ein plastisches Beispiel dafür ist der unsichere Kran, der über die Beschäftigtengruppen Stammpersonal, Leiharbeitnehmer, Fremdpersonal

und Soloselbständigen schwenkt und schwankt – die Sicherungspflicht muss der Betriebsinhaber gegenüber allen Gruppen wahren.

Inwieweit aufgrund der Beeinflussung der Arbeitsbedingungen durch Weisungen bzw. einer vertragsbeherrschenden Stellung Dritter Pflichten und eine entsprechende Haftung begründet werden können, wird unter dem Stichwort von sogenannten Matrixstrukturen in Unternehmen diskutiert (Däubler 2013: 133, 141; Bauer/Herzberg, 2011: 713, 714; Meyer 2013: 1326, 1330). Traditionell wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass mit einem Konzern kein Arbeitsverhältnis abgeschlossen wird und weisungsbefugt nur der Vertragsarbeitgeber ist (Windbichler 1989: 583; Braun/Wisskirchen-Fedder/Brauer 2015: 61ff., 198 f.; Bauer/Herzberg 2011: 713, 714; Meyer 2013: 1326, 1330). Allerdings wird überlegt, ob in bestimmten Fallgestaltungen der beherrschende Einfluss – ohne eine rechtliche Übertragung eines Weisungsrechts – dazu führen kann, gemäß der ausgeübten Steuerung rechtliche Verantwortlichkeit zu begründen (Temming 2015: 1069).

Dagegen sind die Probleme beim Crowdfunding wieder anders gelagert. Hier ist es nicht das Arbeiten im vertragsfremden drittbestimmten Umfeld, sondern die Selbständigkeit der Tätigkeit durch die Aufgliederung und selbständige Übertragung von einzelnen Arbeitsschritten. Nimmt man eine rechtliche Selbständigkeit der Crowdworker an, muss überlegt werden, inwieweit die Regelungen des HAG in ihrem Anwendungsbereich erweitert werden müssen oder bei der Überprüfung der Vertragsklauseln die §§ 305 ff. BGB herangezogen werden können, um angemessene Tätigkeitsbedingungen herzustellen (Däubler/Klebe 2015: 1032, 1037 f.). Auch dies erfordert keine Abkehr vom Arbeitsvertrag als Grundlage des arbeitsrechtlichen Schutzes.

Darüber hinaus wird man zu überlegen haben, ob nach nationalem Recht Selbständigen unter Umständen unionsrechtlicher Schutz zu gewähren ist, wenn es sich nach europäischem Recht um Arbeitnehmer handelt (EuGH 11.11.2002 Rs. Danosa, C-232/09; NJW 2011: 2343 zum möglichen Auseinanderfallen von nationalem und europäischem Arbeitnehmerbegriff.) bzw. der EuGH – wie in der Frage der Zulässigkeit von Altersgrenzen – die Anwendung von Richtlinien auf Selbständige erstreckt hat (12.1.2010 Rs. Petersen, C-341/08; NJW 2010: 587; v. Roetteken, AGG, § 10 Rn. 137; Däubler/Bertzbach-Brors, AGG, § 10 Rn. 9.). Wiederum davon ist die Frage zu trennen, inwieweit ein sozialversicherungsrechtlicher Schutz (man denke an die Künstlersozialversicherung) überhaupt an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gekoppelt sein muss.

Es gibt in diesen unterschiedlichen Fällen keinen gemeinsamen Nenner der Ausgangspunkt einer Problemlösung sein könnte. „Multipolare“ Strukturen werfen unterschiedliche Schutzlücken auf. Daher ist zunächst – ausgehend vom Idealfall des zweiseitigen Arbeitsvertrags zu untersuchen – welche Schutzlücken bei einer Trennung von Arbeitgeber und Arbeitsplatz entstehen. Dann sind die Schutzlücken entsprechend zu schließen. Ein bestimmtes *telos* liegt diesen Konstruktionen – außer der sich bietenden Umgehungsmöglichkeit – nicht zu Grunde. Dann gibt es aber auch keinen dogmatischen Ansatzpunkt dieses Sammelsurium zum Ausgangspunkt juristischer Konstruktionen zu nehmen.

1.2 Arbeitsvertrag als überkommene Hierarchiestruktur?

Hat der Arbeitsvertrag aber vielleicht ausgedient, weil er Hierarchieformen voraussetzt, die es in der „modernen“ Arbeitswelt nicht mehr gibt? Stimmt es,

„dass die dem Arbeitnehmerbegriff zugrundeliegende Konzeption zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts auf bipolare Rechtsverhältnisse ausgerichtet ist, sich an einem hierarchischen Steuerungsmodell orientiert und bezüglich der Zuordnung von Rechtsverhältnissen in netzwerkförmigen Organisationsmodellen an Grenzen stößt“ (Bücker 2016: 204).

Ist es wirklich so dass, die von der Rechtsprechung verwendete Abgrenzung angesichts neuer Arbeitsformen nicht mehr greift, weil

„Arbeitskräfte ... über ein höheres Maß an Autonomie, um innerhalb bestimmter vorgegebener Kontextbedingungen, ihre Arbeit zu koordinieren und mit anderen Arbeitskräften abzustimmen ...“ (Bücker 2016: 200)

verfügen Zwei Aspekte dürfen bei derartigen Aussagen nicht vernachlässigt werden. „Flache“ Hierarchieformen sind Hierarchieformen und damit Organisationsformen von Fremdbestimmung – im Regelfall dient das der Kostensenkung und nicht der Aufhebung der Fremdbestimmung. Solange der Beschäftigte nicht selbst diese Organisationsformen ändern kann, bleibt er fremdbestimmt und damit abhängig beschäftigt. Alles andere ist Schönfärberei. Darüber hinaus stimmt es nicht, dass die Rechtsprechung ausgehend von der Definition des Arbeitsvertrags keine verlässlichen Abgrenzungskriterien hat, da diese in überkommenen Hierarchievorstellungen begründet sind.

Bei einer solchen Argumentation wird die in der Rechtsprechung übliche Bestimmung von Arbeitsverhältnissen zu Unrecht verkürzt. Niemand würde behaupten, dass das Vorliegen von ausdrücklichen Weisungen in der Zweierbeziehung Arbeitnehmer/Arbeitgeber eine notwendige Voraussetzung ist, wenn es auch eine hinreichende sein kann. Auch bei engen Vorgaben kann ein Arbeitsverhältnis ausscheiden, wenn z.B. die Tätigkeit übertragbar ist und der Tätige eigene Beschäftigte einsetzen kann (BAG 12.12.2001 – 5 AZR 253/00; NZA 2002: 787.). Dagegen kann eine Soloselbständigkeit ausscheiden, wenn der Tätige nicht wie ein selbständiger Unternehmer aufgrund der organisatorischen Vorgaben seine Leistungen auf dem freien Markt anbieten kann (BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12; NZA 2013: 1348.).

Darüber hinaus zieht die Rechtsprechung gerade bei der Abgrenzung von dienst- oder werkvertraglichen Weisungen andere Kriterien heran, da allein anhand der inhaltlichen Konkretisierung der zu erbringenden Tätigkeit nicht gesehen werden kann, um welchen Vertragstyp es sich handelt. In diesen Fällen kommt es vielmehr auf die eigenverantwortliche Organisation des Tätigen an:

„Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist. Zwar steht auch einem Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer das Recht zu, Anweisungen für die Ausführung des Werks zu erteilen (vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu den Auswirkungen auf die Vergütungsgefahr). Davon abzugrenzen ist aber die Ausübung von Weisungsrechten bezüglich des Arbeitsvorgangs und der Zeiteinteilung (...) . Weisungen, die sich ausschließlich auf das vereinbarte Werk beziehen, können im Rahmen eines Werkvertrags erteilt werden (...); wird die Tätigkeit aber durch den „Besteller“ ge-

plant und organisiert und wird der „Werkunternehmer“ in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Werks“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.“ (BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12; NZA 2013, 1348)

Diese Eigenverantwortung muss sich z.B. in einer entsprechenden Haftungsübernahme spiegeln (BAG 18.1.2012 – 7 AZR 723/10; NZA-RR 2012, 455.). Es hängt also davon ab, wie die erwähnten „vorgegebenen Kontextbedingungen“ tatsächlich sind. Die Rechtsprechung kann anhand der entwickelten Kriterien eine auf den Einzelfall bezogene Abgrenzungsentscheidung treffen, ohne dass dieser vertragliche Ausgangspunkt auf das Vorliegen von ausdrücklichen in einer hierarchischen Zweierbeziehung getroffenen Weisungen beschränkt wäre. In diesen Fällen würde eine Abkehr vom Arbeitsvertrag überhaupt keinen Sinn machen; es geht um die Rückführung seines scheinsebständigen Vertragsverhältnisses zu dem rechtlich vorliegenden Arbeitsvertrag bzw. bei der Abgrenzung von illegaler Arbeitnehmerüberlassung und Scheinwerk- oder -dienstvertrag um die rechtlich zutreffende Festlegung des Vertragsarbeitgebers.

Damit ist aber nicht zugleich gesagt, dass die aktuelle Rechtsprechung nicht zu kritisieren wäre. Diese Kritik bezieht sich aber darauf, wer im Prozess die Umstände für die Bewertung des Vertrags vorzutragen und zu beweisen hat (Greiner (2013: 697, 702); Francken (2014: 1064); Brors/Schüren (2014: 569); Schüren (2015: 1473); in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung für eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast LAG Baden Württemberg 1.8.2013 – 2 Sa 6/13; ArbG Berlin 5.9.2013 – 33 Ca 5547/13; dagegen z.B. aus jüngster Zeit LAG Niedersachsen 20.5.2015 – 2 Sa 944/14.). Es ist an anderer Stelle schon auf die Schwierigkeit, wenn nicht gar Unmöglichkeit hingewiesen worden, dass der Arbeitnehmer nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung gezwungen wird, Umstände vorzutragen, die außerhalb seines Wahrnehmungsbereichs liegen. So hat der Arbeitnehmer typischerweise keine Informationen darüber, auf wen die Weisungen letztlich zurückgehen, die beim Arbeitnehmer ankommen, wie z.B. in dem von Schüren (BB 2014: 2615) einleuchtend angeführten Beispiel, in dem eine ganze Mannschaft samt Vorarbeitern überlassen wird. Die Arbeitnehmer erhalten dann ihre Weisungen von den mitverliehenen Führungskräften und haben keine Möglichkeit zu erkennen, ob diese Weisungen letztlich auf die Fremdfirma oder den (Schein)Werkbesteller zurückgehen. Ebenso hat der Arbeitnehmer keine Kenntnisse darüber, ob bei der Vertragsabwicklung Gewährleistungsansprüche geltend gemacht worden sind. Hier weiß der Arbeitnehmer schlicht nicht, für wen er gerade arbeitet, weil ihm die entscheidenden Informationen fehlen. Nach den Grundsätzen des fairen Verfahrens muss jede Partei jedoch gem. Art. 20 Abs. 3 GG nur die Tatsachen vortragen, die innerhalb ihres eigenen Wahrnehmungs- bzw. Steuerungsbereichs liegen; es kann nichts Unmögliches von ihr verlangt werden (Baumgärtel/Laumen/Prütting-Laumen 2016: 218).

Diesen Grundsätzen widerspricht die Rechtsprechung des BAG, wenn sie – wie in der Flugsicherungsentscheidung vom 18.1.2012 – zwar erst feststellt, dass der Arbeitnehmer sowohl werkvertragliche Weisungen i.S.v. § 645 Abs. 1 BGB als auch arbeitsvertragliche Weisungen bei seinem Einsatz erhalten kann, dann aber dem klagenden Arbeitnehmer die volle Darlegungs- und Beweislast für diese Frage aufbürdet (NZA 2012: 455.). Hier soll der Arbeitnehmer Umstände außerhalb seines Wahrnehmungsbereichs

vortragen. Es geht um die Personaleinsatzplanung der Fremdfirma und die Haftungsregelung zwischen den Unternehmen, von denen die Zuordnung abhängt.

Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers sollte daher auf die ihm erkennbaren Kriterien begrenzt werden. Nach dem Vortrag dieser Umstände sollte sie auf den Arbeitgeber übergehen. Auf diesem Weg würde man Umgehungsstrukturen systemkonform begegnen können. Um eine Abkehr vom Arbeitsvertrag geht es hier nicht, sondern um die Bestimmung zwischen wem das Arbeitsverhältnis geschlossen worden ist.

Eine ganz andere und schwieriger zu beantwortende Frage ist es inwieweit sich in Matrixstrukturen vertragsbeherrschende Stellungen von Dritten auswirken (dazu ausführlich Temming 2015: 1069). Auch das ist jedoch kein Problem, das eine grundsätzliche Abkehr vom zweiseitigen Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt des Arbeitnehmerschutzes erfordert. Das Problem ist, dass in diesen Strukturen unterschiedliche Vorgesetzte aus unterschiedlichen juristischen Personen Weisungen erteilen. In diesen Fällen wird ein Arbeitsverhältnis mit mehreren Arbeitgebern ausscheiden (Bauer/Herzberg 2013: 713, 714). Unabhängig von der Bestimmung des Vertragspartners ist aber dann zu überlegen, ob nicht die Vertragsbeherrschung zur Begründung von quasivertraglichen Pflichten führen kann (Däubler 2013: 133, 141; für bestimmte Einzelfälle Temming 2015: 1069).

2. Schutzlücken schließen – Beispiel Leiharbeit

Die vor dem Hintergrund des Arbeitsvertrags als Blaupause entstehenden Schutzlücken sind bei den Fallgruppen der Leiharbeit, der Beschäftigung bei einem Werk- oder Dienstunternehmer in einem fremden Betrieb, oder als Soloselbständiger in einem fremden Betrieb oder in „modernen“ Arbeitsformen wie bei Tätigkeiten, die als Crowdfunding oder Arbeiten in Matrixstrukturen bezeichnet werden, zu unterschiedlich als dass sie als „multipolare Arbeitsbeziehungen“ den Ausgangspunkt eines eigenen Schutzsystems bilden können. In jedem Bereich sind die Probleme zahlreich und hängen mit den einzelnen gesetzlichen Regelungen zusammen.

Anhand des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung soll daher exemplarisch gezeigt werden, wie der Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt zum Erkennen und Schließen einer Schutzlücke dienen kann. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass viele Probleme der Leiharbeit durch die nationalen Regelungen hausgemacht sind und der Atypik gegenüber dem Normalarbeitsvertrag weitere unnötige Probleme hinzufügen. Zu nennen sind z.B. die national in § 9 Nr. 2 AÜG vorgesehene tarifliche Abweichungsmöglichkeit vom Equal-Pay-Grundsatz, die nach der Richtlinie nicht zwingend erforderlich gewesen wäre im Zusammenhang mit der jahrelangen Duldung tarifunfähiger Gewerkschaften und damit der Akzeptanz von Dumpinglöhnen in der Leiharbeit (Zur Rechtslage vor der Entscheidung des BAG zur Tarifunfähigkeit Schüren/Hamann, AÜG, § 9 Rn. 107 ff.; zur Rechtslage nach der Entscheidung des BAG zur Tarifunfähigkeit Bissels (2016: 231); Klumpp (2015: 254); Löwisch (2013: 11); Schüren (2012: 4). Das hätte nicht sein müssen und ist nicht in dem Auseinanderfallen von vertraglichem Arbeitgeber und weisungsbefugtem Dritten begründet.

Die eigentliche Atypik der Arbeitnehmerüberlassung besteht darin, dass der Beschäftigte nicht wie im gesetzlich vorgesehenen Normalfall (§ 613 S. 2 BGB) die Tä-

tigkeit bei seinem Vertragsarbeitgeber leistet, sondern bei einem Dritten, dem Entleiher. Da die Leistung somit nicht im Betrieb des Vertragsarbeitgebers erbracht wird, fallen die Person des Vertragsarbeitgebers und die des Weisungsberechtigten und Empfängers der Arbeitsleistung auseinander. Es fallen ebenso die Organisations- und Verantwortungsbereiche des Vertragsarbeitgebers und des Dritten als Weisungsberechtigtem auseinander.

Ein gutes Beispiel für das Schließen einer Schutzlücke vor dem Hintergrund des zweiseitigen Arbeitsvertrags ist die Konstruktion des innerbetrieblichen Schadensausgleichs bei dem Einsatz von Leiharbeitnehmern. Trotz Fehlens eines Arbeitsvertrags zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer sind die von der Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich entwickelten Grundsätze über die Haftungsbeschränkung des Leiharbeitnehmers in diesem Verhältnis zu beachten (Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 38; vgl. hierzu BAG GS v. 12. 6. 1992; NZA 1993, 547; BGH GmS v. 21. 9. 1993 – OBG 1/93, NZA 1994, 270; OLG Hamm 11.6.2002 – 21 U 89/01; ArbG Freiburg 7.7.2010 – 12 Ca 188/10). Ansatzpunkt der Haftungsmilderung ist an sich der Arbeitsvertrag (BAG GS 27. 9. 1994 – GS 1/89; NZA 1994:1083.). Stellte man allein darauf ab, ergäbe sich aber durch das Auseinanderfallen von Vertragsarbeitgeber und weisungsbefugtem Dritten eine Schutzlücke mit der Folge, dass der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher in jedem Fall haften müsste. Dies würde aber vernachlässigen, dass es der Entleiher als weisungsbefugter Dritter ist, der den Arbeitnehmer in seinem Betrieb Risiken (Haftungsmassen) aussetzt, die nicht durch eine Gegenleistung kompensiert werden und denen der Arbeitnehmer im Regelfall nicht ausweichen kann. Aus diesem Gesichtspunkt kann die Schutzlücke durch eine entsprechende Anwendung der vertraglichen Grundsätze im Verhältnis Entleiher/Leiharbeitnehmer geschlossen werden.

Es mag sein, dass die Anwendbarkeit des innerbetrieblichen Schadensausgleichs im Entleiherbetrieb angesichts der aktuellen Diskussion um die Leiharbeit noch „altbackener“ wirkt als der zweiseitige Arbeitsvertrag. Die zu Grunde liegende Konstruktion hilft jedoch auch bei schwierigeren Fragen, wie z.B. bei der Verantwortung für Arbeitsschutzmaßnahmen und der Zuständigkeit des Betriebsrats bei Arbeitsschutzmaßnahmen oder der Mitbestimmung bei der Ausübung von eben diesen Weisungsrechten.

Auch in diesen Fällen darf es für die Arbeitnehmer nicht nachteilig sein, wenn die Arbeit nicht im Betrieb des Vertragsarbeitgebers erbracht wird und dessen Weisungen die Durchführung bestimmen. Das BAG hat dies in seiner Rechtsprechung – vor der Frage, ob Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten in §§ 9, 38 BetrVG mitzählen (BAG 13.3.2013 – 7 ABR69/11, NZA 2013,789; BAG 15.12.2011 – 7 ABR 65/10; NJW 2012: 308).– für die Zuständigkeit des Entleiherbetriebsrats für Leiharbeitnehmer erkannt und darauf abgestellt, in welchem Steuerungsbereich die mitbestimmungspflichtige Maßnahme liegt. Danach hat der Entleiherbetriebsrat nach § 87 BetrVG mitzubestimmen,

„... wenn aufgrund des Normzwecks einerseits und des Direktionsrechts des Arbeitgebers des Entleiherbetriebs andererseits eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Leiharbeitnehmer auch zum Entleiherbetrieb erforderlich machen, weil sonst die Schutzfunktion des Betriebsverfassungsrechts außer Kraft gesetzt würde“ (BAG 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, NZA 1993: 513).

Jede andere Entscheidung hätte dazu geführt, dass der für das Normalarbeitsverhältnis gesetzlich begründete Schutz aufgrund der Atypik entfiel. Ausgangspunkt bleibt auch in diesem Fall das Normalarbeitsverhältnis, dessen betriebsverfassungsrechtlicher Schutz vom Normzweck aus auf den atypischen Vertrag erstreckt wird. Aus der Gestaltungsmacht des Dritten folgt die Begründung von Pflichten. Ergibt sich die Gestaltungsmacht bei der Arbeitnehmerüberlassung aus der Übertragung des Direktionsrechts, wird zu überlegen sein, ob sich in anderen Situationen einer Vertragsbeherrschung durch einen Dritten Pflichten aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis entwickeln lassen, wenn sich Schutzlücken zeigen. Auch dabei bleibt der Arbeitsvertrag der Ausgangspunkt.

Literatur

- Bauer, J.H./Herzberg, D. (2013): Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 30 (13): 713-719.
- Baumgärtel, G./Laumen, H.W./Prütting, H. (2016): Handbuch der Beweislast. Köln: Carl Heymanns.
- Bissels, A. (2016): Nachforderungen der deutschen Rentenversicherung wegen der Tarifunfähigkeit der CGZP. In: Der Betrieb, 69(4): 231-233.
- Braun, A./Wisskirchen, G. (2015): Konzernarbeitsrecht. München: Beck.
- Brors, C./Schüren, P. (2014): Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 31 (11): 569-573.
- Bücker, S. (2016): Arbeitsrecht in der vernetzten Arbeitswelt. In: Industrielle Beziehungen, 23(2): 187-222, DOI 10.1688/IndB-2016-02-Buecker.
- Däubler, W. (2013): Der Arbeitgeber – ein Fixpunkt des Arbeitsrechts? In: Kritische Justiz, 46 (2): 133-144.
- Däubler, W./Bertzbach, M. (2013): Kommentar zum AGG. Baden Baden: Nomos.
- Däubler, W./Klebe, T. (2015), Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 32 (17): 1032-1041.
- Francken, J.P. (2014): Neuregelung der Darlegungs- und Beweislast in Verfahren nach §§ 9, 10 AÜG. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 31 (19): 1064-1066.
- Greiner, S. (2013): Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 30 (13): 697-703.
- Kahle, P.W.R. (1903): Über Hausindustrie und Heimarbeit in Deutschland und Österreich. Dresden; Wischen & Burkhardt.
- Klumpp, S.: Der Fall „CGZP“ – Ist die Einschränkung der Entleiherhaftung nach § 28e Abs. 2 S. 1 SGB IV geboten? In: Die Sozialgerichtsbarkeit, 62 (5): 254-259.
- Meyer, C. (2013): Von Mehrfachbeschäftigungsverhältnissen bis hin zu Matrix-Strukturen im Konzern – Herausforderungen auch für den Arbeitsrechtler. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 30 (23): 1326-1332.
- Schüren, P. (2012): „Wirtschaftsweise“ fordern Vertrauensschutz für CGZP-Tarifnutzer – eine kritische Analyse. In: Arbeit und Recht, 60 (1): 4-6.
- Schüren, P. (2014): Beweislastumkehr zur Bekämpfung von Scheinwerkverträgen. In: Betriebsberater, 68 (43): 2613-2618.
- Schüren, P./Fasholz, S. (2015): Inhouseoutsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – ein Diskussionsbeitrag. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 32 (24): 1473-1478.
- Schüren, P./Hamann, W. (2010): Kommentar zum AÜG. München: Beck.
- Temming, F. (2015): Der vertragsbeherrschende Dritte. München: Beck.
- Thüsing, G. (2012): Kommentar zum AÜG. München: Beck.
- v. Roetteken, T. (2016): Kommentar zum AGG, Loseblatt. München: R.v.Decker.
- Windbichler, C. (1989): Arbeitsrecht im Konzern. München: Beck.