

## **Ortstagung in Hannover des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes zum Thema**

### **„Neue Entwicklungen im Arbeitsrecht“**

Die Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. fand am 22. September 2016 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover statt.

Der Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen *Wilhelm Mestwerdt* begrüßte die rund 200 Teilnehmer; er berichtete zunächst von seinem Besuch bei einer früheren Kollegin, der Vorsitzenden Richterin am Landesarbeitsgericht Niedersachsen a. D. *Margarete König*, anlässlich ihres 105. Geburtstages. Da sie seit 1976 pensioniert sei und sich noch immer begeistert über die Tätigkeit als Arbeitsrichterin geäußert habe, halte das Arbeitsrecht bis ins hohe Alter offenbar geistig fit.

In ihrem Grußwort merkte die niedersächsische Justizministerin *Niewisch-Lennartz* zunächst an, sich noch einmal in einem "richtigen" Hörsaal zu befinden, lasse sie an einen „Tag der Zeitmaschine“ denken, auch wenn sich die Veranstaltung natürlich in die Zukunft wende: Nach der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte solle spätestens ab 2022 jedenfalls mit anderen Berufsträgern ausschließlich elektronisch kommuniziert werden. Schon jetzt sei der fakultative elektronische Rechtsverkehr angelaufen, insbesondere bei den Arbeitsgerichten, jedoch auch bei den Sozial- und den Verwaltungsgerichten. Es sei beabsichtigt, den elektronischen Rechtsverkehr zum 01.01.2018 auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu eröffnen; dazu seien die Erfahrungen der Arbeitsgerichtsbarkeit eine wichtige Vorarbeit. Werde nach außen elektronisch, nach innen jedoch weiterhin ausschließlich mit der Papierakte gearbeitet, stelle dies nicht nur einen Bruch in der Technik dar, sondern verwehre auch den Zugang zu den Vorteilen der elektronischen Akte. Diese solle die Vorteile der Technisierung nutzbar machen. Die Vorstellung, auf das bewährte Papier zu verzichten, löse durchaus auch unerfreuliche Gefühle aus. In der Herausforderung, diese neue Technik um- und sich mit dieser auseinanderzusetzen, lägen aber auch Chancen, insbesondere bei der Aktenbearbeitung und der Durchdringung der Akte. Auf die elektronische Akte könne von jedem Ort aus zugegriffen werden. Zur Bewältigung der Herausforderungen bei der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte hätten sich die Länder Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Niedersachsen zum Entwicklungsverbund "e<sup>2</sup>" zusammengeschlossen. Die elektronische Akte (e<sup>2</sup>) habe den Anspruch, "ergonomisch elektronisch" zu sein. Innerhalb des arbeitsteilig organisierten Entwicklungsverbundes sei Niedersachsen zuständig für eine moderne Textverarbeitung (e<sup>2</sup>T) und hierbei entscheidender Akteur. Nordrhein-Westfalen sei federführend für die ergonomische elektronische Akte (e<sup>2</sup>A), Hessen für ein innovatives Posteingangs- und

Postausgangsmanagement (e<sup>2</sup>P) Sachsen-Anhalt sei für das Saalmanagement verantwortlich.

Im Anschluss appellierte *Mestwerdt* an die Rechtsanwälte, schon vor Einführung der elektronischen Akte auch über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) die neuen Kommunikationswege zu eröffnen. Es sei hilfreich, sukzessive in den Prozess einzusteigen und nicht erst mit Einführung der elektronischen Akte.

*Mestwerdt* übergab das Wort sodann an *Prof. Dr. Roland Schwarze*, dem Moderator der Veranstaltung. Dieser führte in das erste Fachthema, den Betriebsübergang, mit den Worten ein, das Wissen veralte in diesem Rechtsgebiet durch zahlreiche neue Entscheidungen quasi im Wochenrhythmus; beim zweiten Thema, den Werkverträgen, sorge der Gesetzgeber für Gesprächsstoff. So habe gerade am Tag der Veranstaltung der Bundestag zu einem Gesetzentwurf zu Leiharbeit und Werkverträgen (BT-Drs. 18/9232) beraten; die Veranstaltung sei also denkbar aktuell.

*Schwarze* stellte sodann den ersten Referenten, Richter am BAG *Dr. Hinrich Vogelsang*, vor, der Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen war und im Jahre 2015 zum Richter am BAG gewählt wurde.

### **Vortrag des Richters am Bundesarbeitsgericht Dr. Hinrich Vogelsang: „Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zum Betriebsübergang“**

*Vogelsang* kündigte an, in kommender Zeit sei vom Achten Senat des BAG einiges Neue zum Thema „Betriebsübergang“ zu erwarten.

Nach einem historischen Abriss zur Entwicklung des § 613a BGB und des Betriebsbegriffs im Spannungsverhältnis zwischen nationalem und Unionsrecht stellte *Vogelsang* die Rechtsprechung des EuGH zur Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit vor (Art. 1 Nr. 1 b RL 2001/23 EG). Letztere sei eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein Übergang einer wirtschaftlichen Einheit vorliege, sei im Rahmen einer Gesamtschau von sieben Kriterien zu prüfen, nämlich der Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, des Übergangs materieller Betriebsmittel, des Wertes immaterieller Aktiva, der Übernahme der Hauptbelegschaft, des Übergangs der Kundschaft, des Grades der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und der Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Diesen Kriterien komme je nach Art des betreffenden Unternehmens unterschiedliches Gewicht zu. Hier sei zu unterscheiden, ob es sich um einen betriebsmittelarmen oder einen durch materielle Betriebsmittel geprägten Betrieb handle. Im ersten Fall sei maßgeblich auf die Übernahme

der Hauptbelegschaft abzustellen. Das nach seiner Gewichtung schwächste Kriterium sei der Grad der Ähnlichkeit der vor und nach Übergang des Betriebes verrichteten Tätigkeiten. Die Dauer der Unterbrechung, bevor der Betrieb fortgeführt werde, spiele nur selten eine wesentliche Rolle. Ein konkretes Prüfungsschema, an dem man sich festhalten könne, gebe es nicht; erforderlich sei eine wertende Betrachtungsweise.

Problematisch sei immer wieder, ob ein Teilbetriebsübergang vorliege, wenn eine Veränderung der Organisation dieses abgrenzbaren organisatorischen Teils im Betrieb des Veräußerer erfolgt. Das BAG habe das früher verneint, wenn der übernommene Betriebsteil in dem Betrieb des Erwerbers aufgehe und nunmehr mit diesem eine Einheit bilde. Der EuGH habe dies in der Entscheidung vom 12.02.2009 (C-466/07 - Klarenberg) anders beurteilt. Ein Betriebsteil könne auch dann übergehen, wenn er im übernehmenden Betrieb seine bisherige organisatorische Selbständigkeit verliere. Eine funktionale Verknüpfung der Betriebsmittel müsse jedoch erhalten bleiben. Dies habe nunmehr auch das BAG in seiner Entscheidung vom 21.08.2014 (8 AZR 648/13) bestätigt.

Geklärt sei auch, dass die bloße Funktionsnachfolge keinen Betriebsübergang darstelle. Allerdings sei es schwierig zu beurteilen, wann eine reine Funktionsnachfolge vorliege. Zahlreiche Beispiele ergäben sich aus den Bereichen In- und Outsourcing.

*Vogelsang* referierte sodann eine Entscheidung des BAG vom 10.05.2012 (8 AZR 434/11), in der es um einen Betriebsübergang beim Rettungsdienst ging. Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag sei die Durchführung an eine gGmbH übertragen worden. Wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten habe der Landkreis den öffentlich-rechtlichen Vertrag mit der gGmbH gekündigt. Für eine logische Sekunde sei damit der Rettungsdienst an den Landkreis zurückgefallen. Dieser habe unmittelbar darauf mit einer weiteren Gesellschaft einen neuen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen. Die auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Landkreis gerichtete Klage sei erfolglos geblieben. Auf der ersten Stufe sei zunächst zu prüfen gewesen, ob es sich um einen betriebsmittelarmen Betrieb handele. Dies könne, allein schon aufgrund der technischen Ausrüstungen in den Rettungsfahrzeugen, nicht angenommen werden; das BAG habe die Rettungsfahrzeuge und die Einrichtung der Fahrzeuge als prägend angesehen. Der Landkreis hatte auch keinen Arbeitnehmer eingestellt. Im Ergebnis sei ein Betriebsübergang nach allen Gesichtspunkten ausgeschlossen gewesen. Schwieriger zu beurteilen sei die Rechtslage, wenn sich der Übergang auf eine bloße Übertragung der Krankenwagen konzentriere oder der Landkreis einen Großteil der Mitarbeiter einstelle, nicht aber die Geräte oder nur einen Teil der Geräte übernehme. *Vogelsang* kündigte mögliche zeitnahe Entscheidungen des Achten Senats zu diesem Thema an.

Zum Kriterium der „Art des betreffenden Unternehmens“ erläuterte *Vogelsang* eine weitere Entscheidung des BAG vom 19.03.2015 (8 AZR 150/14). Gegenstand sei ein Betriebsübergang zwischen zwei Unternehmen, die Zustelldienste betrieben. Die Beklagte zu 1. sei neue Auftragnehmerin als Nachfolgerin der Beklagten zu 2. geworden und habe Umstrukturierungen vorgenommen, jedoch denselben Bezirk wie zuvor die Beklagte zu 2. bedient. Um die Briefkästen im Zustellbezirk zu erreichen, seien Schlüssel zum jeweiligen Haus erforderlich gewesen, die der neuen Auftragnehmerin, der Beklagten zu 1., übergeben worden seien. Der klagende Arbeitnehmer habe gemeint, bei den Schlüsseln handele es sich um wesentliche Betriebsmittel. Das BAG habe hingegen ausgeführt, es komme nicht darauf an, *an* welchen sächlichen Mitteln, sondern *mit* welchen Mitteln gearbeitet werde. Die eigentliche Zustellungsleistung könne nicht durch die Hausschlüssel, sondern nur mit ihrer Hilfe erbracht werden. Es handele sich daher um wichtige Hilfsmittel, die jedoch nicht die Identität der Einheit prägten. Einen Betriebsübergang habe das BAG im Ergebnis verneint.

Zum Kriterium der „Übernahme der Hauptbelegschaft“ referierte *Vogelsang* die frühere Auffassung des BAG, die Übernahme von Arbeitsverhältnissen sei nicht Voraussetzung, sondern Rechtsfolge des Betriebsübergangs. Der EuGH habe jedoch entschieden, dass auch die Übernahme von Arbeitsverhältnissen ein wesentlicher Aspekt eines Betriebsübergangs sein könne. Es bestehe die Gefahr, Voraussetzung und Rechtsfolge im Sinne eines Zirkelschlusses zu vermischen. Das BAG entscheide nunmehr danach, ob ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen werde. Die erforderliche Anzahl variere je nach Qualifikationsgrad der Arbeitnehmer. Sei dieser gering, könne laut BAG die Übernahme von mehr als 75 % oder - bei Reinigungskräften in reinen Dienstleistungsbetrieben - von 85 %, erforderlich sein. Eine Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 20.01.2015 (2 Sa 59/14 - rechtskräftig) zeige die Bedeutung dieses Kriteriums. In einem betriebsmittelarmen Betrieb seien Schlacht- und Verpackungsarbeiten durchgeführt worden. Nach Insolvenzeröffnung habe der Insolvenzverwalter ihn weiterführen wollen. Die Auftraggeberin habe dem Insolvenzverwalter jedoch mitgeteilt, dass der Auftrag künftig neu vergeben werde. Die neue Auftragnehmerin, eine polnische Firma, habe ohne Beteiligung des Insolvenzverwalters die Arbeitnehmer gefragt, ob sie zu ihr wechseln und zu den gleichen Konditionen weiterarbeiten wollten. Alle anwesenden Arbeitnehmer hätten ihre Bereitschaft erklärt und die bisher ausgeübten Tätigkeiten danach für das polnische Unternehmen verrichtet. Der Insolvenzverwalter habe allen außerordentlich wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot und die Verschwiegenheitspflicht sowie wegen Vertragsbruchs gekündigt und in dem Kündigungsrechtsstreit widerklagend Schadensersatz sowie eine Vertragsstrafe geltend gemacht. Er habe gemeint, durch kollusives Zusammenwirken sei der gesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB provoziert und der Betrieb dadurch

wertlos geworden. Damit sei eine aussichtsreiche Verhandlungsposition gegenüber der Auftraggeberin zerstört worden. Dieses Argument habe das LAG im Ergebnis mit einem knappen „das ist eben so“ begegnet. Willenserklärungen von Arbeitnehmern könnten also einen Betriebsübergang erst bewirken. Auf der anderen Seite hätten es, so *Vogelsang*, der Veräußerer und der Erwerber in ihrem Vertrag auch in der Hand, die Voraussetzungen des Betriebsübergangs zu schaffen oder zu vermeiden.

Zu den Rechtsfolgen des Betriebsübergangs erläuterte *Vogelsang*, der Schuldnerwechsel erfasse diejenigen, die nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff als Arbeitnehmer anzusehen seien. Problematisch sei die Auswirkung eines Betriebsübergangs auf Leiharbeiter; hierzu finde sich keine Regelung in § 613a BGB. Zum Übergang im Konzern habe der EuGH am 21.10.2010 (C-242/09 - Albron Catering) entschieden, dass die innerhalb des Konzerns an ein Unternehmen verliehenen Arbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zuzuordnen seien. Hier sehe das nationale Recht anderes vor, indem es an die Arbeitsvertragsbeziehung anknüpfe. Der Siebte Senat des BAG habe sich in seiner Entscheidung vom 15.05.2013 (7 AZR 525/11) - wohl auch in bewusster Zurückhaltung gegenüber dem für den Übergang von Arbeitsverhältnissen zuständigen Achten Senat - mit dieser Frage nicht näher auseinandergesetzt.

Zur Rechtsfolge "Übergang der Arbeitsverhältnisse" führte *Vogelsang* weiter aus, der Betriebsübergang erfasse nur bestehende Arbeitsverhältnisse, diese jedoch unabhängig davon, ob eine Beschäftigung tatsächlich erfolge oder (beispielsweise infolge Freistellung oder Elternzeit) nicht. Betriebsrentner würden von einem Übergang nicht erfasst.

*Vogelsang* stellte sodann eine Entscheidung des BAG vom 17.10.2013 (8 AZR 763/12) zur Zuordnung von Arbeitnehmern bei Teilbetriebsübergang vor. Die klagende Arbeitnehmerin sei sowohl in der zentralen Verwaltung als auch in der Weiterverarbeitung beschäftigt worden. Diese sei ein Betriebsteil gewesen, der aufgrund eines Dienstleistungsvertrages Leistungen für die Beklagte erbracht habe. Nach Kündigung dieses Dienstleistungsvertrages durch die Beklagte habe diese die Weiterverarbeitung wieder selbst übernommen und die Produktion am selben Ort nahtlos fortgeführt. Die Klägerin, die in beiden Teilen des Betriebs gearbeitet habe, habe die Auffassung vertreten, ihr Arbeitsverhältnis sei auf die Beklagte als Erwerberin des Betriebsteils Weiterverarbeitung übergegangen. Das BAG habe entschieden, für die Frage, welchem Betrieb oder Betriebsteil ein Arbeitnehmer zugeordnet ist, komme es zunächst auf den Willen der Arbeitsvertragsparteien an. Liege ein solcher weder ausdrücklich noch konkludent vor, so erfolge die Zuordnung grundsätzlich durch den Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts. Hierzu sei zu ermitteln, wo der (vor allem zeitlich) überwiegende Teil des Arbeitsverhältnisses angebunden sei. Die Klägerin habe zu einem Drittel im Bereich der Weiterverarbeitung und zu zwei Dritteln im Bereich der

allgemeinen Verwaltung gearbeitet. Laut BAG seien die von der Klägerin in der Verwaltung wahrgenommenen Querschnittsaufgaben nicht der Weiterverarbeitung zuzuordnen. *Vogelsang* stellte in diesem Zusammenhang Überlegungen an, ob in solchen Konstellationen ein Rechtsmissbrauch i. S. v. § 242 BGB angenommen werden könne, wenn beispielsweise kurz vor Betriebsteilübergang eine Versetzung erfolge.

Zu weiteren Folgen des Betriebsübergangs führte *Vogelsang* aus, dass bestehende Rechtslagen, wie z.B. die Wahrung von Ausschlussfristen, erhalten blieben. In diesem Zusammenhang erwähnte *Vogelsang* die Rechtsprechung des EuGH (18.07.2013 - C-426/11 - *Alemo-Herron*), wonach es den Mitgliedstaaten verwehrt sei, vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs die Klauseln, die dynamisch auf nach dem Übergang verhandelte und abgeschlossene Tarifverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar seien, wenn dieser nicht die Möglichkeit habe, an den Verhandlungen über die nach dem Übergang abgeschlossenen Tarifverträge teilzunehmen. Er berichtete weiter von der darauf folgenden Vorlage des BAG an den EuGH; sie betrifft die unionsrechtliche Konformität der Auslegung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dahingehend, dass der Erwerber an die von einem nicht tarifgebundenen Veräußerer vereinbarte dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag gebunden bleibe, auch wenn er nicht tarifgebunden sei und deshalb auf die künftigen Tarifverhandlungen keinen Einfluss nehmen könne. Zur Entgeltgleichheit habe das BAG entschieden, eine sofortige Gleichbehandlung nach dem Übergang sei nicht erforderlich; vielmehr könne eine sukzessive Gleichstellung bereits beschäftigter und übernommener Arbeitnehmer erfolgen. Verträge vor einem geplanten Betriebsübergang, die darauf gerichtet seien, die Rechtsfolgen von § 613a BGB zu vermeiden, etwa Erlassverträge, seien unzulässig. Möglich seien solche Vereinbarungen aber nach erfolgtem Betriebsübergang. Die Details seien jedoch noch nicht klar definiert. Nach der älteren Rechtsprechung des Fünften Senats des BAG sei für nach dem Betriebsübergang erfolgte Vertragsänderungen ein sachlicher Grund erforderlich gewesen. Die neuere Rechtsprechung des Fünften Senats habe dieses offen gelassen. Der Achte Senat habe dies in einer Entscheidung aus März 2009 ebenfalls ausdrücklich offen gelassen.

Im letzten Abschnitt seines Vortrags befasste sich *Vogelsang* mit den Informationspflichten und dem Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 5, 6 BGB. Gemeinschaftsrechtlich sei das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer nicht erforderlich, ebenso wenig wie eine individuelle Unterrichtung der Arbeitnehmer. Bestehe eine kollektive Arbeitnehmervertretung (Betriebsrat), reiche nach Art. 7 der Richtlinie die Unterrichtung gegenüber dem Gremium aus. Das deutsche Recht sei in diesem Punkt arbeitnehmerfreundlicher als das Unionsrecht. § 613a Abs. 5 BGB beschäftige häufig die Praxis. Den Entscheidungen hierzu lasse sich entnehmen, dass die Gerichte häufig auf den Grundsatz von Treu und Glauben abstellten,

obwohl dieser richtigerweise nur dann heranzuziehen sei, wenn andere rechtliche Regelungen nicht griffen. Den Kern des Problems stelle § 613a Abs. 5 BGB mit den darin vorgesehenen weitgehenden Unterrichtsrechten dar: Zu unterrichten sei über den Zeitpunkt, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Anhand zahlreicher Beispiele zeigte Vogelsang auf, wie anspruchsvoll und schwer zu überwinden die von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden seien. Die in der Praxis kursierenden Vordrucke für die Unterrichtung zeigten das Dilemma: Erfolge die Unterrichtung in allen rechtlichen Details, bleibe sie für Arbeitnehmer oft unverständlich. Sei sie verständlich formuliert, müsse sie häufig als unvollständig angesehen werden. In der Praxis würden viele Unterrichtungen als unzureichend qualifiziert. Die Widerrufsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB beginne dann nicht zu laufen mit der Folge, dass Widerrufsrechte noch lange nach dem Übergang, jedoch rückwirkend, ausgeübt werden könnten, was insbesondere bei mehreren aufeinander folgenden Betriebsübergängen zu Problemen führe. Der Achte Senat des BAG habe nunmehr eine kleine Grenze eingezogen, wonach unter Erteilung gewisser Grundinformationen die Widerrufsfrist gegebenenfalls doch laufe. *Vogelsang* stellte in Aussicht, dass sich der Senat mit dem Umfang der Informationspflicht und der damit verbundenen Rechtsfolge noch in den Folgejahren befassen werde.

**Vortrag von Prof. Dr. Olaf Deinert: „Grenzen der werkvertraglichen Gestaltung betrieblicher Arbeit - de lege lata und de lege ferenda“**

*Deinert* stellte zunächst die Ziele der Großen Koalition betreffend Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge dar: Die Rückführung der Leiharbeit auf ihre Kernfunktion und die Bekämpfung missbräuchlicher Gestaltung von Werkverträgen. Hierzu seien die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten, die Gleichbehandlung nach spätestens neun Monaten, effektivere Kontrollen sowie die Festschreibung der Abgrenzungskriterien zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung vorgesehen. Der Gesetzesentwurf BT-Drs. 18/9232 solle zum 01.01.2017 in Kraft treten. Für die Gleichbehandlung und die Höchstüberlassungsdauer maßgebliche Überlassungszeiten würden erst ab Inkrafttreten des Gesetzes berücksichtigt.

Die erstmals vorgesehene Definition des Arbeitnehmerbegriffs bringe nichts wesentlich Neues, sondern schreibe lediglich den durch die Rechtsprechung geprägten Begriff fest. Nach der „*Hueck*’schen Formel“ sei Arbeitnehmer, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrages oder gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet sei. Die Feststellung erfolge durch die typologische Methode anhand arbeitnehmertypischer Merkmale, unter anderem: Örtliche, zeitliche und inhaltliche Vorgaben; die Erwartung

ständiger Dienstbereitschaft; die Einteilung in Dienstpläne; die Möglichkeit zur Ablehnung von Aufträgen; die Einbindung in betriebliche Abläufe und die Notwendigkeit der Anpassung an die dortigen Strukturen; der praktische Ausschluss eigenverantwortlicher Organisation bei einem arbeitsteiligen Prozess; die Zuweisung und Verrichtung weiterer Tätigkeiten; die Verteilung unternehmerischer Chancen und Risiken; die Befugnis zur Einbindung Dritter in die Leistungserbringung.

Vor einiger Zeit habe das BAG zu entscheiden gehabt, ob ein in einem Gesundheitsamt beschäftigter Arzt selbstständig sei. Hierbei sei die örtliche Vorgabe der Erbringung der Arbeitsleistung nicht so relevant gewesen, wohl aber die zeitliche. Weshalb der zeitlichen Vorgabe größeres Gewicht beigemessen worden sei als der örtlichen, sei nicht objektiv erklärbar, sondern eine Frage der Wertung. Besondere Abgrenzungsprobleme ergäben sich in den Bereichen der erfolgsabhängigen Vergütung, der Gewährleistung und des Verwendungsrisikos für die Arbeitskraft. Diese seien, so *Deinert*, Merkmale, die gegen ein Arbeitsverhältnis im Rahmen der typologischen Methode sprächen. Liege dennoch ein Arbeitsverhältnis vor, seien solche Vereinbarungen an §§ 305 ff. BGB zu messen.

Zu Einzelfragen der Qualifikation eines Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis kam *Deinert* auf ein jüngeres Phänomen, das sogenannte „Crowdworking“, zu sprechen. Unternehmen zerlegten Arbeiten in kleine Projekte und vergäben diese für oft geringe Honorare an freie Dienstleister. Derartige Aufträge würden häufig im Internet über sog. Crowdsourcing-Plattformen ausgeschrieben. Beispielsweise überprüften Crowdworker Bildmaterial am Computer auf unerlaubte Inhalte und erhielten pro Bild eine Vergütung. Hier spreche zunächst vieles für eine selbstständige Tätigkeit, denn mit der Vergabe des Auftrags werde nur abstrakt umschrieben, welche Tätigkeit auszuführen sei. Jedoch gebe es auch in Arbeitsverhältnissen Tätigkeiten, die aufgrund ihrer einfachen Struktur keiner konkreten Weisung bedürften. Regelungsbedarf ergebe sich insbesondere dann, wenn Crowdworker solche Dienste nicht nur nebenher, sondern zur Bestreitung des Lebensunterhaltes erbrächten. Dann bestehe, zumal angesichts der typischerweise geringen Vergütung, die Gefahr „prekärer Selbstständigkeit“.

Bei Rahmenverträgen, häufig anzutreffen zum Beispiel bei Zustelldiensten, sei zu beachten, dass wohl nicht diese, sondern die jeweiligen Einzelverträge als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren seien. Problematisch sei hierbei insbesondere, dass ein Arbeitsverhältnis für die Dauer eines Tages begründet werden könne, dieses jedoch streng genommen eine Befristung darstelle und lediglich drei sachgrundlose Befristungen in Folge abgeschlossen werden könnten.



Ferner gebe es das Phänomen der sogenannten zero-hour contracts (Null-Stunden-Verträge). Während ein Rahmenvertrag kein Arbeitsverhältnis darstelle, seien die sogenannten Null-Stunden-Verträge anders zu beurteilen. Dort werde vereinbart, dass eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung von null Stunden bestehe und der Verpflichtete nach dem entsprechenden Bedarf zur Arbeit herangezogen werde. Nun habe das BAG jedoch entschieden, dass höchstens ein Anteil von 25 % der vereinbarten Arbeitszeit variabel abrufbar sein dürfe, was bei null vereinbarten Stunden nicht weiterhelfe. Das LAG Düsseldorf schließe die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung. In zwei Entscheidungen habe das BAG auf zwei unterschiedliche Aspekte abgestellt, nämlich einmal auf die ergänzende Vertragsauslegung, einmal auf § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG. In dem der Entscheidung des LAG Düsseldorf zugrunde liegenden Rechtsstreit habe das Arbeitsgericht als Vorinstanz entschieden, aus dem Arbeitsvertrag folge, dass der Umfang der Arbeitszeit im Rahmen eines Abrufarbeitsverhältnisses schwanken sollte. Bei der Ermittlung, was als Normalarbeitszeit (Mindestarbeitszeit) zugrunde zu legen sei, habe das Arbeitsgericht in einem ersten Schritt die tatsächliche durchschnittliche Beschäftigung des Arbeitnehmers ermittelt und sodann in einem zweiten Schritt unter Berücksichtigung der genannten Rechtsprechung (flexibler abrufbarer Arbeitszeitanteil von 25 % im Verhältnis zur Mindestbeschäftigung) einen Abschlag von 20 % vorgenommen (abrufbarer Arbeitszeitanteil).

*Deinert* sprach anschließend über die Rezeption der typologischen Methode durch das Bundesverfassungsgericht. Gewisse Unsicherheiten und auch für das jeweilige Rechtsgebiet spezifische Interpretationsunterschiede seien jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent. Das Gesetz bediene sich nicht eines tatbestandlich scharf konturierten Begriffs, sondern des Typus. So könnten flexible Lösungen gefunden werden. Nach vorwiegend in der Literatur vertretenen Auffassungen sei bei der rechtlichen Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses vorwiegend danach zu fragen, wen das Arbeitsrecht schützen wolle. Dies entspreche eher einer teleologischen Herangehensweise.

*Deinert* befasste sich hierauf mit der Analyse des § 611a BGB-E. Nach der Gesetzesbegründung handele es sich erklärtermaßen um die Übernahme höchstrichterlicher Leitsätze. Satz 1 gebe im Wesentlichen die "Hueck'sche Formel" wieder. Satz 2 regele die Weisungsgebundenheit, womit tätigkeitsbezogene Weisungen gemeint seien. Die Regelung enthalte einen Hinweis auf das Weisungsrecht i. S. v. § 106 GewO sowie i. S. v. Satz 1. Das Merkmal "freie Gestaltung der Tätigkeit" in Satz 3 enthalte eine Wiederholung von § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, der somit nicht mehr nur für Handelsvertreter gelte. *Deinert* betonte, der für ein Arbeitsverhältnis erforderliche Grad der Abhängigkeit variere tätigkeitspezifisch. Nach § 611a Satz 4 BGB-E habe eine Gesamtbetrachtung aller Umstände zu erfolgen. Die

berücksichtigungsfähigen Umstände blieben jedoch unregelt. Dies begünstige zwar die Flexibilität, schaffe aber nicht die intendierte Rechtssicherheit. Dies werfe die Frage nach dem Sinn der Regelung auf. Nach Satz 5 sei die tatsächliche Durchführung maßgebend, auch wenn die Parteien das Beschäftigungsverhältnis anders bezeichnet haben. Bei wertender Betrachtung des § 611a BGB-E enthalte dass dieser keine Definition, sondern eine Typusbeschreibung. Die Rechtssicherheit werde damit nicht erhöht, weil die Bewertung von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei. Ein Hinweis auf abweichende Arbeitnehmerbegriffe (so etwa in § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG oder § 5 Abs. 2 BetrVG) erfolge nicht. Insgesamt ergebe sich durch die Neuregelung daher ein geringer Ertrag, jedoch neue Risiken: Der Verlust an Flexibilität für die Rechtsprechung und ein Rückschritt hinsichtlich der Freiheit, trotz praktizierter Selbständigkeit ein Arbeitsverhältnis als Vertragstyp zu wählen.

Im letzten Teil seines Vortrags sprach *Deinert* über die Arbeitnehmerüberlassung und den Einsatz von Subunternehmern. Der Leiharbeitnehmer zeichne sich durch weisungsgebundene Eingliederung in den Betrieb des Entleihers aus. Problematisch sei jedoch, wer weisungsberechtigt sei. Hier könne eine Rückbindung zur entscheidungsbefugten Person erfolgen. So sei die Weiterleitung von Weisungen des Einsatzbetriebes in den Blick zu nehmen und zudem zu berücksichtigen, dass werkbezogene in tätigkeitsbezogene Weisungen "durchschlagen" könnten.

Gesichtspunkte bei der Abgrenzung von Leiharbeitsverhältnissen seien die Haftung für Schäden, die Gewährleistung und die Frage, wer das Verwendungsrisiko trage - im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses sei dies der Arbeitgeber. Wenig ertragreich seien die Örtlichkeit der Arbeitsleistung und die Beurteilung, ob es sich bei der Tätigkeit um eine branchenzugehörige Daueraufgabe handle. De lege ferenda erfolge eine Abgrenzung durch neue Regelungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E würden Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert seien und seinen Weisungen unterlägen. Nach Satz 5 hätten Verleiher und Entleiher die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Arbeitnehmer überließen oder tätig werden ließen. Nach Satz 6 hätten sie die Person des Leiharbeitnehmers vor der Überlassung unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren. In § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG-E werde geregelt, dass der Verleiher den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren habe, dass er als Leiharbeitnehmer tätig werde. § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E lege zudem fest, dass für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend sei, wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprüchen. *Deinert* stellte

heraus, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E im Zusammenhang mit Satz 1 (Erlaubnispflicht der Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung) gelesen werden müsse, weil es sich ansonsten um eine Definition des Arbeitnehmers handeln würde. Die gleichberechtigte Erwähnung von Eingliederung und Weisungsgebundenheit sei nicht mit § 611a BGB-E abgestimmt; die Frage der Eingliederung spiele bei § 611a BGB-E keine Rolle und decke sich nicht mit der Entscheidung des EuGH vom 18.06.2015 (Martin Meat - NZA 2015, 925). Der EuGH habe nicht auf die Eingliederung abgestellt. Kritik sei vom Deutschen Anwaltverein dahingehend geäußert worden, dass Arbeit im Gemeinschaftsbetrieb als Leiharbeit anzusehen sei. Dies überzeuge, so *Deinert*, nicht. Maßgeblich sei nicht die Eingliederung in eine fremde, sondern in die eigene (gemeinsam mit anderen Unternehmen geschaffene) Organisation.

*Deinert* führte aus, dass der Gesetzesentwurf eine Normierung des Verbots der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung vorsehe. So stelle es eine Ordnungswidrigkeit dar, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nicht offengelegt werde. Es reiche nicht aus, dass eine Überlassungserlaubnis vorliege; vielmehr habe der Unternehmer auch über die Überlassung zu unterrichten. Die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung führe zu einem fingierten Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 AÜG; allerdings bestehe ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers. Zudem solle ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bestehen, wenn eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung im Vorhinein erkennbar sei.

### **Vortrag von Ulrich Besenthal: „Die werkvertragliche Gestaltung betrieblicher „Arbeit“ als Gegenstand kollektiver Regelungen“**

*Besenthal*, tätig im Bereich Rechtswesen der Volkswagen AG und dort zuständig für den Bereich Arbeitsrecht, berichtete darüber, wie das Thema „Abgrenzung Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung“ in seinem Unternehmen umgesetzt werde. Im Bereich Zeitarbeit seien die Charta der Zeitarbeit sowie ein Tarifvertrag abgeschlossen worden. Im Bereich Werkverträge sei eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen worden. Ferner habe man Organisationsanweisungen erlassen. Der Tarifvertrag Zeitarbeit und die Charta der Zeitarbeit sähen eine stufenweise Anpassung des Entgelts und Equal pay bereits nach neun Monaten vor - damit sei das Unternehmen dem Gesetzesentwurf zur Neuregelung von Leiharbeit und Werkverträgen bereits voraus. Ferner werde eine Höchstquote festgelegt. Hierzu erfolge regelmäßig eine Information an den Betriebsrat über die Belegschaftsstärke und die eingesetzten Zeitarbeitnehmer. Ferner seien Maßnahmen für den Fall der Überschreitung vereinbart. Damit seien die Rechte des Betriebsrats gegenüber § 99 BetrVG erweitert. Auch ein Anspruch der Zeitarbeitnehmer auf Qualifizierung unregelmäßige Übernahme nach 36 Monaten nach Beratung mit dem Betriebsrat seien vorgesehen. Damit stelle die Zeitarbeit,

so *Besenthal*, neben der Übernahme nach der Ausbildung den zweiten Weg in den sogenannten „direkten Bereich“, d. h. den Zugang zu den Stammarbeitsplätzen der VW AG, dar. Seit dem Jahr 2010 seien 17.400 Zeitarbeitnehmer übernommen worden (Stand Juli 2016). Nur ein kleiner Teil der beschäftigten Zeitarbeitnehmer sei nicht übernommen worden. Sodann stellte *Besenthal* Inhalte der Betriebsvereinbarung über Werk- und Dienstleistungsverträge vor. Sie enthalte ein Bekenntnis zum verantwortungsbewussten Umgang mit Werkverträgen. Ferner werde auf bestehende Regelungen zu Auftragsvergaben hingewiesen, insbesondere die vorherige Prüfung eigener freier Kapazitäten. Ein Gremium Dienstleistung prüfe, ob eine vorrangige Vergabe an interne Dienstleister möglich sei. Ferner seien in der Betriebsvereinbarung eine Informationspflicht gegenüber dem Betriebsrat über Vergaben sowie eine Erörterungspflicht hinsichtlich quantitativer Kriterien (Umfang in Euro und umgerechnet in Personalkapazität der VW AG) und qualitativer Kriterien (Know-how-Abfluss, Reaktionsgeschwindigkeit, Wirtschaftlichkeit, eigene Beschäftigungssicherung) vorgesehen. Die Betriebsvereinbarung enthalte auch eine Erörterungspflicht bei geplanten Vergaben von bislang intern wahrgenommenen Aufgaben.

Die daneben bestehende Organisationsanweisung „Beauftragung und Durchführung von Dienstleistungs- und Werkverträgen mit Lieferanten“ berücksichtige, so *Besenthal* weiter, dass Auftraggeber der Fremdunternehmen die jeweiligen Fachabteilungen seien. Gemeinsam mit der Compliance-Abteilung sei eine Vortragsreihe erarbeitet worden, innerhalb derer über die Bedingungen und den Ablauf bei der Zusammenarbeit mit Drittunternehmen informiert werde. *Besenthal* präsentierte einen zwei- bis dreiminütigen Kurzfilm (sog. „simpleshow“), der in diesem Rahmen zur Information der eigenen Mitarbeiter erarbeitet worden sei. Dort wurde unterschieden zwischen den Dienstleistungs- und Werkverträgen mit Lieferanten. Klargestellt wurde, wer Ansprechpartner ist und dass insbesondere die Einsatzplanung nur über die Ansprechpartner erfolge. Ferner wurde dargestellt, dass eine organisatorische Trennung zu den Bereichen Dienstleistung und Werkverträge erfolgen solle. Bei Besprechungen sei zu berücksichtigen, dass Mitarbeiter, die im Rahmen von Dienstleistungs- oder Werkverträgen tätig seien, insbesondere nicht an internen Abteilungsversammlungen teilnehmen sollen.

*Besenthal* erklärte, die in dem Film dargestellten Vorgaben seien auch noch einmal verschriftlicht worden. Ziel sei die rechtskonforme Beauftragung und Durchführung von Dienstleistungen; dies gelte auch für die Konzerntöchter. Ferner bestehe eine Prüfungspflicht des Fachbereichs hinsichtlich der Vergabefähigkeit der zu erbringenden Leistungen (Abgrenzbarkeit und Steuerung durch eigenes Leitungspersonal). Innerhalb der Organisationsanweisung würden insbesondere vertrags- und lastenheftbezogene Vorgaben geregelt. Vorgesehen sei, dass die Leistungsbeschreibung ergebnisbezogen sei, dass die

Weisungsbefugnis beim Lieferanten bestehe und dass grundsätzlich nach einem Fest- bzw. Pauschalpreis abgerechnet werde. Damit liege das Risiko beim Unternehmer, jedoch zugleich die Chance, durch gute und schnelle Arbeit ein für ihn wirtschaftlich positives Ergebnis zu erzielen. Sichergestellt seien auch die durchführungsbezogenen Vorgaben. So würden auf dem Unternehmensgelände eigene Büroräume zur Verfügung gestellt und angemietet sowie weitere organisatorische Maßnahmen getroffen, damit seitens VW keine Anweisung an Arbeitnehmer des Dienstleisters erteilt würden.

### **Vortrag von Lutz Kaiser: „Die werkvertragliche Gestaltung betrieblicher „Arbeit“ als Gegenstand kollektiver Regelungen“**

*Kaiser* berichtete aus der betrieblichen Praxis.

Aus Sicht der Betriebsräte stelle sich die Frage, wie mit sogenannten „Onsite-Werkverträgen“ umzugehen sei, d. h. solchen, bei denen Werkunternehmer Aufgaben im Bereich des Betriebszwecks eines Unternehmers, z. B. in der Produktion eines Produktionsbetriebes, mit eigenen Beschäftigten übernehmen. Diese Werkverträge hätten diverse negative Auswirkungen. So finde eine Substitution der Stammelegschaft durch geringer entlohnte Beschäftigte statt, zudem steige die Konkurrenz zwischen der Stammelegschaft und den von Werkunternehmen eingesetzten Arbeitnehmern. Auf kollektiver Ebene habe der vermehrte Gebrauch von Werkverträgen zur Folge, dass Betriebsräte aus möglicherweise deutlich kleineren Gremien bestünden und weniger Freistellungen in Anspruch genommen werden könnten. Es bestehe zudem die Befürchtung, dass Unternehmen Werkverträge nutzen, um die re-regulierte und damit verteuerte Leiharbeit zu substituieren, die Beschäftigten des Werkunternehmens dann aber - gesetzeswidrig - wie Leiharbeitskräfte zu behandeln.

*Kaiser* stellte Ergebnisse einer Betriebsrätebefragung der IG Metall zum Einsatz von Werkverträgen aus dem Jahr 2015 vor. Inhalt war, ob und in welchen Bereichen Arbeiten auf der Grundlage von Werkverträgen in den Unternehmen fremdvergeben werden, wie sich die Vergabe von Werkverträgen in den vergangenen drei Jahren entwickelt hat, ob Stamarbeitsplätze durch Werkverträge ersetzt wurden, wie die Arbeits- und Entgeltbedingungen bei den beauftragten Werkvertragsunternehmen im Vergleich zu denen im Betrieb der befragten Betriebsräte sind und ob in den beauftragten Werkvertragsunternehmen Tarifverträge gelten. Aus der Befragung ergebe sich, dass zwei Drittel der Unternehmen Arbeiten auslagerten und in den vergangenen drei Jahren eine Zunahme von Werkverträgen in fast jedem vierten Betrieb zu verzeichnen sei. Mit steigender Betriebsgröße nehme auch die Zahl der Werkverträge zu. Entsprechendes gelte für die Zahl der Stamarbeitsplätze, die in den vergangenen drei Jahren durch Werkverträge ersetzt

worden seien. Zudem sei festzustellen, dass in Werkvertragsunternehmen überwiegend schlechtere Arbeits- und Entgeltbedingungen bestünden als in dem beauftragenden Betrieb, und dass oft tarifliche Standards unterlaufen würden. Nur 5 % der befragten Betriebsräte bejahten die Frage, ob es im Betrieb eine Betriebsvereinbarung zur Vergabe von Werkverträgen gebe

*Kaiser* wandte sich sodann der Frage zu, weshalb es kaum Betriebsvereinbarungen zum Umgang mit Werkverträgen gebe. Hierzu gebe es drei Antworten. Die erste mögliche Antwort sei, dass es sich um eine „schwierige Materie“ handle. Eine weitere Erklärung sei, dass die Einflussmöglichkeiten der Betriebsräte hier gering seien, sehe man von der Beteiligung über "Umwege" (z. B. über Arbeitszeitregelungen, Arbeitssicherheit oder die allseits bekannten Kompensationsgeschäfte) ab. Nach § 80 Abs. 2 BetrVG bestehe ein Informationsrecht, allerdings nur in Bezug auf eigene Arbeitnehmer des Entleihers. Ein weitergehendes Informationsrecht als die Einsichtnahme in Werkverträge bestehe nicht. Nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG komme ein Informationsrecht über Arbeitsverfahren und -abläufe in Abhängigkeit vom Fremdfirmeneinsatz in Betracht; auch dies sei in Bezug auf Werkverträge jedoch schwierig durchzusetzen. Nach § 92 BetrVG ergäben sich im Bereich der Personalplanung nur Informationspflichten, die sich auf Auswirkungen auf die Stammbesellschaft oder auf die Kernkompetenzen des Unternehmens bezögen. Sofern ein Wirtschaftsausschuss bestehe, gebe es nach § 106 BetrVG die Möglichkeit der Information über Outsourcing-Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf Arbeitnehmer. Föhrten Fremdvergabe und Outsourcing zu einer Betriebsänderung, ergäben sich Rechte aus §§ 111 ff. BetrVG. Auch die Rechte aus § 99 BetrVG föhrten selten weiter.

Die dritte mögliche Antwort auf die Frage, weshalb es nur wenige Betriebsvereinbarungen zu Werkverträgen gebe, sei, dass Betriebsratsgremien „fragile Gebilde“ seien und häufig unterschiedliche Strömungen aufwiesen. Nach einer Studie der Hans-Böckler-Stiftung gebe es zwar Betriebsräte, die sich Beteiligungschancen erarbeitet hätten, jedoch hauptsächlich hochprofessionell arbeitende Betriebsräte aus Großbetrieben.

Die Befragung habe, so *Kaiser*, zwei verschiedene Grundmuster in Bezug auf die Einstellung zu Werkverträgen ergeben, die ihrerseits in zwei Ausprägungen untergliedert werden könnten. Bei der Gruppe der Ablehnenden gebe es die Typen "Ablehnung - Unsicherheit" und "Ablehnung - Konfrontation". Ersterer lehne prinzipiell Werkverträge ab, weil er überall Scheinwerkverträge vermute. Der Typ "Ablehnung - Konfrontation" gehe mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln (Öffentlichkeit, Gewerkschaft, gerichtliche Überprüfung) gegen jede Form von Werkverträgen vor. Innerhalb der Gruppe „Akzeptanz“ gebe es die Untergruppe "Akzeptanz - Ausgestaltung", die auf akzeptable Bedingungen und eine maßvolle Personalplanung hinarbeite. Die andere Untergruppe, umschrieben mit "Akzeptanz

- Kooperation" sehe Werkverträge als Element eines Wettbewerbspakts, mit dem die Beschäftigung der Stammebelegschaft und der Standort gesichert würden. Die Interessen der Werkvertragsarbeitskräfte würden von diesem Typ nicht aufgegriffen. Hieran werde deutlich, so *Kaiser*, dass es schwer sei, in einem Gremium zu einer einheitlichen Meinung zu gelangen.

*Kaiser* setzte dem aus seiner Sicht in der Diskussion über Mitbestimmung bei Werkverträgen von Arbeitgebern häufig ins Feld geführten Einwand der "Enteignung" entgegen, dass der Betriebsrat auch eine ökonomische Verantwortung für sein Unternehmen übernehme. Dies ergebe sich bereits aus § 2 BetrVG. Interessant werde dies für die Arbeitgeberseite beispielsweise dann, wenn der Betrieb in eine wirtschaftliche Schieflage gerate und Interessenausgleich sowie Sozialplan zu vereinbaren seien. Hier habe der Betriebsrat wesentliches Gewicht, wie beispielsweise bei der Namensliste zum Interessenausgleich (§ 1 Abs. 5 KSchG). So trage der Betriebsrat auch zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit der Stammarbeitsplätze bei. Leider sei der Betriebsrat kein "Netzwerkrat". Die neben der Stammebelegschaft Beschäftigten seien unter den aktuellen Rahmenbedingungen nicht seine Klientel.

*Kaiser* erklärte, Werkvertragsarbeit sei nur in unternehmensübergreifendem und sozialpartnerschaftlichem Miteinander zu gestalten. Zum Beispiel seien erste tarifpolitische Schritte 2013 in der norddeutschen Werftindustrie gemacht, gewisse Mindeststandards bezogen auf Werkvertragsarbeiter geschaffen und Rechte des Betriebsrats gestärkt worden. Auch zeige der "Tarifvertrag über den Einsatz von Werkverträgen" vom 08.07.2014 in der Stahlindustrie, dass diese aufgrund der langjährigen Erfahrungen mit Fremdunternehmen zu Recht als Referenzbranche gelte. Auch fänden sich in den meisten Stahlunternehmen über die Empfehlungen des Tarifvertrags hinausgehende betriebliche Regelungen. Die meisten Stahlunternehmen definierten die Anwendungsbereiche von Werkverträgen. Diese kämen ausschließlich im Anlagenneubau, bei fehlendem Know-How und bei Arbeiten außerhalb der Kernkompetenz zum Einsatz. Auch die Automobilindustrie liefere gute Beispiele. So gebe es bei der Daimler AG eine Betriebsvereinbarung, die eine direkte Meldung der Fremdfirmen über die Fachbereiche vorsehe. Auch die Ford-Werke GmbH treibe die Sorge vor dem Know-How-Abfluss um. Sie übertrage Aufgaben im Wesentlichen nur dann, wenn es sich nicht um strategische Entscheidungen handle und eine Rückholung in das Unternehmen in angemessener Zeit möglich sei. Porsche sehe sogar vor, dass der Betriebsrat bei der Auftragsvergabe an Drittunternehmen und damit bei den oft strittigen Werkverträgen mitentscheiden dürfe. Dies seien gute Beispiele, die aber weitestgehend auf Großbetriebe reduziert seien. Dies liege daran, dass die Betriebsratsarbeit dort gut organisiert und hochkompetent sei. Im Übrigen sei der Bereich „Werkverträge“ durch den Betriebsrat häufig

nur durch sogenannte Kompensationsgeschäfte lösbar, indem in Bereichen, in denen starke Mitbestimmungsrechte bestehen (etwa bei Überstunden) Entgegenkommen signalisiert werde.

Abschließend formulierte *Kaiser* seinen eigenen Wunschkatalog zur sinnvollen Regulierung von Werkverträgen. Der Missbrauch solle weiter erschwert werden, indem die durch das BAG beschriebenen Kriterien gesetzlich normiert würden; ein "Umdeklarieren" mit vorgehaltener Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis solle nicht mehr möglich sein, und durch eine Reform des Betriebsverfassungsgesetzes müssten die Rechte des Betriebsrates verstärkt werden. Dies betreffe insbesondere die Information des Betriebsrates im Rahmen der §§ 80, 90, 92 und 92a BetrVG. Es müssten wirksame rechtliche Mittel geschaffen werden, um irreguläre Praktiken zur Verhinderung von Betriebsratsgründungen zu unterbinden. Der Geltungsbereich von § 87 BetrVG solle auf Fremdfirmenmitarbeiter auf dem Werksgelände und § 95 BetrVG auf die Fremdbeschäftigten ausgeweitet werden; die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG solle bei jeder Beschäftigung im Betrieb gelten. Letztlich sollten die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG bei Auslagerung bisher im Betrieb erledigter Arbeiten und einem damit einhergehenden Arbeitsplatzabbau unabhängig von den dort genannten Schwellenwerten ausgelöst werden.

*Mestwerdt* dankte abschließend insbesondere dem Lehrstuhl von *Prof. Dr. Schwarze* von der Leibniz Universität Hannover sowie dem Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht *Daniel Dreher* für die Organisation der Veranstaltung.

Anna-Louise Hackmann  
Richterin am Arbeitsgericht