

Dr. Frank Hennecke und Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal

Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung

Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung – das ist die Frage. Von der Unterscheidung hängen weitreichende, einschneidende Rechtsfolgen ab. Die jeweilige Antwort steht mitten im sozialen Konflikt. Die Frage beschäftigt daher die Politik, die Rechtsprechung und das Schrifttum. Die Kriterien der Unterscheidung scheinen immerhin ausdiskutiert; die verfassungsrechtliche Bewertung aber scheint kaum ins Blickfeld zu geraten. Darum aber soll es in vorliegendem „Standpunkt“ gehen.

I. Interessenlage und Konfliktpotential

1. Kostendruck im Wettbewerb

Blicken wir zunächst noch einmal auf die Interessenlage und das Konfliktpotential. Im marktwirtschaftlichen Wettbewerb sind die Kosten für ein Unternehmen, die es zur Herstellung seiner Leistung, aufbringen muss, von entscheidender Bedeutung. Potentiale zur Kostensenkung liegen in den Produktionsmitteln, in der Effizienzsteigerung, im Energieverbrauch und im Qualitätsmanagement, aber auch in der Umweltbelastung und in der Senkung der Arbeitskosten. Der Externalisierung von Kosten zu Lasten der Umwelt tritt die Umweltgesetzgebung entgegen. Der Externalisierung zu Lasten der Arbeitnehmer verhindert das Arbeitsrecht im weitesten Sinne. Das Arbeitsrecht ist insoweit die Grenze der Kostensenkung.

Ein Potential zur Kostensenkung liegt aber auch in der Arbeitsteilung. Lässt sich eine Arbeitsleistung, die für die Produktherstellung, insbesondere bei temporären Produktions- und Absatzschwankungen, erforderlich ist, durch Einkauf von spezialisierten und zeitflexibel einsetzbaren Fremdleistungen kostengünstiger als durch Vorhaltung und Einsatz des Stammpersonals erreichen, werden Unternehmen genau diese Arbeitsleistung auf dem Arbeitsmarkt nachfragen. Dementsprechend werden Partnerunternehmen als Anbieter von spezialisierter oder temporärer Dienstleistung auf dem Markt auftreten. Eine derartige Entsprechung von nachgefragter und angebotener Dienstleistung ist Ausdruck freier Marktwirtschaft. Hieran ist prinzipiell auch nichts zu beanstanden.

Der Kostendruck im Wettbewerb, auch im Arbeitsmarkt, lässt jedoch immer nach Wegen zur Verminderung suchen. Ein ungeschützter marktwirtschaftlicher Wettbewerb findet aber gerade bei den Arbeitskosten seinen Schwachpunkt. Das „Outsourcing“ von Dienstleistung führt zur Nachfrage nach Arbeit, die billiger als die Arbeit des Stammpersonals zu haben ist. Entsprechend wird auch der Anbieter von externer Dienstleistung seinerseits die Arbeitskosten zu senken suchen, die er verkauft. Der Wettbewerb um die billigsten Arbeitskräfte trifft aber genau die sozial schwächeren Arbeitnehmer („Lohndumping“). Dem aber schiebt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz¹ einen Riegel vor. Wer kommerziell temporäre Arbeitnehmerüberlassung anbietet, bedarf einer Erlaubnis, die die tarifliche und soziale Absicherung seiner Arbeitnehmer sicherstellt. Hierin liegt die soziale Abfederung der Marktwirtschaft. Auch hieran ist nichts zu beanstanden.

2. Der Werkvertrag

Ein weiteres Potential zur Kostensenkung oder besser Effizienzsteigerung ist die Verlagerung von Teilen der Produktion oder von bestimmten Produktionsschritten auf selbständige und womöglich spezialisierte Werkunternehmen. Auch bestimmte Produktionsmittel und Produktbestandteile lassen sich von externen Unternehmen effizient bereitstellen und von dort einkaufen. Damit treten Werkunternehmer auf den Plan. Die Zusammenarbeit von Unternehmen als Bestellern und Unternehmen als Anbietern werkvertraglicher Leistungen ist wiederum Ausdruck der Marktwirtschaft. Es kommt aber noch eine Besonderheit hinzu. Der Werkunternehmer bietet in der Tat ein „Werk“ an. Das „Werk“ besteht in der Herbeiführung eines „Erfolges“. Wie auch immer: Die Leistung des Werkunternehmers besteht in einer originären Wertschöpfung, die er kraft seiner Fähigkeiten, seiner spezifisch eigenen Produktionsmittel, seiner Kreativität hervorbringt. Das „Werk“ ist ein Grundwert, eine Grundform des Wirtschaftslebens. Die Kommentarliteratur zu Werkvertragsrecht spricht denn auch von „schöpferischer Leistung“, „entgeltlicher Wertschöpfung“ oder „Wertschöpfungskette“.² Der Werthaftigkeit des „Werkes“ und dem Rang des Werkvertrages entsprechen die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Werkvertrag; der Werkvertrag ist somit eine Grundform des Bürgerlichen Rechts.³ Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält die Ausgestaltung des Werkvertrages und bezeichnet damit den Grund und freilich auch die Grenzen des werkvertraglichen Regelungsbereichs. Die Bedeutung der werkvertraglichen Wertschöpfung und den Rang des Werkvertrages im Bürgerlichen Recht sollte man im Auge behalten, auch wenn man einen kritischen Blick auf vorkommende Probleme wirft. Es scheint, als geriete in der Diskussion um Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung der Werkvertrag zu sehr in Misskredit. Wenn man schon in der Diskussion Märchen zitiert,⁴ so mag denn auch an den zerbrochenen Spiegel aus Andersens „Schneekönigin“ erinnert werden, dessen böse Splitter in den Augen der Menschen die Wahrnehmung verzerren und nur das Üble erblicken lassen. Freilich tritt das soziale Arbeitsrecht tendenziell dem Werkvertrag rechtlich, ökonomisch und gesellschaftspolitisch entgegen.

3. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Aber immerhin: Für Unternehmen, die Kosten senken wollen, konkurrieren auf dem Markt der von externen Anbietern einkaufbaren

1 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.2.1995, BGBl. I S. 158, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.8.2014, BGBl. I S. 1348.

2 Vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, Rn. 1 zu § 631; Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, Einführung vor § 631, Rn. 9.

3 Zum Rang des Werkvertrages in der aktuellen Diskussion vgl. die „Ehrenrettung“ des Werkvertrages von Tuengerthal/Rothenhöfer: Eine Lanze für den Werkvertrag, BB 2013, 53–57; aktuell BDA: Wertschöpfung in Deutschland erhalten – Werk- und Dienstverträge unentbehrlich für Wachstum und Beschäftigung, Februar 2015.

4 So Schüren, BB 2013, I.

Produktionsmittel die Arbeitnehmerüberlassung und der Werkvertrag. Das Zurverfügungstellen von Personen unterliegt dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Der Einkauf werkvertraglicher Leistungen ist grundsätzlich frei, sie unterliegt allein den allgemeinen Anforderungen der §§ 631 ff. BGB. So liegt es nahe, die Bindungen des AÜG dadurch zu umgehen, dass die externe Leistung nicht als Arbeit, sondern als „Werk“ deklariert wird. Einzelne Produktionsschritte des Unternehmens werden als „Werk“ nach außen verlagert und damit aus den innerbetrieblichen Bindungen herausgelöst, während der externe Anbieter nur das „Werk“ schuldet und dessen Arbeitnehmer womöglich aus dem Schutz des Arbeitsrechtes herausfallen. So kann der „Werkvertrag“ nur zum Schein abgeschlossen und zur Umgehung des sozialen Arbeitsrechtes missbraucht werden.

Das ist der Grund, warum es auf die Unterscheidung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag entscheidend ankommt. Es gibt dabei vier Fallkonstellationen:

- Die legale Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG,
- der zweifelsfreie Werkvertrag, der dem AÜG nicht unterfällt,
- eine Vertragsbeziehung, deren Einordnung als werkvertragliches Verhältnis oder als Arbeitnehmerüberlassung unsicher ist
- und den sogenannten „Scheinwerkvertrag“ zur Umgehung des AÜG.

Die legale Arbeitnehmerüberlassung kann hier aus der Betrachtung herausgenommen werden, desgleichen der zweifelsfreie Werkvertrag. Der „Scheinwerkvertrag“ kann den Rechtsfolgen und Sanktionen des AÜG nicht entkommen; die unsichere Vertragsbeziehung indes läuft Gefahr, ebenfalls unter eben diese Rechtsfolgen und Sanktionen zu geraten.

Was sind die Rechtsfolgen und Sanktionen des AÜG? Grundregel ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG die Erlaubnispflicht: „Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.“ Im Verfahren der Erteilung der Erlaubnis werden dann die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durchgesetzt. Fehlt es an der Erlaubnis, wird die Erlaubnispflicht nicht nur – wie sonst im öffentlichen Ordnungsrecht wie etwa im Bundes-Immissionsschutzgesetz – nach § 6 AÜG durch ein ordnungsrechtliches Verfahren durchgesetzt, sondern es greift darüberhinaus eine ganz außerordentliche Sanktion: Das Fehlen der Erlaubnis macht nach § 9 Nr. 1 AÜG den Vertrag zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitern unwirksam. Diese Unwirksamkeit zieht nach § 10 Abs. Satz 1 AÜG die *gesetzliche Fiktion* eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter nach sich; der Verleiher verliert den Arbeitnehmer, der Entleiher wird dessen Arbeitgeber. Diese Rechtsfolge ist eine Änderung des *materiellen Rechts für alle Beteiligten*.

Die gesetzliche Fiktion trifft die vertragschließenden Unternehmen in ganz einschneidender Weise. Für böswillige Vertragspartner eines „Scheinwerkvertrages“, die der Sache nach keinen echten Werkvertrag abschließen und nur die tatsächliche Überlassung von Arbeitnehmern verschleiern, mag das hingehen. Aber auch Partner unsicherer Vertragsbeziehungen geraten unter erheblichen Druck. Sie laufen, auch wenn sie ausdrücklich einen Werkvertrag abschließen, Gefahr, unter die gesetzliche Fiktion des AÜG zu fallen, wenn von dritter Seite die Qualität des Vertrages als Werkvertrag in Zweifel gezogen wird und diese Zweifel dann am Ende auch gerichtlich bestätigt werden. Daher

kommt es für die Legalisierung des Vertrages entscheidend darauf an, ob der Werkvertrag als solcher hält oder ob, da naturgemäß im Allgemeinen keine Erlaubnis nach AÜG vorliegt, illegale Arbeitnehmerüberlassung mit den Sanktionsfolgen der §§ 9, 10 AÜG gegeben ist.

Doch wer kann die Rechtsqualität des Vertrages in Zweifel ziehen? Es kann dies der einzelne Leiharbeiter sein, der im arbeitsrechtlichen Rechtszug auf Feststellung des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher als neuem Arbeitgeber oder vielleicht auch auf höhere Lohnzahlung klagt. Es kann der Betriebsrat des neuen Arbeitgebers sein, dessen Betriebsgröße durch die Fiktion vielleicht gerade in die Betriebsratspflicht hineinwächst. Es kann dies die Erlaubnis- und Aufsichtsbehörde nach § 6 AÜG, die Bundesagentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 AÜG oder die Zollverwaltung nach § 17 Abs. 2 AÜG sein, die im ersten verwaltungsrechtlichen Zugriff den Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung annimmt. Es kann die Sozialversicherung sein, die vom neuen Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge einfordert. In all diesen Fällen hat gewiss das jeweils zuständige Gericht das letzte Wort zu der Frage, ob ein Werkvertrag vorliegt oder nicht;⁵ insoweit tragen die Unternehmen das in der von ihnen gewählten Vertragsform liegende Risiko. Dieses Risiko kann ihnen letztlich auch niemand abnehmen. Aber zuvor werden sie einem arbeitsgerichtlichen Rechtsstreit ausgesetzt; die Verwaltungsverfahren treffen sie zunächst mit voller Wucht.

In Rechtsstreitigkeiten hat diejenige Partei die Beweislast, die ein Klagebegehren vorbringt oder sonst einen Anspruch gegen das Unternehmen geltend macht. Klagt der Arbeitnehmer, kann ihm die Beweislast sozusagen auch zur Last werden: Er hat keinen Einblick in die innerbetrieblichen Abläufe und wechselseitigen Vereinbarungen der Unternehmen, die die gesetzliche Fiktion und damit seinen Anspruch begründen könnten. Er befindet sich in einem Zustand *struktureller Ungleichheit* gegenüber dem Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

4. Vorschläge zu einer „Vermutung“

Diesem Mangel im Rechtsschutz wollen neuere rechtspolitische Vorschläge abhelfen. Diese Vorschläge bestehen darin, eine gesetzliche *Vermutung* einzuführen, dass unter bestimmten Bedingungen eine Arbeitnehmerüberlassung gegeben ist. Liegen diese Bedingungen vor, gilt – so die Vorschläge – kraft Vermutung eine Beweislastumkehr in dem Sinne, dass, wer auch immer einen Anspruch erhebt, nicht die Voraussetzungen der gesetzlichen Fiktion des Übergangs des Arbeitsverhältnisses beweisen muss, sondern diese Fiktion zunächst als gegeben annehmen darf, und dass umgekehrt der Entleiher die Beweislast dafür trägt, dass er nicht neuer Arbeitgeber geworden ist.

Der Vorschlag einer Vermutungsregelung findet sich in einem Antrag der SPD-Fraktion des Deutschen Bundestages „Missbrauch von Werkverträgen bekämpfen“, der mit dem Datum vom 19.2.2013 im Bundestag eingebracht worden, wegen der darauffolgenden Bundestagswahl dann aber der Diskontinuität verfallen ist.⁶ Es wird dort die Einfügung eines § 1 Abs. 1a in das AÜG mit folgendem Inhalt vorgeschlagen:

„Im Hinblick auf einen bei einem anderen als dem Einsatzunternehmen angestellten Arbeitnehmer besteht eine Vermutung für Arbeitnehmer-

⁵ Das Problem divergierender Gerichtsentscheidungen in den verschiedenen Rechtswegen bleibt hier unerörtert.

⁶ BT-Drs. 17/12378.

überlassung, wenn drei der folgenden Merkmale vorliegen. ... Wenn im Streitfall eine Partei Indizien beweist, die das Vorliegen von drei Merkmalen vermuten lässt, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Es entscheidet die tatsächliche Durchführung des Vertrages über seinen Rechtscharakter.“

Offen bleibt bei diesem Vorschlag, ob die Vermutungsregelung auch zugunsten der Aufsichtsbehörde und der Sozialversicherungsträger gelten soll, sollte aber in der Konsequenz angenommen werden. Ob nicht der letzte Satz mit dem Abstellen auf einen materiellen Tatbestand die Vermutungsregelung faktisch wieder aushebelt, mag hier dahinstehen. Die sieben Merkmale, auf die es ankommen soll, sind nur teilweise der bisherigen Rechtsprechung entnommen. Es reichen, um die Vermutung zu begründen, von den sieben drei der Merkmale aus.

Im weiteren Verlauf der politischen Diskussion ist aus dem Bundesrat der „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen und zur Verhinderung der Umgehung von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen“ in die Gesetzgebung des Bundes eingebracht worden.⁷ Dieser Gesetzesentwurf enthält allerdings keine Vermutungsregelung. Der Gesetzesentwurf wird derzeit im Bundestag behandelt.⁸ Etwaige Änderungen seitens der Ausschüsse und der endgültige Ausgang werden abzuwarten sein.

Es ist nicht auszuschließen, dass eine Regelung aufgenommen wird, die ein umfangreiches Gutachten vorschlägt, das seinerzeit die Landesregierung Nordrhein-Westfalen in Auftrag gegeben hatte und das von Christiane Brors und Peter Schüren erarbeitet worden ist. Die in diesem Gutachten vorgeschlagene Vermutungsregelung fasst § 1 Abs. 3 und 4 AÜG wie folgt:

„(3) Setzt der Entleiher einen oder nacheinander mehrere Leiharbeiternehmer auf einem Arbeitsplatz länger als sechs Monate ein, so wird vermutet, dass die Überlassung auf diesem Arbeitsplatz keinen vorübergehenden Bedarf deckt. Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung auf diesem Arbeitsplatz beim Entleiher nur vorübergehend besteht...“

(4) Werden Arbeitnehmer in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden...“⁹

Eine derartige gesetzliche Vermutung wäre zwar keine Änderung des materiellen Rechts, aber eine *prozessuale* Besserstellung der Partei, die einen Anspruch geltend macht. Die gesetzliche Vermutung würde damit auf die Unternehmen über die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG hinaus als zusätzliche Belastung hinzukommen. Der Fall unsicherer Vertragsbeziehung würde einem gewachsenen Risiko ausgesetzt. Zur Fiktion träte eine *Präsumtion kumulativ* hinzu.

II. Auswirkung auf die Unternehmen

Welche Auswirkung auf die Unternehmen hätte die kumulative Wirkung der Fiktion von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG und einer hinzukommenden Vermutungsregelung?

1. Generelle Auswirkung

Ausgangspunkt ist die Rechtsfolge, die eintritt, wenn ein Vertrag zwischen den Unternehmen nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist und die Fiktion des § 10 Abs. Satz 1 AÜG, die zugleich eine Sanktion ist, greift. Der Vertrag ist nicht nur dann unwirksam, wenn die Unternehmen böswillig einen sogenannten „Scheinwerkvertrag“ abge-

schlossen haben, sondern auch dann, wenn sie einen „Werkvertrag“ besten Willens und Gewissen vereinbart haben, der sich dann aber der Sache nach als Arbeitnehmerüberlassung herausstellt; dies ist der Fall des oben so benannten unsicheren Werkvertrages. Der Irrtum der Vertragspartner schlägt mit voller Wucht auf die Unternehmen zu; der Irrtum wird mit einer ganz außerordentlichen und in der Rechtsordnung wohl beispiellosen Weise „bestraft“: Der Werkunternehmer wird zum illegalen Verleiher und verliert seine Arbeitnehmer, der Besteller des „Werkes“ wird zum Entleiher und zur Aufnahme der Fremdarbeitnehmer gezwungen, mit unter Umständen jeweils ruinösen Folgen für das Unternehmen. Die Sanktion wird noch verstärkt, wenn eine „Vermutung“ hinzutritt. Hierbei muss deutlich gesehen werden, dass die Vermutung oder Beweislastumkehr den Eintritt eben der schwerwiegenden materiell-rechtlichen Änderungen der §§ 9, 10 AÜG suggeriert. Hierin liegt der Unterschied zu sonstigen Regelungen der Beweislastumkehr, die es in der Rechtsordnung auch an anderer Stelle zum Ausgleich struktureller Ungleichheiten im Rechtsschutz gibt und die keine materiell-rechtlichen Folgen haben.

Der Abschluss eines Werkvertrages wird damit mit dem sowohl materiell-rechtlichen als auch prozessualen Risiko belastet, dass die von den Parteien gewollte vertragliche Regelung ohne deren Willen plötzlich in eine illegale Arbeitnehmerüberlassung und eine Veränderung der materiellen Rechtslage umschlägt. Es wird generell zu erwarten sein, dass die Unternehmen von vorneherein auf die Vertragsform des Werkvertrages verzichten und dass damit eine von der Rechtsordnung bereitgestellte Handlungsform in ihrem Anwendungsbereich verkürzt wird. Die Unternehmen werden das ursprünglich von ihnen frei gewählte Geschäftsmodell ändern. Dies gilt umso mehr, als gerade die Vermutungsregelung den Überwachungsbehörden den ersten Zugriff erleichtert und die Unternehmensführung darüber hinaus Gefahr läuft, über § 266a StGB leichthin kriminalisiert zu werden. Die Sanktionen schrecken ab. Tuengerthal, Geißer und Seeger haben die im nationalen und internationalen Bereich eintretenden Folgen eindringlich nachgewiesen.¹⁰

2. Spezielle Auswirkung

Im Einzelnen zeigt sich die Belastung der Unternehmen, wenn man genau ins Auge fasst, an welcher Stelle ihrer Tätigkeit sich Fiktion und Vermutung konkret auswirken. Es empfiehlt sich hierbei, zwischen dem Unternehmen als Anbieter werkvertraglicher Leistungen und dem Unternehmen als Besteller werkvertraglicher Leistungen zu unterscheiden.

Der Anbieter werkvertraglicher Leistungen erstellt ein „Werk“. Das „Werk“ entsteht durch die Arbeit des Unternehmers und seiner Beschäftigten, erfordert den Einsatz von Kapital, die Beschaffung oder auch Fertigung von Material, setzt Investitionen und Produktentwicklung voraus. Vor allem bringt der Werkunternehmer seine Erfahrungen und Kenntnisse, sein „Know-how“, sein befähigtes und wo-

⁷ BR-Drs. 687/13 (Beschluss) vom 11.9.2013.

⁸ BT-Drs. 18/14.

⁹ Brors/Schüren: Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern. Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie (nicht veröffentlichtes, aber im Internet zugängliches Gutachten vom Februar 2014, abrufbar unter www.mais.nrw.de/08_PDF/001/140317_missbrauch_werkvertraege.pdf), Synopse S. 1–2.

¹⁰ Tuengerthal/Geißer/Seeger, EWS 2014, 27–33; vgl. auch Tuengerthal/Geißer, BB 2014, 1845–1852. Demgegenüber aber hat Schüren sein Gutachten vehement verteidigt, Schüren, BB 2014, 2613–2618, BB-Forum.

möglich auch von ihm ausgebildetes Personal ein. Gerade wegen seiner *spezifischen Kompetenz* wird seine Leistung von einem anderen Unternehmen bestellt. Über die einzelnen Komponenten der Werkherstellung braucht der Unternehmer die *Freiheit der Disposition*, wie er zeitlich, quantitativ und räumlich seine Ressourcen effektiv einsetzt. Die Art und Beschaffenheit des Werkes vereinbart er naturgemäß mit dem Besteller, dessen Wünsche und Vorstellungen er erfüllt: die inhaltliche Bindung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit an die Vorgaben des Bestellers entspricht dem Wesen des Werkvertrages, der als solcher in freier Vereinbarung abgeschlossen und durch Einbringung der Kompetenz des Werkunternehmers erfüllt wird. Für den Werkunternehmer verbleibt auf jeden Fall ein Restbestand spezifisch eigener Leistung. Was geschieht aber, wenn den Unternehmer die Sanktion des Arbeitnehmerüberganges nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG trifft? Er verliert seine Arbeitnehmer und deren Sachkompetenz, in die er vielleicht auch investiert hat; er verliert die Dispositionsfreiheit über die Mittel der Werkherstellung; sein „Werk“ wird als solches nicht mehr anerkannt und gerät in fremde Hände. Befürchtet der Werkunternehmer vor Abschluss des Vertrages derartige Konsequenzen, wird er sein Geschäftsmodell prophylaktisch umstellen: Entweder er vereinbart einen hieb- und stichfesten Werkvertrag, wogegen an sich nichts einzuwenden wäre, oder er stellt von vornherein unter Verzicht auf eine Werkherstellung auf Arbeitnehmerüberlassung um. In jedem Falle wäre er in der Entwicklung eines originären oder gar kreativen Geschäftsmodells und Vertragsangebotes mit „unsicherem“ Werkvertragscharakter in freier Disposition gehindert. Kann das gewollt sein?

Der Besteller werkvertraglicher Leistungen befindet sich in einer ähnlichen, wenn auch nicht vollkommen gleichen Situation: Für ihn ist das bestellte „Werk“ nur Mittel zur Erbringung seiner eigenen unternehmerischen Leistung, die einer völlig anderen Branche angehören kann als das bestellte „Werk“. Das Produkt ist sein Ziel, das er möglichst effizient und kostengünstig auf den Markt bringen will. Die Marktchancen können temporär und konjunkturell schwanken. Wegen schwankender Kosten und temporärer Marktchancen, aber auch zur Effizienzsteigerung durch Einsatz erhöhter Fremdkompetenz verlagert er Teile der Produktherstellung aus seinem Betrieb nach außen und kauft er die Leistung von Werkunternehmen je und je ein. Dies kann auch in der Weise geschehen, dass er die werkunternehmerische Leistung innerhalb seines eigenen Betriebes erbringen lässt. Die Kombination interner und externer Leistungen unterliegt seiner freien unternehmerischen Disposition. Trifft ihn aber wegen eines „unsicheren“ Werkvertrages die Sanktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG und sieht er sich plötzlich einer bislang fremden Arbeitnehmerschaft ausgesetzt, zerstört das seine bisherige Dispositionsfreiheit und verändert sein Unternehmen unvorhergesehen und gegen seinen Willen. Befürchtet der Unternehmer diese Gefahr von vornherein, wird er seine Disposition ändern und sich ein anderes Geschäftsmodell überlegen. Verträgt sich das mit dem Leitbild unternehmerischer Freiheit, wovon insbesondere der Mittelstand lebt?

III. Auswirkungen auf die Arbeitnehmer

Es ist durchaus verblüffend, dass in den politischen Vorstößen, den „Missbrauch“ von Werkverträgen durch Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu verhindern, die betroffenen Arbeitneh-

mer nur einseitig vorkommen. Gewiss soll das AÜG dem Schutz der Arbeitnehmer vor „Outsourcing“ und „Lohndumping“ schützen; die ordnungsrechtlichen Instrumente des AÜG (Erlaubnis, Überwachung sowie Mindestlohn) dienen diesem Zweck. Wie aber ist es aus der Sicht der Arbeitnehmer zu bewerten, wenn es zu einem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kommt? In diesem Falle findet sich der Arbeitnehmer unvorhergesehen in einem anderen Betrieb wieder, hat er einen neuen Arbeitgeber, unterliegt er jetzt dessen Disposition und Unternehmensführung. Hat er sich das je vorgestellt, als er mit dem jetzt nur noch vermeintlichen Werkunternehmer ein Arbeitsverhältnis begründet hat? Vielleicht findet er jetzt bessere Arbeitsbedingungen vor und erhält mehr Lohn – aber er befindet sich jetzt in einer anderen Branche, die seinen bisherigen Vorstellungen und Neigungen womöglich nicht entspricht. Es ist weiter möglich, dass er in einen kleineren Betrieb gelangt ist, bei dem der allgemeine Kündigungsschutz nicht eingreift. Er hat neue Kollegen, ein neues Umfeld und im Zweifel auch einen neuen Betriebsrat, mit dem er bis dato nichts zu tun gehabt hat.

Kommt es denn überhaupt nicht darauf an, ob ein Arbeitnehmer sich seinen Arbeitsplatz seinen Neigungen entsprechend frei ausgesucht hat? Zu dem bisherigen Arbeitgeber besteht das Arbeitsverhältnis nicht mehr – muss ihm das gleichgültig oder gar recht sein? Es könnte ja statt ein Verhältnis der Ausbeutung auch ein Verhältnis des Vertrauens und des wechselseitigen Übereinstimmens gewesen sein. Arbeitsverhältnisse sind jedenfalls früher als Vertrauens- und Fürsorgeverhältnis begriffen worden...¹¹ Was rechtfertigt die Unterstellung, es könne bei einfachen und stereotypen Tätigkeiten, um die es ja in den betreffenden Fällen meist geht, dem Arbeitnehmer doch gleichgültig sein, bei wem und wo er arbeitet, wenn nicht akademische und elitäre Arroganz? Käme es nicht vielmehr darauf an, die Sinnhaftigkeit einer auch einfachen Arbeit an einem bestimmten Ort in einem bestimmten Arbeitsverhältnis zu vermitteln?

Der Arbeitnehmer, den man schützen will, erlebt demgegenüber, wie er als willenloses Objekt verschoben wird. Auch ihm wird zugemutet, die Folgen eines Irrtums seines Arbeitgebers zu tragen. Man gibt ihm alle Mittel, das neue Arbeitsverhältnis auch gerichtlich feststellen zu lassen. Man stellt ihn aber auch vor die Frage, ob er das neue Arbeitsverhältnis, das ihm womöglich nicht gefällt, kündigen soll. Die paternalistische Fürsorge erzeugt Unfreiheit.

IV. Verfassungsrechtliche Bewertung

1. Überschreitung der Grenze der verfassungsrechtlichen Toleranz

Es ist deutlich, dass sich die Sanktion des Arbeitnehmerüberganges durch die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz AÜG in Verbindung mit einer potentiellen Vermutungsregelung in erheblichem Maße auf die Unternehmen und die unternehmerische Freiheit auswirkt. Desgleichen sind die Arbeitnehmer erheblich betroffen. Es ist daher Zeit, auch einmal die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit derart einschneidender Regelungen zu fragen.¹² Die Frage ist nicht, wie Schü-

¹¹ Edenfeld, in: Erman BGB, Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 611 BGB, Rn. 70.

¹² Einen Ansatz zur verfassungsrechtlichen Bewertung bietet Hamann: Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, 1995, S. 147–152. Hamann sieht die verfassungsrechtlich relevanten Eingriffe in die Unternehmen sehr deutlich (S. 148), versucht diese aber nicht durch ein Verdikt, sondern durch eine restriktive Interpretation der Tatbestände, die zu den Eingriffen führen, zu verhindern oder abzumildern.

ren meint,¹³ von vornherein erledigt, sondern steht jetzt erst im Raum. Es könnte sein, dass eine Vermutungsregelung, die mit den ohnehin schon schwerwiegenden Sanktionen des AÜG kumuliert, jetzt gleichsam das Fass zum Überlaufen bringt. Irgendwann einmal wird die Grenze der verfassungsrechtlichen Toleranz gegenüber Freiheitsbeschränkungen aus vermeintlichem Arbeitnehmerwohl überschritten.

Der Maßstab einer verfassungsrechtlichen Bewertung besagter Fiktion und Vermutung liegt in Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG. Der Schutzbereich dieser Grundrechte variiert je nach dem, ob der Unternehmer als Werkbesteller, der Werkunternehmer und der Arbeitnehmer betroffen ist. Sie werden im Folgenden jeweils als Subjekt der Grundrechtsträgerschaft vorausgesetzt.

2. Eigentum

Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG umfasst sowohl individuelle Eigentumspositionen als auch das objektivrechtliche Institut des Privateigentums als solches in der Privatrechtsordnung. Im Hinblick auf individuelle Positionen bleibt zu prüfen, wieweit der Schutzbereich der Eigentumsgarantie reicht, konkret, welche Positionen als „Eigentum“ i. S. von Art. 14 Abs. 1 GG gelten.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Werkunternehmer an den von ihm eingesetzten Sachgütern Eigentum hat. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass sonstiges Kapital in den Schutzbereich fällt. Auch geistiges „Eigentum“, soweit es sich rechtlich in Patenten, Urheberrechten und Warenzeichen verfestigt hat, genießt grundrechtlichen Schutz. Auch sonstige Vermögenswerte werden zum Eigentum gerechnet. Zum Begriff des Eigentums gehört, dass der Eigentümer hiermit grundsätzlich nach Belieben umgehen darf; das ist seine grundrechtliche Freiheit. Die Rechtsordnung kann zwar den Umgang mit dem Eigentum regeln, darf aber die prinzipielle Freiheit nicht nehmen.

Der Werkunternehmer ist aber nicht nur Inhaber derart konkret benennbarer, einzelner Rechtspositionen, sondern unterhält einen Gewerbebetrieb, der sich aus einer Fülle von Sachkomponenten zusammensetzt, die in ihrer Gesamtheit und wechselseitigen Zuordnung sowie in ihrem Zusammenhang mit dem Wirtschaftssystem die Summe der Einzelheiten übersteigen. Der Werkunternehmer unterhält, was im Zivilrecht längst anerkannt ist, „einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“. Ob der „eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“ als solcher den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz genießt, ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum in Grenzbereichen nicht ganz eindeutig, aber im Grundsatz unbestritten.¹⁴ Der „eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“ setzt sich in der Tat aus Komponenten zusammen, die gewiss als „Eigentum“ anzusehen sind wie die eingesetzten Sachgüter, ist aber andererseits von einer Fülle externer Faktoren abhängig, die sich der Gewerbebetrieb zunutze macht und die ihm überhaupt erst Marktchancen ermöglichen, die aber nicht der Disposition des Gewerbetreibenden unterliegen. Der Gewerbebetrieb hat einerseits Eigentumscharakter, ist andererseits aber nur Reflex des Inbegriffs tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse.

Die Grenze des Grundrechtsschutzes geht sozusagen mitten durch den Gewerbebetrieb hindurch. Demzufolge wäre der Kernbereich zu bestimmen, der innerhalb des Schutzbereiches liegt. Sacheigentum, Kapital, Patente, Investitionen, Bankguthaben gehören gewiss auf diese Seite und desgleichen die Dispositionsbefugnis über die Sach-

und Produktionsmittel, in der sich die Eigentümerposition ausdrückt und die für einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Voraussetzung ist.¹⁵ Jenseits des Schutzbereiches liegen Marktchancen und Rechtsverhältnisse, die unabhängig von dem Gewerbebetrieb bestehen und anderweitig begründeten Veränderungen unterliegen. Bei dieser Betrachtung und mit diesen Einschränkungen liegt der Kernbereich des Werkunternehmens im Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG.

Damit ist nicht gesagt, dass das Eigentum, mag auch der Gewerbebetrieb zumindest partiell darunter fallen, nicht eingeschränkt werden dürfte. Nur müssen jetzt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Beschränkung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz, Absatz 2 GG gegeben sein. Die Sozialbindung des Eigentums zieht die Grenze. Im Hinblick auf die mit Vermutungswirkung verstärkte Fiktion des Arbeitnehmerverlustes in § 10 Abs. 1 Satz AÜG dürfte diese Grenze erreicht, wenn nicht gar überschritten sein. Mag auch der Arbeitnehmerübergang sozialpolitisch motiviert sein und mit der Sozialbindung des Eigentums und zusätzlich mit der Sozialstaatsklausel des Art. 20 Abs. 1 GG begründet werden, so trifft der Verlust der Disposition über die Arbeitnehmer und deren Kompetenz und „Know-how“ und damit überhaupt die Disposition über die Grundlagen des Unternehmens dieses in seinem Kern. Der Dispositionsverlust geht mit seiner Eingriffstiefe weit über sonstige Regelungen der Eigentumsnutzung hinaus, wie sie sonst im Ordnungs-, Sozial- oder Umweltrecht gerechtfertigt sind. Die überschießende und durch Vermutung verstärkte Sanktion des § 10 Abs. 1 AÜG überschreitet die Grenze und wirkt als *Enteignung*. So ist es denn auch gewollt.

So ist dies auch der Fall im Blick auf den Besteller werkvertraglicher Leistungen. Auch ihn trifft die Sanktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wenn er sich über die Qualität des vermeintlichen Werkvertrages geirrt haben sollte. Er sieht sich plötzlich einer vermehrten Arbeitnehmerschaft gegenüber. Seine bisherigen Dispositionen werden hinfällig. Er muss die Mittel zur Herstellung seiner Unternehmensleistung neu kalkulieren. Er muss seinen Betrieb umstrukturieren, womöglich sein ganzes Geschäftsmodell ändern, und er läuft jetzt Gefahr, mit all dem zu scheitern und insolvent zu werden. Der Übergang der Arbeitnehmerschaft berührt seinen „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ nicht etwa nur als Reflex externer Verhältnisse, sondern gezielt und im Kern. Der sozialpolitische und sozialrechtliche Arbeitnehmerschutz, der an sich die Eigentumsbeschränkung rechtfertigen könnte, schießt mit dem durch Vermutung verstärkten Arbeitnehmerübergang und der damit erzwungenen Neuorientierung des Unternehmens weit über das Ziel hinaus.

Ein Sonderfall in diesem Zusammenhang ist die öffentliche Hand, die sich ihrerseits zunehmend externer Arbeitskräfte bedient. Auch hier wird „Outsourcing“ praktiziert. Zusätzlich sind Scheinprivatisierungen gang und gäbe. Diese Vorgänge sind aus öffentlich-rechtlicher Sicht problematisch, doch hier nicht Gegenstand der Erörterung.

13 „Die Diskussion gibt es nicht.“ So Schüren, BB 2014, 2614, BB-Forum.

14 Vgl. z. B. einerseits Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 50–52 zu Art. 14; andererseits Depenheuer, in: Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Rn. 132–140 zu Art. 14; Wendt, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Rn. 47–49 zu Art. 14. Insgesamt Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand 2014, Rn. 95 zu Art. 14 GG: „Geschützt ist nicht nur der eigentliche Bestand des Betriebes..., sondern auch die geschäftlichen Verbindungen und Beziehungen, der Kundenstamm ... ,also alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebes ausmacht.“

15 Papier, in: Maunz/Dürig, Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014, Art. 14, Rn. 228, 230.

Wird aber infolge eines „Outsourcing“ und eines unwirksamen Werkvertrages die öffentliche Hand von den Rechtsfolgen des AÜG betroffen, könnten sich die Arbeitnehmer plötzlich im öffentlichen Dienst befinden. Da dieser aber nicht nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt wird und eine unternehmerische Umstrukturierung aus Sachgründen nicht in Betracht kommt, führt der Arbeitnehmerübergang zu einer Belastung der öffentlichen Haushalte. Die öffentliche Hand ist zwar mangels Grundrechtsträgerschaft nicht Eigentümer eines „ingerichteten und ausgeübten Gewerbetriebes“ und damit insofern nicht betroffen; es wird aber gleichsam durch die Hintertür das parlamentarische Budgetrecht und die öffentliche Personalhoheit beeinträchtigt. Dies aber kann nicht Regelungsinhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sein.

3. Berufsfreiheit

Der andere verfassungsrechtliche Maßstab für die Bewertung des Arbeitnehmerüberganges ist das Grundrecht auf Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass Unternehmer Träger des Grundrechtes sind. Die Einrichtung und Ausübung eines Gewerbetriebes ist unmittelbarer Ausdruck grundrechtlicher Freiheit. Im Falle wirtschaftlicher Unternehmen verbinden sich Eigentumspositionen und Berufsfreiheit zu einer festen Einheit. Für die verfassungsrechtliche Bewertung greifen daher die Beurteilungskriterien ineinander. Ausdruck der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit ist die Dispositionsbefugnis über die Ressourcen des Unternehmens. Die betriebswirtschaftliche Kalkulation, der Einsatz der Ressourcen wie Kapital und Arbeitskraft unterliegt freier, aber auch selbstverantworteter Disposition.¹⁶ Darüber hinaus ist überhaupt die freie Wahl einer Branche und die Erarbeitung eines bestimmten Geschäftsmodells dem Unternehmer grundrechtlich gewährleistet. Nicht nur vorgeformte und gesetzlich geregelte Berufsbilder sind grundrechtlich geschützte Optionen, sondern gerade auch die Freiheit, neue Berufe und Berufstätigkeiten zu erfinden und in die Tat umzusetzen. Das spezifische *Geschäftsmodell* ist Ausdruck unternehmerischer Kreativität und Freiheit. So kann denn auch ein bestimmtes Geschäftsmodell eine bisherige Nische in der arbeitsteiligen Marktwirtschaft besetzen und zum Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen gemacht werden. Dies gilt auch für den Anbieter und den Besteller werkvertraglicher Leistungen. Der Erfolg eines Geschäftsmodells hängt gewiss von der Marktsituation und insgesamt vom Inbegriff tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse ab und genießt insoweit keinen grundrechtlichen Schutz, die Entwicklung, Vermarktung und Realisierung des Geschäftsmodells aber sehr wohl. In diesem Sinne gehört es zum Kern des Grundrechtes auf Berufsfreiheit, bestimmte Geschäftsmodelle frei zu verwirklichen. Auch das Anbieten oder Nachfragen nach einem innovativen „Werk“ kann Gegenstand vertraglicher Vereinbarung in einer freien Marktwirtschaft werden.

Das Grundrecht auf Berufsfreiheit wird durch den Arbeitnehmerübergang nach dem AÜG doppelt belastet.

Wird auf der Grundlage eines bestimmten, innovativen Geschäftsmodells ein Werkvertrag geschlossen, laufen die Vertragspartner Gefahr, des Irrtums über die Vertragsqualität geziehen und mit den Sanktionen des AÜG bestraft zu werden. Werkvertrag und Innovation stehen in Spannung. Die Innovation wird zur Gefahr. Die gerichtliche Bewertung müsste im Streitfalle den Vertrag aus grund-

rechtlicher Sicht mit einer den Parteien zugestandenen, berufsfreiheitlichen Autonomie schützen und in diesem Sinne den § 631 BGB zugunsten des Werkvertrages verfassungskonform auslegen. Das Risiko aber bleibt. Kann es aber verfassungsrechtlich zulässig sein, den Abschluss eines Werkvertrages gerade auf innovativen Geschäftsfeldern mit dem Risiko womöglich ruinöser Folgen für die Unternehmen zu belasten?

Die andere Belastung besteht im Arbeitnehmerübergang selbst. Auf der Seite des Werkunternehmers und jetzigen Verleihers bedeutet der Verlust von Arbeitnehmern nicht nur eine Enteignung, sondern auch den Verlust der Disposition über seine Unternehmensressourcen und unter Umständen seiner ganzen beruflichen Existenz. Das ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit. Auf der Seite des Bestellers und jetzigen Entleihers zwingt der Arbeitnehmerübergang zur Preisgabe bisheriger Dispositionen und Planungen und womöglich auch zur Veränderung seines Geschäftsmodells. Auch hierin liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit.

Nach Art. 12 Abs. 1 GG wird die Berufsfreiheit allerdings nicht schrankenlos gewährt. Eingriffe können gerechtfertigt sein. Die Zulässigkeit des Eingriffes hängt dann aber vom Gewicht der Rechtfertigung ab und steht unter dem Prinzip der *Verhältnismäßigkeit*. Sind legitime Ziele mit weniger eingreifenden Mitteln zu erreichen, sind diese vom Gesetzgeber vorrangig einzusetzen. Im Hinblick auf das Verhältnis von Berufsfreiheit und Sozialstaat wird hier ein weites Feld eröffnet.¹⁷ Dem Gesetzgeber steht ein großer Ermessens- und Gestaltungsspielraum gerade auf diesem hochpolitischen Feld zu. Aber jeder Spielraum hat Grenzen. Die Grenze liegt da, wo in den Kern unternehmerischer Freiheit mit unter Umständen zerstörerischen Folgen eingegriffen wird¹⁸ und zugleich andere, weniger belastende Mittel zur Verfügung stehen, das sozialpolitisch legitime Ziel zu erreichen. Das AÜG hält in seinem ordnungsrechtlichen Teil hinlängliche Mittel bereit und braucht, gerade weil mit einem gesetzlich anderweitig geregelten Mindestlohn dieselben sozialpolitischen Ziele erreicht werden, die Roßkur des Arbeitnehmerüberganges nicht. Auch die Befürworter einer Vermutungsregelung scheinen den Mindestlohn als geeignete Maßnahme anzusehen.¹⁹ Allein die Möglichkeit eines „Missbrauchs“, von dem alle einschlägigen sozialpolitischen Initiativen ausgehen, vermag die schwerwiegenden Eingriffe in das Unternehmergrundrecht nicht zu rechtfertigen; dies umso weniger, als es auch Unternehmen trifft, die gutwillig das Wagnis eines „unsicheren“ Werkvertrages eingehen, der als solcher gewiss noch kein „Missbrauch“ der vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgehaltenen Vertragsform ist. Wer vom *abusus* her denkt, übertreibt gern. Die mit einer zusätzlichen Vermutungsregelung ausgestattete Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG hält daher einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nicht stand. Im Unterschied zu der vom Bundesverfassungsgericht im Jahre 2004 entschiedenen Fallkonstellation,²⁰ bei der die vorliegende Problematik allerdings nicht Prüfungsgegenstand war, neigt sich hier die Waage zugunsten des Freiheitsrechtes des Unternehmers.

16 Leibholz/Rinck/Hesselberger, in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Stand: 66. Erg.-Lfg. Oktober 2014, Art. 12 GG, Rn. 101.

17 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20.8.2013 – 1 BvR 2402/12, Rn. 2.

18 Vgl. hierzu Burghart, in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Stand: 66. Erg.-Lfg. Oktober 2014, Art. 12 GG, Rn. 306.

19 So wohl auch Schüren, BB 2013, I.

20 A. a. O. (Anm. 14), Gründe 37–42.

Das Grundrecht der Berufsfreiheit hat aber auch der Arbeitnehmer. Er wird in der ganzen Diskussion häufig vergessen. Er wird vom AÜG einfach verschoben. Als komme es nur auf sein paternalistisch definiertes Wohl und nicht auf seinen eigenen Willen und seine eigene Vorstellung an. Immerhin ist er von sich aus zu dem bisherigen Arbeitgeber als dem „Verleiher“ in ein Arbeitsverhältnis eingetreten. Vielleicht hat er genau dieses Arbeitsverhältnis und diesen Arbeitgeber und diesen Arbeitsplatz gewollt und sich hierin vielleicht auch bewährt und wohlgeföhlt. Nun mag es ja zutreffen, dass Arbeitnehmer eines verleihenden Unternehmens sich realiter oft in einer sozial schwachen Situation befinden oder unerfahren aus dem Ausland kommen und daher die Annahme des Arbeitsplatzes faktisch so frei nicht ist – aber rechtfertigt es seine prekäre Situation, den Arbeitnehmer vollends als unfrei und willenlos zu behandeln und einfach in ein anderes Unternehmen zu schicken? Warum soll auch ihn die Fehlkalulation seines Arbeitgebers treffen? Will er es und hat er immer etwas davon, wenn er sich beim neuen Arbeitgeber erfolgreich einklagen kann? Von seinem Grundrecht aber, Beruf und Arbeitsplatz frei zu wählen, bleibt für den Arbeitnehmer so am Ende gar nichts mehr übrig, da ihm nicht einmal ein gesetzliches Widerspruchsrecht eingeräumt worden ist.

4. Privatautonomie

Der dritte verfassungsrechtliche Maßstab ist Art. 2 Abs. 1 GG. Das allgemeine Freiheitsrecht tritt zu den speziellen Grundrechten nach Art. 12 und 14 GG noch hinzu, wenn ihm ein zusätzlicher Gehalt innewohnt. Das ist mit der Privatautonomie der Fall.²¹

Gewiss eröffnet der weite Tatbestand von Art. 2 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber weite Spielräume. Der Kernbereich aber bleibt dem Zugriff verschlossen. Zum Kernbereich zählt die prinzipielle Freiheit, im zivilen Leben Verträge beliebigen Inhaltes autonom zu schließen und umgekehrt keinem heteronomen Zwang außer dem Gesetz unterworfen zu sein. Die Freiheit, beliebig Verträge abzuschließen und inhaltlich zu bestimmen, wird zwar durch das Gesetz wie das Bürgerliche Gesetzbuch ausgestaltet und begrenzt, bleibt aber gleichsam als tragender Grund bestehen.

Einschränkungen der Privatautonomie als Abschluss- und Gestaltungsfreiheit von Verträgen bedürfen eines rechtfertigenden Grundes. Durch den gesetzlich angeordneten Arbeitnehmerübergang im AÜG wird die Privatautonomie der vertragschließenden Unternehmen eingeschränkt. In den hierin benannten Fällen werden bestimmte Verträge für unwirksam erklärt und Arbeitsverhältnisse ohne den Willen der Unternehmen und der Arbeitnehmer *außervertraglich* verändert. Man könnte aber fragen, ob nicht eine bestimmte Autonomie der Parteien in der Bewertung eines Vertrages als „Werkvertrag“ besteht, der insofern dann nicht näher überprüfbar wäre; doch da es hier um Auslegung und Anwendung von § 631 BGB, also des einfachen Rechtes, geht, haben hier die Ge-

richte das letzte Wort, wobei allerdings zu überlegen wäre, ob dem die Unternehmen nicht einen gerichtsfreien oder gar grundrechtlich geschützten Autonomieraum im Sinne einer gewissen Definitionshoheit, was als „Werk“ anzusehen ist, entgegensetzen können. Insofern könnte der „Wille“ der Vertragsparteien, der bei der Auslegung von § 631 BGB und der Bestimmung des Werkbegriffes, wenn auch im Hinblick auf die tatsächliche Durchführung und die Gesamtumstände, maßgeblich ist,²² im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung *grundrechtlich* aufgeladen werden. Soweit das AÜG gilt, schränkt es aber die unternehmerische Freiheit zum Vertragsabschluss gezielt ein und setzt es an dessen Stelle fiktive Rechtsverhältnisse. Dieser Eingriff ist sozialpolitisch gewollt und zunächst auch politisch zu bewerten; ob aber die gesetzgeberische Freiheit zur Ausgestaltung der Sozialordnung nach Art. 20 Abs. 1 GG die Rechtfertigung hergibt, unterliegt erheblichem Zweifel. Die Schutzwirkung des Art. 2 Abs. 1 GG steht entgegen. Und ob über die Privatautonomie des Arbeitnehmers, sich den Arbeitgeber frei aussuchen zu können und nur ihm dienen zu wollen, nicht unangemessen oder gar autoritär hinweggegangen wird, steht hier als Frage und Mahnung im Raum.

Dr. Frank Hennecke, Leitender Ministerialrat a. D., Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Rechtsanwaltskanzlei Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal & Kollegen, Mannheim.



Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ), Mannheim. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt. Er betreibt mit einigen Kollegen ein Anwaltsbüro mit Sitz in Mannheim und berät Unternehmen generell zu Fragen des Fremdpersonaleinsatzes (Werkvertrag/Arbeitnehmerüberlassung).



²¹ Es ist freilich strittig, ob über Art. 2 Abs. 1 GG ein zusätzlicher Gehalt wie die „unternehmerische Dispositionsfreiheit“ zu den Spezialgrundrechten der Art. 12 und 14 GG noch hinzukommt, vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig, Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014, Art. 14, Rn. 228, 229 zu Art. 14. Hier wird, auch im Hinblick auf die Arbeitnehmer, in Übereinstimmung mit *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2014, Rn. 54 zu Art. 2, und wohl auch *Starck* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Rn. 145 zu Art. 2 (vgl. dort aber auch Rn. 75), die Auffassung vertreten, dass die Vertragsautonomie, soweit sie nicht im Einzelfall in der Tat im Grundrechtsgehalt von Art. 12 oder Art. 14 GG inbegriffen ist und sich hierin erschöpft, über diese Spezialgrundrechte als elementare Grundnorm bürgerlicher Freiheit hinausreicht.

²² *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, Rn. 6; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, Rn. 16; *Peters/Jacoby*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2014, Rn. 29 (3) in Vorbem. §§ 631 ff.