

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	4
Zentralverband des Deutschen Handwerks	9
Handelsverband Deutschland e.V.....	13
Verband Instore und Logistik Services e.V.	21
Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.....	24
Deutscher Gewerkschaftsbund	29
Bundesagentur für Arbeit	34
Prof. Dr. Raimund Waltermann	38
Prof. Franz Josef Düwell	43
Jürgen Ulber.....	47
Frank Schmidt-Hullmann.....	53

Deutscher Bundestag
17. Wahlperiode
Ausschuss für Arbeit und Soziales
(11. Ausschuss)

12. April 2012
Sekretariat des Ausschusses: ☎32487
Fax: 36030
Sitzungssaal: ☎33308
Fax: 36332

Mitteilung

Tagesordnung

**99. Sitzung des
Ausschusses für Arbeit und Soziales
am Montag, dem 23. April 2012, 14:00 bis 15:00 Uhr
10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal 4.900**

Vorsitz: Abg. Katja Kipping (MdB)

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)
Rechtsausschuss
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen

(BT-Drucksache 17/7220(neu))

siehe hierzu: Ausschussdrucksache 17(11)850

b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)
Rechtsausschuss
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken

(BT-Drucksache 17/7482)

siehe hierzu: Ausschussdrucksache 17(11)850

Katja Kipping
Vorsitzende

Anlage: Sachverständigenliste

Sachverständigenliste

Institutionen und Verbände: Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Zentralverband des Deutschen Handwerks
Handelsverband Deutschland e.V.
Verband Instore und Logistik Services e.V.
Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.
Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesagentur für Arbeit

Einzelverständige: Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn
Prof. Franz-Josef Düwell, Weimar
Jörg Spieß, Stuttgart
Jürgen Ulber, Darmstadt
Frank Schmidt-Hullmann, Frankfurt am Main

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)870

18. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände**Zusammenfassung**

Werkverträge sind ein die Produktion und die Herstellung von Waren sowie die Bereitstellung von Dienstleistung prägendes Element des Wirtschaftslebens. Sie sind im modernen Geschäftsleben unverzichtbar und bilden einen nicht hinwegzudenkenden Grundstein jeder Wertschöpfung. Ob Handwerk oder Großindustrieanlage in jedem Produkt der Wertschöpfungskette steckt ein beträchtlicher Teil an Werkvertragsarbeit.

Die in den Anträgen der Fraktion „BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“ und der Fraktion „DIE LINKE“ benannten Regelungsgebiete stellen daher nur einen Ausschnitt der Nutzung von Werkverträgen in Deutschland dar. Auch in dieser Form sind Werkverträge allerdings ein für die Wirtschaft seit Jahrzehnten übliches und bewährtes sowie unverzichtbares Instrument im Geschäftsverkehr.

Auch innerhalb der Betriebe und produktionsintern sind Werkverträge ein gewohntes und keineswegs neues Instrument, um im Rahmen zunehmender Arbeitsteilung und Spezialisierung effizient zu arbeiten. Beispiele für solche Arbeitsteilung und Spezialisierung sind die Logistik in Dienstleistungsbereichen und die Nutzung der Informationstechnologie für die Kommunikation wie für die Produktion von Gütern.

Die Nutzung sogenannter „Scheinwerkverträge“, bei denen tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wird von der Rechtsordnung nicht akzeptiert. Eine

solche rechtsmissbräuchliche Anwendung von Werkdienstleistungsverträgen kann nach geltendem Recht unterbunden werden. In diesen Fällen kann das Zeitarbeitsunternehmen nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung haften. Fehlt dem Zeitarbeitsunternehmen die Erlaubnis, Zeitarbeit zu betreiben, kann sogar ein Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzbetrieb in Betracht kommen. Diese Sanktionen sind ausreichend, Missbrauch zu verhindern und schränken gleichzeitig die rechtmäßige Nutzung von Werkdienstleistungen Dritter nicht ein.

Für die Arbeitnehmer der Werkdienstleister gilt selbstverständlich das gesamte Arbeits- und Tarifrecht. Werkverträge sichern Arbeitsplätze bei den Werkunternehmen und in den Einsatzbetrieben. Es besteht deshalb keinerlei Grund, das Instrument der Werkverträge zu diskreditieren, in Frage zu stellen oder gesetzlich zu verändern. Eine solche Einschränkung von Werkverträgen kann vielmehr die positiven Effekte von industrienahen Dienstleistungen, die Ausdruck der zunehmenden Arbeitsteilung und Spezialisierung nicht nur im produzierenden Gewerbe sind, behindern und damit Beschäftigungschancen gefährden.

- Eine Vermutungsregelung, die Werkverträge generell unter den Verdacht stellt, es handele sich in Wirklichkeit um Scheinwerkverträge zur Umgehung der Zeitarbeit, wird der Bedeutung dieser Verträge für das Wirtschaftsgeschehen nicht gerecht. Bei einem millionenfachen Einsatz von Werkverträgen in der Wirtschaft ist ei-

ne solche Vermutung unverhältnismäßig. Sie ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung nicht erforderlich und greift auch übermäßig in die Rechtsstellung der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein.

- Anders als im Fall der Zeitarbeit werden bei Werkverträgen Arbeitskräfte nicht in den Betrieb des Bestellers eingegliedert. Daher wäre es unsystematisch und systemwidrig, dem Betriebsrat Mitwirkungsrechte zu gewähren, die den Mitwirkungsrechten bei der Eingliederung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung entsprechen oder sogar darüber hinausgehen. Die bestehenden Informationsrechte sind vielmehr ausreichend, um den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, Gegenvorstellungen zum Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern zu machen. Ein Zustimmungsverweigerungsrecht geht weit über das hinaus, was beim Einsatz von Werkverträgen als Grenze für die Mitbestimmung im Einsatzbetrieb möglich und von Verfassung wegen zulässig wäre.
- Ebenso wie für Zeitarbeitskräfte muss für Arbeitnehmer, die im Rahmen von Werkverträgen eingesetzt werden, der Tarifvertrag maßgeblich sein, den der Arbeitgeber mit der für ihn zuständigen Gewerkschaft geschlossen hat. Das kann in keinem Fall der Tarifvertrag sein, der im Einsatzbetrieb gilt. Die Tarifmacht der Gewerkschaften und Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände der Einsatzbetriebe umfasst nicht das Recht, inhaltliche Bestimmungen für die Bedingungen der Arbeitsverhältnisse der bei Werkunternehmern beschäftigten Arbeitnehmer zu treffen.

Vor diesem Hintergrund verbieten sich daher neue gesetzliche Regelungen, die Betriebe, Arbeitnehmer und Beschäftigte mit neuen Rechtsfragen und neuer Rechtsunsicherheit belasten, keinen Mehrwert für die Verhinderung von Missbrauch bieten und über Jahre und Jahrzehnte erprobte und bekannte Instrumente zur Spezialisierung und Arbeitsteilung behindern.

Im Einzelnen

Werk- und Dienstleistungsverträge sind Standardverträge des Zivilrechts und seit 1900 als Vertragstypen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt. Verträge zwischen Unternehmen, die sich nicht im Kauf von Waren und Fertigprodukten erschöpfen, sind grundsätzlich Werk- und Dienstleistungsverträge. Sie sind z. B. für das Handwerk seit Jahrhunderten die gewohnte Vertragsform.

Ohne solche Verträge könnten viele Dienst- und Werksleistungen nicht in der gleichen Qualität sichergestellt werden. Diese Vertragsgestaltungen entsprechen daher in einer hoch arbeitsteiligen, im globalen Wettbewerb stehenden Wirtschaft volks- und betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten.

Produktbegleitende Dienstleistungen sind aus der alltäglichen Arbeit nicht wegzudenken. Ihr Vorkommen beginnt beispielsweise bei der Montage von für die Produktion benötigter Maschinen, deren Instandhaltung, Beratung und Schulung der Mitar-

beiter über deren Bedienung und endet bei deren Demontage. Die Nachfrage nach solchen Komplettlösungen steigt.

Die Vergabe von Aufträgen in Form von Werkverträgen gehört zum Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung. Diese Unternehmerentscheidung kann verfassungskonform nicht durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden. Umstrukturierungen sind notwendige, unverzichtbare Reaktionen auf Marktgegebenheiten. Die Entscheidung darüber, ob und welche Produktionsschritte durch eigene Arbeitnehmer durchgeführt werden können und müssen, kann nur der Arbeitgeber selber treffen.

Darüber hinaus greifen die Erwägungen, Werkverträge über das bestehende gesetzliche und durch die Rechtsprechung entwickelte Maß hinaus zu regulieren, nicht nur in die Grundfreiheiten von Werkunternehmer und Werkauftraggeber ein. Sie bedrohen auch die privatautonome Entscheidung der Arbeitnehmer für Werkvertragsarbeit.

Neue gesetzliche Regelungen, die die Folgen einer fehlerhaften Einordnung des Vertragstyps regeln, sind überflüssig. Bereits heute existiert eine Vielzahl von Vorschriften, die hinreichende Sanktionen für Scheinwerkverträge zur Umgehung von Arbeitnehmerüberlassung vorsehen und eine detaillierte Rechtsprechung, die Kriterien zur Abgrenzung festlegt.

I. Abgrenzung von Werkverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung

Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. d. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) liegt z. B. vor, wenn ein Personaldienstleister als „Verleiher“ Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die in den Einsatzbetrieb eingegliedert werden und ihre Arbeit allein nach Weisungen dieses „Entleiher“ und in dessen Interesse ausführen. Die Vertragspflicht des „Verleihers“ gegenüber dem „Entleiher“ besteht demnach primär darin, den Arbeitnehmer auszuwählen und ihn dem „Entleiher“ zur Verfügung zu stellen (BAG, Urteil v. 10. Oktober 2007, 7 AZR 487/06).

Davon zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten auf Grund eines Werkvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer selbst für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Tätigkeiten nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Erfüllung des nach dem Vertrag geschuldeten Werkerfolgs gegenüber dem Einsatzunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen allein den Weisungen des Werkunternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen jedoch Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen (vgl. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB). Solche Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (BAG, Urteil v. 13. August 2008, 7 AZR 269/07).

Zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Tätigwerden aufgrund eines Werkvertrags wird in Rechtsprechung und Literatur auf mehrere Kriterien

abgestellt, nach deren Gewichtung eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände vorgenommen wird. Dies sind v. a.:

- die Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts,
- die Eingliederung in die Betriebsorganisation im Einsatzbetrieb,
- die Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses,
- die unternehmerische Haftung und Gewährleistung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller.

Hierbei kommt dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht die größte Bedeutung zu. Die Übertragung des Weisungsrechts ist für die Arbeitnehmerüberlassung konstitutiv. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt nur dann vor, wenn der Einsatzbetrieb das arbeitsbezogene Weisungsrecht während der gesamten Dauer des Fremdeinsatzes ausübt. Der Werkunternehmer übt dagegen allein das arbeitsrechtliche Weisungsrecht aus. Er ist selbst oder durch fachlich qualifiziertes Personal im Einsatzbetrieb vertreten, um seinen Arbeitnehmern Weisungen zu erteilen.

II. Folgen bei fehlerhafter Einordnung

Im Falle eines Scheinwerkvertrags kann ein sog. fingiertes Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb entstehen. Ist dies nicht der Fall, haftet der Arbeitgeber jedenfalls dafür, dem Arbeitnehmer die wesentlichen Vertragsleistungen zu gewähren, die Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb erhalten.

Der Zoll ist hierbei bereits heute berechtigt, unangemeldete Kontrollen in Betrieben durchzuführen. Die erste Überprüfung und Bewertung obliegt der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung. Im Rahmen ihrer Ermittlungen bewertet sie auch, ob eine Fremdvergabe von Arbeitsaufgaben aufgrund von Werkverträgen erfolgt oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Verstöße werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet.

III. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 26. Oktober 2011 (BT-Drs. 17/7482)

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN erkennt die Bedeutung von Werkverträgen für Beschäftigung an. Die Herstellung eines Produkts oder die Vergabe einer Dienstleistung an externe Unternehmen nennt sie dabei ausdrücklich als Beispiele.

Zu Recht stellt die Fraktion auch fest, dass im Falle dieser Werkverträge keine Eingliederung in den auftraggebenden Betrieb stattfindet. Werkvertragsarbeiten erfolgen lediglich im Betrieb, die Arbeitskräfte sind aber nicht in dessen Betriebsorganisation eingegliedert.

1. Vermutungsregel

Der Vorschlag der Fraktion sieht eine Vermutungsregel dahingehend vor, dass bei Erfüllung des vorge-

schlagenen Kriterienkatalogs Zeitarbeit vorliegen soll.

Der Kriterienkatalog sieht dabei hauptsächlich die klassischen Abgrenzungskriterien zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung vor, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden und auch in der Literatur anerkannt sind. Dadurch, dass der Vorschlag nicht das kumulative Vorliegen der Kriterien voraussetzt, unterläuft die Regelung jedoch die von der Rechtsprechung vorgesehene Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls. Die maßgeblichen Abgrenzungskriterien des Weisungsrechts und der Eingliederung in den Betrieb würden in ihrer Bedeutung für die Gesamtbetrachtung zurückgedrängt. Dies widerspricht der ständigen Rechtsprechung.

Solche Einzelbetrachtungen werden der bewährten Gesamtschau aller Kriterien nicht gerecht.

2. Beweislast

Die Beweislast für das Vorliegen eines Werkvertrags überträgt der Vorschlag dem Werkvertragsunternehmen. Diese Beweislastumkehr führt durch die dadurch entstehenden Dokumentationspflichten zu einem bürokratischen Mehraufwand. Dieser wird sich auch auf die Einsatzbetriebe auswirken: da die Sanktionen über § 10 AÜG auch diese treffen können (sog. fingiertes Arbeitsverhältnis), wären die Einsatzbetriebe genötigt, die Beweisführung des Werkunternehmers durch Vorlage eigener Unterlagen zu unterstützen.

Hinzu kommt, dass die unter Umständen eintretende Rechtsfolge des § 10 AÜG, das sog. fingierte Arbeitsverhältnis, nicht verhindert werden kann. Eine spätere erfolgreiche Beweisführung müsste dann zur komplizierten Rückabwicklung des eventuell fingierten Arbeitsverhältnisses führen. Das führt zu nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheiten sowohl für den Arbeitgeber wie auch den Arbeitnehmer.

3. Finanzkontrolle Schwarzarbeit

Auch die Forderung, den Aufgabenkatalog der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu erweitern, ist überflüssig. Die Finanzkontrolle ist bereits heute nach § 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz berechtigt, Werkverträge auf ihre Abgrenzbarkeit zur Arbeitnehmerüberlassung hin zu überprüfen. Die Prüfung ist zu Recht an das Bestehen von Anhaltspunkten geknüpft. Dabei orientiert sie sich an den Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung. Stellt sie Anhaltspunkte für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung fest, wird ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Auch die Einrichtung einer Beschwerdestelle ist nicht notwendig, da bereits heute jederzeit Hinweise auf illegale Arbeitnehmerüberlassung beim Hauptzollamt entgegengenommen werden.

4. Allgemeiner Mindestlohn

Der Antrag fordert die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns über eine Mindestlohnkommission ohne darzulegen, in welchem Verfahren

und auf welcher Grundlage diese Kommission den allgemeinen Mindestlohn festlegen soll. Sämtliche in der Diskussion befindlichen Modelle lassen kein unabhängig von politischer Einflussnahme zu Stande gekommenes Ergebnis erwarten. Die Festsetzung eines allgemeinen Mindestlohns durch eine Mindestlohnkommission führt daher im Ergebnis zu einem politisch motivierten Mindestlohn.

Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn widerspricht der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie. Tarifautonomie bedeutet, dass Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände gemeinsam mit den Gewerkschaften die Arbeitsbedingungen in ihren Betrieben bzw. Branchen durch Tarifverträge regeln, ohne dass der Staat eingreift. Nur sie haben die dafür notwendige Sachkunde und Problemnähe. Bei einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn stehen dagegen tagespolitische Erwägungen und damit keine sachgerechten Aspekte im Vordergrund. Die konkreten Situationen in den einzelnen Branchen werden nicht berücksichtigt. Zudem ignorieren gesetzliche Mindestlöhne, dass Tarifverträge neben einem Grundentgelt vielfach weitere Leistungen für die Arbeitnehmer regeln, die aufeinander abgestimmt sind.

Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn gefährdet Arbeitsplätze. So belegen wissenschaftliche Studien die negative Wirkung gesetzlicher Mindestlöhne gerade für Geringqualifizierte, Langzeitarbeitslose und Menschen mit Vermittlungshindernissen. Geringqualifizierte haben ohne einen funktionierenden Arbeitsmarkt für einfache Tätigkeiten zu wettbewerbsfähigen Konditionen kaum Chancen auf einen Einstieg in Arbeit. Jeder berufliche Aufstieg setzt aber einen erfolgreichen Einstieg voraus.

5. Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG)

Das AEntG ist ein Instrument zur Verhinderung sozialer Verwerfungen durch sog. Entsendearbeitnehmer, d. h. durch in Deutschland zeitlich befristet tätige Arbeitnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Nur auf solche Situationen und Branchen sollte das AEntG angewendet werden. Die missbräuchliche Anwendung des Gesetzes, die nichts mit der Entsendeproblematik zu tun hat, wie z. B. beim Postmindestlohn geschehen, muss unterbleiben.

Die Aufnahme weiterer Branchen in das AEntG kommt daher nur in Betracht, wenn unerwünschte Verwerfungen durch Entsendearbeitnehmer nachgewiesen sind und ein Mindestlohtarifvertrag besteht, der nach den Regeln des Tarifvertragsgesetzes (TVG) für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

Bei einer Aufnahme aller Branchen wäre die notwendige Bestimmtheit der im AEntG enthaltenen Verordnungsermächtigung nicht mehr gegeben. Hinzu kommt der mit der Aufnahme aller Branchen einhergehende Widerspruch zum Mindestarbeitsbedingungsengesetz, welches für Branchen ohne oder nur geringer Tarifbindung novelliert wurde.

6. Allgemeinverbindlicherklärung

Die Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) besteht darin, inakzeptablen Lohn- und Ar-

beitsbedingungen bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern entgegenzutreten. Allgemeinverbindliche Tarifverträge müssen daher im Rahmen der Tarifautonomie die Ausnahme bleiben, da sie auch gegenüber denjenigen gelten, die nicht tarifgebunden sind.

Mit dem geltenden 50 %-Quorum soll sichergestellt werden, dass der für all-gemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag derjenige ist, der sachlich auf die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist, sich also in der betreffenden Branche durchgesetzt hat. Damit wird zugleich ausgeschlossen, dass ein Tarifvertrag, der normativ nur einen geringen Teil der Arbeitsverhältnisse betrifft, durch eine AVE einer Mehrheit aufgezwungen werden kann und dadurch die „Außenseiter“ majorisiert werden. Vor dem Hintergrund der grundgesetzlich geschützten negativen Koalitionsfreiheit aber auch mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip dürfte ein entsprechendes Quorum verfassungsrechtlich geboten sein. Selbst bei der Absenkung des Quorums auf z. B. 40 % hätte dies bei zwei Anträgen aus einer Branche eine (unmittelbare) Tarifabdeckung von 80 % zur Folge (jeder Antrag müsste das Quorum erfüllen), so dass eine weitergehende zwangsweise Erstreckung zur Verhinderung sozialer Verwerfungen kaum zu rechtfertigen ist.

7. Mitbestimmungsrechte

Dem Betriebsrat stehen hinreichend Mitbestimmungsrechte zu. Insbesondere besteht bereits ein Auskunftsrecht über Fremdarbeitnehmer im Betrieb.

Der Inhaber des Einsatzbetriebs ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 und 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) verpflichtet, dem Betriebsrat auf dessen Verlangen den Werkvertrag mit dem Serviceunternehmer vorzulegen. Der Betriebsrat ist im Rahmen seiner Aufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG rechtzeitig über die Beschäftigung von Personen zu unterrichten, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen (§ 80 Abs. 2 S. 1 und 2 BetrVG).

IV. Antrag der Fraktion DIE LINKE vom 29. September 2011 (BT-Drs. 17/7220 (neu))

Die Fraktion DIE LINKE fordert in ihrem Vorschlag eine Regelung für „echte“ Werkverträge. Danach soll bei der Vergabe von Aufträgen an Fremdpersonal dieses bei gleichen Arbeitsbedingungen gleich entlohnt werden. Hiermit gefährdet der Antrag unverantwortlich die Chancen, die in Umstrukturierungen liegen. Wertschöpfung ist von Spezialisierung und Arbeitsteilung abhängig. Ganze Bereiche für Wertschöpfungen könnten wirtschaftlich ohne solche Arbeitsteilung und Spezialisierung nicht hinlänglich gesichert werden.

1. Vermutungsregel

Auch die Fraktion DIE LINKE sieht eine Vermutungsregelung für das Vorliegen eines Scheinwerkvertrags vor, wenn gewisse Kriterien erfüllt sind. Durch die im Vorschlag gleichgesetzte Bedeutung der einzelnen Kriterien geht die durch die Rechtsprechung vorgeschriebene starke Gewichtung be-

stimmter Kriterien wie die des Weisungsrechts und der Eingliederung in den Betrieb verloren. Auch wird der Vorschlag der von der Rechtsprechung verlangten Gesamtbetrachtung der Einzelumstände nicht gerecht.

2. Beweislast

Die Beweislastumkehr trifft in diesem Vorschlag den auftraggebenden und den auftragnehmenden Arbeitgeber. Beiden steht es frei, den notwendigen Nachweis zu führen. Die dadurch beiden Unternehmen entstehenden Dokumentationspflichten sind ein nicht hinnehmbarer Mehraufwand. Beide wären verpflichtet, jegliche Anhaltspunkte zu dokumentieren und aufzubewahren, um ggfs. den Beweis erbringen zu können, dass es sich wie vertraglich vereinbart um einen Werkvertrag handelt.

Hinzu kommt auch hier, dass die unter Umständen eintretende Rechtsfolge des sog. fingierten Arbeitsverhältnisses eintritt und dieses dann rückabgewickelt werden müsste.

3. Rechtsfolge

Die vorgeschlagene Rechtsfolge, dass bei einer Fremdvergabe bisher selbst ausgeführter Tätigkeiten im Betrieb (z. B. durch sog. Outsourcing-Fälle) die bisherigen Arbeitsbedingungen sowie das bisherige Entgelt weiter gewährt werden müssen, verstößt gegen die verfassungsrechtlich geschützte freie Unternehmerentscheidung. Es steht außer Frage, dass es dem Unternehmen überlassen ist, ob es jegliche Arbeiten selbst durchführen will bzw. kann oder ob es hierbei ggfs. auf spezialisierte Arbeitskräfte externer Dritter zurückgreifen will bzw. muss.

Die vorgeschlagene Rechtsfolge zwingt ein Unternehmen faktisch dazu, eine Fremdvergabe zu unterlassen, schließlich kann man dem beauftragten Dritten, der selbst Arbeitgeber ist, nicht vorschreiben, welche Arbeitsbedingungen er gegenüber seinen Mitarbeitern einzuhalten hat. Diese Bedingungen werden im arbeitsrechtlichen Verhältnis des Werkvertragsunternehmers zu seinen Mitarbeitern festgelegt.

Zudem sieht die Vorschrift des § 613a BGB hinreichende Schutzvorschriften für sog. Outsourcing-

Fälle vor, bei denen es sich häufig stets um Betriebsübergänge handelt.

4. Mitbestimmungsrechte

Betriebsverfassungsrechtlich sind die Arbeitnehmer dem Betrieb ihres Arbeitgebers zugeordnet. Dennoch bestehen auch heute schon Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs. Weitergehende Mitbestimmungsrechte sind für diese Fälle mangels Eingliederung des Fremdpersonals in den Betrieb jedoch gerade nicht vorgesehen.

So ist auch § 99 BetrVG nicht anwendbar, da es an der Eingliederung des Fremdpersonals in den Betrieb und dem typischen arbeitsbezogenen Direktionsrecht des Betriebsinhabers fehlt. Wie das BAG in den Entscheidungen vom 5. März 1991 (AP BetrVG 1972

§ 99 Nr. 90) und vom 9. Juli 1991 (APBetrVG 1972 § 99 Nr. 94) zutreffend ausgeführt hat, gehört die Entscheidung des Arbeitgebers, Arbeiten auf Grund von Werkverträgen vornehmen zu lassen, nicht zum Bereich des § 99 BetrVG.

6. Tarifvorbehalt im AÜG

Das AÜG sieht bereits als Grundsatz das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ vor. Eine Festschreibung dieses Grundsatzes ohne Tarifvorbehalt würde der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie widersprechen. Die Regelung der Arbeitsbedingungen in der Zeitarbeitsbranche obliegt allein den Tarifpartnern der Zeitarbeit. Nur aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung darf deshalb auch die vom AÜG vorgesehene Lohnuntergrenzenverordnung erlassen werden, die seit dem 1. Januar 2012 in Kraft ist.

Die Zeitarbeit in Deutschland ist durch das Arbeitgeberprinzip geprägt. Auch wenn ein Einsatz endet, ist der Zeitarbeitnehmer Arbeitnehmer des Zeitarbeitsunternehmens. Würde der Tarifvorbehalt wegfallen, gäbe es keine Regelung für überlassungsfreie Zeiten. Auch führte der Wegfall des Tarifvorbehalts zu einem steten Wechsel der Entgelthöhe entsprechend der jeweiligen Arbeitseinsätze des Zeitarbeitnehmers.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)866neu

19. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Zentralverband des Deutschen Handwerks**INHALTSVERZEICHNIS**

A. Einleitung	9
B. Zum Gesetzesvorschlag im Einzelnen	10
I. Festschreibung von Abgrenzungskriterien zwischen Werkverträgen und Zeitarbeit sind überflüssig	10
II. Regulierung von Werkverträgen muss unterbunden werden	11
III. Ausweitung des Aufgabenkatalogs der Finanzkontrolle Schwarzarbeit ist abzulehnen	11
IV. Keine Ausweitung der betrieblichen Mitbestimmung auf Fälle der Fremdvergabe	12
V. Keine Streichung des Tarifvorbehalts in der Zeitarbeit	12
VI. Kein Raum für Mindestlohndiskussion	12

A. Einleitung

Die Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gehen in ihren Anträgen davon aus, dass Werkverträge zunehmend von den Unternehmen als Alternative zur Zeitarbeit und als strategisches Mittel zur Deregulierung eingesetzt werden. Die damit einhergehende Gefahr, dass Tarifverträge unterlaufen, Belegschaften gespalten und Mitbestimmungsmöglichkeiten ausgehöhlt werden, müsse dringend durch gesetzliche Maßnahmen verhindert werden. Zur Unterbindung eines missbräuchlichen Einsatzes von Werkverträgen sehen die Fraktionen gesetzliche Regelungen vor, die eine bessere Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen ermöglichen sollen.

Aus Sicht des ZDH besteht für die Gesetzesvorschläge der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN kein Bedarf. Werkverträge spielen im Handwerk naturgemäß eine große Rolle. Die Problematik der so genannten "Scheinwerkverträge" nimmt

dagegen in diesem Wirtschaftssegment keinen Raum ein. Weder gibt es innerhalb des Handwerks Hinweise auf die Existenz von "Scheinwerkverträgen", noch sind solche im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Handwerk und Industrie bekannt geworden. Dabei spielen auch die tarifvertraglichen Mindestlohnregelungen im Handwerk eine entscheidende Rolle.

Die Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen über Werkverträge stellt ein wichtiges und unverzichtbares Instrument dar, um die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen zu erhalten, sich auf Kernkompetenzen zu konzentrieren oder neue Kompetenzen für das eigene Unternehmen zu erschließen. Dies gilt insbesondere im Baugewerbe wegen des für diese Branche geltenden Verbots der Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Betriebe des Bauhauptgewerbes sind daher im besonderen Maße auf die Möglichkeit angewiesen, Werkverträge mit Subunternehmern zu schließen. Dies um so mehr, weil für baufremde Gewerke

aufgrund des Verbots der Zeitarbeit im Baugewerbe keine Möglichkeit besteht, sich Arbeitnehmer für diese Arbeiten von einer Zeitarbeitsfirma oder einem Betrieb außerhalb des Baugewebes auszuleihen.

Die Fremdvergabe von Arbeiten über Werkverträge gehört zum Kernbereich der verfassungsrechtlich geschützten unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Die Entscheidung, ob der Unternehmer Arbeiten innerhalb der Wertschöpfungskette durch eigene Arbeitnehmer oder die einer Fremdfirma durchführen lässt, darf gesetzlich nicht beschränkt werden. Sie darf vor allem nicht zu einer Gleichschaltung der an den Vertragsbeziehungen beteiligten Parteien in Bezug auf die Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts führen. Das wäre weder wettbewerbsrechtlich vertretbar noch marktpolitisch sinnvoll.

Im Übrigen scheint die gegenwärtige Diskussion die Problematik der "Scheinwerkverträge" bzw. der "verdeckten Arbeitnehmerüberlassung" stark zu überzeichnen. Fest steht jedenfalls, dass derart weitreichende Gesetzesänderungen, wie die Fraktionen sie vorschlagen, nicht ohne einen empirisch nachgewiesenen Bedarf erfolgen dürfen. Eine vorherige Evaluation ist hier dringend anzuraten.

B. Zum Gesetzesvorschlag im Einzelnen

I. Festschreibung von Abgrenzungskriterien zwischen Werkverträgen und Zeitarbeit sind überflüssig

Die von den Fraktionen vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung sind abzulehnen.

Der Gesetzesvorschlag der Fraktion DIE LINKE sieht eine gesetzliche Vermutungsregelung für das Vorliegen von "Scheinwerkverträgen" vor, mit dessen Hilfe versucht werden soll, Werkvertragsarbeit von Zeitarbeit zu unterscheiden und Scheinwerkverträge zu identifizieren. Der Fraktionsvorschlag des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN führt einzelne Kriterien auf, deren Erfüllung für das Vorliegen einer "verdeckten Arbeitnehmerüberlassung" sprechen soll.

Für die geplanten Gesetzesänderungen besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Zum einen werden dadurch Unternehmen bei der Vergabe von Werkvertragsarbeiten an Fremdfirmen ohne Grund dem Generalverdacht ausgesetzt, diese Arbeiten lediglich im Rahmen von Scheinwerkverträgen bzw. verdeckter Arbeitnehmerüberlassung zu vergeben. Zum anderen ist beiden Fraktionsanträgen gemeinsam, dass sie Abgrenzungsmerkmale aufzählen, die schon jetzt weitgehend durch die Rechtsprechung festgeschrieben wurden. Für weitere Regelungen besteht daher keine Notwendigkeit.

Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Personaldienstleister dem Entleiher Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Die Arbeitskräfte werden im Betrieb des Entleihers nach dessen Vorstellungen und Zielen wie eigene Arbeitnehmer einsetzt, in den Entleiherbetrieb eingegliedert und führen die Arbeiten allein nach Weisung des Entleihers aus. Anders ist dies in

dem Fall, in dem ein Arbeitnehmer bei einem Dritten im Rahmen eines Werkvertrags tätig wird. Bei einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer gegenüber dem Besteller zur Herstellung eines individuellen Werkes. Der Werkunternehmer organisiert den Arbeitseinsatz seiner Arbeitnehmer in eigener Verantwortung. Die zur Arbeitsausführung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen der arbeitsrechtlichen Weisung des Werkunternehmers und dessen Erfüllungsgehilfen.

Für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag kommt es bereits nach der gegenwärtigen Rechtslage in erster Linie auf den jeweiligen Vertragsgegenstand an. Während Inhalt eines Werkvertrages die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer herbeizuführender Erfolg ist, ist die Zeitarbeit auf das entgeltliche Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung bei einem Dritten gerichtet. Der tatsächliche Geschäftsinhalt ist dabei von besonderer Bedeutung. So sind die Arbeitnehmer eines Werkvertragsunternehmens in tatsächlicher Hinsicht verpflichtet, nach dessen Weisung zu handeln. Der Werkunternehmer übt das Weisungsrecht im Einsatzbetrieb entweder selber aus oder ist dort durch qualifiziertes Personal vertreten, das dieses Recht für ihn wahrnimmt. Auch bilden die Arbeitnehmer des Werkunternehmers im Einsatzbetrieb eine eigene organisatorische Einheit. Bei der Arbeitnehmerüberlassung beschränkt sich die Rolle des Verleihers dagegen auf die reine Personalgestellung an den Entleiher, so dass dem Entleiher während der gesamten Dauer des Einsatzes ein unmittelbares arbeitsrechtliches Weisungsrecht gegenüber den Zeitarbeitnehmern zusteht.

Zwar kann auch der Besteller im Rahmen eines Werkvertrages an das Werkvertragsunternehmen oder dessen Erfüllungsgehilfen Ausführungsanweisungen im Sinne von § 645 Abs. 1 S. 1 BGB erteilen. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um gegenstandsbezogene, werkvertragliche Anweisungen, nicht aber um personenbezogene, arbeitsrechtliche Anweisungen, die etwa die nähere Ausgestaltung der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes betreffen und mit diesen nicht vergleichbar sind.

Nicht nachvollziehbar ist nach dem Vorschlag der Fraktion DIE LINKE zudem, dass die gesetzliche Vermutungsregelung für das Vorliegen eines Scheinwerkvertrages bereits dann greifen soll, wenn "eine Tätigkeit ein bestimmtes Merkmal" erfüllt. Bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und der Einsetzung von Arbeitnehmern durch ein Werkvertragsunternehmen zur Ausführung eines Werkes kommt es auf eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls an. Es mit der alleinigen Erfüllung eines Einzelaspekts unter Ausblendung aller sonstigen – im Zweifel – gegenläufigen Gesichtspunkte genügen zu lassen, würde den zu bewertenden Sachverhalt verfälschen und angesichts der drohenden Rechtsfolgen zu nicht tragbaren Ergebnissen führen.

Untragbar ist ferner die geplante Beweislastumkehr zulasten des auftraggebenden und des auftragnehmenden Unternehmens. Nach den Plänen der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN soll es künftig den Unternehmen selbst oblie-

gen den Nachweis zu führen, dass sie den Arbeits-einsatz im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags umfassend steuern. Gelingt dieser Nachweis nicht, soll Zeitarbeit vorliegen. Eine Umkehr der Beweislast ist bereits mit Blick auf die in § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG festgelegte Rechtsfolge eines fingierten Arbeitsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem eingesetzten Werkvertragsarbeitnehmer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar und dem Werkvertrag völlig wesensfremd. Gleiches gilt für den mit der Fiktionswirkung eintretenden Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser per Gesetz erfolgende Zugriff auf die Vertragsverhältnisse stellt auf Seiten der betroffenen Unternehmen einen massiven Eingriff in die Eigentums- und Berufsfreiheit nach Art. 12 und 14 GG und zugleich einen Eingriff in die Handlungsfreiheit aller Beteiligten gemäß Art. 2 GG dar. Bedenklich ist dies auch vor dem Hintergrund, dass es in der betrieblichen Praxis kaum möglich ist, die geforderte Abgrenzung rechtssicher vornehmen zu können. Gerade kleine Betriebe wären damit überfordert und würden sich unbewusst und ungewollt einem hohen Haftungsrisiko aussetzen.

Offen bleibt überdies in beiden Anträgen, welche Maßstäbe überhaupt an den geforderten Nachweis gestellt werden, so dass mit der Beweislastregelung mehr Rechtsunsicherheit als Rechtsklarheit geschaffen wird.

II. Regulierung von Werkverträgen muss unterbunden werden

Ausdrücklich abzulehnen ist ferner der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE, wonach bei der Vergabe von bisher im Unternehmen selbst erledigten Arbeiten an eine Fremdfirma im Rahmen "echter" Werkverträge die mit der Erbringung von Werk- und Dienstleistungen betrauten Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber mindestens Anspruch auf Gewährung des Entgelts und der Arbeitsbedingungen haben, die bisher für diese Tätigkeiten geschuldet waren. Lediglich gelegentliche Fremdvergaben sollen von dieser Regelung ausgenommen sein. Für die Erfüllung dieser Verpflichtung soll der beauftragende Unternehmer in entsprechender Anwendung des § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) wie ein Bürge haften, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.

Für eine solche Regelung besteht weder ein Bedarf noch eine Notwendigkeit. Sie führt im Ergebnis dazu, dass bei der Vergabe von bisher von einem (Haupt-)Unternehmen selbst erledigten Aufgaben oder sonstigen Tätigkeiten im Rahmen von legalen Werkverträgen an ein Subunternehmen das Prinzip festgeschrieben wird, dass die betroffenen Beschäftigten per se einen Anspruch gegen ihren Arbeitgeber auf "equal-pay" und "equal-treatment" haben. Mit der Festschreibung eines solchen Prinzips der "Gleichschaltung aller Unternehmen" werden nicht nur die Vertragsbeziehungen der Subunternehmer und ihrer Arbeitnehmer völlig negiert und massiv in deren (unternehmerische) Handlungsfreiheit eingegriffen. Damit einhergehen würde auch eine Aushöhung der Tarifautonomie der jeweiligen Branche, der der betroffenen Subunternehmer angehört. Denn mit einer "Gleichschaltung" der Vertragsbeziehungen

würden Branchentarifverträge nicht mehr zum Zuge kommen und diese damit nahezu überflüssig werden.

Darüber hinaus schiebt der Gesetzesvorschlag jeder zulässigen Ausgliederung und Fremdvergabe von Tätigkeiten von vornherein ein Riegel vor. Aufträge sowie Ausgliederungen, die wirtschaftlich sinnvoll und oftmals auch notwendig zum Beschäftigungserhalt des Unternehmens im Übrigen sind, werden durch die vorgeschlagene Gesetzesregelung erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich Subunternehmen auf dieses Vabanque-Spiel einlassen, ist gering, zumal auch sie ihre Kosten genau kalkulieren müssen und häufig nicht in der Lage sind, je nach beauftragten Unternehmen variierende – im Zweifel – höhere Kosten zu tragen.

Nicht nachvollziehbar ist zudem, wie die Subunternehmen es in der betrieblichen Praxis bewerkstelligen sollen, ihren Arbeitnehmern den bunten Strauß von Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, den diese bei ihren Einsätzen beim Auftraggeber vorfinden.

Erhebliche Bedenken verursacht der Fraktionsvorschlag schließlich im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Europarecht. Inwieweit ausländischen Subunternehmen, die den Arbeitsbedingungen und Tarifwerken ihrer Heimatländer unterliegen, die Arbeits- und Lohnbedingungen der jeweiligen nationalen Hauptunternehmen aufgezwungen werden können, ist vor allem im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit äußerst fraglich.

III. Ausweitung des Aufgabenkatalogs der Finanzkontrolle Schwarzarbeit ist abzulehnen

Nicht nachvollziehbar ist die Forderung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in Bezug auf die Ausweitung des Aufgabenkatalogs der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS). Nach den Vorstellungen der Fraktion soll der Aufgabenkatalog der FKS um die Prüfaufgabe der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung erweitert und die FKS zur Erfüllung dieser Aufgaben personell und finanziell angemessen ausgestattet werden. Geplant ist zudem die Errichtung einer Beschwerdestelle bei der FKS, an die sich Beschäftigte unbürokratisch wenden können.

Die FKS prüft schon gegenwärtig im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeiten gemäß § 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, ob eine Fremdvergabe von Arbeitsaufgaben aufgrund eines Werkvertrages erfolgt ist oder eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Bei der Zuweisung von weiteren Arbeitsaufgaben an die FKS muss jedoch stets berücksichtigt werden, dass die FKS bereits jetzt mit der Kontrolle der im Arbeitnehmer-Entsendegesetz genannten Branchen übermäßig gefordert ist. Eine originäre Prüfständigkeit der FKS bezüglich des Vorliegens einer möglicherweise verdeckten Arbeitnehmerüberlassung bereits ohne Vorliegen von Anhaltspunkten und Verdachtsmomenten mit dem Ziel einer "lückenlosen Kontrolle" kann sich schnell zur Prüfungsverpflichtung auswachsen und die FKS handlungsfähig machen. Zwar sollen die "zusätzlichen" Prüfaufgaben der FKS mit einer verbesserten personellen

und finanziellen Ausstattung einher gehen. Sinnvoller wäre es aber vielmehr, die dafür notwendigen Personal- und Finanzmittel für eine verbesserte Einhaltung der Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu nutzen und Schwarzarbeit effektiver bekämpfen zu können.

Abzulehnen ist daher auch die Einrichtung einer FKS-Beschwerdestelle für Beschäftigte. Fraglich ist hier bereits, ob es für die Installierung einer solchen Stelle überhaupt Bedarf gibt und welche Aufgaben und Kompetenzen sie haben soll – von den zu erwartenden Kosten für die Einrichtung und Unterhaltung dieser Beschwerdestelle ganz zu schweigen.

IV. Keine Ausweitung der betrieblichen Mitbestimmung auf Fälle der Fremdvergabe

Nicht hinnehmbar ist darüber hinaus die Ausweitung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Wege eines neu einzuführenden § 92b Betriebsverfassungsgesetz. Nach den Vorschlägen der Fraktion DIE LINKE soll dem Betriebsrat ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen eingeräumt werden. So soll der Unternehmer den Betriebsrat bei einer geplanten Fremdvergabe rechtzeitig unterrichten. Vorgesehene Maßnahmen und deren Auswirkungen auf die Arbeitnehmer sind mit dem Betriebsrat zu beraten und seine Zustimmung dazu einzuholen. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, soll dem Unternehmer nur die Möglichkeit verbleiben, diese durch das Arbeitsgericht ersetzen zu lassen.

Diese Neuregelung führt dazu, dass dem Betriebsrat im Fall der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen ein Vetorecht zugebilligt wird. Der Betriebsrat kann damit die Planung und Entscheidung des Unternehmers zur Fremdvergabe blockieren und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit erheblich einschränken. Problematisch ist dies vor allem deswegen, weil es sich bei der Vergabe um eine autonome unternehmerische Entscheidung handelt, die als solche der Mitwirkung auf betrieblicher Ebene entzogen ist. Es obliegt dem Unternehmer allein darüber zu entscheiden, wie er die betrieblichen Produktionsabläufe planen möchte. Die Ausweitung

der Mitbestimmungsrechte hat zudem zur Konsequenz, dass der Betriebsrat auf Rechtsverhältnisse Einfluss nimmt, die in keinem Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehen. Eine Eingliederung der Werkvertragsarbeitnehmer in die betriebliche Organisationssphäre ist gerade bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen nicht vorgesehen.

V. Keine Streichung des Tarifvorbehalts in der Zeitarbeit

Abzulehnen ist ferner der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE, im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz das Prinzip "gleicher Lohn für gleiche Arbeit" ab dem ersten Arbeitstag festzuschreiben. Denn diese Regelung würde auf eine komplette Streichung des Tarifvorbehalts hinauslaufen. Sinnvoller wäre vielmehr eine moderate Ausgestaltung und Handhabung des Tarifvorbehalts. So verhandelt etwa die Zeitarbeitsbranche derzeit mit der IG Metall über eine gleiche Bezahlung von Zeitarbeitnehmern, die in der Metall- und Elektroindustrie eingesetzt werden, und den dort beschäftigten Stammarbeitnehmern. Die Ergebnisse dieser Verhandlungen gilt es abzuwarten.

VI. Kein Raum für Mindestlohndiskussion

Soweit von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gefordert wird, die Voraussetzungen für die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns über eine Mindestlohnkommission zu schaffen, das Arbeitnehmer-Entsendegesetz für alle Branchen zu öffnen und im Tarifvertragsgesetz das Verfahren für die Allgemeinverbindlicherklärung zu vereinfachen, um entsprechend der Entsenderichtlinie Lohndumping durch entsandte Arbeitnehmer zu verhindern, wird auf die ZDH-Stellungnahme anlässlich der Sachverständigenanhörung am 06.02.2012 im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales zu den Fraktionsanträgen von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN "Tarifvertragssystem stärken – Allgemeinverbindliche Tariflöhne und branchenspezifische Mindestlöhne erleichtern" und DIE LINKE „Tarifsystem stabilisieren“.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)850

10. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Handelsverband Deutschland**I. Einleitung**

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels für rund 400.000 selbstständige Unternehmen mit insgesamt 2,9 Millionen Beschäftigten und jährlich 414 Milliarden Euro Umsatz. Der Einzelhandel ist nach Industrie und Handwerk der drittgrößte Wirtschaftszweig in Deutschland. Der HDE hat 100.000 Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Standorte und Größenklassen.

Der HDE vertritt die Auffassung, dass die bereits existierenden gesetzlichen Regelungen gegen den Missbrauch von Werkverträgen (sog. „Schein-Werkverträge“) ausreichend sind und dass diese gesetzlichen Vorgaben von den Unternehmen einzuhalten sind. Aus Sicht des HDE besteht kein Handlungsbedarf.

Der HDE lehnt zudem einen gesetzlichen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei der Vergabe von Werkverträgen strikt ab. Es obliegt vielmehr den Firmen im Rahmen ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu entscheiden, ob sie bestimmte Tätigkeiten durch hoch spezialisierte Fremdfirmen ausführen lassen oder nicht.

II. Grundsätzliche Position zu den Anträgen der Fraktionen von die „DIE LINKE“ (BT-Drs. 17/7220neu) und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 17/7482)

Die Unternehmen folgen der in der Privatwirtschaft wie bei öffentlichen Arbeitgebern vorhandenen Tendenz zum Auslagern von Tätigkeiten an Dienst- oder Werkvertragsunternehmen (sog. „Outsourcing“). Dies ist in einer arbeitsteiligen Wirtschaft ein normaler Vorgang und führt - wegen der Spezialisierung der Werkunternehmer - zu Effizienzgewinnen. Dies ist auch ein sinnvoller Vorgang, weil sich das Unternehmen damit auf sein Kerngeschäft konzentrieren kann.

Die Unternehmen beschränken sich dabei auf ihre Kernkompetenzen und kaufen Spezialistenwissen/Spezial-Dienstleistungen bei Werkunternehmern gezielt ein. Die Werkleistungen werden vom Werkunternehmer selbst administriert und organisiert. Dies kann für die Unternehmen mit Effizienzvorteilen verbunden sein.

Dabei ist das „Outsourcing“ nicht etwa nur auf einzelne Branchen beschränkt. Es erfasst vielmehr die gesamte Wirtschaft einschließlich der öffentlichen Verwaltung. Dabei erstreckt sich das „Outsourcing“ sowohl auf einfache als auch auf anspruchsvolle Tätigkeiten.

Dies betrifft insbesondere Marketing-Abteilungen, Fuhrparks, Kantinen, Pfortnerdienste, Gebäudereinigung und Müllentsorgungsunternehmen. Weitere Beispiele für „Outsourcing“ sind Transport- bzw. Speditionsleistungen, Rechtsberatungen, Werbeabteilungen, Callcenter, Lager-Logistik, Facility Management etc.

Auch im Einzelhandel sehen viele Unternehmen das Befüllen der Regale (Warenverräumung) nicht als eine Kerntätigkeit an, mit der eigenes ausgebildetes Verkaufspersonal befasst werden muss. Zur Erledigung dieser Tätigkeiten bedienen sich die Unternehmen daher spezialisierter Werkunternehmen. Im Übrigen handelt es sich dabei keinesfalls um eine neue Entwicklung im Einzelhandel. Die Beauftragung von spezialisierten Werkunternehmen mit der Warenverräumung ist im Einzelhandel bereits seit vielen Jahren üblich. So bieten einige Werkunternehmen die Warenverräumung bereits seit den 80er Jahren an.

Im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit haben die Unternehmen das Recht, autonom darüber zu entscheiden, ob sie bestimmte Tätigkeiten beispielsweise durch den Einsatz von betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers durchführen lassen oder sich dazu der eigenen Arbeitnehmer bedienen. Dabei ist der gesetzliche Rahmen stets einzuhalten, d. h. unter anderem, dass es keine arbeitsrechtlichen Weisungen des Werkbestellers gegenüber den Arbeitnehmern des Werkunternehmers geben darf.

Es ist zudem Fakt, dass der Werkvertrag bereits seit über 100 Jahren fester Bestandteil des Bürgerlichen Gesetzbuches ist und damit die moderne Arbeitsteilung im Wirtschaftsleben erst möglich gemacht hat. Es ist daher sehr bedauerlich, wenn durch die in der Öffentlichkeit oft unsachlich geführte Diskussion sowie die Gesetzesinitiativen der Eindruck vermittelt wird, als handle es sich bei jedem Werkvertrag um einen „Schein-Werkvertrag“ oder „Lohndumping“. Dies führt dazu, dass dem in der Vergangenheit so hoch geschätzten Rechtsinstitut des Werkvertrages, stets der Makel des „Missbrauchs“ anhaftet. Auch deshalb ist es notwendig, den beiden Anträgen entschieden entgegenzutreten.

Im Übrigen gibt es keinen (Rechts-)Grundsatz des „Equal Pay“ in der Form, dass die Löhne von Werkvertragsarbeitnehmern den Löhnen der Arbeitnehmer im Betrieb des Werkbestellers entsprechen müssen. Vielmehr liegt „Lohndumping“ begrifflich nur dann vor, wenn sich konkurrierende Unternehmen einer einzelnen Branche Wettbewerbsvorteile durch die Zahlung von Niedriglöhnen an ihre eigenen Arbeitnehmer verschaffen.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der Zeitarbeitsrichtlinie gibt es keinen Grundsatz, wonach gleiche Arbeit stets gleich bezahlt werden muss. So kalkulieren Dienst- oder Werkvertragsunternehmen mit anderen Kosten und Spannen als beispielsweise Einzelhandelsunternehmen. Dies rechtfertigt auch eine abweichende Entgeltstruktur. Zudem darf beispielsweise der Arbeitgeber nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenzieren, da er den Tariflohn nur den tarifgebundenen Arbeitnehmern schuldet. Er darf auch so lange eigene Arbeitnehmer ungleich behandeln, wie kein Verstoß gegen das AGG bzw. andere gesetzliche Vorschriften (§§ 612, 138 BGB) vorliegt oder er nicht gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates verstößt. Unternehmen gleicher Branchen sind nicht verpflichtet, sich bei der Vergütungshöhe abzusprechen bzw. die gleiche Vergütungshöhe zu gewähren. Dies gilt erst recht nicht für Unternehmen

unterschiedlicher Branchen. In jeder Branche gelten andere, branchenübliche Vergütungen (siehe § 612 BGB). Für viele Werkvertragsbranchen existieren tarifliche Regelungen (Handwerksbereich, Spedition, Gebäudereinigung, etc.) Von diesen tariflichen oder branchenüblichen Vergütungssätzen dürfen nicht tarifgebundene Unternehmen nur in einem bestimmten Ausmaß nach unten abweichen (§ 138 BGB).

Abschließend ist festzuhalten, dass die Beschäftigung im Einzelhandel nach den aktuellen Zahlen der Bundesagentur für Arbeit in den letzten 12 Monaten (Stichtag: 30.06.2011) insgesamt um 62.000 Stellen zugenommen hat. In diesem Zeitraum sind also über 60.000 neue sozialversicherungspflichtige Stellen im Einzelhandel geschaffen worden. Dies zeigt deutlich, dass die bestehenden sozialversicherungspflichtigen Stellen nicht durch die Arbeitnehmer von Werkunternehmen ersetzt werden.

III. Zu den Forderungen im Antrag der Fraktion „DIE LINKE“ vom 29.09.2011 („Missbrauch von Werkverträgen verhindern – Lohndumping eindämmen“ / BT-Drs. 17/7220neu) im Einzelnen:

1. „Gesetzliche Vermutung für das Vorliegen von Scheinwerkverträgen (II. Ziff. 1. a)“

Nach dem Antrag der Fraktion „DIE LINKE“ soll ein von der Bundesregierung vorzulegendes „Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen“ eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen von „Schein-Werkverträgen“ enthalten. So soll bei Vorliegen einer der unter II. Ziff. 1 a Nr. 1 - 5 genannten Fallgruppen stets ein „Schein-Werkvertrag“ vermutet werden. Werkbesteller und Werkunternehmer sollen dann im Rahmen einer Beweislastumkehr die Möglichkeit erhalten, das Gegenteil zu beweisen.

Eine Regelung bzgl. der gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen von „Schein-Werkverträgen“ ist überflüssig. Bereits heute existiert eine differenzierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Abgrenzung von Fremdpersonaleinsatz auf der Grundlage eines Werkvertrages und Arbeitnehmerüberlassung. Das BAG hat in der Vergangenheit Abgrenzungskriterien entwickelt, anhand welcher sich „Schein-Werkverträge“ identifizieren lassen. Nach Auffassung des BAG ist für die Abgrenzung stets von entscheidender Bedeutung, ob der Arbeitnehmer in den Betrieb des Dritten eingegliedert ist und ob er den arbeitsrechtlichen Weisungen des Dritten unterliegt (BAG Urt. v. 13.08.2008 - 7 AZR 269/07). Zusätzlich wurden weitere Kriterien durch das BAG und die Literatur entwickelt, um „Schein-Werkverträge“ im Einzelfall besser identifizieren zu können. So indiziert beispielsweise das Vorliegen eines abgrenzbaren Werkergebnisses einen Werkvertrag. Ebenso für einen Werkvertrag spricht die Übernahme der Gewährleistung durch den Werkunternehmer und das Bestehen unternehmerischer Dispositionsfreiheit. Die Abgrenzungsentscheidung wird letztlich aber immer im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung getroffen. Auf diese Weise ist es möglich, die konkreten Umstände des Einzelfalls entsprechend zu berücksichtigen.

Stellt sich ein Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werkvertrages nachträglich als Arbeitnehmerüberlassung dar und fehlt es dem Verleiher gem. § 1 AÜG an der erforderlichen Erlaubnis zum Verleihen von Arbeitnehmern, so handelt es sich zudem um illegale Arbeitnehmerüberlassung. Zum Schutze des Arbeitnehmers wird in einem solchen Fall gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert. Im Rahmen dieser Fiktion gilt der Entleiher unfreiwillig als „normaler“ Arbeitgeber.

Die vorgeschlagene Regelung enthält unter II. Ziff. 1 a) Abs. 3 zusätzlich auch noch eine explizite Beweislastumkehr. Normalerweise hat eine Partei, die für sie günstigen Voraussetzungen einer Norm zu beweisen. Es ist nicht ersichtlich, warum von dem Grundsatz der Beweislastverteilung an dieser Stelle abgewichen werden sollte.

Vielmehr ist es nicht zumutbar, eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen von „Schein-Werkverträgen“ in Verbindung mit einer Beweislastumkehr einzuführen. Dies würde zu einer doppelten Belastung des Werkbestellers bzw. Entleihers führen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen würde zunächst ein „Schein-Werkvertrag“ vermutet, was kraft gesetzlicher Fiktion wiederum unmittelbar zur Folge hätte, dass nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert wird.

Im Ergebnis würde eine solche gesetzliche Regelung die rechtssichere Ausgestaltung von „Outsourcing“ für Unternehmen praktisch unmöglich machen. Unternehmen wären daher gezwungen, die Fremdvergabe von Tätigkeiten an Werkunternehmen in großem Umfang einzustellen. Dies hätte unabsehbare Konsequenzen für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Schließlich war es der Werkvertrag, der die arbeitsteilige Wirtschaft in dieser Form erst möglich gemacht hat.

Die vorgeschlagene Regelung unter II. Ziff. 1 ist zudem zu starr. Durch die Auflistung gesetzlicher Fallgruppen ist es nicht möglich, die Umstände des Einzelfalles entsprechend zu würdigen. Es entspricht insbesondere auch nicht der Rechtsprechung des BAG. Das BAG trifft seine Entscheidung im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung. Das sorgt dafür, dass die Umstände des Einzelfalles ausreichend berücksichtigt werden können. Mit der von der Fraktion „DIE LINKE“ vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung ist dies nicht möglich.

Darüber hinaus ist die von der Fraktion „DIE LINKE“ unter II. Ziff. 1 vorgeschlagene Regelung zu ungenau. So wird beispielsweise hinsichtlich des Weisungsrechts nicht nach arbeitsrechtlichem und werkvertraglichem Weisungsrecht unterschieden. Einem Werkbesteller steht gem. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB sehr wohl ein werkvertragliches Weisungsrecht zu, welches auf die zu erbringende Werkleistung beschränkt ist und eben nicht Arbeitnehmerüberlassung indiziert. Es fehlt daher an einer Differenzierung zwischen werkvertraglichem und arbeitsrechtlichem Weisungsrecht. Darüber hinaus wird die Eingliederung in den Einsatzbetrieb unter Ziff. 1 a.) Nr. 5 nur als eine Fallgruppe genannt. Nach Auffassung des BAG handelt es sich dabei - neben dem

arbeitsrechtlichen Weisungsrecht - um das entscheidende Abgrenzungskriterium.

2. „Equal-Pay-Grundsatz für Werkvertragsarbeitnehmer (II. Ziff. 1. b)“

Das Werkvertragsrecht ist seit über 100 Jahren fester Bestandteil des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Einen Equal-Pay-Grundsatz sieht das Werkvertragsrecht nicht vor. Die Höhe der Vergütung für eine Werkleistung ist zwischen den Parteien grundsätzlich frei zu vereinbaren, § 631 Abs. 1 BGB. Ein Equal-Pay-Grundsatz würde daher dem Werkvertragsrecht zuwiderlaufen und ist daher abzulehnen.

Es entspricht zudem einer Verzerrung der Realität, wenn man die Löhne von Werkvertragsarbeitnehmern mit den Löhnen der Stammarbeitnehmer im Betrieb des Werkbestellers vergleicht. Es handelt sich dabei um unterschiedliche Arbeitsbereiche. Es ist vielmehr so als würde man „Äpfel mit Birnen“ vergleichen. So kalkulieren Werkvertragsunternehmen mit anderen Kosten und Spannen als beispielsweise Einzelhandelsunternehmen. Dies rechtfertigt auch eine abweichende Entgeltstruktur. Ein Equal-Pay-Grundsatz ist somit abzulehnen.

An dieser Stelle ist auch noch darauf hinzuweisen, dass sog. „Lohndumping“ jeweils lediglich branchenintern vorkommen kann. „Lohndumping“ liegt also nur dann vor, wenn sich konkurrierende Unternehmen einer einzelnen Branche Wettbewerbsvorteile durch die Zahlung von Niedriglöhnen an ihre eigenen Arbeitnehmer verschaffen. Jede Branche ist daher für ihre branchenübliche Vergütung selbst verantwortlich. Auch für Werkvertragsunternehmen existieren bereits gültige Tarifverträge. Wie für alle anderen Tarifverträge, gilt auch für diese Tarifverträge grundsätzlich die Richtigkeitsgewähr. Ein Equal-Pay-Grundsatz für die Werkvertragsarbeitnehmer ist daher überflüssig.

3. „Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Auftragsvergabe an Werkunternehmen (II. Ziff. 2)“

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Auftragsvergabe an Werkunternehmen ist strikt abzulehnen. Dies würde eine unzulässige Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit für den Werkbesteller bedeuten.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung des BAG sowie nach der h. M. in der Literatur besteht bzgl. der Arbeitsaufnahme von betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers im Betrieb des Werkbestellers keine Beteiligungspflicht des Betriebsrates. Für die Beteiligungspflicht des Betriebsrates bei einer Einstellung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kommt es maßgeblich darauf an, ob die betriebsfremden Arbeitnehmer des Werkunternehmers vor Ort in den Betrieb eingegliedert sind. Da dies bei dem Einsatz eines betriebsfremden Arbeitnehmers eines Werkunternehmers im Betrieb des Werkbestellers gerade nicht der Fall ist, fehlt es folglich an einer Beteiligungspflicht des Betriebsrates nach § 99 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BetrVG. Dies ist auch nur konsequent, da eine Beteiligungspflicht des Betriebsrates

im Ergebnis zu einer unzulässigen Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit führen würde.

Gem. § 14 Abs. 3 AÜG besteht vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung eine Beteiligungspflicht des Betriebsrates. Die Fallgestaltung bei der Arbeitnehmerüberlassung unterscheidet sich aber in ganz wesentlichen Punkten von dem Einsatz betriebsfremder Arbeitnehmer eines Werkunternehmers. So liegt der Unterschied darin, dass Leiharbeitnehmer während ihrer Tätigkeit in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und auch den arbeitsrechtlichen Weisungen des Entleihers unterliegen. Bei betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers, die im Betrieb des Werkbestellers tätig werden, ist dies gerade nicht der Fall. Aus der Tatsache, dass § 14 Abs. 3 AÜG eine Beteiligungspflicht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG begründet, lässt sich daher mangels Vergleichbarkeit kein Argument für eine eben solche Beteiligungspflicht des Betriebsrates beim Einsatz von betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers ableiten.

Darüber hinaus bestehen schon heute bei dem Einsatz von betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers weitreichende Unterrichts- und Vorschlagsrechte des Betriebsrates. Es bedarf daher keiner weiteren Stärkung der Rechte des Betriebsrates in Bezug auf Werkverträge.

Zur Durchführung seiner Aufgaben hat der Arbeitgeber seinen Betriebsrat gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beispielsweise rechtzeitig und umfassend über die Beschäftigung von Personen zu unterrichten, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Dabei kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber insbesondere verlangen, dass ihm die Verträge mit den Fremdfirmen, die Grundlage dieser Beschäftigung sind, zur Verfügung gestellt werden. Auch kann er verlangen, dass ihm die Listen zur Verfügung gestellt werden, aus denen sich die Einsatztage und Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen ergeben (BAG, Beschluss v. 31.01.1989 - 1 ABR 72/81).

Darüber hinaus kann der Betriebsrat im Rahmen seines Vorschlagsrechtes nach § 92a BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber auch Alternativen zur Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen vorschlagen. Der Arbeitgeber muss den Vorschlägen des Betriebsrates im Ergebnis zwar nicht folgen, hat die Vorschläge gem. § 92 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG aber mit dem Betriebsrat zu beraten. Hält er die Vorschläge des Betriebsrates für unbegründet, trifft ihn die Pflicht, seine Entscheidung zu begründen. In Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern hat die Begründung sogar schriftlich zu erfolgen.

4. Im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ ohne Ausnahmen festschreiben (Streichung des Tarifvorbehalts)

Diese Forderung steht nicht im Zusammenhang mit einem angeblichen Missbrauch von Werkverträgen.

Es handelt sich um eine eigenständige Regelung im AÜG, welche ausschließlich die Vergütung von Leiharbeitnehmern betrifft. Hier wird also versucht - unter dem Deckmantel des angeblichen Missbrauchs von Werkverträgen - auch die Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer - neu zu regeln.

Dazu daher nur so viel: Leiharbeitnehmer haben nach §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG grundsätzlich das Recht, zu den gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes beschäftigt zu werden, wie vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers. Dies gilt gem. § 9 Nr. 2 2. Halbsatz AÜG allerdings nur, soweit in einem Tarifvertrag keine abweichenden Regelungen zugelassen worden sind.

Der Equal-Pay- und Equal-Treatment-Grundsatz im AÜG führt dazu, dass Leiharbeitnehmer mit Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden, obwohl sie Arbeitsverträge mit jeweils unterschiedlichen Arbeitgebern haben. Verleihunternehmen haben mit anderen Kosten und Spannen zu kalkulieren als das Entleihunternehmen, folglich ist es zwingend notwendig, dass der Grundsatz von Equal-Pay und Equal-Treatment im AÜG tarifdispositiv ist, d. h. dass in einem Tarifvertrag der Verleihbranche eigenständige Vergütungsregelungen zwischen den Tarifparteien zugelassen werden können.

Dabei ist zu beachten, dass der Spielraum für tarifliche Ausnahmen vom Equal-Pay-Grundsatz seit der Antragsstellung der Fraktion „DIE LINKE“ am 29.09.2011 durch die Neuregelung des AÜG zum 01.12.2011 bereits weitreichend eingeschränkt worden ist. So kann vom Equal-Pay-Grundsatz des AÜG nur noch insoweit abgewichen werden, als der Tarifvertrag nicht die nach § 3a Absatz 2 festgesetzte Lohnuntergrenze für Leiharbeit unterschreitet. Zusätzlich gilt eine abweichende tarifliche Regelung nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind.

IV. Zu den Forderungen im Antrag der Fraktion „BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“ vom 26.10.2011 („Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken“ / 17/7482) im Einzelnen:

1. „Eine Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Werkverträgen ins AÜG aufnehmen sowie Einführung einer Beweislastumkehr (II. Ziff.1)“

Eine explizite gesetzliche Regelung zur Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Werkverträgen ist überflüssig und vor dem Hintergrund der Fiktionswirkung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG den Unternehmen überdies nicht zumutbar. Eine gesetzliche Regelung dieser Art ist zu starr und lässt die notwendige Abwägung der Gesamtumstände im Einzelfall nicht zu. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen unter III. Ziff. 1 verwiesen.

Ergänzend ist noch anzumerken, dass auch die von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgeschla-

gene Regelung zu weit gefasst ist und im Zusammenhang mit der Beweislastumkehr zu einer unzulässigen Ausdehnung des Begriffs der Leiharbeit führen würde. Maßgebliche Abgrenzungskriterien, wie die Eingliederung und das arbeitsrechtliche Weisungsrecht, wären im Einzelfall nicht mehr ausschlaggebend. Dies steht nicht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG und ist daher schon aus diesem Grund abzulehnen.

2. „Den Aufgabenkatalog der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) der Bundeszollverwaltung in § 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) um die Prüfaufgabe der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung erweitern (II. Ziff. 2)“

Es ist zutreffend, dass die Abgrenzung zwischen Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung in § 2 SchwarzArbG nicht explizit als Prüfungsaufgabe der FKS erwähnt wird. Das ist allerdings unerheblich, da die FKS bei entsprechenden Hinweisen im Zusammenhang mit einer Prüfung nach § 2 SchwarzArbG ohnehin prüft, ob illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Eine effektive Prüfung von illegaler Arbeitnehmerüberlassung ist daher auch ohne eine Erweiterung des § 2 SchwarzArbG gewährleistet.

3. „Die FKS personell und finanziell angemessen ausstatten (II. Ziff. 3)“

Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die FKS für ihre Aufgaben nicht angemessen ausgestattet ist.

4. „Einrichtung einer Beschwerdestelle bei der FKS, an die sich die Beschäftigten unbürokratisch wenden können (II. Ziff. 4)“

Liegen Hinweise auf illegale Arbeitnehmerüberlassung vor, kann die FKS beim zuständigen Hauptzollamt per Telefon, E-Mail oder Brief informiert werden. Das Hauptzollamt Berlin (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) hat zum Beispiel eine eigene Telefonnummer eingerichtet, die Hinweise auf Schwarzarbeit entgegennimmt. Soweit die Hinweise ausreichend konkret sind, wird die FKS tätig. Es besteht also bereits heute die Möglichkeit, sich bei Hinweisen auf illegale Arbeitnehmerüberlassung auf unbürokratischem Wege an die FKS zu wenden.

5. „Entwicklung bürokratiearmer Kriterien für eine Statistik, mit der Verschiebungen hin zu illegaler Leiharbeit durch die Vergabe von Scheinwerkverträgen sichtbar gemacht werden können (II. Ziff. 5)“

Es spricht für sich, dass in der Einleitung des Antrags zum einen behauptet wird, dass die Zahl der betriebsfremden „Regaleinräumer“ allein im Handel in die Zehntausende gehen soll, zum anderen aber die Erhebung statistischer Daten gefordert wird. Was im Umkehrschluss doch nur bedeuten kann, dass eben keine belastbaren Zahlen existieren. Mithin ist völlig unklar, worauf sich die Behauptung in der

Einleitung des Antrages stützt, dass es angeblich einen Anstieg bei der Auslagerung von Tätigkeiten geben soll.

Zudem würde die Erhebung belastbarer statistischer Daten eine umfangreiche und kontinuierliche Berichterstattung der Unternehmen erfordern. Zusätzlich ist mit hohen Kosten für die Unternehmen zu rechnen, welche vor dem Hintergrund, dass es derzeit keine verlässlichen Indizien für einen Anstieg von Werkverträgen mit dem Ziel der Umgehung von Arbeitnehmerschutzrechten gibt, unverhältnismäßig sein dürften. Dies dürfte auch für die Entwicklung „bürokratiearmer“ Kriterien gelten.

Die pauschale Forderung nach bürokratiearmen Kriterien für eine Statistik ist in dieser Form zudem nicht bestimmt genug. Wie sollen solche Kriterien aussehen? Es ist nicht nachvollziehbar, was mit bürokratiearmen Kriterien gemeint sein soll. Wenn die Daten Aussagekraft besitzen sollen, dann wird sich eine kontinuierliche Berichterstattung durch Unternehmen nicht verhindern lassen. Es wird auch zu den aufgezeigten Kosten für die Unternehmen kommen. Es ist bedauerlich, dass auch die Begründung keine weitere Erklärung dazu enthält.

6. „Voraussetzungen für die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns über eine Mindestlohnkommission zu schaffen, das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) für alle Branchen zu öffnen und im Tarifvertragsgesetz das Verfahren für die Allgemeinverbindlicherklärung zu vereinfachen (II. Ziff. 6)“

(1) Mindestlohn

Die Forderung nach einem allgemeinen Mindestlohn geht ins Leere. Schließlich kann es durchaus vorkommen, dass die tarifliche Vergütung in einigen Branchen über dem Niveau eines allgemeinen, gesetzlichen Mindestlohnes liegt. Betriebswirtschaftlich würde das Auslagern von Tätigkeiten dann also auch weiterhin unverändert Sinn machen. Eine Eindämmung des sich angeblich ausweitenden Missbrauchs von Werkverträgen wäre damit also nicht zu erreichen.

(2) Erweiterung des AEntG auf alle Branchen

Der Forderung, das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) grundsätzlich für alle Branchen zu öffnen, ist entschieden entgegenzutreten. In den letzten Jahren hat sich das AEntG zunehmend zu einem Instrument für staatliche Lohnfestsetzung in den im AEntG aufgeführten Branchen entwickelt. Die Forderung nach der Öffnung des AEntG für alle Branchen ist daher der Versuch, durch die Hintertür einen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen.

(3) Vereinfachung des Verfahrens für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen

Es ist zutreffend, dass eine Vereinfachung des Verfahrens zur Allgemeinverbindlicherklärung (AVE-Verfahren) von Tarifverträgen notwendig ist.

Handlungsbedarf sehen wir insbesondere bei der Regelung des § 5 Abs. 1 Ziffer 1 TVG, bei der es um

die Frage geht, welches Quorum erforderlich ist bzw. welchen Verbreitungsgrad ein Tarifvertrag haben muss, damit dieser für allgemeinverbindlich erklärt werden kann.

a) Bisherige Rechtslage

Die Formulierung von § 5 Abs. 1 Ziffer 1 TVG setzt voraus, dass „die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen“ müssen.

In der Rechtsprechungspraxis hat sich hierzu ausgehend vom Wortlaut folgende Konkretisierung herausgebildet:

- Entscheidend ist die Tarifbindung des Arbeitgebers. Unerheblich ist die Tarifbindung des Arbeitnehmers. Es kommt daher nicht darauf an, wie viele Arbeitsverhältnisse tatsächlich gem. § 3 Abs. 1 TVG durch Mitgliedschaft der beiden Arbeitsvertragsparteien im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband und in der tarifvertrag-schließenden Gewerkschaft dem Tarifvertrag normativ unterfallen.
- Maßgeblich ist alleine, wie viele Arbeitnehmer bei Arbeitgebern beschäftigt sind, die Mitglied des tarifvertragschließenden Arbeitgeberverbandes sind (wobei hier in Verbänden mit gespaltenen Mitgliedschaft T/OT lediglich tarifgebundene Mitgliedschaften Berücksichtigung finden können).
- Damit könnte also faktisch auch ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden, der keinerlei normative Wirkung entfaltet, wenn bspw. kein einziger Arbeitnehmer der „tarifgebundenen“ Arbeitgeber Mitglied der tarifvertragschließenden Gewerkschaft ist.
- Selbst wenn die Gewerkschaften nach Abschluss des Flächentarifvertrages mit nicht dem Arbeitgeberverband angehörenden Arbeitgebern absolut inhaltsgleiche Anschlusstarifverträge abschließen, dürfen diese bei der Berechnung des 50-Prozent-Quorums nicht mitgezählt werden (da es sich dabei um Arbeitnehmer handelt, die nicht unter den Geltungsbereich des Ursprungsflächentarifvertrages, dessen AVE beantragt wird, fallen).
- Ebenfalls unberücksichtigt bleiben Beschäftigungsverhältnisse von Arbeitgebern ohne Mitgliedschaft im tarifgebundenen Arbeitgeberverband, die durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme Klauseln in vollem Umfang arbeitsvertraglich an die Tarifverträge gebunden sind.

b) Ausgangslage bei Schaffung des § 5 TVG

Die Gründerjahre in Deutschland bei der Schaffung des Tarifvertragsgesetzes waren auf verbandlicher Ebene geprägt durch eine große Bedeutung der Arbeitgeberverbände. Arbeitgeberverbände bildeten damals den Kristallisationspunkt für die Aufbaugeneration. Hier wurden auf Arbeitgeberseite wesentliche Weichen für den Wiederaufbau gestellt. Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband gehörte zum

guten Ton, war ein Selbstverständnis. Und so wunderte es auch nicht, dass die Tarifarbeit in den meisten Wirtschaftszweigen nach dem Krieg bereits unmittelbar vor der Gründung der Bundesrepublik Deutschland bzw. kurz danach aufgenommen wurde und sich die Arbeit der Arbeitgeberverbände auch in ersten Tarifabschlüssen mit den Gewerkschaften niederschlug. Bei der besagten gesellschaftlichen Stellung und des damit verbundenen hohen Organisationsgrades stellte für die AVE-Verfahren gemäß § 5 TVG das 50-Prozent-Quorum im Regelfall auch keine hohe Hürde dar, sodass sich über Jahrzehnte hinweg eine AVE-Tradition in vielen Branchen herausbilden konnte, so bspw. im Einzelhandel, bei dem die Tarifverträge bis zum Jahr 2000 allgemeinverbindlich waren.

c) Rückgang der Tarifbindung

Der Umgang mit den Tarifverträgen unterliegt seit den 90er Jahren gravierenden Veränderungen.

Grund hierfür waren zum einen die unter erheblichem Streikdruck erzwungenen Regelungen, die die praktische Anwendbarkeit der Tarifverträge empfindlich beeinträchtigt haben. Auch zeigte sich, dass die Gewerkschaften in einigen Branchen nicht bereit waren, die Tarifverträge in dem notwendigen Umfang an ein verändertes wirtschaftliches Umfeld anzupassen. So geben bspw. die Tarifverträge des Einzelhandels noch weitgehend die Einzelhandelsstruktur und Tätigkeiten aus den Anfängen der Bundesrepublik Deutschland wieder.

Die Folgen sind bekannt: Massive Austrittswellen aus den Arbeitgeberverbänden, Gründung von OT-Verbänden und eine erhebliche Skepsis gegenüber tariflicher Regelungen. Viele Arbeitgeber waren nicht mehr bereit, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen voll umfänglich in die Hände der Tarifvertragsparteien zu legen und gingen dazu über, die Geltung der Tarifverträge nur noch peu à peu durch entsprechende Bezugnahme Klauseln in den Arbeitsverträgen festzulegen, aber im Hinblick auf die Regelungen des § 4 TVG eine Tarifbindung per tarifgebundener Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband zu vermeiden. Die Arbeitgeberseite im Einzelhandel hat aus dem mangelnden Reformwillen der für den Einzelhandel zuständigen Gewerkschaften (damals HBV und DAG) die Konsequenz gezogen, die Allgemeinverbindlicherklärungspraxis - die ausnahmslos alle Tarifverträge des Einzelhandels umfasst hatte - zu beenden.

In der Verbandslandschaft kam aber auch immer stärker das Phänomen des „Trittbrettfahrens“ in der Form hinzu, dass Arbeitgeber, die gezielt Verbandsbeiträge einsparen wollen, aber gleichwohl eine „Tarifbindung“ darstellen wollen, sich die entsprechenden Tarifverträge über unterschiedliche Quellen beschaffen und dann durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme Klauseln zum Gegenstand des Arbeitsvertrages machen. In Einzelfällen ist es Gewerkschaften nur teilweise gelungen, durch den teilweise mit Streiks erzwungenen Abschluss von Anschluss-tarifverträgen in derartigen Unternehmen eine intensivere Form der Tarifbindung entsprechend den Regeln des Tarifvertragsgesetzes herbeizuführen.

d) Ergebnisse/Entwicklungen

Ergebnis dieser Entwicklung ist, dass zwar einerseits ohne Zweifel die formelle Tarifbindung in Deutschland, so wie sie § 5 TVG versteht, in den einzelnen Branchen zurückgegangen ist, aber andererseits der Verbreitungs- und Anwendungsgrad der Tarifverträge weit über dieses Maß der rechtlichen Bindung an einen Flächentarifvertrag hinausgeht. Zu nennen sind dabei daneben in einem erheblichen Umfang die inhaltliche Bindung an den Flächentarifvertrag durch einen Anschluss-Firmentarifvertrag und die arbeitsvertraglichen Inbezugnahme Klauseln, die keine tarifvertragliche Bindung im Sinne des Tarifvertragsgesetzes, sondern der Vertragsfreiheit gemäß § 305 ff. BGB darstellt. Diesen Verbreitungsgrad zeigt auch das jährliche IAB-Betriebspanel zur Tarifbindung in Deutschland (Peter Ellguth, Susanne Kohaut: Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung - aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2010; WSI-Mitteilungen, Jg. 64, H. 5, S. 242-247). Dieses unterscheidet bei der Untersuchung der Frage, ob ein Unternehmen tarifgebunden ist, nach der Bindung an einen Flächentarifvertrag (durch tarifgebundene Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband), an einen Firmentarifvertrag bzw. nach der arbeitsvertraglichen Orientierung an einen Tarifvertrag. Hier zeigt sich bei der Tarifbindung der Betriebe, dass die Zahl der tarifrechtlich gemäß § 3 TVG an einen Branchen- oder Firmentarifvertrag gebundenen Unternehmen unterhalb der 50-Prozent-Marke liegt. Wenn man jedoch die Unternehmen mit berücksichtigt, die zwar nicht nach dem Tarifvertragsgesetz an den Tarifvertrag gebunden sind, sich aber daran orientieren (bspw. durch arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln, durch die die Tarifverträge ganz oder in großen Teilen in Bezug genommen werden), liegt die Zahl der Unternehmen, für die der Tarifvertrag maßgeblich ist, deutlich oberhalb der 50-Prozent-Marke (die Untersuchung weist übrigens nur drei Branchen im Westen auf, bei denen die Mehrzahl der Betriebe an einen Tarifvertrag gebunden ist: Baugewerbe, der Bereich Energie/Wasser/Abfall- und Bergbau sowie Öffentliche Verwaltung/Sozialversicherung). Auch die Destatis-Zahlen zur Effektivvergütung von sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigten zeigen, dass das Entgeltniveau im Regelfall über dem Niveau der tariflichen Vergütung liegt, das tarifliche Vergütungsniveau in der Mehrzahl der Fälle die Basis für die effektive Vergütung ist.

Betrachtet man allerdings die für das AVE-Verfahren gemäß § 5 Nr. 1 TVG relevante Zahl der Beschäftigten, die in einem an Branchentarifverträge gebundenen Unternehmen arbeiten, so zeigt sich, dass in Westdeutschland nur in knapp zwei Drittel aller Branchen die Mehrzahl der Beschäftigten in unmittelbarer an den Branchentarifvertrag gebundenen Unternehmen arbeitet. Von dem restlichen Drittel arbeitet nur eine Minderheit der Beschäftigten in Unternehmen, die an den Branchentarifvertrag gebunden sind. Untersucht man dann jedoch den tatsächlichen Verbreitungsgrad der Tarifverträge - erfasst man also auch die Beschäftigten aus Unternehmen, die an einen Firmentarifvertrag gebunden sind bzw. die sich am Tarifvertrag orientieren -, so lässt sich feststellen, dass in nahezu allen Branchen die Mehrzahl

der Beschäftigten in Unternehmen arbeitet, in denen der Tarifvertrag eine Verbreitung oberhalb der 50-Prozent-Marke entweder in Form eines Branchentarifvertrages, eines Firmentarifvertrages oder einer arbeitsvertraglichen Orientierung an den Tarifverträgen hat.

e) Fragestellung

Die Ergebnisse werfen die Frage auf, ob für das AVE-Verfahren die Ermittlung des Quorums gemäß den heutigen Regelungen des § 5 Abs. 1 TVG zeitgemäß ist.

Ausdrücklich soll darauf hingewiesen werden, dass es hier nicht um die Frage geht, ein niedrigeres Quorum als 50 Prozent zu diskutieren. Sondern es geht vielmehr um die Frage, ob bei der Ermittlung der 50-Prozent-Quote von der formalen Bezugnahme auf den Branchentarifvertrag abgerückt werden muss hin zu der Frage, in welchem Umfang der für die AVE in Aussicht genommene Tarifvertrag tatsächlich Verbreitung findet, und zwar sowohl durch die Bindung von Unternehmen unmittelbar an den Branchentarifvertrag im Wege einer tarifgebundenen Mitgliedschaft im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband als auch durch inhaltsgleiche Anschluss-Firmentarifverträge bzw. durch arbeitsvertragliche Inbezugnahmen.

f) Ganz am Rande sei hierzu noch Folgendes bemerkt:

1. Die arbeitsvertragliche Inbezugnahme ist rechtlich eine weitaus stärkere Bindung als die Tarifbindung gemäß §§ 3 und 4 TVG. Denn während sich der Arbeitgeber letzterer durch einseitige Erklärung entziehen kann durch Kündigung seiner Mitgliedschaft im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband (natürlich unter Beachtung der Nachwirkung gemäß § 4 TVG), ist eine Lösung vom Tarifvertrag, der Gegenstand eines Arbeitsvertrages ist, in der Regel nur mit Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers möglich.
2. Vielen Arbeitgebern ist nicht bewusst, dass bei der Frage der Ermittlung der Tarifbindung Firmenanschlusstarifverträge und die in Arbeitsverträgen in Bezug genommenen Tarifverträge unberücksichtigt bleiben. Dies führt daher zu der auch den Einzelhandel drohenden Situation, dass trotz eines hohen Anwendungsgrads der Tarifverträge aufgrund der bisherigen formalen Kriterien des § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG der Ausgang eines AVE-Verfahrens mit einer erheblichen Unsicherheit belastet ist und daher hemmend wirkt.

Von daher sollte über eine Überarbeitung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG nachgedacht werden, die den Verbreitungsgrad der Tarifverträge umfassender einbezieht. Das verfügbare statistische Datenmaterial zeigt dabei, dass zwar die formelle Tarifbindung im Sinne von § 3 TVG durchaus ausbaufähig ist (da nach den IAB-Zahlen in fast allen Branchen die Mehrzahl der Unternehmen in Deutschland keine tarifgebundene Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband unterhält), aber der Verbreitungs- und Anwendungsgrad der Tarifverträge, insbesondere durch arbeitsvertrag-

liche Inbezugnahme Klauseln, weit darüber hinausgeht.

7. „In § 92 des Betriebsverfassungsgesetzes zu verankern, dass Betriebsräte bei der Vergabe von Werkverträgen, die personalpolitische Relevanz für den Betrieb haben, sowie über die Anzahl der Werkvertragsbeschäftigten Auskunft erhalten (II. Ziff. 7)“

Bereits nach heutiger Rechtslage bestehen bei dem Einsatz von Arbeitnehmern eines Werkunternehmers im Betrieb des Werkbestellers weitreichende Auskunftsrechte des Betriebsrates.

Zur Durchführung seiner Aufgaben hat der Arbeitgeber seinen Betriebsrat gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beispielsweise auch rechtzeitig und umfassend über die Beschäftigung von Personen zu unterrichten, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Dabei kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber insbesondere verlangen, dass ihm die Verträge mit den Fremdfirmen, die Grundlage dieser Beschäftigung sind, zur Verfügung gestellt werden. Auch kann er verlangen, dass ihm die Listen zur Verfügung gestellt werden, aus denen sich die Einsatztage und Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen ergeben (BAG, Beschluss v. 31.01.1989 - 1 ABR 72/81).

V. Zusammenfassung

- Der HDE vertritt die Auffassung, dass die bereits existierenden gesetzlichen Regelungen gegen den Missbrauch von Werkverträgen (sog. „Schein-Werkverträge“) ausreichend sind und dass diese gesetzlichen Vorgaben von den Unternehmen einzuhalten sind. Aus Sicht des HDE besteht kein Handlungsbedarf.
- Gesetzliche Regelungen zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung sind aufgrund der differenzierten Rechtsprechung des BAG überflüssig. Darüber hinaus lassen starre gesetzliche Regelungen keine Gesamtabwägung im Einzelfall zu.

- Eine Beweislastumkehr im Zusammenhang mit der Vermutung von „Schein-Werkverträgen“ führt zu einer unverhältnismäßigen Mehrbelastung der Unternehmen und zu einer Verdrängung von „Outsourcing“ allgemein.
- Jede Branche ist für die Vergütung selbst verantwortlich. Das Werkvertragsrecht kennt keinen Equal-Pay-Grundsatz.
- Im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit steht es den Firmen zu, autonom darüber zu entscheiden, ob eine Tätigkeit durch den Einsatz von betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers oder durch eigene Arbeitnehmer verrichtet werden soll. Die Einführung eines Mitbestimmungsrechts bei der Auftragsvergabe würde einen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bedeuten.
- Der Tarifvorbehalt im AÜG ist notwendig, um den branchenspezifischen Besonderheiten gerecht werden zu können.
- Die FKS ist bereits nach heutiger Rechtslage dazu im Stande, schnell und effektiv gegen illegale Arbeitnehmerüberlassung vorzugehen. Es besteht die Möglichkeit, sich unbürokratisch mit der FKS in Verbindung zu setzen.
- Eine Öffnung des AEntG für alle Branchen ist abzulehnen, da es sich dabei um den Versuch handelt, auf diese Weise den staatlichen Einfluss auf die Lohnfindung zu erweitern.
- Es sollte über eine Überarbeitung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG nachgedacht werden, die den Verbreitungsgrad der Tarifverträge umfassender einbezieht.
- Es bestehen keine Indizien dafür, dass Unternehmen vermehrt auf Werkvertragskonstellationen zurückgreifen, um Arbeitnehmerschutzrechte zu umgehen. Vor diesem Hintergrund lässt sich der organisatorische und finanzielle Aufwand, den eine umfassende Datenerhebung für die betroffenen Unternehmen bedeuten würde, nicht rechtfertigen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)871

19. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Verband Instore und Logistik Services e. V.**1. Einführung**

- 1.1. Der Verband Instore und Logistik Services (ILS)
1.2. Entwicklung der Instore Logistik Dienstleistung

2. Zusammenfassende Stellungnahme**3. Im Einzelnen**

- 3.1. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung
3.2. Bestehende Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer ausreichend
3.3. Regelung der Arbeitsbedingungen ist Sache der Tarifparteien

1. Einführung**1.1 Der Verband Instore und Logistik Services (ILS)**

Der Verband Instore und Logistik Services (ILS) ist ein Zusammenschluss von Unternehmen im Bereich der Instore und Logistik Dienstleistungen. Er wurde 2010 in Berlin gegründet. Der Verband vertritt die Interessen der Mitgliedsunternehmen gegenüber Politik, Gewerkschaften und Öffentlichkeit. Er schließt als Arbeitgeberverband Tarifverträge ab. Aktuell hat der Verband bundesweit 17 Mitglieder mit ca. 50.000 Mitarbeitern.

Tätigkeitsschwerpunkte der ILS-Unternehmen sind vor allem logistische und sonstige Dienstleistungen im Handel, wie z.B. die Warenverräumung und -platzierung, Regalservice, Lagerarbeiten, Inventuren

und Bestandsaufnahmen, Marktumbauten, Merchandising, Promotion und Aktionen, Prozessoptimierung der logistischen Abläufe. Ob in Super-, Bau- oder Elektronikmärkten, in Drogerien und Kaufhäusern, im Textilhandel oder im Großhandel – in vielen Bereichen sind Instore und Logistik Dienstleister zu finden. Dabei werden die Unternehmen sowohl im Auftrag der Handelsunternehmen als auch im Auftrag der Industrie (z.B. Markenhersteller) tätig. Aber auch in der Industrie und Lagereien erbringen ILS-Unternehmen logistische Dienstleistungen.

Verbandsziel ist vor allem, durch die Vereinbarung von tariflichen Mindestarbeitsbedingungen und die Zertifizierung von Sozial- und Organisationsstandards Maßstäbe für die Branche zu setzen. Damit positionieren sich die Mitgliedsunternehmen des ILS als verlässliche und solide Arbeitgeber und Geschäftspartner in einem heterogenen Dienstleistungssektor.

Bundespolitisch ist der ILS als einer von über 40 Fachverbänden Mitglied im Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen (BGA) und damit mittelbar auch in der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) organisiert.

1.2 Entwicklung der Instore Logistik Dienstleistung

In den vergangenen Jahrzehnten hat eine wachsende Differenzierung der Wertschöpfungskette zu einer Weiterentwicklung der Organisationsabläufe in Industrie und Handel geführt. In einer zunehmend arbeitsteiligen Wirtschaft wurden teure oder selbst

nicht effizient ausführbare Aufgaben, die neben dem Kerngeschäft lagen, an spezialisierte Dienstleister oder Zulieferer abgeben.

Neben Kosten- und Effizienzaspekten haben auch Qualitäts- und Sicherheitsaspekte sowie fehlendes Know-how den Trend zum sog. Outsourcing befördert. Rationalisierung und Flexibilisierung von Geschäftsprozessen unterstützten die Konzentration der Unternehmen auf ihr jeweiliges Kerngeschäft („do what you can do best – outsource the rest“).

Klassisches Beispiel ist die Auslagerung von Produktionsbereichen auf Zulieferer in der industriellen Produktion. In der Automobilindustrie wird im Grunde nur noch das Fahrzeug zusammengebaut. Die meisten Teile werden nach Vorgaben des Herstellers von sehr vielen Zulieferern produziert.

Aber auch sonstige Leistungen werden in Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung fremd vergeben. Wurden beispielsweise früher Büro-, Werk- oder Verkaufsräume noch von eigenen Mitarbeitern gereinigt, haben dies heute externe Reinigungsunternehmen übernommen. Ähnliches gilt für die Auslagerung von Sicherheits- bzw. Bewachungsleistungen, Fuhrparks, Kantinen, IT-Infrastruktur, Logistik, Call Center, Marketing usw.

Auch im Handel sind die Zeiten als im „Tante Emma“-Laden die Inhaberin von Reinigung, Wareneinkauf, Verkauf bis hin zur eigenen Buchhaltung alles selbst erledigt hat, schon lange vorbei.

Die Spezialisierung auf einzelne Prozesse hat hier die Entstehung einer neuen Dienstleistung begünstigt, die auf die Optimierung von logistischen Prozessen im Rahmen der Lieferkette (supply chain) ausgerichtet ist und sich im Wesentlichen von den Kerntätigkeiten der Branche unterscheidet. Während sich der Handel auf die Primär- und Sekundärtätigkeiten (kaufmännisch-beratende Funktion, aktiver Kundenkontakt, Disposition von Waren, Qualifizierung von Mitarbeitern, administrative und organisatorische Aufgaben usw.) konzentriert, werden beispielsweise die logistischen Tertiärprozesse (Warenverräumung, Ver- und Entsorgung, Lagertätigkeiten usw.) zunehmend von externen Dienstleistern erbracht. Bereits Ende der 80er/Anfang der 90er Jahre wurden erste Dienstleistungsunternehmen im Bereich der sog. Instore Logistik tätig.

Diese Dienstleister (Instore Logistik Unternehmen) verstehen sich als das „letzte Glied“ in der Lieferkette, die sich in den vergangenen Jahren deutlich verändert hat. Beispielfhaft seien genannt kürzere Anlieferzeiten der Waren durch LKW, Anlieferungen außerhalb der Ladenöffnungszeiten, schnelleres Verräumen der Waren, um die Frische und die Mindesthaltbarkeitsdaten nicht zu gefährden, kleinere Durchlauf- bzw. Handlager usw. Insbesondere die Einrichtung von Nachtanlieferungszonen oder Innenstadtlagen verlangen, dass die Ware verräumt wird, wenn sie zu dem günstigsten Zeitpunkt angeliefert wird.

Die Tätigkeit der Instore Logistik Dienstleister bedarf einer hohen Flexibilität, da nur wenig Zeit zur Verfügung steht, um den Transport der Waren vom Wareneingang zum point of sale und die damit ver-

bundenen Aufgaben wie Regalpflege nach dem FIFO-Prinzip (first in first out), Überprüfung des Mindesthaltbarkeitsdatums (MHD), Rückführung der Waren etc. durchzuführen.

Um die gesamte Instore Logistik in einem geschlossenen Prozessablauf eigenständig auszuführen, bedarf es einer optimierten, hoch effizienten Organisation und der personellen sowie fachlichen Strukturen, des IT-Know-hows sowie der Systematik.

Mit dem Instore Logistik Service ist ein eigenständiges Dienstleistungsgewerbe entstanden, das mit hohen Qualitätsansprüchen der Kunden seine Aufgaben auch im Sinne der Verbraucher erfüllt. Die Dienstleistungsunternehmen tragen durch ihre Leistung dazu bei, effektivere und effizientere Prozesse im Handel zu implementieren und eine verbraucherfreundliche Preisgestaltung zu ermöglichen.

2. Zusammenfassende Stellungnahme

Werkverträge sind keine neue Erfindung der Arbeitgeber zur Umgehung von Arbeitnehmerschutzrechten. Sie sind vielmehr elementare Grundlage einer arbeitsteiligen Wirtschaft und im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit geschützt. Jeder Unternehmer kann frei entscheiden, ob er Leistungen selbst bzw. mit eigenen Mitarbeitern erbringt oder ob er sie fremd vergibt bzw. einkauft („make or buy“).

Es besteht deshalb kein Grund, Werkverträge per se zu kritisieren oder gar zu skandalisieren, wie dies durch eine unsachliche Diskussion in der Öffentlichkeit bisweilen versucht wird.

Problematisch wird es richtigerweise nur, wenn sich hinter dem „Werkvertrag“ tatsächlich eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung oder Scheinselbstständigkeit versteckt. Der ILS distanziert sich klar von der Praxis solcher „Scheinwerkverträge“ zur Umgehung gesetzlicher Schutzvorschriften.

Hier gibt es aber schon heute ausreichende Sanktionsmöglichkeiten zur Bekämpfung von Missbrauch. Zusätzliche gesetzgeberische Maßnahmen, wie sie in den Anträgen gefordert werden, sind überflüssig, unverhältnismäßig und sogar gefährlich für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft. Aufgrund des millionenfachen Einsatzes von Werkverträgen in der Wirtschaft können Änderungen, wie z.B. eine gesetzliche Vermutung für Arbeitnehmerüberlassung oder eine Beweislastumkehr, allein schon wegen der entstehenden Rechtsunsicherheit weitreichende, nicht kalkulierbare Folgen haben.

Sofern vermeintlich schlechtere Arbeitsbedingungen, insbesondere Vergütungen, bei den Dienstleistungs-/Werkunternehmen kritisiert werden, ist dies ein Thema, das den Tarifvertragsparteien vorbehalten bleiben muss. Nur diese können die branchenspezifischen Besonderheiten berücksichtigen.

3. Im Einzelnen

3.1 Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Im Zusammenhang mit der Tätigkeit des „Regaleinräumens in Supermärkten“ durch Dienstleistungsun-

ternehmen wird in letzter Zeit immer wieder der Eindruck erweckt, die Vergabe solcher Leistungen an externe Dienstleister sei ein neues Phänomen zur gezielten Umgehung der Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit. Diese Kritik ist unberechtigt.

Instore Logistik Dienstleister, die u.a. auch die Warenverräumung für den Handel übernehmen, gibt es schon seit mehr als 20 Jahren und damit lange bevor es eine Diskussion um Mindestlöhne in der Zeitarbeit oder Werkverträge gab.

Es handelt sich dabei also keinesfalls um eine aktuelle Ausweichbewegung zur Zeitarbeit, wie teilweise suggeriert wird, sondern um eine klassische unternehmensnahe Dienstleistung.

Gegenstand der Verträge zwischen ILS-Unternehmen und den Kunden im Handel sind in der Regel bestimmte logistische Aufgaben oder sonstige Leistungen, bei denen ein konkreter Erfolg geschuldet wird (z.B. Warenverräumung vom Wareneingang bis zum Regal), nicht nur die Bereitstellung geeigneter Mitarbeiter wie bei der Arbeitnehmerüberlassung. Die Mitarbeiter des Dienstleisters sind nicht wie Zeitarbeiter in den Kundenbetrieb eingegliedert und unterliegen etwa dessen Weisungsrecht. Vielmehr erbringen ILS-Unternehmen ihre Dienstleistungen vergleichbar Gebäudereinigungs-, Sicherheits- oder Handwerksunternehmen mit eigenen Mitarbeitern beim Kunden vor Ort.

Weisungsberechtigt gegenüber den Mitarbeitern des Dienstleisters ist grundsätzlich allein das Dienstleistungsunternehmen bzw. dessen leitende Mitarbeiter, nicht der Kunde. In der Regel unterscheiden sich die Mitarbeiter des Dienstleistungsunternehmens auch äußerlich durch ihre Kleidung von den Mitarbeitern des Kundenunternehmens. Auch andere Aspekte, wie beispielsweise

- Übernahme der zivilrechtlichen Haftung durch den Dienstleister
- Organisation der zur Erreichung des Vertragszieles notwendigen Arbeitsabläufe durch den Dienstleister
- Übernahme eines Unternehmerrisikos durch den Dienstleister
- Bestehen des erforderlichen „Know-hows“ auf Seiten des Dienstleisters

unterstreichen den werkvertraglichen Charakter der Instore Logistik Dienstleistung.

Wie die Bundesregierung in Ihrer Antwort (BT-Drs. 17/6714 vom 01.08.2011) allerdings zu Recht ausführt, kann die Art der vertraglichen Beziehung nur im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände beurteilt werden. Denn je nach Schwerpunkt und Charakter einer Dienstleistung sind in einer arbeitsteiligen Wirtschaft vielfältige

Vertragsgestaltungen denkbar, z.B. Dienst-, Werk- oder auch gemischte Verträge.

Eine schematische Betrachtung, bei der – wie vorgeschlagen – bereits das Erfüllen eines Kriteriums die Rechtsfolge Arbeitnehmerüberlassung hat, ist praxisfern und widerspricht im Übrigen der ständigen Rechtsprechung. Gleiches gilt für eine Beweislastumkehr, die zu unüberwindbaren Problemen in der Praxis durch die umständliche Rückabwicklung von fingierten Arbeitsverhältnissen führen kann.

3.2 Bestehende Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer ausreichend

Forderungen nach einer Ausweitung des Aufgabekatalogs der FKS sind überflüssig.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollbehörden (FKS) hat schon heute die Möglichkeit, Werkverträge darauf zu überprüfen, ob illegale Arbeitnehmerüberlassung oder Scheinselbstständigkeit vorliegt (§ 2 SchwarzArbG). Bei entsprechenden Hinweisen kann sie ein Ermittlungsverfahren einleiten.

Die im Januar unter medialer Beachtung erfolgten Durchsuchungen bei zwei großen Handelsunternehmen zeigen die Handlungsfähigkeit der FKS in der Bekämpfung verdeckter Zeitarbeit. ILS-Mitglieder waren hiervon übrigens nicht betroffen.

Neben den zuständigen Behörden haben schließlich auch Arbeitnehmer die Möglichkeit individuell gegen die Praxis sog. Scheinwerkverträge und Scheinselbstständigkeit vorzugehen, z.B. über eine Statusfeststellung.

3.3 Regelung der Arbeitsbedingungen ist Sache der Tarifparteien

Im Rahmen der Tarifautonomie regelt der ILS mit den Gewerkschaften die Arbeitsbedingungen der Instore und Logistik Services eigenständig unter Beachtung der branchenspezifischen Besonderheiten.

Aktueller Tarifpartner ist die DHV – Die Berufsgewerkschaft, eine Mitgliedsgewerkschaft des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB). Die DHV ist im Handel und vielen anderen Branchen als Tarifpartner anerkannt und in vielen Betriebsräten und Selbstverwaltungsgremien (z.B. Berufsgenossenschaft) aktiv.

Obwohl der ILS für einen Dialog mit allen Gewerkschaften der Branche offen ist, hat sich die Gewerkschaft Verdi bislang Verhandlungen mit dem ILS verschlossen. Entsprechende Gesprächsangebote blieben erfolglos.

Ein Vergleich der ILS-Tarife mit anderen Branchen verbietet sich. Insbesondere können die Mindestlöhne in der Zeitarbeit nicht als Maßstab dienen, da es sich bei den Dienstleistungen der ILS-Unternehmen nicht um Arbeitnehmerüberlassung handelt.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)864

18. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V.**I. Vorbemerkung**

Der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ e.V.) als mitgliederstärkster Verband der Zeitarbeitsbranche in Deutschland sieht in Werkverträgen ein legitimes, vertragliches Gestaltungsmittel in einer arbeitsteiligen, globalisierten Sozialen Marktwirtschaft. Werkverträge sind durch das Grundgesetz sowie durch die europäische Dienstleistungsfreiheit (AEUV) geschützt. Sie sind ein wichtiges und unverzichtbares Instrument, die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu erhalten, Beschäftigung zu sichern und Gewährleistungsansprüche zu erlangen.

Gleichwohl ist die Gefahr nicht ganz von der Hand zu weisen, dass diese Vertragsform nach dem bürgerlichen Recht auch missbräuchlich zur Umgehung von gesetzlichen Vorgaben, insbesondere des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, eingesetzt werden kann. Gesicherte Zahlen über eine solche Praxis liegen jedoch nach Auskunft der Bundesregierung (vgl. Drucksache 17/6714 vom 01.08.2011 auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE) und anderer Institutionen wie der Otto Brenner Stiftung (Andreas Koch/ Andreas Wohlhüter, Werkverträge in der Arbeitswelt, Arbeitspapier 2 vom 28.02.2012) bislang nicht vor und dürften auf unbürokratische Weise auch kaum zu erheben sein.

Dennoch gibt es bereits Hinweise, dass tatsächlich in stärkerem Umfang als bisher Werkverträge anstelle von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen abgeschlossen werden, um in Einzelfällen auch die tariflich geschützten Entgelte, den durch Lohnuntergrenzen-

Verordnung abgesicherten Branchenmindestlohn sowie die nachfolgend aufgeführten neuen Gesetze für die Zeitarbeitsbranche zu unterlaufen:

- ▶ **„Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 28.4.2011 (BGBl. I, S. 642):** Lohnuntergrenze; Drehtürklausel; Umsetzung der Zeitarbeitsrichtlinie 2008/104/EG
- ▶ **„Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“ vom 20.7.2011 (BGBl. I, S. 1506):** Kontroll- und Sanktionsmechanismen
- ▶ **Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 21.12.2011 (BAnz., S. 4608):** Mindestentgelte: 1.1.2012 bis 31.10.2012: 7,89 Euro (West), 7,01 Euro (Ost); ab 1.11.2012 bis 31.10.2013: 8,19 Euro (West), 7,50 Euro (Ost).

Es ist zu befürchten, dass sich diese Ausweichstrategien durch Werkverträge noch verstärken werden, falls das bisher zwischen Flexibilität und Sicherheit austarierte AÜG-System noch weiter durch den Gesetzgeber reguliert werden sollte.

Um ein deutliches Zeichen für Fairness zu setzen, haben die Unternehmer im iGZ auf ihrer Mitgliederversammlung am 28. März 2012 in Potsdam einstimmig eine Selbstverpflichtung beschlossen, dass Mitarbeitern, die im Rahmen von Werkverträgen eingesetzt werden, mindestens das in den iGZ-DGB-Entgelttarifverträgen aktuell vereinbarte Entgelt

vergütet werden muss. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass im Portfolio vieler Personaldienstleister auch Werkverträge angeboten werden. Dies sollte auch in Zukunft betrieblich möglich sein, allerdings zu gleichen Grundtarif-Konditionen wie in der Zeitarbeit.

Der iGZ-Beschluss spiegelt das Bestreben der mittelständischen Zeitarbeit für eine wirtschaftlich vernünftig und sozial ausgewogene Branchenpolitik wider. Er steht in einer Reihe mit maßgeblichen Initiativen und Grundsätzen des iGZ. So setzte sich der iGZ bereits seit 2005 für einen Branchenmindestlohn in der Zeitarbeit ein, der dann zum 01. Januar 2012 endlich allgemeinverbindlich umgesetzt wurde. Er findet seine Fortsetzung in dem am 28. März 2012 getroffenen Beschluss über einen sanktionsbewehrten und mit einer Schlichtungsstelle verbundenen Ethik-Kodex zur Sicherung und Verbesserung der Qualität in der Zeitarbeit.

Der iGZ unterstreicht damit die Möglichkeit und seine Zielsetzung, durch unternehmerische Initiativen und Selbstverpflichtungen eine Branche weiterzuentwickeln und Missbräuchen zu begegnen.

Der iGZ wirbt dafür, dass sich auch die anderen Verbände der Zeitarbeit dieser Selbstverpflichtung anschließen und damit der Gefahr des Unterlaufens der Arbeitsbedingungen in der Zeitarbeit frühzeitig und wirksam entgegengetreten wird.

Zutreffend stellt die SPD-Planungsgruppe in einer Kompaktinfo zum Thema „Missbrauch von Werkverträgen für Lohndumping“ (vgl. D 20-Projekt „Neue Ordnung für Arbeit“ vom 07.02.2012) einleitend fest, dass der Missbrauch von Leiharbeit, um Löhne zu drücken und Arbeitnehmerrechte auszuhebeln, zunehmend eingedämmt wurde. Diese Errungenschaft darf in Zukunft nicht durch (Schein-) Werkvertragskonstruktionen umgangen bzw. gefährdet werden. Etwaige Missbräuche in diesem Bereich sind von der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) im Rahmen ihrer Kompetenzen nach § 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes deshalb konsequent zu ahnden.

II. Gesetzgebungsvorschläge der Fraktionen

Im Folgenden ist auf die Anträge

der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze und weiterer Abgeordneter der Fraktion DIE LINKE **„Missbrauch von Werkverträgen verhindern – Lohndumping eindämmen“** (Drucksache 17/7220 neu)

sowie

der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth und weitere Abgeordnete der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN **„Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen – Kontrollen verstärken“** (Drucksache 17/7482)

inhaltlich näher einzugehen.

Die von beiden Fraktionen vorgeschlagenen neuen gesetzlichen Regelungen lehnt der iGZ ab, weil hiermit eine pauschale Diskreditierung eines legiti-

men Gestaltungsmittels im Rahmen der unternehmerischen Entscheidung impliziert wird.

1. Vermutungswirkung für Vorliegen eines Scheinwerkvertrages sachlich nicht geboten

Zwar ist es erfreulich, dass die Fraktionen DIE LINKE und Bündnis 90/ DIE GRÜNEN durch ihren Vorschlag, eine Vermutungsregelung zugunsten der Zeitarbeit einzuführen, dieser Beschäftigungsform mit ihren ganz überwiegend sozialversicherungspflichtigen, unbefristeten Vollzeitstellen ihre Anerkennung aussprechen. Dennoch ist diese Vermutung sachlich nicht geboten, da beide Vertragsformen durch die gesetzlichen Vorgaben und die daraus entwickelten Kriterien der höchsten deutschen Gerichte klar zu unterscheiden sind. Einzelne Abgrenzungsschwierigkeiten im Detail, wie sie seit jeher auch z.B. zwischen anderen Vertragsformen wie z.B. dem Werk- und dem Dienstvertrag bestehen, rechtfertigen nicht ein Sondergesetz.

a) Unterscheidung der Vertragsformen

Das den Werkvertrag prägende Merkmal ist der vom Unternehmer herbeizuführende Erfolg. Der Werkunternehmer setzt seine Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) zur Fertigstellung des Werkes nach seinen Weisungen ein. Er haftet für den Erfolg, sieht sich also bei Nichterfüllung Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt und haftet für schuldhaftes Fehlleistungen der eingesetzten Mitarbeiter. Dagegen handelt es sich beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag um einen Dienstverschaffungsvertrag. Vertragsgegenstand ist also die Überlassung eines Arbeitnehmers. Das Zeitarbeitsunternehmen steht nicht dafür ein, dass der Zeitarbeitnehmer bei seinem Einsatz im Kundenunternehmen ein bestimmtes Werk erbringt. Der Zeitarbeitnehmer wird in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und unterliegt für den Zeitraum der Überlassung dessen Weisungen. Die Haftung des Personaldienstleiters ist auf die ordnungsgemäße Auswahl des überlassenen Mitarbeiters begrenzt (BAG, Urteil vom 08.11.1978 – 5 AZR 261/77; BGH, Urteil vom 13.05.1975 – VI ZR 247/73).

Es sollen an dieser Stelle nicht die vielfältigen Abgrenzungskriterien aufgeführt werden, die vor allem das Bundesarbeitsgericht entwickelt hat. Zuletzt hatte das Gericht insbesondere die Merkmale „Eingliederung in den Fremdbetrieb“ und „Ausübung des Weisungsrechts“ als maßgeblich eingestuft (BAG, Urteil vom 13.08.2008 – 7 AZR 269/07). Diese langjährige und differenzierte Rechtsprechung bietet die notwendigen Abgrenzungskriterien. Es bedarf keiner weiteren gesetzlichen Unterscheidungskriterien.

b) Rechtsfolgen bei Scheinwerkverträgen

Bei dem Abschluss und der Durchführung von Arbeitnehmerüberlassungen, die, um bestimmte Mindestarbeitsbedingungen zu umgehen, als angebliche Werkverträge abgeschlossen werden, handelt es sich um ein rechtswidriges Verhalten. Der iGZ spricht sich selbstverständlich dafür aus, dass Scheinwerkverträge mit empfindlichen Sanktionen verbunden sind, wenn die Vertragsform „Werkvertrag“ nur zum

Schein gewählt wird, um daraus wirtschaftliche Marktvorteile zu gewinnen.

Scheinwerkverträge sind nichts anderes als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, weshalb sich die Rechtsfolgen im Wesentlichen aus dem AÜG ergeben.

Die Rechtsfolgen unterscheiden sich insbesondere danach, ob der vermeintliche Werkunternehmer über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt.

Verfügt er über keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, entsteht kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzunternehmen (Entleiher, § 10 AÜG). Der Arbeitnehmer erwirbt Ansprüche auf die Vergütung gegen den Entleiher mit Beginn der Tätigkeit. Eine bereits gezahlte Vergütung durch den vermeintlichen Werkunternehmer wird nicht rück- abgewickelt.

Gewerberechtlich kann wegen der Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Rahmen illegaler Arbeitnehmerüberlassung gem. § 16 Absatz 1 Nr. 1, 1a i.V.m. Absatz 2 AÜG gegen den vermeintlichen Werkunternehmer und das Einsatzunternehmen für jeden Verstoß ein Bußgeld in Höhe von bis zu 30.000 Euro festgesetzt werden. Wenn die Lohnuntergrenze nicht eingehalten wird, kann zudem gem. § 16 Absatz 1 Nr. 7b i.V.m. Absatz 2 AÜG gegen den vermeintlichen Werkunternehmer ein Bußgeld in Höhe von bis zu 500.000 Euro fällig werden. Bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, die nach dem Aufenthaltsgesetz nicht in der Zeitarbeit eingesetzt werden dürfen, können Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren oder Geldstrafen verhängt werden (§ 15 AÜG).

Verfügt der vermeintliche Werkunternehmer über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, ergibt sich folgende Rechtsfolge: Wurde kein Tarifvertrag einbezogen, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Equal Treatment (§ 10 Abs. 4 Satz 4 AÜG). Gewerberechtlich liegt darin eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bußgeld bis zu 500.000 Euro geahndet werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG). Wurde ein Zeitarbeitstarifvertrag angewendet, der eine niedrigere Vergütung als die der Lohnuntergrenzen-Verordnung vorsieht, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Vergütung eines vergleichbaren Stammmitarbeiters des Kundenbetriebes (§ 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG). Auch bei dieser Ordnungswidrigkeit droht ein Bußgeld von bis zu 500.000 Euro (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG). Kommt ein Zeitarbeitstarifvertrag zur Anwendung, der die Lohnuntergrenze einhält, wurde aber die Lohnuntergrenze tatsächlich nicht eingehalten, schuldet der Arbeitgeber die Differenz zu der Lohnuntergrenze. Gewerberechtlich kann hier ein empfindliches Bußgeld bis zu 500.000 Euro festgesetzt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 7b AÜG). Das gilt auch dann, wenn zwar die Lohnuntergrenze eingehalten wurde, der Tarifvertrag aber im Übrigen, z.B. in der Eingruppierung falsch war (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG, Bußgeld bis zu 500.000 Euro).

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass Scheinwerkverträge bereits nach geltendem Recht mit erheblichen arbeits- und gewerberechtlichen Sanktionen behaftet sind. Durch die Reformen im Arbeit-

nehmerüberlassungsgesetz 2011 (Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 – BGBl. I S. 642; Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20. Juli 2011 – BGBl. I S. 1506) hat die für die Einhaltung der Lohnuntergrenze zuständige Zollverwaltung (§ 16 Abs. 2 AÜG) erhebliche Kompetenzen aus dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz hinzugewonnen (§ 17a AÜG).

Im Hinblick auf den offenbar bedenklich hohen Missbrauch durch Scheinselbständigkeit und der unerlaubten Beschäftigung von Ausländern (vgl. Artikel „Alles was kommt - Bulgaren in Deutschland“ in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, Ausgabe vom 16. April 2012, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bulgaren-in-deutschland-alles-was-kommt-11716710.html>), ist es zudem unverständlich, warum ausgerechnet die Zeitarbeit, in der die soeben skizzierte hohe Kontrolldichte besteht, von der **Überlassung in Betrieben des Baugewerbes** nach wie vor ausgeschlossen ist (§ 1b AÜG). Während für die Gruppe derjenigen, die enge Berührungen zu dem Phänomen Scheinwerkvertrag und Scheinselbständigkeit aufweisen, keine gesetzlichen Beschränkungen bestehen, besteht das europarechtlich kaum zu haltende (vgl. Art. 4 Abs. 1 der EU-Leiharbeitsrichtlinie) Totalverbot für die Zeitarbeit unverändert fort.

c) Vermutungswirkung: Verstoß gegen die Vertragsfreiheit

Die im Antrag der Fraktion DIE LINKE u.a. vorgeschlagene Vermutungsregelung wird der zuweilen diffizilen Abgrenzung zwischen Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung nicht gerecht. Die Abgrenzungskriterien gehen über die in der Rechtsprechung gefundenen Kriterien teils weit hinaus. Eine Vermutungsregelung ist zudem das falsche Mittel, der Eindämmung von Scheinwerkverträgen zu begegnen. Schon eine möglicherweise unter Missachtung eines wirksamen Werkvertrages ausgesprochene Weisung eines Mitarbeiters des Werkbestellers könnte die Vermutungswirkung auslösen. Eine solche Vermutungsregelung stellte daher einen erheblichen und unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsautonomie dar. Sämtliche Werkunternehmer und Werkbesteller würden unter Generalverdacht gestellt und gezwungen, sich gegen eine zweifelhafte Vermutungsregelung zu wehren, die auf zweifelhaften Kriterien beruht. Die Folge wäre Rechtsunsicherheit. Werkunternehmer wären einem nicht unerheblichen Risiko ausgesetzt. Rechtsunsicherheit entsteht insbesondere dadurch, dass für die vorgesehene Widerlegung der Vermutung der Nachweis des „umfassenden Steuerns des Arbeitseinsatzes“ erbracht werden soll. Inhalt und Umfang dieses Entlastungsnachweises bleiben indes völlig unklar.

Bereits nach der derzeit gültigen Rechtsprechung ist im Übrigen im Falle der Abweichung von Vertrag und Geschäftsinhalt letzterer für die vertragliche Einordnung maßgeblich (BAG, Urteil vom 13.08.2008 – 7 AZR 269/07), so dass die von der Fraktion DIE LINKE unter II.1.a) 3. Spiegelstrich vorgesehene gesetzliche Regelung überflüssig ist.

2. Handlungsebenen bei sozialen Verwerfungen

Es gibt keinen Handlungsbedarf bzgl. eines gesetzlichen Mindestlohns. Das Arbeitnehmerentendengesetz (AentG) oder bei geringer Tarifierung einer Branche das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen (MiaG) bieten hier eine ausreichende Rechtsgrundlage, dass bei sozialen Verwerfungen ggf. branchenbezogene Mindestlöhne durch die jeweiligen Tarifpartner vereinbart werden und der Gesetzgeber diese für allgemeinverbindlich erklärt.

3. Mitwirkungsrechte des Betriebsrats

Betriebsräte müssen bereits nach der geltenden Gesetzeslage gem. **§ 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG** vom Arbeitgeber über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen unterrichtet werden. Als Arbeitsabläufe im Sinne dieser Regelung gilt auch das Ausgliedern von internen Arbeitsbereichen, die Dienstleistungen erbringen oder Vor- bzw. Teilprodukte herstellen. Erfasst ist demnach auch das klassische Outsourcing. Die Unterrichtung des Betriebsrats muss rechtzeitig erfolgen, also bereits im Vorfeld bevor die arbeitgeberseitig geplante Maßnahme als Plan vorliegt. Denn der Plan ist das Ergebnis der Planung, von der der Betriebsrat unterrichtet werden muss. **§ 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG** gewährt dem Betriebsrat weiter ein Beratungsrecht. Der Arbeitgeber ist gehalten, Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats zu berücksichtigen.

Je nach Fallgestaltung wird auch beim Einsatz von Fremdfirmen-Arbeitnehmern ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Einstellung gem. **§ 99 BetrVG** angenommen. In Fällen, in denen die Dienstleistung oder das Werk zu einem festgelegten Zeitpunkt im Betrieb des Auftraggebers in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Betriebs, also unter Einbeziehung in die Planung des Arbeitsablaufs und der Produktion zu erbringen ist, kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die Anwendung des **§ 99** darauf an, ob die Fremdfirmenarbeitnehmer derart in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sind, dass dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat, der Auftraggeber mithin die Personalhoheit über sie hat.

Der Betriebsrat hat ferner ein Unterrichts- und Beratungsrecht nach **§ 111 Satz 3 Nr. 4 BetrVG** (Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation). Eine Änderung der Betriebsorganisation wird auch angenommen beim „outsourcing“ von Aufgaben auf selbständige Handelsvertreter und ähnliche Maßnahmen.

Die von der Fraktion DIE LINKE geforderten Mitbestimmungsrechte bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen (vgl. Nr. 2 des Antrags) bestehen daher in ausreichendem Maße.

Nicht zu vergessen sei an dieser Stelle, dass in Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 Arbeitnehmern ein **Wirtschaftsausschuss** zu bilden ist, dem ebenfalls umfassende Unterrichts- und Beratungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten eingeräumt sind (vgl. **§ 106 Abs. 3 BetrVG**).

4. Rechtsfolgen der Ausgliederung – grober Eingriff in unternehmerische Freiheit und Tarifautonomie

Die von der Fraktion DIE LINKE ins Spiel gebrachten Vorschläge für Rechtsfolgen der Ausgliederung greifen auf grobe Weise in die unternehmerische Freiheit ein und verletzen die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie (Art. 9 GG). Die Ausgliederung bestimmter Unternehmensbereiche ist eine Maßnahme, die in einer globalisierten und arbeitsteiligen Wirtschaft notwendig, manchmal unverzichtbar, jedenfalls als unternehmerische Entscheidung zu respektieren ist. Komplizierte Arbeitsprozesse erfordern stärkere Arbeitsteilung und Spezialisierung sowie neue Wertschöpfungsketten.

Es gibt keine höherrangigen oder herrschenden Tarifbedingungen, an denen sich alle Subunternehmer zu orientieren haben. Die Dienstleistungen, die darüber ausgeübt werden, unterfallen in der Regel einer anderen Branche und damit einer anderen Vergütung. Auch diese Tarifverträge sind zu respektieren. Die Tarifverträge dieser Branchen würden durch die Regelung, wie sie die Fraktion DIE LINKE vorschlägt, in vielen Fällen unanwendbar werden, was losgelöst von den Nachteilen für den Wirtschaftsstandort Deutschland auch rechtlich kaum Bestand haben dürfte. Der Arbeitnehmer ist dort geschützt, wo der Betrieb oder Betriebsteil fortgesetzt wird (**§ 613 a BGB**). Im Übrigen gelten die Arbeitsbedingungen der Branche, in der ein Mitarbeiter beschäftigt wird.

Das Gesetz sieht bereits Instrumentarien zur Überprüfung von Fehlentwicklungen im Tarifvertragssystem vor, so dass auch dem nicht entgegengehalten werden kann, die Tarifverträge der Subunternehmer seien zweifelhaft oder sähen ungünstige Arbeitsbedingungen vor. **§ 97 Abs. 1 ArbGG** räumt Arbeitgeberverbänden, Gewerkschaften und den Landesarbeitsministerien ein Antragsrecht ein, um die Tariffähigkeit und/oder die Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften zu überprüfen.

III. Zusammenfassung:

Für die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung bestehen klare gesetzliche und durch höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierte Abgrenzungskriterien. Deshalb bedarf es weder einer Vermutungsregelung zugunsten einer Vertragsform noch anderer gesetzlicher Klarstellungen, wie in beiden Anträgen gefordert. Bei Scheinwerkverträgen zur Umgehung sozialer Standards der Zeitarbeit handelt es sich um ein rechtswidriges Verhalten. Es ist richtig und wichtig, dass die mit der Aufdeckung solcher Gebaren betraute Zollverwaltung (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) mit Personal und Sachmitteln gut ausgestattet ist.

Auch wenn es keine eindeutigen und belastbaren Nachweise für eine stärkere Umgehung der Zeitarbeit durch Werkverträge gibt, haben die iGZ-Mitgliedsunternehmen ein deutliches Signal dafür gesetzt, dass Werkverträge, sofern sie von Personaldienstleistungsunternehmen zur Anwendung kom-

men, nicht dazu dienen dürfen, die sozialen Standards in der Zeitarbeit zu unterlaufen.

Gleichwohl appellieren wir an den Gesetzgeber, dem Zuwachs von Werkverträgen zu Lasten der Zeitarbeit nicht durch restriktive gesetzliche Regulierungen der Zeitarbeit Vorschub zu leisten. Es ist jedenfalls mehr

als kontraproduktiv, die Zeitarbeit permanent zu diskreditieren, da diese Beschäftigungsform im Vergleich zum Werkvertrag allen Beteiligten (Zeitarbeitsunternehmen, Einsatzbetrieb, Beschäftigten, Betriebsräten bzw. Gewerkschaften) wesentlich mehr Einflussnahme und (soziale) Rechtssicherheit bietet.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)857

17. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Deutscher Gewerkschaftsbund

In den Anträgen fordern die beiden Antrag stellenden Fraktionen, den Missbrauch von Werkverträgen einzudämmen, indem eine präzisere gesetzliche Abgrenzung vorgenommen wird und so Kontrollbehörden in die Lage versetzt werden, zwischen echten und unechten Werkverträgen zu unterscheiden.

Der DGB unterstützt das Anliegen dieser beiden Anträge. Die Situationsbeschreibung im Vorspann der Anträge ist weitgehend zutreffend.

Allerdings geht es um verschiedene Sachverhalte, für die jeweils eigene Lösungswege gefunden werden müssen.

1. Werkaufträge von Unternehmen an andere Unternehmen.
2. Werkverträge mit einem ausländischen Werkvertragnehmer.
3. Vergabe von Aufträgen an Soloselbstständige und präzisere Abgrenzung von Soloselbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung.

Ziel des DGB ist nicht, Werkverträge generell zu unterbinden. Werkverträge können sinnvoll sein, um die Qualität der Produkte zu steigern und die Produktivität zu erhöhen. Unterbunden werden müssen sie aber, wenn es ausschließlich darum geht, Löhne zu drücken und Risiken abzuwälzen. In diesem Fall ist das Werkvertragsunternehmen häufig weitgehend in den Produktionsablauf des Unternehmens eingebunden, ein eigenständiges Werk wird dann oft nur „zum Schein“ konstruiert. Diese Fälle nehmen zu.

Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern ist der Arbeitsmarkt in Deutschland anfällig für „Umgehungstatbestände“. Die Kontrollen sind gering, die gesetzliche Abgrenzung ungenau und die Lohnregulierung, vor allem im unteren Einkommensbereich, niedrig. Leiharbeit und Werkverträge sind deswegen bei Arbeitgebern beliebte Konstruktionen, um Risiken abzuwälzen und Löhne zu drücken. Dies setzt die anderen Unternehmen unter Druck, die aus Wettbewerbsgründen dann ebenfalls zu diesen Praktiken übergehen. Hierdurch wird die soziale Sicherung untergraben und die Chancen der Beschäftigten existenzsichernde Löhne zu erhalten, sinken.

Derzeit finden Kontrollen nur dann statt, wenn es konkrete Anhaltspunkte auf illegale Arbeitnehmerüberlassung gibt. Dabei liegt es an den Beschäftigten selbst, den Behörden entsprechende Hinweise zu geben. Unter ähnlichen Vorbedingungen kann auch die Deutsche Rentenversicherung tätig werden und Scheinselbstständigkeit überprüfen. Darüber hinaus können Kontrollen nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§2) stattfinden. Dabei wird aber nicht der Werkvertrag selbst überprüft, sondern es wird überprüft, ob die Arbeitgeber ihren Verpflichtungen (Sozialversicherung, Mindestlöhne, illegale Beschäftigung von Ausländern) nachkommen.

Ausgelöst durch die Hartz-Reformen (Ich-AG) und die Novellierung der Handwerksordnung hat die Soloselbstständigkeit stark zugenommen. Weitere Erkenntnisse liefert eine Studie des IAW im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung.

„Daten des Mikrozensus zufolge hat sich die Zahl der Selbstständigen in Gesamtdeutschland von 3,6 Millionen im Jahr 1998 auf 4,1 Millionen im Jahr 2008 erhöht. Dies entspricht einem Anstieg der Selbstständigenquote von 9,5 Prozent auf 10,7 Prozent. Dieser langfristige Anstieg ist vor allem auf eine höhere Anzahl von Soloselbstständigen zurück-

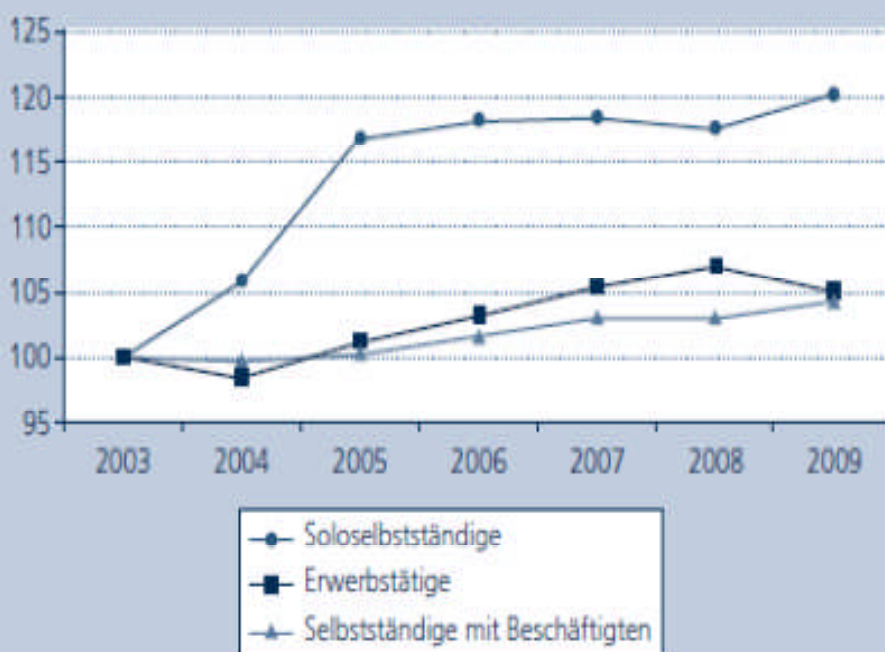
zuführen. Deren Bestand erhöhte sich zwischen den Mikrozensusbefragungen von 1998 und 2009 um gut 500.000, was einem Anstieg von 35 Prozent entspricht, und betrug 2009 2,35 Millionen (2008: 2,3 Millionen).

....

Abbildung 1 zeigt die Entwicklung der Soloselbstständigen im Vergleich zu den Erwerbstätigen insgesamt sowie zu den Selbstständigen mit Beschäftigten seit 2003. Auffällig ist dabei ein überproportional starker Anstieg der Quote der Soloselbstständigen zwischen 2003 und 2005, was insbesondere eine Folge der Reformen auf dem Arbeitsmarkt sowie der Novelle der Handwerksordnung ist.“¹

Abbildung 1:

Entwicklung der Anzahl von Erwerbstätigen, Soloselbstständigen und Selbstständigen mit Beschäftigten 2003-2009 (Index 2003=100 %)



Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserien 4.1.1 und 4.1.2 (Erwerbstätige und Bevölkerung), eigene Berechnungen.

¹ Friedrich-Ebert-Stiftung, WISO Diskurs „Soloselbstständige in Deutschland“, Febr. 2011

Auch nach unserer Beobachtung gibt es deutliche Hinweise dafür, dass Werkverträge und Aufträge an Soloselbstständige von Arbeitgebern zum Lohndumping bzw. zur Abwälzung von betriebswirtschaftlichen Risiken missbraucht werden. Eine genaue Bezifferung dieses Problems ist schwierig, weil keine gesetzliche Abgrenzung vorliegt, bzw. die Unterscheidung zwischen erwünschten und nicht erwünschten Werkverträgen immer auch Wertungsentcheidung beinhaltet.

Nach einer Auswertung des IAB-Betriebspanel², wurden zum Beispiel zwischen dem 01.07.2009 und dem 20.06.2010, also innerhalb eines Jahres, in zwei Prozent aller Betriebe Ausgliederungen vorgenommen. Der Anteil der freien Mitarbeiter an der Gesamtbeschäftigung hat sich zwischen 2002 und 2006 von einem auf zwei Prozent der Beschäftigten verdoppelt. Überproportional viele freie Mitarbeiter werden in den Bereichen Information und Kommunikation, wirtschaftliche-, wissenschaftliche und freiberufliche Dienstleistungen, Erziehung- und Unterricht, Organisation ohne Erwerbscharakter und sonstige Dienstleistungen eingesetzt.

Eine Untersuchung des IAW Tübingen³ im Auftrag der Otto-Brenner-Stiftung hat die Zunahme von Outsourcing anhand von Indikatoren gemessen. „In der Automobilindustrie wird beispielsweise von einem Anstieg des Wertschöpfungsanteils externer Zulieferer und Dienstleister von 62 Prozent in 2002 auf 77 Prozent im Jahr 2015 ausgegangen.“ (S. 20)

Nach einer Umfrage der IG Metall, an der sich 4938 Betriebsratsvorsitzende beteiligt haben, haben 40 Prozent der befragten Unternehmen Werk- und Dienstverträge als Flexibilisierungsinstrument eingesetzt.⁴ Die IG Metall hat darauf hingewiesen, dass mit den Werkverträgen Arbeitgeber den Kündigungsschutz, die betriebliche Mitbestimmung und die tarifliche Bezahlung unterlaufen.

Auch die Gewerkschaft Nahrung-, Genuss-, Gaststätten (NGG), hat in einer Befragung von 371 Betriebsräten, den Umfang von Leiharbeit und Werkverträgen in ihrem Zuständigkeitsbereich ermittelt. Demnach sind gut 13 Prozent der Beschäftigten in der Ernährungsindustrie entweder als Leiharbeiter oder Werkvertragsbeschäftigter tätig und damit nicht mehr Beschäftigte des Stammunternehmens. Dabei betrug der Anteil der Werkvertragsbeschäftigten 7,8 % und der Anteil der Leiharbeiter 5,3 %. Die NGG weist darauf hin, dass auf einigen Schlachthöfen inzwischen 90 Prozent der Beschäftigten werkvertragsbeschäftigt sind und nur noch 10 Prozent Stammbeschäftigte. Dabei kommen die Werkvertragsbeschäftigten meist aus osteuropäischen Ländern und arbeiten unter hohem betrieblichen Druck zu niedrigen Löhnen, weit unter dem Tarifniveau.

Bei der Befragung wurde zudem festgestellt, dass die Lohndifferenz zu den Stammbeschäftigten bis zu 10 Euro betragen kann. Die durchschnittliche Lohndif-

ferenz der Werkvertragsbeschäftigten, deren Löhne ermittelt werden konnten, lag bei 5,84 Euro. Damit liegt das Lohnniveau noch niedriger als bei den Beschäftigten in der Leiharbeit, wo auch bereits eine hohe Lohndifferenz zu den Stammbeschäftigten besteht.⁵

Weit verbreitet sind Werkverträge aber auch in der Bauindustrie. In der Bauindustrie werden in der Regel Aufträge an weitere Subunternehmen weitervergeben, wobei in Einzelfällen bis zu sieben weitere Subunternehmen tätig werden. Obwohl Generalunternehmerhaftung besteht, führen diese Konstruktionen dazu, dass die Verantwortung für das eingesetzte Personal im Einzelnen nicht mehr zugeordnet werden kann, vor allem dann, wenn ausländische Werknehmer beteiligt sind. In diesen Fällen kommt es häufig zu Lohndumping und Missachtung von Schutzbestimmungen. Ob in den Heimatländern tatsächlich die gesetzlichen Vorschriften beachtet werden und die Beiträge zur Sozialversicherung, sowie Steuern korrekt abgeführt werden, kann in der Regel nicht nachgeprüft werden. Dies führt zu weiteren Wettbewerbsverzerrungen.

Eine Studie der Universität Amsterdam⁶ hat gezeigt, dass etwa eine Million Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der europäischen Union als entsandte Arbeitnehmer im Ausland beschäftigt werden. Die europäische Kommission hat insbesondere die Staaten Deutschland, Frankreich, Luxemburg, Belgien und die Niederlande als diejenigen Staaten identifiziert, die einen besonders hohen Anteil von entsandten Arbeitnehmern auf ihrem Hoheitsgebiet beschäftigen.

Problematisch ist die Beteiligung ausländischer Werkvertragsunternehmen insbesondere deswegen, weil nur wenige Zielbranchen betroffen sind. Rund 46 Prozent der Bescheinigungen werden für industrielle Tätigkeiten ausgestellt, von denen über die Hälfte auf das Baugewerbe entfallen. Die Studie kommt zu dem Schluss, dass „die Konzentration entsandter Arbeitnehmer in den unteren Stufen unserer Arbeitsmärkte und in spezifischen Regionen, Segmenten und Sektoren erhebliche Risiken bergen kann (Wettbewerbsverzerrung, Untergrabung von Arbeitnehmerrechten und verbindlichen Vorschriften). Die Beschäftigungsbedingungen, insbesondere die Löhne, die entsandten Arbeitnehmern angeboten werden, können – insofern sie keiner ordnungsgemäßen Kontrolle und Durchführung unterliegen – ggf. die gesetzlich festgelegten oder im Rahmen allgemein gültiger Tarifverträge ausgehandelter Mindestbedingungen untergraben.“⁷

Verstärkt wird die Problematik dadurch, dass die großen Verleihunternehmen inzwischen neben der klassischen Arbeitnehmerüberlassung auch Modelle von Werkvertragsarbeit den Kunden alternativ anbieten. So hat z.B. das Unternehmen 4you@work, das auf Arbeitnehmerüberlassung im Handel speziali-

² Christian Hohendanner in einer Auswertung für die Bundesagentur für Arbeit am 1.2.2011

³ <http://www.otto-brenner-shop.de/publikationen/obs-arbeitspa-piere/shop/obs-arbeitspapier-nr-2-werkvertraege-in-der-arbeitswelt.html>

⁴ IG Metall-Pressemitteilung Nr. 7, 2011 vom 16.02.2011

⁵ Einsatz von Leiharbeit und Werkverträge in der Ernährungsindustrie in Deutschland, Auswertung einer Umfrage vom 05.01. bis 29.02.2012 der NGG

⁶ Jan Cremers: „Auf der Suche nach billigen Arbeitskräften in Europa – Lebens- und Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer, CLR Studies 6, 2011

⁷ Jan Cremers, S. 19

siert ist, auf ihrer Internetseite dafür geworben: „Wir erfüllen Ihren Bedarf ganz nach Ihren Wünschen, ob im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung oder in Form eines Werkvertrages“.

Aktuell ist dieser Hinweis auf der Internetseite gelöscht worden, doch das Angebot besteht weiter. Das Unternehmen wirbt mit folgendem Angebot: „Outsourcing – Sie benötigen langfristig mehr Personal? Sie denken darüber nach einen Bereich aus Ihrem Unternehmen an uns zu übergeben? Auch hier reagieren wir schnell und flexibel. Unser Mutterunternehmen TEAMWORK – Die BÜTTGEN GmbH stellt Ihnen im **Rahmen eines Werkvertrages** Teams im geführten Prozess, für folgende Bereiche zur Verfügung:

- Instore Logistik
- Kassenservice
- Neueinrichtung und Umbauten
- Flexible Einsätze“⁸

Das Problem der Abgrenzung zwischen unechten Werkverträgen und Leiharbeit besteht seit dem in Kraft treten des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. So weist die Bundesregierung im zweiten AÜG-Bericht⁹ aus dem Jahre 1976 selbst darauf hin: „Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen echten und unechten Werkverträgen haben seit dem ersten Erfahrungsbericht noch zugenommen. Fast alle Stellungnahmen betonen gegenüber der Bundesregierung die Notwendigkeit, hier Abhilfe zu schaffen“. Weiter heißt es: „Die Behörden, die das Vorliegen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung vermuten, können kaum wirkungsvoll gegen Verleiher und Entleiher vorgehen, wenn Zweifel am Vorliegen eines Werkvertrages bestehen“.

Obwohl die Bundesregierung damals selbst eine Abgrenzung angemahnt hat, ist es zu dieser gesetzlichen Abgrenzung nicht mehr gekommen. Die Bundesagentur für Arbeit wurde angewiesen, im Rahmen eines Erlasses Abgrenzungskriterien zu formulieren. Diese Praxis besteht im Wesentlichen bis heute fort, wobei die Erlasslage durch Rechtsprechung weiter präzisiert wurde.

Die unzureichenden gesetzlichen Abgrenzungskriterien haben dazu geführt, dass in der Regel Kontrollen erst gar nicht stattfinden und deswegen Missstände häufig unentdeckt bleiben.

Die Abgrenzungsproblematik hat weiter zugenommen, worauf nicht zuletzt die Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen verweist. Ein Muster ist: Die Werkvertragsunternehmen erledigen Ihre Aufgaben in den Räumen der auftraggebenden Betriebe und in zeitlicher Abhängigkeit von deren Produktionsabläufen, so dass die klassischen Merkmale der selbständigen Tätigkeit – und damit eines Werkvertrages – keine Weisungsbefugnis des Auftraggebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der auszuführenden Arbeiten; selbständige Organisation der Tätigkeit – oft nicht erfüllt sind.

Diese Art der Beschäftigung führt zu zahlreichen Folgeproblemen. Die beauftragten Werkvertragsunternehmen sind meist nicht tarifgebunden und zahlen oft Niedriglöhne. Bei konsequenter Anwendung der Abgrenzungsmerkmale, die z.B. in der Rechtsprechung entwickelt wurden, würden viele existierende Werkverträge als Leiharbeit – und zwar mangels Erlaubnis – als illegale Leiharbeit zu qualifizieren sein.

Auch der DGB hält deswegen eine eindeutige gesetzliche Abgrenzung zwischen Werkverträgen, Leiharbeit und Arbeitsverträgen für notwendig. Die Darlegungs- und Beweislast liegt nach gegenwärtiger Rechtslage bei dem Arbeitnehmer, der geltend machen will, dass Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Dies ist den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht zuzumuten.

Bereits im Jahr 1975 hat das BMAS in einem Referentenentwurf selbst Abgrenzungskriterien vorgeschlagen. Demnach sollte das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung vermutet werden, wenn folgende widerlegbare Tatbestände vorlagen:

„Beschränkt sich die Tätigkeit eines Arbeitgebers im Wesentlichen auf die Entsendung seiner Arbeitnehmer in andere Betriebe oder entsendet ein Arbeitgeber Arbeitnehmer in den Betrieb eines anderen Arbeitgebers und leisten die Arbeitnehmer

1. ihre Arbeit nach Weisungen des anderen Arbeitgebers oder
2. die gleiche Arbeit wie andere Arbeitnehmer des anderen Arbeitgebers oder
3. ihre Arbeit im Wesentlichen mit Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers oder
4. ihre Arbeit, ohne dass der entsendende Arbeitgeber für das Ergebnis ihrer Arbeit haftet oder
5. Arbeit, die gegenüber dem entsendenden Arbeitgeber auf der Grundlage von Zeiteinheiten vergütet wird,

so wird vermutet, dass gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.“

In eine ähnliche Richtung gehen die Anträge der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke. Die Details sind in dem Gutachten¹⁰ von Prof Däubler ausgearbeitet.

Der DGB regt an, diese Vorschläge aufzugreifen und eine eindeutige gesetzliche Abgrenzung vorzunehmen. Der Gesetzgeber muss daran interessiert sein, dass es zu einer fairen Risikoverteilung zwischen den Unternehmen, den Sozialversicherungen und den Steuerzahlern kommt.

Sowohl die Leiharbeitsunternehmen als auch die Werkvertragsunternehmen haben in der Regel keinen eigenen Geschäftszweck sondern stellen lediglich Personal zur Verfügung. Da sie nicht anderweitig am Markt tätig sind, übernehmen sie auch keine betriebswirtschaftlichen Risiken für das Personal. Wenn der Werkvertrag oder die Leiharbeit nicht

⁸ http://www.4u-at-work.de/?page_id=245 (am 2.4.2012)

⁹ Drucksache 7/5631

¹⁰ Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen. Eine Expertise von Prof. Dr. Wolfgang Däubler im Auftrag der Bundestagsfraktion Die Linke.

verlängert wird, führt dies in der Regel zur sofortigen Arbeitslosigkeit der Beschäftigten. Hierdurch werden Regelungen des Kündigungsschutzes unterlaufen und die Sozialversicherungen mit zusätzlichen Kosten belastet.

Darüber hinaus machen beide Fraktionen den Vorschlag, in § 92 bzw. § 92b BetrVG, Regelungen zur Mitbestimmung bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen einzufügen. Die zunehmende Vergabe von Werkverträgen stellt die Betriebsräte in Deutschland vor große Herausforderungen. Stichworte dazu sind die Spaltung der Belegschaften in den davon betroffenen Betrieben mit den daraus folgenden negativen Auswirkungen auf das Betriebsklima und den innerbetrieblichen Zusammenhalt sowie neue Anforderungen an den betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutz. Allerdings muss das Mitbestimmungsrecht so ausgestaltet sein, dass ein objektiver Schutz vor Missbrauch durch Werkverträge sichergestellt wird.

Darüber hinaus ist es erforderlich, auch die Kontrollen zu verbessern. Hier enthält der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen den sinnvollen Vorschlag, diese Kontrolle der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) zu übertragen. Dazu ist es erforderlich, die FKS personell und finanziell angemessen auszustatten und eine Beschwerdestelle bei der FKS einzurichten, an die sich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Betriebsräte wenden können,

wenn ein Missbrauch von Werkverträgen vorliegt. Der DGB empfiehlt hier auch anonyme Beschwerden zuzulassen, denen die FKS nachgehen muss, wenn ausreichend Hinweise gegeben werden.

Insgesamt würde die Problematik auch durch die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns entschärft werden, weil dann zumindest die schlimmsten Formen von Ausbeutung – insbesondere auch ausländischer Arbeitskräfte – unterbunden werden. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn kann allerdings eine präzisere Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung nicht ersetzen.

Auch die Verbesserung der Tarifbindung kann Abhilfe schaffen. Wenn zum Beispiel durch Allgemeinverbindlicherklärung Tarifverträge für alle Beschäftigten gelten, sinken Anreize durch Werkverträge Lohndumping zu betreiben. Die Bundesregierung sollte deswegen die gesetzlichen Bestimmungen zur Allgemeinverbindlicherklärung verbessern. Wenn die am Tarifvertrag beteiligten Tarifpartner sich einig sind, sollte die Allgemeinverbindlicherklärung in Kraft treten, ohne dass dies durch ein Veto des Tarifausschusses verhindert werden kann.

Der DGB begrüßt es, wenn die Bundesregierung die Anregungen der beiden Fraktionen aufgreift und geeignete Vorschläge vorlegt.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)868

18. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Bundesagentur für Arbeit**A. Vorbemerkung****1. Empirische Untersuchungen des Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit (IAB)**

Die Einführung von Lohnuntergrenzen sowie die Tatsache, dass manche Tarifverträge in der Zeitarbeit nicht wirksam sind, haben die Diskussion über Werkverträge neu entfacht.

Mit dem IAB-Betriebspanel sind Aussagen zum Anteil von freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen in Unternehmen tätig sind, möglich. Über das IAB-Betriebspanel kann nicht die Anzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ausgewertet werden, die im Rahmen von Werkvertragsbeziehungen zwischen Unternehmen eingesetzt werden.

Das IAB-Betriebspanel wird seit 1993 für West- und seit 1996 für Ostdeutschland durchgeführt. An der Befragung nehmen jährlich etwa 16.000 Betriebe aller Branchen und Betriebsgrößenklassen teil. Im IAB-Betriebspanel wird die Anzahl der freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Werk- oder Dienstverträgen seit 2002 durchgängig erfasst. Von einer vollständigen Erfassung dürfte nicht auszugehen sein, da die befragten Betriebe, die Verträge mit Werkvertragsunternehmen über die Erfüllung bestimmter Tätigkeiten abschließen, entweder nicht wissen, wie viele Beschäftigte der Werkunternehmer in seinem Betrieb einsetzt oder diese Beschäftigten

nicht als betriebseigene freie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter betrachtet.

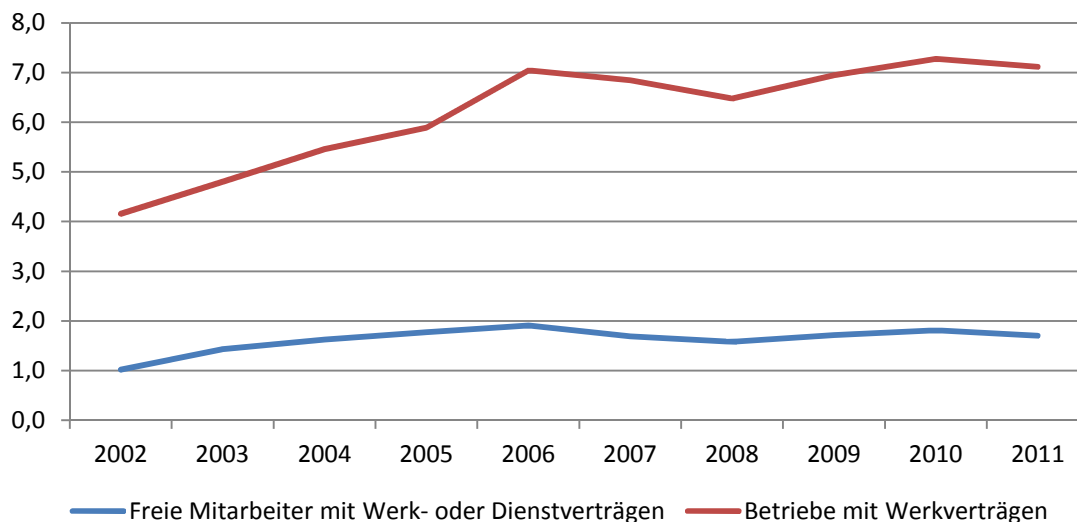
Der Anteil freier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Werk- oder Dienstverträgen an der betrieblichen Gesamtbeschäftigung hat sich zwischen 2002 und 2011 von einem auf knapp zwei Prozent erhöht. Der Anteil der Betriebe, die Werkverträge einsetzen, ist von vier auf sieben Prozent gestiegen.

Die nachfolgenden empirischen Analysen zeigen, wie sich die Zahl der freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Werk- oder Dienstverträgen aktuell entwickelt hat. Zwischen 2002 und 2011 hat sich die Zahl der im IAB-Betriebspanel erfassten freien Mitarbeiter von etwa 350 Tausend auf über 600 Tausend nahezu verdoppelt. Der Beschäftigtenanteil liegt damit bei 1,7 Prozent (Abbildung 1). Auch der Anteil der Betriebe, die freie Mitarbeiter einsetzen, ist in diesem Zeitraum von vier auf über sieben Prozent gestiegen (Abbildung 1). Das sind rund 150 Tausend Betriebe, die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf Basis eines Werk- oder Dienstvertrags beschäftigen.

Inwieweit diese Zahlen die Wirklichkeit wiedergeben, dürfte allerdings fraglich sein. Das gilt gerade bei einfachen Tätigkeiten, die nicht in die Kernbereiche des Betriebs integriert sind (z.B. Gebäudereinigung oder Einräumen von Regalen). Es wird davon auszugehen sein, dass die befragten Betriebe, die Verträge mit Werkunternehmen über solche Tätigkeiten abschließen, entweder nicht wissen, wie viele Beschäftigte der Werkunternehmer in seinem Betrieb

einsetzt oder diese Beschäftigten nicht als betriebs- | eigene freie Mitarbeiter betrachtet.

Abbildung 1: Anteil der Personen und Betriebe mit Werkverträgen zwischen 2002 und 2011



Quelle: IAB-Betriebspanel 2002-2011

Die Größenordnung der Anzahl freier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist vergleichbar mit der Bedeutung der Leiharbeit in Deutschland. Während freie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter häufig in Dienstleistungsbereichen wie ‚Information und Kommunikation‘ oder ‚Erziehung und Unterricht‘ tätig sind, spielt Leiharbeit in produktionsorientierten Branchen eine größere Rolle.

Hinweise auf einen deutlichen Anstieg von individuellen Werkverträgen aufgrund der geänderten Arbeits- und Rahmenbedingungen in der Zeitarbeit lassen sich auf Basis der vorliegenden Analysen nicht erkennen. Verdrängungsprozesse zwischen freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Werkverträgen und alternativen Beschäftigungsformen sind mit den vorliegenden Daten ebenfalls nicht nachweisbar.

Um die Bedeutung von Werkverträgen umfassend zu bewerten, reicht die empirische Datenbasis allerdings nicht aus. Das gilt vor allem für den Bereich der Auslagerung von betrieblichen Funktionen an Werkvertragsunternehmen.

Literatur

Allison, Paul (2009): Fixed Effects Regression Models. SAGE.

Amann, Susanne; Dettmer, Markus; Schröder, Catalina; Tietz, Janko (2012): Moderne Sklaven. In: Der Spiegel 5/2012.

Bognanni, Massimo; Pennekamp, Johannes (2011): Werkverträge. Es geht noch billiger. In: DIE ZEIT 8.12.2011.

Nienhüser, Werner (1999): „Legal, illegal, ...“ – Die Nutzung und Ausgestaltung von Arbeitskräftestrategien in der Bauwirtschaft? In: Industrielle Beziehungen 6(3): 292-391.

2. Allgemeines

Bei der Durchführung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) kann die BA vom Verleiher Auskünfte einschließlich der Vorlage von geschäftlichen Unterlagen verlangen, die für die Durchführung des AÜG erforderlich sind. Die Prüfkompetenz der BA erstreckt sich nur auf Erlaubnisinhaber bzw. legale Verleiher im Sinne des AÜG. Sofern Scheinwerkverträge von Unternehmen durchgeführt werden, die nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem AÜG sind, dürfte es sich um illegale Arbeitnehmerüberlassung handeln. Für die Verfolgung und Ahndung dieser sind nach § 16 Abs. 2 AÜG die Behörden der Zollverwaltung zuständig. Die BA selbst hat kein Prüfrecht bei Unternehmen, die nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem AÜG sind.

Inwieweit die BA sich auch die geschäftlichen Unterlagen des Verleihers vorlegen lassen kann, die nicht dem Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zu zuordnen sind, ist in der Literatur umstritten. Angenommen diese Kompetenz würde bestehen, dürfte allein die Prüfung von geschäftlichen Unterlagen

nicht zur Feststellung führen, dass Scheinwerkverträge durchgeführt werden. Bei diesen Fallgestaltungen wird es immer auf die tatsächlichen Feststellungen ankommen. Es dürfte davon auszugehen sein, dass die sog. „Papierform“ immer einem Werkvertrag entsprechen wird, die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses aber Arbeitnehmerüberlassung ist. Diese Feststellungen kann die BA aber nicht treffen, da sie nur die Befugnis hat, die geschäftlichen Unterlagen beim Verleiher einzusehen, nicht die Kompetenz beim Entleiher zu prüfen. Diese Prüfkompetenz dürften die Behörden der Zollverwaltung nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) haben.

B. Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Missbrauch von Werkverträgen verhindern – Lohndumping eindämmen (BT-Drs. 17/7220(neu))

1. „Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen“

a) Gesetzliche Vermutung für das Vorliegen von Scheinwerkverträgen

Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sind gesetzlich fixierte Verträge, wenngleich Abgrenzungskriterien in das AÜG nicht aufgenommen wurden. Sie sind jedoch durch jahrzehntelange Rechtsprechung ausgeformt worden. Die vorgeschlagene Regelung enthält mit Modifikationen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung.

Inwieweit eine solche gesetzliche Vermutung hilfreich ist, um den Missbrauch von Werkverträgen zu verhindern, ist fraglich. Anzunehmen ist, dass trotz einer solchen gesetzlichen Vermutung erst die genannten Kriterien festzustellen sind. Erst dann wird davon auszugehen sein, dass die gesetzliche Vermutung auch Wirkung entfalten kann. Bei Scheinwerkverträgen wird es in der Regel auf die tatsächliche Ausgestaltung ankommen.

b) Rechtsfolgen der Ausgliederung

Es werden die Rechtsfolgen der Ausgliederung aufgeführt, ohne zu definieren, wann eine solche Ausgliederung gegeben sein soll. Auch die Ausnahme – die gelegentliche Inanspruchnahme von Werk- und Dienstleistungen – ist zu unbestimmt.

Ferner dürfte die Rechtsfolge im Hinblick auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bedenklich sein. Die Rechtsfolge beinhaltet im Ergebnis den Gleichstellungsgrundsatz aus dem AÜG. D.h. die Werkvertragsarbeitnehmerin bzw. der Werkvertragsarbeitnehmer hat einen Anspruch auf Gewährung des Entgelts und der Arbeitsbedingungen, die einer Arbeitnehmerin bzw. einem Arbeitnehmer für diese Tätigkeit bisher (vor der Ausgliederung) geschuldet waren.

Weiter stellt sich die Frage, welche Wirkung die Rechtsfolge von Ausgliederungen entfalten soll.

Sofern es sich nicht allein um einen arbeitsrechtlichen Anspruch der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers handeln soll, sondern auch eine staatliche Kontrolle angedacht ist, wären neue Kontrollbefugnisse im Gesetz zu implementieren. Um einer solchen Überwachung und Kontrolle auch nachkommen zu können, müssten ggf. neue Meldepflichten von Ausgliederungen eingeführt werden, die unter dem Gesichtspunkt des Bürokratieabbaus und der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit unangemessen und unverhältnismäßig sein dürften.

2. Ergänzung des Betriebsverfassungsgesetzes zur Mitbestimmung bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen

Bei der Frage, ob der Betriebsrat bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen ein Mitbestimmungsrecht hat, sind Aufgaben der BA nicht betroffen, so dass eine Kommentierung entbehrlich ist. Ebenso verhält es sich mit der Wahlberechtigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen eines Werkvertrages im Betrieb des Auftraggebers tätig sind.

3. Festschreiben des Prinzips „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ im AÜG ohne Tarifaufnahme

Ein Gleichstellungsgrundsatz ohne Tarifvorbehalt ab dem ersten Einsatztag würde die Zeitarbeit nicht nur verteuern, sondern zu einem oft raschen Wechsel der Lohn- und Arbeitsbedingungen führen. Hierin kann von einer Gleichstellung ab dem ersten Tag eine erhebliche Bürokratisierung ausgehen. Dieser Regelungsansatz könnte die Zeitarbeit deshalb gerade in den Segmenten des Arbeitsmarktes zum Erliegen bringen, auf die er sie zurückführen wollte: bei typischen Aushilfsstatbeständen.

Dessen ungeachtet kann eine konsequentere Gleichstellungsregelung – wie ausländische Erfahrungen zeigen - neben Risiken auch Chancen enthalten. Die Bestimmung einer Gleichstellungsregelung ist jedoch einer vorzugswürdigen untergesetzlichen Regelung durch die Tarifparteien zugänglich. So könnten beispielsweise die Tarifparteien ein Konzept der Lohnangleichung vereinbaren. Solche Rahmenbedingungen würden zwar die Zeitarbeit vermutlich etwas verteuern, könnten jedoch auch die Arbeitsmotivation und Identifikation der Zeitarbeitnehmer mit dem Einsatzbetrieb und die gesellschaftlichen Akzeptanz der Zeitarbeit verbessern, ohne dadurch Bedeutung und Wachstum der Zeitarbeit zu schwächen. Im Übrigen würde auch die Bezahlung nach dem Gleichstellungsgrundsatz eine Reduzierung von Leistungen der Grundsicherung an Zeitarbeitskräfte ermöglichen. Chancen und Risiken einer veränderten Gleichstellungsregelung sind dabei von der Politik im Lichte ausländischer Erfahrungen sorgfältig abzuwägen.

C. Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen – Kontrollen verstärken (BT-Drs. 17/7482)

1. Aufnahme einer eindeutigen und praxistauglichen Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Werkverträgen ins AÜG

Inwiefern die Aufnahme einer eindeutigen und praxistauglichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen im AÜG zu einer Rechtssicherheit bei der Feststellung von Werk- bzw. Arbeitnehmerüberlassungsverträgen führt, ist fraglich. Die Abgrenzungskriterien sind in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelt worden. Positiv könnte sich die Beweislastumkehr im Zweifelsfall auswirken. Gleichwohl wird es sich bei der Abgrenzung von Werkverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung immer um eine Bewertungsfrage im Einzelfall handeln, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Durchführung des Vertrages zu beantworten ist. Diese notwendige Bewertung würde auch durch eine gesetzliche Regelung nicht entbehrlich werden.

2. Erweiterung des Aufgabenkatalogs der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS)

Die Notwendigkeit der Erweiterung des Aufgabenkatalogs der FKS ist nicht erkennbar. Nach Auffassung der BA hat die FKS bereits jetzt die Befugnis für die Prüfung. Die Behörden der Zollverwaltung sind insbesondere auch für die Verfolgung und Ahndung der Lohnuntergrenze nach dem AÜG zuständig, so dass bereits vor diesem Hintergrund eine Prüfbefugnis bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung (sofern es sich nicht bereits um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung handelt) bestehen dürfte.

3. Angemessene personelle und finanzielle Ausstattung der FKS

Die BA vermag nicht die Angemessenheit der personellen und finanziellen Ausstattung der FKS zu beurteilen.

4. Einrichten einer Beschwerdestelle bei der FKS

Inwiefern eine solche Beschwerdestelle erforderlich ist, wäre von den Behörden der Zollverwaltung zu

beurteilen. Nur diese sind in der Lage, Aussagen zu treffen, ob zu vermuten ist, dass Informationen zu Scheinwerkverträgen derzeit nicht bekannt werden und ob eine Beschwerdestelle hier Abhilfe schaffen könnte.

5. Entwicklung einer Statistik

Es bestehen Bedenken, dass mit einer Statistik Tendenzen der Verschiebung zu illegaler Leiharbeit durch die Vergabe von Scheinwerkverträgen sichtbar gemacht werden könnten. Für eine solche Statistik wären Angaben der jeweiligen Unternehmen erforderlich. Es ist nicht anzunehmen, dass Unternehmen im Rahmen einer Statistik Angaben zur Durchführung von Scheinwerkverträgen machen. Auch statistische Auswertungen der Behörden der Zollverwaltung zu Prüffeststellungen von Scheinwerkverträgen dürften im Hinblick auf die Vielzahl von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen keine Tendenzen aufweisen. Es dürfte an einer Vergleichsgröße mangeln.

6. Schaffen der Voraussetzungen für die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns

Das Schaffen der Voraussetzungen für die Einführung eines allgemeinen Mindestlohnes ist Sache der Tarifparteien und der Politik. Der Ansatz, den Lebensunterhalt von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach unten abzusichern, dürfte unter dem Gesichtspunkt der Reduzierung von Leistungen der Grundsicherung positiv zu bewerten sein.

7. Erweitern der Auskunftsrechte des Betriebsrates nach § 92 Betriebsverfassungsgesetz

Bei der Frage, ob Betriebsräte bei der Vergabe Werkverträgen sowie über die Anzahl von Werkvertragsbeschäftigten Auskunft erhalten, sind Aufgaben der BA nicht betroffen, so dass eine Kommentierung entbehrlich ist.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)859

18. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

I. Die Anträge (BT-Drs.17/7220 (neu); BT-Drs. 17/7482)

Beiden Anträgen geht es im Wesentlichen darum, **die Verschiebung** von tarifvertraglich gestalteter und auskömmlich entlohnter Beschäftigung (im Regelfall erbracht durch Stammarbeitskräfte, aber auch durch regulierte Leiharbeit) zu niedriger entlohnter Beschäftigung, erbracht durch Arbeitnehmer von **Werkvertragspartnern** der Unternehmen, **zu verhindern beziehungsweise zu begrenzen**.

Konkret stufen die Anträge die Verlagerung von Tätigkeiten auf Werkvertragsunternehmen als **möglicherweise verdeckte Leiharbeit** ein. Die Beschäftigten der Werkvertragsunternehmen würden häufig im Bestellunternehmen wie normale Beschäftigte der Stammebelegschaft eingesetzt, sie seien in die Abläufe im Unternehmen eingebunden und erhielten ihre Anweisungen durch das Stammpersonal des Bestellunternehmens. Bei **Weisungsabhängigkeit im Stammbetrieb** würde es in der Tat um Arbeitsverhältnis oder Leiharbeit gehen. Leiharbeit wird vom Entleiher gesteuert, dem das Weisungsrecht vom Verleiher übertragen wird. Bei einer Werkvertragsgestaltung („Industriedienstleistung“; „Fremdfirmeneinsatz“) sind vom Werkvertragspartner eingesetzte Arbeitskräfte dagegen Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) des Dienstleisters. Die Anträge benennen die Gefahr, dass die skizzierte **Werkvertragsgestaltung** gewählt werde, **um Arbeitsentgelte noch unter die in der Leiharbeit** soeben bei 7,89 € (West) und 7,01 € (Ost) fixierten Mindestentgelte zu drücken. Neben den in manchen Unternehmen bereits bestehenden

zwei Klassen von Beschäftigten (der Stammebelegschaft und den Leiharbeitskräften) entstehe eine dritte Klasse, die der bei Werkvertragspartnern der Unternehmen Beschäftigten.

Im Kern geht es in meiner Bewertung den Anträgen zum einen um die **Verschiebung zu niedriger entlohnter Beschäftigung an sich, konkreter Ansatzpunkt** ist vor allem die **Schnittstelle** zwischen Leiharbeit und der skizzierten **Werkvertragsgestaltung**.

II. Ausgangspunkte der Stellungnahme

1. Tatsächliche Annahmen

Die beiden Anträgen **zugrunde liegenden Annahmen** zu den tatsächlichen Verhältnissen einer Verschiebung von Stammarbeitsplätzen oder Leiharbeit zu Arbeitsplätzen bei Werkunternehmen **werden im Folgenden unterstellt**. Ein **Trend zu Werkvertragsgestaltungen** ist auch erkennbar.

Die skizzierte Werkvertragsgestaltung ist im arbeitsrechtlichen Schrifttum zur Kostensenkung und Verringerung von rechtlichen Risiken und Beschränkungen in jüngster Zeit **beschrieben und empfohlen** worden.¹¹ Es ist auch **plausibel**, dass sich Arbeitsentgelte, Aufwendungen für arbeitsvertragliche Sonderleistungen, Lohnnebenkosten und anderes durch Verlagerung von Tätigkeiten auf Werkunternehmer betriebswirtschaftlich günstig beeinflussen

¹¹ Rieble, Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Freie Industrieleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012, S. 15–31.

lassen. Outsourcing, Fremdvergabe und betriebswirtschaftlich motivierte Verringerung der Fertigungstiefe finden allerdings seit vielen Jahren statt. Dies ist alltägliche Praxis in privaten und öffentlichen Unternehmen aller Art und **für sich genommen nicht zu missbilligen**. Es geht den Anträgen indessen um den besonderen Aspekt der Verlagerung von Tätigkeiten auf Werkunternehmen **mit dem Ziel**, die neuerdings zur Behebung von Fehlentwicklungen der Leiharbeit für die Arbeitnehmerüberlassung gezogenen Lohnuntergrenzen (vgl. § 3 a AÜG, ferner auch § 8 Abs. 3 AEntG) **zu unterbieten** und weiteren Begrenzungen und Risiken der Leiharbeit (Rechtsrisiken, möglicher Beitragsnachforderung, Bürgenhaftung etc.) zu entgehen. Anzumerken ist, dass die Werkvertragsgestaltung auch einen **Weg in „vermittelte“ Leiharbeit** zu öffnen vermag; bei Leiharbeitskräften **der Werkunternehmen** wäre dann die Höhe der Equal-Pay-Beträge zu bedenken, denn „Betrieb des Entleihers“ im Sinn von §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG wäre der Betrieb des Werkunternehmers.

2. Grundsätzlicher Hintergrund

Zugleich geht es um den **Zusammenhang mit dem grundsätzlicheren Thema niedriger Entgelte** in Arbeitsbeziehungen. Darin liegt in meiner Bewertung der Kern des mit den Anträgen verbundenen **politischen** Vorstoßes.

III. Zu den Anträgen im Einzelnen

Bei Unterschieden in verschiedenen Einzelpunkten streben beide Anträge eine Lösung des skizzierten Problems auf ähnlichen Wegen an.

1. Regulierung der Schnittstelle zwischen Leiharbeit und Werkverträgen, Vermutungsregel

Im Vordergrund steht die **gesetzliche Abgrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen**. Ziel ist, **Scheinwerkverträge zu verhindern**. Rechtlicher Ansatzpunkt ist die **Vereinbarung** zwischen dem Werkunternehmer und dem Stammunternehmen. Die gestellte Frage lautet, ob es sich nicht in einer größeren Anzahl von Praxisfällen in Wahrheit um einen Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Entleiher über (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung handelt statt um einen Werkvertrag. Die Praktikabilität einer gesetzlichen Abgrenzung soll dadurch erhöht werden, dass in Zweifelsfällen die Werkvertragsunternehmen das Vorliegen eines Werkvertrags nachweisen müssen; es soll eine **gesetzliche Vermutung** für Leiharbeit (also eine entsprechende Abrede zwischen einem Verleiher und dem entleihenden Stammarbeitgeber) gestaltet werden, welche der Werkvertragsunternehmer widerlegen müsste. Der Antrag der Fraktion DIE LINKE enthält darüber hinaus eine „Equal-Pay“-Regelung für Werkverträge und eine Bürgenhaftung des beauftragenden Unternehmers entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

Die Lösung an der Schnittstelle von Leiharbeit (Überlassungsvereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher) und Werkverträgen (zwischen Werkunternehmen und Einsatzbetrieb) zu suchen, erscheint **in meiner Bewertung wenig erfolgversprechend** und

nur teilweise zielführend. Das beruht auf den folgenden Erwägungen:

a) Die im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Dienstleister und Stammunternehmen zu bewältigende **Auslegungsfrage entspricht der rechtlichen Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit**. Es kommt nicht nur auf die Formulierung der Vereinbarung, sondern wesentlich auf die Umstände der Handhabung an. Nicht die Bezeichnung entscheidet, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt.¹² Das gilt vor allem, wenn die Handhabung dem Vereinbarten nicht folgen sollte (vgl. auch § 117 Abs. 2 BGB). Teilt die rechtliche Bewertung des wirklichen Willens an der hier interessierenden Schnittstelle die Problematik der Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit, gibt die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit Aufschluss über die Erfolgsaussichten einer gesetzlichen Regulierung. Jene lässt sich, wie man inzwischen weiß, **nicht präzise durch Gesetz gestalten**. Versuche, im Arbeitsrecht das Arbeitsverhältnis und im Sozialrecht das Beschäftigungsverhältnis durch Gesetzeswortlaut besser einzufangen, **haben keine praktischen Erfolge ergeben**. Die an die Bundesregierung gerichtete Aufforderung, „eine eindeutige und praxistaugliche Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Werkverträgen (zu) entwickeln“ wird sich nicht verwirklichen lassen. Die Gesetzesvorschläge in beiden Anträgen erfüllen einen solchen Anspruch in der vorgelegten Form nach meiner Einschätzung auch nicht.

b) Es ist kein Zufall, dass sich Gesetzgeber, höchstrichterliche Rechtsprechung und Arbeitsrechtswissenschaft trotz aller Bemühungen bei der Bestimmung des Arbeitsverhältnisses mit der **so g. „typologischen Methode“** einer in der Methodenlehre nicht unangefochtenen Arbeitsweise bedienen müssen, **die Wertungsspielräume lässt**. Diese Methode besteht darin, im Weg einer wertenden Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und auf der Grundlage der tatsächlichen Handhabung (nicht der Vertragsgestaltung) **anhand von Kriterien und Indizien** und durch deren Gewichtung das Schuldverhältnis nach seinem Erscheinungsbild der Selbständigkeit oder der abhängigen Arbeit zuzuweisen. Dieselbe Problematik stellt sich an der hier thematisierten Schnittstelle. Zentral ist auch hier das **Weisungsrecht**. Die Abgrenzung durch Gesetzeswortlaut besser machen zu wollen, ist meines Erachtens nicht in die Tat umzusetzen. So enthalten dann auch die beiden Formulierungsvorschläge der Anträge zahlreiche Merkmale, die bereits nach geltendem Recht die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit (namentlich in der Gestalt von Werkverträgen) beherrschen.

c) **Unter dem Strich** wird aus meiner Sicht die (nicht einfache) allgemeine Abgrenzung zwischen dem Arbeitsverhältnis und den verschiedenen Formen der Selbständigkeit auf der Grundlage des geltenden

¹² Eingehend *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit*, 2012, S. 44 ff. m. zahlr. nachw.

Rechts durch die Rechtsprechung inzwischen gut bewältigt. Eine **spezialgesetzliche Regel** für die Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Werkverträgen könnte in meiner Bewertung die Situation **nicht verbessern**. Auch an dieser Schnittstelle lässt sich die Zuordnung durch die Rechtsprechung bewältigen.¹³ Auch wenn man die in den Anträgen vorgesehene Regulierung umsetzen wollte, **würde die Aufgabe letztes Endes bei der Rechtsprechung verbleiben**.

d) **Bedenkt man den Hintergrund, nämlich das grundsätzliche Problem niedriger Entgelte in zu vielen Arbeitsverhältnissen** (dazu unten III.), fällt auf, dass die Regulierung der Schnittstelle zwischen Leiharbeit und Werkvertragslösung das **Problem dort nicht löst**, wo auf der Grundlage der vorgeschlagenen Gesetzesfassung am Ende von Werkverträgen und nicht von verdeckter Leiharbeit auszugehen wäre. Diese Fälle werden keineswegs selten sein, denn es eignen sich viele Tätigkeiten für die Auslagerung auf Dritte. **Sollte man aber nicht zu niedrig vergüteter Beschäftigung bei echten (also nicht Schein-) Werkverträgen ebenfalls entgegenwirken?**

2. Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung bei der Auftragsvergabe an Fremdfirmen

Der Antrag der Fraktion DIE LINKE sieht **weitgehende Mitbestimmungsrechte** des Betriebsrats vor, welche an die betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen (§§ 99 ff. BetrVG) angelehnt sind und bis zu einer Zustimmungsersetzung durch die Arbeitsgerichte reichen. Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN sieht vor, ein **Auskunftsrecht** des Betriebsrats bei der Vergabe von Werkverträgen im Betriebsverfassungsgesetz zu verankern, wenn diese personalpolitische Relevanz für den Betrieb haben.

Letzteres begegnet keinen rechtlichen Bedenken, ein solches Recht dürfte *de lege lata* jedoch bereits existieren. Zunächst kann die Umstrukturierung zu einem Fremdfirmeneinsatz auf Werkvertragsbasis unter Umständen **Betriebsänderung** sein (vgl. § 111 S. 3 Nr. 1, 4, 5 BetrVG), so dass insoweit Mitbestimmung (namentlich der Interessenausgleich) vorgesehen ist. Mitbestimmung (in **personellen Angelegenheiten**) löst auch der Umbau und Abbau von Stammarbeitsplätzen aus (§§ 99, 102 BetrVG), wenn sie der Werkvertragsgestaltung vorausgehen. Die Umstrukturierung zu Werkvertrags- und Dienstleistung berührt auch die **Personalplanung** und löst also Informations- und Beratungsrechte gemäß § 92 BetrVG aus. In Betracht kommt auch ein **Unterrichtungsrecht** gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG, welches dem Betriebsrat die Beurteilung ermöglichen kann, ob eine Werkvertragsgestaltung wirklich vorliegt. Das schließt die Vorlage der Vertragsunterlagen ein.

Der sehr weit reichende Antrag der Fraktion DIE LINKE wirft indessen Fragen im Schnittfeld zu Re-

geln des Betriebsübergangs¹⁴ auf und tangiert die Gestaltungsfreiheit der Unternehmen **über den bisherigen Rahmen der Betriebsverfassung** hinaus in nicht empfehlenswerter Weise. Bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe geht es um eine **unternehmerische Entscheidung**, die der betrieblichen Mitbestimmung in der beantragten Weise nicht unterworfen sein sollte, sondern der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 106 ff. BetrVG) unterfällt. Zu bedenken ist schließlich, dass **für den Betrieb des Werkunternehmers** das BetrVG gilt.¹⁵

3. Erweiterte Aufgaben der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS)

Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN sieht die Erweiterung des Aufgabenkatalogs der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) um die Prüfaufgabe der Abgrenzung zwischen Werkverträgen und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung vor. Soweit Kontrolldefizite bestehen, sollten Möglichkeiten eröffnet werden, da die Rechtsordnung Scheingestaltungen entgegenwirken sollte.

4. Mindestlohn

Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN enthält schließlich das Vorhaben, einen allgemeinen Mindestlohn über eine Mindestlohnkommission einzuführen (siehe sogleich III.).

III. Hintergrund: Niedrige Entgelte in Arbeitsbeziehungen

Die Anträge haben einen **gemeinsamen Hintergrund** von über die thematisierte Schnittstelle hinausreichender **gesellschaftspolitischer Bedeutung**:

1. Der **Niedriglohnssektor**¹⁶ (mit Monatsverdiensten unter rund 1.800 €¹⁷) umfasst inzwischen **mehr als ein Fünftel des Arbeitsmarkts**.¹⁸ Mit diesem Befund verbindet sich eine **Verlagerung von Gegenwartsproblemen in die Zukunft**, welche aus Mitteln der nächsten Generation eines Tages aufgefangen werden muss. Das Problem niedriger Erträge aus Arbeit betrifft deshalb nicht nur die im Niedriglohnssektor Beschäftigten. Niedrige Erträge in mehr als einem

¹³ Ausführlich *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012, S. 43–59, insb. S. 46–50 m. umf. Nachw. aus der Rsprr.

¹⁴ Vgl. *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012, S. 43 (54 ff.).

¹⁵ Ausführlich *Franzen*, Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, 2012, S. 87–105; *J. Ulber*, Werkverträge zur Umgehung der Lohnuntergrenzen in der Leiharbeit, AiB 2012, S. 183–188.

¹⁶ Vgl. u. a. *Monopolkommission*, 18. Hauptgutachten 2008 / 2009, BT-Drs. 17/2600, Rn. 902, im Zusammenhang mit der Entwicklung des Tarifwesens, dort der zunehmenden Erosion des Flächentarifsystems: „Anhaltende Massenarbeitslosigkeit und politisch gewollte Deregulierung des Arbeitsmarktes bewirkten eine Zunahme prekärer Beschäftigung und eine starke Ausweitung des Niedriglohnssektors“.

¹⁷ Die Niedriglohnschwelle lag 2010 bei 1802 Euro, vgl. *Bundesagentur für Arbeit* (Hrsg.), Arbeitsmarkt in Zahlen Beschäftigungsstatistik, Sozialversicherungspflichtige Bruttoarbeitsentgelte – Entgeltstatistik, 2011, Tabelle 12.1 (abrufbar unter www.bundesagentur.de).

¹⁸ *Bundesagentur für Arbeit* (Hrsg.), (oben Fn. 3), Tabelle 12.1.

Fünftel der Arbeitsbeziehungen haben in längerfristiger Perspektive **Folgewirkungen namentlich für die Mittelschicht**. Mit den im Niedriglohnsektor erzielten Arbeitsentgelten kann man, was wirtschaftliche Folgewirkungen betrifft, eine Altersrente auf dem Niveau der Grundsicherung (das sind derzeit in der Summe rund 680 €) und erst recht darüber kaum noch erreichen. Es wird deshalb, mit der Zeit zunehmend und mit umverteilernder Auswirkung zu Lasten der Mittelschicht, „nachfinanziert“ werden müssen. Die **Alterung und Schrumpfung der Gesellschaft** steht dabei im Hintergrund und verschärft das Problem.

2. Die **vorliegenden Anträge** sind in meiner Bewertung jenseits der konkreten Vorschläge **in diesen Zusammenhang einzuordnen**. Wenn es zutrifft, dass die in der Arbeitnehmerüberlassung eingeführte Lohnuntergrenze (§ 3 a AÜG, § 8 Abs. 3 AEntG) und bestehende Rechtsrisiken Bestrebungen beflügeln, Werkvertragslösungen mit dem Ziel zu gestalten, niedrigere Entgelte zu ermöglichen, besteht aus rechtswissenschaftlicher Perspektive Prüfungs- und Handlungsbedarf.

3. **Der Untersuchungs- und Handlungsbedarf** lässt sich kurz und knapp **mit Zahlen plausibel machen**: Will man eine Rente nur in Höhe der gegenwärtigen steuerfinanzierten Grundsicherung (das sind 364 € Regelleistung zuzüglich gemittelter Kosten der Unterkunft von 317 €, also **681 €**) erreichen, muss man im Arbeitsverhältnis bei einer angenommenen 40-Stunden-Woche und angenommenen 45 lückenlosen Versicherungsjahren (beides kommt kaum jemals vor) **durchgehend wenigstens 8 € brutto in der Stunde** verdienen. Man erhält dann, mit den für das erste Halbjahr 2011 gültigen Werten (Zahlen und Rechtslage) gerechnet, als alleinstehender Arbeitnehmer ohne Kinder in Westdeutschland vor dem Hintergrund des Durchschnittsentgelts aller Versicherten bei einem Monatsbrutto von **1386 €** 0,5495 Entgeltpunkte pro Jahr, daraus bei einem Netto-Rentenwert von 27,47 € am Ende eine Monatsrente von **679,25 €**. Da die genannten Voraussetzungen (45 Versicherungsjahre ohne Unterbrechung bei einer 40-Stunden-Woche) kaum jemals vorkommen, müssen die Stundenlöhne höher liegen. Die nachfolgende Übersicht fasst die wesentlichen Gesichtspunkte zusammen.

Monatliche Netto-Rente nach 45 Beitragsjahren mit einem Brutto-Stundenlohn von...

Bruttolohn pro Stunde	7,50 €	8,00 €	Grundsicherung im Alter	
Bruttolohn pro Monat	1.300 €	1.386 €	SGB XII-Gesamtbedarf aus	
Entgeltpunkte pro Jahr	0,5154	0,5495	Regelleistung	364,00 €
aktueller Netto-Rentenwert	27,47 €	27,47 €	Unterkunftskosten	317,00 €
Rentenhöhe	637,11 €	679,25 €	681,00 €	

Grundlage: Zahlen und Rechtslage 1. Halbjahr 2011, Westdeutschland. Angenommen ist eine lückenlose Erwerbsbiographie von 45 Jahren bei einer ständigen 40-Stunden-Woche (die so gut wie nicht vorkommt). Nicht berücksichtigt ist dabei, dass Rentner einerseits Wohnung beanspruchen können (bei Unterkunftskosten von 317 €: 99 €), andererseits in Kranken- und Pflegeversicherung beitragspflichtig sind, im Beispiel (bei 8,00 € Stundenlohn) rund 56 € Krankenversicherungsbeitrag (8,2%) und rund 13 € Pflegeversicherungsbeitrag (1,95%). Bei niedrigerer Rentenhöhe fallen entsprechend weniger Beiträge an, die letztlich von der jeweiligen Versicherten Gemeinschaft aufzufangen werden müssen.

4. Die Zahlen belegen: **Jedwede Form der Altersvorsorge ist auf Erträge aus Arbeit angewiesen**. Dafür kommt es nicht darauf an, ob das Altersvorsorgesystem umlagefinanziert, kapitalgedeckt oder steuerfinanziert ist. Deshalb muss aus rechtswissenschaftlicher Perspektive der **Rechtsrahmen so gestaltet sein, dass er Erträge aus Arbeit begünstigt und ihnen nicht entgegenwirkt**. Geht man davon aus, dass die

den Anträgen zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse zutreffen, stellt sich die Frage der Vermeidung niedriger Erträge aus Arbeit, die zugleich die Möglichkeit mit sich bringen könnte, dass besser vergütete Arbeit verdrängt wird, auch im hier thematisierten Zusammenhang eines Trends zur Verlagerung in Werkvertragsgestaltungen.

IV. Wesentliche Folgerungen

1. Die **Regulierung der Schnittstelle** zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertragsgestaltung **empfiehlt sich** aus den dargelegten Gründen **nicht**. Sehr viel wirkungsvoller und grundsätzlich könnte dem Phänomen einer Verlagerung von Tätigkeiten auf Werkverträge mit Werkunternehmern, die zu niedrigen Entgelten führen, und den damit verbundenen Nachteilen durch die **Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns** begegnet werden. Aus meiner Sicht ist die Regulierung einer allgemeinen gesetzlichen Lohnuntergrenze aus verschiedenen Gründen ohnehin geboten.¹⁹ Im Fall der Bedürftigkeit sind niedrige Entgelte nach den Bestimmungen des SGB II durch Grundsicherungsleistungen **aufzustocken**. Die Grundsicherung und andere entsprechende Transferleistungen aus Steuermitteln führen im Zusammenhang mit niedrigen Entgelten zu einem **Kombilohnmodell**. Das beeinflusst die **Marktsituation am Arbeitsmarkt** im Niedriglohnbereich ungünstig: Die Aufstockung durch Transferleistung ermöglicht es den Vertragsparteien, die Aufstockungsleistung beim Vertragsschluss mit Einfluss auf die Lohnhöhe **einzukalkulieren**. Das hat Auswirkung über das einzelne Arbeitsverhältnis hinaus. Es wirkt auf die Dauer auf die **Personalplanung der Unternehmen** ein, und dies hat am Ende Rückwirkung auf die **Stellenstruktur im Bereich des Niedriglohnsektors**.

2. Das hier zur Diskussion stehende Phänomen der Unterbietung von Leiharbeitsentgelten durch die **Gestaltung über Werkverträge ist eine neue Ausprägung** der mit der dargelegten ökonomischen Wirkung verbundenen Problematik.

3. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht **muss diesem Problem entgegengewirkt werden**. Denn zu niedrige Arbeitsentgelte, welche durch die Rechtsordnung durch ökonomische Fehlanreize (wie sie angedeutet wurden) noch verstärkt werden, **laufen dem Konzept der geltenden Rechtsordnung zuwider**. In Bezug auf die **Altersvorsorge** zeigt sich die **Unvereinbarkeit niedriger Entgelte mit der Rechtsordnung** in aller Deutlichkeit. Es muss ein stimmiges Verhältnis zwischen der Entlohnung von Arbeit im Niedriglohnsektor und dem gesellschaftstypischen Existenzminimum hergestellt sein. Daran fehlt es. Auf der Grundlage der Konzeption der geltenden Rechtsordnung, die in Bezug auf die Risikoversorge, insbesondere für das Alter, **auf der Versicherung beruht**,

muss Arbeit so viel Ertrag bringen, dass aus ihr zugleich die nötigen Mittel für die Vorsorge erwirtschaftet werden können. Im Grunde ist eine allgemeine gesetzliche Lohnuntergrenze, wenn man das Zusammenspiel von Arbeitsrecht und Sozialrecht bewertet, nichts weniger als das **unverzichtbare Gegengewicht** zur marktverzerrenden Kombilohnwirkung der Grundsicherungsleistungen.

V. Kurze Zusammenfassung in Thesen

1. Eine Verlagerung von Tätigkeiten auf externe Dienstleister erfolgt in privaten und öffentlichen Unternehmen seit Jahren. Dies ist für sich genommen nicht zu missbilligen, sondern Ausdruck unternehmerischer Gestaltung. Ein Trend zu Werkvertragsgestaltung mit dem Ziel, Kosten zu senken und rechtlicher Regulierung (zuletzt der Leiharbeit) auszuweichen, ist indessen plausibel und erkennbar.

2. Die Lösung an der Schnittstelle von Leiharbeit und Werkverträgen zu suchen, erscheint wenig erfolgversprechend, und dies wäre nur teilweise zielführend. Die Schnittstelle lässt sich nicht durch Gesetzgebung erfolgreich regeln, es bleibt bei einer durch die Rechtsprechung zu bewältigenden Auslegungsfrage. Das Hauptproblem niedriger Entgelte in Arbeitsbeziehungen würde nur zum Teil erfasst.

3. Sowohl im Einsatzbetrieb als auch im Betrieb des Werkunternehmers gelten die gesetzlichen Anforderungen der betrieblichen Mitbestimmung. Die Tatbestände der Mitbestimmung in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten erfassen die wesentlichen Anliegen der betrieblichen Mitbestimmung auch im hier thematisierten Zusammenhang. Der Antrag der Fraktion DIE LINKE verlässt den Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung in ihrer bisherigen gesetzlichen Konzeption.

4. Das Anliegen, die Verlagerung von Beschäftigung durch Werkvertragsgestaltung in Beschäftigung zu niedrigen Löhnen zu verhindern, lässt sich durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn so weit wie nötig erreichen. Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn ist ohnehin erforderlich, um die mit dauerhafter Beschäftigung zu niedrigen Entgelten verbundene Verlagerung von Gegenwartsproblemen in das Steueraufkommen und die Gestaltungsfreiheiten der nächsten Generation zu unterbinden.

¹⁹ Näher *Waltermann*, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag 2010, 2010, S. 70 ff.; *ders.*, NJW 2010, 801 ff.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)874

19. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Prof. Franz Josef Düwell, Weimar

I. Zur Notwendigkeit des gesetzlichen Einschreitens

Die Gewerkschaft Nahrung Genuss Gaststätten (NGG) hat am 2. April 2012 eine Betriebsratsumfrage veröffentlicht.¹

Danach werden vor allem in Brauereien und bei Herstellern von Erfrischungsgetränken bereits mehr Werkvertrag-Arbeiter als Leiharbeiter eingesetzt. Sie übernehmen verstärkt Helfertätigkeiten wie das Sortieren von Leergut, Stapler fahren oder Reinigungsarbeiten. Auch in Molkereien und Bäckereien nimmt die Zahl der Werkvertrag-Arbeiter zu. Überwiegend handelt es sich um Arbeitskräfte aus Osteuropa. Nach der Auswertung der Gewerkschaft ist die Möglichkeit der Unterschreitung der für Stammarbeitnehmer geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen für Leih- und Werkvertragsarbeit maßgebend. Dabei stellt sich folgende Rangfolge dar: Im Schnitt verdienen Leiharbeiter 5 Euro weniger die Stunde als die Stammarbeitnehmer. Die Entgelte für Werkvertragsarbeitnehmer liegen noch niedriger. Diese verdienen circa 6 Euro weniger. Diese Betriebsratsumfrage betrifft keinen nicht repräsentativen Sonderbereich, sondern spiegelt eine allgemeine Entwicklung wider. Der Spiegel berichtete Anfang April 2012² über den Missbrauch von Werkverträgen sei das neue Geschäftsmodell, „um Menschen noch billiger

in unsichere Jobs an den Rand der Belegschaften zu drängen“. Nachdem die Lohnuntergrenze zur Regulierung der Leiharbeit Anfang 2012 in Kraft getreten ist, wurde auf einer großen Schulungsveranstaltung für Geschäftsführer und Arbeitsrechtler von prominenten Münchner Arbeitsrechtsprofessoren empfohlen, gezielt betriebliche Funktionen auf Werkvertragsnehmer zu verlagern, um Tariflöhne und die für Leiharbeitnehmer geltenden Mindestentgeltsätze zu unterlaufen. Diese kurzfristig durch die Regulierung der Leiharbeit empfohlene Flucht in die Werkverträge wird den schon seit langem vorhandenen Trend zur Auslagerung betrieblichen Funktionen als Werkvertrags- und Dienstleistungen noch verstärken. So ist nach der Auswertung des vom IAB jährlich durchgeführten Betriebspanels der Anteil freier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Werk- oder Dienstverträgen an der betrieblichen Beschäftigung zwischen 2002 und 2011 mindestens von einem auf knapp zwei Prozent gestiegen und hat sich der Anteil der Betriebe, die Werkverträge einsetzen, von mindestens vier auf sieben Prozent erhöht. Das sind konservative Schätzungen, die noch um eine erhebliche Dunkelziffer zu erhöhen sind, weil die befragten Unternehmen nach Angaben des IAB nicht alle Daten offen gelegt haben.

Die beiden dem Ausschuss zur Beratung vorliegenden Anträge der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nehmen diese Entwicklungen zum Anlass, gesetzliche Initiativen zu ergreifen. Zusätzlich haben die Länder Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz eine Bundesratsinitiative ergrif-

¹ http://www.ngg.net/themen_von_a_bis_z/sozialpolitik/umfrage-werkvertraege Aufruf 03.04.2012

² <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,825319,00.html> Aufruf 4.4.2012

fen, der sich Hamburg angeschlossen hat. In der 893. Sitzung des Bundesrates am 2. März 2012 ist auf deren Antrag unter „TOP 35 Umgehung von Arbeitnehmerschutzrechten durch Werkverträge verhindern“ eine Entschließung der Länder beraten worden. In diesem Entschließungstext wird die Bundesregierung aufgefordert, unverzüglich gegen die Umgehung von Arbeitnehmerschutzrechten durch unzulässige Werkvertragskonstruktionen vorzugehen.

II. Das Problem der Abgrenzung von Werkverträgen

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN fordert eine „eindeutige und praxistaugliche Abgrenzung“ zwischen Leiharbeit und Werkverträgen in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) aufzunehmen. Dazu werden für das Vorliegen von Leiharbeit folgende Vermutungsregeln aufgestellt:

- a) es wurde kein konkret bestimmtes Ergebnis/Werk vereinbart,
- b) die Abrechnung erfolgt nach Zeiteinheiten und ist nicht ergebnisbezogen,
- c) es besteht keine eigenverantwortliche Organisation des Werkvertragsunternehmens,
- d) es besteht ein Weisungsrecht des Bestellers gegenüber den im Betrieb tätigen Beschäftigten des Werkvertragsunternehmens und es erfolgt eine Eingliederung dieser Beschäftigten in die Arbeitsabläufe des Bestellbetriebs,
- e) das Werkvertragsunternehmen trägt nicht das unternehmerische Risiko, insbesondere muss es nicht für Mängel am bestellten Werk haften oder
- f) die Beschäftigten des Werkvertragsunternehmens verrichten die gleiche Tätigkeit wie die Beschäftigten des Bestellers.

Zusätzlich wird die fehlende eigenverantwortliche Organisation damit umschrieben, dass das vermeintliche Werkvertragsunternehmen unfrei in der Zeiteinteilung ist, weil i. d. R. die Arbeitsmittel des Bestellunternehmens eingesetzt werden, eine hohe Einflussnahme des Bestellers auf Anzahl und Qualifikation der eingesetzten Beschäftigten erfolgt. Zur Beweislastumkehr wird gefordert müssen die Werkvertragsunternehmen im Zweifelsfall das Vorliegen eines Werkvertrags nachweisen. Entscheidend soll nicht der Vertragsinhalt sein, sondern die tatsächliche Durchführung des Vertrags im Betrieb. Können der Nachweis nicht erbracht werden, dann sei von Leiharbeit auszugehen.

Die Fraktion DIE LINKE fordert, als Kern eines „Gesetzes zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen“ ebenfalls die Aufstellung einer Vermutung für Scheinwerkverträge. Danach soll stets von einem Scheinwerkvertrag auszugehen sein, wenn ein/eine von seinem oder ihrem Arbeitgeber bei einem anderen Arbeitgeber eingesetzter/eingesetzte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin eine Tätigkeit auch nach Weisungen des anderen Arbeitgebers verrichtet und

1. die Tätigkeit mit der eines oder einer beim anderen Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmers oder Arbeitnehmerin vergleichbar ist oder

2. im Wesentlichen Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers verwendet werden;
3. der entsendende Arbeitgeber nicht für das Ergebnis der Tätigkeit haftet;
4. der Arbeitgeber von dem anderen Arbeitgeber eine nach Zeiteinheiten bemessene Vergütung erhält;
5. der bei dem anderen Arbeitgeber eingesetzte Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in die Arbeitsorganisation und das Arbeitszeitregime des anderen Arbeitgebers eingebunden ist.

Beide Anträge zeigen auf, dass ein großes Bedürfnis der Praxis danach besteht, eine handhabbare Abgrenzung im Hinblick darauf zu erhalten, was eine zulässige und was eine missbräuchliche Werkvertragsgestaltung ist. Das ist jedoch kein Sonderproblem der Abgrenzung des (Schein-)Werkvertrags, sondern betrifft den gesamten Bereich des drittbezogenen Arbeitseinsatzes von sogenannten Fremdfirmenarbeitnehmern, die auf der Grundlage von Werk-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen im Betrieb eines Arbeitgebers tätig werden. Rechtspolitisch ist dazu dringend geboten, die Auslagerung von betrieblichen Funktionen mit Hilfe von Verträgen zu stoppen, die sich nur zum Schein grundsätzlich zulässiger Gestaltungsformen bedienen. Auszugehen ist davon, dass eine zulässige unternehmerische Organisationsentscheidung auch darin bestehen kann, bisher im Betrieb durchgeführte Arbeiten an ein anderes Unternehmen zu vergeben.³ Allerdings respektiert die Rechtsprechung diese Organisationsentscheidung kündigungsrechtlich nur, soweit diese Arbeiten dem anderen Unternehmen zur selbständigen Durchführung sei es in Form eines Werk- oder Dienstvertrags übertragen werden. Da bei Leiharbeit dem Entleiher das Weisungsrecht verbleibt, ist die Freikündigung von Stammarbeitsplätzen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern als sogenannte Austausch Kündigung unzulässig. Schon dieser Umstand ist ein Anreiz für Scheingestaltungen. Hinzukommt seit dem 1. Januar 2012 die Geltung der Mindestentgeltsätze für Leiharbeit. Das bewirkt einen weiteren Anreiz für die Verdeckung von Leiharbeit durch Scheinverträge. Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat einen umfangreichen Kriterienkatalog zur Abgrenzung entwickelt⁴. Danach bietet der zwischen den beteiligten Arbeitgebern geschlossene Vertrag nur einen ersten Anhaltspunkt. Entscheidende Bedeutung erlangt die übereinstimmend gewollte Vertragsabwicklung. Maßgebliche Kriterien sind insoweit die Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers und die Ausübung der Tätigkeit nach den arbeitsrechtlichen Weisungen durch diesen bzw. dessen Repräsentanten. Die Rechtsprechung hat es jedoch – schon wegen ihrer Begrenzung auf Einzelfallentscheidungen – nicht leisten können angesichts der vielfältigen Differenzierungsmöglichkeiten und von kreativen Juristen erfundenen Gestaltungsvarianten eine Formel für

³ So zum Problem der Austausch Kündigung BAG 16.12.2004 - 2 AZR 66/04 - NZA 2005 - 761 ff.

⁴ BAG 10.10.2007 - 7 AZR 448/06; BAG 13.12.2005 - 1 ABR 51/04 - NZA 2006, 1369; BAG 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 - EZA § 1 AÜG Nr. 13, m. Kritischer Anm. Hamann.

die geforderte „eindeutigen und praxistaugliche Abgrenzung“ zu entwickeln.⁵ Der Gesetzgeber hat bisher vor der ihm nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung zugewiesene Regelungsaufgabe „gekniffen“ Er sollte die Anregungen aus beiden Anträgen aufnehmen. Denn nur durch eine widerlegbare Vermutung kann in der Praxis ein handhabbare Abgrenzung erfolgen. Diese Vermutung beschwert auch nicht redliche Arbeitgeber. Wer sich der zulässigen Form des Werk-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrags bedient, kann auch nachweisen, dass der tatsächlich vollzogene Geschäftsinhalt dem entspricht, was als Überschrift über dem Vertrag gesetzt wurde. Die sich weiter stellende Rechtsfrage ist allerdings, wem kommt die Vermutung zu gute. Hier ist noch nachzuarbeiten. Denn es gibt nur wenige Scheindienstvertrags- oder Scheindienstvertragsarbeitnehmer, die zur Klage bereit sind. Hinzukommt, wenn verdeckte Leiharbeit vorliegt, greift im Grundsatz zwar die Fiktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs.1 AÜG ein. Da aber fast alle Schweinwerk- oder Scheindienstvertragsnehmer sich vorsorglich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besorgen, geht diese Sanktionsdrohung ins Leere. Somit bleibt nach geltendem Recht als effektive Sanktionsdrohung, die zur Beachtung des Rechts anhält, nur das Risiko der Nachforderung von Beiträgen durch die Sozialversicherungsträger. Es wäre zur Effektivierung des Rechts und zum Schutz des redlichen Arbeitgebers vor unfairen Wettbewerbern erwägenswert, den Arbeitgebern und ihren Verbänden durch Änderung des UWG eine Klagemöglichkeit zu eröffnen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Unterschreitung allgemeinverbindlicher und gesetzlicher Mindestentgelte.

III. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Als „problematisch“ wird in dem Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN angesehen, dass den Betriebsräten zumeist nicht ausreichend Informationen über Werkverträge im Betrieb vorliegen. Damit Betriebsräte besser beurteilen können, ob mit Werkverträgen Leiharbeit umgangen wird, sollen ihre Rechte gestärkt werden. Flankierend soll dazu in § 92 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) verankert werden, dass Betriebsräte „bei der Vergabe von Werkverträgen, die personalpolitische Relevanz für den Betrieb haben, sowie über die Anzahl der Werkvertragsbeschäftigten Auskunft erhalten“. Weitergehend als im Forderungskatalog der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN will die Fraktion DIE LINKE in § 92b BetrVG dem Betriebsrat nicht nur Informationsrechte sondern ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen einräumen.

Beide Anträge beklagen, dass Betriebsräte zumeist keine Einsicht in den Vertrag zwischen Arbeitgebern und Werkvertragsunternehmen erhalten. Das entspricht dem Ergebnis der Betriebsrätebefragung der

Gewerkschaft NGG, nach der 60% der befragten Betriebsräte keinen Einblick erhalten haben. Dieses Ergebnis entspricht jedoch nicht dem Stand der Rechtsprechung. Danach kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber insbesondere verlangen, dass ihm die Verträge mit den Fremdfirmen, die Grundlage dieser Beschäftigung sind, zur Verfügung gestellt werden. Er kann weiter verlangen, dass ihm die Listen zur Einsicht zur Verfügung gestellt werden, aus denen sich die Einsatztage und Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen ergeben.⁶ Es liegt insoweit ein beträchtliches Vollzugsdefizit vor. Eine der Ursachen dürfte sein, dass der Wortlaut des Betriebsverfassungsrechts insoweit nicht deutlich genug ist. Der Auskunftsanspruch leitet sich aus § 80 Abs. 2 BetrVG ab: Danach hat der Betriebsrat Auskunft zu erhalten, insoweit er die Auskunft zur Durchführung seiner Aufgaben des Betriebsrats benötigt. Im Fall von Werk- und Dienstverträgen besteht die unter § 80 Abs. 2 BetrVG fallende Aufgabe des Betriebsrats in der Wahrnehmung von bei Scheinverträgen bestehenden Mitbestimmungsrechten nach § 99 BetrVG. Das BAG hat deshalb anerkannt, dass der Betriebsrat in Bezug auf diese Mitbestimmungsrechte Unterrichtung verlangen kann, um ihm die Prüfung zu ermöglichen, ob eine Eingliederung und damit eine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG vorliegt.⁷ Die Praxis hat offensichtlich Probleme mit der Umsetzung dieser Rechtsprechung. Es ist daher angezeigt, dass der Gesetzgeber sie zur Grundlage einer im Wortlaut des BetrVG sich widerspiegelnden Regelung macht. Folgerichtig wird im Antrag der Fraktion DIE LINKE auch eine Erweiterung des Kataloges der Zustimmungsverweigerungsgründe in § 99 Abs.2 BetrVG gefordert. Soweit mit Werk-, Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträgen personalpolitische Ziele verfolgt werden, ist legitim. Deshalb wird in dem Antrag das Zustimmungsverweigerungsrecht auch an der Besorgnis von Nachteilen für die Stammebelegschaft angeknüpft. Das ist eine folgerichtige Reaktion darauf, dass diese Art von Verträgen die Arbeitnehmerüberlassung substituieren sollen. Allerdings sollte der Begriff des „Nachteils“ zumindest beispielhaft konkretisiert werden, damit die Vorschrift nicht weitgehend leer läuft. Denn nach dem Stand der Rechtsprechung erfordert der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG die durch Tatsachen begründete Besorgnis, dass im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt wäre. Als „Sonstige Nachteile“ werden nur nicht unerhebliche Verschlechterungen in der tatsächlichen oder rechtlichen Stellung eines Arbeitnehmers angesehen. Der Verlust einer Chance auf eine vorteilhafte Veränderung, wie z. B. die Übernahme eines befristeten Arbeitnehmers in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, stellt keinen derartigen Nachteil dar. Dazu müsste entweder ein Rechtsanspruch auf die erstrebte Veränderung bestanden oder zumindest eine tatsächliche Position sich bereits zu einer recht-

⁵ Zur Kritik der zu sehr einzelfallbezogenen Rechtsprechung, Hamann, Erkennungsmerkmal der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Schweinwerkverträgen, Berlin 1995; und in jüngerer Zeit: Hamann jurisPR-ArbR 5/2009 Anm. 2.

⁶ BAG. 31.01.1989 - 1 ABR 72/87 - NZA 1989, 932.

⁷ vgl. BAG 15.12.1998 - 1 ABR 9/98 - NZA 1999, 722.

lich erheblichen Anwartschaft verstärkt haben.⁸ Darüber hinaus kann im Rahmen des geltenden Rechts der Betriebsrat bereits von seinem Recht nach § 92a BetrVG Gebrauch machen, gegenüber dem Arbeitgeber auch Alternativen zur Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen vorschlagen. Der Arbeitgeber muss den Vorschlägen des Betriebsrates im Ergebnis zwar nicht folgen, hat die Vorschläge gem. § 92 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG aber mit dem Betriebsrat zu beraten. Hält er die Vorschläge des Betriebsrates für unbegründet, trifft ihn die Pflicht, seine Entscheidung zu begründen. Damit wird klargestellt, dass die eine unternehmerisch begründete Entscheidung zur Ausgliederung nicht der Mitbestimmung sondern nur der Beteiligung des Betriebsrats im Hinblick auf zu besorgende Nachteile für die Belegschaft unterliegt.

mit dem dort geltenden Mindestlohn von 8,88 Euro berichtet.

IV. Überwachungsaufgabe

Recht darf sich nicht in Deklarationen oder Symbolen erschöpfen. Es muss effektiv gemacht werden. Deshalb ist die Forderung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN angebracht, den Aufgabenkatalog der Bundeszollverwaltung soll in § 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) ausdrücklich um eine Prüfaufgabe zu erweitern. Jedoch sollte nicht die geforderte Aufgabenerweiterung „auf Werkvertrag und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung“ beschränkt werden, sondern weitergehen und alle Scheinverträge einbeziehen. Mag sich auch aus dem Kontext § 2 des SchwarzArbG bereist eine Zuständigkeit ergeben, so ist zumindest eine Klarstellung angebracht; denn die Bundesagentur für Arbeit (BA) hat im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ebenfalls eine Zuständigkeit, die allerdings nicht das Prüfrecht bei Unternehmen einschließt, die nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem AÜG sind.

Zweckmäßig ist der weitere Vorschlag, bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) eine Anlaufstelle einzurichten, an die sich die Beschäftigten unbürokratisch wenden können. Diese Einrichtung erleichtert insbesondere den aus dem Ausland entsandten Arbeitnehmern die Klärung für sie schwieriger Rechtsfragen. Sie vermeidet auch, dass voreilig falsche Anschuldigungen öffentlich erhoben werden.

V. Mindestlohn

Die Fraktion DIE LINKE nimmt das Werkvertragsproblem zum Anlass, eine Reform des Grundsatzes von Equal Pay und Equal Treatment, wie er insbesondere in § 9 Nr.2 AÜG enthalten ist, zu verlangen. Die Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot sollen wegfallen: Das ist eine rechtspolitische Diskussion, die m. E. nicht jetzt, sondern im Rahmen der noch immer nicht endgültig abgeschlossen Reform des AÜG geführt werden sollte. Diskussionswürdig zur Bekämpfung von missbräuchlichen Verlagerungen von Arbeitsaufgaben durch Nutzung von Scheinverträgen erscheint mir dagegen die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns. Dazu wird aus den Niederlanden von positiven Erfahrungen

⁸ vgl. BAG 01.06.2011 - 7 ABR 117/09 - NZA 2011, 1435; BAG 26.10.2004 - 1 ABR 45/03 - zu B I 3 b aa der Gründe, BAGE 112, 251.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)852

17. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengemann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Jürgen Ulber, Darmstadt

Zu den Anträgen der Fraktionen von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen und deren Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung nehme ich wie folgt Stellung.

I. Notwendigkeit gesetzlicher Abgrenzungskriterien für Werk- und Arbeitnehmerüberlassungsverträge

Das Problem der Abgrenzung von Werk- und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen besteht seit der Zulassung von Leiharbeit infolge der Entscheidung des BVerfG im Jahre 1967. Bereits im Jahre 1975 existierte ein Referentenentwurf, der Kriterien zur Abgrenzung aufstellte, jedoch im Verlauf des seinerzeitigen Gesetzesverfahrens nicht in eine gesetzliche Regelung mündete (vgl. Ulber, AÜG, 4. Aufl., 2011, Einl. C, Rn. 40; vgl. auch 2. Erf.- Bericht der Bundesregierung, BT- Drs. 7/5631). Durch veränderte Formen der betrieblichen Beschäftigungspolitik, insbesondere durch den verstärkten Einsatz von Leiharbeitnehmern und den Rückgriff auf den Werkvertrag als personalpolitischem Instrument, haben sich die Abgrenzungsprobleme erheblich vergrößert. Die Rechtsprechung ist mittlerweile durch eine Vielzahl kasuistischer und sich zum Teil widersprechender Einzelentscheidungen geprägt, die dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht Rechnung tragen können und insbesondere in Grenzfällen zu keinen gesicherten Ergebnissen führen. In manchen Entscheidungen sind bis zu 20

Abgrenzungskriterien enthalten, die ihrerseits durch weitere Haupt- und Hilfskriterien unterteilt sind (Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, S. 71ff.). Zum Teil werden selbst völlig sachfremde Kriterien zur Bewältigung des Abgrenzungsproblems herangezogen. Beispielfähig sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass sich die Frage, ob ein Werkvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, nach Auffassung des BAG auch danach beurteilen soll, ob es sich um ein großes oder kleines Unternehmen handelt (v. 5.3.1991- 1 ABR 39/90- AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972).

Die beiden Anträge sind darauf gerichtet, durch die gesetzliche Verankerung von Vermutungstatbeständen den bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Einsatz von Arbeitnehmern auf werkvertraglicher Grundlage zu begegnen. Das Anliegen der Antragsteller folgt insoweit einem dringenden Anliegen der Praxis. Der materielle Gehalt der von beiden Fraktionen geforderten Abgrenzungskriterien ist weitgehend identisch. Die Anträge unterscheiden sich allerdings in den Rechtsfolgen, die sich bei Erfüllung eines Vermutungstatbestandes ergeben.

II. Der Werkvertrag als Instrument der Personalplanung

Soweit der Werkvertrag funktionsgerecht für Arbeiten eingesetzt wird, die nicht unmittelbar den Betriebszwecken dienen und nicht von der eigenen

Stammebelegschaft erledigt werden können, ergibt sich keine Notwendigkeit einer gesetzlichen Abgrenzungsregelung. Ziff. II.1.a)1. des Antrags der Fraktion DIE LINKE stellt dies dadurch klar, dass auf die vergleichbare Tätigkeit eines Stammbeschäftigten abgestellt wird.

Die Notwendigkeit einer Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung besteht, soweit der Werkvertrag als Instrument der Personalplanung und Personalbedarfsdeckung eingesetzt wird. Je nach Interessenlage sind Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung dabei gegenseitig substituierbar. Beiden Instrumenten ist gemein, dass sie zur Senkung der Lohnkosten und zur Externalisierung von Beschäftigungsrisiken auf die Fremdfirmen bzw. die dort Beschäftigten dienen.

Der Lohnkostenaspekt bildet vor allem in arbeitsintensiven Sektoren der Wirtschaft (z.B. Baugewerbe, Reinigungsdienste, Pflegeleistungen) das vorrangige Motiv, auf Fremdfirmenarbeitnehmer zurückzugreifen. Eine Befragung der Gewerkschaft NGG hat ergeben, dass die Lohndifferenz zu den Stammbeschäftigten bis zu 10 Euro betragen kann. Mit dem Ziel, die betrieblich geltenden Arbeitsbedingungen zu unterschreiten, werden Leiharbeitnehmer eingesetzt, wenn die Niedriglöhne der Verleihbranche unterhalb des (insbesondere allgemeinverbindlichen) tariflichen oder betrieblichen Niveaus der Branche eines Werkunternehmers liegen. Umgekehrt wird auf den Werkvertrag zurückgegriffen, wenn das Arbeitsentgelt beim Verleiher das vom Werkunternehmer zu zahlende Arbeitsentgelt unterschreitet. Dies gilt verstärkt seit Erlass der Rechtsverordnung nach § 3a AÜG zum Mindeststundenentgelt und ist heute gängiger Bestandteil des Konzepts arbeitgebernaher Beratungsinstitute.

In kapitalintensiven Sektoren der Wirtschaft (z.B. Handy-Produktion, Automobilbau) wird auf Fremdfirmenarbeitnehmer vorrangig zurückgegriffen, um aus § 615 BGB bzw. § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG sowie aus dem Kündigungsschutz folgende Beschäftigungsrisiken und Fluktuationskosten (insbesondere Sozialplankosten) zu vermeiden. Eine von Dudenhöffer im Auftrag der Fa. Randstad durchgeführte Repräsentativbefragung in der Automobilindustrie bestätigt dies in eindrucksvoller Weise. Soweit bislang auf Dauerarbeitsplätzen Leiharbeitnehmer eingegliedert in die Arbeitsorganisation eingesetzt wurden, ist dies zukünftig infolge der Einfügung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht mehr möglich. Die Einsatzbetriebe (z.B. Anbieter mit Gestellungsverträgen im Gesundheitswesen) aber auch die Verleihbranche (z.B. das Unternehmen 4you@work) reagieren darauf, indem die bisherigen Arbeitnehmerüberlassungsverträge in Werk- bzw. Dienstverträge umgewandelt werden, ohne dass die Betriebs- und Arbeitsorganisation verändert wird. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit den Verhältnissen unter der Geltung der Höchstesatzfristen nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F. . Wissenschaftliche Studien des ISO-Instituts in Köln hatten seinerzeit ergeben, dass auf einen legalen Werkvertrag sechs (im Baubereich zehn) illegale Werkverträge fallen.

III. Materieller Gehalt der vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien

Die in den Anträgen enthaltenen Vermutungstatbestände lassen sich grob danach unterscheiden, ob sie an die Tätigkeit des Arbeitnehmers beim Werkbesteller anknüpfen (s.u. III.1 bis III.3), und insoweit arbeitsrechtliche Bezüge aufweisen, oder ob sie typische Vertragspflichten der Parteien eines Werkvertrags betreffen (s.u. III.4 bis III.6.) und daher eher zivilrechtlicher Natur sind.

1. Weisungsrecht

In beiden Anträgen löst die Wahrnehmung des Weisungsrechtes durch den Werkbesteller den Vermutungstatbestand aus. Im Grundsatz handelt es sich hierbei lediglich um eine Klarstellung, da das Weisungsrecht des Arbeitgebers im Unterschied zum Anweisungsrecht des Werkbestellers immer und ausschließlich vom Werkunternehmer wahrgenommen werden muss. Das Vorliegen eines Werkvertrags ist regelmäßig ausgeschlossen, wenn der Werkbesteller das Weisungsrecht ausübt (BAG v. 8.11.1978- 5 AZR 261/77- AP Nr. 2 zu § 1 AÜG). Die gesetzliche Klarstellung erscheint jedoch im Hinblick darauf sinnvoll, dass das Bundesarbeitsgericht unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit (vgl. BAG v. 13.5.1992- 7 AZR 284/91- NZA 1993, 357) oder unter der Voraussetzung der Ausübung des Weisungsrechtes im Interesse des Inhabers des Einsatzbetriebs (v. 13.8.2008- 7 AZR 269/07- EzaÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 121) keine eindeutige Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag ermöglicht.

Nach dem Antrag der Fraktion DIE LINKE soll der Vermutungstatbestand auch erfüllt sein, wenn die Tätigkeit „auch“ nach Weisungen des Werkbestellers erfolgt. Danach kann der Vermutungstatbestand auch erfüllt werden, wenn neben dem Werkunternehmer als vertraglichem Arbeitgeber auch der Werkbesteller Weisungen erteilt. Dies entspricht im Grundsatz den werkvertraglichen Regelungen. Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird dadurch Rechnung getragen, dass den Unternehmen der Antritt des Gegenbeweises ermöglicht wird (s.u. III).

Soweit das Weisungsrecht vom Werkunternehmer ausgeübt wird, liegt tatbestandlich kein Werkvertrag, sondern immer Arbeitnehmerüberlassung vor. Von daher muss die Wahrnehmung des Weisungsrechtes (auch) durch den Werkbesteller für sich genommen und ohne weitere Voraussetzungen den Vermutungstatbestand auslösen. Soweit der Vermutungstatbestand nach Ziff. II. 1. d) des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nur erfüllt sein soll, wenn zusätzlich („und“) eine Eingliederung der Fremdfirmenbeschäftigten in die Betriebsabläufe des Bestellerbetriebes erfolgt, sollte der Tatbestand der Eingliederung im Hinblick auf Arbeiten, die relativ weisungsfrei durchgeführt werden können (z.B. Forschungs- und Entwicklungsarbeiten), alternativ und nicht kumulativ in eine eigenständige Vermutungsregelung aufgenommen werden.

2. Selbständige und eigenverantwortliche Arbeitsorganisation

Schon nach geltendem Recht hat der Werkunternehmer die Arbeiten beim Werkbesteller nach eigenen Vorstellungen und im Rahmen einer eigenständigen und eigenverantwortlichen Arbeitsorganisation unter Einsatz von eigenem Leitungspersonal zu organisieren. Werden die Arbeiten eingegliedert in die Betriebsabläufe oder die Arbeitsorganisation des Werkbestellers durchgeführt, sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt (vgl. BAG v. 14.6.1984- 2 AZR 215/83- EZAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 7). Die in Ziff. II.1.c) und d) des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Ziff. II. 1. a.5. der Fraktion DIE LINKE enthaltenen Abgrenzungskriterien stellen dies klar und vermeiden in der Praxis bestehende Auslegungsschwierigkeiten.

3. Vergleichbarkeit der Tätigkeit von Stamm- und Fremdfirmenbeschäftigten

Nach Ziff. II. 1. a)1. des Antrags der Fraktion DIE LINKE und Ziff. II.1.f. des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN soll ein Tatbestand geschaffen werden, nach dem bei Durchführung einer vergleichbaren bzw. gleichen Arbeit von Stammbeschäftigten eine Vermutung dafür spricht, dass kein Werkvertrag vorliegt. Das Kriterium der vergleichbaren Arbeit wird von der Rechtsprechung bereits bei der Abgrenzung von freiem Mitarbeiter und Arbeitnehmer herangezogen (vgl. BAG v. 17.1.2006- 9 AZR 61/05). Eine entsprechende gesetzliche Regelung beim Werkvertrag könnte in der Praxis einen erheblichen Teil der Abgrenzungsprobleme beseitigen. Gleichzeitig würde klargestellt, dass ein vermischtes Arbeiten von Stamm- und Fremdfirmenbeschäftigten die Illegalität des Werkvertrags indiziert.

4. Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags

Nach § 631 Abs. 1 BGB ist der Werkvertrag erfolgsbezogen auf ein Arbeitsergebnis konzipiert. Wird kein konkretes, qualitativ und quantitativ individualisierbares Arbeitsergebnis geschuldet und abgenommen, scheidet das Vorliegen eines Werkvertrags aus. Ein Zusammenwirken von Stamm- und Fremdfirmenarbeitnehmern bei der Erstellung des Werkes ist dabei ausgeschlossen (BAG v. 8.11.1978- 5 AZR 261/77- AP Nr. 2 zu § 1 AÜG). Dem entspricht der in Ziff. II.1.a) des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN enthaltene Vermutungstatbestand. Durch das Wort „konkret“ wird dabei klargestellt, dass in Werkverträgen und insbesondere in Werkrahmenverträgen häufig anzutreffende allgemeine Formulierungen zu den Vertragspflichten (z.B. Durchführung von Schlosser- oder Elektroarbeiten) nicht ausreichen, um von einer Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags auszugehen. Gleichzeitig wird hiermit die Grenzziehung zwischen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und dem werkvertraglichen Anweisungsrecht erleichtert (vgl. hierzu BAG v. 30.1.1991- 7 AZR 497/89- AP Nr. 8 zu § 10 AÜG).

5. Erstellung eines mangelfreien Werkes und Abrechnung nach Zeiteinheiten

Aus der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags (§ 631 BGB) folgt, dass der Werkunternehmer auf der

Grundlage einer bei Vertragsschluss vereinbarten Festpreis- Vergütung zur Erstellung eines abnahmefähigen und mangelfreien Werkes verpflichtet ist. Dies schließt die Verpflichtung ein, Mängel zu beseitigen ohne hierfür eine (über den vereinbarten Festpreis hinausgehende) Vergütung verlangen zu können. Eine Abrechnung nach Zeiteinheiten steht hiermit nur in Einklang, soweit diese als kalkulatorische Größe in die Vergütung einfließen und keine Arbeitszeit umfassen, die für eine Beseitigung von Mängeln aufgewandt werden muss. Wird die Verpflichtung zur Mängelbeseitigung als vertragliche Hauptleistungspflicht des Werkunternehmers ausgeschlossen oder wird nach der von den Fremdfirmenbeschäftigten aufgewandten Arbeitszeit abgerechnet, deutet dies darauf hin, dass nicht ein werkvertraglicher Erfolg, sondern die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Vordergrund der Vertragszwecke steht und den Geschäftsinhalt ausmacht. Dennoch ist die höchstrichterliche Rechtsprechung widersprüchlich (vgl. BAG v. 25.6.1986- 5 AZR 493/83- EZAÜG § 1 AÜG Arbeitsvermittlung Nr. 9 einerseits und v. 8.11.1978- 5 AZR 261/77- AP Nr.2 zu § 1 AÜG andererseits). Die in den Anträgen der Fraktion DIE LINKE unter Ziff. II.1.a.3. und 4. sowie der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN unter Ziff. II.1. b) und e) vorgeschlagenen Regelungen enthalten insoweit eine Klarstellung, die bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigen kann.

6. Gestellung von Material und Werkzeug durch den Besteller

Die eigenverantwortliche Gestellung und Auswahl von Material und Werkzeug gehört zu den Hauptleistungspflichten des Werkunternehmers. Nach Ziff. II.1.a)3 des Antrags der Fraktion DIE LINKE soll bei einer entgegenstehenden Praxis eine Vermutung für das Vorliegen eines Scheinwerkvertrags sprechen. Die derzeit fehlende Regelung zur Bedeutung der Gestellung von Material und Werkzeug hat u.a. dazu geführt, dass sogar dasselbe Instanzengericht zu sich widersprechenden Ergebnissen gelangen kann (vgl. LAG Baden- Württemberg v. 11.4.1989- 14 TaBV 10/88- EZAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 21 einerseits und v. 25.1.1991- 15 Sa 104/90- BB 1992, Beil. 14, 11 ff. andererseits). Der Vermutungstatbestand ist geeignet, um die bestehenden Unsicherheiten zu beseitigen. Ausnahmesituationen, in denen besondere Materialien oder Spezialwerkzeuge zur Erstellung des Werkes erforderlich sind, kann im Rahmen des Entlastungsbeweises (s.u. IV) Rechnung getragen werden.

IV. Entlastungsbeweis bei Vorliegen eines Vermutungstatbestandes

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist im Rahmen von § 1 Abs. 2 AÜG der Antritt des Gegenbeweises ausgeschlossen, wenn ein Fall gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung gegeben ist (BAG v. 23.11.1988- 7 AZR 34/88- AP Nr. 14 zu § 1 AÜG). Dementgegen sehen die Anträge beider Fraktionen die Möglichkeit vor, den Gegenbeweis generell antreten zu können. Die Vermutungstatbestände sind danach widerlegbar konzipiert, was im Hinblick auf deren indiziellen Charakter plausibel erscheint.

Auch wird durch die Möglichkeit des Gegenbeweises Bedenken Rechnung getragen, die sich bei einer uneingeschränkten und unwiderlegbaren Anwendung einzelner Vermutungstatbestände ergeben könnten.

Die Beweisspflicht liegt nach beiden Anträgen bei den beteiligten Unternehmen. Eine derartige Beweislastverteilung erscheint erforderlich, da der Arbeitnehmer im Regelfall weder die vereinbarten Vertragsbedingungen noch die Arbeits- und Betriebsorganisationen von Werkbesteller und Werkunternehmer kennt, um das Vorliegen eines Scheinwerkvertrags zu beweisen.

IV. Rechtsfolgen bei fehlendem Gegenbeweis

Kann der Gegenbeweis nicht erbracht werden, soll der illegale Werkvertrag nach dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN rechtlich wie eine Arbeitnehmerüberlassung zu behandeln sein (Ziff. II. 1. Satz 5). Nach dem Antrag der Fraktion DIE Linke liegt ggf. ein Scheinwerkvertrag vor.

a. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Rechtsfolge einer legalen Arbeitnehmerüberlassung

Da der Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN keine weiteren Einschränkungen enthält, ist davon auszugehen, dass sich der betroffene Arbeitnehmer nach den Bestimmungen des AÜG wie ein legal überlassener Leiharbeiter behandeln lassen muss. Nach § 613 Satz 2 BGB ist ein Arbeitnehmer jedoch nur bei einer vor Beginn des Einsatzes bei einem Dritten ausdrücklich erteilten Zustimmung verpflichtet, als Leiharbeiter tätig zu werden. Die vorgeschlagene Regelung der Rechtsfolgen und die hiermit verbundene Erweiterung der Leistungspflichten des Arbeitnehmers greift in die gem. Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsmäßig geschützte Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers ein. Zur Zweckerreichung einer gesetzlichen Regelung, illegalen Formen des Werkvertrags vorzubeugen, ist dieser Eingriff nicht erforderlich. Ihr Zweck kann auch erreicht werden, wenn die Rechtsfolge von Verstößen des Arbeitgebers in der Pflicht zur Beendigung des illegalen Einsatzes von Arbeitnehmern besteht. Auch ist es mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur schwer zu vereinbaren, illegale Werkverträge dadurch zu legalisieren, dass dem Arbeitnehmer entgegen seinem Willen und entgegen dem Schutz von § 613 Satz 2 BGB zusätzliche Leistungspflichten auferlegt werden.

b. Rechtsfolgen beim Arbeitsentgelt

Bleiben die Rechtsfolgen der Vermutung auf das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung beschränkt, hat dies bezogen aus das Arbeitsentgelt lediglich zur Folge, dass die Gleichstellungsgrundsätze von § 9 Nr. 2 AÜG wie bei legaler Leiharbeit zur Anwendung kommen. Die Rechtsfolgen eines illegalen Werkvertrags wären danach dieselben wie bei legaler Arbeitnehmerüberlassung. Dabei treffen die Rechtsfolgen der Vermutung hinsichtlich des Arbeitsentgelts ausschließlich den Verleiher. Der Unrechtsge-

halt des illegal tätigen, vermeintlichen Werkbestellers/Entleihers unterläge keiner Sanktion.

Eine abschreckende Wirkung kann von der Vermutungsregelung allenfalls für den vermeintlichen Werkunternehmer/Verleiher infolge erhöhter Lohnkosten ausgehen. Diese Folgen sind jedoch angesichts des niedrigen Lohnniveaus in der Verleihbranche als gering einzustufen. Daneben können die Rechtsfolgen einer legalen Arbeitnehmerüberlassung nur in den Fällen zu einem verbesserten Sozialschutz der betroffenen Beschäftigten beitragen, in denen das vertraglich geschuldete Arbeitsentgelt noch niedriger ist, als das nach den Tarifverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung bzw. auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 3a AÜG zu zahlende Arbeitsentgelt.

In den Fällen, in denen das vertraglich geschuldete Arbeitsentgelt das auf Grundlage einer Arbeitnehmerüberlassung gezahlte Arbeitsentgelt übersteigt, birgt die vorgeschlagene Regelung daneben die Gefahr in sich, dass illegal tätige Werkvertragsunternehmen die illegal überlassenen Leiharbeiter auf die niedrigeren Arbeitsentgelte der Verleihbranche verweisen. Davon abgesehen erscheint es unter der Zielsetzung der Anträge, Lohndumping einzuschränken, fraglich, ob die in der Verleihbranche geltenden Niedriglöhne (die allenfalls sechzig Prozent der Branchenlöhne bei den Werkbestellern ausmachen), erst recht aber die auf der Grundlage einer Rechtsverordnung gem. § 3a AÜG zu zahlenden und zumindest bei qualifizierten Tätigkeiten gegen § 138 BGB verstoßenden Mindeststundentgelte, Maßstab einer angemessenen Entlohnung von illegal beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmern sein können.

Hinsichtlich ihres Unrechtsgehalts ist die Praxis, das Niedriglohnniveau in der Verleihbranche durch illegale Werkverträge zu unterlaufen, mit den Fällen vergleichbar, in denen ein Verleiher das in den Tarifverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung bzw. das in einer Rechtsverordnung nach § 3a AÜG geregelte Lohnniveau unterschreitet. Hier gilt gem. § 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG schon nach geltendem Recht unabdingbar und uneingeschränkt der Gleichstellungsgrundsatz. Zur Verhinderung von Lohndumping könnten die Rechtsfolgen dieser Vorschrift auch auf Fälle des Scheinwerkvertrags erstreckt werden. Mit einer derart uneingeschränkten Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes würden gleichzeitig aus Art. 5 Abs. 1 der RL 2008/104/EG folgende gemeinschaftsrechtliche Bedenken ausgeräumt. Eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten des Arbeitnehmers lässt sich richtlinienkonform kaum damit rechtfertigen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer illegal im Rahmen eines Scheinwerkvertrags überlassen hat.

c. Auswirkungen der Vermutungsregelung auf den Bestand von Arbeitsplätzen

Eine dauerhafte Besetzung von Stammarbeitsplätzen lässt sich über Leiharbeit als Instrument zur vorübergehenden Personalbedarfsdeckung nicht erreichen. Da Arbeitnehmer auf werkvertraglicher Grundlage ohne zeitliche Begrenzung Dauerarbeitsplätze besetzen können, wird insoweit verstärkt auf

den Scheinwerkvertrag zurückgegriffen, um die Begründung eines eigenen Arbeitsverhältnisses zu vermeiden und die Rechtsfolgen von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zu umgehen.

Selbst wenn nachgewiesen werden kann, dass der Einsatzbetrieb Arbeitnehmer auf werkvertraglicher Basis illegal beschäftigt, bleibt dies bei Anwendbarkeit des AÜG für den Werkbesteller ohne Folgen. Die Sanktion des fingierten Arbeitsverhältnisses mit dem Werkbesteller nach § 10 Abs. 1 AÜG greift nur, wenn der Werkunternehmer nicht im Besitz der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist. Um diese Rechtsfolge auszuschließen, verlangen die Einsatzbetriebe in der Praxis nahezu ausnahmslos, dass sich der Werkunternehmer vorsorglich die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besorgt. Dies reicht nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung aus, um den illegal tätigen Werkbesteller von Sanktionen zu befreien. Das Bundesarbeitsgericht hat seine frühere Rechtsprechung (entgegen den erklärten Zielsetzungen des Gesetzgebers; vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 247) aufgegeben, wonach der Scheinwerkvertrag wegen der Vermutungswirkungen von § 1 Abs. 2 AÜG die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Einsatzbetrieb zur Folge hatte (vgl. BAG v. 28.6.2000- 7 AZR 100/99- AuR 2001, 116).

Die derzeit fehlenden arbeitsrechtlichen und beschäftigungspolitischen Sanktionen sind eine entscheidende Ursache für die bestehende rechtswidrige Praxis. Im Zusammenhang mit vermuteter Arbeitnehmerüberlassung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber nach Art. 10 der RL 2008/104/EG zur Leiharbeit verpflichtet ist, einem Missbrauch durch angemessene, wirksame und abschreckende Sanktionen zu begegnen. Ohne derartige Sanktionen gegenüber dem Werkbesteller wird sich am Missbrauch des Werkvertrags vermutlich entgegen dem Anliegen der Antragsteller nichts ändern.

V. Rechtsfolgen bei Ausgliederung

Nach Ziff. II.1.b. des Antrags der Fraktion DIE LINKE soll Arbeitnehmern hinsichtlich des Arbeitsentgelts und der Arbeitsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen ein Gleichstellungsanspruch gegen den Werkunternehmer eingeräumt werden, wenn sie auf der Grundlage eines legalen Werk- oder Dienstvertrags beim Werkbesteller Arbeiten verrichten. Mit dem Vorschlag will der Antragsteller erkennbar einem Missbrauch des Werkvertrags zum Zwecke des Lohndumpings und einer Flucht aus den Tarifverträgen begegnen. Der Antrag verfolgt insoweit legitime sozialpolitische Ziele. Der zugrunde liegende Sachverhalt ist mit den Fällen vergleichbar, die im Rahmen von § 9 Nr. 2 AÜG in der seit dem 1.12.2012 geltenden Fassung bei einem Rückentleih zu einem Gleichstellungsanspruch führen. Im Unterschied zu dieser Regelung setzt der Vorschlag jedoch nicht voraus, dass der Fremdfirmenbeschäftigte vormals beim Werkbesteller beschäftigt und ausgeschieden war.

VI. Änderungen bei der Betriebsverfassung

In Ziff. II.7 des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Ziff. II.2 des Antrags der Fraktion DIE LINKE sind im Zusammenhang mit dem werkvertraglichen Einsatz Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes vorgesehen. Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschränkt sich dabei auf eine Präzisierung von Bestimmungen, die bereits heute (vgl. § 80 Abs. 2 BetrVG) im Betriebsverfassungsgesetz enthalten sind. Dasselbe gilt für Ziff. II.2 1. Spiegelstrich des Vorschlags der Fraktion DIE LINKE, der allerdings die Auskunftspflichten des Werkbestellers erweitert.

Wesentliche Bedeutung kommt dem Vorschlag der Fraktion DIE LINKE zu, dem Betriebsrat bei der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen ein Zustimmungsverweigerungsrecht einzuräumen. Der Einsatz von Arbeitnehmern auf werkvertraglicher Grundlage ist zwar schon nach geltendem Recht nicht generell mitbestimmungsfrei; die Rechtsprechung hat jedoch das Zustimmungsverweigerungsrecht insbesondere im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer Personalhoheit immer weiter entfallen lassen. Hinzu kommt, dass die bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der Abgrenzung von legalem Werkvertrag und Scheinwerkvertrag dazu führen, dass die Mitbestimmungsrechte auch bei den uneingeschränkt mitbestimmungspflichtigen illegalen Formen des Werkvertrags nicht realisiert werden können. Da sich die Illegalität eines Werkvertrags in den überwiegenden Fällen erst anhand der tatsächlichen Durchführung nachweisen lässt, kann das Bestehen eines Zustimmungsverweigerungsrechts nicht wie vom Gesetz vorgesehen bei der Aufnahme der Tätigkeit des Fremdfirmenbeschäftigten nachgewiesen werden.

Soweit mit dem Werkvertrag personalpolitische Ziele verfolgt werden, und wegen der gegenseitigen Substituierbarkeit von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag erscheint es insoweit geboten, den im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung gewährleisteten kollektiven Schutz (§ 14 Abs. 3 AÜG) auch auf Fälle zu erstrecken, in denen Aufgaben durch Arbeitnehmer auf werkvertraglicher Grundlage wahrgenommen werden. Dies erscheint auch erforderlich, weil der Werkvertrag insbesondere seit der Novellierung des AÜG auch zum Zwecke der Umgehung der Mitbestimmung beim Einsatz von Leiharbeitnehmern missbraucht wird.

Nach dem Antrag der Fraktion DIE LINKE kann der Betriebsrat die Zustimmung nur verweigern, wenn der Stammbesatz entsprechend § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG infolge der Fremdvergabe Nachteile drohen oder Arbeitsplätze gefährdet sind. Für eine derartige Einschränkung der Zustimmungsverweigerungsrechte aus § 99 BetrVG besteht m.E. kein sachlich begründetes Erfordernis.

Nach Ziff. II.2 letzter Spiegelstrich des Antrags der Fraktion DIE LINKE ist Arbeitnehmern, die auf

werkvertraglicher Grundlage länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, ebenso wie Leiharbeitnehmern nach § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht einzuräumen. Der Vorschlag berücksichtigt die wechselseitige Substituierbarkeit von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung und unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Er führt jedoch nicht dazu, dass sich der mit der Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern verbundene erhöhte Zeitaufwand bei der Größe des Betriebsrats (§ 9 BetrVG) oder der Zahl der Freistellungen (§ 38 BetrVG) auswirkt (BAG v. 16.4.2003- 7 ABR 53/02- AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2002).

VII. Vorschläge zum Mindestlohn

Der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE zum Wegfall von Ausnahmen beim Gleichstellungsgrundsatz von § 9 Nr. 2 AÜG steht im Zusammenhang mit den Defiziten bei der Umsetzung der RL 2008/104/EG in das nationale Recht. Entsprechend den Zielsetzungen von Art. 5 Abs. 1 der RL läuft der Vorschlag darauf hinaus, die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Stamm- und Leiharbeitnehmern zu gewährleisten und beseitigt die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen die derzeit in § 9 Nr. 2 AÜG enthaltene Regelung.

Der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen zur Einführung allgemeinverbindlicher Mindestlöhne in allen Branchen begrenzt die Gefahren, die vom Einsatz werkvertraglicher Arbeitnehmer für die sozialen Sicherungssysteme und eine Vertiefung des Lohndumpings ausgehen. Im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern aus dem Ausland kann der Vorschlag daneben dazu beitragen, Wettbewerbsnachteile, die inländischen Anbietern aus einem höheren Lohnniveau erwachsen, abzumildern. Daneben können Mindestlöhne einen Anreiz für Arbeitnehmer aus den anderen Mitgliedstaaten bilden, im Inland einer Beschäftigung nachzugehen und so zur Bewältigung der Folgen des demografischen Wandels und des drohenden Mangels an qualifizierten Arbeitskräften beitragen. Mindestlöhne können jedoch nur dann einen Anreiz zur Aufnahme einer Beschäftigung im Inland bieten, wenn die Lohnuntergrenze oberhalb des Niveaus anderer Staaten mit Mindestlöhnen liegt. Die Erfahrungen mit der Anwerbung und dem Einsatz ausländischer Erntehelfer verweisen insoweit darauf, dass z.B. der in den Niederlanden geltende Mindestlohn von 8,88

Euro den Anreiz ausländischer Arbeitnehmer, einer Beschäftigung im Inland nachzugehen, entfallen lässt, wenn hier nicht mindestens ein gleich hoher Mindestlohn zu zahlen ist.

VIII. Verfahrensvorschriften im Zusammenhang mit dem Einsatz von Arbeitnehmern auf werkvertraglicher Grundlage

Die in Ziff. II.2 bis 5 des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/Die GRÜNEN enthaltenen Vorschläge zielen darauf ab, die bestehenden Zuständigkeiten und Kompetenzen der Zollverwaltung bei der Überprüfung von Werkverträgen zu erweitern. Die Vorschläge sind zu begrüßen, da nach derzeitiger Rechtslage eine Prüfung und Kontrolle insbesondere inländischer Werkverträge nur eingeschränkt und bei Vorliegen hinreichender Verdachtsmomente möglich ist.

Die Einrichtung einer Beschwerdestelle bei der FKS erscheint insbesondere für aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer dringend geboten. Dies belegen insbesondere die Erkenntnisse, die im Rahmen des vom BMAS mitfinanzierten Projekts „Faire Mobilität“ gewonnen wurden. Die Regelung ist darüber hinaus geeignet, Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, die bei Anzeigen des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit Verstößen gegen den Arbeitsschutz bestehen (vgl. LAG Berlin- Brandenburg v. 28.3.2006- 7 Sa1884/05).

XI. Zusammenfassung

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung von Vermutungstatbeständen, die bei dienst- und werkvertraglichen Formen der Fremdfirmenarbeit das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung indizieren, sind geeignet, bestehende Rechtsunsicherheiten zu beseitigen. Dem bestehenden Missbrauch wird sich allerdings nur dann wirksam begegnen lassen, wenn sowohl das illegale Verhalten des Werkbestellers als auch des Werkunternehmers mit Sanktionen verbunden sind. Als solche kommen u.a. die uneingeschränkte Geltung des Gleichstellungsgrundsatzes gem. § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG als auch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb analog § 10 Abs. 1 AÜG in Betracht.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)865

18. April 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. April 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Missbrauch von Werkverträgen verhindern - Lohndumping eindämmen
BT-Drs. 17/7220(neu)

- b) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken BT-Drs. 17/7482

Frank Schmidt-Hullmann, Frankfurt am Main

I. Worin unterscheiden sich die in den jeweiligen Anträgen enthaltenen Regelungsansätze?

Sind sie jeweils geeignet, die weiter unten geschilderten Missbräuche zu beenden?

a) Beide Anträge konzentrieren sich bewusst auf die Umgehung der Schutzvorschriften bei der Leiharbeit mittels Werkverträgen und klammern das immer relevantere Problem der Scheinselbständigkeit unter Missbrauch des Werkvertrages noch aus. Dies ist im Interesse eines umfassenden Vorgehens gegen den Missbrauch von Werkverträgen bedauerlich und sollte im Zuge der weiteren Antragsberatung noch dringend behoben werden, da sonst absehbar wäre, dass an die Stelle des Einsatzes von Werkvertragsfirmen mit schlecht bezahlten Beschäftigten nicht die von den Antragstellern als sozial weniger schädlich angesehene regulierte Leiharbeit, sondern die durch angebliche „Dienstleister für Einzelselbständige“ perfekt organisierte Scheinselbständigkeit treten dürfte. Dennoch würde selbst der vorliegende, beschränkte Ansatz zumindest am Bau positive Wirkungen haben, da es sich bei vielen der dort in langen Ketten vergebenen Werkverträge in Wirklichkeit um illegale Leiharbeit handelt.

b) Die in den beiden Anträgen enthaltenen und sich in weiten Teilen ähnelnden Kriterien zur Abgrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen unterscheiden sich inhaltlich in folgenden Punkten:

- nur der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen enthält in II. 1. a) die Anforderung, dass für das Vorliegen

eines Werkvertrages neben anderen Gesichtspunkten zwingend ein konkret bestimmtes Ergebnis / Werk vereinbart sein muss. Diese Anforderung ist in der Tat eines der Grundelemente jedes echten Werkvertrages seit 1794 und gerade hieran lässt sich oft bereits ein Werk- von einem Dienstvertrag unterscheiden. Sie ist daher unverzichtbar; allerdings sind die Organisatoren des Missbrauchs von Werkverträgen in der Regel heutzutage schlau genug, dieses Erfordernis formal einzuhalten, so dass dieses Erfordernis für sich allein nicht hinreichend wäre.

- der Antrag von Bündnis 90 / Die Grünen ist in II. 1. c) und e) präziser und zugleich weitgehender als der Antrag der Linkspartei in II.1.a) erster Spiegelstrich, Nrn. 3. und 2.
- II.1.b) erster Spiegelstrich des Antrages der Linkspartei lässt offen, welches Entgelt gemeint sein soll: das im Auftraggeberbetrieb bisher für diese Tätigkeit gezahlte oder der den Werkvertragsfirmenbeschäftigten bisher von ihrem Arbeitgeber gezahlte Lohn
- nur der Antrag von Bündnis 90 / Die Grünen fordert konkrete staatliche Schritte für die Bekämpfung des Missbrauchs ein, die er vor allem durch eine Stärkung der FKS des Zolls und die Erweiterung ihrer Aufgaben erreichen will. Der Antrag der Linkspartei scheint dagegen allein auf eine Ausweitung des Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte zu setzen, wobei übersehen wird, dass es in vielen Firmen keine Betriebsräte gibt.

Da es sich bei den Vorschriften des AÜG nicht nur um arbeitsrechtliche Bestimmungen, sondern auch um Vorschriften aus dem Bereich der öffentlichen Ordnung und bei deren Umgehung um verfolgungswürdige Tatbestände im Bereich der Arbeitgeberkriminalität handelt (bei der Unterform der Scheinselbständigkeit sogar um multiple und teilweise schwere Straftaten) ist der Grünen-Ansatz für eine in die Breite gehende Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen m.E. unverzichtbar.

- die Grünen erheben die Forderung nach flächendeckender Ermöglichung von Mindestlöhnen in allen Branchen und Erleichterungen bei der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen, die Linkspartei dagegen die Forderung nach einem unterschiedslosen und nicht abdingbaren Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit (ohne Tarifvorbehalt)“ im AÜG.

Aus meiner Sicht widersprechen sich diese beiden Ansätze nicht, sondern müssten sinnvoll miteinander kombiniert werden. Dabei wäre darüber nachzudenken, den Ansatz des Linksparteiantrages hinsichtlich des AÜG dahingehend zu modifizieren, dass jedenfalls bessere Tariflöhne im Verleihbetrieb weiterhin ermöglicht werden sollten.

Dies ist in einigen Nachbarländern üblich, in denen Leihbeschäftigte nicht nur den jeweiligen Lohn des Entleihbetriebes bekommen, sondern darüber hinaus teilweise sogar zusätzliche Flexibilitätsprämien dafür erhalten, dass sie bereit sind, sich ständig neuen Vorgesetzten, Arbeitsorten, Arbeitsinhalten usw. zu stellen.

- während der Grünen-Antrag deutlich macht, dass die Erfüllung nur eines der Abgrenzungskriterien bereits ausreicht, um von Leiharbeit statt von einem Werkvertrag auszugehen, ist der Linkenantrag durch den Gebrauch durch das Wort „und“ am Ende des Obersatzes und dann des Wortes „oder“ nur beim Punkt 1. sprachlich weniger präzise. Es bleibt offen, ob die Aufzählung nicht evt. so gemeint sein könnte, dass die Punkte 3.bis 5. allesamt und dann zusätzlich noch eines der beiden Kriterien 1. oder 2. erfüllt sein müssen, um Leiharbeit anzunehmen. Auch die Regelung zur möglichen Entlastung des betroffenen Arbeitgebers ist im Linksparteiantrag sprachlich unpräzise. Derartige Sprachungenauigkeiten verzeiht der berühmte Markt bei solchen Themen nicht.

b) In beiden Anträgen finden sich noch keine Ansätze zur Bekämpfung von Scheinwerkverträgen zur Scheinselbständigkeit sowie zur Begrenzung der zumindest am Bau mittlerweile nahezu endlosen Untervergabeketten. Bei dem erstgenannten Problem würde sich eine Rückkehr zu den 2004 im Zusammenhang mit der Einführung der so genannten Ich-AG abgeschafften gesetzlichen Abgrenzungsregeln zwischen Arbeitsverhältnissen und Selbständigkeit zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit anbieten, die sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientierten und nach Ansicht der Behördenpraktiker eine taugliche Grundlage für ihre Arbeit darstellten. Bei letzterem Problem würde bereits eine gesetzliche Beschränkung der Untervergabe auf wenige

horizontale Stufen (drei) einen deutlichen Beitrag zur Bekämpfung der illegalen und für das Sozial- und Steuersystem schädlichen Beschäftigungspraktiken am Ende langer Untervergabeketten leisten.

c) Der Antrag von Bündnis 90 / Die Grünen ist insofern weniger weitergehend als der Antrag der Linkspartei, als dass er den Betriebsräten nur ein Informationsrecht, aber kein Mitbestimmungsrecht bei der Vergabe von Werkverträgen einräumt. Das ist insbesondere aus baugewerkschaftlicher Sicht bedauerlich, denn hier wirkt sich bereits die Untervergabe echter Werkverträge an Sozialdumpingfirmen in erheblichem Umfang schädlich auf die reguläre Beschäftigung aus. Bündnis 90/Die Grünen sollten ihren Ansatz hier überdenken. Ein solcher Ansatz könnte beispielsweise die analoge Übernahme der bereits vorhandenen Informations- und Mitbestimmungsregelungen bei der Leiharbeit sein, an denen sich der Antrag der Linkspartei teilweise orientiert.

d) Personalräte werden in beiden Anträgen nicht erwähnt, obwohl es auch im öffentlichen Dienst zu vielen Werkaufträgen kommt, darunter auch solchen, mit denen bisheriges eigenes oder entliehenes Personal ersetzt wird. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die meisten Auftragsvergaben der öffentlichen Hand den besonderen Regeln des Vergaberechts und des Haushaltsrechts unterliegen und die Abgrenzung zwischen den schon immer extern vergebenen Werkverträgen für Fremdleistungen im öffentlichen Interesse, zum Beispiel beim Straßenbau, zu Werkverträgen im Rahmen von bisherigen öffentlichen Eigenleistungen in manchen Fällen schwierig sein könnte. Da hier aber demnächst Neuregelungen des Bundesrechts u.a. im Zusammenhang mit der Umsetzung von momentan noch nicht verabschiedeten neuen europäischen Vergaberichtlinien anstehen, sollte bereits jetzt überprüft werden, ob nicht zumindest für die Grundsatzentscheidung über die externe Vergabe von bisher mit eigenem oder entliehenem Personal erledigten Aufgaben stets eine Mitwirkung der Personalräte vorgesehen werden sollte.

II. Die Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstverträgen - ein Problem mit langer Geschichte

Das Problem der Abgrenzung von Werk- zu Arbeitsverträgen bzw. zu Leiharbeit/Dienstverträgen und die angemessene Vergütung von Leistungen im Rahmen von Werkverträgen ist keineswegs ein neues Rechtsproblem. Ansätze von Vorschriften zur Unterscheidung, was genau den Charakter von Werkverträgen einerseits und Dienst-/Arbeitsverträgen andererseits ausmacht und zur Regulierung der Vergütung usw. bei Werkverträgen, finden sich bereits in alten Rechtsquellen.

Bereits Titel XI, § 906 des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794²⁸ machte Unterschiede zwi-

²⁸ Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794, Eilfter Titel, §. 906: „Ein Gleiches findet statt, wenn auch die Bezahlung der Arbeit nicht nach dem Tagelohne, sondern nach Klaftern, Ruthen, oder einem andern Maße bedungen worden; sobald nur erhellet, daß nicht das Werk selbst verdungen, sondern die Bestimmung des Maaßes bloß der nähern Bezeichnung wegen beygefügt worden.“ – hier zitiert nach

schen echten Werkverträgen und Verträgen, die zwar auch auf Werke Bezug nahmen, in denen es aber real nicht um Werke, sondern um Dienste und/oder Arbeitsleistungen ging. Es enthielt übrigens auch bereits Vorschriften für Mindestvergütungen²⁹.

Bereits im bis heute beim Thema Werkvertrag weitgehend unveränderten BGB von 1900 sind einige dieser althergebrachten und aus gutem Grund geschaffenen Grundsätze nicht übernommen worden.

Diesen heutigen Rechtszustand, der im historischen Vergleich als Verschlechterung des rechtlichen Schutzes von Selbständigen anzusehen ist, nutzen nun heute bestimmte Unternehmer aus, um gesetzliche und/oder tarifliche Schutzvorschriften für Beschäftigte und ordnungspolitische Grundentscheidungen des Gesetzgebers zur Regulierung der Leiharbeit mittels Werkverträgen zu unterlaufen. Auch dies ist keineswegs eine neue Entwicklung.

III. Warum müssen die Abgrenzungsprobleme zwischen Werkvertrag und Leiharbeit und weitere Fragen des Werkvertragsrechts heute neu geregelt werden? Um welche Praxisprobleme geht es?

Echte Werkverträge sind eine althergebrachte und sinnvolle Rechtsform, die jedes Jahr in vielen Millionen Fällen abgeschlossen werden. Jeder erwachsene Bewohner unseres Landes dürfte bereits mehrere Werkverträge als Auftraggeber mit gewerbliche Auftragnehmern abgeschlossen haben, genannt seien hier nur die Anfertigung von Nachschlüsseln, Reparaturaufträge usw.. Es liegt auf der Hand, dass es für private Kunden, die nur gelegentlich außerhalb ihres eigenen Arbeits- und Kompetenzbereichs eine Sache anfertigen oder reparieren lassen, keinen Sinn macht, z.B. mit einem Schlosser einen kurzfristigen Arbeitsvertrag für die Anfertigung eines Nachschlüssels abzuschließen. Auch ein Abschluss von Werkverträgen zwischen Unternehmen ist in der Regel unproblematisch, wenn es sich dabei um fachfremde Arbeiten gelegentlichen Charakters handelt, zum Beispiel um den nachträglichen Einbau oder die jährliche Wartung eines Aufzugs im eigenen Verwaltungsgebäude eines Automobilunternehmens. Auch die einstufige Untervergabe der fachfremden Elektro- und Sanitärarbeiten in Form eines Werkvertrages durch ein Generalunternehmen des Baugewerbes ist sachlich gut begründbar. Es handelt sich in jedem Fall um ein abgegrenztes Werk und die eigenen Beschäftigten des auftragsvergebenden Unternehmens und deren Arbeitsbedingungen werden dadurch nicht betroffen. Der evt. andere, niedrigere Tarif der beauftragten Elektro- oder Sanitärfirma hat auch keinen negativen Einfluss auf den Tarif der Beschäftigten im Bauhauptgewerbe, solange sich diese Firma auf ihr nicht zum Bauhauptgewerbe gehörendes Gewerk beschränkt.

Problematisch werden Werkverträge für die Beschäftigten der auftragvergebenden Firma immer dann, wenn durch sie eigene Beschäftigte durch Beschäftigte fremder Firmen ersetzt werden. Auch in Fällen, in denen es sich nur um zusätzliche Arbeiten auf-

grund steigender Aufträge geht, kann die Vergabe dieser Arbeit in Form von Werkverträgen zum Problem werden, wenn sie nicht mehr von neueingestellten Beschäftigten zu den allgemeinen Arbeitsbedingungen des auftragvergebenden Unternehmens verrichtet werden, sondern stattdessen von einer Fremdfirma unter schlechteren Tarif- und Arbeitsbedingungen verrichtet werden, weil dies zu einer Konkurrenzsituation auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen führt, durch den die bisherige Belegschaft dem Unternehmen im Vergleich als zu teuer erscheint. Erst recht gilt dies, wenn die bisherigen sozialversicherten Tarifbeschäftigten oder selbst hiesige Leiharbeiter mittels Werkverträgen durch die kasernierten und gruppenverpflegten Beschäftigten von Entsendefirmen fremden Rechts zu absoluten Mindestbedingungen oder gar durch Scheinselbständige und Schwarzarbeiter ersetzt werden, mit denen kein hier lebender Beschäftigter auf Dauer konkurrieren kann.

Denn was bedeutet zum Beispiel Scheinselbständigkeit in der Tarnung des Werkvertrages für den tatsächlichen Arbeitgeber im Vergleich zu jedem offiziellen Arbeitsverhältnis und sei dieses noch so prekär oder Leiharbeit?

Es entstehen dem Arbeitgeber keinerlei Kosten mehr für Urlaub, Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Lohnfortzahlung, Aus- und Fortbildung, Lohnzuschläge aller Art, arbeitsbedingte unproduktive Neben-, Bereitschafts- und Wartezeiten, Altersversorgung, Arbeitgeberanteile oder -beiträge zur Sozialversicherung, Lohnzahlung während Kündigungsfristen, Abfindungen usw.. Tariferhöhungen finden nicht mehr statt. Wenn es hart auf hart kommt, werden oft auch noch die Mängelbeseitigungsansprüche und Ausfallrisiken auf den Scheinselbständigen abgewälzt. Dem stehen lediglich die viel geringeren Kosten zur Schaffung und Aufrechterhaltung der rechtlichen Täuschungsfassade gegenüber. Allein diese Differenz kann vorsichtig geschätzt mit mindestens 40% - 50% gegenüber einem ansonsten voll vergleichbaren Arbeitsverhältnis veranschlagt werden, selbst wenn der betroffene Beschäftigte pro forma einen etwas höheren nominalen Stundensatz als seine vergleichbare Kollegin mit Arbeitsvertrag bekommt.

Das teilweise Verbot der Leiharbeit am Bau (erlaubt ist dort nur der Arbeitnehmerverleih zwischen originären Baufirmen, also zu derselben Tarifbestimmungen) wurde bereits kurz nach dem Inkrafttreten der Regelung durch Scheinwerkverträge mit Firmen unterlaufen, die statt dem Tariflohn niedrigere Sätze zahlten, oder ihre Aufträge an Gruppen von Einzelunternehmern weiter untervergaben, bei denen es sich aber in Wirklichkeit um von ihnen organisierte scheinselbständige Belegschaften handelt.

Am Bau gab es zwar schon immer die Untervergabe von Teilaufträgen in echter Werkvertragsform an andere Firmen, sie war jedoch lange Zeit nur bei solchen Spezialarbeiten üblich, die das Bauunternehmen nicht selbst beherrschte oder die nur so selten bzw. in so geringem Umfang anfielen, dass sich das ständige Vorhalten eigener Fachkräfte für diese Arbeiten nicht rentierte. Die Untervergabeketten dabei waren aber kurz.

dem im Internet verfügbaren Text auf der Seite http://www.smixx.de/ra/Links_F-R/PrALR/pralr.html

²⁹ Siehe dazu den Exkurs im Anhang

Heute dagegen ist die Vergabe über manchmal bis zu 10 vertikale Stufen in der Kette häufig geworden. Die meisten Zwischenglieder in der Kette sind dabei oft Strohleute für Firmen oder auftragvergebende Schlüsselpersonen in Firmen an der Spitze der Kette und dienen vor allem dazu, die strafrechtliche Verantwortung der für die Vergabekette verantwortlichen Leute weiter oben in der Kette zu verdünnen, denn bei einem Auftrag, bei dem sich neun Zwischenglieder bei der Weitergabe jeweils bereits ihren Teil des Kuchens durch Abzüge vom ursprünglich kalkulierten und vom Bauherrn bezahlten Arbeiterstundenverrechnungssatz gesichert haben, sind illegale Praktiken am Ende programmiert.

Dazu kommt die Möglichkeit für die Organisatoren der Untervergabekette, sich durch „Kickbackzahlungen“ der Strohleute zusätzlich Schwarzgeld zu verschaffen und/oder zu Preisen anzubieten, zu denen kein ordnungsgemäß arbeitendes Unternehmen mithalten kann und trotzdem einen guten Gewinn dabei zu machen.

Die Abschaffung des Gesetzes zur besseren Bekämpfung von Scheinselbständigkeit 2004 führte zusammen mit den zeitlich parallelen Ereignissen des Eintritts der Niederlassungsfreiheit für acht osteuropäische Mitgliedstaaten und der Liberalisierung vieler Handwerke zu einem neuen Boom an Einzel- und Scheinselbständigkeit. In der Praxis wird dabei auch bei scheinselbständigen Dienstvertragsarbeiten mittlerweile häufig von der Werkvertragsform Gebrauch gemacht, obwohl ein abgegrenztes Werk aufgrund der Natur der Arbeit kaum darstellbar ist, weil bei der Gestaltung als Dienstvertrag den betroffenen Scheinselbständigen und den Behörden der Beweis des Vorliegen eines faktischen Arbeitsverhältnisses bei längerer Dauer und erheblicher ökonomischer Abhängigkeit sonst wesentlich leichter fällt.

In Branchen wie der Fleischindustrie wurde das Normalarbeitsverhältnis in vielen Betrieben im letzten Jahrzehnt zur absoluten Ausnahme und die Beschäftigung bei Werkvertragsfirmen oder in Einzel-selbständigkeit zur Regel. Dabei werden auch reine Dauerarbeitstätigkeiten am Fließband in scheinbare Einzelaufträge zerlegt (z.B. ist dann das selbständige „Werk“ das Schlachten von 5000 Schweinen in einem Betrieb, der rund um die Uhr und das ganze Jahr über Millionen von Schweinen schlachtet).

In anderen Industriebranchen wie z.B. der Metallindustrie kommt es ebenfalls immer häufiger zur Beschäftigung in Form von Werkverträgen, zunächst meistens in den Betriebsbereichen, die im Hinblick auf den Betriebszweck nur unterstützende Funktion ausüben, zunehmend aber auch in den bisherigen Kernbereichen. Die jetzt absehbare stärkere Regulierung der Leiharbeitsbranche führte bereits in ihrem Vorfeld zu deren Ablösung durch unechte Werkverträge, bei denen es sich in Wirklichkeit oft nur um getarnte Leiharbeit handelt. Die DGB-Stellungnahme erhält zu der Gesamtproblematik viele weitere Fakten.

Es ist daher unabhängig vom konkreten Antragsinhalt bereits per se verdienstvoll, wenn die Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen und der Linkspartei

218 Jahre nach Inkrafttreten des Allgemeinen Preussischen Landrechts einen neuen Versuch unternehmen, den Werkvertrag wieder auf seine eigentliche Funktion zurückzuführen und seinen zunehmenden Missbrauch etwas zurückzudrängen.

IV. Fazit:

- Beide Anträge enthalten gute Ansätze, um die Zunahme des Missbrauchs von Werkverträgen anstelle von Leiharbeit zu bremsen; sie decken aber nur einen Teil des Problems ab, weil der für viele Branchen relevante Bereich des Missbrauchs von Werkverträgen im Rahmen der Scheinselbständigkeit ausgeklammert bleibt.
- Für das ebenfalls reale Problem der Ausgliederung von Tätigkeiten im Rahmen echter Werkverträge innerhalb von Unternehmensgruppen, um Mitbestimmungsregelungen zu umgehen oder die bisher gezahlten Tariflöhne durch Anwendung anderer Tarife, von Mindest- statt Tariflöhnen und/oder Nichtgebundenheit an Tarife unterlaufen zu können, enthalten beide Anträge noch keine hinreichend wirksamen Ansätze.
- Als erster Schritt wären beide Anträge mit Ergänzungen bzw. Abänderungen m.E. tauglich.

Anhang

Exkurs:

Auszüge aus dem Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5. Februar 1794, Eilfter Titel¹

§ 920: „Was vorstehend von gemeinen Handarbeitern verordnet ist, findet in der Regel auch alsdann statt, wenn Werkmeister oder Künstler zur Verrichtung einer gewissen Arbeit gedungen werden.“ während § 925 vorsieht: „Ist ein Werkmeister oder Künstler nicht bloß zu einer Arbeit gedungen, sondern ihm ein ganzes Werk in Pausch und Bogen angedungen worden; so finden zuörderst die allgemeinen Grundsätze §. 869. sqq. Anwendung.“

§ 906: „Ein Gleiches findet statt, wenn auch die Bezahlung der Arbeit nicht nach dem Tagelohne, sondern nach Klaftern, Ruthen, oder einem andern Maße bedungen worden; sobald nur erhellet, daß nicht das Werk selbst verdungen, sondern die Bestimmung des Maaßes bloß der nähern Bezeichnung wegen beygefügt worden.“

Es scheint damals auch bereits die Untervergabe von Werkaufträgen an Subunternehmer gegeben zu haben, sieht doch § 928 ein Vetorecht des Auftraggebers gegen die Weitergabe von Aufträgen an andere Unternehmer durch den Auftragnehmer vor: „In allen Fällen, wo ein Werk oder eine Arbeit einem Werkmeister oder Künstler angedungen worden, ist derselbe das Geschäft selbst auszuführen verbunden, und kann die Ausführung, wider den Willen des Bestellers, einem andern nicht übertragen.“

§ 929 bestimmt andererseits „Dagegen kann er sich, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verabredet ist, fremder Gehülfen und Mitarbeiter dabey bedienen.“

§ 873: „Hat aber der, welcher die Handlung übernommen hatte, sie wirklich geleistet; und gehört die Handlung zu seinen gewöhnlichen Nahrungs- und

Berufsgeschäften; so kann er dafür, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt, den gewöhnlichen Lohn nach dem Gutachten der Sachverständigen fordern.“ Der darauffolgende § 874 sah auch für diejenigen, die solche Handlungen übernehmen, obwohl sie nicht zu ihren gewöhnlichen Nahrungs- und Berufsgeschäften gehören, immerhin noch die Bezahlung nach der untersten Stufe der mindesten Entlohnung dafür vorsah.

Selbst echte Selbständige hatten in Preußen also einen Mindestvergütungsanspruch und bei einem unechten Werkvertrag, der in Wirklichkeit ein Dienstvertrag war, standen ihnen nach weiteren Bestimmungen des XI. Teils des Landrechts außerdem die Haftungserleichterungen und Ansprüche bei Arbeitsausfall ohne eigenes Verschulden entsprechend den Regelungen für abhängig Beschäftigte zu.

¹Alle hier wiedergegebenen §§ werden mit freundlicher Genehmigung des Seiteninhaber RA Glücksmann zitiert nach dem im Internet verfügbaren Text auf dessen Seite: http://www.smixx.de/ra/Links_F-R/PrALR/pralr.html