

# Der Einsatz von Werkverträgen zum Lohndumping

Herausforderungen für  
Gesetzgebung und Verwaltung

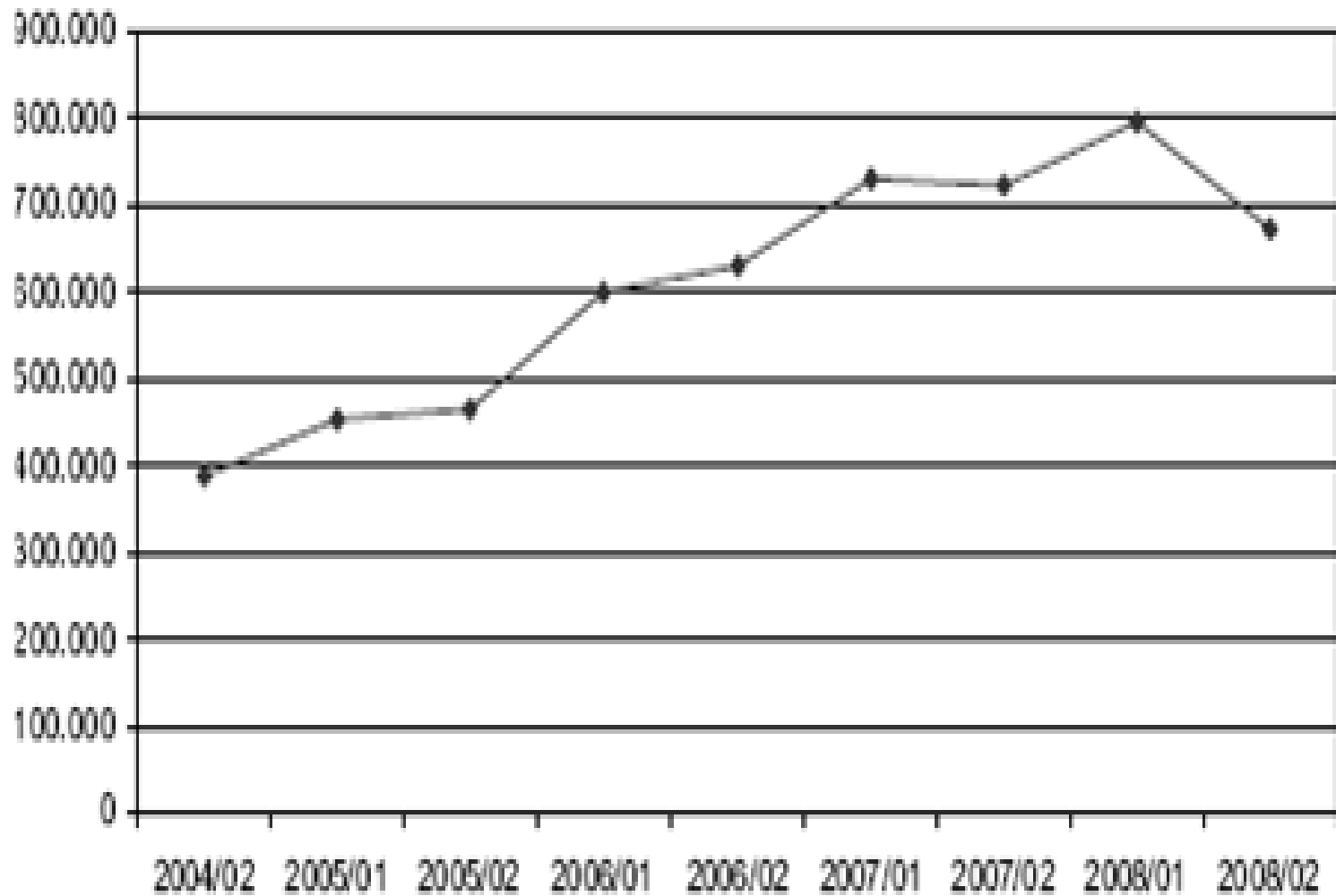
# Vom Verbot zur Regulierung

- Lange Zeit war die gewerbsmäßige Überlassung zur Arbeitsleistung an Dritte in Deutschland verboten.
- 1972 wurde sie gesetzlich im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zugelassen, aber unter Erlaubnisvorbehalt gestellt und streng reguliert.

# Deregulierung

- Stück für Stück bauten Kohl und später Schröder Einschränkungen ab.
- Die Begrenzung der Überlassungshöchstdauer von ursprünglich 3 Monate wurde verlängert auf 6, 9, 12 und 24 Monate und dann mit den Hartz-Gesetzen vollständig aufgehoben.
- Damit ging einher das kontinuierliche Wachstum des sog. „Zeitarbeitsmarkts“.

## Bestand an Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern



# Reregulierung

- Nach dem Schleckerschen Drehtürskandal versprach der Gesetzgeber ein energisches Einschreiten:
- *„Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“.*
- BR – Drucks. 847/10 vom 31.12.2010

# Tatsächlich in Kraft getreten zum 1.4. bzw. 1.12. 2011

- Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird jede „**wirtschaftliche Tätigkeit**“ erfasst.
- Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt **Überlassung nur vorübergehend. Aber:** Rechtsfolge aus Referentenentwurf bei Verstoß Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit Entleiher fallen gelassen.
- Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG Bereichsausnahme für **Konzernunternehmen einschränkt**. Sie gilt nur, „wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.“
- Ermächtigungsgrundlage für **Mindestlohn-RVO** in § 3a AÜG.

# Lohnuntergrenze zum 1.1.2012 in Kraft gesetzt

- Die DGB-Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände iGZ und BAP beantragten am 14.11. 2001 gemeinsam bei der BMAS,
- die Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung festzulegen.

# Inhalt der Rechtsverordnung nach §3a AÜG

## §2

### Lohnuntergrenze

(1) Verleiher sind nach § 3 verpflichtet, ihren Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern mindestens das in Absatz 2 genannte Bruttoentgelt pro Arbeitsstunde zu zahlen (Mindeststundenentgelt).

(2) Das Mindeststundenentgelt beträgt

1. vom [*einsetzen: Tag des Inkrafttretens der Verordnung*] bis zum 31. Oktober 2012
  - a) in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen 7,01 Euro,
  - b) in den übrigen Bundesländern 7,89 Euro;



# Erhöhung ab 1. November 2012 bis zum 31. Oktober 2013

a) in den Bundesländern Berlin,  
Brandenburg, Mecklenburg-  
Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt  
und Thüringen

7,50 Euro,

b) in den übrigen Bundesländern

8,19 Euro.

# Flucht in Werk- und Dienstverträge

# Neue Missbrauchsdebatte: Werk- und Dienstverträge

- Unternehmen wird von Beratern aufgezeigt, wie „Freie Industriedienstleistungen als Alternative zur regulierten Zeitarbeit“ konstruiert werden kann.
- Es geht um Möglichkeiten, anstelle der Überlassung von Leiharbeitern, denen der Verleiher Mindestentgelte zahlen muss, billige Leistungskontingente bei Subunternehmen einzukaufen.
- Werk- und Dienstvertragnehmer können rechtlich Mindestentgelte der Leiharbeit unterbieten.

# Werkvertragskonstruktionen

- Mittlerweile werden mit „Werkverträgen“ ganze **Arbeitsschichten** bei Subunternehmern eingekauft.
- Getrennte **Arbeitsbereiche** werden mittels gestrichelter Linien in der Werkhalle markiert, Maschinen werden stundenweise an den Subunternehmer vermietet.
- Damit soll den gesetzlichen Bestimmungen, die für die Annahme eines Werkvertrags gelten, genüge getan werden.

# Beispiel: BMW und Bosch

## Werkverträge billiger als Leiharbeit

- BMW-Werk Regensburg: Dort wurden in den vergangenen vier Jahren Leiharbeiter mit knapp 12,00 Euro pro Stunde entlohnt. Am Fließband standen ebenso AN eines Werkvertragunternehmers mit 7,81 Euro.
- Bosch-Werk in Stuttgart: Unter den 12 000 Mitarbeitern nur 60 Leiharbeiter, dafür aber 2000 Arbeitnehmer von Subunternehmen, die über Werkverträge dort tätig sind.
- Behr/Roth, FR vom 16 | 2 | 2012

# Nebenwirkung: Kündigungsvorteil bei Outsourcing für Werkverträge

- Bei Fremdvergabe für echte Werk- und Dienstverträge gestattet die Rechtsprechung die Kündigung der Stamm-AN, deren Arbeitsverhältnisse nicht mehr gebraucht werden.
- Für die im Betrieb mit Werk- oder Dienstverträgen eingesetzten AN gelten dann die Arbeitsbedingungen der Werk- oder Dienstvertragsnehmers.

# Folgen der verdeckten ANÜ ohne ANÜ Erlaubnis

- Hat der Unternehmer sich nicht vorsorglich eine Erlaubnis verschafft, so liegt unerlaubte (= illegale) ANÜ vor.
- Nach § 9 Nr.1 AÜG ist der Verleihvertrag zwischen Verleiher und Entleiher nichtig. Nach § 10 Abs.1 Satz 1 AÜG wird mit dem Entleiher ein Stamm-Arbeitsverhältnis fingiert.
- Dessen Inhalt bestimmt sich gemäß § 10 Abs.1 Satz 4 AÜG nach den im Entleiherbetrieb geltenden Bestimmungen.
- Der Entleiher handelt nach § 16 Abs.1 Nr.1a AÜG ordnungswidrig > Bußgeld bis 25.000 Euro.

# Überwachung unerlaubter Überlassung

- Für die Überwachung der Erlaubnispflicht BA zuständig, 17 AÜG, aber in Zusammenarbeit mit FKS (§18 Abs.1 AÜG).
- Ordnungswidrigkeiten, die Entleiher bei illegaler Überlassung und Verleiher bei Unterschreitung des Mindestentgelts begehen, werden von FKS verfolgt (§ 16 Abs. 3 AÜG).



# Vertragslage bei verdeckter ANÜ mit **vorsorglicher ANÜ Erlaubnis**

- Hat der Werk- oder Dienstvertragsunternehmer sich als Rückversicherung die AÜ Erlaubnis besorgt, greift § 9 Nr.1 AÜG nicht ein! Also ist der Arbeitsvertrag mit dem AN wirksam.
- Fraglich ist, ob die Auslegungsregel § 613 Satz 2 BGB („im Zweifel“ kein Recht zur Übertragung des Direktionsrechts an Dritten) abbedungen ist. Wenn nein, so kann der AN die Weisungen des Dritten als unverbindlich zurückweisen und insoweit angeordnete Leistungen verweigern.

# Entgelt bei verdeckter ANÜ mit **vorsorglicher ANÜ Erlaubnis**

- Nach §10 Abs. 5 AÜG ist das Mindestentgelt nach der VO zu § 3a AÜG zu zahlen.
- Da der verdeckt überlassende Unternehmer sich im Arbeitsvertrag nicht auf einen abweichenden Verleihertarifvertrag bezieht, gilt nach § 9 Nr. 2 AÜG zudem das Gebot des Equal Treatment.
- **Also: Der verdeckt aber nicht illegal überlassene AN hat Anspruch darauf, das Entgelt eines vergleichbaren Stamm-AN zu erhalten.**

# Abgrenzung

# Abgrenzung nach BAG

- Das BAG nimmt Arbeitnehmerüberlassung an,
- wenn fremde Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb eingegliedert sind
- und ihre Arbeit dort **allein** nach Weisungen des Betriebsinhabers zur Förderung von dessen Betriebszweck ausüben (Personalhoheit).  
BAG 06.08.2003, AP AÜG § 9 Nr. 6; BAG 13.08.2008, kritisch: jurisPR-ArbR 5/2009, Anm. 2, Hamann.

# Prüfschema BAG

Die Abgrenzungskriterien werden anhand eines dreistufigen Schemas abgeprüft:

(1) Entsprechen die vertraglichen Vereinbarungen einem Werk- bzw. Dienstvertrag?

(2) Entspricht die tatsächliche Vertragsabwicklung den vertraglichen Vereinbarungen?

(3) Liegen sonstige Umstände vor, die die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung rechtfertigen?

# Gründe für mangelnde Effektivität des Rechts

# Jus vigilantibus

- Wer intelligent ist, kann das Risiko von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen durch vorsorgliche Einholung der ANÜ Erlaubnis mindern.
- Er kann zudem die Ineffektivität des Rechts mit einkalkulieren, denn er kennt den Unterschied zwischen law in books and law in action.

# Überforderung des AN

- Der einzelne AN ist überfordert, die Erfüllung der Anforderungen der Rechtsprechung zur Abgrenzung Überlassungs- und Werk- oder Dienstvertrag festzustellen und ein Leistungsverweigerungsrecht darauf zu stützen.
- Der Betriebsrat kann vor Antritt der AN im Betrieb nicht wissen, ob später abweichend vom Papier in Durchführung des Vertrags der Betriebsinhaber das Weisungsrecht wahrnimmt. Um später ein Zustimmungsrecht zu reklamieren zu können, müsste er zudem die Durch



# Überforderung des BR

- Der Betriebsrat kann vor Antritt der AN im Betrieb nicht wissen, ob später abweichend vom Papier in Durchführung des Vertrags der Betriebsinhaber das Weisungsrecht wahrnimmt.
- Um später ein Zustimmungsrecht nach §14 Abs.3 AÜG, § 99 BetrVG reklamieren zu können, müsste er zudem die Durchführung ständig überwachen; denn der Siebte Senat des BAG verlangt ein hohes Maß an Darlegung für die tatsächliche Ausübung der Personalhoheit.

# Rechtsdurchsetzung

- Es gilt das liberale Prinzip: „Ohne Kläger kein Richter“.
- Folglich muss jeder AN seine Ansprüche selbst im Klageweg durchsetzen.

# Hilfe zur Rechtsdurchsetzung von der Verwaltung?

- Nur soweit das Mindestentgelt nach § 10 Abs.5, §3a, AÜG nicht gewährt wird, kann die von den Tätern als durchsetzungsstark gefürchtete FKS (Zoll) nach §16 Abs. 1Nr.7b, Abs. 3 AÜG als zuständige Verwaltungsbehörde prüfen.
- Es fehlt eine Befugnis der FKS wie sie in §§ 24, 25 HAG der Arbeitsbehörde zugewiesen ist, nämlich den Scheinwerkvertraggeber zur Nachzahlung der Minderbeträge aufzufordern und diese bei Nichtzahlung für die AN einzuklagen.

# Praxisbeispiel Handel

# Einzelhandel

- Selbst Edelkaufhäuser wie das Berliner KaDeWe beschäftigten an ihren Kassen nicht mehr Stamm- oder Leiharbeiter, sondern sogenannte Werkvertragler.
- Im Einzelhandel werden fast ausschließlich für das Verräumen (Regalauffüllen) AN eingesetzt, die bei Werkvertragsunternehmen beschäftigt werden.

# Vergütung nach Billig-Tarifverträgen des DHV

... pro Stunde, insgesamt € 6,00 brutto.