

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, und Michael Rothenhöfer

Eine Lanze für den Werkvertrag

Werkverträge sind seit Inkrafttreten des BGB fester Bestandteil des Wirtschaftslebens. Vor dem Hintergrund ihrer arbeitsrechtlichen Verwendung sind sie jedoch kurzfristig in die Kritik geraten. Dies vor allem wegen der Befürchtung der Umgehung der Regelungen des AÜG und des KSchG. Der vorliegende Beitrag beleuchtet diese Kritik und setzt sich mit den Argumenten – auch am konkreten Beispiel der Fleischwirtschaft – auseinander.

I. Werkverträge in der Kritik

Dass für gleiche Arbeit gleicher Lohn zu zahlen sei, ist eine Forderung, die von Gewerkschaften, der Linkspartei und der SPD im Zusammenhang mit der Leiharbeit immer wieder erhoben wird. Nachdem die Zeitarbeit unlängst stärker reguliert wurde, wurde die Parole „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ von der Bundestagsabgeordneten *Krellmann* von der Linkspartei in einer Rede im Deutschen Bundestag am 28.6.2012 auch auf Arbeiten auf Werkvertragsbasis erstreckt¹. Drastischer äußerte sich der nordrhein-westfälische Arbeitsminister *Guntram Schneider* (SPD), der im Zusammenhang mit dem Werkvertrag von „frühkapitalistischer Ausbeutung im Rahmen eines gesetzlichen Schlupflochs“ gesprochen hat und davon, dass sich Werkverträge „als weiteres Einfallstor für Lohndumping und miese Arbeitsbedingungen“ entwickelten².

Selbst aus der Wissenschaft kommt plötzlich Kritik gegenüber dem Werkvertrag, der seit dem 1.1.1900 fest in den §§ 631 ff. BGB verankert ist. Der Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Köln, Prof. Dr. *Ulrich Preis*, warnt im Zusammenhang mit Arbeitnehmerüberlassung davor, „Werkverträge zur Umgehung des AÜG“ seien „kein empfehlenswerter Weg!“ Es werde „der nächste Versuch gestartet, soziales Arbeitsrecht durch funktionswidrig eingesetzte Werkverträge zu umgehen. Statt billiger Leiharbeiter sollen noch billigere Unternehmer/Arbeitnehmer auf Werkvertragsbasis in Unternehmen eingesetzt werden“³.

Der DGB-Bundesvorstand befürchtet ein „Lohndumping durch Werkverträge“ und lässt durch *Claus Harald Güster*, den stellvertretenden Vorsitzenden der Gewerkschaft Nahrung, Genuss, Gaststätten – NGG, das „Schweinehälftenschneiden für eine Pauschale“ in Frage stellen. Im Handwerk, in der Wissenschaft oder in der Kreativwirtschaft seien Werkverträge durchaus üblich und könnten für einmalige Werks- und Dienstleistungen Sinn machen. Wenn aber ein Schlachter Schweinehälften schneidet oder ein Lagerarbeiter Flaschen sortiert, dann sei das typische Arbeit eines Festangestellten⁴. Gerade das letzte Beispiel zeigt, dass es dringend erforderlich ist, eine Lanze für Werkverträge zu brechen.

In diesem Zusammenhang soll nicht fragwürdigen Aktivitäten das Wort geredet werden, die allein dazu dienen, die Rechtsfolge des Beschlusses des Bundesarbeitsgerichts vom Dezember 2010, in dem die Tarifverträge der CGZP für unwirksam erklärt wurden, zu umgehen.

Es soll vielmehr am Beispiel der historischen Entwicklung in der Fleischwirtschaft der Nutzen von Werkverträgen für die tatsächlich davon Betroffenen und für die Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes verdeutlicht werden.

II. Zur Entwicklung und Bedeutung von Werkverträgen am Beispiel der Fleischwirtschaft

Da die Gewerkschaften insbesondere die werkvertragliche Abwicklung von Schlachtung und Zerlegung in der Fleischwirtschaft kritisieren und der Verfasser als ehemaliger Syndikus des Bundesfachverbands Fleisch die Verhältnisse auf diesem Gebiet recht gut kennt, soll ein historischer Rückblick aufzeigen, dass der Einsatz von Werkverträgen in Schlachtbetrieben sich nie als ein Mittel „frühkapitalistischer Ausbeutung“ darstellte. Die Arbeiten auf Werkvertragsbasis setzten sich in den Schlachthöfen als Folge eines Personalmangels durch: Um 1900 führte das Preußische Schlachthofgesetz dazu, dass die Gemeinden neue Schlachthöfe als so genannte „Tempel der Hygiene“ errichteten. Die Gemeinden hatten allerdings kein eigenes Personal für die Schlachtung und Zerlegung und arbeiteten deshalb mit den örtlichen Ladenmetzger zusammen, die bereit waren, als „Lohn-“ oder „Kopfschlächter“ auf Werkvertragsbasis zu schlachten. Dies geschah zunächst an einzelnen Schlachtstellen und später mit der Modernisierung des Schlachthofwesens auch in der Bandschlachtung in den kommunalen Schlachtbetrieben⁵.

Schon früh wurde die Frage aufgeworfen, ob die Ladenmetzger bei der Schlachtung in kommunalen Betrieben als Selbständige oder als Arbeitnehmer zu qualifizieren waren. Im Rahmen ihres eigenen Ladengeschäfts waren die Ladenmetzger als Selbständige anerkannt. Wurden die Ladenmetzger, dadurch dass sie sich im kommunalen Schlachthof als Kopf- und Lohnschlächter betätigten, zu Arbeitnehmern des Schlachthofs, weil man sie für eingegliedert und weisungsgebunden halten konnte? Die Sozialrechtsprechung neigte früh dazu, die Kopf- oder Lohnschlächter als Arbeitnehmer des Schlachthofs anzusehen⁶. Demgegenüber behandelte die Finanzrechtsprechung bis hin zum Bundesfinanzhof die Lohnschlächter oder Kopfschlächter in der ersten Zeit als Selbständige, die auf Werkvertragsbasis in der Schlachtung tätig wurden⁷.

Im Laufe der Zeit bildeten sich dann Werkunternehmen, die mit den Schlachthofverwaltungen die Schlachtung auf Werkvertragsbasis ver-

1 Vgl. www.linksfraktion.de/reden/lohndumping-werkvertraege-beenden-2012-06-28 (Abruf: 30.8.2012).

2 IVZ aktuell, NRW Arbeitsmarkt, 25.8.2012 (www.ivz-online.de/aus-aller-welt/nrw_artikel-nrw-arbeitsminister-kritisiert-ausbeutung-durch-werkvertraege_arid,108391.html) [Abruf: 30.8.2012].

3 BB 2012, 1.

4 Vgl. DGB Bundesvorstand/Lohndumping durch Werkverträge, Mitteilung vom 23.8.2012 (<http://www.dgb.de/themen/++co++bc21dc74-ec33-11e1-a62f-00188b4dc422@@@index.html?k:ist=Arbeit>) [Abruf: 30.8.2012].

5 S. dazu *Tuengerthal*, Zeitschrift für Wissenschaft, Hygiene, Umwelt, Betriebsführung u. Technik in der Produktion von Vieh und Fleisch, 1975, 326–328.

6 Vgl. BSG, 15.10.1970 – 11/12 RJ 412/67 (bei juris).

7 Vgl. BFH, 18.5.1961 – V 273/58 (bei juris); BFH, 14.1.1965 – V 225/62 U (bei juris).

einbarten. Die für die Werkvertragsunternehmen tätigen Lohn- und Kopfschlächter wurden zunehmend als Arbeitnehmer angesehen. Die Werkvertragsunternehmen gingen daher schließlich flächendeckend mit den einzelnen Lohn- oder Kopfschlächtern Arbeitsverhältnisse ein. Parallel dazu hat sich der Fleischgroßhandel entwickelt: Auch hier sahen sich die einzelnen Zerleger, also Personen, die im Rahmen der Zerlegung bei der Herstellung von Fleischteilstücken tätig wurden, zunächst als selbständige Zerleger an. Auch dieses Vorgehen wurde von der Sozialrechtsprechung nicht gebilligt⁸. Die Unternehmen hingegen, die nunmehr auf Werkvertragsbasis bei Schlachtunternehmen bzw. Fleischgroßhandelsunternehmen die Zerlegung auf Werkvertragsbasis durchführen, wurden hinsichtlich der Werkvertragsnatur ihrer Verträge, sowohl in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung wie in der Sozialrechtsprechung, als Werkunternehmer anerkannt⁹.

Seit etwa 30 Jahren ist das Outsourcen von Schlachtung und Zerlegung in der Fleischwirtschaft allgemein üblich geworden und die Verhältnisse gestalten sich dort so, dass nach den Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung (volle Eingliederung und alleinige Weisungsgebundenheit) von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung nicht gesprochen werden kann. Die Arbeitnehmer der Werkunternehmen in der Fleischwirtschaft sind im Sinne der Rechtsprechung des BAG¹⁰ weder in die auftraggebenden Schlacht- oder Zerlegebetriebe eingliedert, noch sind sie den Auftraggebern gegenüber weisungsgebunden. Vielmehr organisieren die Werkunternehmen die Schlachtung und Zerlegung vollkommen selbständig, und sie haben eigene Vorarbeiter, die ausschließlich Weisungen erteilen. Aus diesem Grund verbietet sich auch der Vorwurf der Unseriosität von Werkverträgen in der Fleischwirtschaft, zumal das BAG das Outsourcen mittels Werkverträgen in der Fleischwirtschaft ausdrücklich anerkennt¹¹. Dabei haben sich die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen echten Werkverträgen und Scheinwerkverträgen (illegaler Arbeitnehmerüberlassung) durch die neuere Rechtsprechung deutlich reduziert. Die Abgrenzung wird in der neueren Rechtsprechung nicht mehr anhand einer Vielzahl uneinheitlicher Indizien, sondern nur noch anhand der beiden Kriterien „Ausübung des Weisungsrechts“ und „Eingliederung in den Fremdbetrieb“ vorgenommen¹². Dadurch hat sich der Graubereich zwischen legalem Werkvertrag und illegaler Arbeitnehmerüberlassung verringert. In den letzten Jahren hat das BAG in der Praxis zunächst auf die vertraglichen Vereinbarungen abgestellt und diese mit der Durchführung des Vertrages verglichen. Sind die vertraglichen Vereinbarungen werkvertraglicher Natur und werden sie in der praktischen Durchführung auch angewandt, liegt ein Werkvertrag vor. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, sofern die auf Seiten der Vertragsparteien zum Vertragsabschluss berechtigten Personen die abweichende Vertragspraxis kannten und sie zumindest geduldet haben¹³. Wird der Werkvertrag in der Praxis nicht umgesetzt, soll ein so genannter „Scheinwerkvertrag“ vorliegen. Der Vorwurf der Unseriosität darf aber erst erhoben werden, wenn wirklich festgestellt ist, dass kein Werkvertrag, sondern ein bloßer „Scheinvertrag“ vorliegt.

Da in Deutschland ein Mangel an ausgebildeten Metzgern herrscht, bietet die Zusammenarbeit mit Werkunternehmen der Fleischwirtschaft eine Möglichkeit, an dringend benötigtes Personal zu kommen. Die Arbeitsagenturen schaffen es regelmäßig auch nach intensiver Suche nicht, den Schlacht- und Zerlegebetrieben Lohnschlächter oder Zerleger zu vermitteln. Die Werkunternehmen kennen dagegen die überregionale Marktsituation. Dadurch gelingt es ihnen, das für die

Durchführung von Schlachtung und Zerlegung dringend benötigte Personal heranzuziehen. Die Schlacht- und Zerlegeunternehmen müssen ihre Zeit nicht für die Suche nach Personal verwenden, sondern können sich auf die Vermarktung ihrer Produkte konzentrieren. Die früher geäußerte Kritik der Gewerkschaft NGG, wonach durch den Einsatz von Werkvertragsunternehmen in der Branche 22 000 Arbeitsplätze verlorengegangen seien, hält den Erfahrungen der Praxis nicht stand. Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Im Jahre 2007 ging der Zoll gegen einen bayerischen Schlachtbetrieb vor, der einen ungarischen Subunternehmer bei der Schlachtung einsetzte. Der Vorwurf: Illegale Arbeitnehmerüberlassung seitens des ungarischen Unternehmens an den deutschen Auftraggeber. Der Vorwurf, der sich später als unzutreffend herausstellte, hatte weitreichende Konsequenzen; es kam es zu einem Haftbefehl gegen den ungarischen Unternehmer und zu einer Beschlagnahme von dessen Vergütungsansprüchen gegenüber dem deutschen Auftraggeber. Dadurch war der ungarische Arbeitgeber außer Stande, seinen ungarischen Arbeitnehmern den Lohn zu zahlen und so gefährdete die Vorgehensweise des Zolls auch den Betrieb des bayerischen Schlachtunternehmens. Um dennoch den Betrieb aufrechterhalten zu können, trafen die Anwälte des deutschen Auftraggebers mit der zuständigen Agentur für Arbeit eine Vereinbarung: Zunächst erhielten die ungarischen Arbeitnehmer der 15-köpfigen Schlachtgruppe eine Arbeitsgenehmigung zur Tätigkeit nunmehr bei dem deutschen Auftraggeber als deren Arbeitgeber. Gleichzeitig sagte der deutsche Auftraggeber zu, die ungarischen Arbeitnehmer sukzessive gegen Lohnschlächter, die über die Agentur für Arbeit zu vermitteln wären, zu ersetzen. Obwohl darauf die Agentur für Arbeit deutschlandweit Lohnschlächter suchte, wurden innerhalb eines Jahres nur zwei Arbeitnehmer für den deutschen Auftraggeber vermittelt. Damit nicht genug: Beide Vermittelten wollten gar nicht langfristig in der Schlachtgruppe tätig werden und bekamen andere Aufgaben. Im Ergebnis blieben also die Ungarn tätig. Ähnliche Erfahrungen musste ein dänisches Unternehmen machen, das vor etwa fünf Jahren im Bereich der Zerlegung aktiv werden wollte. Angelockt von Äußerungen der Gewerkschaft NGG, wonach im Norden der neuen Bundesländer genügend Arbeitslose aus der Fleischwirtschaft vorhanden seien, übernahm das dänische Unternehmen einen deutschen Zerlegebetrieb. Abermals konnte die Agentur für Arbeit, trotz großflächiger Suche, die für den Betrieb benötigten Zerleger nicht vermitteln. Schließlich musste dann ein polnisches Unternehmen mit der Zerlegung für den dänischen Betrieb betraut werden.

Der bestehende Mangel an Zerlegern in Deutschland und die Konkurrenz der auf diesem Markt tätig werdenden Werkunternehmen verhindert auch weitgehend eine unangemessene Bezahlung der Lohnschlächter und Zerleger. Die Mangelsituation wird sich in den kommenden Jahren sogar noch verstärken, zum einen wegen des demographischen Wandels, zum anderen da eine Tätigkeit, die mit dem Töten von Tieren verbunden ist, für die meisten Jugendlichen wenig attraktiv erscheint und die Ausbildungsbereitschaft zum Schlächter

8 Vgl. BSG, 4.6.1998 – B 12 KR 5/97 R, und BSG, 15.10.1970 – 11/12 RJ 412/67.

9 Vgl. BAG, 15.2.2007 – 8 AZR 431/06, BB 2007, 1849 m. BB-Komm. *Wellhöner*; Sächsisches LAG, 11.4.2006 – 7 Sa 373/05 (bei juris); BSG, 4.6.1998 – B 12 KR 5/97 R (bei juris).

10 Vgl. zu den Kriterien BAG, 6.8.1997 – 7 AZR 663/96 (Einzelelektrikerentscheidung), (bei juris) und LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 27/10 (bei juris).

11 Vgl. BAG, 15.2.2007 – 8 AZR 431/06, BB 2007, 1849 m. BB-Komm. *Wellhöner*; Sächsisches LAG, 11.4.2006 – 7 Sa 373/05 (bei juris).

12 Vgl. LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 27/10 Rn. 145 (bei juris).

13 Vgl. BAG, 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, Leitsatz Nr. 3 und Rn. 36 f. (bei juris), BB 1991, 2375.

äußerst gering ist. Auch eine Schlechterstellung der Lohnschlächter und Zerleger gegenüber Stammarbeitnehmern des Schlacht- oder Zerlegebetriebes findet regelmäßig nicht statt, da im Allgemeinen die gesamte Schlachtung und Zerlegung outgesourct ist. Es gibt also in den Schlachtbetrieben keine Arbeitnehmer, die eine vergleichbare Tätigkeit ausüben wie die Erfüllungsgehilfen der Werkvertragsunternehmen. Ebenso wenig sind bisher Untersuchungen bekannt geworden, dass diejenigen Schlacht- und Zerlegebetriebe, die mit eigenem Personal Schlachtung und Zerlegung durchführen, hierbei höhere Löhne zahlen als die Werkunternehmer.

Da Lohnschlächter und Zerleger Mangelberufe sind, neigen die deutschen Schlacht- und Zerlegeunternehmen dazu, mit Subunternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten der EU die Arbeiten im Rahmen von Werkverträgen in den deutschen Schlacht- und Zerlegebetrieben abzuwickeln. Dies führt dazu, dass die Arbeitnehmer, die in dem äußerst harten Bereich der Schlachtung und Zerlegung tätig werden wollen, im Allgemeinen – mit bedauerlichen Ausnahmen – einen angemessenen Lohn erhalten und dennoch die Fleischversorgung der Bevölkerung zu einem für alle bezahlbaren Preis sichergestellt ist.

III. Die Bedeutung von Werkverträgen im europäischen Binnenmarkt

Betrachtet man die Werkverträge in der Fleischwirtschaft aus der europäischen Perspektive, verliert die Kritik daran an Stichhaltigkeit, denn die Zusammenarbeit von Werkvertragsunternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten der EU mit deutschen Schlachthofbetreibern, die durch die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV geschützt wird, bringt allen Beteiligten Vorteile: Die Werkvertragsarbeiter aus Mitgliedstaaten wie Rumänien, wo die Arbeitslosigkeit hoch ist und der Durchschnittslohn bei umgerechnet 4,50 Euro¹⁴ liegt, oder Bulgarien (Durchschnittslohn 3,50 Euro)¹⁵ profitieren deutlich von der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit und erzielen Löhne die etwa doppelt so hoch sind (6–7 Euro), wie die Durchschnittslöhne ihres Herkunftsstaates. Da die Werkunternehmer aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten sich im Allgemeinen um preisgünstige Unterkünfte kümmern, können ihre Arbeitnehmer trotz der aus deutscher Sicht geringen Löhne, regelmäßige Beträge an ihre Familien überweisen und finanzielle Rücklagen bilden. Wer die Entwicklung in den osteuropäischen Mitgliedstaaten verfolgt hat, weiß, dass viele Ungarn, Polen und Tschechen durch Arbeiten auf Werkvertragsbasis in ihrem Heimatland ein Eigenheim erwerben oder renovieren konnten. *Siegfried Leister*, ein Kenner der ungarischen Verhältnisse und Vorsitzender des Kuratoriums der Deutsch-Ungarischen Gesellschaft bestätigte in einem Tagungsbeitrag am 20.7.2012 in Berlin, dass sich durch die nach Deutschland entsandten Facharbeiter die Infrastruktur auf dem ungarischen Land erheblich verbessert hat¹⁶. Mit dem in Deutschland verdienten Geld wurden zahlreiche Häuser, unter Inanspruchnahme deutscher Baumärkte von Grund auf renoviert. Im Übrigen müssen die entsandten Werkvertragsarbeiter nicht einmal die deutsche Sprache erlernen, da im Werkunternehmen ihre Heimatsprache gesprochen wird. Oftmals lernen die Werkvertragsarbeiter auch verschiedene Einsatzbetriebe kennen und können dadurch auch ihre beruflichen Kenntnisse erweitern. Ein Mindestmaß an sozialem Schutz wird den entsandten Arbeitnehmern durch das Arbeitnehmerentsendegesetz, die Entsenderichtlinie der EU und durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz gewährleistet¹⁷. Selbst in Bereichen, in denen keine allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge gelten, wie

etwa in der Fleischwirtschaft, wird durch die Marktsituation, von wenigen Ausnahmen abgesehen, ein angemessener Lohn gezahlt.

Auch die Werkunternehmer aus den neuen Mitgliedstaaten der EU profitieren von der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit. So sind Werkverträge nach der Rechtsprechung auch zulässig, wenn die Arbeitsmittel überwiegend durch den deutschen Einsatzbetrieb gestellt werden¹⁸. Dies ermöglichte es kapitalschwachen Werkvertragsunternehmen aus Polen oder Ungarn, ohne größere finanzielle Risiken wirtschaftliche Kooperationen einzugehen, sich dabei mit modernen und effizienten Arbeitsmethoden vertraut zu machen und diese auch im Heimatland anzuwenden. Dadurch verbesserte sich die Wettbewerbsfähigkeit der Werkvertragsunternehmen, die ansonsten nur für einen kleinen heimischen Absatzmarkt produzieren könnten, und sie erhielten Anschluss an den Weltmarkt.

Als Folge wurde auch die Wettbewerbsfähigkeit der osteuropäischen Mitgliedstaaten der EU insgesamt verbessert. Dies hat auch die Politik in der Vergangenheit anerkannt und sehr früh schon im Rahmen der Werkvertragsabkommen mit den MOE-Ländern umgesetzt. Die etwa seit dem Jahr 1985 geschlossenen Werkvertragsabkommen basieren auf der Überzeugung, dass der Bundesrepublik Deutschland aufgrund ihrer geopolitischen, historischen und wirtschaftlichen Position eine besondere Vermittlerfunktion in dem Wirtschafts-Informationsprozess zukommt¹⁹.

Die bilateralen Werkvertragsabkommen unterstützten den Transformationsprozess in den MOE-Staaten und dienten somit wichtigen Zielen der Außenpolitik, Wirtschaftspolitik, Entwicklungspolitik und Migrationspolitik²⁰. Allerdings kam es schon bei diesen Werkvertragsabkommen zu einem Konflikt zwischen den von den Regierungen verfolgten internationalen bzw. transnationalen Zielsetzungen der Werkvertragsabkommen und den, wie es kritisch heißt, „ausschließlich nationalstaatlich begrenzten sozial- und arbeitsmarktpolitischen Interessen der inländischen Kollektivakteure in der BRD“, wobei hier insbesondere die Tarifparteien genannt wurden, denen an einer Vermeidung von Arbeitsmarktkonkurrenz und einem Erhalt ihrer Wettbewerbsvorteile gelegen sei²¹. Trotz solcher Bedenken erreichte die Zahl der Arbeitnehmer, die aus den MOE-Staaten in die Bundesrepublik kamen, im Oktober 1993 einen vorläufigen Höchststand von 115 000 Arbeitnehmern²².

So führte die Kooperation zwischen deutschen Unternehmen und Unternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten der EU zu einem relativ

14 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.4.2012, S. 11, unter Bezugnahme auf das Statistische Bundesamt.

15 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.4.2012, S. 11, unter Bezugnahme auf das Statistische Bundesamt.

16 Tagungsbeitrag von Herrn *Siegfried Leister*, des Vorsitzenden des Kuratoriums der Deutsch-Ungarischen Gesellschaft mit dem Thema: „Erfahrungen mit der Entwicklung der Werkverträge in den letzten 40 Jahren“, anlässlich der Fachkonferenz „Liberalisierung des deutschen Arbeitsmarktes ein Jahr danach – Neue Perspektiven der deutsch-ungarischen Zusammenarbeit“ am 20.7.2012 in der Ungarischen Botschaft in Berlin.

17 Vgl. insbesondere § 2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz der allgemein gilt, also innerhalb und außerhalb der Branchen, in denen Tarifbedingungen gem. §§ 3,5 gelten (*Schlachter*, in: *Erfurter-Kommentar*, 12. Aufl. 2012, § 2 AEntG Rn. 1).

18 Vgl. BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338 (Brammenflämmerfall). Dass das Stellen von Arbeitsmitteln durch den Einsatzbetrieb von der Rechtsprechung akzeptiert wird, ist einleuchtend, denn es kann nicht vorausgesetzt werden, dass Schlacht- bzw. Zerlegeunternehmen, die in der deutschen Fleischwirtschaft als Werkunternehmen tätig werden, die hierfür erforderlichen technischen Geräte sowie Rohrbahnen und Zerlegebänder aus ihren Heimatländern mit zu ihrem deutschen Auftraggeber verbringen, wo diese Geräte zur Verfügung stehen.

19 Vgl. *Faist u. a.*, *Ausland im Inland*, Die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 10.

20 Vgl. *Faist u. a.*, *Ausland im Inland*, Die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 10.

21 Vgl. *Faist u. a.*, *Ausland im Inland*, Die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 12.

22 Vgl. *Faist u. a.*, *Ausland im Inland*, Die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 1.

raschen Anschluss der neuen Mitgliedstaaten des Jahres 2004 an die Wirtschaftsverhältnisse im übrigen Europa, speziell in Deutschland. Auch hat der enge Kontakt zur deutschen Wirtschaft dazu beigetragen, dass relativ schnell deutsche Handelsunternehmen in den neuen Mitgliedstaaten tätig wurden.

Die Vorteile des Werkvertrages für den deutschen Einsatzbetrieb liegen auf der Hand: Der Werkvertrag ermöglicht es den deutschen Unternehmen, auf flexible und unbürokratische Weise den Mangel an qualifiziertem Personal zu überwinden, sich auf ihr Kerngeschäft und die Kernbelegschaft zu konzentrieren und so ebenfalls von den Vorteilen eines europäischen Binnenmarktes zu profitieren.

IV. Problematisches Vorgehen des deutschen Zolls gegenüber den Werkunternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten

Die positiven Auswirkungen der europäischen Zusammenarbeit im Rahmen von Werkverträgen werden immer wieder durch überzogene Maßnahmen des Zolls gefährdet. Wer einmal mitbekommen hat, wie der Zoll bei der Kontrolle eines Schlachtbetriebes mit 30 bewaffneten Einsatzkräften anrückt, sofort die Festplatten der Computer ausbaut und sofort alle Werkvertragsarbeitnehmer vernimmt, gleichzeitig die Privat- und Geschäftsräume der Geschäftsführer und die Privatwohnungen der Werkvertragsarbeitnehmer durchsucht und dann miterlebt, dass sich die darauffolgenden Straf- oder Bußgeldverfahren jahrelang hinziehen, um dann oftmals ergebnislos eingestellt zu werden, stellt sich unmittelbar die Frage nach der Verhältnismäßigkeit einer solchen Vorgehensweise. Einige Sondereinsätze gegenüber ungarischen Unternehmen (SOKO Piroshka, SOKO Bunda, SOKO Pannonia) haben sogar dazu geführt, dass ein großer Teil der ungarischen Werkunternehmen im Ergebnis zerschlagen wurde.

Zwar hat der EuGH die Berechtigung von Kontrollmaßnahmen anerkannt, die erforderlich sind, um die Beachtung von Anforderungen zu überprüfen, die durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind²³. In Rn. 17 des Urteils vom 27.3.1990 in der Rechtsache C-113/89 (Rush Portuguesa, Slg. 1990, I-1417) hat der Gerichtshof jedoch auch festgestellt, dass diese Kontrollen die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen beachten und die Dienstleistungsfreiheit nicht illusorisch machen dürfen. Der EuGH hat dann auch in mehreren Urteilen Kontrollmaßnahmen für eine Entsendung für unverhältnismäßig gehalten: Dies galt beispielsweise für eine luxemburgische Verpflichtung, Kontrollunterlagen bei einem in Luxemburg ansässigen Ad-hoc-Vertreter zu hinterlegen²⁴, eine deutsche Vorab-Kontrolle von Entsendeunterlagen bei Entsendung von Drittstaatsangehörigen²⁵ oder eine belgische Entsendeanmeldung²⁶. Auch die Kommission hat sich in einer Mitteilung vom 13.6.2007²⁷ kritisch zu beschränkenden Kontrollmaßnahmen der Mitgliedstaaten geäußert und ausgeführt, dass Berechtigung, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Kontrollmaßnahmen fragwürdig sind, wenn sie nicht wesentlich zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer beitragen. Außerdem stellten automatisch und bedingungslos anwendbare Maßnahmen, die sich auf eine allgemeine Vermutung des Betrugs oder Missbrauchs durch eine Person oder ein Unternehmen stützten, die bzw. das eine im Vertrag festgeschriebene Grundfreiheit in Anspruch nimmt, eine ungerechtfertigte Beschränkung dar. Ein neuer Richtlinienentwurf der EU-Kommission zielt daher darauf ab, dass bei empfundenen Missständen im Rahmen von Werkvertragsunternehmen

die deutschen Überprüfungsbehörden sich mit den zuständigen Behörden des Heimatlandes der Werkunternehmen in Verbindung setzen sollen, um auf diese Art und Weise kritische Fragen zu klären²⁸. Infolge des durch den Richtlinienentwurf verbesserten Informationsaustausches zwischen den Mitgliedstaaten wäre eine Zollprüfung unverhältnismäßig, wenn der Zoll die von ihm benötigten Informationen ohne Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von den Behörden des Entsendestaats erhalten könnte.

Es verwundert nicht, dass gegenüber diesem, aus der Sicht der Verfasser durchaus angemessenem Vorgehen der EU-Kommission sofort auf deutscher Seite nachdrückliche Kritik laut wurde²⁹. Falls entsprechend dem Vorschlag der Kommission eine Richtlinie erlassen wird, muss diese aber dennoch fristgerecht in deutsches Recht umgesetzt werden. Anderenfalls kann sich der Einzelne der staatlichen Eingriffsverwaltung gegenüber auf die EU-Vorschrift berufen, die eine geringere oder überhaupt keine Belastung vorsieht³⁰.

V. Die Interessenlage der deutschen Gewerkschaft

Wie die gegenwärtige Diskussion zeigt, stören sich deutsche Gewerkschaften und Betriebsräte daran, dass gegenüber dem Einsatz von Werkunternehmen in einem deutschen Unternehmen gegenwärtig keine rechtliche Handhabe besteht. Die deutsche Rechtsprechung ist nicht generell bereit, in Grenzfällen eine illegale Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen³¹, was dazu führen würde, dass die Betriebsräte Einfluss auf tätig werdende Werkunternehmen und deren Arbeitnehmer bekommen. Hinter dem gewerkschaftlichen Vorwurf des „Lohndumpings durch Werkverträge“ – einem Vorwurf der an der Realität vorbei geht, da Werkverträge auch für hochbezahlte Fachleute verwendet werden – verstecken sich also noch ganz andere Interessen. Den Gewerkschaften geht es vor allem auch darum, ihre eigene Einflussphäre zu sichern.

Inzwischen hat die IG Metall unter dem Begriff „Offensiv gegen eine neue Dynamik von Lohndumping“ zu erkennen gegeben, dass es ihr bei der Diskussion um eine Stärkung ihres Einflussbereichs geht und fordert ihre Mitglieder auf: „Schaut, wer durchs Werkstor geht und fragt die Geschäftsleitung: Wer arbeitet hier? Lohnt sich die Vergabe von Werkverträgen?“ Offiziell ist dieses „gegen den Versuch“ gerichtet, „Werkverträge als neues Billiglohnmodell zu missbrauchen“. In der Außendarstellung geben die Gewerkschaften dann aber vor allem vor, auf politischer Ebene für mehr Rechte für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Werkverträgen zu streiten³².

23 EuGH, 19.1.2006 – C-244/04, Kommission / Deutschland Rn. 36, EWS 2006, 89.

24 EuGH, 19.6.2008 – C-319/06, Kommission / Luxemburg Rn. 91, NZA 2008, 865–872.

25 EuGH, 19.1.2006 – C-244/04, Kommission / Deutschland, EWS 2006, 89.

26 EuGH, 7.10.2010 – C-515/08, Santos Pahlonta u. a., NZA 2010, 1404–1409.

27 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen – Vorteile und Potenziale bestmöglich nutzen und dabei den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten, Brüssel, den 13.6.2007, KOM (2007) 304.

28 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Brüssel, den 21.3.2012, COM (2012) 131 final.

29 Vgl. das Nachrichtenportal Rhein-Neckar morgenweb vom 22.3.2012. Darin heißt es „Europäische Union: Neue Entsenderichtlinie würde überraschende Kontrolle des Zolls auf dem Bau gegen Schwarzarbeit aushebeln.“ Danach soll der CDU-Sozialexperte und Europaabgeordnete *Thomas Mann* geäußert haben, dass sich die Kommission „mit einer Politik der Samthandschuhe“ zum Komplizen der Schwarzarbeiter machen würde.

30 Tuengerthal, Die Umsetzung von EG-Richtlinien und staatsgerichteten EG-Entscheidungen in deutsches Recht, 2002, S. 169 ff.

31 Vgl. BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 (Brammenflämmerfall), BB 1991, 1338.

32 Vgl. IG Metall – Werkverträge: IG Metall geht gegen Dumpingmethoden vor, 25.7.2012, Fokus Werkverträge: Was will die IG Metall? (<http://www.igmetall.de/cps/rde/xchg/internet/style.xsl/werkvertraege-ig-metall-geht-gegen-dumpingmethoden-vor-10410.htm> [Abruf: 25.7.2012]).

Es erscheint nach allem aber fraglich, ob die Arbeitnehmer aus den Mitgliedstaaten der EU, die in Werkunternehmen tätig sind, wirklich daran interessiert sind, dass es zu einem Mitspracherecht der Gewerkschaften und Betriebsräte beim Einsatz von Werkunternehmen in ihrem Unternehmen kommt, da dies im Zweifel in Zukunft die Aktivität von Werkunternehmen als ihren Arbeitgebern einschränken wird. Die gewerkschaftlichen Angriffe gegen den Werkvertrag unter dem Stichwort: „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“, verkennen im Übrigen, dass die Arbeit einer Stammebelegschaft mit der Arbeit auf Werkvertragsbasis nicht vergleichbar ist: Zum einen kann der Einsatzbetrieb gegenüber den Erfüllungsgehilfen der Werkunternehmens kein Direktionsrecht nach § 106 GewO ausüben und etwa diesen gegenüber Überstunden anordnen. Erlaubt sind nur werkbezogene Weisungen. Zum anderen ist die wirtschaftliche Risikoverteilung bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis zu berücksichtigen: Einem Werkunternehmer obliegen alle Kosten, die zur Ermittlung von genügendem Personal anfallen. Er trägt das Risiko, dass Bestellungen ausbleiben und er sein Personal nicht auslasten kann³³, und dass er bei einer Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller eine hierfür übernommene Mannschaft weiter vergüten muss, ohne die dafür erwartete Werkvertragsvergütung zu erhalten. Insofern sind Lohnvergleiche mit Löhnen der Stammebelegschaft nicht ohne Weiteres sachgerecht, da der Werkunternehmer angesichts seiner Risiken finanziell vorsorgen muss und daher im allgemeinen nicht in der Lage ist, die gleichen Löhne zu erbringen, die sein Besteller seinen Arbeitnehmern zahlt.

Aber selbst wenn man Vergleiche anstellt, ist nicht zutreffend, dass für Werkvertragsarbeitnehmer immer schlechtere tarifliche Regelungen gelten. Es sei hier auf das Beispiel von *Volker Rieble* hingewiesen, wonach für ein Zimmermädchen der Tariflohn des Hotelgewerbes gilt, der unter Umständen niedriger ist als der Gebäudereinigermindestlohn West, der für einen externen Zimmermädchenendienst zu entrichten sein könnte³⁴. Die neuerlichen Angriffe auf den Werkvertrag erstaunen aber auch insoweit, als der Werkvertrag ein eigenständiges, althergebrachtes Rechtsinstitut ist, das für eine arbeitsteilige Wirtschaftsweise unerlässlich ist und das verfassungsrechtlich von der Privatautonomie geschützt wird³⁵.

Angesichts der Anerkennung des Outsourcings durch die Rechtsprechung erscheint es unerträglich, dass der deutsche Zoll auch den Werkvertragsunternehmen durch Razzien das Leben schwer macht, die eindeutig einen Werkvertrag abgeschlossen haben und ihn befolgen. Dies geschieht deshalb, da der Zoll bei seinen Maßnahmen teil-

weise Kriterien heranzieht, die weder im gesetzlich geregelten Werkvertragsrecht eine Rolle spielen, noch von den Obergerichten als maßgeblich angesehen werden. Bei grenzüberschreitenden Fällen, in denen die Werkvertragsarbeitnehmer z. B. aus Polen oder Ungarn entsandt werden, ist in der Praxis ferner festzustellen, dass der deutsche Zoll die Rechtsprechung des EuGH, mit der Bescheinigungen (so genannte E 101- bzw. A 1-Bescheinigungen) der Entsendestaaten als verbindlich geltend anerkannt werden³⁶, nicht kennt oder anerkennt. Nicht wenige Werkvertragsunternehmen wurden deshalb durch Maßnahmen des Zolls und der Staatsanwaltschaft durch jahrelange Verfahren, die im Ergebnis zu einem Freispruch führten, in die Insolvenz getrieben. Dies kann nicht hingegenommen werden!

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal ist Rechtsanwalt und Mitgeschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, die im Jahre 2006 von ihm gegründet wurde. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt. Er war lange Zeit Syndikus eines Verbandes der Lebensmittelindustrie. Gemeinsam mit Rechtsanwalt *Dr. Lutz Liebenau* und vier weiteren Kollegen betreibt er ein Anwaltsbüro mit Sitz in Mannheim, Schriesheim und Brüssel.



Michael Rothenhöfer ist Rechtsassessor und Schriftführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit. Er arbeitet in der Kanzlei von Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Dr. Lutz Liebenau mit Sitz in Mannheim, Schriesheim und Brüssel.



33 Dass dieses Risiko bei dem Werkunternehmen besteht, hat im Übrigen das BAG im Beschluss vom 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 Rn. 27 bei juris, BB 1995, 518, als typisches Moment des Werkvertrages anerkannt. Darin führt das BAG aus, dass Produktionsschwankungen für Unternehmen, die sich als Anbieter und Abnehmer von Gütern und Dienstleistungen am Markt gegenüberstehen, nicht ungewöhnlich sind. Es sei geradezu typisch für Liefer- und Dienstleistungsbeziehungen zwischen Unternehmen, dass eine Verminderung des Bedarfs beim Abnehmer auf die Beschäftigung beim Anbieter oder Zulieferer durchschlage.

34 Vgl. *Rieble*, Der Betrieb 2011, 356: Mindestlohnflucht durch Zeitarbeit.

35 S. dazu LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 27/10 Rn. 148 bei juris. Dort führt das LAG wörtlich aus: „*Schüren/Hamann* (§ 1 Rn. 135) weisen zutreffend darauf hin, dass diese einschränkende Auslegung des Überlassungsbegriffs im Hinblick auf § 10 Abs. 1 AÜG von Verfassungen wegen geboten ist. Das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Inhaber des Einsatzbetriebes kraft gesetzlicher Fiktion ist, worauf oben bereits hingewiesen wurde, ein schwerwiegender Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG beschützte Vertragsfreiheit (Abschlussfreiheit).“

36 EuGH, 26.1.2006 – C-2/05 (*Herbosch Kiere*), Slg. 2006, I-1079–1096. Der BGH hat mit Urteil vom 24.10.2006, Az.: 1 StR 44/06 die Bindungswirkung der Organe der deutschen Strafrechtspflege an eine von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erteilten Entsendebescheinigung (E 101- bzw. A1-Bescheinigung) ausdrücklich anerkannt.

BAG: Betriebliche Altersversorgung – Ablösung einer Versorgungsordnung

BAG, Urteil vom 17.4.2012 – 3 AZR 400/10

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2013-57-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Auslegung einer „Gemeinsamen Erklärung“ als Betriebsvereinbarung.
2. Die in § 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG vorgesehene Bekanntmachung der Betriebsvereinbarung hat keine konstitutive Wirkung. § 77 Abs. 2 Satz 3

BetrVG ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, von deren Einhaltung die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung nicht abhängt.

3. Ein unternehmensübergreifend gebildeter Gesamtbetriebsrat ist vom BetrVG grundsätzlich nicht vorgesehen. Sein Handeln ist rechtlich unbeachtlich; von ihm abgeschlossene Betriebsvereinbarungen sind unwirksam.

BetrVG §§ 1, 47 Abs. 1, 77 Abs. 2, 77 Abs. 4