

Werkverträge und Zeitarbeit im Fokus der Politik

- Referat gehalten auf der Tagung der Industrie- und Handelskammer Mannheim am 16.09.2015 -

v. Professor Dr. iur. Hansjürgen Tuengerthal, Rechtsanwalt

1. Werkverträge und Zeitarbeit in der politischen Diskussion

„Vollbeschäftigung, gute Arbeit und soziale Sicherheit“ sind Gegenstand des Koalitionsvertrages von CDU, SPD und CSU „Deutschlands Zukunft gestalten“ vom 16. 12. 2013 für die 18. Legislaturperiode. Konkret werden hierbei zu dem Komplex „Werkverträge und Zeitarbeit“ programmatische Aussagen getroffen. Der Aktionstag der IG Metall am 24. 9. 2015 hat dem Thema zusätzliche Aktualität verliehen: „Werkverträge spalten“ war der Slogan auf den weiträumig verbreiteten Plakaten.¹ Vorgeschlagene und bevorstehende gesetzliche Regelungen zur Anwendbarkeit von Werkverträgen und zur Zeitarbeit geben Anlass zu kritischen, auch besorgten Überlegungen.

2. Der Koalitionsvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung

2.1 Vorgeschlagene „Weiterentwicklung“ der Arbeitnehmerüberlassung

Zur Arbeitnehmerüberlassung heißt es im Koalitionsvertrag:

„Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln

Wir präzisieren im AÜG die Maßgabe, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher vorübergehend erfolgt, indem wir eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festlegen. Durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder auf Grund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung können unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammbeschäftigten abweichende Lösungen vereinbart werden. Wir entwickeln die statistische Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht fort.

Die Koalition will die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren. Das AÜG wird daher an die aktuelle Entwicklung angepasst und novelliert:

Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter künftig spätestens nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.

Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leihararbeitern als Streikbrecher

Zur Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte wird gesetzlich klargestellt, dass Leiharbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.“

2.2 Die festgelegten Zeitpunkte

Besonders in der Diskussion befinden sich die festgelegten Zeitpunkte, nämlich:

- die Gleichstellung der Leiharbeiter bezüglich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern spätestens nach 9 Monaten;

- die Höchstzulassungsdauer der Überlassung von 18 Monaten.²

2.3 Angebliche Begründung der Höchstzulassungsdauer von 18 Monaten in der Leiharbeitsrichtlinie der EU

Zur Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten scheint man sich auf die einschlägige Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 zu berufen, wo es in Art. 1 wie folgt heißt:

„Artikel 1, Leiharbeitsrichtlinie der EU 2008/104/EG v. 19.11.2008 Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.“³

Der Begriff „vorübergehende“ Überlassung ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht näher definiert und im Grunde nur im Gegensatz zu einem „dauernden“ Beschäftigungsverhältnis zu lesen. In den Begründungserwägungen der Richtlinie wird unter Nr. 2 insbesondere davon gesprochen

„dass die Verwirklichung des Binnenmarktes zu einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft führen muss ...“

In diesem Zusammenhang werden verschiedene Arbeitsformen gegenübergestellt wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit.

In der 9. Begründungserwägung wird davon gesprochen, dass der Europäische Rat innerhalb der integrierten Leitlinien für Wachstum und Beschäftigung (2005 - 2008) zum Ausdruck gebracht hat:

„dass auf Seiten der Arbeitnehmer und der Unternehmen neue Formen der Arbeitsorganisation und eine größere Vielfalt der Arbeitsverträge mit besserer Kombination von Flexibilität und Sicherheit zur Anpassungsfähigkeit beitragen würden.“

Schließlich heißt es in der 12. Begründungserwägung:

„Die vorliegende Richtlinie legt einen diskriminierungsfreien, transparenten und verhältnismäßigen Rahmen zum Schutz der Leiharbeiter fest und wahrt gleichzeitig die Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen.“

Es ergibt sich somit aus der Begründung der Richtlinie, dass der Begriff „vorübergehend“ nur im Gegensatz zu „dauernd“ zu verstehen ist und dass mit dem Begriff „vorübergehend“ keine Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern erfolgen sollte, wie er aber jetzt vorgesehen ist.

2.4 Zur neuesten Haltung der Kommission

In diesem Sinne entnimmt die EU-Kommission ihrerseits aus der Leiharbeitsrichtlinie keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, in ihren Vorschriften Regelungen zu einer vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung aufzunehmen.

In diesem Zusammenhang hatte erst kürzlich ein deutscher Leiharbeiter ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleiten wollen mit der Beschwerde, dass der deutsche Gesetzgeber bisher zu Unrecht bewusst darauf verzichtet habe, das aus der Richtlinie folgende Verbot der unbefristeten Überlassung zu sanktionieren.⁴

Demgegenüber hat die EU-Kommission in diesem Beschwerdeverfahren gegen Deutschland, Aktenzeichen: CHAP (2015 00716), zum Ausdruck gebracht, dass sie beabsichtigt, das Beschwerdeverfahren einzustellen und dazu ausgeführt:

„Da gemäß der Richtlinie Deutschland und die anderen Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, eine Höchstdauer für die Überlassung von Leiharbeitnehmern an entliehene Unternehmen festzulegen, verstößt das Fehlen einer solchen Begrenzung in den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie nicht gegen ihre Bestimmungen. Auch gegen andere spezifische Bestimmungen des EU-Rechts wird damit nicht verstoßen.“

Da die langfristige Überlassung von Leiharbeitnehmern an entliehene Unternehmen keinen Verstoß gegen die Richtlinie 2008/104/EG darstellt, sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Sanktionen für einen solchen Fall vorzusehen.“

Auf die Leiharbeitsrichtlinie kann sich somit das Bundesministerium für Arbeit und Soziales aus der Sicht der Kommission zum Zwecke der Begrenzung von Leiharbeit nicht berufen. Es bleibt sogar die Frage, ob das vorgesehene Vorgehen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales überhaupt im Einklang mit der Leiharbeitsrichtlinie der EU steht.

2.5 Ursprüngliche Form der Aufnahme des Begriffs „vorübergehend“ in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

In dem Sinne, wie es EU-Kommission sieht, hat auch der deutsche Gesetzgeber im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz durch die Änderung vom 28.04.2011 in § 1 Abs. 1 Satz 2 bisher nur die folgende Regelung aufgenommen:

„§ 1 AÜG Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend. ...“

Die Festlegung von 18 Monaten für eine vorübergehende Überlassung ist seitens der Koalitionspartner dem Vernehmen nach ohne jegliche genaue Begründung zustande gekommen, dass sich die CDU für eine zweijährige Überlassungsdauer ausgesprochen hat und die SPD von einer einjährigen Dauer ausging, so dass man sich schließlich auf 18 Monate geeinigt hat.

2.6 Zur Bezugs Ebene für das vorübergehende Tätigwerden

Inzwischen wird sehr ausführlich diskutiert, worauf sich die Festlegung von 18 Monaten als vorübergehende Überlassung beziehen soll oder bei Bezugnahme auf die Leiharbeitsrichtlinie überhaupt beziehen kann:

- Soll „vorübergehend“ darauf bezogen werden, dass der Arbeitsplatz in einem Unternehmen nicht länger als 18 Monate von Leiharbeitnehmern besetzt werden darf,
- oder soll das heißen, dass ein Leiharbeiter nicht länger als 18 Monate in einem Betrieb tätig werden darf?

Für letztere Auffassung hat sich mit guten Gründen Franzen ausgesprochen.⁵

Aus der Sicht der Wirtschaft wird nachdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass die Betriebe, die Leiharbeiter benötigen, mit der 18-monatigen Beschränkung auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf eine Arbeitsstelle nicht zurechtkommen.

2.7 Zur Rechtsfolge nach Ablauf der 18 Monate

Bezüglich der Rechtsfolge, was geschehen soll, wenn die 18 Monate überschritten sind, vertreten Brors und Schüren in ihrem Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen⁶ die härteste Linie. Sie möchten in § 1 Abs. 2 AÜG folgende Regelung aufnehmen:

„§ 1 AÜG Erlaubnispflicht

(1) ...

(2) Die dauerhafte Besetzung von Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern ist verboten. Die Überlassung darf nur auf Arbeitsplätze erfolgen, an denen ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung besteht. ...“⁷

Der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter, soweit die Überlassung nicht vorübergehend war, soll hiernach im Zusammenhang mit einem Änderungsvorschlag zu § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam sein:

„§ 9 AÜG Unwirksamkeit

Unwirksam sind:

1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat, die Überlassung nicht vorübergehend im Sinne von § 1 Abs. 2 erfolgt oder die Überlassung nicht im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach diesem Gesetz kenntlich gemacht wurde...“⁸

Automatisch wird damit gemäß der Vorschrift von § 10 Abs. 1 Satz AÜG, die unverändert weiter gilt, der Entleiher zum Arbeitgeber der angeblich nicht vorübergehend überlassenen Arbeitnehmer, denn § 10 Abs. 1 AÜG lautet in der geltenden Fassung:

„§ 10 AÜG Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit

- (1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen...“

2.8 Tätigwerden der Gewerkschaften

Inzwischen sind auch die Gewerkschaften insoweit aktiv geworden, als sie die vorgesehene Begrenzung auf 18 Monate als im Widerspruch zu tarifrechtlichen Regelungen sehen. Es gibt Tarifverträge, die festlegen, dass nach 24 Monaten Arbeitnehmerüberlassung der einzelne Arbeitnehmer einen Anspruch gegenüber dem Entleihun-

ternehmen auf Aufnahme als Arbeitnehmer in diesen Betrieb hat.⁹ Diese Möglichkeit würde ihm durch die vorgesehene Beschränkung genommen.

Es bleibt nach alledem abzuwarten, in welcher Art und Weise die Modifizierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Hinblick auf die Festlegung des Begriffs „vorübergehend“ erfolgen wird und welche Möglichkeiten bestehen werden, dagegen vorzugehen.

3. Der Koalitionsvertrag zur Werkvertragsproblematik

3.1 Die Aussage im Koalitionsvertrag

Der Koalitionsvertrag der laufenden Legislaturperiode enthält zum Thema „Werkvertrag“ folgende programmatische Aussage:

„Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern

Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und im ausreichenden Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden.

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Recht-sprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“¹⁰

3.2 Zu den verschiedenen Ansätzen zur Werkvertragsproblematik

Die einzelnen programmatischen Ansätze zur Regelung der Werkvertragsproblematik lassen sich wie folgt bewerten:

- Dagegen, dass man die Prüftätigkeit der Zollbehörden für Fälle der Schwarzarbeit, verstärkt, lässt sich nichts einwenden. Die Behörden überprüfen allerdings ohnehin bereits sehr intensiv die werkvertraglichen Abläufe. Ein rechtswidriges Verhalten zu Lasten von Arbeitnehmern ist in der Tat nicht hinzunehmen.

- In gleicher Weise ist auch nichts dagegen einzuwenden, dass der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkarbeiter sichergestellt wird, was freilich im Zweifel heute schon der Fall ist.

- Als etwas problematischer ist zu bewerten, dass man einem Unternehmen, das eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat, aber in einem Fall auf der Basis werkvertraglicher Abwicklung tätig ist, den Rückzug auf die vorhandene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis versagen will, wenn ihm die Behörde das Werkvertragsverhältnis streitig macht.

3.3 Zur vorgesehenen Verstärkung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats

Im Hinblick auf die Verstärkung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats sind allerdings gewisse Ansätze problematisch, wie sie beispielsweise von *Brors* und *Schüren* verfolgt werden. Sie sehen

vor, dem Betriebsrat im Endeffekt ein Mitwirkungsrecht hinsichtlich des Einsatzes von Werkunternehmen im Betrieb einzuräumen mit der Möglichkeit, gegen die Betätigung von Werkarbeitnehmern im Betrieb im Klagewege vorzugehen.

Insoweit haben *Brors* und *Schüren* in ihrem Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen Vorschläge unterbreitet.¹¹ Diese Vorschläge kann das Land Nordrhein-Westfalen gegebenenfalls über den Bundesrat in das Gesetzgebungsverfahren einbringen. *Brors* und *Schüren* haben dem bisherigen § 92 Abs. 1 BetrVG einen Anhang beigefügt.

Die geltende Vorschrift lautet

„§ 92 Personalplanung

(1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten.“

Nunmehr kommt der von *Brors* und *Schüren* als Satz 3 geforderte Zusatz zu § 92 Abs. 1 BetrVG :

„Die Unterrichtspflicht erstreckt sich auch auf den geplanten Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und in dessen Betriebsorganisation tätig sein sollen.“¹²

Einschneidend ist in diesem Zusammenhang dann der von *Brors/Schüren* geforderte neue § 99a BetrVG, der in Absatz 1 wie folgt lauten soll:

„§ 99a BetrVG Mitbestimmung beim Einsatz von Fremdpersonal

(1) Der Betriebsrat ist vor jedem Einsatz von Fremdpersonal oder einzelnen Selbstständigen auf dem Betriebsgelände oder in der Betriebsorganisation des Arbeitgebers, der länger als einen Monat dauern soll, wie bei einer Einstellung nach § 99 Abs. 1 zu unterrichten. Dauert ein Einsatz planwidrig länger als einen Monat, so ist die Unterrichtung des Betriebsrats nachzuholen, sobald dies erkennbar wird. Einsatzzeiten aus wiederholten Einsätzen sind zusammen zu rechnen.“¹³

Hinzu kommt noch die besonders gravierende Regelung nach § 99a Abs. 2 BetrVG in der von *Brors/Schüren* vorgeschlagenen Fassung:

„(2) Der Fremdfirmenpersonaleinsatz oder Einsatz von Selbstständigen ist unzulässig, wenn der Betriebsrat zuvor nicht nach Abs. 1 unterrichtet wurde. Ein Einsatz, der ohne Unterrichtung des Betriebsrats nach Abs. 1 stattfindet, wird nach einem Monat unzulässig. Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber verlangen, den Einsatz zu unterlassen. Einsatzzeiten aus wiederholten Einsätzen sind zusammenzurechnen.“¹⁴

Hierzu heißt es in der Erläuterung von *Brors/Schüren*:

„Um die bestehenden Informationsrechte abzusichern, wird in Abs. 2 geregelt, dass der Einsatz von Fremdpersonal ohne die Information nach Abs. 1 unzulässig ist. Der Betriebsrat hat nach der Regelung einen Unterlassungsanspruch, der im Wege des einstweiligen Recht-

schutzes durchgesetzt werden kann."¹⁵ (Unterstreichung durch den Verfasser).

Ein derartiges Recht auf Unterrichtung mit der Möglichkeit, dass der Betriebsrat im Endeffekt einen Unterlassungsanspruch hat, der im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann, ergibt sich aus der im Koalitionsvertrag vorgesehenen Einräumung von Informations- und Unterrichtsrechten an den Betriebsrat nicht. *Tuengerthal/Geißer* haben sich daher gegen die Vorstellungen von *Brors* und *Schüren* deutlich ausgesprochen.¹⁶

4. Zur vorgesehenen Niederlegung der wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien von Werkverträgen zu Arbeitnehmerüberlassung

4.1 Zur Abgrenzungspraxis des Bundesarbeitsgerichts

Eine ganz maßgebliche Sorge besteht hinsichtlich der Vorstellungen im Koalitionsvertrag, *die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niederzulegen.*

Dazu ist zunächst festzustellen, dass es eine praxisfreundliche und den Belangen der Unternehmen entgegenkommende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung gibt. Die Rechtsprechung beginnt mit der sogenannten Brammenflämmer-Entscheidung vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, fortgesetzt von der Bremszylinder-Entscheidung vom 09.07.1991 - 1 ABR 45/90.

In der wegweisenden Brammenflämmer-Entscheidung hat das BAG im Leitsatz deutlich zum Ausdruck gebracht:

*„Personen, die als Dienst- oder Werknehmer oder deren Erfüllungsgehilfen die in einem Dienst- oder Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, sind nicht schon deswegen in den Betrieb des Auftraggebers und dessen Organisation im Sinne von § 99 BetrVG eingegliedert, weil sie im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und weil die von ihnen zu erbringende Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant ist. Hinzukommen muss, dass diese Personen selbst in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert werden, so dass dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat. Darauf, inwieweit äußere Umstände eine Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Betriebes notwendig machen, kommt es nicht an.“*¹⁷

In gleicher Weise hat das Bundesarbeitsgericht dann in der Bremszylinder-Entscheidung ausgeführt:

*„In der Beschäftigung von Arbeitnehmern einer Drittfirma aufgrund eines echten Werkvertrages liegt keine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG, wenn die Drittfirma, die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nach Zeit und Ort zu treffen hat.“*¹⁸

Diese Entscheidungen wurden erst vor kurzer Zeit vom Landesarbeitsgericht Hamburg mit Urteil vom 29.10.2010 - 6 Sa 27/10 bestätigt, dem das BAG im Urteil vom 18.01.2012 - 7 AZR 723/10 gefolgt ist.

4.2 Keine Hinnahme von „Vermutungen“

Mit großer Aufmerksamkeit ist im Zusammenhang mit der gesetzlichen Positivierung der durch die Rechtsprechung entwickelten

Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz zu verfolgen, dass darüberhinaus auch „Vermutungen“ im Sinne einer Beweislastumkehr in das Gesetz aufgenommen werden sollen. In diesem Sinne ist beispielsweise im Antrag der SPD vom 19.02.2013¹⁹ und dem Gutachten von *Brors* und *Schüren* vom Februar 2014²⁰ die Rede. Am weitesten gehen die Vorschläge von *Brors* und *Schüren*, die in § 1 Abs. 4 AÜG folgende Regelung aufnehmen möchten:

*„Werden Arbeitnehmer in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden. Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags mit dem Dritten eingesetzt werden.“*²¹

Dazu haben *Brors* und *Schüren* in ihrer Erläuterung zum Ausdruck gebracht:

*„Der im Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag illegal überlassene Arbeitnehmer muss nun nur noch darlegen, dass er im fremden Betrieb tätig ist, wenn er sich beim illegalen Entleiher einklagen will.“*²²

Wer das Vorgehen der Zollbehörden kennt, weiß, wie schwierig die Auseinandersetzungen mit dem Zoll sind, auch wenn man überzeugende Argumente gegen eine angeblich illegale Arbeitnehmerüberlassung vorbringt.²³

Unter diesen Voraussetzungen kann sich jeder ausmalen, wie es dem Zoll in Zukunft noch mehr erleichtert würde, Durchsuchungsbefehle im Hinblick auf angeblich illegale Arbeitnehmerüberlassung und Hinterziehung von Sozialabgaben zu erwirken, wenn es zu der von *Brors* und *Schüren* geforderten Beweislastumkehr kommen sollte.

4.3 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen gesetzliche Vermutungen

In mehreren Beiträgen wie „Fremdpersonaleinsatz, Man merkt die Absicht und man ist verstimmt“²⁴, „Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung“²⁵, sowie „Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz“²⁶ ist dargelegt worden, dass derartige „Vermutungen“, die über die ohnehin bereits verfassungsrechtlich kritischen §§ 9, 10 AÜG hinausgehen, die Grenze des verfassungsrechtlich noch Hinnehmbaren überschreiten.

4.4 Bedenken gegen „Vermutungen“ auch aus EU-Recht

Auch das EU-Recht steht Regelungen zur „Vermutung“, die über die ohnehin schon über einschneidenden Regelungen der §§ 9, 10 AÜG hinausgehen, entgegen. In dem Beitrag „Missbrauch von Werkverträgen: Rechnung ohne den Wirt“²⁷ wird zum Ausdruck gebracht, dass vom EU-Recht her eine Einschränkung von Werkverträgen nicht hinnehmbar ist. Im Urteil des EuGH in der Sache *Martin Meat*²⁸ sowie in einer Anmerkung hierzu²⁹ wird diese Auffassung bestätigt.

4.5 Zu den „Vermutungen“ im SPD-Antrag vom 19.02.2013

Diese Überlegungen gelten auch für die „Vermutungen“, die im Antrag der SPD vom 19.02.2013, Bundestagsdrucksache 17/12378, enthalten sind, in dem gefordert wird, in § 1 Abs. 1a AÜG folgende Regelungen aufzunehmen:

„Im Hinblick auf einen bei einem anderen als dem Einsatzunternehmen angestellten Arbeitnehmer besteht eine Vermutung für Arbeitnehmerüberlassung, wenn drei der folgenden Merkmale vorliegen:

1. Die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit eines im Einsatzbetrieb angestellten oder eines dort innerhalb der letzten zwei Jahre angestellten Arbeitnehmers;
2. der Arbeitnehmer verwendet Material oder Werkzeug des Einsatzbetriebes;
3. es soll kein Ergebnis erstellt werden, das dem Arbeitgeber zugerechnet werden kann;
4. eine Gewährleistung des Arbeitgebers ist vertraglich ausgeschlossen;
5. der Arbeitgeber haftet für Auswahl und fristgerechte Zurverfügungstellung der Arbeitnehmer;
6. es erfolgen von einem konkreten Ergebnis unabhängige Abschlagszahlungen an den Arbeitgeber;
7. die Tätigkeit des Arbeitnehmers ist im Vertrag mit seinem Arbeitgeber detailliert beschrieben.

Wenn im Streitfall eine Partei Indizien beweist, die das Vorliegen von drei Merkmalen vermuten lässt, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Es entscheidet die tatsächliche Durchführung des Vertrags über seinen Rechtscharakter.“³⁰

Auch den „Vermutungen“ dieses Vorschlags ist nachdrücklich zu widersprechen. Dies gilt im Übrigen auch für den Antrag der Bundestagsfraktion der LINKEN vom 06.05.2015, auf den hier nicht näher einzugehen ist.³¹

Es darf im Sinne der erwähnten Brammenflämmer-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts³² gerade nicht darauf abgestellt werden, dass die Tätigkeit von Werkvertragsarbeitnehmern dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit eines im Einsatzbetriebs angestellten oder eines dort innerhalb der letzten zwei Jahre angestellten Arbeitnehmers entspricht.

Es steht im Widerspruch zur gängigen Rechtsprechung, dass aus der Tatsache, dass Arbeitnehmer des Werkunternehmens Material oder Werkzeug des Einsatzbetriebes verwenden, eine Vermutung zu Lasten einer Arbeitnehmerüberlassung hergeleitet wird. Es kann keine Rolle spielen, in welcher Weise bei einem Werkvertrag Abschlagszahlungen erfolgen.

Nach alledem ist der Einführung von zusätzlichen „Vermutungen“, sowohl verfassungsrechtlich als europarechtlich, nachdrücklich zu widersprechen. Derartige Regelungen haben im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) keinen Raum.

4.6 Keine Auswirkung der vertraglich eng beschränkten Gestaltungsmöglichkeit der Werkunternehmer auf die Beurteilung der werkvertraglichen Abwicklung

Ebenso wird nicht selten vom Zoll argumentiert, dass es zur Abwicklung werkvertraglicher Tätigkeit gehöre, dass dem Werkunternehmer ein gehöriges Maß an freier Gestaltung der werkvertraglichen Abwicklung eingeräumt wird. Dieser Forderung ist bereits das Bundesarbeitsgericht in der Brammenflämmer-Entscheidung aus dem Jahre 1991 entgegengetreten.³³ Das Bundesarbeitsgericht hat hier zum Ausdruck gebracht, dass der Werk-auftraggeber dem Werkunternehmer im Einzelnen vorschreiben kann, wie die Gestaltung der werkvertraglichen Abwicklung zu erfolgen hat. Hieran ist der Werkunternehmer gebunden und hie-

raus lässt sich kein Argument gegen die Abwicklung werkvertraglicher Leistungen herleiten.

4.7 Sonstige nicht mehr maßgebliche Kriterien

Daneben verwendet der Zoll nach wie vor Kriterien, die im Rahmen der Abgrenzung werkvertraglicher Tätigkeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung von der Rechtsprechung zurückgewiesen werden, wie etwa Verwendung von Berufskleidung des Werkauftraggebers durch die Arbeitnehmer des Werkunternehmens, Einbeziehung der Arbeitnehmer des Werkunternehmens in die Arbeitszeiterfassung des auftraggebenden Unternehmens, sowie Abstimmung hinsichtlich Urlaub und Krankheit mit dem auftraggebenden Unternehmen.

4.8 In Erwartung des Gesetzesentwurfs

Ein erster Gesetzesentwurf zur Erfüllung der Koalitionsvereinbarung ist vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 16. November 2015 der Öffentlichkeit vorgestellt worden. Dieser Gesetzesentwurf enthielt Regelungen zur Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstvertrag, zu einer 18-monatigen Höchstdauer von Zeitarbeit und zur Beteiligung der Betriebsräte. Dieser Gesetzesentwurf ist in der Öffentlichkeit und von den Unternehmerverbänden heftig kritisiert worden.³⁴ Auf Weisung des Bundeskanzleramtes ist der Entwurf daraufhin zurückgezogen worden. Mit welchem neuen Inhalt eine Neufassung vorgelegt wird, bleibt abzuwarten.

5. Zum künftigen Vorgehen

5.1 Fachliche Überprüfung der Werkverträge

Primär sollten die betroffenen Unternehmen die vereinbarten Werkverträge fachlich überprüfen lassen. Ebenso sollte auch der konkrete Ablauf der Erbringung der werkvertraglichen Leistungen im Betrieb im Rahmen einer Betriebsbegehung kontrolliert werden. Allein die schriftliche Ausgestaltung der Werkverträge lässt noch nicht auf ihre konkrete Abwicklung schließen, so dass die tatsächliche Durchführung überprüft werden muss.

Aufgrund der EuGH-Entscheidung im Falle „Herbosch Kiere“³⁵, wonach die im Rahmen von Werkverträgen entsandten Arbeitnehmer aus der EU auf der Basis der E101-Bescheinigung (jetzt A1-Bescheinigung), die in ihrem Heimatland sozialversicherungspflichtig sind, in diesem Mitgliedstaat für den Zeitraum der Entsendung dessen Rechtssystem unterfallen und dies für die anderen Mitgliedstaaten verbindlich ist, sind die einzelnen Entsendebescheinigungen wichtig. Es ist von Bedeutung für jeden einzelnen entsandten Arbeitnehmer, die Entsendebescheinigungen zu überprüfen und zu kontrollieren, ob die Daten eingehalten wurden, um einem möglichen Verstoß gegen § 266a StGB, aber auch §§ 10, 11 SchwarzArbG iVm 284 SGB III wirksam entgegenzutreten zu können. Auch ist dabei auf die Ablöseproblematik im Rahmen der Entsendung zu achten.

5.2 Beachtung des Arbeitnehmerentsendegesetzes

Es bedarf zudem auch der genauen Studie des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG), ob dieses für das Unternehmen bzw. die Werkvertragsarbeiten anzuwenden ist. Hierzu ist auf die Bußgeldvorschrift gem. § 23 AEntG wie auch die Bürgerhaftung nach § 14 AEntG hinzuweisen. Beide Vorschriften können weitreichende Folgen für Unternehmen haben. Aufgrund der zunehmenden Ausweitung des AEntG auf neue Branchen ist die

Beobachtung der Entwicklung der Einbeziehung der Branchen in das AEntG erforderlich.

5.3 Verfolgung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Als ein Letztes sollte man sich stets bezüglich der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung auf den neusten Stand halten, um die für den jeweiligen Fall wichtigsten Abgrenzungskriterien dem Zoll entgegenhalten zu können.

5.4 Klare Gliederung der Unterlagen

Darüber hinaus sollten alle Unterlagen, die für die Abwicklung des jeweiligen Werkvertrags erforderlich sind, griffbereit in einem speziellen Ordner zusammengefasst werden.

5.5 Betriebsbegehung als A+O

Schließlich empfiehlt sich, durch einen Berater, der mit der vorliegenden Materie vertraut ist, eine Betriebsbegehung durchführen zu lassen, bei der überprüft wird, ob die im Werkvertrag festgeschriebenen Kriterien bei dem Vertragsverhältnis in der Praxis auch tatsächlich so eingehalten werden.

Für die Unternehmen bedeutet dies, dass eine gute Vorbereitung und stetige Überprüfung entscheidend ist, um für einen Besuch durch den Zoll gewappnet zu sein..

Autor: Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal,
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit
M7, 3 (Alte Reichsbank) 68161 Mannheim,
Tel.: 0621 - 391 80 100
info@werkvertrag-zeitarbeit.de
www.werkvertrag-zeitarbeit.de

¹ Vgl. den Pressebericht etwa in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.9.2015, S. 22.

² Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, 16. 12. 2013, S. 49.

³ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, Amtsblatt Nr. L 327/9 vom 05.12.2008.

⁴ Vgl. Mitteilung der Kanzlei Templin & Thieß vom 20.07.2015 über die Vorprüfung für ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, Az. CHAP (2015) 00716.

⁵ Martin Franzen: Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrages, in: Recht der Arbeit, 2015, S. 141 ff. (149).

⁶ Christiane Brors / Peter Schüren: Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern. Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie. Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Februar 2014.

⁷ A.a.O. S. 1.

⁸ A.a.O. S. 12.

⁹ Vgl. den Pressebericht „Nahles' Zeitarbeitsreform alarmiert die Gewerkschaft“, in: Die Welt, 11. 06. 2015.

¹⁰ Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, 16. 12. 2013, S. 49.

¹¹ Brors / Schüren, a.a.O. (Fußn. 7).

¹² A.a.O. S. 38.

¹³ A.a.O. S. 38/39.

¹⁴ A.a.O. S. 39.

¹⁵ A.a.O. S. 39.

¹⁶ Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer: Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht und man ist verstimmt! Zu den Vorschlägen für eine gesetzliche Regelung "Zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie" von Prof. Dr. Peter Schüren und Prof. Dr. Christiane Brors, in: Betriebsberater 2014 S. 1845 ff.

¹⁷ Brammenflämmer-Entscheidung, Bundesarbeitsgericht, Beschluß vom 05.03.1991, 1 ABR 39/90 (= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Bd. 67, S. 290-301; Arbeitsrecht im Betrieb – AiB- 1991, S. 337; Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht –NZA- 1991, S. 686-689).

¹⁸ Bremszylinder-Entscheidung, Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 09.07.1991 - 1 ABR 45/90 (= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht –NZA- 1991, S. 275-279; Arbeitsrecht im Betrieb –AiB- 1991, S. 359-360).

¹⁹ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drs. 17/12378, Antrag der SPD vom 19.02.2013, Missbrauch von Werkverträgen bekämpfen.

²⁰ A. a. O. (Fußn. 7).

²¹ A. a. O. S. 3.

²² A. a. O. S. 3.

²³ Dabei ist die im Raum befindliche, allerdings nicht näher verifizierbare Vermutung zu berücksichtigen, dass die Zollverwaltung sich aufgrund eines Gutachtens des Bundrechnungshofs selbst finanzieren soll, worauf auch Vorschriften hindeuten, wonach Bußgelder aus Schwarzarbeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung in die Kassen der Zollbehörden fließen.

²⁴ Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer: Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht und man ist verstimmt! Zu den Vorschlägen für eine gesetzliche Regelung "Zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie" von Prof. Dr. Peter Schüren und Prof. Dr. Christiane Brors, in: Betriebsberater 2014 S. 1845 ff.

²⁵ Frank Hennecke / Hansjürgen Tuengerthal: Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung, in: Betriebsberater 2015 S. 1269 ff.

²⁶ Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer / Frank Hennecke: Die Grenze wird überschritten, Zur Verfassungswidrigkeit von Maßnahmen gegen Werkverträge (im Druck).

²⁷ Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer / Alexander Seeger: Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, in: Schriftenreihe zum Recht der Werkverträge und Zeitarbeit Nr. 170, Mannheim 2015

²⁸ EuGH, Urteil vom 18.06.2015; Martin Meat; Rechtssache C-586/13.

²⁹ EWS-Kommentar Hansjürgen Tuengerthal / Christian Andorfer zum Urteil des EuGH vom 18.06.2015 - Rs. C-586/13, Martin Meat, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 4/2015, S. 213.

³⁰ Bundestagsdrucksache 17/12378.

³¹ Bundestagsdrucksache 18/4839.

³² Bundesarbeitsgericht, Beschluß vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, Brammenflämmer-Entscheidung.

³³ BAG, Beschluß vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, Brammenflämmer-Entscheidung.

³⁴ Vgl. etwa aus der Tagespresse Heike Göbel: Nahles' Mission, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23.11.2015; Sven Astheimer: Arbeitsmarktpolitik von gestern, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.12.2015; Johannes Vogel: Gegenreformation statt Reform, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 22.12.015.

³⁵ Urteil des EuGH vom 26.01.2006 in der Rechtssache Herbosch Kiere, C-2/05.