Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen

Eine Expertise von
Prof. Dr. Wolfgang Däubler
im Auftrag der
Bundestagsfraktion DIE LINKE

DIE LINKE.
IM BUNDESTAG

Inhalt

I. Die Ausgangssituation 3

1. Dominanz der Leiharbeit 3

2. Veränderungen bei der Leiharbeit 4

3. Kostengünstigere Werkverträge 6

II. Outsourcing durch Werk- und Dienstverträge als Alternative zur Leiharbeit? 8

1. Begriffliche Vorklärung 8

2. Erscheinungsformen des Werkvertrags 9

3. Die rechtliche Behandlung des Scheinwerkvertrags 9

4. Die rechtliche Behandlung des echten Werkvertrags 11

III. Mögliche gesetzliche Regelungen 14

1. Erleichterte Identifizierung von Scheinwerkverträgen 14

2. Sonderprobleme bei Entsendung aus dem EU-Ausland 17

3. Regelung des Outsourcing 18

a) Durch Kollektivvertrag? 18

b) Durch Gesetz 20

c) Ergänzung des TVG oder eigenständige Regelung? 23

DIE LINKE.
IM BUNDESTAG

Fraktion DIE LINKE. im Deutschen Bundestag
Platz der Republik 1, 11011 Berlin
Telefon: 030/22751170, Fax: 030/22756128
E-Mail: fraktion@linksfraktion.de
V.i.S.d.P.: Ulrich Maurer, Stellvertretender Vorsitzender
der Fraktion DIE LINKE. im Bundestag

Verfasser: Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Stand: September 2011

Dieses Material darf nicht zu Wahlkampfzwecken verwendet werden!

Mehr Informationen zu unseren parlamentarischen Initiativen finden Sie unter: www.linksfraktion.de

I. Die Ausgangssituation

1. Dominanz der Leiharbeit

Das wichtigste Mittel, an deutschen Standorten die Lohnkosten zu senken, war in den vergangenen Jahren die Leiharbeit. Ihre Vorzüge für die Unternehmerseite sind bekannt: Das Arbeitgeberrisiko (Krankheit, Urlaub, Mutterschaft usw.) trägt der Verleiher, Einsätze können kurzfristig und ohne Auseinandersetzungen beendet werden, die Gesamtkosten sind erheblich geringer als beim Einsatz eigener Beschäftigter.

Ob es daneben noch andere Formen von Beschäftigung gibt, die vergleichbare Vorteile aufweisen, wurde in der öffentlichen Diskussion kaum mehr zum Problem. Seit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002 (BGBl I S. 4607) – umgangssprachlich auch „Hartz I" genannt – konzentrierte sich die Entwicklung auf die Leiharbeit, die seither von rund 300.000 Beschäftigten auf knapp 900.000 expandierte.

Zahl der Leiharbeitnehmer in Deutschland –
www.querschuesse.de (abgerufen am 15. 7. 2011)

Zuvor war die Situation eine andere. Wer die Absicht hatte, bestimmte Teile der Produktion auf Dauer zu verbilligen, griff üblicherweise zum Werkvertrag: Eine Fremdfirma wurde beauftragt, bestimmte Aufgaben zu übernehmen, wobei es selbstverständlich war, dass sie ohne Bindung an die Tarifverträge und sonstige soziale Standards des Auftraggebers auskommen konnte. Intensiv wurde über sog. Scheinwerkverträge diskutiert, hinter denen sich in Wahrheit der Einsatz von Leiharbeitnehmern verbarg. Eine klare Abgrenzung wurde nicht erreicht.

> Überblick bei Wank in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. München 2005, § 1 AÜG Rn 14 ff.

In der aktuellen Literatur wird der Rat gegeben, in problematischen Grenzfällen den Weg über die Arbeitnehmerüberlassung zu gehen.

> Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl., München 2010, § 1 Rn 114

Die Konzentration auf die Leiharbeit schloss es selbstredend nicht aus, in vielen Fällen dennoch auf den Abschluss von Werkverträgen mit Drittfirmen zurückzugreifen. Aus der Automobilindustrie wird beispielsweise berichtet, dass in den befragten Unternehmen die Leiharbeitsquote bei 4,9 %, die „Werkvertragsarbeitnehmerquote" dagegen bei 5,3 % lag.

Nienhüser/Bonnes, Regulierung von Leiharbeit und Werkverträgen. Ergebnisse einer Betriebsratsbefragung in Stahlunternehmen, Januar 2009, S. 2

Eine andere Studie berichtet davon, im BMW-Werk Leipzig betrag der Anteil der Werkvertragsarbeitnehmer an der Gesamtbelegschaft rund 30 %.

Dörre/Holst/Nachtwey, Prekarität im Wertschöpfungssystem Automobil, Jena 2009, S. 10

Dort wird weiter berichtet, dass Forschungs- und Entwicklungsarbeiten bis zu 40 % fremd vergeben würden und dass dies für 50 % der EDV-Arbeiten gelte.

Dörre/Holst/Nachwey, a. a. O. S. 12

Auch in diesen Fällen sei es dem Hauptproduzenten möglich, die Arbeit bei Bedarf kurzfristig ohne Schwierigkeiten zurückzufahren und so die Risiken auf die Auftragnehmer abzuwälzen.

Eine empirische Studie zum Outsourcing, die sich auf ca. 39.000 Unternehmen in Deutschland bezog, kam zu dem Schluss, „dass die Outsourcing-Aktivitäten vor allem bei größeren Unternehmen von 1992 bis 2003 stark zugenommen hätten, danach aber nicht mehr stark angestiegen seien."

Görzig u. a., Wie wirkt sich Outsourcing auf den Unternehmenserfolg aus? In: Wagner, Joachim (Hrsg.), Schmollers Jahrbuch 125 (2005) S. 489 ff., zitiert nach der im Auftrag der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags erstellten Dokumentation („Outsourcing durch Werkverträge") von Arnold Bug, 2011, S. 4

Dies legt die Vermutung nahe, dass nach 2003 vorwiegend auf die Leiharbeit zurückgegriffen wurde. Dass das „Auslagerungspotential" bereits 2003 erschöpft gewesen sein könnte, wird – soweit ersichtlich – nicht behauptet.

2. Veränderungen bei der Leiharbeit

In der Gegenwart ist die Leiharbeit aus Unternehmersicht mit einigen Nachteilen verbunden, die es in dieser Weise bisher nicht gab.

Die öffentliche Kritik, die sich an den niedrigen Löhnen und den schlechten Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter festmacht, hat ein Ausmaß erreicht, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern dem Image des eigenen Unternehmens schaden kann. Den Kosteneinsparungen steht so auf der anderen Seite das Risiko gegenüber, Einbußen beim Absatz zu erleiden, die im Extremfall weit höher als der ersparte Aufwand sein könnten. Die Firma Schlecker kann hierfür als Beispiel stehen.

Die Christliche Gewerkschaft Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) ist nach einer rechtskräftigen Entscheidung des BAG nicht tariffähig.

BAG, Beschluss v. 14. 12. 2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289 (NZA = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht)

Dies hat zur Folge, dass die von dieser Organisation abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam sind und deshalb rückwirkend das im Gesetz vorgesehene sog. Equal pay Prinzip gilt: Die Leiharbeitnehmer können verlangen, das Entgelt zu erhalten, das vergleichbare Stammbeschäftigte in den Einsatzbetrieben bekamen. Davon wird zwar nur ein kleiner Prozentsatz der Betroffenen wirklich Gebrauch machen, doch sind die Sozialversicherungsbeiträge auf der Grundlage der „Equal-Pay-Löhne“ neu zu berechnen und ausschließlich von der Arbeitgeberseite nach zu entrichten. Der Entleiher haftet dabei nach § 28e Abs.2 SGB IV als Bürge, wenn der Verleiher zahlungsunfähig wird. Von dieser neuen rechtlichen Situation ist ein beträchtlicher Teil der Verleiher betroffen; Schätzungen gehen dahin, 20 bis 30 % aller Leiharbeitnehmer seien auf der Grundlage der CGZP-Tarifverträge beschäftigt worden.

Auch wenn ein konzerninternes Verleihunternehmen selbst keine Gewinne erstrebt, jedoch die von ihm eingestellten „Leiharbeitnehmer“ auf der Grundlage der Leiharbeitstarife an einzelne Konzernunternehmen überlässt und so deren Lohnkosten mindert, ist das AÜG entgegen bisheriger Auffassung nach neuester Rechtsprechung anwendbar.

BAG 7. 2. 2011 – 7 AZR 32/10 -; dazu Düwell, Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, DB 2011, 1521 (DB = Der Betrieb)

Die DGB-Gewerkschaften bemühen sich, den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu beschränken; insbesondere in Großbetrieben mit starken Betriebsräten gelingt es nicht selten, eine „Leiharbeitsquote“ (mit z. B. 4 %) zu vereinbaren. Außerdem gibt es eine Reihe von Betrieben, in denen der Equal pay Grundsatz durchgesetzt wurde. In der Stahlindustrie gilt er kraft tariflicher Festlegung.

Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz hat die Rechtsstellung der Leiharbeitnehmer in einigen Punkten verbessert.

Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbräuchen der Arbeitnehmerüberlassung v. 28. 4. 2011, BGBl I S. 642

Neu eingeführt wird die Möglichkeit eines Mindestlohns, in § 3a AÜG n. F. vorsichtig als „Lohnuntergrenze“ bezeichnet. Weiter ist es wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll, wenn ein Arbeitgeber eine Arbeitsverhältnis kündigt oder auf andere Weise zur Auflösung bringt, um anschließend dieselbe Person als Leiharbeitneh-

mer auf demselben Arbeitsplatz oder einem anderen Arbeitsplatz innerhalb des Konzerns weiterzubeschäftigen: Geschieht dies innerhalb von sechs Monaten, gilt automatisch die Equal pay Regel ohne Rücksicht auf die billigeren Leiharbeitstarife. Außerdem hat der Leiharbeitnehmer ab 1. Dezember 2011 gleichberechtigten Zugang zu den betrieblichen Sozialeinrichtungen wie Kantine, Kindergarten usw. und muss über frei werdende Arbeitsplätze beim Entleiher informiert werden.

Schließlich gibt es eine Reihe rechtlicher Risiken. So verstößt etwa die Praxis einzelner Verleihbetriebe, bei fehlender Einsatzmöglichkeit das Zeitguthaben des einzelnen Leiharbeitnehmers mit 7,5 Stunden zu belasten, gegen § 11 Abs.4 Satz 2 AÜG, der das Wirtschaftsrisiko mit zwingender Wirkung dem Arbeitgeber auferlegt. Weiter bestehen rechtliche Bedenken auch gegen einzelne Bestimmungen der mit den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge.

3. Kostengünstigere Werkverträge

Alle diese „Risiken“ legen es aus Arbeitgebersicht nahe, sich nach anderen Gestaltungsformen umzuschauen, die vergleichbar vorteilhaft wie die Leiharbeit sind, ohne mit deren Nachteilen behaftet zu sein. Insoweit bietet sich die „Fremdfirmenarbeit“ auf der Basis eines Werkvertrags an:

• Sie ist bisher keiner öffentlichen Kritik ausgesetzt. Schon der Begriff „Werkvertragsarbeit“ legt anders als der Begriff „Leiharbeit“ nicht unbedingt eine negative Wertung nahe.

• Für Werkvertragsarbeitnehmer gibt es kein AÜG und kein Equal pay Prinzip. Sie unterliegen allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Allerdings werden sie häufig aus Betrieben ohne Betriebsrat und ohne Tarifbindung kommen, so dass das kollektive Arbeitsrecht mehr oder weniger auf dem Papier steht. Die gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Rechte stoßen auf die Schwierigkeit, dass sie während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses außerhalb des öffentlichen Dienstes nur ganz selten eingeklagt werden. Auch von einem Mindestlohn für Werkvertragsarbeitnehmer war bisher nicht die Rede.

• Von einer gewerkschaftlichen Kampagne, den Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern zu quotieren und ihre Bezahlung an die der Stammarbeitskräfte zu koppeln, ist bisher nichts bekannt.

• Der Betriebsrat, der beim Einsatz von Leiharbeitnehmern mit Rücksicht auf § 14 AÜG in gewissem Umfang mitsprechen kann, ist bei Werkvertragsarbeitnehmern (fast) völlig ohne Rechte.

• Irgendwelche rechtlichen Risiken sind für den Einsatzbetrieb als Auftraggeber nicht ersichtlich.

Unter diesen Umständen verwundert es nicht, dass ein von der Arbeitgeberseite finanziertes Institut für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht am 9. September 2011 eine Tagung zum Thema „Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit“ veranstaltet und in der Einladung ausführt:

> „Zeitarbeit erfährt durch die Neufassung des AÜG intensivere Regulierung. Lohngleichheit und Mindestlohn einerseits und die jedenfalls faktisch wirksame Quotierung in großen Unternehmen andererseits nebst Rechtsrisiken verteuern diese. Damit ist der Wettbewerb zur Industriedienstleistung, die auf der Basis von Dienst- und Werkverträgen mitunter dieselben Arbeiten anbietet, verschoben.... Der Umstieg von der Arbeitnehmerüberlassung zur Industriedienstleistung ist durchaus möglich.“

Realistischerweise muss also damit gerechnet werden, dass in der nächsten Zukunft verstärkt auf Werkvertragsarbeit zurückgegriffen wird. Welche rechtlichen Rahmenbedingungen hierbei im Detail bestehen und welcher gesetzgerberische Regelungsbedarf ggf. daraus folgt, soll uns im Folgenden beschäftigen.

II. Outsourcing durch Werk- und Dienstverträge als Alternative zur Leiharbeit?

1. Begriffliche Vorklärung

Bei einem Werkvertrag wird gemäß § 631 Abs.2 BGB ein bestimmter „Erfolg“ geschuldet, der durch Arbeit herbeizuführen ist. Er kann in der Herstellung einer bestimmten Sache (Tätigkeit eines Schneiders), aber auch in „immateriellen“ Ergebnissen (Transport von A nach B) liegen. Tritt der Erfolg nicht ein, haftet der „Unternehmer“ (= Auftragnehmer) gegenüber dem Besteller (=Auftraggeber) auf nachträgliche Erfüllung („Nachbesserung“) hilfsweise auf Schadensersatz.

Bei einem Dienstvertrag wird nur nach § 611 Abs.2 BGB ein bestimmtes Bemühen, die Arbeit als solche versprochen. Ein Erfolg ist nicht geschuldet. Lässt das Bemühen zu wünschen übrig, kann der Vertrag ggf. fristlos gekündigt oder Schadensersatz verlangt werden.

Der Vertrag, den ein Entleiher mit einem Verleiher schließt, ist ein sog. Dienstverschaffungsvertrag: Der letztere verpflichtet sich, auf Anforderung eine bestimmte Anzahl von Personen zur Verfügung zu stellen, die dann auf Weisung des Entleihers bestimmte Arbeiten leisten.

Im hier interessierenden Bereich werden typischerweise Werkverträge mit einem Drittunternehmen abgeschlossen. Möglich ist zwar auch, bestimmte Funktionen wie z. B. die eines werksärztlichen Dienstes oder eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Wege eines Dienstvertrages outzusourcen, doch wird dies nur in Fällen praktiziert, in denen keinerlei Gefahr besteht, dass ein verdecktes Leiharbeitsverhältnis angenommen werden könnte. In anderen Fällen besteht zwischen der Tätigkeit eines „Dienstleisters“, der seine Leute schickt, und der eines Verleihers eine relativ große Ähnlichkeit, was bisweilen sogar als Indiz gewertet wird, es liege trotz gegenteiliger Bekundung im Vertrag Leiharbeit vor.

> Hamann, in: Schüren-Hamann (Hrsg.), a. a. O. § 1 Rn 113 unter Bezugnahme auf das LAG Berlin

So werden in der Praxis häufig typische Dienstleistungen wie das Bewachen oder das Reinigen eines Gebäudes als Werkvertrag ausgestaltet.

> Hamann, a. a. O. § 1 Rn 113

Im Folgenden soll daher der Werkvertrag im Mittelpunkt stehen; bei Bedarf ist auf Sonderprobleme des Dienstvertrags einzugehen.

2. Erscheinungsformen des Werkvertrags

Im hier interessierenden Zusammenhang sind drei verschiedene Formen von Werkvertrag zu unterscheiden.

Zum einen geht es um den sog. Scheinwerkvertrag: Eine Tätigkeit, die eigentlich Leiharbeit darstellt, wird als „Werkvertrag“ bezeichnet. Eine Gruppe von Bauarbeitern wird beispielsweise auf eine Baustelle entsandt, um dort „vier Mauern hochzuziehen“, was sie aber unter der Leitung des Bauunternehmers tut, der sie ggf. auch für andere Aufgaben einsetzt.

Zum zweiten geht es um echte Werkverträge, durch die ein Teil der bisherigen unternehmerischen Aktivitäten von einem Dritten in eigener Verantwortung übernommen wird. Das BAG hatte beispielsweise über den Fall zu entscheiden, dass ein Automobilzulieferer die Lackierung von Bremszylindern auf eine Fremdfirma auslagerte: Letztere erledigte diese Funktion in den bisherigen Räumen auf dem Gelände des Auftraggebers, bestimmte aber die Arbeitsabläufe einschließlich der Organisation und der eingesetzten Arbeitskräfte selbst.

BAG, Beschluss v. 9. 7. 1991 – 1 ABR 45/90 - NZA 1992, 275

Auf diesen Fällen wird der Schwerpunkt der Überlegungen liegen.

Zum dritten geht es um die Werkverträge, die jedermann aus dem Alltagsleben kennt: Man ruft einen Handwerker, der die Wasserleitung oder die Parabolantenne repariert. Auch soweit nicht Privatpersonen, sondern Firmen Vergleichbares tun, handelt es sich im Regelfall um eine bei Gelegenheit erfolgende Inanspruchnahme einer fremden Leistung, die nichts mit Outsourcing auf billigere Unternehmen zu tun hat. Insoweit ergibt sich kein Handlungsbedarf. Erst dann, wenn Reparaturarbeiten bislang von einem „Betriebshandwerker“ erledigt wurden, nunmehr aber an seiner Stelle Drittfirmen herangezogen werden, liegt ein Fall des Outsourcing vor.

3. Die rechtliche Behandlung des Scheinwerkvertrags

Lässt sich im Einzelfall belegen, dass eine als „Werkvertrag“ bezeichnete Rechtsbeziehung in Wirklichkeit Arbeitnehmerüberlassung darstellt, treten nach dem AÜG gewichtige rechtliche Konsequenzen ein.

Verfügt der Auftragnehmer (der in Wirklichkeit ein Verleiher ist) über keine Erlaubnis zum Verleih von Arbeitskräften nach § 1 AÜG, so sind die mit den eingesetzten Arbeitskräften geschlossenen Arbeitsverträge nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Gleichzeitig entsteht nach § 10 Abs.1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher. Dabei sind die bei diesem bestehenden Arbeitsbedingungen maßgebend.

Besitzt der Auftragnehmer eine Erlaubnis nach § 1 AÜG, die häufig „auf Vorrat“ oder „für alle Fälle“ beantragt (und gewährt) wird, so treten die Rechtsfolgen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs.1 AÜG nicht ein. Allerdings gelten nach § 9 Nr. 2 AÜG die Regeln über die Vergütung und die wesentlichen Arbeitsbedingungen im Einsatzbetrieb, da in solchen Fällen kein Tarifvertrag eingreift, der vom Equal Pay – und Equal Treatment – Prinzip abweichen würde: Entweder greift überhaupt kein Tarifvertrag ein oder es wird auf einen Tarifvertrag einer sonstigen Branche verwiesen, der für ganz andere Arbeitsverhältnisse gilt und deshalb keine Abweichung von § 9 Nr. 2 AÜG vorsieht. Würde er dies tun, wäre die Firmierung als Werkvertrag von vorne herein unglaubwürdig, so dass man seinen solchen Fall für die Praxis ausschließen kann. Auch dann, wenn eine Erlaubnis nach § 1 AÜG vorliegt, hat die Qualifizierung als „Leiharbeit“ daher erhebliche Konsequenzen.

Die eigentliche Schwierigkeit liegt in der Abgrenzung zwischen Werkvertragsarbeit und Leiharbeit. Das Abstellen darauf, wer die arbeitgebertypischen Weisungen erteilt, führt nur in einigen „Modellfällen“ weiter. Legt etwa die Weisungsbefugnis allein beim Inhaber des Einsatzbetriebs, handelt es sich um Leiharbeit. Hat allein der entsendende Werkvertragsunternehmer das Sagen, der beispielsweise durch einen Repräsentanten vor Ort vertreten ist, so zweifelt niemand an einem Werkvertrag.

Die Schwierigkeiten werden jedoch dann sichtbar, wenn man sich vor Augen führt, dass der Auftraggeber beim Werkvertrag berechtigt ist, in Bezug auf das herzustellende Werk Weisungen zu erteilen. Dies wird nicht zuletzt an § 645 BGB deutlich: Er stellt den Auftragnehmer von allen Pflichten frei, wenn der Erfolg infolge einer vom Auftraggeber kommenden Weisung nicht eintritt. Wie lässt sich aber eine „arbeitnehmerbezogene“ von einer „arbeitsbezogenen“ Weisung sicher abgrenzen? Denkbar ist weiter der Fall, dass im Werkvertrag die auszuführende Arbeit in allen Details festgelegt wird, die Umsetzung dann aber ausschließlich in der Hand des Auftragnehmers liegt: Wer ist hier der eigentliche Weisungsbefugte? Weiter kann der Fall eintreten, dass der einzelne Arbeitnehmer mal von seinem Vertragsarbeitgeber, mal vom Inhaber des Einatzbetriebes Weisungen erhält: Was soll bei solchen Mischtatbeständen gelten? Umgekehrt kann es auch Spezialistentätigkeiten geben, bei denen nur ein globales Ziel vorgegeben ist, jede Art von Weisung aber schon an fehlender Sachkunde der in Betracht kommenden „Vorgesetzten“ scheitert. Wo liegt hier das maßgebende Entscheidungszentrum?

Weitere Abgrenzungsprobleme bei Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), § 1 Rn 113 – 196; Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2006, Einl. C Rn 79 ff.; vgl. auch Boemke/Lembke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2005, § 1 Rn 78 ff.

In der Literatur wurde der Standpunkt vertreten, in solchen „Grauzonenfällen“ müsse man darauf abzustellen, wer das Risiko eines Misslingens der vorgese-

henen Aufgabe trägt. Kann „Nachbesserung“ verlangt werden, handelt es sich um einen Werkvertrag, liegt das Risiko beim Inhaber des Einsatzbetriebs, ist Leiharbeit anzunehmen.

Schüren, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)Werkverträgen – Eine Skizze, in: Klebe/Wedde/Wolmerath (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift Däubler, Frankfurt/Main 1999, S. 90 ff.

Das kann im Einzelfall oft zu vernünftigen Ergebnissen führen, eignet sich aber kaum als generelle Norm. Was geschieht, wenn keine Regelung für diesen Fall getroffen ist oder wenn trotz einer „Erfolgshaftung“ des „Verleihers“ die Bestimmung des konkreten Einsatzes ausschließlich in der Hand des „Entleihers“ liegt? Eine solche Kombination wird nicht häufig anzutreffen sein, doch ist sie auch nicht ausgeschlossen – gerade wenn es darum geht, den Konsequenzen des AÜG auszuweichen oder wenn der Besteller eine sehr gute Marktposition hat.

Die Schwierigkeit der Abgrenzung ist unbestritten. Insoweit könnte eine gesetzliche Regelung Abhilfe schaffen; Überlegungen dazu sind unter III 1 näher zu konkretisieren.

4. Die rechtliche Behandlung des echten Werkvertrags

Wird eine betriebliche Funktion auf ein Drittunternehmen übertragen (wofür der oben unter 2 erwähnte Fall der Lackiererei stehen mag), so liegt die Vermutung fern, es könne sich um einen Scheinwerkvertrag handeln. In Wirklichkeit besteht an der selbständigen Erledigung der ausgelagerten Aufgabe kein Zweifel. Als weiteres Beispiel lässt sich hier der Reinigungsdienst oder der Kantinenbetrieb nennen; auch wenn die Einsatzzeiten bzw. der Speiseplan abgesprochen werden, bleiben doch alle anderen Fragen dem Drittunternehmer zur eigenen Entscheidung überlassen.

Anders als bei der Leiharbeit gibt es hier keine Sondervorschriften. Die Fremdfirmenleute gehören nicht zur Belegschaft. Allerdings arbeiten sie häufig in den Räumen des Auftraggebers (= Bestellers) und an sowie mit dessen Geräten. Damit bringen sie ihre Rechtsgüter in einen fremden Herrschaftsbereich ein; den möglichen Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum können sie wegen ihrer Einbindung in einen arbeitsteiligen Zusammenhang nicht ausweichen. Dem hat die Rechtsprechung des BGH schon frühzeitig Rechnung getragen und § 618 BGB auch auf einen Selbständigen angewandt, der unter solchen Bedingungen seine werkvertraglichen Pflichten erfüllte.

BGH Großer Senat in Zivilsachen 5. 2. 1952 – GSZ 4/51 - BGHZ 5, 62 = NJW 1952, 458

Setzt der Auftragnehmer abhängig Beschäftigte ein, so treffen den Besteller „die in § 618 BGB festgelegten Fürsorgepflichten“. Sie sind nach § 619 BGB unabding-

bar. Der Zweck von § 618 liege darin, „die in abhängiger Arbeit Stehenden in größtmöglichem Umfang vor den Gefahren zu schützen, die ihre Verrichtungen für ihr Leben und ihre Gesundheit mit sich zu bringen pflegen."

BGH 20. 2. 1958 – VII ZR 76/57 - NJW 1958, 710, 711; ähnlich
OLG Stuttgart 21. 12. 1983 1 U 114/83 - NJW 1984, 1904

Insoweit wird eine Schutzpflicht angenommen, die sich inhaltlich nicht von der gegenüber eigenen Arbeitnehmern bestehenden unterscheidet.

Wird im Betrieb – verstanden als räumliche Einheit – gearbeitet, so ergeben sich in der Praxis Koordinationsprobleme, die von den Betriebsnutzungszeiten über den Zugang zur Kantine bis zum Rauchverbot reichen können. Auch wer seine Weisungen von außerhalb erhält, muss zahlreiche Regeln der betrieblichen Ordnung beachten. Nach der Rechtsprechung des BAG

BAG Beschluss v. 27. 1. 2004 – 1 ABR 7/03 - NZA 2004, 556, 558

hat der Betriebsrat des Einsatzbetriebs den „Fremdfirmenleuten" gegenüber kein Mandat und kann deshalb auch nicht mit dem außenstehenden Arbeitgeber verhandeln. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die betriebliche Ordnung über eine Weisung des fremden Arbeitgebers in die Arbeitsverträge „transportiert" werden muss, was auf ein sehr schwerfälliges Verfahren hinausläuft und die Möglichkeiten zu effektiver Mitbestimmung verringert. In der Literatur wird deshalb mit Recht der Standpunkt vertreten, der Betriebsrat könne insbesondere zahlreiche Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG auch mit Wirkung für Fremdfirmenleute ausüben, da andernfalls eine vom BetrVG nicht gewollte Schutzlücke entstehe.

Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 12. Aufl., Frankfurt/Main 2010, § 87 Rn 6a; zur rechtsdogmatischen Konstruktion s. Däubler, Das partielle Arbeitsverhältnis, in: Bauer/Kort/Möllers/Sandmann (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 163 ff.

Weiter steht dem Betriebsrat nach § 80 Abs.2 BetrVG das Recht zu, vom Arbeitgeber zu erfahren, auf welcher Rechtsgrundlage sich jemand im Betrieb aufhält. Schließlich besitzt der Betriebsrat nach § 92 BetrVG ein Beratungsrecht über die Personalplanung, das sich auch auf eine geplante Outsourcing-Maßnahme erstreckt, sofern diese – wie in aller Regel – Auswirkungen auf die Beschäftigung im Betrieb hat. § 92a BetrVG gibt dem Betriebsrat das Recht, Vorschläge zur Sicherung der Beschäftigung zu machen, über die der Arbeitgeber mit ihm verhandeln muss. In diesem Rahmen kann der Betriebsrat einen Verzicht auf ein geplantes Outsourcing oder eine geringere Dimension vorschlagen, doch liegt es allein in der Hand des Arbeitgebers, ob er einem solchen Vorschlag Rechnung

tragen oder ihn als „nicht sachgemäß“ zurückweisen will. Nach § 95 Abs.1 BetrVG benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats, wenn er bestimmte Kriterien bei der Rekrutierung von neuem Personal zugrunde legen, z. B. bei bestimmten Stellen grundsätzlich internen Bewerbern den Vorrang einräumen will. Dies lässt sich auf die Auswahl zwischen „eigenen Beschäftigten“ oder „Leiharbeitnehmern“ erstrecken, was allerdings häufig noch nicht als Möglichkeit erkannt ist. § 95 Abs.1 BetrVG auch auf den Fall zu beziehen, dass der Arbeitgeber bestimmte Aufgaben einer Fremdfirma überlassen und insoweit gar keine Einstellungen mehr vornehmen will, dürfte allerdings außerordentlich schwer fallen und soll deshalb im Folgenden keine Rolle spielen.

Schließlich kann das Outsourcing eine „Betriebseinschränkung“ im Sinne des § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG mit sich bringen, weil die betriebliche Aktivität insgesamt reduziert oder der verbleibende Betriebszweck verändert wird.

Zu den Bedingungen im Einzelnen s. Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 111 Rn 42a, 88

Auch in einem solchen Fall kann der Betriebsrat die Maßnahme als solche nicht verhindern, da der Interessenausgleich nicht erzwingbar ist. Er hat lediglich die Möglichkeit, durch Abschluss und notfalls Erzwingung eines Sozialplans die wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Arbeitnehmer zu mildern.

Auch wenn man alle diese Möglichkeiten im Zusammenhang sieht, ändert sich nichts an der Tatsache, dass der Betriebsrat die Vergabe von Werkverträgen nicht verhindern kann und dass seine Rechte gegenüber den auf dem Werksgelände tätigen Fremdfirmenleuten sehr viel beschränkter als gegenüber Leiharbeitnehmern sind. Insoweit stellt sich das Problem, inwieweit durch die Gesetzgebung die Vergabe von Werkverträgen als Erscheinungsform des Outsourcing ausgeschlossen oder beschränkt werden kann und inwieweit auch nach durchgeführtem Outsourcing die Rechte der Beschäftigten erhalten bleiben können.

III. Mögliche gesetzliche Regelungen

1. Erleichterte Identifizierung von Scheinwerkverträgen

Schon vor längerer Zeit hat der DGB-Bundesvorstand den Vorschlag gemacht, die Entscheidung der auftauchenden Qualifizierungsfragen durch Vermutungsregeln zu erleichtern. Allerdings ging es ihm primär darum, statt eines Leiharbeitsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Einsatzbetriebes herbeizuführen, doch sind die genannten Kriterien besser geeignet, als Mittel zur Abgrenzung von Werkvertragsarbeit und Leiharbeit zu dienen. Danach kommen folgende Regelungen in Betracht:

Ausgangssachverhalt ist zunächst, dass ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber bei einem Dritten eingesetzt wird. Die Vermutung, dass in einem solchen Fall ein Leiharbeitsverhältnis vorliegt, wird ausgelöst, wenn die Tätigkeit eine von sechs ausdrücklich genannten Merkmalen erfüllt. Dies erscheint ein sinnvoller Ansatz. Allerdings ergeben sich eine Reihe kleinerer Probleme bei der konkreten Formulierung, die im Zusammenhang mit den einzelnen Merkmalen abgehandelt werden sollen.

In **Nr. 1 des DGB-Vorschlags** wird die Vermutung damit begründet, dass der Arbeitnehmer nach Weisungen des „anderen Arbeitgebers“, also des Inhabers des Einsatzbetriebs tätig wird. Dies will nicht einleuchten, da die Weisungsabhängigkeit automatisch zur Entstehung eines Leiharbeitsverhältnisses führt und deshalb nicht nur eine entsprechende Vermutung auslösen kann, die ja immer auch der Widerlegung zugänglich ist. Der „Normaltypus“ der Leiharbeit müsste daher an geeigneter Stelle in diesem Sinne definiert werden. Die Abhängigkeit von Weisungen des anderen Arbeitgebers ist allerdings dann ein geeigneter Vermutungstatbestand, wenn sie neben den Weisungen des Vertragsarbeitgebers steht. Sie sollte dann von Bedeutung sein, wenn sie nicht nur gelegentlich und nicht nur zu nebensächlichen Dingen in Erscheinung tritt. Man könnte etwa formulieren:

„Das Vorliegen von Leiharbeit wird vermutet, wenn
1. die Tätigkeit auch nach Weisungen des anderen Arbeitgebers erfolgt, es sei denn, dies geschehe nur gelegentlich und zu untergeordneten Fragen.“

In **Nr. 2 des DGB-Vorschlags** ist der Fall erfasst, dass die eingesetzte Person „die gleiche Tätigkeit wie andere Arbeitnehmer des anderen Arbeitgebers“ verrichtet. Derselbe Gesichtspunkt wird in der Rechtsprechung berücksichtigt, wenn es um die Frage geht, ob jemand Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter ist: Ist die Tätigkeit der von bereits beschäftigten Arbeitnehmern erbrachten ähnlich, kann eine Beschäftigung als freier Mitarbeiter (und das heißt ohne vollen arbeitsrechtlichen Schutz) nur dann erfolgen, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht oder der Bewerber dies aus freien Stücken wünscht.

Einzelheiten bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn 24j unter Berufung auf BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit

Da zwei Tätigkeiten nur selten völlig „gleich“ sind, wäre im Interesse besserer Handhabbarkeit der Vermutungsregel von „vergleichbaren“ Tätigkeiten zu sprechen. Man könnte also formulieren:

(Das Vorliegen von Leiharbeit wird vermutet, wenn)
1...
„2. die Tätigkeit mit der eines beim anderen Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmers vergleichbar ist“

Nr. 3 des DGB-Vorschlags stellt darauf ab, dass im Wesentlichen Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers verwendet werden. Dies ist sachgerecht. Man könnte formulieren:

(Das Vorliegen von Leiharbeit wird vermutet, wenn)
„3. im Wesentlichen Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers verwendet werden.“

Nach **Nr. 4 des DGB-Vorschlags** wird die Vermutung auch dann ausgelöst, wenn der entsendende Arbeitgeber für das Ergebnis der Arbeit nicht haftet. Damit ist in der Tat ein wichtiges Indiz dafür gesetzt, dass kein Werkvertrag vorliegen sollte. Zwar kann man nicht ausschließen, dass ein freier Dienstvertrag gewollt war, bei dem nur das „Bemühen“, nicht aber ein Erfolg geschuldet ist. So kommen in der Praxis etwa Fälle vor, in denen die Sekretariatsarbeiten einschließlich der Terminplanung auf eine Fremdfirma ausgelagert werden. Dies kann aber im Rahmen der Widerlegung der Vermutung berücksichtigt werden. Als Formulierung kommt daher in Betracht:

„(Das Vorliegen von Leiharbeit wird vermutet, wenn)
4. der entsendende Arbeitgeber für das Ergebnis der Tätigkeit nicht haftet.“

Die **Nr. 5 des DGB-Vorschlags** betrifft das Verhältnis zwischen den beiden Arbeitgebern. Wird zwischen ihnen vereinbart, dass die Vergütung nach Zeiteinheiten erfolgen soll, so löst auch dies eine Vermutung für das Vorliegen von Leiharbeit aus. Auch hier wäre zu formulieren:

„(Das Vorliegen von Leiharbeit wird vermutet, wenn)
5. der Arbeitgeber von dem anderen Arbeitgeber eine nach Zeiteinheiten bemessene Vergütung erhält.“

Die **Nr. 6 des DGB-Vorschlags** stellt darauf ab, dass die von dem Fremdfirmenarbeitnehmer erbrachte Tätigkeit zuvor Sache von Arbeitnehmern des anderen

Arbeitgebers war. Die Substitution einer bisherigen Arbeitnehmertätigkeit spricht grundsätzlich dafür, dass auch weiter eine für die Leiharbeit charakteristische Nähe zum Einsatzbetrieb besteht. Man könnte folgende Formulierung wählen:

„(Das Vorliegen von Leiharbeit wird vermutet, wenn)
6. die Tätigkeit zuvor von einem Arbeitnehmer des anderen Arbeitgebers erbracht wurde."

Damit sind ausschließlich Fälle erfasst, in denen das Vorliegen von Leiharbeit der Lebenserfahrung nach nahe liegt. Eine gesetzliche Normierung sollte allerdings auch noch klarstellen, dass es bei einem Widerspruch zwischen vertraglicher Abmachung und Praktizierung der Rechtsbeziehung allein auf die letztere ankommt. Außerdem muss verdeutlicht werden, wie der Arbeitgeber die Vermutung widerlegen kann: Er kann ggf. den Beweis führen, dass er im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags den Arbeitseinsatz seiner Beschäftigten umfassend steuert. Schließlich müsste man den „gelegentlich" erfolgenden Einsatz ausklammern, da andernfalls jede Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen durch ein Unternehmen zu einer vermuteten Leiharbeit führen würde. Ingesamt könnte man sich folgende Formulierung vorstellen:

§ 1 Scheinwerkverträge
(1) Wird ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber nicht nur gelegentlich bei einem anderen Arbeitgeber eingesetzt, so wird vermutet, dass Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 AÜG vorliegt, wenn

1. die Tätigkeit auch nach Weisungen des anderen Arbeitgebers erfolgt, es sei denn, dies geschehe nur gelegentlich und zu untergeordneten Fragen;

2. die Tätigkeit mit der eines beim anderen Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmers vergleichbar ist;

3. im Wesentlichen Material und Werkzeug des anderen Arbeitgebers verwendet werden;

4. der entsendende Arbeitgeber für das Ergebnis der Tätigkeit nicht haftet;

5. der Arbeitgeber von dem anderen Arbeitgeber eine nach Zeiteinheiten bemessene Vergütung erhält oder

6. die Tätigkeit zuvor von einem Arbeitnehmer des anderen Arbeitgebers erbracht wurde.

(2) Stimmen vertragliche Abmachungen und tatsächliches Verhalten nicht überein, so ist letzteres maßgebend.

(3) Dem Arbeitgeber steht es frei, den Nachweis zu führen, dass er den Arbeitseinsatz im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags umfassend steuert, indem er die mit der Arbeit in Zusammenhang stehenden Fragen selbst entscheidet oder durch Personen entscheiden lässt, denen er aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Weisungen erteilen kann.

2. Sonderprobleme bei Entsendung aus dem EU-Ausland

Soweit Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland entsandt werden, verfügen sie häufig über eine sog. A-1 Bescheinigung, durch die bestätigt wird, dass sie weiter im Sozialversicherungssystem ihres Heimatstaats verbleiben.

> Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 987/2009; näher dazu Schüren, Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland - eine Skizze, in: Festschrift Düwell (erscheint demnächst)

Dies ist für die deutschen Sozialversicherungsbehörden bindend. Ob mit der gleichen Verbindlichkeit auch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum ausländischen Arbeitgeber festgestellt ist, erscheint zweifelhaft. Im vorliegenden Zusammenhang bedarf dies aber letztlich keiner Entscheidung, da die Existenz des Arbeitsverhältnisses zum entsendenden Arbeitgeber in keinem Fall in Frage gestellt ist: Es geht primär darum, ob ein normales Arbeitsverhältnis oder ein „Leiharbeitsverhältnis“ vorliegt. Probleme ergeben sich nur, wenn verdeckte Leiharbeit vorliegt und der ausländische Unternehmer keine Erlaubnis nach § 1 AÜG hat. In diesem Fall würde die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Nr. 1 AÜG an der Definitionsmacht der ausländischen Behörden scheitern, die sich auf EG-Recht stützen kann und die deshalb vorrangig ist. Dies schließt aber nicht aus, dass ein weiteres Arbeitsverhältnis zum Inhaber des deutschen Arbeitsbetriebs nach § 10 Abs.1 AÜG entsteht – mehr als einen Arbeitgeber zu haben, ist keineswegs denknotwendig ausgeschlossen.

> Ebenso BAG v. 27. 3. 1982 – 7 AZR 523/78 – NJW 1984, 1703; bestätigt in BAG v. 5. 3. 1987 – 2 AZR 623/85 – NZA 1988, 32, 33; BAG v. 16. 2. 2006 – 8 AZR 211/05 – NZA 2006, 592, 594

Widersprüche lassen sich dadurch vermeiden, dass dem ausländischen Arbeitsverhältnis im Konfliktsfall der Vorrang eingeräumt wird, was allerdings in keinem Falle ausschließt, dass Ansprüche gegen den Inhaber des Einsatzbetriebs geltend gemacht werden. Dasselbe gilt, wenn der ausländische Arbeitgeber über eine Erlaubnis nach § 1 AÜG verfügt und der Arbeitnehmer Ansprüche wegen des Equal Pay- und des Equal-Treatment – Grundsatzes geltend macht. Auch insoweit bedarf es keiner besonderen Regelung.

3. Regelung des Outsourcing

Die aktuelle Situation (s. oben I) legt die Frage nahe, ob der Rückgriff auf Werkverträge grundsätzlich beschränkt werden könnte oder ob wenigstens Regelungen möglich sind, die zwar eine „Auslagerung“ als solche nicht verhindern, die jedoch für die Erhaltung der bestehenden Arbeitnehmerrechte sorgen. Hier sind kollektivvertragliche wie gesetzgeberische Möglichkeiten denkbar.

a) Durch Kollektivvertrag?

Erfolgt das Outsourcing in einer Art und Weise, dass ein Betriebsteil auf das Fremdunternehmen übergeht, so findet § 613a BGB Anwendung. Die Arbeitsverhältnisse der in dem fraglichen Bereich bisher tätigen Arbeitnehmer gehen auf das Fremdunternehmen über, soweit die Beschäftigten dem nicht widersprechen. Die Arbeitsverträge behalten ihren bisherigen Inhalt, doch verlieren die Tarifverträge nach einem Jahr ihre zwingende Wirkung. Gravierender als diese „Geltungsreduzierung“ ist, dass die Betroffenen an der weiteren Tarifentwicklung nicht mehr teilhaben und dass der an sich weiter geltende Tarifvertrag hinfällig wird, wenn ein beim Erwerber bestehender Tarifvertrag auch das einzelne übergegangene Arbeitsverhältnis erfasst. Schon mit Rücksicht darauf kann daher nicht von einem wirklichen Bestandsschutz die Rede sein. Auch ist § 613a BGB in allen Fällen unanwendbar, in denen kein Betriebsteil übergeht, weil der Werkvertragsunternehmer weder Arbeitsmittel noch Beschäftigte übernimmt.

Wichtiger könnte deshalb die Frage sein, ob das Herauslösen eines bestimmten Tätigkeitsbereichs aus dem Betrieb nicht gegen die tarifliche Durchführungspflicht verstößt, da der ursprüngliche Anwendungsbereich des Tarifvertrags auf diese Weise verkleinert wird: Eine solche Änderung könnte nur mit Zustimmung des anderen Tarifpartners, d. h. der Gewerkschaft erfolgen. In einem Fall hat das BAG in der Tat so argumentiert: Als das Goethe-Institut, das mit der Gewerkschaft GEW für seine Auslandsmitarbeiter einen Firmentarif geschlossen hatte, den Versuch unternahm, die in Mexiko Tätigen einer neu gegründeten mexikanischen Tochtergesellschaft mit niedrigeren Löhnen zuzuweisen, nahm das BAG einen Verstoß gegen die Durchführungspflicht an. Gegen die Ausgründung sei zwar nichts einzuwenden, doch müsse auf die Tochter in einer Weise eingewirkt werden, dass auch dort die tariflichen Bedingungen erhalten bleiben würden.

BAG 11. 9. 1991 – 4 AZR 71/91 – AP Nr. 29 zu
Internationales Privatrecht Arbeitsrecht

Dies lässt sich in der Weise verallgemeinern, dass dasselbe auch dann gelten muss, wenn es nicht um die Gründung einer Tochtergesellschaft, sondern um die hier primär interessierenden Fälle geht, dass bestimmte Funktionsbereiche auf eine Fremdfirma verlagert werden: Durch Gestaltung der Verträge müsste sichergestellt werden, dass die mit bestimmten Arbeiten im Betrieb betrauten Personen (mindestens) nach den

Tarifen des „Ausgangsunternehmens“ bezahlt werden. Dies ist bisher jedoch in der Literatur noch kaum als mögliche Argumentation wahrgenommen worden.

Entsprechende Überlegungen bereits bei Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, Neuwied und Darmstadt 1980, S. 137 ff.

Dies erstaunt umso mehr, als dieses Problem in einigen ausländischen Arbeitsrechtsordnungen durchaus eine prominente Rolle spielt. So hat der US Supreme Court den tarifgebundenen Arbeitgeber für verpflichtet erklärt, mit den Gewerkschaften über die Vergabe von Aufträgen an Subunternehmen zu verhandeln, sofern dies zu einer Gefährdung der Arbeitsplätze führen könnte.

Vgl. 380 U.S. 263 (1965)

Diese „Verhandlungspflicht“ ist von großer Bedeutung, weil sie entweder zu einem Schlichtungsverfahren oder zu einem Streik führt.

Dazu Simitis AuR 1975, 329 ff.

Tragender Grund für diese Form von „Mitbestimmung“ ist das Bedürfnis, die volle Schutzwirkung des Tarifvertrags auch in personeller Hinsicht zu erhalten.

Dasselbe Anliegen verfolgt das schwedische Mitbestimmungsgesetz,

in deutscher Übersetzung abgedruckt in RdA 1978, 181 ff.

das die Auslagerung von Aufgaben, die bisher im Betrieb erledigt wurden, ausdrücklich zum obligatorischen Gegenstand der Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften machte, während alle anderen Unternehmerentscheidungen nur kraft ausdrücklicher kollektivvertraglicher Vereinbarung in die gesetzlich vorgesehenen Verhandlungsprozeduren einbezogen sind.

So § 38 Abs.1 des Mitbestimmungsgesetzes, der den Arbeitgeber zur Verhandlung mit der Gewerkschaft verpflichtet, bevor er eine Arbeit an Dritte vergibt. Zum Gesetz insgesamt s. Folke Schmidt, Die Reform des kollektiven Arbeitsrechts in Schweden, Köln/Frankfurt/Main 1978

In Deutschland stellt sich allerdings das zusätzliche Problem, dass der Verbandstarif dominiert, so dass der einzelne Arbeitgeber nicht selbst Partner des Tarifvertrags ist. Hier muss man sich entweder auf eine Einwirkungspflicht des Arbeitgeberverbands auf sein Mitglied beschränken oder den Schritt wagen, die beim Firmentarif anwendbaren Grundsätze auch auf den Verbandstarif zu erstrecken.

Dazu Reim, in: Däubler (Hrsg.) Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, § 1 Rn 982

Dass sich die Rechtsprechung von sich aus auch nur beim Firmentarif dazu bereit findet, über die Entscheidung zum Goethe-Institut Mexiko hinaus ein generelles „Schmälerungsverbot“ aus der Durchführungspflicht abzuleiten, erscheint derzeit wenig wahrscheinlich. Insoweit wäre eine gesetzliche Regelung denkbar, die etwa bestimmen könnte:

§ 2 Erhaltung des tariflichen Schutzes
„(1) Wird der Anwendungsbereich eines Tarifvertrags durch Auslagerung von Aufgaben auf dritte Unternehmen geschmälert, so ist der tarifgebundene Unternehmer verpflichtet, die Wahrung der tariflichen Rechte der Beschäftigten gegenüber dem dritten Unternehmen vertraglich sicherzustellen.“

Soweit dies nicht erfolgt, müsste er selbst weiter haften für die Differenz zwischen den aktuellen tariflichen Rechten und den vom neuen Unternehmer praktizierten Arbeitsbedingungen. Man könnte deshalb fortfahren:

„(2) Erfolgt dies nicht, ist der tarifgebundene Unternehmer zur Weitergewährung der tariflichen Ansprüche verpflichtet, soweit diese nicht durch den dritten Unternehmer befriedigt werden.“

b) Durch Gesetz
Wirksame gesetzliche Regelungen gegen die Schaffung schlechterer Arbeitsbedingungen durch Outsourcing sind – abgesehen von Schweden – in den übrigen EU-Mitgliedstaaten nicht ersichtlich. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass das „Outsourcing“ auch in anderen Mitgliedstaaten als „angestammte“ Unternehmerbefugnis angesehen wird, die anzutasten sich keine parlamentarische Mehrheit findet. Dies hat zur Folge, dass arbeitsrechtliche Schutznormen automatisch in ihrer Wirkung beschränkt bleiben: Wird auf einem Sektor, etwa dem der Leiharbeit, eine gewisse soziale Verbesserung erreicht, weichen die betroffenen Unternehmer auf andere Mittel, hier: das Outsourcing in Form von Werkverträgen aus. Ähnliches kennt man auch von anderen arbeitsrechtlichen Schutzmechanismen. Wird etwa ein kostspieliger Arbeitnehmerschutz (insbesondere im Hinblick auf Beiträge zur Sozialversicherung) vorgesehen, werden plötzlich selbständig Tätige für die Arbeitgeberseite interessant, weil ihre Beschäftigung in der Regel nicht sozialversicherungspflichtig und daher nicht mit denselben wirtschaftlichen Belastungen verbunden ist. Abgesehen vielleicht von bestimmten Normen des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz ist es dem Arbeitsrecht in den europäischen Staaten bislang nicht gelungen, einen von der jeweiligen Rechtsform der Beschäftigung losgelösten Schutz abhängig Beschäftigter zu schaffen.

Im hier interessierenden Zusammenhang soll deshalb kurz eine Regelung vorgestellt werden, die der uruguayische Gesetzgeber im Jahre 2007 erlassen hat und die prinzipiell jede Form der Einschaltung von Drittfirmen umfasst. Die beiden einschlägigen Gesetze sind dieser Expertise als Datei beigefügt.

Es handelt sich um die Ley No. 18.099 vom 24. 1. 2007 („Derechos de los Trabajadores“) und die Ley No. 18.251 v. 6. 1. 2008 („Responsabilidad Laboral en los Procesos de Descentralización Empresarial“)

Nach Art. 1 des Gesetzes 18.099 ist ein Unternehmer, der sich eines Subunternehmers, eines Arbeitskräftevermittlers oder eines Verleihers bedient, für die Erfüllung aller arbeitsrechtlichen Pflichten der jeweiligen Vertragsarbeitgeber gesamtschuldnerisch verantwortlich. Wird beispielweise der Subunternehmer oder die „Zwischenperson“ insolvent, so muss er für alle Ansprüche der bei diesen tätigen Arbeitnehmer aufkommen. Nach Art. 3 des Gesetzes ist jeder Streikeinsatz dieser Personengruppen verboten. Art. 5 sieht für Leiharbeitnehmer eine Bezahlung entsprechend den Bedingungen vor, die im Einsatzbetrieb bestehen („equal pay“). Eine entsprechende Regelung gilt für die Beschäftigten der Subunternehmer nicht, was damit zusammenhängen dürfte, dass in Uruguay – aufgegliedert nach Branchen - ein umfassendes System von Mindestlöhnen für unterschiedliche Kategorien von Beschäftigten besteht, das von drittelparitätisch besetzten „Lohnkommissionen“ festgelegt wird und das dafür sorgt, dass die Löhne bei den Subunternehmern dasselbe oder ein vergleichbares Niveau haben.

Das Gesetz Nr. 18.251 enthält eine Reihe von Definitionen, von denen insbesondere die in Art. 1 Buchstabe A) enthaltene von Interesse ist. Danach wird von einem „Hauptunternehmer“ ausgegangen, der Aufgaben oder Dienstleistungen auf einen „Subunternehmer“ überträgt, sofern sie in die Organisation seines Betriebs integriert sind oder soweit sie Teil der normalen Betriebstätigkeit sind, wobei auch Hilfsfunktionen wie Reinigung und Bewachung umfasst sind. Dies bedeutet, dass nicht notwendig nur künftige Vorgänge einbezogen sind. Von Interesse ist weiter Art. 1 Buchstabe C, der die Leiharbeit in der Weise definiert, dass der Einsatzbetrieb die Aufgaben bestimmt und ihre Ausführung überwacht („determine sus tareas y supervise su ejecución“). Nach Art. 2 sind nicht erfasst Dienstleistungen, die nur „gelegentlich“ („de manera ocasional“) in Anspruch genommen werden, was aber nicht die Saisonarbeit einbezieht.

Die Rechtsfigur der Haftung eines Hauptunternehmers ist dem deutschen Recht nicht völlig fremd. Nach § 14 des Arbeitnehmerentsendegesetzes (v. 20. 4. 2009, BGBl I S. 799) haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Zahlung des Mindestentgelts, das dieser seinen Beschäftigten schuldet. Die Regelung wird auf alle Subsubunternehmer erstreckt, so dass eine weitere „Dezentralisierung“ nichts an der Haftung des Hauptunternehmers ändert. Eine Erstreckung auf andere Verpflichtungen ist wenig zielführend, weil sich durch eine solche Mithaftung nichts am niedrigen Lohnniveau in den beauftragten Unternehmen ändern würde. Notwendig wäre deshalb, an die Auslagerung von Aufgaben als solche anzuknüpfen und für alle diese Fälle das Entgeltniveau und die Arbeitsbedingungen festzuschreiben, die vor dem Outsourcing-Prozess bestanden. Mit den

Aufgaben wäre deshalb untrennbar die Einhaltung bestimmter Sozialstandards verbunden, auch wenn davon nun andere Personen profitieren würden. Was sonst nur für die räumlich-funktional bestimmte Einheit „Betrieb“ gilt,

> Wer Beschäftigter in einem Betrieb wird, erhält automatisch die dort durch Betriebsvereinbarung oder auf anderer Rechtsgrundlage gewährten Ansprüche

würde nunmehr auf die Erfüllung bestimmter Aufgaben bezogen. Dies ist weniger ungewohnt als es auf den ersten Blick erscheinen mag: So richtet sich etwa die tarifliche Eingruppierung (aber etwa auch die nichttarifliche nach dem System „HAY“) nach übernommenen Tätigkeiten; soweit man sich im Geltungsbereich des fraglichen Lohnsystems bewegt, ändert sich die Vergütung grundsätzlich nicht.

Will man dies in Gesetzesform gießen, könnte man etwa formulieren:

§ 2 Rechtsfolgen der Ausgliederung
„(1) Beauftragt ein Unternehmer einen anderen mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen, so haben die damit betrauten Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber mindestens Anspruch auf Gewährung des Entgelts und der Arbeitsbedingungen, die bisher für diese Tätigkeit geschuldet waren. Der beauftragende Unternehmer haftet für die Erfüllung dieser Verpflichtung wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. § 14 des Arbeitnehmerentsendegesetzes findet entsprechende Anwendung.

(2) Abs. 1 gilt nicht, wenn Werk- oder Dienstleistungen nur gelegentlich in Anspruch genommen werden.“

Stattdessen könnte man auch die Formulierung in § 1c des Gesetzentwurfs der Abg. Krellmann, Zimmermann u. a. (BT-Drucksache 17/3752) übernehmen, wo es heißt:

§ 2 Rechtsfolgen der Ausgliederung – Alternative
„Wird die Erledigung von Aufgaben einem Drittunternehmen übertragen, so muss dieses seinen damit befassten Beschäftigten dieselben Bedingungen gewähren, die die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Ursprungsunternehmen ohne die Übertragung an ein Drittunternehmen erhalten hätten.“

Dem müsste man allerdings die bürgschaftsähnliche Haftung des Ursprungsunternehmens hinzufügen – wenn dies politisch gewollt ist – und ggf. noch eine Ausnahme für die gelegentliche Inanspruchnahme machen. Letztere erscheint beispielsweise dann geboten, wenn die Dienstleistung „Rechtsberatung“ in Einzelfällen nicht von dem beim Unternehmen angestellten Justitiar abgefragt, sondern einer außenstehenden Anwaltskanzlei übertragen wird.

Weniger einleuchtend ist demgegenüber eine Formulierung in einem andern Entwurf (ohne Drucksachen-Nummer), wonach die „Anwendung von Werkverträgen für die Ausführung von Arbeiten, die üblicherweise zum Kerngeschäft des Auftraggebers zählen“, unzulässig ist. Hier besteht insbesondere das Problem, dass ein Outsourcing auch im Wege des Dienstvertrags möglich ist und dass es große Schwierigkeiten bereiten würde, das „Kerngeschäft“ von anderen Aktivitäten abzugrenzen. Davon abgesehen, soll das Verbot eine Ausnahme erfahren, wenn dem Werkarbeitnehmer die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden, „wie sie beim Werkauftraggeber bei vergleichbaren Tätigkeiten zur Anwendung kommen würden.“ Dies läuft auf die hier vertretene Lösung hinaus, soweit das „Kerngeschäft“ betroffen ist. Allerdings kann das in der Eingangsformulierung enthaltene grundsätzliche Verbot von Werkverträgen erhebliche Irritationen auslösen, was bei der anderen Formulierung nicht der Fall ist.

Ob man auch Outsourcing-Vorgänge einbeziehen kann, die schon in der Vergangenheit stattgefunden haben, erscheint zweifelhaft. Dies würde auf die rückwirkende Auferlegung von Pflichten hinauslaufen, was aus rechtsstaatlichen Gründen nicht akzeptabel erscheint.

c) Ergänzung des TVG oder eigenständige Regelung?

Die unter a) vorgeschlagene tarifrechtliche Lösung kommt letztlich zum selben Ergebnis wie die eigenständige Normierung der Folgen von Outsourcing. Zwischen beiden Alternativen sollte politisch entschieden werden, wobei der erste Weg selbstredend nur die Bereiche erfasst, in denen es (noch) verbindliche Tarifverträge gibt. Dies könnte für den zweiten Weg sprechen. Dazu kommt, dass Änderungen des Tarifrechts auf erhebliche psychologische Barrieren stoßen, wie nicht zuletzt die jüngste Diskussion über die gesetzliche Herstellung von Tarifeinheit nach dem Mehrheitsprinzip gezeigt hat. Eine Kumulation beider Möglichkeiten ist theoretisch denkbar, dürfte aber aus praktisch-politischen Erwägungen nicht in Betracht kommen.

Für ein eigenständiges **„Gesetz zur Beschränkung von Fremdfirmenarbeit“** spricht auch der Gedanke der Übersichtlichkeit; es würde nur aus den hier skizzierten zwei Paragraphen bestehen. Dies würde überdies die Problemwahrnehmung in der Öffentlichkeit erleichtern. Der Terminus „Fremdfirmenarbeit“ würde dabei auch für den weniger informierten Bürger die Schlussfolgerung nahelegen, dass es um eine möglicherweise nicht besonders positiv zu sehende Arbeitsform geht.

www.linksfraktion.de