



Fachhochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung

Schriften zur Allgemeinen Inneren Verwaltung

20

Sarah Hottenrott

Werkverträge als Instrument zum Lohndumping



Sarah Hottenrott

**Werkverträge
als Instrument zum Lohndumping**

Brühl/Rheinland 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Diplomarbeit,
Fachhochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung, 2013

ISBN 978-3-938407-64-6
ISSN 000948-0617

Druck: Statistisches Bundesamt
Zweigstelle Bonn

Impressum:

Fachhochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung
Willy-Brandt-Str. 1
50321 Brühl

www.fhbund.de

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	6
Abkürzungsverzeichnis	7
1. Einleitung.....	13
2. Werkvertrag	16
2.1 Begriff.....	16
2.1.1 Pflichten und Rechte des Werkunternehmers	17
2.1.2 Pflichten und Rechte des Bestellers	18
2.2 Abgrenzung zu anderen Vertragsformen	20
2.2.1 Kaufvertrag	21
2.2.2 Dienstvertrag.....	22
2.2.3 Arbeitsvertrag	24
2.2.4 Arbeitnehmerüberlassung/Leiharbeit	27
2.2.5 Scheinwerkvertrag	33
2.2.5.1 Scheingeschäft	34
2.2.5.2 Rechtsfolgen	36
2.2.6 Scheinselbständigkeit	39
2.2.6.1 Umgehungsgeschäft	42
2.2.6.2 Rechtsfolgen	43
2.3 Anwendungsfelder	44
2.3.1 Werkverträge des Alltags	45

2.3.2 Werkverträge im Rahmen des Fremdfirmeneinsatzes	45
2.3.2.1 Begriff.....	45
2.3.2.2 Ausmaß des Einsatzes von Werkverträgen.....	46
2.3.2.3 Gründe für die zunehmende Nutzung von Werkverträgen ..	47
2.4 Zusammenfassung	50
3. Kontrollmöglichkeiten.....	52
3.1 Behördliche Kontrollmöglichkeiten.....	52
3.1.1 Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls	52
3.1.2 Rentenversicherungsträger	53
3.1.3 Deutsche Rentenversicherung Bund.....	53
3.2 Prozessuale Kontrollmöglichkeit	55
3.3 Bewertung.....	56
4. Auswirkungen der Nutzung von Werkverträgen.....	58
4.1 Für die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	58
4.2 Für die Beschäftigten.....	61
4.3 Für die Unternehmer.....	63
4.4 Ergebnis	65
5. Forderungen aus Politik und Wirtschaft hinsichtlich der Nutzung von Werkverträgen	66
5.1 Oppositionsfaktionen.....	66
5.1.1 Bündnis90/Die Grünen	66

5.1.2 SPD	67
5.1.3 Die Linke	68
5.2 Bundesregierung	69
5.3 Gewerkschaften.....	70
5.4 Arbeitgeberverbände.....	71
5.5 Bewertung.....	72
6. Einsatz von Werkverträgen in der Bundesverwaltung	75
6.1 Anwendungsbereich	75
6.2 Besonderheiten bei der administrativen Abwicklung.....	77
6.2.1 Öffentliche Vergabe.....	77
6.2.2 Mitteilung an die Finanzämter.....	79
6.2.3 Statusfeststellungsverfahren	79
6.3 Vor- und Nachteile.....	80
6.3.1 Vorteile	80
6.3.2 Nachteile	81
6.4 Exemplarische Darstellung anhand des Forschungsbereiches.....	83
6.5 Zusammenfassung	85
7. Fazit/Ausblick.....	87
Literaturverzeichnis	91

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Vertragsbeziehungen beim Werkvertrag.....	17
Abb. 2: Dreiecksbeziehung in der Arbeitnehmerüberlassung	28
Abb. 3: Folgen bei illegalem Ver- und Entleih	36

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
a.F.	alte Fassung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung v. 01.10.2002 (BGBl. I, S. 3866; 2003 I, S. 61), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.03.2012 (BGBl. I, S. 566)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (ab 1954: Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 02.07.1979 (BGBl. I, S. 853, 1036), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 20.04.2013 (BGBl. I, S. 868)
ArbR	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vom 03.02.1995 (BGBl. I, S. 158), zuletzt geändert durch Art. 26 des Gesetzes vom 20.12.2011 (BGBl. I, S. 2854)
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	Bundesanzeiger

BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 05.02.2009 (BGBI. I, S. 160), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 20.07.2012 (BGBI. I, S. 1583)
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz v. 25.09.2001 (BGBI. I, S. 2518), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes v. 20.04.2013 (BGBI. I, S. 868)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 02.01.2002 (BGBI. I, S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 20.04.2013 (BGBI. I, S. 831)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz v. 30.11.2001 (BGBI. I, S. 3234), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 54 des Gesetzes vom 05.02.2009 (BGBI. I, S. 160)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBI. I, S. 1284), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 09.12.2010 (BGBI. I, S. 1885)
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

bpb	Bundeszentrale für politische Bildung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
EStG	Einkommenssteuergesetz v. 08.10.2009 (BGBl. I, S. 3366, 3862), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 21.03.2013 (BGBl. I, S. 556)
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
ff.	folgenden
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz v. 23.05.1949 (BGBl. S.1), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 11.07.2012 (BGBl. I, S. 1478)
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung v. 22.02.1999 (BGBl. I, S. 202), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 24.04.2013 (BGBl. I, S. 930)
ggf.	Gegebenenfalls

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 15.07.2005 (BGBI. I S. 2114; 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Art. 1, 4 Abs. 2 des Gesetzes vom 05.12.2012 (BGBI. I S. 2403)
HG	Haushaltsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.05.1897 (RGL. I, S. 219), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 20.04.2013 (BGBI. I, S. 831)
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.R.	im Rahmen
i.R.d.	im Rahmen des
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
LAG	Landesarbeitsgericht
M+E Gesamtmetall	Arbeitgeberverband Gesamtmetall
mind.	mindestens
MittAB	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
MV	Mitteilungsverordnung vom 07.09.1993 (BGBI. I, S. 1554), zuletzt geändert durch Art. 58 des Gesetzes v. 23.12.2003 (BGBI. I, S. 2848)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.a.	oben angegeben

RdA	Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz oder Seite
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 23.07.2004 (BGBI. I, S. 1842), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 21.07.2012 (BGBI. I, S. 1566)
SG	Sozialgericht
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch vom 12.11.2009 (BGBI. I, S. 3710, 2011 I, S. 363), zuletzt geändert durch Art. 2b des Gesetzes v. 03.04.2013 (BGBI. I, S. 617)
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch vom 19.06.2001 (BGBI. I, S. 1046, 1047), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 14.12.2012 (BGBI. I, S. 2598)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st.	ständige/r
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21.12.2000 (BGBI. I, S. 1966, S. 1966), zuletzt geändert durch Art. 23 des Gesetzes vom 20.12.2001 (BGBI. I, S. 2854)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	vom
vgl.	vergleiche

VgV	Vergabeverordnung v. 11.02.2003 (BGBl. I, S. 169), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 12.07.2012 (BGBl. I, S. 1508)
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A v. 20.11.2009 (BAnz. Nr. 196a v. 29.12.2009)
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen v. 31.08.2009 (BAnz. Nr. 155 v. 15.10.2009)
WissZeitVG	Wissenschaftszeitvertragsgesetz v. 12.04.2007 (BGBl. I, S. 506)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
z.B.	zum Beispiel
ZDH	Zentralverband des Deutschen Handwerks
ZPO	Zivilprozessordnung v. 05.12.2005 (BGBl. I, S. 3202; 2006 I, S. 431; 2007 I, S. 1781), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 11.03.2013 (BGBl. I, S. 434)

1. Einleitung

Aufgrund der Globalisierung und dem zunehmenden internationalen Wettbewerb wächst der Druck der Unternehmer, auf dem Markt konkurrenzfähig zu bleiben.¹ Vor diesem Hintergrund ist das Bedürfnis nach einer Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse entstanden, die es den Unternehmen ermöglichen soll, sich an die veränderten internen und externen Herausforderungen anzupassen.² Dabei knüpft die Flexibilisierung an die betriebswirtschaftliche Überlegung des Outsourcings, also der unternehmensexternen Beschaffung von Leistungen, an. „Ziel des Outsourcings ist es stets, bestimmte Aufgaben nicht mehr selbst auszuführen, sondern bei Dritten - wirtschaftlicher und effizienter - die entsprechende Leistung einzukaufen.“³ Im Mittelpunkt steht das Bestreben, Lohn- und Personalkosten zu reduzieren, da diese oftmals den größten Kostenfaktor eines Unternehmens darstellen.

Zunächst entschieden sich Unternehmer dabei vornehmlich Aufgaben und Tätigkeiten, die nur einen mittelbaren Einfluss auf das Betriebsergebnis haben, an Fremdfirmen zu vergeben.⁴ Dazu gehört z.B. die Bewachung des Betriebsgeländes, Reinigungsarbeiten in Betriebsgebäuden und die Bewirtschaftung der Kantine.⁵ Allerdings nimmt auch die Fremdvergabe von Aufgaben des Kernbereiches, also Tätigkeiten, die eng mit dem Produktionsprozess verbunden sind, stetig zu.⁶ Beispielsweise werden in der Metall- und Elektroindustrie ganze Fließbandstrecken von Drittfirmen übernommen.⁷

Für die rechtliche Gestaltung der Fremdvergabe dieser betrieblichen Aufgaben stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. In diesem Kontext ist die Verwendung von Werkverträgen in den öffentlichen Fokus gerückt. Auslöser waren mehrere Berichte, denen zufolge Un-

¹ Walle, Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, S. 31.

² Walwei, Flexibilisierung und Regulierung, MittAB, S. 219, 227.

³ Greiner, Outsourcing, S. 993.

⁴ Dauner-Lieb, NZA 1992, S. 817.

⁵ Walle, a.a.O., S. 32.

⁶ Lorig, Werkverträge - Die neue Lohndumping Strategie?!, S. 9.

⁷ BT-Drucks. 17/6714, S.1.

ternehmen aufgrund der Regulierung der Leiharbeit, insbesondere der Einführung einer gesetzlichen Lohnuntergrenze, vermehrt auf Werkverträge ausweichen. So berichtet „Die Zeit“ von einem Supermarkt in Nordrhein-Westfalen, in dem nach Ladenschluss Regaleinräumer auf Grundlage eines Werkvertrages für einen Stundenlohn von 6,50 € tätig werden.⁸ Im Gegensatz dazu würde einem Leiharbeiter⁹ für diese Tätigkeit ein Mindestlohn von 8,19 € pro Stunde (Tarif West) und einem Beschäftigten des Supermarktes sogar ein Stundenlohn von 11,70 € zustehen.

Anhand dieses Beispiels wird deutlich, dass die Intention des Unternehmers in der Senkung des Lohnniveaus liegt. Daher wird der Werkvertrag in diesem Zusammenhang auch als Instrument zum Lohndumping bezeichnet. Charakteristisch für diesen politischen Begriff ist das Bemühen der Unternehmer durch die vertragliche Ausgestaltung tariflichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen auszuweichen.

An diesem Punkt setzt diese Untersuchung an und widmet sich der Frage, inwieweit der vermehrte Einsatz von Werkverträgen im Einklang mit der Rechtsordnung steht bzw. ob gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen wird. Daneben soll aufgezeigt werden, welche Maßnahmen gegen die Nutzung des Werkvertrages als Instrument zum Lohndumping ergriffen werden können.

Dazu werden in dem sich an die Einleitung anschließendem Kapitel zunächst die wesentlichen Elemente des Werkvertrages herausgearbeitet und dieser inhaltlich und rechtlich von anderen Vertragsformen abgegrenzt. Weiterhin werden die möglichen Anwendungsfelder sowie Problembereiche aufgezeigt. Unter Zugrundelegung der erzielten Ergebnisse werden im dritten Kapitel die bestehenden Kontrollmöglichkeiten beleuchtet und deren praktische Bedeutsamkeit für die Sicherstellung der Einhaltung des geltenden Rechts dargestellt. Daraufhin werden im vierten Kapitel die Auswirkungen einer vermehrten

⁸ *Boganni/Pennekamp*, Werkverträge – Es geht noch billiger, DIE ZEIT v. 08.12.2001, Nr. 50, Online im Internet.

⁹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde i.d.R. die männliche Schreibweise verwendet. Unter der maskulinen Schreibweise sind sowohl männliche als auch weibliche Personen zusammengefasst.

Nutzung von Werkverträgen für die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats sowie der Beschäftigten und der Unternehmer erörtert. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen folgt im fünften Kapitel eine wertende Gegenüberstellung der Forderungen aus Politik und Wirtschaft in Bezug auf die zunehmende Nutzung des Werkvertrages. Nach einer Betrachtung der Verwendung von Werkverträgen in der Bundesverwaltung im sechsten Kapitel folgt im Fazit eine Zusammenfassung der erzielten Ergebnisse sowie eine abschließende Diskussion der möglichen Maßnahmen gegen einen missbräuchlichen Einsatz von Werkverträgen als Instrument zum Lohndumping.

2. Werkvertrag

Zunächst bedarf es einer rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Rechtsgeschäft des Werkvertrages. Dies umfasst neben einer Definition der Begrifflichkeit, die Abgrenzung zu anderen Vertragsformen sowie die Darstellung der möglichen Anwendungsfelder des Werkvertrages und deren Relevanz hinsichtlich der Nutzung als Mittel zum Lohndumping.

2.1 Begriff

Der Werkvertrag ist ein entgeltlicher, gegenseitiger Vertrag, bei dem sich der Unternehmer¹⁰ zur Herstellung des versprochenen, individuellen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, § 631 Abs. 1 BGB. Kennzeichnend für das Vorliegen des in den §§ 631 ff. BGB gesetzlich geregelten Werkvertrages ist die Herbeiführung eines vertraglich bestimmten Erfolgs, d.h., dass durch die selbständige Tätigkeit des Werkunternehmers das vereinbarte Werk geschaffen wird.¹¹ Daraus folgt, dass unter der Begrifflichkeit des Erfolgs regelmäßig nur ein durch die Tätigkeit des Unternehmers herbeizuführendes Ergebnis, z.B. die Erstellung von Werbeflyern, jedoch nicht der nach dem wirtschaftlichen Zweck erhoffte Erfolg, z.B. Kundenzuwachs/ Umsatzsteigerung, zu verstehen ist.¹² Vertragsgegenstand kann nach § 631 Abs. 2 BGB einerseits ein körperliches Arbeitsergebnis, z.B. die Herstellung oder Veränderung einer Sache, und andererseits ein unkörperliches Arbeitsergebnis sein, z.B. die Erstellung eines Gutachtens. Prägendes Merkmal des Werkvertrages ist stets die entgeltliche Wertschöpfung.¹³

Vertragsparteien können sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen sein. Des Weiteren kann der Werkunternehmer eigene

¹⁰ In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass der in § 631 BGB verwendete Begriff des Unternehmers nicht mit dem des Unternehmers i.S.d. § 14 BGB gleichzusetzen ist, vgl. hierzu *Palandt/Sprau*, § 631 BGB Rn. 1.

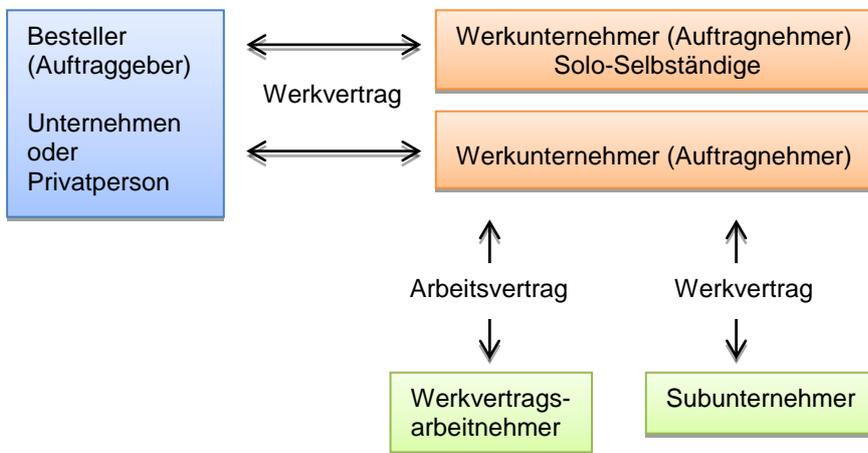
¹¹ *Zänker*, Funktionswandel des Werkvertrags, S. 72.

¹² *Palandt/Sprau*, Einführung von § 631 BGB Rn. 1.

¹³ *Palandt/Sprau*, a.a.O.

Arbeitnehmer oder weitere Unternehmen mit der Erbringung des Werkes betrauen. Daraus ergeben sich die folgenden Konstellationen:

Abb. 1: Vertragsbeziehungen beim Werkvertrag¹⁴



2.1.1 Pflichten und Rechte des Werkunternehmers

Die Hauptpflicht des Unternehmers besteht nach § 631 Abs. 1 BGB in der vertragsgemäßen Herstellung des Werkes. Die Herbeiführung des geschuldeten Ergebnisses liegt hierbei allein in seinem Verantwortungsbereich.¹⁵ Demzufolge ist im Werkvertrag nur das „[...] qualitativ individualisierbare und dem Werkunternehmer zurechenbare Werkergernis [...]“¹⁶ festgelegt. Die Tätigkeit der Herstellung ist hingegen nicht vom Regelungsinhalt des Werkvertrages erfasst. Infolgedessen ist der Unternehmer bei der Abwicklung des Vertrages organisatorisch, persönlich und wirtschaftlich vom Besteller unabhängig. Somit entscheidet er über Arbeitsabläufe, -zeit und -ort grundsätzlich selbst und erbringt die Tätigkeit regelmäßig unter der Verwendung eigener Arbeitsmittel und Fachkenntnisse.¹⁷ Zur Erstellung des Werkes kann der Unternehmer - soweit vertraglich nichts Abweichendes vereinbart wurde - eigene Mitarbeiter (Werkvertragsarbeitnehmer) oder weitere

¹⁴ Eigene Darstellung.

¹⁵ Moll/Reiserer/Christ, MAH Arbeitsrecht, § 65 Rn. 10.

¹⁶ Reufels/Dietrich, Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 33.

¹⁷ Palandt/Sprau, Einführung § 631 BGB Rn. 1.

Unternehmen als Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 BGB einsetzen (vgl. Abb. 1).¹⁸ In diesem Rahmen ist es möglich, dass der Unternehmer oder seine Erfüllungsgehilfen auch in der Sphäre des Bestellers, z.B. in den Privat- oder Firmenräumen, tätig werden.¹⁹

Die für den Werkvertrag charakteristische Erfolgsverpflichtung spiegelt sich u.a. bei der Risikoverteilung während des Herstellungsprozesses wieder. So trägt der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Vergütungsgefahr. Demnach hat er bei Verschlechterung oder Untergang sowie bei der Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes keinen Anspruch auf Vergütung seiner bisherigen Tätigkeiten und Aufwendungen.²⁰ Des Weiteren umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers gem. § 633 Abs. 1 BGB, die Verschaffung des Werkes frei von Sach- und Rechtsmängeln.²¹ Insofern stehen dem Besteller bei mangelhafter Erbringung des Werkes die in § 634 BGB geregelten Rechte zu.

Die Vorleistungspflicht des Unternehmers, wonach die Fälligkeit der Vergütung grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes eintritt, verdeutlicht zusätzlich die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages.²² Im Ausgleich dazu stehen dem Unternehmer besondere Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung. Zum einen handelt es sich um das Unternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB und zum anderen i.R.d. Erbringung von Bauleistungen um die Sicherheitshypothek gem. § 648 BGB sowie den Anspruch auf Sicherheitsleistungen gem. § 648a BGB.

2.1.2 Pflichten und Rechte des Bestellers

Die Hauptpflicht des Bestellers ist gem. § 631 Abs. 1 BGB die Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Fehlt es an einer dahingehenden Vereinbarung, gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine

¹⁸ *Brox/Walker*, BS, § 23 Rn. 1.

¹⁹ *Zänker*, Funktionswandel des Werkvertrags, S. 72.

²⁰ *Palandt/Sprau*, §§ 644, 645 BGB Rn. 4.

²¹ *Alpmann-Pieper*, Schuldrecht BT 1, Rn. 516.

²² *Zänker*, Funktionswandel des Werkvertrages, S. 71.

Vergütung zu erwarten ist, § 632 Abs. 1 BGB. Bei nicht festgesetzter Höhe der Vergütung, gilt nach § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung als vereinbart. Fällig wird die Vergütung grundsätzlich mit der Abnahme des Werkes, § 641 BGB. Eine zumindest teilweise vorherige Vergütung ist i.R. von Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB möglich.

Im engen Zusammenhang zur Vergütungspflicht steht somit die Hauptpflicht des Bestellers zur Abnahme des vertragsgemäß hergestellten Werkes, soweit diese aufgrund der Beschaffenheit des Werkes nicht ausgeschlossen ist. Die Abnahme „bedeutet im Grundsatz die körperliche Hinnahme [...], verbunden mit der Anerkennung (Billigung) des Werks als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung.“²³ Neben der Fälligkeit der Vergütung sowie deren Verzinsung nach § 641 Abs. 4 BGB löst die Abnahme weitere Rechtsfolgen aus. So erlischt der allgemeine Erfüllungsanspruch bzw. konkretisiert und beschränkt sich auf die Mängelbeseitigung.²⁴ Zudem geht die Beweislast für Mängel gem. § 363 BGB sowie die Vergütungsgefahr gem. § 644 Abs. 1 BGB auf den Besteller über und die Verjährungsfrist der Mängelansprüche beginnt, § 634a Abs. 2 BGB.

Neben der Pflicht zur Vergütung und Abnahme obliegt dem Besteller bei der Herstellung bestimmter Werke eine Mitwirkung. Beispielsweise ist es zur Herstellung eines Maßanzuges notwendig, dass der Besteller zur Bestimmung seiner Maße und ggf. einer Anprobe zur Verfügung steht. Bei der Mitwirkung des Bestellers gem. § 642 BGB handelt es sich jedoch nicht um eine Pflicht, sondern um eine Gläubigerobliegenheit.²⁵

Umfassende Rechte stehen dem Besteller gem. § 634 BGB bei einer mangelhaften Erbringung des Werkes zu.

²³ *Palandt/Sprau*, § 640 BGB Rn. 3.

²⁴ *Palandt/Sprau*, a.a.O., Rn. 11.

²⁵ *Brox/Walker*, BS, § 25 Rn. 14.

2.2 Abgrenzung zu anderen Vertragsformen

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen gilt es den Werkvertrag von anderen Vertragsformen abzugrenzen. Für die Bestimmung der Vertragsform ist die Bezeichnung der zwischen den Vertragsparteien geschlossenen Vereinbarung nebensächlich, d.h. nur weil eine Vereinbarung als Werkvertrag bezeichnet wird, folgt daraus noch nicht, dass auch tatsächlich ein Werkvertrag vorliegt. Maßgeblich für die Einordnung eines Vertrages ist daher nicht dessen Bezeichnung, sondern der tatsächliche Wille der Parteien. Dies folgt ebenfalls aus § 133 BGB, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Für die Abgrenzung des Werkvertrages gegenüber anderen Vertragsformen ist somit nicht die Vertragsbezeichnung, sondern der Geschäftsinhalt, der sich aus den getroffenen Vereinbarungen sowie der tatsächlichen Durchführung ergibt, entscheidend.²⁶ Widersprechen sich Vereinbarung und Umsetzung, ist die tatsächliche Durchführung maßgebend.²⁷ Schließlich kann für die Bestimmung der Vertragsform aufgrund der praktischen Umsetzung des Vertrages am ehesten darauf geschlossen werden, „[...] von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind.“²⁸ Die im Folgenden verwendeten Kriterien können daher nur als Anhaltspunkte für die Abgrenzung des Werkvertrages zu anderen Vertragsformen gesehen werden. Im Einzelfall ist die Vertragsform nach Betrachtung sämtlicher Umstände, insbesondere der tatsächlichen Umsetzung, zu bestimmen.

²⁶ St. Rspr. BAG 15.02.2012, NZA 2012, 773 - juris Rn. 14; 13.08.2008, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 121 - juris Rn. 15; 06.08.1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39 - juris Rn. 12.

²⁷ St. Rspr. BAG 15.02.2012, NZA 2012, 773 - juris Rn. 14; 13.08.2008, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 121 - juris Rn. 15; 06.08.1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39 - juris Rn. 12.

²⁸ BAG 24.06.1992, NZA 1993, 174 - juris Rn. 23 m.w.N.

2.2.1 Kaufvertrag

Der in den §§ 433 ff. BGB geregelte Kauf ist in unserer Gesellschaft das häufigste und wichtigste Umsatzgeschäft, dessen Sinn i.d.R. in dem Austausch von Gegenstand gegen Geld besteht.²⁹

In Abgrenzung zum Werkvertrag wird beim Kaufvertrag nicht die Herstellung eines vertraglich vereinbarten Werkes, sondern die Eigentumsverschaffung an einem i.d.R. vorgefertigten Gegenstand geschuldet.³⁰ Die Pflicht zur Herstellung des Gegenstandes ist beim Kauf nicht Vertragsinhalt. Während sich beim Kaufvertrag die Verpflichtung des Verkäufers auf die Übereignung und die Eigentumsverschaffung eines Produkts, also auf den Warenumsatz, beschränkt, steht beim Werkvertrag die schöpferische Leistung im Vordergrund.³¹ Eine individuelle Anpassung bei der Herstellung des Produkts an die besonderen Bedürfnisse des Bestellers, z.B. bei einer auf Maß angefertigten Küche, ist bei einem Kaufvertrag nicht vorgesehen.

Bei Verträgen, die sowohl werk- als auch kaufvertragliche Elemente beinhalten, z.B. die Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage, kommt es für die rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse darauf an, „[...] auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt.“³² In Bezug auf das gewählte Beispiel der Photovoltaikanlage hat der BGH ausgeführt, dass „je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz [...] im Vordergrund steht und je weniger die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kaufvertrages (mit Montageverpflichtung) geboten.“³³

Weitere Besonderheiten ergeben sich, wenn sich die werkvertragliche Pflicht des Unternehmers auf die Herstellung und Lieferung einer be-

²⁹ *Palandt/Weidenkaff*, Einführung von § 433 BGB Rn. 1.

³⁰ *BeckOK BGB/Voit*, § 631 BGB Rn. 2.

³¹ *MünchKomm/Busche*, § 631 BGB Rn. 7.

³² BGH 03.03.2004, NZA 2004, 398 - juris Rn. 10.

³³ BGH 03.03.2004, NZA 2004, 398 - juris Rn. 10 m.w.N.

weglichen Sache bezieht. In diesem Fall findet seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 das Kaufrecht gem. § 651 S. 1 BGB Anwendung. Wird hingegen die Herstellung unvertretbarer Sachen geschuldet, z.B. ein Porträt oder Maßanzug, kommen ergänzend zum Kaufrecht einige werkvertraglichen Regelungen nach § 651 S. 3 BGB zur Anwendung.³⁴

2.2.2 Dienstvertrag

Bei dem in den §§ 611 ff. BGB geregelten Dienstvertrag handelt es sich um einen auf Austausch von Dienstleistung und Vergütung gerichteten Vertrag.³⁵ Dieser lässt sich in zwei Formen, den freien Dienstvertrag und den Arbeitsvertrag, unterteilen. Folgend wird zunächst auf den freien Dienstvertrag, der im weiteren Verlauf nur als Dienstvertrag bezeichnet wird, abgestellt. Die Abgrenzung des Werkvertrages zum Arbeitsvertrag erfolgt gesondert unter Punkt 2.2.3.

Sowohl der Dienst- als auch der Werkvertrag haben zwar die selbständige und entgeltliche Tätigkeit zum Gegenstand, jedoch schuldet der aufgrund des Dienstvertrages zur Tätigkeit verpflichtete keinen durch die Tätigkeit zu erzielenden vertraglich bestimmten Erfolg, sondern lediglich einen Dienst, also ein Wirken bzw. eine Arbeitsleistung an sich.³⁶

Oftmals kann allein aus dem Vertragsinhalt aber noch nicht geschlossen werden, ob ein bestimmtes Werk oder nur die zu seiner Herstellung erforderlichen Dienste geschuldet werden.³⁷ Vielmehr kann dieselbe Tätigkeit je nach vertraglicher Vereinbarung Gegenstand eines Dienstvertrages oder eines Werkvertrages sein.³⁸ Ursächlich hierfür ist das dem Werkvertrag zu Grunde liegende weite Erfolgsverständnis.³⁹ Danach kann „auch bei einem Dienstvertrag [...] die geschuldete Tä-

³⁴ Meyer, Wirtschaftsprivatrecht, S. 118.

³⁵ MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 7.

³⁶ Schaub, Arbeitnehmerüberlassung, S. 60.

³⁷ Brox/Walker, BS, § 19 Rn. 10.

³⁸ Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 18.

³⁹ MünchKomm/Busche, § 631 BGB Rn. 15.

tigkeit der Erreichung eines bestimmten Ziels dienen.“⁴⁰ Somit lässt sich, wie einleitend bereits erwähnt, nach h.M. im Einzelfall nur durch Auslegung des in den Vertragserklärungen zum Ausdruck gekommenen Willens entschieden, ob ein Werk- oder Dienstvertrag vorliegt.⁴¹

Rückschlüsse auf den Willen der Vertragspartner können u.a. hinsichtlich der vereinbarten Vergütungspflicht gezogen werden. Während beim Werkvertrag ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg und dessen Abnahme Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, genügt beim Dienstvertrag die Verrichtung der geschuldeten Tätigkeit für die Entstehung des Vergütungsanspruches.⁴²

Ferner kann die Frage der Risikoverteilung Aufschluss über die Vertragsart geben. So haftet beim erfolgsbezogenen Werkvertrag der Unternehmer für die vertragsgemäße Herstellung des Werkes. Dementsprechend stehen dem Besteller bei einer mangelhaften Erbringung umfangreiche Mängelrechte zu, vgl. § 634 BGB. Dementgegen ist beim Dienstvertrag der Dienstverpflichtete nur verpflichtet, die Leistung zu erbringen, die ihm möglich ist (subjektiver Leistungsmaßstab).⁴³ Folglich haftet er nicht dafür, wenn seine Dienste ohne sein schuldhaftes Handeln nicht zu dem gewünschten Erfolg führen.⁴⁴

Als weiteres Abgrenzungsmerkmal kann das Recht, Tätigkeiten auf Dritte zu delegieren herangezogen werden. Grundsätzlich besteht beim Werkvertrag die Möglichkeit sich Dritten zur Erfüllung des Vertrages zu bedienen. Daraus lässt sich ableiten, dass soweit eine persönliche Erfüllungspflicht gewünscht ist, es einer dahingehenden vertraglichen Vereinbarung bedarf. Im Gegensatz dazu ist beim Dienstvertrag grundsätzlich, soweit sich nichts anderes aus dem Umstand des Vertrages ergibt, die Delegation der Tätigkeit auf einen Dritten gem. § 613 BGB ausgeschlossen. Im Umkehrschluss bedarf es somit einer

⁴⁰ BGH 16.07.2002, NJW 2002, 3323 - juris Rn. 26.

⁴¹ BGH a.a.O. Rn. 14; BGH 10.06.1999, NJW 1999, 3118 - juris 1. Leitsatz; Brox/Walker, BS, § 19 Rn. 10; Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch § 9 Rn. 19.

⁴² BeckOK BGB/Voit, § 631 BGB Rn. 4.

⁴³ MünchKomm/Müller-Glöge, § 611 Rn. 20.

⁴⁴ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Rn. 11.

ausdrücklichen Vereinbarung, wenn der Dienstverpflichtete Erfüllungsgehilfen einsetzen möchte.⁴⁵

2.2.3 Arbeitsvertrag

Beim Arbeitsvertrag, als Unterform des Dienstvertrages, schuldet der Dienstverpflichtete (Arbeitnehmer) ebenfalls nur seine Arbeitsleistung und keinen aufgrund seiner Tätigkeit herbeizuführenden Erfolg.

Im Gegensatz zum Dienstvertrag erbringt der Arbeitnehmer beim Arbeitsvertrag seinen Dienst aber nicht selbständig, sondern steht in einem Arbeitsverhältnis zum Dienstberechtigten (Arbeitgeber). In diesem Punkt liegt ebenfalls der entscheidende Unterschied zum Werkvertrag.

Ein Werkunternehmer kann nämlich niemals Arbeitnehmer sein, da er selbständig tätig wird. Im Vordergrund dieser Abgrenzung steht somit die Frage, ob der zur Leistung verpflichtete Selbständiger oder Arbeitnehmer ist.⁴⁶

Die Komplexität der Abgrenzung ergibt sich u.a. aus dem Umstand, dass keine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs existiert. Ein Hinweis zur Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung im arbeitsrechtlichen Sinne ist lediglich dem § 84 Abs. 1 HGB zu entnehmen. Aus dem Umkehrschluss des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB folgt, dass als Arbeitnehmer derjenige gilt, der seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann. Diese Regelung des HGB bezieht sich zwar auf den Handelsvertreter, dient wegen seiner allgemeinen gesetzgeberischen Wertung jedoch im gesamten Arbeitsrecht als Abgrenzungsmerkmal.⁴⁷

⁴⁵ *Palandt/Weidenkaff*, § 613 BGB Rn 3.

⁴⁶ Erschwert wird die Abgrenzung durch den Umstand, dass im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht im Einzelnen unterschiedliche Kriterien für die Abgrenzung herangezogen werden. Im Folgenden wird nur auf die für den Arbeitsvertrag maßgebende Abgrenzungsmethode des BAG eingegangen.

⁴⁷ St. Rspr. BAG 26.09.2002, NZA 2002, 1412 - juris Rn. 70; 19.01.2000, NZA 2000, 1102 - juris Rn. 22; 09.11.1994, BAGE 78, 252 - juris Rn. 17.

Die darin zum Ausdruck kommende persönliche Abhängigkeit des Leistenden ist konsequenter Weise in der von der Rspr. des BAG verwendeten Definition des Arbeitnehmers wiederzufinden. Demnach ist Arbeitnehmer, „[...] wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages oder gleichgestellten Verhältnisses in persönlicher Abhängigkeit zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist.“⁴⁸

Der verwendete Begriff der Arbeit ist im wirtschaftlichen Sinne zu sehen und umfasst „[...] jede Tätigkeit [...], die der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.“⁴⁹ Die Voraussetzung einer privatrechtlichen Vereinbarung oder eines gleichgestellten Verhältnisses indiziert, dass sich der Arbeitnehmer freiwillig zum Dienst verpflichtet hat und andererseits auf Seiten des Arbeitgebers der Wille zur Beschäftigung bestehen muss. Die Aufnahme des gleichgestellten Verhältnisses beabsichtigt, dass bei Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrages der Leistende nicht die Qualifikation als Arbeitnehmer verliert.⁵⁰

Da diese Tatbestände auch bei einem Werkvertrag erfüllt werden, liegt der Schwerpunkt der Abgrenzung auf dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit. Diese spiegelt sich zum einen in der zeitlichen, örtlichen sowie fachlichen Weisungsgebundenheit und zum anderen in der organisatorischen Eingliederung des Leistenden im Betrieb des Leistungsempfängers wieder.⁵¹

Für eine örtliche Weisungsgebundenheit spricht es, wenn der Dienst an einem vom Leistungsempfänger vorgeschriebenen Ort zu erbringen ist.⁵² In Bezug auf zeitliche Weisungen wird auf Vorgaben abgestellt, die die Dauer der Beschäftigung sowie der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit betreffen oder Einfluss auf den Arbeits-

⁴⁸ BAG 20.08.2003, NZA 2004, 39 - juris Rn. 16; BAG 19.05.1960, AP Nr. 7 zu § 5 ArbGG 1953 - juris Rn. 7.

⁴⁹ St. Rspr. BAG 16.01.2002, NZA 2002, 1163 - juris Rn. 12; 11.10.2000, NZA 2001, 458 - juris Rn. 24; 08.03.1961, BAGE 11, 23 - juris Rn. 15.

⁵⁰ *Henrici*, Scheinselbständige, S. 83.

⁵¹ St. Rspr. BAG 26.09.2002, NZA 2002, 1412 - juris Rn. 70; 19.01.2000, BAGE 93, 218 - juris Rn. 29.

⁵² BAG 09.05.1984, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit - juris Rn. 25.

beginn bzw. das -ende nehmen.⁵³ In fachlicher Hinsicht umfasst das Weisungsrecht des Leistungsempfängers die Einflussnahme auf die Art und Weise der Leistungserbringung, z.B. die verwendete Arbeitsmethode.⁵⁴ Von einer Eingliederung des Leistenden in die fremde Arbeitsorganisation kann ausgegangen werden, wenn er die betrieblichen Einrichtungen und Arbeitsmittel nutzt und in einer bestimmten Betriebshierarchie eingebunden ist.⁵⁵

Zur Bestimmung der Weisungsgebundenheit bzw. der organisatorischen Eingliederung bedient sich das BAG weiterer Indizien. „Umfassende Berichtspflichten, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, [...] Tätigkeit nur für einen Dienstherrn, Verpflichtung zur Übernahme aller Arbeitsaufträge, keine Umsatzbeteiligung, Teilnahme an Betriebsratswahlen, Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber sowie das Fehlen eigener Mitarbeiter“⁵⁶, indizieren eine persönliche Abhängigkeit.

Welche Indizien für die Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit und somit der Einordnung des Rechtsverhältnisses herangezogen werden, ist vom Einzelfall abhängig. „Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Maßstäbe lassen sich nicht aufstellen.“⁵⁷ Vielmehr betrachtet das BAG die Einordnung des Leistenden als selbständig oder abhängig Beschäftigter nach dem typologischen Ansatz, „[...] d.h., die Statuszuordnung folgt einer Gesamtbetrachtung aller Umstände, ohne daß ein bestimmtes Merkmal zwingend vorliegen muß [...], wobei die verschiedenen Merkmale unterschiedlich gewichtet werden können.“⁵⁸

⁵³ Wank, Arbeitnehmerbegriff, Rn. 40.

⁵⁴ Henrici, a.a.O., S. 90.

⁵⁵ Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 25.

⁵⁶ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn. 36.

⁵⁷ BAG 22.08.2001, NZA 2003, 662 - juris Rn. 15.

⁵⁸ Buch, Ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse, S. 25.

2.2.4 Arbeitnehmerüberlassung/Leiharbeit

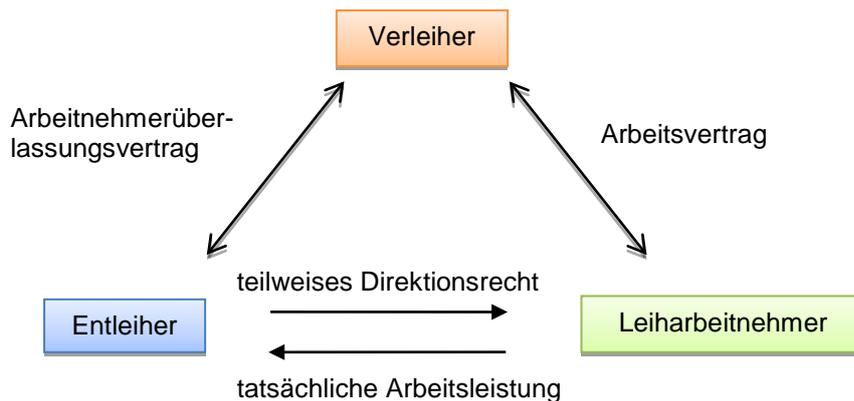
Eine Arbeitnehmerüberlassung, auch als Leih- oder Zeitarbeit bezeichnet, „[...] liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einen bei ihm angestellten Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) zumindest vorübergehend einem Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt, den dieser nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie einen eigenen Arbeitnehmer einsetzt.“⁵⁹ Außer in den unter §§ 1 Abs. 3, 1a AÜG genannten Fallkonstellationen bedarf der Entleiher, der i.R. seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Leiharbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen will, einer behördlichen Erlaubnis der Agentur für Arbeit.

Im Unterschied zum Werkvertrag setzt die Arbeitnehmerüberlassung zwingend drei Beteiligte - Verleiher, Leiharbeitnehmer und Entleiher - voraus.⁶⁰ Diese stehen in folgender Dreiecksbeziehung zueinander.

⁵⁹ *Reufels/Dietrich*, Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 6.

⁶⁰ *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 36.

Abb. 2: Dreiecksbeziehung in der Arbeitnehmerüberlassung⁶¹



Zum einen besteht zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis. Im Unterschied zum Normalarbeitsverhältnis arbeitet der Leiharbeitnehmer nicht im Betrieb seines Arbeitgebers, sondern im Betrieb des Entleihers und unterliegt dort dessen Weisungsrecht.⁶² Daneben schließen Verleiher und Entleiher gemäß § 12 Abs. 1 AÜG einen schriftlichen Überlassungsvertrag, bei dem sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher für die vereinbarte Überlassungsdauer Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Entleiher die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Zwischen dem Entleiher und Leiharbeitnehmer besteht zwar kein Arbeitsverhältnis, dennoch übernimmt der Entleiher gewisse Rechte und Pflichten des Arbeitgebers.⁶³

Ausgehend von der Definition der Arbeitnehmerüberlassung gestaltet sich die Abgrenzung zum Werkvertrag zumindest theoretisch einfach. Während beim Werkvertrag ein abgrenzbarer Leistungsgegenstand, sprich ein individuelles Werk bzw. ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, ist der Verleihunternehmer nur dazu verpflichtet, dem Entleiher geeignete Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. In der Praxis ergeben sich jedoch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, insbesondere wenn der Werkunternehmer eigene Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen einsetzt und diese mithin im Betrieb des Bestellers tätig werden. In

⁶¹ Eigene Darstellung.

⁶² Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 72.

⁶³ ErfKomm/Wank, Einleitung AÜG Rn. 32.

diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer wirklich als Erfüllungshelfer des Werkunternehmers eingesetzt oder einem Dritten, dem Besteller, i.d.R. Arbeitnehmerüberlassung zur Arbeitsleistung überlassen wird.⁶⁴

Zwar waren dem Gesetzgeber schon bei der Beratung des AÜG die Abgrenzungsschwierigkeiten durchaus bewusst, jedoch sah es der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung seinerzeit als „nicht sachdienlich § 1 [des AÜG] durch eine Vorschrift zu ergänzen, die die Abgrenzung zwischen Werkverträgen (§§ 631 ff. BGB) und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen näher regelt.“⁶⁵ Stattdessen sollten die von der Bundesanstalt für Arbeit zur Durchführung erlassenen Dienstweisungen die Abgrenzungsproblematik klären.⁶⁶ Dass diese nicht zur Klärung der Abgrenzung beitragen konnten, wurde bereits im ersten Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG deutlich.⁶⁷ Da eine Lösung der Abgrenzungsschwierigkeit nicht ohne eine gesetzliche Vorschrift möglich schien, beabsichtigte die Bundesregierung eine gesetzliche Vermutungsregelung für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen⁶⁸ Arbeitnehmerüberlassung vorzunehmen.⁶⁹ Trotz der Erkenntnis, dass die Abgrenzungsschwierigkeiten weiter zugenommen haben, sah sich die Bundesregierung im Jahre 1976 nicht in der Lage, die Notwendigkeit einer gesetzlich verankerten Abgrenzung abschließend zu beurteilen. Vielmehr sollte die für eine Entscheidung notwendige konjunkturelle Entwicklung noch abgewartet werden.⁷⁰

⁶⁴ Moll/Reiserer/Christ, MAH Arbeitsrecht, § 65 Rn. 11.

⁶⁵ BT-Drucks. 6/3505, Bericht des Abgeordneten Jaschke, S. 2.

⁶⁶ BT-Drucks., a.a.O.

⁶⁷ BT-Drucks. 7/2365, S. 11.

⁶⁸ Die a.F. des AÜG stellte als entscheidendes Merkmal auf die Gewerbsmäßigkeit der Überlassung ab. In der n.F. des AÜG wird dieses Merkmal in Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 09.11.2008 über Leiharbeit durch die wirtschaftliche Tätigkeit ersetzt, vgl. hierzu Wank, Jahrbuch Arbeitsrecht, S. 29 ff.

⁶⁹ BT-Drucks. 7/2365, S. 11.

⁷⁰ BT-Drucks. 7/5631, S.14.

Da eine gesetzliche Abgrenzung bisher nicht vorgenommen wurde, ist auf die von der Rspr. des BAG entwickelte Abgrenzungsmethode zurückzugreifen. Diese gliedert sich in ein dreistufiges Schema. Zunächst wird der zwischen den Beteiligten geschlossene Vertrag rechtlich gewürdigt, danach wird die praktische Vertragsabwicklung überprüft und zuletzt, zur Würdigung aller Umstände, eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen. In dieser werden alle Kriterien und die dazugehörigen Indizien bewertet und abschließend abgewogen.⁷¹

Zunächst ging die Rspr. dazu über, eine Vielzahl von Kriterien und Indizien zu entwickeln, denen bei der Gesamtbetrachtung unterschiedlicher Anteil am Abgrenzungsergebnis zugesprochen wurde. Berücksichtigung fanden u.a. folgende Kriterien bzw. Indizien:

- **Eingliederung**

Bei der Frage der Eingliederung kommt es darauf an, inwieweit ein Arbeitnehmer in die Organisation des Fremdbetriebes, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird, eingebunden ist. Grundsätzlich sind Arbeitnehmer, die als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers im Betrieb des Bestellers tätig werden, nicht zugleich in dessen Unternehmen eingegliedert. Bei der Arbeitnehmerüberlassung hingegen sind die Leiharbeiter vollständig in den Betrieb des Entleihers eingebunden und werden wie das Stammpersonal eingesetzt. Indizien, die für eine Eingliederung sprechen sind beispielsweise die Übernahme von Tätigkeiten, die zuvor vom Stammpersonal des Bestellers übernommen wurden oder die Stellung von Arbeitsmaterial und Kleidung durch den Einsatzbetrieb.⁷² Liegen diese Indizien vor, kann dies auf eine Eingliederung und somit für das Bestehen einer Arbeitnehmerüberlassung hindeuten.

- **Weisungsrecht**

⁷¹ BAG 30.01.1991, BAGE 67, 124, 126 - juris Rn. 56.

⁷² ErfKomm/Wank, § 1 AÜG Rn. 14; Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 125 m.w.N.

In diesem Zusammenhang gilt es zunächst zwischen werkvertraglichen und arbeitsrechtlichen Weisungen zu unterscheiden.⁷³

Setzt der Werkunternehmer zur Herstellung des Werkes eigene Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen ein, so unterliegen diese ausschließlich dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Werkunternehmers. Die mögliche Einflussnahme des Bestellers beschränkt sich auf ein werkbezogenes Anweisungsrecht i.S.d. § 645 Abs. 1 S.1 Alt. 2 BGB.⁷⁴ Dies gilt auch, wenn der Werkunternehmer oder seine Arbeitnehmer im Betrieb des Bestellers tätig werden. Demnach ist es dem Besteller nur gestattet projektbezogene Ausführungsanweisungen hinsichtlich des Tätigkeitsergebnisses, nicht aber in Bezug auf die Art und Weise der dazu notwendigen Arbeitsschritte zu erteilen.⁷⁵ „Das werkvertragliche Anweisungsrecht ist somit projektbezogen und ergebnisorientiert.“⁷⁶ Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht bezieht sich i.S.d. § 106 GewO auf Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung, das Arbeitsziel, den Ablauf und das Verhalten des einzelnen Arbeitnehmers.⁷⁷ Dabei handelt es sich um ein personenbezogenes, ablauf- und verfahrensorientiertes Weisungsrecht.⁷⁸ Obliegt dem Unternehmer des Einsatzbetriebes ein arbeitsbezogenes Weisungsrecht für die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer, ist von einer Arbeitnehmerüberlassung auszugehen. Obliegt ihm hingegen nur ein werkvertragliches Weisungsrecht, spricht dies für einen Werkvertrag.

- **Leistungsgegenstand**

Daneben wird auf das Kriterium des Leistungsgegenstandes abgestellt. Danach ist beim Werkvertrag, wie schon mehrfach erörtert wurde, ein individuelles, abgrenzbares Werk geschuldet. Ist dieses nicht von den

⁷³ BAG 30.01.1991, BAGE 67, 124 – juris Rn. 55; ErfKomm/Wank, § 1 AÜG Rn. 15.

⁷⁴ BAG 06.08.1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39 – juris Rn. 11.

⁷⁵ Becker/Kreikebaum, Zeitarbeit, S. 46.

⁷⁶ Steuer, Arbeitnehmerüberlassung, S. 51.

⁷⁷ BAG 09.11.1994, BAGE 78, 252 - juris Rn. 17.

⁷⁸ Steuer, a.a.O., S. 51.

Arbeitsergebnissen der Arbeitnehmer des Bestellerbetriebes abgrenzbar, soll es für eine bestehende Arbeitnehmerüberlassung sprechen.⁷⁹

- **Organisationsgewalt/Dispositionsfreiheit**

Zusätzlich wird die Organisationsgewalt und die Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller hinsichtlich der Organisation der Tätigkeit und den Abläufen zur Erreichung des geschuldeten Erfolges berücksichtigt.⁸⁰ Ein fehlender organisatorischer Entscheidungsspielraum ist ein weiteres Indiz für eine bestehende Arbeitnehmerüberlassung.

- **Unternehmerrisiko**

Des Weiteren wird auf die Risikoverteilung und die damit verbundene Haftung eingegangen. Beim Werkvertrag trägt der Unternehmer bis zur Abnahme die Vergütungsgefahr und haftet für die vertragsgemäße, mängelfreie Herstellung des Werkes. Bei der Arbeitnehmerüberlassung verpflichtet sich der Verleiher nur zur Überlassung von Arbeitskräften und haftet nur für die richtige Auswahl der Leiharbeitnehmer.⁸¹ Für das Erreichen des mit dem Einsatz der ausgewählten Arbeitnehmer angestrebten Ziels ist er nicht verantwortlich.⁸² Dementsprechend besteht die Vergütungspflicht unabhängig von der Zielerreichung.

Diese von der Rspr. entwickelten Abgrenzungskriterien spiegeln sich auch in den von der BA erlassenen Geschäftsanweisungen zum AÜG wieder. Im Einzelnen werden dort die folgenden Kriterien genannt:

- „Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses
- unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller

⁷⁹ *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 131.

⁸⁰ *Palandt/Weidenkaff*, Einführung von § 611 BGB Rn. 40.

⁸¹ BAG 08.11.1978, BAGE 31, 135 - juris Rn. 70; *ErfKomm/Wank*, Einleitung AÜG Rn.15, *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 116.

⁸² *Reufels/Dietrich*, Arbeitnehmerüberlassung Rn. 44.

- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern, wenn das Werk dort zu erstellen ist
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung durch den Werkunternehmer
- erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung⁸³

Mittlerweile geht die jüngere Rspr. dazu über, sich schwerpunktmäßig auf die Kriterien der Eingliederung in den Beschäftigungsbetrieb sowie des arbeitsbezogenen Weisungsrechts zu beschränken.⁸⁴

Das Vorgehen der Rspr. wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Einerseits findet die Abgrenzungsmethode Zuspruch und lediglich die Abgrenzungskriterien werden durch Einzelkriterien ergänzt⁸⁵. Andererseits werden eigene Abgrenzungskonzepte entwickelt⁸⁶. Diejenigen, die eigene Abgrenzungsmethoden anwenden bemängeln u.a., dass von den Vertragsparteien im Vorhinein nicht abgesehen werden könne, welche Indizien für die Bestimmung der Eingliederung bzw. des Weisungsrechts herangezogen werden und wie diese gewichtet werden. Daher bestehe weiterhin eine erhebliche Rechtsunsicherheit.⁸⁷

2.2.5 Scheinwerkvertrag

„Bei einem Scheinwerkvertrag wird die rechtliche Möglichkeit des Werkvertragsrechtes gewählt, um unter dem Deckmantel eines Werk-

⁸³ BA, Geschäftsanweisungen zum AÜG, § 1 Nr. 1.6.1 Abs. 3, S. 13 ff.

⁸⁴ BAG 24.05.2006, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114 - juris Rn. 41; LAG Düsseldorf 10.03.2008, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 120 - juris Rn. 70; LAG Mainz 11.11.2001; AE 2001, 126 - juris Rn. 126.

⁸⁵ Vgl. *Marschall*, NZA 1984, 150, 150 ff.; *Schaub/Koch*, Arbeitsrechts-Handbuch § 120 Rn. 8 ff.; *Tenbrock*, Leiharbeit, S. 922 ff.

⁸⁶ Vgl. *ErfKomm/Wank*, § 1 AÜG Rn. 19 ff.; *Hamann*, Erkennungsmerkmale illegale AÜG, S. 129 ff.; *Schüren*, FS Däubler, S. 90 ff.; *ders.* Fremdfirmenpersonal, Rn. 229 ff.

⁸⁷ *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 129 ff.

vertrages in Wahrheit Arbeitnehmerüberlassung vorzunehmen, bei der vom Verleiher kein Erfolg, sondern das Zurverfügungstellen eines Arbeitnehmers für eine bestimmte Zeit geschuldet wird.“⁸⁸ Ziel der Vertragsparteien ist es, die Bestimmungen des AÜG zu umgehen.

Unter Zugrundelegung der eingangs genannten Definition ist für das Vorliegen eines Scheinwerkvertrages somit ausschlaggebend, ob in tatsächlicher Hinsicht ein Werkvertrag vorliegt oder ob es sich bei dem als Werkvertrag bezeichnetem Rechtsgeschäft um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag handelt. Vereinfacht zusammengefasst ist ausgehend von der Abgrenzungsmethode des BAG von einem Scheinwerkvertrag auszugehen, wenn der Vertrag als Werkvertrag bezeichnet wird, die Arbeitnehmer des Werkunternehmers allerdings dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Bestellers unterliegen und in dessen Arbeitsorganisation eingebunden sind. Zu den Einzelheiten kann an dieser Stelle auf die Ausführungen zur Abgrenzung vom Werkvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung (vgl. 2.2.3) verwiesen werden.

2.2.5.1 Scheingeschäft

Der Begriff des Scheinwerkvertrages legt nahe, dass es sich zugleich um ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB handelt. Ein solches Scheingeschäft setzt voraus, dass der „[...] Erklärende eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit Einverständnis des Erklärungsempfängers nur zum Schein abgibt (§ 117 I).“⁸⁹ Dabei sollen die Rechtsfolgen des nur zum äußeren Anschein abgeschlossenen Vertrages, also hier des Werkvertrages, nicht eintreten.⁹⁰ Bei einem Scheinwerkvertrag beschränkt sich das Einverständnis der Parteien allerdings i.d.R. nicht nur auf die Nicht-Geltung des Werkvertrages, sondern zugleich auf die verdeckte Geltung der Arbeitnehmerüberlassung. Dieser Fall, bei dem sich hinter dem nur vorgetäuschten Geschäft des Werkvertrages das verdeckte Geschäft der Arbeitnehmerüberlassung verbirgt, wird in

⁸⁸ BT-Drucks. 8/4479, S. 13.

⁸⁹ Brox/Walker, BGB AT, § 17 Rn. 402.

⁹⁰ Palandt/Ellenberger, § 117 BGB, Rn. 3.

§ 117 Abs. 2 BGB geregelt. Demnach ist allein das von den Parteien beabsichtigte verdeckte Geschäft, die Arbeitnehmerüberlassung, zustande gekommen, dessen Wirksamkeit sich nach den Vorschriften des AÜG richtet.⁹¹

Inwieweit sich im Einzelfall hinter dem vorgetäuschten Geschäft des Werkvertrages ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag verbirgt, hängt von der jeweiligen Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung ab. Hierbei lässt sich der Scheinwerkvertrag in zwei Fallgruppen unterscheiden.

Ausgehend von der ersten Fallgruppe, bei der der Vertrag lediglich falsch bezeichnet wird, sich aus dem übrigen Vertragsinhalt allerdings ergibt, dass es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, ist ein Scheingeschäft abzulehnen.⁹² „Die Einordnung der Rechtsgeschäfte unter die gesetzlichen Vertragstypen ist eine Sache rechtlicher Wertung aufgrund der Rechtsordnung und deshalb die unrichtige Einordnung durch die Geschäftspartner ohne Belang.“⁹³ Das fälschlicherweise als Werkvertrag bezeichnete Rechtsgeschäft der Arbeitnehmerüberlassung fällt daher, selbst bei bewusster Falschbezeichnung, nicht unter den Tatbestand des Scheingeschäftes.⁹⁴ Als Folge bleibt der Werkvertrag ohne Wirkung und allein der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gilt als zustande gekommen.⁹⁵

Die zweite Fallgruppe umfasst Vertragsgestaltungen, bei denen neben der Bezeichnung auch der Vertragsinhalt einem Werkvertrag entspricht, in Abweichung dazu die tatsächliche Durchführung jedoch in Form einer Arbeitnehmerüberlassung erfolgt. Dabei ist von einem Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB auszugehen. Die Parteien schließen einverständlich einen Werkvertrag ab, lassen die damit verbundenen Rechtsfolgen allerdings nicht eintreten. Vielmehr werden tatsächlich Arbeitnehmer überlassen. Durch den zum Schein abgeschlossenen

⁹¹ BeckOK BGB/Wendtland § 117 BGB Rn. 21; Behrend, Scheinwerkverträge, S. 87.

⁹² Behrend, a.a.O., S. 85.

⁹³ Flume, AT Bürgerliches Recht, § 20 2 a), S. 406.

⁹⁴ Flume, a.a.O.

⁹⁵ Behrend, a.a.O., S. 85.

Werkvertrag wird das tatsächliche Rechtsgeschäft der Arbeitnehmerüberlassung verdeckt. Als Konsequenz ist das bloße Scheingeschäft gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtig und auf die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung finden gem. § 117 Abs. 2 BGB die Vorschriften des AÜG Anwendung.⁹⁶

Unabhängig von der vorliegenden Fallgruppe und der Einordnung des Scheinwerkvertrages als Scheingeschäft oder nicht, ergeben sich dieselben Rechtsfolgen. Der von den Vertragsparteien nicht gewollte Werkvertrag ist nicht zustande gekommen bzw. nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Zustande gekommen ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, dessen Wirksamkeit sich nach den Vorschriften des AÜG richtet.⁹⁷

2.2.5.2 Rechtsfolgen

Wie zuvor festgestellt, richtet sich die Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages nach den Vorschriften des AÜG. Je nachdem, ob der Werkunternehmer bzw. Verleiher zugleich im Besitz einer gültigen Verleiherlaubnis ist, ergeben sich unterschiedliche Ergebnisse.

- **Scheinwerkvertrag ohne Überlassungserlaubnis**

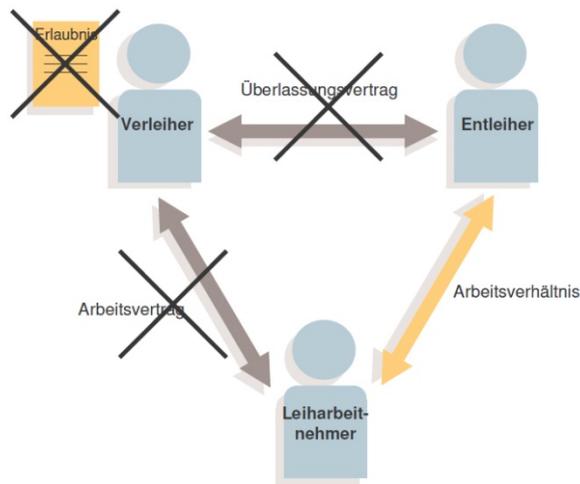
Verfügt der Werkunternehmer (Verleiher) nicht über die Verleiherlaubnis nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG, handelt es sich um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung. Dies hat zur Folge, dass der als Werkvertrag bezeichnete Überlassungsvertrag sowie der zwischen Werkunternehmer (Verleiher) und Arbeitnehmer geschlossene Arbeitsvertrag gem. § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. In diesem Fall wird gem. § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Besteller (Entleiher) fingiert.

Abb. 3: Folgen bei illegalem Ver- und Entleih⁹⁸

⁹⁶ *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 195, *Schüren*, WiVerw 2001/3, 173, 177.

⁹⁷ *Behrend*, Scheinwerkverträge, S. 87.

⁹⁸ *BMF*, Folgen bei illegalem Ver- und Entleih, Online im Internet.



Das fingierte Arbeitsverhältnis beginnt in dem zwischen Verleiher und Entleiher vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme bzw. bei fehlender Regelung mit dem tatsächlichen Arbeitsbeginn im Betrieb des Entleihers.⁹⁹ Das fingierte Arbeitsverhältnis gilt, soweit nicht eine wirksame Befristung nach § 10 Abs. 1 S. 2 AÜG vorliegt, als unbefristet zustande gekommen. Die weitreichendste Auswirkung hat jedoch der in §§ 3 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG normierte Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach sich u.a. die Höhe des Arbeitsentgelts nach dem für einen vergleichbaren Stammarbeiter zu zahlenden Entgelt bemisst.

Hat der illegal tätige Verleiher dem Arbeitnehmer die Arbeitsvergütung bereits gezahlt, ist dessen Vergütungsanspruch gem. § 422 Abs. 1 BGB bereits befriedigt und er kann keine Zahlung vom Entleiher verlangen.¹⁰⁰ Dies folgt aus der Überlegung, dass der bestehende Arbeitsvertrag zum Verleiher zwar unwirksam ist, allerdings nicht rückabgewickelt wird.¹⁰¹ Insofern soll der Schutz des Leiharbeitnehmers nicht gemindert werden. Für die Zeit der Entleiherung wird das unwirksame aber bereits vollzogene Arbeitsverhältnis als fehlerhaftes (faktisches) Arbeitsverhältnis¹⁰² interpretiert.¹⁰³ Insoweit kann der Arbeit-

⁹⁹ ErfKomm/Wank, § 10 AÜG, Rn. 3.

¹⁰⁰ Schüren, Fremdfirmenpersonal Rn. 199; ders., WiVerw 2001/3, 173, 179.

¹⁰¹ Keller, NZA 1999, S. 1311, 1312.

¹⁰² Ein faktisches Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitsvertrag zwar unwirksam ist, ein Austausch von Leistungen allerdings schon stattgefunden hat,

nehmer nur die Zahlung des Differenzbetrages zwischen der vom Verleiher erhaltenen Vergütung und der üblichen Vergütung eines Stammarbeiters im Entleihbetrieb geltend machen. Wurde ein Arbeitnehmer aufgrund eines Scheinwerkvertrages verliehen und hat vom Verleiher z.B. einen Stundenlohn von 9 € bekommen, obwohl ein vergleichbarer Stammarbeiter des Entleihers 14 € pro Stunde verdient, ist der Entleiher bzw. Arbeitgeber verpflichtet, die Differenz von 5 € pro Stunde nachzuzahlen.

Weitere Konsequenzen ergeben sich im Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt, obwohl der Vertrag unwirksam ist, ist er nach § 10 Abs. 3 AÜG auch verpflichtet, die sonstigen Teile des Arbeitsentgelts, also u.a. die Sozialversicherungsbeiträge und die Lohnsteuer, zu zahlen. Kommt der Verleiher dieser Verpflichtung allerdings nicht nach, haftet der Entleiher als Gesamtschuldner für den Beitrag zur Sozialversicherung (SV) gem. § 28e Abs. 2 S.3 SGB IV sowie für die Lohnsteuer gem. § 42d Abs. 6 EStG.

Daneben hat der Entleiher als Arbeitgeber, sobald er die Vergütung aufgrund des fingierten Arbeitsverhältnisses aufnimmt bzw. der Arbeitnehmer den o.a. Differenzbetrag geltend macht, die SV-Beiträge bzw. die Lohnsteuer abzuführen.¹⁰⁴

In Bezug auf das unwirksame Überlassungsverhältnis (Werkvertrag) sind nach h.M. die Leistungen nach dem Bereicherungsrecht gem. § 812 ff. BGB zurückzugewähren, da ein Rechtsgrund für die ausgetauschten Leistungen fehlt.¹⁰⁵

Außerdem stellt eine illegale Arbeitnehmerüberlassung, soweit sie vorsätzlich oder fahrlässig ausgeübt wurde, eine Ordnungswidrigkeit

wenn also der Arbeitnehmer bereits eine Arbeitsleistung erbracht hat, vgl. Keller, a.a.O., S. 1311.

¹⁰³ ErfKomm/Wank, § 9 AÜG Rn. 5; Schüren/Schüren, § 9 AÜG Rn. 28.

¹⁰⁴ Schüren, WiVerw 2001/3, 173, 180.

¹⁰⁵ BGH 25.06.2002, NZA 2002, 1086 - juris Rn. 25; 17.02.2000, NJW 2000, 1557 - juris Rn. 7; 17.01.1984, DB 1984, 1194 - juris Rn. 13; 08.11.1979, BGHZ 75, 299 - juris Rn. 17; ErfKomm/Wank § 9 AÜG Rn. 5; Hamann/Schüren § 1 AÜG, Rn. 102.

dar. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1, 1a AÜG kann der Verleih bzw. Entleih von Arbeitnehmern ohne Verleiherlaubnis jeweils mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 € geahndet werden. Wenn der durch die illegale Überlassung erzielte wirtschaftliche Gewinn diesen Bußgeldrahmen übersteigt, kann dieser ebenfalls abgeschöpft werden.¹⁰⁶ Bei dem unerlaubten Ent- bzw. Verleih von Ausländern kann es sich sogar um eine Straftat handeln, § 15 AÜG.

- **Scheinwerkvertrag bei bestehender Überlassungserlaubnis**

Im Umkehrschluss aus den obigen Ausführungen folgt, dass, wenn der Werkunternehmer im Besitz einer Verleiherlaubnis ist, es sich nicht um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung handelt und infolgedessen kein Arbeitsverhältnis zum Besteller fingiert wird.

„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.“¹⁰⁷ Im Unterschied zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung schuldet allerdings nicht der Entleiher (Besteller), sondern der Verleiher (Werkunternehmer) die Zahlung der Differenz zwischen bereits entrichteter Vergütung und dem Lohn eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleihbetrieb.

Aufgrund der Nichteinhaltung des Equal Pay - Prinzips stellt das Handeln des Verleihers ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit dar. Die Nicht-Gewährung der gleichen Entlohnung kann gem. §§ 16 Abs. 1 Nr. 7a, Abs. 2 AÜG bzw. bei gleichzeitigem Unterschreiten der Lohnuntergrenze gem. § 16 Abs. 1 Nr. 7b, 2 AÜG jeweils mit einem Bußgeld von 50.000 € geahndet werden.

2.2.6 Scheinselbständigkeit

Von einer Scheinselbständigkeit ist auszugehen, „[...] wenn die der Tätigkeit zugrunde liegende vertragliche Vereinbarung eine selbständige Tätigkeit [...] zum Inhalt hat, tatsächlich aber nicht selbständige

¹⁰⁶ *BMF*, Folgen bei illegalem Ver- und Entleih, Online im Internet.

¹⁰⁷ *Däubler*, Regulierungsmöglichkeiten Werkverträge, S. 10.

Tätigkeiten ausgeübt werden.“¹⁰⁸ Beispielsweise wird ein Werkvertrag abgeschlossen, der „Werkunternehmer“ erbringt die Werkleistung jedoch nicht - wie für einen Werkvertrag zwingend notwendig - selbstständig, sondern steht in einer persönlichen Abhängigkeit zum „Besteller“ und ist somit dessen Arbeitnehmer.¹⁰⁹ Durch diese vertragliche Ausgestaltung wird versucht, die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften für Arbeitnehmer, z.B. den Kündigungsschutz oder die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, sowie die sozialrechtlichen Schutzvorschriften in Form der regelmäßig bei Arbeitnehmern bestehenden SV-Pflicht zu umgehen.¹¹⁰

Damit wird deutlich, dass es sich bei den Scheinselbständigen meistens um Solo-Selbständige handelt, die i.d.R. keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen.

Eine gesetzliche Regelung zur Scheinselbständigkeit existiert derzeit nicht. Lediglich für die SV gab es vorübergehend eine gesetzliche Regelung, die eine Definition der Scheinselbständigkeit vorsah. Diese wurde durch das Gesetz zu Korrekturen in der SV und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 in § 7 Abs. 4 SGB IV eingeführt. § 7 Abs. 4 SGB IV sah eine Vermutungsregelung für das Vorliegen einer Beschäftigung und somit einer Scheinselbständigkeit vor, wenn drei der folgenden fünf Kriterien erfüllt waren.

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 325 Euro übersteigt;
2. sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;
3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt eine entsprechende Tätigkeit regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;

¹⁰⁸ Greiner, Freie Mitarbeiter, S. 710.

¹⁰⁹ Palandt/Weidenkaff, Einführung von § 611 BGB, Rn. 11.

¹¹⁰ Buch, Ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse, S. 23.

4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;

5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Als Konsequenz der Scheinselbständigkeit wurde eine SV-pflichtige Tätigkeit vermutet, die durch Vorbringen der Beteiligten widerlegt werden konnte.¹¹¹ Durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistung am Arbeitsmarkt wurde diese Vermutungsregelung mit Wirkung vom 01.01.2003 jedoch aufgehoben.

Praktische Auswirkungen auf die Abgrenzung zum Werkvertrag hatte der Wegfall der Vermutungsregelung allerdings nicht. Schließlich hatte die Regelung des § 7 Abs. 2 SGB IV a.F. keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die Bestimmung, ob die Vertragsparteien nur ein fälschlicherweise als Werkvertrag bezeichnetes Arbeitsverhältnis oder tatsächlich ein Werkvertrag abgeschlossen haben.¹¹² Zurückzuführen ist dies auf die in beiden Rechtsgebieten unterschiedlich verwendeten Begriffe. Während im Arbeitsrecht von einer Scheinselbständigkeit ausgegangen wird, wenn in tatsächlicher Hinsicht ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist im Sozialrecht der Begriff der Beschäftigung maßgebend. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist die Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV.

Hierbei wird deutlich, dass es beim Sozialrecht genauso wie beim Arbeitsrecht maßgeblich auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit, der in beiden Rechtsgebieten durch eine Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers geprägt ist, ankommt. Dadurch wird die enge Verbindung zwischen sozialversicherungsrechtlichem Beschäftigungsverhältnis und dem Ar-

¹¹¹ *Kunz/Kunz*, Arbeitsrecht in der Praxis, Rn. 84.

¹¹² *Bauer/Driller/Lorenzen*, NZA 1999, 169, 175 ff.; *Palandt/Sprau*, Einführung von § 631 BGB, Rn. 1.

beitsverhältnis deutlich.¹¹³ Allerdings ist der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses weitgehender als der des Arbeitsverhältnisses. „Auch Personen, bei denen im arbeitsrechtlichen Sinn kein Arbeitsverhältnis vorliegt (z.B. bei GmbH-Geschäftsführern), sind Beschäftigte i.S. der SV.“¹¹⁴

Insofern ist für die Abgrenzung der Scheinselbständigkeit vom Werkvertrag, dessen Abschluss nur mit selbständig Tätigen möglich ist, die sozialrechtliche Beurteilung des Sachverhaltes nur von indizieller Bedeutung. Abschließend kann für die Abgrenzung zwischen einer selbständigen Tätigkeit und der Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis somit auf die Ausführungen zur Abgrenzung zum Arbeitsvertrag verwiesen werden, vgl. 2.2.3.

2.2.6.1 Umgehungsgeschäft

Im Gegensatz zum Scheinwerkvertrag, stellt die Scheinselbständigkeit kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB dar, da beide Vertragspartner gerade die mit dem Abschluss des Werkvertrages verbundenen Rechtsfolgen eintreten lassen wollen.¹¹⁵ Vor diesem Hintergrund kommt ein Umgehungsgeschäft in Betracht. Hiermit bezwecken die Beteiligten, unter Ausnutzung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit, eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Regelung zu umgehen.¹¹⁶ In Bezug auf eine Scheinselbständigkeit soll die Anwendung zwingender arbeits-, sozial-, und steuerrechtlicher Vorschriften umgangen werden.¹¹⁷ Da für die rechtliche Einordnung jedoch der Geschäftsinhalt, der sich aus den getroffenen Vereinbarungen sowie der tatsächlichen Durchführung ergibt (vgl. 2.2), entscheidend ist, wäre trotz anderweitiger Vereinbarung ein wirksames Arbeitsverhältnis zu-

¹¹³BSG 15.12.1971, BSGE 33, 254 - juris Rn. 17.

¹¹⁴*DR-Bund*, SGB IV, S. 70.

¹¹⁵*Henrici*, Scheinselbständigkeit, S. 245; *Keller*, NZA 1999, 1311,1312; *Lampe*, RdA 2002, 18, 26 ff.

¹¹⁶*Flume*, AT Bürgerliches Recht, § 20 2 cc), S. 408.

¹¹⁷*Henrici*, Scheinselbständigkeit, S. 71; *Palandt/Weidenkaff*, Einführung v. § 611 Rn. 11a.

stande gekommen.¹¹⁸ Nur in den Fällen, in denen die getroffenen Vereinbarungen zugleich gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB verstoßen bzw. gem. § 138 BGB sittenwidrig sind, ist der Vertrag nichtig. Ob dies der Fall ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden, da dies auf die im Einzelfall getroffenen Regelungen ankommt. Ist der abgeschlossene Vertrag nichtig und wurde das Vertragsverhältnis trotzdem vollzogen, ist die Rechtsfigur des fehlerhaften (faktischen) Arbeitsverhältnisses anzuwenden.¹¹⁹ Eine Rückabwicklung des Vertrages kommt i.d.R. nicht in Betracht.

2.2.6.2 Rechtsfolgen

Konsequenzen ergeben sich u.a. aus arbeitsrechtlicher Sicht. Ist der Selbständige in tatsächlicher Hinsicht als Arbeitnehmer einzuordnen, richten sich seine Rechte und Pflichten nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Für das auf diese Weise zustande gekommene Arbeitsverhältnis gelten beispielsweise die Regelungen des Kündigungsschutzes. Daneben hat der Arbeitnehmer i.d.R. Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub sowie der Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall.

Im Sozialrecht kann die Feststellung der Scheinselbständigkeit teilweise erhebliche Nachzahlungspflichten für den Arbeitgeber nach sich ziehen. Wird ein Arbeitnehmer fälschlicherweise als Selbständiger behandelt, führt dies dazu, dass der Arbeitgeber keine SV-Beiträge, weder die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung, noch die vom Arbeitgeber allein zu tragenden Beiträge zur Unfallversicherung abführt.¹²⁰

Beim Nachweis eines Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses¹²¹ schuldet der Arbeitgeber gem. § 28 e Ab. 1 S. 1 SGB IV dem Ge-

¹¹⁸ *Palandt/Weidenkaff*, Einführung v. § 611 Rn. 11b.

¹¹⁹ *Keller*, NZA 1999, 1311, 1312; a.A. *Hohmeister*, NZA 2000, 408, 409.

¹²⁰ *Kunz/Kunz*, Arbeitsrecht in der Praxis, Rn. 223.

¹²¹ Die SV-Pflicht stellt zwar auf den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ab, jedoch ist jedes Arbeitsverhältnis grundsätzlich auch ein Beschäftigungsverhältnis, vgl. hierzu *Kunz/Kunz*, a.a.O. Rn. 298.

samtversicherungsbetrag, also den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil, bis zu einer Verjährungsfrist von vier Jahren bzw. bei vorsätzlicher Enthaltung gem. § 25 Abs. 1 SGB IV bis zu 30 Jahren. Für den Eintritt der 30 jährige Verjährungsfrist reicht auch ein bedingter Vorsatz aus, wovon beispielsweise auszugehen ist, wenn der Zahlungspflichtige seine Beitragspflicht nur für möglich gehalten hat, die Nichtabführung der Beträge aber billigend in Kauf genommen hat.¹²² Dies deckt sich regelmäßig mit dem Grundgedanken der Scheinselbständigkeit, bei der vom Besteller gerade beabsichtigt wird, die Zahlung dieser Beiträge zu umgehen. Der Arbeitgeber ist nur bei Nichtverschulden berechtigt, den nicht abgeführten Arbeitnehmeranteil gem. § 28g S. 3 SGB IV für drei Monate vom Arbeitnehmer nachzuholen.

Weitere Konsequenzen der falschen Einordnung des Rechtsverhältnisses ergeben sich im Steuerrecht. So führt die Annahme einer selbständigen Tätigkeit u.a. dazu, dass Lohnsteuerbeiträge nicht abgeführt werden. Wird nachträglich ein Arbeitsverhältnis festgestellt ist der Arbeitnehmer gem. § 38 Abs. 2 S. 1 EStG zur Nachzahlung der Lohnsteuer verpflichtet. Allerdings haftet der Arbeitgeber als Gesamtschuldner gem. § 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG für die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, sodass Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Gesamtschuldner auftreten, § 42 d Abs. 3 S. 1 EStG.

2.3 Anwendungsfelder

„Der Werkvertrag als Vertragstyp hat [...] eine größere Vielfalt von Lebenssachverhalten zu regeln als sonst ein Vertrag im BGB.“¹²³ Daher werden Werkverträge in den unterschiedlichsten Formen mit jeweils verschiedenen Zielsetzungen eingesetzt. Dem breiten Anwendungsfeld ist geschuldet, dass eine Erfassung aller Formen nicht möglich ist. Im Folgenden wird nur zwischen Werkverträgen des Alltags und Werkverträgen im Rahmen des Fremdfirmeneinsatzes differenziert.

¹²²BSG 21.06.1990, DB 1992, 2090 - juris Rn. 14.

¹²³MünchKomm/Busche, § 631 BGB, Rn. 2.

2.3.1 Werkverträge des Alltags

Unter diese Form fällt u.a. die Vergabe handwerklicher Tätigkeiten, z.B. der Bau eines Wintergartens, oder Reparaturarbeiten, z.B. die Autoreparatur. Auch unkörperliche Arbeitsergebnisse, wie die Beauftragung einer Firma mit der Entwicklung einer speziell auf die Bedürfnisse des Bestellers angepassten Software, werden von dieser Form erfasst. Zumeist endet der Werkvertrag mit der Vertragserfüllung, also mit der Fertigstellung des Wintergartens oder des reparierten Autos. Die zeitlich begrenzte und nur gelegentliche Inanspruchnahme ist somit kennzeichnend für diese Werkvertragsform. Intention des Bestellers ist stets der Ausgleich von fehlenden Kenntnissen und Fähigkeiten. Als wesentlicher Bestandteil unseres täglichen Lebens wird er gleichermaßen von Unternehmen und Privatpersonen genutzt.

2.3.2 Werkverträge im Rahmen des Fremdfirmeneinsatzes

Wie bereits in der Einleitung deutlich wurde, gehen Unternehmen (Auftraggeber) vermehrt dazu über, betriebliche Aufgaben nicht mehr selbst zu erbringen, sondern an Fremdfirmen (Auftragnehmer) zu vergeben. Dabei kann der Auftragnehmer sowohl in der eigenen Organisation als auch im Betrieb des Auftraggebers tätig werden. Die Fallkonstellation, in der der Auftragnehmer im Unternehmen des Auftraggebers tätig wird, bezeichnet man als Fremdfirmeneinsatz.

2.3.2.1 Begriff

Der Begriff des Fremdfirmeneinsatzes ist als Oberbegriff verschiedener Erscheinungsformen des Personaleinsatzes zu verstehen.¹²⁴ Kennzeichnend ist hierbei die Konstellation, dass ein Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis zu seinem Arbeitgeber steht, seine Arbeitsleistung aber im Organisationsbereich des fremden Arbeitgebers erbringt.¹²⁵ Daher wird dieser Arbeitnehmer als Fremdfirmenarbeitnehmer bezeichnet.

¹²⁴ *Hamann*, Erkennungsmerkmale illegale ANÜ, S. 34.

¹²⁵ *Walle*, Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, S. 26.

Rechtlich stehen für einen Fremdfirmeneinsatz mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. Neben dem Abschluss eines Werkvertrages kommt eine Arbeitnehmerüberlassung in Betracht. Ausnahme hiervon bildet das Baugewerbe, in dem eine Arbeitnehmerüberlassung nach § 1b AÜG grundsätzlich nicht zulässig ist.

2.3.2.2 Ausmaß des Einsatzes von Werkverträgen

Über die Verbreitung von Werkverträgen liegen keine validen statistischen Daten vor.¹²⁶ Anhaltspunkte über die Beschäftigung von Fremdfirmenarbeitnehmern in Unternehmen auf der Grundlage von Werkverträgen bieten somit nur die Betriebsräteumfragen der Gewerkschaften.

Die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) hat zur Verbreitung von Leiharbeit und Werkverträgen in der Ernährungsindustrie zu Beginn des Jahres 2012 371 Betriebsräte, welche 90.000 Arbeitnehmer repräsentieren, befragt. Im Ergebnis hat die NGG festgestellt, dass ca. 13% aller Beschäftigten in der Ernährungsindustrie keine Stammarbeiter sind. Dieser Anteil an Fremdpersonal teilt sich in Leiharbeiter (5,3%) und Werkvertragsarbeiter (7,8%) auf.¹²⁷ Nach Angaben der NGG stelle dies gegenüber 2010 einen Anstieg der Werkvertragsarbeiter um 10 Prozentpunkte bei gleichzeitigem Rückgang der Leiharbeit um 10 Prozentpunkte dar. Die Stundenlöhne liegen bei den Leiharbeitern 5 € und bei den Werkvertragsarbeitern 6 € unter dem Stundenlohn der Stammarbeiter.¹²⁸

In einer im September 2012 vom Institut für Arbeit und Wirtschaft der Universität Bremen veröffentlichte Betriebsrätebefragung im Bereich des Schiffbaus, konnte für 16 Werften, die rund 76% aller Werftbeschäftigten in Deutschland darstellen, nachgewiesen werden, dass

¹²⁶BT-Drucks. 17/6714, S. 5.

¹²⁷NGG, Umfrage, S.1.

¹²⁸NGG, a.a.O.

27,8% der dort tätigen Belegschaft Werkvertragsarbeitsnehmer sind.¹²⁹

Zuletzt sei erwähnt, dass bei einer Betriebsrätebefragung der IG Metall von Anfang 2011 40% der rund 5000 Befragten angaben, Werk- und Dienstverträge als Flexibilisierungsinstrument einzusetzen.¹³⁰

Anhand dieser Umfragen lassen sich zwar noch keine Aussagen über die generelle Verbreitung von Werkverträgen treffen, allerdings kann hieran schon abgeleitet werden, dass Werkverträge in der Wirtschaft zunehmend als Mittel zum Fremdfirmeneinsatz genutzt werden. Anhand der Ergebnisse der NGG lässt sich schlussfolgern, dass die Werkvertragsarbeitnehmer zunehmend Leiharbeiter ersetzen.

2.3.2.3 Gründe für die zunehmende Nutzung von Werkverträgen

Die Wahl der rechtlichen Vertragsbeziehung obliegt dem Unternehmer. Ihm ist es grundsätzlich freigestellt, ob er einen Werkvertrag- oder einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abschließt.

Maßgeblicher Faktor, der die Entscheidung des Unternehmers beeinflusst, ist die Kostenersparnis. Je geringer der Lohn der Fremdfirmenarbeiter ist, desto größer ist das Einsparpotential gegenüber der Beschäftigung von eigenen Mitarbeitern. Zwar zahlt der Auftraggeber keinen Lohn an die Fremdfirmenarbeiter, sondern eine Vergütung an den Auftragnehmer für die Überlassung bzw. für die Werksherstellung. Gleichwohl wirkt sich der vom Auftragnehmer an seine Arbeitnehmer zu zahlende Stundenlohn unmittelbar auf die zu entrichtende Vergütung aus. Denn umso niedriger der Stundenlohn der Fremdarbeitnehmer ist, desto günstiger kann der Auftragnehmer seine Leistungen anbieten.

In der Leiharbeit haben mehrere Gesetzesänderungen zu einer zunehmenden Regulierung und damit einhergehenden Steigerung des Lohn-

¹²⁹ *Kühn*, Beschäftigung, Auftragslage und Perspektiven im deutschen Schiffsbau, S. 57.

¹³⁰ *IG-Metall*, Trotz Aufschwung setzten Arbeitgeber voll auf Leiharbeit und prekäre Beschäftigung, Online im Internet.

niveaus geführt. So gilt seit Inkrafttreten des Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 grundsätzlich das Equal-Pay- und Equal-Treatment-Prinzip. Demnach sind dem Leiharbeiter während der Zeit der Überlassung an einen Entleiher die in dessen Betrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG. Von diesem Gleichbehandlungsgebot kann gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG nur durch einen Tarifvertrag abgewichen werden. Von dieser Regelung haben Gewerkschaften und Leiharbeitsunternehmen umfassend Gebrauch gemacht.¹³¹ Kritisiert wird, dass die Möglichkeit, durch einen Tarifvertrag von einer Gleichbehandlung abzusehen, nur dazu dient, die gesetzliche Gleichbehandlung zu Lasten des Arbeitnehmers zu unterschreiten.¹³² Deutlich wird dies am Beispiel einer als Montagearbeiterin eingesetzten Leiharbeiterin aus Brandenburg, die nach dem Tarifvertrag der Christlichen Gewerkschaft für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP)¹³³ mit einem Stundenlohn von 6,15 € weniger als die Hälfte eines vergleichbaren Stammarbeiters (12,84 €) erhielt.¹³⁴

Um Niedriglöhne in der Leitarbeit einzudämmen, wurde mit dem ersten Gesetz zur Änderung des AÜG vom 28.04.2011 u.a. eine Lohnuntergrenze eingeführt. Demnach kann mit einem Tarifvertrag nur noch von dem Gleichbehandlungsgebot abgewichen werden, soweit dieser nicht die durch eine Rechtsverordnung festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet. Die erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung sieht derzeit ein Mindeststundenentgelt von 8,19 €(West) bzw. 7,50 €(Ost) vor.

Im Werkvertragsrecht ist eine solche gesetzliche Lohnuntergrenze nicht vorhanden, was grundsätzlich Stundenlöhne unterhalb der o.a.

¹³¹ *Moll/Reiserer/Christ*, MAH Arbeitsrecht, § 65 Rn. 4.

¹³² *Weckesser*, Gleichbehandlungsgrundsatz in der ANÜ, S. 77.

¹³³ Der CGZP wurde mittlerweile die Tariffähigkeit abgesprochen, vgl. hierzu BAG 14.12.2010, BAGE 136, 302 - juris Rn. 63.

¹³⁴ *Spiegel Online*, Urteil zu Tarifverträgen - Leiharbeiter erhalten rückwirkend mehr Lohn, Online im Internet.

Lohnuntergrenze ermöglicht. Anders ausgedrückt obliegt die Festlegung des Stundenlohns, solange sie nicht gesetzes- bzw. sittenwidrig ist, den Vertragsparteien. Untere Grenze stellt somit die Sittenwidrigkeit bzw. der Lohnwucher nach § 138 BGB dar.

Der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB setzt objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und der dafür entrichteten Vergütung voraus. Um ein Missverhältnis zu bestimmen muss der objektive Wert der Leistung festgelegt werden. Anhaltspunkte sind die Tarifentgelte des jeweiligen Wirtschaftszweigs oder, soweit dieverkehrsübliche Vergütung geringer ist, das allgemeine Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet.¹³⁵ Im nächsten Schritt wird die vertraglich vereinbarte Vergütung der „üblichen Vergütung“ gegenübergestellt. Liegt die vereinbarte Arbeitsvergütung unterhalb von 2/3 der üblichen Vergütung, ist von einem auffälligen Missverhältnis auszugehen.¹³⁶ Daneben muss der Arbeitgeber (Wucherer) subjektiv die Schwächesituation (Zwangslage, Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen, erhebliche Willensschwäche) des Arbeitnehmers ausgebeutet haben.¹³⁷

Liegt zwar ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Vergütung vor, lässt sich die Ausbeutung einer Schwächesituation allerdings nicht nachweisen, kommt ein wucherähnliches Geschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB in Betracht. Hierbei müssen neben dem Missverhältnis weitere sittenwidrige Umstände, z.B. eine verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers hinzutreten.¹³⁸ Davon ist auszugehen, wenn der Arbeitgeber als wirtschaftlich oder intellektuell Überlegener die schwächere Lage des Arbeitnehmers bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt bzw. davon ausgehen kann, dass der Arbeitnehmer sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf den ungünstigeren Vertrag einlässt.¹³⁹

¹³⁵BAG, NZA 2013, 266, 267; NZA 2009, 837, 838.

¹³⁶St. Rspr. BAG, NZA 2013, 266, 267; NZA 2012, 978, 979; NZA 2009, 837, 838.

¹³⁷*Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 69.

¹³⁸BAG, NZA 2009, 837, 837 m.w.N.

¹³⁹BAG, NZA 2009, 837, 839 m.w.N.

Liegt der Tatbestand des Lohnwuchers bzw. des wucherähnlichen Geschäfts vor, führt dies zur Nichtigkeit der Vergütungsabrede.¹⁴⁰ Anstelle des unverhältnismäßig geringen Arbeitsentgelts hat der Arbeitnehmer gem. § 612 Abs. 2 BGB Anspruch auf die übliche Vergütung.¹⁴¹

2.4 Zusammenfassung

Der Werkvertrag kommt im täglichen Wirtschaftsleben in den unterschiedlichsten Formen vor. Bei der Diskussion um die Nutzung des Werkvertrages als Instrument zum Lohndumping steht die Vertragsform des Werkvertrages an sich nicht im Mittelpunkt. So spielen die Werkverträge des Alltags keine Rolle.¹⁴²

Maßgeblich geht es um Werkverträge im Rahmen des Fremdfirmeneinsatzes. Hierbei kann anhand der Betriebsrätebefragungen von einer vermehrten Nutzung ausgegangen werden, was den Schluss zulässt, dass dies im unmittelbaren Zusammenhang mit der Einführung der Lohnuntergrenze in der Leiharbeit steht. Rechtlich ist dieses jedoch nicht zu beanstanden. Schließlich steht es dem Unternehmer frei zu entscheiden, ob er den Fremdfirmeneinsatz auf Grundlage eines Werkvertrages oder durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern gestaltet.

Kritisch wird es, wenn der Unternehmer zwar einen Werkvertrag abschließt, der Vertrag aber tatsächlich wie eine Arbeitnehmerüberlassung „gelebt“ wird. Beispielsweise ist der Besteller, wenn er ein Werkunternehmer mit der Regaleinräumung beauftragt, nicht befugt, den in seinem Betrieb tätig werdenden Werkvertragsarbeitnehmern Weisungen, z.B. hinsichtlich der einzuräumenden Regale oder der Arbeitszeit, zu erteilen. Ansonsten würde nicht mehr das „Werk“ der Einräumung einer bestimmten Anzahl von Regalen, sondern lediglich die Arbeitsleistung der Einräumung an sich geschuldet werden.

¹⁴⁰Moll/Melms, MAH Arbeitsrecht, § 10 Rn. 10.

¹⁴¹Palandt/Ellenberger, § 138 BGB Rn. 75; Richardi/Buchner, MünchHand, § 34 Rn. 50.

¹⁴²Lorig, Werkverträge - Die neue Lohndumping Strategie?!, S. 10.

Hält sich der Unternehmer nicht an diese „Spielregeln“ und liegt in tatsächlicher Hinsicht eine Arbeitnehmerüberlassung vor, handelt es sich um einen Scheinwerkvertrag, bei dessen Nachweis der Besteller mit erheblichen rechtlichen Konsequenzen rechnen muss.

Ähnlich verhält es sich, wenn die Vertragsparteien einen Werkvertrag abschließen, der Werkunternehmer (Solo-Selbständige) tatsächlich aber wie ein Arbeitnehmer des Bestellers tätig wird. Dabei handelt es sich um eine Scheinselbständigkeit, deren Nachweis ebenfalls erhebliche Rechtsfolgen nach sich zieht.

3. Kontrollmöglichkeiten

Um zu kontrollieren, ob es sich im Einzelfall um einen „echten Werkvertrag“ oder um einen Scheinwerkvertrag bzw. den Abschluss eines Werkvertrages mit einem Scheinselbständigen handelt, kommen mehrere Kontrollmöglichkeiten in Betracht. An dieser Stelle wird zunächst zwischen behördlichen und prozessualen Kontrollen differenziert, wobei nicht alle Möglichkeiten dargestellt werden.

3.1 Behördliche Kontrollmöglichkeiten

3.1.1 Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) nimmt die ihr durch das SchwarzArbG übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr. Dabei obliegt der FKS nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG u.a. die Prüfung der Einhaltung sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Pflichten des Arbeitgebers sowie bei bestehender Arbeitnehmerüberlassung die Einhaltung der gesetzlichen Lohnuntergrenze.

Zur Durchführung der sowohl anlassbezogenen als auch verdachtsunabhängigen Prüfungen, ist die FKS nach § 3 SchwarzArbG befugt, Geschäftsräume und Grundstücke des Auftragnehmers (Arbeitgebers) und des Auftraggebers zu betreten. Neben der Möglichkeit sich von dort tätigen Personen Auskünfte hinsichtlich ihrer Beschäftigungsverhältnisse bzw. Aufgaben einzuholen, umfasst die Prüfungsbefugnis der FKS auch die Einsichtnahme in Geschäfts-, Lohn- und Meldeunterlagen sowie weitere Unterlagen, die Aufschluss über Art und Umfang des Beschäftigungs- bzw. Auftragsverhältnisses geben.¹⁴³

Im Zuge der Aus- und Bewertung der im Betrieb erlangten Kenntnisse, umfassen die Prüfungsaufträge regelmäßig die Feststellung der Arbeitgeber-, Auftraggeber- oder Arbeitnehmereigenschaft.¹⁴⁴ Daher kann eine Person, die angibt aufgrund eines Werkvertrages selbständig tätig zu sein, daraufhin überprüft werden, ob sie tatsächlich ab-

¹⁴³ *Eustrup*, Durchsetzung und Kontrolle des geltenden Rechts, S. 1.

¹⁴⁴ *BMF*, Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, Aufgaben und Befugnisse, Online im Internet.

hängig beschäftigt ist.¹⁴⁵ Weiterhin kann geprüft werden, ob eine als Werkvertragsarbeitnehmer beschäftigte Person tatsächlich i.R. einer Arbeitnehmerüberlassung dem Auftraggeber bzw. Entleiher zur Verfügung gestellt wurde. Für die Einordnung des Vertragsverhältnisses greift die FKS auf die jeweils von der Rspr. entwickelten Abgrenzungskriterien zurück.

3.1.2 Rentenversicherungsträger

Ergänzend zu den Kontrollmöglichkeiten des Zolls haben gemäß § 28p Abs. 1 SGB IV die Rentenversicherungsträger (RV-Träger) mindestens alle vier Jahre zu prüfen, ob ein Arbeitgeber seine Pflichten in Bezug auf den für seine Arbeitnehmer zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag ordnungsgemäß erfüllt. „Prüfgegenstand ist das SV-Verhältnis der Beschäftigten, z.B. mit Fragen der Versicherungs- und Beitragspflicht, der Beitragshöhe und der Beitragsberechnung [...], insbesondere jedoch die Richtigkeit der Beitragszahlung und der Meldung.“¹⁴⁶ In Zusammenhang mit dieser Prüfung können die RV-Träger klären, ob ein Auftragnehmer als Beschäftigter i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV oder als Selbständiger für den zu prüfenden Auftraggeber bzw. Arbeitgeber tätig wird.¹⁴⁷ Dazu kann der RV-Träger den Arbeitgeber verpflichten, sämtliche Unterlagen (Verträge, Einzelaufträge etc.) zu Auftragnehmern vorzulegen. Somit beschränkt sich die Kontrolle der RV-Träger auf die Überprüfung hinsichtlich einer möglichen Scheinselbständigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn.

3.1.3 Deutsche Rentenversicherung Bund

Im SV-Recht wird den Vertragsparteien in § 7a SGB IV die Möglichkeit eingeräumt, ein Statusfeststellungsverfahren einzuleiten, bei dem die Deutsche Rentenversicherung Bund (RV-Bund) entscheidet, ob ein Erwerbstätiger selbständig tätig ist oder als abhängig Beschäftigter

¹⁴⁵ *BMF*, a.a.O.

¹⁴⁶ *DR-Bund*, SGB IV, S. 659.

¹⁴⁷ *DR-Bund*, SGB IV, S. 662.

der SV-Pflicht unterliegt. Dieses Verfahren dient ebenfalls nur der Identifizierung einer möglichen Scheinselbständigkeit.

Zur Einleitung eines solchen Verfahrens sind ausgehend vom Werkvertrag sowohl Werkunternehmer (Auftragnehmer) als auch Besteller (Auftraggeber) berechtigt. Sollte die Statusentscheidung nur von einem Beteiligten eingeleitet werden, so erfolgt die gesetzlich zwingend vorgeschriebene Beteiligung des anderen Vertragspartners durch die RV-Bund.¹⁴⁸ Ob das Auftragsverhältnis noch besteht oder bereits abgeschlossen ist, ist für die Durchführung des Verfahrens unerheblich.

In dem von der RV-Bund zur Einleitung des Verfahrens zur Verfügung gestellten Antragsvordruck sind neben allgemeinen Angaben zum Auftragnehmer und Auftraggeber auch Angaben zur vertraglich vereinbarten Tätigkeit vorzunehmen. Zudem ist die vertragliche Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses genau zu beschreiben. Zusätzlich werden gezielt Fragen zur örtlichen, zeitlichen und fachlichen Weisungsgebundenheit sowie zur Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers gestellt.

Auf der Grundlage der gegebenen Antworten entscheidet die RV-Bund gem. § 7a Abs. 2 SGB IV in einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine Beschäftigung vorliegt. Bevor der rechtsmittelfähige Bescheid erlassen wird, wird den Beteiligten zunächst mitgeteilt, welche Entscheidung beabsichtigt ist und somit die Möglichkeit gegeben, ergänzende Angaben zu machen. Abschließend teilt die RV-Bund den Beteiligten ggf. unter Berücksichtigung der erneut vorgebrachten Angaben mit, ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt und dieses versicherungspflichtig ist.¹⁴⁹ Wird ein solches Beschäftigungsverhältnis festgestellt, tritt die Versicherungspflicht grundsätzlich mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis ein.¹⁵⁰ Eine Abweichung hiervon, bei der die Versicherungspflicht

¹⁴⁸ *DR-Bund*, Erläuterungen zum Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status, S. 1.

¹⁴⁹ *DR-Bund*, SGB IV, S. 77.

¹⁵⁰ *Kunz/Kunz*, Arbeitsrecht in der Praxis, Rn. 140.

erst mit Bekanntgabe der Entscheidung eintritt, ist unter den Voraussetzungen des § 7a Abs. 6 SGB IV möglich.

Das Statusfeststellungsverfahren ermöglicht den Beteiligten sich in Zweifelsfällen Rechtssicherheit darüber zu verschaffen, ob es sich um ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis handelt. In der freiwilligen Einleitung des Verfahrens liegt der entscheidende Unterschied zu den anderen behördlichen Kontrollen, die von Amts wegen eingeleitet werden.

Die Entscheidung bezieht sich zwar nur auf das sozialrechtliche Beschäftigungsverhältnis, wie bereits dargestellt ist der Begriff des abhängig Beschäftigten im Sozialrecht jedoch an den des Arbeitnehmers im arbeitsrechtlichen Sinne stark angelehnt. Daher kann die sozialrechtliche Einordnung der Tätigkeit von den Vertragsparteien als Indiz für die arbeitsrechtliche Beurteilung herangezogen werden.¹⁵¹

3.2 Prozessuale Kontrollmöglichkeit

Eine weitere Kontrollmöglichkeit ergibt sich in prozessualer Hinsicht. Demnach kann ein Beschäftigter beim Arbeitsgericht gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3b ArbGG i.V.m. § 256 Abs. 1 ZPO Klage auf die Feststellung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bzw. Besteller einreichen.

Für die Zulässigkeit der Klage wird nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 256 Abs. 1 ZPO ein Feststellungsinteresse des Beschäftigten an seiner Statureinordnung vorausgesetzt. Hierbei ist zu differenzieren, ob sich die Klage auf ein bestehendes oder ein bereits beendetes Vertragsverhältnis bezieht.

Bei einem bestehenden Vertragsverhältnis hat der Beschäftigte nach st. Rspr. immer ein Interesse daran, dass gerichtlich über seinen Status entschieden wird.¹⁵² Dies ergibt sich daraus, dass bei einem bestehen-

¹⁵¹BAG 26.05.1999, NZA 1999, 983 - juris Rn. 36.

¹⁵²St. Rspr. BAG 15.12.1999, BAGE 93, 112 - juris Rn. 45; 03.03.1999, NZA 1999, 669 - juris Rn. 13; 09.09.1981, BAGE 36, 77 - juris Rn. 21; 13.08.1980, BAGE 34, 111 - juris Rn. 45.

den Arbeitsverhältnis auf das Vertragsverhältnis der Parteien, unabhängig von getroffenen Vereinbarungen, die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind, die ein Arbeitsverhältnis gestalten.¹⁵³ Bei einem abgeschlossenen Vertragsverhältnis hingegen, ist ein Feststellungsinteresse nur zu bejahen, wenn sich aus dieser Feststellung Rechtsfragen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben, sich also Ansprüche daraus ableiten lassen.¹⁵⁴

Unabhängig davon, ob sich der Beschäftigte auf ein vergangenes oder gegenwärtiges Vertragsverhältnis bezieht, ist der Sachverhalt nicht von Amts wegen zu untersuchen, sondern der Beschäftigte beweis- und darlegungspflichtig.¹⁵⁵ Er muss somit nachweisen, dass die praktische Durchführung des Vertrags von seiner schriftlichen Ausgestaltung abweicht und es sich in Wirklichkeit nicht um einen Werkvertrag, sondern um eine Arbeitnehmerüberlassung bzw. ein Arbeitsverhältnis handelt.

Die abschließende Entscheidung des Arbeitsgerichts erfolgt unter Einbeziehung der bereits unter 2.2.3 bzw. 2.2.4 dargestellten Abgrenzungskriterien in einer auf den Einzelfall bezogenen Würdigung der Gesamtumstände.

3.3 Bewertung

Deutlich wird, dass beide Kontrollmöglichkeiten unterschiedliche Ziele verfolgen. Die Aufgabe der behördlichen Kontrollen besteht in der Prüfung der Einhaltung zumeist steuer- und sozialrechtlicher Pflichten und ggf. die Verfolgung und Ahndung dahingehender Verstöße. Dementgegen richtet sich die prozessuale Kontrolle auf die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche des vermutlichen Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber. Kommt beispielsweise die FKS zu dem

¹⁵³BAG 03.03.1999, NZA 1999, 669 - juris Rn. 13; 24.06.1992, NZA 1993, 174 - juris Rn. 174.

¹⁵⁴St. Rspr. BAG 15.12.1999, DB 2000, 1871 - juris Rn. 11; 24.09.1997 NZA 1998, 330 - juris Rn. 17; 23.04.1997, BAGE 85, 347 - juris Rn. 14.

¹⁵⁵St. Rspr. BAG 21.06.2000, BAGE 95, 141 - juris Rn. 16; 15.12.1999, NZA 2000, 775 - juris Rn. 9; 23.04.1997, BAGE 85, 347 - juris Rn. 14.

Ergebnis, dass anstatt eines Werkvertrages eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, tritt nicht automatisch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses ein. Vielmehr muss der Arbeitnehmer das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses i.R. einer Statusklage gerichtlich feststellen lassen. Einzig, wenn der Arbeitgeber freiwillig die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses anerkennt, kann der Arbeitnehmer auf eine Klage beim Arbeitsgericht verzichten.

Gemeinsam ist jedoch allen Kontrollmöglichkeiten, dass sie eine vorbeugende ggf. missbräuchliche Verwendung des Werkvertrages nicht verhindern können, sondern erst nachträglich, also nach Aufnahme oder Beendigung der Tätigkeit, zu einer Rechtsklarheit führen.

Darüber hinaus sind die behördlichen Kontrollmöglichkeiten meist auf Stichproben beschränkt und in ihrer Form nicht geeignet, eine flächendeckende Kontrolle sicherzustellen. Außerdem kann bezweifelt werden, ob eine Kontrolle aller Betriebe nicht außer Verhältnis zu dem dafür notwendigen Verwaltungsaufwand stünde. In diesem Zusammenhang ist das Statusfeststellungsverfahren gesondert zu betrachten. Es handelt sich zwar ebenfalls um eine behördliche Kontrolle, ist aber nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern kann freiwillig durchgeführt werden. Daher werden Vertragspartner, die gewollt die Form des Werkvertrages nutzen, um ein Arbeitsverhältnis zu verschleiern, von der Einleitung eines Statusfeststellungsverfahrens absehen. Fraglich ist somit, inwiefern es als effektive Kontrollmöglichkeit zur Verhinderung der Nutzung von Werkverträgen mit Scheinselbstständigen dienen kann.

Schließlich sind auch die prozessualen Möglichkeiten nur bedingt für eine Kontrolle geeignet, zumal es dem vermeintlichen Arbeitnehmer als Kläger im Einzelfall schwer fallen wird hinreichend nachzuweisen, dass er in einem Arbeitsverhältnis zum Besteller steht bzw. stand.

Somit lässt sich feststellen, dass es bei der derzeitigen Rechtslage keine effektiven Möglichkeiten zu geben scheint, um eine generelle, flächendeckende Kontrolle zu ermöglichen.

4. Auswirkungen der Nutzung von Werkverträgen

Vor dem Hintergrund des unter 3.3 festgestellten Ergebnisses, dass eine durchgehende Kontrolle derzeit nicht gegeben ist, gilt es zu prüfen, welche Auswirkungen die Nutzung von Werkverträgen für die Beteiligten (Betriebsrat, Beschäftigte, Unternehmer) haben und welche Folgen sich daraus ableiten lassen.

4.1 Für die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Zusammengefasst besteht die Hauptaufgabe des Betriebsrats in der Vertretung der Interessen aller betriebszugehörigen Arbeitnehmer. Dazu kann er durch die im BetrVG normierten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte Einfluss auf bestimmte betriebliche Entscheidungen nehmen.

Damit kommt zum Ausdruck, dass sich die Kompetenzen des Betriebsrats nur auf Betriebszugehörige, also diejenigen Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und innerhalb der Betriebsorganisation abhängig ihre Arbeitsleistung erbringen, beschränken.¹⁵⁶

Wer als Arbeitnehmer i.R. eines Werkvertrages den von seinem Arbeitgeber geschuldeten Arbeitserfolg in einem fremden Betrieb herbeiführt, steht nicht im Dienst des Dritten und der dortige Betriebsrat ist für seine Belange grundsätzlich nicht zuständig.¹⁵⁷ Gleichwohl tangiert der Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern oftmals die Interessen der Stammelegschaft und hat somit einen Einfluss auf die Wahrnehmung allgemeiner Aufgaben des Betriebsrats, sodass diesem einige Informations- und Beratungsrechte zustehen.

Zum einen berührt die Fremdvergabe die Beschäftigungsmöglichkeiten der Stammelegschaft und ist somit Gegenstand der Personalpla-

¹⁵⁶BAG 10.03.2004, BAGE 110, 27 – juris Rn. 27; 18.01.1989, BAGE 61, 7 – juris Rn. 24; MünchHand/v. *Hoyningen-Huene*, § 212 Rn. 21.

¹⁵⁷*Richardi/Richardi*, § 5 BetrVG Rn. 91; *Richardi/Thüsing* § 99 BetrVG Rn. 15; *Walle*, NZA 1999, 518, 522.

nung i.S.d. § 92 BetrVG.¹⁵⁸ Daher hat der Betriebsrat gem. § 92 Abs. 1 BetrVG einen Anspruch auf Unterrichtung über den gegenwärtigen und zukünftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen. Davon sind alle Informationen erfasst, die es dem Betriebsrat ermöglichen, gem. § 92a BetrVG einen Alternativvorschlag zur Ausgliederung von Arbeit bzw. Vergabe an Fremdfirmen zu erarbeiten.¹⁵⁹

Zum anderen ist der Betriebsrat gem. § 80 Abs. 2 BetrVG zur Durchführung seiner Arbeit rechtzeitig und umfassend über die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, zu unterrichten. Danach kann der Betriebsrat u.a. verlangen, dass ihm die mit den Fremdfirmen geschlossenen Verträge vorgelegt werden.¹⁶⁰ Anhand dieser Auskünfte soll es dem Betriebsrat ermöglicht werden zu prüfen, ob sich Aufgaben i.S.d. BetrVG ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden muss.¹⁶¹ Dies umfasst beispielsweise auch die Prüfung, ob ein Werkvertrag oder eine abhängige Beschäftigung bzw. eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.

Unbefriedigender ist die Rspr. des BAG im Hinblick auf die Frage, ob die Tätigkeit von Werkvertragsarbeitnehmern einer vorherigen Zustimmung des Betriebsrats des Einsatzbetriebes bedarf. Dies wäre der Fall, wenn eine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG vorliegt. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist für den Begriff der Einstellung nicht konstitutiv.¹⁶² Vielmehr stellt die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern nach Rspr. des BAG eine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG dar, wenn diese derart in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert werden, sodass dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach

¹⁵⁸ *Karhaus/Klebe*, NZA 2012, 417, 419; *Walle*, a.a.O., 520.

¹⁵⁹ *Hamann*, WiVerw 2001, 215, 227; *Karhaus/Klebe*, a.a.O.

¹⁶⁰ BAG 31.01.1989, NZA 1989, 932 - juris Rn. 13.

¹⁶¹ BAG 19.02.2008, NZA 2008, 1078 - juris Rn. 16; 15.12.1998, BAGE 90, 288 - juris Rn. 4; 31.01.1989, a.a.O. - juris Rn. 12; *Karhaus/Klebe*, NZA 2012, 417, 419.

¹⁶² *Richardi/Richardi*, BetrVG § 5 Rn. 93.

Zeit und Ort zu treffen hat.¹⁶³ Von einer Eingliederung und somit von einer Einstellung wäre auszugehen, wenn der Auftraggeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitseinsätze der Werkvertragsarbeitnehmer bestimmt.¹⁶⁴ In diesen Fällen dürfte die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern als mitbestimmungspflichtige Maßnahme nur mit Zustimmung der Mitarbeitervertretung erfolgen. Eine Beschäftigung trotz fehlender Zustimmung wäre rechtsunwirksam.¹⁶⁵ Problematisch ist jedoch, dass sich anhand der vertraglichen Vereinbarungen im Vorfeld oftmals nicht bestimmen lässt, ob die Voraussetzungen einer Einstellung vorliegen. In diesem Kontext wird nicht das Problem berücksichtigt, dass die tatsächliche Durchführung des Vertrages entscheidend ist, diese aber zum Zeitpunkt der Tätigkeitsaufnahme noch nicht absehbar ist.¹⁶⁶ Im Einzelfall wird es vor Aufnahme der Tätigkeit also schwer fallen nachzuweisen, dass allein aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung schon eine Einstellung i.S. der vorgenannten Definition vorliegt. Daher wird in den meisten Fällen eine Einstellung und somit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats abzulehnen sein.

Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass der Betriebsrat vor dem Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern einige Informations- und Beratungsrechte hat, ihm während des Einsatzes wegen mangelnder Zuständigkeit jedoch keine Befugnisse zustehen. Davon unberührt behalten die Werkvertragsarbeitnehmer während des Einsatzes im Fremdbetrieb ihre betriebliche Zugehörigkeit zu ihrem Arbeitgeber und fallen somit unter die Zuständigkeit des dortigen Betriebsrats.¹⁶⁷ Zu bedenken gilt aber, dass dieser keinen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen im Fremdbetrieb hat.

¹⁶³ BAG 13.12.2005, NZA 2006, 1369 - juris Rn. 13 m.w.N.; 13.03.2001, NZA 2001, 1262 - juris Rn. 18 m.w.N.; 05.03.1991, AP Betr.VG 1972 § 99 Nr. 90 - juris Rn. 15.

¹⁶⁴ ErfKomm/Kania, BetrVG § 99 Rn. 9; BeckOK Arbeitsrecht/Mauer, BetrVG § 99 Rn. 5.

¹⁶⁵ Conze/Karb/Wölk, Personalhandbuch - Stichwort Beschäftigungsvertretung Rn. 987.

¹⁶⁶ Karthaus/Klebe, a.a.O., 420; Klebe, AiB 2012, 559, 563.

¹⁶⁷ Walle, Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, S. 210.

Demgegenüber bleiben zwar ebenfalls Leiharbeitnehmer gem. § 14 Abs. 1 AÜG während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendeten Betriebs, allerdings sind ihnen nach § 14 Abs. 2 AÜG auch im Entleihbetrieb betriebsverfassungsrechtliche Rechte, die in einem unmittelbaren Bezug zur Arbeitsleistung stehen, zu gewähren.¹⁶⁸ Darüber hinaus ist nach § 14 Abs. 3 AÜG der Betriebsrat des Entleihers vor Übernahme eines Leiharbeitnehmers zu beteiligen. Die Leiharbeitnehmer unterliegen im Gegensatz zu den Werkvertragsarbeitnehmern also auch während der Tätigkeit im Fremdbetrieb dem Zuständigkeitsbereich des Betriebsrates des Einsatzbetriebes.

Da der Betriebsrat weder Einfluss darauf hat, ob der Unternehmer zur Erledigung der anfallenden Aufgaben eigenes Personal einsetzt oder die Aufgaben durch Fremdpersonal erledigen lässt, noch beeinflussen kann, ob das Fremdpersonal i.R. eines Werkvertrages oder als Leiharbeitnehmer im Betrieb tätig wird,¹⁶⁹ besteht die Gefahr, dass ein Unternehmer gezielt Werkverträge abschließt, um die Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats zu umgehen.

4.2 Für die Beschäftigten

Für einen Arbeitnehmer des Werkunternehmers, der nur vorübergehend seine Tätigkeit in einem Fremdbetrieb erbringt, z.B. ein Tischler, der nur zum Einbau neuer Türen in einem anderen Unternehmen tätig wird, sind die Auswirkungen von geringer Bedeutung. Schließlich steht er mit seiner Arbeitsleistung in keiner Konkurrenz zu der Stammbesetzung des Einsatzbetriebes, sodass der Einsatz in einem Fremdbetrieb keinen Einfluss auf sein Lohnniveau hat.

Probleme ergeben sich, wenn ein Werkvertragsarbeitnehmer dauerhaft seine Arbeitsleistung in einem Fremdbetrieb erbringt. Wie unter 4.1 dargestellt, unterliegen sie während des Einsatzes nicht den Schutzrechten des dortigen Betriebsrats. Im Gegensatz zu Leiharbeitnehmern

¹⁶⁸ErfKomm/Wank, § 14 AÜG Rn. 8.

¹⁶⁹Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, § 120 Rn. 94; Walle, NZA 1999, 518, 522.

unterfällt ihr Einsatz keiner gesetzlichen Regelung, die ihnen gleiche Arbeitsbedingungen wie den Arbeitnehmern im Einsatzbetrieb zusichert, z.B. der gleiche Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen. So können sie grundsätzlich von der Benutzung der Betriebskantine oder Pausenräume ausgeschlossen werden.

Ferner erhalten Werkvertragsarbeitnehmer für Tätigkeiten, die vormals durch Stammpersonal des Einsatzbetriebes erbracht wurden, oftmals eine geringerer Vergütung. Eine Lohnuntergrenze wie bei der Leiharbeit gibt es im Werkvertragsrecht nicht. Demnach ist es möglich, dass in einem Betrieb drei Beschäftigte (Stammarbeiter, Leiharbeiter und Werkvertragsarbeitnehmer) dieselben Tätigkeiten verrichten, jedoch dafür jeweils unterschiedlich vergütet werden. Wie das anfängliche Beispiel des Regaleinräumers gezeigt hat, liegt das Lohnniveau der Werkvertragsarbeitnehmer deutlich unter dem des Stammpersonals und der Leiharbeiternehmer.

Bei Solo-Selbständigen, also Werkunternehmern, die keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen, kann die dauerhafte Tätigkeit in demselben Unternehmen noch weitreichendere Konsequenzen mit sich bringen. Während die Werkvertragsarbeitnehmer noch den sozialen Schutzvorschriften des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts unterliegen, sind Selbständige i.d.R. nicht sozialversicherungspflichtig und für die Absicherung gegen soziale Risiken, z.B. Arbeitsunfähigkeit und damit verbundene Einnahmebußen, selbst verantwortlich.¹⁷⁰ Zur Kompensation dieser Risiken muss sich ein Selbständiger privat absichern. Die entstehenden Kosten müssen sich normalerweise in der Vergütung für die Werkserbringung widerspiegeln, d.h., sie müssen bei der Kalkulation der Werksvergütung mit einbezogen werden. Fraglich ist, inwieweit das der Fall ist, da sich Solo-Selbständige, die dauerhaft nur für einen Auftraggeber tätig werden, in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Auftraggeber befinden, sodass ihnen eine schwächere Verhandlungsposition bei Vergütungsverhandlungen zugesprochen wird.¹⁷¹ Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass sich die

¹⁷⁰*Buch*, Ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse, S. 60.

¹⁷¹*Ders.*, S. 71.

Betroffenen freiwillig zu dem Schritt in die Selbständigkeit entscheiden und freiwillig das Unternehmerrisiko tragen.

Daneben hat der Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern Auswirkungen auf die Stammebelegschaft. So wird diesen veranschaulicht, dass sie ersetzbar sind. Dies kann dazu führen, dass sie selbst Zugeständnisse bei den Arbeitsbedingungen und Lohnverhandlungen machen, sodass die oftmals niedrigeren Löhne der Fremdarbeiter das eigene Lohnniveau beeinflussen können.¹⁷² Der Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmer kann bei der Stammebelegschaft aber auch ein Sicherheitsgefühl erzeugen, da sie die Fremdarbeiter als „Rückversicherung“ für ihre eigenen Arbeitsplätze ansehen. Im Vordergrund steht der Gedanke, dass bei Auftragschwankungen und wirtschaftlich schlechten Zeiten zunächst die Verträge mit den Fremdfirmen gekündigt werden, ohne dass die Stellen der Stammebelegschaft gefährdet werden.¹⁷³

4.3 Für die Unternehmer

Die Auswirkungen des Einsatzes von Werkverträgen können mit den Motiven der Unternehmer zur Fremdvergabe gleichgesetzt werden.

Zum einen setzen die Unternehmer auf Werkverträge, um fehlendes Wissen und fehlende Kenntnisse zu kompensieren, z.B. wenn ein Schlachthof eine Druckerei mit der Erstellung von Werbematerial beauftragt. Andererseits nutzen Unternehmer Werkverträge gezielt als strategisches Mittel, um flexibler auf Marktänderungen reagieren zu können und verlagern das wirtschaftliche und betriebliche Risiko auf die Werkunternehmer.¹⁷⁴ Im Mittelpunkt der Entscheidung zur Fremdvergabe von Tätigkeiten an Werkunternehmer steht die Senkung von Personalkosten. Dies kann gerade bei Unternehmen, deren Anteil der Personalkosten an den Gesamtkosten sehr hoch ist, zu einem Marktvorteil führen. Eng verbunden mit der Senkung von Personalkosten ist die Einsparung von Verwaltungskosten, da z.B. die Abführung der Lohnsteuer und SV-Beiträgen entfällt.

¹⁷²Weinkopf/Vanslow, (Fehl-)Entwicklung in der Zeitarbeit, S. 34.

¹⁷³Peipp, Einsatz firmenfremder Arbeitskräfte im Unternehmen, S. 155.

¹⁷⁴Koch, Werkverträge in der Arbeitswelt, S. 15.

Weiterhin ist der Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern gegenüber der Leiharbeit weniger reguliert. So gibt es kein Equal-Pay- bzw. Equal-Treatment-Prinzip und keine gesetzliche Lohnuntergrenze. Außerdem sind die Rechte des Betriebsrats in Bezug auf die Interessenvertretung der Werkvertragsarbeitnehmer stark eingeschränkt (vgl. 4.1).

Der Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern hat auch Auswirkungen auf Konkurrenzunternehmen. Senkt ein Unternehmen seine Lohn- und Produktionskosten durch die Fremdvergabe von Aufgaben, führt dies zu einer besseren Wettbewerbssituation, da sie ihre Produkte gegenüber Konkurrenten, die vornehmlich eigene Arbeitnehmer zur Herstellung einsetzen, günstiger am Markt anbieten können. Dies führt dazu, dass sich konkurrierende Betriebe gezwungen sehen, ebenfalls kostengünstigeres Fremdpersonal einzusetzen. Die IG-Metall bezeichnet diesen Effekt als „Sogwirkung“.¹⁷⁵

Bei den Auswirkungen sind auch die mit dem Einsatz von Werkverträgen verbundenen Risiken zu berücksichtigen. Zu nennen ist u.a. das Risiko einer Abhängigkeit vom Fremdpersonal, sei es aufgrund fehlender personeller Ressourcen oder mangelndem Fachwissen.¹⁷⁶ Dadurch wird dem Unternehmen die Möglichkeit genommen die Aufgaben selbst zu erledigen.

Ferner gehen sowohl der Werkunternehmer als auch das Bestellunternehmen hohe rechtliche Risiken ein, wenn sie von der vertraglichen Ausgestaltung zugunsten einer Leiharbeit abweichen. In diesem Fall würde es sich um einen Scheinwerkvertrag handeln und bei dem Nachweis einer Leiharbeit u.a. ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb fingiert, was mit erheblichen Lohn- und Sozialversicherungsnachzahlungen verbunden sein kann (vgl. 2.2.5.2). Überdies besteht bei der Vergabe von Aufträgen an Solo-Selbständige die Gefahr einer Scheinselbständigkeit sowie der damit verbundenen Konsequenzen (vgl. 2.2.6.2).

¹⁷⁵IG Metall, „Moderner Sklavenhandel“, S.16.

¹⁷⁶Peipp, Einsatz firmenfremder Arbeitskräfte im Unternehmen, S. 169.

4.4 Ergebnis

Die zunehmende Vergabe von betrieblichen Aufgaben an Fremdfirmen i.R. eines Werkvertrages birgt die Gefahr der Spaltung des Arbeitsmarktes in eine „Drei-Klassen-Gesellschaft“.¹⁷⁷

Die „erste Klasse“ bildet das fest angestellte Stammpersonal, deren Bezahlung sich, soweit vorhanden, nach festen Tarifröhnen richtet und deren Interessen durch den Betriebsrat vertreten werden.

Daneben bilden die Leiharbeiter die „zweite Klasse“. Ihre Bezahlung liegt i.d.R. unterhalb des Stundenlohns der Stammbeslegschaft, allerdings darf diese die gesetzlich festgelegte Lohnuntergrenze nicht unterschreiten. Die Vertretung der Interessen der Leiharbeiter obliegt zumindest teilweise dem Betriebsrat des Einsatzbetriebes. Weiterhin haben sie einen gesetzlichen Anspruch auf den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen.

Die Werkvertragsarbeitnehmer stellen die „dritte Klasse“ dar. Ihr Lohnniveau liegt zumeist noch unter den Stundenlöhnen der Leiharbeiter und ein Mindestlohn gibt es für Werkvertragsarbeitnehmer nicht. Ferner ist die Interessenvertretung durch den Betriebsrat des Einsatzbetriebes gesetzlich nicht vorgesehen und sie haben kein Zugangsrecht zu Gemeinschaftseinrichtungen.

Kennzeichnend für dieses Gesellschaftsmodell sind die sukzessive Reduzierung des Lohnniveaus und die Abnahme der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.

¹⁷⁷Lorig, Werkverträge – Die neue Lohndumping Strategie?!, S. 11; NGG, Wenig Rechte, wenig Lohn, S. 13.

5. Forderungen aus Politik und Wirtschaft hinsichtlich der Nutzung von Werkverträgen

Die Problematik der Verwendung von Werkverträgen als Mittel zum Lohndumping sorgt in der Politik und Wirtschaft für eine zunehmende Diskussion. In diesem Zusammenhang ergeben sich unterschiedliche Interessenlagen und demzufolge auch teilweise gegenläufige Forderungen.

5.1 Oppositionsfraktionen

5.1.1 Bündnis 90/Die Grünen

Die Grünen monieren schon seit längerer Zeit, dass Unternehmen zunehmend Werkverträge abschließen, um die Lohn- und Sozialkosten zu senken. Dabei wird die Vertragsform des Werkvertrages an sich nicht beanstandet.¹⁷⁸ Das Augenmerk liegt auf Scheinwerkverträgen, mit denen die durch das AÜG geregelten Schutzbestimmungen für Leiharbeiter umgangen werden.

In ihrem ersten Antrag „Leiharbeit und Werkverträge abgrenzen - Kontrollen verstärken“ bemängelten sie, dass die von den Gerichten entwickelten Abgrenzungskriterien keine zufriedenstellende Klarheit bringen und es daher nötig sei, einen Abgrenzungskatalog in das AÜG aufzunehmen. Werden die dort genannten Kriterien erfüllt, indiziere dies eine Leiharbeit, wobei die Werkunternehmer im Zweifelsfall verpflichtet sind, das Vorliegen eines Werkvertrages nachzuweisen.¹⁷⁹ Daneben forderten sie eine Ausweitung der Kontrollen, u.a. durch die finanzielle und personelle Verstärkung der FKS.¹⁸⁰ Nach Empfehlung des federführenden Ausschusses für Arbeit und Soziales¹⁸¹ hat der Bundestag den Antrag abgelehnt.¹⁸²

¹⁷⁸ Meyer, Koalition sieht keinen Handlungsbedarf bei Werkverträgen, Online im Internet.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 17/7482, S. 2.

¹⁸⁰ BT-Drucks. a.a.O., S. 4.

¹⁸¹ BT-Drucks. 17/9473, S. 3.

¹⁸² BT-Plenarprotokoll 17/187, S. 22352.

Mit ihrem jüngst in den Bundestag eingebrachten Gesetzesentwurf zur Änderung des AÜG verfolgen die Grünen einen anderen Ansatzpunkt und übernehmen den Regelungsvorschlag von Schüren.¹⁸³ Danach soll § 9 Nr. 1 AÜG wie folgt geändert werden:

Unwirksam sind:

1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat *„oder bei vorhandener Erlaubnis die Überlassung des Leiharbeitnehmers nicht eindeutig als Arbeitnehmerüberlassung kenntlich macht“*¹⁸⁴

Diese Regelung beruht auf der Überlegung, dass bei dem Abschluss von Scheinwerkverträgen mit Werkunternehmen, die zugleich über eine Überlassungserlaubnis verfügen, bei Aufdeckung der Leiharbeit kein Arbeitsverhältnis fingiert wird (vgl. 2.2.5.2). Die abschreckenden Schutzmechanismen des AÜG würden so ins Leere laufen. Durch die neue Gesetzesformulierung greift die Rechtsfolge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bzw. Besteller unabhängig davon, ob der Scheinwerkvertragsunternehmer über eine Überlassungserlaubnis verfügt oder nicht. Dadurch soll eine abschreckende Wirkung erzielt werden.

5.1.2 SPD

Auch die SPD sieht die Entwicklung hinsichtlich der missbräuchlichen Nutzung von Werkverträgen als Lohndumpingmittel kritisch.

Mit dem Antrag „Missbrauch von Werkverträgen bekämpfen“ fordert die SPD die Bundesregierung auf, einen Gesetzesentwurf vorzulegen, indem das AÜG um Kriterien ergänzt wird, bei deren Vorliegen eine Leiharbeit vermutet wird.¹⁸⁵ Die in § 99 BetrVG geregelten Mitbestimmungsrechte bei Einstellungen sollen auf Arbeitsplätze erweitert werden, die der unternehmerischen Konzeption des Arbeitgebers un-

¹⁸³BT-Drucks. 17/13106, S. 2.

¹⁸⁴Schüren, NZA 2013, 176, 178.

¹⁸⁵BT-Drucks. 17/12378, S. 6 ff.

terliegen. Mithin also bei der Fremdvergabe von Aufträgen, bei denen das Fremdpersonal im eigenen Betrieb tätig wird.

Um eine Scheinselbständigkeit zu verhindern, soll die alte Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. (vgl. 2.2.6) wieder eingeführt werden.¹⁸⁶ Weiterhin fordert die SPD die Einführung eines branchenunabhängigen Mindestlohns von 8,50 € pro Stunde. Hierdurch soll ein Lohndumping generell verhindert werden. Abschließend soll die FKS zur Kontrolle der Einhaltung vorstehender Regelungen personell und finanziell verstärkt werden.

Diese Forderungen wiederholte die SPD auch in ihrem Antrag „Deutschland 2020 – Gerecht und solidarisch“.¹⁸⁷ Beide Anträge wurden im Anschluss an eine Beratung im Bundestag an den federführenden Ausschuss für Arbeit und Soziales überwiesen.¹⁸⁸

5.1.3 Die Linke

Die Linke hat ebenfalls mit mehreren Anfragen und Anträgen auf die Problematik von Scheinwerkverträgen und die damit verbundene Senkung des Lohnniveaus hingewiesen.¹⁸⁹ Insbesondere fordert sie die Abgrenzung von Werkverträgen und Leiharbeit gesetzlich zu regeln, um Scheinwerkverträge einfacher identifizieren zu können.

Genauso wie die Grünen und die SPD plädieren sie für die Einführung einer Vermutungsregelung. In Übereinstimmung mit dem Gesetzesentwurf der SPD, drängt die Linke in ihrem Gesetzesvorschlag ebenfalls auf die Aufnahme der früheren Regelung zur Scheinselbständigkeit sowie der Ausweitung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, auf die Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen. Nach dem Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ fordern sie, dass bei einer dauerhaften Ausgliederung von Aufgaben an Werkunternehmer, „[...] die damit betreuten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber mindestens den Anspruch auf Gewährung des Ent-

¹⁸⁶BT-Drucks. a.a.O., S.7 ff.

¹⁸⁷BT-Drucks. 17/13226, S.4 ff.

¹⁸⁸BT-Plenarprotokoll 17/222, S. 27590; 17/237, S. 29702.

¹⁸⁹BT-Drucks. 17/6606; 17/7220; 17/9701, 17/9879, 17/9980; 17/12373.

gelts und der sonstigen Arbeitsbedingungen, die bisher für diese Tätigkeit geschuldet waren“¹⁹⁰, haben.

Des Weiteren beinhaltet ihr Gesetzesvorschlag ebenfalls die von Schüren entwickelte und bereits von den Grünen übernommene Änderung des § 9 Nr. 1 AÜG. Auch dieser Vorschlag wurde an den federführenden Ausschuss für Arbeit und Soziales überwiesen.¹⁹¹

5.2 Bundesregierung

Die Bundesregierung teilte die Ansichten der übrigen Fraktionen zunächst nicht. So heißt es in einer Antwort auf eine kleine Anfrage hinsichtlich des Handlungsbedarfs bei Werkverträgen: „Hinweise oder Informationen über eine weit verbreitete, systematisierte missbräuchliche Nutzung von Werkverträgen zur Umgehung von tariflichen oder arbeitsrechtlichen Standards liegen nicht vor [...]“¹⁹² In einer weiteren Antwort heißt es: „Die Bundesregierung sieht zum jetzigen Zeitpunkt keinen Bedarf, den Abschluss von Werkverträgen stärker zu regulieren. Unternehmen steht es im Rahmen der geltenden Gesetze grundsätzlich frei zu entscheiden, ob sie Tätigkeiten durch eigene Arbeitnehmer ausführen lassen oder Dritte im Rahmen von Werkverträgen beauftragen.“¹⁹³

Nach einem Treffen mit dem Vorstand des DGB zu Beginn des Jahres, äußerte sich erstmals Bundeskanzlerin Merkel kritisch gegenüber der Verwendung von Werkverträgen: „Hier werden wir in Zukunft ein Auge drauf haben müssen, weil immer öfter auch Werkverträge ein Umgehungstatbestand sein können für vernünftige tarifliche Abmachungen.“¹⁹⁴

Als Konsequenz daraus, hat das BMAS im März 2013 ein Symposium zum Thema Werkverträge veranstaltet. Zielsetzung war der Informati-

¹⁹⁰BT-Drucks. 17/12373, S. 4.

¹⁹¹BT-Plenarprotokoll 17/222, S. 27590.

¹⁹²BT-Drucks. 17/6714, S. 3.

¹⁹³BT-Drucks. 17/10226, S. 2.

¹⁹⁴*Siems/Wisdorff*, Kampf gegen den Trick mit den Werkverträgen, Online im Internet.

onsaustausch von Experten aus Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik.¹⁹⁵ Im Vordergrund stand die Diskussion über Erscheinungsformen, Anwendungsfelder sowie mögliche gesetzliche Schlupflöcher. Zum Ausdruck kamen der unterschiedliche Meinungsstand sowie die gegensätzlichen Interessen, insbesondere der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände.

Derzeit bleibt abzuwarten, welche Schlüsse die Bundesregierung aus den Erkenntnissen des Symposiums zieht und welchen Handlungsbedarf sie daraus ableitet. Erste Anhaltspunkte dürften sich aus den Beschlussempfehlungen des für die Anfragen und Gesetzesentwürfe der Oppositionsfraktionen zuständigen Ausschusses ergeben.

5.3 Gewerkschaften

Durch die Betriebsräteumfragen der Gewerkschaften wurde erstmals versucht, die Nutzung von Werkverträgen als Form der Fremdvergabe von betrieblichen Aufgaben statistisch zu erfassen (vgl. 2.3.2.2). Im Ergebnis stellten die Gewerkschaften fest, dass Unternehmer aufgrund der zunehmenden Regulierung der Leiharbeit vermehrt zu einem Einsatz von Werkverträgen übergehen.

Dabei wird das Instrumentarium des Werkvertrages wiederum nicht generell kritisiert.¹⁹⁶ Im Blickfeld der Gewerkschaften stehen vielmehr Scheinwerkverträge, unabhängig, ob diese mit Unternehmen oder Solo-Selbständigen (Problem der Scheinselbständigkeit) abgeschlossen werden. Um das dadurch ermöglichte Lohndumping zu verhindern, sehen u.a. die DGB und die IG-Metall eine Notwendigkeit zur Einführung gesetzlich verbindlicher und transparenter Abgrenzungskriterien.¹⁹⁷ Diese sollen die Einordnung eines Vertrages als Leiharbeits-, Werk- oder Arbeitsvertrag erleichtern. Zum Schutz der Beschäftigten soll die Abgrenzung ebenfalls in Form einer Vermutungsregel vorgenommen werden, die die Unternehmen zwingt, das Bestehen eines

¹⁹⁵ *BMAS*, Diskussion über Werkverträge, Online im Internet.

¹⁹⁶ *DGB*, Werkverträge – Missbrauch stoppen, S. 2.

¹⁹⁷ *DGB*, a.a.O., S. 8; *IG-Metall*, „Arbeit sicher und fair – für Alle“, Online im Internet.

Werkvertrages nachzuweisen. Daneben soll bei einer bestehenden Leiharbeiterlaubnis eine als Werkvertrag deklarierte Tätigkeit den Auftraggeber im Nachhinein nicht vor der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses schützen.¹⁹⁸ Daher regen die Gewerkschaften an, die Vorschläge der Oppositionsfraktionen aufzugreifen und fordern die Regierung auf, eine eindeutige gesetzliche Abgrenzung vorzunehmen.

Einhergehend damit sollen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verstärkt und hierdurch u.a. die Stammbeschäftigten vor einem Personalabbau aufgrund der Vergabe von Aufgaben an Fremdpersonal geschützt werden. Abschließend weisen sie daraufhin, dass die Einführung eines branchenübergreifenden Mindestlohns von 8,50 € zwar notwendig sei, jedoch eine klare Abgrenzung nicht ersetzen können.¹⁹⁹

5.4 Arbeitgeberverbände

Im Gegensatz zur Politik und den Gewerkschaften sehen die Arbeitgeberverbände keinen Handlungsbedarf. Die Interessenvertreter der Arbeitgeber bezeichnen den Werkvertrag als eine faire Vertragsform, die in einer arbeitsteiligen Wirtschaft unverzichtbar sei.²⁰⁰ Eine gesetzliche Einschränkung der vertraglichen Ausgestaltung von Werkverträgen wird abgelehnt. Die vereinzelt missbräuchliche Nutzung in Form von Scheinwerkverträgen wird nicht bestritten.²⁰¹ Gleichzeitig wird jedoch betont, dass die rechtsmissbräuchliche Anwendung mit dem geltenden Recht ausreichend unterbunden werden könne. Demnach seien die bestehenden Sanktions- und Schutzmöglichkeiten ausreichend.

Ferner würden die bestehenden, von der Rspr. entwickelten Kriterien genügen, um einen Werkvertrag von einer Arbeitnehmerüberlassung bzw. einem Arbeitsverhältnis abzugrenzen. Vor diesem Hintergrund

¹⁹⁸ DGB, „Handlungsoptionen für Verbände und Politik“, S. 3.

¹⁹⁹ DGB, Werkverträge – Missbrauch stoppen, S. 10.

²⁰⁰ BDA, Werkverträge – Unverzichtbar für Beschäftigung, Wachstum und Wertschöpfung, S. 1; *M+E Gesamtmetall*, Werkverträge in der M+E-Industrie, S. 2.

²⁰¹ a.A. ZDH, Stellungnahme Werkverträge, S. 3.

sei die Einführung einer Vermutungsregel als unverhältnismäßig abzulehnen.²⁰²

Des Weiteren sei die Vergabe von betrieblichen Aufgaben an Fremdfirmen Kern der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Diese dürfe nicht durch eine Mitbestimmung des Betriebsrats eingeschränkt werden.²⁰³ Im Ergebnis kommen die Arbeitgeberverbände zu dem Entschluss, dass jegliche Restriktion des Werkvertrages die Beschäftigungschancen einschränken und den Produktions-, Dienstleistungs- und Industriestandort Deutschland gefährden würde.²⁰⁴

5.5 Bewertung

Deutlich wird, dass sich sowohl die Politik als auch die Gewerkschaften einig darüber sind, dass ein Handlungsbedarf besteht, um Scheinwerkverträge und die damit verfolgte Senkung des Lohnniveaus zu verhindern.

Zum Ausdruck kommt, dass die Oppositionsfraktionen sowie die Gewerkschaften die Einführung einer Vermutungsregelung für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung für sinnvoll erachten. Hierbei ist jedoch in Frage zu stellen, inwieweit diese Maßnahme als zielführend anzusehen ist. Ohne im Einzelnen auf die teilweise differierenden Kriterien der Vorschläge eingehen zu wollen, ist festzustellen, dass diese in weiten Teilen den von der Rspr. des BAG entwickelten Kriterien entsprechen. Daher dienen sie vornehmlich der gesetzlichen Bestätigung der Rspr.

Weiterhin sind die Kriterien teilweise nicht hinreichend konkretisiert. Beispielsweise benennt die Linke die folgenden Kriterien, die für ein Arbeitsverhältnis zum Besteller sprechen sollen:

- [...] „die Tätigkeit auch nach Weisungen des Bestellers verrichtet wird, es sei denn, dies geschehe nur gelegentlich und zu untergeordneten Fragen, oder [...]

²⁰²BDA, a.a.O., S. 1; ZDH, a.a.O., S. 3 ff.

²⁰³BDA, a.a.O., S. 2; *M+E Gesamtmetall*, a.a.O., S.1; ZDH, a.a.O., S. 7.

²⁰⁴BDA, a.a.O., S. 2; *M+E Gesamtmetall*, a.a.O., S. 2; ZDH, a.a.O., S. 3.

- der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in die Arbeitsorganisation und das Arbeitszeitregime des Bestellers eingebunden ist“ [...].²⁰⁵

Diese Kriterien sind jedoch nicht geeignet, um eine Abgrenzung zu erleichtern. Schließlich wird nicht hinreichend konkretisiert, ab wann von einer Weisungsgebundenheit bzw. Eingliederung in die Organisation des Bestellers auszugehen ist. Darüber hinaus werfen die Kriterien neue Fragen auf, z.B. wann eine Weisung nur gelegentlich erfolgt oder was untergeordnete Fragen sind. Diese Tatbestände müssten erneut von der Rspr. ausgelegt werden und dienen somit nicht der erhofften Rechtsklarheit. In diesem Zusammenhang ist nicht die Benennung von möglichen Kriterien problematisch, sondern die Einordnung der tatsächlichen Vertragsdurchführung, d.h., ob der „gelebte“ Vertrag die Kriterien erfüllt. Die Abgrenzung bleibt eine Einzelbetrachtung, die im Streitfall nur von Gerichten abschließend beurteilt werden kann.

Zusammenfassend löst eine Vermutungsregelung das Abgrenzungsproblem nicht vollständig. Allerdings hat eine gesetzliche Normierung der von der Rspr. aufgestellten Kriterien durchaus positive Auswirkungen. Zwar wird die Abgrenzung an sich dadurch nicht zwangsweise erleichtert, jedoch ist für die Parteien transparenter, welche Kriterien entscheidend sind. Besonders für Beschäftigte, die als Werkvertragsarbeitnehmer in einem fremden Betrieb dauerhaft tätig sind und sich unsicher sind, ob sie nicht eher in einem Arbeitsverhältnis zum Besteller stehen, können die Kriterien hilfreich sein, um in einem ersten Schritt ihr Beschäftigungsverhältnis selbst einzuordnen. In diesem Zusammenhang hilft auch die mit Einführung der Vermutungsregelung angestrebte Beweislastumkehr. Somit wäre es ausreichend, wenn ein Beschäftigter Indizien vorträgt, die für das Vorliegen der aufgestellten Kriterien sprechen. Im nächsten Schritt müsste der Unternehmer darlegen, warum dies nicht der Fall ist. Dies begünstigt den Beschäftigten und könnte zu einer Abschreckungswirkung führen, da das

²⁰⁵BT-Drucks. 17/12373, S. 3.

bisherige Risiko, dass ein Beschäftigter seinen Status gerichtlich klären lässt, eher als gering einzustufen ist.

Eine weitere Möglichkeit, um eine Nutzung von Scheinwerkverträgen präventiv zu verhindern, bietet der Änderungsvorschlag von Schüren. Demnach wird selbst bei bestehender Überlassungserlaubnis ein Arbeitsverhältnis zum Besteller fingiert, wenn faktisch eine Leiharbeit vorliegt und diese vertraglich anders bezeichnet wurde. Dadurch trägt nicht mehr der Werkunternehmer, sondern der Besteller die Risiken eines Scheinvertrages. Die Konsequenzen der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, der Nachzahlung der Vergütungsdifferenz sowie mögliche Bußgelder (vgl. 2.2.5.2) können somit eine abschreckende Wirkung erzielen.

Die geforderte Ausweitung der Mitbestimmung des Betriebsrats könnte ebenfalls die Nutzung von Scheinwerkverträgen bzw. Scheinselbstständigkeit eindämmen. Anknüpfend an den Vorschlag der SPD könnte das Mitbestimmungsrecht i.S.d. § 99 BetrVG auf die Tätigkeit von Fremdpersonal im eigenen Betrieb ausgeweitet werden. Der Betriebsrat könnte so schon vor der Aufnahme der Tätigkeit prüfen, inwieweit sich diese i.R. eines Werkvertrages erbringen lässt.

Zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit wird die Wiedereinführung der alten Vermutungsregelung (vgl. 2.2.6) angestrebt. Dies kann, ähnlich wie beim Scheinwerkvertrag bereits ausgeführt wurde, zu einer Abschreckungswirkung führen.

Um einen Missbrauch und damit einhergehend ein Lohndumping zu verhindern, fordern sowohl die Oppositionsparteien als auch die Gewerkschaften die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns. Hier von wären sämtliche Verträge betroffen, sodass der Anreiz der Unternehmer für den Abschluss eines Scheinwerkvertrages entfällt.

6. Einsatz von Werkverträgen in der Bundesverwaltung

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich auf die Verwendung von Werkverträgen und deren Auswirkungen in der freien Wirtschaft. Der öffentliche Dienst ist mit seinen rund 4,6 Mio. Beschäftigten²⁰⁶ der größte Arbeitgeber in Deutschland und sollte daher nicht außer Betracht gelassen werden. Anhand der Bundesverwaltung soll untersucht werden, inwiefern auch Behörden Werkverträge einsetzen.

6.1 Anwendungsbereich

Dass eine Fremdvergabe bzw. Auslagerung von Aufgaben nicht allein ein Phänomen der Wirtschaft ist, sondern durchaus auch in der Verwaltung gängige Praxis und als solche vom Gesetzgeber gewollt ist, folgt schon aus dem in § 7 BHO festgelegten Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können, § 7 Abs. 1 S. 2 BHO.

In diesem Zusammenhang ist ein Einsatz von Werkverträgen vorwiegend bei der Ausgliederung von einzelnen Aufgaben in Erwägung zu ziehen. Hierbei ist gerade auch in der Bundesverwaltung der Trend zu erkennen, bisher intern durch eigenes Personal erbrachte Leistungen, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der behördlichen Aufgabe stehen, durch private Drittanbieter erbringen zu lassen.

Aus einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage geht hervor, dass Fremdunternehmer schwerpunktmäßig in den Bereichen des Wach- und Sicherheitsdienstes, des Gebäudemanagements (Hausmeisterdienst), der Informationstechnik, der Gebäudereinigung und der Pflege der Außenanlagen eingesetzt werden.²⁰⁷ Insgesamt wurden

²⁰⁶ Statistisches Bundesamt, Beschäftigte der öffentlichen Arbeitgeber, Online im Internet.

²⁰⁷ BT-Drucks. 17/12248, S. 18.

so im Jahr 2012 528 Fremdfirmen mit eigenem Personal in der Bundesverwaltung tätig, wobei ein jährlicher Zuwachs zu verzeichnen ist.²⁰⁸ Anzumerken ist jedoch, dass sich die Abfrage auf Dienstleistungen bezieht, woraus nicht hervorgeht, ob es sich im Einzelnen um einen Werk- oder einen Dienstleistungsvertrag handelt.

Neben dem Einsatz als Mittel zur Rationalisierung und Einsparung aufgrund der Stellen- und Budgetsituation der Behörden wird der Werkvertrag auch genutzt, um mangelnde Fähigkeiten und Kompetenzen auszugleichen. So kann die Verwaltung die auf dem Markt angebotenen Dienste zur Unterstützung ihrer Tätigkeit in Anspruch nehmen.²⁰⁹ Dies empfiehlt sich besonders, wenn sie selbst nicht über das für die Erfüllung einer spezifischen Aufgabe notwendige Fachwissen bzw. die technische Infrastruktur verfügt. Dabei kann das Werk vielseitig sein. In Betracht kommt z.B. die Erstellung von Gutachten, spezieller Software oder eines Internet-Auftritts sowie die Herstellung von Werbematerial oder ähnlichen Druckerzeugnissen.

Beschränkt wird die Vergabe bzw. Ausgliederung von Aufgaben durch den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG. Demnach ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe i.d.R. Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Zu den hoheitlichen Befugnissen gehören alle Akte mit Außenwirkung sowie Vorbereitungshandlungen, die einen unmittelbaren Einfluss auf Entscheidungen haben, z.B. die Erstellung eines Bußgeldbescheides oder die Prüfung eines BAföG-Antrags.²¹⁰ Aufgaben, die hoheitliche Befugnisse voraussetzen, dürfen somit nicht i.R. eines Werkvertrages an Private vergeben werden.

²⁰⁸BT-Drucks. a.a.O., S. 10.

²⁰⁹Büllesbach, Staat im Wandel, S. 41.

²¹⁰Büllesbach, a.a.O., S. 39.

6.2 Besonderheiten bei der administrativen Abwicklung

6.2.1 Öffentliche Vergabe

Eine Besonderheit ergibt sich aus § 55 BHO, wonach dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung voranzugehen hat, sofern nicht die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Ziel dieser Vorschrift ist es, eine wirtschaftliche Beschaffung von Sach- und Personalmitteln sicherzustellen.²¹¹ Dies hat im Wege eines transparenten Verfahrens zu erfolgen, welches allen Interessenten und Bewerbern einen gleichen Zugang zum Wettbewerb ermöglicht und zugleich Korruption verhindert.

Während sich die Ausschreibungspflicht aus haushaltsrechtlichen Vorgaben ergibt, regeln die Vergabevorschriften die Art und Weise der Durchführung. Liegt dem abzuschließenden Werkvertrag eine Bauleistung zu Grunde, richtet sich das Vergabeverfahren nach der VOB. Handelt es sich um Lieferungen und Dienstleistungen, wobei hiervon auch Leistungen aufgrund von Werkverträgen, z.B. Reparaturen oder Druckaufträge umfasst sind, kommt die VOL/A zur Anwendung.²¹²

Je nach Eigenart der Leistung entscheidet sich auf Grundlage der jeweils anzuwendenden Vergabevorschrift, welche Vergabeart zu verwenden ist. Vorrangig ist die schon in § 55 BHO genannte öffentliche Ausschreibung, bei der eine unbeschränkte Anzahl an Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, anzuwenden. Soweit die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, kann der Auftrag auch i.d.R. beschränkter Ausschreibung, bei der nur ausgewählte Unternehmen (mind. drei) aufgefordert werden, ein Angebot abzugeben, oder der Freihändigen Vergabe, bei der sich die Behörde ohne ein förmliches Verfahren an mehrere Unternehmen wenden kann, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln, vergeben werden. Zur Verwaltungsvereinfachung kann das jeweilige Ministerium für seinen Geschäftsbe-

²¹¹ *BMWi*, Öffentliche Aufträge, Online im Internet.

²¹² *Diettrich*, § 55 BHO Nr. 19.

reich die grundsätzlich Freihändige Vergabe bis zu einem bestimmten Betrag zulassen.

Besonderheiten ergeben sich bei der Vergabe von freiberuflichen Tätigkeiten i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, z.B. selbständig ausgeübte wissenschaftliche Tätigkeiten²¹³ oder Tätigkeiten von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Architekten. Diese fallen nicht unter die Bestimmungen der VOL/A und können daher unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Einsatzes von Haushaltsmitteln grundsätzlich frei vergeben werden.²¹⁴

Unabhängig von der Vergabeart ergibt sich aus dem Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB, dass das Vergabeverfahren nachvollziehbar und transparent zu gestalten ist. Besondere Bedeutung kommt hierbei dem Vergabevermerk zu, der das Vergabeverfahren fortlaufend dokumentiert und die getroffenen Entscheidungen, z.B. die Wahl des Unternehmers, nachvollziehbar begründet.²¹⁵

Die vorherigen Ausführungen beziehen sich allerdings nur auf das innerstaatliche Vergabeverfahren. Übersteigt das voraussichtliche Auftragsvolumen die in § 2 VgV genannten Schwellenwerte, bedarf es der Anwendung der europarechtlichen Ausschreibungsverfahren, die sich nach gesonderten Vorschriften richten. Da aber 80-90% aller öffentlichen Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte liegen, kommt diesem Verfahren in der Praxis nur eine untergeordnete Bedeutung zu.²¹⁶ Weiterhin bedarf es einer öffentlichen Vergabe erst ab einem Auftragswert von 500 €

²¹³Vom Begriff der wissenschaftlichen Tätigkeit sind schöpferische und forschende Tätigkeiten sowie die konkrete Anwendung von aus der Forschung hervorgegangenen Erkenntnissen erfasst, vgl. *Schneider*, Finanz und Steuern, Einkünfte aus selbständiger Arbeit, Nr. 1.11., Online im Internet.

²¹⁴*Diettrich*, § 55 BHO Nr. 23.

²¹⁵*Erenkämper/Pöhlker*, Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, S. 647.

²¹⁶*Diettrich*, § 55 BHO, Nr. 15.2.

6.2.2 Mitteilung an die Finanzämter

Zudem sind bei der administrativen Abwicklung des Werkvertrags die Bestimmungen der MV, die auf Grundlage des § 93a AO erlassen wurde, zu berücksichtigen. Demnach sind gemäß § 2 MV u.a. Behörden verpflichtet, der Finanzbehörde Zahlungen mitzuteilen, wenn der Zahlungsempfänger nicht i.R. einer land- und forstwirtschaftlichen, gewerblichen oder freiberuflichen Haupttätigkeit gehandelt hat oder soweit die Zahlung nicht auf das Geschäftskonto des Zahlungsempfängers erfolgt. Dabei reicht ein Zweifel an der haupttätigen Erbringung der geschuldeten Leistung aus.

Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Werkvertrag mit einer natürlichen Person (Solo-Selbständiger) abgeschlossen wird. In diesen Fällen kann eine Behörde i.d.R. nicht abschließend beurteilen, ob es sich bei der Erbringung des werkvertraglich vereinbarten Leistungsgegenstands um die hauptberufliche Tätigkeit des Vertragspartners handelt. Inhaltlich umfasst die Mitteilungspflicht neben Angaben zur Behörde und zum Zahlungsempfänger auch Informationen über den Grund, Tag und die Höhe der Zahlung. Adressat der mindestens einmal jährlich zu übersendenden Mitteilung ist das Finanzamt, in dessen Bezirk der Zahlungsempfänger seinen Wohnort hat, § 9 MV. Zudem ist der Werkunternehmer über die behördliche Verpflichtung zur Erstellung dieser Mitteilung zu unterrichten und auf seine steuerlichen Aufzeichnungs- und Erklärungspflichten hinzuweisen.

Da die Mitteilungspflicht erst ab einer jährlichen Zahlungshöhe von 1.500 € je Zahlungsempfänger eintritt, muss zunächst in einem internen Verfahren jeder Zahlungsvorgang erfasst werden. Nur so ist eine effektive Überprüfung der Summe der geleisteten Zahlungen am Jahresende sichergestellt.

6.2.3 Statusfeststellungsverfahren

Bei Unsicherheiten über den Status des Werkunternehmers, empfiehlt es sich ein Statusfeststellungsverfahren bei der RV-Bund durchzuführen. Vor allen Dingen bei Personengruppen, bei denen ein hohes Risiko einer Scheinselbständigkeit besteht, z.B. bei Solo-Selbständigen oder vormaligen Mitarbeitern, kann ein solches Verfahren zumindest

in sozialversicherungsrechtlichen Sinn Rechtssicherheit bringen. Zum genauen Ablauf des Verfahrens wird auf 3.1.3 verwiesen.

6.3 Vor- und Nachteile

6.3.1 Vorteile

Wie unter 6.2 dargestellt wurde, sind bei der administrativen Abwicklung von Werkverträgen einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Demgegenüber steht bei der Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen, im Gegensatz zu der selbständigen Erbringung und der damit verbundenen Einstellung eines Beschäftigten, ein weitaus geringerer Verwaltungsaufwand. So entfällt beispielsweise die bei der Gewinnung von eigenem Personal i.d.R. vorzunehmende Stellenausschreibung. Während sich die Verpflichtung zur Stellenausschreibung bei Beamten unmittelbar aus § 8 BBG ergibt, besteht bei der Besetzung von Stellen mit Tarifbeschäftigten keine gesetzliche Verpflichtung. Soweit eine Stelle jedoch nicht innerhalb der Behörde durch geeignetes Personal besetzt werden kann, ist zur Sicherstellung der in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegten Bestenauslese trotzdem eine Stellenausschreibung notwendig.

Ausgehend von der Stellenausschreibung bedarf eine „herkömmliche“ Personalgewinnung auch der Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten gem. § 19 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGleG und ggf. der Schwerbehindertenvertretung gem. § 95 Abs. 2 SGB IX sowie der Zustimmung des Personalrats gem. §§ 75 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 76 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG. Diese Beteiligungs- bzw. Zustimmungsrechte entfallen bei einem Abschluss eines Werkvertrages.

Daran anschließend bringt die Personalverwaltung einen höheren Aufwand mit sich. So müssen die Beschäftigten ggf. i.d.R. Eingruppierung der jeweiligen Vergütungsgruppe zugeordnet und sozialversicherungsrechtlich angemeldet werden. Hinzu kommt die Prüfung von Urlaubsanträgen und Führung von Personalakten.

Bei der Entscheidung, ob eine Aufgabe selbst erbracht oder ausgegliedert werden soll, spielt auch die Stellensituation eine große Rolle. In der Verwaltung sind dem Personalmanagement im Gegensatz zur

freien Wirtschaft enge Grenzen gesetzt. Die Einstellung eines Beschäftigten ist nur möglich, insoweit eine Planstelle bzw. Stelle zur Verfügung steht, § 49 BHO. Ausnahme hiervon stellen u.U. befristete Stellen dar.²¹⁷ Ist eine Aufgabenerledigung unter Ausschöpfung der eigenen personellen Kapazitäten nicht möglich und eine Einstellung von eigenem Personal aus rechtlichen Gründen nicht zulässig, kann ein Teil der Aufgabe als „Werk“ an Dritte vergeben werden. Voraussetzung ist, dass die Aufgabe für die Erbringung eines Werkergebnisses i.S.d. § 631 ff. BGB geeignet ist. Der Werkvertrag bietet der Verwaltung somit die Möglichkeit, Fremdpersonal zu beauftragen. Diese bedürfen unabhängig, ob sie im eigenen Betrieb oder in der Liegenschaft der Verwaltung tätig werden, keiner Stelle und werden haushaltsrechtlich als Sachkosten abgerechnet.

Ein weiterer Vorteil ist die kurzfristige Kompensation von fehlendem Fachwissen. Zudem kann das „Spezialwissen“ bedarfsgerecht eingesetzt werden, was oftmals für das Gelingen eines Projekts elementar sein kann, ohne dass eine dauerhafte Bindung eingegangen wird. Die Verwaltung kann hierbei auch von den Erfahrungen und Kenntnissen der Wirtschaft profitieren. Daneben werden die haftungsrechtlichen Risiken externalisiert, denn der Werkunternehmer ist für die einwandfreie Erbringung des Werkes verantwortlich und haftet bei Mängeln.

6.3.2 Nachteile

Bei der Entscheidung über den Abschluss eines Werkvertrages sollten jedoch die möglichen negativen Auswirkungen nicht übersehen werden. Insbesondere besteht bei der dauerhaften Vergabe von Aufgaben an denselben Vertragspartner die Gefahr, dass sich die Betrachtung einer Problematik auf eine fachliche Meinung beschränkt und pluralistische wissenschaftliche Meinungen verdrängt und Standpunkte auf eine bestimmte Ansicht reduziert werden, z.B. bei der Erstellung von wissenschaftlichen Gutachten.²¹⁸ Dies kann neben einer fachlichen Abhängigkeit auch eine Einengung der politischen Entscheidungsfreiheit zur

²¹⁷ *BMF*, Rundschreiben zur Haushaltsführung 2012 v. 20.12.2011, Nr. 5.1.

²¹⁸ *Diettrich*, § 55 BHO Nr. 24.3.

Folge haben.²¹⁹ Durch die Vergabe von derartigen Aufträgen an unterschiedliche Vertragspartner könnte dieser Gefahr entgegengewirkt werden.

Ferner hat die Behörde keinen Einfluss auf die Erstellung des Werkes, was zu einem Wissensabfluss führen kann. Eine Fremdvergabe vermeidet die Generierung von eigenem Wissen auf einem bestimmten Aufgabengebiet, woraus bei dauerhaften bzw. wiederkehrenden Aufgaben das Risiko der Abhängigkeit von einer Fremdfirma steigt.

Zugleich besteht das Risiko einer Scheinselbständigkeit, wenn ein Solo-Selbständiger dauerhaft zur Erledigung einer Aufgabe eingesetzt wird. Dies kann zu einer hohen Nachzahlung von SV-Beiträgen führen und der Auftragnehmer könnte i.R. einer Statusklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses feststellen lassen. Um dieses Risiko zu minimieren, kann die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens (vgl. 3.1.3) ratsam sein.

Dass das Risiko einer Scheinselbständigkeit nicht nur theoretisch besteht, sondern in der Bundesverwaltung durchaus vorkommt, zeigen gerade die Beispiele aus dem Bundesrat und Bundestag. Der Bundesrat hatte für die Tätigkeit des Besucherdienstes einen Vertrag mit formal Selbständigen abgeschlossen. Eine Betriebsprüfung der RV-Träger (vgl. 3.1.2) und eine anschließende gerichtliche Prüfung ergab, dass die im Besucherdienst tätigen Personen abhängig beschäftigt und dem Grunde nach sozialversicherungspflichtig waren.²²⁰ Auch im Falle von Besucherbetreuern im Bundestag entsprach die formalvertraglich als selbständig bezeichnete Tätigkeit aufgrund der tatsächlichen Bedingungen einer angestellten, also abhängigen, Tätigkeit.²²¹

²¹⁹ *Diettrich*, a.a.O.

²²⁰ SG Berlin 02.06.2009, ArbR 2013,133 - juris Rn. 46.

²²¹ SG Berlin 26.10.2012, ArbR 2013, 92 - juris Rn. 64.

6.4 Exemplarische Darstellung anhand des Forschungsbereiches²²²

Gerade im Forschungsbereich werden viele Projekte durchgeführt, bei denen eine Behörde oftmals auf das Fachwissen und die technischen Gerätschaften von Externen angewiesen ist. Zwar sind die eigenen Mitarbeiter ebenfalls Spezialisten auf ihrem Themengebiet, jedoch geht es bei Forschungsprojekten zumeist um die Erforschung neuer Gebiete bzw. die Entwicklung neuer Methoden, bei denen noch keine Erfahrungswerte vorhanden sind. Vor allem in diesem Bereich kann eine Behörde einen Solo-Selbständigen oder ein Unternehmen mit einem Teil der notwendigen Forschungsarbeiten i.R. eines Werkvertrages betrauen. Dies hat den Vorteil, dass die Behörde die vom Werkunternehmer geschuldeten Ergebnisse für ihre weitere Arbeit verwenden und sich zugleich auf ihre Kernkompetenzen konzentrieren kann.

Hierbei werden überwiegend Werkverträge mit Solo-Selbständigen abgeschlossen. So wurden beispielsweise im Johann Heinrich von Thünen-Institut (TI), einer Ressortforschungseinrichtung im Geschäftsbereich des BMELV, im Jahr 2012 47 Werkverträge abgeschlossen, davon 32 mit natürlichen Personen.²²³ Von diesen 32 Werkverträgen haben mehr als die Hälfte der Auftragnehmer (18) ihren festen Wohnsitz im Ausland und erstellen das Werk dort.²²⁴ Dies zeigt, dass gerade im Forschungsbereich spezielle Qualifikationen zur Werkherstellung benötigt werden, die internationale Vertragsbeziehungen erfordern.

Neben eigenen Projekten werden oftmals drittmittelfinanzierte Forschungsprojekte durchgeführt. Dies sind Projekte, die nicht aus eigenen Haushaltsmitteln, sondern aufgrund von Aufträgen und der Finanzierung anderer Bundesbehörden oder Dritter durchgeführt werden. Für die Umsetzung dieser Projekte ist es i.d.R. zumeist nicht möglich, eigene Personalkapazitäten freizumachen, da diese bereits vollständig

²²²Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich die Angaben auf erworbene Kenntnisse während des Praxissemesters.

²²³TI, E-Mail v. 06.03.2013.

²²⁴TI, a.a.O.

für die Wahrnehmung originärer Aufgaben in Anspruch genommen werden. Daher werden einerseits neue Mitarbeiter eingestellt. Die Einstellung erfolgt aufgrund des nur vorübergehenden Bedarfs (für die Dauer des Projektes) i.R. eines befristeten Beschäftigungsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 TzBfG bzw. § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Zeitgleich mit dem Projektende endet deren Beschäftigungsverhältnis. Andererseits können Werkunternehmer, soweit das Projekt dieses zulässt, mit der Herstellung eines für das Projekt notwendigen Werkes, z.B. einem Gutachten oder der Erhebung und Auswertung nötiger Daten, betraut werden.

Ein Sonderfall ergibt sich, wenn im Nachgang zu einem Drittmittelprojekt noch weitere Arbeiten anfallen, die eigenen Zwecken dienen und nicht vom Projektauftrag umfasst sind. In diesem Fall erscheint es sinnvoll, dass diese Aufgaben jemandem übertragen werden, der schon bei dem Forschungsprojekt mitgewirkt hat. Eine unbefristete Einstellung scheidet mangels vorhandener Stelle aus. Gleichwohl kommt i.d.R. keine befristete Einstellung in Betracht, da der Sachgrund der Befristung mit Projektende entfallen ist und aufgrund der vorherigen Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber eine sachgrundlose Beschäftigung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG ebenfalls ausscheidet. Zudem bedürfte dies regelmäßig einer Stellenausschreibung, zumindest aber einer Beteiligung der Interessensvertretungen (Personalrat etc.). In diesem Fall ermöglicht der Abschluss eines Werkvertrages, dass ein schon i.R. einer befristeten Beschäftigung an dem Projekt beteiligter Mitarbeiter mit den noch zu erledigenden Tätigkeiten betraut werden kann. Einer Ausschreibung bedarf es grundsätzlich nicht, da es sich i.d.R. um eine selbständige wissenschaftliche Tätigkeit handelt (vgl. 6.2.1). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Tätigkeit für den Abschluss eines Werkvertrages geeignet ist und sich das „Werk“ selbständig erbringen lässt. Im Einzelfall kann hier eine erhöhte Gefahr einer Scheinselbständigkeit vorliegen, insbesondere wenn der Solo-Selbständige weiterhin in der Organisation der Behörde tätig wird. Um diese Problematik zu umgehen, wird z.B. im TI vor Abschluss des Werkvertrages intern geprüft, ob der Werkunternehmer zuvor beim TI beschäftigt war. Ist dies der Fall, wird von dem Abschluss eines

Werkvertrages mit dieser Person abgesehen und der Auftrag anderweitig vergeben.

Ferner besteht ein erhöhtes Risiko der Scheinselbständigkeit, wenn ein Solo-Selbständiger dauerhaft mit der Erledigung originärer Aufgaben betraut wird. So kann im Einzelfall fraglich sein, ob ein Werkunternehmer, der z.B. mit der Erhebung und Erfassung von Daten, die der behördlichen Aufgabe der Führung einer best. Bestandsdatenbank dienen, eine selbständige Tätigkeit darstellt. Zumeist sind Ort und Zeit der Erhebung vorgegeben und es wird kein Werk im eigentlichen Sinne geschuldet, sondern lediglich die Tätigkeit der Erhebung und Erfassung der Daten. Das TI führt in diesen Fällen ein Statusfeststellungsverfahren durch und minimiert so das Risiko einer Scheinselbständigkeit. Zwar besteht immer noch die Möglichkeit, dass ein Arbeitsgericht den Fall anders einordnet. Allerdings ist fraglich, ob ein Auftragnehmer, bei dem eine selbständige Beschäftigung bescheinigt wurde, im Zweifelsfall seinen arbeitsrechtlichen Status gerichtlich klären lässt, zumal er die Beweislast trägt.

6.5 Zusammenfassung

Auch in der Bundesverwaltung werden Werkverträge in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen und zu den verschiedensten Zwecken eingesetzt. Neben der Kompensation von fehlenden Fähigkeiten und Kompetenzen verfolgt der Abschluss von Werkverträgen, als maßgebliche Ausprägung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 55 BHO, die Intention der Kostenreduktion.

Die Einsparung von Personalkosten ist dabei nur ein bedingter Ausdruck der behördlichen Entscheidung. Vielmehr orientiert sie sich an den politischen bzw. gesetzlichen Vorgaben. So wird durch die jährliche Verabschiedung des HG der Haushaltsplan, der u.a. die Planstellen und Stellen beinhaltet, gem. Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. § 1 BHO festgestellt, d.h. für verbindlich erklärt. Ist eine Aufgabenerledigung mit den vorgegebenen Personalkapazitäten nicht möglich, beeinflusst dies u.U. die Überlegung einer Fremdvergabe. Hierbei haben die Beispiele des Bundesrates, Bundestages sowie des Forschungsbereiches gezeigt, dass auch in der Bundesverwaltung die Problematik ei-

ner Scheinselbständigkeit besteht. Inwieweit die Intention allerdings die beabsichtigte bzw. bewusste Umgehung von arbeits- bzw. sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften ist, ist zweifelhaft.

7. Fazit/Ausblick

Die vorangehende Untersuchung hat gezeigt, dass der vermehrte Abschluss von Werkverträgen rechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Freiheit einen Vertrag abzuschließen sowie dessen inhaltliche Gestaltung ist, als Ausdruck der Privatautonomie, durch die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantiert.²²⁵ Auch die Intention der Unternehmer, mit Abschluss eines Werkvertrages Personalkosten einzusparen und Aufgaben nicht (mehr) selbst auszuführen, spielt für die gesetzliche Beurteilung keine Rolle.

Solange die vertragliche Gestaltung nicht gegen allgemein zwingende gesetzliche Vorschriften i.S.d. § 134 BGB bzw. gegen die guten Sitten gem. § 138 BGB verstößt, steht sie im Einklang mit der Rechtsordnung. Hierbei hat das eingangs gewählte Beispiel des Regaleinräumers gezeigt, dass Werkvertragsarbeitnehmer häufig einen geringeren Stundenlohn als regulär Beschäftigte oder Leiharbeiter erhalten. Dies mag eine Konsequenz der Regulierung in der Leiharbeit und der daraus resultierenden Zunahme von Werkverträgen sein, ist grundsätzlich jedoch nicht gesetzeswidrig. Lediglich, wenn die Löhne der Werkvertragsarbeitnehmer in einem auffälligen Missverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, kommt u.U. eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB und somit die Nichtigkeit der Vergütungsabrede in Betracht. Dies betrifft allerdings nur das bestehende Arbeitsverhältnis zwischen Werkunternehmer und seinen Beschäftigten (Werkvertragsarbeitnehmern). Das Rechtsverhältnis zum Besteller wird hiervon nicht tangiert.

Eine andere Rechtslage ergibt sich bei Scheinwerkverträgen, bei denen die Vertragsparteien unter dem Deckmantel des Werkvertrages Arbeitnehmer überlassen. Unabhängig, ob dieses Vorgehen als Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB einzuordnen ist oder das Rechtsgeschäft lediglich falsch bezeichnet wurde, richtet sich die Wirksamkeit des Vertrages in diesem Fall nach den Bestimmungen des AÜG. Dies hat u.a. zur Folge, dass die bezweckte Umgehung des im AÜG verankerten Equal-Pay- bzw. Equal-Treatment-Prinzips keinen Erfolg hat.

²²⁵Bpb, Recht A-Z, Vertragsfreiheit, S. 498.

Bei Scheinselbständigen, die vertraglich als selbständige Werkunternehmer bezeichnet werden, in tatsächlicher Hinsicht aber wie Arbeitnehmer eingesetzt werden, ist i.d.R. ein wirksamer Arbeitsvertrag zustande gekommen. Der Betroffene unterliegt somit trotz anderweitiger vertraglicher Gestaltung den zwingenden arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzvorschriften.

Die rechtlichen Konsequenzen kommen allerdings erst zum Tragen, wenn ein Scheinwerkvertrag bzw. eine Scheinselbständigkeit nachgewiesen werden kann. Dabei hat die Betrachtung der bestehenden Kontrollmöglichkeiten gezeigt, dass diese nicht adäquat sind, um eine flächendeckende Kontrolle sicherzustellen. Ferner dienen die behördlichen Kontrollen nur der Feststellung und Ahndung etwaiger steuer- oder sozialrechtlicher Verstöße. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den arbeitsrechtlichen Status des Scheinselbständigen bzw. Leiharbeitnehmers bleiben unberührt. Für die zivilrechtliche Geltendmachung von Ansprüchen ist der Betroffene selbst verantwortlich. Problematisch ist hierbei, dass ihm der Nachweis obliegt, dass in tatsächlicher Hinsicht ein Arbeitsverhältnis bzw. eine Überlassung vorliegt. Dies dürfte sich im Einzelfall schwierig gestalten.

Die Untersuchung der Auswirkungen der vermehrten Nutzung von Werkverträgen hat gezeigt, dass eine Gefahr für die Aufspaltung der Belegschaft eines Unternehmens in eine „Drei-Klassen-Gesellschaft“ (reguläre Arbeitnehmer, Leiharbeiter, Werkvertragsbeschäftigte) besteht. Prägendes Element ist hierbei die stufenweise geringere Mitbestimmungsmöglichkeit des Betriebsrats sowie die geringere Arbeitsvergütung. Diese Gefahr besteht unabhängig davon, ob es sich um einen „echten“ Werk- oder einen Scheinwerkvertrag bzw. den Abschluss eines Werkvertrages mit einem Scheinselbständigen handelt. Allerdings führt die falsche Einordnung des Rechtsverhältnisses zu einer falschen „Klassen-Zuordnung“ und somit unberechtigt zu einer geringeren Vergütung sowie der Umgehung der Rechte des Betriebsrats.

Vor dem Hintergrund der nicht ausreichenden gesetzlichen Möglichkeiten zur Identifizierung einer missbräuchlichen Nutzung des Werk-

vertrages und den sich daraus ergebenden Auswirkungen, besteht hier ein dringender gesetzlicher Handlungsbedarf.

Die Opposition sowie die Gewerkschaften haben die Problematik aufgenommen und der Regierung mehrere Lösungsvorschläge unterbreitet. Die zusammenfassende Betrachtung und der Vergleich der verschiedenen Ansatzpunkte haben gezeigt, dass eine einzelne Maßnahme nicht ausreichend ist, um eine ggf. missbräuchliche Verwendung des Werkvertrages zu verhindern bzw. einzudämmen. Vielmehr bedarf es einer Kombination mehrerer Maßnahmen, um den Anreiz der Unternehmen zu minimieren, durch den Abschluss von Scheinwerkverträgen den Restriktionen des AÜG zu unterlaufen. Neben der Einführung einer Vermutungsregelung für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, erscheint die von Schüren vorgeschlagene Änderung des § 9 Nr. 1 AÜG (vgl. 5.1.1), als ein praktikabler Lösungsansatz. Hierdurch würde die Abgrenzungsproblematik zumindest teilweise gelöst und durch die gleichzeitige Beweislastumkehr die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen für den Werkvertragsarbeitnehmer erleichtert. In Kombination zu der Änderung des § 9 AÜG, wonach trotz bestehender Überlassungserlaubnis ein Arbeitsverhältnis zum Besteller bzw. Entleiher fingiert wird, führt dies zu einer Abschreckungswirkung. Folglich könnte der Missbrauch eingedämmt bzw. besser aufgedeckt werden. Im Hinblick auf die skizzierte Problematik der „Drei-Klassen-Gesellschaft“, könnte die Ausweitung der Befugnisse des Betriebsrates zumindest die Interessenvertretung der Fremdfirmenarbeitnehmer verbessern.

Dabei besteht die Gefahr, dass sich die Problematik der Scheinwerkverträge auf eine zunehmende Scheinselbständigkeit verlagert. Wird ein Werkvertrag mit einem Solo-Selbständigen abgeschlossen, erbringt dieser das Werk selbst, sodass es keinen Verleiher gibt und die Regelungen des AÜG keine Anwendung finden. Daher besteht auch hier ein Handlungsbedarf. In Betracht käme u.a. die Wiedereinführung der alten Vermutungsregelung (vgl. 2.2.6).

Angesichts der trotz Umsetzung der oben genannten Maßnahmen bestehenden Probleme, empfiehlt es sich bei der Suche nach einer Möglichkeit, um Scheinwerkverträge und Scheinselbständigkeit zu verhin-

dern, auf die Motive der Unternehmer zum Abschluss solcher Verträge abzustellen. Im Mittelpunkt steht hierbei die Senkung von Personalkosten. Ohne die Debatte um einen branchenübergreifenden Mindestlohn und dessen Auswirkungen grundsätzlich neu aufgreifen zu wollen, könnte dieser Abhilfe verschaffen. Durch einen einheitlichen Mindestlohn entfällt der Anreiz, mittels anderer Vertragskonstruktionen, die in der Leiharbeit eingeführte Lohnuntergrenze zu umgehen. Insbesondere wären von einem Mindestlohn auch „echte“ Werkverträge umfasst, sodass ein Lohndumping generell verhindert werden könnte.

Allerdings könnte dies wiederum zu einem vermehrten Abschluss von Werkverträgen mit Solo-Selbständigen und einer erhöhten Gefahr einer Scheinselbständigkeit führen. Schließlich bezieht sich der Mindestlohn nur auf Arbeitnehmer und nicht auf Selbständige. Des Weiteren orientiert sich die Vergütungsvereinbarung oftmals nicht an einem Stundenlohn, sondern stellt eine Pauschalvergütung für das herzustellende Werk dar. Demnach wäre es für derartige Fälle schwierig einen Stundenlohn zu ermitteln. Dies zeigt, dass die Problematik der Scheinselbständigkeit und der Scheinwerkverträge nicht getrennt voneinander betrachtet werden darf. Wenn ein Handlungsbedarf beim Scheinwerkvertrag gesehen wird, muss auch ein Handlungsbedarf bei der Scheinselbständigkeit angenommen werden.

Abschließend hat die Darstellung des Einsatzes von Werkverträgen in der Bundesverwaltung gezeigt, dass dieser Bereich bei der politischen Diskussion nicht außer Acht gelassen werden darf. Schließlich basieren die Rahmenbedingungen der Verwaltung, wie Ausgabemittel und Personalplanung, auf politischen Entscheidungen. An dieser Stelle ist die Politik gefordert, ihrer Vorbildrolle gerecht zu werden.

In Ausblick auf die anstehenden Bundestagswahlen wird die bestehende Problematik des Lohndumpings u.a. durch die Nutzung von Werkverträgen weiterhin in der politischen Diskussion präsent sein. Inwieweit tatsächlich gesetzliche Maßnahmen ergriffen werden, bleibt abzuwarten.

Literaturverzeichnis

- Alpmann-Pieper, An-
negerd
BA
Schuldrecht BT 1 Kaufrecht / Werkvertrags-
recht, 17. Auflage, Münster 2013
Geschäftsanweisungen zum AÜG, Stand:
April 2013, Online im Internet, URL: [http://
www.Arbeitsagentur.de/zentraler-Content/
A08-Ordnung-Recht/A083AUEG/Publikati
on/pdf/GA-AUEG.pdf](http://www.Arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A08-Ordnung-Recht/A083AUEG/Publikation/pdf/GA-AUEG.pdf), abgerufen am 10. Mai
2013
- Bauer, Jobst-Hubertus
/ Driller, Martin / Lo-
renzen, Stefanie
BDA
Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“,
NZA 1999, S. 169-177
Werkverträge – Unverzichtbar für Beschäfti-
gung, Wachstum und Wirtschaft, Beitrag
zum Symposium Werkverträge im BMAS am
11.03.2013, Online im Internet, URL: [http://
www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE
/Thema-Arbeitsecht/werkvertr%C3%A4ge-
wolf.pdf?__blob=publicationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsecht/werkvertr%C3%A4gewolf.pdf?__blob=publicationFile), abgerufen
am 03.05.2013
- Becker, Friedrich /
Kreikebaum, Hartmut
Behrend, Britta
Zeitarbeit – gewerbsmäßige Arbeitnehmer-
überlassung, 2. Auflage, Wiesbaden 1982
Scheinwerkverträge bei bestehender Arbeit-
nehmerüberlassungserlaubnis, Diss. Univer-
sität Münster 2001
- BMAS
Diskussion über Werkverträge, Online im In-
ternet, URL:[http://www.bmas.de/DE/Themen
/Arbeitsrecht/Meldungen/werkvertraege.
html](http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Meldungen/werkvertraege.html), abgerufen am 03.05.2013

- BMF Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, Aufgaben und Befugnisse, Online im Internet, URL: http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Bekaempfung-der-Schwarzarbeit-und-illegalen-Beschaeftigung/Aufgaben-und-Befugnisse/aufgaben-und-befugnisse_node.html, abgerufen am 3. Mai 2013
- ders. Zeitarbeit, Arbeitnehmerüberlassung, Folgen bei illegalem Ver- und Entleih, Online im Internet, URL: http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Zeitarbeit-Arbeitnehmerueberlassung/Folgen-bei-illegalem-Ver-undEntleih/folgen-bei-illegalem-ver-und-entleih_node.html, abgerufen am 10.05.2013
- BMWi Öffentliche Aufträge, Online im Internet, URL: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsrecht/werkvertr%C3%A4ge-zander.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am 03.05.2013
- Boganni, Massimo / Pennekamp, Johannes / Werkverträge – Es geht noch billiger, DIE ZEIT v. 08.12.2001, Nr. 50, Online im Internet, URL: <http://www.zeit.de/2011/50/Leiharbeit-Werkvertraege>, abgerufen am 22.04.2013
- Bpb Recht A-Z, Fachlexikon für Studium und Beruf, Band 1054, Bonn 2010
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dieter / Besonderes Schuldrecht, 37. Auflage, München 2013
- ders. Allgemeiner Teil des BGB, 36. Auflage, München 2012

- Buch, Holger Ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse; Scheinselbständigkeit und geringfügige Beschäftigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt, Frankfurt am Main 1999
- Büllesbach, Alfred (Hrsg.) Staat im Wandel – mehr Dienstleistung, weniger Verwaltung, Köln 1995
- Conze, Peter / Karb, Svenja / Wölk, Wolfgang Personalhandbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 4. Auflage, München 2014
- Däubler, Wolfgang Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen – Eine Expertise im Auftrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE, September 2011, Online im Internet, URL: <http://www.linksfraktion.de/themen/werkvertraege/>, abgerufen am 07.04.2013
- Dauner-Lieb, Barbara Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG, NZA 1992, 817-825
- DGB Werkverträge – Missbrauch stoppen, arbeitsmarktaktuell Nr. 5, Juni 2012, Online im Internet, URL: <http://www.dgb.de/themen/+++co++25f026ea-baa9-11e1-7bae-00188b4dc422>, abgerufen am 03.05.2013
- ders. Diskussionsrunde „Handlungsoptionen für Verbände und Politik“, Thesen zum Symposium Werkverträge am 11.03.2013 im BMAS, Online im Internet, URL: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsrecht/werkvertr%C3%A4ge-nielebock.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am 19.03.2013
- Dietrich, Norbert Kommentar zur Bundeshaushaltsordnung, Stand 01.01.2013

- DR-Bund SGB IV Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – Text und Erläuterungen, 20. Auflage, Berlin 2012 (zitiert: *DR-Bund*, SGB IV)
- DR-Bund Erläuterungen zum Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status, Online im Internet, URL: <http://www.deutsche-rentenversicherung.de/cae/servlet/contentblob/217146/publicationFile/30261/V0028.pdf>, abgerufen am 03. Mai 2013
- Dütz, Wilhelm / Thüsing, Gregor Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2011
- Erenkämper, Friedel / Zimmermann, Uwe (Hrsg.) Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, 1. Auflage, Baden-Baden 2010
- Eustrup, Gabriele Durchsetzung und Kontrolle des geltenden Rechts, Beitrag zum Symposium Werkverträge im BMAS am 11.03.2013, Online im Internet, URL:http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsrecht/werkvertr%C3%A4geeustrup.pdf?_blob=publicationFile, abgerufen am 27.03.2013
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin 1979
- Greiner, Stefan Freie Mitarbeit, In: Preis, Ulrich (Hrsg.), Innovative Arbeitsformen, Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, S. 709-758, Köln 2005
- ders. Outsourcing, In: Preis, Ulrich (Hrsg.), Innovative Arbeitsformen; Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, S. 991-1055, Köln 2005

- Hamann, Wolfgang Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 88, Berlin 1995
- ders. Beteiligungsrechte des Betriebsrates beim Einsatz von Fremdpersonal, WiVerw 2001/3, 215-228
- Heinz, Georg / Roth, Herbert (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Edition 26 (Stand 01.02.2013), Online im Internet, URL: <http://www.beck-online.de>, (zitiert: BeckOK BGB /*Bearbeiter*)
- Henrici, Horst Der rechtliche Schutz für Scheinselbständige; eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verlagsbereiches, Taunusstein 2002
- Hohmeister, Frank Zur Abgrenzung zwischen Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft bei vorsätzlich falscher Rechtsformwahl, NZA 2000, 408-410
- Hromadka, Wolfgang / Maschmann, Frank Arbeitsrecht Band I Individualarbeitsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2012
- IG- Metall „Moderner Sklavenhandel“ Fremdfirmeneinsatz durch Leiharbeit und Werkverträge, Schriftenreihe der IG Metall 132, Frankfurt am Main 1993
- dies. Trotz Aufschwung setzten Arbeitgeber voll auf Leiharbeit und prekäre Beschäftigung, Pressemitteilung v. 16.02.2011, Nr. 07/2011, Online im Internet, URL: <http://www.igmetall.de/cps/rde/xchg/internet/style.xsl/pressemitteilungen-2011-7009.htm>, abgerufen am 03.05.2013

- dies. Kampagne „Arbeit sicher und fair – für Alle“, Was will die IG Metall?, Online im Internet, URL: <http://www.fokus-werkvertraege.de/informiert-sein/artikeluebersicht/was-will-die-ig-metall/>, abgerufen am 03.05.2013
- Karthaus, Boris/ Klebe, Thomas Betriebsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417-426
- Keller, Harald Faktisches Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts, NZA 1999, 1311-1313
- Klebe, Thomas Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?, AiB 2012, 559-564
- Koch, Andreas Werkverträge in der Arbeitswelt, Ein Projekt der Otto Brenner Stiftung, OBD-Arbeitspapier Nr. 2, Frankfurt am Main 2012
- Kühn, Manuel etc. Beschäftigung, Auftragslage und Perspektiven im Schiffsbau, Schriftenreihe Institut Arbeit und Wirtschaft 14, Bremen Oktober 2012, Online im Internet, URL: http://www.iaw.uni-bremen.de/ccm/ccms-service/stream/asset/IAWSchriftenreihe%2004_Schiffbaustudie.pdf?asset_id=3106035, abgerufen am 21.04.2013
- Kunz, Jürgen / Kunz, Petra Arbeitsrecht in der Praxis - Freie Mitarbeiter, Scheinselbständige, Arbeitnehmerähnliche Selbständige, Berlin 2000
- Lampe, Christian Arbeitsrechtliche Folgen der aufgedeckten „Scheinselbständigkeit“, RdA 2002, 18-28

- Lorig, Philipp Werkverträge - Die neue Lohndumping Strategie?! - Studie im Auftrag der Rosa-Luxemburg-Stiftung, 2012, Online im Internet, URL: http://www.Rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/sonst_publicationen/rls_studie_werkvertr%C3%A4ge.pdf, abgerufen am 07.04.2013
- Marschall, Dieter Zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, NZA 1984, 150-152
- M+E Gesamtmetall Werkverträge in der M+E-Industrie, Stellungnahme für das Symposium Werkverträge im BMAS am 11.03.2013, Online im Internet, URL: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsrecht/werkvertr%C3%A4ge-zander.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am 03.05.2013
- Meyer, Jörg Koalition sieht keinen Handlungsbedarf bei Werkverträgen, Neues Deutschland - Sozialistische Tageszeitung v. 30.06.2012, Online im Internet, URL: http://www.mueller-gemmeke.de/fileadmin/beate/2012/Juni/120630_Neues_Deutschland_Werkvertraege.pdf, abgerufen am 03.05.2013
- Meyer, Justus Wirtschaftsprivatrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2006
- Moll, Wilhelm (Hrsg.) Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012 (zitiert: *Moll/Bearbeiter*, MAH Arbeitsrecht)
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 13. Auflage, München 2013 (zitiert: *Erf-Komm/Bearbeiter*)

- NGG „Bei Missbrauch – Werkverträge verbieten!“, Pressemitteilung vom 01.05.2013, Online im Internet, URL: http://www.ngg.net/presse_medien/mediendienste-2013/2-quartal-2013/2013-05-01-chg-osnabrueck/, abgerufen am 03.05.2013
- dies. Wenig Rechte, Wenig Lohn - Wie Unternehmen Werkverträge (aus)nutzen, Online im Internet, URL: http://www.ngg.net/themen_von_a_bis_z/werkvertrags-missbrauch/wenig-rechte-broschuere-werkvertraege.pdf, abgerufen am 21.04.2013
- dies. Umfrage zur Verbreitung von Leiharbeit und Werkverträgen in der Ernährungsindustrie, Online im Internet, URL: http://www.ngg.net//w/files//werkvertraege_kurz_.pdf, abgerufen am 21.04.2013
- Palandt, Otto (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011 (zitiert: *Palandt/Bearbeiter*)
- Peipp, Doris Einsatz firmenfremder Arbeitskräfte im Unternehmen, In: Europäische Hochschulschriften Reihe 5, Band 1931, Frankfurt am Main 1996
- Reufels, Martin/ Dietrich, Ute Arbeitnehmerüberlassung, In: Reufels, Martin (Hrsg.), Personaldienstleistungen, Teil A, München 2012
- Richardi, Reinhard (Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar, 13. Auflage, München 2012 (zitiert: *Richardi/Bearbeiter*)
- ders. etc. (Hrsg.) Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auflage, München 2009 (zitiert: *Münch-Hand/Bearbeiter*)

- Rolfs, Christian/ Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf/ Udsching, Peter (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Edition 32 (Stand 01.06.2014), Online im Internet, URL: <http://www.beck-online.de>, (zitiert: BeckOK Arbeitsrecht/*Bearbeiter*)
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB, Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil II, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: MünchKomm/*Bearbeiter*)
- Schaub, Achim Arbeitnehmerüberlassung, Diss. Universität Göttingen 2001
- Schaub, Günter (Begr.) Arbeitsrechts-Handbuch; Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 14. Auflage, München 2011 (zitiert: *Schaub/Bearbeiter*)
- Schneider, Josef etc. Finanz und Steuern, Band 16, Lexikon des Steuerrechts, 6. Auflage, Stand: 01.04.2012, Online im Internet, URL: <http://www.smartsteuer.de/portal/lexikon/E/Einkuenfte-aus-selbststaendiger-Arbeit.html#D06302640012>, abgerufen am 07.05.2013
- Schüren, Peter (Hrsg.) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Kommentar, 4. Auflage, München 2010 (zitiert: *Schüren/Bearbeiter*)
- ders. Scheinwerk- und Scheindienstvertrag mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, NZA 2013, 176-178
- ders. Der Scheinwerkvertrag – Rechtsfolgen und Identifikation verdeckter, illegaler Arbeitnehmerüberlassung, WiVerw 2001/3, 173-189

- ders. Fremdfirmenpersonal – Legale und illegale Arbeitnehmerüberlassung, In: Blanke, Thomas etc., Neue Beschäftigungsformen, 4. Teil, Baden-Baden 2002
- ders. Abgrenzung und Identifikation von (Schein-) Werkverträgen – Eine Skizze. In: Klebe, Thomas/ Wedde Peter/ Wolmerath, Martin (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt: FS für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1999 (zitiert: Schüren, FS Däubler)
- Siems, Dorothea/ Wisdorff, Flora Kampf gegen den Trick mit den Werkverträgen, Die Welt, 03.02.2013, Online im Internet, URL: <http://www.welt.de/wirtschaft/article113347558/Kampf-gegen-den-Trick-mit-den-Werkvertraegen.html>, abgerufen am 03.05.2013
- Spiegel Online Urteil zu Tarifverträgen – Leiharbeiter erhalten rückwirkend mehr Lohn, Artikel v. 13.03.2013, Online im Internet, URL: <http://www.spiegel.de/karriere/berufsleben/bundesarbeitsgericht-nachtraeglich-hoeherer-lohn-fuer-leiharbeiter-a-888688.html>, abgerufen am 03.05.2013
- Statistisches Bundesamt Beschäftigte der öffentlichen Arbeitgeber, Online im Internet, URL: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/Personal/Tabellen/Arbeitgeber.html>, abgerufen am 12.05.2013
- Steuer, Markus Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, In: Augsburger Rechtsschriften Band 56, 1. Auflage 2009, Baden-Baden

- Tenbrock, Klaus Leiharbeit, In: Preis, Ulrich (Hrsg), Innovative Arbeitsformen; Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, S. 911-989, Köln 2005
- Walle, Andreas Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis – Zuordnungsprobleme in individualarbeitsrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht-, Berlin 1998
- ders. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, NZA 1999, 518-522
- Walwei, Ulrich Flexibilisierung und Regulierung des Beschäftigungssystems: Optionen und Effekte, MittAB, S. 219-227
- Wank, Rolf Der Arbeitnehmerbegriff, In: Blanke, Thomas etc., Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 1 Teil, Baden-Baden 2002
- ders. Die Neufassung des AÜG, In: Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 49, Berlin 2012
- Weinkopf, Claudia/
Vanselow, Achim (Fehl-)Entwicklungen in der Zeitarbeit?- Expertise im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2008
- Weckesser, Irene Die Auswirkungen des im Rahmen des Gesetzes für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt eingeführten Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Arbeitnehmerüberlassung, Diss. Universität Erlangen-Nürnberg 2008
- Zänker, Leif Der Funktionswandel des Werkvertrags, In: Dauner-Lieb, Barbara / Berger, Christian/ Faust, Florian (Hrsg.), Studien zum Zivilrecht, Band 8, Baden-Baden 2006

ZDH

Stellungnahme zum Antrag der LINKEN (BT-Drucks. 17/7220) sowie Bündnis90/Die Grünen (BT-Drucks. 17/7482), Online im Internet, URL: http://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/themen/Sozial-und-Tarifpolitik/Rundschreiben_2012/04-17_Leiharbeit_Werkvertraege.pdf, abgerufen am 03.05.2013

Veröffentlichungen der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung

Schriften zur Allgemeinen Inneren Verwaltung

(Bis Band 13: Arbeiten zu Verwaltungsstudium und –praxis)

ISSN 00948-0617.

1. 1987. Jürgen Schüler: Das Verhältnis der SR 2 y BAT zum Beschäftigungsförderungsgesetz. Peter Zajonz: Das Beamtentum - eine Elite. Lydia Orth: Der preußische Verfassungskonflikt von 1862. Matina Danowski: Vergleichen Sie die Ablegeleistung verschiedener Registraturverfahren anhand von modellhaften Aufgabenstellungen. Vergriffen.
2. 1988. Lothar Krebs: Trunkenheit im Straßenverkehr als Erstdelikt - Entlassungsgrund für Beamte auf Widerruf. Thomas Wauters: Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums - dargestellt an sechs frei ausgewählten Beispielen. Sabine Keese: § 29 Abs. 2 BBG und das EG-Niederlassungsrecht - ein unlösbarer Konflikt? Vergriffen.
3. 1988. Eckhard Marx: Personale Aspekte der Entbürokratisierung, dargestellt anhand der aktuellen Diskussion in den Zeitschriften "Die Personalvertretung, Die Verwaltung, VOP, VR" (1980-1987). Edgar Borchers: Wahlrecht für Ausländer. Vergriffen.
4. 1989. Ulrike Baumgartner: Karrierechancen von Frauen im öffentlichen Dienst untersucht im Bundesverwaltungsamt. Anett Onischke: Die Bedeutung bürokratischer Herrschaft unter besonderer Beachtung der Theorien Max Webers. Gabriele Sauermann: Die Förderung von Frauen in der öffentlichen Verwaltung. Vergriffen.
5. 1990. Henning Ohrendorf: Das Assessment-Center als Instrument der qualitativen Personalarbeit. Kirsten Schippmann: Zusage und Zusicherung im Verwaltungsrecht. Carl-Peter Blumenthal: Verzicht auf Grundrechte? Vergriffen.
6. 1992. Karl Aust: Ist der sog. "Berlin-Beschluß" des Deutschen Bundestages vom 20. 6. 1991 rechtswidrig? Gabriele Bruker-Malinowski: Frauenbeauftragte in der Bundesverwaltung. Karsten

- Hettling: Der Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften - Aufstellung, Feststellung, Aufbau. Vergriffen.
7. 1994. Barbara Smaka: Trends im Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik. Anja-Doreen Seyfarth: Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (Art. 28 II GG). Renate Abelen-Auer: Die verwaltungsprozessualen Klagearten. Vergriffen.
 8. 1995. Peter Glinder: Fürstenenteignung (Gesetzentwurf von 1926). Axel Schad: Beamtenrecht in den Bundesländern, rahmenrechtliche Vorgaben und bundesrechtliches Vorbild, dargestellt am Beispiel des Sächsischen Beamtengesetzes. Silke Ollenburg: Politische Entwicklung im Winter 1932/33. War die Ernennung Adolf Hitlers zum Reichskanzler unvermeidlich? Tamara Langen: Psychosoziale und psychosomatische Folgen moderner Bürotechnologie am Beispiel von PC-Arbeitsplätzen, derzeitiger Forschungs- und Entwicklungsstand, praktische Konsequenzen. Vergriffen.
 9. 1997. Harald Heitmeir: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Bettina Linke: Psycho-soziale Folgen der Dauerarbeitslosigkeit in den neuen Bundesländern - ein bisher „nicht“ bekanntes Phänomen. Jens Stecher: Die Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst. Christian Würker: Die Abmahnung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Vergriffen.
 10. 1997. Nicole Gehrke: Staat und Minderheiten - Diskriminierung am Beispiel der Hexenprozesse. Wolfgang Kampa: Der Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zum Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 GG - Pro und Contra. Ute Kellner: Der/Die Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages. Peter Wächter: Die Beziehung des Menschen zum Wald am Beispiel der Großstadt Frankfurt am Main im Ballungsgebiet Rhein-Main. Vergriffen.
 11. 1999. Thorsten Blanke: Ein kleiner Einblick in das Betreuungsrecht. Nadine Yvette Blüm: Mobbing: Übergriffe am Arbeitsplatz. Nadine Böhmert: Das Behindertentestament. Sabine Najib: Zur Standortbestimmung der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung des soziologischen Staatsbegriffs nach Max

- Weber. Sabine Weigelt-Russo: Ausgewählte Maßnahmen zur Fehlzeitenreduzierung.
12. **Heinrich**, Juliane: Gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Entgeltgleichheit als Kriterium in der öffentlichen Auftragsvergabe des Bundes. 2009. 93 S. ISBN 978-3-938407-34-9.
 13. **Schmitt**, Markus: Erfolgsfaktoren für Shared Services in der Bundesverwaltung am Beispiel IT-gestützter Personalarbeit. 2010. 134 S. ISBN 978-3-938407-37-0.
 14. **Heidemann**, Stefan: Bürgerschaftliches Engagement in Deutschland und seine Förderung durch Politik und Verwaltung. Ein Blick auf die Bundesebene. 2010. 95 S. ISBN 978-3-938407-40-0.
 15. **Porscha**, Sonja: Auswirkungen von Patenten auf die Nutztierproduktion in Europa unter besonderer Berücksichtigung der Art. 52 ff. des Europäischen Patentübereinkommens. 2011. 92 S. ISBN 978-3-938407-46-2.
 16. **Mutschke**, Daniel: Ist Deutschland bereit für eine Flat-Tax? 2012. 118 S. ISBN 978-3-938407-51-6.
 17. **Schmidt**, Dorothea: Die Berücksichtigung der Schwerbehinderung nach dem Recht des öffentlichen Dienstes und im Personalmanagement. 2012. 112 S. ISBN 978-3-938407-55-4.
 18. **Steinfurth**, Mario: Die Bundesverwaltung als Spiegelbild der Gesellschaft? Relevanz, Rechtmäßigkeit und Perspektiven einer Quote zur Erhöhung des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund in der Bundesverwaltung. 2012. 105 S. ISBN 978-3-938407-56-1.
 19. **Neuhaus**, Judith D.: Gesundheitserhaltende Führung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern als ein Element des Betrieblichen Gesundheitsmanagements im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland. 2014. 87 S. ISBN 978-3-938407-63-9.