

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, und Janine Geißer

## Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht, und man ist verstimmt!

Zu den Vorschlägen für eine gesetzliche Regelung „zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie“ von Prof. Dr. Peter Schüren und Prof. Dr. Christiane Brors

Werkverträge sind in letzter Zeit ein häufiges Streitthema sowohl in der Presse als auch in der Politik. Der Koalitionsvertrag hat Anlass zu Gesetzesänderungen gegeben. So wurde vom Land Nordrhein-Westfalen ein entsprechender Gesetzesvorschlag zur „Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz“ vorgelegt, ausgearbeitet von den Professoren Brors und Schüren. Der vorliegende Beitrag untersucht den Gesetzesvorschlag bezüglich seiner Vereinbarkeit mit den vom BAG aufgestellten Kriterien sowie den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben – insbesondere soll dabei die geforderte Beweislastumkehr bei Werkverträgen ins Zentrum der Kritik gestellt werden.

### I. Das Märchen vom Fischer und seiner Frau

Wer bisher Prof. Dr. Peter Schüren als sachlichen Kommentator seines nunmehr in 4. Auflage vorliegenden Kommentars zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz<sup>1</sup> wahrgenommen hat, hörte vor etwa einem Jahr überrascht die in eine ganz andere Richtung gehenden Äußerungen des Kommentators im Betriebs-Berater.<sup>2</sup> Hier wurden Begriffe verwendet, die sonst nur in der Gewerkschafts- und der der Gewerkschaft nahestehenden Presse verwandt werden, wie etwa, dass die Hartz-Reform aus der Arbeitnehmerüberlassung „eine Art Freihandelszone“ gemacht hätte. Es wird in dem Artikel von der „Pseudogewerkschaft CGZP“ gesprochen, die den Kundenkreis bestimmter Verleiher unter anderem durch „Unmengen gruseliger Haustarife“ bediente und „den Nutzern Wettbewerbsvorteile verschaffte, mit denen man sich eine ‚goldene Nase‘ verdienen“ konnte. Wie nicht anders erwartet, wurde die Gewerkschaft Ver.di lobend erwähnt, die das Verfahren in Bezug auf die CGZP leider zu spät eingeleitet hätte, sonst „wäre es vielleicht gelungen, den Profiteuren das Geld wieder abzunehmen“. Möglicherweise würden „die Verleiher die Rechnung“ für ihr Verhalten „erst nach der nächsten Bundestagswahl präsentiert bekommen“, wie „im Märchen, wo der Fischer und seine Frau wegen ihrer Gier am Ende in ihren alten ‚Pißputt‘ zurückmüssen“. Schließlich stellt Schüren auf das verstärkte „Inhouse-Outsourcing als Ersatz für die billigen ‚Zweitbelegschaften‘“ ab. Hierbei hätten sich inzwischen manche eine „blutige Nase geholt“. Bei den „Linken, den Grünen und der SPD“ lägen hierzu „allerhand Reformvorschläge in den Schubladen“.

Nach dem Hinweis auf den DHV als „Deutscher Meister im Unterschreiben unwirksamer Tarifverträge“ folgt die Empfehlung, dass der Gesetzgeber nach der Wahl handeln solle, um eine Korrektur herbeizuführen. Er, Schüren, habe früher an Selbstregulierung geglaubt, die „Gier“ sei „aber zu groß“. „Dauerüberlassung, Scheinwerk- und

Scheindienstverträge müssten zum fingierten Arbeitsverhältnis zum Entleiher“ führen.

So selbstempfunden ist es kein Wunder, dass die SPD-Regierung in Niedersachsen den erklärten Kämpfer gegen die „Gier“ bereitwillig als Gutachter herangezogen hat. Was sich daraus für die Abwicklung von Werkverträgen und die Verstärkung der Betriebsräte gegenüber dem werkvertraglichen Einsatz auf Wunsch von Schüren ergeben soll, liegt auf der Hand.

### II. Der Gesetzesvorschlag „Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern“

Die Diskussion um den Fremdpersonaleinsatz oder wie es Herr Prof. Dr. Schüren in seinem Kommentar im Betriebsberater ausdrückt „Das Märchen vom Fischer und seiner Frau“<sup>3</sup>, beginnt laut Schüren mit der „Pseudogewerkschaft CGZP“.

Den ersten Gesetzesvorschlag zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen leitete die SPD-Fraktion am 19.2.2013 in den Bundestag ein.<sup>4</sup> Hierbei sollte ein neuer Absatz 1a in den § 1 AÜG eingefügt werden, bestehend aus einem Vermutungskatalog mit Kriterien für eine Arbeitnehmerüberlassung und gegen einen Werkvertrag. Bei Vorliegen dreier dieser Kriterien würde es automatisch zur Vermutung einer Arbeitnehmerüberlassung kommen. Dabei wird zum einen die ständige Rechtsprechung der Gerichte zu der Abgrenzung Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung<sup>5</sup> außer Acht gelassen und der Umstand, dass diese Kriterien vom Rang her völlig unterschiedlich zu gewichten sind und nur eine Gesamtschau ein richtiges Ergebnis bringen kann.<sup>6</sup>

Daraufhin wurde am 28.10.2013 auch seitens des Bundesrates eine Initiative eingebracht, welche allerdings auf die Vermutungsregelungen verzichtet hat.<sup>7</sup> Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD wurde unter dem Titel „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern“ festgelegt, dass die Prüfungstätigkeit der Kontrollbehörden verstärkt werden soll und zu dessen Durchführung die Vermutungsregeln der Rechtsprechung gesetzlich niedergelegt werden sollen.<sup>8</sup>

1 Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar 4. neubearbeitete Aufl. 2010.

2 Schüren, BB 2013 Heft 21, Die Erste Seite.

3 Schüren, BB2013, Heft 21, Titeldokument.

4 BT-Drs. 17/12378.

5 BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338; BAG, 18.10.1994 – 1 ABR 9/94, BB 1995, 518; LAG Düsseldorf, 27.8.2007 – 17 Sa 270/07; LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 62/10.

6 Vgl. hierzu auch Bauer, DB 2014, 60 ff.

7 BR-Drs. 687/13.

8 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 49 f.

Nun kommt nach dem Koalitionsvertrag der erste Gesetzesentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, ausgearbeitet durch Prof. Dr. Brors und Prof. Dr. Schüren mit dem Titel „Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern“.<sup>9</sup> Als Eckpfeiler des Gutachtens kann man folgende Punkte angeben:

- Die legale Überlassung durch Bestimmung der „vorübergehenden“ Überlassung soll klar in § 1 Abs. 2 AÜG definiert werden;
- „Scheinwerkverträge“ sollen durch eine Beweislastumkehr im Gesetz zu Lasten des Unternehmers abgeschafft werden;
- ausländischen Unternehmen mit Entsendebescheinigungen soll die volle Haftung des Arbeitgeberanteils auferlegt werden;
- Unterrichts- und Informationsrechte des Betriebsrates sollen gestärkt werden.

In der vorliegenden Betrachtung soll der Schwerpunkt der Untersuchung auf die negative Haltung und Auswirkung des Gutachtens auf die werkvertragliche Abwicklung gelegt werden und nur am Rande auf die Probleme der Unterrichtsansprüche des Betriebsrates sowie den gewollten Haftungsanspruch bei bestehender Entsendebescheinigung eingegangen werden.

### III. Die Vorschläge von den Professoren Brors und Schüren

#### 1. Vorhersehbare gezielte Benachteiligung der Werkvertragsunternehmen unter dem Mäntelchen des erforderlichen Schutzes von in Arbeit und Brot stehenden, vielfach ausländischen Arbeitnehmern

Nachdem sich Prof. Schüren in seinem Märchen vom Fischer und seiner Frau<sup>10</sup> als bester „Kämpfer“ gegenüber der von ihm herausgestellten „Gier“ bei der Abwicklung von Leiharbeit und Werkverträgen empfohlen hat, ist es kein Wunder, dass ihn nunmehr das von der SPD regierte Land Nordrhein-Westfalen beauftragt hat, seine negativen Vorstellungen von den Unternehmen, die im Rahmen von Leiharbeit und Werkverträgen tätig werden, in ein amtliches Papier als „Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinien“ zu fassen.<sup>11</sup> Nach Kenntnis der ersten Seite des Betriebsberaters Nr. 21 vom 21.5.2013 war die negative Zielsetzung des Gutachtens von vornherein zu erwarten.

#### 2. Die grenzenlos erfolgende Gleichsetzung von werkvertraglicher Abwicklung und Scheinwerkverträgen

Schon in der Beschreibung des Prof. Schüren und Frau Prof. Brors erteilten Gutachtenauftrags wird die „missbräuchliche Nutzung von Scheinwerkverträgen und Scheindienstverträgen zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung und zur Scheinselbständigkeit“, die ein Tätigwerden erfordere, zugrunde gelegt. Es wird zunächst gar nicht angesprochen, dass die Abgrenzung zwischen werkvertraglicher Abwicklung und illegaler Arbeitnehmerüberlassung durch die Rechtsprechung bereits aufgrund von Kriterien, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden, erfolgt.

Die ganz maßgeblich geforderte „Beweislastumkehr“<sup>12</sup> wird angeblich nur zugunsten der „illegal überlassenen“ oder „scheinselbständigen Arbeitnehmer“ gefordert, die sich damit „leichter einklagen“ können sollen.<sup>13</sup> Im Ergebnis soll dies zu einer Umkehr der Beweislast zulasten der Werkunternehmer und deren Auftraggeber führen,

wenn es ihnen allein aus Beweisgründen nicht gelingt, das Vorliegen von Werkverträgen zu beweisen. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass das Gutachten bei Vorliegen einer heute ganz selbstverständlichen Werkvertragsabwicklung aufgrund der Zurverfügungstellung von Material und Werkzeug durch den Auftraggeber<sup>14</sup> und der Vergütung der Werkleistung im Rahmen eines Zeithonorars<sup>15</sup> bereits eine Vermutung für das Vorliegen von illegaler Arbeitnehmerüberlassung aufstellt. Es tritt also unter dem Deckmantel, dem im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einem illegalen Verleiher oder einem Werkvertragsunternehmen stehenden, also versorgten Arbeitnehmers, einen neuen Arbeitgeber zukommen zu lassen, eine Situation ein, die im Ergebnis gleichzeitig zur Vermutung einer Hinterziehung von Sozialabgaben im Sinne des § 266a StGB führt.

Hierzu soll nach dem neuen § 1 Abs. 4 AÜG eine Vermutung für eine Arbeitnehmerüberlassung eingreifen, wenn die „Arbeitnehmer in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig“ werden.<sup>16</sup>

#### 3. Die störende Auswirkung der A1-Bescheinigung

Ganz maßgeblich bedrückt die Verfasser des Gutachtens, dass die „Fiktion eines Arbeitsverhältnisses“ bei Vorliegen der A1-Bescheinigungen aufgrund der „europäischen Rahmenbedingungen nicht möglich“ ist.<sup>17</sup> Weil die in der Rechtsprechung des EuGH und teilweise auch des BGH zugunsten der einschränkungslos gesicherten Beibehaltung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem ausländischen Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern Schüren zugunsten der von ihm vertretenen Gewerkschaftsrichtung stört, wird entgegen der angesprochenen Anerkennung von Rechtsprechung und Literatur dem ausländischen Arbeitnehmer, dem man kein anderes Arbeitsverhältnis über §§ 9/10 AÜG anhängen kann, ein zusätzlicher Anspruch gegen den Auftraggeber eines angestrebten Werkvertrages eingeräumt.<sup>18</sup> Damit wird der aus Sicht der Gutachtenverfasser zugunsten der ausländischen Arbeitnehmer von Werkverträgen bestehende „Kostenvorteil aufgehoben; das sollte abschrecken!“<sup>19</sup>

#### 4. Das dem Betriebsrat zustehende Unterrichts- und Informationsrecht, das schnell zum Mitbestimmungsrecht mutieren kann

Unter dem Deckmantel, dem Betriebsrat „einen stark abgesicherten, dauerhaften Unterrichtsanspruch bei Fremdpersonaleinsatz“ einzuräumen,<sup>20</sup> soll der Betriebsrat ein neues „Informationsrecht“ erhalten. Dies soll im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass sich der Betriebsrat zulasten einer bestehenden werkvertraglichen Abwicklung auf den Standpunkt stellen kann, es läge eine „illegale Überlassung in Form

9 Arbeitsrechtliches Gutachten von Brors/Schüren, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, Stand: Februar 2014, Auftraggeber: Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen.

10 BB 2013, Heft 21 vom 21.5.2013, I.

11 Vgl. Arbeitsrechtliches Gutachten von Brors/Schüren, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, Stand: Februar 2014, Auftraggeber: Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen.

12 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

13 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

14 BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338; LAG Düsseldorf, 27.8.2007 – 17 Sa 170/07.

15 BAG, 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, BB 1991, 2375; BAG, 15.7.1992 – 7 AZR 398/91; LAG Rheinland-Pfalz, 3.2.2011 – 11 Sa 314/10.

16 Vgl. Gutachten (Fn. 9), Teil 4 Kommentierung zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, S. 3.

17 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

18 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

19 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

20 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen und illegaler Leiharbeit“ vor und ihm ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden soll, unter welchen Voraussetzungen von einer derartigen Annahme auszugehen ist.<sup>21</sup>

Hierbei wird natürlich nicht zum Ausdruck gebracht, dass die im Gutachten enthaltene Vermutungsregelung zulasten von Werkverträgen, also die Beweislastumkehr dem Betriebsrat bei diesem sogenannten „Informationsrecht“ zugute kommt. Gerade durch die in § 99a Abs. 2 BetrVG geforderte Wirkung der Unzulässigkeit des Fremdpersonaleinsatzes, wenn der Betriebsrat nicht unterrichtet wurde, zeigt, wie stark der Unternehmer damit belastet werden soll.

#### IV. Zur Abgrenzung von werkvertraglicher Abwicklung und illegaler Arbeitnehmerüberlassung im Einzelnen

##### 1. Überprüfung der Beweislastumkehr

Bemerkenswert ist, dass *Schüren* und *Brors* davon ausgehen, dass allein die Zielsetzung eines Auftraggebers, ihn als Empfänger der Arbeitsleistung nicht zum Arbeitgeber werden zu lassen und ihm die üblichen Pflichten eines Arbeitgebers zu ersparen, dafür sprechen soll, dass es hierbei um Scheinwerk- und Scheindienstverträge als verdeckte Formen der Arbeitnehmerüberlassung geht.<sup>22</sup> Darin, dass der Empfänger der Arbeitsleistung die ohne die daran anknüpfenden Bedingungen und Pflichten eines Arbeitsverhältnisses erhält, läge der Missbrauch, was auch die angestrebte Kostensenkung durch Billiglöhne und reduzierten Bestandsschutz ermögliche.<sup>23</sup>

Bei dieser Darstellung wird bewusst außer Acht gelassen, dass die angesprochene Situation sich durchaus bei werkvertraglichen Einsätzen von Drittunternehmen stellen darf. Das Outsourcen von Aktivitäten eines Unternehmens, die ein Unternehmen, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr selbst abwickeln möchte, ist generell zulässig und rechtlich anzuerkennen.

Fremdvergabe ist ein Ausdruck einer arbeitsteiligen, durch Spezialisierung geprägten Wirtschaft<sup>24</sup> als wichtiges Instrument moderner wirtschaftlicher Dynamik und Produktivität.<sup>25</sup> Geschützt wird gerade diese Fremdvergabe durch die im europäischen Binnenmarkt herrschende Dienstleistungsfreiheit.<sup>26</sup>

In bestimmten Bereichen gibt es, selbst bei Interesse der betroffenen Unternehmen, eine gewisse Aufgabe in Deutschland mit deutschen Arbeitnehmern abzuwickeln, keine Möglichkeit, dies zu tun.<sup>27</sup> In anderen Bereichen möchte ein Unternehmen gewisse spezialisierte Leistungen nicht mehr mit eigenen Arbeitnehmern durchführen, sondern den gesamten Komplex durch ein Drittunternehmen abwickeln lassen.

Dies zeigt deutlich, dass Werkverträge als Ausprägung der Dienstleistungsfreiheit und unternehmerischen Freiheit in der modernen Wirtschaft ihren Platz und Zweck haben. Durch die geplante Beweislastumkehr als Vermutungsregelung könnte der Werkvertrag wegen dem Risiko dieser Vermutung quasi abgeschafft werden.<sup>28</sup> Das Risiko besteht nicht lediglich für in der Presse angeprangerten Schlachtunternehmen, Logistikunternehmen und Gebäudereinigungen, sondern auch für hochqualifizierte IT-Dienstleistungen, Malerarbeiten oder Elektroarbeiten. „Saubere Werkverträge“ werden durch den Aufwand des Entlastungsbeweises sowohl organisatorisch als auch durch die Negativdarstellung in der Öffentlichkeit immer schwerer durchführbar sein. Dadurch, dass es nach dem vom *Brors* und *Schüren* gefor-

derden § 1 Abs. 4 AÜG für die Vermutungswirkung ausreichend sein soll, dass Fremdarbeitnehmer in der Betriebsorganisation des Auftraggebers tätig werden, treffen die Auswirkungen jede Art von Werkvertrag. Für die Zeitarbeitsbranche bleibt nur noch wenig übrig.<sup>29</sup>

Die Vermutung basiert allein auf dem Kriterium des Tätigwerdens im Betrieb des Auftraggebers. Schon seit langem sieht die Rechtsprechung gerade diesen äußeren Umstand nicht als Indiz einer Arbeitnehmerüberlassung.<sup>30</sup> So stellt sich die Frage, auf welcher Basis man die Vermutungswirkung rechtfertigen kann und warum aufgrund eines Kriteriums, welches in der Rechtsprechung gerade nicht für eine Arbeitnehmerüberlassung spricht. Zudem berücksichtigt diese Vermutungsregelung weder den tatsächlich geschlossenen Vertrag noch die Durchführung des Vertrages in seiner Gesamtheit.

Ein weiteres Problem der geplanten Beweislastumkehr von *Brors* und *Schüren* ergibt sich durch die Formulierung des § 1 Abs. 4 AÜG. Dort soll es wörtlich heißen:

„Werden Arbeitnehmer in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden.“<sup>31</sup>

Wer diese Vermutungsregelung liest, wird annehmen, dass eine Arbeitnehmerüberlassung greift, sobald der Arbeitnehmer beweisen kann, dass er im Betrieb des Auftraggebers tätig wird. Verwirrend ist daher, wenn man die Aussagen des nordrhein-westfälischen Arbeitsministers *Dr. Schneider* über die geplante Gesetzesänderung hört. In dieser erklärt er die Beweislastumkehr folgendermaßen: „Wenn ein Mitarbeiter aufzeigt, dass er in die Arbeitsorganisation genauso eingebunden ist, wie ein Kollege aus dem Stammpersonal, dann muss das Unternehmen beweisen, dass dies nicht der Fall ist.“<sup>32</sup> Nach dieser Aussage von *Dr. Schneider* würde man annehmen, dass das Ziel der geplanten Regelung war, der Arbeitnehmer beweisen zu lassen, dass er in die Betriebsorganisation eingegliedert ist, also nicht allein nur dort tätig ist. Dies entspräche ganz dem Kriterium der Eingliederung, welches die Rechtsprechung seit langem vertritt. So fragt man sich, wie genau der Gesetzesvorschlag überdacht wurde, wenn man schon bei dem Vorschlag solche Rechtsunsicherheiten verursacht, dass der Wortlaut des geplanten Gesetzes nicht mit der Erklärung der „Macher“ übereinstimmt.

In diesem Zusammenhang verwundert der Hinweis von *Schüren* und *Brors* bei der Darstellung der sogenannten „inländischen illegalen Überlassung“, dass die Grenzziehung zwischen dem legalen Werk- und Dienstvertrag und der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, wie sie seitens der Gutachter heißt „von uns nicht verändert werden“ soll,

21 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 5.

22 Gutachten (Fn. 9), S. 6.

23 Gutachten (Fn. 9), S. 6.

24 Vgl. *Bauer*, DB 2014, 60 ff.; *Schneider*, DB 2013, 2928 ff.

25 BDA kompakt Werkverträge, abrufbar unter [www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/770DCC683F097A67C1257B8E0054DAFE/\\$file/kompakt\\_Werkvertraege.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/770DCC683F097A67C1257B8E0054DAFE/$file/kompakt_Werkvertraege.pdf), Stand: März 2014.

26 Vgl. hierzu auch die RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. vom 27.12.2006, L376, S. 636.

27 Vgl. dazu *Tuengerthal/Rothenhöfer*, BB 2013, 53, 54.

28 S. hierzu *Bissels*, CMS Hasche Sigle, abrufbar unter [www.cmshs-bloggt.de/arbeitsrecht/das-schuerenbrors-gutachten-vorschlaege-fuer-gesetzliche-aenderungen-beim-fremdpersonaleinsatz/](http://www.cmshs-bloggt.de/arbeitsrecht/das-schuerenbrors-gutachten-vorschlaege-fuer-gesetzliche-aenderungen-beim-fremdpersonaleinsatz/), Stand: März 2014; BAP Pressestatemant „Jobmotor ernsthaft gefährdet“, abrufbar unter [www.personaldienstleister.de/presse-service/pressemitteilungen/detail/article/jobmotor-ernsthaft-gefaehrdet.html](http://www.personaldienstleister.de/presse-service/pressemitteilungen/detail/article/jobmotor-ernsthaft-gefaehrdet.html), Stand: März 2014.

29 S. dazu auch BDA, Arbeitgeber aktuell, April 2014, S. 4.

30 BAG, 13.5.1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357–360, Rn. 33; BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338, Rn. 21; LAG Düsseldorf, 19.3.2009 – 11 TaBV 303/08, Aufl. 2009, 672–673, Rn. 38 ff.

31 Vgl. Gutachten (Fn. 9), Teil 4 Kommentierung zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, S. 3.

32 *Schneider* wird zitiert in Aktuelle Sozialpolitik: Werkverträge und Leiharbeit stärker in die Zange nehmen?, Stand: März 2014.

„weil sie sich in überzeugender Weise aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt und weil sie inzwischen mit Hilfe der ausdifferenzierten Rechtsprechung auch handhabbar ist“.<sup>33</sup>

Wie *Schüren* und *Brors* richtig sehen, bedarf die Grenzziehung zwischen Werkvertragsabwicklung und illegaler Arbeitnehmerüberlassung keiner weiteren Voraussetzungen oder gar Belastungen hinsichtlich der Abgrenzungsanforderungen, die wie darzustellen ist, „über das hinausgehen, was zur Erreichung“ des Ziels der Abgrenzung erforderlich ist und in der anerkannten Rechtsprechung bereits vorliegt. Es bedarf also keiner „Beweislastregelung ... die einen deutlich verstärkten Druck auf die Akteure ausüben werde“, wie dies von *Schüren* und *Brors* im Sinne des von *Schüren* angeführten Märchens „Fishing for Compliments“ herausgestellt wird.<sup>34</sup>

Auch in diesem Zusammenhang – man merkt die Absicht, und man ist verstimmt – berufen sich *Schüren* und *Brors* wiederum auf „Arbeitnehmer“, die entweder in einem legalen Leiharbeitsverhältnis oder in einem Arbeitsverhältnis mit einem Werkvertragsunternehmer stehen, der als „Scheinwerkunternehmer“ bezeichnet wird. Wie dem auch sei, befinden sich diejenigen, die ihrerseits einen Arbeitsplatz bei einem anderen Arbeitgeber einklagen möchten, bereits in einem Arbeitsverhältnis, im Rahmen dessen ihr Arbeitseinsatz vergütet wird. Sie sind keineswegs arbeits- und hilflos, sodass man ihren Arbeitgebern oder deren Auftraggebern maßgebliche Auflagen machen müsste, die diesen im Rahmen der verfassungsrechtlich bedenklichen Regelung nach §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein neues Arbeitsverhältnis beschere müssten.

Die Argumentation zugunsten des betroffenen, weder arbeitslosen noch einkommenslosen Arbeitnehmers, dem es schwerfallen soll, sich darüber hinaus bei einem neuen Arbeitgeber einzuklagen, erfordert keineswegs die von *Schüren* und *Brors* geforderten Maßnahmen.

## 2. Tatsächliche Ziele der neuen Regelung und Rechtsfolgen

Wie schon ausführlich dargestellt, bedarf es für die von *Schüren* und *Brors* geforderten Ziele nicht solcher drastischen Maßnahmen (s.o.). Somit bleibt die Frage, was bewirkt die neue Beweislastumkehr?

Dabei ist ein wichtiger Aspekt, wie sich eine solche Vermutungsregelung für den Zoll bzw. strafrechtlich auswirkt. So kann in einem Fall, in dem ein Arbeitnehmer wegen §§ 9, 10 AÜG klagt und der Unternehmer den Gegenbeweis nicht erbringen kann, das Vorgehen des Arbeitnehmers enorme Auswirkungen für den Arbeitgeber haben. Der Zoll kann darauf gestützt nun behaupten, dass, wenn im Klagefall Arbeitnehmerüberlassung angenommen wird, hierbei dies für die auf Werkvertragsbasis tätigen Arbeitnehmer der Fall ist und § 11 SchwarzArbG oder sogar § 266a StGB erfüllt sei. Es ist für den Zoll oder die Staatsanwaltschaft jetzt viel leichter, den Unternehmer strafrechtlich zu belangen. Aufgrund der Beweislastumkehr besteht nunmehr in strafrechtlicher Hinsicht ein Indiz, mit dem die Strafverfolgungsbehörden in ein Strafverfahren hineingehen können. Es bedarf keines großen Aufwandes für den Beweis mehr, denn auf der Basis des arbeitsrechtlichen Urteils wird belegt, dass eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Dabei wird die im deutschen Strafrecht und auch nach Art. 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geltende Unschuldsumutung gänzlich missachtet.

Die gegen Unternehmen, die auf werkvertraglicher Basis tätig werden wollen, gerichtete Haltung, die ihrerseits schon aus S. I des Betriebsberaters vom 21.5.2013 deutlich wird,<sup>35</sup> zielt darauf ab, den von den

Gewerkschaften nicht geliebten Werkvertragsunternehmen ihre Tätigkeit unverhältnismäßig zu erschweren, was nicht hinzunehmen ist.

Das Ganze wird mit folgender Überlegung begründet: Aktuell sei das wesentliche Risiko für diejenigen, die mit Scheinwerk- und Scheindienstverträgen arbeiten, dass staatliche Ermittlungsbehörden im Rahmen von Betriebsprüfungen diese „Missbräuche“ aufdecken. Dieses Risiko müsse erhöht werden.

Dies sagt sich so leicht daher, lässt aber vollkommen offen, wie problematisch sich das sogenannte Aufdecken von Missbräuchen auswirkt. Aus der Erfahrung der Verfasser und anderer, die mit der vorliegenden Materie vertraut sind, lässt sich herleiten: In der Vielzahl der Fälle, in denen in der Öffentlichkeit mit maßgeblichen Schlagzeilen gegen die Durchführung von Werkverträgen Furore gemacht wurde, zeigt sich im Endeffekt, dass der Zoll hierbei über seine Aufgabe hinausgeschossen ist. Wegen der unzutreffenden Einschätzung der vorhandenen Abgrenzungskriterien, kam der Zoll häufig zu „Scheinwerkverträgen“, die in Wahrheit nicht als illegale Arbeitnehmerüberlassung einzustufen waren.

Die Art und Weise des Vorgehens verdeutlicht, dass *Schüren* und *Brors* ihre im Betriebsberater-Märchen vom 21.5.2013<sup>36</sup> mitgeteilte Grundhaltung gegenüber Werkvertragsunternehmern dadurch zu kaschieren versuchen, dass sie auf die im Zweifel nicht berechtigten Interessen von in Arbeit und Brot stehenden Arbeitnehmern abstellt, aber in Wahrheit damit

- sowohl den Prüfungsbehörden
- wie der Deutschen Rentenversicherung
- sowie den Strafverfolgungsbehörden

eine maßgebliche, aber unverhältnismäßige und damit nicht hinnehmbare Hilfestellung gibt. Die Zielsetzung ist eindeutig: Sowohl den mittelständischen Werkunternehmen aus den Mitgliedstaaten der EU, als auch deren deutschen Auftraggebern soll die Durchführung von Werkverträgen bewusst versalzen werden. Dass *Schüren* und *Brors* das selbst so sehen, ergibt sich aus der folgenden Äußerung: „Auf die Weise erhöht sich die Kontrolldichte enorm. Denn jeder entlassene Arbeitnehmer wird so zum Risiko für den, der das Inhouse-Outsourcing“ missbräuchlich nutzt.“<sup>37</sup>

Folge einer solchen Beweislastumkehr wäre, dass man den Unternehmen die Möglichkeit der Durchführung von Werkverträgen faktisch nimmt, da das Risiko einer Verurteilung durch eine solche Regelung für die Unternehmen zu groß wird. Zudem wäre die Strafbarkeit für den Zoll um ein Vielfaches leichter zu beweisen, was den Strafverfolgungsbehörden und Prüfungsbehörden zugute kommt. Die Frage bleibt, rechtfertigt dies derartig gezielte Verhinderungsmaßnahmen in Bezug auf die Abwicklung von Werkverträgen?

Die Folge der Einführung solcher Beweislastregeln hätte verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Auswirkungen für die Unternehmen. Die Fremdvergabe von Leistungen als Teil der verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG,<sup>38</sup> und Art. 12 GG wird durch die Beweislastumkehr maßgeblich unzulässig tangiert. Das Recht über die Art und Weise der Unternehmenspolitik zu entscheiden und frei zu disponieren ist geschützt und muss dem Unter-

33 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 11.

34 *Schüren*, BB 2013, Heft 21, I.

35 *Schüren*, BB 2013, Heft 21, I.

36 *Schüren*, BB 2013, Heft 21, I.

37 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 11.

38 Vgl. *Bauer*, DB 2014, 60 ff.

nehmen erhalten bleiben. Die vorgesehenen Maßnahmen beschränken die unternehmerische Freiheit in unverhältnismäßiger und damit unzulässiger Weise.<sup>39</sup>

## V. Die Unvereinbarkeit der Vorstellungen von den Professoren Schüren und Brors mit den Vorstellungen des EU-Binnenmarkts

### 1. Zum fraglichen Argument des Arbeitnehmerschutzes der betroffenen Arbeitnehmer

Basis der von *Schüren* und *Brors* geforderten Beweislastumkehr ist die angesprochene Argumentation, Arbeitnehmer hätten es schwer, sich bei illegaler Überlassung einzuklagen, so dass eine solche Beweislastumkehr erforderlich wäre, um den Druck auf den Auftraggeber zu verstärken.<sup>40</sup> Doch wenn man sich dieses Ziel, dem Arbeitnehmer, der sich bereits in einem Arbeitsverhältnis befindet, die Möglichkeit zu geben, einen angemessenen Lohn zu bekommen und auch die entsprechenden Bedingungen vor Augen führt, so stellt sich die Frage, ob die geforderte gesetzliche Regelung, welche die Dienstleistungsfreiheit derart einschränkt, im Hinblick auf das Unionsrecht verhältnismäßig ist.

### 2. Die Haltung der Europäischen Union

Die Haltung der Union kommt unter anderem in der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt sehr deutlich wie folgt zum Ausdruck:<sup>41</sup>

„Ein wettbewerbsfähiger Dienstleistungsmarkt ist für die Förderung des Wirtschaftswachstums und die Schaffung von Arbeitsplätzen in der Europäischen Union wesentlich. Gegenwärtig hindert eine große Zahl von Beschränkungen im Binnenmarkt Dienstleistungserbringer, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU) daran, über ihre nationalen Grenzen hinauszuwachsen und uneingeschränkt Nutzen aus dem Binnenmarkt zu ziehen.“

Diese Überlegungen sind insbesondere für die Arbeitnehmer der Werkunternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten der EU, in der letzten Zeit insbesondere Bulgarien und Rumänien, von besonderer Bedeutung. Diesen Arbeitnehmern ist es wegen der bestehenden Sprachschwierigkeiten in erster Linie nur im Rahmen einer werkvertraglichen Tätigkeit eines Heimatunternehmens in Deutschland möglich, hier aktiv als Arbeitnehmer tätig zu werden.<sup>42</sup> Die Aufhebung der Beschränkungen für Werkunternehmer im Binnenmarkt als Dienstleistungserbringer kommt somit insbesondere den Arbeitnehmern aus finanziell schwächer gestellten EU-Mitgliedstaaten zu Gute und berührt daher auch ganz intensiv deren Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Die Dienstleistungsrichtlinie stellt hinsichtlich der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit allgemeine Anforderungen an die einschränkende Regelung.

Aus der angeführten Dienstleistungsrichtlinie ergibt sich die Tendenz, dass Anforderungen, die an die Aufnahme betreffender Dienstleistungstätigkeiten aufgrund ihrer jeweiligen Besonderheiten von den Mitgliedsstaaten gestellt werden

- durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein müssen,
- in der Weise verhältnismäßig zu sein haben, dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist,
- und nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden können, die zum selben Ergebnis führen.<sup>43</sup>

In Art. 31 Abs. 4 der angesprochenen Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ist hinsichtlich durchzuführender Überprüfungen, Kontrollen und Untersuchungen vor Ort vorgegeben, dass sie im angesprochenen Sinne verhältnismäßig zu sein haben, also „nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden“ können, „die zum selben Ergebnis führen“. Aus Art. 15 Abs. 7 der Dienstleistungsrichtlinie wird weiterhin die Zielsetzung deutlich, dass die Kommission über vorgesehene Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit informiert werden möchte. Dies beinhaltet die Aufforderung an die Mitgliedstaaten, einschränkende Anforderungen nicht zu erlassen oder aufzuheben.<sup>44</sup>

### 3. Keine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Um eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen zu können, bedarf es der Verfolgung eines zwingenden Grundes im Allgemeininteresse. Eine Berufung auf die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses ist nach dem EuGH nur dann möglich, wenn diese Regelung mit den Grundrechten, deren Wahrung der Gerichtshof sichert, und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklang steht.<sup>45</sup>

In Art. 4 Nr. 8 der Dienstleistungsrichtlinie wurden die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses definiert und unter anderem der Schutz der Arbeitnehmer genannt. Auch *Schüren* und *Brors* nennen als Grund der Beweislastregelung die Klagemöglichkeit der Arbeitnehmer und somit deren Schutz.<sup>46</sup> Wie jedoch schon ausgeführt, bedarf es nicht des Schutzes dieser Arbeitnehmer, da diese zum einen schon Arbeitnehmer des Auftragnehmers sind und zum anderen durch die herrschenden Regelungen, wie das Arbeitnehmerentendengesetz und die Entsenderichtlinie hinreichend geschützt sind. Eine solch geplante Beweislastumkehr könnte sogar dazu führen, dass aufgrund des dadurch entstehenden Risikos weniger Werkvertragsgeber ausländische Werkunternehmen beauftragen werden. Ferner wäre ein Verstoß gegen Art. 56, 57 AEUV vorprogrammiert.<sup>47</sup>

### 4. Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme

Zu fragen ist weiter, ob die Beweislastumkehr verhältnismäßig – insbesondere erforderlich – zur Erreichung des angestrebten Zieles ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade bezüglich des Arbeitnehmerschutzes Änderungen aufgetreten sind, welche den Schutz erheblich verstärken. Zum einen wurde am 2.4.2014 im Bundeskabinett dem Gesetzesvorschlag zu einem gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 Euro zugestimmt.<sup>48</sup> Dadurch kann es in Zukunft nicht mehr zu einer geringeren Vergütung der ausländischen Werkarbeitnehmer im Vergleich zu deren deutschen Kollegen kommen. Mithin existiert ein

39 Vgl. auch BAP Pressestatement „Jobmotor ernsthaft gefährdet“, abrufbar unter [www.personaldienstleister.de/presse-service/pressemitteilungen/detail/article/jobmotor-ernsthaft-gefaehrdet.html](http://www.personaldienstleister.de/presse-service/pressemitteilungen/detail/article/jobmotor-ernsthaft-gefaehrdet.html), Stand: März 2014.

40 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 11.

41 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. vom 27.12.2006, L376, S. 636.

42 Vgl. hierzu *Tuengerthal/Rothenhöfer*, BB 2013, 53, 55.

43 Vgl. Art. 15 RL 2006/123/EG vom 12.12.2006, Art. 15 Abs. 2 lit. D, sowie Art. 15 Abs. 3 lit. b und c.

44 Vgl. Art. 15 Abs. 7 RL 2006/123/EG vom 12.12.2006.

45 Vgl. EuGH, 11.7.2002 – C-60/00, EWS 2002, 384, Rn. 40.

46 Vgl. Gutachten (Fn. 9), S. 10, 11.

47 Hierzu schon zu der geplanten Gesetzesänderung der SPD und deren Unvereinbarkeit mit dem EU-Recht *Tuengerthal/Geißer/Seeger*, EWS 2014, 27 ff.

48 Tagesschau: Mindestlohn mit Einschränkungen, abrufbar unter [www.tagesschau.de/wirtschaft/mindestlohn418.html](http://www.tagesschau.de/wirtschaft/mindestlohn418.html), Stand: 2.4.2014.

milderes Mittel, wie die RL 2006/123/EG fordert, hinsichtlich des Hauptziels der Beweislastumkehr, nämlich der Lohnanpassung für den Arbeitnehmer. Zum anderen werden in den Gemeinden die Unterkunftsanforderungen ausländischer Werkunternehmer kontrolliert. Ferner bestehen, wie mehrfach ausgeführt, schon hinreichend konkretisierte Kriterien, um einen Werkvertrag von einer Arbeitnehmerüberlassung abzugrenzen, die in jahrelanger Rechtsprechung entwickelt wurden.<sup>49</sup>

Nach allem ist die Beweislastregel nicht verhältnismäßig in dem Sinne, dass sie zur Erreichung des Zieles erforderlich wäre. Der Kontrollmechanismus in Form der Beweislastumkehr geht über das Maß des Erforderlichen hinaus und steht nicht im Einklang mit der Dienstleistungsrichtlinie.

### 5. Vorhandensein einer ausgewogenen höchstrichterlichen Rechtsprechung als weniger einschneidende Maßnahme, die zum selben Ergebnis führt

In Art. 15 Abs. 3 lit. c) der Dienstleistungsrichtlinie wird gerade die Verhältnismäßigkeit in dem Falle verneint, in dem es andere weniger einschneidende aber gleich effektive Maßnahmen gibt. Als solche Maßnahme kann die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung angesehen werden.

Im Laufe der Zeit hat sich eine klare Rechtsprechung sowohl der Bundesgerichte als auch der entsprechenden Landesgerichte herauskristallisiert. Angefangen mit dem Brammenflämmerurteil des BAG von 1991,<sup>50</sup> bis heute<sup>51</sup> wurden die Abgrenzungskriterien klar definiert. Hierbei wird ausdrücklich nur auf das alleinige Weisungsrecht und die volle Eingliederung in den Betrieb abgestellt. Diese ausgewogene Rechtsprechung ist eine hinreichende Maßnahme, um die angeblichen Scheinwerkverträge aufzudecken und die Arbeitnehmer entsprechend zu schützen. Es bedarf neben dieser gefestigten Rechtsprechung, dem geplanten Mindestlohn und den Anforderungen in Gesetzen und Richtlinien keiner weiteren Beweislastregelung.

### 6. Fazit

Die Beweislastumkehrregelung, welche von *Brors* und *Schüren* in § 1 Abs. 4 AÜG geplant ist, würde gegen alle die in Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie verlangten Anforderungen verstoßen. Mithin wäre die Beweislastumkehr unvereinbar mit dem Unionsrecht und somit unzulässig.

## VI. Die von *Schüren* und *Brors* geforderten abwegigen „Entlastungsmaßnahmen“

Wer sich mit Fragen zur Abgrenzung von Werkverträgen und illegaler Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt, weiß, dass jeder, der sich in diesem Bereich rechtlich auslässt, daran interessiert ist, neben der Darstellung der von *Schüren* und *Brors* auch anerkannten eindeutigen Rechtsprechung eine eigene Theorie zur Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung aufzustellen. Dies ist jedem, der in der Rechtswissenschaft tätig ist, unbenommen und bleibt seinem Privatvergnügen als Wissenschaftler vorbehalten.

Abwegig ist es jedoch, wenn jemand wie im vorliegenden Fall – trotz bestehender und von *Schüren* und *Brors* anerkannter Abgrenzungskri-

terien hinsichtlich Werkvertrag und illegaler Arbeitnehmerüberlassung – eine neben der vorhandenen Rechtsprechung entwickelte Theorie als solche herausstellt und zusätzlich zu der Beweislastumkehr und den übrigen Vermutungsregelungen und, ohne dass dies von der eindeutigen Abgrenzungsrechtsprechung verlangt wird, noch zusätzliche eigene Entlastungsargumente entwickelt. Dazu heißt es bei *Brors* und *Schüren*:<sup>52</sup>

„Der Betriebsinhaber, der mit der Vermutung konfrontiert wird und sich entlasten will, muss insbesondere darlegen, dass die Fremdfirma, die in seinem Betrieb tätig ist,

- eine eigene Personaleinsatzplanung hat,
  - die wirtschaftliche Verantwortung für ihre Leistung tatsächlich und nicht nur auf dem Papier trägt,
  - ein eigenes Qualitätsmanagement betreibt und so
  - einen eigenen Betrieb im fremden Betrieb unterhält.
- Nur dann liegt keine illegale Überlassung vor.“

Um sich in diesem Zusammenhang noch positiv herauszustellen, heißt es dabei, man habe „bewusst auf die Nennung von Indizien verzichtet, weil die oft genannten Merkmale in der Praxis keine wirklich entscheidende Bedeutung haben. [...] Die Ergebnisverantwortung wird zuverlässig in der Haftung sichtbar – oder im eigenständigen Qualitätsmanagement des Subunternehmers.“<sup>53</sup>

Stellt man auf die genannten Kriterien von *Schüren* und *Brors* ab, so ist festzustellen, dass die angesprochene „Beweislastumkehr“ die gesamte bisherige von *Schüren* und *Brors* als sachgerecht anerkannte Rechtsprechung über den Haufen wirft. Während es bisher bei der Rechtsprechung darum ging, dass insbesondere die Überprüfungsbehörden den Nachweis zu erbringen hatten, dass

- fremde Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Auftraggebers *vollständig* eingegliedert sind
- und gleichzeitig *ausschließlich* Weisungen des Auftraggebers erfüllen mussten, um von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung ausgehen zu können,

wird mit der Behauptung, dass jede Tätigkeit eines Dritten in einem Fremdunternehmen von Anfang an als Arbeitnehmertätigkeit desselben anzusehen ist, eine eigene komplette Abkehr von der bisher anerkannten einschlägigen Rechtsprechung vollzogen, was vollkommen zurückzuweisen ist.

Legt man die von *Schüren* und *Brors* geforderten Entlastungsargumente zugrunde, so handelt es sich hierbei nicht etwa um eine bloße Beweislastumkehr, wie sie glauben machen wollen, sondern um die Neuaufstellung von bisher in der Rechtsprechung nicht vertretenen Forderungen.

Es geht nicht mehr darum, die bisher übliche typologische Abgrenzung mit abstrakten auslegungsfähigen Begriffen, wie „vollständige Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers“ und „ausschließliche Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer gegenüber dem Auftraggeber“, die bisher in der Rechtsprechung konkretisiert wurden, für den konkreten Fall im Wege einer Beweislastumkehr zu widerlegen, in dem es darum geht, die Voraussetzungen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu widerlegen. Es soll vielmehr darüber hinaus etwas

<sup>49</sup> Vgl. hierzu auch *Bauer*, DB 2014, 60 ff.

<sup>50</sup> BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338.

<sup>51</sup> BAG, 18.10.1994 – 1 ABR 9/94, BB 1995, 518; BAG, 6.8.1997 – 7 AZR 663/96; LAG München, 7.12.2004 – 6 Sa 1235/03; LAG Düsseldorf, 27.8.2007 – 17 Sa 270/07; LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 62/10; LSG NRW, 21.7.2011 – L 8 R 280/11 B ER.

<sup>52</sup> Gutachten (Fn. 9), S. 11.

<sup>53</sup> Gutachten (Fn. 9), S. 11.

bewiesen werden, das bisher niemals Thema der einschlägigen Entscheidungen des BAG oder der Landesarbeitsgerichte war, in deren Rahmen es nur darum ging zu überprüfen, ob die soeben angeführten Abgrenzungskriterien zwischen werkvertraglicher Tätigkeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung gegeben sind oder nicht.<sup>54</sup>

Wenn sich jemand einem Vorwurf illegaler Arbeitnehmerüberlassung ausgesetzt sieht und dazu darlegt, dass die angenommenen Kriterien einer Arbeitnehmerüberlassung in seinem Fall nicht vorliegen, soll er darüber hinaus – was bisher nie Gegenstand einer Überprüfung war – noch darlegen, und dazu den Nachweis führen, dass in seinem Fall die Voraussetzungen eines Werk- oder Dienstvertrags vorliegen. Dazu soll die Forderung gestellt werden, dass der Auftraggeber des Werkunternehmers nachweist, dass sein Werkunternehmer „ein eigenes Qualitätsmanagement“ betreibt. Hierzu bezieht sich *Schüren* auf seinen Aufsatz, in dem er „Qualitätsmanagement des Subunternehmers“ als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags herausstellt.<sup>55</sup> Während *Schüren* einerseits zum Ausdruck bringt, dass es ihm fern liegt, für die Klärung der Abgrenzung, wie das früher der Fall war, mit Indizien zu arbeiten, trägt er selbst ein weiteres für die Praxis und die erforderliche Handhabung durch die Gerichte unbrauchbares Kriterium eines bestehenden „Qualitätsmanagements“ als weiteres Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags bei.

Auch die von *Schüren* und *Brors* gegebene Begründung, dass in der Praxis die Abgrenzungproblematik als solche immer das Problem wäre, nämlich den Vorwurf der illegalen Überlassung zu widerlegen, überzeugt nicht. Wenn die Verfasser des Gutachtens fordern, „Das funktioniert durch den Nachweis des Werkvertrags. Lässt sich der nicht nachweisen, dann liegt gewöhnlich eine illegale Überlassung vor“,<sup>56</sup> so überziehen sie mit ihren Forderungen absolut die Darlegungs- und Beweislastforderungen.

Es ist ja in der Tat nicht so, dass im Falle des Nichtvorliegens einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung, es immer entweder um die Abwicklung eines Werkvertrags oder eines Dienstvertrags gehen muss. Es ist eine Vielzahl von rechtlichen Gestaltungen denkbar, die gegenüber einer Abwicklung eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags vorliegen können, etwa ein gemischter Vertrag, der Momente des Werkvertrags und des Dienstleistungsvertrags enthält, ein Auftrag, eine Geschäftsführung ohne Auftrag, ein Werklieferungsvertrag, oder gegebenenfalls auch ein Kaufvertrag oder ein anderes Vertragsverhältnis. Es ist jedenfalls völlig abwegig, ein so hochtrabendes Kriterium wie das Vorliegen von Qualitätsmanagement als Maßstab für die Bejahung eines Werkvertrags zugrunde zu legen und zu fordern, dass damit der Annahme einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung wirksam entgegengetreten wird.

Wie will man in einem Unternehmen, in dem der Transportbereich outgesourced ist und es auf die schnelle unproblematische Abwicklung ankommt und ein Vorarbeiter des Werkunternehmers hierbei tätig wird, in Bezug auf die Abwicklung des Betriebs einem Gericht gegenüber den Nachweis erbringen, dass das Werkunternehmen „die Beobachtung und Optimierung der Arbeitsprozesse und die Qualifizierung und Ausbildung des eingesetzten Personals, das diese Einsatzplanung durchführt“, einhält. Wie will man den „wirtschaftlich spürbaren Aufwand, der vom Werkunternehmer mit diesem Ziel betrieben wird“ und der einen Werkvertrag indizieren soll, im Arbeitsgerichtsprozess oder Strafprozess wegen eines Verstoßes gegen § 266a StGB deutlich machen.

Ganz abwegig ist schließlich die Folgerung:

„Fehlt eigenes Qualitätsmanagement des Subunternehmers und treten trotzdem über längere Zeit keine Gewährleistungsfälle auf, dann indiziert das schlichte Arbeitnehmerüberlassung, denn langfristig sind Mängel nur durch ein sehr gutes Qualitätsmanagement vermeidbar.“<sup>57</sup>

An gleicher Stelle heißt es aber auch:

„Gibt es über lange Zeit keine Personenschäden und Schäden an Rechtsgütern des Auftraggebers und keine Gewährleistungsfälle, dann beruht das entweder auf dem sehr guten Qualitätsmanagement des Subunternehmers oder allein auf dem umfassenden Qualitätsmanagement des Auftraggebers und dessen Risikotragung.“

Schon der soeben angeführte nicht nachvollziehbare Widerspruch zeigt, wie unbrauchbar das von *Schüren* gebrachte Argument eines für die Werkvertragsabwicklung erforderlichen Qualitätsmanagements von *Schüren* selbst gesehen werden muss. Das von ihm geforderte Merkmal ist für die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung durch die Rechtsprechung vollkommen unbrauchbar.

## VII. Die EU-widrige Entwicklung der A 1-Bescheinigungen

Wie eingangs bereits erwähnt, ist es den Gewerkschaften und mit ihnen ihrem Gesinnungsgenossen *Schüren* und *Brors* außerordentlich unangenehm, dass der EuGH u. a. in der Entscheidung *Herbosch Kiere*<sup>58</sup> eindeutig klargestellt hat, dass bei Vorliegen einer E101- oder jetzt A 1-Bescheinigung, ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern nicht über § 9 Nr. 1 AÜG gekippt werden kann und über § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG kein neues Arbeitsverhältnis mit dem deutschen Arbeitgeber begründet werden kann.

Dies hat dazu geführt, dass ausländische Werkunternehmen und deren Arbeitnehmer den bisherigen Verfolgungsmaßnahmen von Prüfungsbehörden ein wirksames Argument entgegensetzen konnten, dass den ausländischen Arbeitnehmern nicht ihr ausländischer Arbeitgeber über §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ohne deren Mitwirkung und Willen abhandeln konnte mit der Folge, dass jedenfalls bis 31.12.2013 im gleichen Atemzug die tätig gewordenen Arbeitnehmer eines bulgarischen oder rumänischen Werkunternehmens *ipso iure* arbeitslos wurden, da ihnen von diesem Moment an keine Arbeitserlaubnis zur Verfügung stand.

Um das deutsche auftraggebende Unternehmen in derartigen Fällen gleichwohl wirksam zu belasten, schlägt man einen § 10 Abs. 6 AÜG vor, nach dem

„dem abhängig Beschäftigten gegen den Empfänger der Arbeitsleistung gleichwohl mindestens die Ansprüche zur Vergütung zu“ stehen, „die ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Empfängers der Arbeitsleistung üblicherweise für die Leistung der Dienste erhielt“.

54 BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455–459; BAG, 13.8.2008 – 7 AZR 269/07; LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 62/10.

55 *Schüren*, in: FS Wank, 2014. In gewisser Weise bleibt *Schüren* hierbei seiner Wasserneigung aus dem Märchen vom Fischer und seiner Frau treu, mit dem von Goethe entnommenen Hinweis: *Nicht überall, wo Wasser ist, sind Frösche; aber wo man Frösche hört, ist Wasser.*

56 Vgl. *Schüren*, in: FS Wank, 2014.

57 *Schüren*, in: FS Wank, 2014.

58 EuGH, 26.1.2006 – C-2/05, ZESTR 2006, 225–229.

Mit diesen Vorstellungen möchte man erreichen, dass zwar das durch die A1-Bescheinigung nachgewiesene Arbeitsverhältnis zwischen ausländischen Entsendern und deren Arbeitnehmern nicht tangiert wird, aber gleichwohl der deutsche Auftraggeber zugunsten der ausländischen Arbeitnehmer, seiner Werkvertragspartner, belastet wird. Dies erfolgt mit der unausgesprochenen Zielsetzung, dass diese neu eingeführte Belastung zusätzlich zu der angeblich nur bestehenden Beweislastumkehr, den entwickelten Vermutungsregelungen und den Forderungen für den Nachweis eines Werkvertrags noch die bisherigen Vergünstigungen, die den ausländischen Unternehmen und deren Arbeitnehmern durch eine A1-Bescheinigung zugute gekommen sind, in Frage gestellt werden. Der einzige Vorteil, der bisher ausländischen Unternehmen mit ihren Arbeitnehmern noch geblieben ist, soll auf diese Art und Weise in Wegfall kommen.

### VIII. Geplante Modifizierung des Dienstvertragsrechts, aber „bemerkenswerte“ Nichtveränderung des Werkvertragsrechts des BGB

Bemerkenswert an den Vorschlägen von *Schüren* und *Brors* ist, dass immerhin das Werkvertragsrecht des BGB selbst nicht modifiziert werden soll. Dafür soll aber das Recht des Dienstvertrages verändert werden. Hierzu soll in § 611 ein neuer § 611 Abs. 3 eingeführt werden, der wie folgt lauten soll:

„(3) Wird der Verpflichtete in der Betriebsorganisation des Leistungsempfängers tätig, so wird vermutet, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt. Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass der Verpflichtete als Selbstständiger insbesondere im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags tätig wird.“

Auch hier wird in der Erläuterung so argumentiert, dass die Übernahme der vorgeschlagenen Vermutung aus dem AÜG es „sogenannten Solo-Selbstständigen“ erleichtert, sich bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses einzuklagen.<sup>59</sup>

Es erfolgt bei dem geplanten Vorgehen also eine Angleichung einer Vorschrift des BGB aus dem Jahre 1900 durch eine neu vorgesehene, äußerst zweifelhafte Vermutungsregelung im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aus dem Jahre 1972, ein keinesfalls überzeugender Vorgang. In der Erläuterung dazu wird ausgeführt:

„Der Verpflichtete muss nur noch beweisen, dass er in der fremden Betriebsorganisation gearbeitet hat ... Er muss an der Produktion oder Dienstleistung des Betriebes mitgewirkt haben. Dann ist es Sache des Leistungsempfängers nachzuweisen, dass das im Rahmen eines echten Werk- oder freien Dienstvertrages als Selbstständiger geschah. Ansonsten ist das Arbeitsverhältnis bewiesen.“<sup>60</sup>

Hinzu kommen noch hier nicht weiter auszuführende Vergütungsregelungen in § 612 Abs. 3 BGB.

Auch hier kommt es wieder darauf an, die zugunsten ausländischer Arbeitnehmer bestehenden Auswirkungen der A1-Bescheinigungen zu beseitigen, wozu in § 612 Abs. 5 ausgeführt wird:

„Entsteht nur aufgrund der zwingenden Zuordnung des in Deutschland abhängig Beschäftigten zu einem ausländischen Sozialversicherungssystem aufgrund einer erteilten Entsendebescheinigung kein Arbeitsverhältnis zum Dienstgeber, stehen dem abhängig Beschäftigten gegen den Dienstgeber gleichwohl mindestens die Ansprüche auf Vergütung zu, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Dienstgebers üblicherweise für die Leistung der Dienste erhielte.“<sup>61</sup>

Angesichts der Hinwegsetzung *Schürens* und *Brors* über Vorschriften des Dienstvertragsrechtes aus dem Jahre 1900, modifiziert durch die auf EU-Recht basierende Schuldrechtsreform „verblüfft“, dass beide Verfasser bisher keinen Ansatz gemacht haben, auch das Werkvertragsrecht des BGB zu dessen Lasten zu verändern.

### IX. Fazit

Der Gesetzesvorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen, ausgearbeitet durch Prof. Dr. *Schüren* und Prof. Dr. *Brors* geht ganz nach dem Motto „Lieber zu viel als zu wenig“ und verlässt dabei den gefestigten Rechtsboden. Eine derart eingeführte Änderung des AÜG und des § 611 BGB gerade bezüglich der geplanten Beweislastumkehr würde verfassungsrechtlich als auch unionsrechtlich zu nicht hinnehmbaren Belastungen führen. Es ist festzustellen, dass bei dem Gutachten die weitreichenden Konsequenzen nicht durchdacht sind, nicht nur im Hinblick auf die Zulässigkeit der Regelung sondern auch bezüglich strafrechtlicher Folgewirkungen.

So obliegt es nun der bei der in der Wahl obsiegten CDU/CSU bei einem vermutlich kommenden Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen, diesen unter Berücksichtigung des Verfassungs- und Europarechts zu behandeln. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die entsprechende Regelung im Koalitionsvertrag<sup>62</sup> dahin geht, „die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich“ niederzulegen.

Diesen Vorstellungen widerspricht das Gutachten von *Schüren* und *Brors* total, nach dem die Ergebnisse der gegenwärtigen Rechtsprechung quasi beseitigt werden sollen. Nur wenn das nicht geschieht behält der Werkvertrag als Ausprägung der modernen Wirtschaft weiterhin seine gerade im europäischen Bereich geforderte maßgebliche Bedeutung.

**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal** ist Rechtsanwalt und Mitgeschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge EU, die im Jahre 2006 von ihm gegründet wurde. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt. Er war lange Zeit Syndikus eines Verbandes der Lebensmittelindustrie. Er betreibt mit einigen Kollegen ein Anwaltsbüro mit Sitz in Mannheim und berät Unternehmen generell zu Fragen des Fremdpersonaleinsatzes (Werkvertrag/Arbeitnehmerüberlassung).



**Janine Geißer** Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg, Examen Sommer 2014. Wiss. Mitarbeiterin der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge EU. Verfasserin von Referaten und Veröffentlichungen zur Thematik Werkverträge.



59 Vgl. Gutachten (Fn. 9) S. 12.

60 Vgl. Gutachten (Fn. 9), Teil 4 Kommentierung zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, S. 31 zu § 611 BGB.

61 Vgl. Gutachten (Fn. 9), Teil 4 Kommentierung zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, S. 32 f.

62 Vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD, S. 49.