

# Arbeitsrecht

August 2013 | UPDATE

Aktuell wird im Wahlkampf der Einsatz von Fremdpersonal von einigen Gewerkschaften und gewerkschaftsnahen Parteien an den Pranger gestellt und eine weiter reichende Regulierung gefordert. In diesem Zusammenhang werden immer wieder Begriffe wie „prekäre Beschäftigung“, „Lohndumping“ oder „Scheinwerkverträge“ verwendet, die zur Verunsicherung bei vielen Unternehmen führen. Aus diesem Anlass stellen wir in diesem Update neue Regeln in der Zeitarbeit dar und zeigen Gestaltungsmöglichkeiten sowie Grenzen des Fremdpersonaleinsatzes im Rahmen von Werkverträgen auf. Zudem erörtern wir ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts zum Verzicht des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs.

## **NEUE REGELN BEIM EINSATZ VON FREMDPERSONAL - „LOHNDUMPING“ DURCH WERKVERTRÄGE?**

Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung wurde in letzter Zeit durch eine starke Regulierung erschwert. So wurde Ende 2011 das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verschärft. Bereits in den letzten Ausgaben unseres Updates haben wir darüber berichtet, dass auch die Arbeitsgerichte dazu beigetragen haben, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern an Attraktivität für die Unternehmen verliert. Seit Anfang 2012 gilt darüber hinaus in der Zeitarbeitsbranche ein gesetzlicher Mindestlohn, der im Westen EUR 8,19 und im Osten EUR 7,50 pro Stunde beträgt. Auf politischen Druck haben schließlich die beiden großen Zeitarbeitsverbände, BAP und IGZ, im letzten Jahr die Vergütung der Zeitarbeitnehmer der Vergütung der Stammebelegschaften bei den Entleihern angepasst. Im ersten Teil dieses Beitrags stellen wir dar, wie diese Regeln ausgestaltet wurden.

Aufgrund der erheblichen Regulierung des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern befürchten insbesondere Gewerkschaften und gewerkschaftsnahe Parteien, dass Unternehmen verstärkt Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen einsetzen. In diesem Zusammenhang werfen sie den Unternehmen vor, dass sie damit ein Lohndumping zu Lasten des eingesetzten Fremdpersonals betreiben. Auch steht der Vorwurf der Verwendung von sog. Scheinwerkverträgen im Raum. Worum es dabei geht und wo Möglichkeiten, aber auch Grenzen beim Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen bestehen, stellen wir im zweiten Teil unseres Beitrags dar.

### **Branchenzuschläge in der Zeitarbeit**

Beim Einsatz von Leiharbeitnehmern gilt der Grundsatz, dass die Leiharbeitnehmer die gleichen Arbeitsbedingungen wie die Stammebelegschaft bei dem Unternehmen, bei dem sie eingesetzt werden, genießen (sog. Equal Treatment Grundsatz), § 3 Abs.1 Nr.3 und § 9 Nr.2 AÜG. Insbesondere bedeutet dies, dass sie während der Zeit ihres Einsatzes die gleiche Vergütung erhalten

(sog. Equal Pay Grundsatz). Die gesetzlichen Bestimmungen sehen allerdings auch vor, dass dieser Grundsatz dann nicht gilt, wenn sich die Tarifvertragsparteien in der Zeitarbeitsbranche auf andere Regelungen, insbesondere auf eine andere Vergütung, verständigen. In der Praxis haben die Tarifvertragsparteien davon umfassend Gebrauch gemacht.

Vor rund einem Jahr erhöhte das Bundesarbeitsministerium unter Androhung der Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung zum uneingeschränkten Equal Pay den Druck auf die Tarifvertragsparteien, eine Verbesserung der tariflichen Regelungen zu Gunsten der Leiharbeitnehmer zu vereinbaren. Daraufhin haben die oben genannten Zeitarbeitsverbände mit einzelnen Gewerkschaften sog. Branchenzuschläge ausgehandelt. Für folgende Branchen wurden beispielsweise Zuschläge vereinbart: Metall- und Elektroindustrie, chemische Industrie (in Kraft jeweils seit 1. November 2012), Kautschukindustrie (in Kraft seit 1. Januar 2013), Schienenverkehr, Holz- und Kunststoffverarbeitende Industrie, Textil- und Bekleidungsindustrie (in Kraft jeweils seit 1. April 2013) und Papier, Pappe und Kunststoffe verarbeitende Industrie (in Kraft seit 1. Mai 2013). Wir gehen davon aus, dass weitere Vereinbarungen für weitere Branchen folgen werden.

Die Verpflichtung zur Zahlung der Branchenzuschläge besteht für diejenigen Zeitarbeitsunternehmen, die Mitglied der Arbeitgeberverbände BAP und IGZ und deren Arbeitnehmer bei den tarifschließenden Gewerkschaften organisiert sind. Etwaige Verweisklauseln auf Tarifverträge in den Arbeitsverträgen von nichtorganisierten Arbeitnehmern müssen dahingehend überprüft werden, ob der Verweis sich auch auf die Tarifverträge über Branchenzuschläge erstreckt. Zeitarbeitsunternehmen, die nicht Mitglied eines Arbeitgeberverbands sind, der Branchenzuschläge vereinbart hat, sind derzeit rechtlich nicht verpflichtet, Branchenzuschläge zu zahlen, werden aber dauerhaft wohl nicht vermeiden können, z.B. durch die freiwillige Anwendung der genannten Tarifverträge Branchenzuschläge zu zahlen. Ein Mittel, um auch Zeitarbeitsunternehmen, die

# Arbeitsrecht

nicht Mitglied der tarifabschließenden Arbeitgeberverbände sind, zur freiwilligen Zahlung von Branchenzuschlägen anzuhalten, ist z.B. der zwischen der IG Metall und den Arbeitgebern der Metall- und Elektroindustrie abgeschlossene Zusatztarifvertrag, der den Arbeitgebern auferlegt, dass sie nur solche Zeitarbeitsunternehmen beauftragen dürfen, die die mit der IG Metall ausgehandelten Branchenzuschläge zahlen.

Die Branchenzuschläge werden zusätzlich zu den Entgelten der Entgelttarifverträge Zeitarbeit gezahlt. In bestimmten Zeitintervallen erhöht sich der Zuschlag. Je länger die Einsatzzeit bei dem Entleiher dauert, umso mehr nähert sich das Entgelt des Zeitarbeiters an das Gehalt eines vergleichbaren Arbeitnehmers beim Entleiher an. Die Intervalle und die Zuschlagshöhe sind in den einzelnen Tarifverträgen, die die Branchenzuschläge für die unterschiedlichen Industrien und Branchen regeln, unterschiedlich ausgestaltet. Alle bisher abgeschlossenen Tarifverträge gehen jedoch nicht so weit, dass auch in der Endstufe der Zuschläge ein gleiches oder sogar höheres Entgelt gezahlt werden muss, was ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers erhält.

Durch die Verpflichtung zur Zahlung von Branchenzuschlägen verteuert sich der Einsatz von Leiharbeitnehmern. Durch in dem Zusammenhang ebenfalls abgeschlossene Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien, die der Einsatzmöglichkeit von Zeitarbeitnehmern Grenzen setzen, sowie die in den letzten Jahren durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung aufgestellten Regeln erschwert sich darüber hinaus der Einsatz. Aufgrund der Verteuerung und der Erschwerung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern prüfen viele Unternehmen, welche zulässigen anderen Möglichkeiten es gibt, Fremdpersonal einzusetzen. Ob der Abschluss von Werkverträgen dazu ein geeignetes und zulässiges Mittel ist, erörtern wir im nächsten Abschnitt dieses Beitrags.

## Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen

Aufgrund der oben beschriebenen Entwicklung wird seitens einiger Gewerkschaften bereits die „Renaissance des Werkvertrages“ proklamiert und ebenso wie die Zeitarbeit mit Begriffen wie „prekärer Beschäftigung“ in Verbindung gebracht und damit denunziert. Ebenfalls in diesem Zusammenhang sprechen einige Gewerkschaften bei einem Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen von einer rechtlichen Grauzone zum Nachteil der Beschäftigten und fordern eine gesetzliche Neuregulierung. Ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen auch nach der derzeit gültigen Rechtslage der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen statthaft ist, stellen wir im Folgenden dar:

Im Gegensatz zu der Arbeitnehmerüberlassung wird durch den Werkvertrag der beauftragte Unternehmer zur Erbringung eines

Erfolgs und nicht bloß zur Bereitstellung geeigneter Arbeitnehmer verpflichtet. Damit einhergehend trägt der Werkunternehmer das Risiko des Gelingens des geschuldeten Arbeitsergebnisses und somit bei Mängeln das Risiko der Gewährleistung oder auch des Erlöschens der Zahlungspflicht des Bestellers. Er hat die Erbringung seiner Leistung eigenverantwortlich im Hinblick auf die Zeit, die eingesetzten Arbeitsmittel und die eingesetzten Personen zu organisieren. Anders als Leiharbeitnehmer sind Werkvertragsarbeiter nicht in die betriebliche Organisation oder die Arbeitsabläufe des Bestellers eingebunden. So bleibt auch das Weisungsrecht beim Werkunternehmer, wenn er im Rahmen des Werkvertrages weiteres Personal einsetzt. Weiteres Merkmal für einen Werkvertrag ist eine ergebnisbezogene Vergütung und grundsätzlich keine Abrechnung nach Zeiteinheiten.

Bei der Abgrenzung zu anderen Ausgestaltungsarten des Einsatzes von Fremdpersonal kommt es nicht nur auf die Ausgestaltung der Verträge mit den Personalgestellungsunternehmen an, sondern maßgeblich auf die tatsächliche Durchführung. Ein „sauberer“ Vertrag nutzt daher dann nichts, wenn er in der Praxis anders gelebt wird, wenn also zum Beispiel im Rahmen des Werkvertrages vereinbart wird, dass das Weisungsrecht beim Werkunternehmer verbleibt, das eingesetzte Personal aber tatsächlich Anweisungen vom selben Vorgesetzten erhält wie die Stammbeslegschaft. In diesem Fall würde es sich um eine verschleierte Leiharbeit handeln.

Zur weiteren Veranschaulichung nehmen wir an dieser Stelle zusätzlich zur oben vorgenommenen rechtlichen Abgrenzung zwischen dem Einsatz von Werkvertragsarbeitern und Leiharbeitnehmern eine Abgrenzung in tatsächlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vor: Im Gegensatz zu Leiharbeitnehmern können Werkunternehmer bzw. im Rahmen von Werkverträgen eingesetztes Personal nicht gemeinsam mit den Stammbeschäftigten die gleichen Aufgaben erledigen, dieselben Arbeitsmittel benutzen und von denselben Vorgesetzten Arbeitsanweisungen erhalten. Dies ergibt sich bereits aus den obigen rechtlichen Ausführungen. Wirtschaftlich besteht der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen im Gegensatz zum Einsatz von Leiharbeitern hauptsächlich darin, dass für Werkvertragsarbeiter keine Lohnuntergrenzen gelten. Auch sonstige Schutzrechte, die den Rechten der Arbeitnehmer oder Leiharbeitnehmer ähnlich sind, gibt es für diese Personen nicht.

Wirtschaftlich kann es daher durchaus Sinn machen, Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen einzusetzen. Was passiert aber, wenn das Unternehmen Personal im Rahmen von Werkverträgen einsetzt, rechtlich aber eine Arbeitnehmerüberlassung stattfindet, z.B. weil die Personen faktisch doch in den Betriebsablauf integriert werden? Besitzt der Werkunternehmer keine gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem eingesetzten Personal und dem Entleiher fingiert.

Wurde fälschlicherweise von einem Werkvertrag ausgegangen, kann das für den Entleiher kostspielig werden, da nicht nur zukünftig Sozialabgaben gezahlt werden müssen, sondern die Verpflichtung zur Nachzahlung der Sozialabgaben den Arbeitgeber, d.h. hier den Entleiher, grundsätzlich alleine trifft. Schlimmstenfalls droht auch eine Strafbarkeit des Unternehmers nach § 266a StGB wegen Nichtabführung der Sozialabgaben. Ähnliches gilt für diejenigen Werkunternehmer, die zwar über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen, aber im Rahmen eines fälschlicherweise als Werkvertrag ausgestalteten Personaleinsatzes den Mitarbeitern nicht die gesetzlich erforderlichen Löhne gezahlt haben.

Dies zeigt, dass für den Unternehmer das Risiko sehr hoch ist, wenn er Personal im Rahmen von Werkverträgen einsetzt, rechtlich aber eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Es liegt daher im Eigeninteresse des Unternehmens, das den Einsatz von Fremdpersonal erwägt, die richtige und rechtlich zulässige Einsatzart zu wählen. Dies ist notwendiger Bestandteil des Risikomanagements. Fälle wie die im Januar dieses Jahres durch die Zollfahndung durchgeführten Großrazzien bei zwei Einzelhandelsketten sowie eine neueste Gerichtsentscheidung, die bei einem Autokonzern für eine Vielzahl von Fällen das Zustandekommen von Arbeitsverhältnissen mit Werkvertragsarbeitern feststellt (LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 1. August 2013, 2 Sa 6/13), dienen zusätzlich zur Abschreckung. Sie vermindern auch dadurch das Risiko des von einigen Gewerkschaften oft angeführten Missbrauchs von Werkverträgen mit dem Ziel des Lohdumpings. Ein vernünftig agierendes Unternehmen wird aufgrund des bestehenden Risikos und des oben beschriebenen eingegrenzten Einsatzbereichs von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen auch nur dann von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, wenn dies rechtlich zulässig ist und es sein Ziel durch diese Gestaltung auch erreichen kann. Der Einsatz von Werkverträgen ist beispielsweise dann sinnvoll – und auch rechtlich zulässig –, wenn das Unternehmen abgrenzbare Aufgaben, die durch das eigene Stammpersonal mit den beim Unternehmen vorhandenen Betriebsmitteln nicht oder nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise erledigt werden können, von Fremdunternehmen bewältigen lässt.

## Fazit

Für den Einsatz von Fremdpersonal kann ein Unternehmen zwischen unterschiedlichen Gestaltungsvarianten wählen. Die gängigste und flexibelste Möglichkeit ist und bleibt der Einsatz im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung. Die von dem Gesetzgeber, den Arbeitsgerichten und den Tarifvertragsparteien aufgestellten Rahmenbedingungen geben klare, wenn auch zunehmend enge Vorgaben. Eine weitere Regulierung dieser Variante des Fremdpersonaleinsatzes, die insbesondere im Rahmen des Bundestagswahlkampfes von einigen Parteien und Gewerkschaften gefordert wird, ist weder notwendig noch sinnvoll. Auch der derzeit öffentlich geführte Kampf gegen den Einsatz von

Werkvertragsarbeitern geht an der Sache vorbei. Der ohnehin stark begrenzte Einsatzbereich von Werkvertragsarbeitern wird schon derzeit von gesetzlichen Regelungen flankiert, die einen Missbrauch – zumindest bei verantwortlich handelnden Unternehmen – wirksam verhindern. Sollte es dennoch zu einem Missbrauch kommen, stehen den Behörden und Gerichten schon jetzt ausreichende Instrumentarien zur Verfügung, um etwaige Verstöße zu sanktionieren. Für eine weitere (Über)Regulierung besteht auch bei Werkverträgen kein Bedarf. Der besonnene Unternehmer wird bei Zweifeln, welcher Durchführungsweg für den Einsatz von Fremdpersonal der sinnvolle und rechtlich sichere ist, auch weiterhin nicht nur seine Einkaufsabteilung, sondern auch seine internen und externen arbeitsrechtlichen Experten einbeziehen.

## VERZICHT AUF URLAUSABGELTUNG

Die nachfolgend erörterte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) setzt sich mit der Frage auseinander, ob ein Arbeitnehmer im Rahmen einer vor dem Arbeitsgericht abgeschlossenen Vereinbarung, die das Arbeitsverhältnis beendet, wirksam auf die Urlaubsabgeltung verzichten kann.

### Sachverhalt

Die Beklagte kündigte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. Juni 2009. Der Kläger war seit Januar 2006 durchgängig arbeitsunfähig. Im gerichtlichen Vergleich einigten sich die Parteien auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2009 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von EUR 11.500. Des Weiteren enthielt der Vergleich eine Regelung, dass mit Erfüllung des Vergleichs wechselseitig alle finanziellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, gleich ob bekannt oder unbekannt und gleich aus welchem Rechtsgrund, erledigt sind. Mit Schreiben vom 29. Juli 2010 verlangte der Kläger, dass die Beklagte seinen Urlaubsanspruch aus den Jahren 2006 bis 2008 in Höhe von EUR 10.656,72 abgelte.

### Entscheidung

Das BAG (Urteil vom 14. Mai 2013, 9 AZR 844/11) hat die Zahlungsklage auf Urlaubsabgeltung abgewiesen. In der bislang erst als Pressemitteilung vorliegenden Begründung führt das BAG aus, dass der Arbeitnehmer auf den Urlaubsabgeltungsanspruch wirksam verzichten könne. Zwar dürfe von der Regelung des § 7 Abs.4 BUrlG, nach der Urlaub abzugelten ist, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ganz oder teilweise nicht gewährt werden kann, nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Dieses in § 13 Abs.1 S.3 BUrlG normierte Verbot hindere jedoch nur einzelvertragliche Abreden, die das Entstehen von Urlaubsabgeltungsansprüchen ausschließen. Sofern der Arbeitnehmer allerdings die Möglichkeit hatte, die Urlaubsabgeltung in Anspruch zu nehmen und auf

# Arbeitsrecht

diese im Folgenden verzichtet, sei ein solcher Verzicht wirksam. Die Abgeltungsklausel im gerichtlichen Vergleich stellt daher nach Ansicht des BAG eine wirksame Verzichtserklärung des Arbeitnehmers bezüglich der Urlaubsabgeltung dar.

## Fazit

Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen, da sie eine konsequente Folge der Rechtsprechungsänderung des BAG aufgrund der Schultz-Hoff Entscheidung des EuGH ist. Vorsicht ist aber geboten, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber tarifgebunden sind und der Urlaubsabgeltungsanspruch in dem für sie maßgeblichen Tarifvertrag geregelt ist. In diesem Fall ist ein Verzicht auf tarifvertragliche Rechte gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nur zulässig, wenn die Tarifvertragsparteien den Vergleich billigen. Dies gilt nach h.M. allerdings nicht für einen lediglich arbeitsvertraglichen Verweis auf Tarifverträge, so dass in diesem Fall eine Abgeltungsklausel auch den Urlaubsabgeltungsanspruch umfasst. Da ein Arbeitgeber im Regelfall aber nicht weiß, ob der Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied ist, empfiehlt es sich für den vorsichtig agierenden Arbeitgeber – wie bisher schon üblich –, in den Vergleich aufzunehmen, dass die Parteien sich einig sind, dass der Urlaub in natura genommen wurde.

## IHRE ANSPRECHPARTNER IM ARBEITSRECHT



### Dr. Holger Thomas

Partner

Leiter der deutschen Arbeitsrechtspraxis

+49 (0) 69 27 10 78 018 (t)

holger.thomas@wilmerhale.com



### Dr. Golo Weidmann

Counsel

+49 (0) 69 27 10 78 021 (t)

golo.weidmann@wilmerhale.com



### Dr. Ilka Heinemeyer

Senior Associate

+49 (0) 69 27 10 78 030 (t)

ilka.heinemeyer@wilmerhale.com

Sollten Sie die weitere Zusendung unseres Updates zum Arbeitsrecht nicht wünschen, so senden Sie bitte eine E-mail mit dem Betreff "Unsubscribe" an [webmaster@wilmerhale.com](mailto:webmaster@wilmerhale.com).

**Unser Arbeitsrecht Update dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall.**

wilmerhale.com Intellectual Property · Litigation/Controversy · Regulatory and Government Affairs · Securities · Transactional

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP is a Delaware limited liability partnership. Our United Kingdom offices are operated under a separate Delaware limited liability partnership of solicitors and registered foreign lawyers regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA No. 287488). Our professional rules can be found at [www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct.page](http://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct.page). A list of partners and their professional qualifications is available for inspection at our UK offices. In Beijing, we are registered to operate as a Foreign Law Firm Representative Office. WilmerHale principal law offices: 60 State Street, Boston, Massachusetts 02109, +1 617 526 6000; 1875 Pennsylvania Avenue, NW, Washington, DC 20006, +1 202 663 6000. This material is for general informational purposes only and does not represent our legal advice as to any particular set of facts; nor does it represent any undertaking to keep recipients advised of all relevant legal developments. Prior results do not guarantee a similar outcome. © 2013 Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP