

**Positionspapier des DGB Bundesvorstandes gegen die missbräuchliche Nutzung von
Werkverträgen**

Berlin, 02.10.2012

Ordnung am Arbeitsmarkt herstellen – Löhne und Arbeitsbedingungen schützen

„Das unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis bildet das Rückgrat der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Es birgt eine hohe Ertragskraft und bietet eine hohe Gewähr der Einhaltung von Schutzstandards. Aus- und Fortbildung sind hier stark ausgeprägt, die Identifikation mit den Zielen des Unternehmens ist groß. Der Gesetzgeber sollte durch intelligente Lösungen diese Form der Rechtsbeziehungen stützen.“

(Einstimmiger Beschluss des 68. Deutschen Juristentages 2010)

Entgegen der Empfehlungen des Deutschen Juristentages haben Arbeitgeber und Politik seit Jahren dafür gesorgt, dass das unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis mit angemessener Bezahlung als Normarbeitsverhältnis immer mehr erodiert. Alltäglich und zu Unrecht akzeptiert sind inzwischen alle Formen prekärer Beschäftigung. Dabei wird neben Leiharbeit, Minijobs, Soloselbständigkeit und befristeter Beschäftigung der Werkvertrag zunehmend zu einem weiteren Instrument zum Unterlaufen des Arbeitsrechts und von Schutzbestimmungen der Beschäftigten. Nachdem die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeit durch Tarifverträge und betriebliche Regelungen zum Teil verbessert werden konnten, werden Werkverträge zu einem neuen „Schlupfloch“ für das Absenken von Arbeitsstandards.

Bei einem Werkvertrag (§ 631 BGB) schuldet der Auftragnehmer (Unternehmer) die Erstellung eines konkreten Werkes (z.B. die Erstellung eines Möbelstückes) für den Besteller. Diese Beauftragung Dritter mit speziellen Gewerken ist weit verbreitet und teilweise von Spezialisten bzw. sog. Freelancern bewusst gewählt. Nicht jeder Werkvertrag ist mit prekären Arbeitsbedingungen gleichzusetzen, wobei auch in scheinbar unproblematischen Fällen Handlungsbedarf bestehen kann, etwa um dem Verlust von Know How im Unternehmen entgegenzuwirken.

Zunehmend gibt es aber auch die missbräuchliche Verwendung von Werkverträgen:

- Arbeitskräfte werden als Selbstständige oder Honorarkräfte beschäftigt, obwohl sie überwiegend von einem Auftraggeber abhängig und nicht unternehmerisch tätig sind.
- Es werden Konstruktionen angewendet, bei denen Arbeitsaufgaben formal von einem Drittunternehmen mit dessen eigenen Arbeitskräften geleistet werden, diese Arbeiten aber tatsächlich unter der Herrschaft des eigentlichen „Arbeitgebers“ stattfinden. Dabei arbeiten die Betroffenen häufig mit Werkzeugen bzw. Arbeitsmitteln und in Räumen des Auftraggebers (Bestellers), sind in der Regel weisungsgebunden und eingegliedert in dessen Arbeitsabläufe und haben die gleichen Aufgaben wie die Beschäftigten des Auftraggebers bzw. ersetzen bisherige Beschäftigte. Dies ist ein Missbrauch des Werkvertrages und damit als ein Scheinwerkvertrag oder auch Umgehungswerkvertrag zu bezeichnen.
- Eine weitere Erscheinungsform stellt es dar, wenn Aufträge an immer weitere Subunternehmen vergeben werden. Dabei entstehen oftmals lange Ketten von Subunternehmen, die zum Teil gar nicht in der Lage wären, den von ihnen übernommenen und dann weitergegebenen Auftrag selbst auszuführen (z.B. Briefkastenfirmen). Hierdurch wird die Verantwortung für die Beschäftigung verschleiert, die Generalunternehmerhaftung ausgehebelt und illegaler Beschäftigung Vorschub geleistet.
- Überdies werden zunehmend Aufträge an ausländische Werkvertragsunternehmen vergeben. Der grenzüberschreitende Arbeitskräfteeinsatz kann Lohndumping und das Hinterziehen von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern erleichtern.

Durch die beschriebenen Praktiken werden Belegschaften gespalten und die Verantwortung für Beschäftigte wird an einen Dritten ausgelagert. Dies führt in der Regel zu einem Abbau der Beschäf-

tigtenrechte, Lohndumping und zu einer Schwächung der Beteiligungsrechte von Interessenvertretungen.

Längerfristig droht den Betroffenen in Folge der schlechten Bezahlung und der Unstetigkeit ihrer Erwerbsverläufe zudem Altersarmut.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften werden es nicht hinnehmen, dass in den Unternehmen Arbeitsbereiche entstehen, in denen die Beschäftigten geringere Rechte, weniger Schutz und niedrigere Löhne akzeptieren müssen.

Im Interesse einer gerechteren Ordnung am Arbeitsmarkt muss der missbräuchliche Einsatz von Werkverträgen und Leiharbeit beendet werden. Der Gesetzgeber muss für faire Wettbewerbsregeln sorgen und das Auslagern von Verantwortung für Personal unterbinden. Hierzu sind verschiedene gesetzliche Maßnahmen erforderlich:

1. Lohndumping durch Werkverträge unterbinden.

Die Vergabe von Werkverträgen durch Privatpersonen oder Unternehmen ist gängige Praxis. Wenn Unternehmen an andere Unternehmen Werkverträge vergeben, wird hierdurch in der Regel spezielles Wissen hinzugekauft, das Unternehmen nicht selbst vorhalten können oder wollen.

In zunehmendem Maße wird das Instrument des Werkvertrages missbraucht, um soziale Standards oder Tariflöhne zu unterlaufen und die soziale Verantwortung für das Personal an Dritte abzugeben. Gemeinsames Merkmal der so gestalteten Werkverträge ist, dass vielfach die gleiche Tätigkeit ausgeübt wird, wie sie bisher die Stammbeslegschaft erledigt hat, aber häufig zu deutlich niedrigeren Löhnen. Dabei werden die Arbeitskräfte oft speziell für diesen Auftrag angeworben. Hierdurch wird nicht nur das Tarifsystem unterlaufen, sondern es werden weitere Risiken auf die Beschäftigten und die Systeme der sozialen Sicherung abgewälzt.

Diese missbräuchliche Verwendung von Werkverträgen hat deutlich zugenommen. Dies belegen Studien sowie Erhebungen der Gewerkschaften¹. Regierungsamtliche Daten gibt es keine, denn die Bundesregierung sieht keine Notwendigkeit, Daten zu erheben.

Die Praxis zeigt, dass die derzeitige Rechtslage und Rechtsprechung offensichtlich nicht ausreicht, um Missbräuche zu verhindern. Weil der gesetzliche Rahmen nicht an die tatsächlichen Zustände in der Arbeitswelt angepasst ist, gibt es keine wirksamen Kontrollen und die gesetzlichen Regelungen werden durch verschiedene „Gestaltungen“ umgangen.

Notwendig ist es deshalb, „echte“ Werkverträge von Umgehungswerkverträgen abzugrenzen.

Für den Fall, dass ein solcher Umgehungswerkvertrag vorliegt, muss sichergestellt sein, dass das Ziel, nämlich das Vorenthalten von Entgelt- und sonstigen Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und die Umgehung von ansonsten bestehenden Rechten, vereitelt werden.

Daher sollte der Vertrag zwischen den Beschäftigten des Werkvertragsunternehmers und dem Werkvertragsunternehmen bei missbräuchlicher Vertragsgestaltung entsprechend § 10 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) unwirksam sein und ein Arbeitsvertrag zwischen den betroffenen Beschäftigten und dem Auftraggeber der angeblichen Werkleistung als geschlossen gelten. Um dies zu gewährleisten, sollte im AÜG eine neue Kategorie der Beschäftigung in einem anderen Betrieb als dem des eigenen Arbeitgebers eingeführt werden.

Konkret: Wenn Arbeitnehmer/innen im Rahmen eines Werkvertrages im Betrieb des Auftraggebers eingesetzt werden und wenn insbesondere mindestens zwei der nachfolgend genannten Kriterien vorliegen:

- **die Tätigkeit wird auf Weisung von Beschäftigten des Auftraggebers ausgeführt (fachlich, zeitlich, örtlich), oder**
- **eine Eingliederung des Werkvertragsbeschäftigten erfolgt in die organisatorischen Abläufe, z.B. durch Aufnahme in einen Dienstplan, oder**

¹ Einzelheiten und weitere Daten dazu siehe: Arbeitsmarkt aktuell Nr. 5 „Werkverträge - Missbrauch stoppen“ <https://www.dgb.de/service/newsletterarchiv/arbeitsmarktpolitik>

- **Arbeitnehmer/innen der Stammbesellschaft und/oder Leiharbeiter/innen sind mit den gleichen Aufgaben betraut bzw. die Arbeitsleistung ist vorher durch Arbeitnehmer/innen des Betriebs erbracht worden, oder**
- **die Arbeit wird im Wesentlichen mit Material und Werkzeug des Bestellers erbracht,**

besteht die widerlegbare Vermutung, dass diese Arbeitnehmer/innen Beschäftigte des Auftraggebers sind.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung ist das Modell des § 22 AGG² zu übertragen.

Außerdem muss dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin das Recht eingeräumt werden, der Entstehung eines solchen Arbeitsvertrages zu widersprechen.

Darüber hinaus ist der Interessenvertretung und einer im Betrieb des Auftraggebers vertretenen Gewerkschaft ein Verbandsklagerecht auf Feststellung des Vorliegens eines missbräuchlichen Werkvertrages einzuräumen mit der Rechtsfolge, dass für die betroffenen Beschäftigten Arbeitsverträge mit dem Auftraggeber entstehen.

Die Nichtregelung der beschriebenen Umgehungstatbestände ist auch unionsrechtlich bedenklich. Die Richtlinie 2008/104/EG³ regelt nicht nur die Arbeitnehmerüberlassung, sondern verbietet auch Umgehungstatbestände (Artikel 5 Abs. 5). Es würde gegen die primärrechtlich anerkannten Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz verstoßen, wenn der Richtlinie die Wirksamkeit durch Werkvertragskonstruktionen der beschriebenen Art entzogen würde.

2. Scheinselbständigkeit konsequenter verfolgen und unterbinden

Die Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung ist bereits in § 7 SGB IV geregelt. Doch diese recht allgemeine Definition nichtselbständiger Tätigkeit hat sich in der Praxis als zu schwach erwiesen und kann die Auslagerung von sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung an Selbstständige und Honorarkräfte nicht verhindern. Tatsächlich sind die Selbstständigen vielfach „scheinselbstständig“. Durch die Beschäftigung von Scheinselbstständigen werden betriebliche und sozialrechtliche Risiken auf diese verlagert und Schutzbestimmungen für die Arbeitnehmer/innen unterlaufen.

Der DGB schlägt deshalb vor, die Kriterien für die Abgrenzung von Selbstständigen und Scheinselbständigen zu präzisieren und zu ergänzen.

Sofern mindestens zwei der fünf unten genannten Kriterien vorliegen, besteht eine „widerlegbare Vermutung“ dafür, dass der/die betroffene Mitarbeiter/in kein/e Selbständiger/e, sondern Arbeitnehmer/in ist und als solcher/e vollständig unter das auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Arbeitsrecht fällt und der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

- **Es werden im Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer/innen beschäftigt;**
- **die Tätigkeit erfolgt regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber;**
- **es werden für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbracht, der/die Mitarbeiter/in unterliegt insbesondere den Weisungen des Auftraggebers und ist in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert;**
- **der/die Auftragnehmer/in zeigt kein unternehmerisches Auftreten am Markt.**
- **die Tätigkeit entspricht ihrem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die vorher für denselben Auftraggeber in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wurde.**

² **§ 22 AGG Beweislast:** *Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.*

³ **RICHTLINIE 2008/104/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES** vom 19. November 2008 über Leiharbeit, Artikel 5, Abs. 5:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, um eine missbräuchliche Anwendung dieses Artikels zu verhindern ...“

Eine ähnliche Regelung gab es bereits bis zum Jahr 2004. Der Vorschlag des DGB knüpft an diese Regelung an.

Zu den Kriterien im Einzelnen:

- Die fehlende Beschäftigung von sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer/innen spricht – in Verbindung mit den unten aufgeführten weiteren Kriterien - für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein/e abhängig Beschäftigte/r die von ihm/ihr geschuldete Arbeitsleistung i. d. R. nicht auf andere Personen übertragen kann, sondern diese persönlich zu erbringen hat; ein/e Selbständiger/e soll hingegen die Erbringung seiner geschuldeten Arbeitsleistung auf Dritte delegieren können.
- Die Bindung an nur einen Auftraggeber spricht für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Eine hohe Bindung kann zum Beispiel vorliegen, wenn der/die Betroffene nach einer zu definierenden Gründungsphase von etwa drei Jahren mindestens 5/6 seiner gesamten Einkünfte (im Rahmen der zu beurteilenden Tätigkeit) alleine mit diesem Auftraggeber erzielt.
- Für die Überprüfung des Kriteriums der „typischen Arbeitsleistungen“ ist es erforderlich, die von den Betroffenen tatsächlich erbrachten Leistungen und ihre Einbindung in die Unternehmensstruktur des Auftraggebers zu vergleichen mit den Tätigkeiten bzw. der Einbindung eines „idealtypisch abhängig Beschäftigten“. Je geringer die Unterschiede sind, je eher ist das Kriterium erfüllt.
- Das Kriterium der „unternehmerischen Tätigkeit am Markt“ soll vorliegen, wenn der/die Betroffene über eine unternehmerische Entscheidungsfreiheit verfügt, unternehmerische Risiken trägt und zugleich auch entsprechende Chancen wahrnehmen kann. Indizien für eine unternehmerische Tätigkeit können der Einsatz von Kapital und Maschinen, der Bezug von Waren und Material, die eigenverantwortliche Entscheidung über den Umfang der Tätigkeit und ähnliches sein.

3. Kettenwerkverträge eingrenzen

Die Weitergabe von Unteraufträgen an immer längere Subunternehmerketten nimmt zu. In der Praxis sind manchmal bis zu 10 oder sogar noch mehr Unterauftragnehmer in solchen vertikalen Untervergabeketten zu beobachten. Diese Konstruktionen haben häufig nur den Sinn, die Verantwortung für die Beschäftigten und die Einhaltung der Arbeitsbedingungen zu verschleiern, das strafrechtliche Risiko der oft illegalen Beschäftigungsformen am Ende dieser Ketten von den eigentlichen Profiteuren weiter oben in der Kette abzuwenden und die Generalunternehmerhaftung im Bereich der Sozialversicherungen zu unterlaufen. Dabei kommen zunehmend auch Briefkastenfirmen mit offiziellem Sitz im Ausland zum Einsatz, um die Kontrollen, Ermittlungen und Gerichtsverfahren zu erschweren.

Die Vergabe von Unteraufträgen darf nur an Unternehmen erfolgen, die sowohl fachlich als auch personell in der Lage sind, diese Aufträge auch selbst auszuführen. Zumindest ein Teil des Auftrages muss mit eigenem Personal erbracht werden.

Es ist anzustreben, die Zahl der maximal möglichen vertikalen Untervergaben auf wenige und fachlich zu begründende Stufen zu beschränken.

4. Interessenvertretungen und Mitbestimmungsrechte stärken

Bereits heute bestehen Mitbestimmungsrechte bei der Vergabe von Werkverträgen.⁴ Diese greifen jedoch zu kurz, sind zu unbestimmt oder bedürfen, soweit es sich um Rechtsprechung handelt, einer klarstellenden Aufnahme in das Gesetz.

Der Einsatz von Fremdfirmen hat massiven Einfluss auf Arbeitsabläufe und die Zusammenarbeit sowie die Gestaltung der Arbeitsplätze im Unternehmen.

Das Betriebsverfassungsgesetz (sowie die entsprechenden Vorschriften im Bundes- und Landespersonalvertretungsrecht und in den kirchlichen Mitbestimmungsvorschriften) muss deshalb dahingehend ergänzt werden, dass den Interessenvertretungen stärkere Mitsprache- und Überwachungsrechte beim Drittpersonaleinsatz gegeben werden.

⁴ Vgl. Karthaus/Klebe NZA 2012, 417; AiB 3/2012 – Schwerpunkttheft Fremdpersonal im Betrieb.

Dazu sind folgende Regelungen notwendig:

1. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Planung der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen frühzeitig zu informieren und darüber mit diesem zu beraten, Gegenstand der Information und Beratung sind auch die Arbeitsbedingungen der Werkvertragsarbeitnehmer/innen.
2. Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Einstellung erstreckt sich auch auf den Einsatz von Beschäftigten auf Werksvertragsgrundlage. Dies gilt ebenfalls für die erzwingbare Mitbestimmung, soweit es sich um Angelegenheiten handelt, die eine einheitliche Regelung im Betrieb erfordern bzw. zweckmäßig erscheinen lassen, wie z.B. die Ausgestaltung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes.
3. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zum Einsatz von Fremdfirmen im Einzelfall verweigern, wenn die Besorgnis besteht, dass durch die Vergabe ein Arbeitsplatzabbau droht oder die Beschäftigten andere Nachteile erleiden. Die Auslagerung bestehender Arbeitsplätze stellt grundsätzlich eine Betriebsänderung dar. Die in diesem Zusammenhang bestehenden Rechte des Betriebsrats bleiben unberührt.
4. Die derzeit bestehende Möglichkeit des Arbeitgebers personelle Maßnahmen trotz fehlender Zustimmung des Betriebsrats vorläufig durchzuführen, ist anzupassen, da sie dem Arbeitgeber regelmäßig ein „Überspielen“ des Betriebsrats und insbesondere bei kurzfristigen Fremdfirmeneinsätzen die Schaffung vollendeter Tatsachen ermöglicht.
5. Der Arbeitgeber hat eine Fremdleistungsplanung aufzustellen und diese ebenso wie Vorschläge zur Beschäftigungssicherung mit dem Betriebsrat zu beraten. Kommt es in diesem Zusammenhang zu keiner Einigung, so ist zwingend ein Einigungsstellenverfahren durchzuführen.

Die genannten Punkte sind unverzichtbar, um dem zunehmenden Einsatz von Fremdfirmenpersonal Rechnung zu tragen und Mitbestimmung auf Augenhöhe zu ermöglichen.

5. Unternehmensmitbestimmung/Transparenz der Unternehmenspolitik verbessern

Die unaufgeforderte Berichterstattung der Geschäftsleitung über grundsätzliche Fragen der Personalplanung ist in § 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG nur für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft normiert. Die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen in personellen Angelegenheiten nimmt mit zunehmendem Einsatz von Leiharbeitskräften und Werkvertragsnehmer/innen eine immer wichtigere Rolle ein. Sie wird damit zu einer grundsätzlichen Frage der Unternehmensplanung in allen Unternehmen und Betrieben.

Der Gesetzgeber ist daher aufgefordert, die Pflichtberichterstattung der Geschäftsleitung zur Personalplanung im Aufsichtsrat über die Aktiengesellschaft hinaus auch in der mitbestimmten und drittelbeteiligten GmbH zu verankern. Hierzu müssen in bereits bestehende Verweisungen auch die Abs. 1 und 2 des § 90 AktG aufgenommen werden.

Weiterhin spricht sich der DGB für verpflichtende Rechenschafts- und Publizitätspflichten der Unternehmen zu den Bereichen Umwelt, Soziales und Menschenrechte aus. Bei den Berichten über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im gesamten Unternehmen ist auch die Anzahl der im Rahmen von Werkverträgen beschäftigten Arbeitnehmer/innen anzugeben.

6. Gleiche Standards an allen Arbeitsplätzen durchsetzen

Werkverträge sind auch deswegen attraktiv, weil mit ihnen leichter soziale Standards und Arbeitsstandards unterlaufen werden können, die ansonsten in den auftraggebenden Unternehmen bestehen. Da es sich bei den Werkvertragsunternehmen um eigenständige Unternehmen handelt, gelten nicht automatisch die Tarifbedingungen des Einsatzbetriebes.

Daher und vor dem Hintergrund des Rückgangs der Tarifbindung sind verschiedene Maßnahmen erforderlich, um Existenz sichernde Entgelte zu garantieren.

Dazu gehören:

- Die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem Tarifvertragsgesetz. Derzeit können die in Tarifverträgen autonom vereinbarten Arbeitsbe-

dingungen auf alle Arbeitsverhältnisse einer Branche erstreckt werden, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer/innen beschäftigen und die Allgemeinverbindlich-erklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Das Quorum von 50% ist nicht mehr zeitgemäß und muss vollständig entfallen; damit können Tarifautonomie und Tarifverträge gestärkt werden.⁵

- **Die Ausweitung des Arbeitnehmerentendegesetzes auf alle Branchen.;**
- **Ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von mind. 8,50 €/Stunde, der als gesetzliche Untergrenze greift, wenn in der Branche keine tarifliche Regelungen bestehen oder Tarifentgelte in den jeweiligen Branchen unterhalb dieser Grenze liegen.**

Durch die abnehmende Tarifbindung und das Auslagern von Personalverantwortung sind die Arbeits- und Lohnbedingungen immer schwerer flächendeckend zu regulieren. Um dem zu begegnen, ist es wichtig, das Tarifvertragssystem mit Hilfe der oben genannten Maßnahmen zu stärken. Ein starkes Tarifsystem kommt allen Beschäftigten zugute, verhindert Lohn- und Sozialdumping und sichert den sozialen und betrieblichen Frieden. Mit einem starken Tarifvertragssystem kann verhindert werden, dass Werkverträge nur deswegen abgeschlossen werden, um Lohndumping zu betreiben.

Darüber hinaus stabilisieren Mindestlöhne den Arbeitsmarkt und machen Umgehungsstrukturen insgesamt unattraktiver. Ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn ist zudem leicht zu kontrollieren und trägt dazu bei, dass Kontrollen wirkungsvoll eingesetzt werden können. Dies würde auch die Situation von Werkvertragsbeschäftigten verbessern und Anreize zur Beschäftigung von Werkvertragsunternehmen mindern.

7. Entsendete Arbeitnehmer/innen und ausländische (Schein)-Selbständige schützen

Für ausländische Werkvertragsunternehmen gelten die gleichen Kriterien wie für inländische Unternehmen. Doch Werkvertragskonstruktionen mit ausländischen Auftragnehmern sind missbrauchsanfällig. Häufig werden nur Dumpinglöhne gezahlt und trotz bestehender Sozialversicherungspflicht keine oder zu geringe Beiträge entrichtet. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Beiträge nur nach den im Ausland geltenden Mindestlöhnen entrichtet werden und nicht nach den tatsächlich gezahlten Löhnen.

Die Überwachung der Unternehmen im Ausland durch die dortigen Behörden ist häufig gering, da der Erleichterung des Exports von Dienstleistungen und der dabei kreierte Beschäftigung für Arbeitslose in der Regel politischer Vorrang vor der Überprüfung der Geschäftstätigkeit der betreffenden Firmen auf Korrektheit eingeräumt wird. Ob die Voraussetzung für das Ausüben eines Werkvertrages tatsächlich vorliegen, ist deshalb oft schwer zu überprüfen.

Die Missbrauchsmöglichkeiten beim grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitskräften müssen erschwert werden. Dazu sind auf europäischer Ebene folgende Regelungen erforderlich:

- **Die Entsendebescheinigung A 1 wird in einem elektronischen EU-weiten Register erfasst. Wenn das Unternehmen die Sozialversicherung der betreffenden Beschäftigten nicht mehr mit Beiträgen bedient, ist die Bescheinigung sofort für kraftlos zu erklären und dies ebenfalls im Register zu vermerken.**
- **Die Bescheinigung muss bereits vor dem Beginn der Entsendung ausgestellt werden und im Register erfasst werden.**
- **Die Beiträge an die herkunftsstaatlichen Sozialversicherungen müssen nach den tatsächlichen Löhnen, die für die Entsendung vereinbart sind oder zumindest den Löhnen, die im Aufnahmeland aufgrund der dortigen Mindestvorschriften fällig wären, gezahlt werden. Die zunehmend zu beobachtende Zahlung der Beiträge nur auf der Basis des Mindestlohns des Herkunftslandes ist vom Herkunftsland zwingend als Beitragshinterziehung zu verfolgen bzw. stellt bei Untätigkeit der dortigen Behörden eine nach Gemeinschaftsrecht verbotene Subvention des innergemeinschaftlichen Exports dar und muss von der EU-Kommission verfolgt werden.**

⁵ Hierzu bereitet der Tarifpolitische Ausschuss des DGB einen Beschluss vor. Der vorliegende Text ist mit diesem Beschluss abzugleichen.

- **Sachbezüge, die den Arbeitnehmer/innen zustehen, dürfen nicht mit zustehenden Löhnen verrechnet werden und hierdurch die Sozialversicherungsbeiträge gemindert werden.**
- **Der Schutz von ausländischen Scheinselbständigen muss verbessert werden.**

Ausländische Arbeitskräfte, die von ihrem Unternehmen entsandt werden, benötigen eine Bescheinigung nach EU Standard (Bescheinigung A1), aus der ersichtlich wird, dass in ihrem Heimatland ein reguläres Arbeitsverhältnis besteht und die gesetzlichen Abgaben entrichtet werden. Dieses System ist allerdings missbrauchsanfällig, weil die Bescheinigung A1 auch noch nachträglich ausgestellt werden kann oder zur Exportförderung nur auf fiktiver Niedrigstlohnbasis verbeitragt wird, viele Staaten nur unzureichend mit den deutschen Behörden zusammenarbeiten und so Kontrollen oft leer laufen. Hierdurch entstehen ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile. Das vorgeschlagene EU weite Register erleichtert es, Missbräuche aufzudecken.

Um illegale Beschäftigung zu erschweren, ist es erforderlich, dass die Bescheinigung bereits bei Arbeitsaufnahme vorliegt. Ansonsten laufen Kontrollen leer und illegale Beschäftigung kann verschleiert werden.

Es kommt vielfach vor, dass zustehende Löhne effektiv um die bei einer Entsendung vom Arbeitgeber selbst zu tragenden Positionen (Reisekosten zum Arbeitsort, Unterkunft und Spesen) gekürzt werden oder zur Sozialabgabenverkürzung andererseits Lohnbeträge als angebliche Sachbezüge ausgezahlt werden. Hierdurch werden z.B. Mindestlöhne unterlaufen und Sozialversicherungsbeiträge und Steuern gemindert. Da die Beschäftigten in der Regel einen Anspruch auf die Sachleistungen haben, ist diese Praxis zu unterbinden.

Der Schutz von ausländischen Scheinselbständigen könnte beispielsweise durch Fingierung eines Arbeitsverhältnisses zum Auftraggeberbetrieb bewirkt werden oder durch eine Haftung des Generalunternehmers für den dem Scheinselbständigen vom zuletzt "vergebenden" Subunternehmer versprochenen „Werklohn“ in Höhe zumindest des Mindestlohns.

8. Kontrollen verbessern

Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern ist der Arbeitsmarkt in Deutschland anfällig für „Umgehungstatbestände“. Die Kontrolldichte ist gering. Die fehlende gesetzliche Grundlage führt zu einer Verunsicherung der Kontrollbehörden, weil sie sich auf Rechtsprechung zurückziehen müssen.

- **Die Kontrolle der Arbeitsbedingungen muss verbessert werden. Die Überwachung der Arbeitsbedingungen sollte deswegen vollständig an die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) übertragen werden. Dazu ist es erforderlich, die FKS personell und finanziell angemessen auszustatten. Kurzfristig müssen die vielen zurzeit immer noch unbesetzten Planstellen bei der FKS (momentan ca. 8% unterhalb der Sollstärke) besetzt werden.**
- **Bei der FKS ist eine Beschwerdestelle einzurichten, an die sich Arbeitnehmer/innen sowie Interessenvertretungen wenden können, wenn ein Missbrauch von Werkverträgen vorliegt oder die Umstände darauf hindeuten. Diese Beschwerdestelle soll den Beschwerdeführern ihre Prüfergebnisse mitteilen.**
- **Die FKS sollte langfristig zu einer Arbeitsinspektion mit umfassenden Zuständigkeiten zur Überwachung der Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Mindestvorschriften (außerhalb des reinen Arbeits- und Gesundheitsschutzes), z.B. nach dem französischen oder polnischen Vorbild, ausgebaut werden.**
- **Die zurzeit für die Gewerbeanmeldung zuständigen Kommunen bzw. Kreise müssen verpflichtet werden, zur Vorbeugung und Bekämpfung der Scheinselbständigkeit aktiv beizutragen. So müssen die Angaben zum Betrieb vor der Eintragung der Anmeldung zwingend überprüft werden und die Zuverlässigkeit nach einer gewissen Zeit durch Nachkontrollen. Jede Gewerbeanmeldung muss künftig persönlich erfolgen, da es hier oft zum Missbrauch oder zur Verfälschung von Vollmachten kommt. Dabei ist der Anmeldende in einer für ihn verständlichen Sprache auf die Risiken von evt. Scheinselbständigkeit hinzuweisen. Die Verbeitragung in der Unfallversicherung muss bei Neuanmeldungen künftig bereits beginnend mit der Anmeldung der selbständigen Tätigkeit monatlich und nicht erst nachträglich jährlich erfolgen.**

In diesem Zusammenhang ist auf den Vorschlag der EU Kommission (KOM(2012)131) für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie (96/71/EG) hinzuweisen, der nach Auffassung der Mitgliedsgewerkschaften des DGB grundlegend zu überarbeiten ist. Denn in diesem Vorschlag wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, die Einhaltung der Kontrolle der Beschäftigungsbedingungen einzuschränken, anstatt eine ausdrückliche Verpflichtung festzulegen, die Entsendung besser und umfassender zu kontrollieren.

Käme es zu der vorgeschlagenen Richtlinie, würde dies die derzeitige Situation noch verschärfen: Denn derzeit finden Kontrollen auf Umgehungstatbestände nur dann statt, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen oder weil die Beschäftigten entsprechende Hinweise geben. Verdachtslose Kontrollen gibt es nur selten. Den Beschäftigten fehlt es aber häufig an den nötigen Hintergrundinformationen, damit sie überhaupt beurteilen können, ob ein Werkvertrag oder Leiharbeit vorliegt, deswegen sind Hinweise entsprechend selten.

Unter ähnlichen Vorbedingungen kann auch die Deutsche Rentenversicherung tätig werden und Scheinselbstständigkeit überprüfen. Dieses Verfahren sollte obligatorisch immer dann stattfinden, wenn der Deutschen Rentenversicherung Hinweise auf Scheinselbstständigkeit vorliegen und nicht erst auf Antrag der Betroffenen oder im Wege der Amtshilfe. Dabei ist die momentan aufgrund eines zu kleinen Zuschnitts der Stelle noch zu lange Dauer des Verfahrens deutlich und zwar im Regelfall auf wenige Wochen zu verkürzen. Die entsprechende Stelle ist dementsprechend auszubauen. Auch hier sollte eine Beschwerde- und Anzeigestelle eingerichtet werden, an die sich zum Beispiel Betriebs- und Personalräte wenden können.

Darüber hinaus können Kontrollen durch die FKS nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§ 2) stattfinden. Dabei wird aber bisher außer in Fällen der offensichtlichen Scheinselbstständigkeit nicht der Werkvertrag selbst überprüft, sondern es wird lediglich überprüft, ob die Arbeitgeber ihren Verpflichtungen (Sozialversicherung, Mindestlöhne, keine illegale Beschäftigung von Ausländern) nachkommen.

Verstöße gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Werkvertrag zur Umgehung der Leiharbeitsgenehmigung) werden zurzeit noch vorrangig von der Bundesagentur für Arbeit geprüft und bearbeitet. Da die BA aber gleichzeitig an die Unternehmen Personal vermittelt, besteht ein Interessenkonflikt. Die Zuständigkeit der FKS ist deshalb zu erweitern und ihre Zusammenarbeit mit der Rentenversicherung bei der Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ist weiter auszubauen.