

Bauhaus – Universität Weimar

Fakultät Bauingenieurwesen
Professur Baubetrieb und Bauverfahren



Bachelorarbeit

Mögliche Schnittstellenverschiebungen zwischen Bau- und Nebentätigkeiten auf ausdifferenzierten Baustellen aus arbeitsrechtlicher Sicht

Zur Erlangung des akademischen Grades
"Bachelor of Science"

Eingereicht von: Glenn Goedicke
Geboren: 28.05.1989, Hannover
E-Mail: glenn.goedicke@gmail.com
Matrikel-Nr.: 100560

Eingereicht am: 04.05.2015
Reg.-Nr.: MBB/2015/02
Erstprüfer: Prof. Dr.-Ing. Hans-Joachim Bargstädt M.Sc.
Zweitprüfer: Dipl.-Ing. Jenny Rütz

Bauhaus-Universität Weimar
Fakultät Bauingenieurwesen
Professur Baubetrieb und Bauverfahren

Aufgabenstellung zur Bachelorarbeit

Reg.-Nr. MBB/2015/02

Name: Glenn Goedicke (glenn.goedicke@uni-weimar.de)
geb. am 28.05.1989 in Hannover

Matrikelnummer: 100560

Thema: **Mögliche Schnittstellenverschiebungen zwischen Bau- und Nebentätigkeiten auf ausdifferenzierten Baustellen aus arbeitsrechtlicher Sicht**

Wissenschaftsgebiet: Baubetriebswesen

Betreuung der Arbeit

Erstprüfer: Prof. Dr.-Ing. Hans-Joachim Bargstädt M. Sc.
Zweitprüfer: Dipl.-Ing. Jenny Rütz

Ausgabedatum: 02.03.2015

Abgabedatum: 04.05.2015

Prof. Dr. Guido Morgenthal
Vorsitzender des Prüfungsausschusses

Mögliche Schnittstellenverschiebungen zwischen Bau- und Nebentätigkeiten auf ausdifferenzierten Baustellen aus arbeitsrechtlicher Sicht

Erläuterung

In der modernen Arbeitswelt bilden sich immer mehr spezialisierte Tätigkeiten heraus. Damit liegt es auch auf der Baustelle nahe, jeweilige Spezialisten gezielt auf ihrem Gebiet einzusetzen und andere Tätigkeiten, die eine geringere oder eine andere Qualifikation benötigen, wiederum durch andere ausführen zu lassen. Vordergründig geht es bisweilen darum, Lohnkosten zu reduzieren, mittelfristig aber auch darum, auch für jeweilige Zwischenschritte hierfür besser geeignete Geräte und eingespielte Arbeitskräfte zum Einsatz zu bringen.

In der Bauwirtschaft kann das allerdings weitreichende Implikationen zur Folge haben, wenn Zuarbeiten für einen Handwerker, beispielsweise das Anmischen und Bereitstellen des Mörtels oder das Verbringen der Steine für einen Maurer, wenn also so genannte Nebentätigkeiten durch Dritte erledigt wird. Dieses betrifft zunächst die zusätzlichen Schnittstellen bei der Koordination der Arbeiten, aber ebenso auch die Frage der Zugehörigkeit zu Sozialkassen oder zur passenden Berufsgenossenschaft, ggf. sogar die Problematik von Arbeitnehmerüberlassung.

Ziel der Arbeit ist es, die in der Bauausführung zu beachtenden Randbedingungen bei der Verschiebung von Leistungsgrenzen und Schnittstellen entlang einer Produktionskette transparent und nachvollziehbar herauszuarbeiten.

Aufgabenstellung

- Analyse der gesetzlichen und arbeitsrechtlichen Grundlagen zur Definition und Abgrenzung von Bautätigkeit
- Grundlagen der Differenzierung zwischen baugewerblicher Haupttätigkeit und von unterschiedlichen Bereichen von Nebentätigkeiten

- Herausarbeiten möglicher Schnittstellen zwischen Bautätigkeit und Beistellarbeiten bzw. Nebentätigkeiten am Beispiel von ein bis zwei Gewerken in der Praxis
- Herausarbeiten des Potentials von Spezialisierungen und Outsource-Initiativen, Aufzeigen der Risiken
- Exemplarisches Beispiel zur Beurteilung geeigneter Schnittstellenverschiebung

Zusammenstellung der Arbeit

- Aufgabenstellung
- Titelblatt
- Inhaltsverzeichnis
 - ggf. Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen, Symbole u. ä.
- Textteil
- Verzeichnisse (Quellen, Abbildungen, Tafeln, Tabellen, Zeichnungen)
- Anlagen
- Selbstständigkeitserklärung
- Separate Zusammenfassung (ehemals Thesen)

Für das Verfahren gilt die aktuell zutreffende Prüfungsordnung der Bauhaus-Universität Weimar, Fakultät Bauingenieurwesen.

Zum Abgabetermin sind

- 2 Exemplare der Arbeit (einschl. Anlagen) in gedruckter Fassung
- 1 Exemplar der Arbeit auf elektronischem Datenträger (vorzugsweise auf CD), einschl. Vorlage für die Gestaltung einer Schautafel und Einstellung in das Internet
- 2 Exemplare der Zusammenfassung (eins davon als Bestandteil der Arbeit)
- 1 digitales Literaturverzeichnis

zu übergeben.

Zur Verteidigung sind

- 1 Exemplar der Arbeit auf elektronischem Datenträger (vorzugsweise auf CD),

einschl. der Abschlusspräsentation,

1 Poster mit Kernaussagen der Arbeit in DIN A1

zu übergeben und ist die Arbeit in das Publikationsportal der Universitätsbibliothek (OPuS) einzustellen.

Organisatorische Hinweise:

Eine zwischenzeitliche Beratung an der Professur für Baubetrieb und Bauverfahren über den Weg und den Fortgang der Arbeit ist ausdrücklich erwünscht. Es sind mindestens zwei Konsultationen wahrzunehmen (Pflichtkonsultationen)

Internet-Fundstellen können, sofern sie einer glaubwürdigen Quelle entstammen, verwendet werden. Hierbei ist die jeweilige Internet-Seite mit kompletter Angabe des Pfades und mit Datum des letzten Aufrufs als Link (<http://www...>) im Quellenverzeichnis anzuführen.

Weimar, den

Prof. Dr.-Ing. H.-J. Bargstädt, M.Sc.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	II
1 EINLEITUNG	1
2 GRUNDLAGEN.....	2
2.1 Arbeitsrechtliche Grundlagen im Baugewerbe	2
2.1.1 Bauarbeitsrecht.....	3
2.1.2 Tarifrecht	5
2.1.3 Mindestlohn	7
2.2 Arbeitnehmerüberlassung	9
2.2.1 Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe	10
2.2.2 Arbeitsgemeinschaft (ARGE).....	13
2.2.3 Outsourcing	14
2.2.4 Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung - Outsourcing.....	16
2.2.5 Exkurs: Schwarzarbeit	19
3 SCHNITTSTELLEN	22
3.1 Differenzierung zwischen baugewerblichen Haupt- und Nebentätigkeiten.....	22
3.2 Schnittstellenverschiebung.....	24
3.2.1 Gewerk: Mauerarbeiten	24
3.2.1.1 Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien bei der Auslagerung von Nebentätigkeiten.....	25
3.2.1.2 Szenario 1.....	27
3.2.1.3 Szenario 2.....	29
3.2.1.4 Szenario 3.....	31
3.2.1.5 Bewertung der Szenarien.....	32
3.3 Risiken und Potenziale bei der Werkvertragsvergabe von Nebentätigkeiten .	32
4 FAZIT	35
Quellenverzeichnis	XXXVI
Abbildungsverzeichnis	XL
Tabellenverzeichnis	XLI
Eidesstattliche Erklärung	XLII
Zusammenfassung	XLIII

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmerentsendegesetz
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
AZR	Registerzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBTV	Tarifvertrag über die Berufsbildung im Baugewerbe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BRTV	Bundesrahmentarifvertrag
bzw.	beziehungsweise
ebd.	ebenda
EU	Europäische Union
GewO	Gewerbeordnung
HandwO	Handwerksordnung
iSd.	Im Sinne der/des
IT	Informationstechnik
LAG	Landesarbeitsgericht
Rdn.	Randnummer
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
SOKA-BAU	Sozialkassen der Bauwirtschaft
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVR	Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe
ULAK	Urlaubs- und Lohnausgleichkasse
VTV	Tarifvertrag Sozialkassenverfahren Bau
ZVK	Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG

1 EINLEITUNG

In der modernen Arbeitswelt ist es üblich betriebliche Aufgaben extern zu vergeben. Dieser Vorgang wird in der Wirtschaft *Outsourcing* genannt und beschränkt sich in der Regel auf Arbeiten, welche nicht zu den Kernkompetenzen eines Unternehmens gehören. Wenn diese Arbeiten durch spezialisierte Unternehmen übernommen werden ergeben sich Potenziale, die weit über eine bloße Kostensenkung hinausgehen. Der Kern dieser Arbeit bezieht sich auf die Auslagerung von sogenannten Nebentätigkeiten im Zusammenhang einer Bauwerksausführung. Dabei werden die arbeitsrechtliche Situation, Machbarkeit und Sinnhaftigkeit analysiert.

Das Arbeitsrecht im Baugewerbe ist überaus komplex und von starren Regelungen geprägt. Die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge gelten gemeinhin für alle Betriebe, die überwiegend bauliche Tätigkeiten ausüben. Problematisch wird die tarifliche Zuordnung für Betriebe, welche die Nebentätigkeiten übernehmen und für gewöhnlich nicht in den Geltungsbereich der Tarifverträge fallen. Bei der Vergabe von Nebentätigkeiten mit Hilfe von Werk- oder Dienstverträgen bedarf es einer genauen Klärung, ab wann eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung beginnt.

Im Rahmen dieser Arbeit soll untersucht werden, inwieweit eine Auslagerung der baulichen Nebentätigkeiten durch eine Werk- oder Dienstvertragsvergabe an die Grenzen der arbeitsrechtlichen Gegebenheiten stößt. Zusätzlich wird eine tarifliche Einordnung der Tätigkeiten vorgenommen.

Die Arbeit ist in die Hauptkapitel 2. Grundlagen und 3. Schnittstellen gegliedert. In Kapitel 2.1 werden die arbeitsrechtlichen Grundlagen des Baugewerbes genauer erläutert. Hierbei wird die Notwendigkeit der bauspezifischen Regelungen im Arbeitsrecht erörtert. Kapitel 2.1.2. behandelt das Tarifrecht mit dem Schwerpunkt des Geltungsbereichs der Tarifverträge BRTV (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe) und VTV (Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe). In 2.1.3. werden die verschiedenen Mindestlohnklassen im Baugewerbe definiert.

Kapitel 2.2 beschäftigt sich ausschließlich mit der Analyse der Leiharbeit und eventuellen Konsequenzen bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung. Hierbei wird zuerst auf die Arbeitnehmerüberlassung im Allgemeinen eingegangen. Kapitel 2.3. behandelt das Thema Outsourcing, während in Kapitel 2.2.4 eine Abgrenzung zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und Outsourcing stattfindet. Diese Abgrenzung ist für die spätere Bewertung der Szenarien wesentlich. Zusätzlich enthält Kapitel 2.2.5. einen Exkurs über Schwarzarbeit im Baugewerbe.

In Kapitel 3 werden die zuvor erklärten Grundlagen auf drei verschiedene Szenarien zur Vergabe von Nebentätigkeiten bei Mauerwerksarbeiten angewandt. Jedes Szenario wird hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Grenzen überprüft und anschließend bewertet.

In Kapitel 3.3 erfolgt eine Analyse der Potenziale und Risiken bei der Vergabe an Nachunternehmen. Abschließend werden in einem Fazit die Erkenntnisse und Ergebnisse dieser Arbeit zusammengefasst.

2 GRUNDLAGEN

2.1 Arbeitsrechtliche Grundlagen im Baugewerbe

Das Arbeitsrecht im Bauwesen berücksichtigt die besonderen Anforderungen des Baugewerbes. Die einzelnen Regelungen des Bauarbeitsrechts sind in einer Reihe von Gesetzen verstreut, sodass die Lösung einer bauarbeitsrechtlichen Problematik nicht immer leicht ist. Relevant für die Arbeitgeber im Bauwesen sind vor allem die Bestimmungen im Bereich der illegalen Beschäftigung, Schwarzarbeit, Ausländerbeschäftigung und Bauarbeitsstrafrecht.¹



Abbildung 1: Normenhierarchie im Bauarbeitsrecht.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Langenecker (2004), S.27.

Durch die Vielzahl der rechtlichen Bestimmungen entstehen häufig Widersprüche oder Überschneidungen, weshalb eine Darstellung des sogenannten Rangprinzips sinnvoll ist (Abb. 1). An oberste Stelle steht das internationale Recht (Völkerrecht, EU-Recht). Jedes Mitgliedsland der Europäischen Union setzt das EU-Recht in seine nationale Gesetzgebung um (Verfassung, Gesetze). Dieser sind Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Arbeitswerkverträge sowie Gleichbehandlungsgrundsätze untergeordnet (Abb. 1). Trotzdem sind gerade die ca. 40 überregionalen Tarifverträge im Bauarbeitsrecht von besonderer Bedeutung.²

¹ Vgl. Langenecker (2004), S.25.

² Vgl.ebd., S.26.

2.1.1 Bauarbeitsrecht

Das Bauarbeitsrecht umfasst die spezifischen Regelungen des Arbeitsrechts im Baugewerbe. Grundsätzlich unterscheidet sich das Arbeitsrecht der Wirtschaft nur marginal von dem des Baugewerbes, allerdings ergeben sich bedingt durch die Spezifik der Baubranche Sonderregelungen, die durch Gesetze und Tarifverträge geregelt sind.

Beschäftigungszeit 2012	Baugewerbe [%]	Gesamtwirtschaft [%]
ohne Angabe	4,8	4,1
unter 1 Jahr	14,7	13,5
1 Jahre bis unter 3 Jahre	15,5	15,2
3 Jahre bis unter 6 Jahre	15,9	14,2
6 Jahre bis unter 10 Jahre	11,7	10,9
10 Jahre und mehr	37,4	42,2

Tabelle 1: Fluktuation im Baugewerbe.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Deutsches Baublatt (2014), S.2.

Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass 2012 rund 37,4 % der Beschäftigten im Baugewerbe über 10 Jahre im Betrieb tätig waren. In der restlichen Wirtschaft sind es hingegen 42,2 %. Dies lässt auf eine tendenziell hohe Fluktuation im Baugewerbe schließen und ist vergleichbar mit einer witterungsbedingten niedrigen Erwerbsquote im Winter und einer hohen Insolvenzrate der Betriebe im Bauhauptgewerbe.³

Um den spezifischen Anforderungen der Baubranche gerecht zu werden, wurde 1949 die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse (ULAK) als *Gemeinnützige Urlaubskassen für die Bauwirtschaft* gegründet. Zusammen mit der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK) bildet sie seit 2001 die Sozialkassen der Bauwirtschaft, kurz SOKA-Bau. Ziel und Zweck der SOKA-Bau ist es, die Arbeitnehmer vor der hohen Fluktuation im Bauwesen zu schützen. Als nicht staatliche und nicht gewinnorientierte Institution ist die SOKA-Bau nach § 4 Absatz 2 TVG eine *gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien* und für die Durchführung der Tarifverträge zuständig.⁴

³ Vgl. Haufe Mediengruppe (2003), Artikel 78 S.1.

⁴ Vgl. SOKA-BAU.

	West [%]	Ost [%]	Berlin- West [%]	Berlin-Ost [%]
Gesamt	20,4	17,2	26,55	26,55
Urlaub	15,1	15,1	15,1	15,1
Berufsbildung	2,1	2,1	1,65	1,65
Zusatzversorgung	3,2	-	3,2	3,2
Sozialaufwandserstattung	-	-	6,6	6,6

Tabelle 2: Aufteilung der Beiträge an die SOKA-BAU.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an SOKA-BAU (2015), Mindestlohn.

Alle Betriebe des Bauhauptgewerbes sind verpflichtet, einen Sozialkassenbeitrag zu entrichten (2015: West: 20,4 % des Bruttolohns, Ost: 17,2 % des Bruttolohns). Dieser Betrag wird für die Urlaubsansprüche (15,1 %), berufsausbildende Unternehmen (2,1%), in den alten Bundesländern für eine Zusatzversorgung (3,2 %) und in Berlin für eine Sozialaufwandserstattung verwendet (vgl. Tabelle 2). Die Tarifverträge sind ausschließlich für bauliche Leistungen des Bauhauptgewerbes und nicht für Teile des Bauneben- oder Bauausbaugewerbes (baufremde Arbeiten) verbindlich, sodass eine genaue Unterscheidung der Tätigkeit im Einzelfall notwendig ist.⁵

Aufgrund der oben genannten Fluktuation werden die Urlaubsansprüche eines Arbeitnehmers über die Sozialkassen geregelt. Jeder Versicherte besitzt bei der SOKA-Bau ein persönliches Konto, welches treuhänderisch verwaltet wird. Grundlage hierfür ist der *Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe* (BRTV). Tritt der Arbeitnehmer den Urlaub an, ermittelt der Arbeitgeber das Urlaubsentgelt und zahlt dieses an den Arbeitnehmer aus. Auf Antrag erstattet die Urlaubskasse dem Arbeitgeber den Betrag. Im Falle eines Betriebswechsels durch den Arbeitnehmer bleibt der Anspruch auf das Urlaubsentgelt bestehen und wird direkt von der Urlaubskasse an den Arbeitnehmer ausgezahlt. Die dafür notwendigen Daten (Beschäftigungstage, Ausfallstunden, Urlaubstage) wurden im Vorhinein vom Arbeitgeber ermittelt. Durch diese Vorgehensweise ist der Urlaubsanspruch nicht mehr durch die Beschäftigungsdauer bei einem Arbeitgeber, sondern nur durch die Gesamtarbeitsdauer abhängig.⁶

Des Weiteren fördert die SOKA-Bau einen Teil der Ausbildung im Baugewerbe. Betriebe, welche die gesamte Ausbildungsleistung erbringen, erhalten im ersten Ausbildungsjahr für zehn Monate, im zweiten Jahr für sechs Monate und im dritten Jahr für einen Monat eine finanzielle Förderung. Die Kosten für eine überbetriebliche Ausbildung werden von allen sozialkassenpflichtigen Betrieben im Baugewerbe getragen. Grundlage hierfür ist der *Tarifvertrag über die*

⁵ Vgl. Pasler/Pentzeck, S.1-2.

⁶ Vgl. Haufe Mediengruppe (2003), Artikel 78 S.1.

Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV). In den alten Bundesländern wird zusätzlich eine Rentenbeihilfe gewährt. Diese wird nach langjähriger Branchenzugehörigkeit bei Renteneintritt als Zusatzrente ausgezahlt. Grundlage hierfür ist der *Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe* (TVR).⁷

2.1.2 Tarifrrecht

Die Tarifverträge sind für das Arbeitsrecht im Baugewerbe essenziell. „Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes, namentlich der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes und die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt, haben ca. 40 Tarifverträge abgeschlossen, um für die Arbeitsverhältnisse der gewerblichen Arbeitnehmer, Poliere und Schachtmeister, technischen und kaufmännischen Angestellten sowie Auszubildenden, die in den mehr als 75.000 Baubetrieben beschäftigt sind, Mindestnormen zu schaffen.“⁸ Die Tarifverträge sind unterteilt in Entgelt-, Rahmen-, Sozialkassen- und Verfahrenstarifverträge.⁹

Die für das Bauhauptgewerbe bedeutendsten Tarifverträge sind zum einen der *Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe* (BRTV) und zum anderen der *Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe* (VTV). Beide Tarifverträge gelten nach § 5 TVG als allgemeinverbindlich und sind demnach auch für Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Baugewerbes gültig, die nicht in Verbänden (Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften) organisiert sind. Auf Antrag von mindestens einer Tarifvertragspartei erfolgt durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung. Dafür müssen die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 Prozent im Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Ein weiteres Kriterium ist ein entsprechendes öffentliches Interesse.¹⁰

Der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) ist einer der bedeutendsten Tarifverträge im Baugewerbe. Er wurde am 4. Juli 2002 zwischen dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V., dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt geschlossen. Die aktuelle Fassung ist am 10. Dezember 2014 erschienen. Der BRTV enthält grundsätzliche Bestimmungen über die Einteilung von Berufsgruppen in Lohnklassen, Arbeitszeiten und deren Flexibilisierungsmöglichkeiten (§ 3 BRTV), Krankheitsfälle von Arbeitnehmern, Urlaubsansprüche, Zuschläge und Regelungen zur Mehrarbeit. Der Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) wurde am 3. Mai 2013 zwischen den oben genannten Tarifvertragsparteien geschlossen. Die aktuelle Fassung ist am 10. Dezember 2014 erschienen. Der VTV regelt die dem Arbeitnehmer des Baugewerbes gewährten Leistungen, die von den Sozialkassen an die Baubetriebe erstatteten

⁷ Vgl. SOKA-BAU (2015).

⁸ Biedermann (2008), § 12 Rdn. 283.

⁹ Vgl. Von der Grün (2004), S.180-182.

¹⁰ Vgl. Deinert (2009), S.170.

Leistungen und die Höhe der Beiträge. Des Weiteren gibt dieser Tarifvertrag einen formellen Rahmen über das Sozialkassenverfahren vor.¹¹

Im Rahmen dieser Arbeit kommt dem Geltungsbereich der Verträge (§ 1 Abs. 2 BRTV, § 1 Abs. 2 VTV) eine besondere Bedeutung zu. In diesen Paragraphen ist festgelegt, für welche Art von Baubetrieben und Arbeitnehmern das Sozialkassenverfahren verpflichtend ist.

Nach § 1 Abs. 2 VTV fallen alle Betriebe des Baugewerbes in den Geltungsbereich. „Unter einem Betrieb iSd. § 1 Abs. 2 VTV ist die organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“.¹² Folglich wird das Sozialkassenverfahren beispielsweise beim Bau eines Eigenheims nicht angewandt.

In § 1 Abs. 2 BRTV Abschnitt I bis IV werden baugewerbliche Tätigkeiten und die gewerbliche Erbringung baulicher Leistungen als Voraussetzung zur Anwendung der Bautarifverträge beschrieben. Eine gewerbliche Tätigkeit liegt vor, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist. In den Abschnitten IV bis VI werden die Tätigkeiten, die in den Geltungsbereich der Tarifverträge BRTV und VTV fallen, anhand eines Kataloges (Abschnitt V) näher definiert. Aufgrund dessen sind Maurer-, Putz-, Trocken-, Montagebau-, Zimmer-, Fliesenverlege- und Pflasterarbeiten grundsätzlich in den Geltungsbereich einzuordnen. Abschnitt VII schließt bestimmte baugewerbliche Tätigkeiten, die überwiegend dem Baunebengewerbe entstammen, aus dem Geltungsbereich aus (z.B. Dachdecker-, Malerhandwerk). Bei einer tarifrechtlichen Einordnung ist ausschließlich die Erfüllung eines in den Abschnitten definierten Merkmals relevant. Eine weitere Prüfung bedarf es in diesem Fall nicht.¹³

Eine Einteilung der Betriebe in das Bauhaupt- oder Nebengewerbe ist beim Sozialkassenverfahren irrelevant. Im Hinblick auf die Sozialkassenbeiträge ist ausschließlich die Arbeitszeit in einem Betrieb innerhalb eines Kalenderjahres entscheidend. Ist die Arbeitszeit der Arbeitnehmer überwiegend der Erbringung baulicher Leistungen zuzurechnen, fällt der Betrieb als Ganzes unter die Bautarifverträge. Sind mindestens 50 Prozent der auszuführenden Arbeiten bloße Nebentätigkeiten und dem Baunebengewerbe zuzuordnen, so gelten die Bautarifverträge für diesen Betrieb nicht. Zudem entfällt die Sozialkassenabgabe. Die Abgrenzung von Bautätigkeiten ist rechtlich von großer Bedeutung, jedoch in der Praxis nicht immer ohne Weiteres möglich. Transport-, Entsorgungs- und Reinigungsarbeiten sind grundsätzlich als Nebentätigkeit zu klassifizieren. Dennoch werden sie den baugewerblichen Haupttätigkeiten zugeordnet, sofern sie für eine sachgerechte Ausführung baulicher Leistungen erforderlich sind. Die erbrachten Nebentätigkeiten werden nur dann den baulichen Haupttätigkeiten zugerechnet, wenn ein direkter Zusammenhang der Nebentätigkeiten mit einer der Haupttätigkeiten besteht. Ein Betrieb, der lediglich Nebentätigkeiten und kein Gewerk einer baugewerblichen Haupttätigkeit ausführt, ist in der Regel nicht beitragspflichtig (BAG Az. 10 AZR 722/1). Führt

¹¹ Vgl. Von der Grün (2004), S.181-182.

¹² BAG Urteil vom 3.12.2003, Az. 10 AZR 107/03.

¹³ Vgl. Brettschneider/Magiera/Wulf (2014), S.5-6.

indes ein Betrieb auf einer Baustelle eine Haupttätigkeit mit den dazugehörigen Nebentätigkeiten aus und auf einer anderen Baustelle ausschließlich eine Nebentätigkeit, handelt es sich um einen sogenannten *Mischbetrieb*. Um die Beitragspflicht zu ermitteln, ist ein Zusammenrechnen der baulichen Leistungen notwendig. Als sogenannte *Zusammenhangstätigkeiten* werden nach BAG Az. 4 AZR 934/08 Nebentätigkeiten bezeichnet, die auf derselben Baustelle ausgeführt werden wie die Haupttätigkeiten und welche für die sachgerechte Ausführung der baulichen Leistungen notwendig sind. Zusammenhangstätigkeiten werden bei der Beurteilung der arbeitszeitlichen überwiegenden Tätigkeit des Betriebes neutralisiert und später in die Berechnung eingefügt. Dies ist abhängig von den jeweiligen Anteilen von baugewerblichen und sonstigen Tätigkeiten. Führt ein Betrieb zu 70 Prozent Bauarbeiten aus und erbringt zu 30 Prozent baufremde Arbeiten, dann handelt es sich zu 100 Prozent um einen Baubetrieb, wenn die 30 Prozent baufremden Arbeiten nicht unter einen speziellen Tarifvertrag (z.B. als Betriebsabteilung oder Gesamtheit von Arbeitnehmern) fallen. Ein Unternehmen, welches ausschließlich Nebenarbeiten ausführt, aber auch als Subunternehmen, beispielsweise für die Koordinierung der Hauptarbeiten auftritt, ist sowohl für die Haupt- als auch Nebenarbeiten sozialkassenpflichtig. Grund dafür ist der enge organisatorische Zusammenhang der Tätigkeiten, bei der sich die vertragliche Trennung der Haupt- und Nebentätigkeiten von der praktischen Realität unterscheidet (BAG Az. 10 AZR 810/10). Für das Vorliegen einer gemeinsamen Koordinierung der Arbeiten ist es entscheidend, ob die Anweisungen der Haupt- und Nebenleistungen von ein und derselben Person oder von mehreren Personen stammen.¹⁴

2.1.3 Mindestlohn

Der Mindestlohn ist im Baugewerbe durch den *Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe* im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) geregelt. Genauso wie der BRTV und der VTV ist der TV Mindestlohn gemäß § 5 TVG allgemeinverbindlich. Nach § 1 Abs. 2 TV Mindestlohn ist der Geltungsbereich mit dem des BRTV kongruent. Darüber hinaus gilt der baugewerbliche Mindestlohn auch für Betriebe mit Sitz im Ausland, die ihre Arbeitnehmer in die Bundesrepublik Deutschland entsenden (§ 3 AEntG).

Das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) wurde einst zum Schutz der inländischen Baubetriebe vor ausländischer Konkurrenz geschaffen und wird auch in anderen Branchen als Mittel für die Mindestlohnpolitik verwendet.¹⁵

¹⁴ Vgl. Pasler/Pentzeck, S.1-2.

¹⁵ Vgl. Langenecker (2004), S.196.

Bauhauptgewerbe	01.01.15 – 31.12.15
Lohngruppe 1 West	11,15 €
Lohngruppe 2 West	14,20 €
Lohngruppe 1 Berlin	11,15 €
Lohngruppe 2 Berlin	14,05 €
Lohngruppe 1 Ost	10,75 €
Lohngruppe 2 Ost	-

Tabelle 3: Mindestlohn im Baugewerbe.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Brettschneider/Magiera/Wulf (2014), S.6.

Die Höhe der Löhne ist in Lohngruppen kategorisiert (vgl. Tabelle 3). Diese sind in § 5 BRTV näher definiert. Die Lohngruppe 1 gilt für Arbeitnehmer, die einfache Arbeiten im Bauhauptgewerbe ausführen. Dies sind in der Regel Sortier-, Lager-, Reinigungs- und Hilfsarbeiten. Für diese Art von Arbeiten ist keine Regelqualifikation nötig. Die Lohngruppe 2 hingegen erfordert eine höhere Regelqualifikation (baugewerbliche Stufenausbildung in der ersten Stufe, Handwerker Ausbildung). Typische Tätigkeitsbeispiele sind z.B. Asphaltierer, Rohrleger, Betonstahlbieger, Fertigteiltbauer, Putzer und Weitere.

Grundsätzlich gelten zur Klassifizierung der Lohngruppen Kriterien der Ausbildung, Fertigkeiten, Kenntnisse sowie der auszuübenden Tätigkeit, wobei die überwiegend ausgeübte Tätigkeit maßgebend ist. Es ist daher möglich, dass z.B. ein ausgebildeter Maurer, der ausschließlich zum Mischen von Mörtel eingesetzt wird, in Lohngruppe 1 fällt, eine ungelernete Kraft hingegen, die eine höherwertige Arbeit ausführt, in die Lohngruppe 2.¹⁶

Der Tabelle 5 ist zu entnehmen, dass die Löhne weiterhin nach Regionen (West, Ost, Berlin) aufgeteilt sind. Es gilt das Arbeitsortprinzip, welches nach § 3 TV Mindestlohn besagt, dass der Lohn gemäß des Ortes der Arbeitsstelle zu entrichten ist. Gemäß § 2 Abs. 4 TV Mindestlohn müssen Betriebe, welche ihre Arbeitnehmer in verschiedenen Tariflohnregionen einsetzen, die Arbeitszeit getrennt nach diesen Arbeitsstellen monatsbezogen aufzeichnen. In den neuen Bundesländern ist lediglich das Gehalt der Lohngruppe 1 allgemeinverbindlich. Die Zollbehörden stellen die Durchsetzung des Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) und infolgedessen die Einhaltung des Mindestlohns sicher. Bei Nichtbeachtung drohen Geldbußen von bis zu 500.000 €.¹⁷

¹⁶ Vgl. Brettschneider/Magiera/Wulf (2014), S.9-10.

¹⁷ Vgl. Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (2009), S.1.

2.2 Arbeitnehmerüberlassung

Die Definition der Arbeitnehmerüberlassung umfasst als übergeordneter Begriff alle Themen der Verleihung von Arbeitnehmern in der gesamten Wirtschaft. Andere Begriffe für diese Art der Beschäftigung sind auch Body-Leasing, Leih- oder Zeitarbeit.¹⁸ In diesem Kapitel wird besonders auf die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe und das Outsourcing eingegangen. Dabei soll ein Überblick gegeben werden, welche Formen der Entleihungen von Arbeitnehmern im Baugewerbe erlaubt sind und welche Risiken und Chancen dabei für Arbeitgeber entstehen können.

Die Arbeitnehmerüberlassung war noch bis 1967 aufgrund des staatlichen Monopols der Arbeitsvermittlung grundsätzlich verboten. Dieser Sachverhalt wurde am 4.4.1967 vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig eingestuft. Um die Entleihung von Arbeitnehmern einheitlich zu regeln und die gewerbliche Leiharbeit sozialverträglich zu gestalten, wurde 1972 das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verfasst. Da der Arbeitsmarkt fortlaufenden Veränderungen unterworfen ist, wurde ab 1980 das AÜG weitestgehend gelockert. Es wurde die maximale Überlassungsdauer von drei Monaten schrittweise bis auf 24 Monate erhöht. Die Gründe hierfür liegen in dem Bedarf der modernen Wirtschaft an flexiblen Arbeitsverhältnissen, die Ausdehnung des Arbeitsplatzangebotes und die dadurch erwünschte Senkung der Arbeitslosigkeit.¹⁹

Die Entleihung eines Arbeitnehmers von seinem Arbeitgeber an einen Dritten wird als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet. Der Verleiher (Arbeitgeber) schließt mit dem Entleiher einen Überlassungsvertrag, indem sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher einen für die auszuführende Leistung geeigneten Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (Abb. 2). Des Weiteren erhält der Entleiher für die Zeit der Überlassung das Recht, den Arbeitnehmer anzuweisen und Zeit, Dauer, Art und Ort des Einsatzes zu bestimmen. Die Arbeitgeberpflichten (Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht) verbleiben beim Stammbetrieb (Entleiher). Demzufolge bleibt der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter bestehen, die Arbeitsleistung wird hingegen dem Entleiher überlassen (Abb. 2). Der Entleiher entrichtet dem Verleiher eine festgelegte Gebühr zur Deckung der Personalkosten.²⁰

¹⁸ Vgl. Tenbrock (2005), S.913

¹⁹ Vgl. ebd., S.914

²⁰ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 1.

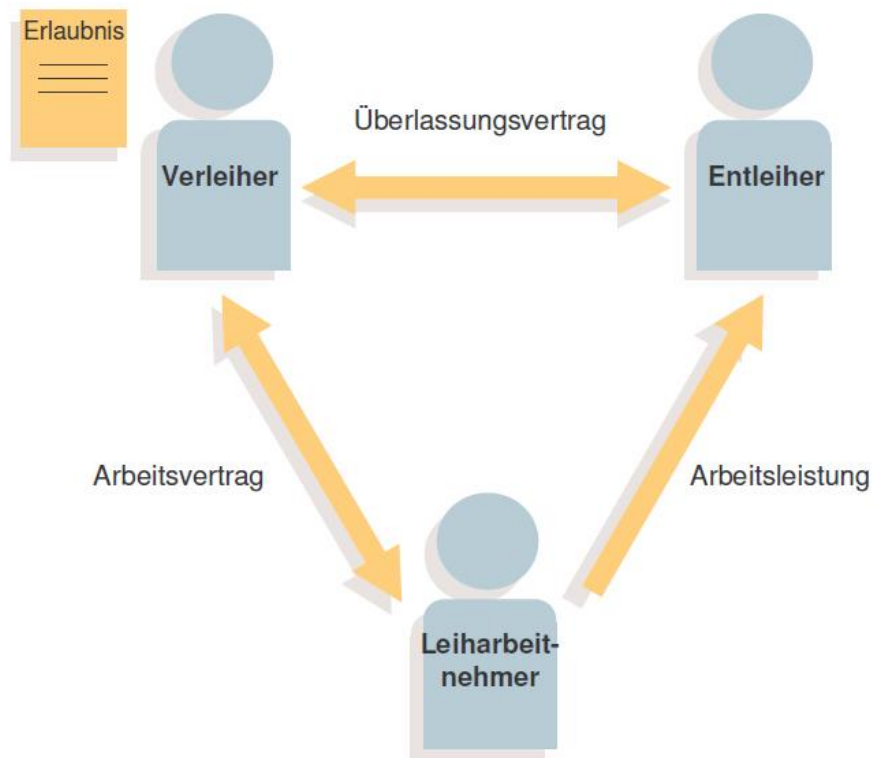


Abbildung 2: Rechtsbeziehungen in der Arbeitnehmerüberlassung.

Quelle: Zoll (2015).

Durch die Entleihung und den flexiblen Einsatz von Arbeitnehmern entstehen aufgrund der Senkung von Personalkosten für die Arbeitgeber wirtschaftliche Vorteile, da eine arbeitsrechtliche Bindung der Arbeitnehmer nicht stattfindet. Eine Umgehung der tariflichen Mindestlöhne ist bei der Arbeitnehmerüberlassung bedingt durch den Gleichstellungsgrundsatz nicht möglich.²¹

2.2.1 Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe

Der Grund für eine Überlassung von Arbeitnehmern im Baugewerbe ist zumeist der temporär erhöhte Bedarf an Personal für die Realisierung eines Bauprojekts. Das überlassene Personal ist ausschließlich für die Zeit des Bauvorhabens für den leihenden Betrieb tätig und wird in der Regel nicht fest eingestellt. Als Alternativen für die Arbeitnehmerüberlassung bietet sich die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) oder die Vergabe der Bauleistungen an Nachunternehmer durch Werk- oder Dienstverträge an.²²

²¹ Vgl. Tenbrock (2005), S.917.

²² Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 1.

Die gesetzliche Grundlage für die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Eine Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn ein Unternehmen regelmäßig Arbeitskräfte verleiht und auf wirtschaftliche Vorteile abgezielt wird. Das AÜG unterscheidet zwischen erlaubnisfreien, erlaubnispflichtigen und unzulässigen Formen der Arbeitnehmerüberlassung. Zusätzlich definiert es die Voraussetzungen für die Entleiher von Arbeitnehmern, schafft rechtliche Rahmenbedingungen und legt Strafen bei Nichtbeachtung fest. Für das Baugewerbe ist insbesondere § 1b AÜG Einschränkungen im Baugewerbe essenziell.²³

Gleichermaßen zu beachten sind die Schnittstellen zwischen der Überlassung von Arbeitnehmern im Baugewerbe und dem Tarifrcht. Gemäß § 8 Abs. 3 AEntG sind Leiharbeitnehmern, deren Arbeiten den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen (BRTV/VTV) unterworfen sind, dieselben tarifrechtlich vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren, gleichwohl der Entleiher nicht in den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fällt. Das Arbeitnehmerentsendegesetz sieht außerdem eine Haftung für den Entleiher zur Zahlung eines Mindestentgelts oder von Sozialkassenbeiträgen gegenüber den Arbeitnehmern vor (§ 14 AEntG).

Ziel des AÜG ist es, illegale Beschäftigungsverhältnisse (z.B. Scheinwerkverträge) zu unterbinden. Gemäß § 1b AÜG ist das Überlassen von Arbeitskräften im Baugewerbe grundsätzlich unzulässig. Dazu zählen auch Unternehmen, die Arbeitnehmer in das Baugewerbe verleihen würden (z.B. Zeitarbeitsfirmen bzw. Personaldienstleistungsunternehmen).²⁴ Als Grund für die Einführung des § 1b AÜG im Jahre 1982 wird angeführt, dass Leiharbeiter in der Regel nicht von tariflichen Leistungen der Sozialkassen profitieren. Jedoch gibt es einige Ausnahmen, die den Verleih von Arbeitskräften im Baugewerbe erlaubnisfrei zulassen. Eine anzeigepflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben ist erlaubt, sofern bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind (§ 1a AÜG). Eine Überlassung muss im Vorhinein schriftlich beim zuständigen Landesarbeitsamt angezeigt werden. Nach § 1b AÜG müssen die Betriebe (Entleiher, Verleiher) Baubetriebe sein, seit mindestens drei Jahre in den Geltungsbereich der Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen und weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigen (vgl. Tabelle 4). Darüber hinaus muss der Zweck der Entleiherung die Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassung sein (*Kollegenhilfe*). Die Dauer der Kollegenhilfe ist auf maximal zwölf Monate beschränkt (vgl. Tabelle 4).²⁵

Für den Fall, dass ein Baubetrieb mit mehr als 50 Arbeitnehmern eine Verleiherung an Dritte durchführen will, ist gemäß § 1 Abs.1 AÜG eine Verleiherlaubnis nötig (vgl. Tabelle 4). Bei der Erteilung einer Erlaubnis ist keine Anzeige bei dem zuständigen Landesarbeitsamt nötig. Zudem ist die Höchstdauer von zwölf Monaten nicht mehr maßgebend. Wie bei den erlaubnisfreien Formen der Arbeitnehmerüberlassung ist hierbei eine dreijährige Zugehörigkeit an die Geltungsbereiche der Rahmen- und Sozialkassentarifverträge nötig (vgl. Tabelle 4).²⁶

²³ Vgl. Langenecker (2004), S.164-165.

²⁴ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 3.

²⁵ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 3.

²⁶ Vgl. ebd., S.4

Verleiher	Entleiher	Zulässigkeit
Verleihbetrieb/Zeitarbeitsunternehmen	Baubetrieb	nicht zulässig
Baubetrieb < 50 AN, 3 Jahre tätig, Kurzarbeit/Entlassungen drohen	Baubetrieb	zulässig, max. 12 Monate
Baubetrieb mit Verleiherlaubnis, 3 Jahre tätig	Baubetrieb	zulässig, zeitlich unbegrenzt
Baubetrieb	beliebiges Unternehmen außerhalb des Baugewerbes	zulässig, sofern Verleiherlaubnis vorhanden ist

Tabelle 4: Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Rudolf Müller Verlag (2011), S.3-4.

Einen Sonderfall der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe bildet die Maschinenüberlassung mit Personal. In der Regel handelt es sich dabei um Geräte, die spezielle Kenntnisse in Bedienung und Wartung erfordern (Bohrgeräte, Kräne, Bagger). Maßgebend für die rechtliche Bewertung derartiger Miet-, Leasing- oder Kaufverträge ist das Schwergewicht des Vertrages. Dabei ist eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise erforderlich. Die hierbei überlassenen Maschinen sind besitzen häufig einen gewissen monetären Wert. Bei der Frage, ob diese Art von Entleihung als Arbeitnehmerüberlassung bewertet wird, ist entscheidend, ob der Hauptzweck des geschlossenen Vertrages die Überlassung der Maschinen oder die Verleihung des Maschinenpersonals ist.²⁷ In diesem Fall ist die Überlassung des Bedienungs- oder Wartungspersonals eine reine Nebenleistung und nicht erlaubnispflichtig.²⁸ Steht der Personaleinsatz im Vordergrund und sind dabei gleichzeitig Arbeitsgegenstände vermietet, handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung. Folglich kommt es auch darauf an, inwieweit das überlassene Personal im Arbeitsprozess der Baustelle eingegliedert ist und Weisungen von einem leitenden Mitarbeiter entgegennimmt. Um den Tatbestand einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden, muss die Arbeit (sofern das vertragliche Schwergewicht nicht auf den überlassenen Maschinen liegt) in eigenständiger Regie stattfinden. Generell wird bei einer Maschinenüberlassung mit Personal ein Dienstvertrag geschlossen, welcher das Nachunternehmen zu der Erbringung einer festgelegten und klar abgegrenzten Dienstleistung verpflichtet.²⁹

Zur Verdeutlichung werden drei Beispiele bezogen auf das Baugewerbe aufgeführt:

²⁷ Vgl. Langenecker (2004), S.163-164.

²⁸ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 2.

²⁹ Vgl. ebd., S. 2.

Arbeitnehmerüberlassung

Überlassung von Maurern unter gleichzeitiger Vermietung von Mörtelmischgeräten

keine Arbeitnehmerüberlassung

Miete eines Baukrans mit Gestellung eines Kranführers

Leasing von Maschinen für die Fertigung, Dritteinsatz von Personal zum Aufbau der Maschinen und zur Einweisung der Belegschaft im Drittbetrieb

Tabelle 5: Zulässigkeit der Maschinenüberlassung

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Rudolf Müller Verlag (2011), S.2.

Die Umsetzung des AÜG wird durch die Bundesagentur für Arbeit und den Zollagenturen sichergestellt. Dabei überprüft die Arbeitsverwaltung die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung, während die Zollbehörden für die Durchsetzung des Mindestlohns zuständig sind.³⁰ Die Bundesagentur für Arbeit gibt für diesen Zweck Durchführungsanweisungen aus, in denen Kriterien, die für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechen, definiert sind. Dadurch ist es auch für nicht qualifizierte Sachbearbeiter möglich, Betriebe auf eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung zu überprüfen.³¹ Bei Nichtbeachtung des AÜG oder illegaler Arbeitnehmerüberlassung drohen den beteiligten Unternehmen empfindliche Strafen. Gemäß § 16 Abs. 1 AÜG muss eine Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit für den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit vorhanden sein. Dieser Paragraph definiert ebenfalls die Tatbestände und die Höhe der Strafen. Demnach muss ein Betrieb, der ohne Verleiherlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt, eine Strafe im Rahmen einer Ordnungswidrigkeit von bis zu 30.000 € zahlen, während ein Betrieb, der ausländische Arbeitnehmer (ohne Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, Aufenthaltsgestattung, Duldung oder Genehmigung) verleiht, ein Bußgeld von 500.000 € zahlen muss (§ 16 Abs. 2 AÜG). Bei Nichtbeachtung von § 1b AÜG beträgt die Geldbuße im Rahmen ebenfalls 30.000 €. ³² Im Falle einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe ist der entleihende Betrieb verpflichtet, sowohl die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge als auch die für allgemeinverbindlich erklärten Sozialkassenbeiträge zu entrichten.³³

2.2.2 Arbeitsgemeinschaft (ARGE)

Die ARGE ist ein zeitlich befristeter Zusammenschluss von mehreren Unternehmen und nach § 1 Abs. 1 AÜG keine Arbeitnehmerüberlassung. In der ARGE verwirklichen die Unternehmen gemeinsam geplante Bauprojekte. Ähnlich wie bei der Arbeitnehmerüberlassung können bei

³⁰ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 4.

³¹ Vgl. Bundesagentur für Arbeit, S.1-2.

³² Vgl. Langenecker (2004), S.176.

³³ Vgl. Tenbrock (2005), S.987.

der Bildung einer ARGE Personalressourcen verschiedener Unternehmen gebündelt werden. Das unternehmerische Risiko bei Großaufträgen wird auf die beteiligten Unternehmen verteilt, sodass auch technisch anspruchsvolle Projekte realisiert werden können.³⁴

Bei der Gründung einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Die Arbeitnehmer eines Betriebes werden nach § 9 BRTV zur Erbringung einer Arbeitsleistung in einer Arbeitsgemeinschaft freigestellt (§ 9 BRTV Nr. 1.1). Für die Freistellung ist zwingend die Zustimmung des Arbeitnehmers notwendig (§ 9 BRTV Nr. 1.2). Während der Freistellung ruht das Arbeitsverhältnis zwischen dem Hauptunternehmen und Arbeitnehmer (§ 9 BRTV Nr. 2.1). In Folge dessen ist die ARGE mit allen Rechten und Pflichten der neue Arbeitgeber. Das Arbeitsverhältnis zwischen ARGE und Arbeitnehmer endet bei Erfüllung des Gründungszwecks oder Auflösung der Arbeitsgemeinschaft und verbleibt beim Hauptunternehmen (§ 9 BRTV Nr. 2.2).³⁵

2.2.3 Outsourcing

Outsourcing ist eine Form der Leiharbeit, welche in der gesamten Wirtschaft in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen hat. Nach dem *make or buy* Prinzip werden, ähnlich der Arbeitnehmerüberlassung, betriebliche Aufgaben an Dritte ausgelagert. Faktisch wird Outsourcing seit den 60er Jahren in der Textilindustrie betrieben (Auslagerung der Produktion nach Asien), der Begriff hingegen entstand erst in den 80er Jahren, als Eastman Kodak die gesamte Datenverarbeitung an IBM auslagerte.³⁶ Anwendungsbereiche des Outsourcings sind in der gesamten Wirtschaft vorzufinden. Es werden Dienstleistungen, welche über das Internet ausgeführt werden, in die IT-Branche vergeben (Programmier-, Designaufgaben). Ebenso lagern mittelständische Unternehmen in der Regel Marketing- und Vertriebsaufgaben aus, da die eigenen Kapazitäten nicht ausreichend sind. Global tätige Konzerne vergeben in vielen Fällen die Produktion an Unternehmen, welche in Niedriglohnländer tätig sind.³⁷

Wird ein Unternehmensbereich an einen externen Dienstleister ausgegliedert, muss ein Werk- oder Dienstvertrag zwischen den Parteien geschlossen werden. Der externe Dienstleister übernimmt beim Werkvertrag die Verantwortung der Ausführung und haftet bei Mängeln. Abhängig von Art und Umfang der ausgelagerten Leistung übernimmt der Dienstleister auch die Planung des Material- und Personalbedarfs. Der wesentliche Unterschied zwischen Werk- und Dienstverträgen ist der vertraglich geschuldete Erfolg der Arbeitstätigkeit. So ist beim Werkvertrag das ausführende Unternehmen verpflichtet, die sachgemäße Herstellung eines Gewerkes zu garantieren (Werkerfolg). Ist der Werkerfolg nicht gegeben, erfolgt keine Vergütung. Der Dienstvertrag verpflichtet hingegen lediglich zur Erfüllung einer bestimmten Tätigkeit.³⁸

³⁴ Vgl. Bargstädt/Steinmetzger (2013), S.233-234.

³⁵ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 2.

³⁶ Vgl. Seiringer (1999), S.4.

³⁷ Vgl. Wirtschaftslexikon24 (2015).

³⁸ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S. 2.

Es gilt zwischen der Vergabe von Leistungen innerhalb des Betriebes (internes Outsourcing) und der Auslagerung von Leistung an externe Dienstleister (externes Outsourcing) zu unterscheiden. Beim externen Outsourcing werden einzelne Tätigkeitsbereiche eines Betriebes komplett ausgegliedert. *Klassisches Outsourcing* kennzeichnet sich durch die Stilllegung der bestehenden Abteilung und durch die Auftragsvergabe an Dritte. Allerdings tritt häufig der Fall ein, dass Arbeitsverhältnisse und betriebliche Infrastruktur übernommen werden. Das interne Outsourcing findet durch Umstrukturierungsprozesse innerhalb eines Unternehmens statt. Betriebsinterne Aufgaben werden hier z.B. durch Tochtergesellschaften übernommen, die rechtlich ein selbständiges Unternehmen darstellen, aber sich innerhalb des Konzerns befinden. Ferner können sowohl das interne als auch das externe Outsourcing in *Komplett-Outsourcing* oder auch *Modul-Outsourcing* unterschieden werden. Dabei umfasst das *Komplett-Outsourcing* die vollständige Auslagerung eines Tätigkeitsbereiches, wohingegen das *Modul-Outsourcing* nur einen Ausschnitt eines Bereiches ausgliedert. Weitere Formen des Outsourcings sind das *Projekt-Outsourcing*, *Management-Buy-Out* und *Inhouse-Outsourcing*. Ziel des Outsourcings ist es, durch die betriebliche Beschränkung auf Kernkompetenzen (Lean Management) den Betrieb wirtschaftlicher und effizienter zu gestalten. Gerade durch die hohe Spezialisierung eines Dritten ist es möglich, sowohl die Qualität zu steigern als auch Kosten zu senken. Dies spart in vielen Fällen auch Investitionskosten der Infrastruktur (z.B. IT-Infrastruktur) ein, die bei Aufrechterhaltung einer nicht ausgelagerten Leistung nötig wären. Neben den wirtschaftlichen Gesichtspunkten ergibt eine ausgelagerte Leistung eine zusätzliche Flexibilisierung bei der Wahl des externen Dienstleisters. So kann bei niedriger Qualität in der Regel zeitnah ein anderer Anbieter die Arbeit übernehmen. Der Auftraggeber besitzt jedoch kein Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern des externen Dienstleisters. Infolgedessen findet eine Reduktion der Flexibilisierung statt.³⁹ Bedingt durch die zunehmende Auslagerung von Betriebsprozessen kann eine Abhängigkeit vom Dienstleister entstehen, die mit einem möglichen Verlust von Know-How einhergeht. Zudem sind rechtliche Fragen ebenfalls ein Hemmnis für eine positive Outsource-Initiative.

Bei einer Outsource-Entscheidung sind eventuell auftretende versteckte Kosten zu beachten. Es gilt Kosten mit einzuplanen, die für die Suche nach geeigneten Partnern oder für die Vertragsvorbereitungen entstehen (Planungskosten). Auch die Einbindung des externen Dienstleisters verursacht Kosten (Anpassungskosten). Um die Kontrolle über die Qualität zu behalten sind umfassende Überwachungsmaßnahmen der Ausführung zu treffen (Kontrollkosten).⁴⁰

Durch die Spezifik der Baubranche verschwimmen in vielen Fällen die Grenzen zwischen der Vergabe von Werk- und Dienstverträgen (Outsourcing) und unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung.

³⁹ Vgl. Greiner, Stefan (2005), S.994-997.

⁴⁰ Vgl. ebd., S.997.

2.2.4 Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung - Outsourcing

Sowohl bei der Arbeitnehmerüberlassung als auch beim Outsourcing werden betriebsinterne Aufgaben an Dritte ausgelagert. Jedoch wird beim Outsourcing die zu vergebene Leistung auf selbstständige Rechtsträger (z.B. externe Dienstleister) übertragen. Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung findet hier keine Entleihung von Arbeitnehmern statt, sondern nur der Zukauf von bestimmten Leistungen.⁴¹

Schnittstellen zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Outsourcing entstehen, wenn eine Outsource-Initiative zu einer *verdeckten Arbeitnehmerüberlassung* bzw. *Scheinarbeitnehmerüberlassung* führt. Dies geschieht regelmäßig bei einer gemeinsamen Beschäftigung der Mitarbeiter des Drittunternehmens mit der Stammbesellschaft in der Betriebsorganisation des Unternehmens. Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt der Hauptunternehmer (Auftraggeber) beim Outsourcing kein Direktions- bzw. Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer. Jedoch ist der Hauptunternehmer befugt, Anweisungen zu erteilen, die sich explizit auf die Herstellung des Werkes beziehen (Sach- und Fortschrittskontrolle, Fachaufsicht). Es ist daher zwischen arbeitsrechtlichen Direktions- bzw. Weisungsrecht und werkbezogenen Anweisungen zu unterscheiden. Das Hauptunternehmen darf im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstleistungsvertrages keine Anweisungen erteilen, welche die Art und Weise der Arbeitsleistung (Inhalt, Zeit, Ort, Ausführung) betreffen. Hingegen sind werksbezogene Anweisungen (Qualitätsanforderungen, Reihenfolge, Stückzahl) zulässig.⁴² Maßgebend für die Beurteilung ist, inwieweit die Arbeitnehmer des externen Dienstleisters in den Betrieb integriert sind.⁴³ Das Dienstleistungsunternehmen ist für den Hauptunternehmer (Auftraggeber) tätig und verwendet für die vertraglich geschuldete Leistung eigenes Personal und Material. Die gesamte für die Herstellung des Werkes erforderliche Arbeitsorganisation obliegt beim Outsourcing dem Dienstleistungsunternehmen. Im Unternehmen differieren die Zuständigkeiten für die Entscheidung einer Outsourcing-Initiative oder der Entleihung von Arbeitnehmern. In der Regel ist für das Entleihen von Arbeitnehmern die Personalabteilung zuständig. Im Gegensatz dazu ist beim Outsourcing durch den Werk- oder Dienstvertrag eine konkrete Leistung beschrieben. Deswegen ist bei der Werk- oder Dienstvertragsvergabe die Einkaufsabteilung zuständig. Gründe für die Bevorzugung eines Werkvertrages (Outsourcing) gegenüber der Entleihung von Arbeitnehmern sind die Vermeidung des strikten Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und Kosteneinsparungen.⁴⁴

Die aktuelle Rechtsprechung grenzt werkvertragliche Fremdvergabe von verdeckter Arbeitnehmerüberlassung ab (LAG Rheinland-Pfalz Urteil vom 11.11.2010, Az. 11 Sa 289/10). In diesem Urteil wird die Bedeutung des Geschäftsinhalts der drei Parteien (Arbeitnehmer, Auftraggeber, Arbeitgeber) hervorgehoben. Bei der Arbeitnehmerüberlassung endet die Vertragspflicht des Verleihers (Arbeitgeber) gegenüber dem Entleiher (Auftraggeber) bei der Übergabe

⁴¹ Vgl. ebd., S.920.

⁴² Vgl. Haufe (2015).

⁴³ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.2.

⁴⁴ Vgl. VDI (2015).

der geeigneten Arbeitnehmer. Besteht zwischen Arbeitgeber und Auftraggeber ein Werk- oder Dienstvertrag, so ist dies keine Arbeitnehmerüberlassung (BAG Urteil vom 13.08.2008, AZR 269/07). Der Arbeitgeber ist in diesem Fall für die Erfüllung des Auftragsgegenstands und nicht primär für die Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern zuständig. Des Weiteren enthält ein Werkvertrag im Gegensatz zu einem konventionellen Arbeitsverhältnis einen abgrenzbaren Leistungsgegenstand. Das Direktions- bzw. Weisungsrecht verbleibt beim Arbeitgeber.⁴⁵ Bei einer Werk- oder Dienstvertragsvergabe wird keine behördliche Genehmigung für eine Arbeitnehmerüberlassung benötigt.

Halten die Vertragsparteien die gewählte Rechtsform bei der praktischen Umsetzung nicht ein, ist die tatsächliche Durchführung der Leistungserbringung für die rechtliche Bewertung relevant. Bei bestehenden Werk- oder Dienstverträgen und deren praktischen Durchführungen ist das AÜG nicht anwendbar. Es existieren zahlreiche Kennzeichen, die für die Durchführung eines Werkvertrages und nicht für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechen.⁴⁶ Aufgrund der stark einschränkenden gesetzlichen Regelungen der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe und der notwendigen Anweisungen (Direktions- bzw. Weisungsrecht) in der Baupraxis impliziert dies die Notwendigkeit einer genauen Abgrenzung des Sachverhalts.

Die nachfolgende Tabelle stellt Abgrenzungskriterien für die Arbeitnehmerüberlassung Outsourcing bzw. die Fremdvergabe von Leistung an Dritte gegenüber:

⁴⁵ Vgl. Tenbrock (2005), S.923.

⁴⁶ Vgl. Bundesagentur für Arbeit (2011), S.1.

Arbeitnehmerüberlassung	Outsourcing
Gesetzliche Basis: AÜG, Genehmigungspflicht nach §§ 9, 10 AÜG	Gesetzliche Basis: § 631 BGB, keine Genehmigungspflicht
Vergütung an Verleiher für entliehenen AN	Vergütung für vergebene Leistung
Entleiher hat Direktions- bzw. Weisungsrecht	Auftraggeber hat kein Direktionsrecht bzw. Weisungsrecht
Überlassungsvertrag zwischen Ver- und Entleiher	Werk- oder Dienstvertrag als Geschäftsgrundlage
Vertragspflicht des Verleihers endet bei der Überlassung der AN	Auslagerung auf selbstständige Rechtsträger
Arbeitnehmer sind in den Betrieb integriert	Dienstleister erledigt Arbeiten selbstständig
	genau bestimmbare Werksleistung liegt vor (bei Werkvertrag)
Materialien werden vom Hauptunternehmen gestellt	Dienstleistungsunternehmen verwendet eigene Arbeitsmittel (Maschinen, Geräte)
	Dienstleister besitzt Dispositionsfreiheit gegenüber dem Hauptunternehmen
Hauptunternehmen trägt das unternehmerische Risiko	Dienstleister trägt das unternehmerische Risiko
Vergütung für entliehene Arbeitnehmer	Werksleistung wird erfolgsorientiert abgerechnet (Werkvertrag), keine Abrechnung in Zeiteinheiten

Tabelle 6: Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung - Outsourcing.

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten aus Bundesagentur für Arbeit (2011), S.1; VDI (2015) ; Greiner (2005), S.996-997.

Bei einer Betriebsprüfung kann bei Nichterfüllung dieser Abgrenzungskriterien eine sogenannte Scheinselbständigkeit vermutet werden und zu rechtlichen Konsequenzen bei Feststellung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung führen. Eine weitere Abgrenzungproblematik besteht bei der Schließung eines Werkvertrages mit einem *Ein-Mann-Unternehmen*. Oft sind dies Handwerker, die rechtlich als Selbständige aufgeführt werden, aber in der Realität der Praxis als Beschäftigte (*Scheinselbstständige*) anzusehen sind. Auch hier greifen die gleichen Kriterien wie bei der oben aufgeführten Abgrenzung. Es ist ebenfalls relevant, inwieweit der Beschäftigte im Betrieb eingebunden ist.⁴⁷ Allerdings sind die genannten Kriterien für eine

⁴⁷ Vgl. Rudolf Müller Verlag (2011), S.2-3.

unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung nur Indizien. „Für die strafrechtliche Einordnung bleibt der nach strafprozessualen Grundsätzen festzustellende Wille der Vertragsparteien maßgeblich. Soll der Auftragnehmer einen bestimmten, in einem baulichen Werk verkörperten Erfolg erbringen, liegt ein Werkvertrag vor. Ist dagegen lediglich eine durch Arbeitskraft zu erbringende Tätigkeit geschuldet, wird von einem Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis auszugehen sein.“⁴⁸

Insgesamt stellt die Problematik der Arbeitnehmerüberlassung bei der Vergabe von Werk- und Dienstverträgen eine große Herausforderung dar. Eine sorgfältige vertragliche Definierung des Leistungsgegenstandes ermöglicht die Grundlage eines reibungslosen Ablaufs, allerdings entspricht dies nicht immer der Realität auf der Baustelle. Hierdurch ist die Gefahr einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gegeben. Sowohl eine rechtliche Abklärung im Vorhinein als auch eine Kontrolle der vertragsgerechten Durchführung während der Bauausführung erscheint sinnvoll, um drohende Bußgelder und rechtliche Konsequenzen zu vermeiden.

2.2.5 Exkurs: Schwarzarbeit

Der Begriff der Schwarzarbeit beschreibt die illegale Beschäftigung von Arbeitnehmern aufgrund von Verstößen gegen das Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht, Gewerbe- und Handwerksordnung (GewO, HandwO) gemäß § 1 Abs. 2 SchwarzArbG. Zu den Verstößen zählt auch das Nichtbeachten der Mitteilungspflicht gegenüber dem Arbeits- und Sozialamt.⁴⁹ Mit dem Ziel Arbeitsplätze zu schützen und Schwarzarbeit zu unterbinden, wurde das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) verfasst. Schwarzarbeit ist ein Teil der sogenannten *Schattenwirtschaft* und wird auch als *nicht angezeigte Arbeit* bezeichnet.⁵⁰ „Der Schattenwirtschaft werden jene Tätigkeiten zugerechnet, die im Sinne der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung eine Wertschöpfung darstellen, in den bestehenden amtlichen Statistiken aber nur zum Teil ausgewiesen werden, da bereits ein Teil der Leistungen der Schwarzarbeit in das BIP eingerechnet sind.“⁵¹

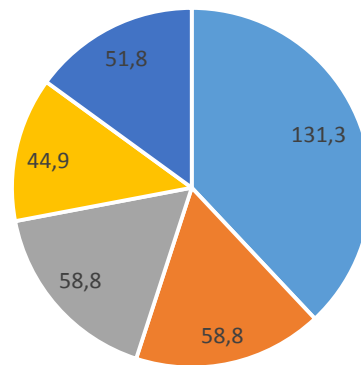
⁴⁸ Fuchs/Hugger (2004), S.249.

⁴⁹ Vgl. Richter (2007), S.7-8.

⁵⁰ Vgl. ebd., (2007), S.8.

⁵¹ IHK Berlin (2005), S.4, zitiert nach Schneider (2002).

Schattenwirtschaft in Deutschland 2011 nach Wirtschaftssektoren in Mrd. Euro



- Baugewerbe und Handwerksbetriebe (inkl. Reparaturen)
- Andere Gewerbe- und Industriebetriebe (Kfz, Maschinen, etc.)
- Dienstleistungsbetrieb (Hotels, Gaststätten, etc.)
- Unterhaltungs- und Vergnügungsbranche
- Sonstige Gewerbebetriebe und haushaltsnahe Dienstleistungen

Abbildung 3: Schattenwirtschaft in Deutschland.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an IHK Berlin (2011), S.6.

Abbildung 3 zeigt die Schattenwirtschaft bzw. Schwarzarbeit in Deutschland aufgeteilt nach Wirtschaftssektoren. Der volkswirtschaftliche Anteil der Schwarzarbeit ist nicht empirisch belegbar und wird deshalb nur geschätzt.⁵² Dennoch ist die Bedeutung der Schwarzarbeit mit einem Anteil von 131,3 Mrd. € im Baugewerbe deutlich zu erkennen (Abb.3).

Neben der Schwarzarbeit gehören die illegale Arbeitnehmerüberlassung, die illegale Beschäftigung von Arbeitnehmern aus dem Ausland, das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und der Leistungsmissbrauch ins Spektrum der illegalen Beschäftigung.⁵³ Die Gründe für das Nichtanzeigen von Bauleistungen sind vielfältig. Dennoch sind aufgrund der vergleichsweise hohen Löhne in Deutschland die häufigsten Gründe ökonomischer Natur. Lohnsenkungen durch die Umgehung der tariflichen Mindestlöhne, Nichtzahlung der Abgaben (z.B. Sozialkassen) und die allgemeine Vermeidung von Verpflichtungen der allgemeinverbindlichen Rahmentarifverträge sind die aus der Sicht der Arbeitgeber häufigsten Gründe für Schwarzarbeit. Die starren Regelungen des Arbeitsrechts (z.B. Kündigungsschutzrecht, Betriebsverfassungsrecht, Arbeitszeitrecht), das Tarifrecht und der erforderliche Aufwand eines jeden legalen

⁵² Vgl. Richter (2007), S.8

⁵³ Vgl. Fuchs/Hugger, S.251.

Geschäftsvorgangs (Buchführungs-, Dokumentations- und Nachweispflichten) werden ebenfalls als Anreize zur Schwarzarbeit gesehen.⁵⁴ Schätzungen zur Folge spielt Schwarzarbeit besonders häufig bei bestimmten Berufsgruppen und auszuführenden Gewerken eine Rolle. Beispiele hierfür sind Eisenbiegen, Fliesenlegen, Gerüstbau und Abbrucharbeiten. Bei Schwarzarbeiten sind sowohl ungelernte als auch gelernte Arbeitnehmer anzutreffen. Die Methoden der Betriebe in der Schwarzarbeit sind vielfältig. Um die Zwecke der Schwarzarbeit zu erreichen, werden sogenannte *Briefkastenfirmen*, *Abdeckfirmen* oder auch *Ein-Mann-Betriebe* gegründet. Andere Methoden sind die doppelte Buchführung (nicht wahrheitsgemäße Eintragung von Arbeitsstunden), der Missbrauch von Sozialleistungen und das Arbeiten ohne Vertrag.⁵⁵

⁵⁴ Vgl. IHK Berlin (2005), S.7-11.

⁵⁵ Vgl. Richter (2007), S.11-13.

3 SCHNITTSTELLEN

3.1 Differenzierung zwischen baugewerblichen Haupt- und Nebentätigkeiten

Bei der Arbeitsorganisation einzelner Gewerke wird zwischen Haupt- und Nebentätigkeiten bzw. Haupt- und Nebenarbeiten unterschieden. Sinn und Zweck dieser Aufteilung ist es, die Richt- und Teilzeiten eines Arbeitsprozesses zu ermitteln. Ferner ist es für eine Angebotskalkulation nötig, die Zeitwerte der Teilarbeiten zu ermitteln und strukturiert darzustellen.⁵⁶

Gewerk: Mauerarbeiten

Hauptarbeiten	Nebenarbeiten
Lagerfuge auftragen	Betriebsmittel bereitstellen
Kimmschicht herstellen	Gerüste auf-ab- und umbauen
Steine vermauern	Grobreinigen des Arbeitsplatzes
Einmessen auf der Decke	Mörtel herstellen
	Mörtel transportieren
	Steine transportieren

Tabelle 7: Unterscheidung von Haupt- und Nebenarbeiten.

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Zeittechnik Verlag (2009), S.17.

In Tabelle 7 ist zu erkennen, dass ein wesentlicher Teil der Arbeiten für das Vermauern von kleinförmigen Steinen aus Nebentätigkeiten bestehen. Nebenarbeiten bestehen in der Regel aus Arbeiten (z.B. Transportarbeiten, Reinigungsarbeiten), die keine besondere Qualifikation oder Anforderungen benötigen. Für das Einmessen oder die Herstellung des Mörtels ist ein grundsätzliches Wissen vorauszusetzen. Allerdings ist die Qualifikation eines Maurers auch bei dieser Arbeit nicht zwingend erforderlich. So liegt es nahe, die Nebenarbeiten von den Hauptarbeiten zu separieren und lediglich die Hauptarbeiten gezielt von einem qualifizierten Facharbeiter ausführen zu lassen.

⁵⁶ Vgl. Zeittechnik Verlag (2009), S.19.

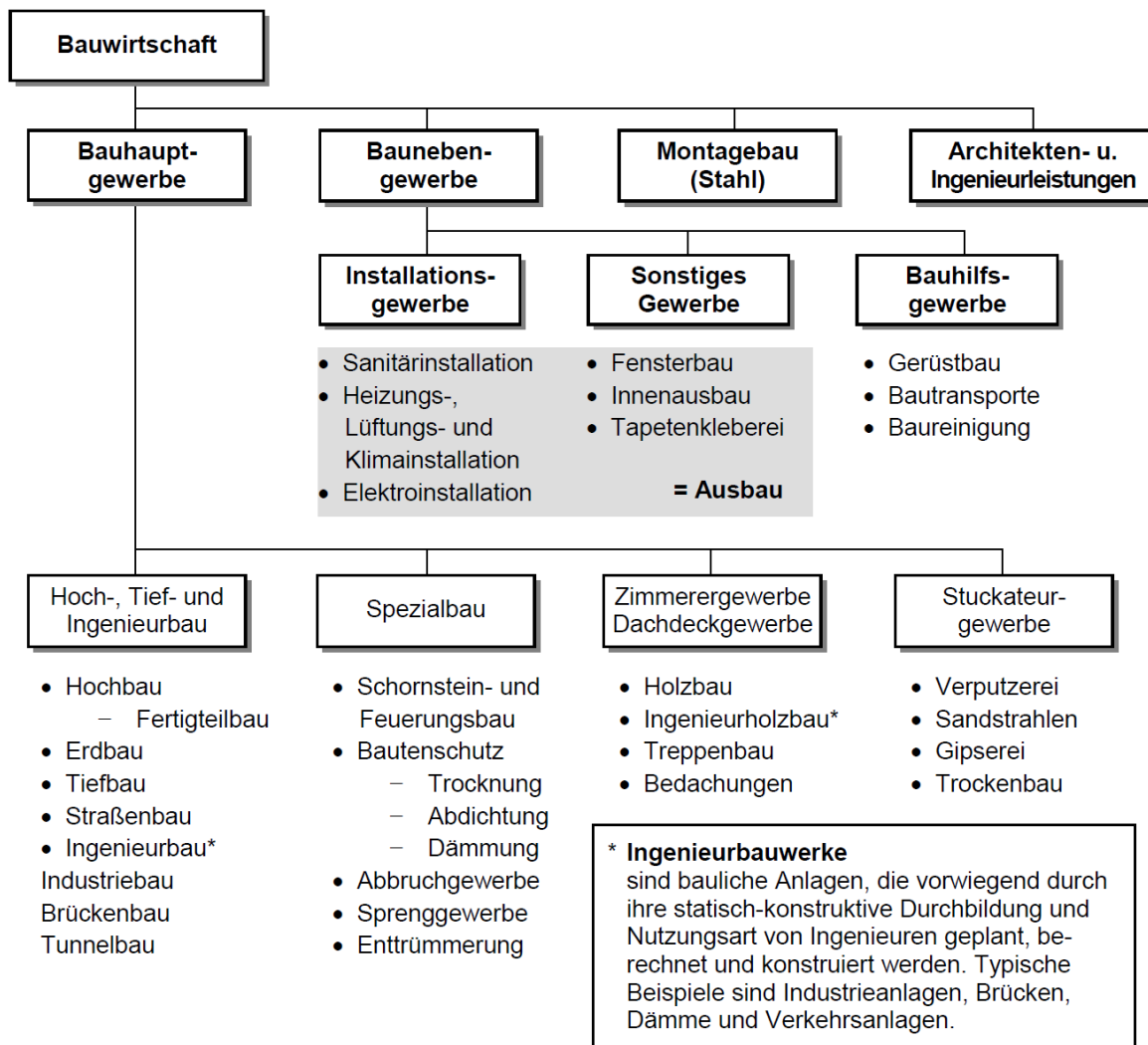


Abbildung 4: Überblick über die Sparten der Bauwirtschaft.

Quelle: Bargstädt/Steinmetzger (2013), S.186.

Ein weiterer Aspekt bei der Auslagerung der Nebenarbeiten an Dritte ist die Zuordnung des Gewerbes in der Bauwirtschaft. Es wird zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe unterschieden. Entsprechend Abbildung 4 sind Nebentätigkeiten, wie z.B. Gerüstbauarbeiten, Transport- und Reinigungsarbeiten dem Bauhilfsgewerbe und somit dem Baunebengewerbe zuzuordnen. Des Weiteren gehört das Installationsgewerbe (Sanitär-, Heizungs-, Lüftungs-, Klima- und Elektroinstallation) ebenfalls zum Baunebengewerbe. Das Ausbaugewerbe als Gesamtes wird im Baunebengewerbe kategorisiert. Für das Bauhauptgewerbe sind die klassischen Disziplinen (Hoch-, Tief- und Ingenieurbau) kennzeichnend.

Eine Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenleistungen findet in der VOB/C statt. Die VOB/C fungiert als Schnittstelle zwischen Technik und Baurecht. „Nebenleistungen sind Leistungen,

die auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören (B § 2 Nr.1).⁵⁷ Die DIN 18299 der VOB/C enthält einen Katalog, der die Nebenleistungen näher beschreibt. Auszug der Nebenleistungen aus DIN 18299:⁵⁸

- Einrichten und Räumen der Baustelle
- Vorhalten der Baustelleneinrichtung
- Liefern der Betriebsstoffe
- Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen
- Befördern aller Stoffe und Bauteile

Hier ist zu erkennen, dass Nebenleistungen in der Regel aus Transport-, Bereitstell- und Aufbauarbeiten bestehen. Allerdings ist die Definition der Nebenleistungen in der VOB/C eher im Rahmen einer Unterscheidung zu den „besonderen Leistungen“ und deren Vergütung von Bedeutung.

3.2 Schnittstellenverschiebung

Im Kapitel zur Schnittstellenverschiebung findet eine Analyse der arbeitsrechtlichen Situation bei der Auslagerung von Nebentätigkeiten anhand eines Gewerkes statt. Es werden die geschaffenen Grundlagen aus Kapitel 2 angewandt.

Zentrales Thema ist die rechtliche Zulässigkeit der Auslagerung (Arbeitnehmerüberlassung), die tarifliche Einordnung in das Sozialkassenverfahren (spezifische Tarifverträge werden nicht beachtet) und zusätzliche Schnittstellen im Arbeitsprozess. Vor allem die tarifliche Einordnung ist essenziell für Haftungsfragen bei der Werk- oder Dienstvertragsvergabe (§ 14 AEntG). Anschließend erfolgt eine Analyse der Sinnhaftigkeit der Auslagerung anhand der rechtlichen Situation und kommunikativen Schnittstellen zwischen den Arbeitnehmern. Ziel der Auslagerung von Nebentätigkeiten soll es sein, qualifizierte Handwerker ausschließlich auf ihrem Spezialgebiet arbeiten zu lassen, um einen bestmöglichen Leistungserfolg zu ermöglichen.

3.2.1 Gewerk: Mauerarbeiten

In Kapitel 3.1 erfolgt die Aufteilung der Haupt- und Nebentätigkeiten von Mauerarbeiten (Tabelle 7). Die Tätigkeiten werden zeitlich grafisch dargestellt. Die Haupttätigkeiten bzw. Hauptarbeiten (Lagerfuge auftragen, Kimmschicht herstellen, Steine vermauern) sind unter Mauerarbeiten zusammengefasst. Die Nebentätigkeiten bzw. Nebenarbeiten sind in Herstell- und Aufbauarbeiten (Mörtel herstellen, Gerüstaufbau), Transport- und Bereitstellarbeiten (Mörtel transportieren, Steine transportieren, Betriebsmittel bereitstellen) und Abbau- und Reinigungsarbeiten (Gerüstabbau, Grobreinigen des Arbeitsplatzes) unterteilt.

Der Grund für diese Unterteilung ist die Ermöglichung einer sinnvollen Visualisierung der Schnittstellenverschiebung bei der Auslagerung bestimmter Nebentätigkeiten an Dritte. Die rot gekennzeichneten Prozesse in den jeweiligen Abbildungen symbolisieren die Auslagerung. In

⁵⁷ VOB/C DIN 18299:2012-09 Nr.4.1.

⁵⁸ Vgl. VOB/C DIN 18299:2012-09 Nr.4.11-4.1.7.

Abbildung 5 ist zu erkennen, dass die Nebentätigkeiten entweder einen vorbereitenden (Herstell- und Aufbauarbeiten, Transport- und Bereitstellarbeiten) oder nachbereitenden (Abbau- und Reinigungsarbeiten) Charakter besitzen. Sie sind also entweder eine Bedingung, um die eigentliche Haupttätigkeit ausführen zu können oder eine Folge dessen. Bei der Betrachtung des hier dargestellten Prozesses werden drei mögliche Szenarien analysiert. In Szenario 1 werden Transport- und Bereitstellarbeiten an ein Nachunternehmen ausgegliedert, während in Szenario 2 Gerüstbau- und Reinigungsarbeiten und in Szenario 3 die gesamten Nebentätigkeiten an Dritte vergeben werden. Es soll ein imaginärer Verschieberegler dargestellt werden, anhand dessen eine Analyse der rechtlichen Situation stattfindet. Folglich wird in den Szenarien ein zeitlicher Ablauf des Arbeitsprozesses dargestellt und zwischen der Menge der ausgelagerten Nebentätigkeiten unterschieden.

In diesem Ausgangsszenario (Abb. 5) wird keine Arbeit ausgelagert und jede Form der Tätigkeit von einem qualifizierten Maurer oder einer ausgebildeten Fachkraft des Hauptunternehmens ausgeführt. Die Schnittstellen liegen jeweils zwischen den vier einzelnen Prozessen.

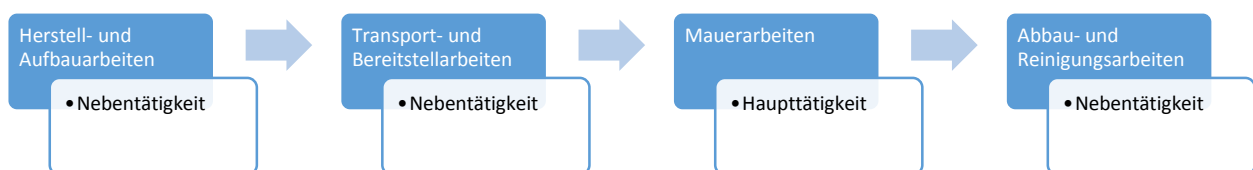


Abbildung 5: Ausgangsszenario.

Quelle: Eigene Darstellung.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ergeben sich bei dieser Form der Arbeitsorganisation keine Ungewöhnlichkeiten. Mauerarbeiten fallen grundsätzlich in den Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge (§ 1 Abs. 2 Abschnitt V Punkt 23 BRTV/VTV). Bei der Einordnung des Mindestlohns sind die Maurer, da sie an jedem Teilprozess beteiligt sind, in die Lohngruppe 2 des tariflichen Mindestlohns einzuordnen. Eine Auslagerung der Prozesse findet nicht statt. Folglich ist die Problematik der Arbeitnehmerüberlassung nicht zu beachten

3.2.1.1 Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien bei der Auslagerung von Nebentätigkeiten

Für die arbeitsrechtliche Beurteilung der Auslagerung von Nebentätigkeiten ist eine umfassende Darstellung der Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien notwendig. Bei dem hier betrachteten Hauptunternehmen handelt es sich um einen Baubetrieb, der Mauerarbeiten im Rohbau ausführt. Diese Arbeit ist dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen und fällt in den Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge (§ 1 Abs. 2 BRTV/VTV).

Der Betrieb gliedert einzelne Nebentätigkeiten (Szenario 1 – 3) mit Hilfe eines Werkvertrages an Drittunternehmen aus. Im Werkvertrag ist die auszuführende Leistung und der geforderte

Erfolg hinreichend zu definieren. Die auszuführende Leistung muss werkvertragsfähig sein. Dies hat zur Folge, dass allgemein formulierte Leistungsgegenstände wie z.B. *Reinigungsarbeiten* keinen abgrenzbaren Leistungserfolg darstellen.⁵⁹ Bei dieser Form der Werkvertragsvergabe handelt es sich um sogenannte *On-Site* Werkverträge, bei denen die Arbeitnehmer des Nachunternehmens zwar nicht zu der Betriebsorganisation des Hauptunternehmens gehören, aber dennoch auf dessen Betriebsgelände (Baustelle) arbeiten.⁶⁰ Das Nachunternehmen ist für die vertragsgemäße Leistungserbringung verantwortlich, trägt das unternehmerische Risiko und trifft die gesamten Entscheidungen, die für den im Vertrag definierten Erfolg erforderlich sind. Die Arbeitnehmer sind nicht im Hauptunternehmen eingegliedert und unterstehen ausschließlich dem Nachunternehmen. Das Direktions- bzw. Weisungsrecht verbleibt beim Nachunternehmen. Für diesen Zweck stellt das Nachunternehmen einen Ansprechpartner zur Verfügung. Dieser Vermittler ist für die Kommunikation mit den leitenden Angestellten des Hauptunternehmens zuständig. Somit soll eine direkte Kommunikation zwischen den Arbeitnehmern des Nachunternehmens und den Arbeitnehmern des Hauptunternehmens vermieden werden, da dies ein Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung sein kann. Bereiche, in denen das Nachunternehmen ausschließlich tätig ist, sind mit einem entsprechenden Baustellenschild zu kennzeichnen. Die benötigten Maschinen und Materialien werden vom Nachunternehmen gestellt (Mörtelmischmaschine, Betriebsmittel). Ferner gehören das Kapital, eine eigenständige Betriebsorganisation und fachliche Kompetenz zu den Eigenschaften des Nachunternehmens. Eine Vergütung erfolgt nur bei sachgerechter Ausführung. Wohingegen Stundenlöhne für das Hauptunternehmen irrelevant sind. Die Abnahme erfolgt mit Hilfe eines schriftlichen Abnahmeprotokolls.⁶¹

Das Nachunternehmen untersteht nicht den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und ist als Bauservice-Dienstleister zu klassifizieren. Für die Einordnung in das Verfahren der SOKA-Bau ist maßgebend, welche Tätigkeiten von den beschäftigten Arbeitnehmern arbeitszeitlich überwiegend in einem Kalenderjahr erbracht werden.⁶² Aus diesem Grund wird bei der Beurteilung des Tarifrechts zur Vereinfachung ausschließlich analysiert, ob eine Tätigkeit in den Geltungsbereich des § 1 Abs.2 BRTV/VTV fällt oder als Zusammenhangstätigkeit gesehen wird.

Sowohl Haupt- als auch Nachunternehmen müssen die korrekte Vertragsdurchführung gewährleisten, da bei einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung schwerwiegende rechtliche Konsequenzen drohen.

Nachfolgend eine Abbildung zur Verdeutlichung der Vertragsbeziehung:

⁵⁹ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.2.

⁶⁰ Vgl. Fokus Werkverträge (2015).

⁶¹ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.2.

⁶² Vgl. Pasler/Pentzeck (2012), S.1-2.

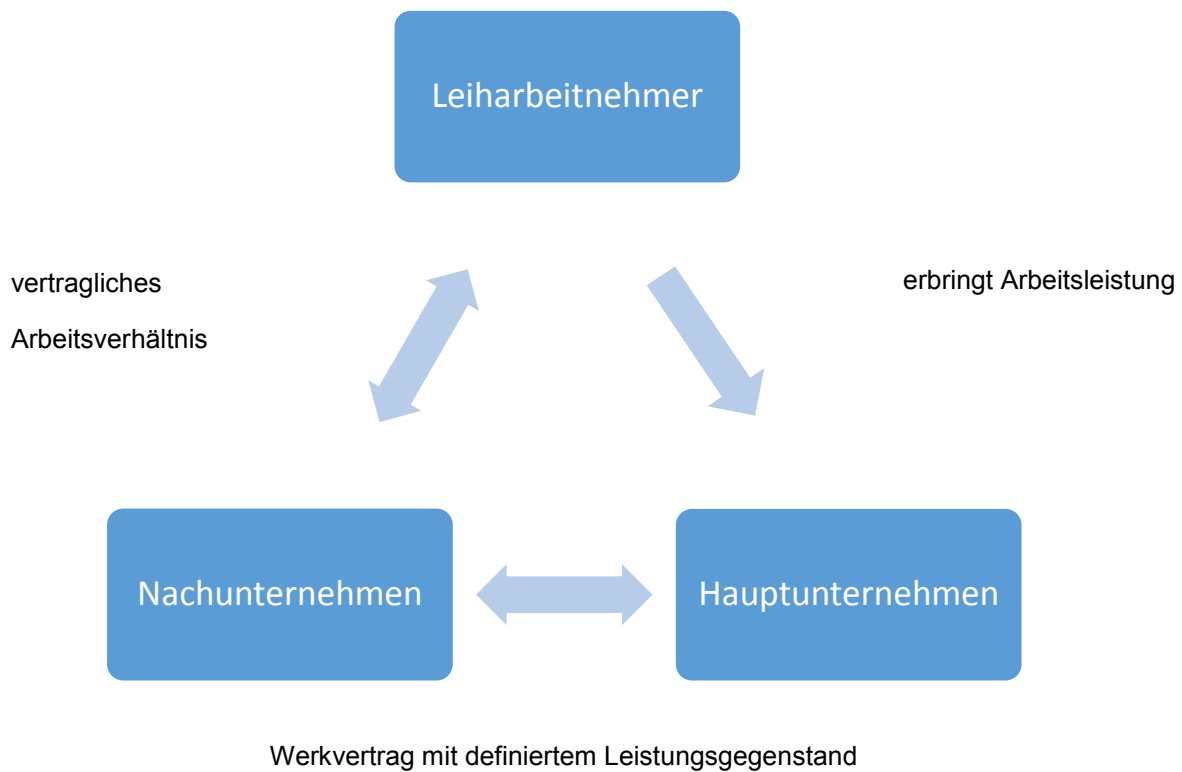


Abbildung 6: Rechtsbeziehung bei der Werkvertragsvergabe.

Quelle: Eigene Darstellung.

3.2.1.2 Szenario 1

Das Szenario 1 (Abb. 7) beschreibt die Auslagerung der Transport- und Bereitstellarbeiten (Mörtel herstellen, Mörtel transportieren, Steine transportieren, Betriebsmittel bereitstellen) an Dritte. Der Transport der Baustoffe erfolgt bis auf die Baustelle, an der die Arbeitnehmer des Hauptunternehmens die Mauerarbeiten durchführen. Die Haupttätigkeit sowie die restlichen Nebentätigkeiten verbleiben indes beim Hauptunternehmen.

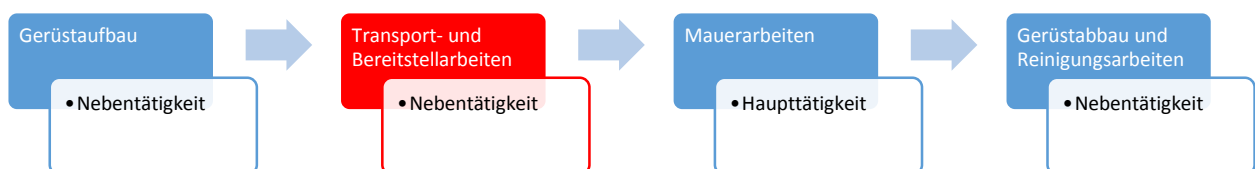


Abbildung 7: Szenario 1.

Quelle: Eigene Darstellung.

Die Transport- und Bereitstellarbeiten sind dem Bauhilfsgewerbe und somit dem Bauneben-
gewerbe zuzuordnen. Die DIN 18299 der VOB/C sieht im Punkt 4.1.7 und Punkt 4.1.9 das

Liefern von Baustoffen und das Befördern aller Stoffe und Bauteile ebenfalls als Nebenleistung an. Dabei ist es unerheblich, ob die Baustoffe vom Auftraggeber gestellt sind oder nicht.

Aus tarifrechtlicher Sicht sind Transportarbeiten eindeutig als baufremde Arbeiten zu klassifizieren und fallen somit nicht in den Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge (§1 Abs. 2 BRTV/VTV). Bei den Mörtelmischarbeiten handelt es sich um einen anderen Sachverhalt. Zwar erwähnen der BRTV und der VTV in § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 19 VTV explizit das Herstellen von nicht lagerfähigen Baustoffen (Beton- und Mörtelmischungen), allerdings bezieht sich dies lediglich auf die Produktion außerhalb der Baustelle. Das in diesem Szenario dargestellte Anmischen des Mörtels auf der Baustelle ist zwar eine bautechnische Nebentätigkeit, jedoch eine bauliche Leistung im Sinne der SOKA-Bau. Folglich fällt diese Arbeit in den Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge. Der Transport des Mörtels stellt im Rahmen der Mörtelherstellung eine Zusammenhangstätigkeit dar, sodass ein Zusammenrechnen der betrieblichen Arbeitszeit bei der tarifrechtlichen Zuordnung erfolgt. Für die ausgelagerten Nebentätigkeiten sind keine gesonderten Qualifikationen nötig. Demzufolge sind diese Art von Arbeiten gemäß § 5 BRTV Ziffer 3 in die Lohngruppe 1 einzuordnen. Das Mischen von Mörtel ist in diesem Paragraph explizit genannt.

Aufgrund des geschlossenen Werkvertrags und der folgenden Verpflichtungen des Nachunternehmens ist zu beachten, dass die Arbeitnehmer des Nachunternehmens ausschließlich für die vertraglich vereinbarte Ausführung der Dienstleistung zur Verfügung stehen und nicht beauftragt sind, weitere Arbeiten an der Baustelle auszuführen.⁶³

Bei dem Transport von Steinen und allgemeinen Bereitstellarbeiten kann die auszuführende Arbeit nach Qualität, Zeit und Menge vertraglich genau festgelegt werden. Material und Hilfsmittel dürfen ausschließlich aus dem Bestand des Nachunternehmens stammen.⁶⁴ Folglich ist es beispielsweise bei Transportarbeiten den Arbeitnehmern des Nachunternehmens nicht gestattet, einen Ladekran, wenn dieser aus dem Bestand des Hauptunternehmens stammt, für die Verladung von Steinen zu benutzen. Der Nachunternehmer muss ein derartiges Hilfsmittel der Baustelle zur Verfügung stellen, damit dieser in der Lage ist, die werkvertragliche Leistung zu erfüllen. Problematisch wäre es, wenn Mitarbeiter des Hauptunternehmens den Verladekran bedienen würden, da das auszuführende Werk ohne Mitwirkung und Einflussnahme des Hauptunternehmens erstellt werden muss. Eine mangelhafte Ausführung kann vor allem bei fehlerhaften Lieferungen oder Terminverzögerungen entstehen.⁶⁵

Die Herstellung von Mörtel und dessen Transport stellt ein Problem im Zusammenhang mit der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung dar. Wird Mörtel in geringer Qualität oder Menge (durch gestiegene oder veränderte Anforderungen während der Bauausführung) hergestellt und dies vom leitenden Angestellten des Hauptunternehmens (aufgrund der erlaubten Fachaufsicht und Fortschrittskontrolle bei Werk- und Dienstverträgen stellt dies noch keine Arbeitnehmerüberlassung dar) festgestellt, so ist eine weitere Koordination der Arbeiten seitens des

⁶³ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.2.

⁶⁴ Vgl. ebd., S.2.

⁶⁵ Vgl. ebd., S.2-8.

Hauptunternehmens nötig. Das arbeitsrechtliche Direktions- bzw. Weisungsrecht (Inhalt, Zeit, Ort, Tempo, Ausführung) obliegt dem Nachunternehmen. Es ist es dem Hauptunternehmen im Rahmen eines Werkvertrages allerdings erlaubt, den Arbeitnehmern des Nachunternehmens werksbezogene Weisungen (z.B. Qualitätsanforderungen, Reihenfolge, Stückzahl) zu erteilen.⁶⁶ Hingegen können Anweisungen mit einem doppeldeutigen Charakter Probleme verursachen.⁶⁷ Daher scheint eine strikte Vermeidung der Kommunikation zwischen den leitenden Mitarbeitern des Hauptunternehmens und den ausführenden Arbeitnehmern des Nachunternehmens sinnvoll, um den Tatbestand einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden. Als Lösungsansatz bietet sich an, die Kommunikation ausschließlich über den vom Nachunternehmen zur Verfügung gestellten Vermittler zu führen. Dieser ist auch für die Vermittlung bei eventuellen Mängeln zuständig. Treten Mängel auf, muss das Nachunternehmen diese ausbessern und die Arbeitnehmer fachlich anweisen. Auf diese Weise lässt sich eine getrennte Betriebsorganisation gewährleisten und die Gefahr einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung aufgrund einer Weisung des Hauptunternehmers gegenüber den Arbeitnehmern des Nachunternehmens ausschließen.⁶⁸

Da Mörtel nicht lagerungsfähig ist und zwingend auf der Baustelle angerührt werden muss, entsteht zwangsläufig eine räumliche Nähe zwischen den Arbeitnehmern des Haupt- und Nachunternehmens. Dies könnte ebenfalls ein Kriterium für Arbeitnehmerüberlassung sein. Insbesondere die zeitliche Disposition der zu erbringenden Leistung erfordert eine zusätzliche Koordination zwischen den Arbeitnehmern des Hauptunternehmens und denen des Nachunternehmens. Diese erfolgt ebenfalls zwischen den Betriebsleitern der beteiligten Unternehmen, da jedes von ihnen für eigene Betriebsorganisation und Ablaufkoordination zuständig ist. Ein Eingreifen in die Betriebsorganisation des Nachunternehmers ist aus der Sicht des Hauptunternehmers nur in Nottfällen oder bei gravierenden Verstößen zulässig.⁶⁹

Problematisch erscheint eine mögliche arbeitsteilige Ausführung eines Gewerkes mit resultierendem gemeinsamen Ergebnis der Unternehmen. Zwar sind im Werkvertrag die auszuführenden Arbeitsschritte des Nachunternehmens (Mörtel herstellen, Transport und Bereitstellarbeiten) präzise definiert, allerdings ist im Rahmen eines Werkvertrages die Definition eines gemeinsamen Arbeitsergebnisses nicht vorhanden.⁷⁰

3.2.1.3 Szenario 2

In diesem Szenario (Abb. 8) werden die Gerüstarbeiten (Auf-, Ab- und Umbau) und Reinigungsarbeiten an ein Nachunternehmen (Bauservice-Unternehmen) ausgelagert. Sowohl die eigentliche Haupttätigkeit (Mauerarbeiten) als auch die Mörtel- und Transportarbeiten werden von denen im Hauptunternehmen beschäftigten Maurern ausgeführt.

⁶⁶ Vgl. Haufe (2015).

⁶⁷ Vgl. ebd.

⁶⁸ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.8.

⁶⁹ Vgl. ebd., S.7-9.

⁷⁰ Vgl. ebd., S.2.

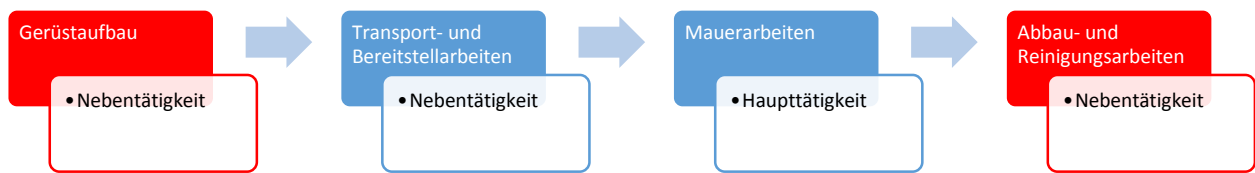


Abbildung 8: Szenario 2.

Quelle: Eigene Darstellung.

Das Grobreinigen einer Baustelle ist dem Bauhilfsgewerbe und infolgedessen Konsequenz dem Baunebengewerbe zuzuordnen. Auch die DIN 18299 der VOB/C sieht im Punkt 4.1.11 und 4.1.12 das Entsorgen von Müll, sofern keine Schadstoffbelastung zu Grunde liegt, als eine Nebenleistung vor. Die Gerüstarbeiten im Rahmen des Gewerkes Mauerbau sind nach DIN 18330 Ziffer 4.1.2 Nebenleistungen im Bauhauptgewerbe.

In diesem Fall fällt das Auf- und Abbauen des Gerüsts nach § 1 Abs. 2 Abschnitt IV Nr. 1 BRTV/VTV in den Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge (BRTV/VTV). Es ist auch nicht nach § 1 Abs.2 Abschnitt VII Nr. 3 BRTV/VTV einzuordnen, da das hier behandelte Nachunternehmen kein Spezialbetrieb des Gerüstbauhandwerks ist, deren Tätigkeit sich überwiegend auf die gewerbliche Erstellung von Gerüsten erstreckt. Aus tarifrechtlicher Sicht ist das Reinigen und Aufräumen von Baustellen ebenfalls als baufremde Arbeit einzuordnen und fällt somit nicht in den Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge (§1 Abs. 2 BRTV/VTV). Jedoch stellt sich die Frage, ob das Reinigen einer Baustelle zur sachgerechten Ausführung baulicher Leistungen notwendig ist und so eine sog. Zusammenhangstätigkeit darstellt. Ein Zusammenrechnen der Tätigkeiten findet nur bei dem Vorhandensein einer baulichen Haupttätigkeit des Nachunternehmens statt.⁷¹

Sowohl Reinigungsarbeiten als auch Gerüstbauarbeiten sind in § 5 BRTV explizit genannt und in die Lohngruppe 1 einzuordnen.

Das Grobreinigen der Baustelle nach der Ausführung der Haupttätigkeit (z.B. am Ende eines Tages oder bei Fertigstellung) sollte kein Problem bei einem Werkvertrag mit präzise formuliertem Leistungsgegenstand sein. Die Ausführung der Reinigungsarbeiten erfolgt erst, nachdem die Arbeitnehmer des Hauptunternehmens die Arbeitsstelle verlassen haben. Die nötigen Arbeitsmittel stammen aus dem Besitz des Nachunternehmens.

Die Gerüstarbeiten hingegen stellen ein Problem in Bezug auf die Gefahr der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung dar. Zum einen darf das Material der Gerüste nicht aus dem Bestand des Hauptunternehmens stammen und muss vom Nachunternehmer gestellt werden, zum anderen entstehen gerade beim Umbau eines Gerüsts Schnittstellen, bei denen eine eigenstän-

⁷¹ Vgl. Pasler/Pentzeck, S.1-2.

dige Leistung des Nachunternehmers nicht mehr eindeutig von der Leistung des Hauptunternehmers zu differenzieren ist.⁷² Während der Umbauarbeiten muss klar zwischen den Arbeitern der beiden Unternehmen kommuniziert werden, in welcher Art und Weise das Gerüst errichtet werden soll. Aufgrund des fehlenden Direktions- bzw. Weisungsrecht ist eine Koordinierung durch das Hauptunternehmen schwierig.

3.2.1.4 Szenario 3

In Szenario 3 (Abb. 9) werden jegliche Nebentätigkeiten, die dem Gewerk Mauerarbeiten zuzuordnen sind, an Nachunternehmer vergeben. Nur die Haupttätigkeiten (Kimmschicht herstellen, Lagerfuge auftragen, Steiner vermauern, Einmessen auf der Decke) werden von den Arbeitnehmern des Hauptunternehmens ausgeführt. Es erfolgt die gewünschte Konzentrierung auf die Kernkompetenzen.

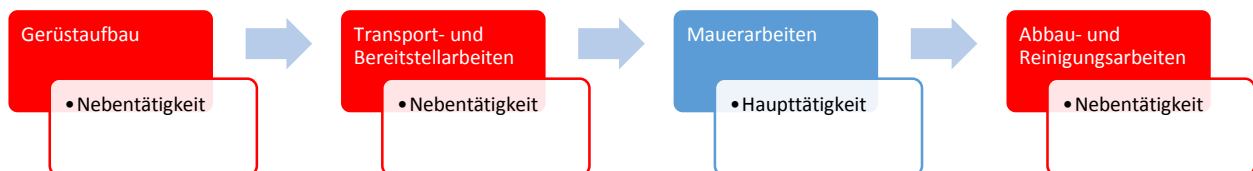


Abbildung 9: Szenario 3.

Quelle: Eigene Darstellung.

In Szenario 2 und 3 wird jeweils eine tarifrechtliche Einordnung der hier betrachteten Nebentätigkeiten vorgenommen. Entscheidend ist im Hinblick der Einordnung des Geltungsbereichs (§ 1 Abs.2 BRTV/VTV) die überwiegend in einem Kalenderjahr erbrachte Arbeitsleistung und der Zusammenhang zwischen den baufremden Arbeiten und baulichen Leistungen.⁷³ Da in diesem Szenario die gesamten Nebentätigkeiten von einem Betrieb ausgeführt werden und einige davon ohnehin bauliche Leistungen sind (Mörtelarbeiten), kann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass dieser Betrieb sich den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen unterwerfen muss.

Szenario 3 lässt durch die Fülle der vergebenen Nebentätigkeiten zahlreiche Schnittstellen zwischen den Arbeitnehmern des Hauptunternehmens und Nachunternehmens vermuten. Gerade bei Gerüstumbau- und Mörtelarbeiten könnte es zu einer *Hand in Hand* Durchführung kommen. Infolgedessen würde ein abgrenzbares Arbeitsergebnis (oder auch Leistungserfolg) des Nachunternehmens unmöglich werden.⁷⁴ Ein großer Teil der Arbeitszeit wird von Nachunternehmern ausgeführt, die sich durch die Werkvertragsvergabe dem Kontrollbereich des Hauptunternehmens entziehen. Zwar ist eine Fortschrittskontrolle möglich, aber durch das

⁷² Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.2.

⁷³ Vgl. Pasler/Pentzeck, S.1-2.

⁷⁴ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.7.

stark eingeschränkte Direktions- bzw. Weisungsrechts ist ein Eingreifen ohne Umwege (z.B. Kommunikation über Vermittler) kaum möglich. Aus diesem Grund muss das ausgewählte Nachunternehmen eine entsprechende Fachkompetenz und zielgerichtete Arbeitsorganisation besitzen.

3.2.1.5 Bewertung der Szenarien

Die dargestellten Szenarien stellen jeweils eine andere Aufteilung der Nebentätigkeiten bei der Vergabe an Dritte dar. Aus tarifrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, welche Arten von Nebentätigkeiten als bauliche Leistungen oder baufremde Arbeiten zu kategorisieren sind und ob diese in Zusammenhang mit eigens erbrachten baulichen Leistungen stehen. Dies ist in Abhängigkeit von der Art der Nebentätigkeit von Fall zu Fall unterschiedlich. Jedoch lässt sich bei der Analyse ein Trend erkennen: je mehr Qualifikationen für die Erbringung einer Nebentätigkeit (z.B. Gerüstbau) benötigt werden und je näher sich die Tätigkeit im Arbeitsprozess in technischer Hinsicht an der Haupttätigkeit befindet (z.B. Vorarbeiten wie das Anmischen von Mörtel), desto wahrscheinlicher ist die Einordnung als bauliche Leistung.

Je mehr Tätigkeiten für die Erbringung eines Gewerkes ausgelagert werden, desto mehr Schnittstellen entstehen zwischen den Arbeitnehmern des Haupt- und Nachunternehmens. Die durch die neu entstandenen Schnittstellen nötige Kommunikation zwischen den Arbeitnehmern der Unternehmen ist für die Qualität des auszuführenden Werks einerseits notwendig, andererseits kann es zu Problemen bei einer Werkvertragsvergabe führen. Da bei der Beurteilung der möglichen Gefahr einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung allein die Durchführung in der Praxis und nicht die Gestaltung des Werkvertrages relevant ist, kann dies bei einer Betriebsprüfung zu arbeitsrechtlichen Komplikationen führen. Folglich ist es notwendig, die Vertragsgestaltung individuell an die Art der zu vergebenden Nebentätigkeiten anzupassen und die Durchführung auf die vertragsgetreue Ausführung zu kontrollieren. Entscheidend ist eine klare Trennung zwischen den Arbeitnehmern des Haupt- und Nachunternehmens, damit der im Werkvertrag definierte Leistungserfolg klar von den Tätigkeiten des Hauptunternehmens abgrenzbar ist. Eine Eingliederung der Arbeitnehmer des Nachunternehmens in den Stammbetrieb ist strengstens zu vermeiden, da dies als Tatbestand einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gesehen werden kann. Insbesondere können durch eine räumliche Nähe zwischen den Arbeitnehmern die rechtlichen Grenzen der Werkvertragsvergabe zur Arbeitnehmerüberlassung überschritten werden.

3.3 Risiken und Potenziale bei der Werkvertragsvergabe von Nebentätigkeiten

Die Auslagerung von Nebentätigkeiten an ein Nachunternehmen im Baugewerbe ergeben bei vertragsgetreuer Durchführung vielfältige Potenziale, die als positives Kriterium für eine Outsource-Initiative dienen können. Hingegen entstehen durch die starren Regelungen des Bauarbeitsrechts Risiken, die beim Vergabeprozess beachtet werden müssen. Mittels Auslagerung von Nebentätigkeiten kann im Baugewerbe bei sorgfältiger Planung ein enormes Kostensenkungspotenzial geschaffen werden. Dieses entsteht durch die Spezialisierung von Dritten, in dessen Folge die Ausführungen von Nebentätigkeiten wirtschaftlicher und effektiver gestaltet werden können. Transport-, Gerüst- und Reinigungsunternehmen besitzen neben der

Spezialisierung des jeweiligen Fachgebiets auch routinierte Arbeitnehmer, die sich zusätzlich positiv auf das Baugeschehen auswirken. Bei einer Auslagerung muss nicht in Materialien und Infrastruktur investiert werden, da bei einer Werkvertragsvergabe das Nachunternehmen die Leistung eigenständig ausführt. In diesem Zusammenhang können sich die Arbeitnehmer des Hauptunternehmens auf die Kernaufgaben konzentrieren und sich im Bereich ihrer Haupttätigkeiten spezialisieren. Das Aufbringen von Arbeitszeit und Planung für Arbeiten, welche eine geringere Qualifikation voraussetzen, entfällt.

Die Risiken der Werk- bzw. Dienstvertragsvergabe entstehen gemeinhin durch das generelle Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe (§ 1b AÜG). Bei nachgewiesener unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung drohen dem Hauptunternehmen weitreichende Sanktionen. Eine Vermeidung von Kosten, die durch die Abgaben an die Sozialkassen entstehen, ist in der Regel nicht möglich, da die meisten Nebentätigkeiten aus der Sicht der SOKA-BAU als bauliche Leistungen oder als Zusammenhangstätigkeiten gesehen werden. Allerdings hat der Nachunternehmer diese Kosten zunächst zu tragen, dennoch haftet das Hauptunternehmen bei Zahlungsausfall (§ 14 AEntG). Ferner sind versteckte Kosten (Planungs-, Anpassungs- und Kontrollkosten) zu beachten. Da durch die komplexe rechtliche Lage auf eine vertragsgetreue Durchführung geachtet werden muss, ist mit aller Wahrscheinlichkeit sowohl in der Planungsphase (Suche nach geeignetem Nachunternehmer) als auch in der Bauphase (Kontrolle) mit höheren Kosten zu rechnen. Eine Auslagerung kann auch eine geringere Beschäftigung für die eigenen Arbeitnehmer bedeuten. Dies kann sich in Krisenzeiten existenzbedrohend für das Unternehmen mitsamt seiner Arbeitgeber und Arbeitnehmer auswirken.⁷⁵

Nachfolgend eine zusammenfassende Tabelle der Potenziale und Risiken:

⁷⁵ Vgl. Greiner (2005), S.996-997.

Potenziale	Risiken
Spezialisierung der AN im Hauptunternehmen	Gefahr der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung durch § 1b AÜG
Verteilung des unternehmerischen Risikos	tarifliche Zuordnung des Nachunternehmens
kein Verlust von Know-how da Nebentätigkeiten in der Regel nur wenig Qualifikation benötigen	Haftung des Hauptunternehmens bei Zahlungsausfall des Nachunternehmens
Routine der Teams	Beschäftigungsausfall bei Auslagerung
Kostensenkung	kein Direktions- bzw. Weisungsrecht
Spezialisierung der Nachunternehmen	Zusätzliche Kosten (Planungs-, Anpassungs- und Kontrollkosten)
Einsatz von geeigneteren Geräten	
geringere Investitionskosten	
Flexibilisierung durch Auswahl an Nachunternehmen	

Tabelle 8: Potenziale und Risiken bei der Auslagerung von Nebentätigkeiten.

Quelle: Eigene Darstellung mit Daten aus Greiner (2005), S.996-997.

4 FAZIT

Eine genaue Abwägung aller Risiken verdeutlicht, dass eine Auslagerung von Nebentätigkeiten im Baugewerbe in bestimmten Fällen effizient und sinnvoll ist. Baufremde Tätigkeiten, wie beispielsweise Transportaufgaben sind, vorzugsweise an Dritte zu vergeben. Diese Art von Arbeiten sind nicht den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen (BRTV/VTV) unterworfen und stellen im Hinblick auf unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung ein geringes Risiko dar. Ursächlich dafür sind die minimalen Überschneidungen mit den Haupttätigkeiten. Transportarbeiten können vor Beginn der Haupttätigkeiten ausgeführt werden, wenn die Lieferung bis zur Baustelle erfolgt. Die Gefahr von irreparablen Mängeln ist gering, da es sich entweder um eine fehlerhafte Lieferung oder Terminverzögerungen handelt. Folglich wäre die Auslagerung von Transportarbeiten sowohl aus tarifrechtlicher- als auch aus arbeitsrechtlicher Sicht eine sinnvolle Outsource-Initiative. Dies gilt gleichermaßen für Reinigungsarbeiten, die nach der Erbringung der Haupttätigkeit stattfinden.

Nebentätigkeiten, die als bauliche Leistungen eingestuft werden, wie beispielsweise Mörtelmischarbeiten an Ort und Stelle, sind zum einen den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen unterworfen und bergen zum anderen mehr Risiken als baufremde Leistungen. Dies liegt vor allem an dem vorbereitenden Charakter der Arbeiten (z.B. Mörtelmischarbeiten als Vorarbeit für Mauerarbeiten) und an der örtlichen Nähe der Arbeitnehmer des Nachunternehmens zu denen des Hauptunternehmens. Hier entstehen Schnittstellen, welche vermehrt Absprachen zwischen den Arbeitnehmern beider Unternehmen erfordern. Da ein solches Vorgehen eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1b AÜG begünstigen kann, gilt es davon abzuraten. Als Alternative wäre in diesen Fällen die Bildung einer ARGE oder die Entleihung von Arbeitnehmern eines Baubetriebes mit Verleiherlaubnis und dreijähriger tariflicher Bindung in Betracht zu ziehen. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass jeder Fall einer Auslagerung von Nebentätigkeiten eine individuelle Lösungsfindung erfordert, da andernfalls mit rechtlichen Konsequenzen und Komplikationen während der Bauausführung zu rechnen ist.

Quellenverzeichnis

Bargstädt (Hrsg.), Hans-Joachim; Steinmetzger, Rolf (2013), Grundlagen des Baubetriebswesens Skriptum zur Vorlesung, 4. Auflage, Weimar.

Biedermann, Andreas (2008), C. Bautarifarrecht, in: Jacob, Dieter; Ring, Gerhard; Wolf, Rainer (Hrsg.): Freiburger Handbuch zum Baurecht, Freiberg.

Brettschneider, Stefan; Magiera, Anne; Wulf, Nadine (2014), Leitfaden Mindestlöhne im Baugewerbe (TV Mindestlohn), Berlin.

Bundesagentur für Arbeit (2011), Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbstständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes, Nürnberg.

Deinert, Olaf (2009), § 8: Tarifvertrag, in Kittner, Michael; Zwanziger, Bertram; Deinert, Olaf (Hrsg.): Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 7. Auflage, Frankfurt am Main.

Deutsches Baublatt (2014), Baumaschinen unter der Glaskugel, Nr. 376 September, Garching.

Online verfügbar unter:

http://www.baublatt.de/archiv/2014_5/2.pdf (abgerufen am 03.04.20:15).

Fokus Werkverträge (2015), Werkverträge gefährden nicht nur den Unternehmenserfolg, sondern auch den Standort.

Online verfügbar unter:

<https://www.fokus-werkvertraege.de/aktiv-im-betrieb/artikel-werkvertraege-in-betrieben/werkvertraege-gefaehrden-den-standort/> (abgerufen am 03.04.2015 08:30).

Fuchs, Bastian; Hugger, Peter (2004), 7. Kapitel: Strafrechtliche Probleme auf dem Gebiet des Bauarbeitsrechts, in: Langenecker Josef; Maurer Michael (Hrsg.): Handbuch des Bauarbeitsrechts, München/Unterschleißheim, S.227-255.

Greiner, Stefan (2005), 2. Teil: Einzelthemen innovativer Arbeitsformen III. Arbeitsorganisation Kapitel 7: Outsourcing, in: Preis, Ulrich (Hrsg.): Innovative Arbeitsformen Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, Köln.

Haufe (2015), Arbeitnehmerüberlassung: Erlaubnispflicht / 2.6 Abgrenzung zum Werk- und Dienstvertrag.

Online verfügbar unter:

http://www.haufe.de/personal/personal-office-premium/arbeitnehmerueberlassung-erlaubnispflicht-26-abgrenzung-zum-werk-und-dienstvertrag_idesk_P110413_HI570100.html (abgerufen am 29.03.2015 09:15).

Haufe Mediengruppe (2003), Lexikon Personalrecht, Planegg.

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (2009), Merkblatt zu den Prüfungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung in der Bauwirtschaft, Berlin.

Online verfügbar unter:

http://www.bauindustrie.de/media/attachments/Gemeinsam_gegen_Schwarzarbeit_und_illegale_Beschaeftigung.pdf (abgerufen am 20.04.2015 15:05).

IHK Berlin (2005), Bekämpfung der Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft, Berlin.

Online verfügbar unter:

http://www.fg-bau.de/fileadmin/downloads/bekaempfung_schwarzarbeit/Gemeinsames_Positionspapier_der_Berliner_Wirtschaft.pdf (abgerufen am 20.04.2015 10:45).

IHK Berlin (2011), Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft Acht Vorschläge zur Stärkung regulärer Beschäftigung in Berlin, Berlin.

Online verfügbar unter:

http://www.ihk-berlin.de/linkableblob/bihk24/standortpolitik/downloads/_download/818038/.22./data/Positionspapier_IHK_HWK_2011-data.pdf (abgerufen am 20.04.2015 09:20).

Langenecker, Josef (2004), 2. Kapitel: Grundlagen des Bauarbeitsrechts, in: Langenecker Josef; Maurer Michael (Hrsg.): Handbuch des Bauarbeitsrechts, München/Unterschleißheim, S.23-45.

Langenecker, Josef (2004), 5. Kapitel: Arbeitnehmerüberlassung am Bau, in: Langenecker Josef; Maurer Michael (Hrsg.): Handbuch des Bauarbeitsrechts, München/Unterschleißheim, S.161-176.

Langenecker, Josef (2004), 6. Kapitel: Kollektives Bauarbeitsrecht B. Arbeitnehmerentsenderecht, in: Langenecker Josef; Maurer Michael (Hrsg.): Handbuch des Bauarbeitsrechts, München/Unterschleißheim, S.196-217.

Pasler, Steffen; Pentzek, Raik (2012), Sozialkassenbeitrag für bloße Nebentätigkeiten am Bau?, in: Schlegel, Uwe (Hrsg.): ETL-Newsletter, Essen.

Online verfügbar unter:

http://www.etl-rechtsanwaelte.de/zeigepdf/newsletterEisenbeis/newsletter_jun2012 (abgerufen am 14.04.2015 17:20).

Richter, Wolfgang (2007), Schwarzarbeit im deutschen Baugewerbe, in: Richter, Wolfgang (Hrsg.): Schwarzarbeit im Baugewerbe, Dortmunder Arbeitshefte Bauforschung: Heft 23, Dortmund.

Rudolf Müller Verlag (2011): Unternehmerbeilage Recht, Wirtschaft, Steuern, Köln.

Online verfügbar unter:

http://www.bau-saar.de/fileadmin/uploads/PDF/Mitgliederbereich/Rundschreiben/Arbeit/115_Arbeitsrecht.pdf (abgerufen am 31.3.2015, 17:20).

Seiringer, Evelin (1999), Outsourcing in der Bauindustrie Status quo und Trends, Wien.

SOKA-BAU (2015), Mindestlohn, Wiesbaden.

Online verfügbar unter:

http://www.soka-bau.de/soka-bau_2011/desktop/de/Arbeitgeber/Beitraege/Gewerbliche_Arbeitnehmer (abgerufen am 01.04.2015 10:00).

SOKA-BAU (2015): Firmeninformationen, Wiesbaden.

Online verfügbar unter:

http://www.soka-bau.de/soka-bau_2011/desktop/de/SOKA-BAU/Firmeninformationen (abgerufen am 03.04.2015, 17:05).

Tenbrock, Klaus (2005), 2. Teil: Einzelthemen innovativer Arbeitsformen III. Arbeitsorganisation Kapitel 6: Leiharbeit, in: Preis, Ulrich (Hrsg.): Innovative Arbeitsformen Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, Köln.

VDI (2015), Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werkverträgen.

Online verfügbar unter:

<https://www.vdi.de/karriere/evaluationshilfe-fuer-ingenieurdienstleistungen/leitfaden/abgrenzung-der-arbeitnehmerueberlassung-von-werkvertraegen/> (abgerufen am 17.04.2015).

Von der Grün, Peter (2004), 6. Kapitel: Kollektives Bauarbeitsrecht A. Tarifrecht, in Langenecker, Josef; Maurer, Michael (Hrsg.): Handbuch des Bauarbeitsrechts, München/Unterschleißheim, S.179-195.

Wirtschaftslexikon24 (2015), Outsourcing.

Online verfügbar unter:

<http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/outsourcing/outsourcing.htm> (abgerufen am 01.04.2015 10:20).

Wisskirchen, Gerlind; Raus, Nadja (2012), Zeitarbeit im Galabau, Köln.

Online verfügbar unter:

<http://www.galabau-nrw.de/zeitarbeit-im-galabau.pdf?forced=true> (abgerufen am 14.04.2015 17:25).

Zeittechnik Verlag (2009), Handbuch Arbeitsorganisation Bau Mauerarbeiten mit kleinformigen Steinen Richtzeiten, 4. Auflage, Neu-Isenburg.

Zoll (2015), Arbeitnehmerüberlassung.

Online verfügbar unter:

http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Zeitarbeit-Arbeitnehmerueberlassung/Voraussetzungen/voraussetzungen_node.html (abgerufen am 03.04.2015 14:30).

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Normenhierarchie im Bauarbeitsrecht.....	2
Abbildung 2:	Rechtsbeziehungen in der Arbeitnehmerüberlassung.....	10
Abbildung 3:	Schattenwirtschaft in Deutschland.....	20
Abbildung 4:	Überblick über die Sparten in der Bauwirtschaft.....	23
Abbildung 5:	Ausgangsszenario.....	25
Abbildung 6:	Rechtsbeziehung bei der Werkvertragsvergabe.....	27
Abbildung 7:	Szenario 1.....	27
Abbildung 8:	Szenario 2.....	30
Abbildung 9:	Szenario 3.....	31

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Fluktuation im Baugewerbe.....	3
Tabelle 2:	Aufteilung der Beiträge an die SOKA-BAU.....	4
Tabelle 3:	Mindestlohn im Baugewerbe.....	8
Tabelle 4:	Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung.....	12
Tabelle 5:	Zulässigkeit der Maschinenüberlassung.....	13
Tabelle 6:	Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung - Outsourcing.....	18
Tabelle 7:	Unterscheidung von Haupt- und Nebenarbeiten.....	22
Tabelle 8:	Potenziale und Risiken bei der Auslagerung von Nebentätigkeiten.....	34

Eidesstattliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe. Die Arbeit wurde weder in dieser oder einer ähnlichen Form noch in Auszügen bereits einer Prüfstelle vorgelegt.

Weimar, den 10.06.2015

Glenn Goedicke

Zusammenfassung

Als Nebentätigkeiten bei der Bauausführung werden Vor- oder Nacharbeiten von baulichen Leistungen bezeichnet. Durch die Auslagerung von Nebentätigkeiten an Dritte kann häufig eine Effizienzsteigerung erzielt werden. Allerdings kann dies im Baugewerbe weitreichende Folgen haben. Das Arbeitsrecht im Bauwesen ist gekennzeichnet durch ein ausgeprägtes Tarifrecht und ein generelles Verbot der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1b AÜG). Gerade die tarifliche Einordnung ist durch ein komplexes Tarifrecht vor allem bei der Ausführung von Nebentätigkeiten problematisch. Zudem besteht bei der Vergabe mit Hilfe von Werk- bzw. Dienstverträgen die Gefahr einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung.

Für die tarifliche Einordnung ist § 1 Abs. 2 BRTV/VTV maßgebend. In diesem Paragraph sind alle Arbeiten, die kraft tariflicher Definition zum Baugewerbe gehören, aufgeführt. Tätigkeiten, welche als baufremde Leistungen klassifiziert werden, können als Zusammenhangstätigkeiten zu den baulichen Leistungen gezählt werden, wenn diese beispielsweise eine Vorarbeit einer eigens erbachten baulichen Leistung sind. Führt ein Betrieb überwiegend bauliche Leistungen aus, wird er als Baubetrieb geführt und ist den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen unterworfen.⁷⁶

Bei der Vergabe von Werk- oder Dienstverträgen sind mehrere Aspekte für die Beurteilung der Gefahr einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung relevant. Zum einen darf kein Direktions- bzw. Weisungsrecht gegenüber dem Nachunternehmen ausgeübt werden, zum anderen muss die erbrachte Leistung im Werkvertrag definiert und klar abgrenzbar sein. Die Leistung muss eigenständig vom Nachunternehmen ausgeführt werden und darf nicht gemeinsam mit dem Hauptunternehmen erfolgen. Eine Eingliederung der Arbeitnehmer des Nachunternehmens in das Hauptunternehmen ist zu vermeiden.⁷⁷

Insgesamt lässt sich durch die Herausarbeitung der Szenarien feststellen, dass nicht pauschalisiert werden kann, ob eine Auslagerung von Nebentätigkeiten grundsätzlich sinnvoll ist. Dies ist fallabhängig und muss den bestehenden Rechtsvorschriften angepasst werden.

⁷⁶ Vgl. Pasler/Pentzeck, S.1-2.

⁷⁷ Vgl. Wisskirchen/Raus (2012), S.3-7.