

Prof. Dr. Volker Rieble, München

Mindestlohnflucht durch Zeitarbeit



► DBO

I. Einleitung

Die Zeitarbeit dient durchaus zur Lohnsenkung, soweit die Zeitarbeiter (wie nahezu stets) nicht das Entgelt der Stammbesellschaft erhalten. Der Tarifflicht in die Zeitarbeit meint der Gesetzgeber mit § 8 AEntG einen Riegel vorgeschoben zu haben: Eine Überlassung in den Geltungsbereich eines allgemeinverbindlichen Mindestlohns erfasst auch die Zeitkräfte. Tarifrechtlich möglich bleibt indes die Flucht aus dem Geltungsbereich mit Hilfe der Zeitarbeit – und das wird bereits von Hoteldienstleistern genutzt.

II. Verlagerung der Vertragsarbeitgeberstellung auf Fremdunternehmen

Nahezu alle Unternehmen reduzieren ihre „Fertigungstiefe“ und konzentrieren sich auf das Kerngeschäft. Grund ist die Professionalisierung – und zwar die eigene wie die des Fremdunternehmens. Auf der Produktionsseite ist diese intensiviertere Arbeitsteilung mit Zulieferern und Modulzulieferern gut beobachtete Praxis. Etwas weniger Aufmerksamkeit erfährt die Dienstleistungsebene, obschon die Fremdvergabe jedenfalls von einfacheren Dienstleistungen (Reinigung, Kantine) etablierte Praxis ist. Etabliert sind aber auch komplexe Industriedienstleistungen von der Maschinen- und Anlagenwartung bis zur Instandhaltung oder gar der Sicherung der Funktionsfähigkeit komplexer Produktionsanlagen – sei es in der Lebensmittelindustrie oder im Maschinenbau. Selbst Entwicklungsaufgaben werden fremdvergeben. So bietet sich ein interessantes Bild: Der Hersteller konzentriert sich auf einen mehr oder minder schmalen Ausschnitt seiner Kernkompetenz und „organisiert“ im Übrigen die Leistungen der Subunternehmer, wobei auch diese Organisation an „modul-Zulieferer“ und Generaldienstleister delegiert werden kann.

Hauptmotiv ist neben der Konzentration auf das Kerngeschäft die Professionalisierung vor allem der Dienstleister: Wer als Fremdunternehmen viele Industrieanlagen wartet, hat mehr Erfahrung, ist spezialisierter und vielfach schon deshalb preisgünstiger. Daneben steht die personalwirtschaftliche Delegation der Arbeitgeberverantwortung: Der Kündigungsschutz mit seinen Begleiterscheinungen erlegt dem Vertragsarbeitgeber eine umfassende sozialfürsorgerische Pflicht für die Beschäftigten auf: Vom leidensgerechten Schonarbeitsplatz bis hin zur individuellen Rücksichtnahme auf Familienpflichten, gewerkschaftliche Betätigungen und andere Elemente des Privatlebens.

Tarifverträge in der Stammindustrie sind für branchenfremde Dienstleistungen oft zu teuer. Die Kollektivmacht von Gewerkschaften und Betriebsräten gründet auf der Stammbesellschaft; deren Verkleinerung durch Fremdvergabe an Dienstleister mit geringem Organisationsgrad und durch Wettbewerbsdruck „vernünftigeren“ oder keinen Betriebsräten mildert Reibungsverluste. Wenn der Betriebsrat einer Gießerei durchsetzt, dass vom Stücklohn auf Zeitlohn umgestellt wird und dadurch die Lohnstückkosten um mehr als ein Drittel steigen – dann liegt die Fremdvergabe von Arbeitsprozessen in der Luft, gerade um sich solchen Luxus bei der Kernbesetzung leisten zu können. Kernbesetzung und Stammunternehmen profitieren überdies von der Flexibilität des Fremdfirmeneinsatzes: In Krisenzeiten kann das Unternehmen den Auftragsumfang reduzieren und so die

eigene Kernbesetzung durch vorübergehende Wiederaufnahme bestimmter Tätigkeiten beschäftigen – hier wird also auch das Wirtschaftsrisiko delegiert.

Für die Flucht aus der Vertragsarbeitgeberstellung stehen zwei tradierte Wege offen: Die Zeitarbeit und die Fremdvergabe an Subunternehmer. Bei der Zeitarbeit bleibt das Direktionsrecht beim Stammunternehmen, die Delegation ist also beschränkt. Der Verleiher ist unternehmerisch „nur“ verantwortlich für die effektive Personalgestellung. Bei der echten Fremdvergabe nimmt der Zulieferer oder Dienstleister nicht nur alle Arbeitgeberaufgaben vollständig wahr, er trägt auch ein eigenes unternehmerisches Sachrisiko für die von ihm erbrachten Leistungen. Und er ist vor den regulatorischen Begrenzungen des AÜG gefeit. Eine Mischform ist der Gemeinschaftsbetrieb, bei der beide Unternehmen ihre Vertragsarbeitgeberstellung behalten, indes durch eine gemeinsam geführte Arbeitsorganisation einen gemeinsamen arbeitstechnischen Zweck verfolgen.

In der Eigenständigkeit des Subunternehmers liegen Chancen und Risiken: Weil er anders als der Personalgesteller eine Sachtätigkeit verfolgt, stehen weithin eigenständige Branchentarifverträge bereit, auch wenn manche Dienstleistungsbranchen tariflich nicht erschlossen sind. So gibt es zwar einen Wirtschaftsverband für Industriedienstleistungen und auch einen Arbeitgeberverband¹, der in erster Linie Zeitarbeitstarifverträge abschließt, aber auch schon mit der IG BAU einen Industriedienstleistungstarifvertrag abgeschlossen haben soll (der aber an der begrenzten Tarifzuständigkeit der IG BAU scheitern kann). Für Informationstechnologie gibt es soweit ersichtlich keinen Branchen-Arbeitgeberverband.

Die Brancheneigentümlichkeit des Subunternehmers ist meist Chance, mitunter aber auch Gefahr: Ist das Entgeltniveau für die fremdvergebene Tätigkeit in der Zielbranche niedriger, so lohnt sich die Fremdvergabe unmittelbar: Maschinenbau und Elektrownunternehmen profitieren gemeinsam mit dem Subunternehmer, wenn Logistik, Kantine und Wartung nicht mehr nach dem teuren Stammtarifvertrag bezahlt werden müssen. Der Einsatz von Zeitarbeitnehmern wird ebenfalls preisgünstiger, weil die Zwischenschaltung eines Subunternehmers dazu führt, dass das Referenzniveau für die Entgeltgleichstellung sinkt. Diesem Lohnsenkungsdruck versucht der Gesetzgeber bei bestimmten ortsgebundenen Dienstleistungen mit Mindestlohnfestsetzungen zu begegnen.

Umgekehrt kann es durchaus vorkommen, dass für den Subunternehmer höhere Lohnsätze Anwendung finden, als die Arbeit beim Stammarbeitgeber kostete:

III. Hoteldienstleister als Beispiel

Zentrales Beispiel sind Hoteldienstleister. Sie erbringen Teilausschnitte der Hotelunterbringung mit eigenen Arbeitnehmern.

Prof. Dr. iur. Volker Rieble, hat den Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht der LMU München inne und ist Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR).

¹ www.wvis.eu [letzter Abruf: 24. 1. 2011] und www.unternehmerverband.org/verbaende/industrieservice.html [letzter Abruf: 24. 1. 2011].

Schwerpunkt ist der klassische Zimmerservice, also das Aufräumen und Reinigen der Hotelzimmer unter Einschluß aller klassischen „Zimmermädchen“-Tätigkeiten wie Bettenmachen, Nachfüllen von Seife, Handtüchern und Toilettenpapier. Daneben werden auch Verwaltungsaufgaben angeboten oder „Stewarding“ (Hilfsarbeiten in der Küche). Mit den Zimmerdiensten geraten die Hoteldienstleister in den Dunstkreis der Gebäudereinigermindestlöhne. Auch wenn dabei streitig ist, ob die „Reinigung nach Hausfrauenart“ überhaupt handwerksähnlich ist oder vielmehr aus der Tarifzuständigkeit der Gebäudereinigerinung herausfällt², so zwingt doch schon die Gefahr, wegen Mindestentgeltunterschreitung nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG mit einem Bußgeld belegt zu werden und nach § 266a StGB wegen unzureichender Sozialbeitragsleistung einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren unterzogen zu werden, zur „Vorsorge“. Hinzu kommt, dass die Hotels als Auftraggeber eine Auftraggeberhaftung nach § 14 AEntG und ein Bußgeld nach § 23 Abs. 2 AEntG fürchten – auch wenn noch nicht geklärt ist, ob solche Verantwortlichkeit nur den Generalunternehmer derselben Branche trifft, weil nur dieser eine entsprechende Steuerungsverantwortung tragen kann³. Angst ist ein rechtsstaatlich bedenkliches aber doch recht effektives Steuerungsinstrument, das die Bewegung in Grauzonen ahndet⁴.

Was also geschieht: Die Hotels als Auftraggeber erkennen, dass sie selbst als Hotelbetriebe keinesfalls den Gebäudereinigertarifen unterfallen – auch wenn vom Hotel beschäftigte Zimmermädchen reinigende Wirkung haben. Das liegt daran, dass der Gebäudereinigertarif immer nur den Betrieb als Ganzes erfasst – §§ 1 Abs. 2 RTV Gebäudereinigung⁵ und § 6 Abs. 3 AEntG. Ein Hotel ist ein Hotel – und kein Reinigungsbetrieb und auch kein „Mischbetrieb“. Die Zimmerreinigung ist im Hotel keine selbstständige Haupttätigkeit die neben der Hotellerie einen gemischt-fachlichen Betrieb konstituierte. Betriebszweck des Hotels ist die Gästebeherbergung und nicht die Gebäudereinigung. Bei solchen „Sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ kommt es deshalb anders als bei Mischbetrieben⁶ nicht auf die Arbeitszeitvolumina der unterschiedlichen Betriebstätigkeiten an. Vielmehr ist ein solcher Betrieb stets und nur Hotel, weil das sein alleiniger Betriebszweck ist. So wie ein Betrieb zur Begutachtung von Baumängeln trotz gelegentlicher „Abbrucharbeiten“ kein Baubetrieb ist. Werden dort Wand- und Deckenverkleidungen entfernt, geschieht das nur, um Baumängel aufzuspüren⁷.

Das hieße also: Das Hotel könnte jederzeit den Zimmermächdendienst wieder selbst verrichten und damit die auch nur potentielle Geltung der Gebäudereinigertarife ausschalten. Da die Tariflöhne im Hotel- und Gaststättengewerbe niedrig sind und dort vor allem keine Mindestlöhne nach dem AEntG greifen, sondern nur regional vereinzelt allgemeinverbindliche Entgelte, ist das attraktiv. Der eigentliche Vorteil indes dürfte darin liegen, dass die „robuste“ Finanzkontrolle Schwarzarbeit außerhalb des AEntG nicht zur Entgeltkontrolle berufen ist.

Am Beispiel: In Hessen beträgt der unterste Tariflohn im Hotelgewerbe ab dem 1. 9. 2009 € 7,50⁸. Der Gebäudereinigermindestlohn West betrug schon damals € 8,15 und ist seit dem 10. 3. 2010 auf 8,40 gestiegen⁵. Die Differenz ist attraktiv. Es ist auch keineswegs beanstandenswert, solche Gefälle zu nutzen, sind sie doch Ergebnis einer tarifautonomen Regelung, die von verschiedenen DGB-Gewerkschaften verantwortet wird: hier NGG dort IG BAU.

Der Hoteldienstleister kann nun – aus eigenem Antrieb oder weil der Hotel-Auftraggeber dies anregt – einfach vom Werkvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung als Geschäftsmodell wech-

seln. Dazu braucht er nur die besondere Gewerbeerlaubnis nach dem AÜG – und muss dann allerdings mit Blick auf die Entgeltgleichstellung nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG den Tariflohn der Zeitarbeit bezahlen, etwa nach dem BZA-DGB-Tarif derzeit € 7,60 im Westen und in der (einschlägigen) Entgeltgruppe 1⁹. Auch das ist gegenüber dem Gebäudereinigermindestlohn noch eine erkleckliche Spanne.

Weshalb nun kann man durch Flucht in die Zeitarbeit dem Gebäudereinigertarif entkommen? Das liegt daran, dass diese Flucht aus dem Geltungsbereich des Gebäudereinigertarifs führt – und außerhalb seines Geltungsbereichs kann kein Tarifvertrag (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVG) und auch kein Mindestlohntarifvertrag gelten. Das betont § 1 der GebäudereinigermindestlohnVO⁵ besonders, aber nur deklaratorisch. Indem der Hoteldienstleister von Werkvertrag auf Zeitarbeit umstellt, verfolgt er keinen eigenen Betriebszweck mehr, sondern stellt seine Leute dem Entleiher zu dessen Betriebszwecken zur Verfügung¹⁰. Ein Mindestlohn kann deshalb nur greifen, wenn er entweder für die Zeitarbeit als Branche gilt (worüber derzeit de lege lata nachgedacht wird) oder wenn beim Entleiher ein Mindestlohn gilt, den § 8 Abs. 3 AEntG dann auf den Zeitarbeiter zwingend erstreckt und insoweit die Tarifdispositivität der AÜG-Entgeltgleichstellung einschränkt. Aber § 8 Abs. 3 AEntG setzt eben voraus, dass die betriebliche Tätigkeit des Verleihers von einem Mindestlohntarif erfasst wird – und das ist bei der Hotellerie nicht der Fall.

Das BAG hat gerade diese Frage schon entschieden: Ein Maler, der durch Zeitarbeit in einen Betrieb kommt, der selbst dem Maler- und Lackierhandwerk nicht zuzuordnen ist und damit nicht in den Geltungsbereich des entsprechenden Handwerksmindestlohnes fällt, erhält den Mindestlohn auch dann nicht, wenn er dort malt. Die Tätigkeit genügt eben nicht, weil die Tarifverträge einen betrieblichen Geltungsbereich formulieren (was sie nicht müssten) und nicht auf die Branchenzuordnung nur des Einzelarbeitsverhältnisses mit seiner konkreten Tätigkeit abstellen¹¹. Der Entleiher kann also durch Zeitarbeit dem für ihn geltenden Mindestlohn nicht entkommen – der Subunternehmer durch Umstieg auf Zeitarbeit aber schon!

IV. Normalarbeitsverhältnis – doch bei wem?

Der Deutsche Juristentag 2010 hat soeben einen wunderbaren nahezu einstimmigen Beschluss gefasst: „Das unbefristete Vollzeit-

2 Dazu einerseits *Rieble*, DB 2009 S. 789; andererseits *Schiefer/Galperin*, DB 2009 S. 1238; *Kluth*, GewArch 2009 S. 329. Interessant ist dabei, dass die eindeutige Aussage des Gesetzentwurfs zur Handwerksnovelle (BT-Drucks. 15/1206 S. 33 = <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/012/1501206.pdf>, [letzter Abruf: 24. 9. 2010]), wonach einfache Tätigkeiten nicht in die Zuständigkeit von Kammer und Innung fallen sollen, argumentativ ignoriert wird. Nur das Ergebnis zählt.

3 So die restriktive Auslegung des BAG zu § 1a AEntG a. F.: zuletzt vom 28. 3. 2007 – 10 AZR 76/06, DB0218048 = NZA 2007 S. 613, m. w. N.

4 Kritisch *Dieterich*, Diskussionsbeitrag in: Otto Brenner Stiftung/Blank (Hrsg.), *Muss der Kündigungsschutz reformiert werden?*, 2003, S. 114 f.: Der Rechtsstaat müsse „sein Ziel mit klaren Wertungen erreichen und nicht durch den Abschreckungseffekt einer Nebelwand.“

5 Mit der Zweiten Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Gebäudereinigung am 9. 3. 2010 im Bundesanzeiger verkündet, BAz Nr. 37/2010 S. 951.

6 Dazu nur BAG vom 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87, DB 1988 S. 809 = NZA 1988 S. 317.

7 Vgl. BAG vom 24. 8. 1994 – 10 AZR 974/93, AP Nr. 183 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau und juris.

8 DEHOGA Hessen, Pressemitteilung 15/09.

9 www.bza.de/fileadmin/bilder/2009/100419_Zusfassg_VerhErg_inkl_Tab.pdf [letzter Abruf: 24. 1. 2011].

10 BAG vom 30. 1. 1991 – 7 AZR 497/89, DB 1991 S. 2342 = NZA 1992 S. 19; vom 25. 10. 2000 – 7 AZR 487/99, DB 2001 S. 767 = NZA 2001 S. 259.

11 BAG vom 21. 10. 2009 – 5 AZR 951/08, DB 2010 S. 232 (LS) = NZA 2010 S. 237.

arbeitsverhältnis bildet das Rückgrat der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Es birgt eine hohe Ertragskraft und bietet eine hohe Gewähr der Einhaltung von Schutzstandards. Aus- und Fortbildung sind hier stark ausgeprägt, die Identifikation mit den Zielen des Unternehmens ist groß. Der Gesetzgeber sollte durch intelligente Lösungen diese Form der Rechtsbeziehungen stützen.“ Man muss nicht die Frage stellen, welches Rauschmittel hier kollektiv verabreicht worden ist, um diesen Wärme- und Geborgenheitswunsch zu artikulieren. Jedenfalls wird die Rechnung für soziale Wünsche wie immer ohne den Wirt gemacht: Je schutzintensiver das „Normalarbeitsverhältnis“ wird, desto mehr kostet es und desto höher ist der Anreiz zur Investition im Ausland und zur Belegschaftssegmentierung im Inland. Arbeitsteiliges Wirtschaften lässt sich nicht verbieten.

Kündigungsgeschützte Normalarbeitsverhältnisse sind regulatorisches Programm! Da die Rechtsordnung nicht bestimmen kann, wer der Vertragsarbeitgeber ist und welcher Unternehmer welche Tätigkeit übernimmt, findet der Markt als Entdeckungsprogramm die „intelligenten Lösungen“, die der Juristentag (ohne entsprechende Bildungsertüchtigung) vom Gesetzgeber fordert. Das System ist derart beweglich, dass der politische Trend zum (auch) sozialpolitischen Bevormundungsstaat recht schnell seine Antwort in den Ausweichbewegungen der Wirtschaftssubjekte findet.

Normalarbeitsverhältnisse bei mittelständischen Subunternehmen, die durch eine Aufteilung in Besitz- und Betriebs-

gesellschaften kapitalarm aufgestellt werden können, sorgen für „neue Beweglichkeit“ auch gegenüber Gewerkschaften und Betriebsräten. So gesehen ist der Sozialetatismus vor allem ein Fitnessprogramm für die Förderung der Marktbeweglichkeit und für Juristen, die neue Konzepte für effektive Gestaltung der Arbeitsteilung ersinnen. Das hat etwa den Betriebsführungsvertrag als strategisches Instrument wiederbelebt und aus dem Steuerrecht (wo er früher eine Rolle spielte) in das Arbeitsrecht verlagert¹².

V. Zusammenfassung

Für die Ausgliederung unternehmensinterner Tätigkeiten stehen die selbstständige Industriedienstleistung und die Arbeitnehmerüberlassung konkurrierend nebeneinander. Das „Um-schalten“ von Industriedienstleistung zur Zeitarbeit oder umgekehrt ist für den Subunternehmer weithin einfach, weil es nur darauf ankommt, von wem das Direktionsrecht ausgeübt wird. Der Wechsel zur Zeitarbeit kann dabei zur Tariffucht insbesondere aus Mindestlohnverträgen genutzt werden, weil und wenn damit der fachliche Geltungsbereich des Mindestlohntarifs verlassen wird. Beispiel sind Hoteldienstleister, die schon der nur behaupteten Geltung der Gebäudereinigertarife auf diese Weise entkommen können.

¹² Dazu Rieble, NZA 2010 S. 1145.

Entscheidungen

Arbeitsvertragsrecht

Auslegung vertraglicher Bezugnahmeklausel – Erstreckung auf ersetzende Tarifregelung

Ergänzende Vertragsauslegung – Mehrere Nachfolgetarifwerke – Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen als Bezugnahmestreckzweck

BGB §§ 133, 157, 242; TV über eine Zuwendung für Angestellte vom 12. 10. 1973 i. d. F. des ÄnderungsTV vom 31. 1. 2003 § 1; TVL vom 12. 10. 2006 § 20; TV zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts vom 12. 10. 2006 § 2, § 21 Abs. 1; TV zur Überleitung der Ärzte an Universitätskliniken vom 30. 10. 2006 § 2 Abs. 1

1. Es kann offenbleiben, ob eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel, wonach sich das Arbeitsverhältnis „nach dem BAT vom 23. 2. 1961 . . . und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen“ und nicht nur nach dem „jeweiligen BAT“ bestimmt, nicht nur eine zeitdynamische, sondern auch eine inhaltldynamische Regelung beinhaltet, die regelmäßig die dem BAT nachfolgenden Tarifverträge für den öffentlichen Dienst erfasst.

2. Jedenfalls kann eine Lücke in einer solchen dynamischen Bezugnahmeklausel, wenn man davon ausgeht, sie sei infolge der Tarifsukzession im öffentlichen Dienst entstanden, im Weg ergänzender Vertragsauslegung dahingehend geschlossen werden, dass die an die Stelle des BAT tretenden Tarifregelungen in Bezug genommen sind. Aufgrund der Aufspaltung der bis zum

30. 9. 2005 weitgehend gleichlautenden Regelungen für die Angestellten des öffentlichen Diensts in die tariflichen Regelungen für Bund, Kommunen und die Länder ist im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung weiterhin zu bestimmen, welche Nachfolgeregelung die Arbeitsvertragsparteien vereinbart hätten. Das ist im Zweifel diejenige Regelung, die typischerweise gelten würde, wenn die ausgeübten Tätigkeiten innerhalb des öffentlichen Diensts erbracht würden.

3. Es kann offenbleiben, ob bei einer ergänzenden Vertragsauslegung des Arbeitsvertrags eines Arzts, die Tarifregelungen des öffentlichen Diensts für die Länder wären vereinbart worden, regelmäßig davon auszugehen ist, die Parteien hätten nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner den Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken vom 30. 10. 2006 (TV-Ärzte/TdL) vereinbart oder den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder vom 12. 10. 2006 (TV-L), weil letzterer von seinem fachlichen wie auch seinem persönlichen Geltungsbereich in der Lage ist, für die Gesamtheit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer den durch Bezugnahmeklausel verfolgten Zweck zu gewährleisten, eine Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen auf Grundlage eines Tarifwerks zu schaffen.

(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG-Urteil vom 25. 8. 2010 – 4 AZR 14/09

► **DB0402232**

Hinweise des Senats:

Zu OS 1 und 2: Weiterentw. der Rspr., etwa BAG 19. 5. 2010 – 4 AZR 796/08, DB 2010 S. 1888 = ZTR 2010 S. 481; vom 16. 6. 2010 – 4 AZR 924/08.