

## Gastkommentar:

# Stichwort: Illegale Arbeitnehmerüberlassung:

## Vorsicht bei Werkverträgen



Foto: Weimer/Bork

Der Abschluss von Werkverträgen ist in der deutschen Gießereibranche gängige Praxis. Dabei wird aufgrund eines Mangels qualifizierter deutscher Arbeitnehmer oftmals auf die Zusammenarbeit mit osteuropäischen Unternehmen gesetzt. Diese treten von sich aus an deutsche Gießereien heran und werben mit dem Einsatz von qualifizierten Fachleuten gerade in den Bereich der Handformerei, Kernmacherei und Putzerei auf der Basis von Werkverträgen. In den einschlägigen Werbeschreiben wird nicht nur mit der Qualifikation des eingesetzten Personals geworben, sondern auch mit der Senkung von Fertigungskosten und mit der damit einhergehenden verbesserten Wettbewerbsfähigkeit.

Hier ist Vorsicht geboten. Zum einen muss darauf geachtet werden, dass beim Vertragsschluss eine Einigung über die wesentlichen und typischen Bestandteile eines Werkvertrages erreicht wird. Hierzu gehören unter anderem:

- Bestimmung eines individualisierbaren Werkes, zum Beispiel durch ein Leistungsverzeichnis nach Einheitspreisen
- Erfolgsbezogene Vergütung – bei Misslingen trägt der Auftragnehmer das wirtschaftliche Risiko
- Der Auftragnehmer erstellt das Werk unter eigener Führung und Verantwortung
- Das vom Auftragnehmer eingesetzte Personal steht nur zu diesem in einem Arbeitsverhältnis und unterliegt nur seinen Weisungen
- Regelungen hinsichtlich Abnahme und Gewährleistung

Zum anderen aber muss es sich bei dem Vertragswerk auch um ein gelebtes Rechtsverhältnis handeln. Ein Vertrag nur auf dem Papier, der also nicht gelebt wird, ist sein Geld nicht wert. Derartige Schubladenverträge können schnell in den Fokus staatsanwaltlicher Ermittlungen geraten. Konkret geht es um die Frage, ob tatsächlich ein Werkvertrag geschlossen und gelebt wurde oder ob nicht vielmehr ein Fall der ungenehmigten Arbeitnehmerüberlassung vorliegt; mit auch arbeitsrechtlich unbequemen Folgen:

- So ist der Vertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber mangels einer Erlaubnis des Auftragnehmers nach § 9 AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) unwirksam.
- Das Gesetz fingiert in § 10 AÜG einen Arbeitsvertrag zwischen allen eingesetzten Mitarbeitern des Auftragnehmers und dem Auftraggeber mit sämtlichen sozial-, arbeits- und steuerrechtlichen Konsequenzen.
- Das Tätigwerdenlassen von Leiharbeitnehmern von einem Verleiher ohne Erlaubnis stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1a AÜG da (Geldbuße bis zu 30 000 Euro)
- Ein Eintrag in das Korruptionsregister nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz NRW mit der Folge des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen.

Zudem stehen strafrechtliche Vorwürfe im Raum, die schwer wiegen. So laufen zurzeit staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren gegen einzelne Unternehmer unter anderem wegen:

- Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe – bei grobem Eigennutz sogar mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren)
- Verstoß gegen § 266a Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe)

Da die gesamte Gießereibranche aber extrem unter dem Mangel an qualifizierten Mitarbeitern leidet, ist davon auszugehen, dass die Ermittlungen keine Einzelfälle betreffen. Eine vertragliche und vor allem strafrechtliche Risikoanalyse der bestehenden Verhältnisse ist damit zwingend, will man nicht selbst in den Fokus staatsanwaltlicher Ermittlungen geraten. Hier bietet sich das Vorgehen nach einer eigens erstellten Checkliste an, die die maßgeblichen Anknüpfungspunkte der Staatsanwaltschaften bzw. Zollfahndungsämter für strafrechtlich relevantes Verhalten berücksichtigen, wie unter anderem:

- Weichen die im Leistungsverzeichnis vereinbarten von den tatsächlich hergestellten Werken ab?
- Wie erfolgt die Abrechnung der Leistung? Nach Einheitspreisen oder nach Stunden? Was wurde vertraglich fixiert?
- Wie wird die Mitarbeit der fremden Mitarbeiter innerbetrieblich organisiert? Erfolgt eine Trennung oder sind sie integriert? Was ist im Krankheitsfall? Wird die Arbeit durch einen Mitarbeiter des Auftraggebers weitergeführt?
- Für welche Tätigkeiten werden die Mitarbeiter des Auftragnehmers tatsächlich eingesetzt?
- etc.

Die Checkliste ergibt ein eindeutiges Bild über das strafrechtliche Risikopotential und verschafft Klarheit, ob Handlungsbedarf besteht oder nicht. Hier wird sich zeigen, ob strafrechtliche Prävention ausreichend ist oder ob weitere Verteidigungsstrategien zu ergreifen sind.

### Christoph Bork

Rechtsanwalt & Strafverteidiger  
Fachanwalt für Strafrecht  
Kanzlei WEIMER | BORK in Bochum  
www.kanzlei-weimer-bork.de  
info@kanzlei-weimer-bork.de