Seminar

Die Abgrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen

Rechtsanwalt Dieter Stang

Gesetzestexte

© RA Dieter Stang

§ 9 Nr. 1 und 2 AÜG

Unwirksam sind:

1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat,
2. Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen;

   ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststunden-entgelte unterschreitet;

   im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren;

   eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind,

© RA Dieter Stang

§ 10 Abs.1 AÜG

Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

(1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam,

so gilt ein **Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher** und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt **als zustande gekommen**;

tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. (..)

© RA Dieter Stang

§ 80 Abs. 2 – 3 BetrVG

Informationsanspruch des Betriebsrats, Sachverständige

(2) Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen;

in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschussberechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen.

Soweit es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, hat der Arbeitgeber ihm sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen; er hat hierbei die Vorschläge des Betriebsrats zu berücksichtigen, soweit betriebliche Notwendigkeiten nicht entgegenstehen.

(3) Der Betriebsrat kann bei der Durchführung seiner Aufgaben nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist.

© RA Dieter Stang

Übersicht

I. Abgrenzung von Werkvertrag und Leiharbeit

II. Rechtsfolgen eines Schein-Werkvertrages

III. Informationsansprüche des Betriebsrates bei Werkverträgen

IV. Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates bei Schein-Werkverträgen

© RA Dieter Stang

Abgrenzungvon Leiharbeit und Werk-/Dienstverträgen

© RA Dieter Stang

Abgrenzung ANÜ zu Werk-/Dienstvertrag
Wertende Gesamtbetrachtung – vereinfachte schematische Darstellung

Wertende Gesamtbetrachtung

Bei der wertenden Gesamtbetrachtung zählt die Summe aller Aspekte. Es gibt keine digitale Lösung, vielmehr verdunkelt sich das Bild hin zur Arbeitnehmerüberlassung als Summe der kleineren und größeren Teilverstöße.

In der Betrachtung von Werkverträgen und Dienstverträgen muss es unser Ziel sein, möglichst wenig fehlerhafte Bausteine in der Beauftragung zu haben und somit eine möglichst helle Schattierung zu erreichen.

Werkvertrag oder Leiharbeit ?

1. (..)

2. Über die rechtliche Einordnung eines Vertrages zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht.

3. Bei einem Abweichen von dem Vertragsinhalt und seiner tatsächlichen Durchführung ist Letztere maßgeblich.

   Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn die tatsächliche Durchführung von dem Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Arbeitgebern umfasst war.

BAG, Urteil v.13.08.2008, Az. 7 AZR 269/07

© RA Dieter Stang

Abgrenzung ANÜ – Werkvertrag

Abweichung von Vertrag in Praxis

Aus den Gründen:

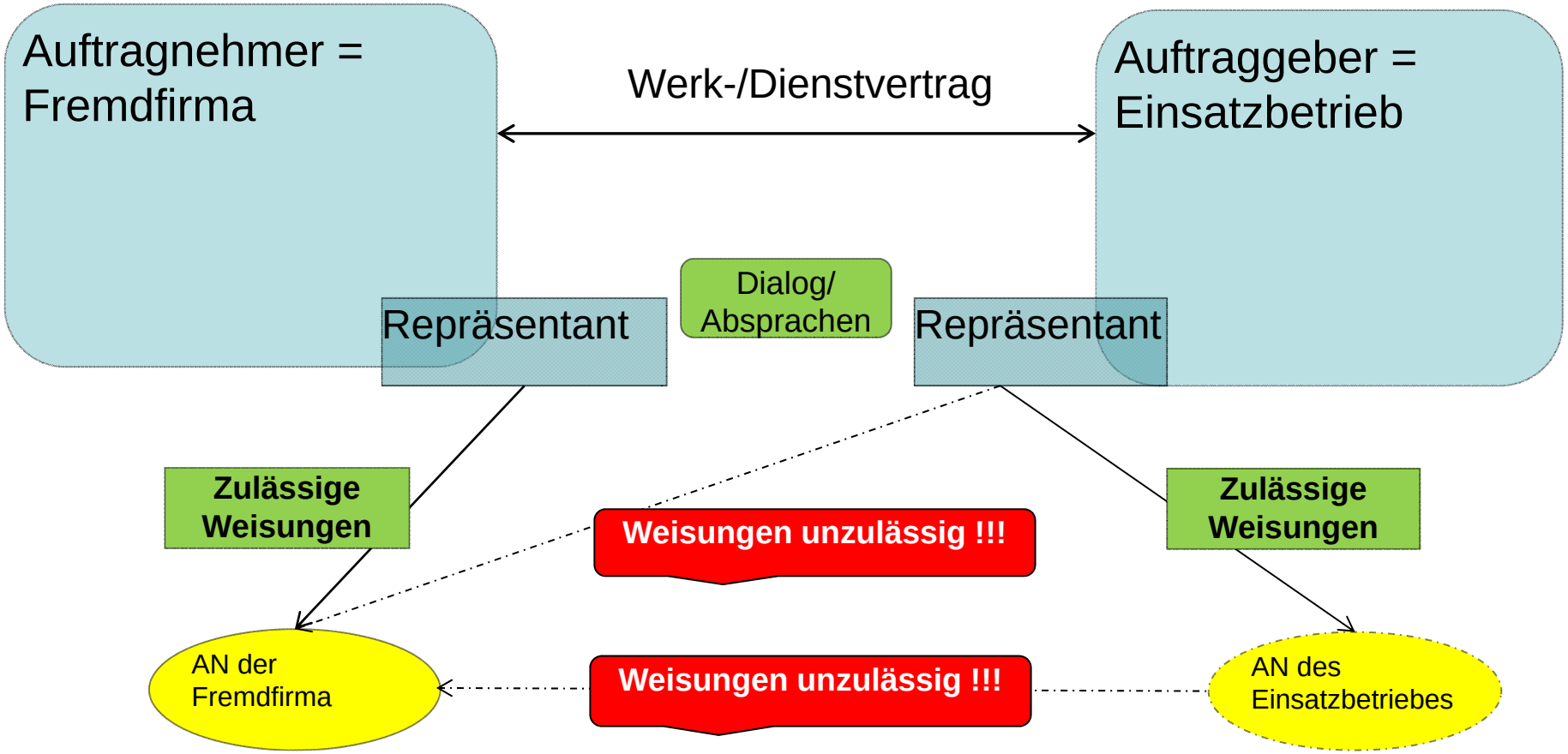
Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet,

wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt.

BAG, Urteil v. 18.01.2012, Az. 7 AZR 723/10

.

Rechtmäßige Abwicklung Werk-/Dienstvertrag



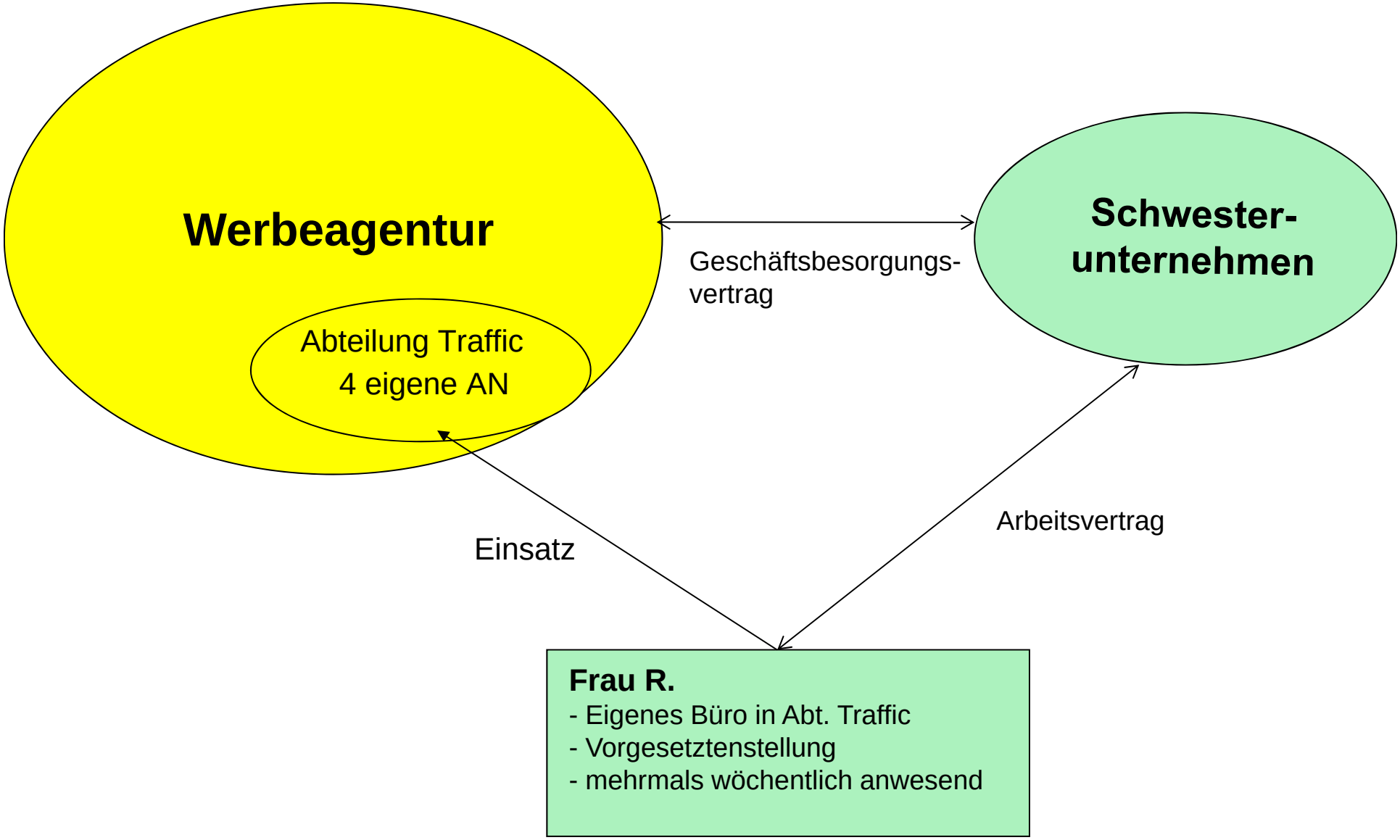
© RA Dieter Stang

Rechtsprechung zur Abgrenzung Werkverträge-Arbeitnehmerüberlassung

- Vor 1991 hat BAG stark auf äußere Gesichtspunkte (Stellung von Arbeitsmitteln, enge Verzahnung mit Tätigkeit eigener AN, vorher Tätigkeit durch eigene AN) abgestellt
- Seit 1991 vertritt das BAG bei unveränderter Gesetzeslage die Rechtsauffassung, dass es bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung nicht auf „äußere Umstände“ ankomme
- Das BAG stellt seitdem entscheidend darauf ab, ob das Fremdpersonal in die Arbeitsorganisation eingegliedert wird
- In weiteren Entscheidungen des BAG wird deutlich, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur dann angenommen wird, wenn der Betriebsinhaber zumindest teilweise das arbeitsvertragliche Weisungsrecht gegenüber den eingesetzten Beschäftigten ausübt
- Rechtsprechung ist auch von politischer/gesellschaftlicher Stimmung abhängig

© RA Dieter Stang

Fall: BAG 13.12.2005



© RA Dieter Stang

Eingliederung von Fremdfirmenbeschäftigten I

BAG, Beschluß vom 13.12.2005, 1 ABR 51/04

Eine Eingliederung in den Betrieb ist (..) auch bei Arbeitnehmern von Drittfirmen möglich, die auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags mit weisungsgebundenen Tätigkeiten im Betrieb beauftragt werden, (..)

Dazu genügen nach der Rechtsprechung des Senats

weder die detaillierte Beschreibung der dem beauftragten Unternehmer übertragenen Tätigkeiten in dem zugrunde liegenden Vertrag

noch die enge räumliche Zusammenarbeit der beidseitigen Arbeitnehmer im Betrieb,

die Unentbehrlichkeit einer von der Fremdfirma erbrachten Hilfsfunktion für den Betriebsablauf und

die Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitarbeiter des Betriebsinhabers.

Ebenso wenig ausreichend sind die Wahrnehmung von arbeitgebertypischen Weisungsrechten durch das Fremdfirmenpersonal gegenüber den eigenen Arbeitnehmern und

der Umstand, dass die betreffende Tätigkeit bislang von Arbeitnehmern des Beschäftigungsbetriebs durchgeführt wurde und zu bestimmten Zeiten weiterhin durchgeführt wird.

© RA Dieter Stang

Eingliederung von Fremdfirmenbeschäftigten II

BAG, Beschluß vom 13.12.2005, 1 ABR 51/04

Aus den Gründen:

Maßgeblich ist, ob die Arbeitgeberin mit Blick auf die Aufgabenerfüllung durch Frau R zumindest teilweise die Personalhoheit hat

und die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typische Befugnis zur Entscheidung auch über Zeit und Ort der Tätigkeit besitzt. (..)

b) Die Wahrnehmung von Personalbefugnissen und Ausübung einer Vorgesetztenstellung gegenüber den Beschäftigten in der Traffic-Abteilung durch Frau R genügt **nicht**,

um deren Eingliederung in die betriebliche Arbeitsorganisation im Sinne einer Einstellung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu bejahen. (..).

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterien

Vertragsinhalt

- Bei der Abgrenzung kommt es nicht auf den Vertragsinhalt, sondern auf die praktische Durchführung des Vertrages an
- Je genauer die geschuldete Leistung im Vertrag beschrieben ist, desto weniger Anweisungen müssen in der Praxis gegeben werden
  - Allgemeine Leistungsumschreibung spricht für Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ)
  - Detaillierte Beschreibung spricht eher für Werk-/Dienstvertrag
- Kriterium ist, ob die Fremdfirma bereits nach dem Vertrag weiß, welche Leistungen sie zu erbringen hat
- Das zu erstellende Werk bzw. die zu erbringende Leistung muss vertraglich so exakt definiert und beschrieben sein, dass die erforderlichen Arbeiten von der Fremdfirma eigenverantwortlich und selbständig durchgeführt werden können.

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vertragsinhalt

Beispiel

Folgende Umfänge werden bearbeitet:

- Niederdruck- Komponentenprüfstand
  - Koordination Umbau, Teilehandling
  - Messbeauftragung und Auswertung
  - Zusammenfassung Ergebnisse in Berichtform
- Datensatzmanagement Motorsteuergerät
  - Pflegen und Prüfen von Datensatzvarianten für Niederdruck-Hydraulikfunktionen in den verschiedenen Baureihen
  - Handling und Archivierung von Applikationsänderungen (PaCos)
- Fahrzeugmessungen
  - Durchführung von Fahrzeugmessungen
  - Teilnahme auf Versuchsfahrten
  - Kältezellenuntersuchungen, Klimakanalmessungen
- Abwicklung der Fahrzeugumbauten, Messtechnikeinbau
- PIT/ Brasy bearbeiten
  - Zusteuerung des CR Niederdrucksystems zu Motoren/ Versuchsträgern
  - Gezielte Teilezusteuerung für Fahrzeugdauerlauf und PT-Aufbauten
- Fehlteilelisten erstellen
- Ausfall-Diagnose vor Ort an Fahrzeug/Motorprüfstand
- DL-Script auslesen
- Aktualisierung von Fahrzeugen und Motoren hinsichtlich Niederdruckkreislauf

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vergütungsregelung

- Die Art der Vergütung (Pauschalpreis oder Stundenvergütung) ist ein wichtiges Abgrenzungskriterium
- Bei Leiharbeit ist Stundenvergütung die Regel, weshalb eine solche Vereinbarung eher für ANÜ spricht
- Bei Werkverträgen wird ein Erfolg geschuldet. Erst nach Fertigstellung erfolgt eine „Abnahme“ und danach eine Vergütung.

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vergütungsregelung

LSG Baden-Württemberg v. 16.12.2012

Aus den Gründen:

Auch die Abrechnung der Arbeiten spricht gegen einen Werkvertrag.

Im Fall eines Werkvertrages erfolgt die Vergütung üblicherweise nach Maßgabe des erzielten Erfolges und nicht – wie hier – nach der Zahl der dazu benötigten Arbeitsstunden.

LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Oktober 2012 – L 11 KR 19/11

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vergütungsregelung

Fehlerquelle

Grundsatz:
Bei einer Vergütung auf Stundenbasis besteht die Vermutung, dass kein unternehmerisches Risiko übernommen werden soll (Ausnahme: Unkalkulierbarer Arbeitsaufwand)

Beispiel:

- Eine Entwicklungstätigkeit wird auf Stundenbasis abgerechnet. Es wird daher keinerlei Erfolg geschuldet.

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vergütung

Beispielsfall

Kalkulationsbasis:
Die Ermittlung des Gesamtpreises beruht auf einer Kalkulation der nachfolgenden Positionen des o. g. Einkaufsabschlusses:

Kalkulation:

Leistungsart/Skill	Stunden	Nettopreis in €
LB 1: Applikationsleistungen	1.680	[redacted]
LB 2: Versuchsfahrten (Budget)	(5 Versuchsfahrten wie beschrieben)	[redacted]
Abschlag Inhouse	1.680	[redacted]
Gesamtpreis (netto)		[redacted]

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vergütungsregelung

Fehlerquelle

Grundsatz:
Bei Vergütung trotz fehlender „Abnahme“ der vereinbarten Leistung spricht vieles dafür, dass es hierauf letztlich nicht ankommen sollte, da eigentlich eine ANÜ gewollt war.

Beispiel:

- Der Erfolg einer konkret vertraglich vereinbarten Auftrages (z.B. Maschinenreinigung) wird nicht geprüft. Der AG kann weder Zeitpunkt noch Ergebnis einer „Abnahme“ nachweisen.
- Es lässt sich überhaupt nicht feststellen, welche konkrete Leistung geschuldet wurde

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Vergütungsregelung

Beispielsfall

5. Fälligkeit

Die Rechnungsstellung erfolgt für die Applikationsleistung im Rahmen monatlicher Abschlagszahlungen. Die Reisekosten und Mehrarbeitszeiten werden nach tatsächlichem Aufwand in den entsprechend erbrachten Monaten in Rechnung gestellt.
Die Abschlagszahlungen betragen monatlich [redacted]

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Kommunikation

- Die Kommunikation bei Werk-/Dienstverträgen erfolgt zwischen dem Auftraggeber und dem Repräsentanten der Fremdfirma
- Auftraggeber ist gegenüber den eingesetzten Beschäftigten der Fremdfirma nicht weisungsbefugt
- Konkrete Weisungen des Auftraggebers an die Beschäftigten der Fremdfirma sind bei der Beurteilung von erheblicher Bedeutung
  - BAG stellt insbesondere auf die Ausübung des Direktionsrechtes ab!!!
  - Arbeitsverteilung nur durch Repräsentanten der Fremdfirma zulässig
  - Anweisungen zur Problemlösung oder zur Reihenfolge der Abarbeitungen dürfen nicht direkt gegenüber eingesetztem AN erfolgen
- Zurverfügungstellung von Informationen durch Auftraggeber an Fremdfirmenmitarbeiter ist eher unschädlich, wenn dies zur Ausführung des Projektes erforderlich ist

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium Kommunikation

Fehlerquellen

Je weniger konkret die Arbeit im Werkvertrag beschrieben ist, desto wahrscheinlicher sind betriebliche Weisungen an die Fremdfirmenmitarbeiter

Beispiele:

- In Lastenheft und Angebot werden die zu wartenden Maschinen/Anlagen sowie der Wartungszeitpunkt und -umfang nicht genau beschrieben.

  Folge: Es muss daher eine Weisung erfolgen.

- Der Inhalt der beauftragten Projektarbeiten sind hinsichtlich Zeitraum, Art und Inhalt des Projekts sowie der Vorgehensweise nicht beschrieben.

  Folge: Es erfolgt Arbeit auf Zuruf

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium Kommunikation

Fehlerquellen

Je stärker eine Zusammenarbeit mit Stammbeschäftigten erforderlich ist, desto eher wird von einer Eingliederung/Weisung auszugehen sein.

Beispiel

- Fremdfirmenbeschäftigter nimmt an Sitzungen des Einsatzbetriebes teil, da er die Informationen benötigt und Vorgehen abstimmen muss
- Nach erfolgter Fehlerdiagnose an einer Maschine stimmt der Fremdfirmenbeschäftigte das weitere Vorgehen direkt mit dem Einsatzbetrieb ab (ohne Einschaltung des Repräsentanten der Fremdfirma)

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Kommunikation

Beispielsfall

Während der Projektarbeiten ist es erforderlich, dass Leistungen auf mehreren Versuchsfahrten erbracht werden. Die Versuchsinhalte werden zusammen mit den Fachabteilungen besprochen. Hierbei müssen das Versuchsprogramm, die Terminierung und Versuchsdetails abgestimmt und klare Absprachen getroffen werden. Die hierfür anfallenden Reisekosten (z.B. Hotelkosten, Bahnkosten, Taxikosten, Tankkosten, etc.) und Mehrarbeitszeiten (Wochenende und Überstunden) werden hier als Budget angegeben und nach tatsächlichem Aufwand in Rechnung gestellt. Sollten Kosten über das Budget hinaus entstehen, so werden diese gesondert in Rechnung gestellt.

1.3. Kommunikation:

Im Rahmen des Projektes darf der Kommunikationsfluss hinsichtlich der Werksvertragserfüllung, gemäß den Richtlinien des Auftraggebers, grundsätzlich über die [redacted] und [redacted] Repräsentanten verlaufen.
Dies kann wöchentliche bis hin zu täglichen Feinabstimmungsgesprächen beinhalten (z.B. Abstimmung des Versuchsprogramms, Terminierungen, Versuchsaufbaufreigabe, Teilergebnisse abnehmen, usw.). Die Repräsentanten sind Herr Dr. [redacted] und Herr [redacted]

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Arbeitsorganisation

- Fremdfirma ist für die Arbeitsorganisation der eingesetzten Mitarbeiter zuständig
- Zeitpläne zur Umsetzung der vertraglich vereinbarten Leistungen sind von der Fremdfirma zu erstellen (abhängig vom Vertragsinhalt)
- Fremdfirma entscheidet über Auswahl des eingesetzten Personals
- Urlaubsgewährung und Festlegung von Arbeitszeiten erfolgt durch Fremdfirma

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Kommunikation

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 12.12.2012

Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Werkunternehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, so deutet dies auf Arbeitnehmer-überlassung hin.

In diesem Fall muss der Besteller durch seine Anweisungen den Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen überhaupt erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz für ihn bindend organisieren.

Arbeitnehmerüberlassung liegt insbesondere dann vor, wenn dem Auftragnehmer eine relevante unternehmerische Struktur fehlt und der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt ist, dass er erst durch die Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 12.12.2012, Az. 15 Sa 1217/12

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Arbeitsorganisation

Fehlerquelle

Beispiele

- Die Fremdfirmenbeschäftigten stimmen Urlaub mit Stammbeschäftigten ab
- Fremdfirmenmitarbeiter sind in Vertretungsregelungen eingebunden

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Fachkompetenz

- Fremdfirma benötigt eigene fachliche Kompetenz, da sonst regelmäßig Weisungen durch Auftraggeber erforderlich wären
  - Eingesetzte Arbeitnehmer müssen in der Lage sein selbst die Arbeitsaufgaben zu erfüllen
- Kurze Einweisung in örtliche Gegebenheiten zu Beginn eines Einsatzes ist dagegen eher von geringer Aussagekraft
- Zeitpläne zur Umsetzung der vertraglich vereinbarten Leistungen sind von der Fremdfirma zu erstellen (abhängig vom Vertragsinhalt)
- Fremdfirma entscheidet über Auswahl des eingesetzten Personals
- Urlaubsgewährung und Festlegung von Arbeitszeiten erfolgt durch Fremdfirma

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Fachkompetenz

Fehlerquellen

Beispiel:

- Fremdfirmenbeschäftigte werden im Einsatzbetrieb geschult oder umfassend eingearbeitet, ohne dass es hierfür eine vertragliche Vereinbarung gibt

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Trennung

- Die räumliche Trennung ist nach der neueren BAG Rechtsprechung nicht zwingend erforderlich
  - Bei räumlicher Nähe kann es allerdings eher zu unzulässigen Weisungen kommen!!!
- Aufnahme in Telefonverzeichnis o.ä. ist eher von geringer Aussagekraft
  - Ggf. kann die fehlende Kennzeichnung allerdings zu verstärkter Kooperation führen, da Status nicht erkennbar
- Teilnahme an Auftraggeber-internen Besprechungen oder Veranstaltungen ist hingegen wichtiges Indiz für Unzulässigkeit

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Nutzung Arbeitsmittel

- Fremdfirma muss grundsätzlich die Arbeitsmittel zur Verfügung stellen
- In Vertrag zwischen Auftraggeber und Fremdfirma kann allerdings geregelt werden, dass der Auftraggeber bestimmte Arbeitsmittel gegen Vergütung zur Verfügung stellt
  - Ggf. auch zulässig, wenn bei Pauschalhonorar berücksichtigt

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Nutzung Arbeitsmittel

Beistellungen durch [redacted]

Vom Auftraggeber wird zur Durchführung des o. g. Leistungs- bzw. Lieferumfangs Folgendes zur Verfügung gestellt:

Die für die Messungen benötigten Prüfstände werden von der [redacted] geplant und gebucht.

Für die Mitarbeiter des AN werden eingerichtete Arbeitsplätze im [redacted] vom AG kostenfrei zur Verfügung gestellt.

Der AG stellt kostenfrei [redacted] KIP- Rechner für interne Tools (MVA-PC, FINAS, etc.) bzw. CAD-Desktop/ Laptop- Rechner sowie die Nutzung der CAD- Software und PC- Standardumgebung zur Verfügung.

Abgrenzungskriterium: Nutzung Arbeitsmittel

Fehlerquelle

Auch bei vertraglich vereinbarter Nutzung von Betriebsmitteln können Anhaltspunkte für unzulässigen Werkvertrag bestehen

Beispiel

- Mitarbeiter von Fremdfirma beschädigt die zur Verfügung gestellten Maschinen, Messgeräte o.ä.. Ein Regress wird trotz fehlendem Haftungsausschluss nicht geltend gemacht

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Haftung

- Haftungsregelungen sind als wichtiges Kriterium zu berücksichtigten
- Fremdfirmen haften z.B. für Beschädigungen von Betriebsmitteln des Einsatzbetriebes

© RA Dieter Stang

Abgrenzungskriterium: Haftung

Aus den Gründen:

Die in § 11 des Durchführungsvertrags vorgesehene Haftungsregelung und die dort vereinbarte Pflicht der F GmbH, eine verkehrsübliche Haftpflichtversicherung abzuschließen, sprechen gegen Arbeitnehmerüberlassung und für einen auf die Leistung von Sicherheitsdiensten gerichteten Dienstvertrag, (..)

BAG, Urteil v. 18.01.2012, Az. 7 AZR 723/10

Anm.: Im Umkehrschluss spricht eine fehlende Haftungsregelung + Praxis für ANÜ

© RA Dieter Stang

Folgen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung

© RA Dieter Stang

Kein Risiko bei Schein-Werkverträgen?

Angesichts nicht sicher vorhersehbarer Abgrenzungsresultate kann den beteiligten Unternehmen nur empfohlen werden, darauf zu achten, dass der Auftragnehmer vorsorglich über eine gültige Überlassungserlaubnis verfügt.

Damit ist der „größte anzunehmende Unfall“, die illegale Arbeitnehmerüberlassung mit der Fiktion des § 10 Abs.1 AÜG praktisch ausgeschlossen.

Das Restrisiko ist für den Auftraggeber/Entleiher kalkulierbar.

Wolfgang Hamann, jurisPR-ArbR 32/2005 Anm. 4

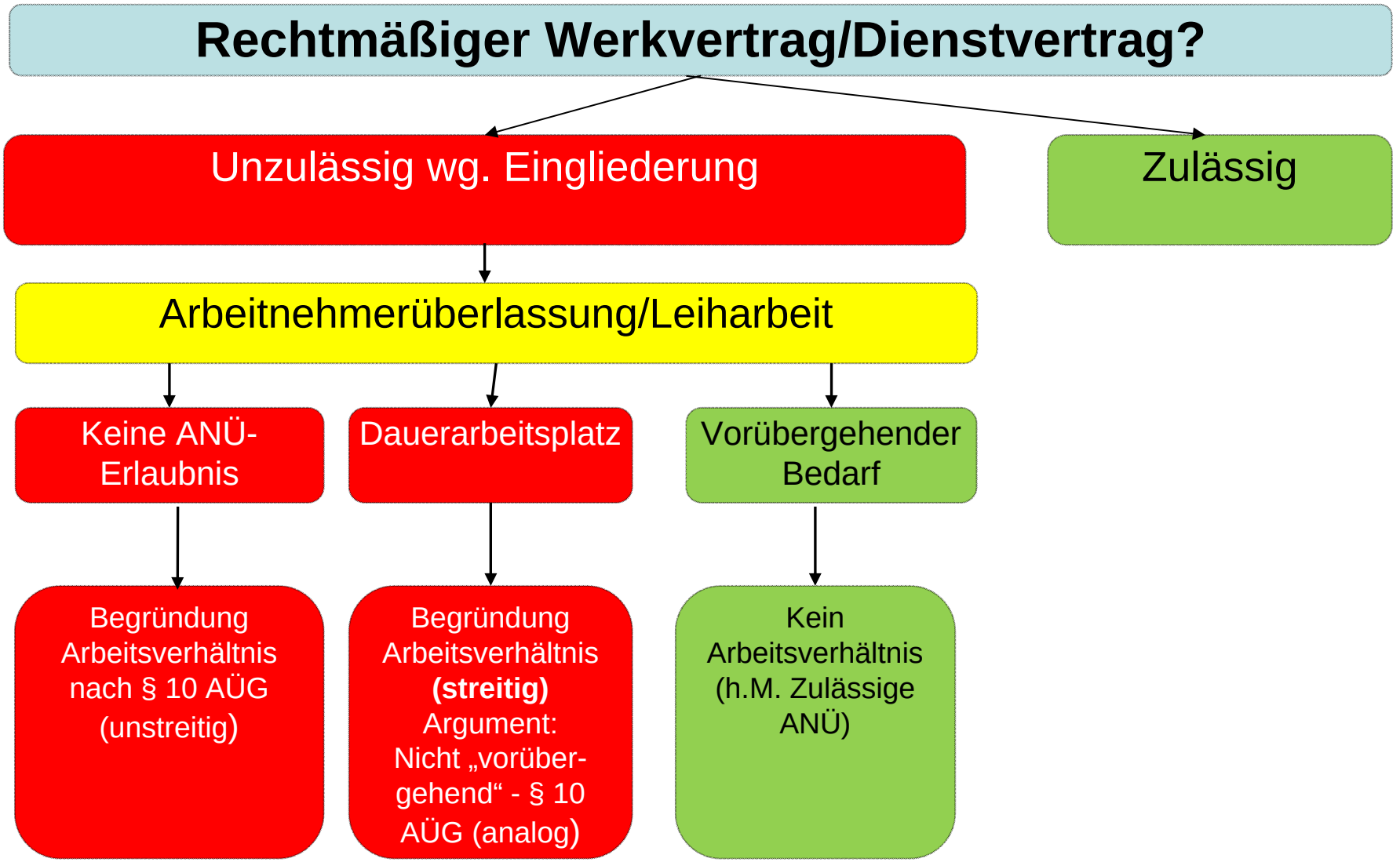
© RA Dieter Stang

… doch ein Risiko bei Schein-Werkverträgen!

- Werkverträge werden häufig für Daueraufgaben abgeschlossen
- Falls es sich nach der Praxis um Schein-Werkverträge handelt liegt rechtlich eine Arbeitnehmerüberlassung vor
- Ohne Verleiherlaubnis wird zweifelsfrei ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher gem. § 10 AÜG begründet
- Durch das neue AÜG hat sich die Rechtslage seit 2011 auch für die Fälle, in denen eine Verleiherlaubnis vorliegt geändert

© RA Dieter Stang

Begründung eines Arbeitsverhältnisses bei Schein-Werkvertrag



© RA Dieter Stang

§ 1 AÜG Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.

Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt <u>vorübergehend</u>. (..)

© RA Dieter Stang

„Vorübergehend“

LAG Baden-Württemberg vom 22.11.2012

1. Wirksame Arbeitnehmerüberlassung setzt voraus, dass diese vorübergehend erfolgen soll (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG).

2. Dies ist regelmäßig nicht anzunehmen, wenn ein Entleiher Stellenausschreibungen für unbefristete Arbeitsverhältnisse schaltet, auch wenn er erwähnt, dass die Einstellung durch die verleihenden Personaldienstleister erfolgen soll.

3. Rechtsfolge unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung ist auch im Falle nicht vorübergehender Überlassung die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG analog).

LAG Baden-Württemberg vom 22.11.2012, 11 Sa 84/12

so auch bzgl. „vorübergehend“: LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. April 2013 – 4 TaBV 7/12

© RA Dieter Stang

„Vorübergehend“

LAG Berlin v. 19.12.2012, Az. 4 TaBV 1163/12

1. Eine Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt **nicht vorübergehend** iSd. § 1 Abs.1 S. 2 AÜG, **wenn durch die Arbeitnehmerüberlassung einer reiner Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird. (..).**

2. (..) Eine vorübergehende Überlassung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die konkrete Person des Leiharbeitnehmers wechselt,

soweit der Arbeitgeber den Arbeitskräftebedarf auf einem Dauerarbeitsplatz ausschließlich mit Leiharbeitnehmern deckt.

3. (..) Leiharbeitnehmer (können) dann auf Dauerarbeitsplätzen beschäftigt werden, wenn dies zB aufgrund eines konkreten Vertretungsbedarfs für den auf dem Dauerarbeitsplatz beschäftigten Arbeitnehmer erforderlich ist.

Ebensowenig ist für die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers stets ein sachlicher Grund iSd. § 14 Abs. 1 TzBfG zu fordern; vielmehr reicht die **normale Unsicherheit über Auftragsschwankungen** aus, (..)

© RA Dieter Stang

Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung

Begründung eines Arbeitsverhältnisses

1. Im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung stellt es einen institutionellen Rechtsmissbrauch dar, wenn das verleihende Konzernunternehmen nur an einen oder mehrere Konzernunternehmen Arbeitnehmer verleiht, nicht am Markt werbend tätig ist und die Einschaltung dieses verleihenden Unternehmens nur dazu dient, Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen. Dies hat zur Folge, dass dem Scheinentleiher die Arbeitgeberstellung zukommt.

2. Für die Zeit ab dem 1. Dezember 2011 ist eine schon erteilte Erlaubnis nach § 1 AÜG auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt. Die Überlassung auf Dauer ist nicht (mehr) erlaubnisfähig. Erfolgt die Überlassung eines Arbeitnehmers an den Entleiher nicht nur vorübergehend, kommt nach §§ 10 Abs 1 S 1 2. Alt, 9 Nr 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu Stande.

3. Eine Überlassung von Arbeitnehmern, die auf Dauer angelegt ist, erfolgt nicht mehr vorübergehend. Dies ist der Fall, wenn die verliehenen Arbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden, für die keine Stammarbeitnehmer vorhanden sind.

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 09.01.2013 – 15 Sa 1635/12 (Pressemitteilung)

© RA Dieter Stang

Nachträgliche Beendigung eines begründeten Arbeitsverhältnisses?

1. Ein zwischen dem Entleiher und Leiharbeitnehmer gemäß §§ 10 Abs. 1 S. 1, 9 Nr. 1 AÜG kraft gesetzlicher Fiktion begründetes Arbeitsverhältnis kann nur nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen aufgehoben werden.

Ein Arbeitsverhältnis kann durch Arbeitgeberkündigung oder Eigenkündigung des Arbeitnehmers, durch einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung beider Vertragsparteien oder durch gerichtliche Auflösung beendet werden.

2. Eine etwaig im Nachhinein dem Verleiher gemäß § 2 Abs. 1 AÜG erteilte behördliche AÜG-Genehmigung hat per se keinen Einfluss auf den Bestand eines mit dem Entleiher kraft gesetzlicher Fiktion bereits zuvor begründeten Arbeitsverhältnisses.

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. Juli 2012 – 5 Sa 474/11 –, juris

© RA Dieter Stang

Beteiligungsrechte des Betriebsrates

© RA Dieter Stang

§ 92 BetrVG

Personalplanung

1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen **rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.**

   Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu **beraten.**

2) Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung machen.

© RA Dieter Stang

Vorschlagsrecht gem. § 92 BetrVG

Aus den Gründen:

Inhalt eines Vorschlages des Betriebsrats nach § 92 Abs. 2 BetrVG kann (..) auch sein, (..),

gegenwärtig von Arbeitnehmern solcher Fremdfirmen verrichtete Arbeiten durch Arbeitnehmer des Betriebes,

gegebenenfalls auch durch neu einzustellende Arbeitnehmer,

verrichten zu lassen.

BAG, Beschluss vom 31. Januar 1989 – 1 ABR 72/87

© RA Dieter Stang

Informationsrecht des BR bei Fremdfirmenarbeit

- Betriebsrat hat gem. § 80 Abs. 2 BetrVG auch bei Fremdfirmen-beschäftigten einen Unterrichtungsanspruch

  „erstreckt sich auch auf Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen:“

- Betriebsrat kann bei einer großen Zahl von in Betracht kommenden Fremdfirmenmitarbeiter vom AG zunächst eine Gesamtübersicht zu einem bestimmten Stichtag verlangen

- BR hat Anspruch u.a. auf folgende Informationen:
  - Aufgabengebiet
  - Arbeitszeit (soweit festgelegt)
  - Art der Vergütung (nicht deren Höhe)
  - Personalien

- Informationsrechte des BR auch aus §§ 92, 99, 106, 111 BetrVG

© RA Dieter Stang

Informationsanspruch des Betriebsrats I

1. Werden im Betrieb des Arbeitgebers Arbeitnehmer von Fremdfirmen beschäftigt, so kann der Betriebsrat verlangen, daß ihm die Verträge mit den Fremdfirmen, die Grundlage dieser Beschäftigung sind, zur Einsicht zur Verfügung gestellt werden.

2. Der Betriebsrat kann auch verlangen, daß ihm die Listen zur Verfügung gestellt werden, aus denen sich die Einsatztage und Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen ergeben.

BAG, Beschluss v. 31.01.1989, Az. 1 ABR 72/87

© RA Dieter Stang

Informationsanspruch des Betriebsrates II

Anfertigung von Kopien

Aus den Gründen:

(..) darf sich der Betriebsrat immer dann, wenn ihm der Arbeitgeber die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen hat (§ 80 Abs. 2 BetrVG), von diesen Unterlagen Abschriften oder Ablichtungen fertigen.

BAG, Beschluss vom 20. November 1984 – 1 ABR 64/82

© RA Dieter Stang

Informationsanspruch des Betriebsrats III

1. Der Betriebsrat hat nach § 80 Abs.2 BetrVG Anspruch auf Unterrichtung auch hinsichtlich der Beschäftigung freier Mitarbeiter.

2. Der Betriebsrat muß sein Auskunftsbegehren nach Art und Umfang konkretisieren.

   Ist dies wegen der großen Zahl freier Mitarbeiter und der Vielfalt von Beschäftigungsmodalitäten unmöglich, kann er zunächst eine Gesamtübersicht zu einem von ihm bestimmten Stichtag verlangen.

   BAG, Beschluss v.15.12.1998, Az. 1 ABR 9/98

© RA Dieter Stang

Informationsanspruch des Betriebsrats IV

Der Informationsanspruch des § 80 Abs. 2 S.1 BetrVG steht **nicht unter einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt**, so dass es nicht auf den Aufwand ankommt, mit dem die Information des Betriebsrats für den Arbeitgeber verbundenen ist.

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen nur zur Verfügung zu stellen und damit auch den Betriebsrat **nur zu unterrichten, wenn der Arbeitgeber sie tatsächlich besitzt**.

Der Betriebsrat kann nicht verlangen, dass der Arbeitgeber nicht vorhandene Unterlagen für ihn erst herstellt oder Vertragspartner zur nachträglichen Vervollständigung bereits erstellter Unterlagen auffordert.

LAG Baden-Württemberg v. 14.07.2006, Az. 5 TaBV 6/05 (Revision beim BAG: Sonstige Erledigung)

© RA Dieter Stang

Rechte des Betriebsrats bei Fremdfirmeneinsatz und Scheinselbständigkeit

Der Betriebsrat kann durch folgende Maßnahmen den Arbeitnehmerstatus klären lassen:

1. Beschlussverfahren gem. § 101 BetrVG

- Bei Vorliegen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung durch die Fremdfirma wird MBR des BR gem. § 99 BetrVG verletzt
- Der Betriebsrat kann deshalb beim Arbeitsgericht gem. § 101 BetrVG die Aufhebung der mitbestimmungswidrig durchgeführten Einstellung beantragen
- Antrag auf Beendigung des Einsatzes gem. § 101 BetrVG ist im Regelfall nicht zu empfehlen

2. Einleitung eines Statusverfahrens

- Der Betriebsrat kann beim Arbeitsgericht die Feststellung der Arbeitnehmer-eigenschaft beantragen, da hiervon auch seine eigene Zuständigkeit für diesen Personenkreis abhängt
- Statusverfahren ist im Regelfall empfehlenswert!

© RA Dieter Stang

Überlegungen zum rechtlichen Vorgehen

- Erfolgsaussichten des Betriebsrates sind im Beschlussverfahren besser als bei Individualklagen des Arbeitnehmers
  - AG muss nur im Beschlussverfahren Werkverträge selbst vorlegen
  - Betroffene AN sind Zeugen
- AG muss Rechtsanwaltskosten des BR tragen
  - Kein Kostenrisiko für AN
- Betroffene AN sind nur Zeugen und nicht Partei
  - Weniger individueller Druck

© RA Dieter Stang

Druckmöglichkeiten gegen Fremdvergabe

- Solidarität mit den von Fremdvergabe bedrohten Arbeitnehmern kann Arbeitgeber hiervon ggf. abhalten, da er zugleich ein Interesse an einer relativ harmonischen Unternehmenskultur und dem Erhalt des Betriebsfriedens haben dürfte

- Druckmittel sind u.a.
  - Betriebsversammlungen zu diesem Thema
  - Unterschriftensammlung
  - Verweigerung von Mehrarbeit
  - Gemeinsamer Besuch von Sprechstunden des Betriebsrats
  - Flugblätter, e-mail-Aktionen, Artikel in Betriebszeitung
  - Information der Öffentlichkeit, Einbindung v. Kirchen, Parteien, Funktionsträgern

- Ein hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad der betroffenen Arbeitnehmer hat zur Folge, dass ggf. ernsthaft mit Arbeitsniederlegungen nach Fremdvergabe bei einem geplanten Wegfall der Tarifbindung gedroht werden kann
  - Fremdfirmen schrecken ggf. vor befürchteten Arbeitsniederlegungen und Rückwirkungen auf die übrigen eigenen Arbeitnehmer zurück
  - Das ausgliedernde Unternehmen muss bei Streiks Auswirkungen auf seinen eigenen Betrieb befürchten

© RA Dieter Stang

Unterstützung der Werkvertragsbeschäftigten

- Vergabe an Werksvertragsunternehmen ist für AG insbesondere dann interessant, wenn diese mangels Tarifbindung kostengünstiger arbeiten

- BR sollte deshalb diese Beschäftigten –auch im eigenen Interesse (!)- bei der Durchsetzung besserer Arbeitsbedingungen unterstützen
  - Hilfestellung bei Bildung von Betriebsräten
  - Mitgliederwerbung für die IG Metall, um Durchsetzung von Tarifverträgen zu ermöglichen

© RA Dieter Stang

Schlussbemerkungen

- Ziel ist die Eindämmung auch der legalen Werkverträge
- Beschlussverfahren zur Feststellung illegaler Werkverträge sind sinnvoll
  - Politischer Druck
  - Abschreckungswirkung bei drohender rechtlicher Prüfung
- Beschäftigte in Werkvertragsunternehmen benötigen Unterstützung von BR/VL des Einsatzbetriebes bei Bildung von Betriebsräten

© RA Dieter Stang