

BLICKPUNKT ARBEITSRECHT:

Abgrenzung Werk-/ Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung

Stuttgart, 11. März 2015

Prof. Dr. Peter Schüren

Direktor des Instituts für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht

Universität Münster

Worum geht es?

- Was macht die Abgrenzung der verschiedenen Formen des Fremdpersonaleinsatzes so wichtig?
- Was sind die dogmatischen Unterschiede der Typen?
- Anhand welcher **Spuren** ist eine Einordnung sicher möglich?
- Was bringt die Reform 2015?

Wie soll das heute ablaufen?

- Der Vortrag soll Ihnen meine Überlegungen zum Thema vermitteln
- In der Diskussion möchte ich mit Ihnen auch – *wenn Interesse besteht* - an die „modernen“ Grenzfälle herangehen – **Anknüpfungspunkt: Heise/Friedl, Flexible („agile“) Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung – das Ende von Scrum, NZA 2015, 129**

Begrenzte Vertragsfreiheit im Schutzbereich des Arbeitsrechts

Zivilrecht



Hier gibt es
Inhalts- und
Abschlussfreiheit

Meine Position zum Interessenausgleich beim Inhouse-Outsourcing

- Vertragsabschlussfreiheit und Vertragsinhaltsfreiheit – ja!
- Aber das Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht – **die Inhaltsfreiheit gibt es insbesondere nicht** bei der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, und bei der Zuordnung des Empfangs der Arbeitsleistung und der Arbeitgeberstellung – da ist sogar die Abschlussfreiheit eingeschränkt.

Es bleibt das Spannungs-
verhältnis zwischen dem,
was gewünscht wird, und
dem, was rechtlich möglich
ist. (*das ist Beraterschicksal ...*)

Ausgangspunkt: Warum ist Leiharbeit „anders“ und für Arbeitnehmer grundsätzlich risikoreicher als ein normales Arbeitsverhältnis?

Trennung von Arbeitsverhältnis und Arbeitsplatz!

Reglung im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)

§ 613 BGB Unübertragbarkeit

Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.

Schwieriger Ansatz: Die Bewertung der Leiharbeit im NS-Arbeitsrecht

1943: Der Betriebsführer verleiht seine Gefolgschaft nicht!

Keine Leiharbeit im faschistischen Arbeitsrecht... (auch nicht in Italien)

Die Bewertung der Leiharbeit in der Nachkriegszeit

- 1957: § 37 Abs. 3 AVAVG :

*„Als Arbeitsvermittlung gilt ferner die Zuweisung von Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft der Zuweisende regelmäßig dritten Personen für eine Beschäftigung zur Verfügung stellt, **ohne selbst die Arbeit auf eigene Rechnung ausführen zu lassen und ohne selbst die Ausrüstung mit den erforderlichen Werkzeugen für die zugewiesenen Arbeitskräfte zu übernehmen.**“*

Konzeption des AÜG-Gesetzgebers 1972.... (*das war ein Gesetz gegen Leiharbeit*):

- Überlassungshöchstdauer 3 Monate
- Extreme Sanktionen bei Überlassung ohne Erlaubnis und bei Regelverstößen – begrenzte Schutzwirkung, **aber** Kriminalisierung in Einzelfällen. Gilt bis heute...

Zentrale Sanktion bei unerlaubtem Verleih im AÜG bis heute!

- **1. Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher (§ 9 Nr. 1 AÜG)**
- **2. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (§ 10 Abs.1 AÜG)**

Bis 01.04.1997 noch bei allen erheblichen Pflichtverletzungen im Leiharbeitsverhältnis über § 13 AÜG fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher

Schutzabbau ohne offen diskutiertes Konzept: Reformen 1985-2002 (**Blüm, Riester, Clement**)

- Schrittweise Verlängerung der Überlassungshöchstdauer... 3, 6 und 9 Monate
- **Stand 2002:** max. ein Jahr ohne und max. zwei Jahre mit Gleichbehandlung
- Abbau des Synchronisationsverbots
- **Damals: Kein Schutz vor Billiglöhnen – aber auch kein Ersatz von Stammpersonal möglich**
- Schwächung des (teilw. kaum funktionsfähigen) Sanktionssystems durch Abschaffung von § 13 AÜG ...(der griff bei Überschreiten der Überlassungshöchstdauer)

AÜG: Stand bis Ende 2002

Kein Ersatz von Stammpersonal durch
Leiharbeitnehmer –
nur im Wege des Scheinwerkvertrags
war das damals möglich ... und
wurde gerne in einigen Branchen
praktiziert (z.B. Bau, Fleisch...)

Hartz-Reform 2003: Billiglohnsektor unter dem Deckmantel einer sozialverträglichen Regelung

**Überlassungshöchstdauer
ersatzlos gestrichen !**

Reaktion der Rechtsprechung zw. 2003 u.
2011: Es gibt kein Limit!

**Dazu tarifliche Entgeltregelung – Folge:
extremes Lohndumping bis ca. 2010**

Ergebnisse der Reform 2003:

- Weitgehende Freigabe des Fremdpersonaleinsatzes ohne arbeitsrechtliche Bindung
- Stark abgesenkte Personalkosten durch reduzierte Löhne, reduzierten Bestandsschutz und schnelle Bedarfsanpassung des Arbeitsvolumens – **billige Flexibilität!**
- **Lang wirkender Ansehensverlust durch Scheintarife**

„roll back“ ab 2007 und ernsthaft ab 2011....

- Medienberichte über grobe Missbräuche ab 2007
- Zusammenbruch des Systems CGZP 2009-2010
- Reform 2011
- Reform 2015

- Wir nähern uns dem Stand vor 2003...

Legale Leiharbeit (*Zeitarbeit*) 2015

- **vorübergehend** (*= auf den Bedarf beim Entleiher bezogen!!! „Zeitarbeit“ passt erstmals seit über einem Jahrzehnt wieder als Wort*)

Und (!)

- **Nur mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis**

= nur noch zur Vertretung, für Bedarfsspitzen,
Saisonarbeit = Alternative zur Befristung nach § 14
Abs. 1 (!) TzBfG

Das bedeutet für die Praxis....

Arbeitnehmerüberlassung ist grundsätzlich verboten und führt automatisch zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher –
Ausnahme: vorübergehend und mit Erlaubnis
(Weitere Ausnahmen (Kollegenhilfe etc.) werden jetzt einmal „vergessen“)

Keine billige Zweitbelegschaft mehr!

Damit ist die Leiharbeit 2003 als Mittel zur langfristigen Kostensenkung durch Schaffung einer festen Randbelegschaft ohne Arbeitsverhältnis im Einsatzbetrieb

„tot“.

NUR diese Leiharbeit ermöglichte Personalerersetzung ohne Strukturveränderung – das ist vorbei...

Illegale, verdeckte Leiharbeit = Schweinwerk-/Dienstvertrag

= Leiharbeit ohne Überlassungserlaubnis

Rechtsfolge **seit 1972**: §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1

AÜG = fingiertes Arbeitsverhältnis zum
Entleiher

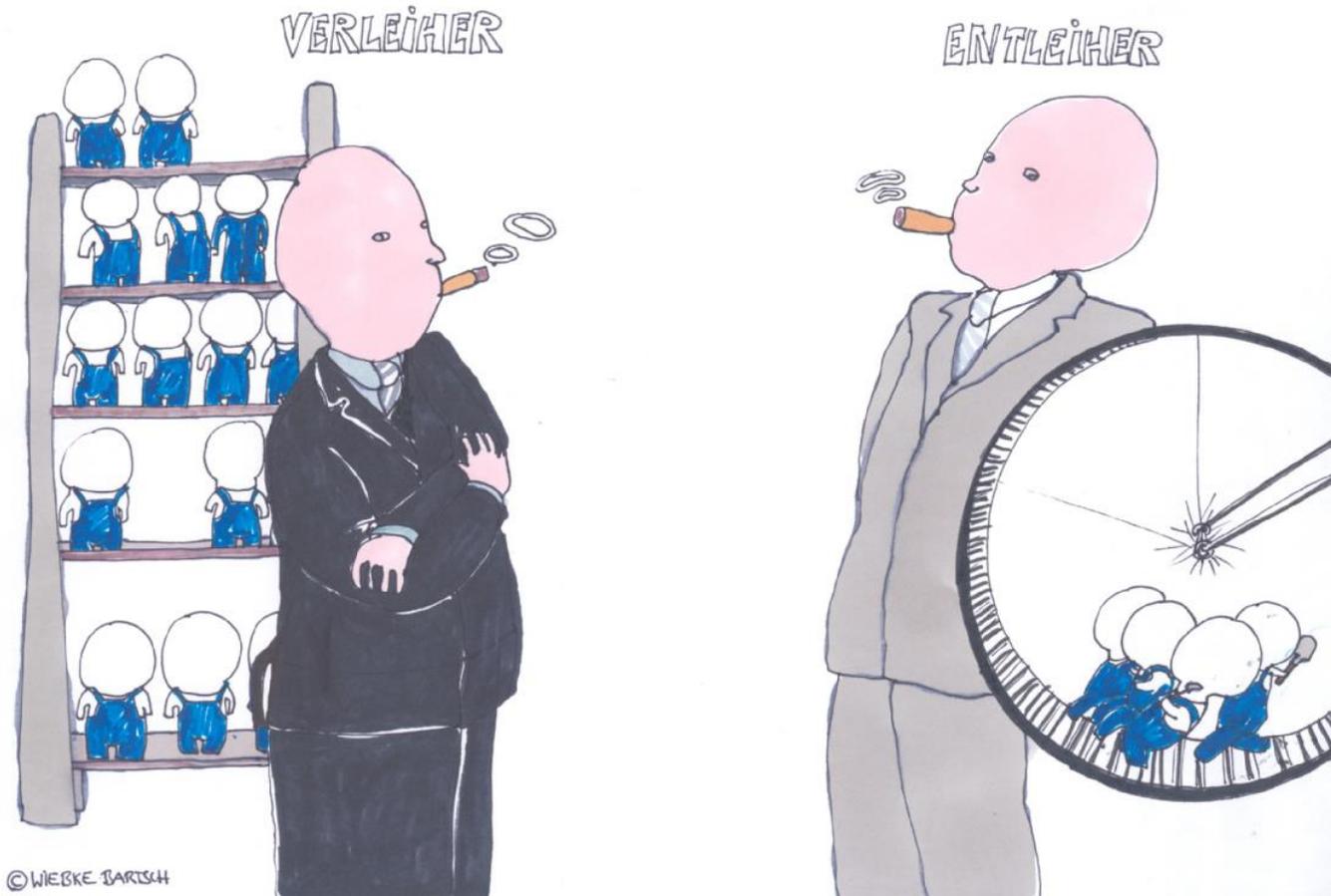
**Achtung : ...Schutzwirkung einer AÜ-Erlaubnis
wird 2015 abgeschafft. (LAG BaWü....)**

Risiko: Straftatbestand Beitragshinterziehung...

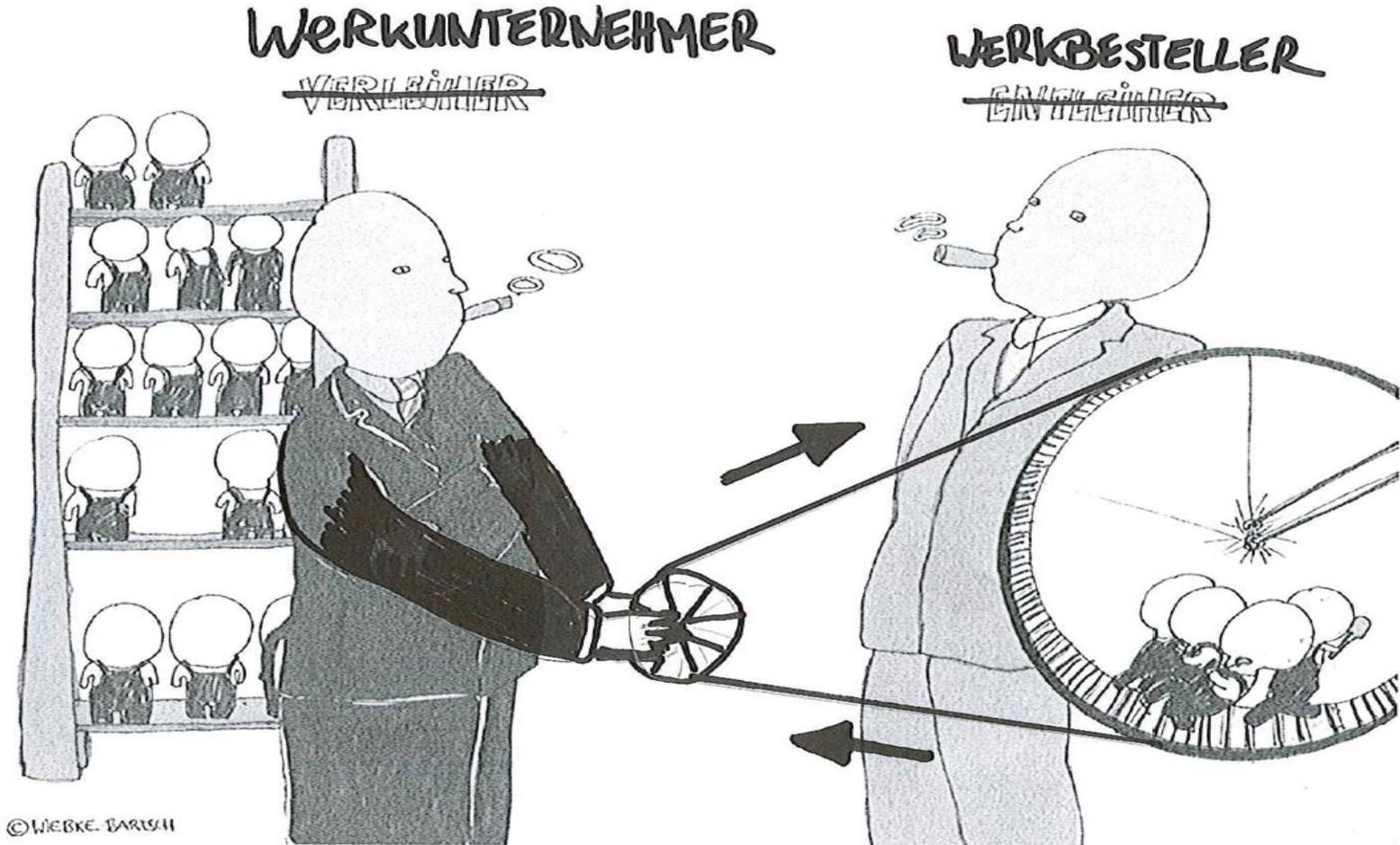
Identifikation von Arbeitnehmer- überlassung

- In Abgrenzung zum
Fremdpersonaleinsatz
durch Werk- oder
Dienstvertrag

Nur das ist Arbeitnehmerüberlassung



Das ist Inhouse-Outsourcing per Werkvertrag



Was sind die wichtigsten Erkenntnisse aus den Bildern?

- Der Verleiher steuert nichts; er hat seine Leute **überlassen**; damit endet seine Verantwortung
- Jetzt sind es die Leute des Entleihers; sie arbeiten in seinem Betrieb; er ist dafür verantwortlich, was sie tun.
- Es ist sein Risiko, wenn sie uneffektiv arbeiten, Fehler machen, sein Eigentum zerstören. Wer steuert, der haftet!
- Beim Werkunternehmer ist das anders!

Worum geht es immer:

- **Um die Frage, für wen arbeiten die Arbeitnehmer –
dass sie arbeiten (=fremdbestimmte Arbeit leisten) steht dagegen fest.**

Antwort: Die Arbeitnehmer arbeiten für den, der für ihre Arbeit die wirtschaftliche Verantwortung trägt.

Wichtig für die Einordnung:

- **Verantwortung meint Risikozuweisung und Haftung – nicht Kommunikation!!!**

Inhouse-Outsourcing

- Nochmal: **Es geht nicht um Kommunikation!**
- Es geht um Verantwortung und Steuerung im rechtlichen Sinn
- Wenn ich mich um „meine Leute“ nicht kümmere, dann hebt das nicht meine Verantwortung und meine Steuerung im rechtlichen Sinne auf.

**Zwischenergebnis: Werk- &
Dienstverträge als simpler
Ersatz für die verbotene
Dauer-Leiharbeit –
(funktioniert nicht!)**

„Fools rush in where angels fear to tread“

Was macht den Reiz so stark....Werkvertrag als Alternative zur Leiharbeit

Vorteile für den Nutzer/Werkbesteller

- Keine zeitliche Begrenzung
- Kein „equal pay“
- Keine Bürgenhaftung für Sozialversicherungsbeiträge (außer Bau)
- Keine Mitbestimmung des Betriebsrats (aber bald Unterrichtsanspruch..)

ABER.....

Warum werden Scheinwerkverträge vereinbart und gelebt?

- Weil man schlicht und einfach billigeres, flexibel einsetzbares Personal will.
- Weil man in Wirklichkeit keinen fremden Betrieb im eigenen Betrieb will oder **weil die Fremdfirma dazu keine Kompetenz hat!**
- "***Libenter homines id, quod volunt, credunt.***"
= Gern glauben die Menschen das, was sie wollen

Wo ist das Problem bei der Abgrenzung

- Wir können von außen kaum erkennen, wer die Menschen, die arbeiten, in den Grenzfällen **verantwortlich** lenkt (= Empfänger der Arbeitsleistung ist)
- Frage ist: An wen leisten die Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung? Dass sie Arbeitnehmer sind, ist nicht zweifelhaft.

Kleines Beispiel....

- *Im Betrieb des Auftraggebers arbeitet das Fremdpersonal des Subunternehmers dauerhaft. Diese Menschen verpacken dort die fertigen Osterhasen und Weihnachtsmänner in Pappschachteln und etikettieren und kommissionieren die Ware für den Versand. Insgesamt handelt es sich je nach Auslastung um 100 bis 150 Personen, die von eigenen acht Vorarbeitern des Subunternehmers, die vor Ort sind, geführt werden.*

Goldene Worte!!!!!!

1. Bei der Überlassung, wirkt der Leiharbeitnehmer nicht an der Erfüllung der Leistungspflicht des Verleihers mit. **Seine Überlassung ist vielmehr die Erfüllung der Leistungspflicht**

Goldene Worte!!!!!!!

2. Bei der Abgrenzung der illegalen Überlassung vom Werk- oder Dienstvertrag geht es um die Frage „*Für wen arbeiten die Arbeitnehmer?*“.

Arbeiten sie für die Fremdfirma oder arbeiten sie für den Betriebsinhaber? Es gibt nur diese beiden Möglichkeiten!!!!

Nochmal: Wo ist das Problem der rechtlichen Einordnung????

- Ganz einfach: In den Grenzfällen ist aus den Arbeitsabläufen nicht ableitbar, wer die Arbeitnehmer steuert. Die Papier-Verträge sind immer Werk-/ Dienstverträge.
- Arbeitgeberweisung und werkvertragstypische Steuerung der Werkleistung lassen sich in den Grenzfällen nicht unterscheiden. Insbesondere dann nicht, wenn Entscheidungen an die Arbeitnehmer selbst delegiert wurden.

Grundproblem

- Rechtliche Einordnung von nachgewiesener Steuerung ist schwierig (**Arbeitgeberweisung oder Qualitätsmanagement des Auftraggebers?**)
- Rückschauender Nachweis von Steuerung über Zeugenaussagen ist in Grenzfällen praktisch unmöglich

Deshalb: Andere Kriterien, die Arbeitgeber-Steuerung sichtbar machen!!!!

Es gilt (und darin liegt die Problemlösung):

- **Wer für das Arbeitsergebnis haftet, hat vorher gesteuert!**
- **Wer steuert, der haftet später!**
- **Wer steuert, ist Arbeitgeber**

So ordnen wir gelebte Verträge richtig sein:

- Wir legen den Papiervertrag (vorläufig) zur Seite.
- Wir nähern uns Schritt für Schritt der gelebten Dreiecksbeziehung. Wir finden heraus, für wen das Fremdpersonal gearbeitet hat.
- Das sind die Schritte.....:

Wie grenzen wir ab und welche Indizien bewerten wir?

1. Schritt: Arbeiten die Fremdfirmenleute in einer „fremden“ Betriebsorganisation?

Wenn „Nein“ – (bisher) kein Problem. Dann arbeiten sie in der Betriebsorganisation der Fremdfirma = keine Überlassung

Wenn „ja“ – dann kann es sich um illegale Überlassung handeln

Gegenbeweis möglich!!!!!!

Illegale Überlassung liegt jetzt nur dann **nicht** vor..., *wenn...*

...die Fremdfirmenleute im fremden Betrieb in einer eigenen Betriebsorganisation ihres Arbeitgebers tätig sind.

= Betrieb im Betrieb

Betrieb im Betrieb

- Nur möglich, wenn der „Dienstleister“
Eigene Personaleinsatzplanung +
Eigenes Qualitätsmanagement +
Eigene Ergebnisverantwortung
auf **DAUER lebt**
Das schließt Überlassung aus.
-

Eigene Personaleinsatzplanung

- Auftrag – Konkretisierung des Volumens – und nun: Personaleinsatzplanung des Werkunternehmers zur Erledigung des realen Volumens. Er teilt ein und weist Aufgaben zu... BAG v. 18.01.12.
- Beispiel: Logistikdienstleister

Nachweis der Personaleinsatzplanung über Aussagen der Führungskräfte der Fremdfirma

Vorsicht!!!! Achtung Falle!!!!

- Wenn Personal mit Führungskräften überlassen wird, dann ist die Einsatzplanung dieser Führungskräfte möglicherweise Arbeit für den Entleiher – entscheidend ist, wer das wirtschaftliche Risiko von Fehlern trägt.
- Beispiel: Logistikdienstleister

Eigenes Qualitätsmanagement der Fremdfirma

**Qualitätsmanagement ist
Haftungsprävention**

**Es ist die notwendige Reaktion
auf Ergebnisverantwortung!**

**Qualitätsmanagement kostet
Geld! (Nachweis über Zeugen.)**

Was gehört dazu:

- Leute aufgabenorientiert einsetzen
- Personal qualifizieren und entwickeln
- Qualitätsüberwachung auf eigene Kosten
- Leistung belohnen
- Durch Vergütung motivieren
- Haftungsvermeidung

Klartext: Qualitätsmanagement

- Wer Qualitätsmanagement betreibt, nimmt Ergebnisverantwortung wahr!
- Fehlt eigenes Qualitätsmanagement des Subunternehmers, dann ist das alleine nur ein Zeichen von **Inkompetenz**. Es indiziert aber noch keine illegale Überlassung. Erst wenn trotz fehlenden Qualitätsmanagements über längere Zeit keine Gewährleistungs- und Haftungsfälle auftreten, dann deutet das auf schlichte Arbeitnehmerüberlassung.

Eigene Ergebnisverantwortung (*das Beste zum Schluss*)

- Haftung für Mängel und Haftung für Nebenpflichtverletzungen..
- **Das ist der optimale Nachweis, weil er aus den schriftlichen Unterlagen von Fremdfirma und Auftraggeber geführt werden kann – schnell, plausibel und nahezu unwiderleglich**

Das ist extrem wichtig!

- BAG v. 30.01.1991, BB 1991, 2375, 2377: *„Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den ArbN ausgewählt und er ihn dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. **Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl der verliehenen ArbN.**“*

Rechtsprechung - Abwicklung von Schadensfällen

so BAG 18.1.2012:

„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, zu dessen Erfüllung sich die F GmbH eines eigenen Personals als Erfüllungsgehilfen iSv. § 278 BGB bediente (vgl. BAG 31. März 1993 - 7 AZR 338/92 - zu II 3 der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 2 = EzA AÜG § 10 Nr. 5).“

Folgend LAG Hessen 9.4.2013 – 8 Sa 1270/12

Nun die Problemzonen...

- Selbst wenn man die Abgrenzungskriterien verstanden hat, muss man sich über mehrere langfristige Problemzonen des legalen Inhouse-Outssourcing Gedanken machen, bevor man es riskiert.
- Es ist IMMER schwieriger zu handhaben, als der Einsatz von Leiharbeitnehmern

Problemzone 1

- Auftraggeber hat (noch) die Kompetenz,
Dienstleister hat sie nicht.... **Ohne Korrektur 100% tödlich....**

Warum?

- Weil die Fremdfirma nicht in der Lage ist, den Personaleinsatz effektiv zu steuern und das Risiko zu tragen.
- Langfristig übernehmen die unteren Führungskräfte des Auftraggebers die Leitung. Das ist manchmal ein schleichender Prozess. Man erkennt ihn daran, dass die Haftungsfälle fehlen (Schadensfälle gibt es natürlich).

Problemzone 2 (=Beratungsfehler!)

Falsche Schwerpunktsetzung bei der Absicherung:

- Tarnkonstruktionen: „eigenes Werkzeug“ gemietet vom Auftraggeber; Halle mieten, Kontaktverbote
- Zu ausführliche Verträge
- Die Tarnung verrät mehr als sie verdeckt

Problemzone 3 (NEU!!!!!!)

- Wenn wir einen echten Werkvertrag haben, dann wird der Werkbesteller vom Werkunternehmer abhängig.....

Ende