

!! Info – Werkvertrag oder (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung? !!

Werkverträge sind unter fairen Bedingungen ein regulärer Weg, um z.B. die Herstellung eines Produktes oder einer Dienstleistung an externe Unternehmen zu vergeben. Werden aber Beschäftigte des Werkvertragsunternehmens im Bestellunternehmen wie die Stammebelegschaft eingesetzt, in die Abläufe im Unternehmen eingegliedert und erhalten sie maßgeblich ihre Arbeitsanweisungen durch Mitarbeiter bzw. Vorgesetzte des Einsatzbetriebs – um Kosten zu sparen -, dann liegt ein klassischer Fall von (verdeckter) Arbeitnehmerüberlassung vor. Zur Abgrenzung nachfolgend eine kleine Hilfe.

Definition Werkvertrag

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Typische Merkmale des Werkvertrages sind:

- Erstellung eines dem Werkunternehmer zurechenbaren **konkreten Werkes /Projektes**
- **Direktionsrecht** gegenüber dem eingesetzten Personal liegt beim **Werkunternehmer**
- **Einsatz eigener Arbeitsmittel** (Werkzeug, Material, Geräte) des Werkunternehmers
- die **Stammarbeiter** und die **Fremdfirmenbeschäftigten** arbeiten **nicht vermischt** (z.B. in Gruppen) zusammen
- **Abrechnung** erfolgt nach **Zeiteinheiten** und ist **projektbezogen**
- Werkunternehmer trägt das **unternehmerische Risiko**, insbesondere muss er für Mängel am bestellten Werk haften, insbes. auch Haftung des Werkunternehmers für Schlechtleistung seiner Erfüllungsgehilfen

Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Die Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung sind in den meisten Punkten denen des Werkvertrages entgegengesetzt:

- keine Herstellung eines bestimmten Werkes / Projektes
- **Eingliederung der Fremdarbeitskräfte** in den betrieblichen Ablauf des **Auftraggebers / Kunden**
- **Weisungsbefugnis des Kunden** oder dessen Repräsentanten ggü. den Fremdarbeitskräften
- **Ausstattung** des Fremdfirmenpersonals mit **Arbeitsmitteln des Auftraggebers**
- **Abrechnung** sämtlicher Arbeiten **auf Stundenlohnbasis** (BGH v. 12.02.2003, Az: 5 StR 165/02)
- **keine Gewährleistungsansprüche** gegenüber dem Auftragnehmer (Verleiher),
- Auftragnehmer muss **nur** für die **fristgerechte Gestaltung von Arbeitnehmern** und **Auswahlverschulden** eintreten

Beispiele Werkvertrag:

Montage von Maschinen (BAG v. 25.06.1986, Az: 5 AZR 507/83); Flämmen von Stahlbrammen (BAG v. 05.03.1991, 1 ABR 39/90); Reinigung von Gebäuden (BAG v. 18.01.1989 Az: 7 ABR 21/88); Programmerstellung (LAG München v. 17.10.1991; Az: 10 Sa 1067/88)

Beispiele Arbeitnehmerüberlassung:

Schlösserarbeiten auf Baustellen (Montagearbeiten) (BAG v. 15.06.1983, Az: 5 AZR 111/81), Ausbein- und Zerlegearbeiten im Schlachthof (BGH v. 25.06.2002, Az: X ZR 83/00), Fertigung von Stahlbaukonstruktionen im Betrieb des Auftraggebers nach dessen Weisungen (BGH v. 21.01.2003, Az: X ZR 261/01)

Merke: Entscheidend ist nicht der Vertragsinhalt, sondern die **tatsächliche Durchführung** des Vertrags im Betrieb! (BAG Urteil v. 24.05.2006, Az: 7 AZR 365/05).

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates des Einsatzbetriebes /des Bestellers

Ob und in welcher Form der Betriebsrat bei Abschluss des Vertrages oder vor dem Einsatz von Fremdpersonal zu beteiligen ist, hängt von der Art des Vertrages (Dienst-/Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassungsvertrag?) und seiner tatsächlichen Durchführung im Betrieb ab.

Die Aufnahme der Tätigkeit von Arbeitnehmern eines Werkunternehmers im Einsatzbetrieb stellt **regelmäßig keine „Einstellung“** gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG dar.

Anders liegt aber der Fall, wenn die Fremdarbeitnehmer aber derart in die **Arbeitsorganisation** des Einsatzbetriebes **eingegliedert** werden, dass dieser die für eine **weisungsgebundene Tätigkeit** typischen Entscheidungen über Zeit und Ort der Tätigkeit und die Art und Weise der Arbeitsleistung trifft (BAG v. 9.7.1991, Az: 1 ABR 45/90; BAG v. 1.12.1992 Az: 1 ABR 30/92).

Für eine **mitbestimmungspflichtige Eingliederung** und damit „Einstellung“ im Betrieb spricht wenn:

- die Fremdarbeitskräfte den **Arbeitsanweisungen** der **Mitarbeiter bzw. Vorgesetzten des Einsatzbetriebes** unterworfen sind,
- einen **konkreten Arbeitsort** vom Betrieb **zugewiesen** bekommt sowie
- **in die Arbeitszeitregelungen**, insbes. Schichtpläne, Rollier-Systeme, Pausenregelung **eingebunden** sind oder
- mit **Material, Werkzeugen, Maschinen** und sonstigen Arbeitsmitteln des **Einsatzbetriebes** arbeiten
- praktisch die **gleichen Arbeiten** verrichten, **wie das Stammpersonal**

Auskunftsrecht: Damit der Betriebsrat prüfen kann, ob ihm Überwachungs- oder Beteiligungsrechte hinsichtlich der Mitarbeiter der Fremdfirmen zustehen, hat der Betriebsrat gem. § 80 Abs. 2 BetrVG ein **Auskunftsrecht** über den **Einsatz von Fremdfirmenpersonal** im Betrieb (BAG v. 31.1.1989 Az: 1 ABR 72/87). Das Recht schließt die **Vorlage der mit dem Fremdunternehmen abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge ein**.

Tip:

Die Verträge enthalten in der Regel nähere Angaben darüber, in welcher Weise die Mitarbeiter der Fremdfirmen Arbeiten übernehmen, vor allem auch darüber, ob und ggf. inwieweit diese in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert und dessen Weisungen unterworfen sind.

Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat zudem nach § 92 Abs. 1, 2 BetrVG über die **Personalplanung** unterrichten. Hierzu zählt auch der Einsatz von Beschäftigten durch Fremdfirmen, wenn sie dauerhaft Aufgaben im Betrieb übernehmen.

Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber **Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und deren Durchführung** machen. Hierzu können auch Vorschläge gehören, im Betrieb anfallende Arbeiten an Stelle von Fremdfirmen durch eigene vorhandene oder neu einzustellende Arbeitnehmer vornehmen zu lassen.

Um fundierte Vorschläge unterbreiten zu können, sind dem Betriebsrat daher geeignete Mittel zur Verfügung zu stellen (z.B. am Werkort geführte Kontrolllisten, BAG 31.01.1989, Az: 1 ABR 72/87).

Der Betriebsrat des Einsatzbetriebes hat zudem ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, soweit sich aus dem Fremdfirmeneinsatz **Rückwirkungen auf die Lage der Arbeitszeit der eigenen Stammbesellschaft** ergeben und daher eine Koordination des Arbeitseinsatzes beider Arbeitnehmergruppen notwendig ist (vgl. LAG Frankfurt 24.10.1989, 5 TaBV GA 155/89)

In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat gemäß § 95 BetrVG die **Aufstellung von Richtlinien** verlangen, die die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen festlegen, die Werkvertragsarbeitnehmer mitbringen müssen, um im Betrieb eingesetzt werden zu können.

Rechtsfolgen einer verdeckten (illegalen) Arbeitnehmerüberlassung

Haben Werkunternehmer und Besteller keinen echten Werkvertrag geschlossen, so liegt eine (verdeckte) **Arbeitnehmerüberlassung** vor. Hat das Unternehmen **keine Verleiherlaubnis**, so hat dies zur Folge, dass sowohl der **Vertrag zwischen Werkunternehmer** und dem **Werkbesteller**, als auch der Vertrag zwischen dem **Werkunternehmer** und dem **Arbeitnehmer** nach § 9 Satz 1 Nr. 1 AÜG **unwirksam** sind.

Wichtig: Weiterhin führt dies nach § 10 Absatz 1 AÜG dazu, dass **zwischen** dem vermeintlichen **Werkbesteller** (Einsatzbetrieb) **und** den **Arbeitnehmern** des vermeintlichen Werkunternehmers ein **Arbeitsvertrag begründet** wird, auf den die beim Werkbesteller üblichen Arbeitsbedingungen Anwendung finden.

§ 10 Abs. 1, 4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

(1) „Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen(...).“

(4)....“Im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Nummer 2 hat der Verleiher dem Leiharbeiter die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.“

Da die Arbeitnehmer auch tatsächlich in den Betrieb des Einsatzbetriebes eingegliedert werden, liegt eine **„Einstellung“** im Sinne des § 99 BetrVG vor! Diese löst die entsprechenden Beteiligungsrechte des Betriebsrates aus (§ 14 Abs. 3 AÜG i.V.m. § 99 BetrVG).

Das **Beteiligungsrecht** des Betriebsrates des Entleiherbetriebes / Einsatzbetriebes besteht sowohl für die **Frage, ob Zeitarbeiter eingestellt werden** sollen, als auch für ihre **Auswahl**, falls diese dem Entleiher möglich ist, sowie bei **Verlängerung der Überlassung** und **Austausch der Zeitarbeiter**.

Die **Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers / Entleihers** erstreckt sich insoweit auf: die **Anzahl** der Zeitarbeiter, deren **Qualifikation**, den **Einstellungstermin**, die **Einsatzdauer**, die **vorgesehenen Arbeitsplätze**, die **vorgesehene Tätigkeit** und die **Arbeitszeit** und **Auswirkungen** auf die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer.

Außerdem ist dem Betriebsrat der **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** zwischen Ent- und Verleiher auszuhändigen (§ 12 AÜG) sowie die schriftl. Erklärung des Verleihers über die **Erlaubnis nach § 1 AÜG** vorzulegen.

In Falle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wird die Beteiligung des Betriebsrates regelmäßig unterblieben sein (§ 14 Abs. 3 AÜG i.V.m. § 99 BetrVG).

Wurde der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß beteiligt, kann er beim Arbeitsgericht beantragen, die **Beschäftigung der Fremdarbeitnehmer, sprich der Zeitarbeiter aufzuheben** (§ 101 BetrVG), bzw. seine **Zustimmung zur Einstellung** wegen Verstoßes gegen das AÜG (keine Verleiherlaubnis) **verweigern** (§ 99 BetrVG).