

Professor Dr. Martin Franzen

Fremdfirmeneinsatz im Unternehmen

Vortrag auf dem Würzburger Forum Arbeitsrecht am 4. Juli 2013





- I. Abgrenzung von Leiharbeit und sonstigen Formen des Drittpersonaleinsatzes**
- II. Rechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb**
- III. Rechtliche Stellung der „Werkvertragsarbeitnehmer“ im Einsatzbetrieb**



I. Abgrenzung von Leiharbeit und sonstigem Drittpersonaleinsatz

1. Die grundlegende Weichenstellung: Arbeitnehmerüberlassung oder Drittpersonaleinsatz aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags?

Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit) liegt vor, wenn dem Inhaber des Einsatzbetriebs „Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisung und in dessen Interesse ausführen.“ (BAG)

Externe Werkunternehmer oder Dienstleister schulden nicht die Bereitstellung von Arbeitskräften, sondern die Erbringung der vereinbarten Dienst- oder Werkleistung in eigener Verantwortung.



2. Die einzelnen Abgrenzungskriterien

Maßgeblich: tatsächliche Durchführung des Vertrags

Für das Vorliegen eines Werk- oder Dienstvertrags sprechen folgende Umstände:

- Vereinbarung einer konkreten Leistung, die der Auftragnehmer zu erfüllen hat – je unbestimmter die Leistung beschrieben ist, desto eher ist von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen;
- eigenverantwortliche Organisation und Abwicklung des Werks durch den externen Dienstleister, beispielsweise die eigene Dispositionsbefugnis über das mit der Erfüllung des Dienstleistungsauftrags einzusetzende Personal;



- keine Eingliederung der Arbeitnehmer des Auftragnehmers in die Arbeitsabläufe und Produktionsprozesse des Unternehmens des Auftraggebers;
- kein Weisungsrecht des Auftraggebers gegenüber den Arbeitnehmern des Auftragnehmers – eine unter Umständen erforderliche Ersteinweisung durch Arbeitnehmer des Auftraggebers ist hierfür allerdings unschädlich;
- Unternehmerrisiko des Auftragnehmers hinsichtlich der vereinbarten Leistung – insbesondere Vereinbarungen über Haftung, Mängelgewährleistung etc.;



- Vergütung des Auftragnehmers wird ergebnisbezogen im Hinblick auf die Werk- oder Dienstleistung ausgestaltet.

Irrelevant:

- Dauer der Tätigkeit im Einsatzbetrieb
- Umstand, dass die Dienstleistung in gleicher oder ähnlicher Weise auch von eigenen Arbeitnehmern erbracht wird oder in der Vergangenheit erbracht wurde.



3. Gesamtschau anhand der „typologischen“ Methode

Vielzahl denkbarer Kriterien

Kein Kriterium stellt eine hinreichende oder notwendige Bedingung dar.

Fehlen eines Merkmals kann durch das starke Gewicht eines anderen Merkmals kompensiert werden.

=> Wertungsspielräume, um ein hohes Maß von Gerechtigkeit im Einzelfall zu erreichen.



4. Ein Blick auf das Recht der Europäischen Union

Leiharbeitsrichtlinie (Art. 3 Abs. 1 lit. c. RL 2008/104/EG):

Leiharbeitnehmer schließt einen Arbeitsvertrag mit einem überlassenden Unternehmen, um bei dem entleihenden Unternehmen **„unter dessen Aufsicht und Leitung“** (englisch: „under its supervision and direction“; französisch: „sous le controle et la direction“) vorübergehend zu arbeiten.



5. Ausländische Regelungen, insbesondere Österreich

§ 4 österreichisches AÜG

Beurteilungsmaßstab

(1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.



(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.



6. Rechtsfolgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (sogenannte Scheinwerkverträge)

Bei fehlender Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung entsteht ein Arbeitsvertrag des überlassenen Arbeitnehmers mit dem Inhaber des Einsatzbetriebs (§ 10 Abs. 1 AÜG)



II. Rechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb

1. Statusbezogen

Tendenz zur Annäherung an die „Stammebelegschaft“:

a) Arbeitsbedingungen

- Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG)
- Tarifverträge über Branchenzuschläge
- Zugangsrechte der Leiharbeitnehmer (§ 13b AÜG)
- Wahlrecht zum Betriebsrat des Einsatzbetriebs (§ 7 S. 2 BetrVG)
- Rechte der Leiharbeitnehmer nach § 14 Abs. 2 AÜG



b) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb

Grundlegende Abgrenzung:

Vertragsbezogene Angelegenheiten: Betriebsrat beim Verleiher

Organisationsbezogene Angelegenheiten: Betriebsrat beim Entleiher

⇒ Betriebsrat beim Entleiher ist zuständig für:

- Einstellung nach § 99 BetrVG (§ 14 Abs. 3 AÜG)
- Ordnung des Betriebs (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)
- Lage und vorübergehende Änderung der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG)
- Arbeitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, §§ 11 Abs. 6 AÜG, § 12 Abs. 2 ArbSchG)



2. Organisationsbezogen

a) Schwellenwerte nach BetrVG und KSchG

- Frühere Rechtsprechung des BAG:
„Leiharbeitnehmer wählen zwar nach § 7 S. 2 BetrVG, aber zählen nicht.“
- Seit Ende 2011: Leiharbeitnehmer zählen!!
 - § 111 BetrVG (BAG 18. 10. 2011 NZA 2012, 221)
 - § 9 BetrVG (BAG 13. 3. 2013 – 7 ABR 69/11)
 - § 23 KSchG (BAG 24. 1. 2013 – 2 AZR 140/12)



b) Arbeitnehmerüberlassung nur „vorübergehend“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG)

Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“

- geht zurück auf RL 2008/104/EG
- nach Gesetzesbegründung lediglich klarstellende Bedeutung
- nach z. T. vertretener Auffassung: „Vorübergehend“ schließe den Einsatz von Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen aus.
- Gegenbegriff: „dauerhaft“ oder „länger dauernd“?



Rechtsfolgen bei „Dauerüberlassung“

- *Thüsing/Stiebert*: Dauerüberlassung liegt außerhalb der RL 2008/104/EG und des AÜG
- Eintritt der Fiktionswirkung des § 10 AÜG?
- § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG?
- M. E.: AÜG und RL 2008/104/EG sind anwendbar, aber keine Fiktionswirkung des § 10 AÜG und kein Fall des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG



III. „Werkvertragsarbeitnehmer“ im Einsatzbetrieb

1. Geltendes Recht

BAG 27. 1. 2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556:

Der Arbeitgeber musste aufgrund eines mit seinem Kunden (= Einsatzbetrieb) geschlossenen Werkvertrags einen 24-Stunden-Service für Störfälle von Kommunikationsanlagen sicherstellen. Im Einsatzbetrieb gab es ein biometrisches Zugangskontrollsystem mit Hilfe von sogenannten Personenvereinzelnungsanlagen (Personalschleusen). Alle zugangsberechtigten Personen dieses Betriebs mussten zur Identifizierung ihre Fingerabdrücke hinterlegt haben. Mit diesen wurden die Fingerabdrücke der Zugang begehrenden Personen verglichen. Falls die Identifizierung erfolgt war, öffnete sich die Innentüre der Schleuse. Das Verlassen des Gebäudes erfolgt in gleicher Weise. Diese Prozedur wurde auch von den Mitarbeitern des Arbeitgebers – hier des externen Dienstleisters – verlangt.



BAG 27. 1. 2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556:

„Ein im Kundenbetrieb (nach hier verwendeter Terminologie Einsatzbetrieb) errichteter Betriebsrat kann die Interessen der auf Grund von Werkverträgen dort tätigen Arbeitnehmer regelmäßig nicht wahrnehmen. Er besitzt dort für diese Arbeitnehmer weder ein Mandat noch kann er mit deren Vertragsarbeitgeber verhandeln. Diese haben im Übrigen auch keine rechtliche Möglichkeit, die Errichtung eines im Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) fehlenden Betriebsrats herbeizuführen“.

=> Keine Eingliederung der „Werkvertragsarbeitnehmer“ in den Einsatzbetrieb!



- Grundsätzlich keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs im Hinblick auf den Einsatz von „Werkvertragsarbeitnehmer“
 - Ausnahme: Maßnahme verantwortet Inhaber des Einsatzbetriebs
- ⇒ Informationsrechte nach § 80 Abs. 2, § 92 Abs. 2, § 92a und §§ 111 BetrVG;
- ⇒ Gegebenenfalls wegen § 8 Abs. 1 ArbSchG zwingende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs im Bereich des Arbeitsschutzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 7, § 89 BetrVG).
- ⇒ Kein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG mangels Einstellung (so ständige Rechtsprechung des BAG)!



2. Rechtspolitische Vorschläge

- Gesetzliche Festschreibung der Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz auf der Basis von Werk- oder Dienstverträgen sowie die Aufstellung einer Vermutungsregel zugunsten der Arbeitnehmerüberlassung
- Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei der Fremdvergabe betrieblicher Aufgaben und beim Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern nach dem Vorbild des § 99 BetrVG



a) Gesetzliche Normierung von Kriterien zur Abgrenzung von Leiharbeit und Personaleinsatz auf der Basis von Werk- bzw. Dienstvertrag

aa) Normierung bislang in der Rechtsprechung anerkannter Kriterien

Nachteile:

Gesetzliche Festlegung gefährdet die nach der Rechtsprechung notwendige Gesamtschau.

Problem in der Praxis mehr die Anwendung der Kriterien auf den Einzelfall.



bb) Normierung weiterer Kriterien

Bisher verwendete Abgrenzungskriterien sind sachgerecht und führen zur Grundfrage: Wer ist Inhaber des Weisungsrechts und steuert den Personaleinsatz?

Zentrales Zuordnungskriterium für das gesamte Arbeitsrecht: Arbeitnehmerbegriff, Begriff des Arbeitgebers, des Betriebs und des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen (§ 1 Abs. 2 BetrVG)



b) Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs bei der Fremdvergabe von Tätigkeiten

Der Sache nach: Wirtschaftliche Angelegenheit nach §§ 111 ff. BetrVG

Bei wirtschaftlichen Angelegenheiten kann der Betriebsrat die eigentliche unternehmerische Entscheidung als solche nicht verhindern, sondern lediglich im Verhandlungswege mitgestalten (§ 111 BetrVG).



=> **Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Fremdvergabe von Tätigkeiten wäre systemwidrig und würde die unternehmerische Entscheidungsfreiheit übermäßig beschränken.**



IV. Zusammenfassung

1. Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz aufgrund Werk- oder Dienstvertrag grenzt die Rechtsprechung des BAG danach ab, welchem Arbeitgeber das arbeitsbezogene Weisungsrecht für den jeweiligen Personaleinsatz zusteht. Verbleibt das Weisungsrecht beim externen Dienstleistungsunternehmen und geht nicht auf den Inhaber des Einsatzbetriebs über, handelt es sich nicht um Arbeitnehmerüberlassung. Maßgeblich ist dabei eine Gesamtschau zahlreicher Einzelkriterien.



2. Hinsichtlich der Leiharbeitnehmer ist eine Tendenz zu beobachten, die Rechtsstellung dieser Arbeitnehmer derjenigen der Stammebelegschaft anzunähern. Dem dient der Gleichbehandlungsgrundsatz des AÜG, der aber durch Tarifvertrag durchbrochen werden kann, ebenso wie die partielle Zuständigkeit des Betriebsrats des Einsatzbetriebs für solche Arbeitnehmer. Gleichzeitig wird die Stammebelegschaft vor „Erosion“ geschützt, indem die Leiharbeitnehmer bei der Frage der Anwendung arbeitsrechtlicher Regelungen zur Organisation des Einsatzbetriebs gezählt werden.



3. Eine solche Tendenz der Annäherung an die Stammebelegschaft wäre bei „Werkvertragsarbeitnehmern“ systemwidrig. Sie gehören mangels Eingliederung in den Einsatzbetrieb diesem nicht an. Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs ist für solche Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zuständig und nicht legitimiert.



4. In der Diskussion befinden sich im wesentlichen zwei Vorschläge für gesetzliche Regelungen: Aufstellung eines Kriterienkatalogs für die Abgrenzung von Zeitarbeit und Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Dienst- oder Werkvertrag; Einführung eines Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Fremdvergabe betrieblicher Tätigkeiten. Die Vorschläge sind teilweise überflüssig, nicht sachgerecht und führen zu schwerwiegenden Wertungswidersprüchen im gesetzlichen System der Arbeitsbeziehungen und des BetrVG. Überdies wird hierdurch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und damit das Grundrecht des Inhabers des Einsatzbetriebs aus Art. 12 GG übermäßig beeinträchtigt.

Vielen Dank für Ihre Geduld

Bei Rückfragen und Anregungen:

Lehrstuhl.franzen@jura.uni-muenchen.de