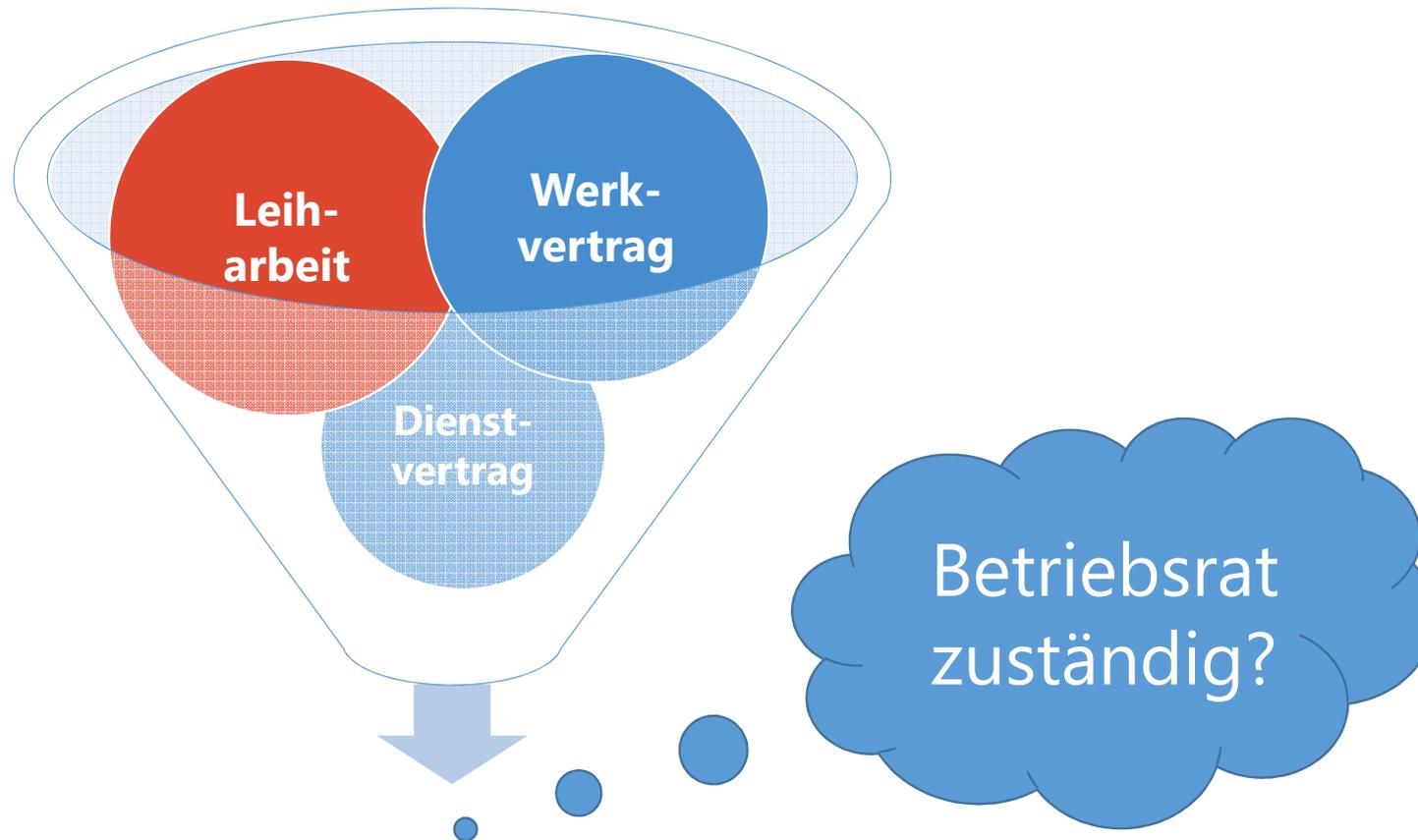


Die Abgrenzung von Werkvertrag | Dienstvertrag | Leiharbeit

Rechtsanwältin Sandra Rostek, Halle Westf.
www.ra-rostek.com | info@ra-rostek.com

Formen des Fremdpersonaleinsatzes



BR zuständig???

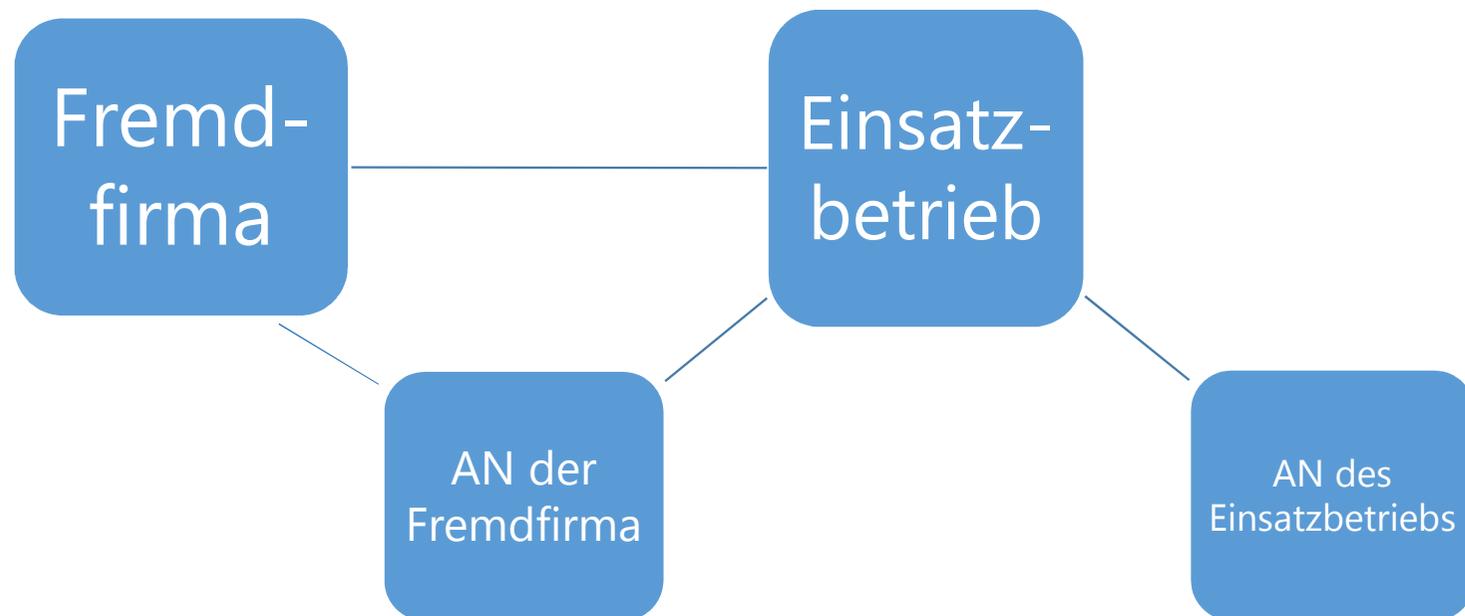
1. Zur Beantwortung dieser Frage, ist eine **Abgrenzung** zwischen den verschiedenen **Arten des Fremdpersonaleinsatzes** notwendig!
2. Erst wenn man die konkreten Erscheinungsformen treffsicher auseinanderhalten kann, kann man auch die **betriebsverfassungsrechtlichen Konsequenzen** beurteilen und weiß, wohin der Weg führt!



BR zuständig???

Problem: **Abgrenzung**

Grund: Ausgangssituation sieht auf den ersten Blick gleich aus.



BR zuständig???

Ziel dieses Vortrags:

Sie in die Lage zu versetzen,
echte Leiharbeit zu erkennen!

= Grundlage für AG und
Betriebsrat





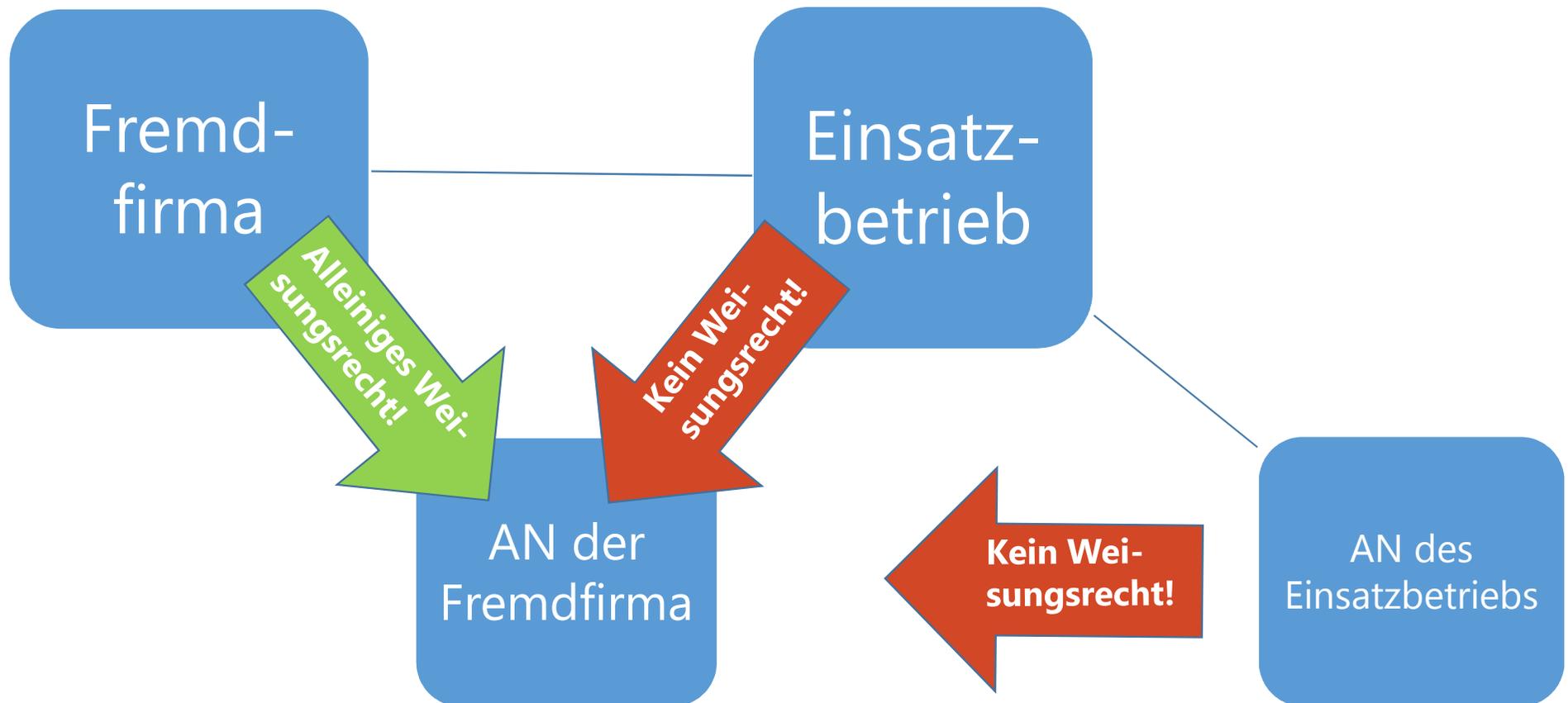
Einsatz im Rahmen von Werkverträgen

Personaleinsatz im Rahmen von Werkverträgen

Werkvertrag :

- ✓ Vertragliche Vereinbarung eines **konkret definierten Werks** (= Erfolgs/Arbeitsergebnisses) zwischen AG (= Fremdfirma/ Werkunternehmer) u. Einsatzbetrieb
- ✓ Am Ende steht ein **abnahmefähiger messbarer Erfolg** - diesen herzustellen, ist Sache des Werkunternehmers (= AG/Fremdfirma), der sich hierzu seiner AN bedient.
- ✓ **Weisungen ggü. dem AN erteilt nur der AG** (= Fremdfirma)
- ✓ Im Falle der Schlechtleistung ist der Werkunternehmer (=AG) **gewährleistungspflichtig!**

Werkvertrag





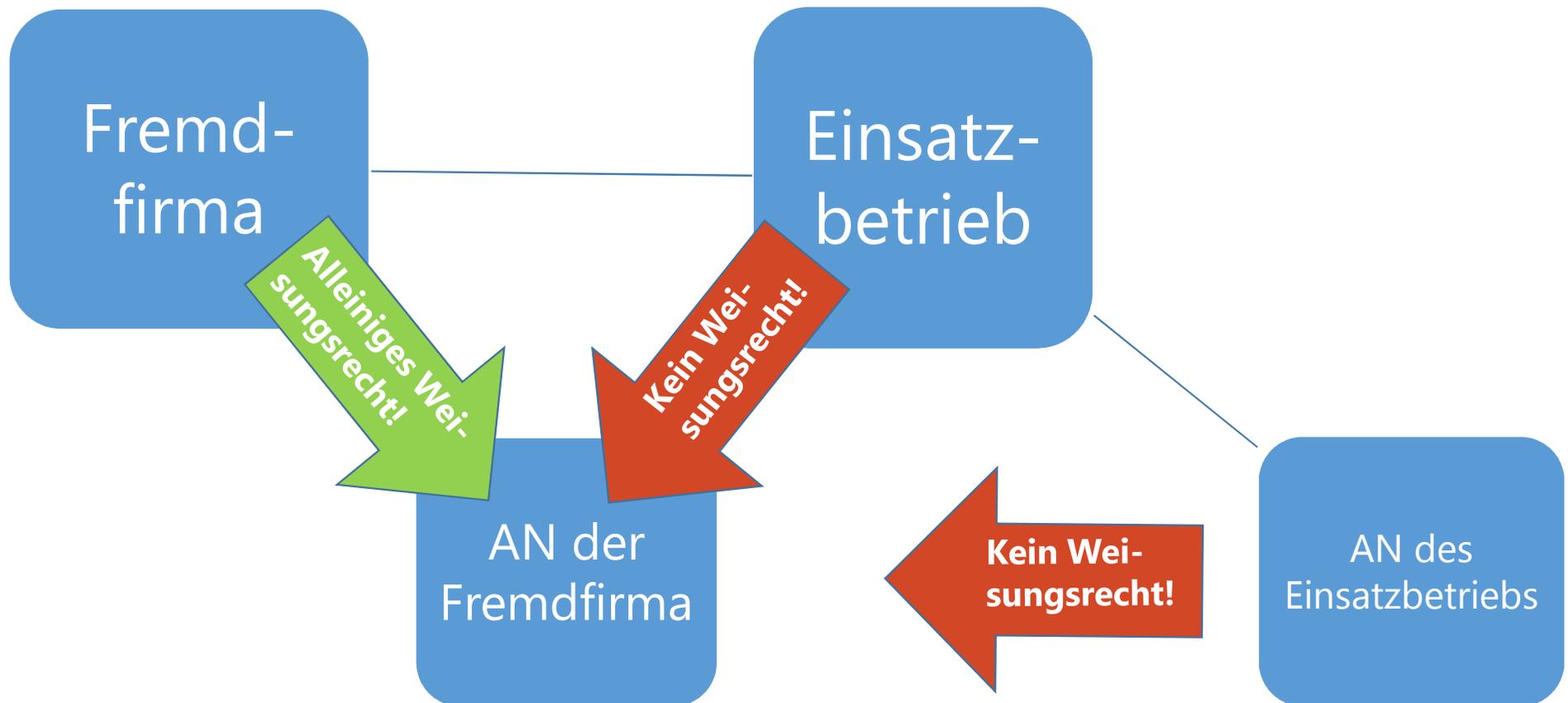
Einsatz im Rahmen von Dienstverträgen

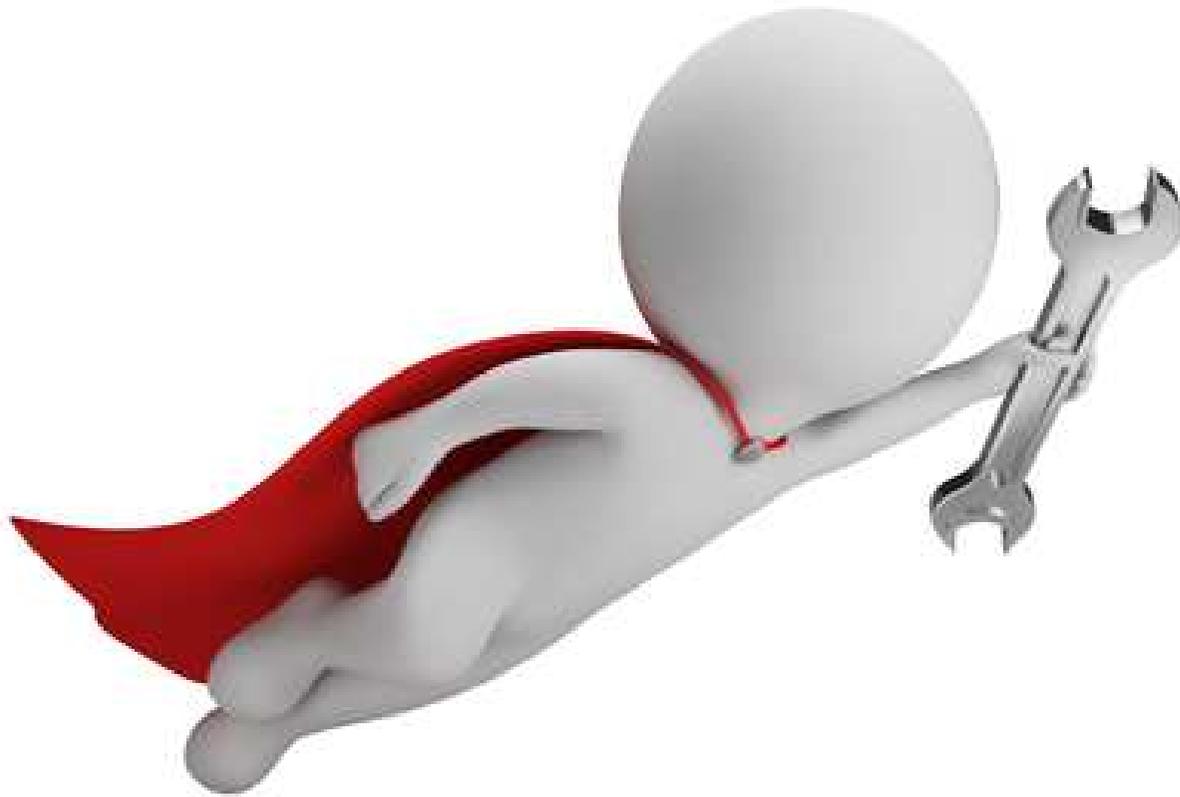
Personaleinsatz im Rahmen von Dienstverträgen

Dienstvertrag:

- ✓ Vertragliche Vereinbarung zwischen AG (= Fremdfirma/Dienstleister) und Einsatzfirma, die den AG zur **Leistung von bloßen Diensten** (= Arbeitsleistung ohne Erfolgspflicht) verpflichtet.
- ✓ Am Ende steht nur die **Arbeitsleistung** (ob sie „erfolgreich“ war und zu welchem **Arbeitsergebnis** sie geführt hat, ist **egal!**) – sie zu erbringen, ist Sache des Dienstleisters, der sich hierzu seiner AN bedient.
- ✓ **Weisungen ggü. dem AN erteilt nur der AG** (= Fremdfirma)
- ✓ Fällt die Leistung nicht zur Zufriedenheit aus, ist der Dienstleister (= AG) **nicht zur Gewährleistung verpflichtet!**

Dienstvertrag





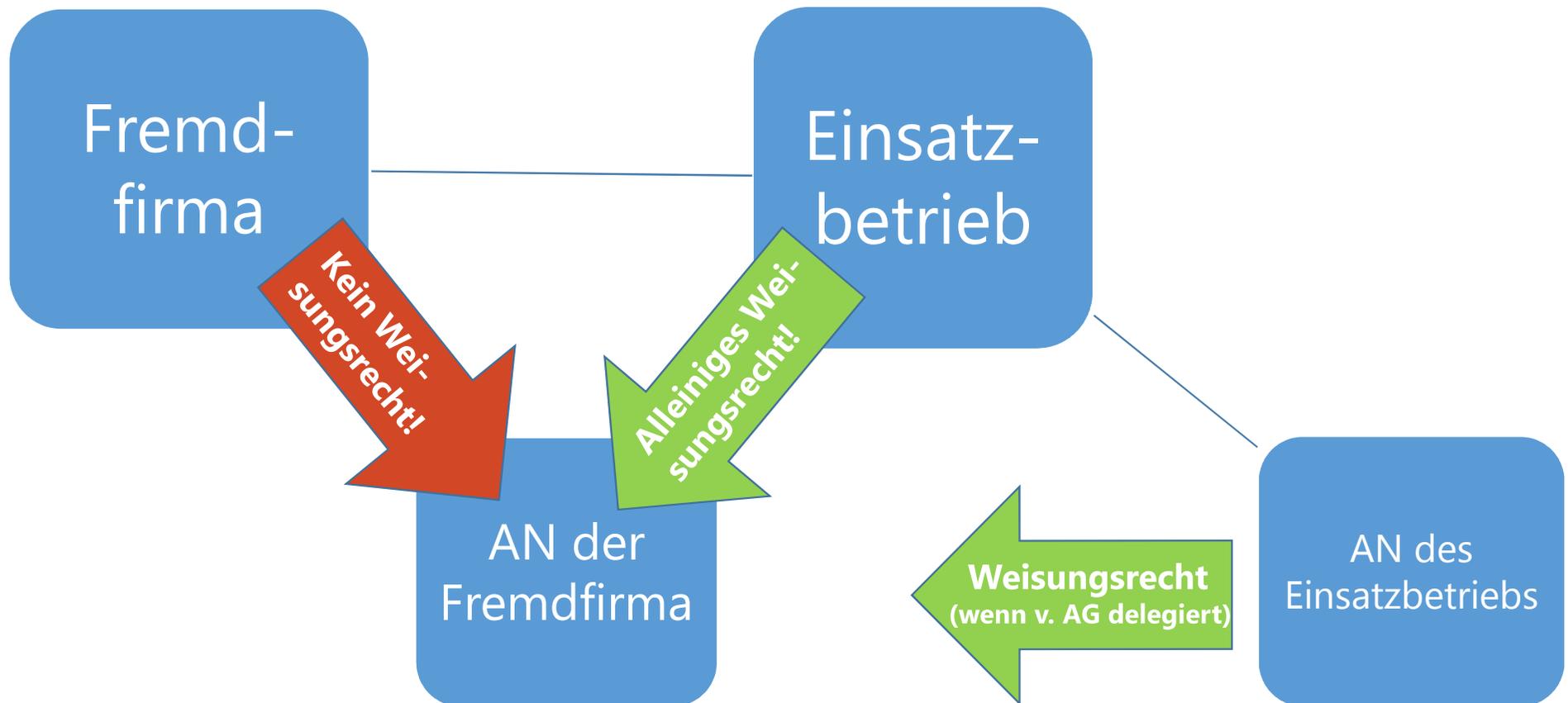
Einsatz im Rahmen von Leiharbeit/ANÜ

Personaleinsatz im Rahmen von Leiharbeit/ANÜ

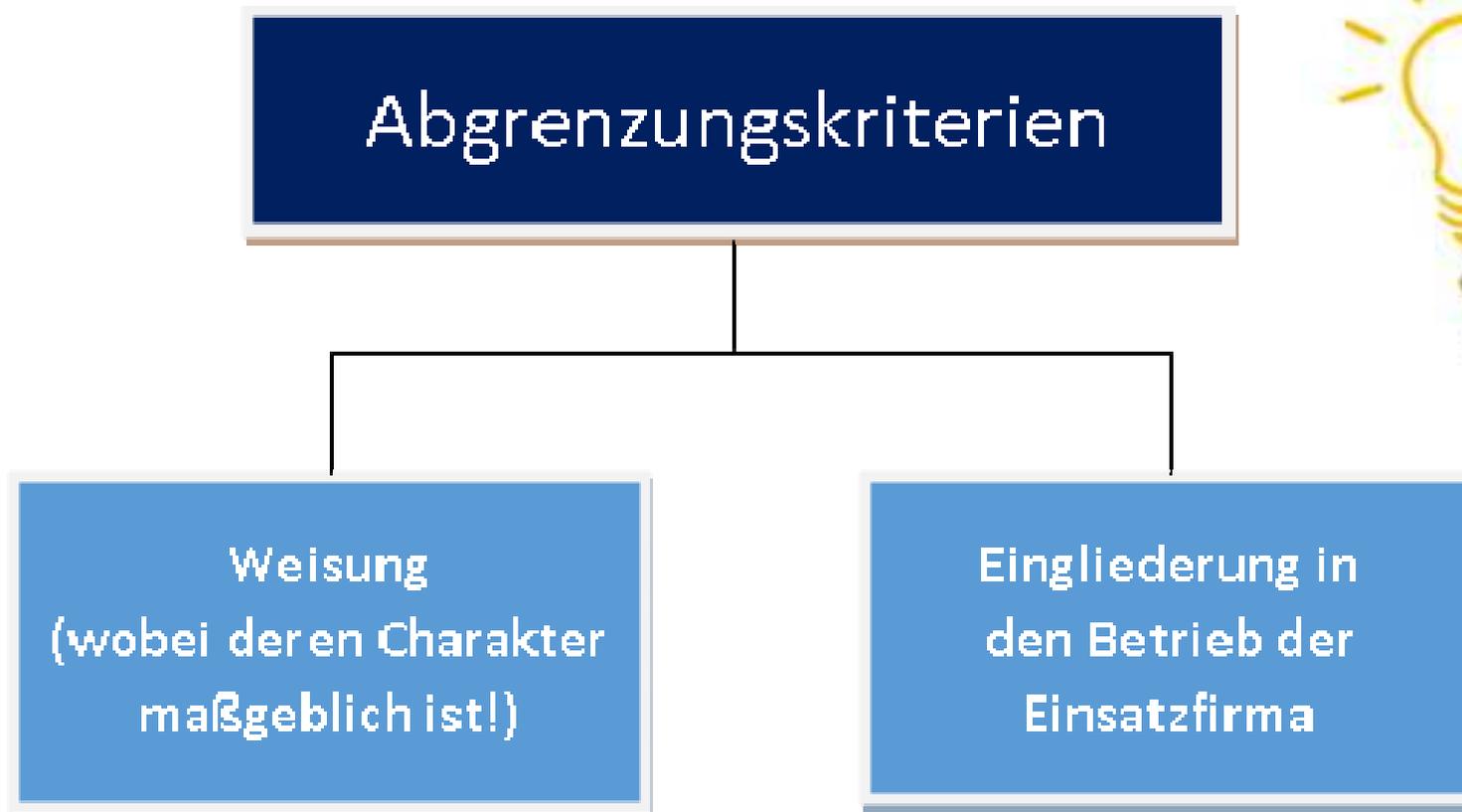
Wesen der Leiharbeit/ANÜ:

- ✓ Vertragliche Vereinbarung zwischen Verleiher (= AG/Fremdfirma) und dem Einsatzbetrieb (= Entleiher) über das zur Verfügungstellen von **Arbeitskräften**,
- ✓ die **in den Betrieb des Entleihers eingegliedert** werden und
- ✓ ihre Arbeit **allein nach den Weisungen des Entleihers ausführen**. (Ob der Entleiher die AN des Verleihers wiederum im Rahmen eigener Werk-/Dienstverträge einsetzt oder ausschließlich im eigenen Unternehmen beschäftigt, ist egal.)
- ✓ **Verleiher haftet grds. nicht für Schlechtleistung** seiner Arbeitnehmer (Ausn.: bei eigenem Auswahlverschulden)

Leiharbeit/ANÜ



MERKE (1):



Abgrenzungsmerkmal: Weisung
Auf den Inhalt kommt es an!

1. Arbeitsrechtliche Weisungen (stehen nur dem AG zu!)

§ 106 Gewerbeordnung (GewO)

„Der **Arbeitgeber** kann **Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung** nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Dies gilt auch hinsichtlich der **Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb**. (...)“

Delegierung auf nächste betriebl. Hierarchieebenen möglich und zulässig!



1. Arbeitsrechtliche Weisungen (stehen nur dem AG zu!)

Steuerung von...

- **Inhalt:** Art/Umfang der Tätigkeit, Ablauf, Verfahren, Vorgehensweise, einzusetze Mittel ...
- **Ort:** wo
- **Zeit:** Beginn/Ende/Dauer der Tätigkeit, Pausenzeiten, Häufigkeit d. Einsatzes, Schichtenteilung...
- **Ordnung/Verhalten im Betrieb:** Rauchverbot, Anlegung von Schutz-/Dienstkleidung, Kontrollmaßnahmen (Torkontrollen, Werksausweis), äußeres Erscheinungsbild (keine Piercings im Gesicht bei der Arbeit), Alkoholverbot, Regeln zur Internet-/Telefonnutzung im Betrieb...



2. Sonderfall: Ausführungsanweisungen beim Werkvertrag

Zulässig sind:

- ✓ Werkvertragliche Anweisung der Einsatzfirma (immer: **sachbezogen und ergebnisorientiert!**)
- ✓ Weisungen, die sich **auf die zu erbringende Werkleistung begrenzen** und dem **Werkunternehmer (=AG/Fremdfirma)** das **fachliche Weisungsrecht** gegenüber seinen Arbeitnehmern nicht nehmen (§ 645 BGB).

Beispiel:

Spitzdach statt Flachdach, wobei der Werkunternehmer (neben dem Inhalt von § 106 GewO auch) über die fachliche Umsetzung (z. B. über das Fertigungsverfahren) entscheidet.



Abgrenzungsmerkmal:
Betriebliche Eingliederung

Betriebliche Eingliederung

Indizien für betriebl. Eingliederung des AN in den Betrieb der Einsatzfirma:

- ✓ **Arbeitsteiliges Zusammenwirken** mit den Mitarbeitern der Einsatzfirma
- ✓ **Räumliche Einbindung**
(insbes. bei Fehlen einer zwingenden Notwendigkeit für die Ausführung der Arbeit in den Betriebsräumen der Einsatzfirma!)
- ✓ **Arbeitsmaterialien/-geräte stellt die Einsatzfirma**
- ✓ **Kein gestaltender Einfluss der Fremdfirma auf die Organisation des Betriebsablaufs** in der Einsatzfirma



MERKE (2):

1. Auf die **tatsächliche Durchführung** kommt es an!
2. **Gesamtschau** aller Umstände des Einzelfalls maßgeblich!



Beispiel: **Der AG (= Fremdfirma) vereinbart mit dem Einsatzbetrieb die Erledigung einer konkreten Aufgabe (z. B. tägl. Reinigung von 400 Krankenzimmern von Mo-Fr + 4 OP-Räumen von Mo-Sa und am So bei Bedarf) und schickt hierzu sein Personal zum Einsatzbetrieb.**

Werkvertrag

- Der **AG** (= Fremdfirma) **organisiert die Erfüllung** dieser Aufgabe selbst. Er entscheidet, wie er die Aufgabe personell u. fachlich umsetzt (z. B. welche Reinigungsmittel verwendet werden, wie diese anzuwenden sind etc.).
- Zur Überwachung seiner AN und des Arbeitsergebnisses schickt er einen **eigenen Vorarbeiter** mit in den Einsatzbetrieb, der auch bei Fragen seiner AN verfügbar ist.
- Der Einsatzbetrieb gibt nur vor, dass am Ende gewisse Bereiche (OP) steril sein müssen (**fachl. Anforderung**). Über die Umsetzung entscheidet der AG (= Fremdfirma).
- Ist der Einsatzbetrieb mit Arbeitsergebnis/-durchführung unzufrieden oder stört ihn das Verhalten d. AN, **klärt er das mit dem AG** (= Fremdfirma) oder seinem Vorarbeiter, **der sich wiederum an den AN wendet**.
- Der **AG legt fest**, dass seine Mitarbeiter im Einsatzbetrieb immer dunkelblaue Oberbekleidung, weiße Hosen und Schuhe mit Gummisohle zu tragen haben und keine Arbeitsteilung mit Krankenhauspersonal stattfindet.

Leiharbeit/ANÜ

- Der AG (= Fremdfirma) schickt zwar seine AN zum Einsatzbetrieb und stellt außerdem auch Arbeitsgerät/Reinigungsmittel.
- Allerdings werden die **AN** der Fremdfirma **direkt vom Einsatzbetrieb (bzw. dessen Personal) geführt u. gesteuert**, indem z. B. die Verteilung der AN auf die einzelnen Stationen geregelt wird, Anweisung erteilt wird, zuerst Station A und danach Station B zu reinigen, das Verhalten der AN beim Eintritt in die Krankenzimmer, bei Besuch in Krankenzimmern etc. vorgegeben, dem AN gesagt wird, warum man mit ihm unzufrieden ist und wie er seine Arbeit/sein Auftreten ggü. Patienten/Besuchern/Krankenhauspersonal verbessern ändern soll, Überstunden angeordnet werden...
- Außerdem ist es der **Einsatzbetrieb**, der das Tragen von blauer Oberbekleidung, weißen Hosen und Schuhen mit Gummisohle anordnet.

Leiharbeit in der Betriebsverfassung

Kleines Nachschlagewerk zum Selbststudium

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Entleiher-BR)

- **Jeder** noch so kurze (tatsächliche) **Einsatz eines Leih-AN im Entleiherbetrieb ist eine Einstellung** im Entleiherbetrieb und bedarf der Mitbestimmung durch den Entleiher-BR (§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG)
- Entleiher-BR hat **Recht auf Einsicht in Verleihvertrag und ANÜ-Erlaubnis** (Grund: Die Informationspflicht des Verleihers nach § 12 Abs. 2 Satz 2 AÜG wäre sinnlos, wenn der BR bei fehlender/ungültiger Erlaubnis nicht seine Zustimmung zur Einstellung verweigern könnte. Das aber setzt seine Kenntnis vom schriftlichen Vertragsinhalt u. der Erlaubnis voraus)
- Der Entleiher-BR kann vor der Einstellung des Leih-AN die **Ausschreibung des zur Besetzung durch den Leih-AN vorgesehenen Arbeitsplatz im Entleiherbetrieb** (das folgt aus § 93 BetrVG).

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Entleiher-BR)

- Dem Entleiher-BR sind vor der Einstellung des Leih-AN im Entleiherbetrieb der **Name des Leih-AN**, die **Dauer seines Ein-satzes** und der **zeitliche Umfang seiner Beschäftigung** (wie oft und wie lange) im Entleiherbetrieb mitzuteilen, und zwar vom Entleiherbetrieb!
- Die **Zustimmungsverweigerungsfrist aus § 99 Abs. 3 BetrVG** beginnt nicht vor hinreichender Unterrichtung des Entleiher-BR über die konkreten Einsatzzeiten zu laufen.
- Für § 99 Abs. 1 BetrVG **reicht es nicht aus**, wenn der Entleiher-BR **nur 1x im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Leih-AN-Pools beteiligt** wird und die nachfolgenden Einzeleinsätze dann ohne Beteiligung des BR ablaufen!

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Entleiher-BR)

- Sollen Stammarbeitsplätze des Entleiherbetriebs durch Leih-AN **dauerhaft ersetzt werden**, kann der Entleiher-BR die Zustimmung zur Einstellung des Leih-AN verweigern (§ 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG i.V.m. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG).

(Das gilt auch, wenn der Leih-AN schon befristet beschäftigt wurde und der Entleiher-BR nun um Zustimmung zur erneuten befristeten Beschäftigung gebeten wird und der Entleiher-BR der begründeten Ansicht ist, es handelt sich um eine Daueraufgabe!)

- Im Rahmen der ANÜ sieht das Gesetz keine Abrufarbeitsverhältnisse vor, bei denen die Leih-AN vom Verleiher nur bezahlt werden, wenn sie auch tatsächlich beim Entleiher eingesetzt werden (das ist mit § 1 Abs. 2 AÜG unvereinbar!). **Recht des Entleiher-BR:** Zustimmung zur Einstellung eines solchen Leih-AN verweigern (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG i.V. m. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG und § 1 Abs. 2 AÜG).

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Entleiher-BR)

- Die **Übernahme eines Leih-AN in die Stammbesellschaft des Entleiherbetriebs** ist eine erneute Einstellung und bedarf der Mitbestimmung durch den Entleiher-BR (§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG).
- Der Entleiher hat **vor der Übernahme eines Leih-AN in die Stammbesellschaft zu prüfen, ob der freie Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann** (§ 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Verletzt der Entleiher diese Prüfpflicht, kann der Entleiher-BR seine Zustimmung zur Einstellung des Leih-AN verweigern (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX).

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Entleiher-BR)

- **Leih-AN** haben das Recht, die **Sprechstunden des Entleiher-BR** aufzusuchen und **an Betriebsversammlungen des Entleiherbetriebs teilzunehmen** (§ 14 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 AÜG).

In dieser Zeit hat der Entleiher den Leih-AN **von seiner Arbeitspflicht freizustellen**. Über die Einhaltung der Freistellungspflicht hat der Entleiher-BR zu wachen (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 AÜG).

Hinweis: Der Verleiher hat die Leih-AN für die Zeit der Freistellung weiter zu entlohnen; dies zu überwachen, ist Aufgabe des Verleiher-BR.

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Entleiher-BR)

- Nach neuerer Rechtsprechung **zählen die im Einsatzbetrieb beschäftigten Leih-AN bei den für die Größe des Entleiher-BR maßgeblichen Schwellenwerten mit** (BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 69/11).
- Leih-AN sind **im Entleiherbetrieb wahlberechtigt**, wenn sie **länger als 3 Monate im Entleiherbetrieb eingesetzt** sind (§ 7 Satz 2 BetrVG).
- Aber: Leih-AN sind **im Entleihbetrieb nicht wählbar** (§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG).

Leiharbeit in der Betriebsverfassung (Verleiher-BR)

- Soll ein Leih-AN in einen **Entleiherbetrieb** überlassen werden, in dem **andere Arbeitszeiten als beim Verleiherbetrieb** herrschen, bedarf die Überlassung der Mitbestimmung durch den Verleiher-BR (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG).
- **Ordnet der Entleiher** gegenüber dem Leih-AN **Mehrarbeit an**, bedarf dies (auch) der Mitbestimmung durch den Verleiher-BR (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG).

Sandra Rostek

Rechtsanwältin · Fachanwältin für Steuerrecht
Schwerpunkte: Arbeitsrecht · Handels-/Gesellschaftsrecht · Steuerrecht

Grenzweg 18 · 33790 Halle (Westf.)
T: 05201 – 73 48 362 | F: 05201 – 66 39 996
info@ra-rostek.com | www.ra-rostek.com



Fotonachweis (chronologisch):

- ✓ [3D Man Direction Sign](#) © Spencer - Fotolia.com
- ✓ [3D Man mentor](#) © Spencer - Fotolia.com
- ✓ [3d small people with a brush and a bucket of paint](#) © Anatoly Maslennikov - Fotolia.com
- ✓ [Männchen mit Bleistift](#) © fotomek - Fotolia.com
- ✓ [3d small people - super mechanic](#) © Anatoly Maslennikov - Fotolia.com
- ✓ [Light bulb](#) © coramax - Fotolia.com
- ✓ [ankündigung megaphone](#) © fotomek - Fotolia.com
- ✓ [3D people build a house](#) © newb1 - Fotolia.com
- ✓ [3d small people - team mechanism](#) © Anatoly Maslennikov - Fotolia.com
- ✓ [3d cute people - job search](#) © aey - Fotolia.com
- ✓ [handset](#) © lucadp - Fotolia.com
- ✓ [3d Männchen Info](#) © fotomek - Fotolia.com

