

Werkverträge, Outsourcing, (verdeckte) Leiharbeit und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates

Damiano Valgolio, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Berlin, 19. September 2017

Handlungsmöglichkeiten des BR

- **Initiativrecht bei Personalplanung, §§ 92, 92a BetrVG**
neue Fassung § 92 BetrVG: auch Personalplanung hinsichtlich
„...Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen...“
- **„Outsourcing“ als Betriebsänderung gem. §§ 111, 112 BetrVG**
Anspruch auf Interessenausgleich und Sozialplan, Unterlassungsanspruch
LAG Niedersachsen (Beschluss vom 19.09.2012): Schleicher Ersatz der
Stammebelegschaft durch Leiharbeit kann Betriebsänderung sein
- **Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG**
Beispielsweise Verstoß gegen Überlassungshöchstdauer gemäß § 1 Abs. 1b AÜG
**Problem: Nach AÜG-Reform ist Einsatz auf Dauerarbeitsplatz wohl kein
Widerspruchsgrund mehr**

Handlungsmöglichkeiten des BR

- **Werkverträge als „verdeckte Leiharbeit“,**
Mitbestimmungsrechte § 87 BetrVG, Zustimmungserfordernis § 99 BetrVG
- **Informationsrechte, z.B. § 80 Abs. 2 BetrVG**
- **„Mittelbare Mitbestimmung“ wenn Stammebelegschaft betroffen**
z.B. Arbeitssicherheit gem. § 87 Abs.1 Nr.7 BetrVG

Handlungsmöglichkeiten des BR

Betrieblicher Gleichbehandlungsgrundsatz, § 75 Abs. 1 BetrVG:

„Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen... unterbleibt.“

Scheinwerkverträge und verdeckte Leiharbeit

Warum ist Abgrenzung wichtig?

- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 13.3.2013 (7 ABR 69/11):

Leiharbeiter unterfallen Mitbestimmung des BR des Einsatzbetriebes unter anderem bei:

Ordnung des Betriebes (§ 87 Abs. 1 Nr.1 BetrVG)

Arbeitszeit und Überstunden (§ 87 Abs. 1 Nr. 2,3 BetrVG)

Technischen Einrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr.6 BetrVG)

Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

Scheinwerkverträge und verdeckte Leiharbeit

Warum ist Abgrenzung wichtig?

- Tarifverträge Leiharbeit/Branchenzuschläge/Equal Pay
- Zustimmungserfordernis gem. § 99 BetrVG bei Einstellung/Versetzung
- Arbeitsvertrag mit Entleiher, §§ 10 Abs. 1, 9 Abs.1 Nr. 1a AÜG,
→ **Verbesserung: keine Fallschirmgenehmigung mehr möglich**

Scheinwerkverträge und verdeckte Leiharbeit

Wie kann Betriebsrat Scheinwerkverträge aufdecken?

- Informationsrecht
 - § 80 Abs.2 BetrVG: *„...die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und umfasst insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen...“*
 - Bundesarbeitsgericht schon 1989: BR hat Anspruch, Vertrag mit Verleiher zu sehen und Liste zu bekommen, welche externen Kollegen wann eingesetzt worden sind (Beschluss 31.01.1989 - 1 ABR 72/87)

Scheinwerkverträge und verdeckte Leiharbeit

Wie kann Betriebsrat Scheinwerkverträge aufdecken?

- Verfahren gemäß § 101 BetrVG
- Durchsetzung Mitbestimmungsrechte
- Betriebsratswahl, externe Kollegen in Wählerliste?

Abgrenzung Leiharbeit und Werkvertrag

Neuer § 611a BGB:

„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Definition im AÜG, § 1 Abs. 1 Satz 2

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen“

Bundesarbeitsgericht zu Leiharbeit:

Formel des BAG: Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt,

die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit nach dessen Weisungen ausführen

Der Entleiher setzt die Leiharbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein

Bundesarbeitsgericht zu Leiharbeit:

Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat.

Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl des verliehenen Arbeitnehmers.

Bundesarbeitsgericht zu Leiharbeit:

Planung und Organisation der Arbeit durch den Besteller

Aufnahme des Arbeitnehmers in die Betriebsräume des Bestellers

Fehlendes/nicht ausgeübtes Weisungsrecht des Werkunternehmers

Ausstattung mit Arbeitswerkzeugen durch den Besteller

Benutzung der Sozialräume des Bestellers

Übernahme der bisher von Arbeitnehmern des Bestellers ausgeführten Tätigkeiten

Dagegen Werkvertrag:

Formel des BAG: beim Werkvertrag wird ein Unternehmer für einen anderen tätig

Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen

Für die Erfüllung der vertraglichen Dienste und des vertraglich geschuldeten Werks bleibt er seinem Auftraggeber verantwortlich

Dagegen Werkvertrag:

Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis.

Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen lediglich solche Anweisungen geben, die sich auf das Werk beziehen

Eingliederung:

- Gemeinsame Arbeit mit Stammbesellschaft?
- Gleiche Arbeitszeiten, gleiche Pausen?
 - Oft schon im Vertrag zwischen Entleiher geregelt (z.B. Anlage)
- Nutzung derselben Arbeitsmittel (auch Programme etc.)?
- Wo melden sich Kollegen krank oder stimmen ihren Urlaub ab?

Wer gibt welche Anweisungen?

- Einsatzbetrieb muss zumindest teilweise Weisungsrecht hinsichtlich Zeit und Ort der Tätigkeit haben oder personen-, ablauf- oder verfahrensorientierte Anweisungen geben (BAG vom 13.12.2005, 1 ABR 51/04; LAG Schleswig-Holstein vom 05.06.2013, 3 TaBV 6/12)
 - Anweisungen zum „WAS“ oder auch zum „WIE“?
 - Anweisungen zur Reihenfolge der Aufgaben?
 - „Koordination und Einweisung“ genügt noch nicht
 - Reines „Hinlegen“ der Teile als konkludente Anweisung (LAG Schleswig-Holstein 06.05.2013, 21 Sa 2286/12)
 - Anweisungen zur Arbeitssicherheit?
- Auch wenn Verleiher eigene Vorgesetzte vor Ort hat: Wenn diese nur Anweisungen des Einsatzbetriebes weitergeben, liegt Leiharbeit vor (LAG Berlin-Brandenburg vom 06.05.2013, 21 Sa 2286/12)

Vertragsgestaltung

- Ist „Werk“ definiert? Oder nur allgemeine Überlassung? Was ist das „Werk“?
- Wofür zahlt Einsatzbetrieb? Stückzahl? Oder doch Zeiteinheit?
 - Auch eine monatliche Bezahlung für eine Leistung ist eine Bezahlung nach Zeit und damit Indiz für Leiharbeit (ArbG Berlin vom 05.07.2016, 8 BV 17976/15)
 - Wann ist etwas zusätzlich zu zahlen?

Wer trägt Risiko, wenn etwas schief geht?

- Verleiher oder Entleiher?
- Kann man die Leistung der externen Kollegen überhaupt trennen und kontrollieren (Abnahme des Werkes)?

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

Damiano Valgolio
Fachanwalt für Arbeitsrecht

dka Rechtsanwälte | Fachanwälte
Immanuelkirchstrasse 3-4
10405 Berlin

valgolio@dka-kanzlei.de

Telefon: 030-44679252

