



EDEKA – TAGUNG 2015

Eine Tagung für Mitglieder von Betriebsräten, Jugend- und Auszubildendenvertretungen der EDEKA-Gruppe

FORUM Leiharbeit und Werkverträge

Dr. Sérgio Fernandes Fortunato, Rechtsanwalt

AfA – Arbeitsrecht für Arbeitnehmer, Fachanwälte für Arbeitsrecht

BAG, Urt. v. 30.01.1991 – 7 AZR 497/89

Beim drittbezogenen Personaleinsatz aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages organisiert der Unternehmer (Arbeitgeber) die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst und bedient sich dabei seiner Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen; er bleibt für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werkes verantwortlich. Dagegen liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitgeber dem Dritten geeignete Arbeitskräfte überlässt, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt.

Über die rechtliche Einordnung eines Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag oder als Werk- oder Dienstvertrag entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Vertragsparteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend, denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben.

Liegt nach dem Geschäftsinhalt eine gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung vor, so greift die gesetzliche Fiktion des § 10 AÜG zur Folge, wonach zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ein (unbefristetes) Arbeitsverhältnis zustande kommt.

BAG, Urt. v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10

Der ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 1 Abs. 1, § 2 AÜG abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. In diesem Fall kommt ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher kraft gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande.

Arbeitnehmerüberlassung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen.

Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht.

BAG, Beschl. v. 5. 12. 2012 – 7 ABR 48/11

BAG, Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11

Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Betriebsverfassungsrechtlich ist darüber hinaus die Zuordnung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb erforderlich. Entscheidend ist darauf abzustellen, ob die Arbeitnehmer in den (Entleiher-)Betrieb organisatorisch eingegliedert sind.

Leiharbeitnehmer bleiben auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers und haben kein passives Wahlrecht beim Entleiherbetrieb (§ 14 Abs. 1, 2 AÜG). Nach § 7 S. 2 BetrVG haben Leiharbeitnehmer jedoch ein aktives Wahlrecht im Entleiherbetrieb, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Da die Anzahl der Arbeitnehmer bei der Ermittlung der Betriebsgröße und damit für den Umfang der vom Betriebsrat zu erledigenden Aufgaben, aber möglicherweise auch für die Überschaubarkeit der Belegschaft oder die wirtschaftliche Belastbarkeit des Betriebs oder

des Unternehmens kennzeichnend ist, sind im Entleiherbetrieb regelmäßig beschäftigte Leiharbeiter bei der Größe des Betriebsrats grundsätzlich zu berücksichtigen. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien wirkt sich lediglich beim Umfang der einzelnen Mitbestimmungsrechte aus.

BAG, Beschl. v. 10.07.2013 – 7 ABR 91/11

Eine Arbeitnehmerüberlassung ist nur vorübergehend zulässig (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG). Eine Arbeitnehmerüberlassung, bei der der Leiharbeiter zeitlich unbegrenzt an Stelle eines Stammarbeitnehmers eingesetzt werden soll, ist nicht mehr vorübergehend in diesem Sinne.

Beabsichtigt der Entleiher, einen Leiharbeiter mehr als vorübergehend zu beschäftigen, kann der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zur Übernahme verweigern.

BAG, Urt. v. 25.09.2013 – 10 AZR 282/12

Ein Werkunternehmer ist selbständig. Er organisiert die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Besteller eigenverantwortlich. Gegenstand eines Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (§ 631 Abs. 2 BGB). Demgegenüber wird beim Dienstvertrag die Arbeitsleistung als solche geschuldet (§ 611 Abs. 2 BGB). Fehlt es an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht; denn der „Auftraggeber“ muss dann den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung durch weitere Weisungen erst noch bestimmen und damit Arbeit und Einsatz bindend organisieren. Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, kann darin ein Indiz gegen eine werk- und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in

welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist.

Widersprechen sich schriftliche Vereinbarung und einvernehmliche Vertragsdurchführung, ist Letztere maßgebend.

BAG, Beschl. v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12

Der Arbeitgeber ist nach § 93 BetrVG auch zur Ausschreibung von innerbetrieblichen Arbeitsplätzen verpflichtet, wenn diese mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. Der Betriebsrat kann eine Ausschreibung allerdings nicht verlangen, wenn feststeht, dass mit Bewerbungen von im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern auf die in Frage kommenden Arbeitsplätze offenkundig nicht zu rechnen ist.

Ein Verstoß hiergegen begründet ggf. das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG.

BAG, Urt. v. 10.12.2013 – 9 AZR 51/13

Besitzt ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Entleiher Leiharbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher kein Arbeitsverhältnis zu Stande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt.

BAG, Urt. v. 15.04.2014 - 3 AZR 395/11

Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst.

Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Entscheidend ist die tatsächliche Ausführung.

BAG, Urt. v. 15.04.2014 - 3 AZR 395/11

Für die Mitbestimmung bei Einstellungen nach § 99 Abs. 1 BetrVG kommt es auf die Eingliederung der Beschäftigten und nicht auf die Natur des Rechtsverhältnisses an, in dem die Personen zum Betriebsinhaber stehen. Eingegliedert ist, wer eine ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber organisiert. Der Beschäftigte muss so in die betriebliche Arbeitsorganisation integriert sein, dass der Arbeitgeber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Inhalt, Ort und Zeit trifft. Der Betriebsinhaber muss diese Arbeitgeberfunktion wenigstens im Sinn einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung teilweise ausüben. Fremdarbeitnehmer, die auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags ihres Vertragsarbeitgebers auf dem Betriebsgelände eines anderen Arbeitgebers tätig sind, können dann in dessen Betrieb eingegliedert sein, wenn der Betriebsinhaber – zumindest teilweise – die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz des Fremdpersonals trifft.

Die Aufnahme des eingesetzten Fremdpersonals in die Dienstpläne des Betriebsinhabers spricht indiziell für das Vorliegen einer betriebsverfassungsrechtlich relevanten Arbeitgeberstellung.

LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 03.12.2014 - 4 Sa 41/14

Eine als "Werkvertrag" bezeichnete Arbeitnehmerüberlassung kann im Einzelfall trotz Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beim Verleiher zu einer Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führen. Dies ist dann der Fall, wenn sowohl dem Verleiher als auch dem Entleiher positiv bekannt ist, dass der Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert werden soll und der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Entleihers unterliegen soll. Dies gilt jedenfalls dann, wenn zugleich der Charakter der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber dem Arbeitnehmer verschleiert wird. Die Berufung auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis stellt sich dann als ein treuwidriges widersprüchliches Verhalten dar. Dürfen sich Verleiher und Entleiher aber nicht auf die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers berufen, gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Entleiher als zustande gekommen gem. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG.