

# Anforderungen an eine Reform der Regeln für den Fremdpersonaleinsatz Schwerpunkt: Illegale Überlassung

Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung am 29./30. Mai 2015 in Weimar

Prof. Dr. Peter Schüren

Direktor des Instituts für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht

Universität Münster

# Ich rede über: Effektive Bekämpfung illegaler Arbeitnehmerüberlassung = Bekämpfung von Scheinwerk & Scheindienstverträgen

Neue Regeln für die legale, jetzt nur noch **vorübergehende Leiharbeit** sind weitgehend klar. Hier gibt es bestimmte *Stellschrauben*, über die man sprechen sollte! **Das kommt später**

# Gesetzgebungsvorschlag

Im Auftrag des NRW-Arbeitsministeriums

- *Brors/Schüren*: **Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern.**  
Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie.
- Fundstelle:  
[http://www.lannderfairenarbeit.nrw.de/files/mais/content/Auskoemmliche%20Loehne/140317\\_missbrauch\\_werkvertraege.pdf](http://www.lannderfairenarbeit.nrw.de/files/mais/content/Auskoemmliche%20Loehne/140317_missbrauch_werkvertraege.pdf)
- Überblick: *Brors/Schüren* NZA 2014, 569-573

## Brors/Schüren Vorschlag zu Scheinwerkverträgen:

*„Werden Arbeitnehmer länger als einen Monat in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden. **Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt** werden, dass die Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags mit dem Dritten eingesetzt werden.“*

# Um diese Fragen geht es mir heute:

- Warum ist die **Abgrenzung und Begrenzung** der verschiedenen Formen des Fremdpersonaleinsatzes so wichtig?
- Warum brauchen wir eine Beweislastumkehr beim Nachweis der illegalen Überlassung? ... und keine „Indikatoren“ wie in Österreich

## **Ausgangspunkt:**

Arbeitnehmerüberlassung ist „anders“ und für Arbeitnehmer gewöhnlich risikoreicher als ein „normales“ Arbeitsverhältnis?

# **Denn Überlassung heißt:**

**Trennung von Arbeitsver-  
hältnis und Arbeitsplatz!**

# Was ist ein „Arbeitsplatz“???

- Volle Einbindung in den Betrieb des Empfängers der Arbeitsleistung (AN ist dann Teil der Betriebsorganisation)

# **Klartext:** Der reale Arbeitnehmerschutz erwächst aus dem Arbeitsplatz – (das Arbeitsverhältnis allein ist ein Papiertiger)

- Kündigungsschutz (z.B. **Seniorität** , Sozialauswahl, Weiterbeschäftigungsmöglichkeit usw.) = **Sicherheit des Arbeitsplatzes**
- Tarifliche Einordnung
- Betriebsverfassung
- Betriebliche Altersversorgung
- Beruflicher Aufstieg
- Wechsel zwischen Voll- und Teilzeitarbeit

# Zur Klarstellung: Meine Position zum legalen *Inhouse-Outsourcing*

- Vertragsabschlussfreiheit und Vertragsinhaltsfreiheit – im Bürgerlichen Recht: ja!
- Aber das Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht – **Inhaltsfreiheit gibt es nicht** bei der Frage,  
**ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, und wer Arbeitgeber ist –**  
da ist sogar die Abschlussfreiheit eingeschränkt.

# Warum gibt es illegale Arbeitnehmerüberlassung?

**Es geht um illegale Kostensenkung (= Gewinnerzielung) durch illegale Trennung von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis**

- Kostensenkung durch geringere Löhne
- durch verschlechterte kollektive Interessenvertretung
- durch billigeren Personalabbau
- durch billigere Flexibilität beim Arbeitsvolumen

# Illegale Arbeitnehmerüberlassung

Bedeutet:

Schädigung der betroffenen Arbeitnehmer

Schädigung der Sozialversicherung

Schädigung der redlichen Konkurrenz durch Nutzung  
illegal erlangter Wettbewerbsvorteile

## Konzeption der legalen Leiharbeit 1972.... *(das war ein Gesetz gegen illegale Leiharbeit):*

- Überlassungshöchstdauer 3 Monate
- Extreme Sanktionen bei Überlassung ohne Erlaubnis und bei Regelverstößen – begrenzte Schutzwirkung, **aber** Kriminalisierung in Einzelfällen. Gilt bis heute...

# legale Leiharbeit 1972?

- Der Ansatz war, dem Leiharbeitnehmer ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis zum Verleiher zu geben und die einzelne Überlassung zeitlich eng zu begrenzen.
- Der **Arbeitsplatz** erwuchs aus der Marktaktivität des Verleihers, der „Flexibilität“ verkaufte
- **(Das funktionierte nur begrenzt)**

# Zentrale Sanktion bei **unerlaubtem Verleih** im AÜG bis heute!

- **1. Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher (§ 9 Nr. 1 AÜG)**
- **2. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (§ 10 Abs.1 AÜG)**

*Bis 01.04.1997 noch bei allen erheblichen Pflichtverletzungen im Leiharbeitsverhältnis über § 13 AÜG fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher*

# Das heißt:

**Die Sanktion für illegale Überlas-  
sung war und ist die gesetzlich  
erzwungene Rückkehr zur  
Normalität:**

**Arbeitsverhältnis und Arbeits-  
platz kommen wieder  
zusammen.**

# **AÜG: Stand bis Ende 2002**

***Kein Ersatz von Stammpersonal durch  
Leiharbeitnehmer –***

nur im Wege des Scheinwerkvertrags  
war das damals möglich .... und  
wurde gerne in einigen Branchen  
praktiziert (z.B. Bau, Fleisch...)

**Hartz-Reform 2003: Billiglohnsektor unter dem Deckmantel einer sozialverträglichen Regelung**

**Überlassungshöchstdauer ersatzlos gestrichen !**

**Reaktion der Rechtsprechung zw. 2003 u. 2011:  
Es gibt kein Limit!**

**Dazu eine „tarifliche“ Entgeltregelung –**

**Folge: extremes Lohndumping bis ca. 2010**

# Ergebnisse der Reform 2003:

- Weitgehende Freigabe des Fremdpersonaleinsatzes ohne arbeitsrechtliche Bindung an den realen Arbeitsplatz
  - Stark abgesenkte Personalkosten durch reduzierte Löhne, reduzierten Bestandsschutz und schnelle Bedarfsanpassung des Arbeitsvolumens
- = **billige Flexibilität durch radikalen Schutzabbau!**
- = **grober Systembruch im Arbeitsrecht**

# „roll back“ ab 2007 und ernsthaft ab 2011....

- Medienberichte über grobe Missbräuche ab 2007
- Zusammenbruch des Systems CGZP 2009-2010 dank Berliner Senatorin und Ver.di
- Reform 2011/Leiharbeitsrichtlinie EU
- Reform 2015/16 (????)
  
- Wir nähern uns bei der legalen Leiharbeit=Zeitarbeit dem Stand vor 2003...

# Zeitarbeit 2015+

- **vorübergehend** (*= auf den Bedarf beim Entleiher bezogen!!! „Zeitarbeit“ passt erstmals als Bezeichnung*)

**Und (!)**

- **Nur mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis**

= nur noch zur Vertretung, für Bedarfsspitzen,  
Saisonarbeit = Alternative zur Befristung nach §  
14 Abs. 1 (!) TzBfG

# Das bedeutet für die Praxis....

## Das ist (wieder) die Regel:

Arbeitnehmerüberlassung ist verboten und führt automatisch zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher –

**Ausnahme:** vorübergehend und mit Erlaubnis als legale **Zeitarbeit**.

*(Weitere Ausnahmen (Kollegenhilfe etc.) werden jetzt einmal „vergessen“)*

# 2015: Keine billige Zweitbelegschaft mehr!

Damit ist die „Leiharbeit-2003“ als Mittel zur langfristigen Kostensenkung durch Schaffung einer festen Randbelegschaft ohne Arbeitsverhältnis im Einsatzbetrieb

**„tot“.**

NUR diese Leiharbeit ermöglichte auf Dauer Personal-kostensenkung ohne Strukturveränderung – das ist vorbei...

# Werk- / Dienstvertrag als einfache Alternative zur Leiharbeit – die Empfehlung ab ca. 2010....



Völlig harmlos.....

# Was macht den Reiz so stark.... „Werkvertrag“ als Ersatz für jetzt(!) eingeschränkte Leiharbeit

## Vorteile für den Nutzer/Werkbesteller

- Keine zeitliche Begrenzung
- Kein „equal pay“
- Keine Bürgenhaftung für Sozialversicherungsbeiträge (außer Bau)
- Keine Mitbestimmung des Betriebsrats (aber bald Unterrichtsanspruch).

**(also wie Leiharbeit-2003)**

# Identifikation von (illegaler) Arbeitnehmerüberlassung

- In Abgrenzung zum legalen Fremdfirmeneinsatz durch Werk- oder Dienstvertrag

Ansatz (absolut einfach!!!!):

- **Arbeitsplatz + Arbeitsleistung  
auf diesem Arbeitsplatz =  
Arbeitsverhältnis zum  
Inhaber des Arbeitsplatzes**

# Logische Fortsetzung:

- **Arbeitsleistung = abhängige Arbeit - (ist klar..)**
- **Arbeitsplatz (ist auch klar...)**

**Frage, die „alles“ entscheidet :**

**wem „gehört“ der Arbeitsplatz?**

**(der ist dann Empfänger der Arbeitsleistung und „automatisch“ Arbeitgeber)**

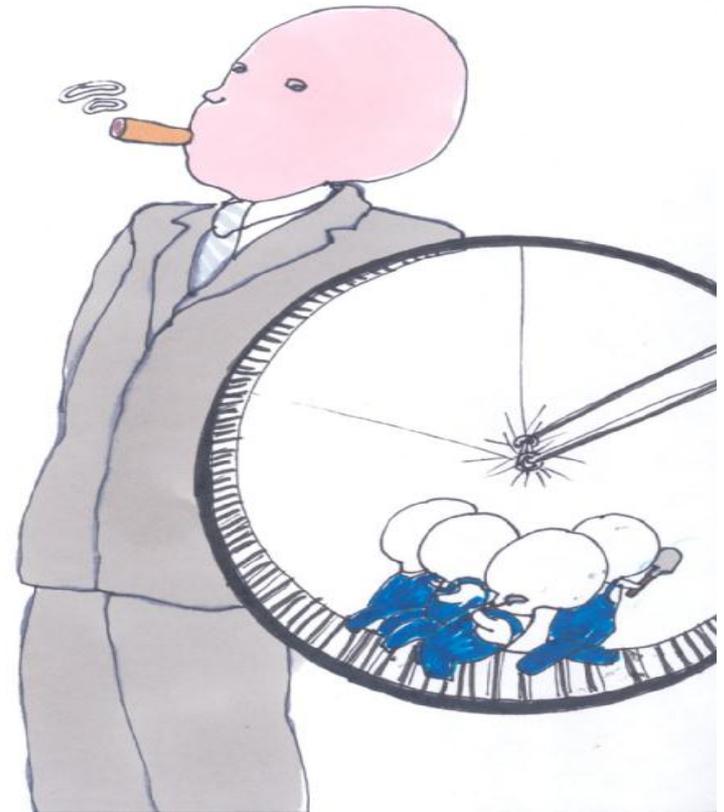
# Nur das **ist** (legale und illegale) Arbeitnehmerüberlassung

VERLEIHER



© WIEBKE BARTSCH

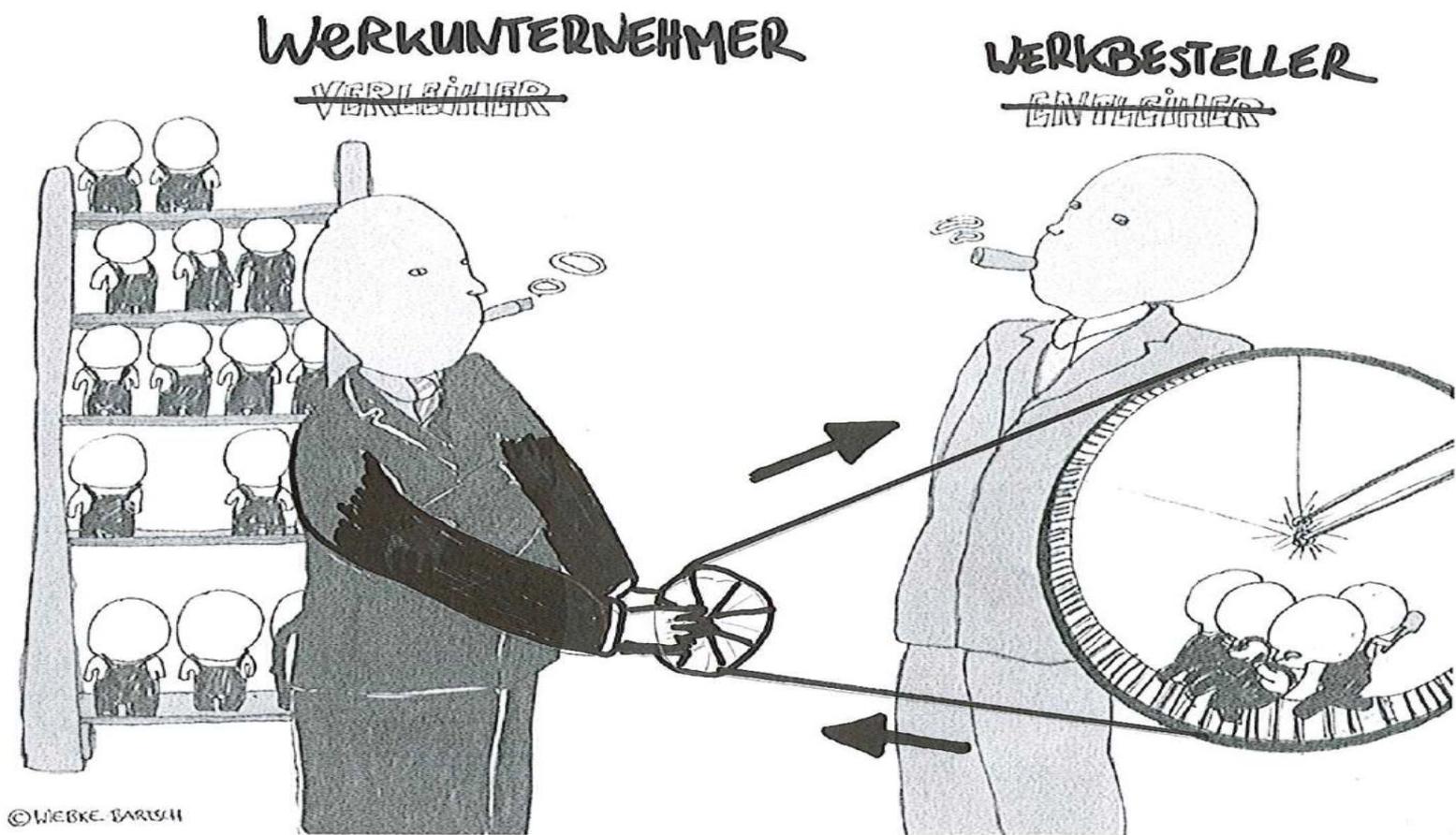
ENTLEIHER



Aussage, auf die es ankommt!

- Dem Entleiher „gehört“  
der Arbeitsplatz – er  
steuert allein und er  
trägt allein die Verant-  
wortung

# Legales „Inhouse-Outsourcing“ per Werkvertrag



©WEBKE-BARISH

Aussage der Zeichnung (nur auf die kommt es an!)

- **Dem Werkunternehmer „gehört“ der Arbeitsplatz – er steuert und er ist verantwortlich**

# Was sind die wichtigsten Erkenntnisse aus den Bildern?

- Kein Verleiher – egal ob legal oder illegal tätig - steuert den Arbeitsprozess; er **überlässt** seine Leute; damit endet seine Verantwortung
- Jetzt sind sie Mitarbeiter des Entleihers; sie arbeiten in seinem Betrieb; er ist dafür verantwortlich, was sie tun.
- Es ist sein Risiko, wenn sie uneffektiv arbeiten, Fehler machen, sein Eigentum zerstören. **Denn: Wer steuert, der haftet!**
- Beim echten Werkunternehmer ist das anders!

# Worum geht es immer:

- **Um die Frage, für wen arbeiten die Arbeitnehmer – dass sie arbeiten (=fremdbestimmte Arbeit leisten) steht dagegen fest.**

Antwort: **Die Arbeitnehmer arbeiten für den, der für ihre Arbeit die wirtschaftliche Verantwortung trägt.**

Ist das der Werkbesteller, dann liegt ein Scheinwerkvertrag vor...

Wichtig für die Einordnung:

- **Verantwortung meint  
Risikozuweisung und  
Haftung – nicht  
Kommunikation!!!**

(reden kostet nix)

# **Jetzt: Grundlagen zur Identifikation von illegaler Überlassung in der Praxis....**

# Wo ist das Problem bei der Abgrenzung .....

- Wir (und die Fremdfirmenleute selbst) können von außen kaum erkennen, wer die Menschen, die arbeiten, in den Grenzfällen **verantwortlich** lenkt (= Empfänger der Arbeitsleistung ist)
- Frage ist: An wen leisten die Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung? Dass sie Arbeitnehmer sind und arbeiten, ist nicht zweifelhaft.

# Nochmal:

- Kommunikation und Verantwortung haben nichts miteinander zu tun.
- Risikotragung bedeutet wirtschaftliche Verantwortung übernehmen

# Kleines Beispiel....

- *Im Betrieb des Auftraggebers arbeitet das Fremdpersonal des Subunternehmers dauerhaft. Diese Menschen verpacken dort die fertigen Weihnachtsmänner in Pappschachteln und etikettieren und kommissionieren die Ware für den Versand.*

*Insgesamt handelt es sich je nach Auslastung um 100 bis 150 Personen, die von eigenen acht Vorarbeitern des Subunternehmers, die vor Ort sind, geführt werden. **Jetzt geht was schief....***

Weisung vom Auftraggeber: „**Aufkleber oben rechts auf Verpackung anbringen!**“ - Fremdfirmenleute machen es falsch – Schaden € 1000

- **Werkvertrag:**

Fremdfirma haftet für die € 1000 als Werkmangel schon bei leichtester Fahrlässigkeit der Mitarbeiter

- **Arbeitnehmerüberlassung:**

Fremdfirma selbst haftet nicht; Fremdfirmenleute haften selbst als Arbeitnehmer nur bei mindestens mittlerer Fahrlässigkeit

# Nochmal: Wo ist das Problem der rechtlichen Einordnung????

- Ganz einfach: In den Grenzfällen ist aus den Arbeitsabläufen nicht ableitbar, wer die Arbeitnehmer steuert. Die Papier-Verträge sind immer Werk-/ Dienstverträge.
- Arbeitgeberweisung und werkvertragstypische Steuerung der Werkleistung lassen sich in den Grenzfällen nicht unterscheiden. **Insbesondere dann nicht, wenn Entscheidungen an die überlassenen Arbeitnehmer selbst delegiert wurden.**

# Grundproblem

- Rechtliche Einordnung von **nachgewiesener** (!) Steuerung ist schwierig (**Arbeitgeberweisung oder Qualitätsmanagement des Auftraggebers?**)
- Rückschauender Nachweis von Steuerung über Zeugenaussagen ist in Grenzfällen praktisch unmöglich

**Deshalb: Andere Kriterien, die Arbeitgeber-Steuerung sichtbar machen!!!!**

# Es gilt (und darin liegt die Problemlösung):

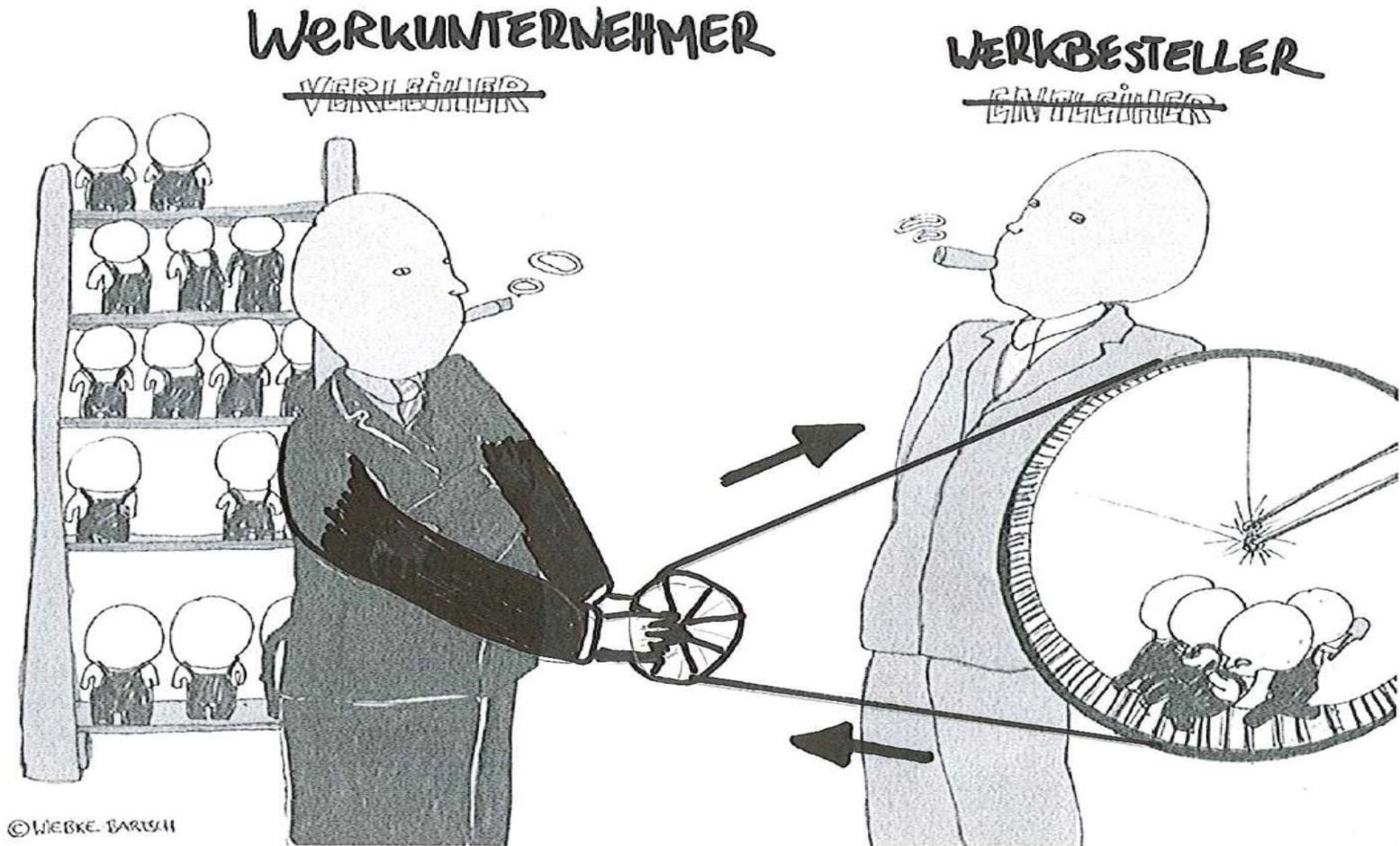
- **Wer für das Arbeitsergebnis haftet, hat vorher (im rechtlichen Sinn) gesteuert!**
- **Wer steuert, der haftet später!**
- **Wer steuert, ist Empfänger der Arbeitsleistung**

Illegale Überlassung liegt nur dann **nicht**  
vor..., *wenn...*

*....die Fremdfirmenleute im fremden  
Betrieb in einer eigenen Betriebs-  
organisation ihres Arbeitgebers tätig  
sind.*

*= eigene **Betriebsorganisation**  
im fremden Betrieb*

# Betrieb im fremden Betrieb....



# Betrieb im Betrieb

- Nur möglich, wenn der „Dienstleister“  
Eigene Personaleinsatzplanung +  
Eigenes Qualitätsmanagement +  
Eigene Ergebnisverantwortung  
auf **DAUER lebt**  
**Das schließt Überlassung aus.**
-

# Was bedeutet das für die Frage einer anstehenden Reform?

Was ist das Ziel?

Soll illegale Überlassung weitgehend verhindert werden? Wenn ja:

Dann: Keine Schutzsysteme mehr; effiziente Überwachung; rechtsstaatlich korrekte Sanktionen

# 1. Schritt: Schutzwirkung Überlassungs- erlaubnis beseitigen – mein Vorschlag aus 2013

Dann greift die Rechtsfolge „fingiertes Arbeitsverhältnis“ bei jeder illegalen Überlassung

# Das hingegen funktioniert nicht: ***Vermutungstatbestände***

- Bsp. (Vorschlag Die Linke):

***„Die Tätigkeit wurde zuvor von einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin des Bestellers erbracht.“***

# Brors/Schüren Vorschlag

*Werden Arbeitnehmer länger als einen Monat in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden. **Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt** werden, dass die Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags mit dem Dritten eingesetzt werden.*

# Warum unsere Beweislastregel:

1. Weil die Beweislast dann nach der realen Verteilung der entscheidenden Informationen verteilt ist.

Diese Informationen haben die Fremdfirma und der Werkbesteller/ Entleiher.

Die Arbeitnehmerin hat sie nicht.

# Warum Beweislastregel:

2. Weil die Beweislastregel ein ständiges Risiko für diejenigen schafft, die mit illegaler Überlassung arbeiten. Sie müssen ständig damit rechnen, dass ihr Rechtsbruch aufgedeckt wird.

Ohne die Beweislastumkehr ist die Wahrscheinlichkeit, dass illegale Überlassung aufgedeckt wird, gering.

# Wie führt man den Entlastungsbeweis?

Durch Nachweis, dass nicht überlassen wurde!

= Steuerung durch die Fremdfirma

= Fortdauernde Verantwortung der Fremdfirma  
während des Einsatzes

= Ergebnisverantwortung der Fremdfirma

# Gegenargumente:

- „Generalverdacht“
- Aktuelle Beweislastverteilung reicht
- Verunsichert alle die „Outsourcing“ nutzen

# Ende