

WERKVERTRÄGE IM LICHT DER AÜG-REFORM –

NEUE HAFTUNGSRISIKEN DES GESCHÄFTSFÜHRERS BEI VERSTECKTER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG



Niels-Ansgar Maisch,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Schröder Fischer Rechtsanwalts-gesellschaft

Bereits mit Wirkung zum 01.04.2017 hat der Gesetzgeber das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) überarbeitet und die Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung noch einmal ganz erheblich verschärft. Bereits vor der AÜG-Reform war bei der Vergabe von Werkverträgen erhebliche Vorsicht geboten. Nunmehr müssen Unternehmer beim Einsatz von Fremdpersonal im eigenen Betrieb ganz genau hinschauen und gut beraten sein, um Haftungsrisiken zu vermeiden.

Flexibilität ist nach wie vor ein wesentlicher Grundpfeiler jeder Personalplanung. Umso wichtiger ist es für Unternehmer und Unternehmensvertreter, über die haftungsrechtlichen Problematiken bei dem Einsatz von Fremdpersonal Bescheid zu wissen. Insbesondere folgende drei wesentliche Anpassungen hat der Gesetzgeber im AÜG vorgenommen:

- Verpflichtung der Parteien, eine Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit) im Überlassungsvertrag ausdrücklich als solche zu bezeichnen und die überlassenen Personen vor der Überlassung zu konkretisieren.
- Beschränkung der Überlassungshöchstdauer auf 18 Monate, wobei Abweichungen durch Tarifverträge der Einsatzbranchen möglich sind.
- Beschränkung der Abweichung zwischen zwingendem Equal-Pay durch Tarifvertrag nur für die ersten 9 bzw. 15 Monate der Überlassung

1. Neue Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht

Vor allem die Pflicht, eine Arbeitnehmerüberlassung nunmehr ausdrücklich als solche zu bezeichnen und die überlassenen Personen zuvor zu konkretisieren, führt zu einer deutlichen Erhöhung der Haftungsrisiken für Geschäftsleiter. War es bis zum 31. März 2017 noch möglich, einer sogenannten „verdeckten Arbeitnehmerüberlassung“ im Rahmen eines Werkvertrages dadurch zu begegnen, dass der Werkunternehmer vorsorglich auch über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügte (sogenannte „Fallschirmlösung“ oder „Vorratserlaubnis“) so ist diese Möglichkeit nunmehr entfallen. Die Neuregelung schließt die frühere Möglichkeit der „Rettung“ eines „Schein-Werkvertrages“ aus. Es ist daher absolut zwingend, vor Einsatz des Fremdpersonals exakt zu prüfen, ob der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen eines Werkvertrages tatsächlich sämtliche Kriterien des Werkvertrages erfüllt und damit eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen ist. Eine unterlassene oder fehlerhafte Bewertung kann für den Geschäftsführer ganz erhebliche haftungsrechtliche Folgen haben, denn die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung ist nunmehr der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt.

Selbst wenn der „Werkunternehmer“ über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen sollte, ist im Fall der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung der Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeiter und Verleiher unwirksam und es wird ein Arbeitsverhältnis zwischen



dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher begründet – es sei denn, der Arbeitnehmer macht von seiner Möglichkeit, eine Festhaltungserklärung abzugeben, wirksam Gebrauch. Durch eine solche bliebe der Arbeitnehmer beim Verleiher angestellt. Die Regelungen zur Festhaltungserklärung sind allerdings so kompliziert ausgestaltet, dass zu befürchten ist, dass sie in der Praxis wenig Relevanz erfahren wird. Die Festhaltungserklärung ist binnen einer Monatsfrist nach Überlassungsbeginn oder nach Eintritt der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer in Schriftform abzugeben und vom Leiharbeitnehmer persönlich bei der örtlichen Agentur für Arbeit vorzulegen. Die Arbeitsagentur muss dann die Festhaltungserklärung mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis, dass sie die Identität des Leiharbeitnehmers festgestellt hat, versehen. Sodann muss die Festhaltungserklärung spätestens 3 Tage nach Vorlage bei der Agentur für Arbeit dem Verleiher oder dem Entleiher zugehen.

Neben der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher drohen dem Unternehmen Nachzahlungen für Sozialversicherungsbeiträge, ein Bußgeld nach § 16 AÜG von bis zu EUR 30.000,00 sowie dem Geschäftsführer eine mögliche Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen.

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag und damit die rechtlich richtige Einordnung bei der Vertragsanbahnung zum Einsatz von Fremdpersonal ist selbst für Juristen schwierig. Folgende wesentliche Kriterien sollte ein für solche Einsätze verantwortlicher Geschäftsleiter kennen:

- Eingliederung des Fremdpersonals im eigenen Betrieb

Sind keine wesentlichen Unterschiede zwischen eingesetztem Fremdpersonal und der Stammbesellschaft zu erkennen, ist dies ein wichtiges Indiz einer möglicherweise erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung.

- Weisungsgebundenheit des Fremdpersonals

Weisungen, die sich nicht auf das Werk selbst beziehen, sondern insbesondere disziplinarischer Natur und an das Fremdpersonal gerichtet sind, sprechen ebenfalls für eine Arbeitnehmerüberlassung.

- Leistungsbeschreibung/Eigenständigkeit der Leistung

Ein Werkvertrag kann überhaupt nur dann vorliegen, wenn die vereinbarte Leistung eigenständig, abgrenzbar und im Werkvertrag ganz konkret definiert wird.

- Übernahme der Mängelhaftung/Übernahme unternehmerischer Risiken

Werkverträge zeichnen sich in der Regel auch dadurch aus, dass der Werkunternehmer selbst unternehmerische Risiken übernimmt und insbesondere für eine mangelhafte Ausführung des Gewerks gerade steht. Ferner entsteht der volle Vergütungsanspruch beim Werkvertrag klassischer Weise erst nach Abnahme/Vollendung des Werks.

Darüber hinaus gibt es aber noch eine Vielzahl weiterer Kriterien zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag, die im Einzelfall zu prüfen wären.

2. Neue Überlassungshöchstdauer

Des Weiteren sieht die Neuregelung des AÜG vor, dass Leiharbeiter ab dem 01.04.2017 nicht länger als 18 Monate im Betrieb des Entleihers eingesetzt werden dürfen. Eine Anrechnung anderer Einsätze im Konzern erfolgt anders als bei der sogenannten „Drehtürklausel“ nicht.

Erst nach einer Pause von mehr als 3 Monaten (also mindestens 3 Monate + 1 Tag) käme nach der Regelung des AÜG ein erneuter Einsatz in Betracht. Mit dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber die langanhaltende Diskussion beendet, was unter einer „vorübergehenden“ Überlassung zu verstehen ist und nunmehr eine Höchstgrenze festgesetzt.

Es ist jedoch grundsätzlich auch möglich, von der gesetzlich vorgegebenen Obergrenze durch oder aufgrund eines Tarifvertrages abzuweichen. Diese Möglichkeit wird in der Praxis auch bereits schon genutzt (s. TV Leiz Neu für die Metall- und Elektroindustrie), setzt aber voraus, dass in dem Tarifvertrag der Einsatzbranche (nicht: Zeitarbeitsbranche) eine entsprechende Abweichungs-Option vereinbart ist. Unter folgenden Voraussetzungen könnte eine abweichende Höchstüberlassungsdauer vereinbart werden:



- Abweichende Höchstdauer unmittelbar aus Tarifvertrag

Tarifgebundene Unternehmen können die abweichende Höchstdauer direkt und tarifungebundene Betriebe die Regelung durch Betriebsvereinbarung übernehmen.

- Tarifvertrag mit Öffnungsklausel

Tarifgebundene Unternehmen können in einer Betriebsvereinbarung abweichende Regelungen treffen. Gleiches gilt für nicht tarifgebundene Unternehmen im Geltungsbereich eines Tarifvertrages. In letzterem Fall gilt dies allerdings mit einer Obergrenze von maximal 24 Monaten.

- Tarifvertrag mit Öffnungsklausel und Obergrenze

Tarifgebundene und nicht tarifgebundene Unternehmen können im Geltungsbereich des Tarifvertrages gleichermaßen durch Betriebsvereinbarung eine abweichende Regelung innerhalb der Grenzen des Tarifvertrages treffen.

Ein Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer hat dieselben Folgen und rechtlichen Risiken wie ein Verstoß gegen das Verbot von Schein-Wertverträgen. Auch hier gibt es zwar die Möglichkeit der Festhaltenserklärung durch den Arbeitnehmer, jedoch hat diese auch für Fälle der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer dieselben (wenig praxistauglichen) Voraussetzungen.

3. Neuregelung zum Equal-Pay

Mit der Neuregelung zum Equal-Pay hat der Gesetzgeber einen weiteren besonders praxisrelevanten Eingriff vollzogen. Zwar galt das Gleichstellungsprinzip mit der Möglichkeit der Abweichung durch Tarifvertrag bereits auch schon vor der AÜG-Reform, jedoch stellte sich die Praxis umgekehrt dar, da in den meisten Fällen ein abweichender Tarifvertrag zur Anwendung kam und die gesetzliche Gleichstellung nur in Ausnahmefällen von Beginn an galt. Dieses Prinzip hat der Gesetzgeber nun durchbrochen und Equal-Pay nach 9 Monaten zum Regelfall gemacht. Für Branchen, für die ein sogenannter „Branchenzuschlagstarifvertrag“ gilt, gilt ausnahmsweise eine Frist von 15 Monaten.

Auch beim Equal-Pay gilt, dass Einsatzzeiten bei demselben Entleiher so lange addiert werden, bis sie länger als 3 Monate unterbrochen werden.

Der Grundsatz der Gleichstellung umfasst alle Entgeltarten, die als Gegenleistung für erbrachte Arbeit gewährt werden, auch Vermögenswirksame Leistungen, betriebliche Altersvorsorge, Entgeltfortzahlung bei Krankheit etc.). Er umfasst nicht Feiertags-/Urlaubs-Entgeltfortzahlung, Urlaubsgeld und Aufwendungsersatz. Besondere persönliche Merkmale des Leiharbeiters sind nur zu berücksichtigen, wenn sie vom Vergütungssystem des Entleihers erfasst sind.

Fazit:

Durch den Einsatz von Fremdpersonal wollen Unternehmen gerade vermeiden, die Stammbesellschaft zu vergrößern. Durch die AÜG-Reform steigt für den Fall des Verstoßes gegen gesetzliche Vorgaben nunmehr das Risiko der Vergrößerung der eigenen Stammbesellschaft durch die Fiktion von Arbeitsverhältnissen zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher ganz erheblich. Des Weiteren sind auch die bußgeldrelevanten Tatbestände deutlich erweitert worden.

Aus diesem Grund müssen Unternehmen, die einen Fremdpersonaleinsatz planen, nunmehr noch viel sorgfältiger abwägen, ob der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung oder im Rahmen eines Werkvertrages erfolgt. Eine Fehleinschätzung im Vorfeld des Fremdpersonaleinsatzes kann weitreichende Folgen haben. Zudem sind auch die Vorgaben zur Überlassungshöchstdauer und zum Equal-Pay zu beachten. ■

