



# Impulse für eine bewegende Branche



trans aktuell – Symposium: RA Thomas Röhl

## Flexibel bleiben bei Leiharbeit und Werkverträgen

- Nahles setzt IG-Metall Ziele konsequent durch
- Reform des Fremdpersonaleinsatzes auf dem falschen Weg !
- Gefahr für Unternehmen durch fehlerhafte Praxis



**trans aktuell**  
DIE ZEITUNG FÜR TRANSPORT, LOGISTIK UND MANAGEMENT

**Symposium**  
**Werkverträge, Leiharbeit & Co.:**  
**Klarheit in der Kontraktlogistik**

19. Juli 2016  
Simon Hegele Logistik und  
Service, Raunheim (Hessen)

Premium-Partner  
**SCHMITZ CARGOBULL**  
The Traller Company.

mit freundlicher Unterstützung von

SLV  
Spezial- und Logistikverband  
Hessen/Rheinland Pfalz e.V.

**Simon Hegele**  
Logistik und Service

IMPULSE FÜR EINE BEWEGENDE BRANCHE



-  Reform der Zeitarbeit (ab 01.01.2017)
-  ANÜ bietet Unternehmen Möglichkeiten zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen
-  Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten
  - Durch Tarifvertrag der Einsatzbranche oder aufgrund eines solchen Tarifvertrages in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung können abweichende Lösungen vereinbart werden
-  LeihAN sollen künftig spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den StammAN gleichgestellt werden
-  Keine Einsatz von LeihAN als Streikbrecher
-  LeihAN sind bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen



## Überlassungsdauer

- bisher „vorübergehend“ – siehe § 1 (1) S. 2 AÜG (24 Monate)
- jetzt: „nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate“
- Frühere Beschäftigungszeiten bei selben Entleiher sind anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als 3 Monate liegen
- Abgestellt wird nicht auf den Arbeitsplatz, sondern personenbezogen auf den LeihAN



## Überlassungsdauer:

-  In einem **Tarifvertrag der Einsatzbranche** kann eine abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden - *ohne Begrenzung !!!*
  
-  Im Geltungsbereich eines solchen TV können auch nicht tarifgebundene Entleiher durch BV oder DV die Regelungen vereinbaren
  - TV des Entleihunternehmens/Zeitarbeit reicht nicht !!
  - Voraussetzung ist eine BV oder DV – individuelle Vereinbarung mit der LeihAN reicht also nicht
  - Überlassungsdauer dann aber maximal 24 Monate, soweit nicht durch den TV eine abweichende Überlassungsdauer für BV festgelegt ist





## Überlassungsdauer:

**Kritik:** Verfassungsmäßigkeit wird bezweifelt

- Schließt Zeitarbeitsbranche von der Tariföffnung aus
- Ungleichbehandlung verschiedener Gruppen von Kundenbetrieben
- Keine Korrespondenz mit anderen Zeiträumen wie TzBfG (24 Monate)
- Beim Equal Pay Gebot anderer Zeithorizont
- = widersprüchliche Gesetzgebung
- Gesetz schließt ArbG ohne BR von der TV-Öffnungsklausel aus
- Warum soll Tarifpartner des Entleihers/der Einsatzbranche „günstigen“ TV für LeihAN schließen, weil er die Interessen der Stammbeslegschaft vertritt und LeihAN-Einsatz gerade erschwert werden soll
- LeihAN unterfallen einer anderen Tarifzuständigkeit als der Einsatzbranche (Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit - Art 9 (3) GG)



## Grundsatz der Gleichstellung (equal treatment/equal Pay)

-  Die beim Entleiher geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen
-  Nach einer Entscheidung des BAG vom 23.03.2011 sind die wesentlichen Arbeitsbedingungen alle in der EU-Zeitarbeitsrichtlinie genannten Arbeitsbedingungen. Gemäß Artikel 3 Absatz 1f) der EU-Zeitarbeitsrichtlinie sind dies:
  -  Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage,
  -  Arbeitsentgelt (z.B. Jahressonderzahlungen, Zulagen, Zuschläge, Prämien, Bonuszahlungen, arbeitgeberseitige Zuschüsse zu betrieblichen Altersversorgungssystemen)
-  Bisher geregelt in § 3 (1) Ziff. 3 AÜG, jetzt ausdrücklich in § 8 AÜG-E . Bei Sachbezügen erfolgt Wertausgleich



## Grundsatz der Gleichstellung (equal treatment/equal Pay)

- Durch TV kann vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden
  - Abweichung gilt nicht für LeihAN, die in den letzten sechs Monaten beim (Konzern)Entleiher ausgeschieden sind
  - Abweichung gilt nur **in den ersten neun Monaten** der Überlassung
  - **Längere Abweichung durch TV nur bis max. 15 Monate**, wenn nach längstens sechs Wochen eine stufenweise Herananführung an das tarifliche Arbeitsentgelt der Einsatzbranche erfolgt
  - Tariföffnung gilt bei individueller Vereinbarung auch für nicht tarifgebundenen ArbG und ArbN – siehe § 8 (4) S. 3 AÜG-E
  - Fristen gelten ab Inkrafttreten des Gesetzes
  - **Folge:** bisherige TV ohne zeitliche (Begrenzung) verlieren Gültigkeit
  - **Kritik:** Eingriff in die Tarifautonomie der Zeitarbeitsbranche



## Informationspflicht

-  Der Verleiher hat den LeihAN vor der Überlassung darüber zu informieren, dass er als LeihAN tätig wird - § 11 (2) AÜG-E. **Keine VorratsANÜberlaubnis** mehr möglich



## Fiktion eines Arbeitsverhältnisses / Widerspruchsrecht (§ 9 Nr. 1 AÜG-E)

- Zwischen LeihAN und Entleiher kommt ein Arbeitsverhältnis zustande, wenn
  - der Verleiher keine AÜG-Erlaubnis hat
  - der LeihAN nicht ausdrücklich auf Entleihe hingewiesen wurde
  - die höchstzulässige Überlassungsdauer überschritten wird
- Der LeihAN hat das Recht der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher zu widersprechen – Frist „bis zum Ablauf eines Monats ab Beginn der Überlassung“ bzw. „der Fristüberschreitung“
- *Diskutierte Lösung: Widerspruch wird bereits im Arbeitsvertrag erklärt*



IMPULSE FÜR EINE BEWEGENDE BRANCHE



## Streikbrecherverbot



- **Verbot** des Einsatzes beim Entleiher, wenn dessen Betrieb unmittelbar vom Arbeitskampf betroffen ist
- Verbot gilt nicht, wenn LeihAN „andere“ Tätigkeiten ausführen
- LeihAN haben Arbeitsverweigerungsrecht
- **Folge:** Zahlungsanspruch trotz Nichtarbeit
- Bisherige Regelung (§ 11 (5) AÜG) : nur Arbeitsverweigerungsrecht des LeihAN
- **Kritik:**
  - LeihAN darf nicht, der ArbN des Entleihers schon = Ungleichbehandlung
  - Entleiher unterstützt fachfremde Gewerkschaft – Neutralitätsgebot



## 3 Folgen eines Verstoßes:

- Bußgeld bis zu 30.000 € / 500.000 € - § 16 AÜG-E
  - Bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer
  - Bei unterbliebener Mitteilung das ArbN entliehen wird
  - Bei Einsatz im Streikbetrieb
  - Bei Verstoß gegen das Equal-Pay Gebot
  
- Entzug der ANÜberlassungserlaubnis - § 3 (1) AÜG-E
  - Bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer
  - Bei Verstoß gegen das Equal-Pay Gebot
  
- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses LeihAN-Entleiher - § 10 iVm § 9 Nr. 1b AÜG-E





 **LeihAN zählen** bei der Berechnung der Schwellenwerte der BetrVG und der Unternehmensmitbestimmung (§ 14 (2) AÜG-E)



## Festlegung der Informationsrechte des BR bei Fremdpersonaleinsatz

-  Pflicht zur Unterrichtung über zeitlichen Umfang des Fremdpersonal-Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben nebst Pflicht zur Vorlage der dem Einsatz zugrundeliegenden Verträge (§ 80 (2) S. 1 und S. 2 BetrVG-E)
  -  Gilt nicht bei Personen, die nur kurzfristig im Betrieb eingesetzt werden
-  Personalplanung nach § 92 BetrVG hat sich auch auf den geplanten Einsatz von Fremdpersonal zu beziehen
-  Pflichten gelten für alle Formen des Fremdpersonaleinsatzes, mithin nicht nur bei ANÜ, sondern auch bei Dienst- und Werkverträgen



## Werkvertrag - Scheinwerkvertrag – verdeckte ANÜ

-  Arbeitnehmerbegriff - § 611 a BGB-E
-  Zur Erinnerung: § 7 (4) SGB IV a.F. im Jahre 1998 –
  -  „Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis wird vermutet , wenn ....“
-  **Erfolg:** Die Aufnahme eines MBR des Einsatz-BR als § 99a BetrVG mit der Möglichkeit eines Widerspruchs gegen den Fremdfirmeneinsatz wurde wieder gestrichen



## Werkvertrag - Scheinwerkvertrag – verdeckte ANÜ

 Arbeitnehmerbegriff - § 611 a BGB-E

 ArbN ist, wer zur weisungsgebundenen, fremdbestimmten Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist

 Kriterien:

 Wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit nach Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort gestalten kann



## Kriterien für rechtlichen Unterscheidung: Werkvertrag - ANÜ

- die Integration eingesetzter Arbeitnehmer in den Arbeitsablauf
- das (arbeitsrechtliche) Weisungsrecht bei der Auftragsabwicklung
- die Vertragsgestaltung
- eine Auftragserteilung im Einzelfall
- die Organisationshoheit über die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen
- die Bestimmbarkeit und Zurechenbarkeit einer Werkleistung
- Fachkompetenz zur Erfüllung der Werkunternehmerpflichten
- die bereitzustellende Ausrüstung und deren (*gemeinsame*) Nutzung
- die Art der Abrechnung und
- die unternehmerische Haftung und Gewährleistung des Werkunternehmers gegenüber dem Auftraggeber – wer steuert, der haftet
- Vorliegen eines Qualitätssicherungssystems



-  Weicht die Vertragsgestaltung vom tatsächlichen Geschäftsinhalt ab, so entscheidet die tatsächliche Durchführung.
-  Ein Werkvertrag liegt vor, wenn zum einen die Personalhoheit beim Werkunternehmer verbleibt und zum anderen der Arbeitnehmer im Risiko- und Verantwortungsbereich des Werkunternehmers tätig wird. Dem Werkunternehmer muss also ein vertragstypisches Haftungs- und Vergütungsausfallrisiko im Scheiternsfall treffen.
-  Werkvertrag setzt auch Ergebnisverantwortung voraus – kritisch bei Konzernverbund



-  Frachtführer kann ausnahmsweise Arbeitnehmer sein - LAG Mecklenburg-Vorpommern, 13.07.2015, 3 Ta 6/15
-  Grundsätzlich übt ein Frachtführer im Sinne der §§ 407 ff. HGB ein selbstständiges Gewerbe aus. Ein Arbeitsverhältnis kann zu bejahen sein, wenn Vereinbarungen getroffen und praktiziert werden, die zur Folge haben, dass der betreffende Fahrer in der Ausübung seiner Tätigkeit weit weniger frei ist, als ein Frachtführer im Sinne des HGB, er also nicht mehr im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wirtschaftliche Zwänge allein können die Arbeitnehmereigenschaft nicht begründen. Entscheidend ist vielmehr, welche Gestaltungsspielräume den Beschäftigten in dem System noch verbleiben und ob seine persönliche Abhängigkeit das für Arbeitsverhältnisse typische Maß erreicht.
-  Vorliegend ging es um die Rechtswegzuständigkeit für die Zahlungsklage eines Paketzustellers /Kurierfahrers.



## ANÜ-Reform - Werkvertrag - Scheinwerkvertrag – verdeckte ANÜ

### **Lösungsansatz: Der gewillkürte Gemeinschaftsbetrieb**

-  GM mehrerer Unternehmen – vergleichbar einer ARGE
-  Gemeinsame Führung des Betriebes mit einem einheitlichen Leitungsapparat (in sozialen und personellen Angelegenheiten)
-  Zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke = einheitlicher Betriebszweck



## Der gewillkürte **Gemeinschaftsbetrieb**

### **Vorteile:**

-  Beteiligte Unternehmen bleiben selbständig
-  eingesetzte ArbN bleiben jeweils mit ihren Arbeitsbedingungen beim ArbG – keine Equal Pay/Equal Treatment
-  Das Bestehen unterschiedlicher VertragsArbG rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung der ArbN
-  Keine ANÜ, da es hierzu an der vollständigen Eingliederung des ArbN in einen Fremdbetrieb fehlt
-  Gemeinschaftsbetrieb und ANÜ schließen sich aus, *da alle beteiligten Unternehmen einen einheitlichen Betriebszweck haben*



## Der gewillkürte **Gemeinschaftsbetrieb**

- Gemeinsame steuernde Führung des GBetriebes durch einen einheitlichen Leitungsapparat (in sozialen und personellen Angelegenheiten)
- Wesentliche ArbGFunktionen müssen von der einheitlichen Leitung entschieden werden, wie
  - Einstellung, Entlassung, Versetzung
  - Arbeitszeitfragen – Erstellung von Schichtplänen
  - Urlaubsgewährung
  - Anordnung von Überstunden



IMPULSE FÜR EINE BEWEGENDE BRANCHE



## Der gewillkürte **Gemeinschaftsbetrieb**

-  Nicht alle beteiligten Unternehmen müssen eigene Betriebsmittel einsetzen
-  Personalgestellung eines Unternehmens ist ausreichend
-  Voraussetzung ist nur die Verfolgung eines eigenen Betriebszwecks
-  Personalstellendes Unternehmen muss an der Leitung des GB beteiligt sein
-  Betriebszweck sollte sich aus dem Gesellschaftsvertrag/der Führungsvereinbarung ergeben
  
-  Der GB ist ein eigenständiger Betrieb iSd § (1) S. 2 BetrVG



## Der gewillkürte **Gemeinschaftsbetrieb**

### **Nachteile:**

-  Bei betriebsbedingter Kündigung
  -  Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit
  -  Sozialauswahl
-  bezieht sich auf den GB und nicht auf den ArbGBetrieb
  
-  Zusammenschluss könnte Betriebsänderung iSd § 111 S.3 Nr.3 BetrVG sein mit Interessenausgleichspflicht



## Lösungsansatz:

-  Gebrauchsüberlassung von Geräten und Maschinen mit Personalgestellung
  - Bsp. Dienstverschaffungsvertrag im Transportbereich (Lkw + Fahrer)  
= Lohnfuhrvertrag § 25 AGNB a.F.

