

Erlaubte und unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung

Ungewollte Leiharbeit im Projektgeschäft

Die Situation ist alltäglich. Ein Softwarehaus führt beim Kunden neue Software ein. Dazu schickt es eigene Mitarbeiter zum Kunden, die dort – oft in einem Team zusammen mit Mitarbeitern des Kunden – das Projekt begleiten. Bei großen Projekten arbeiten die Mitarbeiter des Softwarehauses über Monate im Betrieb des Kunden und sind von Mitarbeitern des Kunden von außen nicht zu unterscheiden. Oft bleiben Mitarbeiter des Softwarehauses auch über die Einführungsphase hinaus beim Kunden, um Support zu bieten, kurze Reaktionszeiten bei auftretenden Problemen zu gewährleisten und notwendige laufende Anpassungen vorzunehmen (Pflege- und Wartungsphase). Aus arbeitsrechtlicher Sicht muss dann immer das Problem der (unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung in den Blick genommen werden.

1. Begriff der Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung ist Leiharbeit, also die Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Betrieb und auf Weisung eines Dritten. Bei der Leiharbeit stellt der Verleiher lediglich die Dienste des Arbeitnehmers zur Verfügung. Der Einsatz des Arbeitnehmers wird aber ausschließlich vom Entleiher organisiert. Dieser trägt auch das alleinige Risiko des Erfolgs der Tätigkeit des Arbeitnehmers. Auf Seiten des Verleihers liegt lediglich das arbeitsrechtliche Risiko (Beschäftigungsrisiko).

2. Erlaubte oder unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung

Der Gesetzgeber sieht in der Leiharbeit einen kritischen, regelungsbedürftigen Bereich. Es wird befürchtet, dass Arbeitgeber mit der Auslagerung der Beschäftigung auf Leiharbeitnehmer zwingende Arbeitnehmerschutzrechte umgehen (z. B. Kündigungsschutz, Tarifgeltung). Deshalb ist die Leiharbeit stark reglementiert. Das gewerbliche Anbieten von Leiharbeit, in der gesetzlichen Terminologie die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung, ist nur zulässig, wenn der Verleiher im Besitz einer behördlichen Erlaubnis ist. Bei der gewollten Leiharbeit wird dies in aller Regel beachtet. Das Softwarehaus, das gar keine Arbeitnehmer verleihen, sondern nur eigene Arbeitnehmer zur Erfüllung eigener vertraglicher Verpflichtungen

beim Kunden beschäftigen will, ist hier dagegen dem Risiko der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ausgesetzt. Nachfolgend sollen diese Risiken dargestellt und Hinweise für die Vertragsgestaltung gegeben werden.

3. Folgen der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung

a) Vertragliche Situation

Bei den Verträgen ist zwischen dem Vertragsverhältnis vom Softwarehaus zum Kunden (Werk-/Dienstvertrag) und vom Softwarehaus zum Arbeitnehmer (Arbeitsvertrag) zu unterscheiden; wenn das Verhältnis tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassung eingestuft wird, besteht zwischen Softwarehaus und Kunden gerade kein Werk- oder Dienstvertrag, sondern ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Sofern die Parteien den Vertrag als Werkvertrag (Dienstvertrag) bezeichnen, spricht man deshalb von einem Scheinwerkvertrag (Scheindienstvertrag).

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (Scheinwerkvertrag) ist ebenso unwirksam wie der Vertrag zwischen Leiharbeiter (Softwarehaus) und dem Arbeitnehmer. Das Gesetz fingiert ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher (Kunden) und dem Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer ist kein Externer mehr, sondern Angestellter des Kunden.

b) Steuerliche Folgen

Der Entleiher verliert die Vorsteuerabzugsberechtigung, da ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft nicht vorliegt. Eine Rückerstattung der vom Verleiher bereits abgeführten Umsatzsteuer findet aber nicht statt. Hinsichtlich der Lohnsteuer tritt eine Ersatzhaftung des Entleihers ein, wenn und soweit der Verleiher Lohnsteuer nicht abgeführt hat.

c) Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen

Für rückständige Sozialversicherungsbeiträge besteht eine gesamtschuldnerische Haftung von Verleiher und Entleiher. Dies gilt auch für rückständige Arbeitgeberanteile, und zwar für die gesamte Zeit des Einsatzes.

d) Ordnungswidrigkeiten

Die illegale Arbeitnehmerüberlassung ist für Verleiher und Entleiher eine Ordnungswidrigkeit. Dies betrifft nicht nur die bewusste Umgehung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Bereits die fahrlässige Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis löst den Ordnungswidrigkeitentatbestand aus.

Bei wiederholten Verstößen ist sogar der Widerruf der Gewerbeerlaubnis nach § 35 Gewerbeordnung möglich.

4. Abgrenzung von Dienst-/Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung

Wegen der beschriebenen Konsequenzen ist die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung einerseits und Dienst- oder Werkvertrag andererseits sehr wichtig. Bei Tätigkeiten im Grenzbereich sind besondere Vorsorgemaßnahmen zu treffen.

a) Ausgangspunkt

Die Tätigkeit aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages ist dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer für einen anderen tätig wird, die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen selbst organisiert und das Risiko des wirtschaftlichen Erfolgs selbst trägt. Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dagegen nur Arbeitskräfte des Unternehmers in einem anderen Unternehmen beschäftigt. Die Art der Beschäftigung und das Risiko der Tätigkeit liegt allein bei dem Unternehmen des Einsatzbetriebs.

b) Indizien

Die Rechtsprechung hat eine Reihe von Anknüpfungstatsachen (Indizien) entwickelt, die für die Einordnung besonders bedeutend sind. Die wichtigsten sind:

- die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem Arbeitnehmer,
- die Tragung des Unternehmerrisikos und
- der Grad der Einbindung des Arbeitnehmers in die Organisation des Einsatzbetriebs.

c) Tatsächliche Handhabung

Nach ständiger Rechtsprechung von BGH und BAG kommt es nicht auf die Formulierung des Vertrages, sondern auf die tatsächliche Handhabung an (BGH U. v. 25.06.2002, NJW 2002, 3313; BAG U. v. 15.06.1983, NJW 1984, 2912). Da es keine klare Abgrenzung zwischen Dienst-/Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung gibt, sondern eine Vielzahl von Indizien in jedem Einzelfall gewürdigt werden, entsteht eine Rechtsunsicherheit, die im Hinblick auf die gravierenden Konsequenzen einer fehlerhaften Einordnung gefährlich ist. Der BGH hat deshalb in einer aktuellen Entscheidung (BGH U. v. 02.02.2006, III ZR 61/05) einen für die Praxis interessanten Ausweg gewiesen. Im Zweifel soll keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen, wenn diese die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge hat. Das

führt gerade in den Fällen, in denen der Auftragnehmer nicht im Besitz einer Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung ist, regelmäßig zu einer Auslegung als Dienst- und Werkvertrag. Ob diese Linie, die das Risiko bei der Vertragsgestaltung deutlich minimieren würde, dauerhaft Bestand hat, insbesondere auch vom Bundesarbeitsgericht übernommen wird, lässt sich noch nicht absehen.

5. Folgen für die Praxis

a) Vertragsform

Von einer bewussten Umgehung der gesetzlichen Beschränkungen der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung kann nur abgeraten werden. Geschickte Umgehungsstrategien, z.B. die Ausübung des unmittelbaren Weisungsrechts durch Aufsichtspersonen des Verleihers und die Ausgestaltung durch Rahmenvertrag und Einzelaufträge, bieten zwar dem äußeren Anschein nach werkvertragliche Lösungen an. Wird der Arbeitseinsatz aber tatsächlich vom Entleiher gesteuert, liegt trotzdem ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vor.

? Für die Praxis gilt: Nach Möglichkeit die richtige Vertragsform wählen und Umgehungsstrategien unbedingt vermeiden.

b) Regelung des Gesetzberaites

Da die Abgrenzung nicht klar definiert ist, gibt es eine Vielzahl von Grenzfällen. Insbesondere bei längerfristigen Einsätzen, bei denen Mitarbeiter des Auftragnehmers in ein Projektteam beim Auftraggeber eingebunden sind, ist das Risiko der Einordnung als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung hoch. Es empfiehlt sich, die Abgrenzungsproblematik offen anzusprechen und Regelungen zu den Punkten zu treffen, die für die Abgrenzung besonders bedeutsam sind. Insbesondere sollten folgende Punkte im Vertrag geregelt werden:

- Mit dem Vertrag ist eine Arbeitnehmerüberlassung nicht gewollt (Konsequenzen aus der oben unter 4 c) zitierten BGH-Entscheidung).
- Es besteht kein Anspruch des Auftraggebers auf Überlassung bestimmter Mitarbeiter.
- Das Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern bleibt beim Auftragnehmer.
- Soweit eine Einbindung des Arbeitnehmers in die betriebliche Organisation des Einsatzbetriebes wegen der Art der Beschäftigung unbedingt notwendig ist, sollte die Reichweite der Einbindung geregelt und eine Begründung gegeben werden.
- Bei Werkverträgen:

- Konkreten Leistungserfolg definieren,
- Abnahme vereinbaren,
- Kein (vollständiger) Ausschluß der Gewährleistung.

c) Auf tatsächliche Handhabung achten

Auf die Umsetzung des Vertragskonzepts ist besonders zu achten. Die beste Vertragsgestaltung nützt nichts, wenn der Vertrag anders gelebt wird. Das betrifft insbesondere die tatsächliche Organisation der Arbeitsabläufe, die Ausübung des Weisungsrechts und die nach außen sichtbare Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern des Auftraggebers und Mitarbeitern des Auftragnehmers.

? Für die Praxis gilt: Verträge richtig leben! Die Arbeitsbereiche der Mitarbeiter des Softwarehauses und der Arbeitnehmer des Auftraggebers sind soweit wie möglich zu trennen. Arbeitsabläufe und Sozialbereiche sind so zu organisieren, dass für einen außenstehenden Dritten eine Unterscheidung zwischen Angestellten des Auftraggebers und Mitarbeitern des Softwarehauses möglich ist.

d) AU-Erlaubnis beantragen

In besonderen Zweifels- und Grenzfällen empfiehlt es sich, eine Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung einzuholen. Dies vermeidet zumindest die Unwirksamkeit der Verträge und Bußgelder für Ordnungswidrigkeiten. Dabei muss beachtet werden, dass die Erlaubnis nach zwei Jahren erlischt, wenn von ihr nicht mindestens einmal Gebrauch gemacht wurde.

Dr. Reinhard Möller
Rechtsanwalt