

# / Scheinwerkverträge: Arbeitnehmerüberlassung kein Plan B mehr

12.12.2014

Compliance & Interne Ermittlungen | Arbeitsrecht

Die bisher weit verbreitete Beratungspraxis, bei Werkverträgen höchst vorsorglich eine Verleiherlaubnis für den Fall von Abgrenzungsschwierigkeiten vorzuhalten und dadurch die Begründung von Arbeitsverhältnissen zwischen den Arbeitnehmern des Werkunternehmers und dem Bestellers zu verhindern („Reservefallschirm“), scheint vor dem Aus zu stehen – dies jedenfalls legt eine jüngst ergangenen Entscheidung des LAG Baden-Württemberg (3. Dezember 2014; Az. 4 Sa 41/14) nahe. Vor verfrühter Panikmache sei gewarnt; Vorsicht ist indes sowohl für die Wirtschaft als auch für die anwaltlichen Berater angezeigt.

## Entscheidung des LAG Baden-Württemberg

Der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg, die bislang nur als Pressemitteilung vorliegt, lag folgender Fall zugrunde: Der Einsatz des Klägers bei dem Kundenunternehmen erfolgte in Erfüllung sogenannter Rahmenwerkverträge zwischen den Dritt- und dem Kundenunternehmen. Der Kläger war, wie von Anfang an geplant, voll betrieblich eingegliedert und unterstand dem fachlichen Weisungsrecht des Kundenunternehmens. Dem Kläger, der wegen dieses bloßen „Scheinwerkvertragsverhältnisses“ die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Kundenunternehmen geltend machte, wurde von diesem entgegengehalten, dass alle Drittunternehmen über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügten.

Hierin sah das LAG Baden-Württemberg – anders als noch die Vorinstanz – widersprüchliches Verhalten (§ 242 BGB). Die Parteien hätten sich während der gesamten Vertragslaufzeiten gerade außerhalb des AÜG stellen wollen und somit bewusst den durch das AÜG vermittelten Sozialschutz des Arbeitnehmers zu verhindern versucht. Da sich der Dienstleister damit nicht auf die Verleiherlaubnis berufen dürfe, sei der Arbeitsvertrag zwischen diesem und dem Arbeitnehmer nichtig. Es gilt vielmehr ein Arbeitsvertrag zum Kundenunternehmen als zustande gekommen.

## Kritik

Das LAG hält die Vertragsparteien entgegen der im Arbeitsrecht geltenden Üblichkeit am Gewollten und Vereinbarten und nicht an der praktische Durchführung des Vertrages fest. Nur so konnte das LAG konstruieren, dass die nachträgliche Berufung auf das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich ist.

Dabei ignoriert das Gericht, dass eine Verleiherlaubnis unabhängig von dem konkreten, zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bezeichneten Vertragstyp einem bestimmten Auftragnehmer generell erteilt wird. Schließlich geht es bei der Erteilung der Erlaubnis nicht um die Überlassung eines konkreten Arbeitnehmers und damit erst recht nicht um die vertragliche Grundlage dieser Überlassung, sondern um die Zuverlässigkeit des Verleihers (vgl. § 3 AÜG).

Darüber hinaus setzt sich das LAG in offensichtlichen Widerspruch zu den tragenden Gründen der BAG-Entscheidung vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, in dem dieses gerade eine Fiktion von Arbeitsverhältnissen bei existierender Verleiherlaubnis ablehnte. Das LAG missachtet damit den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, diese Rechtsfolge nur für den Fall der Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter mangels Verleiherlaubnis vorzusehen. Denn nur in diesem Fall besteht überhaupt ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers, dem mit einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher begegnet wird. Dem Arbeitnehmer, der auf Basis eines Scheinwerk- oder Dienstvertrages eingesetzt wird, bliebe hingegen noch die erlaubte Arbeitnehmerüberlassung mit *equal pay* und *equal treatment*.

Dass die Rechtsfolge der Fiktion derzeit nicht greift und damit dem vom BAG bestätigten Willen des Gesetzgebers widerspricht, ergibt sich auch aus dem anstehenden Gesetzesvorhaben, Scheinwerk- und Dienstverträge mit der Fiktion von Arbeitsverhältnissen zum Auftraggeber zu sanktionieren (siehe u. a. Gesetzesentwurf des Bundesrats vom 28.10.2013 zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen [...], BT-Drs. 18/14 S.5; Koalitionsvertrag). Eine überflüssige Idee, wenn die aktuelle Gesetzeslage diese Rechtsfolge – und sei es über den Umweg via "Treu & Glauben" – bereits hergäbe.

## Auswirkungen für die Praxis

Der Einsatz von Fremdpersonal auf Basis von Werkverträgen ist weit verbreitet und nur in seltenen Fällen tatsächlich missbräuchlich angelegt. Dennoch macht das der geplanten Gesetzesänderung vorausseilende Urteil des LAG Baden-Württemberg einmal mehr deutlich, dass dem missbräuchlichen Einsatz von Werkverträgen an allen Fronten (oftmals eher politisch, denn sachlich motiviert) entgegengewirkt wird.

Den Bedürfnissen der Praxis wird dies in seiner Generalität jedoch nicht gerecht. Probleme bereiten nicht vereinzelt schwarze Schafe, sondern die theoretisch und praktisch oft schwierige Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- oder Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung. Vor diesem Hintergrund kann das Ergebnis von Unklarheiten für die Beteiligten nur ein entweder/oder sein, und nicht die sanktionsartige Annahme einer Fiktionswirkung, die zudem die Vertragsfreiheit des betroffenen Arbeitnehmers erheblich einschränkt.

Solange indes die Entscheidungsgründe nicht veröffentlicht sind, besteht Hoffnung, dass es sich um einen nicht zu verallgemeinernden Einzelfall handelt. Jedenfalls bestehen erhebliche Bedenken, ob das BAG diese Entscheidung bei einer etwaigen Revisionseinlegung aufrechterhält. Dauerhafte Rechtsklarheit und -sicherheit wird erst die angekündigte Gesetzesänderung bringen. Dies alles ändert jedoch nichts daran, dass bereits im Vorfeld eines jeden Fremdpersonaleinsatzes eine genau Abgrenzung zwischen den in Frage kommenden Einsatzarten erfolgen und eine regelmäßige Kontrolle bereits aus Compliance-Gründen sichergestellt werden muss.

### Contact Person



**Daniel Happ**

Mitglied der Practice Group Arbeitsrecht  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

T +49 69 971477331