

## Leiharbeit und Werkvertrag 2017 – BAG zeigt der Praxis „wie es geht“!

### 2017 – FREMDPERSONAL IM FOKUS

Im April 2017 tritt mit dem "Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze" das wohl zentrale arbeitsrechtliche Reformvorhaben des Jahres in Kraft. Nachdem die verschärften Spielregeln (vgl. **Mandanteninfo 06/2016**) der Praxis noch immer reges Kopfzerbrechen bereiten, veröffentlichte das BAG Anfang des Jahres eine der seltenen Entscheidungen zu der wesentlichen **Abgrenzungsfrage** zwischen Arbeitnehmerüberlassung („AÜ“) und Werk-/Dienstvertrag („WV/DV“), die bislang ein wenig unter dem Radar geblieben ist, deren Bedeutung für die Praxis aber kaum als hoch genug bewertet werden kann.

Das liegt schlicht daran, dass das BAG – ggf. auch mit Blick auf die verschärften Spielregeln ab April 2017 – gerade bei dieser wesentlichen Abgrenzungsfrage weit verbreitete **Missverständnisse ausräumt** und den Unternehmen wertvolle Hinweise gibt, wie die umfassenden Risiken im Zusammenhang mit dem Einsatz von Fremdpersonal in den Griff zu bekommen sind.

### BAG ZU MISSVERSTÄNDNISSEN BEI ABGRENZUNG

Die Entscheidung (BAG vom 20.09.2016 – 9 AZR 735/16) betraf die bekannte Konstellation, in der ein Einsatzunternehmen einen bestimmten Produktions- oder Dienstleistungsprozess – hier war es der Besucherservice in einem Museum – fremdvergiht und durch einen Drittanbieter mit eigenem Personal erledigen lässt („Outsourcing“).

**So weit, so klar:** Das BAG hat bereits in der Vergangenheit bei Klagen von Fremdpersonal, die sich aufgrund einer angeblich illegalen AÜ auf ein (fingiertes) Arbeitsverhältnis zum Einsatzunternehmen berufen haben, stets betont, dass solche Einsätze auch auf Basis von WV/DV möglich sind. Für die insoweit maßgebliche Abgrenzung komme es darauf an, in wessen Betrieb das Fremdpersonal eingegliedert ist und wessen Weisungen es unterliegt. Dies ergebe sich aus den ausdrücklichen Vereinbarungen und der praktischen Vertragsdurchführung, wobei letztere im Fall eines Widerspruchs maßgeblich sein soll.

**So weit, so unklar:** Denn an dieser Stelle begannen weit verbreitete Missverständnisse, da viele Unternehmen – so wie das LAG in der Vorinstanz – die Vertragsgestaltung mit dem Verweis auf die „letztlich maßgebliche Durchführung“ nicht hinreichend ernst genommen haben.

**Andere Ansicht – nunmehr – BAG!** Und damit nicht genug, wie ein Blick auf die beiden Kernaspekte zeigt:

- Das BAG betont erstens die Bedeutung der **Vertragsgestaltung**, wobei es neben „harten“ vertraglichen Rechten und Pflichten (Weisungsbefugnis, verpflichtende Teilnahme an Schulungen und Einweisungen etc.) auch „weiche“ Fakten wie einzelne Formulierungen („gestelltes Personal“) für die Abgrenzung heranzieht.
- Zudem soll eine hiervon abweichende **Vertragsdurchführung** auch nur dann relevant sein, wenn sie „von

*dem Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Parteien umfasst war“, was wiederum voraussetzt, dass „die zum Vertragsschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie zumindest billigen.“*

Letzteres birgt Sprengstoff, denn das BAG führt die zuvor angedeutete Rspr. fort und betont in äußerster Radikalität die Privatautonomie, indem die praktische Durchführung nur als Auslegungshilfe zur Ermittlung des Vertragsinhalts dient und insoweit auch die Kenntnis/Billigung der „zum Vertragsschluss berechtigten Personen“ (!) voraussetzt.

### WIE ES GEHT: CONTRACTOR COMPLIANCE

Für die notwendigen Präventivstrategien in der Praxis bedeutet dies, ein verstärktes Augenmerk auf den Aspekt einer **sorgfältigen Vertragsgestaltung** zu legen, die einzelne Details einschließlich „harter“ und „weicher“ Faktoren in den Blick nimmt (v.a. Regelung der Weisungsrechte, Kontaktstellen). Zudem darf aber auch die **Vertragsdurchführung** nicht in Vergessenheit geraten. Auch wenn das BAG Anforderungen für die Zurechnung einer abweichenden Praxis stellt, bildet dies primär ein Verteidigungsargument, wenn das „Kind in den Brunnen gefallen“ ist. Allein die parallele Rspr. der Sozial- und Strafgerichte zeigt, dass diese in derartigen Fällen nicht so sehr den Gedanken der Privatautonomie, sondern die faktische Eingliederung im Blick haben. Ergänzende Maßnahmen – bspw. **Schulungen, Audits oder Hinweisgebersysteme** etc. – bleiben also auch in Zukunft unerlässlich.

Sofern die zunehmende gesetzliche Regulierung der Leiharbeit ab 2017 jedenfalls in Teilen eine weitere Flucht in Werkverträge erwarten lässt, diese durch den Wegfall des sog „Fallschirms“ (vgl. **Mandanteninfo 02/2016**) aber nicht gerade risikoärmer werden, bleibt eine derart umfassende „Contractor Compliance“ notwendig.

Weitere Hinweise dazu finden Sie auf unserer **Website**, in unserem jüngst erschienenen **Buch** „Contractor Compliance“ und weiteren **Seminaren** zum Thema „AÜG und (Schein-)Werkvertrag 2017“ in Frankfurt (16.03.17) und Düsseldorf (01.06.17).

Gerne nehmen wir Sie auf den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters auf. Schicken Sie uns zu diesem Zweck einfach eine kurze **Mail**.

### ANSPRECHPARTNER



**Dr. Thilo Mahnhold**  
t.mahnhold@justem.de



**Dr. Daniel Klösel**  
d.kloesel@justem.de

www.justem.de