

Scheinwerkvertrag mit Überlassungserlaubnis – Ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung?

Hinweis auf Aufsatz von Wolfgang Hamann und Tanja Rudnik in „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“, 08/2015, Seite 449 - 455

Inhalt siehe Datenbank Fachaufsätze:

[UV12015080956](#)

Der Aufsatz behandelt die Wirkung einer **vorsorglich eingeholten behördlichen Erlaubnis bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung**.

Hintergrund der Abhandlung ist, dass es früher dem „Scheinwerkunternehmer“, der tatsächlich Verleiher war, häufig an der erforderlichen Überlassungserlaubnis gefehlt habe. Heute seien die beteiligten Unternehmen dazu übergegangen, sich bei der Fremdvergabe betrieblicher Aufgaben bereits vorsorglich eine Überlassungserlaubnis zu beschaffen. Bisher sei meist davon ausgegangen worden, dass diese Maßnahme funktioniere, um die Illegalität der „getarnten“ Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden. Nunmehr seien jedoch in der Literatur **Zweifel an der Wirkung einer vorsorglichen Überlassungserlaubnis** geäußert worden, denen in dem Aufsatz nachgegangen werden soll.

Eine **Möglichkeit, „dem AÜG auszuweichen“** und **dennoch zusätzliches Personal zu erlangen**, sei mittlerweile das **„Inhouse-Outsourcing“** (**Hinweis:** ausgesonderte Aufgaben werden im verlagernden Betrieb durch eine Fremdfirma erledigt) **über Werkverträge** geworden. Um das Risiko für den Fall der Aufdeckung der „getarnten“ Arbeitnehmerüberlassung zu minimieren, habe der Auftragnehmer vorsorglich eine Überlassungserlaubnis „in der Schublade“. Für den Entleiher von zentraler Bedeutung sei hierbei die Frage, ob bei einem Scheinwerkvertrag ein Arbeitsverhältnis mit dem Leiharbeiter zu Stande kommt. Nach hM sei dies nicht der Fall, wenn der Verleiher über eine (Vorrats-)Überlassungserlaubnis verfüge. Nach aA soll jedoch bei Scheinwerkverträgen eine vorsorglich eingeholte Erlaubnis die Sanktionen des AÜG – einschließlich des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher - nicht verhindern können. Die Autoren weisen demgegenüber darauf hin, dass sich die **Wirksamkeit der Erlaubnis nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften** richte; aus der Absicht des Antragstellers, die Erlaubnis nicht „offiziell“ für die Arbeitnehmerüberlassung zu nutzen, könne man somit **nicht die Unwirksamkeit der Überlassungserlaubnis herleiten**. Eine **einschränkende Auslegung** der Erlaubnis (Geltung nur für offene Überlassung) komme ebenfalls **nicht in Betracht** (s. S. 450 des Aufsatzes). Auch eine **analoge Anwendung** der **§§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG** sei abzulehnen; die Gründe, mit denen das **BAG** einer **Analogie** dieser Normen bei der **Dauerüberlassung widersprochen** habe, seien **auf Scheinwerkverträge übertragbar**. Im Weiteren wird daher eine **rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Überlassungserlaubnis** und deren Konsequenzen geprüft, da Verleiher und Entleiher dem Arbeitnehmer die Tatsache vorspiegeln, er werde im Rahmen eines Werkvertrages eingesetzt. Dennoch **dürfe sich der Entleiher trotz seines rechtsmissbräuchlichen Vorverhaltens auf die Überlassungserlaubnis berufen; ein Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Leiharbeiter entstehe nicht**, da es auch bei einer offenen Arbeitnehmerüberlassung nicht zu dieser Rechtsfolge gekommen wäre.

Gleichwohl gäbe es beim **Scheinwerkvertrag** verschiedene **Risiken für die Unternehmer**. Zunächst weisen die Autoren auf den **Gleichstellungsanspruch des Leiharbeitnehmers** gegen den Vertragsarbeitgeber hin, wonach dieser dem überlassenen Arbeitnehmer die im Betrieb des Auftraggebers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen **einschließlich des Arbeitsentgelts** zu gewähren habe. Außerdem stehe für den Leiharbeiter der Entleiher als zusätzlicher Haftungsschuldner zur Verfügung. Der **Entleiher hafte** - entsprechend § 28 e Abs. 2 S. 1 und 2 SGB IV für vom Verleiher nicht abgeführte

Sozialversicherungsbeiträge - **wie ein selbstschuldnerischer Bürge** für die Erfüllung der Ansprüche des Leiharbeitnehmers gegen seinen Vertragsarbeitgeber.

Die größte **Schwierigkeit bei der Durchsetzung** dieser Ansprüche liege **für den Arbeitnehmer** jedoch in der ihm obliegenden **Darlegungs- und Beweislast**, die nach Auffassung der Autoren umgekehrt werden sollte.

Schließen die Parteien „offiziell“ einen Werkvertrag, obwohl tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung gewollt sei, so sei als weitere Konsequenz der **Werkvertrag nichtig**. Dem Leiharbeitnehmer stünden ferner bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung **Differenzvergütungsansprüche gegen den Verleiher** zu, der die **darauf entfallenden Sozialversicherungsabgaben** (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile) **nachzuentrichten** habe. Der Entleiher hafte hierfür gemäß § 28 e Abs. 2 S. 1 und 2 SGB IV wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Nachfolgend werden auch Konsequenzen für Ver- und Entleiher im Hinblick auf ordnungswidriges oder sogar strafbares Handeln untersucht (s. S. 454 f des Aufsatzes).

Die Autoren prüfen sodann, welche **präventiven Maßnahmen der Erlaubnisbehörde** bei einer unter dem Deckmantel eines Werkvertrages betriebenen Arbeitnehmerüberlassung zur Verfügung stehen. Eine **Beschränkung der Erlaubnis auf die offene Arbeitnehmerüberlassung** finde jedoch **im AÜG keine Grundlage**. Auch eine **Versagung der Verlängerung** bestehender Erlaubnisse komme in diesen Fällen letztlich nicht in Betracht.

Als **Fazit** der Abhandlung halten die Autoren fest, dass **Scheinwerkverträge** nach wie vor **weit verbreitet** seien, woraus nur gefolgert werden könne, dass aus Sicht der beteiligten Arbeitgeber die **erstrebten wirtschaftlichen Vorteile die drohenden Risiken überwiegen** würden. Außerdem seien die drohenden **Sanktionen** für die beteiligten Unternehmen **kalkulierbar**. Um Scheinwerkverträgen mit vorsorglicher Überlassungserlaubnis effektiv entgegenwirken zu können, müsse sowohl der **Nachweis von Scheinwerkverträgen erleichtert, als auch die Sanktionen verschärft werden**.