

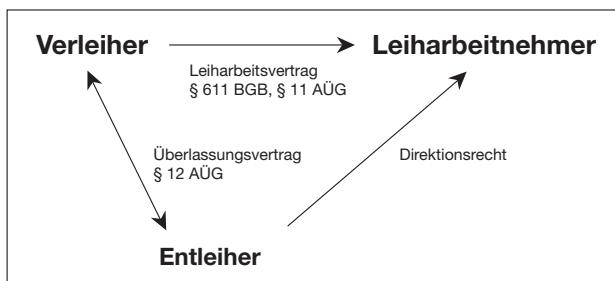
Sie wurden meist als Instrumente „vermittlungsorientierter Arbeitnehmerüberlassung“ bezeichnet, da ihre Tätigkeit darin bestand, Arbeitnehmer zu überlassen mit dem Ziel, ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem überlassenen Arbeitnehmer anzubauen. Personal-Service-Agenturen sollten Arbeitslose einstellen, diese weiterqualifizieren und durch die Überlassung eine Beschäftigung außerhalb der Personal-Service-Agenturen vermitteln.

Nach den Erörterungen in den Vorschlägen der sog. Hartz-Kommission wurde diese als „Klebeeffekt“ bezeichnete Anbahnung eines dauerhaften Arbeitsverhältnisses für über 50 % der Vermittlungsfälle prognostiziert. Tatsächlich wurde die Übernahme von Leiharbeitnehmern in feste Anstellungsverhältnisse zuletzt bei etwa einem Viertel der Leiharbeitnehmer genannt.

## 5. Begriff der Arbeitnehmerüberlassung und andere Formen des Fremdpersonaleinsatzes

### 5.1 Begriff und Rechtsgrundlagen der Arbeitnehmerüberlassung

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz bietet wie oben bereits dargestellt keine verlässliche Definition des Begriffs der Arbeitnehmerüberlassung. In § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist insoweit lediglich die Rede von dem Arbeitgeber, der im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit als Verleiher einem dritten Entleiher Arbeitnehmer vorübergehend zur Arbeitsleistung überlässt. Das Gesetz setzt die Definitionen dieser Begriffe für die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen voraus.



Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn ein Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten (Entleiher) aufgrund einer Vereinbarung, vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die der

Entleiher nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer einsetzen kann (BAG vom 3.12.1997, 7 AZR 764/96, DB 98, 1520).

Weiterhin geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass ein Arbeitnehmer nicht bereits dann einem anderen Arbeitgeber überlassen wird, wenn er aufgrund seines Arbeitsvertrages Weisungen des anderen Arbeitgebers zur Arbeitsleistung zu befolgen hat. Es ist zusätzlich erforderlich, dass der Arbeitnehmer vollständig in den Betrieb des anderen Arbeitgebers eingegliedert ist und für diesen, und nicht weiterhin für seinen ursprünglichen Arbeitgeber, tätig ist.

Darin besteht der wesentliche Unterschied zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und der Arbeitsvermittlung.

Bei der Arbeitsvermittlung geht es darum, den Abschluss eines Arbeitsvertrages und die Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses mit einem Dritten herbeizuführen.

Mit der Vermittlung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber soll anschließend nur noch das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber bestehen, eine Anbindung an den Vermittler besteht dann nicht mehr. Der Arbeitsvermittler beendet regelmäßig seine vertraglichen Beziehungen zu dem vermittelten Arbeitnehmer mit der erfolgreichen Vermittlung. Anders als bei der Arbeitsvermittlung, bei der die Beziehungen zwischen dem Überlassenden und dem überlassenen Arbeitnehmer mit der Vermittlung enden, bestehen bei der Arbeitnehmerüberlassung die Rechtsbeziehungen zwischen beiden fort. Zwischen dem Überlassenden und dem überlassenen Arbeitnehmer bleibt auch während der Zeit der Tätigkeit in dem fremden Betrieb des Entleihers ein Rechtsverhältnis bestehen. Der entleihende Arbeitgeber verfolgt nicht das Ziel, den Leiharbeitnehmer an einen anderen Arbeitgeber dauerhaft abzugeben, sondern er stellt Arbeitskräfte zur Verfügung und behält dabei gegenüber diesen Arbeitskräften seine formale Arbeitgeberstellung bei.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfasst begrifflich nur den **drittbezogenen Personaleinsatz**. Dementsprechend stellt das Bundesarbeitsgericht für die Voraussetzungen des Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassung darauf ab, dass der Arbeitnehmer in einem Drittbetrieb tätig wird.



### **WICHTIG!**

Für Auszubildende gelten ebenfalls besondere Regelungen. Für die Auszubildenden liegt bei der Überlassung an andere Arbeitgeber zu Ausbildungszwecken, beispielsweise im Rahmen eines Ausbildungsverbundes, keine Arbeitnehmerüberlassung vor.

Probleatisch ist die Beteiligung von mehr als zwei Parteien als Verleiher und Entleiher an der Arbeitnehmerüberlassung. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt zwar auch vor, wenn zwischen dem Verleiher und dem Entleiher eine dritte Person steht. Solche Zwischen- oder Kettenverleihe ließ das AÜG schon bislang nicht zu. Verleih der Entleiher als Zwischenperson den Leiharbeitnehmer an einen weiteren Entleiher, wird er dadurch nicht Arbeitgeber (Verleiher) des Leiharbeitnehmers. Arbeitgeber und (einziger) Verleiher bleibt der ursprüngliche Verleiher und rechtliche Arbeitgeber. Dem Zwischenverleiher wäre die Einhaltung von Vorschriften aus dem AÜG (z. B. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG) nicht möglich gewesen.

Der Weiterverleih und damit jede Form des Kettenverleihs sind nunmehr durch § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG ausdrücklich untersagt. Die Überlassung kann danach nur zulässig sein, wenn zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.

### **Beispiel:**

---

Der Verleiher A überlässt einen Leiharbeitnehmer an den Entleiher B. B wiederum tritt gegenüber einem weiteren Entleiher C als Verleiher auf und überlässt diesem den Leiharbeitnehmer weiter.

Der Entleiher B kann jedoch mangels Arbeitgebereigenschaft keinen Leiharbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer erfüllen. Er ist nicht in der Lage, im Rahmen des Gleichstellungsgrundsatzes die bei C üblichen Arbeitsbedingungen (z. B. das Entgelt) zu gewähren, denn die Vergütung etc. erhält der Leiharbeitnehmer von dem Verleiher A.

Dieser Kettenverleih ist unzulässig und kann als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bis zu 30 000 Euro sanktioniert werden, § 16 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 AÜG. Außerdem gelten nach § 10a AÜG auch hier die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 AÜG: Existiert für den Verleih keine Überlassungserlaubnis oder ist die Höchstüberlassungsdauer überschritten, wird das Arbeitsverhältnis zum Erstverleiher unwirksam und es entsteht das Fiktionsarbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb.

Mit der ab 1.4.2017 geltenden Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. Abs. 1b AÜG ist die Überlassung nur noch bis zur einer fest geregelten Höchstüberlassungsdauer erlaubt. Diese beträgt im Normalfall 18 Monate (§ 1 Abs. 1b AÜG).

Bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer werden nur Zeiten ab dem 1.4.2017 berücksichtigt. Zukünftig sind bei einer Unterbrechung der Überlassung dann alle Zeiten bei demselben Entleiher relevant, die weniger als 3 Monate zurückliegen. Bei einer Unterbrechung von mindestens 3 Monaten kann derselbe Leiharbeitnehmer also wieder bis zur Grenze der Höchstüberlassungsdauer an denselben Entleiher überlassen werden.

Die Überlassungshöchstdauer wird „arbeitnehmerbezogen“, nicht „arbeitsplatzbezogen“ betrachtet, d. h. es kommt auf die Einsatzzeiten desselben Leiharbeitnehmers bei einem Unternehmen an. Es spielt keine Rolle, ob der Leiharbeitnehmer in dieser Zeit auf unterschiedlichen Arbeitsplätzen oder in unterschiedlichen Betrieben des entliehenden Unternehmens tätig war.

Die Verleihzeiten bei einem Entleiher werden auch zusammengerechnet, wenn der Leiharbeitnehmer von verschiedenen Verleihunternehmen dorthin überlassen wurde.

Wird die Höchstüberlassungsdauer überschritten, entsteht wie bisher bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher. Der Leiharbeitnehmer hat allerdings die Möglichkeit, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher schriftlich zu widersprechen. Ein „vorsorglich“ erklärter Widerspruch – etwa bereits zu Beginn der Überlassung – wird aber nicht wirksam sein.

In der Historie war nach der Definition des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der ab 1.12.2011 bis zum 30.3.2017 geltenden Fassung die Überlassung von Arbeitnehmern nur vorübergehend zulässig. Der Begriff „vorübergehend“ war bereits zuvor Teil der Definition der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur „vorübergehenden“ Überlassung zwischen Konzernunternehmen ist der Begriff weitläufig zu verstehen und bedeutet im Wesentlichen „im Voraus zeitlich begrenzt“ (BAG v. 10.3.2004, NZA 2004, S. 1340, BAG v. 20.4.2005, NZA 2005, S. 1006). Es konnte sich also durchaus um eine mehrjährige Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber handeln. Dabei musste allerdings gewährleistet bleiben, dass dem Leiharbeitnehmer im Anschluss an die Überlassungsdauer eine weitere Beschäftigung bei seinem Arbeitgeber (dem Verleiher) sichergestellt ist. Von einem vorübergehenden Arbeitseinsatz konnte jedenfalls nicht mehr gesprochen werden können, wenn weder aus der Vereinbarung der Überlassung noch aus den Umständen der Tätigkeiten, etwa Dauer eines Projekts oder Fertigstellung einer bestimmten Anlage sich ein Ende der Überlassung erkennen ließ.

Seit der Neufassung des § 1 AÜG im Jahr 2011 war kontrovers diskutiert worden, ob die Regelung nur einen unverbindlichen Programmsatz enthält (LAG Niedersachsen 14.11.2012 – 12 TaBV 62/12, ArbR Aktuell 2013, S. 137; Lembke BB 2012, S. 2597) oder ein Verbotsgesetz darstellt, das die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung untersagt (LAG Niedersachsen 9.9.12 – 17 TaBV 124/11, ArbR Aktuell 2012, S. 592; Böhm DB 2012, S. 918). Das BAG hat durch eine Entscheidung im Jahr 2013 klargestellt, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verbiete. Die Vorschrift diene dem Schutz des Leiharbeitneh-

mers und solle eine dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft des Entleiherbetriebes in eine Stammbelegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern (BAG 10.7.13 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, S. 1296).

Es blieb aber weiter unklar, was genau unter einem vorübergehenden Einsatz zu verstehen war und welche Überlassungsdauer zulässig bleibt. Teilweise wird auf die Wertungen des TzBfG zurückgegriffen (Teusch/Verstege NZA 2012, S. 1326), teilweise an einen aus dem Konzernprivileg stammenden Fünfjahreszeitraum angeknüpft oder die Auffassung vertreten, der Begriff „vorübergehend“ sei als flexible Zeitkomponente zu verstehen; es sei deshalb nicht erforderlich, dass der Einsatz des Leiharbeitnehmers von vornherein zeitlich befristet sei (so das LAG Düsseldorf 2.10.2012 – 17 TaBV 48/12, NZA 2012, S. 1378).

Zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer sollte aber bis dato kein Arbeitsverhältnis zustande kommen, wenn die Überlassung entgegen § 1 Abs. 1 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt (s.a. Thüsing NZA 2013, S. 1248, DB 2012, S. 918; BAG 29.4.2015 – 9 AZR 883/13, ArbRAktuell 2015, 350).



### **WICHTIG!**

Die Rechtsgrundlagen für die zulässige Überlassungsdauer stammen zum einen aus unterschiedlichen Quellen, nämlich Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung. Sie bestehen zum anderen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen in den Einsatzbranchen bzw. Einsatzbetrieben. Der Entleiher kann sich also nicht darauf verlassen, dass dem Verleiher die im Einzelfall zulässige Überlassungsdauer bekannt ist.

## **5.2 Compliant Sourcing – Abgrenzung verschiedener Formen des Fremdpersonaleinsatzes**

Die richtige rechtliche Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt, welcher Art das vollzogene Vertragsverhältnis ist, ist für vielfältige Fragen im Zusammenhang mit der Beschäftigung besonders wichtig. Sie ist nicht allein entscheidend für die Frage der Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes an sich, sondern hat neben den arbeitsrechtlichen Fragen vor allem Bedeutung für die sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Behandlung des Beschäftigten. Nicht zuletzt entscheidet sich mit der richtigen Abgrenzung des Leiharbeitsverhältnisses von anderen drittbezogenen Beschäftigungsverhältnissen auch, ob Ordnungswidrigkeiten oder strafrechtlich relevante Sachverhalte verwirklicht werden. Solche werden z. B. durch die Verletzung des AÜG selbst verwirklicht (§ 16 AÜG) oder durch die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber (§ 267b StGB).



### **TIPP!**

Vor dem Hintergrund gravierender Rechtsfolgen ist den an der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Unternehmen ständig zu raten, auf die sorgfältige Einordnung der Beschäftigungsverhältnisse besonderen Wert zu legen.

Im Bereich des Zivilrechts gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit hinsichtlich des Inhaltes und des Abschlusses von Verträgen. Verträge unterliegen aber der verfassungsmäßigen Ordnung, d. h. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien folgen nicht nur aus dem Vertrag selbst, sondern auch aus den Gesetzen zur Regelung des Rechts der verschiedenen Vertragstypen. Für die Arbeitnehmerüberlassung ist die Vertragsfreiheit z. B. durch § 9 AÜG eingeschränkt.

Für die Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber anderen Vertragstypen sind die vertraglich fixierten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sowie die vertragsgemäße Abwicklung maßgeblich (BAG v. 15.4.2014 – 3 AZR 395/11, NZA-RR 2012, 455). **Welche Bezeichnung oder Überschrift der Vertrag selbst trägt, hat keine Bedeutung.** Dieser Grundsatz wird durch § 1 Abs. 1 AÜG für den Fall, dass ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegen soll, de facto durchbrochen. Eine gesetzeskonforme Arbeitnehmerüberlassung wird im Ergebnis nur noch anerkannt, wenn ein als Arbeitnehmerüberlassung bezeichneter Vertrag bei konkretisierter Nennung der überlassenen Arbeitnehmer vorliegt. Das vorsorgliche Vorhalten der Zulässigkeitsvoraussetzungen (etwa einer AÜG-Erlaubnis) bei Werkverträgen ist daher nicht mehr möglich.

Auch die von den Parteien gewünschten Rechtsfolgen der Bezeichnungen im Vertrag legen die rechtliche Einordnung des Vertrages aber nicht zwingend fest. Der Vertrag wird, beurteilt an seinem Inhalt, zwingend einer gesetzlichen Rechtsform zugeordnet (sog. **Rechtsformzwang**). Damit wird verhindert, dass Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer durch besondere Vertragsgestaltung und Formulierung umgangen werden. Dem folgend wird in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die Abgrenzung der verschiedenen Vertragstypen nicht allein auf den Vertragsinhalt, sondern vor allem auf die tatsächliche Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses durch die Vertragsparteien abgestellt, und zwar im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung. Im Zweifel ist dabei die tatsächliche Durchführung vorrangig für die Beurteilung der Frage, was für ein Vertrag besteht. Denn der geschlossene Vertrag richtet sich nach dem Willen der Vertragsparteien, der sich am ehesten aus der tatsächlichen Durchführung erkennen lässt.



### **WICHTIG!**

Für die Abgrenzung der Vertragsverhältnisse ist nicht der Vertragstext entscheidend, sondern das, was die Parteien tatsächlich vollziehen und zum Geschäftsinhalt machen. Die Abgrenzung ist also nicht nur beim Vertragsschluss zu beachten, sondern, wenn sich schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Durchführung des Vertrages widersprechen, vor allem in der täglichen Praxis der Durchführung eines Vertrages. Dieser allgemeingültige zivilrechtliche Grundsatz gilt hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung aber nur in eine Richtung. Ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag selbst kann nämlich nur als solcher behandelt werden, wenn er ausdrücklich im Vertrag so bezeichnet ist. Diese Kennzeichnungspflicht für Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt gemäß § 1 Abs. 1 AÜG seit dem 1.4.2017.

Das Bundesarbeitsgericht wendet zur Prüfung des tatsächlich vorliegenden Vertragsverhältnisses ein **dreistufiges Prüfungsverfahren** an. Auf der ersten Stufe werden die ausdrücklichen Vereinbarungen im Vertrag geprüft. Auf der zweiten Stufe untersucht das Gericht die tatsächliche Durchführung. Zuletzt wird auf der dritten Stufe eine abschließende Gesamtbetrachtung durch das Gericht vorgenommen. Dabei werden alle Indizien, die für und wider einen bestimmten Vertragstyp sprechen, gegeneinander abgewogen. Soweit es sich um langfristige vertragliche Beziehungen handelt, ist ein engerer Zeitraum für die Frage zugrunde zu legen, ob die Vertragsparteien von anderen als in den Verträgen schriftlich vereinbarten Rechten und Pflichten ausgegangen sind. Entscheidungserheblich sind nach dem Bundesarbeitsgericht nicht untypische Einzelfälle, sondern die durchgängige Vertragspraxis (BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, S. 19; BAG v. 18.1.12, NZA-RR 2012, S. 455). Der Bundesgerichtshof hat bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassungs- und Dienstvertrag nach dem Grundsatz geurteilt, dass im Zweifel der Auslegung Vorzug zu geben ist, die nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führt. Dies sei in dem Fall, in dem die Überlassungserlaubnis fehlt, regelmäßig nicht der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (BGH v. 2.2.2006, AuA 2006, S. 302).

### **5.2.1 Abgrenzung zum Werkvertrag**

In der Gesetzesbegründung zum AÜG liegt eine Arbeitnehmerüberlassung nicht vor, wenn Arbeitnehmer aufgrund von Verpflichtungen ihres Arbeitgebers aus einem Werkvertrag im Betrieb eines Dritten tätig werden. In der werkvertraglichen Vergabe von Arbeitsaufgaben innerhalb des eigenen Betriebs sind die unternehmerischen Instrumente der **Fremdvergabe** oder des sog. **Outsourcing** beheimatet. Als solche sind sie vom Bundesarbeitsgericht als nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zulässige Gestaltungsmittel anerkannt.

Bei drittbezogenem Personaleinsatz durch einen Werkvertragsunternehmer liegt die Organisation der Durchführung des Auftrages einschließlich aller dafür notwendigen Maßnahmen und Handlungen beim beauftragten Werkvertragsunternehmer, der dafür seine Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen einsetzt. Der Werkvertragsunternehmer bleibt aber selbst für die Erfüllung des im Werkvertrag verabredeten Auftrages, des „Werkes“, verantwortlich. Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Abgrenzung von der Arbeitnehmerüberlassung.

Bei der Arbeitnehmerüberlassung erhält der Entleiher lediglich die Arbeitskräfte zur Verfügung und zum Einsatz in seinem eigenen Betrieb. Der Entleiher setzt die ihm zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitskräfte nach seinen eigenen Vorstellungen und Weisungen in seinem Betrieb ein. Die Erfüllung eines bestimmten Arbeitserfolges im Sinne der Herstellung eines zuvor verabredeten Werkes vereinbaren Verleiher und Entleiher nicht. Dies bleibt Sache des Entleihers, in dessen Betrieb die Arbeitskräfte eingesetzt werden.

#### **5.2.1.1 Inhalt des Werkvertrages**

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung werden gefestigte Kriterien für die Beschreibung eines Werkvertrages herausgestellt. Diese sind:

- ▶ eine Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses,
- ▶ die unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller, die Erstellung des Werkes im Betrieb des Bestellers,
- ▶ das Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern (Erfüllungsgehilfen),
- ▶ das Tragen des unternehmerischen Risikos, insbesondere der Gewährleistung durch den Werkunternehmer.

#### **5.2.1.2 Gegenstand des Werkvertrages**

Voraussetzung für die wirksame Vereinbarung eines Werkvertrages nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 631 ff. BGB) ist die Vereinbarung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkvertragsunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses.

Dazu ist erforderlich, dass die Leistung des beauftragten Unternehmers, das zu erstellende Werk, von Beginn an genau bezeichnet und beschrieben ist. Im Werkvertrag wird klar definiert, mit welchem Ziel der beauftragte Werkunternehmer tätig wird. Es ist aber ausreichend, wenn im Werkvertrag einzelne Arbeitsschritte oder Realisierungsstufen bezeichnet

## Verschiedene Formen des Fremdpersonaleinsatzes

---

sind, beispielsweise die Installation einzelner System- und Softwarekomponenten zur Erstellung eines Personalverwaltungssystems. Bezeichnet der Vertrag dagegen nicht das Ergebnis der Arbeit, sondern eine bestimmte Arbeitsleistung („Mitarbeit im Betrieb“), so ist davon auszugehen, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes nicht beabsichtigter Vertragsgegenstand war, sondern eine Arbeitsleistung. Dies entspricht wiederum dem Wesen des Arbeitsvertrages.

Typisches Wesen des Werkvertrages ist also das erfolgsbezogene Tätigwerden der im Betrieb des Auftraggebers tätig werdenden Arbeitskräfte des Werkvertragsunternehmers.

Das Arbeitsergebnis, welches durch den Einsatz des Werkvertragsunternehmers erreicht werden soll, ist weiterhin von dem Tätigwerden und den Arbeitsergebnissen der eigenen Arbeitskräfte im Betrieb abzugrenzen.



### ACHTUNG!

Diese Abgrenzung ist problematisch, wenn Arbeitnehmer des Auftraggebers mit den Tätigkeiten des Werkvertragsunternehmers vergleichbare Arbeitsaufgaben im Betrieb des Auftraggebers erledigen.

#### ► Beispiel:

Das Küchenpersonal in der Kantine des Unternehmens X AG soll durch zusätzliche Arbeitskräfte unterstützt werden. Die Geschäftsleitung der X AG schließt dazu einen Werkvertrag mit einem Caterer ab, der fortan seine Arbeitnehmer in der Kantine der X AG Gerichte für die Mitarbeiter der X AG zubereiten lässt. Nebenher sind aber weiterhin auch die Mitarbeiter der X AG in der Kantine tätig.

In diesem Fall bereitet die Abgrenzung des vereinbarten Arbeitsergebnisses des Caterers von den arbeitsvertraglichen Tätigkeiten der Arbeitnehmer X AG Schwierigkeiten.

Für die Arbeitskräfte des Werkvertragsunternehmers ist charakteristisch, dass sie nach dessen Weisungen tätig werden, und in dessen betrieblicher Organisation eingegliedert bleiben. Wenn die Mitarbeiter des Caterers in unserem Beispiel Hand in Hand mit den Mitarbeitern der X AG in der Kantine tätig werden, könnte aufgrund der nicht mehr erkennbaren Abgrenzung diese Trennung verloren gehen und das vom Caterer zur erstellende Werk nicht mehr ausreichend von dem Arbeitsergebnis der Arbeitnehmer der X AG-Mitarbeiter abgrenzbar sein. Es spricht dann die tatsächliche Durchführung des Vertrages mehr für eine Arbeitnehmerüberlassung als für das Tätigwerden im Rahmen eines Werkvertrages.

Betrachtet man den Vertragsgegenstand, so können bereits die formulierten Vertragsinhalte gegen das Vorliegen eines Werkvertrages sprechen, wenn zum Beispiel lediglich die Leistung einfacherer Arbeiten benötigt wird, die zu keinem bestimmten Ergebnis (im Sinne eines Werkes) führen wird.

Solche Vertragsinhalte sind zum Beispiel

- ▶ Botendienste,
- ▶ einfache Dateneingabe oder Schreibarbeiten,
- ▶ Bedienung einzelner Maschinen in einem Produktionsprozess,
- ▶ Zeichenarbeiten etc.

Auch spricht eine zu genaue Aufteilung der einzelnen Arbeitsschritte und Stufen der Fertigstellung des Arbeitsergebnisses wie das Aufteilen in die Erstellung von Schweißnähten, Schneidearbeiten, Montageschritten im Vertrag mehr dafür, dass das Ergebnis der Tätigkeit weniger Vertragsgegenstand ist, als die Arbeitsleistung an sich. Auch in solchen Fällen wird nicht von einem Werkvertrag ausgegangen werden.

Aus dem schriftlich vereinbarten Inhalt des Vertrages kann oft bereits eine Abgrenzung dahingehend vorgenommen werden, ob zwischen den Vertragsparteien ein Werkvertrag vereinbart werden sollte. Allgemeine Formulierungen im Vertrag, die nur eine Vorgehensweise oder Tätigkeit beschreiben, sprechen in der Regel gegen das Vorliegen eines Werkvertrages, wenn aus dem Vertrag nicht genau erkennbar ist, durch wen und mit welchem genauen Ziel die Arbeiten vorgenommen werden sollten. Das zu erstellende Werk muss bereits im Vertrag genau und präzise beschrieben sein.

Um aus dem Vertrag im Zweifel schließen zu können, was die Vertragsparteien vereinbaren wollten, ist für das Vorliegen eines Werkvertrages also die Formulierung des Ziels durch die präzise Beschreibung des Werkes vorrangig.



### **WICHTIG!**

---

Die Vertragsgestaltung spricht für eine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der beauftragte Unternehmer nur die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften schuldet, nicht hingegen einen bestimmten Erfolg.

In Fällen, in denen aufgrund der vertraglichen Gestaltung Zweifel an der Zuordnung zum Vertragstyp Werkvertrag bestehen, bekommen auch die Vertragsparteien umgebenden Umstände Bedeutung. So wird es gegen das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen, wenn der Werkunternehmer zur Erstellung des Werkes gegenüber dem Besteller gar nicht allein in der Lage war.

Es spielt also eine Rolle, ob der Werkvertragsunternehmer, beurteilt nach:

- ▶ seiner fachlichen Kompetenz,
- ▶ seiner Organisation und
- ▶ materiellen Ausstattung

den Auftrag, nämlich das Erstellen des Werkes beim Besteller überhaupt leisten konnte.

Weitere Kriterien, die für die Beurteilung herangezogen werden, sind beispielsweise:

- ▶ die fachliche Ausbildung und Kompetenz des Unternehmers und seiner Mitarbeiter (oder Erfüllungsgehilfen),
- ▶ seine betriebliche, büromäßige Organisation,
- ▶ Versicherungsschutz,
- ▶ besondere behördliche Genehmigungen oder Zulassungen jeweils entsprechend seinem Unternehmen,
- ▶ die technische Ausstattung mit Maschinen, Geräten und Arbeitsmitteln sowie vorhandene Materialien und sonstige Betriebsmittel.

Anhand dieser Kriterien wird unter anderem beurteilt, ob die für den Werkvertragsunternehmer wichtige unternehmerische Dispositionsfreiheit realistisch vorhanden ist. Ist der Werkvertragsunternehmer zur eigenverantwortlichen Organisation seiner Arbeiten etwa aus dem Grunde nicht in der Lage, weil sich die Kompetenz oder die wesentlichen Betriebsmittel, die für den Auftrag erforderlich sind, nur beim Besteller befinden, spricht dies dafür, dass tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, weil der vermeintliche Werkvertragsunternehmer zur Erstellung des Werkes nur die Arbeitskraft liefert, das Werk aber ohne die im Betrieb des Bestellers vorhandenen Betriebsmittel nicht erstellen und den Vertrag nicht selbstständig erfüllen kann.



### **WICHTIG!**

---

Liegt die Eigenverantwortlichkeit und unternehmerische Dispositionsfreiheit beim Auftraggeber oder Besteller, kann davon ausgegangen werden, dass der Vertragspartner nur Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die unter der Eigenverantwortung des Bestellers tätig werden. Dies spricht für einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.

Der Einsatz eigener Arbeitsmittel und eigener Betriebsmittel für die zu erledigenden Arbeiten spricht regelmäßig nicht für eine Tätigkeit im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung, wohingegen der Einsatz von Arbeitskräften mit Betriebsmitteln oder an Maschinen des Betriebsinhabers auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeutet.

#### **5.2.1.3 Eingliederung der Arbeitnehmer**

Bei dem Tätigwerden aufgrund eines Werkvertrages im Betrieb des Vertragspartners (Auftraggeber) organisiert der beauftragte Unternehmer die zur Erreichung seines wirtschaftlichen und arbeitstechnischen Ziels notwendigen Handlungen selbst, wobei er sich dabei eigener Mitarbeiter oder weiterer Unternehmer oder Personen als Erfüllungsgehilfen bedienen

kann. Der beauftragte Unternehmer bleibt aber für die Erfüllung der im Vertrag vereinbarten Dienste bzw. für die Erstellung des vereinbarten Werkes selbst verantwortlich. Darum kann ein Werkvertrag nur vorliegen, wenn der Unternehmer die Art, den Ablauf, die Organisation und Einteilung der Arbeit selbst bestimmen kann, und der Auftraggeber, in dessen Betrieb die Arbeiten stattfinden, gegenüber den vom Werkvertragsunternehmer eingesetzten Arbeitnehmern kein Weisungsrecht hat. Die Arbeitnehmer des Dienst- oder Werkunternehmers bleiben auch bei ihrer Tätigkeit in einem fremden Betrieb in dessen Organisation eingegliedert und nur dessen Weisung unterstellt (BAG 18.1.12 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, S. 455).

Bei der gegenseitigen Verteilung der vertragsmäßigen Rechte und Pflichten fallen auf den Werkvertragsunternehmer neben der generellen Entscheidung über die Auswahl der eingesetzten Arbeitnehmer regelmäßig die Entscheidungen über:

- ▶ die Einarbeitung und Ausbildung der Arbeitnehmer,
- ▶ die Festlegung der Arbeitszeit und der Pausen, einschließlich der Anordnung von Mehrarbeit,
- ▶ die Gewährung von Urlaub und Freizeit,
- ▶ Kontrolle von Anwesenheit und Arbeitsleistung der Arbeitnehmer,
- ▶ Überwachung der ordnungsgemäßen Arbeitsabläufe.

Umgekehrt spricht die Vertragsdurchführung für eine Arbeitnehmerüberlassung, wenn diese Rechte und Pflichten vom Auftraggeber/Besteller wahrgenommen werden.

Die organisatorische Eingliederung in die betrieblichen Prozesse und die Arbeitsabläufe im Betrieb des Bestellers kennzeichnet grundsätzlich eine Arbeitnehmerüberlassung.

Andererseits kann der Betriebsinhaber auch gegenüber überlassenen Arbeitnehmern durchaus besondere Weisungen erteilen, beispielsweise aufgrund arbeitssicherheitsrechtlicher Vorschriften oder anderer in seinem Betrieb geltenden Bestimmungen (siehe Ziffer 19 *Verhältnis Entleiher – Leiharbeitnehmer*).

Eine Eingliederung in einen fremden Betrieb ist nicht schon dann gegeben, wenn im Rahmen eines Vertrages Entwicklungs- oder Planungsarbeiten von den Vertragsparteien gemeinsam im Betrieb des einen Vertragspartners durchgeführt werden. Es muss aber auch hier eine abgrenzbare und dem einen Vertragspartner zurechenbare Leistung zu erkennen sein.

## Verschiedene Formen des Fremdpersonaleinsatzes

---

### Beispiel:

---

Im Beispiel werden von betriebsangehörigen Arbeitnehmern Fertigungsanlagen in einer neuen Werkhalle eingerichtet. Gleichzeitig nehmen Mitarbeiter eines werkvertraglich beauftragten Unternehmers technische Erweiterungen an den Anlagen vor. Dazu ist eine Koordination und genaue Abstimmung erforderlich, die durch den Fertigungsleiter des Betriebes erfolgt.

Dennoch bleiben die Tätigkeiten des Werkvertragsunternehmers (techn. Erweiterungen) von denen der Arbeitnehmer im Betrieb (Einrichtung der Anlage) abgrenzbar. Der Werkvertragsunternehmer wird allein durch die organisatorisch gemeinsame Planung der Arbeiten nicht in den Betrieb eingegliedert.

Der beauftragte Werkvertragsunternehmer hat eigenverantwortlich dafür zu sorgen, dass er Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse auch selbst ausübt. Er muss dies freilich nicht persönlich tun, sondern kann sich auch hierzu seiner Mitarbeiter oder beauftragter Personen bedienen. Solche werden in der Praxis Vorarbeiter, Vorgesetzte, Meister, Projektleiter etc. sein. Es muss sich aber um Personen handeln, die selbst in der betrieblichen Organisation des Werkvertragsunternehmers stehen und eine Position in dieser Organisation ausfüllen. Es genügt also nicht, wenn der Werkvertragsunternehmer beispielsweise dem Besteller das Weisungsrecht und die Aufsicht über die eingesetzten Arbeitnehmer überträgt.

Es muss auch für diese Personen wiederum gewährleistet sein, dass sie das übertragene Weisungsrecht und ihre Tätigkeit im Betrieb des Bestellers ebenso selbstständig und ohne Unterstellung unter das Weisungsrecht des Bestellers ausüben können.

Die weisungsrechtlichen Verhältnisse und Aufsichtsbefugnisse und -pflichten schließen jedoch den Besteller im Rahmen eines Werkvertragsverhältnisses nicht vollkommen von der Berechtigung aus, Vorgaben und Anweisungen zu geben. Anweisungen des Bestellers sind im Werkvertragsrecht vorgesehen (§ 645 BGB), soweit es sich um betriebsspezifische Anweisungen oder Vorgaben bezüglich des vereinbarten Vertragsgegenstandes handelt.

Der Werkbesteller kann außerdem gegenüber dem Werkvertragsunternehmer ein vertraglich bedungenes Anweisungsrecht besitzen. Dies kann dann auch gegenüber Arbeitnehmern oder Repräsentanten des Werkvertragsunternehmers bestehen. Es kann Anweisungen beinhalten, die zur Vermeidung von Gefahren oder zur Schadensvermeidung aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten im Betrieb des Bestellers bestehen, beispielsweise bei der Beachtung von Unfallverhütungsvorschriften, Tragen von Schutzkleidung, besonderer Sicherheitskontrollen oder dem zeitlichen Arbeitsablauf zur Synchronisation mit betrieblichen Abläufen des Bestellerbetriebes.

Das Weisungsrecht (bzw. Anweisungsrecht) des Bestellers ist aber grundlegend vom Weisungsrecht des Arbeitgebers zu unterscheiden. Anweisungen des Bestellers können immer nur auf die Ausführung der Erstellung des vereinbarten Werkes bezogen sein und sind damit beschränkt auf die Arbeitsabläufe zur Erfüllung des jeweiligen Vertrages zur Erstellung des bestellten Werkes.

Das Anweisungsrecht des Bestellers beinhaltet nur das Recht, hinsichtlich der generellen Ausführung einzelne Vorgaben, nicht aber einzelne Arbeitsanweisungen zu machen. Es besteht nicht bezogen auf den einzelnen Arbeitsschritt, sondern nur bezogen auf das vereinbarte Arbeitsergebnis und wird daher auch als sog. **Sachfortschrittskontrolle** bezeichnet.

Die Integration der Mitarbeiter des beauftragten Arbeitnehmers in die Arbeitsabläufe und betriebliche Organisation kann dagegen auch nur rein tatsächlich entstehen, ohne im Vertrag zum Ausdruck zu kommen.

Die Mitarbeiter des beauftragten Arbeitnehmers werden in den Betrieb des Bestellers eingegliedert, wenn sie mit den im Betrieb beheimateten Arbeitnehmern dergestalt zusammenarbeiten, dass eine Trennung der Arbeitsvorgänge nicht mehr möglich ist. Für den Einsatz eines externen IT-Dienstleisters mit einem werkvertraglich vereinbarten Ticketsystem für IT-Dienstleistungen im Betrieb, entschied das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 1.8.2013 – 2 Sa 6/13): wenn die Arbeitnehmer des Auftraggebers in größerem Umfang Beschäftigte des Dienstleisters außerhalb des Ticketsystems direkt beauftragen und unter zeit- und örtlichen Vorgaben auch personenbezogene Anweisungen erteilen, spricht dies für eine Arbeitnehmerüberlassung.

Denn die Arbeitsprozesse im eigenen Betrieb unterstehen der Organisation des Betriebsinhabers. Dafür kann sprechen, dass die Arbeitnehmer des Fremdunternehmers mit Maschinen und Ausrüstung oder Werkzeugen des Betriebsinhabers arbeiten oder dies unter Beteiligung von Arbeitnehmern des Betriebsinhabers geschieht.

In puncto Ausrüstung und Maschinen ist die Indizwirkung aber umso schwächer, je mehr es sich um Spezialwerkzeuge oder besondere Anlagen handelt, die eben nur in dem Betrieb des Bestellers vorhanden sind.

Wenn die Arbeitnehmer des Fremdunternehmers an die Betriebsnutzungszeiten des Betriebsinhabers gebunden sind, so dass sich beispielsweise die Anordnung von Überstunden, Wochenendarbeit etc. auf sie niederschlägt, spricht dies wieder für eine Integration in die Organisation des Betriebsinhabers. Gleiches gilt, wenn die betriebsfremden Arbeitnehmer

bei Erkrankung oder Urlaub der eigenen Arbeitnehmer des Betriebsinhabers zur Vertretung eingesetzt werden. In solchen Fällen wird von einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen.



### **WICHTIG!**

---

Der Arbeitnehmer des Werkunternehmers bleibt auch während seiner Tätigkeit in einem fremden Betrieb in die betriebliche Organisation des Werkvertragsunternehmers eingegliedert und dessen Weisungen unterstellt. Die Eingliederung und das Tätigwerden im Rahmen der betrieblichen Organisation des Werkvertragsunternehmers ist als Abgrenzungsmerkmal von Bedeutung für die Frage, ob in Wirklichkeit eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.

#### **5.2.1.4 Verhältnis zwischen Werkvertragsunternehmer und Auftraggeber (Besteller)**

Im Vergleich zum Werkvertragsunternehmer trägt der Verleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung kein unternehmerisches Risiko für das Erreichen des mit dem Einsatz der Arbeitskräfte anvisierten wirtschaftlichen Ziels. Das Unternehmerrisiko bleibt dem beauftragten Fremdunternehmer im Werkvertragsverhältnis aber erhalten. Der Werkvertragsunternehmer trägt die Vergütungsgefahr (§§ 644, 640, 646 BGB) und die Gewährleistungspflicht für Mängel (§ 633 Abs. 1 BGB). Er vertritt dabei auch Mängel, die auf ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (z. B. seiner Arbeitnehmer) zurückzuführen sind.

Die Vergütungsgefahr des Werkvertragsunternehmers beschreibt das Risiko, dass das (teil-)erstellte Werk zufällig und ohne Verschulden zerstört wird oder im Rechtssinne untergeht, bevor es der Besteller abgenommen hat. Obgleich der Werkvertragsunternehmer bis dahin die vertragsgemäß Leistungen erbracht hat, besteht für die im Betrieb des Bestellers für den Werkvertragsunternehmer tätig gewesenen Arbeitnehmer kein Vergütungsanspruch gegenüber dem Besteller für aufgewandte Arbeitszeit und sonstige Kosten. Solche vertraglichen Absprachen sprechen für die Vereinbarung eines Werkvertrages, weil hier der Besteller nur die Erstellung des Werkes zu vergüten hat, zunächst unabhängig vom dafür erforderlich werdenden Aufwand.

Der Umfang der Gewährleistungspflichten kann ebenfalls auf einen Werkvertrag hindeuten. Für den Werkvertrag ist charakteristisch, dass der Werkvertragsunternehmer dem Besteller die vertragsgemäß, mangelfreie und rechtzeitige Fertigstellung des bestellten Werkes zu erbringen hat (§ 633 Abs. 1 BGB). Ein fehlerhaftes Werk braucht der Besteller dem Werkvertragsunternehmer grundsätzlich nicht abzunehmen.

Die Übernahme der Gewähr wird regelmäßig in Vertragsklauseln mit zum Ausdruck gebracht. Für die Vereinbarung eines Werkvertrages sprechen folgende Rechte des Auftraggebers und Bestellers:

- ▶ Nachbesserung, d. h. Pflicht zur Beseitigung von Mängeln (§ 633 Abs. 2, 3 BGB),
- ▶ Minderung, d. h. Herabsetzen der vereinbarten Vergütung (§ 634 BGB),
- ▶ Wandelung, d. h. Rückgängigmachen des ganzen Vertrages (§ 634 BGB),
- ▶ Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB),
- ▶ Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages (§ 635 BGB),
- ▶ Rücktritt vom Vertrag (§ 636 BGB).

Die vorstehenden Rechte sind unabhängig von ihrer Vereinbarung im Vertrag gesetzliche Regelungen im Werkvertragsrecht.

**Die vertragliche Einschränkung der Gewährleistungsrechte kann je nach ihrer Gestaltung aber darauf hindeuten, dass die Vereinbarung des Werkvertrages zur Umgehung einer Arbeitnehmerüberlassung geschlossen wurde.** Dafür spricht zum Beispiel der Ausschluss des Rücktrittsrechts, wenn dadurch dem Auftraggeber ein großer Teil des unternehmerischen Risikos zugeschoben wird. Es kommt auch vor, dass in Verträgen Vereinbarungen zur Vergütungsgefahr und Gewährleistung in der Form ausgehebelt werden, als sie unter anderer Bezeichnung später wieder zurückvergütet oder verrechnet werden.



### **ACHTUNG!**

Solche und ähnliche Absprachen führen regelmäßig dazu, dass der Besteller einen Anteil des unternehmerischen Risikos übernimmt, der eigentlich dem Unternehmer, der für die Erreichung des wirtschaftlichen Ziels verantwortlich sein soll, zukommt. Da in dem eigenverantwortlichen Handeln, gepaart mit dem entsprechenden Risiko, eines der wesentlichen Abgrenzungsmerkmale zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag liegt, kommt es bei der Vereinbarung eines Werkvertrages bei einer tatsächlichen andersartigen Risikoerteilung leicht zu dem tatsächlichen Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, die, wenn sie unerlaubterweise stattfindet, gravierende Rechtsfolgen herbeiführen kann (siehe dazu Ziffer 16 Rechtsfolgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung).

Aus dem Werkvertrag selbst können sich weitere Pflichten beispielsweise im Rahmen einer Vertrags- oder Konventionalstrafenvereinbarung ergeben. Unternehmer, die im Rahmen eines Werkvertrages tätig werden, haben sich gegen diese Risiken regelmäßig entsprechend abgesichert, z. B. durch den Abschluss einer Versicherung und Bildung von Rückstellungen. Denn der Werkvertragsunternehmer verpflichtet sich zur (terminges-

## Verschiedene Formen des Fremdpersonaleinsatzes

---

rechten) Erstellung des Werkes, also zum Erreichen des arbeitstechnischen und wirtschaftlichen Ziels. Dagegen verpflichtet sich der Verleiher im Rahmen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages nur zur (termingeschreiten) Überlassung von Arbeitskräften. Eine Gewährleistung trifft den Verleiher demgemäß für die rechtzeitige Auswahl und Bereitstellung des überlassenen Arbeitnehmers, wobei der Verleiher auch für das sog. Auswahlverschulden einstehen muss (vgl. unten Rechtsverhältnis Entleiher – Verleiher).

Die Vergütung des Werkvertragsunternehmers ist allein abhängig von der fehlerfreien Erstellung des Werkes. Die Abrechnungsgrundlagen im Vertrag lassen insofern Rückschlüsse auf das tatsächlich durchgeführte Rechtsverhältnis zu. Ein bestimmter Abrechnungsumfang oder Inhalt ist gesetzlich im Werkvertragsrecht nicht geregelt. Es kann daher eine pauschale Vergütung oder eine ratenweise Vergütung nach Vertragserfüllung oder Teilleistungen vereinbart werden. Grundlage der Vergütung muss aber die Erstellung des Werkes sein, nicht in erster Linie der Aufwand, insbesondere der benötigte Zeitaufwand.



### **ACHTUNG!**

---

Vereinbaren die Vertragspartner, die Vergütung der Arbeitnehmer nach der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden zu zahlen, so deutet dies auf eine Arbeitnehmerüberlassung hin (BAG EzAÜG § 1 AÜG Erlaubnispflicht Nr. 3).

Dagegen widerspricht es dem Wesen des Werkvertrages nicht, wenn sich die Vergütung des Werkvertrages an die Tarifentwicklung der Branchenlöhne koppelt (BSG, BB 1988, S. 1184).



### **WICHTIG!**

---

Für die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung wird grundsätzlich eine Gesamtschau vorgenommen, so dass auch bei der Vereinbarung typischer werkvertraglicher Elemente wie der Vergütung nach Materialkosten u. Ä. eine ungewollte (und in diesen Fällen meist unerlaubte) Arbeitnehmerüberlassung entstehen kann.



### **HINWEIS:**

---

Zur Abgrenzung der Beschäftigung von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen ist bei der Agentur für Arbeit ein Merkblatt erschienen: „Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung, Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes“.

### 5.2.1.5 Vermeidung von rechtlichen Grauzonen

Unternehmer und Betriebsinhaber werden in der Praxis an einer risikofreien Gestaltung hinsichtlich der Gefahr der Herbeiführung ungewollter Rechtsfolgen aus den Beschäftigungsverhältnissen in ihren Betrieben festhalten. Mit der Neufassung des AÜG zum 1.4.2017 wird es durch die Kennzeichnungspflicht für Arbeitnehmerüberlassungsverträge wichtiger, Werkverträge und Dienstverträge klar von den Einsätzen eigener Mitarbeiter und von Leiharbeitnehmern abzugrenzen. Es nützt nicht mehr, wenn der Vertragspartner eines Scheinwerkvertrages eine vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hatte, denn das Umqualifizieren eines zur verdeckten Arbeitnehmerüberlassung gewordenen Werkvertrages in einen (erlaubten) Überlassungsvertrag ist damit nicht mehr möglich.

Besonders Werk- und Dienstleistungsverträge müssen sowohl in der Gestaltung als auch in der Durchführung klar abgrenzbar sein. Das beginnt bei der Beschaffung von Fremdpersonal über einen Werk- oder Dienstleistungs-auftrag bereits damit, dass dem ein Leistungsverzeichnis zugrunde liegt, das auch ein Werk oder eine Dienstleistung ausreichend genau beschreibt. Risikofaktoren sind vor allem ungenau beschriebene Leistungen, die erst in der Folge konkretisiert werden und im Ergebnis zu einer Abrechnung nach Stunden oder dem Anfordern von Personalkapazitäten führen.

Es ist daher dazu zu raten, die Gestaltung der Beschäftigungsverhältnisse von Fremdpersonal im eigenen Betrieb hinsichtlich der oben beschriebenen Indizien, die für das Vorliegen der einen oder anderen vertraglichen Beziehung sprechen, sorgfältig zu gestalten. Da die Übergänge in den Fragen der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Vertragstypen fließend sind, ist dies nicht immer hinsichtlich aller Merkmale problemlos möglich. Daher sollten in den vermeintlich kleinen Nebenerscheinungen keine Zweifelsfragen geschaffen werden.



#### TIPP!

Den Leiharbeitnehmer unterscheidet von anderem Fremdpersonal in einem Betrieb, dass er wie ein Arbeitnehmer des Betriebes in den Betrieb eingegliedert wird. Der Mitarbeiter beispielsweise des Werkvertragsunternehmers wird dies nicht. Für die Weisungen gegenüber den Arbeitskräften der Werkvertragsunternehmer sollte sichergestellt werden, dass Führungskräfte und Fachvorgesetzte des Werkvertragsunternehmers vor Ort sind. Da der Werkvertragsunternehmer in freier unternehmerischer Disposition und Organisationshoheit tätig wird, muss diesen Führungskräften als Repräsentanten des Unternehmers ein Bewegungsspielraum entsprechend erhalten bleiben. Der Betriebsinhaber sollte durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass fachliche Weisungen gegenüber den Werkvertragsunternehmermitarbeitern nicht von Führungskräften des Betriebsinhabers erteilt werden.

Die Arbeitsaufgaben lassen sich nicht in allen Fällen vollkommen von anderen Arbeitsprozessen im Betrieb abgrenzen. Die Mitarbeiter des Werkvertragsunternehmers sind nur zu Arbeiten heranzuziehen, die der Erstellung des Werkes dienen. Zu anderen Tätigkeiten, und sei es auch nur zur Unterstützung der Mitarbeiter des Betriebes, werden sie nicht eingesetzt.

Anzustreben ist aber, eine Vermischung weitestgehend zu verhindern, und zwar möglichst durch räumliche und organisatorische Trennung.



### TIPP!

Eine Vermischung mit betrieblichen Vorgängen auch beispielsweise durch die Ausstattung mit E-Mail-Adressen des Unternehmens, Aufnahme in Post- oder Informationsverteiler, Visitenkarten oder eigenen Telefonnummern im Unternehmen sollte vermieden werden.

#### 5.2.1.6 Checkliste zur Abgrenzung vom Werkvertrag

Folgende Kriterien sprechen bei der Frage, ob ein Werkvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung vereinbart werden, für den Werkvertrag:

- Vertragsgegenstand** ist ein bezeichnetes Arbeitsergebnis, z. B. die Errichtung eines Bauwerks.
- Direktionsrecht** steht beim Werkvertrag allein dem Werkvertragsunternehmer zu.
- Organisation** der Arbeitsabläufe und des eingesetzten Personals erbringt der Werkvertragsunternehmer.
- Eingliederung** in den Betrieb und den organisatorischen Ablauf der Produktion des Auftraggebers z. B. durch gemeinsame Arbeitsgruppen findet beim Werkvertrag nicht statt.
- Unternehmerrisiko** trägt im Wesentlichen der Werkvertragsunternehmer.
- Vergütung** des Werkvertragsunternehmers erfolgt erfolgsorientiert für die Fertigstellung des bestellten Werkes nach der Abnahme, nicht allein für die zu leistende Arbeitszeit der eingesetzten Arbeitnehmer.
- Haftung und Gewährleistung** für Mängel oder Fehler bei der Arbeitsausführung treffen den Werkvertragsunternehmer.
- Material** und Arbeitsmittel/Werkzeuge werden vom Werkvertragsunternehmer (Arbeitgeber) zur Verfügung gestellt.

### 5.2.2 Abgrenzung zum Arbeitsvertrag

Im Rahmen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages verabreden sich Entleiher und Verleiher über den Einsatz der Arbeitnehmer des Verleiher im Betrieb des Entleiher nach dessen Vorstellungen. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Verleiher wird dabei nicht angetastet.

Es ist also zunächst festzuhalten, dass mit den eingesetzten Arbeitnehmern (des Verleiher) durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unmittelbar keine Vereinbarung zustande kommt.

Der Vertrag zwischen dem Entleiher und dem Verleiher unterscheidet sich grundlegend dahingehend von einem Arbeitsvertrag, dass der Verleiher sich nicht zu einer fremdbestimmten Tätigkeit verpflichtet, sondern lediglich dazu, Arbeitskräfte oder bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung im Betrieb des Entleiher zur Verfügung zu stellen.

Er geht also zum einen nicht die Verpflichtung ein, irgendeine Tätigkeit zu erbringen. Zum anderen ist für den Arbeitsvertrag charakteristisch, dass der Dienstverpflichtete die Arbeitsleistung persönlich erbringt.

Eine Gestaltung einer Arbeitnehmerüberlassung ist also im Rahmen eines Arbeitsvertrages nicht möglich, da der Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung kein eigenes Personal einsetzen darf, an das er die ihm übertragenen Arbeitsaufgaben delegiert.

### 5.2.3 Abgrenzung zum Dienstvertrag

Näherliegend sind Parallelen zwischen dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und einem Dienstvertrag. Im Rahmen eines Dienstvertrages verpflichtet sich der Dienstleistende eine bestimmte Tätigkeit zu erbringen. Der Dienstvertrag beinhaltet in Abgrenzung zum Arbeitnehmerüberlassungsvertrag viele Elemente des Werkvertrages. Wesentlicher Unterschied ist aber, dass aus dem Dienstvertrag nicht die Verpflichtung, ein bestimmtes wirtschaftliches und arbeitstechnisches Ziel (wie das Werk aus dem Werkvertrag) zu erreichen folgt, sondern lediglich eine **bestimmte Tätigkeit** zu erbringen ist.

Der wesentliche Unterschied zum Arbeitsvertrag besteht wiederum darin, dass der Dienstleistende die Dienstleistung gerade nicht persönlich und nach einem weitgehenden Weisungsrecht des Dienstgebers auszuführen hat.

Ein Dienstvertrag liegt nur dann vor, wenn der dienstleistende Unternehmer die Dienstleistung entweder in Person oder mit Hilfe von Erfüllungsgehilfen (z.B. eigenen Arbeitnehmern) unter seiner eigenen Verantwortung ausführt. Dabei wird er in gleichem Maße eigenverantwortlich tätig wie der Werkvertragsunternehmer.

## Verschiedene Formen des Fremdpersonaleinsatzes

---

Er erbringt also die betriebliche Organisation einschließlich zeitlicher Dispositionen, Auswahl und Einsatz von Mitarbeitern und Organisation der Arbeitsabläufe selbst. Der Dienstleistende bleibt auch gegenüber den von ihm eingesetzten Mitarbeitern (Erfüllungsgehilfen) weisungsberechtigt, der Dienstnehmer erlangt keine Weisungsrechte hinsichtlich der Art der Ausführung der Dienstleistung. Das bedeutet insbesondere, dass die Erfüllungsgehilfen des Dienstleistenden in Bezug auf die Ausführung der zu erbringenden Dienstleistung frei von Weisungen seitens des Arbeitgebers (bzw. dessen Repräsentanten) des Fremdbetriebes sind und ihre Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen selbst bestimmten können. Hierfür eignen sich bereits aufgrund der Art der Ausführung der Dienstleistung nur bestimmte Tätigkeiten.

### Beispiele:

---

Ein Fremdpersonaleinsatz im eigenen Betrieb im Rahmen von Dienstleistungsverträgen kommt so z. B. bei Unternehmensberatungen oder Steuerberatungen mit Vor-Ort-Projekten vor, der Arbeit von Sicherheitsdiensten kann ein Dienstvertrag zugrunde liegen. Ein Fremdpersonaleinsatz auf der Basis eines Dienstvertrages ist daher nur in den Grenzen von Dienstleistungen möglich, die gegenständlich beschrieben werden können.

Bei der Abgrenzung des Dienstvertrages von der Arbeitnehmerüberlassung haben im Vergleich zum Werkvertrag die Kriterien der eigenen Organisationsfreiheit der Weisungsgebundenheit ein größeres Gewicht.

Da typischerweise im Rahmen von Dienstverträgen erbrachte Leistungen durchaus eng mit anderen Arbeitsprozessen des Betriebs verknüpft sein können, hilft die Betrachtung der Eingliederung des Dienstleistenden allein nicht weiter. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird die Eingliederung des Dienstleistenden in den Betrieb indes auch nur als Indiz für eine bestehende Weisungsgebundenheit beachtet (so BSG v. 23.6.1982 EzAÜG § 1 AÜG Arbeitsvermittlung Nr. 7).

Entscheidend für das Vorliegen eines Dienstvertrages ist die Erbringung einer selbstständigen Dienstleistung im Betrieb des Dienstnehmers.

Am Beispiel eines Bewachungsvertrages hat das Bundesarbeitsgericht eine Arbeitnehmerüberlassung zugunsten des Dienstvertrages abgegrenzt, da in der Bewachung des Betriebsgeländes eine absonderbare Hilftätigkeit vorläge, die sich typischerweise eigne, an Fremdfirmen vergeben zu werden (BAG v. 28.11.1989, EzA § 14 AÜG Nr. 12). In dem entschiedenen Fall sprach auch nicht gegen das Vorliegen eines Dienstvertrages, dass die Mitarbeiter des Bewachungsunternehmens in Schichten nach dem Betriebsablauf beim Betriebsinhaber eingeteilt waren und in bestimmten

Schichten durch Mitarbeiter des Betriebs ersetzt wurden. In einem weiteren entschiedenen Fall waren besondere Verhaltenspflichten des Wachpersonals und genaue Anweisungen über die Durchführung des Wachdienstes vertraglich geregelt worden. Eine Arbeitnehmerüberlassung lag nach dem Gericht aber nicht vor (BAG v. 31.3.1993, EzAÜG § 10 Fiktion Nr. 76).

#### **5.2.4 Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag**

Eine besondere Form der vertraglichen Beziehung, die in der Ausführung einer Dienstleistung besteht, ist die sog. Geschäftsbesorgung. Gegenstand des Geschäftsbesorgungsvertrages ist eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art. Hierunter fallen beispielsweise die Prozessführung durch einen Rechtsanwalt, die Bewerbung eines Produkts im Rahmen einer selbstständigen Kampagne einer Werbeagentur.

Wesentlich für den Geschäftsbesorgungsvertrag ist, dass die Geschäftsbesorgung durch den Vertragspartner selbstständig, eigenverantwortlich und mit eigenen sächlichen und personellen Mitteln und Ressourcen durchgeführt wird.

Anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung wird also auch im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages nicht die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt, sondern eine bestimmte Geschäftsbesorgung verabredet.

#### **5.2.5 Abgrenzung zu Service- und Nebenleistungen aus gemischten Verträgen**

Der Einsatz von Fremdpersonal in einem Betrieb ist auch als quasi Nebenerscheinung aus anderen rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen dem Betriebsinhaber und dem Arbeitgeber der eingesetzten Arbeitnehmer denkbar. Wird beispielsweise in einem Miet-, Pacht- oder Kaufvertrag über eine technische Anlage, Geräte oder Systeme Personal bereitgestellt, welches die Montage der Anlage oder die Einrichtung eines EDV-Systems als Nebenleistung aus dem Vertrag erbringen soll, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Beurteilung des Personaleinsatzes in dem fremden Betrieb. Die Rechtsprechung hierzu stellt in erster Linie auf das **Verhältnis der vertraglichen Haupt- und Nebenleistungen** zueinander ab.

##### **Beispiele:**

Für Fälle wie Montagepersonal zur Montage und Einrichtung einer Fertigungsstraße oder einer Filteranlage, Einweisungspersonal für Computeranlagen, Spezialbaumaschinen (Kräne) mit Fahrer, Flugzeuge mit Pilot kommt dem Hauptgegenstand des Vertrages z. B. Miete des Flugzeuges, des Krans etc. ein wesentlich höheres Gewicht zu als dem Einsatz des Personals als Nebenleistung.