

Zeitschrift für das gesamte Recht
der Güterbeförderung,
der Spedition,
der Versicherungen des Transports,
der Personenbeförderung,
der Reiseveranstaltung

Herausgeber:
RA Prof. Dr. Rolf Herber
in Soz. Ahlers & Vogel,
Schaarsteinwegsbrücke 2,
20459 Hamburg

Arbeitnehmerüberlassung in der Logistik*

Prof. Dr. iur. Andreas Möglich FH-Gelsenkirchen

Zeitarbeit bzw. Arbeitnehmerüberlassung gewinnt rasant an Bedeutung. Mitte 2007, das hat für den Bundesverband Zeitarbeit (BZA) das Institut der deutschen Wirtschaft Köln (IW) ermittelt, befanden sich nahezu 800.000 Menschen in Zeitarbeitsverhältnissen. Viele Unternehmen scheuen zunehmend davor zurück, Mitarbeiter in festen Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen. Flexibilität möchte man sich verschaffen und Arbeitnehmer nur dann beschäftigen, wenn dies die Auftragslage erfordert. Zudem erhofft man sich Kostensenkung durch schlankere Strukturen, schließlich müssen Arbeitnehmer auch »verwaltet« werden. Beschäftigt man Zeitarbeitnehmer statt eigene Mitarbeiter, sinken die Kosten, z. B. die für die Personalverwaltung.

I Anwendungsfelder der Arbeitnehmerüberlassung in der Logistik

In der Logistik kann man eine Reihe von Bereichen feststellen, in denen das Mittel der Arbeitnehmerüberlassung in besonderem Maße zum Einsatz kommt. Unterschieden wird das sog. »Inhouse-Outsourcing« sowie Fallgestaltungen der »klassischen« Arbeitnehmerüberlassung.

1 Inhouse-Outsourcing

Der Begriff »Inhouse-Outsourcing« beschreibt eine Sonderform des klassischen Outsourcings. Der Auftraggeber lässt eine fest definierte Aufgabe durch Mitarbeiter eines Dritten im eigenen Unternehmen ausführen. Diese Tätigkeiten werden von den Mitarbeitern des Auftragnehmers demnach als Dienstleistung in den Räumen des Auftraggebers erbracht. Einer der Vorteile des »Inhouse-Outsourcing« soll sein, dass die jeweiligen Ansprechpartner sich jederzeit bei dem Auftraggeber vor Ort aufhalten und er so schnell und flexibel Aufgaben übertragen und erledigen lassen könne. Wie sich zeigen wird, ist eine derartige Konstruktion unter dem Regime des AÜG durchaus diskussionswürdig und eröffnet die Gefahr, dass es sich u. U. eben gerade nicht um Arbeitnehmerüberlassung handelt.

Inhouse-Outsourcing verfolgt demnach das Ziel, die angebotene Dienstleistung in die bestehende Infrastruktur

bzw. in die bestehenden Prozesse des Auftraggebers zu integrieren. Der Outsourcing-Nehmer muss sich daher in die Prozessumgebung beim Auftraggeber integrieren. Dies betrifft sowohl den internen Workflow, als auch die IT-Systemstruktur. Logistikanbieter bieten Inhouse-Outsourcing-Leistungen etwa für die Bereiche der Logistik bzw. Produktionsvor- und -nachbereitungsprozesse an. Von der Aufgabenstruktur her gesehen, ähneln die Abläufe Gestaltungen aus dem Bereich der Kontraktlogistik. So werden Management-Aufgaben (Analyse, Planung, Realisierung, Steuerung und Optimierung von Geschäftsprozessen) sowie Logistik-Funktionen (Sourcing, Materialfluss, Lagerung, IT und Information sowie Distribution) angeboten.

Anwendungsfelder für das »Inhouse-Outsourcing« sind insbesondere IT-Leistungen, Flughafenlogistik, Krankenhauslogistik – bis hin zur Krankenhausapotheke –, Prozessoptimierung und Dokumentation von Fertigungsprozessen sowie das Fleet-Management. Gerade für den letztgenannten Fall des »Inhouse-Outsourcing«, wird deutlich, dass sich nicht nur die Frage stellt, in wie weit sich Fragen des Arbeitnehmerüberlassungsrechts relevant werden, sondern auch, ob nicht ggfls. auch die Frage diskutiert werden muss, ob es sich um einen Betriebsübergang handelt. Anbieter von »Inhouse-Outsourcing« von Fleet-Management-Prozessen bieten nämlich Leistungen an, die weit über eine »schlichte« Übernahme von Arbeiten durch eigene Mitarbeiter hinausgehen. Es geht um die Disposition von Fahrzeugen, den Einsatz von Fahrern, die Überwachung von Laufleistungen, die Verwaltung von Leasingverträgen für die eingesetzten Fahrzeuge und Transporthilfsmittel, die Abwicklung von Schäden, die Zahlung von Steuern und Versicherungsprämien bis hin zur Kontrolle von Tankdatenerfassung, Tankmengen und Fehlbeständen.

2 »Klassische« Arbeitnehmerüberlassung

Keinen systemintegrativen Ansatz verfolgt dagegen die »klassische« Arbeitnehmerüberlassung. Hier werden Mitarbeiter Dritter für bestimmte Aufgaben eingesetzt, ohne dass der Arbeitnehmer-Entleiher die betriebliche Aufgabe beim Ent-

* Vortrag, gehalten auf dem Symposium der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht in Dresden am 9. November 2007.

leiher insgesamt übernimmt. Im Schwerpunkt wird derzeit im Bereich der Logistik auf das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung für Verpackung, Lagerhaltung sowie Fahrer zurückgegriffen.

II Begriff des Arbeitgebers im AÜG

In diesem Beitrag soll in erster Linie auf die Fragen eingegangen werden, die sich im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Fremdfirmeneinsatzes, wie z. B. aus Werk-, Dienst- oder anderen Verträgen ergeben.

Ferner muss unterschieden werden zwischen »echter« Leiharbeit und Arbeitnehmerüberlassung. Im erst genannten Fall wird ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz im Betrieb seines Arbeitgebers hat, vorübergehend in den Betrieb eines anderen Unternehmers abgeordnet. Arbeitnehmerüberlassung liegt nur dann vor, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von vornherein vereinbart wird, dass der Arbeitnehmer nur in Betrieben anderer Unternehmer arbeiten wird. Entscheidend ist demnach die Feststellung, wer Arbeitgeber eines Arbeitnehmers ist, der in einem anderen Unternehmen arbeitet als dem, in dem er eingestellt wurde.

1 Begriffsbestimmung »Arbeitgeber«

Das AÜG definiert den Begriff des Arbeitgebers nicht ausdrücklich. Allerdings herrscht Einigkeit darüber, dass nicht jedes Tätigwerden eines Arbeitnehmers in einem Fremdbetrieb der Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG zuzuordnen ist.¹ Dies ergibt sich zum einen aus der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des AÜG, der lautet: »Ein Überlassen »zur Arbeitsleistung« liegt nicht vor, wenn Arbeitnehmer auf Grund einer werkvertraglichen Verpflichtung ihres Arbeitgebers im Betrieb eines Dritten tätig werden.«² So kann das Merkmal »Überlassen zur Arbeitsleistung« auch nicht extensiv ausgelegt werden. Denn dies würde der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, eben nicht alle Formen der Fremdfirmeneinsätze, auch nicht solche auf Grund von Werk- und Dienstverträgen, dem AÜG zu unterwerfen. Vor diesem Hintergrund blieb es der Rspr. und Wissenschaft überlassen, die Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes abzugrenzen.³

Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Fremdfirmeneinsatzes ergibt sich nicht – negativ – aus der Verneinung von Werk-, Dienst- oder anderen Verträgen, sondern – positiv – aus der Feststellung, dass Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.⁴

Nach h.M.⁵ ist für das Vorliegen einer Überlassung zur Arbeitsleistung notwendig, dass das arbeitsbezogene Weisungsrecht auf den Entleiher übergeht und der Leiharbeitnehmer in die **Betriebsorganisation** des Entleihers **eingegliedert** wird. Gerade die Übertragung des Weisungsrechts auf den Entleiher stellt das entscheidende Unterscheidungsmerkmal im Hinblick auf die anderen Formen des Fremdfirmeneinsatzes dar.⁶ Wesentliche Voraussetzung für das Überlassen ist demnach eine – mindestens konkludente – Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher über das Tätigwerden des Leiharbeitnehmers in dessen Betrieb unter dessen Weisungen.⁷ Es ist daher die Einordnung der zu erbringenden Leistungen erforderlich. Es muss folglich festgestellt werden, ob Weisungen im arbeits- oder transportrechtlichen Sinne erteilt wur-

den. So ergibt sich z. B. aus § 454 Abs. 1 Nr. 2 HGB aus dem gesetzlichen Leitbild, dass es dem Spediteur obliegt, »die Auswahl ausführender Unternehmer, den Abschluss der für die Versendung erforderlichen Fracht, Lager und Speditionsverträge sowie die Erteilung von Informationen und Weisungen an die ausführenden Unternehmer« zu besorgen. Sofern die ausführenden Frachtführer im Rahmen von Lohnführverträgen tätig geworden sind, obliegt es ihnen aus § 407 Abs. 1 HGB, Weisungen des Absenders entgegenzunehmen. Da der Frachtführer nicht verpflichtet ist, Traking- und Tracing-Systeme vorzuhalten,⁸ ist z. B. die Weitergabe entsprechender Informationen bzw. Weisungen durch den Absender im Rahmen der Ausführung eines Frachtvertrages systemimmanent. Gleiches gilt für den Fall, dass es sich um einen Lohnführvertrag handelt. In diesem Fall hat der Auftragnehmer nach den Weisungen des Auftraggebers ein bemanntes Fahrzeug derart zu stellen, dass der Auftragnehmer im Besitz des Fahrzeuges bleibt, sich aber nicht zwingend auch zur Herbeiführung des Transporterfolges verpflichtet.⁹

Hieraus folgt, dass die Anwendbarkeit der Vorschriften des AÜG vielmehr eine partielle Übertragung der Arbeitgeberstellung als solcher notwendig macht. Ferner ist Arbeitnehmerüberlassung zu verneinen, wenn es zwischen Verleiher und Entleiher über eine entsprechende Vereinbarung für den Fremdeinsatz mangelt und der Fremdbetriebsinhaber sich lediglich eigenmächtig bestimmter Arbeitgeberbefugnisse bedient und dem Arbeitnehmer Weisungen erteilt.¹⁰ Zu fragen ist also immer, ob Weisungen des Dritten in einer eventuellen Vereinbarung mit dem Vertragsarbeitgeber eine ausreichende Grundlage haben.¹¹ Ebenfalls scheidet Arbeitnehmerüberlassung aus, wenn der Arbeitnehmer ohne, oder gegen den Willen des Vertragsarbeitgebers im Drittbetrieb eingesetzt wird.¹²

Für die Arbeitnehmerüberlassung kennzeichnend sind damit folgende tatsächliche Vorgänge:¹³

- (1) Tätigwerden des Arbeitnehmers für einen anderen als seinen Vertragsarbeitgeber und
- (2) Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts durch den Inhaber oder einen Repräsentanten des Entleiherunternehmens.

2 Überlassung zur Erbringung unselbständiger Dienste

Bei dem Tätigwerden des Arbeitnehmers muss es sich auch um eine Arbeitsleistung handeln. Dies bedeutet, dass der Tätigkeit des Arbeitnehmers im Drittunternehmen ein Weisungsrecht zugrunde liegt. Ausgeschlossen davon ist die Überlassung zur Erbringung selbständiger Dienste, da in diesem Fall ein Dienstverschaffungsvertrag vorliegt, der nicht unter den Regelungsbereich des AÜG fällt.

1 Schüren/Hamann Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Kommentar München 3. Aufl. 2007, § 1 AÜG Rn. 84.

2 § 1 Abs. 192 AÜG; BT-Drs. 15/55 S. 4 f.

3 Thüsing/Waas Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Kommentar München 2005, § 1 AÜG Rn. 52.

4 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 89.

5 Vgl. Thüsing/Waas, § 1 AÜG Rn. 56.

6 A. a. O.

7 A. a. O.

8 Möglich, TranspR 2003, 280 (282); ebenso Koller, Transportrecht, 6. Auflage 2007, § 407 HGB Rn. 69.

9 Koller, a. a. O. § 407 HGB Rn. 18 a. E.

10 Thüsing/Waas, § 1 AÜG Rn. 57.

11 A. a. O.

12 A. a. O.

13 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 94.

3 Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und anderer Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes

Obwohl von der theoretischen Grundlage her die Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung und anderer Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes verhältnismäßig leicht erscheint, bestehen in der Praxis z. T. erhebliche Probleme im Hinblick auf deren Abgrenzung.

Sowohl aus rechtlichen als auch aus wirtschaftlichen Gründen sind Unternehmen zunehmend bemüht, Kosteneinsparungen mittels atypischer Formen des Personaleinsatzes zu realisieren. In der Praxis äußert sich dieses Bemühen vor allem durch den Einsatz von Fremd- oder Drittfirmen, sowie Fremdpersonen auf der Basis von Werk-, freien Dienstverträgen und Subunternehmerverträgen sowie durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern. Sollte tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung und kein Werkvertrag vorliegen, droht für die Beteiligten eine Vielzahl von Sanktionen wie z. B.:¹⁴

- Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages und des Leiharbeitsvertrages, § 9 Nr. 1 AÜG;
- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Arbeitnehmer kraft Gesetzes nach § 10 Abs. 1 AÜG;
- Lohnsteuerrechtliche Subsidiärhaftung des faktischen Entleihers (§ 42 d Abs. 6 S. 1 und 2 EStG);
- Verschärfte gesamtschuldnerische Mithaftung des faktischen Entleihers hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge und sonstiger Teile des Arbeitsentgelts (§ 28 e Abs. 2 SGB IV, § 10 Abs. 3 AÜG);
- Geldbuße nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 und 1 a AÜG.

Dies ist nicht der Fall, wenn es sich bei den abgeschlossenen und praktizierten Verträgen um Werkverträge handelt.

Die Vorschriften des AÜG finden, wie ausgeführt, grundsätzlich dann Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 1 AÜG gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen wird, d. h., er seine Arbeitsleistung in einem Drittbetrieb erbringt und er bei der Ausführung seiner Arbeiten den Weisungen des Fremdbetriebinhabers oder seiner Repräsentanten zu folgen hat. Hingegen kommt es nicht zur Anwendung des AÜG, wenn die Überlassung eines Arbeitnehmers zu anderen Zwecken als zur Arbeitnehmerüberlassung erfolgt.

An einer Arbeitnehmerüberlassung fehlt es, wenn mit dem drittbezogenen Personaleinsatz seitens des Arbeitgebers nicht die Förderung des Betriebszwecks des Dritten verfolgt wird. Dies gilt nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer in einen gemeinsam geführten Betrieb des Arbeitgebers und des Dritten entsandt wird.¹⁵ Ferner nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer zwecks Erfüllung der Verbindlichkeiten des Vertragsarbeitgebers tätig wird,¹⁶ sondern auch, wenn die beteiligten Arbeitgeber im Rahmen einer unternehmerischen Zusammenarbeit mit dem Einsatz ihrer Arbeitnehmer jeweils ihre eigenen Betriebszwecke verfolgen.¹⁷

Die Arbeitnehmerüberlassung ist somit abzugrenzen von sonstigen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes, insbesondere vom Tätigwerden als Erfüllungsgehilfe in einem Drittbetrieb auf Grund eines

- Werkvertrages,
- Dienstvertrages,
- Geschäftsbesorgungsvertrages,
- Dienstverschaffungsvertrages oder
- Mischvertrages.

Die größte Bedeutung hinsichtlich der Abgrenzung zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung kommt den

Fremdfirmeneinsätzen auf der Basis von Werk- und Dienstverträgen zu. Rspr. und Literatur haben einen umfangreichen Kriterienkatalog zur Abgrenzung der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung zu sonstigen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes entwickelt, der aber in der jüngeren Vergangenheit wiederum eine Reduktion erfahren hat¹⁸.

4 Der Werkvertrag als Erscheinungsform der Fremdfirmenarbeit

Neben der Arbeitnehmerüberlassung stellt der Werkvertrag die wichtigste Erscheinungsform der Fremdfirmenarbeit dar. Während in der Vergangenheit hauptsächlich arbeitsintensive Bereiche (z. B. Reinigungsdienste, Küchen- und Überwachungsdienste) von Unternehmen an Dritte vergeben wurden, werden mittlerweile auch ganze Produktions- und Dienstleistungsbereiche an Dritte auf der Grundlage von Werkverträgen vergeben¹⁹. Entsprechend der gesetzlichen Grundkonstruktion des Werkvertrages muss der Geschäftswille auf ein Werk als Ziel gerichtet sein (§ 631 Abs. 2 BGB).

Problematisch im Hinblick auf diesen Perspektiven- und Funktionswechsel ist die Tatsache, dass bei der Beurteilung des Fremdfirmeneinsatzes nicht arbeitsrechtliche Grundsätze den Ausgangspunkt bilden, sondern die Vorschriften des BGB über den Werkvertrag Anwendung finden. Verschärft wird die Abgrenzungproblematik noch dadurch, dass auch dem Besteller gegenüber Arbeitnehmern des Werkunternehmers nach § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ein Weisungsrecht zusteht. So stellt sich das Problem, dieses werkvertragliche Weisungsrecht vom arbeitsrechtlichen Weisungsrecht abzugrenzen. So können Unternehmen mittels des Werkvertrages arbeitsrechtliche Bestimmungen außer Kraft setzen.²⁰ Begünstigt wird diese Entwicklung v. a. durch die Dispositivität der gesetzlichen Regelungen über den Werkvertrag, auf Grund derer den Vertragsparteien bei der rechtlichen Ausgestaltung ein weit reichender Gestaltungsspielraum eingeräumt wird.

5 Abgrenzungskriterien von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung

Für die Abgrenzungsfrage, ob Arbeitskräfte im Rahmen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages oder eines Werkvertrages bei einem anderen Unternehmen zum Einsatz kommen, sind die von Rspr. und Literatur entwickelten Abgrenzungskriterien und Indizien, die die Einordnung zu einem bestimmten Vertragstyp erleichtern sollen, zu beachten. Für die Abgrenzung ist dabei der tatsächliche Vertragsinhalt entscheidend. Stehen schriftliche Vereinbarung einerseits und praktische Durchführung andererseits im Widerspruch, ist auf die tatsächliche Durchführung abzustellen.²¹

5.1 Unterscheidung nach dem Inhalt der geschuldeten Leistung

Beim Werkvertrag handelt es sich um einen gegenseitigen

¹⁴ Urban-Crell/Schulz, Rn. 34.

¹⁵ BAGE 87, 186.

¹⁶ BAGE 80, 46.

¹⁷ BAGE 96, 150.

¹⁸ Thüsing/Waas, § 1 AÜG Rn. 81; Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 150.

¹⁹ Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Kommentar Frankfurt a. M., 3. Aufl. 2006, AÜG, Einleitung C Rn. 22.

²⁰ Ulber, AÜG, Einleitung C Rn. 25.

²¹ Hohmeister/Goretzki Verträge über freie Mitarbeit, Heidelberg 2. Aufl. 2000, S. 78 f.

gen Vertrag. Demnach ist der Unternehmer zur Herstellung des vereinbarten Werkes und der Besteller zur Vergütung und Abnahme des vertragsgemäßen Werkes verpflichtet (§ 631 Abs. 1 BGB). Der Werkvertrag ist demnach erfolgsbestimmt, während beim Dienstvertrag nur eine Tätigkeit geschuldet wird.²² Das versprochene Werk kann sowohl in der Herstellung und Veränderung einer Sache als auch in einem anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg bestehen (§ 631 Abs. 2 BGB). Typisch für den Werkvertrag sind demnach:

- Abnahme (§ 640 BGB),
- Gefahrtragung (§ 644 BGB) und
- Gewährleistung (§ 633 ff BGB).

Vertragsgegenstand der Arbeitnehmerüberlassung ist die Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung. Grundlage ist i.d.R. ein Dienstverschaffungsvertrag. Dieser erfordert wegen der Vorschrift des § 613 S. 2 BGB die Zustimmung des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis besteht grundsätzlich zu dem verleihenden Arbeitgeber. Die Verpflichtung des Verleihers erschöpft sich in der Auswahl eines tauglichen und geeigneten Arbeitnehmers für die vorgesehene Dienstleistung, aber nicht für die ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistung.²³ Dies folgt daraus, dass der Verleiher anders als ein Werkunternehmer den Einsatz der Arbeitskräfte nicht selbst lenkt. Somit kann er auch nicht für die Herbeiführung eines bestimmten Leistungserfolges durch die von ihm verliehenen Arbeitnehmer verpflichtet sein. Insofern treffen ihn auch nicht die für einen Werkvertrag typischen Gewährleistungspflichten, wenn die Arbeit schlecht ausgeführt wird oder das Werk misslingt.²⁴

5.2 Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages

Aus der Vorschrift des § 631 BGB lässt sich ableiten, dass der vereinbarte Vertragsinhalt auch auf ein körperliches als auch unkörperliches Arbeitsergebnis gerichtet sein kann.²⁵ Das Vorliegen eines Werkvertrages kann nur dann bejaht werden, soweit ein Arbeitsergebnis geschuldet ist, dass bezüglich seiner Erstellung ausschließlich dem Werkunternehmer zurechenbar ist.²⁶ Zweifelsfrei kann ein Werkvertrag angenommen werden, wenn lediglich eng umgrenzte und zeitlich befristete Aufgabenstellungen zu erbringen sind und das Einsatzunternehmen nicht über die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Ressourcen wie Personal, Werkzeuge, Maschinen oder auch Infrastruktur verfügt. In einem solchen Fall kann daher davon ausgegangen werden, dass es dem Besteller allein auf den werkvertraglichen Leistungserfolg ankommt und die Arbeitsleistungen eher sekundär sind.

Anders zu beurteilen sind indes die Fälle, in denen das Unternehmen die werkvertraglichen Leistungen dauerhaft zur Erfüllung der betrieblichen Aufgaben benötigt. So ist für die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages notwendig, dass zwischen den Vertragsparteien Einigkeit über das geschuldete Werk besteht.²⁷ Für eine Abgrenzung bedeutet das, dass sich das geschuldete Arbeitsergebnis quantitativ und qualitativ von den Arbeitsergebnissen der Stammbelongschaft abhebt und sich individualisieren lässt.²⁸ Ist der vertraglich vereinbarte Leistungsgegenstand so unbestimmt, dass er erst durch entsprechende Anordnungen des Auftraggebers konkretisiert werden muss, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.²⁹

Getroffene Rahmenvereinbarungen, wonach der Werkbesteller konkretisierende Weisungen erteilt, sprechen ebenfalls für das Vorliegen einer (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung. Von einer werkvertragsfähigen Leistung kann nur

ausgegangen werden, wenn das Werkstück feststeht und vorab hinreichend genau beschrieben ist. Kein abgrenzbarer Leistungserfolg i. S. d. Werkvertragsrecht ist hingegen gegeben, wenn es sich um allgemein formulierte Leistungsgegenstände (z. B. Reparaturarbeiten oder Maschinenbedienung) handelt, da in diesem Falle nur eine bloße Arbeitsleistung vorliegt.³⁰

In jedem Falle muss zur Vermeidung von Arbeitnehmerüberlassung eine deutliche Abgrenzbarkeit des Leistungsgegenstandes von betrieblicher Eigenleistung in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht gewährleistet sein. Ferner muss der Werkerfolg dem Werkunternehmer als eigene und selbständige Leistung zugerechnet werden. Dies setzt die Abnahmefähigkeit des Werkes nach § 640 Abs. 1 BGB voraus. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, wird Arbeitnehmerüberlassung indiziert.³¹ Die werkvertraglichen Arbeitnehmer müssen daher das Werk ohne Mitwirkung und Einflussnahme von Seiten des Bestellers oder seines Stammpersonals erbringen. Andernfalls ist Arbeitnehmerüberlassung indiziert, wenn der Werkunternehmer die werkvertragstypischen Organisationspflichten nicht erfüllt bzw. nicht erfüllen kann.³²

Nicht möglich ist ferner ein vermischtes Arbeiten, an deren Ende erst der Werkerfolg realisiert wird. So ist die Grenze der Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls dann überschritten, wenn der Werkerfolg im Rahmen einer Arbeitsgruppe von Fremdfirmenarbeitern und Stammmitarbeitern erbracht wird. Bei arbeitsteiligen Prozessen ist ein in sich abgeschlossener Werkvertrag nur hinsichtlich der einzelnen Teilfunktionen möglich (z. B. bei werksinternem Transportwesen). Bei vermischten Fließbandarbeiten hingegen ist wiederum Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen.³³

5.3 Vergütungspflichten

Die Vorschrift des § 631 Abs. 1 BGB ermöglicht den Vertragspartnern, die Vergütung frei zu wählen. Voraussetzung ist aber, dass sich diese stets auf den Leistungserfolg i. S. d. § 631 Abs. 2 BGB bezieht. Dabei umfasst der Vergütungsanspruch bereits neben den üblichen Aufwendungen auch sonstige Aufwendungen wie z. B. Kosten einer Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 2 BGB und den Unternehmergewinn. Aus diesem Grunde deuten Abrechnungen nach Stundensätzen grundsätzlich auf Arbeitnehmerüberlassung hin, da ein über die Arbeitsleistung hinausgehender Werkerfolg des Werkunternehmers nicht dem Vertragszweck und Geschäftswillen der Beteiligten entspricht.³⁴ Regelmäßig werden daher Pauschal- und Festpreisvereinbarungen für die Erstellung des Werkes getroffen. Darüber hinaus werden zunehmend erfolgsbezogene Vergütungsregelungen, sog. »Cost-Plus« Regelungen ge-

22 Kropholler, Studienkommentar BGB München 10. Aufl. 2006, § 631 Rn. 1.

23 Handkommentar BGB Baden-Baden, 3. Aufl. 2003, Hk-BGB/Eckert, § 611 Rn. 7.

24 Verleiht der Arbeitgeber hingegen nur vorübergehend und gelegentlich, handelt es sich um einen sog. echten Leiharbeitsvertrag, der nicht unter die Regelungen des AÜG fällt.

25 Ulber, Einleitung C Rn. 38.

26 A. a. O.

27 Hk-BGB/Eckert, § 631 Rn. 3.

28 Ulber, Einleitung C Rn. 39.

29 A. a. O.

30 Ulber, Einleitung C Rn. 40.

31 BAGE 31, 135.

32 Ulber, Einleitung C Rn. 42.

33 Bauschke, Die so genannte Fremdfirmenproblematik, NZA, 2000, 1202.

34 Ulber, Einleitung C Rn. 44.

troffen, die Bonus und/oder Malus-Regelungen vorsehen. Diese sollen zu erhöhter Kostentransparenz und vor allem zur Kostensenkung beitragen.

Allerdings ist in der Praxis zunehmend auch der Trend in Richtung Abrechnung nach Stundenverrechnungssätzen zu beobachten, was entsprechend dem Regierungsentwurf zum AÜG³⁵ als Indiz für Arbeitnehmerüberlassung gewertet wird.³⁶ Das BAG hingegen vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass dieses Merkmal für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung nicht zwingend spricht.³⁷ Die Literatur wiederum ist der Meinung, dass die Vergütungsmodalitäten als Abgrenzungskriterium zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mangels Aussagekraft nicht heranzuziehen sind.³⁸ Eine erfolgsbezogene Vergütung auf der Grundlage von Stundenverrechnungssätzen liegt nicht vor, wenn durch die (arbeits-) zeitbezogene Vergütungsabsprache parallel die typischen Leistungsverpflichtungen des Werkunternehmers entfallen bzw. in die Risikoverteilung beim Werkvertrag eingegriffen wird. Der Unternehmer schuldet die Erstellung eines mangelfreien Werkes entsprechend den §§ 631, 633 BGB. Nur dafür ist der Werkbesteller vergütungspflichtig gemäß § 631 Abs. 1 BGB. Für etwaige Kosten und zusätzlichen Arbeitsaufwand zwecks Mängelbeseitigung hat der Besteller nicht einzustehen.

Abschließend kann festgestellt werden, dass die Diskussion um die Vergütungsabsprachen auf Stundenbasis sich weniger um die Geeignetheit des Kriteriums rankt, sondern vielmehr um die Frage, von welchem Tatbestand (Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) letztlich auszugehen ist und wer die Beweislast trägt.³⁹

Zu berücksichtigen sind aber immer auch solche Fälle, in denen zeitbezogene Vergütungsabsprachen keinerlei Bedeutung für die Abgrenzung entfalten. Zu denken ist hier primär an in sich abgeschlossene Teile des Werkes gemäß § 632 a BGB. Darüber hinaus ist denkbar, dass es dem Unternehmer nicht möglich ist, seinen Arbeitsaufwand im Voraus zu kalkulieren und ihm so keine ausreichende Planungsgrundlage für den Preis vorliegt (z. B. Reparatur einer Maschine, ohne das Defekt vorab bekannt ist).

5.4 Organisationsgewalt beim Werkvertrag

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei der Organisationsgewalt um ein entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Werkvertrag.⁴⁰ Der Einsatz von Fremdarbeitnehmern ist bei der Arbeitnehmerüberlassung dadurch gekennzeichnet, dass der Entleiher diese wie seine eigenen Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation integriert, um den wirtschaftlichen Erfolg bestmöglich sicherzustellen. Bei Vorliegen eines Werkvertrages hingegen organisiert der Werkunternehmer die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst und orientiert sich dabei an seinen vorhandenen betrieblichen Voraussetzungen. Der Einsatz erfolgt also beim Werkbesteller entsprechend seiner Dispositionen.⁴¹ Nur soweit die Fremdfirmenarbeitnehmer nicht in den Einsatzbetrieb eingegliedert sind, sondern eine betriebsorganisatorische selbständige Einheit bilden, kann von einem Werkvertrag ausgegangen werden.⁴²

Für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung spricht, wenn die Organisationsgewalt faktisch beim Einsatzbetrieb liegt. Das gilt besonders in den Fällen, in denen der Einsatzbetrieb in ständigem Kontakt mit Verantwortlichen der Fremdfirma steht, die die für die Umsetzung seiner Ent-

scheidungen notwendigen Informationen und Weisungen erteilen.⁴³ Relevant sind hier besonders solche Konstellationen, in denen das Fremdunternehmen zwar das Weisungsrecht ausübt, aber lediglich als verlängerter Arm oder Werkzeuge des Werkbestellers fungieren. Hier mangelt es an der Wahrnehmung eigener Dispositionsbefugnisse seitens des Werkunternehmers. Besonders relevant ist diese Fallgestaltung, wenn sich der Werkunternehmer als Generalunternehmer seinerseits im Rahmen des werkvertraglichen Einsatzes eines Subunternehmers bedient. Ist der Subunternehmer eine einzelne Person, kommt eine werkvertragliche Tätigkeit nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer selbst ein Gewerbe angemeldet hat. Allerdings bleibt der Werkunternehmer (als Generalunternehmer) dem Besteller für die mangelfreie Werkerstellung verpflichtet, trotz der Aufspaltung der Arbeitsprozesse in bestimmte Teile bzw. Abschnitte des Werkes. Wichtig ist, dass die abgeschlossenen Verträge zwischen General- und Subunternehmer hinsichtlich aller Kriterien einen jeweils selbständig zu beurteilenden Werkvertrag darstellen. Für den Subunternehmer bedeutet das, dass er selbst nach seiner betrieblichen Organisation alle für den werkvertraglichen Erfolg notwendigen Handlungen selbst mitbringen und den Arbeitskräfteeinsatz selbst planen und steuern muss. Arbeitnehmerüberlassung ist anzunehmen, wenn der Besteller gegenüber dem Fremdunternehmen die Ermächtigung besitzt, bestimmte entsandte Arbeitnehmer zurückzuweisen. Wie beim klassischen Werkvertragsverhältnis dürfen auch die vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer nur als Erfüllungsgehilfen tätig werden und folglich nicht in die Betriebsorganisation des Bestellers eingegliedert werden. Allerdings sind gerade diese Voraussetzungen im Rahmen eines Subunternehmerverhältnisses nicht erfüllt, da die vom Subunternehmer zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer häufig vom Generalunternehmer bzw. Werkunternehmer angewiesen werden. Der Werkvertrag soll in diesem Fall die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung verschleiern. Grundsätzlich gilt dabei die Regel, dass je breiter der vom Generalunternehmer geschuldete Leistungserfolg durch Beauftragung von Subunternehmen atomisiert wird, desto wahrscheinlicher ist das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung.⁴⁴

Grundsätzlich ist es Angelegenheit des Werkunternehmers, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die er für die Herstellung des werkvertraglichen Erfolgs für erforderlich hält. Inhaltliche Vertragsangaben seitens des Werkbestellers sind bei Vertragsschluss beschränkt auf Umfang sowie Art und Beschaffenheit des zu erstellenden Werkes. Außerdem kann er nur solche Bestimmungen treffen, die sich hinsichtlich der Ausführung auf vorhandene betriebliche Rahmenbedingungen im Einsatzbetrieb ergeben. Zu denken ist an bestimmte Betriebszeiten, Ladenöffnungszeiten oder Immissionsschutzvorschriften. Auch das sog. Weisungsrecht des Werkbestellers

35 Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Ds. 6/3505, S. 2.

36 *Ulber*, Einleitung C Rn. 43.

37 *Ulber*, Einleitung C Rn. 45.

38 *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 207.

39 *Ulber*, Einleitung C Rn. 48.

40 *Schaub*, Die Abgrenzung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung von Dienst- und Werkverträgen sowie sonstigen Verträgen der Arbeitsleistung an Dritte, NZA 1985, Beil. 3, S. 4.

41 EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 40.

42 *Ulber*, Einleitung C Rn. 55.

43 *Ulber*, Einleitung C Rn. 56.

44 *Ulber*, Einleitung C Rn. 57.

ändert an der selbständig organisierten Durchführung des Werkvertrages grundsätzlich nichts. Ferner sind Weisungen des Bestellers von § 645 Abs. 1 S. 1 BGB nur dann erfasst, sofern sie sich auf die Ausführungen von Arbeiten, nicht aber auf die Hauptleistungspflichten beziehen. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass eine Weisung jedenfalls dann vom Weisungsrecht des Bestellers gedeckt sein kann, wenn Aufwand und Risiko für den Unternehmer gleich bleiben. Ist dies nicht der Fall, muss eine einvernehmliche Vertragsänderung erreicht werden. Werden Änderungswünsche ohne Zustimmung des Werkunternehmers in tatsächliche Ausführungshandlungen umgesetzt, ist der Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung erfüllt. Die fehlende Zustimmung des Werkunternehmers kann nicht nachträglich durch rechtsgeschäftliches Handeln beseitigt werden.⁴⁵

Die Organisationspflichten des Werkunternehmers betreffen die selbständige Zurverfügungstellung von erforderlichen sachlichen und personellen Hilfsmitteln. Dazu gehören im Wesentlichen Betriebsmittel und Betriebsstoffe sowie das gesamte Werkzeug einschließlich der einzusetzenden Maschinen. Ferner muss er über Art und Ablauf der Arbeiten selbst bestimmen. Die Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 AÜG hinsichtlich des Vorliegens von Arbeitnehmerüberlassung sind regelmäßig erfüllt, wenn der Werkunternehmer nicht in der Lage ist, die für den Werkerfolg erforderlichen Betriebsmittel selbst zu stellen.⁴⁶ Bei Bereitstellung der erforderlichen Betriebsmittel durch den Besteller, kann die Vermutung nur widerlegt werden, wenn der Werkunternehmer für die Dauer der Betriebsmittelüberlassung die Verfügungsgewalt innehat und sich die Bereitstellung nicht als vertragliche Leistungspflicht des Bestellers darstellt.⁴⁷ Als kritisch erweist sich die Situation, in der der Werkunternehmer nicht in der Lage ist, die technische Ausstattung zur Verfügung zu stellen, da er im Zweifel nicht die für die Erfüllung des Werkvertrages notwendigen fachlichen Weisungen erteilen kann.⁴⁸ Handelt es sich um größere Maschinen wie z. B. Verladekräne, Gabelstapler o. ä. und werden diese nicht vom Werkbesteller gestellt, erfüllt deren Bedienung durch Fremdfirmenarbeiter grundsätzlich den Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung.

Neben den Sachmitteln umfasst die Organisationsgewalt des Werkunternehmers auch die Entscheidung über den zur Ausführung des Werkvertrages erforderlichen Personal- und Qualifikationsbedarf und -aufwand sowie den Einsatz der erforderlichen Arbeitnehmer. Nach den Dienst-Anweisungen der Bundesagentur zählen zu den werkvertragstypischen Pflichten des Werkunternehmers u. a.:⁴⁹

- Entscheidung über Auswahl der eingesetzten Arbeitnehmer (Zahl, Qualifikation und Person),
- Ausbildung und Einarbeitung,
- Bestimmung der Arbeitszeit und Anordnung von Überstunden,
- Überwachung der Ordnungsmäßigkeit der Arbeitsabläufe.

Für Arbeitnehmerüberlassung spricht, wenn die oben aufgeführten Funktionen vom Einsatzbetrieb wahrgenommen werden. Ferner ist von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, wenn im Vertrag eine bestimmte Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer aufgeführt oder sogar bestimmte Personen namentlich genannt sind. Hinsichtlich der Bestimmung der Anzahl der einzusetzenden Arbeitnehmer ist nur dann eine Ausnahme zulässig, wenn die betrieblichen Erfordernisse des Einsatzbetriebes dies vorsehen. So z. B. wenn die räumliche Organisation des Einsatzbetriebes nur eine bestimmte

Höchstzahl zulässt. Bei einer namentlichen Nennung des einzusetzenden Arbeitnehmers steht das Interesse des Einsatzbetriebes an diesem Arbeitnehmer derart im Vordergrund, dass regelmäßig von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen ist. Von letzterem ist insbesondere immer dann auszugehen, wenn seitens des Bestellers Einfluss auf die Ersetzungsbefugnis des Werkunternehmers genommen wird, da nur bei ihm als ausschließlicher Arbeitgeber die Personalentscheidung liegt. Ausnahmen sind nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Bestellers zulässig, wonach er bestimmte Personen nicht zu dulden hat (z. B. bei strafbaren Handlungen gegen den Besteller bzw. dessen Arbeitnehmer, Vorstrafen, Diebstähle u. ä.).⁵⁰

Darüber hinaus hat der Besteller auch hinsichtlich bestimmter Qualifikationsvoraussetzungen keinen Einfluss auf die Auswahl der einzusetzenden Arbeitnehmer. Der Werkunternehmer bestimmt vielmehr selbst die Arbeitnehmer mit der für den Werkerfolg notwendigen Qualifikation. Somit beschränkt sich das rechtlich erhebliche Interesse des Bestellers auf den werkvertraglichen Erfolg. Somit beruhen seine Gewährleistungsansprüche nur auf mangelhaften Arbeitsergebnissen gemäß §§ 633 ff. BGB, nicht aber auf mangelnde Qualifikationen oder Schlechtleistungshandlungen der eingesetzten Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers. Arbeitnehmerüberlassung liegt demnach vor, wenn im Vertrag bestimmte Qualifikationsanforderungen vereinbart werden. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn gesetzliche Bestimmungen Voraussetzungen für das Ausführen einer Tätigkeit vorschreiben.⁵¹

5.5 Gewährleistung

Erhebliche Unterschiede bestehen zwischen dem Einsatz von Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Werkvertrages und der Überlassung von Arbeitnehmern hinsichtlich der Hauptleistungspflichten und der Haftungsfragen. Bei der Arbeitnehmerüberlassung trägt der Verleiher lediglich die Pflicht der ordnungsgemäßen Auswahl seiner Arbeitnehmer in Bezug auf die erforderlichen beruflichen, fachlichen und persönlichen Voraussetzungen. Bei Auswahlverschulden trifft ihn die Haftung aus positiver Vertragsverletzung.⁵² Fehlerhafte Leistungen des überlassenen Arbeitnehmers stellen keinen Verstoß gegen Hauptleistungspflichten dar und begründen somit für den Entleiher keine Schadensersatzansprüche.⁵³

Die Hauptleistungspflicht beim Werkvertrag ist charakterisiert durch die Herstellung eines fehler- und mangelfreien Werkes durch den Werkunternehmer (§ 631 Abs. 1 BGB). Er hat alle organisatorischen Voraussetzungen so zu gestalten, dass er die erbrachten Leistungen einschließlich seiner eingesetzten Arbeitnehmer fortlaufend überwachen kann. Nur so ist eine objektive Beurteilung in Bezug auf die Mangelfreiheit des Werkes bei Auslieferung überhaupt möglich.⁵⁴ Für Vertragsverletzungen durch Verschulden seiner Erfül-

45 *Ulber*, Einleitung C Rn. 58.

46 *Schaub/Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch München 12. Aufl. 2007, ArbR-Hdb. § 120 RN 3.

47 *Ulber*, Einleitung C Rn. 60.

48 BAGE 78, 252.

49 *Ulber*, AÜG, Einleitung C Rn. 55.

50 *Ulber*, Einleitung C Rn. 61.

51 *Ulber*, AÜG, Einleitung C Rn. 55.

52 *Becker/Wulfgramm* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Kommentar München 3. Aufl. 1985, Art. 1 § 12 Rn. 39.

53 *Ulber*, Einleitung C Rn. 51.

54 BGH NJW 1992, 1754.

lungshelfen (§ 278 BGB) muss er ebenso eintreten wie ggf. für deliktisches Handeln (§ 831 BGB). Bis zur Abnahme (§ 640 BGB) bzw. bis zur Vollendung (§ 646 BGB) trägt der Werkunternehmer die Leistungs- und Vergütungsgefahr (§ 644 Abs. 1 BGB). Ist das erstellte Werk nicht mangelfrei, kann der Besteller i. d. R. ohne weitere Vergütungsverpflichtung Beseitigung des Mangels verlangen (§§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 2 BGB) bzw. im Falle des Verzugs den Mangel durch Dritte beseitigen lassen und Aufwendungsersatz verlangen (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB). Die gesetzliche Regelung für die Hauptleistungs- und Gewährleistungspflichten des Werkunternehmers lässt somit eine klare Risikoverteilung für die beteiligten Parteien erkennen. Gemäß den §§ 278, 831 BGB hat der Werkunternehmer neben dem Risiko des Leistungserfolgs als Arbeitgeber auch für die Arbeitgeberrisiken für seine Erfüllungsgehilfen bei Entstehen etwaiger Schäden einzustehen. Werden diese abbedungen, kann stets von Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden.⁵⁵

Ferner wird Arbeitnehmerüberlassung vermutet, wenn im Werkvertrag abweichende Regelungen hinsichtlich der Hauptleistungspflicht oder den Gewährleistungsbestimmungen getroffen werden, oder diese faktisch nicht eingehalten werden.⁵⁶ Der Widerlegung der Vermutung müssen berechnete Interessen zugrunde liegen oder aber das Gesetz muss eine abweichende Haftungsregelung erlauben (z. B. nach den Bestimmungen der VOB).⁵⁷ Die gesetzlichen Haftungsregelungen sind allerdings unter Berücksichtigung einiger Beschränkungen (§§ 639, 138 BGB) grundsätzlich abdingbar.⁵⁸

Bei Verzicht des Bestellers auf einzelne Haftungsregelungen, ist zu unterscheiden, auf welche Tatbestände genau abgestellt wurde. Bezieht sich die Vereinbarung des Haftungsausschlusses auf die Hauptleistungspflicht des Werkunternehmers, kann die Vermutung für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr widerlegt werden.⁵⁹ Arbeitnehmerüberlassung liegt auch vor, wenn im Falle eines Werkmangels der Besteller diesen nach § 637 BGB selbst beseitigt und sich dabei den Arbeitnehmern des Fremdbetriebes bedient.⁶⁰ Handelt es sich um einen Haftungsausschluss bzw. eine Haftungsbeschränkung im Rahmen der Gewährleistungsansprüche, ist zu prüfen, ob durch die Vereinbarung die eigentlich vereinbarte werkvertragliche Zielsetzung in den Hintergrund tritt. Auch Absprachen – insbesondere bei Abrechnung nach Stundenverrechnungssätzen – die eine über die ursprünglich vereinbarte Vergütung hinausgehende Vergütung beinhalten, deuten auf Arbeitnehmerüberlassung hin.⁶¹ Regelungen über die Abnahmepflicht sind grundsätzlich zulässig (§ 640 BGB). Sind bei der Abnahme betriebsfremde Arbeitnehmer im Einsatz und handelt es sich um eine langfristige Leistungsbeziehung, deutet dies ebenfalls auf Arbeitnehmerüberlassung hin.⁶²

5.6 Weisungsrecht und Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen

Schwierig gestaltet sich die Abgrenzung zum Werkvertrag dadurch, dass auch dem Werkbesteller gegenüber Arbeitnehmern des Werkunternehmers nach § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ein Weisungsrecht zusteht. Demzufolge ist das werkvertragliche Weisungsrecht vom arbeitsrechtlichen Weisungsrecht abzugrenzen. Grundsätzlich ist das Weisungsrecht des Werkbestellers projektbezogen und ergebnisorientiert, während das arbeitsrechtliche Direktionsrecht des Werkunternehmers personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert ist.⁶³

5.7 Unterscheidung von werkvertraglichem Weisungsrecht und arbeitsrechtlichem Weisungsrecht

Hinsichtlich der Qualität der Weisungen unterscheidet das BAG zwischen Weisungen, die Art und Weise der Arbeitsleistung (z. B. Inhalt, Leistungszeit und -ort, Arbeitsgeschwindigkeit, Modalitäten der Ausführung) betreffen und werkbezogenen Weisungen bezüglich von Fertigungsmethoden, Qualitätsanforderungen, Stückzahl etc. Das Weisungsrecht des Bestellers bezieht sich somit lediglich auf das versprochene Werk.⁶⁴

Die im Rahmen eines Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers ausschließlich seinem arbeitsbezogenen Weisungsrecht. Sie bleiben auch während der Tätigkeit beim Werkbesteller in die Betriebsorganisation des Werkunternehmers eingegliedert. Demnach ist die Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts durch den Einsatzbetrieb bzw. Entleiher konstitutives Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung. Kommt es im Rahmen eines Werkvertrages zur vollständigen Verlagerung des unmittelbaren Forderungsrechts gegenüber den Fremdarbeitnehmern auf den Einsatzbetrieb, handelt es sich um »Fremdsteuern« und somit um Arbeitnehmerüberlassung.⁶⁵

Zur Identifikation der Fremdsteuern des Arbeitseinsatzes gilt es im Einzelfall Folgendes zu klären:⁶⁶

- Die Art der Weisungen, die das arbeitsbezogene Weisungs- (Direktions-) Recht ausmachen;
- Vorliegen einer vollständigen Verlagerung.

Als arbeitsbezogen gelten nur solche Weisungen, welche zur Steuerung des Arbeitseinsatzes erforderlich sind. Dies ergibt sich bereits aus der Struktur der Arbeitnehmerüberlassung. Letztere zeichnet sich im Vergleich zu anderen Formen des Fremdfirmeneinsatzes dadurch aus, dass die Leistungspflicht des Verleihers sich auf die Zurverfügungstellung eines geeigneten, grundsätzlich leistungswilligen und -bereiten Arbeitnehmers beschränkt, während die Steuerung des Arbeitnehmers bezogen auf den konkreten Arbeitseinsatz Sache des Entleihers ist.⁶⁷ Das Weisungsrecht des Entleihers ist also beschränkt auf den für die Erreichung der unternehmerischen Ziele erforderlichen Umfang.

Das Direktionsrecht lässt sich weiter aufgliedern in:⁶⁸

- Arbeitsnotwendige Weisungen;
- Arbeitsbegleitende Weisungen und
- Sonstige Weisungen.

Zu den arbeitsbezogenen Weisungen gehören diejeni-

55 *Ulber*, Einleitung C Rn. 52.

56 *Boemke/Lembke*, Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz, Kommentar, München 2. Aufl. 2005, AÜG, Rn. 88; EZAÜG § 631 BGB Werkvertrag.

57 *Marschner*, Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 1995, 669.

58 *Palandt-Thomas* Kommentar zum BGB, München 67. Aufl. 2008, § 637 Rn. 1.

59 *Ulber*, Einleitung C Rn. 59.

60 *KassHandb/Düwell*, Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Köln 2. Aufl. 2000, 4.5 Rn. 127; BB 1996, 1556.

61 *Ulber*, Einleitung C, Rn. 53.

62 A. a. O., Rn. 60.

63 *Boemke/Lembke*, AÜG, Rn. 79.

64 *Thüsing/Waas*, AÜG, § 1 Rn. 74.

65 *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 179.

66 *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 189.

67 A. a. O., Rn. 190.

68 *Becker*, Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen, DB 1988, 2561 (2562).

gen, die die individuelle Arbeitspflicht nach Gegenstand, Ort und Zeit konkretisiert wird und betreffen somit den unmittelbaren Arbeitsvollzug. Sie sind daher am engsten mit dem Arbeitsprozess verbunden. Dazu gehört in erster Linie die Zuweisung einer bestimmten Aufgabe an bestimmter Stelle im Betrieb zu einem bestimmten Zeitpunkt. Außerdem die Bestimmung des täglichen Arbeitsbeginns, Pausen, Arbeitsende und soweit zulässig auch Wechselschichten. Die Aufzählung ist nicht abschließend, da sich aus der jeweiligen Arbeitssituation stets noch andere Weisungen ergeben können (z. B. auch Anordnung von Überstunden).⁶⁹

Arbeitsbegleitende Weisungen sind solche in Bezug auf⁷⁰

- das Verhalten bei der Arbeit (z. B. Tragen von Sicherheitskleidung, Schutzbrille, Haarnetz etc.; aber auch die Anordnung, Rauch- oder Essverbot während der Arbeit);
- die Anordnung von Hilfs- oder Nebentätigkeiten (z. B. Heranschaffen von Material, Abfallbeseitigung, Maschinenreinigung, Aufräumen des Arbeitsplatzes nach Beendigung der Arbeit);
- das äußere Erscheinungsbild und Verhalten (z. B. Tragen von Dienstkleidung, Einhalten bestimmter »Standards«, die ein gepflegtes äußeres Erscheinungsbild ergeben, Auftreten gegenüber Kunden und Besuchern).

Auch die arbeitsbegleitenden Weisungen betreffen den eigentlichen Arbeitsprozess; sind aber im Vergleich zu den arbeitsnotwendigen Weisungen nicht unverzichtbar, da sie lediglich eine umrahmende Funktion ausüben. Auch ohne diese Weisungen könnte die Arbeit ordnungsgemäß erbracht werden. Sie wirken auf den Arbeitsprozess ein, weil der Arbeitgeber/Inhaber des Einsatzbetriebs sie für geboten oder zumindest für zweckmäßig hält.⁷¹

Nicht konstitutiv für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung ist die Erteilung sonstiger Weisungen. Dazu zählen die Auswahl bzw. Festlegung des Einsatzbetriebs und evtl. die Art der auszuführenden Tätigkeit (z. B. Einsatz als Anstreicher, Schlosser, technischer Zeichner usw.). Diese grobe Konkretisierung der Arbeitspflicht obliegt grundsätzlich dem Verleiher wie einem sonstigen Unternehmer auch, der Arbeiten in einem Fremdunternehmen ausführen lässt. Aus diesem Grunde eignen sich die sonstigen Weisungen nicht als Abgrenzungskriterium.⁷²

Nicht Teil der arbeitsbezogenen Weisungsbefugnis sind grundsätzlich auch Kontrollen hinsichtlich der Anwesenheit, Arbeitsleistung und -qualität. Ebenfalls nicht (unmittelbar) sind arbeitsbezogene Weisungen, die die betriebliche Organisation betreffen, wie z. B. die Einhaltung einer Betriebsordnung über Alkohol-, Rauchverbot, Torkontrolle, Kantinen-, Parkplatzbenutzung oder das Einhalten einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf dem Werksgelände. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck einer Betriebsordnung, die für jede im Betrieb tätige Person, unabhängig von ihrem Status, Geltung entfalten soll. Ferner sind auch personenbedingte Weisungen nicht erforderlich für die Steuerung eines reibungslosen Betriebsablaufs. Das betrifft v. a. die Gewährung von Freizeit, Festlegung des Urlaubs sowie außerdienstliche Weisungen.⁷³ Derartige Bestimmungen unterliegen der Disposition des Verleihers kraft seiner Arbeitgeberstellung. Weder für noch gegen Arbeitnehmerüberlassung sprechen Absprachen zwischen Verleiher und Entleiher hinsichtlich der zeitlichen Gewährung des Urlaubs (z. B. wegen Betriebsferien im Entleiherbetrieb). Derartige Abreden sind in der Praxis eher als sinnvoll anzusehen und rechtfertigen somit nicht die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung.

Keine Aussagekraft bezogen auf das arbeitsbezogene Weisungsrecht als Abgrenzungskriterium und das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung soll gegeben sein, wenn Verleiher und Entleiher gleichermaßen über die Qualifikation und die Anzahl der einzusetzenden Arbeitnehmer bestimmen.⁷⁴ So kann nicht schon Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden, weil der Einsatzbetrieb bestimmte Qualifikationsanforderungen an das Fremdpersonal stellt (z. B. Sicherheitsüberprüfung).⁷⁵ Gleiches gilt für die Bestimmung der Anzahl der im Fremdunternehmen einzusetzenden Arbeitnehmer. Hieraus lässt sich nicht ableiten, wer tatsächlich die Steuerung der entsandten Arbeitnehmer im Drittbetrieb übernimmt. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Werkunternehmer im Regelfall die für die Auftrags Erfüllung notwendige Anzahl seiner Arbeitnehmer selbst bestimmt, während beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag der Verleiher die Anzahl der in seinen Betrieb einzusetzenden Arbeitnehmer festlegt. Dennoch sind Fälle auf Basis eines Werkvertrages denkbar, in denen die quantitative Bestimmung seitens des Bestellers zu erfolgen hat, aufgrund vorhandener Restriktionen wie z. B. Sicherheitsvorschriften, Abreden mit dem Betriebsrat oder räumliche Kapazitätsbegrenzungen.

Unbrauchbar ist auch die Unterscheidung nach arbeitsbezogenen Weisungsrecht und werkvertraglichen Weisungen und arbeitsrechtlichen Weisungen. Das werkvertragliche Weisungsrecht ist gegenständlich auf den jeweils geschuldeten Leistungserfolg begrenzt⁷⁶ und kann an der arbeitsbezogenen Alleinweisungsbefugnis des Werkunternehmers als Arbeitgeber nichts ändern. Allerdings neigt das BAG in seinen jüngsten Entscheidungen zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Weisungsbefugnis des Werkbestellers auf der einen Seite und dem Weisungsrecht des Werkunternehmers auf der anderen Seite.⁷⁷ So hat das BAG z. B. entschieden, dass keine Arbeitnehmerüberlassung indiziert sei, wenn der Werkbesteller umfangreiche werkvertragliche Weisungsbefugnisse i. S. v. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB einschließend damit zusammenhängender Kontroll- und Überprüfungsrechte ausübe. Dies gilt selbst in den Fällen nicht, in denen diese Weisungen unmittelbar dem Fremdfirmenpersonal erteilt würden.⁷⁸ Allerdings sieht das BAG die Grenzen der Weisungsbefugnis dann überschritten, wenn der Einsatzbetrieb die Erledigung der Arbeiten nach Zeit und Ort bestimmen kann.⁷⁹ Kritische Meinungen hinsichtlich des weiten Umfangs des Weisungsrechts des BAG finden sich in der Literatur. So wird z. B. darauf verwiesen, dass das Weisungsrecht nur projektbezogene Ausführungsanweisungen enthalte, wobei sich diese nicht auf einzelne Arbeitsverrichtungen beziehen dürfen, sondern lediglich beschränkt sind auf die Beschaffenheit des zu erstellenden Projektes.⁸⁰ Eine Überschreitung des werkvertraglichen Weisungsrechts nach § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ist immer dann gegeben,

69 Vgl. *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 191.

70 Vgl. *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 193.

71 A. a. O.

72 Vgl. *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 194.

73 *Richter*, Die Änderung von Arbeitsbedingungen kraft des Direktionsrechts des Arbeitgebers unter Beachtung der Beteiligung des Betriebsrats, DB 1989, 2378 (2379).

74 *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 198.

75 DB 1993, 2337 (2338).

76 DB 1995, 1566.

77 *Ulber*, AÜG, Einleitung C Rn. 65.

78 *Schüren/Hamann*, § 1 AÜG Rn. 200.

79 EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 41.

80 *Becker*, DB 1988, 2561.

wenn sich die Weisungen des Werkbestellers auf die Festlegung von Leistungsgegenstand oder Leistungsumfang eines Werkes beziehen.⁸¹ Festzuhalten bleibt, dass das nach § 613 S. 2 BGB nicht übertragbare Weisungsrecht bei werkvertraglichen Einsätzen grundsätzlich beim Werkunternehmer verbleiben muss, da sonst Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Ob überhaupt und in welcher Form der Werkbesteller von seinem werkvertraglichen Weisungsrecht Gebrauch macht, spielt hinsichtlich der Frage des Weisungsrechts als Abgrenzungskriterium keine Rolle. Richtigerweise hat das BAG daher festgestellt,⁸² dass Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wenn der vertragliche Leistungsgegenstand derart unbestimmt und allgemein ist, dass er erst durch zusätzliche Weisungen des Einsatzbetriebs konkretisiert wird.

Die Literatur⁸³ vertritt die Auffassung, dass die Zuordnung des Weisungsrechts nicht an vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Arbeitgebern festgemacht werden kann. Dazu gehören Kriterien wie der Leistungsgegenstand, die Gewährleistungsregeln, Bestimmungen über die Gefahrtragung sowie die Vergütungsart. Ebenso besteht kein innerer Zusammenhang von Unternehmerrisiko (Leistungswilligkeit der Arbeitnehmer, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen, Urlaubsvergütung, Solvenz des Vertragspartners) und Weisungsrecht. Dies wird damit begründet, dass diese Risiken nicht nur den Werkunternehmer, sondern auch den Verleiher betreffen. Unerheblich im Hinblick auf das abgrenzungsrelevante Weisungsrecht ist ferner, ob Arbeits- und Sicherheitskleidung, Werkzeug und Material vom Entleiherbetrieb gestellt werden. Ferner, ob das Fremdpersonal Sozialeinrichtungen des Einsatzbetriebes mitbenutzt und ob es sonstige Vergünstigungen (Firmenparkplatz, verbilligter Personaleinkauf etc.) in Anspruch nehmen darf. Auf der anderen Seite soll gerade die Mitbenutzung von derartigen Einrichtungen ein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung darstellen.⁸⁴

Das Abgrenzungskriterium Weisungsrecht soll insbesondere im Bereich der Dienstleistungen an Bedeutung verlieren.⁸⁵ Verpflichtet sich z. B. ein selbständiger Dienstunternehmer einem Drittbetrieb gegenüber zur speziellen Unternehmensberatung, so kommt es gerade in diesen Fällen auf hoch qualifiziertes Personal an. Die Beantwortung der Frage aber, ob nun Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist einzig und allein danach zu beurteilen, wie diese Arbeitnehmer im Fremdbetrieb tätig werden. Von Arbeitnehmerüberlassung kann nur dann ausgegangen werden, wenn ihr Einsatz vom Beschäftigungsbetrieb je nach Bedarf gesteuert wird.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass Arbeitnehmerüberlassung immer dann vorliegt, wenn der Entleiher das arbeitsbezogene Weisungsrecht vollständig und während der gesamten Dauer des Fremdeinsatzes ausübt. Letzteres folgt auch der von der Rspr. entwickelten Formel zur Abgrenzung. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Arbeitnehmerüberlassung; nämlich dem bedarfs- bzw. betriebsgerechtem Einsatz des Fremdpersonals im Entleiherbetrieb. Notwendige Voraussetzung dafür ist die Steuerung des Arbeitseinsatzes durch den Drittbetrieb, während dem Verleiher in diesem Zeitraum kein eigenes Nutzungsrecht mehr zusteht. Es kommt also entscheidend darauf an, ob der Entleiher die Arbeitskraft während des gesamten Fremdfirmeneinsatzes lenkt. Erhält der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Einsatzbetrieb Weisungen in Bezug auf die Arbeitsleistung, scheidet Arbeitnehmerüberlassung i. d. R. aus. Es lässt sich ferner aus dem Obigen schlussfolgern, dass nicht jede vereinzelte erteilte Weisung des Beschäftigungsunternehmens gleich

für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung spricht. Um atypische Einzelfälle und somit nicht um Arbeitnehmerüberlassung handelt es sich bei sog. eigenmächtigen Arbeitsanweisungen des Beschäftigungsbetriebes oder seiner Repräsentanten, da es sich nicht »um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis« handelt.⁸⁶ In diesen Fällen beschränkt sich der Vertragsarbeitgeber nicht auf die Funktion eines Personalgestellers. Danach ist das AÜG seinem Schutzgedanken entsprechend nicht anzuwenden.

6 Identifikation der Arbeitnehmerüberlassung in Grenzfällen

Probleme bereitet die Identifizierung von Arbeitnehmerüberlassung überall dort, wo es keine oder kaum arbeitsbezogene Weisungen gibt oder wo der Fremdfirmeneinsatz durch Handlungsschemata gesteuert wird.⁸⁷

In den Fällen, wo arbeitsbezogene Weisungen (fast) ganz fehlen, erhält der Arbeitnehmer weder von seinem Vertragsarbeitgeber noch von seinem Einsatzbetrieb Weisungen, weil er sie zur Erbringung der Arbeitsleistung nicht benötigt. Dies bedeutet, dass dem Einsatzbetrieb lediglich das Arbeitsergebnis zufließt. Wird in den gesamten Arbeitsvorgang also nicht eingegriffen, fehlt die für die Arbeitnehmerüberlassung charakteristische Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes, so dass Arbeitnehmerüberlassung nicht vorliegt.⁸⁸

Darüber hinaus sind in der Praxis vielfach Steuerungssysteme gebräuchlich. Bei diesen Konstellationen erteilt zwar der Vertragsarbeitgeber oder ein vorgesetzter Mitarbeiter Weisungen, diese stammen aber tatsächlich vom Inhaber des Einsatzbetriebes oder seiner Repräsentanten. Im Rahmen dieser Konstellationen sind unterschiedliche Fallgruppen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung möglich.

7 Zwischengeschaltete Aufsichtsperson

Das Fremdpersonal erhält ihre einsatzbezogenen Weisungen ausschließlich vom Personal des Vertragsarbeitgebers (z. B. Vorarbeiter, Einsatz-, Objektleiter). Entscheidend ist bei dieser Konstellation, dass diese wiederum vom Personal des Einsatzbetriebes über die zu erbringende Arbeitsleistung instruiert werden. Es erfolgt also im Wesentlichen eine Steuerung des Arbeitseinsatzes durch den Einsatzbetrieb, indem der Inhaber des Fremdunternehmens oder seine Repräsentanten die Fremdarbeitnehmer wie Verleiher nach seinen eigenen Vorstellungen und Zielen einsetzen. Entscheidendes Merkmal ist hier, dass die arbeitsbezogenen Weisungen nicht unmittelbar gegenüber dem Fremdpersonal erteilt werden, sondern durch eine zwischengeschaltete Person des Vertragsarbeitgebers. Daraus folgt, dass der Vertragsarbeitgeber keine eigenen Weisungen mehr gegenüber seinen eingesetzten Arbeitnehmern erteilt, sondern lediglich als verlängerter Arm des Auftraggebers fungiert. Im Rahmen dieser Konstellation der mittelbaren Fremdsteuerung handelt es sich um Arbeitneh-

81 BAGE 78, 252.

82 A. a. O.

83 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 207–208.

84 Ulber, AÜG, Einleitung C Rn. 67.

85 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 210.

86 BAGE 67, 124.

87 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 219.

88 A. a. O., Rn. 220.

merüberlassung, da es maßgeblich darauf ankommt, wo die jeweiligen Weisungen ihren Ursprung haben und nicht darauf, wer diese tatsächlich ausspricht.⁸⁹

8 Rahmenvertrag und Einzelaufträge

Die Steuerungsfunktionen übernehmen in dieser Fallgruppe Einzelaufträge, – bestellungen o. ä. Zu nennen ist v. a. die Fremdvergabe von innerbetrieblichen Daueraufgaben, aber auch der Abschluss von Rahmenverträgen, innerhalb derer einzelne »Werke« vom Besteller in regelmäßigen Abständen abgerufen werden. Charakteristisch sind auf Dauer angelegte Vertragsbeziehungen mit nur allgemein beschriebenen (Werk-)Aufgaben in einer Rahmenvereinbarung. Die Gerichte stehen hinsichtlich dieser atypischen Gestaltungsformen in der Vergangenheit bereits vor großen Abgrenzungsproblemen, da nach dem reinen äußeren Erscheinungsbild keine klare Trennung mehr möglich ist. Als praxisrelevante Beispiele, mit denen sich die Rspr. in der Vergangenheit konfrontiert sah, sind zu nennen⁹⁰

- Kontinuierliche Wartung von Stromanlagen und Störungsbeseitigung,
- Durchführung von Elektro- und Installationsarbeiten und Instandhaltung von Produktionsanlagen,
- Entwerfen, Erstellen, Umsetzen und Dokumentation von EDV-Programmen für die Mess- und Regeltechnik.

Diese allgemein gehaltenen Aufgaben bedürfen zu ihrer ordnungsgemäßen Ausführung ständiger Konkretisierungen seitens des Auftraggebers, die über »Einzelbestellungen« erfolgen. Diese Einzelbestellungen zeichnen sich durch eine Doppelfunktionalität aus, da der Inhaber des Einsatzbetriebes auf diese Art den Einsatz des Fremdpersonals vor Ort lenkt und steuert. Läuft der Arbeitsprozess also ohne Zutun des Vertragsarbeitgebers ab, beschränkt sich dieser lediglich auf die Funktion eines Personalgestellers, so dass Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Gerade der Bereich der Kontaktlogistik sieht Fehlgestaltungen vor, die eine entsprechende Struktur aufweisen. Im Regelfall wird daher in diesen Konstellationen von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen sein.

9 Verlagerung arbeitsrechtlicher Weisungen in den Werkvertrag

Eine noch subtilere Form der Fremdsteuerung liegt vor, wenn der Vertragsarbeitgeber selbst als Mittler fremder Weisungen eingeschaltet wird. Dies erfolgt durch die exakte Beschreibung des Leistungsgegenstandes und einzelner Arbeitsschritte im Vertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber. Zum Teil treffen die Parteien sogar eine vertragliche Vereinbarung, wonach sich der Auftragnehmer zur Einhaltung der vom Auftraggeber vorgeschriebenen Arbeitsschritte der Fremdarbeitnehmer verpflichtet. Entscheidendes Element, das in dieser Konstellation für Arbeitnehmerüberlassung spricht, ist die Tatsache, dass der Vertragsarbeitgeber durch die diktierten Handlungsschemata keinen gestalterischen Einfluss mehr auf die Arbeitsleistung seiner eingesetzten Arbeitnehmer nehmen kann. Der Vertragsarbeitgeber rückt in die Position eines Verleihers ein, indem er für die ordnungsgemäße Bereitstellung der entsendenden Arbeitnehmer verantwortlich ist. Ein Fall der (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung ergibt sich aus dem Umstand, dass der Vertragsarbeitgeber zum Erfüllungsgehilfen seines Auftraggebers wird und folglich jeglichen Steuerungseinfluss auf den Arbeitsprozess verliert.⁹¹

10 Steuerungsinformationen

Erfolgt die (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung mittels Steuerungsinformationen, ist die Fremdsteuerung i. d. R. nur noch schwer identifizierbar. In dieser Fallgruppe beinhalten Rahmenverträge eine Vielzahl von Handlungsschemata für die eingesetzten Arbeitnehmer. Diese Einzelfunktionen werden aktiviert, indem der Auftraggeber entsprechende Steuerungsinformationen abrufen. Innerhalb dieser Fallgruppe sind unterschiedliche Formen denkbar, die hier anhand eines Beispiels näher erläutert werden sollen:

Arbeitnehmer eines Fuhrunternehmens (hier: Werkunternehmer) erscheinen morgens beim Entsorgungsunternehmen (hier: Werkbesteller) und erhalten dort ihre für den Arbeitstag individuell zusammengestellten Tourenpläne. Die Identifizierung der Arbeitnehmerüberlassung ist hier relativ einfach möglich, da das Fremdpersonal unmittelbar ihre Tourenpläne vom Einsatzbetrieb erhält (unmittelbare Weisungen).⁹²

Weniger eindeutig ist die rechtliche Einordnung in dieser Fallkonstellation. Innerhalb des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages gibt der Auftraggeber bis ins Detail geregelte Weisungen für die Durchführung der möglichen Entsorgungsfälle. Der Fuhrunternehmer (Auftragnehmer) weist dann seine Fahrer entsprechend ein. Der Auftraggeber informiert (z. B. per Telefon oder Fax) die Fahrer über anstehende Entsorgungsaufgaben, indem er ihnen mitteilt, was wo zu entsorgen ist. Das Besorgungsunternehmen entscheidet durch die Benennung der Entsorgungsfälle (Steuerungsinformation) darüber, was die Arbeitnehmer tun, so dass die Arbeitssteuerung nicht mehr durch den Vertragsarbeitgeber erfolgt (mittelbare Weisungen). Die Steuerungsinformation übernimmt somit die Funktion einer Arbeitsanweisung, so dass Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.⁹³

Die oben beschriebenen Beispielfälle zeigen Konstellationen auf, in denen der Auftraggeber einzelne Arbeitsverrichtungen teilweise bis ins Detail beeinflussen kann, ohne jedoch formal eine Arbeitgeberstellung einzunehmen. Die Leistungspflicht des Werkunternehmers wird durch die Vereinbarung eines Rahmenvertrages mit detaillierten Handlungsschemata atomisiert. Dabei verbleibt ihm nur noch ein so geringer Entscheidungsspielraum, dass von selbstbestimmten, ihm zurechenbaren Entscheidungen, insbesondere im personellen Bereich, nicht mehr gesprochen werden kann. Das bedeutet, dass den Weisungen des Werkunternehmers keine Leitungsqualität mehr zuerkannt werden kann. Das kann sogar so weit führen, dass der Werkunternehmer seine Selbstständigkeit verliert und er nur noch Weisungen nach dem »Top-Down-Prinzip« weiterleitet.

11 Abschließende Gesamtbetrachtung

Ob der Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern im Einzelfall auf Basis eines Werkvertrages erfolgt oder es sich trotz anders lautender Bezeichnung um Arbeitnehmerüberlassung handelt, entscheidet eine **Gesamtbetrachtung**. In ihr werden alle für den Einzelfall relevanten Kriterien und Indizien bewertet und abgewogen. Die Rspr. hat in der Vergan-

89 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 223.

90 Schüren/Hamann, § 1 ANÜ Rn. 224.

91 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 225.

92 A. a. O., Rn. 228.

93 A. a. O., Rn. 229.

genheit eine Vielzahl von Subkriterien zur Abgrenzungsfrage entwickelt, was dazu geführt hat, dass die ohnehin schon erhebliche Rechtsunsicherheit noch gesteigert wird.⁹⁴ In seiner neueren Rspr. ist das BAG wieder um eine Reduktion des entwickelten Kriterienkataloges bemüht, da der ständig weiter entwickelte Umfang an Kriterien nicht die erhoffte Klarheit gebracht hat.⁹⁵

Dabei stehen im Wesentlichen folgende Abgrenzungsmerkmale im Vordergrund:⁹⁶

- Vereinbarung eines konkreten, werkvertragsfähigen Leistungsgegenstandes zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer;
- Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem Fremdpersonal;
- Organisation der zur Erreichung des Vertragsziels notwendigen Arbeitsabläufe;
- Arbeitsteilige Zusammenarbeit von Fremdfirmen- und Stammarbeitnehmern;
- Einsatz des Fremdpersonals nur innerhalb des vereinbarten Leistungsgegenstandes;
- Übernahme eines eigenen Unternehmerrisikos (Haftung, Gewährleistung).

12 Ergebnis

Auch wenn die theoretische Einordnung eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages auf der einen Seite und eines Werkvertrages auf der anderen Seite recht eindeutig erscheint, haben die Ausführungen verdeutlicht, dass eine klare Ab-

grenzbarkeit dieser Vertragsformen trotz bereits entwickelter Abgrenzungskriterien und Indizien in der Praxis nicht ohne Weiteres möglich ist. Auch wenn sich gängige Abgrenzungsmerkmale weitgehend durchgesetzt haben, besteht weiterhin ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit im Bereich der Grenzfälle. Verschärft wird dies noch durch die z. T. unterschiedliche Gewichtung und Bewertung der einzelnen Merkmale je nach Lage des Falls durch die Gerichte.⁹⁷ Auch das Schrifttum lässt im Hinblick auf die Abgrenzungsfrage keinen einheitlichen Tenor erkennen. Die Autoren folgen entweder der Rspr. oder entwickeln eigene Abgrenzungsmodelle mit sehr unterschiedlichen Ansätzen.⁹⁸

Entscheidende Bedeutung kommt der Vertragsgestaltung als Steuerungsmittel zu. Insbesondere wenn Daueraufgaben an einen Dienstleister übertragen werden, kann es zu Schwierigkeiten bei der Einordnung des Sachverhaltes unter die Voraussetzungen des AÜG kommen. Gleiches gilt, wenn die Leistungsbeschreibung zu allgemein gehalten ist und so das Entstehen von Missverständnissen führt oder gar Aufgaben übernommen werden, die durch den Vertrag nicht erfasst werden. Auch bei Unternehmenskooperationen müssen Regelungen gefunden werden, die klare Strukturen für das Weisungsrecht der beteiligten Unternehmen aufweisen.

94 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 157.

95 A. a. O., Rn. 150.

96 A. a. O., Rn. 151.

97 Schüren/Hamann, § 1 AÜG Rn. 157.

98 A. a. O., Rn. 161.