Industrienahe Dienstleistungen zwischen freiem Werkvertrag und regulierter Arbeitnehmerüberlassung[*]

Von Professor Dr. *Volker Rieble*, München

	Seite
A. Industrienahe Dienstleistungen in Deutschland	137
I. Entwicklung: »Tertiarisierung der Volkswirtschaft«	137
II. Wirtschaftliche Bestimmungsgründe	139
III. Sozialpolitische Diskussion	140
B. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	141
I. Ausgangspunkt: Zwingende Vertragsformzuordnung nach dem Geschäftsinhalt	141
II. »Überlassen zur Arbeitsleistung«	144
1. Beschränkte gesetzliche Definition	144
2. Verwaltungsanweisungen	145
3. Einhelliges Zentralkriterium: Direktionsrechtsausübung des Einsatzbetriebes	146
a) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum AÜG	
b) Parallelrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Einstellungsmitbestimmung des Betriebsrats	
c) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	
d) Literatur	
4. Abgrenzung zum werk- oder dienstvertraglichen Leistungsbestimmungsrecht	150
III. Arbeitsteilig-verzahntes Zusammenwirken zwischen Unternehmen	153
1. Arbeitsschutzrecht	153
2. Nutzung von Einrichtungen und Arbeitsmaterial des Einsatzbetriebes	154
IV. Unternehmerrisiko als Voraussetzung?	155
V. Fallbeispiele der Rechtsprechung	158
1. Arbeitnehmerüberlassung verneint	158
2. Arbeitnehmerüberlassung bejaht	160
VI. Keine Wettbewerbssteuerung durch Vertragsrecht	161
1. Zentrales Anliegen: Schutz vor Unterbietungswettbewerb	161
2. Gesetzesänderung?	163
C. Ergebnisse	164

A. Industrienahe Dienstleistungen in Deutschland

I. Entwicklung: »Tertiarisierung der Volkswirtschaft«

Seit etwa 1980 nehmen industrienahe Dienstleistungen in Deutschland rapide zu. Diskutiert wird das unter den Begriffen »Outsourcing« und »Fremdvergabe« – in unterschiedlichem Verständniszusammenhang von Ökonomen oder Juristen. Der Wertschöpfungsanteil des produzierenden Gewerbes sinkt, derjenige des Dienstleistungssektors

[*] Erweiterte Fassung eines Vortrages, den Verfasser im Dezember 2012 an der Korea University, Seoul gehalten hat.

steigt. In Deutschland wurden 2010 nur noch 29,1 % der Wertschöpfung im produzierenden Gewerbe erwirtschaftet, dagegen stehen 70,1 % im Dienstleistungssektor[1].

Immer aber geht es im Kern um dasselbe: Unternehmen senken ihre Dienstleistungstiefe, in dem sie bestimmte Tätigkeiten nicht mehr selbst und mit eigenem Personal leisten, sondern sich hierzu externer Dienstleister bedienen – die mitunter auch aus dem eigenen Unternehmen oder Konzern ausgegliedert worden sind (z. B. Shared Service Center). Die Intensität arbeitsteiligen Wirtschaftens nimmt zu. So wie auf der »stofflichen« Produktionsseite die Fertigungstiefe sinkt, weil Zulieferer nicht mehr nur einzelne Bauteile, sondern Bauteilgruppen liefern (Modul- oder Systemzulieferer), so nimmt auch die Dienstleistungstiefe ab.

Der Trend zur Fremdvergabe erfasste zuerst solche Tätigkeiten, die dem primären Unternehmenszweck fremd sind und bei denen der Auftraggeber durch Einschaltung eines Subunternehmers dessen Spezialisierungs- und Effizienzvorteile nutzen kann: Reinigungsarbeiten (Gebäude und Maschinen), Wartung, Logistik (Gütertransport und Lagerhaltung), Informationsdienstleistungen, Buchhaltung, Fluid Management, Gebäudebewirtschaftung etc. Inzwischen erstreckt sich diese Entwicklung auf die Kerntätigkeit der Unternehmen: Gerade im produzierenden Gewerbe werden Arbeiten in der Produktion von Fremdunternehmen erbracht: Das können spezialisierte Arbeiten sein – etwa die besondere Bearbeitung von Werkstücken, z. B. durch Sandstrahlen in einer Gießerei –, aber auch einfachere Produktionstätigkeiten, wie die Montage oder Vormontage von Bauteilen im Rahmen einer komplexeren Produktion. Die Besonderheit liegt darin, dass nicht etwa die Fertigung als Ganzes fremdvergeben wird (wie das *Apple*, aber auch *Telefunken* praktizieren), sondern dass die Fremdunternehmen in den Produktionsprozess des Auftraggebers organisatorisch eingebunden werden, also in aller Regel in der Produktionsstätte selbst tätig sind.

Dabei spielt in Deutschland die Kontraktlogistik eine bedeutende Rolle: Die Liberalisierung der Logistikmärkte hat zu einer deutlichen Wettbewerbsintensivierung geführt: Gerade weil im klassischen Transportgeschäft die Margen gering sind, sind Logistikdienstleister verstärkt darauf angewiesen, zusätzliche Arbeiten in den Betrieben ihrer Kunden zu übernehmen: Sie organisieren dort den Materialfluss, übernehmen die Lagerhaltung und leisten Vor- und Teilmontagen und bieten vielfach »normale« Industriedienstleistungen an (Reinigungsarbeiten, Sanierungen, Zuschneiden und Mischen von Granulaten, Konfiguration technischer Geräte, Ersatzteildisposition, Inkasso etc)[2]. Damit werden sie zum Universaldienstleister. Gerade Großunternehmen wie *Kühne + Nagel, Schenker, DHL* bieten umfassende Dienstleistungen an[3].

Hinzu kommen zwei neue Entwicklungen in Deutschland:

---

1 *Eickelpasch*, Industrienahe Dienstleistungen (Hrsg.: Friedrich-Ebert-Stiftung), 2012, S. 10 f. [http://library.fes.de/pdf-files/wiso/09101.pdf | 18. 11. 2012].

2 Dazu *Mühlencoert*, Kontraktlogistik-Management, 2012, S. 19 ff; *Aberle*, Entwicklungstendenzen auf den Märkten für transportbezogene Logistikdienstleistungen, in: Lasch/Janker (Hrsg.), Logistik Management, 2005, S. 379 f.; *Zimmermann*, Kontraktlogistik als Zukunftsmarkt der Logistikdienstleistungswirtschaft? (Dissertation Erlangen-Nürnberg 2004), S. 61 ff.

3 Etwa das Angebot von *Kühne + Nagel,* www.kn-portal.com [18. 11. 2012].

– Die zunehmende Regulierung der Zeitarbeit durch Gesetze und Tarifverträge macht den Einsatz von Zeitarbeitnehmern weniger attraktiv – wenigstens zum Teil sind Werk- und Dienstleistungsverträge eine Alternative für Auftraggeber[4].

– Für Zulieferer werden zusätzliche Dienstleistungen zu einem Erfolgsfaktor: Hybride Wertschöpfungsmodelle zielen darauf, dass der Lieferant beim Abnehmer zusätzliche unterstützende Dienstleistungen anbietet – und durch die Verbindung von Produktion und Dienstleistung dem Kunden einen Mehrwert beim Einsatz der bezogenen Produkte zu leisten. So bietet ein Kompressorenhersteller die Lieferung von Druckluft beim Abnehmer an, übernimmt also den Kompressorenbetrieb im Einsatzunternehmen[5].

II. Wirtschaftliche Bestimmungsgründe

Ausgründung und Fremdvergabe sind vor allem aus betriebswirtschaftlichen, mitunter aus rechtlichen Gründen zu einer für die Praxis bedeutenden Unternehmensstrategie geworden. Betriebswirtschaftlich geht es um die Minderung der Fertigungs- und Leistungstiefe und um die Schaffung kleinerer und spezialisierter Einheiten, von denen sich die Unternehmen flexibleres und damit erfolgreicheres Wirtschaften versprechen. Die Fremdvergabe an einen »Spezialisten« kann effektiver sein, als die Tätigkeit in Eigenregie. Logistikdienstleister sind schlicht besser darin, einen Materialfluss im Unternehmen zu planen und durchzuführen.

In Ländern mit strengem Kündigungsschutzregime, womöglich verstärkt durch Mitbestimmungsrechte einer Arbeitnehmervertretung (wie in Deutschland), mindert die Fremdvergabe an ein Unternehmen das eigene Personalverwendungsrisiko und schafft höhere Flexibilität: Lässt die Auftragslage nach, kann der Auftraggeber das vom Fremddienstleister bezogene Leistungsvolumen mindern – ohne daran durch arbeitsrechtliche Schranken gehindert zu sein. So hat *Microsoft* sein europäisches Distributionslager in Düren aus patentrechtlichen Gründen innerhalb weniger Tage des April 2012 in die Niederlande verlegen können – weil dieses Lager vom Dienstleister *Arvato*, einem Unternehmen der Bertelsmann-Gruppe, betrieben worden ist[6]. Hätte es sich um ein mit eigenen Arbeitnehmern betriebenes Lager gehandelt, so hätte die Verlegung Monate gebraucht. *Microsoft* hätte mit dem Betriebsrat über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln müssen und hätte kündigungsschutzrechtlich nach anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten schauen müssen..

Zudem können Dienst- und Werkverträge für das eigene Stammpersonal *Pufferfunktion* vergleichbar der Zeitarbeit leisten – wenn und soweit in der Unternehmenskrise

4 Dazu *Rieble*, Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Band 26 (2012), S. 15–31.

5 Dazu die Studie des bayerischen Metallarbeitgeberverbands: Zukunft industrieller Wertschöpfung – Hybridisierung, 2011, www.vbw-bayern.de/agv/downloads/58810@agv/Studie+Hybride+Wertsch%C3 %B6pfung+–+LF.pdf [18. 11. 2012]. Dort S. 54 f. zum Druckluftbeispiel.

6 Die Welt 3. 4. 2012, www.welt.de/print/die_welt/article106149208/Microsoft-flieht-aus-Deutschland.html [18. 11. 2012].

eigene Mitarbeiter mit den fremd vergebenen Tätigkeiten beschäftigt werden können (»Reinsourcing«). Das wird insbesondere bei Großunternehmen praktisch, die Beschäftigungsgarantien abgegeben haben[7].

Schließlich nutzt die Fremdvergabe das durch *dezentrale Lohnfindung* erzeugte Lohngefälle zwischen verschiedenen Branchen: Der Koch, Lagerarbeiter oder Kraftfahrer wird im produzierenden Gewerbe deutlich besser bezahlt, als im Dienstleistungsbereich: So ist für eine Reinigungskraft im bayerischen Metalltarif ein Grundstundenlohn von 12,64 € nebst durchschnittlicher Leistungszulage von 14 % vorgesehen. Diesem Stundenentgelt von 14,41 € steht der in der Gebäudereinigung geltende, staatlich verfügte Mindestlohn von 8,82 € gegenüber (Stand 1. 11. 2012). Dementsprechend gibt es nach Angaben des Metallarbeitgeberverbands praktisch keine eigenen Reinigungskräfte. Für Lagerarbeiter ist die Situation ähnlich: Sie verdienen in der bayerischen Metallindustrie 13,95 € und kommen mit durchschnittlicher Leistungszulage auf 15,90 € je Stunde. Der Logistiktarif Bayern sieht 10,88 € vor. Solche Lohnkostengefälle setzen einen starken Anreiz zur Fremdvergabe. Selbst wenn der vom Logistik-Dienstleister eingesetzte Lagerarbeiter im Einsatzunternehmen Vormontage am Band leistet, bleibt es bei dem Logistik-Lohn.

Dieser Fremdvergabetrend währt seit über dreißig Jahren, ist also mitnichten eine neue Erscheinung. Insbesondere waren Werk- und Dienstverträge früher schon, vor der Liberalisierung der Leiharbeit, ein »Fluchtweg« aus dem Arbeitsrecht: ob Regalräumer im Einzelhandel durch Werkvertrag den tariflichen Spätarbeitszuschlägen auswichen oder ob Metallunternehmen ihre Logistik verselbstständigt und ausgegliedert haben.

III. Sozialpolitische Diskussion

In Deutschland löste dieser Trend zur »Erosion des Normalarbeitsverhältnisses« des Arbeitnehmers zum Stamm- oder Einsatzbetrieb eine intensive sozialpolitische Diskussion seit den 1980er Jahren aus[8], die schließlich 2010 den Deutschen Juristentag erreichte[9]. Jüngst hat dies zu mehreren parlamentarischen Vorgängen geführt: Kleine Anfragen der Bundestagsfraktion DIE LINKE wurden von der Bundesregierung wie folgt beantwortet:

»Unternehmern steht es grundsätzlich frei, zu entscheiden, ob sie Werkleistungen durch eigene Arbeitnehmer oder im Rahmen von Werkverträgen durch andere Unternehmer erbringen lassen. Diese Entscheidungsfreiheit ist Ausfluss der allgemeinen Handlungs- und Vertragsautonomie. Im Falle

7 Dazu Deutsche Bahn, Zwischenbericht Januar-Juni 2009, S. 8 für den eigenen Kontraktlogistik-Geschäftsbereich.

8 Statt vieler: *Mückenberger*, Krise des Normalarbeitsverhältnisses – ein Umbauprogramm, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 2010, 403; *Zachert*, BB 1990, 565; *von Klitzing*, Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, 2004, S. 190 f.; *Kress*, Vom Normalarbeitsverhältnis zur Flexibilisierung des Arbeitsmarktes – Ein Literaturbericht, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (MittAB) 1998, 488.

9 *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010.

eines Werkvertrags werden zwischen dem Werkbesteller und den Arbeitnehmern des Werkunternehmers keine arbeitsvertraglichen Beziehungen begründet.«[10]

»Die Bundesregierung sieht zum jetzigen Zeitpunkt keinen Bedarf, den Abschluss von Werkverträgen stärker zu regulieren. Unternehmen steht es im Rahmen der geltenden Gesetze grundsätzlich frei, zu entscheiden, ob sie Tätigkeiten durch eigene Arbeitnehmer ausführen lassen oder Dritte im Rahmen von Werkverträgen beauftragen.«

»Die Auslagerung von bislang im Betrieb ausgeführten Tätigkeiten ist weder verboten noch per se rechtsmissbräuchlich.«[11]

Dabei geht es vordergründig um die »verschlechterten« Arbeitsbedingungen des Fremdpersonals in »prekären Beschäftigungsverhältnissen«. Im Kern steht dahinter eine Machtfrage. Die Industriegewerkschaften werden durch eine solche Entwicklung doppelt bedroht:

Erstens verlieren sie Mitglieder, weil die Belegschaften der Einsatzbetriebe kleiner werden und diese Arbeitsplatzverlagerung nicht durch einen Organisationserfolg bei den Dienstleistern kompensiert werden kann. Zum einen sind für diese vielfach andere Gewerkschaften zuständig (etwa in Deutschland die Gewerkschaft ver.di für Logistikdienstleister, auch wenn diese im Metallbetrieb arbeiten) und zum anderen ist die Bereitschaft zur Gewerkschaftsmitgliedschaft in Dienstleistungsunternehmen deutlich geringer. Die Tertiarisierung bedeutet also eine Krise vor allem des Flächentarifvertrags[12].

Zweitens führt der Fremdpersonaleinsatz mit Blick auf die Lohngefälle im System dezentraler Lohnfindung zu einem Entgeltunterbietungswettbewerb: Je stärker die Tarifentgelte in den Industriebereichen steigen – um so attraktiver wird die »Flucht« in den Fremdpersonaleinsatz. In der sozialpolitischen Diskussion wird das als »Lohndumping« bezeichnet. Wie intensiv die Industriegewerkschaften diese Bedrohung wahrnehmen, zeigt die Reaktion der stärksten deutschen Gewerkschaft, der IG Metall, die schon 1998 der Erosion des Tarifvertrags insbesondere durch »produktionsnahe Dienstleistungen« durch »Ausweitung des Geltungsbereichs von Flächentarifverträgen« begegnen wollte[13]. Indes scheitert diese Strategie vielfach: Weil den Gewerkschaften im Dienstleistungsbereich die Organisationskraft fehlt und weil Industriegewerkschaften jene Dienstleister, die ihrerseits tarifgebunden sind, nicht aus der Tarifbindung zu Dienstleistungsgewerkschaften lösen können.

B. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

I. Ausgangspunkt: Zwingende Vertragsformzuordnung nach dem Geschäftsinhalt

Die Unternehmerfreiheit deckt im Ausgangspunkt jede Fremdvergabe auch interner Produktionstätigkeiten (wie Montage am Band etc). Der Unternehmer bestimmt frei,

10 BT-Drs. 17/6714 (http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/067/1706714.pdf | 19. 11. 2012), S. 4.

11 BT-Drs. 17/10226 (http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/102/1710226.pdf | 19. 11. 2012), S. 2 und 3.

12 *Rieble*, RdA 1996, 151 ff.; *Zachert*, RdA 1996, 140 ff.

13 IG Metall, NZA 1998, 88.

welche Arbeiten er selbst mit eigenen Arbeitnehmern leisten will und wofür er fremde Unternehmen und deren Arbeitnehmer einsetzen will (make or buy). Das verschafft ihm aber keine umfassende Vertragsfreiheit: Die Frage, ob eine bestimmte Gestaltung arbeitsteiligen Wirtschaftens als »freier« Dienst- oder Werkvertrag zwischen Industrieunternehmen und Industriedienstleister aufgefasst werden kann oder notwendig der Arbeitnehmerüberlassung und damit dem Arbeitsrecht zuzuordnen ist, ist zuerst eine Frage zwingenden Vertragsrechts. Zwar kennt das deutsche Recht keinen »Vertragstypenzwang« im Schuldrecht, weil Vertragsparteien ihre Rechte und Pflichten frei vereinbaren können. Sie können aber nicht den vom Gesetz für einen bestimmten Vertragstyp angeordneten zwingenden Rechtsfolgen ausweichen. Wenn also der Fremdfirmeneinsatz rechtlich als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren ist, kann der Auftraggeber nicht darauf beharren, er habe einen Werkvertrag gewollt.

Dementsprechend betont das Bundesarbeitsgericht gerade für die Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung:

»Über die rechtliche Einordnung eines Vertrags entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht.«[14]

Ebenso betont der Bundesgerichtshof in einem zivilrechtlichen Urteil:

»Für die rechtliche Einordnung eines Vertrags ist weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich. Vielmehr bestimmt der sich aus dem Wortlaut des Vertrags und dessen praktischen Durchführung ergebende wirkliche Wille der Vertragspartner den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp. Die Parteien können die zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht dadurch umgehen, dass sie einen vom tatsächlichen Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen.«[15]

Rechtsdogmatisch folgt die Einordnung des Vertrags notwendig dem (wirklichen) *rechtlichen Willen der Parteien,* weil das Gewollte den Vertragstyp bestimmt. Die *faktische Durchführung* eines Vertrags kann vom Vertragswillen abweichen – aber ändert ohne einen entsprechenden Vertragswillen nichts am Rechtsgeschäft. »Faktische Verträge« gibt es nach deutschem Recht nicht, weil dies mit der Privatautonomie unvereinbar ist[16].

Deshalb kann auch eine faktische Vertragshandhabung als solche den gewollten Vertrag und damit seine rechtliche Zuordnung nicht ändern. Nicht nur der »faktische Vertrag«, auch die »faktische Vertragsänderung« ist ausgeschlossen. Allerdings kann die faktische Vertragsdurchführung erstens einen indiziellen Rückschluss darauf leisten, was ursprünglich gewollt gewesen ist und kann zweitens Ausdruck eines Vertrags(änderungs)willens sein. So kann eine vom ursprünglichen Geschäftswillen abweichende Durchführung ihrerseits vertragsändernd wirken.

Das anerkennt das BAG gerade für die Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen von der Arbeitnehmerüberlassung in ständiger Rechtsprechung:

»Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist

14 BAG 6. 8. 2003 – 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; zuletzt bestätigt BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 Rn. 28.

15 BGH 25. 6. 2002 – X ZR 83/00, NZA 2002, 1086 = SAE 2004, 56 mit *Anm. Schüren/v. Paar.*

16 Statt vieler: Staudinger/*Bork,* BGB, 2010, Vorbem. 39 zu §§ 145 ff.

die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der *so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien* bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp [. . .] Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt [. . .]«.[17]

Dieser ständigen Rechtsprechung hat sich der BGH angeschlossen:

»Widersprechen beide einander, so ist die tatsächliche Handhabung maßgebend, weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragspartner bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp«.[18]

Dabei darf man *nicht* zu großzügig sein und *jede abweichende Vertragspraxis als gewollt unterstellen*:

– Für die allgemeine Rechtsgeschäftslehre betont der BGH, dass der objektive Geschäftsinhalt überhaupt nicht aus nachträglichen Aspekten gewonnen werden kann, weil es allein auf die Erkennbarkeit in der Sekunde des Rechtsgeschäfts ankommt[19].

– Dementsprechend kann der (methodisch zweifelhafte) *Rückschluss vom Sein auf das Wollen und damit auf das Sollen* (Humes Gesetz der Sein-Sollen-Dichotomie) nur als Hinweis auf eine vom objektiven Geschäftsinhalt abweichende Willensübereinstimmung *(falsa demonstratio non nocet)* wirken. Dazu aber ist erforderlich, dass die Vertragsdurchführung *von beiden Seiten übereinstimmend gewollt* gewesen ist – und das muss festgestellt werden. Gerade bei der faktischen Arbeitnehmerüberlassung wird aber die Vollzugspraxis vom Einsatzbetrieb gesteuert – und vom Dienstleister bestenfalls geduldet. Auch muss die Kenntnis einer vom Vertragsschluss abweichenden Durchführungspraxis den für den Vertragsschluss zuständigen vertretungsberechtigten Personen zugerechnet werden können. Dass untergeordnete Mitarbeiter ohne Vertretungsmacht eine vertragswidrige Praxis etablieren, reicht nicht aus.

– Schließlich kann ein vereinbartes *Schriftformgebot* nach der herrschenden *Andeutungstheorie* eine subjektivierende Auslegung nach dem wahren Willen behindern. Zwar wahrt auch die Falschbezeichnung in der Vertragsurkunde grundsätzlich die Form, doch gilt für die Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit, so dass bei Zweifeln am überstimmenden Geschäftswillen die Vertragsurkunde maßgebend bleibt[20].

Wird ein als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizierender Vertrag von den Unternehmen als Dienst- oder Werkvertrag bezeichnet oder auch so verstanden, so wird das in der rechtlichen und sozialpolitischen Diskussion gelegentlich als *mißbräuchlicher »Schein-*

17 BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 Rn. 28, (Hervorhebung von mir); zuvor schon BAG 13. 8. 2008 – 7 AZR 269/07, juris; 10. 10. 2007 – 7 AZR 487/06, juris; 6. 8. 2003 – 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG.

18 BGH 21. 1. 2003 – X ZR 261/01, NZA 2003, 616.

19 BGH 24. 6. 1988 – V ZR 49/87, NJW 1988, 2878.

20 Dazu BGH 25. 3. 1983 – V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 153; Staudinger/*Singer,* BGB, 2012, § 133 Rn. 31, 34.

werkvertrag« kritisiert. Damit werden ganz unterschiedliche Fallkonstellationen wenig sachdienlich über einen Kamm geschoren:

– In der Tat kommt es vor, dass Vertragsparteien eine übereinstimmend gewollte Arbeitnehmerüberlassung als Dienst- oder Werkvertrag bezeichnen, um den nachteiligen Rechtsfolgen auszuweichen. Das ist rechtlich nicht möglich und kann mit Blick auf den Vorsatz erhebliche Sanktionen nach sich ziehen.

– Daneben steht der Irrtum der Vertragsparteien, die die richtige Abgrenzung verkennen, insbesondere falsch beraten sind.

– Schließlich sind jene Fälle zu verzeichnen, bei denen ein ursprünglicher Dienst- oder Werkvertrag, der anfänglich auch vertragstreu vollzogen worden ist, durch schleichende Änderung der Vertragspraxis unbemerkt zur Arbeitnehmerüberlassung wird.

II. »Überlassen zur Arbeitsleistung«

1. Beschränkte gesetzliche Definition

Arbeitnehmerüberlassung ist als Vertragstyp im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) definiert. Das Gesetz in seiner Fassung vom 1. 12. 2011 erfasst in § 1 Abs. 1 Satz 1 »Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen«. Arbeitnehmerüberlassung setzt also zuerst ein Dreipersonenverhältnis voraus:

– Der Arbeitnehmer ist seinem Vertragsarbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet und wird von diesem »Verleiher« dem »Beschäftigungsunternehmen«, Einsatzbetrieb oder Entleiher auf der Grundlage eines Überlassungsvertrages zur Arbeitsleistung überlassen.

– Das Gesetz schweigt sich aber dazu aus, was »zur Arbeitsleistung überlassen« bedeutet und verzichtet auf eine nähere Definition. Immerhin ist der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des »Ersten« AÜG 1972 zu entnehmen:

»Ein Überlassen ›zur Arbeitsleistung‹ liegt nicht vor, wenn Arbeitnehmer auf Grund einer werkvertraglichen Verpflichtung ihres Arbeitgebers im Betrieb eines Dritten tätig werden.«[21]

Damit ist die Abgrenzung zum *Fremdfirmeneinsatz auf der Grundlage von Werk- oder Dienstverträgen* Zentralfrage des Arbeitnehmerüberlassungsrechts, wenn der Fremdunternehmer den Einsatzbetrieb mit eigenem Personal aufsucht und dort mit Hilfe seiner Arbeitnehmer Leistungen erbringt. Das Dreiecksverhältnis besteht auch hier:

– Der Fremdunternehmer ist Vertragsarbeitgeber seiner Beschäftigten

– und setzt diese »im Betrieb« des Auftraggebers ein – nur dass diesem Einsatz ein anders zu qualifizierender Vertrag zugrunde liegt.

Die Frage lässt sich noch etwas genauer fassen: Um einen Werk- oder Dienstvertrag oder eine handelsrechtliche Sonderform wie das Frachtgeschäft handelt es sich dann, wenn der Dienstleister seine Arbeitnehmer selbst und eigenverantwortlich einsetzt, diese also in keiner unmittelbaren Leistungsbeziehung zum Auftraggeber stehen. Die Arbeit-

21 BT-Drs. VI/2303, S. 10.

nehmer des Dienstleisters sind dann nur »Erfüllungsgehilfen« (§ 278 BGB) des Dienstleisters, ihre »Arbeitsleistung« erbringen sie ausschließlich diesem gegenüber und er mit ihnen seine Leistungspflicht gegenüber dem Auftraggeber. Es handelt sich zwar als Realakt um einen einheitlichen Leistungsvorgang, der aber rechtlich getrennt in zwei Rechtsverhältnissen vollzogen wird: Die Arbeitsleistung erfüllt das Arbeitsverhältnis, die Werk- oder Dienstleistung erfüllt den Vertrag zwischen den Unternehmen eben mit Hilfe dieser Arbeitsleistung.

Die Arbeitnehmerüberlassung hingegen ist von zweierlei gekennzeichnet: Den Dienstleister trifft hier überhaupt keine eigene Leistungspflicht; er muss nur die Arbeitnehmer stellen, also »zur Arbeitsleistung« überlassen. Damit hat er seine Pflicht getan. Was die Arbeitnehmer tun, welche Tätigkeit sie entfalten sollen, das entscheidet allein der Einsatzbetrieb. Mit der Arbeitsleistung erfüllt der Arbeitnehmer auch in diesem Fall seine Arbeitspflicht aus dem Arbeitsvertrag zu seinem Vertragsarbeitgeber. Seine Tätigkeit bewirkt aber keine Leistungsbewirkung im Vertragsverhältnis zwischen Einsatzbetrieb und Dienstleister – weil der Dienstleister nicht zur eigenen Tätigkeit verpflichtet ist, sondern mit der Personalgestellung seine Pflicht bereits erfüllt hat[22].

2. Verwaltungsanweisungen

Die *Bundesagentur für Arbeit* ist nach dem AÜG zur Gewerbeaufsicht über die Zeitarbeitsunternehmen berufen, erteilt und widerruft die erforderliche Gewerbeerlaubnis. Zur Verwaltungspraxis und ohne rechtliche Außenwirkung hat sie eine »Geschäftsanweisung zum AÜG«, gültig ab 1. 12. 2011, erlassen[23]. Darin gibt die Bundesagentur im wesentlichen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wieder.

Die *Finanzkontrolle Schwarzarbeit*, eine deutsche Zollbehörde, kontrolliert im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen mittelbar auch, ob Arbeitnehmerüberlassung gegeben ist. In ihrer Verwaltungspraxis betont sie nach Angabe der Bundesregierung[24] folgende Kriterien:

– Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses,

– Unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller,

– Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern, wenn das Werk dort zu erstellen ist,

– Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung, durch den Werkunternehmer,

– erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung.

22 Dazu BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455.

23 Az.: SP III 32–7160.4(1), im Netz: www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A08-Ordnung-Recht/A083-AUEG/Publikation/pdf/GA-AUEG-2011.pdf [19. 11. 2012].

24 BT-Drs. 17/6714 (http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/067/1706714.pdf | 19. 11. 2012), S. 3.

3. Einhelliges Zentralkriterium: Direktionsrechtsausübung des Einsatzbetriebes

Rechtsprechung und Literatur sehen richtigerweise als maßgebendes Kriterium, dass der Vertrag zwischen Dienstleister und Auftraggeber das *Weisungsrecht des Dienstleisters als Arbeitgeber auf den Einsatzbetrieb überträgt*. Nur dann wird der Beschäftigte »zur Arbeitsleistung« überlassen. Der Einsatzbetrieb oder Auftraggeber muss also das an sich dem Vertragsarbeitgeber oder Dienstleister zustehende Arbeitgeber-Direktionsrecht (nach § 106 GewO) ausüben, also »Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen«.

a) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum AÜG

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat diese Trennlinie in ständiger Rechtsprechung entwickelt. Ausgangspunkt ist die Entscheidung vom 30. 1. 1991. Dort hat das Gericht in Leitsatz 1 festgehalten:

»Beim drittbezogenen Personaleinsatz aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages organisiert der Unternehmer (Arbeitgeber) die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst und bedient sich dabei seiner Arbeitnehmer als Erfüllungshilfen; er bleibt für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werkes verantwortlich. Dagegen liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitgeber dem Dritten geeignete Arbeitskräfte überläßt, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt.«[25]

In der Entscheidung vom 6. 8. 2003 hat das Bundesarbeitsgericht dies präzisiert:

»Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Von der Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags zu unterscheiden. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen der Weisung des Arbeitgebers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst«.[26]

Diese Rechtsprechung hat das Gericht immer wieder bestätigt.[27]

Zuletzt hat das Gericht am 18. 1. 2012 die Rechtsprechungslinie bestärkt:

»Nach ständiger Rechtsprechung des Senats unterfällt nicht jeder in diesem Sinne drittbezogene Arbeitseinsatz dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits

25 BAG 30. 1. 1991 – 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19 = SAE 1992, 209 mit Anm. *Dauner-Lieb*, bestätigt durch BAG 22. 6. 1994 – 7 AZR 286/93, NZA 1995, 462.

26 BAG 6. 8. 2003 – 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG.

27 BAG 10. 10. 2007 – 7 AZR 448/06, juris; 10. 10. 2007 – 7 AZR 487/06, juris; 13. 8. 2008 – 7 AZR 269/07, juris.

(dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst«.[28]

b) Parallelrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Einstellungsmitbestimmung des Betriebsrats

In der deutschen Literatur findet zuwenig Beachtung, dass die Frage der Arbeitnehmerüberlassung vom BAG nicht nur in direkter Anwendung des AÜG problematisiert wird, sondern auch mit Blick auf das parallel laufende Zustimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen nach § 99 BetrVG. Diese »Einstellung« als Eingliederung in die Arbeitsorganisation wird nach denselben Kriterien eingegrenzt wie die Arbeitnehmerüberlassung. So hat das BAG 1991 betont:

»Personen, die als Dienst- oder Werknehmer oder deren Erfüllungsgehilfen die in einem Dienst- oder Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, sind nicht schon deswegen in den Betrieb des Auftraggebers und dessen Organisation im Sinne von § 99 BetrVG eingegliedert, weil sie im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und weil die von ihnen zu erbringende Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingeplant ist. Hinzukommen muß, daß diese Personen selbst in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert werden, so daß dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat. Darauf, inwieweit äußere Umstände eine Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Betriebes notwendig machen, kommt es nicht an.«[29]

Die Parallelität zur Arbeitnehmerüberlassung zeigt die Entscheidung vom 13. 5. 1992. Dort hat das BAG für die Frage, ob eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, die eben zitierten Entscheidungen zu § 99 BetrVG herangezogen[30].

2005 betont das BAG scheinbar gegenläufig:

»Eine Eingliederung in den Betrieb ist deshalb auch bei *Arbeitnehmern von Drittfirmen möglich, die auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags mit weisungsgebundenen Tätigkeiten im Betrieb beauftragt werden*, falls der Betriebsinhaber und nicht der beauftragte Unternehmer das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Zeit und Ort trifft [. . .] Dazu genügen nach der Rechtsprechung des Senats *weder die detaillierte Beschreibung der dem beauftragten Unternehmer übertragenen Tätigkeiten* in dem zugrunde liegenden Vertrag [. . .] *noch die enge räumliche Zusammenarbeit* der beidseitigen Arbeitnehmer im Betrieb, die Unentbehrlichkeit einer von der Fremdfirma erbrachten Hilfsfunktion für den Betriebsablauf und die

28 BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 Rn. 26 f.

29 BAG 5. 3. 1991 – 1 ABR 39/90, NZA 1991, 686 (LS) = SAE 1992, 226 mit Anm. *Hager*; bestätigt durch BAG 5. 5. 1992 – 1 ABR 78/91, NZA 1992, 1044.

30 BAG 13. 5. 1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357.

Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitarbeiter des Betriebsinhabers [. . .] Ebenso wenig ausreichend sind die Wahrnehmung von arbeitgebertypischen Weisungsrechten durch das Fremdfirmenpersonal gegenüber den eigenen Arbeitnehmern [. . .] und der Umstand, dass die betreffende *Tätigkeit bislang von Arbeitnehmern des Beschäftigungsbetriebs durchgeführt wurde* [. . .] und zu bestimmten Zeiten weiterhin durchgeführt wird [. . .]«.[31]

Auch hier kommt es also darauf an, dass die Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des aufnehmenden Betriebes eingegliedert sind; insbesondere der Auftraggeber ihnen gegenüber das arbeitsrechtliche Weisungsrecht (»Personalhoheit«) ausübt. Das heißt im Ergebnis: Sobald zwischen dem aufnehmenden Unternehmen und dem beauftragten Unternehmen ein echter Dienst- oder Werkvertrag und keine Arbeitnehmerüberlassung vollzogen wird, ist der Tatbestand der Eingliederung im Sinne von § 99 BetrVG grundsätzlich ausgeschlossen. Das liegt daran, dass der Werk-/Dienstunternehmer seine »eigene Arbeitsorganisation« in den Betrieb des Einsatzunternehmens mitbringt[32].

Eine Abweichung kommt nur in »Ausreißerfällen« in Betracht: Wenn also der Arbeitgeber des Einsatzbetriebes sich punktuell Arbeitgeber-Weisungsrechte gegenüber den Fremdfirmenkräften anmaßt. Das stellt die vertragsrechtliche Qualifikation als Werk- oder Dienstvertrag nicht in Frage, weil sich diese am Geschäftsinhalt orientiert (oben I), wohl aber kann die betriebliche Mitbestimmung ausnahmsweise greifen, weil diese nicht auf einen Vertragsinhalt zwischen zwei Unternehmen reagiert, sondern auf die bloß faktische Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Umgekehrt gilt: Wenn nicht einmal der Tatbestand der Eingliederung nach § 99 BetrVG gegeben ist, kann es sich nicht um Arbeitnehmerüberlassung handeln; das folgt aus § 14 Abs. 3 AÜG.

c) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Der BGH ist zuerst zivilrechtlich in Streitigkeiten zwischen Einsatzbetrieb und Dienstleister mit der Abgrenzungsfrage befasst. Erweist sich ein »Werkvertrag« als Arbeitnehmerüberlassung und fehlt die erforderliche Erlaubnis, so ist der Vertrag unwirksam, § 9 Nr. 1 AÜG. Mithin steht dem Dienstleister kein Honoraranspruch gegen den Einsatzbetrieb zu.

Der BGH *folgt der arbeitsgerichtlichen Linie*. Schon 1979 entschied er:

»Die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen waren auch auf Überlassung von Leiharbeitnehmern gerichtet und nicht auf eine von der Kl. zu erbringende Werkleistung, die nicht unter die Erlaubnispflicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz fallen würde. Wesentliches Merkmal eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags [. . .] ist die bloße Überlassung von Arbeitskräften, die voraussetzt, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nach den Weisungen des Entleihers zu erbringen hat. Gerade dieses Weisungsrecht des Entleihers, dem der Arbeitnehmer unterstellt wird, unterscheidet den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag von einem Werk- oder Dienstvertrag, innerhalb dessen von den Arbeitskräften eines Unternehmers Arbeiten bei einem anderen verrichtet werden«.[33]

31 BAG 13. 12. 2005 – 1 ABR 51/04, NZA 2006, 1369 (Hervorhebung von mir).

32 *Dauner-Lieb*, NZA 1992, 817 ff., 822; GK-BetrVG/*Raab*, 9. Aufl. 2010, § 99 Rn. 32; *Franzen*, Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb, in: Rieble/Junker/Giesen, Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Band 26 (2012), S. 85, 95 ff.

33 BGH 8. 11. 1979 – VII ZR 337/78, NJW 1980, 452.

2002 und 2003 hat sich der BGH in zwei Entscheidungen explizit der BAG-Rechtsprechung angeschlossen[34]. Vor allem der zweite Fall ist überaus eindeutig: Dort hatte der Auftragnehmer mit seinen polnischen Mitarbeitern Stahlbauarbeiten vorgenommen. Der BGH stellt darauf ab,

»dass die Arbeitnehmer der Klägerin in den Organisations- und Produktionsablauf der Beklagten an den Einsatzorten eingegliedert und deren arbeitsrechtlichen Weisungen unterworfen waren.«

Im ersten Fall ging es um Fleischzerteiler im Schlachthof. An der Entscheidung darf nicht irritieren, dass sich der BGH intensiv mit der Arbeitnehmerqualifikation der Arbeitskräfte befasst hat. Diese ist notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für Arbeitnehmerüberlassung. Indes ist dieser Urteilsschwerpunkt dem Revisionsangriff geschuldet, der die Arbeitnehmerüberlassung durch eine Umwertung der Fleischzerteiler als »Ein-Mann-Unternehmen« hindern wollte. Die Arbeitnehmer waren auch dort »vollständig in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führten ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen durch«.

Diese zivilrechtliche Fleischzerteiler-Entscheidung aus 2002 fand 2003 ihre strafrechtliche Entsprechung: Ein niederländisches Zeitarbeitsunternehmen setzte eigene Mitarbeiter mit »Nachunternehmerwerkverträgen« in deutschen Schlachthöfen ein. Der BGH billigte (obiter) die Wertung des Landgerichts, dass hierin eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sehen sei – was wiederum Vorfrage für die Verurteilung wegen Sozialabgabenbetruges und Lohnsteuerhinterziehung sei:

»Die vom LG getroffenen Erwägungen zur Auslegung der zwischen dem Angekl. D und den holländischen Firmen geschlossenen Verträge sind nicht frei von Rechtsfehlern. Zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassungs- und Werkverträgen hat die höchstrichterliche Rechtsprechung allgemeine Grundsätze entwickelt [. . .] Danach ist es ein Indiz für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, wenn die jeweiligen Arbeitnehmer in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert sind. Dies gilt insbesondere, soweit die Gruppe der für den Auftraggeber tätigen Arbeitnehmer nicht ihrerseits hierarchisch strukturiert sind. Weiterhin kann maßgeblich sein, welche Risikoverteilung der Vertrag vorsieht. Das lässt sich daran erkennen, wer das Risiko eines zufälligen Untergangs der Leistung und von Gewährleistungspflichten trägt. Schließlich kann auch die Beschreibung der vertraglichen Leistung einen Anhalt bieten. Soweit die bloße Tätigkeit im Vordergrund steht, die letztlich nur durch eine Anzahl von Arbeitskräften erfüllt werden kann, über die der Auftraggeber selbst nicht verfügt, mag das für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechen. Umgekehrt wird eine möglichst genaue Festlegung des Arbeitsergebnisses das Vorliegen eines Werkvertrags nahe legen [. . .]. Die vorgenannten Gesichtspunkte sind allerdings lediglich Indizien, die überdies ein unterschiedliches Gewicht haben können. Maßgeblich für die Einordnung im Strafverfahren bleibt der nach strafprozessualen Grundsätzen festzustellende Wille der Vertragsparteien. Soll der Auftragnehmer einen bestimmten in einem baulichen Werk verkörperten Erfolg erbringen, liegt ein Werkvertrag vor. Ist dagegen lediglich eine durch Arbeitskraft zu erbringende Tätigkeit geschuldet, wird von einem Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis auszugehen sein.«[35]

Und richtig betont der Strafsenat:

»Speziell bei technisch eher einfachen Werkleistungen, die allein vom Arbeitseinsatz geprägt sind, liegen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag im wirtschaftlichen Ergebnis sehr nahe beieinander.«

34 BGH 21. 1. 2003 – X ZR 261/01, NZA 2003, 616; 25. 6. 2002 – X ZR 83/00, NZA 2002, 1086 = SAE 2004, 56 mit *Anm. Schüren/v. Paar.*

35 BGH 12. 2. 2003 – 5 StR 165/02, NJW 2003, 1821.

Doch irritiert, dass der BGH einen auf bloße Tätigkeit gerichteten Vertrag nicht als Dienstvertrag erkennt, sondern Arbeitnehmerüberlassung indiziert sieht. Die jüngste BAG-Entscheidung vom 18. 1. 2012[36] weist in die entgegengesetzte Richtung. Denn auch beim Dienstvertrag erbringt der Auftragnehmer mit seinen Erfüllungsgehilfen eine eigene Leistung – und erschöpft sich gerade in der bloßen Arbeitskräfte-Gestellung.

d) Literatur

Auch die Literatur steht fast einhellig auf dem Standpunkt des Bundesarbeitsgerichts[37]. Lediglich in Detailfragen gibt es Abweichungen, etwa ob die Arbeitnehmerüberlassung zusätzlich auf die »Förderung eines fremden Betriebszweckes« gerichtet sein müsse[38]. Ein Teil der Literatur betont den Aspekt der Weisungsrechtsausübung durch den Einsatzbetrieb als »*Personalhoheit*«, gerade mit Blick auf die deutsche Betriebsverfassung[39]. Damit ist nur begrifflich, aber nicht inhaltlich etwas gewonnen. Immer geht es um die Steuerung der Arbeitsorganisation durch entweder den »externen« Dienstleister oder aber den Einsatzbetrieb. Es kommt darauf an, ob der Einsatzbetrieb die Arbeitnehmer des Dienstleisters selbst steuert und sie damit in die eigene Arbeitsorganisation »eingliedert« – oder ob der Dienstleister seine eigenen Arbeitnehmer selbst anweist, also mit Hilfe einer *eigenen Arbeitsorganisation* im Einsatzbetrieb arbeitet. In der Literatur wird ebenso befürwortet, die Ausübung des »arbeitsplatzbezogenen Weisungsrechts als alleiniges Abgrenzungskriterium« heranzuziehen[40]. Mit der durch das Weisungsrecht konstituierten Arbeitsorganisationsherrschaft (Personalhoheit) korrespondiert das *Verwendungsrisiko für die Arbeitskraft*, dazu unten IV.

4. Abgrenzung zum werk- oder dienstvertraglichen Leistungsbestimmungsrecht

Typischerweise sind vertragliche Leistungspflichten der Fremdunternehmen gegenüber dem Auftraggeber/Einsatzbetrieb ihrerseits konditioniert. Die Leistung wird im Werk-

---

36 Oben Fn. 28.

37 Schüren/*Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 91 ff., 113 ff., 197 ff.; Staudinger/*Richardi*/*Fischinger*, Kommentar zum BGB, 2010, Vorbem. 446 ff. zu §§ 611; Thüsing/*Waas*, AÜG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 51 ff., 69 ff.; *Boemke*/*Lembke*, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 1 Rn. 71 ff.; Sandmann/Marschall/*Schneider* AÜG, Loseblatt-Kommentar (Stand 2012), § 1 Anm. 12 ff.; Urban-Crell/*Germakowski*, AÜG, 2010, § 1 Rn. 132 ff.; ErfK/*Wank*, 13. Aufl. 2013, § 1 AÜG, Rn. 12 ff.; *Hamann*, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen,1995, S. 131 ff.; *Oberthür*, Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in: Rieble/Junker/Giesen, Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Band 26 (2012), S. 43 ff.

38 So BAG 22. 6. 1994 – 7 AZR 286/93, NZA 1995, 462; 25. 10. 2000 – 7 AZR 487/99, NZA 2001, 259; dazu kritisch Schüren/*Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 89; Thüsing/*Waas*, AÜG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 54 f. Diese Kritik verkennt indes, dass jenes Kriterium vor allem einer weiteren Abgrenzung zum hier nicht interessierenden Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber dient. Vgl. dazu BAG 22. 6. 2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248.

39 Etwa *Hunold*, § 99 BetrVG: Die Bedeutung der Personalhoheit bei drittbezogenem Personaleinsatz (Werk- und Dienstverträge), NZA-RR 2012, 113; ErfK/*Wank*, 13. Aufl. 2013, § 1 AÜG, Rn. 21 unter zusätzlicher Betonung der Betriebsorganisation und des Unternehmerrisikos. Zur Personalhoheit auch: BAG 13. 5. 1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357.

40 Luzide *Walle*, Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998, S. 114 ff.

oder Dienstvertrag abstrakt umschrieben – und im Rahmen arbeitsteiligen Wirtschaftens dann durch Weisung des Auftraggebers näher konkretisiert. So kann dieser dem Logistik-Dienstleister vorgeben, welche Güter in welcher Menge zu welcher Zeit an welchen Ort zu transportieren sind. Beim Materialfluss im Unternehmen erfolgen ebenfalls entsprechende Vorgaben. Der mit der Bearbeitung von Werkstücken beauftrage Fremdunternehmer erhält Anweisungen zur Art der Bearbeitung, zur Farbe der Lackierung etc. Dieses »Weisungsrecht« ist dem Werkvertrag immanent, in § 645 BGB (»Anweisung«) explizit vorausgesetzt[41], und kann sogar Mitwirkungsobliegenheit des Werkbestellers sein, der die Werkleistung näher spezifizieren muss (§§ 642, 643 BGB). Besonders sagt dies das Handelsgesetzbuch für den Frachtführer, der hinsichtlich des geschuldeten Transports einem weitreichenden Weisungsrecht nach § 418 HGB ausgeliefert ist.

Auch der freie Dienstvertrag und seine Sonderform des Geschäftsbesorgungsvertrags ist »weisungsoffen«: Wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die konkrete Leistungspflicht des Fremdunternehmers nicht feststeht, kann sie nur durch ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB konkretisiert werden; dieses steht gemäß § 316 BGB dem Gläubiger zu[42]. Wird ein Lager von einem Logistikunternehmen betrieben, so wird man dies als Dienstvertrag und nicht als Werkvertrag zu qualifizieren haben. Der Auftraggeber hat dann ein weitgehendes Weisungsrecht, wie mit seinen Gütern zu verfahren ist.

Eben aus diesem Grund spricht es überhaupt nicht für die Arbeitnehmerüberlassung, wenn die geschuldete Werk- oder Dienstleistung relativ unbestimmt ist – insbesondere eine detaillierte *Leistungsbeschreibung fehlt*. Denn das Vertragsrecht des BGB erlaubt den Abschluss von Verträgen mit anfänglich unbestimmter Leistungspflicht und sieht gerade hierfür die nachträgliche und vertragsergänzende Leistungsbestimmung des § 315 BGB vor[43]. Dementsprechend kann sich ein Bauunternehmer pauschal zu »Bauarbeiten auf Abruf des Auftraggebers« verpflichten; Arbeitnehmerüberlassung ist das deshalb noch lange nicht. Und wenn der Leser dieses Beitrages in ein Taxi einsteigt und zunächst nur die Richtung vorgibt und das endgültige Fahrtziel erst während der Fahrt benennt – ist das keine Arbeitnehmerüberlassung! Einigermaßen erstaunlich und von zivilrechtlichen Grundkenntnissen ungestört fabuliert die für Freirechtsfindung bekannte 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg das exakte Gegenteil: Jedes Leistungsbestimmungsrecht deute in Richtung Arbeitnehmerüberlassung[44].

Damit aber wird eine *erhebliche Abgrenzung* nötig: Der Auftraggeber hat einerseits ein werk- oder dienstvertragliches Weisungsrecht – darf aber andererseits kein Arbeitgeberweisungsrecht haben, weil dann der Werk- oder Dienstvertrag in eine Arbeitnehmerüberlassung umschlägt[45].

Das BAG betont in mehreren Entscheidungen, dass auch *intensive Leistungsvorgaben für den Industriedienstleister* – sei es schon im Vertrag selbst, sei es durch spätere anweisende Leistungsbestimmung – kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sind:

---

41 MünchKommBGB/*Busche*, 6. Aufl. 2012, § 645 Rn. 9.

42 Dazu Staudinger/*Rieble,* BGB, 2009, § 316 Rn. 1.

43 Dazu Staudinger/*Rieble,* BGB, 2009, § 315 Rn. 4.

44 LAG Berlin-Brandenburg 12. 12. 2012 – 15 Sa 1217/12, juris.

45 Dazu *Walle*, Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998, S. 125 ff.

»Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass die vertragliche Festlegung eines zeitlichen Rahmens für die Erbringung der vereinbarten Leistungen im Betrieb der Beklagten als Vorgabe von äußeren Umständen, wann und wo die geschuldeten Arbeiten durchzuführen sind, nicht ausreicht, um eine Eingliederung der die Leistung erbringenden Personen in den Betrieb der Beklagten und deren Organisation zu begründen. Die Vorschriften über den Dienst- oder Werkvertrag schließen nicht aus, daß die zu erbringende Dienst- oder Werkleistung vertraglich hinsichtlich aller Einzelheiten bezüglich Ausführung, Umfang, Güte, Zeit und Ort der Erbringung so detailliert und bestimmt vereinbart werden kann, daß dem Dienst- oder Werkunternehmer im Hinblick auf die Durchführung der Leistung kein eigener Entscheidungsspielraum mehr verbleibt. Er ist vertraglich verpflichtet, die Leistung hinsichtlich aller Einzelheiten vereinbarungsgemäß zu erbringen. Damit wird jedoch nur die vertragsgemäße Leistung als solche in die Planung des Arbeitsablaufes des Auftraggebers einbezogen.«[46]

In der jüngsten Entscheidung zur Fremdvergabe der Fluggastkontrolle an einem Flughafen hält das BAG selbst intensivste Weisungen des Auftraggebers und seinen Zugriff auf die Personalauswahl des Dienstleisters für unschädlich:

»Entgegen der Ansicht des Klägers spricht für eine Arbeitnehmerüberlassung nicht der Umstand, dass die F GmbH detaillierte Vorgaben der Beklagten in das ›HAM Stationsprofil‹ übernommen und dieser Anweisung als Anlage die allgemeine Dienstanweisung Luftsicherheit sowie den Rahmenplan Luftsicherheit der Beklagten beigefügt hatte. *Im Sicherheitsgewerbe bestimmt der Auftraggeber regelmäßig, wie die Sicherheitskontrollen durchzuführen sind, wobei er seinerseits normative Vorgaben zu beachten hat.* So muss bei der Fluggastkontrolle wegen der überragenden Bedeutung der Sicherheit des Flugverkehrs ein hoher Qualitätsstandard angelegt werden [. . .] Das ›HAM Stationsprofil‹ spiegelt als projektbezogene Anweisung (vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB) den vom Auftraggeber gewünschten gesetzeskonformen Qualitätsstandard wider. Die weitgehende Anlehnung an die Dienstanweisungen der Beklagten indiziert deshalb nicht das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung [. . .] Die mit der Beleihung verbundene Mitwirkung der Beklagten bei der Auswahl der privaten Luftsicherheitsassistenten beruht auf der gesetzlichen Vorgabe [. . .] einer Zuverlässigkeitsprüfung [. . .] Dieses Erfordernis ist nicht geeignet, den Durchführungsvertrag zwischen der Beklagten und der F GmbH als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu qualifizieren«.[47]

Hinter dieser Differenzierung steht zuerst die *Unterscheidung der Leistungen im Dreiecksverhältnis*: Die Weisung des Einsatzbetriebes konkretisiert die dienst- oder werkvertragliche Leistungspflicht des Industrie-Dienstleisters. Sie ist also *»sach- oder aufgabenbezogen«.* Auch die begleitende *Qualitätskontrolle durch den Einsatzbetrieb* ist keine Arbeitsweisung, sondern dient allein der Qualitätssicherung im Dienst- oder Werkvertrag[48].

Das Direktionsrecht des Dienstleisters gegenüber den Arbeitnehmern konkretisiert deren Arbeitspflicht. Die Arbeitsorganisation des Dienstleisters ist aber seine Sache. Insofern sind dessen *Arbeitnehmer von den Vorgaben des Einsatzbetriebes nur mittelbar betroffen*: Der Dienstleister muss mit seinen Arbeitnehmern die von ihm geschuldete Tätigkeit so bewirken, wie das der Einsatzbetrieb als sein Gläubiger verlangt. Soll etwa ein Werkstück in einer bestimmten Farbe lackiert werden, betrifft diese Vorgabe zunächst nur den Dienstleister – er gibt sie aber durch Arbeitsweisung an seine Mitarbeiter

46 BAG 13. 5. 1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357; ähnlich BAG 15. 7. 1992 – 7 AZR 398/91, juris; bestätigt durch BAG 13. 12. 2005 – 1 ABR 51/04, NZA 2006, 1369.

47 BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 Rn. 33 und 36 (Hervorhebung von mir).

48 Sehr klar bereits *Schüren*, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)Werkverträgen – Eine Skizze, in: Festschrift Däubler, 1990, S. 90, 95.

weiter. Immerhin bleibt ihm arbeitsorganisatorisch in aller Regel ein erheblicher Spielraum: Der Dienstleister entscheidet, welche seiner Arbeitnehmer die Lackierarbeiten zu welcher Zeit ausführen.

Allerdings können solche Weisungen des Einsatzbetriebes für bestimmte Dienstleistungen intensiv auf das Arbeitsverhältnis des Erfüllungsgehilfen einwirken. Beispiel ist die Fluggastkontrolle: Das Sicherheitsbedürfnis des Luftverkehrs bedingt eine strenge Kontrolle der Kontrolleure. Gleichwohl führt das nicht zur Arbeitnehmerüberlassung – weil dieser *»Durchgriff« des Einsatzbetriebes auf die persönlichen Arbeitshandlungen der Mitarbeiter des Dienstleisters* mit der Art und Weise des Dienstvertrages »immanent« verbunden ist. Dem BAG genügte zur Verneinung jeder Arbeitnehmerüberlassung also die *reine arbeitsorganisatorische Steuerung* der Fluggastkontrolle durch den Auftragnehmer:

»Die F GmbH setzte in jeder Schicht einen Bereichsleiter, einen Disponenten und zwei Ausbilder ein, die arbeitsbezogene Weisungen aussprachen. Die Auswahl, welcher Mitarbeiter in welcher Schicht eingesetzt wurde, erfolgte durch den von der F GmbH eingesetzten Disponenten. Die Beklagte gab lediglich vor, wie viele Mitarbeiter der F GmbH sie pro Schicht benötigte. Ermahnungen und Abmahnungen wurden ausschließlich durch die F GmbH ausgesprochen. Sie schulte die Luftsicherheitsassistenten und erteilte Urlaub.«[49]

Das BAG vollzieht hier nur dieselbe Abgrenzung wie bei der *Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses* und damit der Abgrenzung vom »Ein-Mann-Subunternehmen« gegenüber dem Arbeitnehmer: Ein Frachtführer übt nach deutschem Handelsrecht ein selbstständiges Gewerbe aus (§§ 407 ff. HGB). Daraus schließt das BAG, dass eine Person, die ihr eigenes und einziges Transportfahrzeug fährt, trotz der intensiven Auftragsvorgaben kein Arbeitsverhältnis ist – solange und weil sich diese Vorgaben notwendig mit der Transportdienstleistung verbinden, ihr also immanent sind[50]. Wenn aber ein solches »fachliches« Weisungsrecht aus einem »Ein-Mann-Unternehmen« keinen Arbeitnehmer machen kann, dann ist es ebenso ausgeschlossen, dass ein solches Weisungsrecht einen Dienst- oder Werkvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung umwerten kann.

III. Arbeitsteilig-verzahntes Zusammenwirken zwischen Unternehmen

1. Arbeitsschutzrecht

Dass ein bloßes arbeitsteiliges Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer im deutschen Recht keine Arbeitnehmerüberlassung indizieren kann, zeigt eine Arbeitsschutzvorschrift. § 8 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) ordnet eine gemeinschaftliche Arbeitgeberverantwortung für den Arbeitsschutz an:

»Werden Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig, sind die Arbeitgeber verpflichtet, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmungen zusammenzuarbeiten. Soweit dies für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz erforderlich ist, haben die

49 BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 Rn. 32. Ähnlich schon BAG 5. 5. 1992 – 1 ABR 78/91, NZA 1992, 1044 für einen Pförtnerdienst und BAG 31. 3. 1993 – 7 AZR 338/92, NZA 1993, 1078 für einen Wachdienstvertrag zum Schutz einer militärischen Einrichtung.

50 BAG 19. 11. 1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364 = SAE 1998, 164 mit Anm. *Misera*.

Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeiten insbesondere sich gegenseitig und ihre Beschäftigten über die mit den Arbeiten verbundenen Gefahren für Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten zu unterrichten und Maßnahmen zur Verhütung dieser Gefahren abzustimmen.«

Schon deshalb kann solch arbeitsteiliges Zusammenarbeiten kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sein. Bei der Arbeitnehmerüberlassung nämlich trifft den Einsatzbetrieb die volle arbeitsschutzrechtliche Verantwortung für alle ihm überlassenen Zeitkräfte schon nach § 11 Abs. 6 AÜG.

Absatz 2 sieht eine beschränkte Sonderverantwortung des Einsatzbetriebes vor:

»Der Arbeitgeber muss sich je nach Art der Tätigkeit vergewissern, dass die Beschäftigten anderer Arbeitgeber, die in seinem Betrieb tätig werden, hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben.«

Die Vorschrift setzt Art. 12 Abs. 2 der Europäischen Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie EWG 391/89 um[51]. Dieses ließe sich mit *Krebber* für ein allgemeines auch individualarbeitsrechtliches Kooperationsgebot fruchtbar machen[52].

2. Nutzung von Einrichtungen und Arbeitsmaterial des Einsatzbetriebes

Dass ein Dienst- oder Werkunternehmer Maschinen, Geräte und Arbeitsmaterialien des Einsatzbetriebes benutzt, schadet nicht. Das Werkvertragsrecht geht mit einer Gewährleistungsvorschrift in § 645 BGB eben auf diesen Fall ein[53]. Und auch das BAG betont 2012:

»Die Fluggastkontrollen wurden zwar mit von der Beklagten zur Verfügung gestellten technischen Geräten durchgeführt. Daraus folgt jedoch nicht das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung. *Ein Unternehmer muss einen Dienst- oder Werkvertrag nicht notwendig mit eigenen technischen Mitteln erfüllen.* Maßgeblich ist vielmehr, dass die Weisungsbefugnis bei dem Einsatz der Sicherheitsassistenten bei der F GmbH verblieb.«[54]

In der Literatur wird nur vereinzelt das Gegenteil befürwortet. So will *Jürgen* Ulber voraussetzen, dass der Werkunternehmer über »Eigene Unternehmensorganisation mit entsprechender personeller und sächlicher Ausstattung an Betriebsmitteln und Kapital« verfügt[55]. Das ist indes nicht haltbar, weil damit ein allgemeiner schuldrechtlicher Vertragstypenzwang geschaffen würde, der sich gar nicht auf den Spezialfall der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung begrenzen ließe. Zivilrechtlich ist der Vorschlag schlechthin haltlos.

Grundsätzlich steht es den Vertragsparteien, die eine Leistung vereinbaren, frei, den Leistungsgegenstand selbst zu bestimmen. Sie können vereinbaren, dass der Verpflichtete einen Erfolg schuldet – dann handelt es sich um einen Werkvertrag. Sie können aber

---

51 Dazu *Giesen*, Arbeitsrechtliche Verantwortung des Auftraggebers für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer?, in: Rieble/Junker/Giesen, Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit, ZAAR Schriftenreihe Band 26 (2012), S. 64 ff.; *Leube*, BB 2000, 302 f.

52 *Krebber*, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, 2005, S. 346 ff.

53 Dazu MünchKommBGB/*Busche*, 6. Aufl. 2012, § 645 Rn. 6.

54 BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 (Hervorhebung von mir). Etwas anders freilich noch BGH 21. 1. 2003 – X ZR 261/01, NZA 2003, 616, der in seiner Gesamtschau betont, dass der Auftraggeber die Arbeitnehmer »mit Material und Werkzeug versorgt« habe.

55 *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung Rn. 41, 64 ff.

ebenso vereinbaren, dass nur eine Tätigkeit geschuldet ist – dann handelt es sich um einen Dienstvertrag. Sie können vereinbaren, dass der Verpflichtete Rohstoffe und Werkzeuge sowie Maschinen »mitbringen« muss. Sie können ebenso gut vorsehen, dass der Verpflichtete die Geräte des Auftraggebers benutzen darf oder sogar muss. Das Arbeitsrecht ist nicht berufen, aus vermeintlicher Arbeitnehmerschutzperspektive Unternehmen vorzuschreiben, welche Leistungsinhalte diese zum Gegenstand ihrer Verträge machen dürfen. Das schränkte die Vertragsfreiheit erheblich ein. Einen solchen Eingriff könnte allenfalls der Gesetzgeber legitimieren.

Zugleich wird so systemwidrig das Arbeitsrecht überdehnt: Es reguliert nicht Verträge zwischen Unternehmern mit dem Ziel, Arbeitnehmern einen »optimalen« Arbeitgeber zu verschaffen. Das AÜG ist nur scheinbar eine Ausnahme: Es erlegt dem Entleiher arbeitsrechtliche Pflichten auf, weil er mit dem vom Verleiher und Vertragsarbeitgeber der Arbeitnehmer abgeleiteten Weisungsrecht seinerseits Arbeitgeberbefugnisse wahrnimmt. Die Wahl der Arbeitnehmerüberlassung führt zu einer »gespaltenen Arbeitgeberstellung« – und nur hierauf reagiert das AÜG.

Im Übrigen anerkennt das deutsche Recht *Betriebsführungsverträge,* bei denen sich die Betriebsführungsgesellschaft verpflichtet, einen Betrieb (etwa ein Hotel, ein Krankenhaus) so wie er vom Auftraggeber stammt, mit eigenem Personal zu führen. Vertragsgegenstand ist die Managementleistung als solche[56]. Irgendeine Kapitalausstattung ist nicht vorausgesetzt.

Voraussetzung für einen Dienst- oder Werkvertrag ist also allein, dass der Dienstleister über eine eigene Arbeitsorganisation verfügt, mit der er die eigenen Arbeitnehmer steuern kann:

> »Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Werk- oder Dienstleistungsunternehmer nicht über die betrieblichen oder personellen Voraussetzungen verfügt, die Tätigkeit der von ihm zur Erfüllung vertraglicher Pflichten im Betrieb eines Dritten eingesetzten Arbeitnehmer vor Ort zu organisieren und ihnen Weisungen zu erteilen.«[57]

Im Kern setzt dies lediglich die *Fähigkeit* voraus, *Arbeitnehmer zur Arbeit einzuteilen und ihnen Arbeitsweisungen zu erteilen*. Der Dienstleister benötigt also Fachvorgesetzte und Personaldisponenten. Weitergehende Betriebsmittel benötigt der Dienstleister nicht.

IV. Unternehmerrisiko als Voraussetzung?

Partiell wird für die »Anerkennung« als Dienst- oder Werkvertrag gefordert, der Dienstleister müsse ein spezifisches Unternehmerrisiko tragen – beim Werkvertrag also insbesondere zur Gewährleistung verpflichtet sein[58]. Das BAG hat sich dem bislang nicht

56 Dazu *Rieble*, NZA 2010, 1145; *Weißmüller*, BB 2000, 1949; *Geßler*, Der Betriebsführungsvertrag im Licht der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung, in: Festschrift Hefermehl, 1976, S. 263 ff.; BGH 5. 10. 1981 – II ZR 203/80 »Holiday Inn«, NJW 1982, 1817.

57 BAG 9. 11. 1994 – 7 AZR 217/94, NZA 1995, 572.

58 *Schüren*, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)Werkverträgen – Eine Skizze, in: Festschrift Däubler, 1990, S. 90, 98 ff.; *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung Rn. 41, 55 ff.

angeschlossen – wertet aber eine vertragliche Gewährleistungspflicht als positives Indiz für den Dienst- oder Werkvertrag[59]. Das allein ist richtig. Welche Gewährleistungsrechte zwischen den Unternehmen vereinbart sind, hängt entscheidend von der primären Leistungspflicht ab. Wenn Auftraggeber und Dienstleister nach dem Grundsatz der *Vertragsfreiheit* berechtigt sind, anstelle eines erfolgsbezogenen Werkvertrags eine reine Tätigkeitspflicht zu vereinbaren, also einen Dienstvertrag, der im deutschen Recht keine Gewährleistung kennt, dann kann die Gewährleistung für die Qualifikation als Arbeitnehmerüberlassung keine Rolle spielen.

Die Gegenmeinung läuft im Kern darauf hinaus, nur noch bestimmte »qualifizierte« Formen unternehmerischer Betätigung zuzulassen, um die tradierte Beschäftigung im Normalarbeitsverhältnis zu sichern. Das ist von der Grundidee her verfehlt. Die Beschäftigung folgt der Arbeitsnachfrage und diese wiederum ist vom Marktgeschehen abhängig. Arbeitnehmer finden dort Beschäftigung, wo Unternehmer mit ihrem Waren- oder Dienstleistungsangebot Erfolg haben.

Vertragsfunktional genügt es, dass den Dienstleister eine eigene Leistungspflicht trifft, die über das bloße Stellen von Personal hinausgeht. Wie diese Leistungspflicht ausgestaltet ist, ist eine zivilrechtliche und keine arbeitsrechtliche Frage. Insoweit sind die Arbeitsgerichte im Kern nicht kompetent. Das spezifische Unternehmerrisiko des Dienstleisters liegt nicht so sehr auf der Leistungsseite im Verhältnis zu seinem Auftraggeber – auch wenn er selbstredend das Risiko trägt, den Auftrag zu verlieren. Das allgemeine Marktrisiko, Aufträge im Wettbewerb zu verlieren, wenn Preis oder Leistung nicht konkurrenzfähig sind, trifft Zeitarbeitsunternehmen nicht anders als Dienstleister.

Arbeitsrechtsspezifisch und ausschlaggebend ist das *Verwendungsrisiko* für die eigenen Arbeitnehmer, das den Dienstleister trifft – den Verleiher aber nicht: Beim Dienst- oder Werkvertrag trägt der Dienstleister als vollwertiger Arbeitgeber das *Verwendungsrisiko* für seine Arbeitnehmer selbst: Kann er sie nicht einsetzen, muss er sie gleichwohl bezahlen, § 615 BGB. Bei der Arbeitnehmerüberlassung hingegen entscheidet der Einsatzbetrieb über den Einsatz und damit die wirtschaftlich tragfähige Verwendung der Arbeitnehmer. Haben die Zeitarbeitnehmer im Einsatzbetrieb nichts zu tun, schuldet ihnen zwar der Verleiher als Vertragsarbeitgeber das Annahmeverzugsentgelt des § 615 BGB; doch muss der Einsatzbetrieb als Entleiher dem Verleiher das vereinbarte Entgelt für jene Arbeitnehmer bezahlen, die er »abgerufen« hat, aber nicht einsetzen konnte. Der wesentliche Unterschied im »Unternehmerrisiko« liegt also darin, dass der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag dieses Arbeitnehmer-Verwendungsrisiko auf den Entleiher verlagert und damit den Verleih insoweit risikoarm gestaltet. Diesen sonst gern übersehenen Gesichtspunkt hat *Schüren* schon früh herausgearbeitet[60]. Eben dieses Verwendungsrisiko ist arbeitsrechtsspezifisch – im Unterschied zum allgemeinen Marktrisiko, das jeden Unternehmer trifft. Ergänzend ist anzumerken, dass jede Betonung des Unternehmerrisikos für die Eingrenzung der Arbeitnehmerüberlassung Folgen für den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff hat: Wenn dort nicht der Vertragsinhalt, sondern das hinreichende Risiko den Werk- oder Dienstvertrag konstituiert, dann muss fehlendes Unternehmerri-

59 Etwa BAG 6. 8. 1997 – 7 AZR 663/96, juris.

60 *Schüren*, Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)Werkverträgen – Eine Skizze, in: Festschrift Däubler, 1990, S. 90, 91 f.

siko beim »Ein-Personen-Unternehmer« auch ohne persönliche Abhängigkeit zum Arbeitsverhältnis führen. Diese Diskussion, ob also der Arbeitnehmerstatus vor allem negativ dadurch gekennzeichnet ist, dass der Dienstverpflichtete »am Markt« mit allen Chancen und Risiken eines Unternehmers auftritt und andernfalls als »Scheinselbstständiger« zu qualifizieren ist, diese Diskussion ist rechtspolitisch ausgetragen und abschlägig beschieden[61]. Maßgebender Grund: Wirtschaftliche Abhängigkeit reicht für das Arbeitsrecht nicht aus[62], die persönliche aber wird durch Weisungsrecht und Arbeitsorganisation konstituiert.

Der tiefere und dogmatische Grund: Die vertragsrechtliche Einordnung erfolgt hier wie dort vertragsrechtlich nach dem Geschäftsinhalt. Jede Ausrichtung an Markt und Unternehmerrisiko schafft letztlich eine wirkungsbezogene, sich an den Folgen der wirtschaftlichen Betätigung orientierende Typenzuordnung und ist deshalb ein tiefer Systembruch gegenüber der freiheitlichen Einheit von Vertrag und Wettbewerb[63].

Deshalb ist es insbesondere rechtlich unzulässig, wenn die Finanzkontrolle Schwarzarbeit für ihre Ermittlungstätigkeit die Abgrenzung des Werkvertrags von der Arbeitnehmerüberlassung am Unternehmerrisiko und an der Gewährleistung ausrichtet[64]: Das hat keinerlei Grundlage in der Rechtsprechung von BAG und BGH. Insofern ist der FKS Zurückhaltung zu empfehlen: Wenn ein Unternehmer fälschlich meint, er betreibe Arbeitnehmerüberlassung, weil er zu wenig Unternehmerrisiko trage, dann ist seine Werkvertrags-»Vortäuschung« strafloses Wahndelikt. Sobald aber Strafverfolgungsbehörden die ständige Rechtsprechung von BGH und BAG ignorieren und die Strafverfolgung womöglich als sozialpolitisches Lenkungsinstrument gegen »unerwünschte Werkverträge« nutzen, dann droht ihnen selbst Strafverfolgung nach § 344 StGB. Indiz hierfür sind die rechtsstaatlich bedenklichen »Bündnisse« gegen Schwarzarbeit[65], die die FKS als Verfolgungsbehörde mit den an Wettbewerbsunterbindung Interessierten (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden, Innungen) geschlossen hat[66]. Wenn man den Eventualvorsatz bei den Strafverfolgern mit demselben Maßstab bemisst, wie diese ihn bei den verdächtigten Unternehmen bejahen, dann droht gar eine Verfolgungswelle bei den Strafverfolgern. Mehr Sorgfalt und ein intensiveres Studium der maßgeblichen Entscheidungen von BAG und BGH ist dringend geboten.

---

61 Einerseits *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständiger, 1988; *ders*., Die »neue Selbständigkeit«, DB 1992, 90; andererseits *Hromadka*, Arbeitnehmerbegriff und »neue Selbständigkeit«, NZA 1997, 569; deutlich MünchArbR/*Richardi*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 38 m. w. N. Überaus eindeutig: BAG 27. 9. 2012 – 2 AZR 838/11, juris; 15. 2. 2012 – 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731.

62 Sondern führt zu den Schutzvorschriften des Wirtschaftsrechts: *Rieble*, Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts? ZfA 1998, 327.

63 MünchArbR/*Richardi*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 45; privatrechtsdogmatisch *Rittner*, der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens, JZ 2011, 269; *ders.*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101.

64 Schon oben II. 2.; weiter Leo *Mahr*, Die illegale Beschäftigung aus dem Blickwinkel der Bekämpfungsbehörden (2011 – Selbstverlag), insbesondere S. 261 f.

65 Rieble, Mindestlohncompliance für Auftraggeber, NJWSpecial 2009, 414.

66 Www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Bekaempfung-der-Schwarzarbeit-und-illegalen-Beschaeftigung/Zusammenarbeit/Buendnisse/buendnisse_node.html [31. 1. 2013].

Deshalb spielt auch eine an den Personalkosten (Arbeitsstunden) ausgerichtete *Vergütungsregelung* keine Rolle: Der Dienst- oder Werkvertrag wird nicht deswegen zur Arbeitnehmerüberlassung, weil eine tätigkeits- oder aufwandsbezogene Abrechnung nach Mitarbeiterstunden erfolgt (wie sie überdies im Handwerk mit seinen Werkverträgen durchweg üblich ist).

»Nach welchen Modalitäten die Vergütung für die geschuldete Leistung berechnet wird, hat für die Bestimmung des Inhalts der von der Nebenintervenientin geschuldeten Leistung keinen entscheidenden Aussagewert«.[67]

V. Fallbeispiele der Rechtsprechung

Anschaulich wird die Abgrenzung anhand ausgewählten Fallmaterials der Rechtsprechung.

1. Arbeitnehmerüberlassung verneint

In der Entscheidung vom 18. 1. 2012 ging es um die *Fluggastkontrolle an einem Flughafen* durch Arbeitnehmer eines privaten Sicherheitsunternehmens. Das BAG verneinte jede Arbeitnehmerüberlassung und bejahte einen Dienstvertrag, obschon die Sicherheitskontrolle durch *detaillierte Vorgaben* geregelt war und obschon das Sicherheitsunternehmen keine eigenen technischen Geräte, sondern die vom Auftraggeber gestellten benutzt hatte. Entscheidend war für das Gericht, dass direkte Anweisungen des Auftraggebers an die Sicherheitskräfte auf Not- und Gefahrenfälle beschränkt sind und für den Normalbetrieb »während der gesamten Kontrollzeit ein Mitarbeiter mit Leitungsfunktion zur Verfügung« steht, dass also das Sicherheitsunternehmen im Flughafen einen Vorgesetzten bereithielt, der auf fachliche Sicherheitsweisungen des Auftraggebers mit Arbeitsweisungen an seine Untergebenen reagieren kann[68]. Die Entscheidung wird zwar in der Literatur kritisiert, weil die Zwischenschaltung des eigenen Vorgesetzten nur dazu »diene«, fremde Weisungen zu übermitteln[69].

Das ist indes falsch: Der Auftraggeber steuert nicht die einzelnen Arbeitnehmer des Sicherheitsunternehmens; er übt das fachliche und nicht das persönliche Weisungsrecht auf der Grundlage des Dienstvertrages aus. Es verhält sich nicht anders als bei einem Reinigungsauftrag: Wenn der Auftraggeber dort den Vorgesetzten des Reinigungsunternehmens auf Reinigungsmängel oder einen besonderen Reinigungsbedarf hinweist, greift er damit nicht in die Einzelarbeitsverhältnisse der Reinigungskräfte ein, sondern bestimmt die Leistung des Reinigungsunternehmens. Die personelle Konkretisierung, also die Arbeitsweisung, welche Reinigungskraft welche Tätigkeit zu welcher Zeit an welchem Ort ausübt – bleibt allein beim Reinigungsunternehmen.

Mehrere Entscheidungen befassen sich mit der *Fremdvergabe von Teilaufgaben im Produktionsprozess*: In der Entscheidung vom 11. 9. 2001 ging es um eine Gießerei, die

67 BAG 15. 7. 1992 – 7 AZR 398/91. juris; a. A. *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung Rn. 48 ff.

68 BAG 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455.

69 *Hamann*, jurisPR-ArbR 33/2012 Anm. 2 (online über juris.de).

einen Bearbeitungsschritt für ihre Eisengussteile an ein Unternehmen der Industrie-Reinigung vergeben hat: Deren Arbeitnehmer hatten die Tauchgrundierung (Farbgebung und Korrosionsschutz) der Eisenteile zu leisten. Weil aber das Reinigungsunternehmen die Arbeiten auf dem Betriebsgrundstück der Gießerei selbst organisiert hat, selbst die Mitarbeiter zur Arbeit einteilt, handelte es sich um einen Werkvertrag; das BAG verneinte jede Eingliederung und damit die Einstellungsmitbestimmung des Betriebsrats (oben II. 3. b). Unbeachtlich ist insbesondere, dass die Auftraggeberin

»den Raum und die chemischen Mittel zur Verfügung stellt, die Entsorgung vornimmt, neue Farbe besorgt und Informationen für Reihenfolge und Farbgebung im PC bzw. durch Begleitschreiben in den Kisten und Gitterboxen gibt. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich um Anweisungen, die im Rahmen eines Werkvertrags üblich sind. Auch soweit der Versandleiter der Arbeitgeberin die Auswahl der Farben vorgibt und Anordnungen hinsichtlich der Lagerung gibt, gilt nichts anderes.«[70]

Ganz ähnlich hat das BAG 1991 in zwei Fällen entschieden: Die Fremdvergabe der *maschinellen Lackierung von Bremszylindern* an eine Industrie-Service-Gesellschaft war keine Eingliederung, weil

»die Personalhoheit über die Mitarbeiter der Firma ISG beim Arbeitgeber lag. Allein das ›Anlernen‹ führt nicht zu der für die Eingliederung notwendigen Personalhoheit des Arbeitgebers. Welche Mitarbeiter wann und wo zum Einsatz kamen, blieb auch in der Einarbeitungsphase der Firma ISG überlassen.«[71]

In der anderen Entscheidung des BAG vom 5. 3. 1991 ging es um die Fremdvergabe einer *Werkstückbearbeitung in der Stahlproduktion*: Das Stahlwerk als Einsatzbetrieb ließ Rohstahlstücke (sog. Brammen) von einem Fremdunternehmer einer Hitzebehandlung (sog. Flämmen) unterziehen. Dabei lag die Besonderheit des Falles darin, dass auch Stammkräfte diese Arbeiten vollzogen. Das BAG verneint wiederum jede Eingliederung und geht von einem selbstständigen Dienst- oder Werkvertrag aus, weil der Personaleinsatz ausschließlich vom Fremdunternehmer gesteuert wird:

»Daß dieser Umfang und damit der Umfang der Vertragspflicht der Fa. F hinsichtlich jeder einzelnen Bramme durch den angebrachten Flämmschlüssel und die Zurückweisung ungenügend geflämmter Brammen durch den Revisor bestimmt wird, steht dem nicht entgegen. Unschädlich ist auch, dass die Brammen in einem gewissen zeitlichen Rahmen geflämmt und zur Weiterverarbeitung übergeben werden müssen, ebenso wie es unschädlich ist, dass das Flämmen aufgrund technischer und wirtschaftlicher Notwendigkeiten sinnvollerweise nur auf dem Werksgelände des Arbeitgebers oder in dessen Nähe verrichtet werden kann. Das Flämmen der Brammen durch die Fa. F ist auf Dauer angelegt. *Ihr allein bleibt es überlassen, die zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung erforderlichen Arbeitnehmer in ausreichender Menge und zu den vereinbarten Zeiten zu beschaffen und dabei Ausfälle durch Krankheit, Urlaub und ähnliches einzuplanen. Wie viele Arbeitnehmer sie zu welchen Bedingungen beschäftigt, obliegt allein ihrer Entscheidung.* [. . .] Schafft damit die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und der Fa. F alle Voraussetzungen dafür, daß der Fa. F die Organisation der für die Erbringung des vereinbarten Werkes erforderlichen Arbeiten obliegt und verbleibt, so sind aus dem festgestellten Sachverhalt auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses sich in einer bloßen Zurverfügungstellung von Arbeitskräften erschöpft.«[72]

70 BAG 11. 9. 2001 – 1 ABR 14/01, juris.

71 BAG 9. 7. 1991 – 1 ABR 45/90, NZA 1992, 275.

72 BAG 5. 3. 1991 – 1 ABR 39/90, NZA 1991, 686 = SAE 1992, 226 mit Anm. *Hager*.

Ähnlich hatte das BAG 1992 für die *Fremdvergabe von Pförtner- und Wachdiensten nebst Eingangskontrollen* entschieden[73].

Auch *Instanzgerichte* entscheiden so: Das Hessische Landesarbeitsgericht hat am 19. 11. 2007 die Durchführung von Sandstrahlarbeiten und Schweißarbeiten an Metallteilen als Werkvertrag und nicht als Arbeitnehmerüberlassung gewertet: Das Gericht stellt entscheidend darauf ab, dass – nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme – die Fremdfirma selbst *Vorarbeiter* im Einsatzbetrieb vorhielt und mit diesen den Arbeitseinsatz der eigenen Mitarbeiter steuerte[74]. In einem Fall des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz ging es um die Fremdvergabe der Qualitätskontrolle und Sicherung von Computerersatzteilen, nebst Test von Teilerückläufern. Entscheidend war auch hier, dass das Fremdunternehmen über einen eigenen Fachvorgesetzten verfügte, der den Mitarbeiter steuerte. Dass der Fachvorgesetzte seinerseits im Wege der Arbeitnehmerüberlassung von außen gestellt war, schadete nicht[75].

2. Arbeitnehmerüberlassung bejaht

In der Entscheidung des BAG vom 13. 8. 2008 ging es um einen technischen Zeichner, der vor über 20 Jahren von seinem Vertragsarbeitgeber dauerhaft in einem Kraftwerk eingesetzt gewesen ist – ohne dass er dort Arbeitsweisungen seines Arbeitgebers erhielt. Er wurde vielmehr ausschließlich vom dortigen Gruppenleiter des Einsatzbetriebes angewiesen. Seinem Vertragsarbeitgeber übersandte er lediglich Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Daraus hat das BAG völlig zu Recht auf Arbeitnehmerüberlassung geschlossen: Der Vertragsarbeitgeber hatte im Kraftwerk keine eigene Arbeitsorganisation; der Arbeitnehmer war ausschließlich den Arbeitsweisungen des Auftraggebers ausgesetzt[76].

Ein zweites Beispiel stammt aus der Rechtsprechung des BGH: In einem Schlachthof wurde eine Fremdfirma auf Basis eines »Werkrahmenvertrags« mit der Aufgabe betraut, Rinderviertel zu zerlegen, Knochen und Fett zu entfernen, das Rindfleisch nach Vorgaben der Kunden des Schlachthofes zuzuschneiden, zu verpacken und in der Versandkühlhalle zu lagern. Der BGH hat entscheidend darauf abgestellt, dass die Mitarbeiter der Fremdfirma letztlich den Weisungen des Schlachthofes ausgeliefert waren, dass Tätigkeit und Arbeitszeit nicht von Mitarbeitern der Fremdfirma, sondern vom Schlachthof gesteuert worden sind[77].

---

73 BAG 5. 5. 1992 – 1 ABR 78/91, NZA 1992, 1044.

74 Hessisches LAG 19. 11. 2007 – 16 Sa 569/07, juris.

75 LAG Rheinland-Pfalz 3. 5. 2006 – 10 Sa 913/05, juris.

76 BAG 13. 8. 2008 – 7 AZR 269/07, juris.

77 BGH 25. 6. 2002 – X ZR 83/00, NZA 2002, 1086 = SAE 2004, 56 mit Anm. *Schüren/v. Paar.*

VI. Keine Wettbewerbssteuerung durch Vertragsrecht

1. Zentrales Anliegen: Schutz vor Unterbietungswettbewerb

Im Kern steht hinter den Vorstößen zur Beschränkung von produktionsnahen Dienstleistungen ein Wettbewerbsschutzdenken: Vor allem die Gewerkschaften des produzierenden Gewerbes und allen voran die IG Metall mit ihren teuren Industrietarifverträgen befürchten eine »Tarifflucht« in niedriger vergütete Dienstleistungen und damit eine Lohnunterbietungskonkurrenz, früher abwertend »Schmutzkonkurrenz« genannt, heute wird statt dessen »Lohndumping« als Kampfbegriff gebraucht. Diese wiederum bedroht die hohen Tarifentgelte der jeweiligen Industriebranche. Innerhalb derselben Branche lässt sich solcher Schmutzkonkurrenz vor allem mit der staatlichen Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und dem AEntG begegnen, die die Tarifgeltung zwangsweise ausdehnt, wobei richtigerweise nur dem AEntG solche Wettbewerbsbegrenzungsfunktion zukommt[78]. Daneben steht es der IG Metall offen, bei kleinen Dienstleistern Haustarifverträge zu Metallbedingungen durchzusetzen. Das Arbeitsgericht Frankfurt hat der IG Metall explizit eine solche Tarifzuständigkeit für einen kleinen Logistikdienstleister zugesprochen[79], allerdings ohne dabei die hinreichende Bestimmtheit der IG Metall-Satzung hinsichtlich der »selbstständige[n], jedoch wirtschaftlich zugeordnete[n] Dienstleistungsbetriebe« zu prüfen[80] – was im Beschlussverfahren nach § 97 ArbGG amtswegig zu geschehen hat.

Bei großen Logistikdienstleistern schlägt dies fehl: Schenker, Kühne+Nagel, arvato und viele andere größere Dienstleister sind nicht auf Metallunternehmen konzentriert und außerdem ihrerseits an die Logistikverbandstarifverträge gebunden – die ver.di ausgehandelt hat und die deutlich günstigere Arbeitsentgelte vorsehen. Der Wunsch der IG Metall nach einer einheitlichen Tarifgeltung entlang der Wertschöpfungskette lässt sich nur auf Kosten von ver.di bewirken. Eben weil dies tarifpolitisch derzeitig nicht durchsetzbar ist, wird nun versucht, Werk- und Dienstverträge durch neue Kriterien in Arbeitnehmerüberlassung »umzuwerten«. Gestandene Arbeitsrechtsprofessoren sehen in der Nutzung solcher Vertragsfreiheit gar eine »Umgehung des AÜG«[81]. Indes: Weder der Auftraggeber noch der Auftragnehmer sind auf Arbeitnehmerüberlassung als Vertragstyp verpflichtet, damit die Arbeitnehmer des Auftragnehmers die Vergünstigungen des AÜG genießen. Die schärfere Regulierung der Zeitarbeit durch equal pay und den Ausschluss dauerhafter Überlassung (»vorübergehend« in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG) gilt auch unter Umgehungsgesichtspunkten nicht für die unternehmensinterne Dienstleistung. Von Umgehung im rechtsmethodischen Sinne[82] kann keine Rede sein. Die sozialpolitisch gefühlte Umgehung ist kein juridisches, sondern ein Stammtisch-Argument.

---

78 *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 14 ff. m. w. N.

79 ArbG Frankfurt 17. 1. 2012 – 8 BV 719/11, n. v.

80 Zu dieser Frage *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 253 ff. m. w. N.

81 Ernstlich *Preis*, Werkverträge zur Umgehung des AÜG – kein empfehlenswerter Weg!, BB 2012 Heft 27/28 editorial.

82 Grundlegend *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962; aktuell MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 11 ff.

Was »funktionswidrig eingesetzte Werkverträge« sind, weiß niemand – offenbar schwebt einigen eine Motivkontrolle privatautonomer Vertragsgestaltung vor: Wird der Werkvertrag nur zur Kostensenkung oder für arbeitsrechtliche Vorteile genutzt, sei er funktionswidrig. Das darf man als skurril begreifen. Beim BAG mag man hiermit offene Ohren finden – beim für zivilrechtliche Fragen kompetenteren BGH eher nicht.

Den Lohnunterbietungswettbewerb kann man nicht vollends unterbinden – ein »equal pay«-Gebot für Werkvertragsunternehmen ist nicht begründbar. Wer Auswüchse solchen Unterbietungswettbewerbes unterbinden will, der ist für einen allgemeinen Mindestlohn[83], der aber nur Übertreibungen im Lohngefälle zwischen Industriedienstleistung und Stammbranche begrenzen kann. Ansonsten aber müssen die Gewerkschaften mit dem selbst geschaffenen Lohngefälle leben: Ein Tariflohn von 12,64 € für Reinigungskräfte im Metalltarif ist im Verhältnis zum einschlägigen Gebäudereinigertariflohn von € 8,82 € abseitig hoch. Der Fehler liegt beim Metalltarif und nicht bei demjenigen, der das Lohngefälle nutzt. Insofern kehrt sich die tarifpolitische Ordnung um: Normalerweise soll der betriebliche Geltungsbereich alle Arbeitnehmer einer betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitsorganisation unter die Branchentarifgeltung bringen – auch wenn das einzelne Arbeitsverhältnis von seiner Tätigkeit her nicht zur Branche »passt«. Der Industriedienstleister kann nun spiegelverkehrt nicht nur branchenfremde Tätigkeit erbringen, sondern gerade zielgerichtet einschlägige Branchentätigkeiten usurpieren (wie die Vormontage angelieferter Teile) – solange jene nur für ihn Nebentätigkeit sind. Der Logistikdienstleister wird kein Metallunternehmen dadurch, dass seine Arbeitnehmer partiell metallverarbeitende Tätigkeiten verrichten. Die deutschen Gewerkschaften könnten sich auf eine berufsbezogene Vergütungsfindung verständigen. Solange sie, vor allem aus organisationspolitischen Gründen, an der tradierten betriebsbezogenen Entgeltbemessung festhalten, mögen sie neben den Vorteilen dann auch die Nachteile tragen.

Jede Verpflichtung von »echten«, aber »funktionswidrigen« Werkverträgen auf das AÜG ist evident sachwidrig: Die schuldrechtliche Vertragstypenzuordnung und Vertragsgestaltungsfreiheit kann nicht am Lohnwettbewerb auf dem Arbeitsmarkt, an tarif- und organisationspolitischen Wünschen der Gewerkschaften ausgerichtet werden. Das Lohngefälle zwischen unterschiedlichen Branchen ist Konsequenz des deutschen Systems dezentraler Lohnfindung. Es fußt weniger auf Unternehmens- als auf Gewerkschaftswettbewerb. Seine positiven wie nachteiligen Folgen sind hinzunehmen. Manche Gewerkschaften akzeptieren das Lohnkostengefälle. So bestimmt die Öffnungsklausel im Manteltarifvertrag der Chemischen Industrie, dass Ausgliederung und Fremdvergabe in »billigere« konkurrierende Tarifwerke mit einer Absenkung der eigenen Arbeitsbedingungen begegnet werden kann. Der Wunsch nach Verteidigung der eigenen Tarifstandards trägt keinen interventionistischen Vertragstypenzwang.

Wie sinnwidrig der Vorstoß letztlich ist, erweist sich am Baugewerbe: Dort ist die Arbeitnehmerüberlassung nach § 1b AÜG seit 1982 verboten[84], weswegen die Arbeitsteilung zu ausdifferenzierten Subunternehmerschaften auf mehreren Ebenen führt (der

83 Wie etwa Verfasser: *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung, ZAAR Schriftenreihe Band 23 (2011), S. 17 ff.

84 Nunmehr europarechtswidrig, dazu *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474, 490.

das AEntG wiederum mit der Generalunternehmerhaftung begegnet). Wollte man all die Verschärfungskriterien auf Bausubunternehmerwerkverträge anwenden, dann führte das für jene nicht in die regulierte Arbeitnehmerüberlassung – sondern in das Überlassungsverbot des § 1b AÜG.

2. Gesetzesänderung?

Erste Gesetzentwürfe gegen »missbräuchliche Werkverträge« sind zu Wahlkampfzwecken verfasst[85]. Sie müssten sich im Umsetzungsfalle an deutschem Verfassungsrecht und an den europäischen Grundfreiheiten messen lassen. Das kann hier nicht vertieft werden. Problematisch für das deutsche Recht sind Unternehmerfreiheit (gegenüber einer Fremdvergabe-Mitbestimmung des Betriebsrats, aber auch gegenüber dem Erfordernis, dass der Werkunternehmer mit eigenem Gerät arbeiten muss) und Gleichheitssatz – sowohl wegen der systemwidrigen Ausdehnung der Zeitarbeit als auch wegen der bezweckten anknüpfungslosen Entgeltgleichstellung[86]. Equal pay für den Werk- und Dienstvertrag bedeutet nicht nur, dass das Arbeitsentgelt des Unternehmers von dessen Auftraggeber (Einsatzbetrieb) abhängt, sondern auch, dass die Preise für dieselbe Dienstleistung (Reinigung, Wartung. Lagerhaltung) nur deswegen unterschiedlich sind, weil der Auftraggeber ein anderes Lohnniveau hat. Hier wird Gleiches willkürlich ungleich behandelt. Schließlich ist die Tarifautonomie betroffen: Weil die Tarifverträge der Dienstleister, insbesondere die Logistiktarifverträge, durch Einsatztarife namentlich der Metallindustrie verdrängt werden sollen. Für einen Lagerarbeiter mit vielfachen Metallbetriebseinsätzen gibt es dann keinen Grund mehr, Mitglied von der.di zu sein.

Augenscheinlicher noch sind die Belastungen für die europäische Dienstleistungsfreiheit: Dem Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat wird gezielt das Recht genommen, sich mit seiner Industriedienstleistung mit autonom festgesetzten oder tariflich vereinbarten Löhnen um Aufträge in Deutschland zu bemühen. Entgeltgleichstellung, aber auch ein Mitbestimmungsrecht, die mittelbar hierauf gerichet ist, beschränken die Dienstleistungsfreiheit. Europarechtlich lässt sich mit dem EuGH in den europarechtlich vorgegebenen Fällen der Entsenderichtlinie und der Leiharbeitsrichtlinie rechtfertigen. In der Entscheidung *Vicoplus*[87] macht der EuGH deutlich, dass auch die grenzüberschreitende Leiharbeit von der Dienstleistungsfreiheit geschützt ist[88]. Damit aber müssen mit dem *Rüffert*-Gedanken[89] solche Wettbewerbsbeschränkungen aus sozialen Gründen in sich plausibel und konsistent sein. Für Werk- und Dienstverträge ist diese Plausibilität nicht in Sicht und lässt sich diese auch nicht durch eine Umwertung in Arbeitnehmerüberlassung gewinnen. Die Leiharbeitsrichtlinie lässt die relativ-dynamische

85 BT-Drs. 17/7220 und 17/7482; dazu die Ausschussdrucksache 17(11)853, www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a11/a11/anhoerungen/2012/99 Sitzung/1 7 11.853.pdf [27. 5. 2013].

86 Dazu näher *Franzen*, Werk- und Dienstverträge – angemessen reguliert (2012), »Studie« für den VBM und bei jenem erhältlich.

87 EuGH 10. 2. 2011 – Rs. C-307/09 u. a., NZA 2011, 283.

88 Treffend *Rebhahn/Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils *Vicoplus*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 26 (2012), 372, 377; zustimmend *Franzen*, Studie (Fn. 86), S. 47 ff.

89 EuGH 3. 4. 2008 – Rs. C-346/06 (*Rüffert*), NZA 2008, 537.

Entgeltgleichstellung zu einem Einsatzbetrieb eben nur zu, wenn die Arbeitnehmer den »entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten«, Art. 1 Abs. 1. Damit aber knüpft das europäische Sekundärrecht wie das derzeitige deutsche an das Weisungsrecht (Aufsicht und Leitung) an und schafft einen eigenen europäischen Leiharbeitsbegriff, der für die Mitgliedstaaten nicht disponibel ist. Und eben nur im Anwendungsbereich der Richtlinie gilt der »Grundsatz der Gleichbehandlung« gemäß Art. 5 der Richtlinie. Außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie schlägt jede Entgeltgleichstellung in eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit um. Hier ist dann nur noch – nach Maßgabe der Entsenderichtlinie – ein allgemein geltender Mindestlohn möglich[90].

Nur zur Abrundung ist klarzustellen, dass auch Vermutungsregeln beschränkend wirken. Der EuGH hat das für eine Arbeitsverhältnisvermutung für Engagementverträge darstellender Künstler nach französischem Recht explizit gesagt. Ihnen als selbstständigen Dienstleistern dürfe keine Rechtfertigungslast auferlegt werden[91].

C. Ergebnisse

1. In Deutschland wird unternehmerische Tätigkeit verstärkt in den Dienstleistungssektor verlagert (Tertiarisierung). Unternehmer- und Vertragsfreiheit schützen solche Dienstleistungsunternehmen. Jedes produzierende Unternehmen ist frei darin, Teiltätigkeiten an Fremdunternehmen zu vergeben. Das gilt nicht nur für Hilfs- und Nebentätigkeiten (Reinigung, Wartung etc), sondern gerade auch für Ausschnitte aus der Produktionstätigkeit (Vormontage, Sandstrahlen, Lackieren etc).

2. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit seinen Schutzvorschriften erfasst Dienst- und Werkverträge nicht, sondern gilt nur für solche Verträge, nach denen sich die Pflicht des Dienstleisters auf das Stellen von Personal beschränkt und der Auftraggeber den ungeschmälerten Arbeitgeberzugriff auf die Arbeitsleistung dieses Personals hat.

3. Entscheidendes und alleiniges Abgrenzungskriterium ist die Ausübung des Arbeitgeberweisungsrechts und damit das Vorhandensein einer Arbeitsorganisation mit eigener Personalhoheit: Verfügt der Dienstleister über eine solche Arbeitsorganisation, mit der er seine Arbeitnehmer selbst zur Arbeitsleistung einteilt und anweist, dann ist Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen. Diese setzt nämlich voraus, dass die Arbeitnehmer des Dienstleisters vom Auftraggeber in dessen Arbeitsorganisation eingesetzt werden.

4. Fachliche Weisungsrechte des Auftraggebers für die versprochene Dienst- oder Werkleistung sind kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung, solange die Weisungen sach- oder aufgabenbezogen erfolgen. Erst wenn das Weisungsrecht auf die persönlichen Arbeitshandlungen der Mitarbeiter des Dienstleisters »durchschlägt«, kann das zur Arbeitnehmerüberlassung führen. Allerdings kann ein solcher Zugriff durch die Art der Dienst-

90 Hierfür votiert luzide *Waltermann*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen, Ausschussdrucksache 17(11)853, S. 40.

91 EuGH 15. 6. 2006 – Rs. C-255/04, Slg. 2006, I-5251, Rn. 36 ff. *(Kommission ./. Frankreich).*

leistung bedingt sein. Insbesondere die Qualitätskontrolle durch den Einsatzbetrieb ist unschädlich.

5. Dass Dienstleister und Auftraggeber »verzahnt« zusammenarbeiten, ist kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung, sondern Folge arbeitsteiligen Wirtschaftens. Ebenso unschädlich ist es, wenn der Dienstleister mit Geräten des Auftraggebers arbeitet. Nur die Arbeitsorganisation von Einsatzbetrieb und Dienstleister muss getrennt sein.

6. Für die »Anerkennung« als Dienst- oder Werkvertrag kommt es nicht auf ein spezielles Unternehmerrisiko des Dienstleisters im Verhältnis zu seinem Auftraggeber an. Entscheidend ist vielmehr das Verwendungsrisiko für die eigenen Arbeitskräfte, das den Dienstleister trifft, den Verleiher aber nicht. Auch die werkvertragstypische Erfolgsabhängigkeit nebst Gewährleistung spielt keine Rolle, weil die beteiligten Unternehmen ebenso einen tätigkeitsbezogenen Dienstvertrag ohne Gewährleistung vereinbaren können.

7. Irrelevant sind Leistungsbeschreibung und Vergütungsform. Insbesondere ist es zulässig, Werk- und Dienstverträge mit einer rahmenhaften, nicht spezifizierten Leistungsbeschreibung zu versehen und die geschuldete Leistung durch Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB »auf Abruf« zu konkretisieren.

8. Deshalb kann in Deutschland grundsätzlich jede Teiltätigkeit in einem Produktionsbetrieb im Wege eines Dienst- oder Werkvertrages (und unter Ausschluss der Arbeitnehmerüberlassung) einem Fremdunternehmen übertragen werden, solange das Fremdunternehmen nur die »Personalhoheit« über seine Arbeitskräfte im Einsatzbetrieb selbst ausübt, also die Arbeitseinteilung der Arbeitnehmer und deren Anleitung und Anweisung durch eigene Disponenten und Vorgesetzte selbst vornimmt. Damit ist die Ausübung des Direktionsrechts durch den Einsatzbetrieb ausgeschlossen.

9. Wenn Auftraggeber und Auftragnehmer die Anforderungen an einen Werk- oder Dienstvertrag beachten, können sie damit rechtliche und Wettbewerbsvorteile erreichen. Eine Umgehung des AÜG liegt darin nicht. Auch steht die Vertragsfreiheit nicht unter staatlicher »Funktionsaufsicht«, die die Motive der Vertragstypenwahl bewertet.

10. Die ständige Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof ist in dieser Frage eindeutig. Rechtsprechungsänderungen sind deshalb nur vor dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes möglich.

11. Etwaige Gesetzesänderungen müssen vor dem Grundgesetz (Unternehmerfreiheit, Gleichheitssatz) und der Europäischen Dienstleistungsfreiheit bestehen. Insbesondere das Europarecht lässt eine Entgeltgleichstellung nur im Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie zu – und eben nicht für benachbarte Werk- und Dienstverträge.