

**Freie Industriedienstleistung als Alternative
zur regulierten Zeitarbeit**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 26

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

**Freie Industriedienstleistung als Alternative
zur regulierten Zeitarbeit**

3. ZAAR-Tagung
Düsseldorf, 9. September 2011



ZAAR Verlag München 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2012 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847

ISBN 978-3-939671-20-6

Vorwort

Zeitarbeit erfährt durch die Neufassung des AÜG intensivere Regulierung. Lohngleichheit und Mindestlohn einerseits und die jedenfalls faktisch wirksame Quotierung in großen Unternehmen andererseits nebst Rechtsrisiken verteuern diese. Damit ist der Wettbewerb zur Industriedienstleistung, die auf der Basis von Dienst- und Werkverträgen mitunter dieselben Arbeiten anbietet, verschoben. Einerseits können „teure“, insbesondere große und tarifgebundene Dienstleistungen bessere Marktchancen erhoffen, andererseits ist es dankbar, dass Zeitarbeitsunternehmen ihrerseits verstärkt auf Dienstleistungen setzen, um im Geschäft zu bleiben. Der Umstieg von der Arbeitnehmerüberlassung zur Industriedienstleistung ist durchaus möglich. Die Auftraggeber achten dabei auf Schlüsselkompetenzen, doch werden diese durch fremde Dienstleister nicht gefährdet. Die Industriedienstleistung hat bislang nur geringe arbeitsrechtliche Aufmerksamkeit erfahren. Die Tagung will den arbeitsrechtlichen Fragen nachgehen.

München, September 2011

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

| Inhalt | Seite |
|--|--------------|
| Vorwort | 5 |
| Inhalt | 7 |
| Autoren | 9 |
| Abkürzungen | 11 |
| <i>Volker Rieble</i> | |
| Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit..... | 15 |
| Diskussion..... | 32 |
| <i>Nathalie Oberthür</i> | |
| Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung | 43 |
| Diskussion..... | 60 |
| <i>Richard Giesen</i> | |
| Arbeitsrechtliche Verantwortung des Auftraggebers für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer?..... | 65 |
| Diskussion..... | 79 |
| <i>Martin Franzen</i> | |
| Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb | 85 |
| Diskussion..... | 106 |
| Diskussionsteilnehmer | 113 |
| Sachregister | 115 |

Autoren

Franzen, Martin, Dr. iur., ordentlicher Professor für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Giesen, Richard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Oberthür, Nathalie, Dr. iur., Rechtsanwältin in der Kanzlei R P O Rechtsanwälte, Köln

Rieble, Volker, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Abkürzungen

| | | | |
|----------------|---|-----------------|---|
| Abs. | Absatz, Absätze | BB..... | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| AE..... | Arbeitsrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift) | Bd. | Band, Bände |
| AG | Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) | BetrVG..... | Betriebsverfas- sungsgesetz |
| AiB..... | Arbeitsrecht im Betrieb (Zeit- schrift) | BGB | Bürgerliches Ge- setzbuch |
| ALEB | Arbeitnehmer- verband land- und ernährungs- wirtschaftlicher Berufe | BGBL. | Bundesgesetzblatt |
| AMP..... | Arbeitgeberver- band Mittelständischer Personal- dienstleister | BGH..... | Bundesgerichts- hof |
| AP..... | Arbeitsrechtliche Praxis | BGHZ | Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zi- vilsachen |
| ArbG | Arbeitsgericht | BGV A 1/A 36 . | Berufsgenossen- schaftliche Vor- schrift A 1/A 36 |
| ArbGG | Arbeitsgerichts- gesetz | BIGD | Beschäftigtenver- band Industrie, Gewerbe, Dienst- leistung |
| AR-Blattei SD. | Arbeitsrechts- Blattei Systemati- sche Darstellung | BSG..... | Bundessozialge- richt |
| ArbSchG | Arbeitsschutzge- setz | BT-Drucks. | Bundestags- Drucksache |
| Art. | Artikel | BZA..... | Bundesverband Zeitarbeit |
| AÜG..... | Arbeitnehmer- überlassungs- gesetz | CGB | Christlicher Ge- werkschaftsbund |
| Aufl..... | Auflage | CGM | Christliche Ge- werkschaft Metall |
| AuR | Arbeit und Recht (Zeitschrift) | CGZP | Tarifgemeinschaft Christlicher Ge- werkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen |
| BAG | Bundesarbeitsge- richt | DB | Der Betrieb (Zeit- schrift) |
| BAGE..... | Entscheidungen des Bundesar- beitsgerichts | DGB..... | Deutscher Ge- werkschaftsbund |

| | | | |
|-----------------|---|--------------|---|
| DHV | Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband im CGB | IG | Industriegewerkschaft |
| DIN | Deutsches Institut für Normung | ISO | International Organization for Standardization |
| EG | Europäische Gemeinschaft | LAG | Landesarbeitsgericht |
| etc. | et cetera | LAGE..... | Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte |
| EU | Europäische Union | n.F..... | neue Fassung |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof | NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| EuZA | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht | Nr..... | Nummer, Nummern |
| EzA..... | Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht | NZA..... | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| EzA-SD..... | Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht – Schnelldienst | NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrechtsprechungs-Report Arbeitsrecht |
| EzAÜG | Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz | NZS | Neue Zeitschrift für Sozialrecht |
| EzS | Entscheidungssammlung zum Sozialversicherungsrecht | OLG..... | Oberlandesgericht |
| f., ff..... | folgende | RdA..... | Recht der Arbeit (Zeitschrift) |
| Fn..... | Fußnote, Fußnoten | Rn. | Randnummer, Randnummern |
| GewO | Gewerbeordnung | S..... | siehe; Seite, Seiten |
| GefStoffV | Gefahrstoffverordnung | SAE | Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift) |
| GG..... | Grundgesetz | SGB | Sozialgesetzbuch |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung | Slg. | Amtliche Sammlung |
| Hrsg. | Herausgeber | SozR | Sozialrecht (Zeitschrift) |
| | | TVG..... | Tarifvertragsgesetz |

| | |
|--------------|--|
| TzBfG | Teilzeit- und Be- fristungsgesetz |
| usw. | und so weiter |
| ver.di | Vereinte Dienstleistungs- gewerkschaft |
| VersR..... | Versicherungs- recht (Zeitschrift) |

Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit

Volker Rieble

Seite

| | |
|---|----|
| I. Zeitarbeit im institutionellen Wettbewerb zu anderen Fremdpersonaleinsatzformen..... | 16 |
| 1. Anreize für Fremdpersonal statt Stammpersonal..... | 16 |
| 2. Traditionelle Fremdvergabe durch Werk-/Dienstvertrag..... | 17 |
| 3. Gemeinschaftsbetrieb und Fremdbetriebsführung..... | 19 |
| II. Wettbewerb der Einsatzformen unter Einbezug des Rechtsrisikos..... | 21 |
| 1. Geringe Klagfreude bei Personaldienstleistern..... | 21 |
| 2. Rechtslastenverschiebungen..... | 22 |
| a) CGZP-Entscheidung..... | 22 |
| b) Neufassung AÜG..... | 23 |
| c) Tarifzuständigkeitsrisiken..... | 25 |
| d) Kollektive Aktionen gegen die Zeitarbeit..... | 27 |
| 3. Modifizierte Attraktivität..... | 27 |
| III. Mischformen..... | 28 |
| IV. Auslandsflucht..... | 29 |
| V. Dynamische Marktentwicklung..... | 30 |
| Diskussion..... | 32 |

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit* (München 2012), S. 15-31

I. Zeitarbeit im institutionellen Wettbewerb zu anderen Fremdpersonaleinsatzformen

1. Anreize für Fremdpersonal statt Stammpersonal

Leitbild des deutschen Arbeitsrechts ist das Stamm- und Normalarbeitsverhältnis. Möglichst alle Mitarbeiter, die an der Wertschöpfung im Unternehmen teilhaben, sollen von diesem Unternehmen selbst beschäftigt werden. Für die Industriefertigung allerdings ist anerkannt, daß die Fertigungstiefe nicht 100 % betragen kann. Man nimmt selbstverständlich hin, daß in betriebswirtschaftlicher Logik die Schraube oder der Schalter nicht in Deutschland gefertigt wird, sondern dort, wo es viel billiger ist. Ebenso werden auch Zwischenprodukte nicht im Unternehmen gefertigt, sondern anderswo und nur der Einbau findet im Unternehmen selber statt. Wenn Sie bedenken, daß Porsche eine Fertigungstiefe von unter 30 % hat, dann wird die Dimension deutlich.

Das Arbeitsleben verzeichnet mittlerweile einen ähnlichen Trend bei menschlichen Dienstleistungen. Es gibt eine ganze Reihe von rechtlich unterschiedlichen Organisationsformen, die sich darauf konzentrieren, daß Mitarbeiter anderer Unternehmen an der Wertschöpfung im Stamm- oder Einsatzbetrieb mitwirken. Der Anreiz hierzu wurde in der Vergangenheit zuerst von den Wettbewerbsbedingungen auf dem Arbeitsmarkt gesetzt. Hohe Branchenlöhne im Einsatzbetrieb und das Prinzip der undifferenzierten Lohnfindung machen die Fremdvergabe interessant¹. Daß der Koch in der Chemie- oder Metallkantine, obwohl er vergleichbare Arbeit leistet, mehr verdient als ein Koch in einem Gastronomiebetrieb, ist zwar einerseits nachvollziehbar, da der Koch an der Produktivität des Metall- oder Chemiebetriebs teilhaben soll, aber andererseits auch ökonomisch unverständlich, weil nicht ersichtlich, warum hier für dieselbe Arbeit entgegen einer verbreiteten Parole doch ganz unterschiedliche Entgelte gezahlt werden. Hohe Lohnsätze für Hilfs- und Nebentätigkeiten implizieren folglich einen massiven Anreiz, den Koch nicht mehr nach Metalltarifen, sondern nach Gastronomietarifen zu beschäftigen – bei einem selbständigen Kantinenbetreiber. Hinzukommt ein besonders hohes arbeitsrechtliches Schutzniveau. Dieses schafft hohe Nebenkosten, die von der Mitbestimmung über den Arbeitsschutz bis hin zum Kündigungsschutz reichen. Eingeschlossen sind dabei all die Schwellenwerte, die in größeren Unternehmen höhere Kosten verursachen als im kleineren, auch wenn man den Skaleneffekt – den ökonomischen Vorteil größerer Einheiten – einrechnet. Gerade der Kündigungsschutz macht es schwer, schwankendem Personalbedarf durch Personalanpassung Rechnung zu tragen. Umgekehrt kann

1 So auch *Henssler*, Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe, NZA 1994, 294.

dem Fremdunternehmen ohne jeden Kündigungsschutz gekündigt oder der Auftragsumfang reduziert werden. Hinzukommen emotional besetzte arbeitsrechtliche Schwellenwerte – vor allem der zweitausender Wert für die Mitbestimmung. Dieser schafft einen Anreiz für Unternehmen mit 1.950 Beschäftigten, einen etwaigen Personalaufbau, den man für die Wertschöpfung braucht, nicht mit eigenem Personal vorzunehmen, weil man nur ungern paritätisch mitbestimmt sein möchte.

Solche externen Faktoren sorgen gemeinsam mit ökonomischen Anreizen dafür, daß es einen eigenen Markt für Fremdpersonaldienstleistungen gibt. Das mag man beklagen, doch dann müßte man das Gefälle der Arbeitsbedingungen als Ursachen angehen. Solange es dieses Gefälle gibt, bleibt der Fremdpersonaleinsatz interessant.

Als die Zeitarbeit durchreguliert und deshalb nur mäßig attraktiv war, spielte sie in der Bundesrepublik Deutschland keine große Rolle. Schon damals gab es intelligente alternative Fremdpersonaleinsatzformen. Der Einzelhandel hat schon vor 30 Jahren begonnen, aus seiner Sicht unterwertige Tätigkeiten mit Fremdpersonal auf der Basis von Dienst- und Werkverträgen zu vollziehen. Das fängt an mit dem Reinigen des Ladenlokals und geht bis hin zum Regaleinräumen als Werkvertrag. Der Einzelhandel hat an diesem Werkvertragskonzept auch nach der Deregulierung der Zeitarbeit konsequent festgehalten. Ebenso gibt es auch bereits Einheiten, die den Kassenbetrieb im Einzelhandel als Fremddienstleistung anbieten. Moderne Scannerkassen verlangen dem Arbeitnehmer keine große Intelligenz, sondern nur noch einen halbwegs starken Arm ab.

Die Reformdiskussion des AÜG² konzentrierte sich auf empfundene Mißbräuche der Zeitarbeit und hat zu einer gewissen Reregulierung geführt. Dabei hat sich der Blickwinkel auf die Alternative Stammkräfte oder Zeitarbeit reduziert. Politik und Gewerkschaften glaubten, daß eine Beschneidung der Zeitarbeit automatisch den Stammebelegschaften zugutekäme. Andere Möglichkeiten werden von den Akteuren kaum wahrgenommen. Jetzt, nachdem die Zeitarbeit mit dem neuen AÜG etwas rereguliert wird, ist es logisch, daß der Markt wieder fragt: „Welche Möglichkeiten gibt es außerdem?“ Dementsprechend möchte ich Ihnen folgend kurz die unterschiedlichen Varianten vorstellen.

2. Traditionelle Fremdvergabe durch Werk-/Dienstvertrag

Werk- und Dienstverträge sind als Alternative zur Zeitarbeit verhältnismäßig klar zu fassen. Es geht um eine ganz konkrete, entweder erfolgs-

² Hamann, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70 ff.; Heuchemer/Schielke, Herausforderungen für die Zeitarbeitsbranche, BB 2011, 758 ff.

oder tätigkeitsbezogene Pflicht des Fremdunternehmers – die Abgrenzung zur Zeitarbeit im einzelnen wird Frau *Oberthür* dartun (in diesem Band S. 28 ff.). Klassischer Einsatzfall, der rechtliche Probleme in anderen Bereichen schafft, ist der Hotelservice, bei dem ganze Hotelbetriebseinheiten, vom Zimmerservice bis in die Hotelküchen, fremd vergeben werden. Das Zimmermädchen im Bayerischen Hof ist keine Arbeitnehmerin des Bayerischen Hofes, sie gehört einer Hotelservicegesellschaft an und diese wiederum putzt, reinigt und bezieht Betten auf Dienst- oder Werkvertragsbasis³.

Es gibt aber auch eine ganze Reihe *technischer Unternehmensdienstleistungen*, die Arbeitsrechtler bislang nicht in den Blick genommen haben. Der für den ausgefallenen ersten Vortrag vorgesehene Referent ist ein solcher technischer Industriedienstleister. Es soll an dieser Stelle nicht sein Unternehmen vorgestellt werden, aber zumindest ein Eindruck vermittelt werden. Das fängt an mit von Berufsgenossenschaften vorgeschriebenen Inspektionen (BGV D 36) etwa von Leitern: Das Einsatzunternehmen prüft seine Leitern nicht mehr selbst, sondern beauftragt den Industriedienstleister, alle Leitern im Unternehmen, die nach einem gewissen berufsgenossenschaftlichen Rhythmus überprüft werden müssen, zu inspizieren und zu reparieren. Das kann er besser und schneller, weil er mit diesen Kräften ausschließlich Leitern inspiziert und auf diese Weise einen Spezialisierungseffekt nutzt. Das setzt sich in der Maschinenwartung fort: Die Großindustrie hat hierfür eigene Instandhalter, die auch in den Vergütungsgruppen der Tarifverträge zu finden sind. Kleine und mittlere Unternehmen hingegen können sich vielfach dieses besondere technische *Know-How* für die Maschinenpflege und -wartung nicht leisten. Außerdem ist es wie beim Arzt: Wer nur drei Kniegelenke im Jahr implantiert, ist eben nicht so gut wie derjenige, der 200 Kniegelenke im Jahr operiert. Die Leistungsqualität kann durch Fremdvergabe gesteigert werden. Wenn Sie sich das vorstellen: eine hochkomplexe Maschine am Band, die auseinandergebaut, gereinigt, gewartet und wieder zusammengesetzt werden muß, so daß der Produktionsprozeß nicht nennenswert aufgehalten wird. Das kann ein Instandhalter in einem mittelständischen Unternehmen womöglich schlechter als eine professionelle Mannschaft eines Fremddienstleisters, die diesen Maschinentyp in 17 oder 50 verschiedenen Unternehmen auseinandernimmt, wartet, reinigt, wieder zusammensetzt und in Betrieb nimmt. Sie arbeiten in der Regel auch schneller.

Hinzukommen besondere technische Leistungen wie das Fluid-Management. Viele Maschinen arbeiten mit Flüssigkeiten: Kühlstoffe, Schmier-

3 Dazu AG München 30.12.2010 – 1112 Owi 298 Js 35029/10, BB 2011, 2494-2495 mit Anmerkung *Rieble*; weiter zu Fragen der Hoteldienstleister *Rieble*, Mindestlohnflucht durch Zeitarbeit, DB 2011, 356.

stoffe. Diese Stoffe sind hoch empfindlich; sie nehmen Wasser, Öle, anderes auf, sie müssen gereinigt werden, sie müssen oft besondere Hygieneanforderungen erfüllen – sei es in der Reinraum-Produktion, sei es in der Lebensmittelproduktion. Ganz typischerweise ist es so, daß der Kekshersteller dies für das Fluid-Management der Maschinen gar nicht mehr selbst kann. Denn für Lebensmittelproduktionsanlagen in Brauereien, Bäckereien, Schlachtereien, Milchverarbeitung sind besondere lebensmittelrechtliche Vorschriften zu beachten. Sie wollen auch keinen Leibniz-Keks mit einem Tropfen Maschinenöl essen.

Jene hoch spezialisierten Dienstleistungen haben wir als Arbeitsrechtler noch nicht zur Kenntnis genommen. Neben der personalwirtschaftlichen Fremdpersonaleinsatzlogik steht eine spezielle Effizienzlogik, die die Fremdvergabe betriebswirtschaftlich sinnvoll macht: schneller, besser, billiger! Die neudeutsch *facility management* genannte Betriebsgebäudebewirtschaftung belegt, daß Dienstleister mit einem umfassenden Aufgabenbereich effizienter wirtschaften als der Auftraggeber mit eigenen Leuten. *Equal Pay* gilt für solche Fremdpersonaldienstleistungen, die keine Arbeitnehmerüberlassung sind, nicht. Auch keine gewerberechtliche Sonderüberwachung. Auf der anderen Seite kann der Einsatzbetrieb unangenehm auffallende Mitarbeiter des Dienstleisters ihrerseits vom Betrieb verbannen. Das mindert gewisse Erscheinungsformen modernen Selbstbewußtseins, etwa den rüden Umgang mit Kunden oder anderen Mitarbeitern. Und selbstverständlich zählen die Arbeitnehmer des Dienstleisters für rechtliche Schwellenwerte nicht mit. Und der Betriebsrat des Einsatzbetriebs hat – wie Martin *Franzen* noch zeigen wird (in diesem Band, S. 85 ff.) – wenige Mitspracherechte.

3. Gemeinschaftsbetrieb und Fremdbetriebsführung

Daneben stehen zwei Erscheinungsformen, die immer wieder experimentell genutzt werden, die aber von den meisten Arbeitsrechtlern noch nicht in das Alternativendenken einbezogen werden:

Das eine ist der Gemeinschaftsbetrieb, der inzwischen ganz bewußt zur Fremdpersonalsteuerung genutzt wird, weil ich dort nämlich etwas tun kann, was ich beim Dienstvertrag nicht tun kann: Ich kann einen gemeinsamen steuernden Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn errichten und die Individualarbeitsvertragsbindungen zum jeweiligen Vertragsarbeitgeber bleiben dennoch erhalten. Das gibt es in komplexen Kaufhäusern mit *Shop in the Shop*-System.

Unterschiedliche Vertragsarbeitgeber mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen werden gezielt in einer einheitlichen Arbeitsorganisation genutzt. Die einen haben einen Tarifvertrag, die anderen haben einen anderen Tarifvertrag und die dritten haben gar keinen. Das löst Folgeprobleme aus,

ob etwa eine gemeinschaftliche Steuerung in Arbeitseinsatz und Arbeitszeit auch notwendig einen Gemeinschaftsbetrieb im kündigungrechtlichen Sinn bedeutet, der dann zur unternehmensübergreifenden Sozialauswahl führt⁴.

Ein Letztes will ich noch erwähnen, das ist relativ neu und doch auch wieder alt: Das ist der Betriebsführungsvertrag⁵, der neuerdings sogar als Abteilungsführungsvertrag daherkommt. Dort wird das Personalmanagement fremd vergeben, das heißt, die Arbeitnehmer bleiben dieselben, aber die arbeitsorganisatorische Steuerung einer Teilbelegschaft oder auch einer ganzen Belegschaft wird fremd vergeben. Das gibt es einerseits immer schon – zum Beispiel bei Hotels wie dem Interconti auf dem Obersalzberg, das der Freistaat Bayern als Hotelier gebaut hat, damit die Nazis keine Sonnenwendfeiern veranstalten können. Dieses Hotel gehört dem Freistaat Bayern und dieser ist auch der Unternehmer, denn er trägt die Verluste. Aber betrieben wird das Hotel von Interconti und zwar im Rahmen eines ganz klassischen Geschäftsbesorgungsvertrags nach § 675 BGB, also auf Kosten und Rechnung des Hoteliers, hier des Freistaats Bayern.

Da gibt es eine ganze Reihe vertragsrechtlicher Probleme. Mit Blick auf unser Tagungshotel ist die Holiday Inn-Entscheidung des BGH zu erwähnen, der schon 1981 die Grenzen des Zugriffs auf die Fremdunternehmerfreiheit durch Betriebsführungsverträge aufgezeigt hat⁶. In den 1970er Jahren gab es viele Betriebsführungsverträge im Rahmen der steuerrechtlich induzierten Aufspaltung von Betriebs- und Besitzgesellschaften. Steuerrechtlich ist das nicht mehr interessant. Inzwischen wird der Betriebsführungsvertrag vielfach benutzt zur Mitbestimmungsvermeidung⁷. Das ist ein relativ effektives Instrument, weil rechtlich selbständige Unternehmen, die nicht konzerniert sind oder nur im Gleichordnungskonzern, der mitbestimmungsrechtlich nicht zählt, durch Verlagerung von Belegschaften und Teilbelegschaften die Zweitausender-Schwelle unterschreiten können. Evonik strukturiert sich gerade um und macht dies in erheblichem Umfang mit Betriebsführungsverträgen.

Der Betriebsführungsvertrag hat einen weiteren durchschlagenden Vorteil: Handelt der Betriebsführer in eigenem und nicht in fremdem Namen, wird er zum Vertragsarbeitgeber. Für die bisherigen Arbeitnehmer bedeu-

4 Dazu *Rieble/Gistel*, Konzernpersonaldienstleister und Gemeinschaftsbetrieb NZA 2005, 244 f.

5 *Rieble*, Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument, NZA 2010, 1145; zur steuerrechtlichen Seite *Winter/Theisen*, Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, AG 2011, 662.

6 BGH vom 5.10. 1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 (Holiday Inn).

7 *Rieble*, NZA 2010, 1145, 1148.

tet das einen Betriebsübergang nach § 613a BGB⁸. Die Arbeitnehmer mögen widersprechen, riskieren aber die betriebsbedingte Kündigung. Dieser durch „unechte“ Betriebsführungsverträge geschaffene Arbeitgeber ist vor allem für weitere Restrukturierungsmaßnahmen „optimiert“ – weil kein Vermögen und keine Betriebsmittel an ihm hängen, gibt es künftig weniger steuer- und haftungsrechtliche Probleme. Weil und wenn sich der Betriebsführer nach seinem Geschäftsbesorgungsvertrag auf die personalwirtschaftliche Seite beschränkt, werden Strukturmaßnahmen auch nicht durch Verträge mit Lieferanten und deren Umstellung behindert.

Die Trennung von Arbeitsverhältnis und Arbeitsorganisation einerseits und Vermögen andererseits kann viele wirtschaftsrechtliche, haftungsrechtliche und sonstige Fallstricke vermeiden.

Bislang gar nicht beleuchtet sind Mischformen zwischen verschiedenen Fremdpersonaleinsatzformen. Insbesondere Betriebsführung und Gemeinschaftsbetrieb lassen sich effektiv kombinieren.

II. Wettbewerb der Einsatzformen unter Einbezug des Rechtsrisikos

Das sind die unterschiedlichen Modelle. Die Vor- und die Nachteile im einzelnen darzustellen, wäre Programm für eine eigene Veranstaltung. Ich möchte nur zeigen, daß dieses Alternativdenken – Zeitarbeit, Stamarbeit und vielleicht noch Werk-/Dienstvertrag – ein bißchen zu kurz gesprungen ist und weitere Möglichkeiten außer Betracht läßt. Personaldienstleister sind Unternehmer. Unternehmer sind findig; sie müssen es sein, weil sie sonst untergehen. Ich bin auch sicher, daß wir in den nächsten zehn Jahren weitere Formen des Personaleinsatzes kennenlernen als diejenigen, die sich auch teilweise mehr oder minder zufällig etabliert haben. Nachgerade erheiternd wirkt es, daß der aus steuerrechtlichen Gestaltungswünschen geborene Betriebsführungsvertrag jetzt zum Instrument zur Milderung arbeitsrechtlicher Lasten wirkt.

1. Geringe Klagfreude bei Personaldienstleistern

Eine Besonderheit verdient es, besonders erwähnt zu werden: Arbeitsrechtlasten wirken bei Personaldienstleistern weniger intensiv: Je aufgesplitteter die Vertragsarbeitgeberstellungen sind, desto geringer ist die Neigung der Arbeitnehmer, Rechte bis zum Anschlag wahrzunehmen. Als auch die Zeitarbeit im Zuge der Wirtschaftskrise viele Menschen entlassen mußte, haben viele Arbeitsrechtler – auch ich – gedacht: „Wie soll das eigentlich gehen, wenn Randstad oder Adecco mit einer zentralen Personaleinsatzsteuerung eine Sozialauswahl machen soll?“. Eine bundesweite

8 Rieble, NZA 2010, 1145, 1147.

Personalauswahl unter Arbeitnehmern, die wegen ihrer umfassenden Einsetzbarkeit fast immer vergleichbar sind? Das war ein typisches akademisches Scheinproblem. Warum? Die Arbeitnehmer haben nicht geklagt. Hätten sie geklagt und verloren, wären sie nicht wieder eingestellt worden. Sie haben sich gedacht, dann schlucke ich lieber die Kündigung und werde später wieder eingestellt, und das ist für mich allemal besser.

Alle rechtliche Komplexität, die der Jurist aufbieten kann, scheidet gegebenenfalls daran, daß Rechtsschutz nicht in Anspruch genommen wird. Das ist im Stamarbeitsverhältnis ganz anders. Wenn ich in einem Normalarbeitsverhältnis stehe, die Gewerkschaft neben mir, der Betriebsrat hinter mir, dann gibt es einen massiveren Anreiz, den Rechtsstaat auch einmal in seiner ganzen Fruchtigkeit auszukosten. Auch das ist ein Wettbewerbsvorteil für Fremdpersonaldienstleister, weil Streitkosten und Zeitverluste geringer ausfallen.

2. Rechtslastenverschiebungen

a) CGZP-Entscheidung

In diesem Wettbewerb der unterschiedlichen Regulierungssysteme für Fremdpersonaleinsatz gibt es nun deutliche Verschiebungen, und zwar induziert durch die Rechtsverschärfung in der Zeitarbeit. An erster Stelle ist nicht so sehr das neue AÜG zu nennen, sondern die CGZP-Entscheidung des BAG⁹, die letztlich den Tarifunterbietungswettbewerb in der Zeitarbeit für die Zukunft weitgehend beendet hat. Wettbewerb ist dynamisch und zukunftsbezogen. Allenfalls können nachlaufende, nacheilende Lasten den einen oder anderen Unternehmer in *Schumpeter'scher* Weise vom Markt fegen.

Die vom BAG verordnete Alleinstellung der DGB-Tarifgemeinschaft wird zwar durch einen neuen CGZP-Tarifvertrag in Frage gestellt – bei dem die Einzelgewerkschaften des CGB ihrerseits als tarifrechtsrisikoärmere Tarifgemeinschaft beteiligt sind, also CGM, DHV, BIGD, ALEB, medsonet¹⁰. Die Tariffähigkeit ist nur für CGM und DHV problemlos zu bejahen; die anderen Gewerkschaften sind nicht anerkannt, insbesondere medsonet hat schon die erste noch nicht rechtskräftige Entscheidung über die eigene Tariffähigkeit gefangen¹¹. CGM und DHV allein machen schon wegen ihrer beschränkten Tarifzuständigkeit keinen Zeitarbeitsstarifsommer. Für Zeitarbeitsunternehmen, die nicht eindeutig der Tarifzuständigkeit dieser

9 BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10, AiB 2011, 330 ff.; dazu *Giesen*, Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, 2011.

10 www.amp-info.de/AMP-Tarifvertraege.166.0.html [22.10. 2011].

11 ArbG Hamburg 17.5. 2011 – 1 BV 5/10, juris, nicht rechtskräftig.

Gewerkschaften zuzuordnen sind, bedeutet das ein erhebliches Rechtsrisiko.

Ob es zu deutlichen Mehrbelastungen in der Zeitarbeit kommt, muß man sehen; insofern hängt viel auch an der neuen Lohnuntergrenze des § 3a AÜG, die immer noch nicht tarifiert ist.

Es ist auch noch keineswegs ausgemacht, ob Zeitarbeitstarifverträge wirklich auch in ihrer *Equal Pay*-Abbedingenswirkung nachwirken¹². Und jedesmal, wenn der Tarifvertrag endet, dann würde *Equal Pay* wieder angeknüpft, so daß man immer wieder eine neue tarifrechtliche Stunde Null hat. Das würde die Zeitarbeit ziemlich unattraktiv machen, weil die Frage, ob ein Anschlußtarifvertrag mit DGB-Gewerkschaften zustande kommt oder nicht, von dem einzelnen Zeitarbeitsunternehmen nicht in verlässlicher Weise planbar, prognostizierbar ist und damit zur Grundlage seines unternehmerischen Handelns gemacht werden kann. Insofern zeigt sich ein Bumerangeffekt: Mehr Macht für die Gewerkschaften heißt unattraktiveres Modell für die Unternehmen und induziert einen Anreiz für andere Formen des Fremdpersonaleinsatzes.

b) Neufassung AÜG

Hinzukommt die Neufassung des AÜG, die – mit Verlaub – nicht der Glanzpunkt jüngster arbeitsrechtlicher Kodifikationsmeisterschaft ist, um es einmal vorsichtig auszudrücken. Das Gesetz ist noch schlechter als das alte AÜG: Es setzt die Richtlinien nicht vollständig um, es hängt immer noch einer gewerberechtlichen Programmatik nach statt einer arbeitnehmerschutzrechtlichen¹³. Ich will nur auf ein paar Probleme hinweisen: Erstens stellt die Richtlinie nunmehr auf wirtschaftliche Tätigkeit ab. Der Gesetzgeber macht das auch, sagt uns aber nicht, was das eigentlich ist. Wir haben bislang die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung als tradiertes Leitbild deutscher Gewerberechtbegriffe, an dem die Welt genesen sollte. Jetzt kommt die EU und sagt: „Gewerberecht interessiert mich nicht.“ Wirtschaftliche Tätigkeit ist ein europäischer Begriff, das heißt, viele deutsche Arbeitsgerichte dürfen den EuGH mit der spannenden Frage behelligen, was denn nun eigentlich die wirtschaftliche Tätigkeit ist. Wenn man in das EG-Kartellrecht und in das EG-Steuerrecht schaut, ist es relativ klar, das ist das Auftreten am Markt. Auf Gewinner-

12 Verneinend *Bayreuther*, Ausschluss- und Verjährungsfristen im Umfeld der CGZP-Tarifverträge, DB 2011, 2267 ff.

13 *Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 4 (2011), 474, 476 f.; *Düwell*, Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, DB 2011, 1520, 1522; *Leuchten*, Das neue Recht der Leiharbeit – Die wesentlichen Neuerungen im AÜG, NZA 2011, 608 ff.

zielungsabsicht kommt es nicht an¹⁴. Das bewirkt eine deutliche Verschiebung.

Die moderne Dienstleistungsgewerkschaft ver.di ist nach ihrer Satzung bis heute immer noch nur für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung tarifzuständig. Die Zuständigkeitsklausel unter 1.2.4 des Organisationskatalogs lautet:

„Dies erfasst auch Unternehmen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, sofern diese nicht ausschließlich oder ganz überwiegend für Betriebe Leistungen anbieten, für die eine andere DGB-Gewerkschaft nach ihrer im DGB-Bundesvorstand beziehungsweise im DGB-Bundesausschuss abgestimmten Satzung organisationszuständig ist. Die Zuständigkeit erstreckt sich außerdem auf Arbeitnehmer/innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der ver.di erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind.“¹⁵

Doch verlangt das neue AÜG alsbald eine andere Tarifzuständigkeit, wenn ver.di wirklich die ganze Arbeitnehmerüberlassung tarifieren können möchte.

Das AÜG ist in vielen Einzelpunkten nicht sauber kodifiziert. Wir wissen nicht genau, für welche Formen der Arbeitnehmerüberlassung es eigentlich ganz genau gilt und für welche Formen eigentlich nicht. In dem klassischen Kernbereich ist das unstrittig. Die sowohl gewerbsmäßige als auch wirtschaftliche Tätigkeit ist sicher enthalten, aber an den Rändern sieht es anders aus. So dürfte zum Beispiel bei karitativen Einrichtungen – es gibt im Großraum München Kommunen, die auch in Zusammenarbeit mit Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen Langzeitarbeitslose irgendwie wieder in Lohn und Brot bringen wollen, ohne jede Gewinnerzielungsabsicht, aber leider doch am Markt – deren sozialpolitisches Geschäftsmodell demnächst beendet sein, weil der Gesetzgeber von den schmalen Ausnahmemöglichkeiten, die die Richtlinie vorgibt, keinen Gebrauch gemacht hat. Das kann man gut finden, das kann man schlecht finden. Ich beschreibe es hier nur.

Es bleibt weiter das erhebliche Risiko, daß das AÜG in seiner neuen und dann noch neueren Fassung teilweise richtlinienwidrig ist, woraus das Standardproblem folgt, ob die Richtlinie quasi-unmittelbar wirkt, mithin der Rechtsboden, auf dem Zeitarbeit stattfindet, überhaupt nicht bestellt ist, weil niemand verlässlich sagen kann, welches Recht nun gilt. Wenn das Arbeitsgericht in Bad Kaff dem EuGH eine Vorlagefrage unterbreitet, die

14 *Schüren/Wank*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1 ff.

15 www.verdi.de/ueber-uns/bundeskongress/downloads/++co++502742c6-0b91-11e1-5821-0019b9e321cd/ver.di-Satzung-Stand-September-2011.pdf (18.11. 2011).

halbsuggestiv formuliert ist, dann können wunderbare Überraschungen und die Rechtsfindung aleatorisch gestalten. Das macht denjenigen, die die wirtschaftlichen Folgen nicht tragen müssen, mehr Spaß, den anderen weniger. Es macht vor allem die Zeitarbeit unattraktiver, weil den Unternehmen der Planungshorizont fehlt.

c) Tarifzuständigkeitsrisiken

Hinzukommt ein erhebliches Rechtsrisiko beim DGB-Tarifvertrag. Das hat das BAG in der CGZP-Entscheidung nur am Rande angedeutet¹⁶. Die Tariffähigkeit der DGB-Gewerkschaften in einer echten Tarifgemeinschaft wird das BAG nicht in Frage stellen, aber es hat klar gesagt – und das völlig zu Recht –, daß die Tarifzuständigkeiten nach den Satzungsregeln fragwürdig sind. Speziell für die Zeitarbeit gibt es einen DGB-internen Satzungsabstimmungsprozeß. Danach ist ver.di an sich allein zuständig, es sei denn, eine andere Gewerkschaft nimmt für sich eine branchenspezifische, auf die Stammbranche bezogene Tarifzuständigkeit in Anspruch. Ob solchermaßen eine Gewerkschaftssatzung dynamisch auf die andere verweisen kann, ist nicht diskutiert. Ich verneine dies. Jedenfalls aber kommt auch auf den DGB-BZA-Tarif eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu.

Ein zweites: Die anderen Gewerkschaften – zum Beispiel die IG Metall – beanspruchen für die Zeitarbeit eine doppelte Tarifzuständigkeit: einmal solche Betriebe, die ganz überwiegend in die Metallbranche überlassen. Damit werden die Betriebe traditionell als Ganzes von der Tarifzuständigkeit und damit auch von den Geltungsbereichen der Tarifverträge erfaßt. Daneben beansprucht die IG Metall aber auch eine Sonder-Tarifzuständigkeit für den einzelnen Leiharbeitnehmer, der im Metallbetrieb eingesetzt wird.

Die Satzungsbestimmung im Organisationskatalog lautet:

„Der Organisationsbereich der IG Metall gemäß § 1 Satz 4 und § 3 Ziffer 1 umfasst insbesondere die Betriebe folgender Wirtschaftszweige, Wirtschaftsgruppen und Branchen einschließlich der Arbeitnehmer/innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der IG Metall erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind,

sowie Verleihbetriebe, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die vom Organisationsbereich der IG Metall erfaßt werden.“¹⁷

Die neue einzelarbeitnehmerbezogene Tarifzuständigkeit hebt den organisationspolitischen Grundsatz „Ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ letztlich aus. Wenn ein einziger Koch in ein Metallunternehmen überlassen

16 BAG vom 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10 (Fn. 9), 289.

17 www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/internet/docs_ig_metall_xcms_137676__2.pdf (18.11. 2011).

wird, dann will die IG Metall auch für diesen Koch zuständig sein. Das heißt, die Gesamttarifzuständigkeit der DGB-Tarifgemeinschaft kann sich nur aus lauter Puzzlestücken zusammensetzen, von denen wir nicht wissen, wo sie sind, welche Formen sie haben und ob sie zueinander passen. Das ist ein hohes Rechtsrisiko. Hinzu kommt der Umstand, daß „ganz überwiegend“ einen zu unbestimmten Schwellenwert voraussetzt: 80 oder 90 %? Die Klausel ist insoweit unwirksam.

Da läßt sich boshaft sagen: All jene Zeitarbeitsunternehmen, die spöttisch auf die Konkurrenten mit CGZP-Tarifen geschaut haben, müssen sich jetzt selbst fragen, ob nicht die Anwender des DGB-Tarifs Rückstellungen bilden müssen. Wenn man das mit dem gleichen Maß an Vorsichtsprinzip wertet – und so muß es im Rechtsstaat sein, daß gleiches Recht für alle gilt – dann sehe ich ein erhebliches Problem. Deswegen wundert einen die Selbstgewißheit der DGB-Gewerkschaften, die gar nicht daran denken, ihre Satzungen so zu optimieren, daß jene Zeitarbeitstarifverträge, die sie selbst verantworten, rechtssicher anwendbar sind. Vielleicht kalkulieren sie – mit einem gewissen Recht – darauf, daß das BAG sich solche Rechtsgleichheit dann doch nicht traut, daß es weniger rechtlich als politisch entscheidet. Vielleicht müssen auch Einsatzbetriebe Rückstellungen bilden, was für sie die Zeitarbeit als Personaldienstleistung noch ein bißchen unattraktiver macht.

Man kann diesen Rechtsrisiken und dem dadurch bewirkten Attraktivitätsdefizit derzeit vor allem dadurch entgehen, daß Zeitarbeit nicht mehr eingesetzt wird, um Lohnkosten zu sparen, sondern „freiwillig“ die Entgeltgleichstellung praktiziert wird. Dann bin ich natürlich aus jenen Schwierigkeiten heraus. Es bleiben die Flexibilitätselemente: kein Kündigungsschutz, freie Rückgabe ungewollter Einsatzkräfte. Der Leiharbeitnehmer genießt hinsichtlich des Einsatzbetriebs keinen Willkürschutz und keinen Beschäftigungsanspruch. So kann auch das Zeitarbeitsunternehmen Arbeitnehmer, gerade wenn es *Equal Pay* anwendet, disziplinieren. Wenn ich jemanden habe, den ich in einem Hochlohnbetrieb einsetze und er ist unbequem, und ich sage: „Dann setze ich Dich jetzt in einem Niedriglohnbetrieb ein“ und dabei mache ich nur das, was der Gesetzgeber von mir verlangt, nämlich *Equal Pay*. Jeder solche Einsatzwechsel hat sofort eine Mindervergütung zur Folge. Damit erreichen Sie – anders als bei einem echten Zeitarbeitstarifvertrag, der Arbeitnehmern auch an unterschiedlichen Einsatzorten dieselbe Vergütung und damit einen sicheren Lebensunterhalt gewährleistet – eine massive Verunsicherung der Arbeitnehmer, die Verhaltensfolgen hat, die wir vielleicht gar nicht so gern haben möchten.

d) Kollektive Aktionen gegen die Zeitarbeit

Neben den Risiken aus dem staatlichen Recht steht der Kampf der Gewerkschaften und der Betriebsräte in den Einsatzbetrieben, Zeitarbeit nicht zu groß werden zu lassen. Für Gewerkschaften ist Zeitarbeit organisationspolitisch eine Katastrophe. Zeitarbeiter haben einen Organisationsgrad von 2 bis 3 %, bei einem großen Automobilbauer bekommen Sie zwar nicht überall die sozialistischen 97 % von Volkswagen hin, aber der Organisationsgrad in der Großindustrie liegt über 30%¹⁸. 1.000 Arbeitnehmer in der Zeitarbeit heißt eben dann 30 Gewerkschaftsmitglieder und Vollbeitragszahler und 1.000 Stammarbeitsplätze heißt 370 Gewerkschaftsmitglieder-Vollbeitragszahler. Deswegen haben die Gewerkschaften ein verständliches ökonomisches Interesse an der Verhinderung von Zeitarbeit. Daraus resultieren dann die bekannten Begrenzungsversuche mit Quoten und Übernahmeansprüchen. Solche Strategien sollen den Wettbewerb der Zeitarbeit gegen die Stammebelegschaften beschränken. Im Ausgangspunkt ist das legitim – ob es tarifrechtlich legal ist, ist eine andere Frage. Darauf kommt es aber nicht an, wenn Gewerkschaft und Einsatzbetrieb einen unwirksamen Tarifvertrag einvernehmlich praktizieren und es keine dritte Stelle gibt, die sagt: „Moment, das geht aber nicht.“

Daneben stehen die bekannten Initiativen der Betriebsräte, vor allem in den Verfahren nach § 99 BetrVG zur Einstellungsmitbestimmung, nebst der Frage, ob nicht die Beschäftigungsmöglichkeit eines Schwerbehinderten mit der Arbeitsagentur abzuklären ist. Eine Reihe von Schikane- oder Interventionsmöglichkeiten schafft eine Sonderlast der Zeitarbeit, die andere Formen des Fremdpersonaleinsatzes nicht aufweisen. *Martin Franzen* wird uns heute noch eingehend darüber aufklären, wie (wenig) weit die Rechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb reichen, in Ansehung der Fremdfirmenkräfte, die über Dienst- und Werkverträge kommen (in diesem Band S. 85 ff.).

3. Modifizierte Attraktivität

Wir haben also erstens fünf verschiedene und konkurrierende Personaleinsatzformen – Stammarbeit, Zeitarbeit, Dienst- und Werkverträge, Gemeinschaftsbetrieb-, Betriebsführungsvertrag. Wir konstatieren zweitens eine Lastenverschiebung gegen die Zeitarbeit. Was Zeitarbeit unattraktiver macht, macht ihre Systemkonkurrenten attraktiver. Wir stellen drittens eine Veränderung in den tatsächlichen Verhältnissen der Industrie fest. Früher wurden Fremdfirmenkräfte vor allem aus Tariffuchtgründen, Arbeitsrechtsfluchtgründen und Kostenersparnisgründen eingesetzt – Kantine, Wartungsarbeiten etc. –, um Hilfstätigkeiten aus dem Wert-

18 http://www.wigeo.uni-koeln.de/fileadmin/wiso_fak/wigeo/pdf/working_paper/WP_2008-02.pdf (21.11. 2011).

schöpfungsrahmen des Metall- oder Chemiefächentarifvertrags herauszunehmen. Diese Entwicklung haben die Unternehmen hinter sich. Neu ist dagegen der unternehmerische Zweckgedanke, der genuine betriebswirtschaftliche Vorteile der Industriedienstleistung nutzen will. Die Spezialisierung der Fremddienstleister bringt einen klaren Effizienzvorteil bei der Wartung und Instandhaltung, aber auch bei durchregulierten Tätigkeiten wie unfallversicherungsrechtlich vorgeschriebenen Inspektionen und schließlich dort, wo ein spezifisches *Know-How* vorzuhalten ist, wie etwa im Umgang mit Betriebsstoffen. Gerade bei der Maschinenwartung und -instandhaltung kann ein Dienstleister wegen seiner Spezialisierung und seinen höheren „Fallzahlen“ und dem damit gewonnenen Erfahrungsvorsprung schneller, besser und auch preiswerter sein als eigenes Personal und auch als Leiharbeitnehmer. Und wenn der Dienstleister „auf Abruf“ insbesondere bei einem Störfall schnell reagieren kann, dann verliert die im Unternehmen vorgehaltene Einsatzreserve ihren Verfügbarkeitsvorteil.

Moderne Wertschöpfungsprozesse werden stärker nach Kern- und Begleitkompetenzen gegliedert. Die berufsgenossenschaftlich vorgeschriebene Leiterinspektion ist für den Automobilhersteller kein Kerngeschäft. Warum soll er das selbst machen?

III. Mischformen

Die Marktentwicklung für Personaldienstleistungen ist nur auf den ersten Blick erstaunlich: Zeitarbeitsanbieter sehen sich zunehmend genötigt, neben der Zeitarbeit auch die Industriedienstleistung anzubieten, weil diese nachgefragt wird. Umgekehrt ist es so, daß klassische Industriedienstleister immer schon eine gewisse Zeitarbeitsnachfrage bedient haben. Der Kunde, der besondere Wünsche hat, wird nicht zurückgewiesen, sondern bedient. Typisch ist etwa der Dienstleister, der als Nebengeschäft 10 % Zeitarbeit bedient – und das nicht nur mit besonderen Leihkräften, sondern durchaus mit Wechselbeschäftigung der eigenen Stammkräfte, die dann für einen bestimmten Zeitraum verliehen werden.

Ob das so glücklich ist, in einem Unternehmen beide Tätigkeiten zu vereinigen und dann womöglich dieselben Personen zeitweise einmal für die eigene Dienstleistungstätigkeit und einmal in der Arbeitnehmerüberlassung einzusetzen, bleibt abzuwarten. Das wirft Folgeprobleme auf mit Blick auf den Geltungsanspruch des Tarifvertrags, der durch den Geltungsbereich definiert wird. Können Zeitarbeitstarifverträge dann auch für Industriedienstleister gelten? Das ist rechtlich noch nicht durchgemessen. Und wie soll der „Wechselarbeitnehmer“ behandelt werden, der grundsätzlich im Dienstleistungsbereich arbeitet, dann aber für drei Monate überlassen wird? Genießt er für diese drei Monate Entgeltgleichstellung? Und können Zeitarbeitstarife hiervon befreien oder gerade nicht,

weil der Betrieb oder der Arbeitnehmer nicht in den Geltungsbereich des Zeitarbeitstarifs fallen?

Eine andere Mischform ist die mehrstufige Kombination: Der Fremdunternehmer erhält über den Dienst- oder Werkvertrag die Verantwortung für einen größeren Bereich (Moduldienstleister) und muß dort auch den Schwankungsbedarf bewältigen, indem er seinerseits Zeitarbeit einsetzt. Im Einsatzbetrieb arbeiten dann Zeitarbeiter, aber sie sind nicht an den Stammbetrieb überlassen, sondern an den zwischengeschalteten Werkunternehmer. Das ist dann eine klassische Umgehungsstrategie – und dann kann man auch über Durchgriffsmomente nachdenken –, wenn der Werkunternehmer praktisch außer dem Vorarbeiter niemanden beschäftigt. Da wird es Arbeitsgerichte geben, die sagen: „Man kann doch *Equal Pay* nicht dadurch aushebeln, daß man nur einen Vorarbeiter und eine juristische Person zwischenschaltet.“ Darüber läßt sich streiten.

Sobald es aber so ist, daß der Werkunternehmer eine eigene Kernmannschaft hat und seinen eigenen schwankenden Personaleinsatzbedarf durch Leihkräfte aufstockt, dann gilt Entgeltgleichstellung zu dem niedrigen Lohnsatz des Werkunternehmens. Dann hat dieser Werkunternehmer gerade gegenüber dem Zeitarbeitgeber, der an das Stammwerk direkt überläßt, einen Wettbewerbsvorteil. Diese Taktik wird schon geübt, vielleicht etwas ungenau. Das ist eine erwartbare Marktreaktion: Wenn der Staat eine komplexe Möglichkeit zu regulieren versucht, werden ungehorsame Individuen etwas ganz anderes machen, als der Staat gern hätte. Der Staat kann nur nach- und gegensteuern, er kann nie proaktiv steuern; jede Form von Kommandowirtschaft hat sich durch Mißerfolg diskreditiert.

IV. Auslandsflucht

Schließlich ist zu bedenken, inwieweit Industriedienstleistungen unter veränderten Wettbewerbsbedingungen in das Ausland verlagert werden können. Das geschieht längst im Bereich von Informationstechnik, Datenverarbeitung oder Kundenberatung im Callcenter. Doch muß man weiter denken: Es gibt bei uns nur eine einzige nicht ortsgebundene Dienstleistung, die von einem Mindestlohntarifvertrag erfaßt wird: Die Wäschereien im Objektkundengeschäft, die bei Daimler, Porsche, Bosch die Arbeitskleidung waschen und flicken oder für Hotels die Handtücher, die Bettwäsche und dergleichen. Nun sind Handtücher und Arbeitskleidung beweglich und es gibt gar nicht so wenige Unternehmen, die sich darauf spezialisiert haben, die Wäsche relativ schnell nach Tschechien oder nach Polen zu schaffen, weil der deutsche Mindestlohn dies attraktiv macht. Transportkosten sind nicht hoch; wenn der Wäschebestand groß genug ist, fallen Transportzeiten auch nicht ins Gewicht. Die technische Entwicklung wird „Fernwartung“ von Maschinen ermöglichen, Roboter lassen sich von China aus programmieren.

Und selbst ortsgebundene Dienstleistungen wie die klassische Maschinenwartung lassen sich jedenfalls im grenznahen Inland auch vom Ausland aus betreiben. Nur deutsche Mindestlöhne und öffentliches Arbeitsschutzrecht können als Eingriffsnormen Grenzen setzen, wenn das Arbeitsverhältnis der aus dem Ausland entsandten Mitarbeiter nicht deutschem Arbeitsvertragsstatut unterfällt.

V. Dynamische Marktentwicklung

Nun gibt es Marktreaktionen, die der Gesetzgeber als Regulator in seine Erwägungen als Folgenabschätzung – einem Grundgebot anständiger Gesetzgebung – einbeziehen muß¹⁹. Unternehmen meiden teilweise die Zeitarbeit wegen der rechtlichen Risiken, wegen der *Equal Pay*-Risiken, wegen Insolvenzgefahr, wegen Beitragsnachforderungen. Andere wollen gezielt Niedriglöhne nutzen, was als „Lohndrückerei“ kritisiert wird. Erlaubtes Verhalten, mag man es auch anstößig finden, bleibt aber erlaubt. Es gibt in Deutschland keine Sittlichkeitsaufsicht über unternehmerisches Verhalten, und auch die Gewerbeaufsicht oder Fachaufsichten sind nicht dazu bestimmt, sozialpolitische Vorstellungen der Aufsichtsbehörde in Unternehmen zur Anwendung zu bringen.

Also muß der Rechtsetzer bedenken, wie gehe ich mit den aus Schutzgefallen folgenden Anreizen um; umgekehrt müssen Marktteilnehmer überlegen, mit welchen Reaktionen des Gesetzgebers ist in zwei, drei, vier, fünf Jahren zu rechnen? Das ist unproblematisch, wenn ich ein kurzfristiges Dreimonatshorizontgeschäftsmo­dell habe. Größere Unternehmen, die nachhaltig zu wirtschaften versuchen, müssen bedenken, daß Verdrängungsprozesse wieder das Pendel zurückschlagen lassen und daß der Gesetzgeber auf der nächsten Ebene der Antwortspirale mit einem Gegenmodell kommt. Da mag sich der Gesetzgeber genau überlegen: Wie reagiere ich auf das Angebotsverhalten der Personaldienstleister? Wie reagiere ich auf das Nachfrageverhalten der Industrieunternehmen? Was werden Gewerkschaften und Betriebsräte tun, wenn der große Trend beispielsweise in den Werkvertrag einsetzt? Wird dann die IG Metall versuchen, beim Einsatzbetrieb in die Auswahl der Werkunternehmen hineinzugehen? Das ist womöglich ein kartellrechtliches Problem, weil das Gütermarktverhalten der Unternehmen betroffen ist²⁰. Die Gewerkschaft schreibt den Unternehmen letztlich ein Auftragsvergabemodell vor. Man kann auch überlegen, ob die Gewerkschaft vielleicht zum Unternehmer wird, wenn sie unternehmerisches Verhalten intensiv lenkt und steuert. Das könnte im Hinblick auf die Gegnerfreiheit problematisch werden. Wer Alternativ-

19 Giesen (Fn. 9).

20 Dazu Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, erscheint demnächst.

modelle zur Zeitarbeit einsetzt, um die Lohnspreizung mit Niedriglöhnen weiterzutreiben, der verstärkt die Sogwirkung des allgemeinen Mindestlohns. Das ist in Deutschland ein Geschäftsmodell ohne Zukunft.

Eine zweite Möglichkeit, die ich noch nicht konkret sehe, aber die ich in den Möglichkeitsraum einstellen möchte, ist ein verstärkter Einfluß der Stammunternehmen und deren Arbeitnehmerinteressenvertretung – insbesondere auf die Auswahl der Fremddienstleister. Betriebsräte erlangen so eine Wettbewerbsbeschränkungsfunktion, die es aber in der Lebenswirklichkeit schon gibt. Es gibt Betriebsräte, die ein *Re-Insourcing* von Dienstleistungen durchsetzen. Es gibt Betriebsräte, die dem Arbeitgeber vorschreiben, welchen Versicherer er bei der Altersversorgung einschalten darf und welchen nicht. Manchmal fließt auch Geld vom Versicherer an den Betriebsrat und dann muß die Staatsanwaltschaft ermitteln.

Es gibt keine Reaktion ohne Gegenreaktion und wie jeder gute Schachspieler muß sich derjenige, der die eigenen Zugmöglichkeiten auf einem beschränkten Brett erkundet und auslotet, darauf einstellen, daß es in dem Fall nicht nur einen, sondern mehrere Gegenspieler gibt, die ihrerseits gute Züge haben. So haben etwa Betriebsräte in ihrem Kampf gegen Zeitarbeit nicht bedacht, daß sie bei Werkverträgen weniger Mitwirkungsrechte haben als bei der Zeitarbeit, so daß ihr Kampf gegen die Zeitarbeit letztlich zur eigenen Machtminderung führen kann.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, lieber *Volker*. Jetzt darf ich es ja sagen: Die beiden E-Mails mit den Absagen waren gefälscht. Wir wollten einmal wieder einen Vortrag von dem Kollegen hören. Herrn *Brönnner* geht es wunderbar, Herr *Kretschmer* weilt harmlos in München und weiß nicht, wie ihm geschieht.

Wir freuen uns über den Vortrag. Ich darf die Diskussion eröffnen. Bevor ich die Diskussion eröffne, möchte ich einen Hinweis geben. Jeder, der sich meldet, möge bitte seinen Namen deutlich sagen, weil die Diskussion aufgezeichnet und später dokumentiert wird. Sie können also das, was Sie gesagt und gefragt und beantwortet haben, nachlesen. Außerdem noch eine organisatorische Mitteilung: Wir haben die zwei Vorträge auf den Vormittag gelegt, dank der freundlichen Bereitschaft von Frau Kollegin *Oberthür*, so dass wir in die Mittagspause etwas später gehen werden, etwa um 12.45 Uhr vermute ich. Ich möchte aber nicht weiter aufhalten, sondern die Diskussion eröffnen. Wie Sie gesehen haben, können Sie den Kollegen alles fragen, vor allen Dingen aus dem Grenzbereich Zeitarbeit – Industriedienstleistungen. Ich glaube, es ist ein sehr weites Feld, das wir hier bestellen können. Damit darf ich die erste Frage freigeben und zur Meldung auffordern. Wer es wagt, der möge sich jetzt aus der Reserve bringen, sonst würden wir selber die Diskussion eröffnen.

Professor Dr. Wolfgang Hamann, Universität Duisburg-Essen:

Ich möchte hier den Eisbrecher spielen. Herr Kollege *Rieble*, Sie haben den Betriebsführungsvertrag angesprochen. Ich habe Ihren Beitrag in der NZA dazu gelesen und sehr viel dabei gelernt. Dabei hat sich mir eine Frage gestellt: Wie groß ist die Gefahr oder wie groß ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Betriebsführer selbst zum Entleiher mutiert, wenn er die Mannschaft des Betriebsinhabers selbst nach eigenen Vorstellungen und Zielen – mögen Sie auch im Betriebsführungsvertrag vorgegeben sein – umsetzt? Mit anderen Worten: Verlagert sich das Arbeitgeberweisungsrecht nicht vom Inhaber des Einsatzbetriebs auf den Betriebsführer, der dann zum Entleiher wird? Wie groß schätzen Sie dieses Risiko ein?

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich würde sagen, das Risiko ist genauso groß wie beim sonstigen Fremdpersonaleinsatz. Jeder Werk- oder Dienstvertrag kann schleichend zur Arbeitnehmerüberlassung werden, wenn Kräfte des Einsatzbetriebs persönliche Arbeitsweisungen an die Mitarbeiter des Dienstleisters richten, also ein Direktionsrecht ausüben. Da sind wir in einer ganz klassischen Falle und dann können Sie überlegen, dass Sie eine fürsorgliche Erlaubnis einholen oder auch nicht, dann sind Sie jedenfalls in der Zeitarbeit. Wenn der Betriebsführer aber tut, was er soll, nämlich den Betrieb selbst führt, ohne seine Mitarbeiter dem Weisungsrecht des Auftraggebers auszusetzen, dann habe ich kein Problem. Ich glaube, die Gefahr, die Sie meinen, tritt dann auf, wenn ich Abteilungsführungen habe. Ich muss etwas abstrahieren, damit Sie nicht wissen, wer es ist, weil das Ganze noch im Schwange ist: Wenn beispielsweise ein Automobilzulieferer, der ein ganz bestimmtes Modulbauteil fertigt, eine komplette Fertigungsstraße einem Betriebsführer überlässt, dann besteht überhaupt nicht die Gefahr, dass der Modulzulieferer seinerseits diese Arbeitnehmer des Betriebsführers beeinflusst, denn er hat überhaupt keinen Kontakt mit ihnen. Er sieht sie gar nicht, sondern der Auftraggeber sagt: „Ich brauche bis zum Datum soundsoviel Module in der Ausstattung XY und die lieferst Du mir jetzt.“ Und die Aufgabe des Betriebsführers ist es eben dann – er ist kein klassischer Werkunternehmer, weil er nicht auf eigenes Risiko herstellt, sondern durchaus auf Kosten und Rechnung des Auftraggebers –, die Arbeitnehmer auf möglichst zweckmäßige Weise in der von ihm selbst und zwar allein beherrschten Arbeitsorganisation zu dem gewünschten Wertschöpfungserfolg zu führen.

Schwieriger oder riskanter wird es dann, wenn ich einen Betrieb, in dem auch Arbeitskräfte des Auftraggebers sitzen, nur scheinbar in die Abteilungsführung etwas fremd verbeuge. Dann besteht natürlich die Gefahr, dass Arbeitsweisungen ausgesprochen werden. Aber das kann man auch verhindern, und wie wir auch alle wissen, ist nicht der einmalige Ausreißer, der die Arbeitnehmerüberlassung programmiert, sondern es muss praktisch ständig geschehen, das heißt Sie haben hier ein besonderes Compliance-Problem – Vermeidung der Geltung des AÜG mit all seinen bösen Folgen. Das ist, würde ich sagen, als Managementleistung durchaus zu schaffen und wie immer ist das Leben manchmal auch gerecht, es erwischt die Blöden.

Richard Giesen:

Man muss loslassen können. Man darf nicht immer versuchen, alles unter eigener Kontrolle zu haben, dann wird es gelingen. Wenn man das Direktionsrecht durchgreifen lassen möchte, wird es schwer.

Dr. Adrian Hurst, Hurst Consult, Bonn:

Sie hatten mehrfach gesagt, dass der BZA-Tarifvertrag der einzige ist, der derzeit tauglich ist, von dem *Equal Pay*-Grundsatz abzuweichen. Sie haben auch gesagt, dass auch da ein Risiko herrscht, weil die Frage besteht, ob die Gewerkschaften zuständig sind. Jetzt gibt es noch den neuen AMP-Tarifvertrag, der ein mehrgliedriger ist. Sehen Sie bei diesem ein höheres Risiko der Tarifunfähigkeit als beim BZA-Tarifvertrag?

Volker Rieble:

Ein höheres würde ich vielleicht schon sagen. Es war ja klar, das BAG hatte gesagt: „Tarifgemeinschaft soll keine Spitzenorganisation sein, sondern eine echte Tarifgemeinschaft“, also zusammengelegte Einzelzuständigkeiten und das BAG hat in der CGZP-Entscheidung sehr deutlich die Tarifzuständigkeiten der Mitgliedsgewerkschaften der CGZP analysiert und auf Defizite hingewiesen. Normalerweise würde man sagen, das Risiko wäre nicht so groß, weil die Gewerkschaften nachbessern können durch Satzungsänderungen. Aber: Es sind alle Mitgliedsgewerkschaften der CGZP zugleich bedroht in ihrer eigenen Tariffähigkeit. Gerade die CGM als die wichtigste unter diesen hat gesagt, sie werde niemals eine Satzungsänderung vornehmen – das ist auch nachvollziehbar, denn damit würde sie selbst die Rechtskraft des sie in ihrer Tariffähigkeit bestätigten BAG-Beschlusses abschießen, und dies für ein Sekundärgeschäftsfeld in der Zeitarbeit. Die CGM kann relativ sicher sein, sofern sie reine brancheninterne Überlassung erfasst. Die Tarifzuständigkeit der CGM für die Zeitarbeit ist unproblematisch, soweit sie nur in die Metallindustrie überlassen. Wenn das das Geschäftsfeld des Unternehmens ist, kann ich sagen: „OK“, aber dann – sage ich auch – steht irgendwann die IG Metall bei Ihrem Unternehmen auf der Matte und verlangt einen Haustarifvertrag. Das ist das Modell, mit dem die IG Metall demnächst den Laden aufmischen wird, dass sie sich die großen branchenspezifischen Verleiher vorknöpft und sagt: „Du hast 90 % Geschäftsfeld Maschinenbau, Automobilbau und jetzt wollen wir einmal sehen, ob Du nicht mit der IG Metall noch mehr Spaß haben kannst als mit der CGM.“ Das geht natürlich, denn ein Tarifvertrag mit der CGM löst zulasten der IG Metall keine Friedenspflicht aus. Und die IG Metall hat ganz genau verstanden, dass sie einen Organisa-

tionsgrad bei den Zeitarbeitern, den sie braucht, weil es sonst der Weg in die Organisationsfreiheit ist, nur erreichen kann, wenn sie die Zeitarbeiter durch Streik zum Tariferfolg führt. Das ist der einzige Weg, mit dem Gewerkschaften in unserem System – und übrigens auch richtigerweise – Erfolg haben können: durch Streik Tariferfolg und damit Organisationserfolg. In den nächsten drei Jahren werden wir solche Hausarbeitskämpfe bei einzelnen Zeitarbeitsunternehmen sehen, die diesen hohen Spezialisierungsgrad auf eine Branche haben. Sobald Sie eine Art Multiplexverleihung haben in verschiedenste Branchen hinein, sind Sie zwar die Haustarifforderungen der IG Metall los, haben aber dann das Riesenproblem, dass die CGZP-Gewerkschaften ihrerseits riesige Lücken in der Tarifzuständigkeit haben, die auch nicht ansatzweise rechtssicher zu decken sind. Ob das beim DGB besser ist, wage ich zu bezweifeln, aber ich würde einmal sagen: Jedenfalls die Rechtsanwendungspraxis der Arbeitsgerichte wird DGB-freundlicher als CGZP-freundlich sein. Als reine sozialpolitische Prognose, weil das BAG findet, dass der DGB-Tarif die sozialpolitischen Anforderungen besser löst als alternative Tarifwerke. Insofern: Ja, ich glaube, es ist ein eminent höheres Risiko.

Im Übrigen kann ich noch darauf hinweisen, für diejenigen, die Spaß haben wollen: Wenn das BAG auch diese Tarifgemeinschaft aufbocken möchte, dürfen wir uns auf ganz viele Tarifzuständigkeitskontrollverfahren nach § 97 ArbGG freuen, denn auch hier herrscht natürlich für jeden Einzelfall Aussetzungspflicht, so dass Sie jetzt drei, vier, fünf wüste Jahre ohne Rechtssicherheit in Rechnung stellen können.

Richard Giesen:

Ich kann noch ergänzen: Es gibt ein paar Urteile von Arbeitsgerichten, die – man kann sie vielleicht als Infektionstheorie bezeichnen – die Meinung vertreten, überall dort, wo an diesem Gemeinschaftstarifvertrag auch nur eine Organisation beteiligt gewesen ist, die nicht tariffähig ist, wird damit der Rest auch mit zur Unwirksamkeit verdammt. Das widerspricht der Rechtsprechung des BAG, das vor wenigen Jahren in anderem Zusammenhang einmal gesagt hat: „Dort wo einer der Beteiligten tarifunfähig ist, bleibt es bei der Wirksamkeit des Resttarifvertrags in der Tarifgemeinschaft.“ Das spiegelt aber in meinen Augen weniger die richtige Rechtsansicht als aber wohl die generelle Stimmung, die sich bei vielen Arbeitsgerichten aufseiten der DGB-Gewerkschaften befindet und nicht aufseiten der CGZP und ihren Mitgliedsorganisationen.

Haben wir noch weitere Fragen? Wir können auch von der Zeitarbeit weg zu den anderen Regulierungsmodellen, die Herr Kollege *Rieble* hier vorgestellt hat. Wir hatten die Betriebsführung. Das war schon etwas aufwendiger. Meines Erachtens auch tatsächlich mit diesem Risiko belastet.

Birgit Müller, BMW AG, München:

Sie hatten eine Variante angesprochen, bei der der Werkvertragspartner seinerseits Zeitarbeitskräfte einsetzt und selbst nur aus einer oder zwei Personen besteht. Sie hatten dabei darauf hingewiesen, dass hierbei das Risiko der Umgehung gegeben sei. Mich würde interessieren, worin genau die Umgehung zu sehen ist und welche rechtlichen Folgen sich aus einer solchen ergeben könnten.

Volker Rieble:

Man kann natürlich überlegen: Der Werkvertragssubunternehmer muss zumindest einen Vorarbeiter haben, der den Zeitarbeitskräften gegenüber sagt, was sie tun sollen, denn der Entleiher muss in irgendeiner Form das Direktionsrecht ausüben. Wenn ich eine reine Kettenüberlassung habe – Erstverleiher, vielleicht an Zweitverleiher und er an den Einsatzbetrieb –, ist, glaube ich, keine Frage, dass *Equal Pay* auch hier durch die Kette durchgriffsmäßig anzuwenden ist im Kettendurchgriffsverleih. Wenn ich jetzt sage: „Ich mache nicht Verleiher 1 – Verleiher 2 – Einsatzbetrieb, sondern Verleiher – Werkvertrag – Einsatzbetrieb“, dann werden die Gerichte – da bin ich bereit, eine Kiste guten Rotweins darauf zu wetten – sagen: „Er muss zumindest von seiner Arbeitsorganisation her in der Lage sein, den Werkvertrag auch bedienen zu können, sonst ist es in Wahrheit nichts anderes als verdeckte Kettenüberlassung.“ Ich fordere Sie mit Nachdruck auf, weil mein Weinkeller gerade leer ist, meiner Wette entgegenzutreten.

Sie brauchen ein Mindestmaß an unternehmerischer Organisationskraft. Das heißt nicht, dass 20, 30, 40, 50 Prozent der Arbeitnehmer Stammarbeitsverträge zum Werkunternehmer haben müssen, aber er muss eine eigene Mannschaft zur Steuerung des Arbeitseinsatzes haben. Das braucht nicht so viel. Wenn Sie auch an Vertriebsarbeitsorganisationen denken, wie klein dort Einsatzzentralen sein können, damit all die hurtigen Handelsvertreter ihre Staubsauger an die Frau bringen können, aber Sie brauchen diese Organisation. Sie müssen als Werkunternehmer den Subunternehmerauftrag aus eigener Kraft erfüllen können, wenn auch mithilfe von entliehenen Kräften, aber Sie müssen die Steuerungsfunktion ausüben. Dazu kann reichen, dass der Werkunternehmer nur 5 bis 10 % der Kräfte sicher beschäftigt. Das wird manchen auch nicht reichen. Ich kann Ihnen die maßgebliche Grenze – wie bei allen Umgehungsfragen – nicht benennen. So kann ein etablierter Industriedienstleister, der jetzt – gerade, weil die Leute nach diesem Kongress erkennen, wie toll Industriedienstleistung ist – viel mehr Aufträge bekommt und diese mit seinem Stammpersonal

nicht abarbeiten kann, sich bei Zeitarbeitsunternehmen Leute entleihen, um diesem gesteigerten Auftragsvolumen in gemischten Mannschaften mit Stammkräften und Zeitarbeitskräften zu bedienen. Das ist ein Werkvertrag, dann habe ich keine Umgehung, dann habe ich keinen Durchgriff, dann mag es *Equal Pay* geben aber nur zu den üblichen Arbeitsbedingungen beim Werkunternehmer und nicht im Einsatzbetrieb.

Wolfgang Hamann:

Ich möchte noch einmal nachhaken. Fallbeispiel: Experte, Spezialist bei einem Unternehmen macht sich selbständig, Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt mit 1 € und ist Experte auf seinem Gebiet und übernimmt einen Verkaufstrag für Bereiche, die er früher vielleicht als Mitarbeiter des Unternehmens selbst ausgeführt oder geleitet hat, und holt sich eine Mannschaft von einem Verleihunternehmen und arbeitet mit dieser Mannschaft den Verkaufstrag ab. Sehen Sie da ein Problem mit Umgehung? Ich nicht.

Volker Rieble:

Da sehe ich kein Problem, weil das *Know-how*-getrieben ist. Im Übrigen ist das ein sehr interessanter Aspekt, weil es genau diese Konstellation im Moment verstärkt gibt bei Fachkräften, die die Regelaltersgrenze erreichen, auf die das Unternehmen aber nicht verzichten kann, die das Unternehmen aber selbst, wenn es wollte, gar nicht als Stammarbeitnehmer weiterbeschäftigen kann, weil dann Ungemach von vielen tariflichen Arbeitsbedingungen droht, die eine Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus nicht in vernünftiger Weise zulassen. Es gibt eine ganze Reihe: also zum Beispiel Versicherungssachverständige, die komplexe Industrieanlagen bewerten für die Prämienbemessung, auf das Risiko, was passiert, wenn ein Erdbeben unter dem Atomkraftwerk stattfindet oder wenn eine Leitung bricht – solche Sachverständige arbeiten vielfach über die Altersgrenze hinaus und zwar genau auf der Basis. Sie gründen dann ein Beratungsunternehmen und selbstverständlich ist für die Abgrenzung, ob sie jetzt noch Arbeitnehmer sind oder Unternehmer – das ist ganz klassisch – , sich die Frage auch nach dem Direktionsrecht stellt: Sind es nur fachliche Weisungen, die die Leistung betreffen, oder sind es personenbezogene Weisungen, die das persönliche Arbeitsverhalten betreffen? Wenn er Erfüllungsgehilfen einschalten darf, ist er sowieso kein Arbeitnehmer und natürlich ist in einem solchen Fall das *Know How* des Unternehmers der maßgebliche Anknüpfungspunkt, ob er jetzt Gehilfen beim Zeitarbeitsunternehmen einholt. Solange sie subaltern sind, hat er eine eigene unter-

nehmerische Leistungskraft, die jedem Umgehungsanwurf zuwiderstreitet.

Herr *Franzen* nickt, jetzt habe ich also ausnahmsweise einmal Recht.

Gerhard Ernst, Bezirk Unterfranken, Würzburg:

Herr Professor *Rieble*, ich habe eine Frage zu einem Thema, das Sie vorhin einmal angesprochen haben und zwar den Gemeinschaftsbetrieb. Ich habe es ein bisschen anders in Erinnerung und auch die Gewerkschaft versucht es anders zu vertreten, dass der Gemeinschaftsbetrieb letztlich mit dem höherwertigen Tarifvertrag in der Bezahlung sich durchsetzt und nicht Einzeltarifverträge zur Geltung kommen. Können Sie das ein bisschen näher ausführen? Vielleicht liege ich da falsch.

Volker Rieble:

Da liegt vor allem die Gewerkschaft falsch. Der Gemeinschaftsbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationsform, die dazu führt, dass zwei oder auch mehr individuell unterschiedliche Vertragsarbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb mit gemeinsamer Arbeitsorganisation und eben auch gemeinsamen Vorgesetzten die Weisungen aussprechen. Das ist keine Arbeitnehmerüberlassung, weil nicht Arbeitskräfte des Verleihers einem fremden Betriebszweck dienen, sondern weil alle Arbeitnehmer zusammengewürfelt einem kollektiv gemeinsamen Betriebszweck dienen. Für die zentralen tariflichen Arbeitsbedingungen – Umfang der Arbeitszeit, Höhe des Arbeitsentgelts – kommt es nun einmal leider – entgegen manchen Gewerkschaftswünschen – immer noch auf die Vertragsarbeitgeberstellung an. Das ist überaus eindeutig, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 TVG. Das können Sie alles im Erfurter Kommentar bei *Martin Franzen* in der gebotenen Kürze nachlesen. Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeber ist bedeutsam nur für Betriebsnormen, aber als solcher ist er vielfach gar nicht tarifgebunden, weil ich dann eine Art kollektiver Mitgliedschaft brauche. Dementsprechend ist es selbstverständlich so – ich kann es ruhig sagen, Kaufhof hat solche Modelle, Karstadt hatte sie auch –, dass wenn sie zum Beispiel nicht einen Fremdregalräumer beschäftigen, sondern ich mache die Regalräumung im Rahmen eines Gemeinschaftsbetriebs von subalternen Hilfskräften und höher bezahlten Einzelhandelskräften, die auch Fachberatung machen, dann ist es so, dass die Regalräum-GmbH ein anderer Vertragsarbeitgeber ist als das Kaufhaus. Damit kommt es nur darauf an, ob die Regalräum-GmbH ihrerseits tarifgebunden ist. Die einzige Gefahr, die dräut, ist, dass man für die Sittenwidrigkeitsbewertung des Lohns beim Niedriglohnarbeitgeber womöglich die Wertverhältnisse im

Kaufhaus insgesamt heranzieht, weil man sagt: „Es ist kein eigener Wirtschaftszweig.“ Das finde ich falsch, aber es ist die Frage, was ist ein Wirtschaftszweig? Dann haben Sie aber immer noch einen Spielraum von einem Drittel. Es ist noch nicht der Weg in die Überregulierung, sondern es heißt nur, dass die Latte nach unten irgendwann aus Beton ist, aber es lässt schon noch Spielraum. Reicht Ihnen das?

Rainer Kloss, Job Kontor GmbH, Hamburg:

Ich führe ein Zeitarbeitsunternehmen, das sich spezialisiert hat auf die Bereiche der Mineralölindustrie, der Pharmazie, im Prinzip auf die großen Branchen des *Life Science*, und viele meiner Kunden, mit denen wir jahrelang zusammenarbeiten, haben eine Sorge, nämlich die Sorge, dass durch die *Equal Pay*-Diskussion auf sie Gebühren ihres vertrauten Dienstleisters zukommen, die exorbitant nach oben schnellen, und sind mit mir gemeinsam auf der Suche nach Lösungen. Ich habe nur eine ganz kurze Nachfrage: Haben Sie mir hier gerade ein Geschäftsmodell vorgestellt? Muss ich mir eigentlich nur einen Werkvertragspartner suchen, der eine Organisation zur Verfügung stellt, die womöglich dazu dient, von meinen Kunden gewisse Bereiche auszulagern und ich, als Zeitarbeitsunternehmen, dann diesen Werkvertrag mit meinen Mitarbeitern erfülle? Kann das richtig sein?

Volker Rieble:

Ja klar kann das richtig sein.

Rainer Kloss:

Herzlichen Dank!

Volker Rieble:

Sie können aber noch einen Schritt weitergehen und sagen: „Warum soll ich einem fremden Werkunternehmer den wirtschaftlichen Erfolg gönnen. Ich mache es selber. Ich agiere selbst als Werkunternehmen oder als Dienstleistungsunternehmen.“ Es ist ganz komisch: In der Vergangenheit schon haben diejenigen, die auf Industriedienstleistungen spezialisiert waren, am Zeitarbeitskuchen mitgeknabbert. Es ist eigentlich völlig unlogisch, dass die Zeitarbeitsunternehmen ihrerseits nicht überlegt haben, einmal am großen Kuchen der Industriedienstleistungen auf der Basis von Dienst- und Werkverträgen mitzuknabbern.

Rainer Kloss:

Eine Nachfrage dazu noch: Sie haben deutlich darauf hingewiesen, dass man eine Organisation zur Verfügung stellen muss, die geartet ist, diesen Werk- oder Dienstvertrag auch zu erfüllen. Nun bin ich kein Labor-mensch. Ich bin auch kein Mineralölhersteller. Ich bin Personaldienstleister.

Volker Rieble:

Das hängt ganz stark davon ab, was Sie konkret machen. Nehmen Sie beispielsweise die Maschinenwartung. Ein ganz klassischer Fall. Es kommt eine Mannschaft von einem Vorarbeiter und 15 Aushilfen, die typischerweise Samstagsverträge haben, weil unter der Woche eine Maschine im laufenden Produktionsverhältnis gar nicht zerlegt werden darf, in einen Betrieb hinein. Nun hat er als Werkunternehmer keinen großen Apparat, aber er hat das *Know How*: Wie zerlege ich die Maschine, das ist auch nichts, was jeder Trottel kann, der schon einmal eine Märklin-Eisenbahn aufgebaut hat, er hat die Personalsteuerungskompetenz und der eigentliche Unterschied vom Werkunternehmer zum Personaldienstleister, zum Verleiher, ist eigentlich nur, dass der Werkunternehmer den Vorarbeiter und das *Know How* hat. Sie müssen genau einen oder vielleicht zwei Leute einstellen, die das machen. Diese können sie übrigens auch vom Einsatzbetrieb abwerben.

Richard Giesen:

Das ganze Mysterium ist die Ausübung des Direktionsrechts. Wenn Sie es schaffen, selber das Direktionsrecht in die Hand zu nehmen, dann sind Sie auch in der Lage, einen Werkvertrag zu erfüllen. Wenn Sie das nicht sind, dann leisten Sie weiter Zeitarbeit.

Volker Rieble:

Wir sind hier nicht da, um Ihnen konkrete persönliche konkrete Geschäftsmodelle vorzuschlagen. Ich will es nur noch einmal sagen: Wir sind keine Unternehmensberatung, aber ich glaube, dass man insgesamt bei der ganzen Diskussion um die Zeitarbeit bislang verkennt, wie beweglich das Gesamtsystem ist und dass der Wunsch danach, an irgendeiner Stell-schraube im System etwas zu drehen und dann ist auf einmal sozialer Wonneproppen gegeben, das funktioniert nicht, weil der Markt macht was er will und nicht was der Staat will. Das ist das Problem. Es ist auch nicht

so, dass Sie machen können, was Sie wollen, vielmehr kommen im nächsten Spielzug die Regulatoren, die Gewerkschaften, die Betriebsräte, auch wieder mit dem nächsten Gegenmodell und werden versuchen, in einem dynamischen Näherungsprozess eine solche Marktentwicklung wieder einzufangen. Dagegen ist auch nichts zu sagen. Der Markt ist ein innovatives Entdeckungsverfahren, der uns dorthin führen soll, was wir uns heute planerisch nicht vorstellen können. Dazu gehört, dass die eine Seite einen für die andere nicht so vorhersehbaren Zug macht, aber dann gehört eben auch dazu, dass dann die andere Seite mit einem ihrerseits überraschenden Zug kontern kann. Mir geht es nur darum zu sagen, wir denken alle viel zu statisch bei unseren Problemlösungsversuchen und wir müssen viel stärker im Rahmen der Folgenabschätzung die autonome Marktreaktion, das Angebotsverhalten der derzeitigen Zeitarbeitsunternehmen, die vielleicht morgen schon Industriedienstleister sind, aber auch das Nachfrageverhalten der Industrieunternehmen mit in Rechnung stellen. Es ist ein dynamischer Prozess. So wenig man einen Arbeitskampf in seinem Ausgang vorhersagen kann, so wenig kann man die Entwicklung einer ganzen Branche vorhersagen. Ich werde mich nicht als Augur betätigen und sagen: „Die Zeitarbeit steht in zehn Jahren da und da.“ Das kann nämlich niemand wissen.

Richard Giesen:

Ich darf noch eine letzte Frage zulassen, dann werden wir zum nächsten Vortrag kommen.

Dr. Jörg-Frederic von Walcke-Wulffen, BASF SE, Ludwigshafen:

Sie haben den schleichenden Prozess zum illegalen Leasing beschrieben. Sehen Sie in einer Auditierung – diese findet halbjährlich statt – einen Gegenbeweis für die Eingliederung dieser Kräfte?

Volker Rieble:

Auditierung ist ein Verfahren zur Qualitätssicherung. Das kann natürlich im Rahmen einer Compliance-Strategie ein Element sein, aber die Frage ist, ob das allein ausreicht. Das hängt ganz vom konkreten Auditierungsprozess ab. Wenn Sie Compliance als Qualitätsmanagement für menschliches Verhalten begreifen, dann gehört dazu Instruktion der Entscheider – also insbesondere der Vorgesetzten, des Dienstleisters –, aber auch der Supervisoren des Einsatzbetriebs – diese müssen geschult werden, dass sie keine Arbeitsweisungen aussprechen, dass sie nur Fachweisungen aussprechen, dass sie nur Beanstandungen der Leistung, aber keine Bean-

standung von Verhalten aussprechen. Das ist zum Beispiel im Logistikbereich sehr schwierig. Wenn Sie Lastwagenfahrer ausleihen, wie wollen Sie dort die Arbeitsweisung von der Fachweisung trennen, wenn Sie sagen: „Der Laster muss um 12.00 Uhr in Istanbul sein.“ Der Fahrer kann nicht irgendwie anders als der Laster dorthin kommen. Da ist es schwierig. In vielen anderen Bereichen geht es. Wenn Sie zum Beispiel eine technische Vorgabe machen, die Maschine muss in einem bestimmten Intervall nach bestimmten technischen Vorgaben gewartet werden und sie muss um die und die Uhrzeit wieder einsatzbereit sein, damit ich die Produktionsstraße wieder anfahren kann, das ist eine ausschließlich fachliche Weisung des Dienstleistungsnachfragers an den Auftragnehmer – Werkvertrag oder Dienstvertrag. Da bin ich völlig im grünen Bereich. Der Witz ist, dass man mit allgemein konzipierten Audits, die nicht so sehr auf die konkrete Dienstleistungsstruktur Rücksicht nehmen, sich womöglich in eine scheinbare Sicherheit begibt. Wenn man formalisierte Verfahren zur Qualitätssicherung betreiben möchte, müssen diese auch maßgeschneidert sein, um die Rechtsrisiken im Zaum zu halten, sonst überzeugen Sie damit keinen Arbeitsrichter. Die klassische DIN ISO-Zertifizierung würde kein Arbeitsrichter als Anscheinsbeweis dafür, dass der Auftraggeber kein Direktionsrecht ausgeübt hat, gelten lassen.

Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung

Nathalie Oberthür

Seite

| | |
|--|----|
| I. Einleitung..... | 44 |
| II. Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Industriedienstleistung..... | 44 |
| 1. Grundlage der Abgrenzung..... | 44 |
| 2. Geschäftsgegenstand der Arbeitnehmerüberlassung..... | 45 |
| 3. Geschäftsgegenstand der Industriedienstleistung..... | 45 |
| 4. Abgrenzungskriterien in der Praxis..... | 46 |
| a) Eingliederung in den Betrieb..... | 46 |
| b) Weisungsrecht des Betriebsinhabers..... | 47 |
| c) Sonstige Abgrenzungsmerkmale..... | 49 |
| d) Besonderheiten der unternehmerischen Zusammenarbeit..... | 50 |
| 5. Rechtliche Vorteile der Unternehmensdienstleistung gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung..... | 50 |
| a) Wirtschaftliche Vorteile der Dienstleistung..... | 51 |
| b) Bürokratische Vorteile der Dienstleistung..... | 51 |
| c) Strategische Erwägungen..... | 52 |
| III. Umstellung von der Eigenbeschäftigung auf die Industriedienstleistung..... | 53 |
| 1. Kündigung wegen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs..... | 54 |
| 2. Abgrenzung: Betriebsübergang oder Funktionsnachfolge..... | 54 |
| a) Übertragung eines organisatorisch abgrenzbaren Betriebsteils..... | 55 |
| b) Identitätswahrung der übertragenen Einheit..... | 55 |
| c) Grundsatz der organisatorischen Gestaltungsfreiheit..... | 59 |
| Diskussion..... | 60 |

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit* (München 2012), S. 43-59

I. Einleitung

Die Arbeitnehmerüberlassung erfährt als eine der Formen sogenannter „prekärer Beschäftigung“ derzeit wieder eine Phase der zunehmenden rechtlichen Regulierung. Mindestlöhne, Informations- und Sachleistungspflichten des Entleihers, aber auch die umfangreichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats nehmen der Arbeitnehmerüberlassung einen Großteil der mit ihr bezweckten Flexibilität im Personaleinsatz. Die Suche nach geeigneten Alternativen ist damit vorprogrammiert – gefunden wird unter anderem die Industriedienstleistung, die sich zunehmend etabliert.

Industriedienstleistung und Arbeitnehmerüberlassung ähneln sich in einem zentralen Punkt: Einzelne, im Rahmen der betrieblichen Organisation anfallende Aufgaben werden von Arbeitnehmern wahrgenommen, die mit dem Betriebsinhaber nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen. Der nachfolgende Beitrag will den maßgeblichen Abgrenzungskriterien nachgehen wie auch den Fragestellungen, die sich bei einer Umstellung von der Beschäftigung eigener Arbeitnehmer auf die Industriedienstleistung regelmäßig ergeben.

II. Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Industriedienstleistung

1. Grundlage der Abgrenzung

Die Abgrenzung der Industriedienstleistung – die, je nach Vertragsinhalt, nicht nur eine Dienst-, sondern auch eine Werkleistung oder eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben kann – von einer (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung erfolgt nach dem Gegenstand der von dem Dienstleister vertraglich geschuldeten Leistung. Über dessen rechtliche Einordnung entscheidet der tatsächliche Geschäftsinhalt nach objektiver Bewertung, nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt nicht entspricht¹.

Der Geschäftsinhalt wird sich dabei vorrangig aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien ergeben. Widersprechen sich allerdings die vertragliche Vereinbarung und die praktische Durchführung, so ist Letztere 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 Vertrags-

¹ LAG Rheinland-Pfalz 11.11. 2010 – 11 Sa 289/10, AE 2011, 126; BSG 23.6. 1982 – 7 RAr 98/80, SozR 4100 § 13 Nr. 6.

typ². Die tatsächliche Handhabung bleibt nur dann unberücksichtigt, wenn es sich um einzelne, den Vertragsgegenstand nicht prägende Handlungen handelt³ oder um solche, die nicht von den zum Vertragsschluss berechtigten Vertretern der Vertragsparteien vorgenommen werden⁴.

2. Geschäftsgegenstand der Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn einem Entleiher „Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen und in dessen Interesse ausführen“⁵. Bei der Arbeitnehmerüberlassung ist der Verleiher daher maßgeblich verpflichtet, dem Entleiher zur Förderung dessen Betriebszwecks Arbeitnehmer zu überlassen. Mit der Auswahl und Überlassung der Arbeitnehmer endet die vertragliche Verpflichtung des Verleihers im Hinblick auf den Arbeitseinsatz der überlassenen Arbeitnehmer; deren Arbeitseinsatz wird von dem Entleiher gesteuert. Der Arbeitnehmerüberlassung ist demnach eine Spaltung der Arbeitgeberfunktion immanent, indem dem Entleiher zwar nicht die formale Arbeitgeberstellung, wohl aber das Recht zur Steuerung des Arbeitseinsatzes und damit zur Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts gemäß § 106 GewO übertragen wird⁶. Wesentliche Kriterien für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung ist demnach die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers, die Übertragung der Weisungsbefugnis auf den Entleiher und die Förderung der Interessen des Entleihers durch die Arbeitnehmerüberlassung⁷.

3. Geschäftsgegenstand der Industriedienstleistung

Bei der unternehmerischen Dienstleistung schuldet der Dienstleister demgegenüber nicht (lediglich) die Bereitstellung von Arbeitnehmern, sondern vielmehr die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung in eigener Verantwortung. Der Dienstleister organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen in eigener betrieblicher Organisation und bleibt für die vertragsgerechte Erfüllung der geschuldeten Leistung verantwortlich. Die zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Dienstleisters

2 BAG 13.8. 2008 – 7 AZR 269/07, EZAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 121; BAG 9.11. 1994 – 7 AZR 217/94, BAGE 78, 252; LAG Rheinland-Pfalz 11.11. 2010 – 11 Sa 289/10 (Fn. 1).

3 Hessisches LAG 19.11. 2007 – 16 Sa 569/07, EZAÜG § 10 AÜG Inhalt Nr. 3.

4 BAG 13.8. 2008 – 7 AZR 269/07 (Fn. 2); Hessisches LAG 19.11. 2007 – 16 Sa 569/07 (Fn. 3).

5 BAG 13.8. 2008 – 7 AZR 269/07 (Fn. 2) mit weiteren Nachweisen.

6 *Thüsing*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 56.

7 BSG 23.6. 1982 – 7 RAr 98/80 (Fn. 1).

(§ 278 BGB) dessen Weisungsrecht⁸. Wesentliche Kriterien der Industriedienstleistung sind daher die unternehmerische Verantwortung des Dienstleisters für die Leistungserbringung, das Vorliegen einer eigenen betrieblichen Organisation und die Weisungsbefugnis gegenüber den als Erfüllungsgehilfen eingesetzten Arbeitnehmern.

4. Abgrenzungskriterien in der Praxis

Bei der Abgrenzung der Industriedienstleistung von der (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Alle für und gegen eine Arbeitnehmerüberlassung sprechenden Umstände sind zu ermitteln, zu gewichten und in einer abschließenden Gesamtbetrachtung zu bewerten. Dabei haben sich in der Rechtsprechung verschiedene mehr oder weniger bedeutsame Kriterien herauskristallisiert:

a) Eingliederung in den Betrieb

Das Merkmal der Eingliederung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die äußerliche Einordnung der Dienstleistung in den betrieblichen Arbeitsablauf des Kundenbetriebs zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung genügt⁹. Das Merkmal der Eingliederung ist vielmehr Hilfsmittel zur Feststellung des Vorliegens einer Weisungsunterworfenheit, um insbesondere dort, wo die Erteilung von Weisungen der Sache nach weniger in Betracht kommt, die persönliche Abhängigkeit in anderer Weise zu belegen¹⁰. Entscheidend ist deshalb nicht, ob die *Dienstleistung an sich* in die betriebliche Organisation eingebunden ist; vielmehr kann allein die Eingliederung der *ausführenden Person* in den Betrieb für eine (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung sprechen, da diese letztlich Ausfluss einer persönlichen Weisungsunterworfenheit ist¹¹. Eine Eingliederung der Dienstleistung in die betriebliche Organisation, beispielsweise durch die Überlassung von Räumen oder Betriebsmitteln¹² oder durch eine enge Verzahnung der Produktions- oder Betriebsabläufe¹³, ist deshalb für die Abgrenzung irrelevant. Die persönliche Eingliederung der die Dienstleistung erbringenden Person, etwa durch den arbeitsteiligen Einsatz von eigenen und externen Mitarbeitern, durch die Begründung von Über-/Unterordnungsverhältnissen zwischen eigenen und externen Mitar-

8 BAG 9.11. 1994 – 7 AZR 217/94 (Fn. 2).

9 So schon BSG 23.6. 1982 – 7 RAr 98/80 (Fn. 1).

10 BSG 23.6. 1982 – 7 RAr 98/80 (Fn. 1).

11 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290.

12 Hessisches LAG 19.11. 2007 – 16 Sa 569/07 (Fn. 3); BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90, EZAÜG BetrVG Nr. 60.

13 BGH 2.2. 2006 – III ZR 61/05, EZAÜG § 611 BGB Abgrenzung Nr. 10; LAG Hamm 26.11. 2010 – 10 TaBV 67/10, juris.

beitern¹⁴ oder durch die wechselseitige Vertretung in Krankheits- oder Urlaubsfällen¹⁵, spricht demgegenüber für das Vorliegen (verdeckter) Arbeitnehmerüberlassung, da die Zuweisung der jeweiligen Arbeitsaufgaben im Wege des Direktionsrechts zwangsläufig durch den innerbetrieblichen Vorgesetzten erfolgen muss.

b) Weisungsrecht des Betriebsinhabers

Das maßgebliche Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitnehmerüberlassung und externer Dienstleistung liegt in der Zuordnung der Weisungsbeziehung. Während bei der Arbeitnehmerüberlassung die Weisungsrechte gemäß § 106 GewO zur Steuerung der Dienstleistung von dem Entleiher ausgeübt werden, steuert der externe Dienstleister die Erbringung der Dienstleistung durch seine Erfüllungsgehilfen selbst. Die Zuweisung von Weisungsrechten an den Dienstherrn spricht deshalb grundsätzlich für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Dennoch kann die Abgrenzung in der Praxis problematisch sein. Denn auch der Dienstherr darf in gewissem Umfang Weisungen erteilen, ohne dadurch eine persönliche Weisungsabhängigkeit der Erfüllungsgehilfen des Dienstleisters zu begründen.

Im Werkvertragsrecht wird aus § 645 BGB das Recht des Bestellers hergeleitet, tätigkeitsbezogene Anweisungen zur Herstellung des Werks zu erteilen; Entsprechendes wird nach überwiegender Auffassung für den Dienstvertrag angenommen¹⁶. Weisungen, die gegenständlich auf den *Inhalt der geschuldeten Dienstleistung* begrenzt sind, begründen demnach noch keine Arbeitnehmerüberlassung¹⁷; erst Weisungen, die die *Art und Weise der Dienstleistung* betreffen, sind für die Abgrenzung relevant¹⁸. Die Erteilung von Weisungen wird daher nur dann abgrenzungsrelevant, wenn durch sie die geschuldete Dienstleistung überhaupt erst konkretisiert wird, nicht aber, wenn sie die vertragsgerechte Erbringung der vereinbarten Dienstleistung sicherstellen soll.

Merkmal einer selbständigen Dienstleistung muss daher zunächst ein auch von der betrieblichen Organisation abgrenzbarer Leistungsgegenstand sein. Die geschuldete Dienstleistung muss vertraglich hinreichend bestimmt sein; ist sie demgegenüber derart vage bezeichnet, dass die zu erbringende Dienstleistung erst durch weitergehende Weisungen des

14 LAG Köln 21.7. 2010 – 9 TaBV 6/10, juris.

15 ArbG Freiburg 30.1. 2007 – 3 Ca 174/06, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 45.

16 LAG Hamm 26.11. 2010 – 10 TaBV 67/10 (Fn. 13).

17 LAG Rheinland-Pfalz 11.11. 2010 – 11 Sa 289/10 (Fn. 1): projektbegleitendes Qualitätsmanagement.

18 BAG 9.11. 1994 – 7 AZR 217/94 (Fn. 2).

Dienstherrn bestimmt wird, liegt die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung nahe¹⁹. Dabei ist indes unerheblich, ob die vertraglich geschuldete Dienstleistung derart eng gefasst ist, dass dem Dienstleister bei der Ausführung letztlich kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt²⁰. Solange die Ausübung von Weisungsrechten darauf beschränkt ist, die Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen sicherzustellen, steht dies der Annahme einer freien Dienstleistung daher nicht entgegen; der Dienstnehmer ist uneingeschränkt berechtigt, die Einhaltung der getroffenen Vereinbarungen zu überwachen und gegebenenfalls zu kontrollieren. Je enger daher die vertraglichen Vereinbarungen zur Erbringung der Dienstleistung gefasst sind, desto weitergehend sind auch die Rechte des Dienstherrn, die beschäftigten Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen des Dienstleisters zu der Einhaltung dieser Vereinbarung anzuhalten.

Bei der Steuerung des Arbeitseinsatzes durch arbeitgeberseitige Weisungen ist auch die Ersteinweisung der Erfüllungsgehilfen durch den Dienstnehmer oder dessen Arbeitnehmer in der Regel noch unbeachtlich²¹. Danach indes sollten alle tätigkeitsbezogenen Weisungen von dem Dienstleister erbracht werden, der über die erforderliche Organisation wie auch über die materielle Fachkunde verfügen muss, um diese Weisungshoheit auch tatsächlich ausüben zu können²². Dies betrifft insbesondere die Personaldisposition, die Einsatzplanung, die Organisation der Arbeitsabläufe und die Überwachung der Arbeitnehmer²³. Bei einer klaren Abgrenzung der Verantwortungsbereiche ist es dann auch unschädlich, wenn der Dienstherr in Not- oder Eilfällen vereinzelt eine tätigkeitsbezogene Weisung erteilt²⁴. Ein die Arbeitnehmerüberlassung kennzeichnendes Weisungsrecht des Dienstherrn wird demgegenüber dann angenommen, wenn dieser berechtigt ist, beispielsweise durch die einseitige Anordnung von Überstunden weitere, über die vertraglich vereinbarten Dienste hinausgehende Dienstleistungen einzufordern²⁵.

Während bei der Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher durch Ausübung des Weisungsrechts gemäß § 106 GewO unmittelbaren Einfluss auf die Qualität der Dienstleistung nehmen kann, besteht diese Möglichkeit bei der freien Dienstleistung nicht. Für eine freie Dienstleistung spricht

19 BAG 9.11. 1994 – 7 AZR 217/94 (Fn. 2); BAG 13.5. 1992 – 7 AZR 284/91, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 71.

20 BAG 1.10. 1991 – 1 ABR 75/90, EzAÜG BetrVG Nr. 61; BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 11).

21 BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90 (Fn. 12).

22 BAG 9.11. 1994 – 7 AZR 217/94 (Fn. 2).

23 Hessisches LAG 19.11. 2007 – 16 Sa 569/07 (Fn. 3); BAG 19.1. 2000 – 7 AZR 6/99, EzS 15/62.

24 LAG Hamm 26.11. 2010 – 10 TaBV 67/10 (Fn. 13).

25 BAG 9.11. 1994 – 7 AZR 217/94 (Fn. 2).

deshalb, wenn die Parteien dem Dienstleister einerseits die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistung zuweisen (Haftungsregelungen)²⁶ und diese vertraglich entsprechend absichern, beispielsweise durch besondere Regelungen zur Qualitätssicherung und durch qualitätsabhängige Vergütungsregelungen (Malusregelungen).

c) Sonstige Abgrenzungsmerkmale

Wenn auch die Zuordnung des Weisungsrechts maßgebliches Abgrenzungskriterium ist, können auch andere Kriterien für oder gegen das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sprechen.

Nicht abgrenzungsrelevant ist dabei die Dauer der Tätigkeit im Einsatzbetrieb; auch eine über Jahre andauernde Tätigkeit kann im Rahmen eines Dienstvertrags erbracht werden²⁷. Arbeitnehmerüberlassung liegt auch nicht schon immer dann vor, wenn die erbrachte Dienstleistung in gleichartiger oder ähnlicher Weise auch von eigenen Arbeitnehmern erbracht wird²⁸. Ebenso ist die Ausgestaltung der Vergütung für die Dienstleistung wenig aussagekräftig. Denn wenn auch eine Festvergütung für das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen kann, so ist doch im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung eine Vergütung nach Zeitaufwand oder Stückzahlen ebenso üblich wie bei der Vereinbarung einer Arbeitnehmerüberlassung²⁹.

Für die Annahme einer freien Dienstleistung kann demgegenüber sprechen, wenn diese Vertragsgestaltung in der betreffenden Branche üblich ist³⁰. Auch kann bei Fehlen einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu berücksichtigen sein, dass die Parteien sich im Zweifel rechtskonform verhalten und dementsprechend keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vereinbaren wollten³¹. Und schließlich spricht es für die Vereinbarung einer freien Dienstleistung, wenn der Dienstleister die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erbringung der Leistung und damit das unternehmerische Risiko trägt³².

26 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 11).

27 BAG 13.5. 1992 – 7 AZR 284/91 (Fn. 19); ArbG Freiburg 30.1. 2007 – 3 Ca 174/06 (Fn. 15).

28 Hessisches LAG 19.11. 2007 – 16 Sa 569/07 (Fn. 3); BAG 1.10. 1991 – 1 ABR 75/90 (Fn. 20).

29 BAG 30.1. 1991 – 7 AZR 497/89, BAGE 67, 124; ArbG Freiburg 30.1. 2007 – 3 Ca 174/06 (Fn. 15).

30 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 11).

31 BGH 2.2. 2006 – III ZR 61/05 (Fn. 13).

32 LAG Hamm 26.11. 2010 – 10 TaBV 67/10 (Fn. 13).

d) Besonderheiten der unternehmerischen Zusammenarbeit

Ausnahmsweise kann allerdings selbst dann, wenn dem Betriebsinhaber Weisungsrechte gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters übertragen wurden, das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung zu verneinen sein. Denn nach Auffassung des BAG liegt Arbeitnehmerüberlassung nur dann vor, wenn die Überlassung zur (ausschließlichen) Förderung der Betriebszwecke des Entleihers erfolgt. Dient die Arbeitsleistung des überlassenen Arbeitnehmers demgegenüber nicht ausschließlich den Betriebszwecken des Entleihers, sondern verfolgt der Verleiher damit (zumindest auch) eigene Betriebszwecke, soll keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen³³. Dieser Rechtsprechung wird zwar entgegengehalten, dass auch die Arbeitnehmerüberlassung stets den Betriebszweck des auf Arbeitnehmerüberlassung gerichteten Betriebs des Verleihers zu fördern bestimmt ist³⁴. Nicht die Förderung bloßer Überlassungszwecke, sondern die Förderung einer über die Arbeitnehmerüberlassung hinausgehende, die eigene unternehmerische Tätigkeit betreffende Zielsetzung ist indes in diesem Zusammenhang gemeint, da sich in diesem Fall der Vertragszweck zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber nicht in der Überlassung der Arbeitnehmer erschöpft. Welche Qualität oder Intensität allerdings die Förderung eigener Betriebszwecke bei der unternehmerischen Zusammenarbeit aufweisen muss, um die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen, ist von der Rechtsprechung bislang nicht abschließend konturiert worden. Anerkannt ist das Nicht-Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung bei unternehmensübergreifendem Arbeitseinsatz innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs³⁵ wie auch bei der nur teilweisen Ausgliederung gesetzlich vorgeschriebener Lagerungspflichten³⁶.

5. Rechtliche Vorteile der Unternehmensdienstleistung gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung

In rechtlicher Hinsicht liegen die Vorteile der Industriedienstleistung aus Sicht der Unternehmen neben einer Begrenzung der eigenen Tätigkeit auf die unternehmerischen Kernkompetenzen maßgeblich in der Vermeidung der mit der Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Nachteile.

33 BAG 25.10. 2000 – 7 AZR 487/99, BAGE 96, 150; BAG 26.4. 1995 – 7 AZR 850/94, BAGE 80, 46; OLG Koblenz 16.1. 2003 – 5 U 885/02, EzAÜG § 9 AÜG Nr. 11.

34 Hamann, in: Schüren (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, § 1 AÜG Rn. 88.

35 BAG 3.12. 1997 – 7 AZR 764/96, BAGE 87, 186.

36 BAG 25.10. 2000 - 7 AZR 487/99 (Fn. 33).

a) Wirtschaftliche Vorteile der Dienstleistung

Der Grundsatz des *Equal Pay/Equal Treatment* gemäß § 9 Nr. 2 AÜG gebietet es, überlassenen Arbeitnehmern dieselben wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren wie den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleiher. Zwar können Tarifverträge hiervon abweichende Regelungen vorsehen, doch hat die jüngere Rechtsprechung zur mangelnden Wirksamkeit der Tarifverträge der CGZP³⁷ gezeigt, dass das Vertrauen in die tarifvertragliche Abbedingung des *Equal Pay*-Grundsatzes nur begrenzt sein kann. Die jüngst kodifizierten Änderungen des AÜG³⁸ führen weitere Beschränkungen ein. So kann gemäß § 3a AÜG n.F. durch Rechtsverordnung zukünftig eine Lohnuntergrenze eingeführt werden, die die tarifvertragliche Abweichung von dem Grundsatz des *Equal Pay* begrenzen soll. Auch verhindert die sogenannte „Drehtür-Klausel“ in § 9 Nr. 2 AÜG n.F. eine tarifvertragliche Abweichung vom *Equal Pay*-Grundsatz gegenüber Arbeitnehmern, die innerhalb der vorangegangenen sechs Monate bei dem Entleiher oder einer mit diesem im Konzern verbundenen Gesellschaft ausgeschieden sind. Zwar trifft die Verpflichtung zur Gewährung der Arbeitsbedingungen nicht den Entleiher, sondern den Verleiher, § 9 Nr. 4 AÜG. Der Entleiher haftet jedoch gemäß § 28e Abs. 2 SGB IV für die ordnungsgemäße Entrichtung der hierauf entfallenden Sozialabgaben.

Mit dem vollständigen Inkrafttreten des AÜG-Änderungsgesetzes zum 1.12. 2011 wird der Entleiher selbst darüber hinaus – vorbehaltlich eines sachlichen Differenzierungsgrundes – gemäß § 13b AÜG n.F. verpflichtet, überlassenen Arbeitnehmern den Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten, wie Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmitteln, unter den gleichen Bedingungen wie der Stammebelegschaft zu gewähren. Der Verstoß gegen diese Verpflichtung ist bußgeldbewehrt.

b) Bürokratische Vorteile der Dienstleistung

Die mit der Arbeitnehmerüberlassung angestrebte Flexibilität im Personaleinsatz ist zudem durch zahlreiche formale Pflichten eingeschränkt worden, die die Rechtsprechung mittlerweile aufgestellt hat. So muss ein Arbeitgeber beispielsweise Arbeitsplätze, die dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen, vor der Einstellung intern ausgeschrieben

37 BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289; vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg 20.9. 2011 – 7 Sa 1318/11, juris, zur rückwirkenden Unwirksamkeit der Tarifverträge, und ArbG Herford 4.5. 2011 – 2 Ca 144/11, AiB 2011, 551, zur Unwirksamkeit der mehrgliedrigen Nachfolgetarifverträge der Einzelgewerkschaften.

38 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 28.4. 2011, BGBl. 2011 I, S. 642.

haben³⁹. Der Arbeitgeber muss weiter geprüft haben, ob der Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann, und hierzu Verbindung mit der Bundesagentur aufgenommen haben⁴⁰. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat vor dem Einsatz jedes einzelnen Leiharbeitnehmers gemäß § 99 BetrVG beteiligen und dabei den Namen des Leiharbeitnehmers mitteilen⁴¹. In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat zudem gemäß § 95 Abs. 2 BetrVG Auswahlrichtlinien über die Einstellung von Leiharbeitnehmern erzwingen⁴². Bereits beschäftigten Leiharbeitnehmern muss der Entleiher darüber hinaus ab dem 1.12. 2011 gemäß § 13a AÜG n.F. freie Stellen im Betrieb oder Unternehmen zur Kenntnis bringen. Auch der Verstoß gegen diese Verpflichtung ist bußgeldbewehrt.

Demgegenüber genügt es bei dem Einsatz externer Dienstleister, den Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG zu unterrichten und ihm zur Überprüfung etwaiger Mitbestimmungsrechte die Verträge mit dem Dienstleister vorzulegen⁴³.

c) Strategische Erwägungen

Die Wahl der Industriedienstleistung anstelle der Arbeitnehmerüberlassung kann überdies dazu beitragen, auf spätere betriebliche Entwicklungen flexibler reagieren zu können.

Einem künftigen Personalabbau beispielsweise steht der Einsatz externer Dienstleister nicht im Wege. Die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern an auf Dauer angelegten Arbeitsplätzen kann demgegenüber einer betriebsbedingten Kündigung eigener, vergleichbarer Arbeitnehmer entgegenstehen⁴⁴.

Denkbar ist auch, die zunehmend in Verruf geratenen konzerninternen Personaldienstleistungsgesellschaften durch konzerninterne Dienstleistungsgesellschaften zu ersetzen. Wenngleich die Rechtsprechung die Konstruktion der konzerninternen Personaldienstleistungsgesellschaften

39 BAG 1.2. 2011 – 1 ABR 79/09, NZA 2011, 703.

40 BAG 23.6. 2010 – 7 ABR 3/09, EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 14; zur Kritik vgl. *Gussen*, Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG als Arbeitgeberkorsett für die Einstellung von Leiharbeitnehmern, NZA 2011, 830.

41 BAG 9.3. 2011 – 7 ABR 137/09, NZA 2011, 871.

42 *Gussen*, NZA 2011, 830.

43 LAG Köln 21.7. 2010 – 9 TaBV 6/10 (Fn. 14); BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90 (Fn. 12).

44 LAG Köln 27.6. 2011 – 2 Sa 1369/10, juris; LAG Hamm 27.5. 2011 – 10 Sa 2043/10, juris.

überwiegend nicht als rechtsmissbräuchlich ansieht⁴⁵, unterliegt sie doch zunehmenden Restriktionen. So geht das BAG entgegen früherer Rechtsprechung⁴⁶ mittlerweile davon aus, dass bei einer konzernangehörigen Überlassungsgesellschaft Gewinnerzielungsabsicht und damit die Gewerbmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung gegeben ist, wenn zwischen dem Verleihunternehmen und der Konzernmutter ein Gewinnabführungsvertrag besteht⁴⁷. Zudem wird § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. im Hinblick auf die Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG ab dem 1.12. 2011 nicht mehr auf die Gewinnerzielungsabsicht, sondern auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Verleihers abstellen, so dass konzerninterne Überlassungsgesellschaften spätestens dann dem Anwendungsbereich des AÜG uneingeschränkt unterfallen werden.

Schließlich kann auch die Planbarkeit späterer Betriebsübergänge durch die Wahl externer Dienstleister erhöht werden. Der EuGH hat mit Urteil vom 21.10. 2010⁴⁸ entschieden, dass als Veräußerer im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG auch ein Konzernunternehmen gelten kann, an das ein Leiharbeiter von einem anderen Konzernunternehmen dauerhaft entliehen worden ist. Denkbare Rechtsfolge könnte sein, dass im Falle eines Betriebsübergangs an eine nicht konzernangehörige Gesellschaft nicht nur die Arbeitsverhältnisse der eigenen Arbeitnehmer, sondern auch diejenigen der dauerhaft von einer konzerninternen Überlassungsgesellschaft ausgeliehenen Arbeitnehmer auf den Betriebserwerber übergehen⁴⁹. Zur Begründung führt der EuGH aus, dass bei der Arbeitnehmerüberlassung Teilfunktionen eines Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher übertragen werden. Dies ist indes bei der externen Dienstleistung gerade nicht der Fall, so dass auch der EuGH in einer solchen Konstellation nicht von der Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG ausgehen dürfte.

III. Umstellung von der Eigenbeschäftigung auf die Industriedienstleistung

Die Umstellung von der Beschäftigung eigener Arbeitnehmer auf die Industriedienstleistung wirft arbeitsrechtliche Fragen insbesondere im Hinblick

45 BAG 21.7. 2009 – 1 ABR 35/08, BAGE 131, 250; LAG Niedersachsen 28.2. 2006 – 13 TaBV 56/05, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 64; anderer Ansicht LAG Schleswig-Holstein 18.6. 2008 – 3 TaBV 8/08, EzAÜG § 1 AÜG Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung Nr. 19.

46 BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04, EzAÜG § 1 AÜG Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung Nr. 13.

47 BAG 9.2. 2011 – 7 AZR 32/10, NZA 2011, 791.

48 EuGH 21.10. 2010 – C-242/09, EuZA 4 (2011), 537 mit Anmerkung Raab = NZA 2010, 1225 (Albron Catering).

49 Vgl. hierzu bereits Mengel, Konzerneigene Arbeitnehmerüberlassung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Arbeitsrecht im Konzern, 2010, S. 65.

auf das Schicksal der von der Aufgabenverlagerung betroffenen Arbeitnehmer auf.

1. Kündigung wegen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs

Die Entscheidung, betriebliche Aufgaben zukünftig nicht mit eigenen Arbeitnehmern zu erfüllen, sondern von einem externen Dienstleister erbringen zu lassen, ist als Bestandteil der unternehmerischen Freiheit gemäß Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützt. Werden diese Aufgaben zukünftig nicht mehr innerbetrieblich wahrgenommen, sondern einem Dienstleister zur selbständigen Durchführung übertragen, ist dies als eine die Arbeitsgerichte grundsätzlich bindende Unternehmerentscheidung anzuerkennen, die ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine betriebsbedingte Kündigung der betroffenen Arbeitnehmer darstellen kann⁵⁰.

Die Auslagerung von Aufgaben an einen externen Dienstleister weist daher insoweit einen entscheidenden Vorteil gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung auf: Die unternehmerische Entscheidung, Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr von eigenen Arbeitnehmern, sondern von Leiharbeitnehmern erledigen zu lassen, rechtfertigt nach ganz herrschender Auffassung jedenfalls dann nicht die betriebsbedingte Kündigung der eigenen Arbeitnehmer, wenn es sich um auf Dauer angelegte Arbeitsplätze handelt⁵¹. Denn aufgrund der Entscheidung, auch künftig weisungsunterworfen, wenn auch nicht eigene Arbeitnehmer zu beschäftigen, bleibt der Beschäftigungsbedarf innerhalb des Betriebs unverändert erhalten.

2. Abgrenzung: Betriebsübergang oder Funktionsnachfolge

Die Auslagerung von Aufgaben auf einen externen Dienstleister kann sich allerdings auch als Betriebs(teil)übergang im Sinne von § 613a BGB darstellen, der eine Kündigung der betroffenen Arbeitnehmer verbietet, deren Arbeitsverhältnisse vielmehr auf den Dienstleister überleiten würde. Sowohl bei der Bewertung als auch bei der Vorbereitung einer Aufgabenverlagerung an einen externen Dienstleister ist daher das Vorliegen der Voraussetzungen des § 613a BGB sorgfältig zu prüfen.

50 BAG 16.12. 2004 – 2 AZR 66/04, NZA 2005, 761; BAG 29.9. 1996 – 2 AZR 200/96, BAGE 84, 209; BAG 30.4. 1987 – 2 AZR 184/86, BAGE 55, 262; LAG Rheinland-Pfalz 11.11. 2010 – 11 Sa 289/10 (Fn. 1).

51 LAG Köln 27.6. 2011 – 2 Sa 1369/10 (Fn. 44); LAG Hamm 27.5. 2011 – 10 Sa 2043/10 (Fn. 44); *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 1 KSchG Rn. 256 mit weiteren Nachweisen; ebenso BAG 25.2. 2009 – 7 ABR 61/07, EzAÜG § 78a BetrVG Nr. 112.

a) **Übertragung eines organisatorisch abgrenzbaren Betriebsteils**

§ 613a BGB setzt die Übertragung eines Betriebes *in toto* oder eines Betriebsteils voraus, der nach ständiger Rechtsprechung des EuGH bereits bei dem Veräußerer die Qualität einer organisatorisch abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit besessen haben muss⁵². Eine wirtschaftliche Einheit besteht aus einer „organisatorischen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“⁵³. Die Übertragung einer nicht derart eigenständigen organisatorischen Einheit stellt keinen Betriebsübergang dar, auch wenn mit dieser Einheit bei dem Erwerber ein neuer, organisatorisch eigenständiger Betrieb begründet wird⁵⁴. Die Übertragung eines bislang einheitlich organisierten Produktionsbetriebs auf zwei rechtlich und organisatorisch selbständige Unternehmen begründet daher keinen Betriebsübergang⁵⁵, ebenso wenig die Auslagerung von Aufgaben, die in einer Produktionsschicht erfüllt werden, wenn die verschiedenen Produktionsschichten bislang nicht eigenständig organisiert waren⁵⁶.

b) **Identitätswahrung der übertragenen Einheit**

Ein Betriebsübergang setzt weiter voraus, dass die organisatorische Einheit unter Wahrung ihrer Identität auf den Erwerber übertragen wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei dieser Beurteilung eine Gesamtabwägung vorzunehmen, bei der je nach Einzelfall folgende relevante Umstände in Betracht zu ziehen sind:

- die Art des Betriebs oder Unternehmens;
- der Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude, Maschinen und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung;
- der Wert der übernommenen immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation;
- die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, also des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals;

52 BAG 27.1. 2011 – 8 AZR 326/09, EzA-SD 2011 Nr. 13, 8; BAG 16.2. 2006 – 8 AZR 204/05, EzA § 613a BGB Nr. 46.

53 BAG 27.9. 2007 – 8 AZR 941/06, BAGE 124, 159; BAG 26.8. 1999 – 8 AZR 718/98, EzA § 613a BGB Nr. 185.

54 BAG 27.9. 2007 – 8 AZR 941/06 (Fn. 53).

55 BAG 28.4. 2011 – 8 AZR 709/09, juris; BAG 23.9. 2010 – 8 AZR 567/09, EzA § 613a BGB Nr. 120.

56 BAG 27.9. 2007 – 8 AZR 941/06 (Fn. 53).

- der etwaige Übergang der Kundschaft und der Lieferantenbeziehungen;
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten;
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit⁵⁷.

Die Wahrung der Identität kann sich daher aus dem Übergang sachlicher und immaterieller Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräften, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden herleiten⁵⁸, wobei es auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände ankommt⁵⁹. Bei der Auslagerung von Aufgaben auf einen externen Dienstleister sind typischerweise insbesondere die nachfolgenden Fragestellungen zu bewerten:

- *Übertragung der Dienstleistung als Funktionsnachfolge.* Eine Funktionsnachfolge in dem Sinne, dass der Dienstleister zukünftig eine bislang von dem Dienstherr selbst wahrgenommene Aufgabe erfüllt, stellt grundsätzlich keinen Betriebsübergang dar. Zwar kann die Übernahme eines Auftrags oder eines (Haupt-) Kunden im Rahmen der Gesamtabwägung indiziell für einen Betriebsübergang sprechen; die Auftragsnachfolge allein ohne die zusätzliche Übernahme materieller oder immaterieller Betriebsmittel begründet allerdings keinen Betriebsübergang⁶⁰.
- *Übertragung der identitätsstiftenden Betriebsmittel.* Ein Betriebsübergang kann nur dann vorliegen, wenn die identitätsstiftenden Merkmale der organisatorischen Einheit übergehen, die es dem Erwerber ermöglichen, den Betrieb im Wesentlichen unverändert fortzuführen. Welche Betriebsmittel für die Identität der organisatorischen Einheit von Bedeutung sind, hängt maßgeblich von der Art des jeweiligen Betriebs ab. Bei betriebsmittelarmen und dienstleistungsorientierten Betriebszwecken, bei denen es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit in diesem Sinne darstellen.

57 EuGH 24.1. 2002 – C-51/00, Slg. 2002, I-969 (Temco); BAG 22.5. 1997 – 8 AZR 101/96, BAGE 86, 20; BAG 13.11. 1997 – 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115.

58 BAG 26.6. 1997 – 8 AZR 426/95, BAGE 86, 148; BAG 12.11. 1998 – 8 AZR 282/97, BAGE 90, 163; BAG 22.1. 1998 – 8 AZR 775/96, EZA § 613a BGB Nr. 162.

59 BAG 2.12. 1999 – 8 AZR 796/98, EZA § 613a BGB Nr. 188.

60 BAG 15.2. 2007 – 8 AZR 431/06, BAGE 121, 289; BAG 24.8. 2006 – 8 AZR 317/05, EZA § 613a BGB 2002 Nr. 60; EuGH 11.3. 1997 – C-13/95, Slg. 1997, I-1259 (Ayse Süzen).

Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat⁶¹. In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang demgegenüber auch ohne Übernahme von Personal vorliegen⁶². Ist der Betrieb (zumindest auch) von den eingesetzten Betriebsmitteln geprägt, kann eine identitätswahrende Übertragung zudem nur stattfinden, wenn (zumindest auch) die wesentlichen, den Wertschöpfungsprozess bestimmenden sächlichen Betriebsmittel übertragen werden⁶³. Dabei liegt ein betriebsmittelgeprägter Betrieb nur dann vor, wenn die Dienstleistung mit – und nicht lediglich an – den sächlichen Betriebsmitteln erbracht wird⁶⁴.

Werden bei einem (auch) betriebsmittelgeprägten Betrieb daher Arbeitnehmer und sächliche Betriebsmittel voneinander getrennt und von zwei rechtlich selbständigen Unternehmen übernommen, so liegt in beiden Fällen kein Betriebsübergang vor. Der Sachverhalt, über den das BAG in der Entscheidung vom 23.9.2010⁶⁵ zu entscheiden hatte, belegt dies sehr anschaulich:

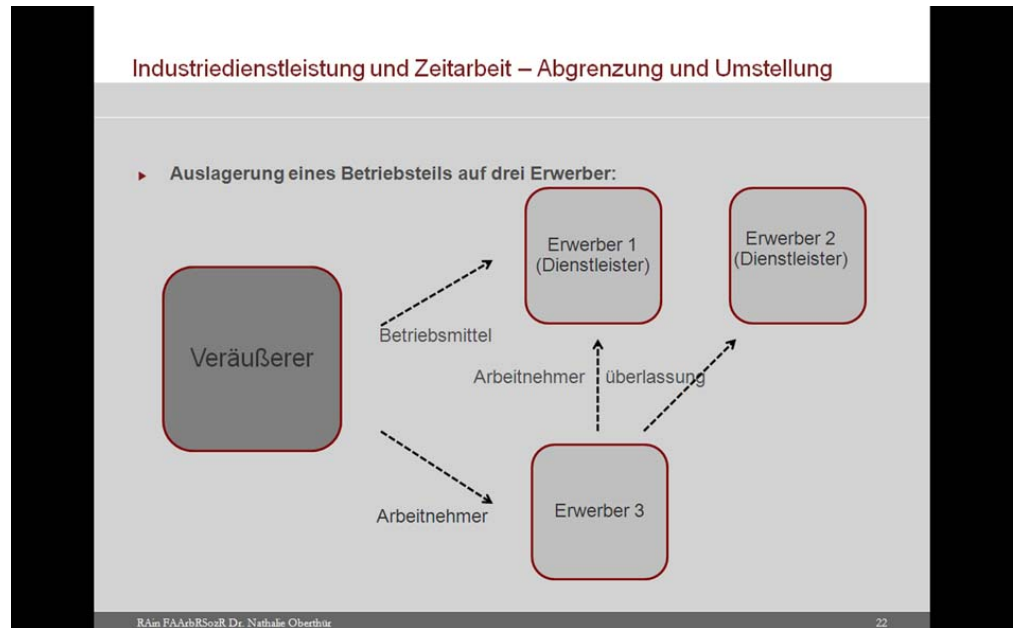
61 BAG 24.5.2005 – 8 AZR 333/04, EZA § 613a BGB 2002 Nr. 37.

62 BAG 15.2.2007 – 8 AZR 431/06 (Fn. 60); BAG 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, BAGE 117, 361.

63 BAG 23.9.2010 – 8 AZR 567/09 (Fn. 55); BAG 15.2.2007 – 8 AZR 431/06 (Fn. 60).

64 BAG 27.1.2011 – 8 AZR 326/09 (Fn. 52); BAG 13.6.2006 – 8 AZR 271/05, EZA § 613a BGB 2002 Nr. 53.

65 BAG 23.9.2010 – 8 AZR 567/09 (Fn. 55).



In dieser Konstellation stellt die Übernahme der Arbeitnehmer durch Erwerber 3 keinen Betriebsübergang dar, da der Betrieb betriebsmittelgeprägt war, so dass die Arbeitnehmer allein nicht das identitätsstiftende Substrat darstellten. Zudem ist Betriebszweck des Erwerbers nicht mehr die Erbringung der bisherigen Produktionsaufgaben, sondern die Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte. Auch diese Änderung des Betriebszwecks steht der Annahme eines Betriebsübergangs jedenfalls dann entgegen, wenn der Verleiher mit den übernommenen Arbeitnehmern nicht nur konzernintern tätig wird, sondern auch am freien Markt auftritt⁶⁶. Dies gilt selbst dann, wenn die Arbeitnehmer von dem neuen Arbeitgeber zur Erbringung ihrer bisherigen Tätigkeit an den Erwerber der sächlichen Betriebsmittel ausgeliehen werden.

Ein Betriebsübergang auf die Erwerber 1 und 2 wird dadurch vermieden, dass die bisherige organisatorische Einheit aufgeteilt wird. Da die einzelnen Produktionsbereiche bei dem Veräußerer nicht eigenständig organisiert gewesen sind, liegt keine übertragungsfähige

66 BAG 23.9.2010 – 8 AZR 567/09 (Fn. 55); BAG 21.5.2008 – 8 AZR 481/07, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 96.

Einheit vor, so dass nicht ein Betriebsübergang, sondern eine bloße Veräußerung sächlicher Betriebsmittel vorliegt.

- *Eingliederung in eine eigenständige Organisation des Dienstleisters.* Seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Klarenberg⁶⁷ ist anerkannt, dass grundsätzlich auch die Organisation des übertragenen Betriebsteils zu den Kriterien für die Bestimmung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit gehört. Allerdings muss der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren; es genügt, dass dieser die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen⁶⁸. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die bisherigen Produktionsfaktoren – Arbeitnehmer und sächliche Betriebsmittel – weiterhin zur Erledigung ihrer bisherigen Aufgaben eingesetzt werden, auch wenn sie in eine bereits bestehende, eigenständige Organisation des Dienstleisters eingegliedert werden⁶⁹.

c) Grundsatz der organisatorischen Gestaltungsfreiheit

Das Vorliegen eines Betriebsübergangs hängt damit zum einen von der betrieblichen Organisation vor der Auslagerung ab, zum anderen von Art und Umfang der gegebenenfalls auf einen oder mehrere Dienstleister übertragenen Produktionsfaktoren. Die organisatorische Gestaltung der betrieblichen Abläufe liegt daher in der unternehmerischen Freiheit des Veräußerers; die Anwendbarkeit des § 613a BGB kann daher in nicht unerheblichem Umfang gesteuert werden. Diese Gestaltungsfreiheit wird von den Arbeitsgerichten auch respektiert. § 613a BGB verbietet nicht die Gestaltung von wirtschaftlichen Prozessen derart, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vermieden werden. Der Arbeitgeber ist vielmehr befugt, Rechtsgeschäfte so zu gestalten, dass § 613a BGB nicht eingreift⁷⁰. Die Neuvergabe eines Dienstleistungsauftrags kann und darf daher durch ausreichende Planung so gestaltet werden, dass eine bloße, die Anwendung des § 613a BGB ausschließende Funktionsnachfolge vorliegt.

67 EuGH 12.2. 2009 – C-466/07, Slg. 2009, I-803 = EuZA 2 (2009), 513 mit Anmerkung *Bieder* (Klarenberg).

68 EuGH 12.2. 2009 – C-466/07 (Fn. 67) (Klarenberg); dem folgend BAG 22.1. 2009 – 8 AZR 158/07, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 107.

69 ArbG Düsseldorf 11.3. 2011 – 10 Ca 6310/10, BB 2011, 1076.

70 BAG 27.9. 2007 – 8 AZR 941/06 (Fn. 53); zu den Grenzen des Rechtsmissbrauchs vgl. BAG 26.9. 2002 – 2 AZR 636/01, BAGE 103, 31.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ganz herzlichen Dank, Frau *Oberthür*, für den schönen Vortrag, der Zuordnungs- und Organisationsfragen geklärt hat, die vorher noch unbeantwortet im Raum gegangen haben. Ich darf die erste Wortmeldung aufrufen.

Dr. Adrian Hurst, Hurst Consult, Bonn:

Frau Dr. *Oberthür*, vielen Dank für die Abgrenzungen. Ich habe noch zwei kleine Nachfragen. Sie haben sich in Ihrem Vortrag sehr auf die Weisungsgebundenheit gestürzt, beschränkt und sind über die sonstigen Indizien relativ zügig hinweggegangen, wo ich noch zwei Nachfragen hätte. Zum einen sagten Sie, die Vergütung nach Stundensätzen sei unerheblich. Meines Erachtens gibt es ein BAG-Urteil, das zugegebenermaßen relativ alt ist, aus den 1980er Jahren, aber sagt: „Die Abrechnung nach Arbeitsstunden ist ein eindeutiges Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung.“ Wenn Sie mir da noch einmal weiterhelfen könnten?

Die zweite Sache war: Gleichartige Tätigkeiten durch eigene Arbeitnehmer sind unerheblich. Ich war immer der Meinung, dass es ein schwerwiegendes Abgrenzungskriterium ist, dass der Dienstleister eine eigenständige, selbständige, abgrenzbare Dienstleistung erfüllt und nicht Kernkompetenzen ausübt, die eigentlich in den Kundenbetrieb gehören. Wenn Sie mir da auch noch einmal weiterhelfen könnten?

Dr. Nathalie Oberthür, R P O Rechtsanwälte, Köln:

Sie sprechen völlig zu Recht an, dass die Rechtsprechung sich gewandelt hat, sich deutlich gewandelt hat. Es gibt auch ältere BAG-Rechtsprechung, die sagt, dass die Ausübung von Tätigkeiten, die auch Arbeitnehmer des Betriebsinhabers ausüben müssen, gravierendes Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sei, genau wie auch die Vergütung nach Stundensätzen man früher nicht als wesentliches Kriterium, aber als Indiz dafür gesehen hat. Das ist so gewesen; das ist allerdings mittlerweile, wenn Sie einmal die Rechtsprechung analysieren, völlig anders geworden, weil man eben nicht mehr auf den äußeren Anschein abstellt, sondern wirklich auf die Frage: Ist jemand persönlich abhängig? Und das zeichnet sich aus durch die Weisungsunterworfenheit. Das Beispiel mit der ähnlichen Tätigkeit: Ich nehme noch einmal mein Beispiel mit dem Nahverkehrsunternehmen. Da

werden Buslinien betreut, 50 eigene Mitarbeiter fahren die Strecken A bis M und die anderen Mitarbeiter des Dienstleisters betreuen andere Strecken. Ähnlicher kann es nicht mehr sein und doch sagt die Rechtsprechung: „Darauf kommt es nicht mehr an.“ Man ist in der Rechtsprechung mittlerweile sehr weit weggegangen von diesen äußerlichen Anscheinmerkmalen und stellt darauf überhaupt nicht mehr ab. Ich meine, das muss auch richtig sein. Nehmen wir die Poststelle beispielsweise; wir haben Mitarbeiter, die verantwortlich sind für die Betreuung der externen Eingangspost und wir haben einen Dienstleister, der die Dienstleistung erbringt über die Betreuung der internen Post. Sie machen faktisch dasselbe, aber wir haben eine abgrenzbare Dienstleistung, die in ihrem Inhalt nicht anders sein muss, aber abgrenzbar ist. Das ist letztlich das Merkmal, auf das es ankommt.

Professor Dr. Wolfgang Hamann, Universität Duisburg-Essen:

Ich habe eine Frage zur Klarenberg-Entscheidung. Wenn ich mich recht entsinne, stand im Leitsatz des EuGH-Urteils, dass die Möglichkeit, dass beim Erwerber die Identität der Produktionsfaktoren gewahrt wird, schon ausreicht, um einen Betriebsübergang anzunehmen. Um das einmal auf ein Beispiel zu bringen: Ich übernehme einen Reinigungsauftrag und übernehme die Reinigungskolonie gleich mit. Wäre normalerweise ein klassischer Fall eines Betriebsübergangs. Jetzt kann ich den Betriebsübergang dadurch vermeiden, dass ich die personellen Betriebsmittel – also die Reinigungskräfte – in meinen Reinigungsbetrieb integriere, also gerade nicht dort in dem Objekt mehr einsetze, sondern bei anderen Auftraggebern einsetze. Würden Sie sagen, dann läge kein Betriebsübergang vor?

Nathalie Oberthür:

So würde ich das sehen. Wenn Sie bei dem Beispiel bleiben mit den Reinigungskräften: Der EuGH sagt, es ist unschädlich, wenn ich Mitarbeiter integriere in die eigene Organisation, solange diese funktionelle Verknüpfung der bisherigen Organisation noch erhalten bleibt. Wenn Sie also Reinigungskräfte übernehmen, die Sie zwar in Ihre eigene Organisation eingliedern, sie bekommen einen neuen Vorgesetzten, wie auch immer, aber sie werden immer noch eingesetzt, um das alte Objekt zu betreuen, dann haben Sie diese funktionelle Verknüpfung. Wenn Sie sie völlig neu integrieren und sagen: „Der eine kommt hierhin, zwei davon machen das Objekt“ und sie spalten diese Organisation auf, die man vorher hatte, diese Verknüpfung letztlich, dann meine ich, haben Sie keinen Betriebsübergang mehr.

Dr. Jörg-Frederic von Walcke-Wulffen, BASF SE, Ludwigshafen:

Ich habe eine Frage zur tatsächlichen Eingliederung: Meistens stellt man auf die Planbarkeit ab und wenn man einen bestimmten Dienstleistungsplan hat, dann ist alles in Ordnung. Wenn es aber eine Betriebsstörung gibt, wie geht man mit solchen Situationen um? Durch die kaufmännische Entscheidung, etwas auszugliedern, hat man keine eigenen Arbeitskräfte mehr zur Verfügung.

Nathalie Oberthür:

Wenn Sie das noch einmal klarer fassen können. Was meinen Sie, wie geht man damit um? Wenn Sie einen bestimmten Prozess ausgegliedert haben und irgendetwas in den Abläufen funktioniert nicht, dann muss der Dienstleister dafür sorgen, dass es funktioniert.

Jörg-Frederic von Walcke-Wulffen:

Ich konkretisiere es: Es geht zum Beispiel um Isolierer, die Isolierungsarbeiten machen müssen. Sie sind für die Wartungsarbeiten zuständig, die natürlich planbar sind. Aber im Fall von Betriebsstörungen besteht die Notwendigkeit, auch *ad hoc*-Arbeiten auszuführen und dort ist der Weg über den Dienstleister zu gehen schwierig. Da werden die Weisungen direkt erteilt. Wie sehen Sie solche Situationen?

Nathalie Oberthür:

Ich sehe unproblematisch eine Vereinbarung, die dahin geht, dass man in Notfällen Einzelweisungen erteilen darf. Das ist von der Rechtsprechung anerkannt worden, auch wenn es im Vertrag vereinbart ist; in Notfällen darf der Dienstherr Weisungen erteilen. Das wird unproblematisch sein. Allerdings dann nicht mehr, wenn Akutfälle oder Notfälle an der Tagesordnung sind.

Richard Giesen:

Es muss die Ausnahme bleiben.

Dr. Joachim Wichert, aclanz Rechtsanwälte, Frankfurt/Main:

Ich habe eine Frage zu der Abgrenzung Weisungsunterworfenheit und Eingliederung in den Betrieb. Ich habe Sie so verstanden, Frau Dr. Oberthür, dass Sie gesagt haben: „Weisungsunterworfenheit ist maßgeblich, nicht sonstige Eingliederung.“ Dann stelle ich mir allerdings die Frage, ob das nicht betriebsverfassungsrechtlich weitere Konsequenzen hat. Denn dann könnte in verschiedenen Fallkonstellationen doch § 99 BetrVG einschlägig sein, und zwar immer dann, wenn die Mitarbeiter des Dienstleisters nicht weisungsunterworfen, wohl aber im Übrigen eingegliedert sind. Etwa wenn die eine Schicht von Mitarbeitern des Dienstleisters gemacht wird, die andere Schicht von eigenen Mitarbeitern. Wenn es engere Berührungspunkte gibt, dann können auch Situationen darunter sein, die eine Anwendung des § 99 BetrVG begründen oder die den dortigen Zustimmungsverweigerungsgründen zuzuordnen sind.

Die zweite Frage im Anschluss daran: Wie steht es mit Betriebsvereinbarungen? Muss man nicht auch überlegen, dass dann, wenn Mitarbeiter von Dienstleistern nicht weisungsunterworfen, aber im Übrigen eingegliedert sind, Betriebsvereinbarungen des Entleiherbetriebs anwendbar sind? Wie soll man das handhaben?

Nathalie Oberthür:

Das sind zwei Punkte: Das eine ist die Frage: Inwieweit müssen Sie den Betriebsrat beteiligen nach § 99 BetrVG bei der Eingliederung? Ja, jeder Mitarbeiter eines externen Dienstleisters, der eingegliedert ist, unterliegt der Beteiligung nach § 99 BetrVG. Das ist ganz klar. Wobei das natürlich fließend ist. In dem Moment, wo Sie den Mitarbeiter eines Dienstleisters so in den Betrieb eingegliedert haben, dass der Betriebsrat zuständig ist, werden Sie auch nahe an der Arbeitnehmerüberlassung sein. Denn eingegliedert ist er nur, wenn er so in den Prozess eingebunden ist, dass er weisungsunterworfen ist. Ansonsten ist er nicht in den Betrieb eingegliedert. Das heißt, das geht aus meiner Sicht konform: Entweder habe ich den Erfüllungsgehilfen eines Dienstleisters – er ist nicht eingegliedert, da muss ich den Betriebsrat nicht beteiligen – oder ich gliedere ihn tatsächlich ein, dann muss natürlich auch der Betriebsrat beteiligt werden.

Zweite Frage: Finden Betriebsvereinbarungen Anwendung auf die Mitarbeiter des Dienstleisters, selbst wenn sie eingegliedert sind? Ich meine: Nein, denn das BetrVG findet Anwendung nach § 5 auf die Arbeitnehmer. Arbeitnehmer sind diejenigen, die in einem Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber stehen, so dass wir dort sicherlich nicht in den persönlichen Anwendungsbereich kommen. Wohingegen: § 99 BetrVG stellt nicht auf

den Arbeitnehmer und auf den Arbeitsvertrag ab, sondern auf die tatsächliche Eingliederung.

Richard Giesen:

Es wäre eventuell noch das Risiko des entstehenden Gemeinschaftsbetriebs.

Nathalie Oberthür:

Natürlich.

Richard Giesen:

Haben wir noch weitere Wortmeldungen? Ich sehe das nicht. Dann darf ich uns in die Mittagspause entlassen und Frau Dr. *Oberthür* noch einmal ganz herzlich danken. Die Mittagspause endet pünktlich um 13.45 Uhr. Dann sehen wir uns wieder.

Arbeitsrechtliche Verantwortung des Auftraggebers für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer?

Richard Giesen

Seite

| | |
|---|----|
| I. Rechtliche Grundstrukturen des Einsatzes von Industriedienstleistern | 66 |
| II. Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber dem Industriedienstleister und seinen Arbeitnehmern | 68 |
| 1. Arbeitsschutzpflichten im Arbeitsverhältnis..... | 68 |
| 2. Grundsätzliche Zuordnung der technischen Arbeitsschutzverantwortung beim Dienstleister | 69 |
| 3. Technische Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers | 72 |
| 4. Zusätzliche zivilrechtliche Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers | 74 |
| III. Haftungsfreistellung nach §§ 104 ff. SGB VII bei der Verletzung von Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters | 75 |
| IV. Fazit | 78 |
| Diskussion | 79 |

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit (München 2012), S. 65-78

I. Rechtliche Grundstrukturen des Einsatzes von Industriedienstleistern

Die Tätigkeit des Industriedienstleisters lässt sich wie folgt umschreiben:

- Der Industriedienstleister führt Arbeiten im Betrieb des Auftraggebers durch, und zwar selbst und/oder mit seinen Arbeitnehmern. Diese Arbeiten können Leistungen betreffen, die der Auftraggeber zuvor selbst mit Hilfe eigener Arbeitnehmer oder mit Hilfe von Leiharbeitnehmern durchgeführt hat.
- Der Einsatz erfolgt durch Arbeitnehmer des Dienstleisters oder durch den Dienstleister selbst. Das bedeutet, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister beziehungsweise dessen Arbeitnehmern kein Arbeitsverhältnis besteht. Ausgeschlossen ist damit auch das Arbeitsverhältnis mit einer Mehrzahl von Arbeitgebern (Auftraggeber und Auftragnehmer), wie es etwa bei Arbeitsgemeinschaften – ARGEn – mehrerer Arbeitgeber vorkommen kann¹.
- Zudem liegt auch keine Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit) vor. Das heißt insbesondere, dass der Auftraggeber gegenüber den eingesetzten Personen kein Direktionsrecht innehat und auch kein Direktionsrecht ausüben kann. Jegliche Anweisungen erfolgen auf der Grundlage der Konkretisierung dienstvertraglicher Pflichten. Diese Konkretisierung geht nicht so weit, dass am Ende doch Leiharbeit oder ein unmittelbar bestehendes Arbeitsverhältnis angenommen werden kann².
- Der Einsatz erfolgt für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer im fremden Betrieb. Das bedeutet, dass Auftraggeber und Dienstleister keinen Gemeinschaftsbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG unterhalten. Die fehlende Betriebszugehörigkeit des Dienstleisters und seiner Arbeitnehmer führt dazu, dass die beim Auftraggeber bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Regeln, also insbesondere die bei ihm anzuwendenden Betriebsvereinbarungen, für sie nicht gelten. Bezüglich einer möglichen Betriebsratsbeteiligung im Zusammenhang mit der Einsatzvereinbarung, insbesondere nach §§ 87, 99, 111 f. BetrVG sei auf den Beitrag „Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb“ von *Martin Franzen* verwiesen (in diesem Band S. 85 ff.). Der Einsatz im fremden Betrieb hat außer-

1 Siehe *Thüsing*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2010, Vor § 611 BGB Rn. 125.

2 Siehe *Kalb*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 2), § 1 AÜG Rn. 12 ff., insbesondere Rn. 17 ff.; *Steuer*, *Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland*, 2009, S. 48 ff.

dem zur Folge, dass die nach § 3 Abs. 2 TVG betriebseinheitlich geltenden Tarifvorschriften für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer nicht anzuwenden sind. Das betrifft etwa tarifvertragliche Regelungen zur betrieblichen Arbeitszeit (zum Beispiel zur zeitlichen Positionierung von Schichten und Pausen), Ordnungsregelungen des Tarifvertrags (Überwachungsvorschriften, Kantinenregelungen) oder Besetzungsregeln (Vorgaben für die Zahl und Qualifikation von Arbeitnehmern an bestimmten Maschinen beziehungsweise bei der Durchführung sonstiger Arbeitsabläufe).

Bei alledem darf der Auftrag an den Industriedienstleister keinen Formenmissbrauch darstellen. Er darf also nicht der Umgehung der arbeitsrechtlichen Bindungen dienen, welchen der Auftraggeber in Beziehung zu seinen eigenen Arbeitnehmern unterliegt. Diese Missbrauchsvorsorge wird durch den flexiblen Arbeitnehmerbegriff und den auf das Bestehen von Direktionsrechten abstellenden Leiharbeitsbegriff gewährleistet:

- Wenn neben der Leistungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Dienstleister beziehungsweise dessen Arbeitnehmer eine – auch konkludent begründbare – vertragliche Bindung besteht, die auf die Ausübung von Arbeitsleistungen unter dem Direktionsrecht des Auftraggebers gerichtet ist, ist diese als Arbeitsvertrag anzusehen.
- Wenn diese vertragliche Bindung nicht besteht, der Auftraggeber aber dennoch zur Direktionsrechtsausübung gegenüber dem Arbeitnehmer des Dienstleisters berechtigt wird, ist ein mit dem Industriedienstleister begründeter Arbeitnehmerüberlassungsvertrag anzunehmen (bei dessen Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 1 AÜG wiederum gemäß § 10 Abs. 1 AÜG gesetzlich eine unmittelbare arbeitsvertragliche Bindung zwischen Auftraggeber und Arbeitnehmer zustande kommt).
- Soweit die Auftragsvergabe mit einer Übertragung wesentlicher Betriebsmittel verbunden ist, kommt ein Übergang von Arbeitsverhältnissen beim Auftraggeber auf den Auftragnehmer nach § 613a Abs. 1 BGB in Betracht, welcher die betroffenen Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 BGB widersprechen können.

Fehlen solche arbeitsvertragliche Bindungen, bleibt es bei der Fremdvergabe der jeweils auszuübenden Tätigkeiten. Diese wird arbeitsrechtlich gebilligt. Das zeigt sich nicht zuletzt in der Rechtmäßigkeit betriebsbedingter Kündigungen, die nach einer Umstellung von durch eigene Arbeitnehmer durchzuführender Arbeit auf die Fremdvergabe an Selbständige ausgesprochen werden³.

3 BAG 9.5.1996 – 2 AZR 438/95, NZA 1996, 1145 (Weight Watchers); BAG 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 (Moskito); Quecke, in: Henssler/

II. Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber dem Industriedienstleister und seinen Arbeitnehmern

Damit stellt sich weiter die Frage nach der Pflichtenstellung und der Haftung des Auftraggebers bezüglich des technischen Arbeitsschutzes.

1. Arbeitsschutzpflichten im Arbeitsverhältnis

Im Arbeitsverhältnis (also auch in der Beziehung zwischen dem Dienstleister und seinen Arbeitnehmern) ist diese Pflichtenstellung unproblematisch. Jeder Arbeitgeber ist seinen Arbeitnehmern gegenüber aus dem Arbeitsvertrag nach § 618, § 241 Abs. 2 BGB vertraglich zu Schutzmaßnahmen verpflichtet. Diese Schutzpflichten werden vor allem durch die Regelungen des technischen Arbeitsschutzes konkretisiert, die in technischer und organisatorischer Hinsicht vom Arbeitgeber umfassende Vorsorge verlangen.

Die entsprechende Normierung – häufig Umsetzung europäischer Richtlinien⁴ – erfolgt in Deutschland nach dem sogenannten „dualen Arbeitsschutzsystem“. Dieses ist geprägt einerseits durch die allgemeinen staatlichen Regelungen des Arbeitsschutzes, also Gesetze wie das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), das Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG), das Chemikaliengesetz (ChemG), Verordnungen wie etwa die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), die Bildschirmarbeitsverordnung (BildscharbV), die Baustellenverordnung (BaustellV) oder die Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) sowie durch diesbezüglich ergangene Verwaltungsvorschriften. Andererseits ist das System geprägt durch die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, die als Satzungsrecht auf der Grundlage von § 15 SGB VII erlassen werden. Hier sind die Berufsgenossenschaftliche Vorschrift A1 (BGV A1) zu nennen und die jeweils branchenbezogenen Unfallverhütungsvorschriften. Beide Systeme, der sogenannte staatliche Regelungsbereich und der – letztendlich ebenfalls staatliche (vgl. § 29 SGB IV), nur auf der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung beruhende – Regelungsbereich der Unfallverhütungsvorschriften nach dem SGB VII werden zusätzlich oft durch weitere Vorschriften unterhalb des Normenniveaus ergänzt wie etwa DIN-Normen, Merkblätter usw.⁵.

Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 268; siehe dort Rn. 269 auch zum Nichtvorliegen einer unternehmerischen Entscheidung über den Wegfall von Arbeitsplätzen, wenn der Arbeitgeber lediglich von der Arbeitstätigkeit durch eigene Arbeitnehmer auf die Arbeitstätigkeit durch Leiharbeiter umstellt.

4 Siehe zum Einfluss des EU-Rechts auf das Arbeitsschutzrecht *Balze*, in: Kollmer/Klindt (Hrsg.), Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, Einleitung B Rn. 82 ff.

5 Dazu *Kollmer*, in: Kollmer/Klindt (Fn. 4), Vor § 1 Rn. 1 ff., 89 ff.

Bei Verletzung dieser Schutzpflichten haftet der Arbeitgeber prinzipiell – soweit nicht die Haftungsfreistellung gemäß §§ 104 ff. SGB VII eingreift – wegen Schutzpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 2, § 618, § 241 Abs. 2 BGB. Wenn – wie meist – die Pflichtverletzung beziehungsweise das Verschulden bei Erfüllungsgehilfen liegt, greift zusätzlich die Zurechnungsnorm des § 278 BGB. Hinzukommen gegebenenfalls weitere deliktsrechtliche Haftungstatbestände etwa nach Sondergesetzen wie dem Produkthaftungsgesetz oder aus §§ 823 ff. BGB. Im Fall der Rechtsgutverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB gilt, dass die technischen Arbeitsschutzregelungen die Sorgfaltsanforderungen konkretisieren und somit über die Frage der Fahrlässigkeit des schädigenden Arbeitgebers entscheiden. Im Fall der Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB ist es zumindest denkbar, die Arbeitsschutzregelungen als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, was allerdings bis heute nicht geklärt ist⁶. § 823 Abs. 2 BGB greift aber jedenfalls in Verbindung mit Schutzgesetzen wie etwa den strafgesetzlichen Regelungen über die fahrlässige Körperverletzung oder die fahrlässige Tötung, wobei hier wiederum die Sorgfaltsmaßstäbe des technischen Arbeitsschutzes eingreifen. Im Fall der Schädigung durch Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB greifen diese Grundsätze ebenfalls, wobei § 831 BGB für den Verrichtungsgehilfen die Begehung eines Delikts nach §§ 823 ff. BGB voraussetzt.

Bei alledem – das sei nochmals betont – kommt es im Ergebnis regelmäßig nicht zur Haftung des Arbeitgebers, da in den meisten Fällen die Haftungsfreistellung gemäß §§ 104 ff. SGB VII eingreift, auf die ich unter III noch näher zu sprechen kommen werde.

2. Grundsätzliche Zuordnung der technischen Arbeitsschutzverantwortung beim Dienstleister

Es stellt sich weiter die Frage nach den Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber dem Dienstleister und seinen Arbeitnehmern.

Hinsichtlich der unmittelbaren arbeitsvertraglichen Pflichten ist die Situation klar: Der Auftraggeber unterhält kein Arbeitsverhältnis gegenüber den Arbeitnehmern des Industriedienstleisters, und deshalb ist er ihnen auch nicht aus § 618, § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet. Die entsprechende Pflicht trifft vielmehr ausschließlich den Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer, also den Dienstleister.

Die Regeln des technischen Arbeitsschutzes beziehen sich grundsätzlich nur auf die Beteiligten des Arbeitsverhältnisses. So heißt es in § 3 Abs. 1

6 Diese Frage wird in der Literatur als akademische Frage angesehen, da der Arbeitgeber ohnehin aus Vertragspflichtverletzung und § 823 Abs. 1 BGB hafte, Kollmer, in: Kollmer/Klindt (Fn. 4), § 1 Rn. 43.

Satz 1 ArbSchG, „der Arbeitgeber“ sei verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zwecks Einflusses auf die Sicherheit und Gesundheit „der Beschäftigten bei der Arbeit“ zu treffen. Diese „Beschäftigten“ sind ausschließlich diejenigen „des Arbeitgebers“ und nicht fremder Arbeitgeber, so wie dies auch sonst in arbeitsrechtlichen Gesetzesregelungen der Fall ist (siehe etwa § 6 TzBfG, der eine Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber „den Arbeitnehmern“ betrifft, womit aber lediglich diejenigen Arbeitnehmer gemeint sind, mit denen er selbst in einer arbeitsvertraglichen Beziehung steht). Dass der technische Arbeitsschutz nur innerhalb der arbeitsvertraglichen Beziehungen greift, ergibt sich zudem aus § 618 BGB, welcher als „Transmissionsnorm“ der Überführung des öffentlich-rechtlichen technischen Arbeitsschutzes ins Arbeitsverhältnis dient.

Dennoch werden im Arbeitsschutzrecht Pflichten auch im Hinblick fremder Arbeitnehmer begründet, aber lediglich als Ausnahmen. So wird in § 8 Abs. 2 ArbSchG der Einsatz von Beschäftigten fremder Arbeitgeber im Betrieb geregelt. Danach muss sich der Betriebsinhaber, der nicht Arbeitgeber dieser Beschäftigten ist, „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“. Bei der Arbeit mehrerer Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatz greift eine Kooperationsverpflichtung der beteiligten Arbeitgeber nach § 8 Abs. 1 ArbSchG. Regelungen über nicht beim Arbeitgeber Beschäftigte enthalten auch die §§ 5, 6 BGV A1. So ist ein Auftraggeber etwa gemäß § 5 Abs. 3 BGV A1 verpflichtet, bei der Erteilung von Aufträgen an Fremdunternehmen, die in seinem Betrieb ausgeführt werden, diese bei der Gefährdungsbeurteilung bezüglich der betriebsspezifischen Gefahren zu unterstützen. Ferner hat er sicherzustellen, dass Tätigkeiten mit besonderen Gefahren durch Aufsichtführende überwacht werden. Für die Kooperation mehrerer Unternehmer am Arbeitsplatz werden in § 6 BGV A1 zusätzliche Kooperationsverpflichtungen normiert, die ebenfalls auf die Zusammenführung der an sich getrennten Verantwortungsbereiche gerichtet ist.

Die Ausnahmegesetze machen deutlich, dass die allgemeinen Regeln des gesetzlichen technischen Arbeitsschutzes jeweils nur arbeitsvertragliche Pflichten konkretisieren und nicht darüber hinaus reichen. Demnach ist auch der Ansicht zu widersprechen, welche eine Ausweitung der allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Pflichten aus dem ArbSchG auf alle in den Betrieb eingegliederten Personen nach § 99 BetrVG fordert⁷. Der Begriff der betrieblichen Eingliederung ist im Arbeitsschutzrecht nicht angelegt. Er betrifft in § 99 BetrVG die Mitbestimmung des Betriebsrats beim

7 *Pieper, Arbeitsschutzrecht*, 4. Aufl. 2009, § 2 ArbSchG Rn. 17.

Einsatz fremder Personen im Betrieb, kann aber mangels Bestehens direktionsrechtlicher Beziehungen nicht als Instrument zur Ausweitung von Arbeitsschutzpflichten dienen.

Diese Wirkungsbegrenzung der Arbeitsschutzvorschriften auf das Arbeitsverhältnis hat ihren guten Sinn. Es geht darum, Verantwortlichkeiten klar zuzuordnen. Technischer Arbeitsschutz ist nach modernem Verständnis geprägt durch organisatorische und strukturelle Vorsorge (siehe insbesondere § 3 Abs. 2 ArbSchG). Diese besteht darin, in einem dauerhaften Prozess der Beurteilung, Dokumentation und Gestaltung von Arbeitsvorgängen und Arbeitsumfeld die Gefahrenprävention nach Stand von Technik, Arbeitsmedizin, Hygiene und arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen sicherzustellen (siehe §§ 4 ff. ArbSchG). Entscheidend und gesetzlich gefordert ist somit ein ständiger Austausch zwischen den Betroffenen und der verantwortlichen Unternehmensleitung, der zu nachhaltiger Vorsorge führen soll. Ein solches prozessuales Verständnis von Arbeitssicherheit kann nur durch klar zuzuordnende Verantwortlichkeiten sichergestellt werden. Wo keine eindeutigen Verantwortlichkeiten bestehen, werden Verantwortlichkeiten nach dem Regelungsmodell des Kölner U-Bahnbaus zwischen mehreren Instanzen hin- und hergereicht, bis sie (vermeintlich) nicht mehr existieren.

Die gesetzgeberische Entscheidung ist somit deutlich. Im Regelfall wird ausschließlich dem Arbeitgeber die gesetzliche Verantwortung zur Sicherstellung des technischen Arbeitsschutzes auferlegt. Ausnahmen existieren, sind aber in § 8 Abs. 2 ArbSchG und §§ 5, 6 BGV A1 gesondert normiert. Das entspricht auch dem zugrunde liegenden Europarecht. In Art. 12 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie⁸ wird laut Überschrift die „Unterweisung der Arbeitnehmer“ geregelt. Art. 12 Abs. 1 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie begründet offensichtlich Pflichten innerhalb des jeweiligen Arbeitsverhältnisses, indem es dort heißt: „Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass jeder Arbeitnehmer ...“. Im weiteren Text werden Unterweisungspflichten bei der Einstellung, bei der Versetzung und bei sonstigen Anlässen neuer möglicher Gefahrenmomente am Arbeitsplatz begründet. Über den Rahmen des Arbeitsverhältnisses hinaus wirkt erst Art. 12 Abs. 2 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie, der die – in § 8 Abs. 2 ArbSchG umgesetzte – Pflicht begründet, sich wegen Arbeitnehmern aus außerbetrieblichen Firmen über deren Unterweisung im Arbeitsschutz zu vergewissern.

8 Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.6. 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (Amtsblatt EG L 183/1).

3. Technische Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers

Somit ist festzuhalten, dass sowohl nach deutschem Recht als auch nach den europäischen Vorgaben zunächst ausschließlich der Arbeitgeber die gesetzliche Verantwortung zur Sicherstellung des technischen Arbeitsschutzes trägt. Das ist beim Einsatz eines Industriedienstleisters mit seinen Arbeitnehmern im fremden Betrieb der Dienstleister als Arbeitgeber. Aus dieser prinzipiellen Zuordnung der technischen Arbeitsschutzverantwortung ergibt sich aber keinesfalls ein Freibrief zugunsten des Auftraggebers.

Dieser ist vielmehr nach den eben genannten arbeitsschutzrechtlichen Regelungen zur Gefahrenvorsorge auch zugunsten der nicht bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer des Dienstleisters und – wenn dieser höchstpersönlich bei ihm tätig ist – zugunsten des Dienstleisters verpflichtet. Das heißt, dass der Auftraggeber als Inhaber des Betriebs, in dem die Dienstleistungen erbracht werden, zwar kein Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters hat.

- Er hat sich aber gemäß § 8 Abs. 2 ArbSchG zu vergewissern, dass diese fremden Arbeitnehmer die einschlägigen Weisungen zur Arbeitssicherheit erhalten haben. Eine Pflicht zum Sich-Erkundigen über die Erteilung von Anweisungen an die Betriebsfremden, welche wiederum auf Einhaltung von Arbeitsschutzregelungen gerichtet sind, ist zwar stark reduziert. Der Betriebsinhaber muss sich nicht einmal bezüglich der Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften vergewissern, sondern nur hinsichtlich der Erteilung entsprechender Anweisungen durch den fremden Arbeitgeber. Jedoch hat er diese Pflicht zu befolgen. Wie er dies tut, wird nicht näher konkretisiert. Bei kleinen Aufträgen an zuverlässige Dienstleister dürfte es genügen, wenn eine entsprechende Zusicherung des Dienstleisters an den Auftraggeber vorliegt. Bei größeren und länger andauernden Tätigkeiten dürfte zusätzlich eine stichprobenartige Kontrolle notwendig sein.
- In § 8 Abs. 1 ArbSchG findet sich eine Kooperationsverpflichtung mehrerer Arbeitgeber für den Fall, dass Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber „an einem Arbeitsplatz“ tätig werden. Da § 8 Abs. 2 ArbSchG exakt den Einsatz fremder Arbeitnehmer im eigenen Betrieb erfasst, dürfte es sich hierbei um die gegenüber § 8 Abs. 1 ArbSchG speziellere Regelung handeln. Soweit also – wie bei der Industriedienstleistung üblich – ein Einsatz fremder Arbeitnehmer im eigenen Betrieb vorliegt, greift § 8 Abs. 1 ArbSchG nicht, sondern nur § 8 Abs. 2 ArbSchG. Außerhalb dessen, also etwa bei Gemeinschaftstätigkeit außerhalb des Betriebs, gilt für die Tätigkeit an ei-

nem Arbeitsplatz § 8 Abs. 1 ArbSchG⁹. Diese Abgrenzung von § 8 Abs. 1 ArbSchG und § 8 Abs. 2 ArbSchG nach dem Spezialitätsprinzip ist freilich umstritten. Teils vertritt man die Ansicht, die Kooperationsverpflichtung nach § 8 Abs. 1 ArbSchG greife immer bei Gemeinschaftstätigkeit; § 8 Abs. 2 ArbSchG sei nur eine ergänzende Regelung¹⁰. Das mag auf den ersten Blick überzeugen, weil es scheinbar zu einer erweiterten Verantwortung mehrerer zusammenwirkender Unternehmer führt. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass bei einer solchen Sichtweise Verantwortlichkeiten wiederum geteilt werden. Bedenkt man, dass es dem Arbeitsschutzrecht stets um möglichst klare und eindeutige Verantwortungszuweisungen gehen muss, erscheint der Vorrang von § 8 Abs. 2 ArbSchG als Spezialvorschrift vorzugswürdig.

- Zusätzlich hat der Auftraggeber den Dienstleister nach näherer Maßgabe von § 5 Abs. 1, 2 BGV A1 schriftlich aufzugeben, die geltenden Unfallverhütungsvorschriften und sonstigen technischen Regeln zu beachten¹¹. Weiter muss er ihn gemäß § 5 Abs. 3 BGV A1 bei einer gegebenenfalls notwendigen Gefährdungsbeurteilung bezüglich der betriebsspezifischen Gefahren unterstützen und sicherstellen, dass Tätigkeiten mit besonderen Gefahren durch Aufsichtführende überwacht werden, die die Durchführung der festgelegten Schutzmaßnahmen sicherstellen.
- Im Übrigen greifen aufgrund von Sonderregelungen vielfältige Pflichten zugunsten von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber. Gemäß § 3 BaustellV sind für Baustellen, auf denen Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber tätig werden, Koordinatoren zur Vorhaltung von Arbeitssicherheitsvorgaben zu bestellen. Gemäß § 2 Abs. 3 BaustellV ist für Baustellen, auf denen Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber tätig sind, vor der Durchführung besonders gefährlicher Arbeiten ein Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan zu erstellen. Zudem werden gemäß § 6 BaustellV auch selbständige Unternehmer ohne Beschäftigte dem Arbeitsschutz unterworfen¹². Nach § 15 GefstoffV greifen

9 *Leube*, Arbeitsschutzgesetz: Pflichten des Arbeitgebers und der Beschäftigten zum Schutz anderer Personen, BB 2000, 302; *Schack/Schack*, in: Kollmer/Klindt (Fn. 4), § 8 Rn. 1.

10 *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 122 f.; *Franzen*, Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb, im vorliegenden Band, S. 85 ff.

11 Dazu *Kollmer*, in: Kollmer/Klindt (Fn. 4), § 15 Rn. 7.

12 Dazu *Kollmer*, Baustellenverordnung, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 97 ff., 105 ff., § 3 Rn. 1 ff., § 6 Rn. 1 ff., mit Hinweis auf die konkretisierenden Regeln zum Arbeitsschutz auf Baustellen (RAB), die gestaffelt nach Umfang der Arbeiten zu erhöhter organisatorischer Vorsorge verpflichten.

ebenfalls Sonderregelungen über die „Zusammenarbeit verschiedener Firmen“. Das umfasst Zuverlässigkeitsstandards für die Beauftragung fremder Unternehmen, Kooperationspflichten bei möglichen wechselseitigen Gefährdungen, die Bestellung von Koordinatoren nach Maßgabe der BaustellV und die Verpflichtung zur Erstellung von Gefährdungsbeurteilungen.

Diese Vorschriften begründen nicht nur Pflichten des Auftraggebers. Sie dürften auch unmittelbar drittschützenden Charakter haben. Das bedeutet, dass der Auftraggeber im Fall der Verletzung von Körper oder Leben nach § 823 Abs. 1 BGB haftet, wenn sich aus den genannten Regelungen eine Pflicht zum Handeln ergab, die er verletzt hat – hier greift die Haftung aus Unterlassen. Weiter konkretisieren die Vorschriften die Sorgfaltspflichten des Auftraggebers und begründen somit gegebenenfalls den Vorwurf der Fahrlässigkeit. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch konsequent, zumindest in den Regelungen des § 8 Abs. 2 ArbSchG Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu sehen, da sie deutlich auf den Schutz der jeweils betroffenen Arbeitnehmer und sonstigen geschützten Personen gerichtet sind. Das bedeutet, dass aus ihrer Verletzung unmittelbar Ansprüche der fremden Arbeitnehmer gegen den Auftraggeber folgen, und zwar unabhängig vom Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen ihnen.

4. Zusätzliche zivilrechtliche Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers

Damit bin ich beim nächsten Punkt, nämlich beim Bestehen einer vertraglich begründeten Pflichtenbeziehung zum Dienstleister und seinen Arbeitnehmern.

Zunächst folgen aus dem Dienstvertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister unmittelbar Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB. Diese konkretisieren sich zum einen dadurch, dass der Auftraggeber seine eigene Tätigkeit und die seiner Arbeitnehmer so auszugestalten hat, dass der Dienstleister nicht zu Schaden kommt. Zum anderen muss der Auftraggeber Sorgfaltspflichten beachten, wenn er dem Dienstleister Betriebsgegenstände wie Maschinen, Räumlichkeiten etc. zum Gebrauch überlässt.

Aber nicht nur der Dienstleister selbst, sondern auch seine Arbeitnehmer fallen in den Schutzbereich der betreffenden Sorgfaltspflichten des Auftraggebers, auch wenn sie nicht selbst Vertragspartner des Auftraggebers sind. Hier dürfte ein klassischer Fall des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegen. Schließlich befinden sich die Arbeitnehmer des Dienstleisters in „Leistungsnahe“, der Dienstleister ist für ihr „Wohl und Wehe“ verantwortlich, sie sind erkennbar ins Leistungsgeschehen

einbezogen und auch schutzwürdig. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer im Fall der Schädigung durch den Auftraggeber oder seine Arbeitnehmer Ansprüche aus Schutzpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB haben (im Fall der Schädigung durch die Arbeitnehmer des Auftraggebers greift zusätzlich § 278 BGB).

Damit stellt sich weiter die Frage, wie die betreffenden Pflichten des Auftraggebers zu konkretisieren sind. Hier wird zu unterscheiden sein. Was die organisatorische Unfall- und Krankheitsvorsorge betrifft, sind die oben genannten Arbeitsschutzregelungen zu beachten, welche die Hauptverantwortung im organisatorischen Bereich dem Arbeitgeber zuweisen. In organisatorischer Hinsicht, insbesondere bei der direktionsrechtlichen Durchsetzung der Arbeitsschutzregularien, bleibt es somit bei der Verantwortlichkeit des Dienstleisters für seine Beschäftigten. Der Auftraggeber hat hier eine – gelegentlich vielleicht sogar schwerer zu erfüllende – Hinweis- und Überwachungspflicht aus § 8 Abs. 2 ArbSchG, § 5 BGV A1, deren Verletzung zur Haftung gegenüber dem verletzten Arbeitnehmer führt. Hinzukommen aber auch Arbeitsschutzvorschriften, die sich auf die vorzuhaltenden Betriebsräume, Gerätschaften und die damit verbundenen Arbeitsbedingungen beziehen. Weil und soweit der Auftraggeber hier eigene Räume und eigenes Gerät vorhält, trifft ihn insofern auch die primäre Verantwortlichkeit für die entsprechende Sachsisicherheit. Diese ist im Zweifel nach Maßgabe der einschlägigen Arbeitsschutzbestimmungen vorzuhalten. Ohne anderweitige Anhaltspunkte kann davon ausgegangen werden, dass es die technischen Arbeitsschutzbestimmungen sind, die den Stand der anerkannten Arbeitssicherheit spiegeln. An dieser Stelle kommt es dann somit – vermittelt durch die vertraglichen Schutzpflichten – doch noch zur Anwendung der staatlichen und berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzbestimmungen.

Hinzukommen die genannten deliktischen Ansprüche insbesondere aus § 823 Abs. 1, 2, § 831 BGB, wobei auch hier das Gesagte weiterhin gilt, nämlich für die Konkretisierung der für sie gültigen Sorgfaltspflichten und somit für die Erhebung des Fahrlässigkeitsvorwurfs.

III. Haftungsfreistellung nach §§ 104 ff. SGB VII bei der Verletzung von Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters

Wenn somit in vielen Fällen bei der Verletzung von Arbeitnehmern des Dienstleisters dem Grunde nach Haftungstatbestände greifen, werden diese oft trotzdem nicht zur zivilrechtlichen Haftung führen.

Nach §§ 104-113 SGB VII ist kraft Unfallversicherungsrechts im Arbeitsleben eine Vielzahl von Schädigern haftungsbefreit. Die Regelungen setzen voraus, dass ein Versicherungsfall im Sinne des Unfallversicherungsrechts

vorliegt, greifen also nur bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (§§ 7 f. SGB VII). Ausnahmen von der Freistellung der §§ 104 ff. SGB VII bestehen bei Vorsatz und bei Wegeunfällen; bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz besteht die Möglichkeit des Regresses durch den Unfallversicherungsträger nach § 110 SGB VII. An die Stelle des solchermaßen weitgehend freigestellten Schädigers tritt die Versicherungsleistung des Unfallversicherungsträgers (sogenanntes Haftungsersetzungsprinzip). Der Unfallversicherungsträger seinerseits kann – mangels entsprechender Haftung des Schädigers – nicht gemäß § 116 SGB X aus übergegangenem Recht des Geschädigten beim Schädiger Regress nehmen. Haftungsbeschränkungen bestehen dabei zunächst für Arbeitgeber, Arbeitskollegen und Personen, die auf einer „gemeinsamen Betriebsstätte“ tätig sind (§ 104, § 105, § 106 Abs. 3 SGB VII).

Daraus folgt, dass im Fall des Arbeitsunfalls eines Arbeitnehmers des Dienstleisters dieser als Arbeitgeber nach § 104 Abs. 1 SGB VII freigestellt ist von der Haftung, soweit er nicht Vorsatz zu vertreten hat oder der Arbeitsunfall ein Wegeunfall war.

Die Beschäftigten des Auftraggebers sind von der Haftung befreit, soweit sie mit dem Geschädigten „auf einer gemeinsamen Betriebsstätte“ tätig waren, § 106 Abs. 3 SGB VII. Die Rechtsprechung des BGH nimmt dies immer dann an, wenn ein bewusstes Miteinander im Arbeitsablauf vorlag, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen darstellt¹³.

Der Auftraggeber selbst steht mit dem geschädigten Arbeitnehmer zwar nicht in einem Arbeitsverhältnis. Er kann aber, wenn er selbst höchstpersönlich mitarbeitet und dabei einen Arbeitnehmer des Dienstleisters schädigt, ebenfalls nach § 106 Abs. 3 SGB VII privilegiert sein.

Das gilt nicht, wenn er etwa nach § 278 BGB oder nach § 831 BGB für Verletzungshandlungen seiner Arbeitnehmer in Anspruch genommen wird¹⁴. In dieser Situation greift dennoch auf den ersten Blick eine Haftungsfreistellung nach § 104 Abs. 1 SGB VII, weil der Arbeitnehmer des Dienstleisters als sogenannter „Wie-Beschäftigter“ für den Auftraggeber tätig wird. „Wie-Beschäftigte“ nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII sind Personen, die als

13 BGH 17.10. 2000 – VI ZR 67/00, BGHZ 145, 331; BGH 24.6. 2003 – VI ZR 434/01, BGHZ 155, 205; BGH 17.6. 2008 – VI ZR 257/06, NJW 2008, 2916; BGH 22.1. 2008 – VI ZR 17/07, VersR 2008, 642; BGH 13.3. 2007 – VI ZR 178/05, VersR 2007, 948; *Schmidt*, Der Umfang der Haftungsfreistellung bei Personenschäden – insbesondere nach § 106 Abs. 3 SGB VII, BB 2002, 1859, 1860 f.; *Krasney*, Haftungsbeschränkung bei Verursachung von Arbeitsunfällen (Teil 2), NZS 2004, 68, 70 f.

14 BGH 17.6. 2008 – VI ZR 257/06 (Fn. 13).

Betriebsfremde einem anderen Betrieb zuzuordnen, aber dennoch wie Arbeitnehmer für den Schädiger tätig sind¹⁵. Das ist etwa zu bejahen bei der Tätigkeit für Arbeitsgemeinschaften mehrerer Unternehmen (Arge), in Leiharbeitsverhältnissen oder bei kurzfristiger sonstiger Tätigkeit für Dritte¹⁶. Nach der neueren Rechtsprechung dürfte diese Privilegierung aber entfallen sein. Der BGH vertritt nämlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 die Meinung, bei nebeneinander tätigen Unternehmern könne nur einer von ihnen haftungsprivilegiert sein. Es ist also jeweils nach den Prioritätenregelungen des § 135 SGB VII zu ermitteln, welches Versicherungsverhältnis vorrangig eingreift; danach richtet sich auch, welche Person als „Unternehmer“ gemäß § 104 SGB VII haftungsprivilegiert ist¹⁷. Gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 7 SGB VII ist der allgemeine Versicherungsschutz für Arbeitnehmer aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII gegenüber demjenigen für „Wie-Beschäftigte“ aus § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII vorrangig. Deshalb besteht bei konsequenter Fortführung der BGH-Rechtsprechung keine Haftungsfreistellung für den Auftraggeber, wenn außerdem der Versicherungsschutz des Arbeitnehmers aufgrund seiner Beschäftigung für den Dienstleister eingreift. Diese Rechtsprechung ist zutreffend kritisiert worden. Die Bedenken fußen darauf, dass § 135 SGB VII lediglich eine sozialversicherungstechnisch notwendige Prioritätenregelung enthält, die mit dem Sinn und Zweck der Haftungsprivilegierung nach §§ 104 ff. SGB VII nichts gemein hat¹⁸.

Dennoch kommt eine Haftungsprivilegierung des Auftraggebers in Betracht, und zwar insoweit, wie der Dienstleister ohne Haftungsfreistellung nach §§ 104 ff. SGB VII ebenfalls haften würde. Hier greifen die Grundsätze über die Haftungsfreistellung im gestörten Gesamtschuldnerausgleich¹⁹.

15 BGH 23.3. 2004 – VI ZR 160/03, VersR 2004, 1045; BSG 24.6. 2003 – B 2 U 39/02 R, NZA 2003, 1136; OLG Hamm 15.6. 1998 – 6 U 34/98, VersR 1999, 597; BT-Drucks. 13/2204, S. 100; *Rolfs*, Die Neuregelung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerhaftung bei Arbeitsunfällen durch das SGB VII, NJW 1996, 3177, 3180; *Waltermann*, Haftungsfreistellung bei Personenschäden – Grenzfälle und neue Rechtsprechung, NJW 2004, 901, 903 f.

16 Vgl. hierzu *Rolfs*, AR-Blattei SD 860.2 Rn. 84 ff.

17 BGH 19.5. 2009 – VI ZR 56/08, BGHZ 181, 160 = NJW 2009, 3235; unter ausdrücklicher Aufgabe von BGH 4.4. 1995 – VI ZR 327/93, BGHZ 129, 195.

18 *Ricke*, Haftungsbeschränkung nach § 104 SGB VII für „weitere“ Unternehmer – Zum Meinungsumschwung des BGH, NZS 2011, 454.

19 BGH 24.6. 2003 – VI ZR 434/01 (Fn. 13); BGH 14.6. 1996 – VI ZR 79/95, NJW 1996, 2023; BGH 2.12. 1980 – VI ZR 265/78, NJW 1981, 760; *Grüneberg*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011, § 426 BGB Rn. 18 ff.

IV. Fazit

Das technische Arbeitsschutzrecht weist die Sicherheitsverantwortung dem Industriedienstleister und nicht dem Auftraggeber zu. Der Letztere wird aber in zweifacher Weise in die Pflicht genommen. Zum einen greifen zu seinen Lasten die Sonderregelungen über die Überwachung der Vorhaltung von Arbeitssicherheit bei der Tätigkeit fremder Arbeitnehmer im eigenen Betrieb und bei der Kooperation mit anderen Unternehmen, insbesondere § 8 Abs. 2 ArbSchG, §§ 5 f. BGV A1. Zum anderen bestehen zivilrechtliche Schutzpflichten aus dem zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister bestehenden Dienstvertrag. Sie umfassen nach den Regeln über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch die Arbeitnehmer des Dienstleisters. Die Schutzpflichten verlangen den Schutz bei der Zusammenarbeit, vor allem aber bei der Vorhaltung von Räumen und Gerät. Für ihre Konkretisierung sind im Zweifel ebenfalls die Regeln über den technischen Arbeitsschutz zu beachten.

Im Fall der Schädigung eines Arbeitnehmers des Dienstleisters gilt in der Regel, dass der Dienstleister und seine Arbeitnehmer nach §§ 104 f. SGB VII haftungsbefreit sind. Die Arbeitnehmer des Auftraggebers (und der Auftraggeber, wenn er höchstselbst mitarbeitet) sind nach § 106 Abs. 3 SGB VII haftungsbefreit, wenn die Schädigung im Rahmen kooperativer Zusammenarbeit eingetreten ist. Der Auftraggeber selbst war nach herkömmlichem Verständnis ebenfalls gemäß § 104 Abs. 1 SGB VII haftungsbefreit, weil der Arbeitnehmer des Dienstleisters als „Wie-Beschäftigter“ nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII einzuordnen war. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH greift diese Haftungsbefreiung aber nicht, weil und soweit der Versicherungsschutz beim Dienstleister als Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 7 SGB VII vorrangig ist. Eine Haftungsprivilegierung des Auftraggebers kommt daher nur noch nach den Grundsätzen über die Haftungsfreistellung im gestörten Gesamtschuldnerausgleich infrage.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank für den Vortrag, der uns nebenbei einen Einblick in die Welt der Zivilrechtsdogmatik und des Gesamtschuldnerausgleichs verschafft. Ich weiß nicht, wer von uns die Fälle des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs in allen ihren Facetten lösen kann; auch das Recht der gemeinsamen Betriebsstätte und der Prioritätenregelung hat es gewiss in sich. Ich hege aber doch die Hoffnung, dass der eine oder die andere mich jetzt aus der Verlegenheit befreit, selbst eine Frage stellen zu müssen.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Vielen Dank, lieber *Richard*, für den schönen Vortrag. Ich habe nur eine ganz kurze Frage zum technischen Arbeitsschutz. Ich habe mich auch damit beschäftigt; ich werde darauf nachher noch einmal aus der Perspektive der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte zurückkommen. Ich habe jetzt gehört oder Dich so verstanden, dass Du nur den § 8 Abs. 2 ArbSchG hier in unserem Kontext des Arbeitsschutzes anwenden möchtest und nicht auch § 8 Abs. 1 ArbSchG?

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Es gibt natürlich viele – das habe ich vergessen zu sagen, das steht aber zum Glück in Deinem Manuskript – Sonderregelungen. Meine Lieblingsvorschrift ist dort die Baustellenverordnung, die einen sehr großen organisatorischen Aufwand fährt bei der Koordination und Abstimmung von Arbeitgeberpflichten, auch drittbezogen. Abhängig von der Größe der Baustelle und Arbeitnehmerzahlen wird dort geregelt, in welchem Maße und in welchem Umfang unterschiedliche Arbeitgeber bis hin zu einem Koordinator, der dort eingesetzt werden muss, gemeinsam Arbeitsschutzregelungen einzuhalten haben. Abgeschwächt gibt es das auch in der Gefahrstoffverordnung und in der Chemikalienverordnung. Das sind natürlich Sonderregelungen, die ich hier um der Beschleunigung willen außer Acht gelassen habe. Was meines Erachtens aber noch eine Rolle spielt, sind die Regelungen in §§ 5 und 6 BGV A 1, also § 6 Arbeitnehmerkooperation, § 5 fremder Unternehmer im eigenen Betrieb aus der Berufsgenossenschaftlichen Unfallvorschrift A 1, die dann ebenfalls Über-

wachungs- und Koordinierungspflichten begründen. Vielleicht darf *Martin Franzen* jetzt aber noch den zweiten Teil seiner Frage stellen.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Erstens ist es interessant, dass man feststellen kann, dass die Idee „Ich gehe aus der Zeitarbeit heraus in die Dienstleistung“, dass ich mich nicht von allen Pflichten, die mich als Entleiher noch viel schärfer treffen, befreien kann, sondern dass ich eine Art Restpflichtenbestand mit entsprechendem Haftungsrisiko auch beachten muss, vielleicht auch bei der Preisgestaltung, weil ein Haftungsrisiko auch versichert werden muss, so dass der Auftraggeber keine gelbe Binde mit drei schwarzen Punkten anziehen kann in Fragen der Arbeitssicherheit. Es gibt aber vielleicht noch einen spiegelbildlichen Fall, der gar nicht Gegenstand Deines Vortrags war, zu dem mich Deine Auffassung aber auch interessiert. Es kann ja so sein, dass die Einschaltung eines Dienstleisters für die Stammarbeitnehmer ein Schädigungsrisiko bedeutet. Da denke ich einmal an den Datenschutz: Da gibt es gewisse Regeln, dass wir nicht die Lohndatenverarbeitung oder so etwas fremd vergeben, dass ich höllisch aufpassen muss, dass der eingeschaltete Fremdunternehmer sich auch datenschutzrechtlich anständig verhält. Die Frage ist aber auch, ob nicht die Stammarbeitnehmer verlangen können, dass ihnen mit Blick auf all ihre Rechte aus den Arbeitsverhältnissen keine Schädigung droht, also praktisch nicht der Vertrag zugunsten Dritter, sondern eine Art Rechtsfürsorgepflicht, die aus dem Gefahr erhöhenden Moment der Einschaltung des Fremddienstleisters folgt. Da frage ich mich, ob man dort noch vorsichtig sein muss oder ob *Rieble* einmal wieder übervorsichtig ist, wie das so meine Eigenart ist?

Richard Giesen:

Es wäre jetzt sehr locker zu antworten: „Na ja, wenn Du einen kriminellen Arbeitskollegen hast, hast Du dann einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber den Kriminellen kündigt?“ Nach dem Motto: Emmely durfte nicht gekündigt werden, aber wenn die Gefahr droht und sie anfängt, ihre Kollegen zu bestehlen, besteht ein Anspruch auf Druckkündigung von Emmely beziehungsweise auf Druckkündigung eines Dienstleisters. Da haben wir natürlich eine andere Konfliktlage für den Auftraggeber. Prinzipiell würde ich die Pflicht bejahen. Der Arbeitgeber hat natürlich eine Schutzpflicht aus §§ 241 Abs. 2, 618 BGB. Er muss natürlich auch durch vernünftige Auswahl eines Dienstleisters seine Arbeitnehmer schützen und das bedeutet natürlich: Wenn ein Dienstleister bekanntermaßen unsicher arbeitet oder nur Kriminelle losschickt, dann wäre das eine Auswahl-

pflichtverletzung des Arbeitgebers, wenn er auf diese Weise seine eigenen Arbeitnehmer gefährdet. Prinzipiell ist aber die Vergabe von Industriedienstleistungen oder sonstigen Tätigkeiten durch einen fremden Auftragnehmer nichts schlechtes und auf dieser Grundlage würde ich sagen: „Im Zweifel keine Schutzpflichtverletzung“. Dort, wo aber eine solche Auswahlpflicht verletzt wird oder wo nach gefährdenden Vorkommnissen eine solche Überwachung nach § 8 Abs. 2 ArbSchG zum Beispiel nicht stattgefunden hat, kann das auch zurückschlagen. Ich würde § 8 Abs. 2 ArbSchG als Regelung ansehen, die auch die eigene Belegschaft schützt. Von daher wird sie sowohl zurückwirken auch zugunsten der eigenen Arbeitnehmer, weil das Sicherheitsanliegen ein betriebseinheitliches ist und sowohl die Belegschaftsfremden als auch die eigene Belegschaft betrifft.

Volker Rieble:

Ich bilde einmal einen ganz blöden Fall, an dem man sich das vielleicht deutlich machen kann. Ich schalte jemanden ein für eine Maschinenwartung. Diese Maschinenwartung erfolgt einmal unsachgemäß mit der Folge, dass es im Betrieb zu einem leichteren Arbeitsunfall kommt. Es ist klar, wenn die Maschine schlecht gewartet ist, kann auch etwas passieren. Wie würde man das jetzt eskalatorisch einbauen? Gibt es eine Untersuchungspflicht? Muss der Einsatzbetrieb, der Auftraggeber aufklären, woran es gelegen hat? Muss er dann nachsteuern, also die Sicherheitsauflagen verschärfen? Muss er vielleicht beim zweiten, dritten, vierten Mal den Industriedienstleister hinauswerfen und einen anderen nehmen? Das sind alles klassische Elemente eines Schutzpflichtprogramms, die wir vielleicht neudeutsch auch der *Compliance* zuordnen würden, weil ich meine Arbeitnehmer nicht einem unsachgemäßen Gefährdungskontakt mit Dritten ausliefern darf. Das ist für mich alles relativ wenig handhabbar und wenn jemand auf die Idee kommt, er möchte Industriedienstleistungen entweder anbieten oder buchen, muss er sich auch überlegen, wie er mit dieser Frage letztlich umgehen soll. Da möchte ich von Dir eine ganz konkrete beratende Antwort.

Richard Giesen:

Der Arbeitgeber muss die Arbeitsschutzvorschriften einhalten. Das ist eine bequeme und einfache Antwort. Das zweite ist: Das ist natürlich stufenlos und lässt sich nicht ganz klar beantworten. Wenn ich einen solchen Vorfall habe, muss ich dem nachgehen. Es gibt natürlich kein Pflichtenprogramm, das auf etwas gerichtet ist, was er nicht leisten kann. Der Auftraggeber kann also nicht verpflichtet sein, ein nicht bestehendes Direktionsrecht auszuüben. Er kann nicht verpflichtet sein, den Arbeitnehmer des Dienst-

leisters zu überwachen, sondern er kann nur verpflichtet sein, den Dienstleister zur Sorgfalt aufzufordern oder den Dienstleister notfalls zu kündigen. Das heißt: Es gibt ein Pflichtenprogramm. Das Pflichtenprogramm muss die Verhältnismäßigkeit wahren. Man muss mit Sicherheit nicht sofort jegliche Vertragsbeziehungen beenden, aber es gibt kein Pflichtenprogramm, das aus der Vertragsbeziehung, die erst einmal nur dienstrechtlich ist, eine Arbeitsbeziehung machen würde, sondern er muss natürlich im Rahmen des Vereinbarten verhältnismäßig reagieren. Er muss dafür sorgen, dass sich das nicht wiederholt. Das hängt dann von der Schwere des Pflichtverstoßes, wenn es denn einer ist, ab und von der Wahrscheinlichkeit des eintretenden Schadens. Du darfst nachfragen.

Volker Rieble:

Sie haben also einen Fall: Der Industriedienstleister bringt einen Belästiger mit, der über Türken schimpft oder Frauen anfasst oder so etwas. Jetzt beschweren sich eigene Beschäftigte darüber, dass der Beschäftigte des Industriedienstleisters sich nicht geschickt benimmt. Er darf vielleicht auch in die Kantine gehen, auch wenn der Kantinenbesuchsparagraf des AÜG für ihn nicht gilt. Muss der Arbeitgeber dem Dienstleister aufgeben, diesen nicht mehr mitzubringen? Kann er ihm ein Hausverbot erteilen? Wie soll er reagieren? Es gibt die ganz alltäglichen Störfälle in einer betrieblichen Realität. Bei meinen eigenen Arbeitnehmern kann ich mit dem Direktionsrecht sagen: „Jetzt lass aber einmal gut sein“, Abmahnung, Kündigung usw. Auf die Arbeitnehmer des Industriedienstleisters kann ich keinen vergleichbaren steuernden Einfluss ausüben und das ist schon die Frage, wie ich praktisch bei störenden Kräften in der Industriedienstleisterbelegschaft meine Arbeitnehmer vor jenen schütze.

Richard Giesen:

Da gilt das Leistungsprogramm des Dienstvertrags und nicht des Arbeitsvertrags. Ich kann darum bitten, dass er nicht mehr eingesetzt wird; das soll es in anderen Unternehmen einmal gegeben haben, dass jemand – eine Reinigungskraft – unter Diebstahlsverdacht steht oder Ähnliches, da kann man darum bitten, dass die Person, die dort belästigt oder beleidigt hat, nicht mehr eingesetzt wird; man kann eine Abmahnung aussprechen bis hin zur Kündigung oder auch zur sofortigen Kündigung, wenn es ein schwerer Verstoß ist. Dieser ist nach § 278 BGB zuzurechnen. Das ist in Ausübung und nicht nur bei Gelegenheit erfolgt und dann würde eine solche Pflichtverletzung dem Industriedienstleister zuzurechnen sein und würde den Auftraggeber berechtigten, nach § 615 BGB fristlos zu kündigen und würde ihn im Arbeitsverhältnis – je nach Schwere der drohenden Ver-

letzungen – sogar verpflichten, diese Kündigung auszusprechen. Wenn Sie jemanden haben, von dem schwere Gefahren ausgehen, müssen Sie diese schweren Gefahren auch sofort beseitigen. Das ist eine Frage – wie ich eben gesagt habe – der Verhältnismäßigkeit. Wenn sich ein Dienstleister lebensbedrohlich verhält und es keine sichere Perspektive dafür gibt, dass sich dieses Verhalten ändert, habe ich als Auftraggeber das Recht der fristlosen Kündigung und ich habe in der Beziehung zu meinem Arbeitnehmer – je nach Schwere des drohenden Schadens – die Verpflichtung zur fristlosen Kündigung. Das ist meines Erachtens klar. Wir müssen uns nur darüber klar sein, dass das Instrumentarium, welches diesem zugrunde liegt, ein dienstvertragliches und kein arbeitsrechtliches ist.

Professor Dr. Oliver Ricken, Universität Bielefeld:

Lieber *Richard*, ich möchte noch einmal nachfragen zu einer unserer Lieblingsvorschriften: § 106 Abs. 3 SGB VII – diese besondere Haftungsprivilegierung bei einer gemeinsamen Betriebsstätte. Jetzt kann ich mir doch als Auftraggeber überlegen, es wäre vielleicht gar nicht so unklug, wenn für die Industriedienstleistung, die bei mir im Betrieb passiert, diese Haftungsprivilegierung greift – nämlich gerade auch zugunsten meiner Arbeitnehmer: Wenn diese etwa einen der Arbeitnehmer des Dienstleisters schädigen, müsste ich dann gegebenenfalls vielleicht, wenn die Haftungsbefreiung nicht greifen würde nach § 106 Abs. 3 SGB VII, als Auftraggeber und Arbeitgeber meinen Arbeitnehmer von einer Haftungsinanspruchnahme freistellen? Deshalb könnte es sinnvoll sein, irgendwie zu § 106 Abs. 3 SGB VII zu kommen, also dass ich eine gemeinsame Betriebsstätte habe. Jetzt hattest Du die beiden Fälle, die wir kennen, genannt – auf der einen Seite die Krankenschwester, auf der anderen Seite die Baustelle: Was muss ich eigentlich tun? Wie muss Industriedienstleistung beschaffen sein, dass ich annehmen kann, es ist eine gemeinsame Betriebsstätte? Reicht es aus, wenn die Industriedienstleistung schon im Betrieb passiert? Würde ich sagen: „Wahrscheinlich nicht“. Reicht es aus, wenn die wirtschaftlichen Vorteile dem Auftraggeber zugutekommen? Da hätte ich Zweifel. Was muss man für Kriterien annehmen, damit – im Fall der Industriedienstleister – man zu einer gemeinsamen Betriebsstätte kommt?

Richard Giesen:

Das ist nach der Rechtsvorstellung des BGH funktional, das heißt es kommt nie darauf an, ob jemand im Betrieb tätig ist oder was er gerade tut, sondern es kommt jeweils auf das Verhalten von Schädiger und Geschädigtem an. Der Arbeitnehmer des Auftraggebers, der den Arbeitnehmer des Dienstleisters schädigt, muss ihn bei Gelegenheit eines kooperati-

ven Arbeitsverhaltens geschädigt haben. Es kann durchaus sein, dass der eine Arbeitnehmer dem anderen gegenüber ein Direktionsrecht ausgeübt hat, was für ein kooperatives Zusammenwirken spricht, aber es wäre auch schon einmal ein Indiz dafür, dass wir Richtung Arbeitnehmerüberlassung gehen. Das heißt: Es gibt im Prinzip keine Vorsorge, die irgendwie dazu helfen kann, dass § 106 Abs. 3 SGB VII eingreift. Im Übrigen ist es auch so: Es hilft gar nichts, dass § 106 Abs. 3 SGB VII eingreift, weil der BGH zusätzlich sagt: „Wunderschön, der Arbeitnehmer, der das selber zu verantworten hat, haftet nicht persönlich, aber der Arbeitgeber, der nach §§ 278, 831 BGB dafür einzustehen hat, haftet persönlich“ – ausdrückliche Rechtsprechung des BGH –, so dass ich im Hinblick auf § 106 Abs. 3 SGB VII dazu rate, am besten überhaupt keine Vorsorge zu treffen, weil es sowieso nicht hilft.

Eins wollte ich noch nachliefern, weil Du, *Abbo*, noch einmal von dem gestörten Gesamtschuldnerausgleich gesprochen hast. Die Regeln des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs können durchaus helfen in der Situation, nämlich dann, wenn der Arbeitgeber, der in erster Linie haftet, ebenfalls haftet. Wenn Sie die Situation haben, dass es für die Schädigung eines Arbeitnehmers des Industriedienstleisters zwei Verantwortliche gibt – der Industriedienstleister und der Auftraggeber –, dann ist der Auftraggeber insoweit von der Haftung befreit – nach den Regeln über den gestörten Gesamtschuldnerausgleich – wie der Dienstleister als Arbeitgeber von der Haftung befreit ist. Das hat mit Logik nichts zu tun. Das muss man einfach lernen oder auch nicht. Das führt dann aber – das sind keine materiellen Gerechtigkeitskriterien, sondern das sind eigentlich Zufallsprinzipien, die der BGH sich in Kooperation mit dem etwas sinnwidrigen SGB VII ausgedacht hat – bei Gelegenheit dazu, dass der Auftraggeber dann doch nicht haftet, weil der Dienstleister als Arbeitgeber mitverantwortlich ist. Das ist das Prinzip Willkür. Da hilft nur eines: Versicherung.

Abbo Junker:

Ganz herzlichen Dank für den Vortrag, der uns für die sozialrechtliche Dimension des Themas sensibilisiert hat.

Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb

Martin Franzen

Seite

| | |
|--|-----|
| I. Einleitung..... | 87 |
| II. Vorbemerkungen..... | 88 |
| 1. Exkurs: Betriebsverfassungsrechtliche Situation bei der Leiharbeit im Einsatzbetrieb..... | 88 |
| 2. Abgrenzung: Kein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unter- nehmen..... | 89 |
| III. Analyse des Fallmaterials aus der Rechtsprechung..... | 90 |
| 1. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Ein- satzbetrieb..... | 90 |
| a) Der Beschluß des Arbeitsgerichts Passau vom 8. 5. 1990..... | 91 |
| b) Der Beschluß des LAG Frankfurt vom 24. 10. 1989..... | 92 |
| c) Fazit..... | 92 |
| 2. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Dienstleistungsbetrieb..... | 93 |
| 3. Folgerungen..... | 94 |
| IV. Aufnahme der Dienstleistung..... | 95 |
| 1. Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG..... | 95 |
| 2. Beteiligungsrechte nach § 111 BetrVG..... | 97 |
| 3. Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG..... | 98 |
| 4. Sonstige Beteiligungsrechte..... | 98 |
| V. Durchführung der Dienstleistung..... | 99 |
| 1. Verhaltenssteuernde Maßnahmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG)..... | 99 |
| 2. Arbeitszeitregulierungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG)..... | 99 |
| 3. Maßnahmen im Bereich des Arbeitsschutzes..... | 100 |
| a) Das Verhältnis von § 8 Abs. 1 und 2 ArbSchG..... | 100 |
| b) Die Zusammenarbeit von Einsatzbetrieb und Dienstlei- stungsbetrieb im Rahmen von § 8 Abs. 1 ArbSchG..... | 101 |
| c) Die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG..... | 102 |
| 4. Informationsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs (§ 80 Abs. 2 BetrVG)..... | 103 |

| | |
|---|-----|
| VI. Beendigung der Dienstleistung | 104 |
| VII. Zusammenfassung | 104 |
| Diskussion | 106 |

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit* (München 2012), S. 85-105

I. Einleitung

Mein Thema lautet: „Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb“. Es geht um die Frage: Inwieweit stehen dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs Beteiligungsrechte zu, wenn der Arbeitgeber Personal nicht im Wege der Leiharbeit rekrutiert, sondern externe Dienstleistungsunternehmen beauftragt? Der wesentliche rechtliche Unterschied zur Leiharbeit besteht darin, daß bei der Beauftragung von externen Dienstleistungsunternehmen diese weiterhin das Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern innehaben. Demgegenüber steht das Direktionsrecht bei der Leiharbeit dem Arbeitgeber des Einsatzbetriebs (Entleiher) zu. Der Verleiher überträgt die Ausübung des Direktionsrechts im Wege des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags auf den Entleiher. Über die Abgrenzungskriterien zwischen Leiharbeit und Fremdfirmeneinsatz aufgrund von Werk- oder Dienstvertrag¹ haben wir heute schon im Referat von Frau *Oberthür* und der Diskussion hierzu einiges gehört. Darauf kann verwiesen werden.

In einem ersten Schritt möchte ich unter III das einschlägige und, sieht man von Aussagen zu § 99 BetrVG² ab, relativ spärliche Fallmaterial aus der Rechtsprechung zur betriebsverfassungsrechtlichen Problematik des Fremdfirmeneinsatzes aus Sicht des Einsatzbetriebs analysieren (unter III). Dabei wird sich zeigen, daß die betriebsverfassungsrechtliche Situation im Kundenbetrieb – also im beauftragten Dienstleistungsbetrieb – ebenfalls in den Blick genommen werden muß (III 2). Die gewonnenen Abgrenzungskriterien sollen dann auf die einzelnen Stadien der Begründung (IV), Durchführung (V) und Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes (VI) angewandt werden. Zunächst aber noch zwei Vorbemerkungen (unter II): Zuerst möchte ich auf die Leiharbeit eingehen und die hierfür entwickelten Grundsätze der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte des Betriebsrats im Entleihbetrieb kurz rekapitulieren³ (unter II 1). Dem schließt sich eine zweite Vorbemerkung mit der Abgrenzung zum Gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen an (unter II 2).

1 Zu den Abgrenzungskriterien *Jüttner*, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006, S. 43 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BAG 6.8. 2003 – 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG = EzA § 1 AÜG Nr. 13 mit Anmerkung *Hamann*.

2 Siehe dazu ausführlich unten IV 1.

3 Siehe dazu umfassend *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, 2009, S. 65, 82 ff.; monographisch aus jüngerer Zeit *Jüttner* (Fn. 1).

II. Vorbemerkungen

1. Exkurs: Betriebsverfassungsrechtliche Situation bei der Leiharbeit im Einsatzbetrieb

Der Leiharbeitnehmer ist in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs, des Entleihers, eingegliedert und unterliegt dessen Direktionsrecht. Daher kann ein beim Verleiher bestehender Betriebsrat nicht alle Aufgaben nach dem BetrVG wahrnehmen, da der Verleiherbetriebsrat auf den Entleiher keinen Einfluß ausüben kann⁴. Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs wiederum hat keine Regelungsmacht hinsichtlich der Arbeitsverträge zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher⁵. Daraus ergibt sich folgende Abgrenzung der Zuständigkeiten von Verleiher- und Entleiherbetriebsräten hinsichtlich Leiharbeitnehmern: Der Verleiherbetriebsrat ist für vertragsbezogene Angelegenheiten, der Entleiherbetriebsrat für die organisationsbezogenen Angelegenheiten zuständig. Diese Abgrenzung läßt sich auf den Grundgedanken zurückführen, daß derjenige Betriebsrat zu beteiligen ist, dessen Arbeitgeber die beteiligungspflichtige Maßnahme getroffen hat⁶.

Aus dieser Grundabgrenzung ergeben sich folgende Lösungen von Einzelfragen: Der Einsatz von Leiharbeitnehmern beim Entleiher ist nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig, nicht nur, weil dies § 14 Abs. 3 AÜG ausdrücklich sagt, sondern auch, weil damit eine organisatorische Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Entleihbetrieb verbunden ist, mithin eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG vorliegt⁷. Fragen in Zusammenhang mit der Lage der Arbeitszeit⁸ (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) werden allein vom Betriebsrat des Einsatzbetriebs zusammen mit dem Entleiher geregelt. Der Entleiherbetriebsrat ist ferner ebenso in den meisten Fällen des Mitbestimmungstatbestands nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG – vorübergehende Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit – zuständig⁹: Soll im Entleiherbetrieb die betriebsübliche Arbeitszeit verkürzt werden, berührt dies nicht die arbeitsvertragliche Abrede zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher. Dasselbe gilt für eine vor-

-
- 4 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = NZA 2001, 1263, unter B II 2.
- 5 BAG 17.6. 2008 – 1 ABR 39/07, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung = EzA § 99 BetrVG 2001 Eingruppierung Nr. 3 Rn. 17 ff.
- 6 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00 (Fn. 4), Leitsatz 1.
- 7 Ständige Rechtsprechung, aus jüngster Zeit etwa BAG 9.3. 2011 – 7 ABR 137/09, Rn. 22 ff., abzurufen unter <http://juris.bundesarbeitsgericht.de>.
- 8 Siehe zu Arbeitszeitfragen *Hamann*, Mitbestimmung des Betriebsrats in Arbeitszeitfragen bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2002, 322.
- 9 Vgl. *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 2), S. 65, 86 Rn. 51.

übergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit beim Entleiher, wenn die längeren Arbeitszeiten das Stundendeputat der Leiharbeiternehmer nicht überschreiten. Ist dies der Fall, liegt hierin zwar ein Eingriff in den Arbeitsvertrag, so daß an sich der Verleiherbetriebsrat zuständig wäre¹⁰. Der Verleiher hat jedoch sein Direktionsrecht typischerweise auf den Entleiher übertragen, so daß der Entleiher die beteiligungspflichtige Maßnahme anordnet und damit das Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats eröffnet¹¹. Vergütungsfragen (§ 87 Abs. 1 Nr. 10) wiederum sind vertragsbezogen und lösen daher regelmäßig das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Verleiher aus. Demgegenüber unterfallen Regelungen zur Ordnung des Betriebs, technischer Überwachung und zum Arbeitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG) der Mitbestimmung des Entleiherbetriebsrats, weil nur der Entleiher entsprechende Maßnahmen anordnen kann. Hinsichtlich des Arbeitsschutzes folgt die Pflicht und Zuständigkeit des Entleihers aus § 11 Abs. 6 AÜG und § 12 Abs. 2 ArbSchG; damit ist, soweit Mitbestimmungsrechte bestehen, grundsätzlich der Entleiherbetriebsrat zuständig¹².

2. Abgrenzung: Kein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen

In der Literatur wird bisweilen die Auffassung vertreten, daß die Zusammenarbeit des Einsatzarbeitgebers mit dem externen Dienstleister einen gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 2 BetrVG entstehen läßt¹³. Dem ist freilich nicht zu folgen¹⁴. Diese Auffassung entspricht auch nicht der Rechtsprechung des BAG. Das BAG hat stets betont, daß die unternehmerische Zusammenarbeit zwischen zwei Arbeitgebern nicht ausreicht, um einen gemeinsamen Betrieb zu konstituieren; stets hinzukommen müsse, daß die Arbeitgeberfunktionen institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden¹⁵.

10 Vgl. BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00 (Fn. 4), unter B II 5.

11 *Fitting*, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 87 Rn. 137; BAG 25.8. 2004 – 1 AZB 41/03, AP Nr. 41 zu § 23 BetrVG 1972, unter II 2 c, bb.

12 Ausführlich und differenzierend *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 131 ff.

13 Siehe beispielsweise die Überlegungen von *Kreuder*, Fremdfirmeneinsatz und Beteiligung des Betriebsrats, AuR 1993, 316, 324; in ähnlicher Richtung *Trümner*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, § 1 Rn. 78c f.

14 Ebenso im Ergebnis *Walle*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, NZA 1999, 518, 519.

15 BAG 31.5. 2000 – 7 ABR 78/98, AP Nr. 12 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb, unter II 2 c, bb; BAG 22.10. 2003 – 7 ABR 18/03, AP Nr. 21 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb, unter C I; BAG 11.2. 2004 – 7 ABR 27/03, AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 2,

Hierfür kommt es darauf an, ob der Kern der Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung ausgeübt und ein (vertrags-) arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz während des normalen Betriebsablaufs praktiziert wird¹⁶. Im Fall der Personalgestellung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung hat das BAG das Entstehen eines gemeinsamen Betriebs abgelehnt, weil das personalstellende Unternehmen nicht am Betriebszweck des Einsatzbetriebs mitwirkt und der Personaleinsatz somit nur von einem der beteiligten Unternehmen – dem Einsatzbetrieb selbst – gesteuert wird¹⁷. Bei der Arbeitnehmerüberlassung fehlt es also an dem Einsatz des Personals durch *mehrere* Unternehmensträger. Diese Erwägung trifft auf den Personaleinsatz mit Hilfe externer Dienstleistungserbringer nicht zu. Hier wird aber das Personal nicht *gemeinsam durch einen einheitlichen Leitungsapparat* gesteuert. Vielmehr verbleibt die Personalhoheit bei jedem der Vertragsarbeitgeber.

III. Analyse des Fallmaterials aus der Rechtsprechung

1. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Einsatzbetrieb

Es gibt nur wenig Rechtsprechung und Literatur zu dem uns beschäftigenden Problem¹⁸. Im Vordergrund der Betrachtung steht die Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Einordnung der Leiharbeitnehmer, nicht aber der Fremdfirmenarbeitnehmer. Die meisten veröffentlichten Fälle aus der Instanzgerichtsbarkeit stammen aus den späten 1980er und frühen 1990er Jahren¹⁹.

unter B I 1; BAG 22.6. 2005 – 7 ABR 57/04, AP Nr. 23 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = EZA § 1 BetrVG 2001 Nr. 4, unter B II 1; BAG 13.8. 2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 Rn. 23.

¹⁶ Vgl. nur *Fitting* (Fn. 11), § 1 Rn. 82.

¹⁷ Siehe BAG 16.4. 2008 – 7 ABR 4/07, AP Nr. 32 zu § 1 BetrVG 1972 = EZA § 1 BetrVG 2001 Nr. 1 Rn. 24 f.; BAG 25.10. 2000 – 7 AZR 487/99, EZA § 10 AÜG Nr. 10, unter I 1 b, bb.

¹⁸ Aus der Literatur beispielsweise *Bauschke*, Die sogenannte Fremdfirmenproblematik, NZA 2000, 1201; *Dauner-Lieb*, Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG, NZA 1992, 817; *Hunold*, Fortentwicklung des Einstellungsbegriffs in der Rechtsprechung des BAG, NZA 1998, 1025; *Jedzig*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Beschäftigung von Fremdarbeitnehmern aufgrund von Werkverträgen mit Drittfirmen, DB 1989, 978; *Kreuder*, AuR 1993, 316; *Walle*, NZA 1999, 518.

¹⁹ Siehe beispielsweise die Nachweise bei *Jedzig*, DB 1989, 978 Fn. 1; aus neuerer Zeit siehe etwa ArbG Mainz 7.11. 2003 – 2 BVGa 2003/03, NZA-RR 2004, 201; ArbG Wiesbaden 23.7. 1997 – 7 BV 3/07, NZA-RR 1998, 165.

a) Der Beschluß des Arbeitsgerichts Passau vom 8.5. 1990

Anschaulich beleuchtet ein rechtskräftiger Beschluß des Arbeitsgerichts Passau vom 8.5. 1990 die Thematik²⁰. Der Arbeitgeber stellte Wohnwagen her und beschäftigte damals 690 Arbeitnehmer. In den einzelnen Produktionsbereichen wurde im Normalschichtbetrieb (Montage), Zweischichtbetrieb (Leisten, Lackiererei) und im Dreischichtbetrieb (Seitenteil-, Dach- und Bodenfertigung) gearbeitet. Wegen Produktionsrückstands setzte der Arbeitgeber für den Bereich der Lackiererei und der Seitenteilfertigung ungarisches Personal im Wege eines Werkvertrags ein. Der Einsatz sollte auch an Samstagen und an Tagen erfolgen, an denen für die Belegschaft des Werks Freischichten vereinbart worden waren. Überdies sollte in der Lackiererei eine dritte Schicht gefahren werden. Der Betriebsrat war der Auffassung, daß die Maßnahme des Arbeitgebers seine Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG verletzte und beantragte die Unterlassung der Maßnahme.

Das Arbeitsgericht Passau hat ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG erwogen, aber mit Recht einen Unterlassungsanspruch abgelehnt, weil die Verletzung von § 99 BetrVG einen solchen Anspruch nicht stützt²¹. Ein Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG lehnte die Kammer ab, weil der Betriebsrat Repräsentant der dem Betrieb des Arbeitgebers angehörenden Arbeitnehmer und daher nicht zur Vertretung der Interessen sämtlicher im Betrieb Beschäftigter berufen sei²². Die Entscheidung wurde in der Literatur kritisiert, weil es sich in Wahrheit um Leiharbeit und nicht um einen Fremdfirmeneinsatz auf der Basis eines Werkvertrags gehandelt habe²³. In der Tat ist bei dem geschilderten Sachverhalt die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung offen. Das ArbG Passau hat allerdings Leiharbeit im vorliegenden Fall ausdrücklich ausgeschlossen, weil es sich bei den Werkverträgen um echte Subunternehmerverträge gehandelt habe, bei denen das Weisungsrecht bei dem Auftragnehmer verblieben sei²⁴.

20 ArbG Passau 8.5. 1990 – 4 BVGa 1/90, BB 1990, 2335.

21 ArbG Passau 8.5. 1990 – 4 BVGa 1/90 (Fn. 20), 2335, 2336; ebenso inzwischen das BAG 23.6. 2009 – 1 ABR 23/08, AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung = NZA 2009, 1430 = NJW 2010, 172 = EzA § 99 BetrVG 2001 Nr. 13.

22 ArbG Passau 8.5. 1990 – 4 BVGa 1/90 (Fn. 20), 2335, 2336.

23 *Leisten*, Einstweilige Verfügung zur Sicherung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdfirmen, BB 1992, 266, 268.

24 ArbG Passau 8.5. 1990 – 4 BVGa 1/90 (Fn. 20), 2335, 2336.

b) Der Beschluß des LAG Frankfurt vom 24.10. 1989

Einen ähnlichen Fall hatte das LAG Frankfurt zu entscheiden²⁵. In diesem Fall betraute der Arbeitgeber ein auf Lagerarbeiten spezialisiertes Unternehmen, im Lagerbereich für den Arbeitgeber klar umrissene Aufgabefelder im Rahmen eines „Sachbearbeitungsvertrags/Werkvertrags“ eigenverantwortlich zu bearbeiten. Die Arbeitnehmer dieses Unternehmens führten dann Lagerhaltungstätigkeiten im Einsatzbetrieb in einer gesonderten Spätschicht durch, die sich aber zeitlich mit der Gleitzeit der normalschichtig arbeitenden Lagerarbeiter des Einsatzbetriebs um zwei Stunden überschneidet. Die Arbeiten der Fremdfirma waren zunächst auf Kommissionierungsarbeiten, das heißt den Warenausgang beschränkt, erfaßten später aber auch Einlagerungstätigkeiten.

Das LAG Frankfurt gelangte allerdings zu einem anderen Ergebnis als das Arbeitsgericht Passau: Es bejahte ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, weil sich aus dem Fremdfirmeneinsatz Rückwirkungen auf die Lage der Arbeitszeit der eigenen Belegschaft ergeben hatten und daher eine Koordination des Arbeitseinsatzes beider Arbeitnehmergruppen notwendig war²⁶. Das LAG Frankfurt hat sich ferner von der Überlegung leiten lassen, daß die Fremdfirmenarbeitnehmer im konkreten Fall in den Einsatzbetrieb eingegliedert gewesen seien, weil sie denselben arbeitstechnischen Zweck verfolgt hatten wie die Stammarbeitnehmer, und daher auch eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG bejaht²⁷. Diese Argumentation ist allerdings mit der seit 1991 verfolgten Rechtsprechungslinie des BAG zum Begriff der Einstellung nach § 99 BetrVG nicht mehr vollständig kompatibel und daher nicht mehr tragfähig. Ich werde darauf noch zurückkommen²⁸.

c) Fazit

Die Argumente, die genannt wurden, lassen sich kurz zusammenfassen: Gegen Mitbestimmungsrechte des im Einsatzbetrieb bestehenden Betriebsrats beim Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern sprechen dessen

-
- 25 LAG Frankfurt a.M. 24.10. 1989 – 5 TaBV Ga 155/89, LAGE § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17 = DB 1990, 2126.
- 26 LAG Frankfurt a.M. 24.10. 1989 – 5 TaBV Ga 155/89 (Fn. 25), S. 3 = DB 1990, 2126; ähnlich LAG Baden-Württemberg 11.5. 1988 – 9 Ta BV 2/88, AiB 1988, 314; LAG Frankfurt a.M. 19.4. 1988 – 5 TaBV GA 52/88, AiB 1988, 313; Gedanke der Umgehung des Mitbestimmungsrechts; tendenziell zustimmend *Wiese*, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (GK-BetrVG), 9. Aufl. 2010, § 87 Rn. 291.
- 27 LAG Frankfurt a.M. 24.10. 1989 – 5 TaBV Ga 155/89 (Fn. 25), S. 3 = DB 1990, 2126.
- 28 Siehe unten IV 1.

fehlende Legitimation und fehlendes Verhandlungsmandat. Für das Bestehen von Beteiligungsrechten im Einsatzbetrieb wurde vorgebracht die Notwendigkeit der Koordinierung des Einsatzes, welche notwendigerweise Rückwirkungen habe auf die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs. Außerdem werden Schutzlücken befürchtet, wenn eine betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung des Einsatzbetriebsrats unterbleibe²⁹.

2. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Dienstleistungsbetrieb

Man kann die vorliegende Problematik auch von der anderen Seite aus betrachten und sich fragen, inwieweit dem Betriebsrat des Dienstleistungsbetriebs in solchen Fällen Mitbestimmungsrechte zustehen. Ist das der Fall, werden die Interessen der Fremdfirmenarbeitnehmer dort – im Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers – geschützt, so daß sich Schutzlücken an sich nicht auftun dürften. Ein Argument für die Beteiligung des Betriebsrats im Einsatzbetrieb entfielen.

In diesem Zusammenhang hat der 1. Senat des BAG am 27.1. 2004 einen vielbeachteten Beschluß gefaßt³⁰. Der Arbeitgeber mußte aufgrund eines mit seinem Kunden (= Einsatzbetrieb) geschlossenen Werkvertrags einen 24-Stunden-Service für Störfälle von Kommunikationsanlagen sicherstellen. Im Einsatzbetrieb gab es ein biometrisches Zugangskontrollsystem mit Hilfe von sogenannten Personenvereinzelungsanlagen (Personalschleusen). Alle zugangsberechtigten Personen dieses Betriebs mußten zur Identifizierung ihre Fingerabdrücke hinterlegt haben. Mit diesen wurden die Fingerabdrücke der Zugang begehrenden Personen verglichen. Falls die Identifizierung erfolgt war, öffnete sich die Innentüre der Schleuse. Das Verlassen des Gebäudes erfolgt in gleicher Weise. Diese Prozedur wurde auch von den Mitarbeitern des Arbeitgebers – hier des externen Dienstleisters – verlangt.

Der bei dem externen Dienstleister bestehende Betriebsrat war der Auffassung, daß ihm wegen des Zugangs von Arbeitnehmern zu diesem Kundenbetrieb Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG zustehen. Das ist unproblematisch der Fall, wenn dieses Zugangskontrollsystem vom Arbeitgeber selbst, also dem Dienstleistungsunternehmen, herrührt. Das BAG hat allerdings die geltend gemachten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auch bejaht, wenn der Kunde des Arbeitgebers ein solches Zugangskontrollsystem vorhält und dessen Benutzung auch von Arbeitnehmern des Dienstleisters verlangt. Das BAG hat dies damit gerechtfertigt, daß der Betriebsbegriff funktional und nicht räumlich zu ver-

29 Vgl. *Kreuder*, AuR 1993, 316, 322 f.; *Leisten*, BB 1992, 266, 269.

30 BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556.

stehen sei³¹. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich die Arbeitnehmer zur Verrichtung ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit auf Anweisung des Arbeitgebers in den Betrieb eines anderen Arbeitgebers begäben. Denn die Arbeitnehmer unterliegen – nach richtiger Auffassung des Senats – auch bei der Arbeit im fremden Betrieb weiterhin den Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers. Daher habe der von ihnen gewählte und sie repräsentierende Betriebsrat auch dann nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn die Weisungen das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb betreffen. Anderenfalls entstünde eine mit dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht zu vereinbarende Lücke, weil der Betriebsrat des Kundenbetriebs für die Arbeitnehmer des externen Dienstleistungsunternehmens nicht zuständig sein könne³². Wörtlich führt der 1. Senat an dieser Stelle aus:

„Ein im Kundenbetrieb“ – in unserer Terminologie Einsatzbetrieb – „errichteter Betriebsrat kann die Interessen der auf Grund von Werkverträgen dort tätigen Arbeitnehmer regelmäßig nicht wahrnehmen. Er besitzt dort für diese Arbeitnehmer weder ein Mandat noch kann er mit deren Vertragsarbeitgeber verhandeln. Diese haben im Übrigen auch keine rechtliche Möglichkeit, die Errichtung eines im Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) fehlenden Betriebsrats herbeizuführen.“³³

Der 1. Senat rechnet also die Maßnahme des Einsatzbetriebs – hier das Zugangskontrollsystem – dem externen Dienstleister zu. Dieser macht sich die jeweilige Anordnung im Einsatzbetrieb zu eigen und erteilt seinen eigenen Arbeitnehmern Weisungen hinsichtlich deren Ordnungsverhalten im Einsatzbetrieb. Der Einsatzbetrieb verfügt nach Auffassung des BAG überdies nicht über vertragliche Rechte, den in seinem Betrieb eingesetzten fremden Arbeitnehmern Weisungen hinsichtlich deren Ordnungsverhalten zu geben³⁴. Dies kann nur der Vertragsarbeitgeber.

3. Folgerungen

Die Ausführungen des BAG in seiner „Zugangskontrollentscheidung“ vom 27.1. 2004 zeigen folgendes: Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs ist für die Repräsentation von Arbeitnehmern des externen Dienstleisters nicht legitimiert und hat gegenüber deren Vertragsarbeitgeber kein Verhandlungsmandat. Diese Argumentation begegnete uns schon in dem Beschluß des ArbG Passau aus dem Jahr 1990³⁵.

31 BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03 (Fn. 30), 556, 557.

32 BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03 (Fn. 30), 556, 558.

33 BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03 (Fn. 30), 556, 558.

34 BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03 (Fn. 30), 556, 558.

35 ArbG Passau 8.5. 1990 – 4 BVGa 1/90 (Fn. 20); siehe oben III 1.

Was bleibt nun noch von der Argumentation, wie sie beispielsweise in dem geschilderten Fall des LAG Frankfurt verwendet wurde? Das LAG hatte die Mitbestimmung des Betriebsrats des Einsatzbetriebs hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit mit dem Argument bejaht, daß der Einsatz der fremden Arbeitnehmer Rückwirkungen auf die Arbeitszeit der Stammbesellschaft hätten. Das mag zutreffen, kann aber vor dem Hintergrund der aufgezeigten Legitimationsproblematik kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Einsatzbetrieb für Maßnahmen gegenüber den fremden Arbeitnehmern des Dienstleisters begründen. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs mag dann bestehen, aber nur hinsichtlich der Maßnahmen des Arbeitgebers des Einsatzbetriebs gegenüber den eigenen Arbeitnehmern.

Leitlinie für die Abgrenzung der Zuständigkeiten ist mithin folgende Frage: Welcher Arbeitgeber verantwortet gegenüber den im Einsatzbetrieb tätigen Fremdfirmenarbeitnehmern die konkrete Maßnahme, die das Beteiligungsrecht des Betriebsrats auslöst? Bei diesem Arbeitgeber findet dann die Beteiligung des Betriebsrats – sofern vorhanden – statt. Diese Leitlinie fügt sich auch in die vorstehend skizzierte betriebsverfassungsrechtliche Situation bei Leiharbeitnehmern³⁶. Dies soll nun für die einzelnen Stadien der Aufnahme, Durchführung und Beendigung einer Dienstleistung im Einsatzbetrieb durchdekliniert werden.

IV. Aufnahme der Dienstleistung

1. Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG

Die Aufnahme der Tätigkeit von Arbeitnehmern eines Dienstleistungsunternehmens zur Durchführung eines Werk- oder Dienstvertrags im Einsatzbetrieb kann aus Sicht des Einsatzbetriebs eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG darstellen. In diesem Sinne konnte manche Entscheidung des BAG insbesondere aus den späten 1980er und frühen 1990er Jahren gedeutet werden³⁷. Danach liege eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb bereits beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des (Einsatz-) Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Dabei genüge es, wenn die Tätigkeit ihrer Art nach weisungsgebunden sei; ob und gegebenenfalls von wem tatsächlich Weisungen gegeben werden, sei unerheblich³⁸. Ferner

36 Siehe oben II 1.

37 Zur Rechtsentwicklung siehe *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 99 Rn. 31.

38 In dieser Richtung BAG 18.4. 1989 – 1 ABR 97/87, AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972, unter II 3; BAG 1.8. 1989 – 1 ABR 54/88, AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG 1972, unter B II 2; BAG 3.7. 1990 – 1 ABR 36/89, AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG 1972, unter III 1.

komme es nicht darauf an, ob die betreffenden Personen in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. Diese Aussagen haben Instanzgerichte veranlaßt, eine Einstellung auch dann anzunehmen, wenn Personen aufgrund eines Werkvertrags zwischen dem (Einsatz-) Arbeitgeber und einem Dritten im Einsatzbetrieb tätig werden³⁹. Beispielhaft habe ich den Beschluß des LAG Frankfurt vom 24.10. 1989 geschildert⁴⁰.

Inzwischen hat das BAG klargestellt, daß dies nicht richtig ist. Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit der Fremdfirmenarbeitnehmer und deren Einbindung in die betriebliche Organisation des Einsatzarbeitgebers an⁴¹. Eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG kommt für solche Fremdfirmenarbeitnehmer nur in Betracht, wenn diese so in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs eingegliedert sind, daß der Inhaber dieses Betriebs die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz dieser Personen, insbesondere hinsichtlich Zeit und Ort, treffen und damit die Personalhoheit ausüben kann⁴². In diesem Fall handelte es sich freilich bereits um Arbeitnehmerüberlassung und nicht mehr um Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. Das BAG hat ferner betont, daß es für eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG nicht ausreicht, wenn die zu erbringende Dienst- oder Werkleistung hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingegliedert ist⁴³. Ebenso wenig genügt die detaillierte Beschreibung der dem Auftragnehmer übertragenen Tätigkeit in dem zugrunde liegenden Vertrag⁴⁴, die enge räumliche Zusammenarbeit im Betrieb, die Unentbehrlichkeit einer von der Fremdfirma erbrachten Hilfsfunktion für den Betriebsablauf und die Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitarbeiter des Inhabers des Einsatzbetriebs⁴⁵ sowie umgekehrt die Ausübung ar-

39 Vgl. Raab, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 99 Rn. 31.

40 LAG Frankfurt a.M. 24.10. 1989 – 5 TaBV Ga 155/89 (Fn. 25); siehe oben III 1.

41 Siehe zum Ganzen auch Raab, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 99 Rn. 32; der Rechtsprechung zustimmend Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn. 54 ff.; Löwisch/Kaiser, BetrVG, 6. Aufl. 2010, § 99 Rn. 18; kritisch Fitting (Fn. 11), § 99 Rn. 63 ff.; Bachner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 13), § 99 Rn. 59 f.

42 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 99, unter B II 5; BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 102, unter I 1 c; BAG 1.12. 1992 – 1 ABR 30/92, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 110.

43 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 42), unter B II 5.

44 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 42), unter B II 4; BAG 5.5. 1992 – 1 ABR 78/91, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 105, unter B II 3 b; BAG 1.12. 1992 – 1 ABR 30/92 (Fn. 42), unter B II 2 a.

45 BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90 (Fn. 42), unter I 2 b; BAG 18.10. 1994 – 1 ABR 9/94, AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, unter B II 2.

beitgebertypischer Weisungsrechte durch das Fremdfirmenpersonal gegenüber Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs⁴⁶. Ferner reicht es nicht aus, daß die Arbeiten bislang von Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs ausgeführt wurden⁴⁷, daß es sich um Daueraufgaben des Betriebs handelte⁴⁸ und daß die Tätigkeit zu anderen Zeiten von Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs ausgeführt wurde⁴⁹.

Nach dieser Rechtsprechung setzt eine Einstellung in solchen Konstellationen voraus, daß der Inhaber des Einsatzbetriebs die volle Personalhoheit über die Fremdfirmenmitarbeiter erhält. Das ist aber nur dann der Fall, wenn Leiharbeiter im Einsatzbetrieb beschäftigt werden, nicht aber, wenn der Personaleinsatz im Wege der Erfüllung eines Werk- oder Dienstvertrags durch den Dienstleistungsbetrieb erfolgt und von diesem gesteuert wird. Die Abgrenzungskriterien sind im Rahmen von § 99 BetrVG also dieselben wie auch sonst⁵⁰.

2. Beteiligungsrechte nach § 111 BetrVG

Mit der Aufnahme der Tätigkeit eines externen Dienstleisters kann im Einzelfall ein Abbau der Beschäftigung im Einsatzbetrieb verbunden sein. Dies löst das Beteiligungsrecht des dort bestehenden Betriebsrats nach §§ 111 BetrVG aus, wenn der Umfang einer Betriebsänderung erreicht wird. Die entsprechende Maßnahme – der Personalabbau im Einsatzbetrieb – verantwortet dann allein der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs. Die gerade skizzierte Rechtsprechung des BAG zu § 99 BetrVG hat diesen Zusammenhang mit Recht erkannt: Die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Arbeiten nicht mehr selbst, sondern durch externe Unternehmen ausführen zu lassen, stellt eine unternehmerische Entscheidung dar, für welche eine Beteiligung des Betriebsrats allenfalls nach §§ 111 ff. BetrVG in Frage kommt. Eine mitbestimmungsfreie Betriebsänderung kann aber – wie das BAG mit Recht betont – nicht über § 99 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen werden⁵¹.

-
- 46 BAG 13.3. 2001 – 1 ABR 34/00, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 8, unter B II 2 b; BAG 13.12. 2005 – 1 ABR 51/04, AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 4, unter B I 1 Rn. 12.
- 47 BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90 (Fn. 42), unter I 1 c; BAG 5.5. 1992 – 1 ABR 78/92, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 105, unter II 3.
- 48 BAG 5.5. 1992 – 1 ABR 78/92 (Fn. 47), unter II 1.
- 49 BAG 28.11. 1989 – 1 ABR 90/88, AP Nr. 5 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 2.
- 50 Ebenso die übereinstimmende Bewertung von *Richardi/Thüsing* (Fn. 41), § 99 Rn. 55 f.; *Bachner*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Fn. 13), § 99 Rn. 60.
- 51 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 42), unter B II 5 b; BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90 (Fn. 42), unter I 1 c; BAG 18.10. 1994 – 1 ABR 9/94 (Fn. 45), unter B I 2.

3. Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG

Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs hat nach der Rechtsprechung des BAG ein Auskunftsrecht über den Einsatz von Fremdfirmenpersonal im Einsatzbetrieb⁵². Dies ergibt sich aus § 80 Abs. 2 BetrVG und schließt die Vorlage der mit dem Fremdunternehmen abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge ein. Das BAG begründet dies zu Recht damit, daß der Betriebsrat aus eigener Anschauung beurteilen können muß, ob sich für ihn Aufgaben nach dem BetrVG – etwa nach § 80 Abs. 1 BetrVG – ergeben können. Dies kann der Fall sein, wenn es sich bei den Fremdfirmenarbeitnehmern in Wahrheit um Leiharbeitnehmer handelt. Dies würde den Mitbestimmungstatbestand des § 99 Abs. 1 BetrVG eröffnen. Außerdem hat der Betriebsrat die Aufgabe, darüber zu wachen, daß die für Leiharbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften im Entleiherbetrieb eingehalten werden⁵³. Der Gesetzgeber hat sich diese Auffassung im Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 zu eigen gemacht und durch Einfügung des 2. Halbsatzes in § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG klargestellt, daß sich die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers auch auf Personen erstreckt, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen⁵⁴.

Diese Rechtsprechung liegt durchaus auf der Abgrenzungslinie, die hier entwickelt wurde. Es geht um die Frage: Welcher Arbeitgeber verantwortet die konkrete, das Beteiligungsrecht des Betriebsrats auslösende Maßnahme gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern? Die Maßnahme, um die es insoweit geht, ist der Einsatz der Fremdfirmenarbeitnehmer im Einsatzbetrieb als solcher. Diese Maßnahme verantwortet der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs. Soweit dieser Umstand Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslöst, ist der Betriebsrat des Einsatzbetriebs zuständig. Dies ist nicht der Fall bei § 99 BetrVG, weil eine Einstellung nicht vorliegt, wohl aber bei der vorgelagerten Frage, ob überhaupt Aufgaben des Betriebsrats des Einsatzbetriebs begründet werden können.

4. Sonstige Beteiligungsrechte

Die Aufnahme der Dienstleistung durch einen externen Dienstleister und die damit verbundene Übernahme von Aufgaben durch Mitarbeiter von Fremdfirmen berührt ferner die Personalplanung des Einsatzbetriebs. Dem dort vorhandenen Betriebsrat stehen daher insoweit Informations- und Beratungsrechte nach § 92 Abs. 1 und 2 BetrVG zu⁵⁵. Ferner kommt je

52 BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87, NZA 1989, 932.

53 BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87 (Fn. 52).

54 Näher siehe *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 80 Rn. 60.

55 Ebenso *Walle*, NZA 1999, 518, 520.

nach Umfang des Fremdfirmeneinsatzes die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG in Betracht⁵⁶.

V. Durchführung der Dienstleistung

1. Verhaltenssteuernde Maßnahmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG)

Hinsichtlich der Durchführung der Dienstleistung kommen verschiedene Maßnahmen des Einsatzarbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters in Betracht. Diese können beispielsweise das Ordnungsverhalten des Fremdfirmenpersonals im Betrieb betreffen. Nach dem tragenden Grund der vorstehend skizzierten „Zugangskontrollentscheidung“ des BAG vom 27.1. 2004⁵⁷ wird eine solche Maßnahme allerdings regelmäßig dem Vertragsarbeitgeber, also dem externen Dienstleister, zugerechnet. Dieser macht sich mit seiner eigenen Anweisung an seine Arbeitnehmer, die Vorgaben des Einsatzbetriebs zu beachten, diese zu eigen und verantwortet sie gegenüber seinen Mitarbeitern. Damit ist nicht der Betriebsrat des Einsatzbetriebs, sondern derjenige des externen Dienstleisters zuständig. Dasselbe muß für den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen im Beschäftigungsbetrieb gelten. Soweit Fremdfirmenpersonal solchen Einrichtungen ausgesetzt ist, wird deren Anwendung dem Vertragsarbeitgeber zugerechnet und eröffnet dort gegebenenfalls ein Mitbestimmungsrecht.

2. Arbeitszeitregulierungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG)

Hinsichtlich der Arbeitszeit der Fremdfirmenarbeitnehmer gilt folgendes: Mitbestimmungspflichtige Maßnahmen, welche die Lage der Arbeitszeit oder vorübergehende Änderungen der Arbeitszeit der Fremdfirmenarbeitnehmer betreffen, verantwortet deren Vertragsarbeitgeber und nicht der Einsatzarbeitgeber. Daher ist der Betriebsrat im Einsatzbetrieb nicht zuständig. Von diesem Grundsatz haben Instanzgerichte und auch die Literatur Ausnahmen gemacht, wenn sich der Einsatz der Fremdfirmenarbeitnehmer auf die Arbeitszeit der Stammebelegschaft auswirken kann – etwa bei einem Koordinationsbedarf beider Gruppen⁵⁸. Aber selbst unter dieser Voraussetzung stellt sich die Frage, welches Unternehmen die an sich beteiligungspflichtige Maßnahme gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern trifft. Dies kann nur der Vertragsarbeitgeber sein. Bewirken die Zeitvorgaben des Einsatzarbeitgebers, daß die Lage oder die Dauer der Arbeitszeit der Fremdfirmenarbeitnehmer sich ändern muß (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG), dann macht sich in rechtlicher Hinsicht der Ver-

56 Ebenso *Walle*, NZA 1999, 518, 520.

57 Siehe oben III 2; BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03 (Fn. 30).

58 Siehe *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 87 Rn. 291, 376.

tragsarbeitgeber diese Vorgabe zu eigen. Er setzt sie durch eine entsprechende Weisung gegenüber seinen Arbeitnehmern um und löst hierdurch das betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 beziehungsweise 3 BetrVG aus. Führt der Koordinationsbedarf im Hinblick auf die Arbeitszeit zusätzlich oder ausschließlich zu arbeitszeitregulierenden Maßnahmen gegenüber der Stammebelegschaft, ist hierfür selbstverständlich der Einsatzarbeitgeber verantwortlich. Insoweit sind dann Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Einsatzarbeitgeber eröffnet, aber nur bezogen auf die Stammebelegschaft.

3. Maßnahmen im Bereich des Arbeitsschutzes

Besonderer Beachtung bedürfen betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte im Bereich des Arbeitsschutzes. Die Fremdfirmenarbeitnehmer erbringen ihre Arbeitsleistung im Einsatzbetrieb und sind daher den dort obwaltenden Gefährdungen ausgesetzt. Zahlreiche arbeitsschutzrechtliche Vorschriften begründen Pflichten des Inhabers des Einsatzbetriebs, wenn betriebsfremde Arbeitskräfte im Betrieb tätig werden – beispielsweise § 8 ArbSchG, § 3 Baustellenverordnung oder § 15 Gefahrstoffverordnung. Im folgenden soll die Problematik anhand von § 8 ArbSchG dargestellt werden.

a) Das Verhältnis von § 8 Abs. 1 und 2 ArbSchG

§ 8 Abs. 1 ArbSchG erfaßt den Fall, daß mehrere Beschäftigte verschiedener Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig sind, und § 8 Abs. 2 ArbSchG behandelt die Konstellation, daß Beschäftigte anderer Arbeitgeber im Betrieb des Arbeitgebers tätig sind. Ein Teil der Literatur schließt daraus im Wege des Umkehrschlusses, daß sich § 8 Abs. 1 ArbSchG auf Arbeitsstätten außerhalb des eigentlichen Betriebs bezieht, etwa Bau- und Montagestellen⁵⁹. Demgegenüber soll die hier interessierende Fremdfirmenbeschäftigung ausschließlich von § 8 Abs. 2 ArbSchG erfaßt werden⁶⁰.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Dem Wortlaut des § 8 ArbSchG ist eine derartige Abgrenzung nicht zu entnehmen. Gegen einen solchen Umkehrschluß spricht die Begründung des Regierungsentwurfs. Dort wird die in § 8 Abs. 2 ArbSchG normierte Pflicht des Einsatzarbeitgebers als zusätzliche, über § 8 Abs. 1 ArbSchG hinausreichende Pflicht angesehen⁶¹. Dafür

59 Siehe nur *Leube*, Arbeitsschutzgesetz: Pflichten des Arbeitgebers und der Beschäftigten zum Schutz anderer Personen, BB 2000, 302; *Wank*, Kommentar zum technischen Arbeitsschutz, 1999, § 8 Rn. 1.

60 *Schack/Schack*, in: Kollmer/Klindt (Hrsg.), Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 1.

61 Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz und weiterer Arbeitsschutz-Richtlinien, BT-Drucks. 13/3540, S. 17 rech-

lassen sich ferner die unionsrechtlichen Vorgaben der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG ins Feld führen: Die Zusammenarbeitspflicht des § 8 Abs. 1 ArbSchG beruht auf Art. 6 Abs. 4 Richtlinie 89/391/EWG, während die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG in Art. 12 Abs. 2 Richtlinie 89/391/EWG normiert ist. Der Richtlinie 89/391/EWG lassen sich überhaupt keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß die beiden Vorschriften nicht nebeneinander zur Anwendung kommen sollen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Tatbestandsvoraussetzungen beider Bestimmungen durchaus voneinander abweichen: Während § 8 Abs. 1 ArbSchG voraussetzt, daß die Arbeitnehmer der verschiedenen Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig sind, genügt für § 8 Abs. 2 ArbSchG das Tätigwerden im selben Betrieb. Die Zusammenarbeitspflicht des § 8 Abs. 1 ArbSchG gilt nach alledem sowohl für außer- und auch für innerbetriebliche Arbeitsplätze und damit ebenso für den Fall des Einsatzes von Fremdfirmenpersonal im Betrieb des Auftraggebers⁶².

b) Die Zusammenarbeit von Einsatzbetrieb und Dienstleistungsbetrieb im Rahmen von § 8 Abs. 1 ArbSchG

§ 8 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet also die beteiligten Arbeitgeber, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmungen zusammenzuarbeiten, soweit Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber „an einem Arbeitsplatz“ tätig werden. Damit wird eine solche Zusammenarbeitspflicht nicht in jedem Fall des Fremdfirmeneinsatzes begründet, sondern nur dann, wenn die Arbeitnehmer am selben Arbeitsplatz tätig sind. Der Begriff des Arbeitsplatzes im arbeitsschutzrechtlichen Sinn wird weit ausgelegt⁶³. Darunter versteht man die räumliche Umgebung im Sinne eines gemeinsamen Gefahren- und Wirkungsbereichs, in dem Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber zeitgleich oder zeitlich versetzt tätig werden; nicht erforderlich ist, daß die Beschäftigten arbeitsteilig zusammenwirken⁶⁴.

In der Sache umfaßt die Zusammenarbeitspflicht die gegenseitige Information über die mit den Arbeiten verbundenen Gefahren und gegebenenfalls auch die Abstimmung der Maßnahmen zur Verhütung solcher Gefah-

te Spalte: „In Absatz 2 ist die in Art. 12 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie enthaltene weitere Pflicht aufgenommen, daß sich der Arbeitgeber vergewissern muß ...“; ebenso die Bewertung von *Julius* (Fn. 12), S. 122 ff.

62 Ebenso *Julius* (Fn. 12), S. 160; *Pieper*, Arbeitsschutzrecht, 4. Aufl. 2009, § 8 ArbSchG Rn. 4; *Wlotzke*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 210 Rn. 41; wohl auch *Kohte*, in: MünchArbR, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 292 Rn. 42.

63 *Schack/Schack*, in Kollmer/Klindt (Fn. 60), § 8 Rn. 11.

64 Siehe *Julius* (Fn. 12), S. 160 mit weiteren Nachweisen.

ren. Falls aufgrund dieser Abstimmung Regelungen über die Sicherstellung des Arbeitsschutzes getroffen werden, ist der Betriebsrat des Einsatzbetriebs wie auch der Betriebsrat des externen Dienstleistungsunternehmens zu beteiligen⁶⁵. Zu denken ist beispielsweise daran, daß aufgrund der Tätigkeit der Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatz eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und Unterweisung nach § 12 ArbSchG notwendig wird. Bei deren betrieblicher Ausgestaltung ist nach der Rechtsprechung des BAG der Mitbestimmungsbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eröffnet⁶⁶. Ferner kommt das allgemeine Überwachungsrecht des Betriebsrats bei der Durchführung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sowie § 89 BetrVG in Betracht⁶⁷.

c) Die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG

Nach § 8 Abs. 2 ArbSchG muß sich der Arbeitgeber – das heißt der Einsatzarbeitgeber – vergewissern, daß die Beschäftigten anderer Betriebe, die in seinem Betrieb tätig werden, hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben. Das Gesetz geht also davon aus, daß der Vertragsarbeitgeber die „angemessenen Anweisungen“ vornimmt. Dieser bleibt arbeitsschutzrechtlich gegenüber seinen Arbeitnehmern umfassend in der Pflicht; auf seine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und Unterweisung nach § 12 ArbSchG kommt es an⁶⁸. Gegebenenfalls besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Betrieb des externen Dienstleisters⁶⁹. Den Inhaber des Einsatzbetriebs trifft insoweit nur eine Pflicht, sich zu vergewissern, ob der externe Dienstleister angemessene Anweisungen erteilt hat. Die herrschende Auffassung lehnt hinsichtlich dieser „Vergewisserungspflicht“ ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vielfach ohne Begründung ab⁷⁰. Richtigerweise wird man darauf abstellen müssen, daß die in § 8 Abs. 2 ArbSchG normierte Vergewis-

65 Ebenso *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 87 Rn. 610; *Wank* (Fn. 59), § 8 Rn. 6; *Hecht*, in: Kollmer/Klindt (Fn. 60), Syst B Rn. 41.

66 Siehe dazu BAG 11.1. 2011 – 1 ABR 104/09, NZA 2011, 651 = DB 2011, 1111; BAG 8.6. 2004 – 1 ABR 13/03, SAE 2005, 221 mit Anmerkung *Wank*; BAG 8.6. 2004 – 1 ABR 4/03, SAE 2005, 282 mit Anmerkung *Schöne*.

67 Siehe dazu im einzelnen *Julius* (Fn. 12), S. 175 ff.

68 Vgl. *Wank* (Fn. 59), § 8 Rn. 5; *Schack/Schack*, in: Kollmer/Klindt (Fn. 60), § 8 Rn. 27.

69 Vgl. etwa beispielsweise BAG 16.6. 1998 – 1 ABR 68/97, BAGE 89, 139.

70 Vgl. *Hecht*, in: Kollmer/Klindt (Fn. 60), Syst. B Rn. 41; *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 26), § 87 Rn. 610; *Wank* (Fn. 59), § 8 Rn. 6; *Merten/Klein*, Die Auswirkungen des Arbeitsschutzgesetzes auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 7 BetrVG, DB 1998, 673, 676; anderer Meinung: *Julius* (Fn. 12), S. 177; *Leube*, BB 2000, 302, 303; *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 13), § 87 Rn. 188b.

serungspflicht des Einsatzarbeitgebers dem Schutz der Fremdfirmenbeschäftigten dient, für welche der Betriebsrat des Einsatzarbeitgebers keine Legitimation und kein Mandat hat.

Noch ein Wort zur arbeitsschutzrechtlichen Behandlung der Arbeitnehmerüberlassung⁷¹: Weitergehend verpflichtet § 11 Abs. 6 AÜG den Entleiher gegenüber den Leiharbeitnehmern vollständig zur Beachtung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts. Außerdem muß der Einsatzarbeitgeber/Entleiher nach § 12 Abs. 2 ArbSchG die arbeitsschutzrechtliche Unterweisung gegenüber den von ihm entliehenen Arbeitnehmern vornehmen.

4. Informationsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs (§ 80 Abs. 2 BetrVG)

Informationsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs können bei der Durchführung des Fremdpersonaleinsatzes in vielfältiger Weise entstehen. Grundlage ist wiederum das allgemeine Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG. So hat das BAG in einem Beschluß aus dem Jahr 1989 das Recht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs anerkannt, die Vorlage von Kontrolllisten zu verlangen, aus denen sich die Einsatztage und Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen ergeben⁷². Der 1. Senat hat dies damit begründet, daß dem Betriebsrat die Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte hinsichtlich der Personalplanung ermöglicht werden muß⁷³. Nach § 92 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und deren Durchführung machen. Gegenstand der Personalplanung können auch personelle Maßnahmen sein, welche zur Deckung eines gegenwärtigen oder künftigen Personalbedarfs erforderlich sind. Hierzu können auch Vorschläge gehören, im Betrieb anfallende Arbeiten von Fremdfirmen erledigen zu lassen, wie auch der umgekehrte Fall, diese Tätigkeiten durch eigene vorhandene oder neu einzustellende Arbeitnehmer vornehmen zu lassen. Um hier dem Arbeitgeber sachgerechte Vorschläge unterbreiten zu können, benötigt der Betriebsrat nach Auffassung des BAG Informationen über die Einsatzzeiten der Fremdfirmenarbeiter, welche in den entsprechenden Kontrolllisten verfügbar waren.

Dieser Gedanke ist zutreffend und kann auf weitere Informationen übertragen werden, die der Betriebsrat für die Beurteilung von Vorschlägen zur Personalplanung benötigt. Er deckt sich ferner mit der hier vorgeschlagenen Abgrenzung der Zuständigkeiten von Betriebsrat des Einsatzbetriebs und Betriebsrat beim Vertragsarbeitgeber. Maßgeblich ist, wel-

71 Siehe dazu ausführlich *Julius* (Fn. 12), S. 79 ff.

72 BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87 (Fn. 52), 932, 933.

73 BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87 (Fn. 52), 932, 933.

cher Arbeitgeber die Maßnahme gegenüber dem Fremdfirmenarbeitnehmer verantwortet. Dies ist vorliegend der Einsatzarbeitgeber, der die entsprechenden Informationen für eigene Zwecke erhoben hat – etwa um die Rechnungslegung seines Vertragspartners kontrollieren zu können.

VI. Beendigung der Dienstleistung

Die Beendigung der Dienstleistung als solche dürfte regelmäßig keine betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösen – weder im Einsatzbetrieb noch beim externen Dienstleister. Es handelt sich um eine unternehmerische Entscheidung des Einsatzarbeitgebers. Darin kann man in Extremfällen eine Betriebsänderung erblicken, etwa wenn der Anteil der Fremdfirmenarbeitnehmer im Verhältnis zur Stammbelegschaft relativ hoch war. In der Beendigung der Dienstleistung könnte man dann eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation im Sinne von § 111 Satz 3 Nr. 4 BetrVG sehen⁷⁴. Folgt man dem, würde zunächst nur ein Beratungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs ausgelöst. Interessenausgleich und Sozialplan setzen dann voraus, daß die Betriebsänderung – also die Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes – Nachteile für die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs auslöst. Dies kann der Fall sein, wenn mit der Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes weitere Veränderungen verbunden sind, welche die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs nachteilig betreffen. Im übrigen wird in solchen Fällen ein Unterrichts- und Beratungsrecht hinsichtlich der Personalplanung nach § 92 BetrVG entstehen.

VII. Zusammenfassung

Dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs stehen im Hinblick auf die Tätigkeit von Fremdfirmenarbeitnehmern regelmäßig keine Mitbestimmungsrechte im engeren Sinn zu. Insbesondere stellt der Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern im Einsatzbetrieb keine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG dar, sofern der Vertragsarbeitgeber dieser Arbeitnehmer weiterhin über die Personalhoheit verfügt. Insgesamt beruht dieser Befund auf dem Umstand, daß der beim Einsatzarbeitgeber bestehende Betriebsrat gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern nicht legitimiert ist und gegenüber deren Vertragsarbeitgeber kein Verhandlungsmandat hat. Ferner werden Maßnahmen gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern, welche beteiligungspflichtige Tatbestände nach dem BetrVG auslösen, regelmäßig nur vom Vertragsarbeitgeber getroffen. Die tatsächlichen Vorgaben des Einsatzarbeitgebers werden dem Vertragsarbeitgeber zugerechnet. Damit stehen dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs regelmäßig nur Informations-

74 Ebenso *Rieble*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 2), S. 65, 95; anderer Ansicht *Jüttner* (Fn. 1), S. 287 für den Fall der Rückführung der Zeitarbeit.

und Beratungsrechte hinsichtlich der Aufnahme, Durchführung und Beendigung der Dienstleistung zu⁷⁵. Anders kann dies im Einzelfall im Bereich des Arbeitsschutzes zu beurteilen sein, wenn und soweit die beiden Arbeitgeber – Inhaber des Einsatzbetriebs und externer Dienstleister – gesetzlich zur Zusammenarbeit verpflichtet sind (etwa nach § 8 Abs. 1 ArbSchG) und dadurch beteiligungspflichtige Maßnahmen ausgelöst werden.

75 Ebenso im Ergebnis *Walle*, NZA 1999, 518, 522.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank für dieses umfassende Referat, das uns das zutreffende Gefühl gibt, dass wir mit den vier Referaten das Gesamtfeld des Themas „Fremdfirmeneinsatz“ auch wirklich abgedeckt haben. Wie immer gehört auch hier zu dem Gesamtkomplex des Themas die Betriebsverfassung. Es war – wie gesagt – sehr umfassend, nur zum Teil kontrovers. Es gibt kontroversere Themen, jedenfalls wenn man sich an der Praxis orientiert. Ich denke aber trotzdem, dass der eine oder andere Diskussionsbeitrag schon allein durch die Brisanz der Materie veranlasst ist.

Reinhard Gaidies, Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg:

Ich möchte an dem Punkt „Aufnahme der Dienstleistung“ anknüpfen. Da hatten Sie, Herr Professor *Franzen*, gesagt, dass es sich um eine ältere Rechtsprechung handelt. Ich kann mich noch gut an die Entscheidung des BAG erinnern, dieses Taxifahrer-Urteil: Ein Taxifahrer, der von einem Krankenhaus für Krankentransporte hinzugezogen wird, wo das BAG entschieden hatte, es liegt eine Eingliederung vor und unabhängig von der Art des Vertragsverhältnisses liegt ein Einstellungsfall vor. Ich kann mich weiter daran erinnern, dass das BAG diesen speziellen Begriff der Einstellung im Betriebsverfassungsrecht damit begründet hatte, dass es sagte: „Wir gehen von dem Charakter dieses Beteiligungsrechts aus. Es ist ein präventives Beteiligungsrecht und wir stellen das auch in den Kontext mit den Zustimmungsverweigerungsgründen des Betriebsrats.“ Hier – wenn es ein präventives Beteiligungsrecht des Betriebsrats ist – in § 99 BetrVG geht es darum, die Stammebelegschaft zu schützen und wenn man sich die Zustimmungsverweigerungsrechte ansieht, da haben wir § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG. Der Betriebsrat kann allein schon deshalb widersprechen, wenn die Besorgnis besteht, dass Nachteile für die Beschäftigten eintreten können; das gilt auch für den Fall, dass die Besorgnis besteht, dass im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren. Das fehlt mir nun, wenn Sie sagen, dass es nur noch auf die tatsächliche Ausgestaltung des Einsatzes ankommt. Ich kann mir nicht vorstellen, dass diese wesentlichen Zweckbestimmungen in der Auslegung des betriebsverfassungsrechtlichen Einstellungsbegriffs fallen gelassen worden sind. Ich habe es bisher noch nicht so wahrgenommen. Ich würde Sie bitten, sich dazu noch einmal zu äußern.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Vielen Dank, Herr *Gaidies*. Diese Entscheidung, der „Taxifall“, wenn ich mich richtig erinnere, stammt aus den 1980er Jahren und man muss das wirklich so hinnehmen, wie ich es versucht habe, Ihnen zu referieren, egal wie man die Rechtsprechung nun bewertet. Die Rechtsprechung hat nach 1991 schon sehr deutlich gesagt in ein paar Entscheidungen, die ich Ihnen auch in der schriftlichen Fassung in den Arbeitsmaterialien angegeben habe, dass im Grunde die Abgrenzung dieselbe ist in solchen Konstellationen wie wir sie auch im Normalfall zur Leiharbeit vornehmen. Das hat auch seinen tieferen Sinn, denn wir müssen bedenken, dass diese Fremdfirmenarbeitnehmer, wenn sie denn wirklich im Rahmen eines echten Dienstwerkvertrags und nicht als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung in den Einsatzbetrieb kommen, normalerweise in einem anderen Betrieb eingegliedert sind. Sie haben dort ihren Vertragsarbeitgeber, dort können sie einen Betriebsrat wählen usw., der sich um die Dinge, die sie betreffen, kümmert. Wenn der Einsatzarbeitgeber gewissermaßen Leistungen am Markt einkauft – am Gütermarkt und nicht am Arbeitsmarkt –, kommen die Schutzmechanismen des Betriebsrats bezüglich der Stammebelegschaft nicht zum Tragen. Da haben wir andere Schutzmechanismen, aber dort ist die Rechtsprechung – was das Kündigungsrecht angeht – relativ großzügig. Ich erinnere an die *Weight Watchers*-Entscheidung. Man kann als Arbeitgeber beschließen, eine bestimmte Leistung nicht mehr am Arbeitsmarkt nachzufragen, sondern am Gütermarkt und dann kann man die damit betrauten Arbeitnehmer betriebsbedingt kündigen. Das passt in dieses Schutzkonzept. Die anderen Arbeitnehmer, die dann hereinkommen, sind aufgrund anderer Mechanismen bei ihrem Vertragsarbeitgeber arbeitsrechtlich geschützt.

Dr. Alexius Leuchten, Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft, München:

Herr *Franzen*, die Musik spielt, auch nach Ihrem Vortrag, bei § 80 Abs. 2 BetrVG, bei den Auskunftspflichten. Das Hauptinteresse des Betriebsrats liegt in der Regel beim Fremdfirmeneinsatz darin, zu erfahren, welche Vergütung bezahlt wird. Sehen Sie beim Wirtschaftsausschuss des Einsatzbetriebs einen Anspruch auf Mitteilung der Vergütung für die Fremdfirmen?

Martin Franzen:

Ich meine, das könnte man sich schon vorstellen. Ich habe angedeutet, dass der Wirtschaftsausschuss ins Spiel kommen kann, gerade bei der

Frage, ob man solche Aufträge nachfragt. Dann denke ich schon, dass man hier den Wirtschaftsausschuss zu informieren hat. Das sind Vorgänge und Vorhaben, die die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens berühren können, wesentlich berühren können, wenn hier in nennenswertem Umfang am Gütermarkt Leistungen eingekauft werden, die man vielleicht auch mit eigenen Arbeitnehmern erbringen könnte. In diesem Zusammenhang könnte ich mir auch vorstellen, dass der Wirtschaftsausschuss die Vergütung erfahren können muss, weil er dort möglicherweise Überlegungen anstellen muss, ob es wirklich die wirtschaftlichste Variante ist.

Beim Betriebsrat hätte ich größere Bedenken, denn das Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG des Betriebsrats geht funktional mehr dahin, zu überprüfen, ob überhaupt anderweitige Beteiligungsrechte vorliegen. Bezüglich der Vergütung kann ich mir ehrlich gesagt nicht vorstellen, dass der Betriebsrat die Vergütung kennen muss, um beurteilen zu können, ob er anderweitig noch Beteiligungsrechte hat. Beim Wirtschaftsausschuss würde ich das so sehen wie Sie das skizziert haben.

Boris Karthaus, IG Metall Bezirk Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf:

Wenn ich Ihren Ausführungen mit der notwendigen Aufmerksamkeit gefolgt bin, ist das Abgrenzungskriterium, welcher dieser beiden infrage kommenden Arbeitgeber die entsprechende Entscheidung trifft. Dessen Betriebsrat ist dann auch gegebenenfalls beteiligungspflichtig. Die Abgrenzung zur Leiharbeit und zum Werkvertrag findet also an der Stelle statt, dass der Dienstleister – der Werkvertragsnehmer – auch tatsächlich die unternehmerische Leitungsmacht übernehmen und ausüben muss, über seine Leute, die er in den Auftraggeberbetrieb hineinschickt. Wenn es sich aber bei der übernommenen Leistung um einen abgrenzbaren Teilbetrieb handelt und die Abgrenzung, um verdeckte Leiharbeit zu vermeiden, Übernahme der Leitungsmacht ist, dürfte im Regelfall doch auch ein – nicht zwingend, aber sehr häufig – Betriebsübergang vorliegen. Wenn wir einen Betriebsübergang haben, werden bestimmte Arbeitnehmer, nämlich die in der Betriebsabteilung, die von dem Betriebsübergang betroffen ist, Arbeitnehmer des Werkvertragsdienstleisters. Diese wissen das aber nicht. Die beiden beteiligten Arbeitgeber verschusseln das möglicherweise auch mit der Folge, dass zwei Arbeitgeber Personal gemeinsam einsetzen – nämlich die übergegangenen Arbeitnehmer nach § 613a BGB – , die verwaltet und personell betreut werden noch von der alten Personalabteilung. Also haben wir einen gemeinsamen Betrieb.

Martin Franzen:

Vielen Dank für die Frage, Herr *Karthaus*. Mir ist nicht ganz klar geworden, in welcher Konstellation Sie einen Betriebsübergang sehen. Frau *Oberthür* hat das heute Vormittag bei der Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes durchgespielt und hat dort geprüft, ob ein Betriebsübergang hier vorliegen könnte und hat uns die Kriterien genannt. Wenn ich Sie richtig verstanden habe – bitte korrigieren Sie mich, ich bin nicht sicher, ob ich Sie richtig verstanden habe –, wollen Sie einen Betriebsübergang andeuten bei der Begründung des Fremdfirmeneinsatzes. Das heißt, der Fremdfirmenarbeitgeber, der externe Dienstleister, zwischen diesem und dem Auftraggeber und seinem Einsatzbetrieb liegt ein Betriebsübergang vor. Das sehe ich nicht. Ich sehe nicht, dass der Einsatzbetrieb irgendeine Betriebsmittel übernimmt. Er kauft zunächst einmal einen Auftrag ein, so dass ich das nicht ganz nachvollziehen kann. Sie können mir aber gern noch einmal auf die Sprünge helfen oder hier allen Experten, dann können wir das noch gemeinsam diskutieren, ob hier bei der Aufnahme einer Fremdfirmen­tätigkeit ein Betriebsübergang vorliegen kann.

Boris Karthaus:

Ich will Ihnen gern zugestehen, dass der Betriebsübergang nicht zwingend ist, weil es möglicherweise an der abgrenzbaren betrieblichen Einheit fehlt. Aber es sind genauso gut Fälle denkbar, in denen die betriebliche Einheit durchaus erhalten ist. Nehmen Sie zum Beispiel Werkserhaltung: Das ist eine Hand voll Leute, sie haben irgendwo eine Werkstatt und pilgern den ganzen Tag durchs Werk und reparieren Toilettenspülungen und so etwas. Diese Dienstleistung ist natürlich am Markt einkaufbar. Die Hand voll Leute, die dort beschäftigt werden, werden woanders im Betrieb untergebracht, weil der Betriebsrat sagt: „Nein, sie werden nicht gekündigt“ und der Dienstleister übernimmt dann rechtsgeschäftlich die kleine Werkstatt und das dort ohnehin herumliegende Werkzeug und auch das wesentliche Betriebsmittel, nämlich das Werk, an dem herumoperiert werden muss. Dann läge doch ein Teilbetriebsübergang nahe.

Martin Franzen:

Ja, jetzt habe ich die Konstellation verstanden. Das kann sein, allerdings bin ich nicht ganz sicher. Das hängt davon ab, wie der Dienstleistungserbringer die Tätigkeit bisher organisiert hat. Es muss ja auch beim Dienstleistungserbringer eine organisatorische Einheit vorgelegen haben. Es finden die normalen Abgrenzungskriterien Anwendung, die wir sonst auch bei der Fremdvergabe haben. Sie gehen davon aus – vielleicht habe

ich Ihren Fall immer noch nicht ganz richtig verstanden –, dass der Arbeitgeber diese Leistung bisher selbständig mit eigenen Leuten gemacht hat und jetzt fremd vergeben will. Dann sind wir im normalen Bereich der Fremdvergabe und müssen da prüfen, ob die Kriterien vorliegen, die Frau *Oberthür* uns genannt hat. Das ist richtig und da kann es einmal sein, dass wir hier zu einem Betriebsübergang kommen. Aber ich würde nicht denken, dass hier eine wirtschaftliche Einheit übergeht, denn die Arbeitnehmer gehen schon einmal nicht über auf den externen Dienstleister. Das ist sicherlich unbestritten. Sie bleiben beim Einsatzbetrieb. Die Tätigkeit kann übergehen, aber ob die Betriebsmittel übergehen, ist die Frage. Dann haben wir die Frage: „Wie weit gewichten wir die Betriebsmittel?“ und sind in der alten Diskussion, ob die Tätigkeit an diesen Betriebsmitteln ausgeführt wird. In der Tendenz würde ich – wenn Sie das so konstruieren wollen – hier einen Betriebsübergang im Regelfall ablehnen, weil es an den Kriterien fehlt, die der EuGH aufgeführt hat. Wir haben zwar einen Übergang einer Tätigkeit, aber mehr nicht. Die Betriebsmittel gehen nicht über und im Übrigen müssen wir die Kriterien zugrunde legen, die Frau *Oberthür* genannt hat, also die sieben Kriterien des EuGH. Da würde ich sagen, im Regelfall scheidet ein Betriebsübergang aus.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Erst noch einmal zu Herrn *Karthaus*: Der Fall wäre dann ein Fall, wenn einem neuen Dienstleister die Werkstatt vermietet wird und das Inventar verkauft, dann ist Ihr Fall, glaube ich, ein Fall und dann wäre weiter darüber nachzudenken.

Ich wollte aber auf etwas anderes reagieren, das Du im Vortrag eben angesprochen hast, die Abgrenzung von § 8 Abs. 1 und § 8 Abs. 2 ArbSchG: Das ist jetzt vielleicht etwas Haarspalterei. Ich habe § 8 Abs. 1 ArbSchG nicht angewandt, weil meines Erachtens der § 8 Abs. 2 ArbSchG eine Sonderregelung zur Leistung eines Fremden im eigenen Betrieb ist. Das hängt ein bisschen an dem Begriff „an einem Arbeitsplatz Tätigsein mehrerer Arbeitgeber“ oder „Beschäftigter mehrerer Arbeitgeber“ im Sinne des § 8 Abs. 1 ArbSchG. § 8 Abs. 1 ArbSchG betrifft den Gemeinschaftsbetrieb oder die sonstige gemeinschaftliche Tätigkeit außerhalb des Betriebsgeschehens. Aber der Fall, dass ein Fremder im eigenen Betrieb tätig wird, ohne dass der Fremde einen eigenen Betrieb damit begründet, ohne dass man damit einen gemeinschaftlichen Betrieb begründen würde, ist meines Erachtens ausschließlich in § 8 Abs. 2 ArbSchG geregelt. Dann hätten wir eine Vergewisserungsverpflichtung. Das hat seine Ergänzung in §§ 5 und 6 BGV A 1. Deshalb habe ich es so abgegrenzt. Ich sehe darin auch eine Lo-

gik wegen der getrennten Ausübung von Direktionsrechten, die zu getrennten Verantwortlichkeiten führt.

Martin Franzen:

Vielen Dank, damit hat es sich aufgeklärt. Ich sehe es anders. Viele in der Literatur sehen es aber genauso wie *Richard Giesen*. In der Literatur wird vertreten, dass § 8 Abs. 1 ArbSchG sich nur auf außerbetriebliche Arbeitsplätze, also insbesondere Baustellen, bezieht und § 8 Abs. 2 ArbSchG unseren Fall hier betrifft. Der Wortlaut gibt dies aber nicht her. Die Entstehungsgeschichte tendiert eher in meine Richtung, weil der Gesetzgeber gesagt hat: „Zusätzlich noch zu § 8 Abs. 1 ArbSchG haben wir noch die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG“. Die zugrunde liegende EG-Richtlinie gibt diese systematische Unterscheidung ebenfalls nicht her. Wenn man aber *Richard Giesens* Auffassung folgt, wenn man überhaupt zugrunde legt, dass in unseren Fällen nur § 8 Abs. 2 ArbSchG gilt, besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Auch nach meiner Auffassung kann sich auf § 8 Abs. 2 ArbSchG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Nr. 7 BetrVG nicht stützen. Da sind wir uns wieder einig. Ich würde sagen: § 8 Abs. 1 ArbSchG gilt in unseren Fällen auch und hier kann es einmal sein, dass Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bezüglich des Arbeitsschutzes in Betracht kommen.

Abbo Junker:

Bevor ich zum allerletzten Tagesordnungspunkt komme, nämlich der Verabschiedung, sollten wir uns noch einmal bei dem Referenten ganz herzlich bedanken für diesen umfassenden Vortrag. Vielen Dank!

Meine Damen und Herren: Der letzte Tagesordnungspunkt ist Verabschiedung und ich verspreche Ihnen, dies genauso kurz zu halten wie meine Überleitung. Am Ende dieser Veranstaltung steht keine Zusammenfassung, denn sie ergibt sich aus dem Tagungsband, sondern am Ende steht der Dank, der zunächst den Teilnehmerinnen und Teilnehmern gilt. Wir haben das erste Mal in Düsseldorf eine Veranstaltung gemacht und waren nicht sicher, wie die Resonanz sein würde. Unsere Freude war umso größer, als wir das Potenzial, das dieser Saal bietet, vollständig ausgeschöpft und zumindest insoweit mit fast 150 Teilnehmerinnen und Teilnehmern einen fulminanten Erfolg erzielt haben. Das gilt umso mehr, als das Thema auf den ersten Blick vielleicht nicht jeden anspricht. Wenn Sie die Teilnehmerliste durchschauen, sind doch die wesentlichen Entscheider und die in diesem Gebiet Tätigen hier heute anwesend beziehungsweise anwesend gewesen, und das keineswegs nur aus dem engeren Einzugsbereich Düsseldorfs.

An zweiter Stelle geht der Dank an die Referenten. Fast am meisten müsste ich meinem Freund und Kollegen *Volker Rieble* danken, der heute Morgen gleich zwei Referate aus dem Stand übernommen hat. Das würde er aber zurückweisen, weil er das als selbstverständlich ansehen würde. Ganz herzlichen Dank daher an dieser Stelle zunächst Ihnen, Frau Dr. *Oberthür*. Ich habe Ihrem Vortrag mit dem allergrößten Interesse und dem allergrößten Gewinn zugehört. Es war wirklich ein Vorteil, dass wir ihn noch vor die Pause legen konnten und auf diese Weise mehr Zeit hatten, darüber zu diskutieren. Meinen Freunden und Kollegen *Richard Giesen* und *Martin Franzen* gilt ebenfalls ein herzlicher Dank, auch im Namen von *Volker Rieble*, der das hier alles organisiert hat.

Diskussionsteilnehmer

Ernst, Gerhard – Seite 38

Franzen, Martin – Seite 79, 107, 109, 111

Gaidies, Reinhard – Seite 106

Giesen, Richard – Seite 32, 34, 35, 40, 41, 60, 62, 64, 79, 80, 81, 82, 83,
110

Hamann, Wolfgang – Seite 32, 37, 60

Hurst, Adrian – Seite 34, 61

Junker, Abbo – Seite 79, 84, 106, 111

Karthaus, Boris – Seite 108, 109

Kloss, Rainer – Seite 39, 40

Leuchten, Alexius – Seite 107

Müller, Birgit – Seite 36

Oberthür, Nathalie – Seite 60, 61, 62, 63, 64

Ricken, Oliver – Seite 83

Rieble, Volker – Seite 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 80, 81, 82

Walcke-Wulffen, Jörg-Frederic – Seite 41, 62

Wichert, Joachim – Seite 63

Sachregister

Abgrenzung

- Arbeitnehmerüberlassung 44, 60, 66
- Industriedienstleistung 18, 44, 60, 66

Arbeitnehmerüberlassung

- CGZP-Entscheidung 24, 34
- Eingliederung 46
- Rechtslastenverschiebung 22
- Rechtsschutz 21
- Tarifzuständigkeit 24, 25
- Wirtschaftliche Tätigkeit 23

Arbeitsvertragliche Beziehungen 67

Arbeitsvertragliche Schutzpflicht 68

Auditierung 41

Auslandsflucht 29

Betriebsänderung 97

Betriebsbedingte Kündigung 54

Betriebsführungsvertrag 20, 32

Betriebsübergang 54, 61, 108

Betriebsvereinbarung 63

Betriebszweck

- Arbeitnehmerüberlassung 50
- Industriedienstleistung 50

CGM 34

DGB 25, 35

Dienstvertrag 17

Eingliederung 46, 63

Equal Pay 23, 51

Gemeinsamer Betrieb 19, 38, 89

Geschäftsgegenstand

- Arbeitnehmerüberlassung 45
- Industriedienstleistung 45

Haftungsprivileg 75, 83

IG Metall 25

Informationsrechte des Betriebsrats 103, 107

Kettenüberlassung 36

Mischform 28

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

- Arbeitszeitregulierung 91, 99
- bei der Leiharbeit 88
- Einstellung 95, 106
- Verhaltenssteuernde Maßnahmen 99

Technische Arbeitsschutzverantwortung

- Abgrenzung 79, 100, 110
- des Auftraggebers 72
- des Dienstleisters 69
- Sonderregelung 79

- Vergewisserungspflicht 102

- Zusammenarbeit 101

Umstellung 53

Unterrichtungsrecht des Betriebs-
rats 98

Ver.di 25

Vorteil 50

Weisungsrecht 47, 63

Werkvertrag 17, 36, 39

Wirtschaftsausschuss 107

„Zugangskontrollentscheidung“ 93

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltssysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0