

Ortstagung Hamm am 27.04.2016

Am 27.04.2016 begrüßte *Dr. Holger Schrade*, Präsident des Landesarbeitsgerichts Hamm, im überaus gut besuchten Foyer des Landesarbeitsgerichts den Referenten, *Peter Schmidt*, Vorsitzender Richter der für Fragen der Arbeitnehmerüberlassung zuständigen Fachkammer am Landesarbeitsgericht Hamm, zum Thema

„Leihvertrag und Werkarbeit – Fragen zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglicher Beschäftigung“.

Schrade verwies in seinen einleitenden Worten unter anderem darauf, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ganz aktuell den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetzes vorgelegt habe. Dem Problemaufriss in der Einleitung zur Begründung des Gesetzentwurfes sei zu entnehmen, dass die Bundesregierung – getragen von der großen Koalition – sich das Ziel gesetzt habe, die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion hin zu orientieren und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern. Zugleich werde betont, dass Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge wichtige Instrumente für eine arbeitsteilige Wirtschaft seien. Der Gesetzentwurf wolle den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen und die sogenannte verdeckte Arbeitnehmerüberlassung verhindern, also Situationen erfassen, in denen auf der Basis abgeschlossener Werkverträge arbeitende Menschen in Wirklichkeit als Arbeitnehmer in einen fremden Betrieb eingegliedert sind und vom dortigen Arbeitgeber Weisung erhalten. Die Dauer der Leiharbeit solle künftig beschränkt werden. Tarifvertragliche Erweiterungsmöglichkeiten sollten stärkeres Gewicht erhalten. Die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsinstrumente des Betriebsrats sollten genutzt werden, um missbräuchlichen Gestaltungen entgegenzuwirken. Dies betreffe insbesondere die Informationsrechte des Betriebsrates im Bereich der Personalplanung. Zugleich versuche der Gesetzentwurf etwas, an dem sich Arbeitsrechtler sowohl in der Rechtsprechung als auch der Gesetzgebung bisher die „Zähne ausgebissen“ hätten. In einem neuen § 611 a BGB solle der Arbeitnehmerbegriff definiert werden - so, wie es derzeit aussieht, unter Verzicht auf einen Kriterienkatalog, der in ersten Referentenentwürfen noch enthalten war. Bereits die Ankündigung eines solchen Gesetzentwurfes habe in der arbeits-

rechtlichen Literatur das übliche bipolare Blätterrauschen ausgelöst. „Leiharbeit und Werkvertrag - Achse des Bösen?“ hätten beispielsweise Bauer und Heimann in einem Aufsatz in der NJW gefragt. Und Henssler sei in der RdA Anfang 2016 ganz aktuell zum Schluss gekommen, der Referentenentwurf biete „Überregulierung statt Rechtssicherheit“. Er übersehe, dass Arbeitnehmerüberlassung kein Massenphänomen sei – die Quote der Arbeitnehmerüberlassung liege konstant bei zwei Prozent. Die Praktiker des Arbeitsrechts dürften sich, so *Schrade*, mithin auf interessante Diskussionen in den nächsten Monaten freuen.

Schmidts im Anschluss aufgestellte Thesen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Das Spannungsverhältnis Werkvertrag/ Arbeitnehmerüberlassung im Licht der Rechtsprechung

1. Kennzeichen eines Arbeitsverhältnisses

a) Ein Arbeitsverhältnis kommt regelmäßig durch *Übereinstimmung zweier Willenserklärungen* in Form von Angebot und Annahme zustande. Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses setzt danach voraus, dass die Erklärungen der vertragschließenden Parteien *auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages im Sinne des § 611 BGB* gerichtet sind. Erforderlich ist dazu das Vorliegen einer Vereinbarung, dass *Dienste für die andere Vertragspartei* geleistet werden sollen. Maßgebend für das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses sind insoweit die Erklärungen der Parteien bzw. deren übereinstimmender Wille. Arbeitnehmer ist nach der Rechtsprechung dabei derjenige, der

- aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages
- im Dienste eines anderen
- zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

(zum Beispiel BAG 14.03.2007, 5 AZR 499/06; BAG 29.08.2012, 10 AZR 490/11).

Zum Einen muss daher die Vereinbarung darauf abzielen, dass *Dienste für einen anderen* verrichtet werden sollen. Selbst wenn sich daher ein als freies Mitarbei-

terverhältnis vereinbartes Vertragsverhältnis auf Grund der tatsächlichen Handhabung und des daraus zu entnehmenden Willens der Parteien als Arbeitsverhältnis darstellen kann, bedarf es jedenfalls einer Vereinbarung, dass Dienste für die andere Vertragspartei geleistet werden sollen. Dabei reicht allein der Umstand, dass Tätigkeiten ausgeübt werden, die sich als reguläre Arbeiten darstellen, wie sie typischerweise in einem Arbeitsverhältnis ausgeübt werden, nicht aus (BAG 20.02.2008, 5 AZR 290/07). Hieran wird es insoweit auch regelmäßig fehlen, wenn die Vereinbarungen auf eine „bloße“ unternehmerische Zusammenarbeit im Sinne einer Kooperation gerichtet sind.

b) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich danach von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters *durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit*, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Diese Abhängigkeit wiederum spiegelt sich wieder im Umfang der Weisungsrechte, die derjenige ausübt oder sich diese vertraglich vorbehält, der die Dienste in Anspruch nimmt.

c) Das Weisungsrecht kann dabei

- Inhalt,
- Durchführung,
- Zeit,
- Dauer und
- Ort

der Tätigkeit betreffen (zum Beispiel BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04).

Ein typisches Abgrenzungsmerkmal enthält hierzu die Bestimmung des **§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB**: Danach ist selbständig, wer *im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen* kann. Arbeitnehmer ist entsprechend derjenige Mitarbeiter, der *nicht im Wesentlichen frei* seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Diese Bestimmung ist *unmittelbar* zwar nur für die Abgrenzung zwischen einem Handelsvertreter und einem Angestellten (Reisenden) maßgeblich, wird jedoch von der Rechtsprechung als *allgemeines Kriterium zur Abgrenzung* der Tätigkeit eines Arbeitnehmers zu der eines freien Mitarbeiters herangezogen. Von einer freien Mitarbeit grenzt sich ein Arbeitsverhältnis danach durch *den Grad der persönlichen Abhängigkeit*, in der sich der zur

Dienstleistung Verpflichtete befindet, ab. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit kann dabei auch von der *Eigenart der jeweiligen Tätigkeit* abhängen (BAG 29.08.2012, 10 AZR 490/11), zum Beispiel, ob es sich um eine Tätigkeit handelt, die zu ihrer Ausübung eine solche freie Gestaltung gar nicht ermöglicht, weil beispielsweise eine so enge Einbindung in den Arbeitsprozess vorliegt, dass eine freie Gestaltung der Tätigkeit schon von vornherein nicht in Betracht kommt.

d) Maßgeblich für die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag, freie Mitarbeit oder als Werkvertrag ist der objektive Geschäftsinhalt der ausdrücklich getroffenen Abreden und der praktischen Durchführung des Vertrags. Nicht immer stimmen dabei die ausdrücklichen Abreden und die tatsächliche Durchführung überein. *Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung*, ist nach ständiger Rechtsprechung die tatsächliche Durchführung für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses maßgebend, da diese regelmäßig einen Rückschluss darauf zulässt, was die Parteien tatsächlich gewollt haben (BAG 14.03.2007, 5 AZR 499/06; BAG 29.08.2012, 10 AZR 490/11). Allerdings ist die Vertragstypenwahl der Parteien *nicht völlig bedeutungslos*: Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch beispielsweise selbständig erbracht werden, ist die Entscheidung, wofür sich die Vertragsparteien sich für einen bestimmten Vertragstypus entschieden haben, durchaus im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls zur Entscheidung über den Vertragstypus zu berücksichtigen (BAG 09.06.2010, 5 AZR 332/09).

e) Die Rechtsprechung betont dabei immer wieder, dass die Entscheidung, welches Rechtsverhältnis vorliegt, von einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls abhängt (BAG 29.08.2012, 10 AZR 490/11). Einzelne Gesichtspunkte werden in der Regel nicht so gewichtig sein, dass sie allein über die Einordnung entscheiden.

Soweit es für das Verständnis der Abgrenzung unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung/ Werkvertrag von Bedeutung ist, sollen einige Kriterien dargestellt werden, die für die Einordnung durch die Rechtsprechung herangezogen worden sind.

aa) Für die Einordnung eines Vertrages können im Rahmen einer Gesamtabwägung, ob jemand „im Wesentlichen“ seine Arbeit nicht frei gestalten kann, nachfolgende Kriterien von Bedeutung sein

- die Art der Tätigkeit, also ob die vorgesehene Tätigkeit sowohl im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit, eines Werkvertrages und einem Arbeitsverhältnis möglich ist (dazu z.B. BAG 20.01.2010, 5 AZR 106/09)
- die Einbindung in vorgegebene Betriebsabläufe (BAG 17.04.2013, 10 AZR 272/12)
- damit verbunden die örtliche Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation (ebenso BAG 17.04.2013, 10 AZR 272/12; BAG 25.09.2013, 10 AZR 282/12)
- Bestehen von Vorgaben zum Volumen und insbesondere zur Lage der Arbeitszeit (BAG 25.09.2013, 10 AZR 282/12); allein ein Versprechen, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen oder zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen, führt jedoch noch nicht zu einer Weisungsabhängigkeit (BAG 09.10.2002, 5 AZR 405/01)
- Weisungsabhängigkeit in zeitlicher Hinsicht durch die Erwartung ständiger Dienstbereitschaft oder Heranziehen des Mitarbeiters in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung, wenn ihm die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden (BAG 20.05.2009, 5 AZR 31/08). Insofern stellt die Einteilung eines Mitarbeiters in Dienstpläne ohne vorherige Absprache ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft dar (BAG 22.04.1998, 5 AZR 191/97; BAG 20.09.2000, 5 AZR 61/99)
- Bestehen von inhaltlichen, tätigkeitsbezogenen Weisungsrechten (BAG 17.04.2013, 10 AZR 272/12; BAG 08.11.2006, 5 AZR 706/05).
- Verrichtung von Tätigkeiten auch außerhalb des vertraglich vereinbarten Spektrums
- die Verpflichtung, Urlaub zu beantragen und bewilligt erhalten zu müssen und solchen nicht nur anzeigen zu müssen

bb) Demgegenüber spielen für die Einordnung die folgenden Kriterien in unterschiedlichen Fallgestaltungen keine Rolle:

- die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses, weil ansonsten zwingende arbeitsrechtliche Bestimmungen umgangen werden könnten. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben (so schon BAG 22.08.2001, EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 86)
- die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Vertragsverhältnisses, weil diese lediglich Folge der Einordnung ist. Entscheidend ist die Eigenart der Dienstleistung, nicht aber die Abwicklung der Entgeltzahlung (BAG 15.02.2012, 10 AZR 301/10)
- eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Vertragspartner z.B. durch Zusammenarbeit über eine längere Zeit; entscheidend ist die „persönliche“ Abhängigkeit (BAG 20.01.2010; 5 AZR 99/09)
- das Bestehen von Weisungsrechten, aber deren fehlende Ausübung über eine längere Zeit, wenn nicht hierin eine stillschweigende Änderung der Umwandlung des Vertragstyps zu sehen ist; ein Rechtsverhältnis, das als Arbeitsverhältnis vereinbart wurde, wird nicht durch bloße Nichtausübung der Weisungsrechte zu einem freien Dienstverhältnis (BAG 25.01.2007, 5 AZB 49/06).

2. Abgrenzung Werkvertrag / Arbeitnehmerüberlassung

a) Drittbezogene Arbeitseinsätze sind als solche nicht von vornherein eine Form der Arbeitnehmerüberlassung, da sie in völlig unterschiedlichen Fallgestaltungen und im Rahmen unterschiedlicher Vertragsabreden erfolgen können.

b) Die Bedeutung der rechtlichen Einordnung, ob ein Vertragsverhältnis einen (echten) Werkvertrag oder einen Dienstleistungsvertrag darstellt oder eine auf Überlassung von Arbeitnehmern gerichtete Vereinbarung vorliegt, liegt im Wesentlichen in einer gesetzlich in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG angeordneten Fiktion des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses. Danach gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Nach § 9 Nr. 1 AÜG wiederum ist der Vertrag zwischen

Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bestimmt insoweit nunmehr, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen. Die hiernach bestehende Erlaubnispflicht ist dabei dadurch ausgeweitet worden, dass es nach der ab 01.12.2012 geltenden Gesetzesfassung nicht mehr auf eine Gewerbsmäßigkeit der Überlassung ankommt, die regelmäßig das Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht erforderte.

Die Situation ist durch eine Art Dreipersonenbeziehung gekennzeichnet: Es besteht eine Vertragsbeziehung zwischen einem Werk- oder Dienstleistungsunternehmen und dem Besteller des Werks oder der Dienstleistung einerseits, zwischen jenem und dem bei ihm Beschäftigten andererseits, wohingegen eine vertragliche Beziehung zwischen dem Besteller des Werks oder der Dienstleistung und dem Beschäftigten des Werkunternehmers nicht gegeben ist. Die Bedeutung der Einordnung beschränkt sich allerdings nicht auf den individualrechtlichen Bereich, sondern erstreckt sich auch auf den *betriebsverfassungsrechtlichen Bereich*: Da unter einer Einstellung im Sinne des **§ 99 BetrVG** ein Vorgang zu verstehen ist, durch den Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen, wobei es auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum Arbeitgeber stehen, nicht ankommt, des Weiteren aber erforderlich ist, dass eine weisungsgebundene Tätigkeit im Betrieb ausgeübt wird, bei der Arbeitgeber das typische Weisungsrecht innehat, wie es in einem Arbeitsverhältnis üblich ist, ergibt sich bei einem klassischen Werkvertrag kein Beteiligungsrecht aus § 99 BetrVG. Anders stellt sich dies im Falle (unerlaubter) Arbeitnehmerüberlassung dar, da dann gerade der Arbeitgeber ein Weisungsrecht ausübt, wie es in einem Arbeitsverhältnis üblich ist. Da aber in der Regel bei einer solchen Fallgestaltung unter den Betriebsparteien unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen werden, ob ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, finden sich in der Praxis von Betriebsräten eingeleitete arbeitsgerichtliche Erzwingungsverfahren mit dem Ziel, dem Arbeitgeber aufgeben zu lassen, eine Beteiligung wegen einer „Einstellung“ durchzuführen, oder ein Betriebsrat kann von der Möglichkeit des **§ 101 BetrVG** Gebrauch machen.

c) Kennzeichen einer Arbeitnehmerüberlassung ist nach der maßgeblichen Rechtsprechung zumindest, dass der Arbeitnehmer aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung seines Arbeitgebers gegenüber dem Dritten zur Förderung von dessen Betriebszwecken in irgendeiner Weise *innerhalb der Betriebsorganisation des Dritten* und nicht weiterhin allein für seinen Arbeitgeber tätig wird. *Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages* ist daher die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur *Förderung von dessen Betriebszwecken* Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung liegt erst dann vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Betrieb eines Dritten erbringt und dieser als Entleiher den Arbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie einen eigenen Arbeitnehmer einsetzt. Die Arbeitskräfte müssen daher *voll in den Betrieb des Dritten eingegliedert* sein und der Arbeitnehmer muss den *Weisungen des Dritten oder dessen Repräsentanten* hinsichtlich der Arbeitsausführung unterliegen (zur entsprechenden Definition beispielsweise BAG 22.06.1994, 7 AZR 286/93; BAG 03.12.1997, 7 AZR 764/96; BAG 25.10.2000, 7 AZR 487/99).

d) Kennzeichen eines Werkvertrages ist nach **§ 631 Abs. 1 BGB**, dass der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Nach **§ 631 Abs. 2 BGB** kann Gegenstand eines Werkvertrags dabei sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache, aber auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Besonderes Kennzeichen ist somit, dass ein *konkreter, gegenständlich umrissener Erfolg*, ein sog. „Werkerfolg“ und nicht nur eine Dienstleistung geschuldet wird.

Im Falle der Beschäftigung auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages wird daher der Unternehmer für einen anderen tätig, er ist selbständig. Ein Dienstvertrag grenzt sich danach von einem Werkvertrag dadurch ab, ob ein bestimmtes Arbeitsergebnis oder ein bestimmter Arbeitserfolg oder nur eine bestimmte Dienstleistung als solche geschuldet wird. Bei einem Werkvertrag organisiert der Unter-

nehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werkes gegenüber dem Drittunternehmen, dem Besteller, verantwortlich. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten *Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis* (zu den entsprechenden Merkmalen: BAG 22.06.1994, 7 AZR 286/93; BAG 03.12.1997, 7 AZR 764/96 BAG 13.08.2008, 7 AZR 269/07; 18.01.2012, 7 AZR 723/10).

Ein maßgebliches Kriterium ist danach die Ausübung von Weisungsrechten. Die Problematik der Abgrenzung ergibt sich insoweit daraus, dass auch der Besteller eines Werkes Weisungsrechte ausüben kann und darf. Er darf dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen erteilen, die sich allerdings auf die Ausführung des Werkes beschränken müssen. Entsprechend führt die Ausübung von solchen Weisungen, die sich *auf das Werk selbst* beziehen, wenn nicht sonstige Kriterien ausreichen, nicht zur Annahme von Arbeitnehmerüberlassung. Die Ausführung ausschließlich werkvertraglicher Befugnisse und der damit verbundenen Kontroll- und Überprüfungsrechte schließt entsprechend das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung aus. Allerdings muss die Weisung des Werkbestellers gegenständlich begrenzt auf das konkrete Werk bezogen sein (so die vorgenannten Entscheidungen des BAG). Erstrecken sich die erteilten Weisungen insbesondere auf den Umfang einer Tätigkeit, deren zeitliche Lage, den Arbeitsvorgang selbst und wird damit, wie dies das BAG in der Entscheidung vom 25.09.2013 ausdrückt, die Tätigkeit erst durch den Besteller organisiert und geplant, erfolgt somit eine Eingliederung in einen Arbeitsprozess, ist dies mit der Annahme eines Werkvertrages nicht mehr zu vereinbaren. Dies dürfte selbst dann gelten, wenn es sich bei dem vereinbarten „Werk“ noch um ein konkretes, abgrenzbares Werk handelt. Ist demnach des Weiteren ein dem Werkunternehmer zurechenbares, abgrenzbares Werk nicht vereinbart, sondern bestimmt der Anweisende durch seine Anweisung überhaupt erst den Gegenstand der zu erbringenden Leistung, übernimmt dieser die bindende Organisation und befindet sich nicht mehr im Bereich einer auf ein Werk bezogenen Weisung. Werden schließlich, auch bei der Vereinbarung eines abgrenzbaren Werks, Weisungen an die Arbeitnehmer des Werkunternehmers, ggfs. auch nur hinsichtlich des Inhalts der

Tätigkeit erteilt, die über das vereinbarte Werk hinausgehen, übernimmt wiederum der Besteller die eigene Organisation und bewegt sich nicht mehr auf der zulässigen werksbezogenen Ebene.

e) Wie bei der Entscheidung zur Einordnung eines Vertrages als Arbeitsvertrag oder Dienstvertrag/ Werkvertrag gilt, dass maßgeblich für die rechtliche Einordnung der jeweiligen Verträge dabei weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge, noch die von ihnen gewählte Bezeichnung, sondern *der tatsächliche Geschäftsinhalt* ist. Dieser kann sich wiederum sowohl aus den *ausdrücklichen Vereinbarungen* der Vertragsparteien, als auch aus der *praktischen Durchführung* des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, ist die tatsächliche Vertragsausführung maßgebend, denn die Vertragspraxis erlaubt zuverlässige Rückschlüsse auf das zwischen den Vertragsparteien wirklich gewollte (BAG 30.01.1991, 7 AZR 497/89; BAG 13.08.2008, 7 AZR 269/07).

f) Vorsicht ist bei der Beurteilung geboten, soweit es um die Bedeutung von einzelnen Handlungsweisen geht: Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sollen zur Feststellung eines vom Wortlaut des Vertrages abweichenden Geschäftsinhalts nur dann geeignet sein, wenn es sich um *beispielhafte Erscheinungsformen einer durchweg geübten Vertragspraxis* handelt. Die entsprechenden Handlungsweisen müssen so sein, dass sie der Vertragsgestaltung das erforderliche arbeitsrechtliche Gepräge geben. Dafür sollen aber auch nicht allein die Häufigkeit, sondern eher Gewicht und Bedeutung der behaupteten Vertragsabweichung entscheiden (BAG 09.11.1994, 7 AZR 217/94).

g) Entscheidend für die Abgrenzung ist wiederum eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände (so zuletzt BAG 25.09.2013, 10 AZR 282/10). In aller Regel wird daher bei der Qualifizierung eines Vertragsverhältnisses nicht ein Umstand allein maßgeblich sein, sondern die Gesamtschau.

Für das Vorliegen eines Werkvertrages können dabei sprechen:

- eine konkrete Festlegung einer abgrenzbaren Aufgabe oder eines konkreten Umfangs der Aufgabe

- Ausübung von Weisungsrechten, die sich ausschließlich auf das konkret festgelegte Werk beziehen

Gegen das Vorliegen eines Werkvertrages können demgegenüber sprechen:

- das Fehlen eines abgrenzbaren abnahmefähigen Werks; in einem solchen Fall bestimmt der „Besteller“ überhaupt erst den Gegenstand der zu erbringenden Leistung, er übt keine werksbezogenen Weisungen aus, sondern organisiert selbst Arbeit und Einsatz erst bindend
- die Ausrichtung der bestellten und zu erbringenden Leistungen nach jeweiligem Bedarf des Bestellers, weil damit regelmäßig auch über Inhalt, Zeit und Dauer der Dienstleistung erst entschieden wird
- eine Eingliederung in einen vom Besteller organisierten Produktionsablauf
- Einbindung in den Produktionsablauf hinsichtlich Umfang und Lage der Arbeitszeit
- fehlende Möglichkeit, die Arbeitsleistung in nennenswerten Umfang auch weiteren Auftraggebern anbieten zu können
- Ausübung tätigkeitsbezogener Weisungsrechte
- Weisung zu über den vereinbarten Inhalt hinausgehenden Arbeiten
- örtliche Einbindung in Abläufe
- Aufnahme in Dienstpläne des Bestellers

h) Von weiterer Bedeutung für die Einordnung des Vertragsverhältnisses ist der Umstand, auf welche Personen und deren Kenntnis bei tatsächlichen Abläufen, die ggfs. von den ausdrücklichen Vereinbarungen zum Vertragsgegenstand abweichen, abzustellen ist. Die Rechtsprechung geht insofern davon aus, dass solche abweichende Vertragspraxis den auf Seiten der Vertragspartner zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt gewesen und von ihnen zumindest geduldet worden sein muss; dies resultiert daraus, dass auf den Geschäftswillen zwischen Werkvertragsunternehmer und Besteller abzustellen ist und es demnach auf deren wirklichen Geschäftswillen ankommt (so BAG 30.01.1991, 7 AZR 497/89; BAG 06.08.2003, 7 AZR 180/03; BAG 18.01.2012, 7 AZR 723/10). Eine

tatsächliche Vertragsdurchführung muss daher vom Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung Beteiligten umfasst sein (BAG 13.08.2008, 7 AZR 269/07). Rückschlüsse auf den wirklichen Vertragsinhalt zwischen den Vertragsparteien sind somit nur möglich, wenn die zum Vertragsschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie billigen (BAG 27.01.1993, 7 AZR 476/92). Die Kenntnis dritter Personen, auch wenn sie demselben Betrieb oder Unternehmen angehören, genügt insoweit jedenfalls grundsätzlich nicht. Wird daher der Werkunternehmer nicht selbst tätig, bedarf es eines Tatbestandes, nach dem ihm ein Verhalten der unmittelbar vor Ort handelnden Personen zugerechnet werden kann. Eine solche Zurechnung kann erfolgen über eine *Anscheinsvollmacht*: Der Vertretene kennt das Handeln seines Vertreters nicht, hätte es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen und verhindern können, und der Arbeitnehmer darf nach Treu und Glauben annehmen, der Unternehmer dulde und billige das Handeln seines Vertreters, was insbesondere bei längerdauernden oder häufig wiederkehrenden Verhaltensweisen nach der Rechtsprechung der Fall sein kann. In Prozessen ist der Vortrag der klagenden Partei hierzu häufig dürftig, da offensichtlich davon ausgegangen wird, der Unternehmer müsse sich die Handlungsweisen seiner „Vertreter“ generell und automatisch zurechnen lassen.

i) Von praktischer Bedeutung ist weiterhin die Frage der Verteilung der sog. Darlegungs- und Beweislast in gerichtlichen Verfahren, soweit ein Beschäftigter geltend macht, er sei bei einem Kunden nicht auf Grund eines Werkvertrages tätig, sondern es liege ein Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung vor. Die Schwierigkeit der Darlegung ist darin begründet, dass eine Arbeitnehmerüberlassung durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet ist. Der Arbeitnehmer kennt regelmäßig nicht den Inhalt der vertraglichen Absprache zwischen dem Werkvertragsunternehmen/Entleiher und dem Kunden/Entleiher, bei dem er eingesetzt ist. Er weiß daher auch nicht, ob der Inhalt dieser Abrede als Werkvertrag anzusehen ist oder die vertragliche Absprache auf eine Überlassung zur Arbeitsleistung gerichtet ist.

Dieser Umstand ändert allerdings nichts an der Ausgangsposition, dass die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich bei einem Dritteinsatz um Arbeitnehmerüberlassung handelt, beim demjenigen liegt, der eine für ihn günstige Rechtsfolge begehrt (BAG 30.01.1991, 7 AZR 497/89). Hier hilft die Rechtsprechung mit einem System, das als abgestufte Darlegungs- und Beweislast bezeichnet wird: Der Arbeitnehmer, der die vertragliche Vereinbarung zwischen den beiden Arbeitgebern nicht kennt, muss zunächst Tatsachen vortragen, die eine Würdigung zulassen, wonach er einem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen ist. Der Arbeitnehmer muss also Indizien darlegen, die nach ihrem äußeren Anschein nach den Schluss rechtfertigen, der Vertrag sei auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet. Dann muss der Entleiher Tatsachen darlegen, die gegen das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sprechen. Er muss dann substantiiert darlegen, dass es sich bei der getroffenen Vereinbarung um einen Werkvertrag handelt. Dem Arbeitnehmer wiederum obliegt es dann, seinerseits vorzutragen, dass auf Seiten der beteiligten Arbeitgeber handelnden und zum Vertragsabschluss berechtigten Personen Kenntnisse von der tatsächlichen Vertragsdurchführung gegeben waren (so beispielsweise BAG 13.08.2008, 7 AZR 269/07).

j) Fragen der Abgrenzung könnten sich in einem nur noch unmaßgeblichen Umfang dann stellen, wenn die Rechtsprechung das Modell absegnet, dass sich in der Praxis derzeit herausbildet: Der Anbieter von Werkverträgen oder Geschäftsbesorgungsverträgen verschafft sich die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (als sog. Vorratserlaubnis), so dass sich der Besteller in Verfahren über das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung darauf beruft, auf die Einordnung des Vertragsverhältnisses komme es letztlich nicht an, da ohnehin die Fiktion wegen Vorhandenseins einer Erlaubnis nicht zum Tragen komme. Dies wiederum könnte aber dann nicht gelten, wenn eine beabsichtigte gesetzliche Regelung eine solche „verdeckte“ Überlassung einer unerlaubten Überlassung gleichstellen sollte. Diejenigen, die eine Fiktion bejahen, verweisen hierzu auf ein treuwidriges und widersprüchliches Verhalten, wenn ein Werkvertrag vorgetäuscht werde und dem Arbeitnehmer daher die Möglichkeit genommen werde, sogleich seine Rechte als Leiharbeiter wahrnehmen zu können. Soweit eine Fiktion verneint wird, wird darauf verwiesen, die behördliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung entfalte solange Rechtswirkung, bis sie zurückgenommen werde, ohne dass es darauf

ankomme, ob diese genutzt werde (zum Meinungsstand insbesondere die (gegensätzlichen) Urteile des LAG Baden-Württemberg vom 09.04.2015, 3 Sa 53/15, vom 03.12.2014, 4 Sa 41/14, vom 07.05.2015, 6 Sa 78/14 und vom 18.06.2015, 6 Sa 52/14). Eine höchstrichterliche Entscheidung steht aus, ist aber infolge zugelassener und eingelegter Revisionen gegen die Entscheidungen aus Baden-Württemberg zu erwarten.

Möglicherweise ist in der Diskussion ein vom BAG aufgegriffener Aspekt nicht ausreichend in den Fokus geraten: Mit Urteil vom 13.03.2013 im Verfahren 5 AZR 294/12 hat das BAG ausgeführt, der Übergang von einer Arbeitnehmerüberlassung zu einem Fremdfirmeneinsatz im Rahmen eines Werkvertrages bedürfe einer Änderung des Arbeitsvertrages, mindestens aber, soweit der Arbeitsvertrag beide Möglichkeiten zulasse, einer Neuausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts. Entsprechendes wird im umgekehrten Fall gelten müssen. Ob diese Möglichkeiten bei der „verdeckten“ Arbeitnehmerüberlassung arbeitsvertraglich vorgesehen ist, könnte sich häufig als nicht gegeben herausstellen. Selbst wenn beide Einsatzmöglichkeiten im Vertrag genannt sind, wird es häufig an der angesprochenen Neuausübung des Weisungsrechts durch den Vertragsarbeitgeber fehlen.

II. Einzelfälle und beabsichtigte gesetzliche Regelung

Schmidt beleuchtete im Anschluss umfassend Einzelfälle aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (siehe hierzu die Seminarunterlage auf www.lag-hamm.nrw.de) und warf einen Blick auf die beabsichtigte gesetzliche Neuregelung.

Auf den Vortrag *Schmidts* folgte eine intensive **Diskussion** zu verschiedenen Abgrenzungskonstellationen.

Im Anschluss an den Vortrag und die Diskussion fand wie immer ein entspannter Austausch im Foyer des Landesarbeitsgerichts statt.

Peter Schmidt

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Hamm

Dr. Derk Strybny

Direktor des Arbeitsgerichts Rheine