

Einsatz von Fremdfirmenpersonal im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen

Autor/-in: Sabine Feindura, Rechtsanwältin

Zusammenfassung

Für viele Unternehmen gewinnt die Zusammenarbeit mit Fremdfirmen immer mehr an Bedeutung. Dadurch können einzelne Spezialaufgaben qualifizierter und flexibler wahrgenommen werden. Dementsprechend werden Fremdfirmen nicht nur zur Abdeckung kurzfristiger Projekte, sondern auch auf Dauer eingesetzt Dauner-Lieb, NZA 1992, 817^[1].

Der Einsatz von Fremdfirmenpersonal kann sowohl im Rahmen eines Werkvertrags als auch eines Dienstvertrags erfolgen. Die Parteien müssen sich vor Vertragsabschluss entscheiden, welcher Vertragstyp für ihre Anwendung der passende ist.

Ein **Werkvertrag** hat die Herstellung oder Veränderung einer Sache (z. B. Konstruktion und Bau einer Spezialmaschine) oder einen anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (z. B. Installation oder Wartung einer Anlage) zum Gegenstand. Der Auftragnehmer schuldet in diesem Fall die erfolgreiche Herstellung des vereinbarten Werkes; der Auftragnehmer schuldet mithin einen **Erfolg**.

Es handelt sich dagegen um einen **Dienstvertrag**, wenn sich der Auftragnehmer allein zu einem **Tätigsein als solches** verpflichtet (z. B. Beratungs- oder Bewachungsvertrag). Der Auftragnehmer übernimmt in diesem Fall keine Garantie für den Eintritt eines bestimmten wirtschaftlichen oder technischen Erfolges. Er muss sich nur im Rahmen seiner subjektiven Möglichkeiten darum bemühen.

Hier nicht betrachtet werden soll der Einsatz von Fremdfirmenpersonal im Rahmen sogenannter Arbeitnehmerüberlassung. Diesen regelt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), das unter anderem eine besondere Erlaubnis des Überlassenden voraussetzt und noch weitere Voraussetzungen aufstellt. Besondere Probleme ergeben sich hier im Hinblick auf Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände. Zudem bestehen Haftungsrisiken in den Bereichen des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts.

Ein **Subunternehmervertrag** liegt vor, wenn ein Nach- oder Subunternehmer sich gegenüber einem Generalunternehmer oder einem anderen Subunternehmer verpflichtet, für diesen einen eigenständigen und abgrenzbaren Abschnitt des Gesamtwerkes in eigener Verantwortung zu erbringen. Ein solcher Vertrag kann ebenfalls sowohl als Werkvertrag wie als Dienstvertrag ausgestaltet werden.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738685

[1] Dauner-Lieb, NZA 1992, 817

1 Anwendungsbereiche für Werk- und Dienstverträge

Ist es im Einzelfall sinnvoller, bestimmte Güter oder Leistungen selbst zu erstellen oder "hinzuzukaufen"? Diese Frage wird der Unternehmer immer wieder zu entscheiden haben. Zunächst und vor allem geht es dabei um betriebswirtschaftliche Überlegungen, bei der die Kosten, die Qualität und Termineinhaltung von Bedeutung sind, aber auch um die Frage der unternehmerischen Flexibilität, einmal getroffene Entscheidungen revidieren zu können.

Drei Bereiche kommen in diesem Zusammenhang ins Blickfeld:

1. Bei **zeitlich oder sachlich begrenzten Aufgaben** (Sonderaufgaben) ist zu entscheiden, ob sie von vorhandenen oder von neu einzustellenden Mitarbeitern, von Beratungs- oder Zulieferfirmen erledigt werden sollen. Zu denken ist zum Beispiel an Rationalisierungs- oder Modernisierungsmaßnahmen in der Produktion, Umstellung im EDV-System, Entwicklung neuer Produkte oder auch Neukonzeption der Organisation. Hierbei geht es nicht allein um Kosten, sondern auch um die

Frage, wie die Aufgabe effizient erfüllt werden kann. Haben die vorhandenen Mitarbeiter die erforderliche Kompetenz? Ist es sinnvoll, neue Mitarbeiter mit den erforderlichen Kenntnissen einzustellen? Können diese später ausgelastet werden? Oder ist es Erfolg versprechender für begrenzte Aufgaben externe Berater einzusetzen? Sollte die letzte Frage zu bejahen sein, kommt - aus juristischer Sicht - der Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen in Betracht

2. Auch bei den **laufenden Aufgaben** können sich diese Fragen stellen. Sollen alle Teile selbst hergestellt werden oder ist es sinnvoller, Teile, Komponenten oder Teilsysteme von Zulieferern zu beziehen? Auch bei betrieblichen Funktionen wie Kundendienst, Lager, Versand oder Werbung kann ggf. daran gedacht werden, diese Aufgaben anderen Unternehmen zu übertragen. Hierbei handelt es sich um Überlegungen, die seit einigen Jahren mit dem Schlagwort der lean production («schlanke Produktion») umschrieben werden. Die Unternehmen beschränken sich dabei bewusst auf ihre Kernaktivitäten und verlagern die eher peripheren Wertschöpfungsaktivitäten nach außen. Das rechtliche Instrumentarium besteht auch in diesem Bereich zu einem großen Teil aus Werk- oder Dienstverträgen.
3. In verstärktem Umfang stellt sich die Frage der Eigen- oder Fremdleistung bei den **ergänzenden Tätigkeiten**, insbesondere bei Serviceleistungen: Wartung von Maschinen und EDV-Anlagen; Programmierarbeiten; Reparaturen; Reinigung und Bewachung der Gebäude und des Geländes; Pflege der Gartenanlagen; Organisation von Veranstaltungen und Schulungen. Soll ein Teil dieser Aufgaben nach außen verlagert werden, so sind insoweit wiederum Werk- oder Dienstverträge abzuschließen.

2 Was ist ein Werkvertrag?

Durch den Werkvertrag wird der Auftragnehmer zur Herstellung des versprochenen Werks, der Auftraggeber zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet (§ 631 Abs. 1 BGB), wobei Gegenstand des Werkvertrags die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein kann (§ 631 Abs. 2 BGB). Ein Werkvertrag ist die zu wählende Vertragsart, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber einen bestimmten Erfolg schulden soll (§ 631 BGB), für dessen Eintritt der Werkunternehmer das Risiko trägt. Kennzeichnend für den Werkvertrag ist die **wirtschaftliche Selbstständigkeit des Auftragnehmers**. Dieser kann zwar gewissen Weisungen unterliegen (§ 645 BGB). Er übt seine Tätigkeit aber in eigener Verantwortung und unter Einsatz eigener Arbeitsmittel oder Fachkenntnissen aus, er trägt das Unternehmerrisiko für das Gelingen des geschuldeten Arbeitsergebnisses (§§ 633, 640 BGB)^[1].

Fußnoten zu HaufeIndex: 738687

[1] Sprau, in: Palandt, BGB, 2011, Einführung vor § 631 Rz. 1

2.1 Vertragspflichten des Auftraggebers und des Auftragnehmers

Hauptpflicht des Auftragnehmers (das BGB bezeichnet ihn als Werkunternehmer) ist die rechtzeitige mangelfreie Herstellung des Werkes (§§ 631 Abs. 1, 633 BGB), u. U. einschließlich seiner Ablieferung. Zu dieser vertraglichen Hauptpflicht treten ggf. ergänzende Pflichten wie Aufklärungs- Prüfungs- und Beratungspflichten sowie Obhuts- und Fürsorgepflichten hinzu. Das kann beispielsweise die fachmännische Beratung, die Einweisung in die Funktionsweise neuer Maschinen oder Systeme, eine Gebrauchsanweisung oder eine technische Dokumentation sowie die Versorgung mit Ersatzteilen für die branchenübliche Dauer sein^[1]. Weitere Pflichten können vertraglich vereinbart werden. Der Auftragnehmer darf seine Mitarbeiter zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten einsetzen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich vereinbart oder aus den Umständen zu entnehmen ist (z. B. Künstlerportrait des Firmengründers).

Der Auftraggeber (das BGB bezeichnet ihn als Besteller) hat das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen (§ 640 BGB) und die vereinbarte Vergütung zu entrichten (§§ 631, 641 BGB). Die Vertragspartner können auch vereinbaren, dass das Werk in Teilen abzunehmen ist, wobei dann jeweils die vereinbarte anteilige Zahlung durch den Auftraggeber bei jeder Teilabnahme zu entrichten ist (§ 641 BGB). Darüber hinaus können den Auftraggeber Mitwirkungspflichten treffen. Mitzuwirken hat der Auftraggeber soweit wie erforderlich, um dem Auftragnehmer die Herstellung des Werks zu ermöglichen. Zudem muss er alles unterlassen, was die Herstellung des Werkes grundlos beeinträchtigt oder gefährdet, und er muss auf ihm bekannte, für

den Werkunternehmer nur schwer erkennbare Gefahren für die Herstellung hinweisen^[2]. Je nach dem Vertragszweck und -inhalt können sich für den Auftraggeber weitere Pflichten ergeben, so zum Beispiel Aufklärungs-, Schutz- und Obhutspflichten. Der Auftraggeber hat etwa auch Räume, Geräte (Kran, Werkzeuge) oder Stromanschlüsse bereitzustellen, die für eine zügige und gefahrfreie Herstellung des Werkes erforderlich sind.

Im Gesetz sind die wichtigsten Fragen des Werkvertragsrechts (Gegenstand des Vertrages, Abnahme und Vergütung, Gefahrragung und Gewährleistung) geregelt. Die meisten gesetzlichen Vorschriften sind dispositiv, d. h. sie können durch vertragliche Vereinbarungen ergänzt oder abbedungen werden.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738688

[1] Weitere Beispiele in: Sprau, in: Palandt, BGB, 2011, § 631 Rz. 18 ff.

[2] Ders. § 631 Rz. 25.

2.2 Typische Merkmale des Werkvertrags

Aus den bisherigen Ausführungen lassen sich für den Werkvertrag die folgenden rechtlich und wirtschaftlich charakteristischen Merkmale ableiten:

- Vereinbarung und Erstellung eines individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werks;
- eigenverantwortliche Herstellung durch den Werkunternehmer, wobei das von ihm eingesetzte Personal ausschließlich seinem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht untersteht;
- erfolgsbezogene Entgeltregelung, sodass das Risiko des Misslingens beim Werkunternehmer liegt;
- Gewährleistungsansprüche des Werkbestellers, wenn das Werk fehlerhaft ist oder nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist.

2.3 Betriebliche Anwendungsfälle für den Abschluss von Werkverträgen

Soweit der Werkvertrag die Herstellung oder Veränderung einer Sache betrifft, sind als **Beispiele** zu nennen:

- Errichtung, Umbau oder Reparatur von Bauwerken^[1];
- Reparatur von Maschinen oder Geräten; Wartung von Kraftfahrzeugen oder Automaten;
- Installation von Heizungs- oder Lüftungssystemen oder von Elektroanlagen;
- Bearbeitung von Materialien (Färben von Stoffen, Härten von Schrauben).

Der Abschluss von Werkverträgen ist - selbstverständlich - auch im **Baugewerbe** zulässig und, wie die obigen Beispiele zeigen, für das Baugewerbe geradezu typisch. Da im Bausektor die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern zur Verrichtung von Bauarbeitertätigkeiten von Ausnahmen abgesehen grundsätzlich unzulässig ist (§ 1b AÜG), wird in der Praxis gelegentlich versucht, dieses Verbot durch den Abschluss von sog. **Scheinwerkverträgen** zu umgehen. Dem Wortlaut nach enthalten diese Verträge alle Merkmale eines Werkvertrags, insbesondere den geschuldeten Erfolg, doch davon abweichend wird tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung durchgeführt, insbesondere werden die überlassenen Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Entleihers unterworfen. Derartige Scheinverträge sind nichtig. Die Vertragspartner, die faktisch Verleiher und Entleiher sind, begehen bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten (§ 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG).

Beispiele für den zweiten Anwendungsbereich des Werkvertrags (durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg), sind:

- Planung und Bauüberwachung durch einen Architekten;
- Ingenieurvertrag mit Projektierung von Sanitär-, Heizungs- und Elektroarbeiten für ein Bauvorhaben;
- Vertrag über die laufende Gebäudereinigung;
- Beförderung von Gütern;
- Erstellung von betriebsindividueller Software; ebenso die Anpassung von Standardsoftware an die individuellen Bedürfnisse des Auftraggebers.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738690

[1] Vgl. hierzu: BGH, Urteil v. 22.12.2005, VII ZR 183/04 = ZfBR 2006, 240

2.4 Ratschläge zum Abschluss von Werkverträgen

Gelegentlich wird der Typ des Werkvertrags systemwidrig und damit fehlerhaft verwendet. Dies geschieht häufig aus Unkenntnis, aber auch bewusst zur Umgehung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Um die mit diesem Fehlgebrauch verbundenen unliebsamen Konsequenzen, wie Nichtigkeit des Vertrages, Begründung von nicht gewollten Arbeitsverhältnissen mit den überlassenen Arbeitnehmern und Verhängung von Bußgeldern von vornherein zu vermeiden, sollte auf eindeutige und klare Vereinbarungen geachtet werden.

Der Werkvertrag sollte schriftlich abgeschlossen werden. Dies dient der Klarheit der getroffenen Vereinbarungen und, soweit sich später Streitigkeiten ergeben sollten, der Beweisbarkeit.

Das Gesetz schreibt keine **Schriftform** vor. Um den Verdacht einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden, sollten jedoch in einem schriftlichen Vertrag von vornherein alle werkvertragstypischen Fragen (vgl. 2.2 Typische Merkmale des Werkvertrags) eindeutig und klar geregelt sein. Dazu gehören insbesondere

- der Vertragsgegenstand mit konkreter Beschreibung des Werkergebnisses,
- Termin der Fertigstellung und Abnahme,
- Höhe und Fälligkeit der Vergütung,
- Umfang der Sachmängelhaftung.

Vertragsdurchführung

Eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung kann aber nur dann vermieden werden, wenn die Parteien auch bei der späteren praktischen Durchführung darauf achten, dass der vereinbarte Vertragsinhalt eingehalten wird. Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung des Vertrags, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp^[1]. Entscheidend ist dabei die über eine längere Zeit geübte Vertragspraxis^[2].

Bei eindeutigen Vereinbarungen bzgl. der Parameter des Werkes kann später überprüft werden, ob das hergestellte Werk dem erteilten Auftrag entspricht. Sollte dies nicht der Fall sein, kann die Abnahme des Werkes verweigert werden (§§ 640, 320 BGB). Gleichzeitig wird damit festgelegt, dass es Aufgabe und Risiko des Auftragnehmers ist, das Werk selbständig herzustellen.

Wie bereits ausgeführt, können nur Arbeiten, die **projekt- oder erfolgsbezogen** sind, Gegenstand eines Werkvertrags sein. Der Abschluss eines Werkvertrags kommt daher **nicht** in Betracht, wenn kein eigenständiges Werk und damit kein eigener, klar zu definierender selbständiger Arbeitserfolg vereinbart ist. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn der Vertragspartner nur allgemein, gattungsmäßig beschriebene Leistungen (z. B. Montage-, Schweiß-, Zeichen-, Schreibaarbeiten oder "Mitarbeit in der Fertigung") erbringen soll. In diesen Fällen fehlt die Projekt- oder Erfolgsorientierung der Leistung.

Eine werkvertragliche Leistung liegt auch dann **nicht** vor, wenn fremde Unternehmen mit ihren Mitarbeitern ununterscheidbar in den Herstellungsprozess des Auftraggebers eingegliedert werden. Werden zum Beispiel im Betrieb bestimmte Produkte hergestellt, so scheiden in der Regel alle ständig anfallenden betrieblichen Arbeiten, die im Herstellungsprozess erforderlich

sind und in den Räumen und unter betrieblicher Leitung des Auftraggebers ausgeführt werden, als Gegenstand eines Werkvertrags aus. Die Aufteilung des Herstellungsprozesses in zahlreiche Klein- und Kleinstprojekte (z. B. das Anbringen von Schweißnähten oder die Montage bestimmter Bausteine) ist nicht dazu geeignet, werkvertragsfähige Leistungen zu begründen. In Wahrheit handelt es sich in diesen Fällen um Arbeitnehmerüberlassung.

Kein Werkvertrag

Nicht werkvertragsfähige Leistungen sind insbesondere einfache Tätigkeiten wie Maschinenbedienung, Fließbandarbeiten, Lagerarbeiten, einfache Zeichen- oder Schreifarbeiten. Von einer Eingliederung in den Betriebsablauf des Auftraggebers ist bei typischen Montage-, Wartungs- und Reparaturarbeiten nicht auszugehen. Die Abstimmung auf die Abläufe im Betrieb des Auftraggebers ist arbeitstechnisch oft notwendig, um Störungen zu vermeiden. Sofern eine eigenständige, dem Auftragnehmer zurechenbare Leistung vorliegt, ist nicht von Arbeitnehmerüberlassung, sondern von einem Werkvertrag auszugehen^[3].

Fußnoten zu HaufeIndex: 738691

[1] BAG, Urteil v. 10.11.2007, 7 AZR 487/06

[2] LAG München, Urteil v. 13.09.2007, 4 Sa 340/07

[3] BAG, Beschluss v. 1.12.1992, 1 ABR 30/92; BAG, Beschluss v. 18.10.1994, 1 ABR 9/94.

2.5 Abgrenzungsfragen zu Arbeitnehmerüberlassung

Die Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung sind in den meisten Punkten denen des Werkvertrags entgegengesetzt:

- Planung und Organisation der Arbeitsabläufe durch den Auftraggeber;
- Keine Herstellung eines bestimmten (Teil-)Projektes durch den Auftragnehmer und daher auch keine unternehmerische Verantwortung für einen bestimmten Erfolg;
- Keine Gewährleistungsansprüche gegen den Auftragnehmer;
- Eingliederung des Fremdfirmenpersonals in den betrieblichen Ablauf des Auftraggebers; arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis des Auftraggebers gegenüber diesen Arbeitnehmern;
- Ausstattung des Fremdfirmenpersonals mit Werkzeugen und Geräten des Auftraggebers.

Um nicht ungewollt die Rechtsfolgen der Arbeitnehmerüberlassung auszulösen, sollten die folgenden Hinweise beachtet werden:

Auch vor dem Hintergrund der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG sollte eine organisatorische Eingliederung des fremden, im Rahmen von Werkverträgen tätigen Personals unbedingt vermieden werden^[1]. Das auf werkvertraglicher Basis im Betrieb eingesetzte Fremdfirmenpersonal darf in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Betriebs nicht organisatorisch eingegliedert werden. Es muss gewährleistet sein, dass das Fremdfirmenpersonal selbständig die Arbeiten verrichtet, die Gegenstand des Werkvertrags sind. Wird das Fremdfirmenpersonal nämlich in den Betrieb eingegliedert, stellt dies ein Indiz für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung dar^[2].

Bei Werkvertrag auf konkreten Auftrag beschränken

Der Techniker einer Fremdfirma, der zur Installation eines von seinem Arbeitgeber gelieferten EDV-Systems erschienen ist, darf nicht zur Behebung eines plötzlich auftretenden Problems bei einer numerisch gesteuerten Drehbank eingesetzt werden oder - sei es auch nur vorübergehend - in eine Arbeitsgruppe des Unternehmens (z. B. in die Planungsgruppe zur Erweiterung der technischen Ausrüstung) aufgenommen werden.

Eine betriebliche Eingliederung liegt jedoch nicht vor,

- wenn der Arbeitseinsatz des Fremdfirmenpersonals lediglich auf die Produktionsabläufe oder die Arbeitszeiten des Stammpersonals abgestimmt wird, oder
- wenn in einem Betrieb oder einer Betriebsabteilung von allen anwesenden Personen und damit auch von dem Fremdfirmenpersonal bestimmte Sicherheitsvorschriften (z. B. Schutzkleidung) zu beachten sind.

Der mit dem Auftragnehmer abgeschlossene Werkvertrag berechtigt den Auftraggeber (im Unterschied zu einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) nicht zur Wahrnehmung von **Arbeitgeberfunktionen**.

Gegenüber dem eigenen Personal sowie gegenüber den im Betrieb tätigen Leiharbeitnehmern steht dem Arbeitgeber bzw. Entleiher das **Direktionsrecht** zu. Art, Ort und Zeit der Arbeit sowie das Verhalten am Arbeitsplatz können so einseitig bestimmt werden, soweit nicht Arbeitsvertrag, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, Tarifvertrag oder Gesetze Grenzen setzen. Bei einem werkvertraglichen Einsatz von fremden Arbeitnehmern im Betrieb steht das Direktionsrecht allein dem Auftragnehmer als dem Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer zu.

Im Rahmen eines Werkvertrags steht dem Auftraggeber aber ein sog. **Anweisungsrecht** zu (§ 645 BGB). Dieses besteht gegenüber dem Vertragspartner (Auftragnehmer) und berechtigt nur zu projektbezogenen Ausführungsanweisungen (z. B. über Ort und Zeitpunkt der Aufstellung der Maschine; Zuweisung eines Raumes für die Durchführung von Reparaturarbeiten oder für die Lagerung des vom Auftragnehmer benötigten Materials).

Um den Anschein einer verschleierte Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden, sollte daher durch geeignete personelle und organisatorische Maßnahmen sichergestellt werden, dass die (eigenen) Mitarbeiter mit Vorgesetztenfunktionen gegenüber dem auf werkvertraglicher Basis eingesetzten Fremdfirmenpersonal keine Arbeitgeber-Weisungen erteilen. Es ist vielmehr Sache des Auftragnehmers, die zur Erreichung des vertraglich geschuldeten Erfolgs notwendigen Handlungen selbst vorzunehmen oder durch seine Mitarbeiter ausführen zu lassen. Der Auftragnehmer muss den Ablauf der von ihm geschuldeten Arbeiten selbst oder durch eigene Stellvertreter (z. B. Ingenieure oder Meister) überwachen.

Dabei sind vor allem folgende Entscheidungen Sache des Auftragnehmers, da er (und nicht der Auftraggeber) Arbeitgeber seiner Mitarbeiter ist:

- Auswahl des eingesetzten Personals nach Qualifikation und Gesamtzahl, Gruppenstärke und -struktur usw.;
- Übertragung und Überwachung der im einzelnen auszuführenden Arbeiten;
- Bestimmung der Arbeitszeiten, Anordnung von Überstunden, Gewährung von Freizeit (etwa zum Arztbesuch);
- Gewährung von Erholungs- oder Sonderurlaub;
- Durchführung von Anwesenheits- und Arbeitszeitkontrollen;
- Überwachung der Arbeitsvorgänge.

Zudem ist zu beachten, dass eine Abrechnung sämtlicher Arbeiten auf Stundenlohnbasis im Werkvertragsrecht völlig untypisch ist und eher für Arbeitnehmerüberlassung spricht^[3].

Ein für die Auslegung zentrales Abgrenzungskriterium ist zudem die Behandlung von Gewährleistungsfällen. Hieraus wird deutlich, wie die Parteien selbst das Vertragsverhältnis verstanden haben. Aufgrund dessen ist die Abwicklung von Störungsfällen für die Abgrenzung zwischen einem Werk- und einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag von erheblicher Bedeutung. Ob der Auftragnehmer einen konkreten auf das Bauwerk bezogenen Erfolg oder lediglich die Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern schuldet, hat ganz wesentliche Konsequenzen für die Behandlung von Gewährleistungsfällen. Während nämlich der keinen werkvertraglichen Erfolg schuldennde Arbeitnehmerüberlasser lediglich für die grundsätzliche berufliche Qualifikation einzustehen hat, haftet der Werkunternehmer für das Arbeitsergebnis an sich^[4].

Werkvertragsfähige Unternehmen

Werkverträge sollten nur mit werkvertragsfähigen Unternehmen abgeschlossen werden. Bei Abschluss eines Werkvertrags sollte man darauf achten, dass der Vertragspartner aufgrund der Ausstattung seines Unternehmens in der Lage ist, das werkvertraglich zu vergebende Projekt auch auszuführen. Insoweit ist zu prüfen, ob er über die notwendigen räumlichen, personellen, arbeitstechnischen und organisatorischen Voraussetzungen sowie über die erforderlichen Werkzeuge und sonstigen Arbeitsmaterialien verfügt. Sind die für die Durchführung der werkvertraglichen Arbeiten erforderlichen Betriebsmittel (z. B. Führungskräfte) nicht vorhanden, kommt in der Regel nur der Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages in Betracht^[5]. Verfügt nur der eigene Betrieb (nicht aber der in Aussicht genommene Auftragnehmer) über die wesentlichen Betriebsmittel, sollte mit dem betreffenden Unternehmen kein Werkvertrag geschlossen werden, weil dies als Arbeitnehmerüberlassung eingeordnet werden könnte.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738692

- [1] Zur Mitbestimmung bei der Einstellung von Fremdfirmenpersonal vgl. Beteiligung des Betriebsrats.
[2] Mosbacher, MüKo StGB, 2010, § 15 AÜG Rz. 6.
[3] OLG Hamm, Urteil v. 11.06.2002, 21 U 89/01
[4] BGH, Beschluss v. 12.02. 2003, 5 StR 165/02 = NStZ 2003, 552.
[5] BAG, Urteil v. 9.11.1994, 7 AZR 217/94, DB 1995, S. 1566

2.6 Werkvertrags-Beispiele aus der Rechtsprechung

Die auszuführende Arbeit - z. B. Reinigungsarbeiten oder die Erbringung von Ingenieurleistungen - sagt für sich allein meist nichts darüber aus, ob es sich um einen Werkvertrag oder um Arbeitnehmerüberlassung handelt. Maßgebend ist, ob im Einzelfall die typischen Merkmale des Werkvertrages (vgl. oben Abschnitt 2.2 Typische Merkmale des Werkvertrages) oder die der Arbeitnehmerüberlassung (vgl. 2.5 Abgrenzungsfragen zu Arbeitnehmerüberlassung) erfüllt sind. Dabei verfährt die Rechtsprechung nicht schematisch in dem Sinne, dass jeweils alle Kriterien erfüllt sein müssen, vielmehr wird eine wertende Gesamtbetrachtung vollzogen, bei der die einzelnen Merkmale nach ihrem wirtschaftlichen Gewicht für den speziellen Vertrag berücksichtigt werden.

So wurde die **Montage von Maschinen** als Werkvertrag angesehen^[1]. Maßgebend war, dass die Parteien den Leistungsgegenstand exakt beschrieben, einen Festpreis vereinbart und Gewährleistungspflichten des Auftragnehmers festgelegt hatten; ferner war wesentlich, dass die Mitarbeiter des Auftragnehmers unter Anleitung eines Kolonnenführers ihres Arbeitgebers tätig waren. Dieselben Merkmale waren auch in den folgenden Beispielen ausschlaggebend, um jeweils einen Werkvertrag anzunehmen:

- **Ausarbeitung von Konstruktionsunterlagen** für eine Wärmerückgewinnungsanlage^[2];
- **Entladen von Fischereifahrzeugen** mit anschließendem Sortieren und Palettieren der Ware^[3];
- **Reinigungsvertrag**^[4].

Ebenso entschied das LAG München bei einer **Programmerstellung** (Umstellung eines Batchprogramms in ein Dialogprogramm)^[5].

Neben der **Übernahme der Gewährleistung** und der **fehlenden Eingliederung** in den Betrieb des Auftraggebers legte das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einigen Entscheidungen besonderen Wert darauf, dass es sich um ein **eigenständiges, abgrenzbares Werk** handeln müsse: Flämmen von Stahlbrammen in einem Stahl- und Walzwerk^[6]; Lackieren von Bremsanlagen für Kraftfahrzeuge^[7]. Als Werkverträge wurden ferner ein Ingenieurvertrag über gutachterliche Mängelerfassung während der Bauausführung^[8] und der Vertrag mit einem Wirtschaftsprüfer über die Prüfung des Jahresabschlusses^[9] angesehen.

Demgegenüber wurde im jeweiligen Einzelfall **Arbeitnehmerüberlassung** angenommen, wenn die gesamte **Planung vom**

Auftraggeber durchgeführt wurde, die Fremdfirmenmitarbeiter ihre **Arbeitsanweisungen vom Auftraggeber** erhalten haben und auch die erforderlichen **Arbeitsmittel vom Auftraggeber** zur Verfügung gestellt wurden: Wartung von Starkstromanlagen^[10]; Erbringung von Ingenieurleistungen^[11]; Schlosserarbeiten auf Baustellen (Montage von Lüftungs- und Wetterschutzgittern)^[12]; Ausbein- und Zerlegearbeiten im Schlachthof^[13] und Fertigung von Stahlbaukonstruktionen im Betrieb des Auftraggebers nach dessen Anweisungen^[14].

Fußnoten zu HaufeIndex: 738693

- [1] BAG, Urteil v. 25.6.1986, 5 AZR 507/83, EzAÜG Nr. 203.
- [2] LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 21.2.1983, 5 (2) Sa 306/82, BB 1983, S. 1161.
- [3] BSG, Urteil v. 11.2.1988, 7 RA r 5/86, BB 1988, S. 1184.
- [4] BAG, Beschluss v. 18.1.1989, 7 ABR 21/88, NZA 1989, S. 725, DB 1989, S. 1420.
- [5] LAG München, Urteil v. 17.10.1991, 10 (9) Sa 1067/88, BB-Beilage Nr. 10/1992, S. 11.
- [6] BAG, Beschluss v. 05.3.1991, 1 ABR 39/90, DB 1991, S. 1334.
- [7] BAG, Beschluss v. 9.7.1991, 1 ABR 45/90, NZA 1992, S. 275.
- [8] BGH, Urteil v. 11.10.2001, VII ZR 475/00; NJW 2002, S. 749.
- [9] BGH, Urteil v. 1.2.2000, X ZR 198/97, NJW 2000, S. 1107.
- [10] LAG Köln, Urteil v. 17.10.1988, 11 Sa 145/88, DB 1989, S. 884.
- [11] LAG Frankfurt/M., Urteil v. 20.06.1979, 10/7 Sa 821/78, BB 1980, S. 45.
- [12] BAG, Urteil v. 15.06.1983, 5 AZR 111/81, DB 1983, S. 2420.
- [13] BGH, Urteil v. 25.6.2002, X ZR 83/00, NJW 2002, S. 3317.
- [14] BGH, Urteil v. 21.1.2003, X ZR 261/01, NZA 2003, S. 616.

3 Was ist ein Dienstvertrag?

Durch den Dienstvertrag wird derjenige, der Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 Abs. 1 BGB). Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein (§ 611 Abs. 2 BGB), d. h. einmalige oder auf Dauer angelegte Tätigkeiten oder solche einfacher oder höherwertiger Art. Im Gegensatz zum Werkvertrag zielt der (freie) Dienstvertrag nicht auf ein "Werk" und damit auf ein bestimmtes Arbeitsergebnis oder einen bestimmten Arbeitserfolg ab, sondern auf (**unabhängige**) **Dienste**. Der Dienstvertrag ist der Vertragstyp, durch den menschliche Arbeit selbst zum Gegenstand des Rechtsverkehrs wird. Dennoch kann es im Einzelfall schwierig sein, den Dienstvertrag vom Werkvertrag abzugrenzen, da viele Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Dienstvertrags als auch im Rahmen eines Werkvertrags ausgeübt werden können. Gemeinsam ist dem Dienst- und Werkvertrag, dass sie eine entgeltliche Tätigkeit zum Gegenstand haben^[1].

Maßgebend für die Unterscheidung der Vertragstypen ist zunächst die **vertragliche Risikoverteilung**. Trägt der zu einer Tätigkeit verpflichtete Vertragspartner die Vergütungsgefahr im Fall des Scheiterns seiner Bemühungen, so ist dies ein Wesensmerkmal des Werkvertrags. Für den Dienstvertrag der selbständig Tätigen enthält das Bürgerliche Gesetzbuch eingehende Regelungen, insbesondere zur Fälligkeit der Vergütung, Zahlungsverpflichtungen bei Annahmeverzug, Befristung, ordentliche und außerordentliche Kündigung (§§ 611-630 BGB).

Beim Dienstvertrag geht es um die selbständige und fachgemäße Erbringung von Dienstleistungen, wobei der Verpflichtete ohne Übernahme einer Erfolgsgarantie in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht weitgehend frei bestimmt, wie die Leistung auszuführen ist.

Für den Dienstvertrag der selbständig Tätigen enthält das Bürgerliche Gesetzbuch eingehende Regelungen, insbesondere zur Fälligkeit der Vergütung, Zahlungsverpflichtungen beim Annahmeverzug, Befristungsregeln, ordentliche und außerordentliche Kündigung (§§ 611-630 BGB).

Fußnoten zu HaufeIndex: 738694

- [1] Müller-Glöge, Rebmann/Säcker/Rixecker, Münchner Kommentar zum BGB, 2009, § 631, Rz. 14.

3.1 Vertragspflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer

Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Auftragnehmer, sei es eine freiberuflich oder gewerblich tätige Einzelperson oder ein Unternehmen, selbständig die vereinbarten Dienstleistungen zu erbringen. Die Leistung ist nach dem Gesetz "im Zweifel" persönlich zu erbringen (§ 613 BGB). Die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung besteht insbesondere bei sog. höchstpersönlichen Leistungen, wenn es auf die besondere Fähigkeit der betreffenden Person ankommt, z.B. Chefarzt bei einer Operation gegen besondere Vergütung^[1]. Die Möglichkeit der Erbringung der Dienstleistung durch Dritte muss sich entweder aus den vertraglichen Bestimmungen oder aus den Umständen ergeben^[2].

Vertraglich - oft nicht formulierte - **Nebenpflichten** des Auftragnehmers können zum Beispiel Auskünfte über eine eingeschränkte Verwendbarkeit bestimmter Lösungen oder über Fernwirkungen sein.

Für die ordnungsgemäß erbrachte Dienstleistung schuldet der Auftraggeber die Zahlung der vereinbarten Vergütung. Diese ist nach dem Gesetz (§ 614 BGB) grundsätzlich nach Ausführung der Leistung zu entrichten. Es ist jedoch zulässig, abweichend davon im Interesse des Auftragnehmers Vorauszahlungen oder Abschlagszahlungen zu vereinbaren.

Als **Nebenpflichten** des Auftraggebers kommen Mitwirkungspflichten wie das Bereitstellen betrieblicher Unterlagen, Auskünfte über betriebliche Verhältnisse, Mitbenutzung bestimmter Programme oder der EDV-Anlage in Betracht.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738695

[1] BGH, Urteil v. 20.12.2007, III ZR 144/07 = NJW 2008, 987.

[2] Weidenkaff, Palandt, BGB, 2011, § 613 Rz. 3.

3.2 Typische Merkmale des Dienstvertrages

Für den selbständigen Dienstvertrag sind aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht die folgenden Merkmale typisch:

- Erbringung der vereinbarten Leistungen in eigener Verantwortung des Auftragnehmers
- Keine Erfolgsgarantie für die Dienstleistung
- Entgelt nicht an einen bestimmten Erfolg, sondern nur an die ordnungsmäßige Erbringung der Dienstleistung geknüpft
- Keine Eingliederung des Auftragnehmers in die betriebliche Organisation des Auftraggebers
Keine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis des Auftraggebers gegenüber den Mitarbeitern des Auftragnehmers.

Diese Merkmale können zur Beurteilung des einzelnen Vertragstyps herangezogen werden; letztendlich kommt es hier wiederum auf den Einzelfall an, der anhand der Gesamtumstände zu beurteilen ist.

3.3 Betriebliche Anwendungsfälle für den Abschluss von Dienstverträgen

Betriebliche Aufgaben, die eigenständig definiert und aus dem gewöhnlichen Betriebsablauf ausgegliedert werden können, können in der Regel auch im Rahmen eines Dienstvertrages erbracht werden:

- Entwicklung von Software
- Wartung in bestimmten Intervallen ohne Garantie für die ständige Einsatzbereitschaft
- Betriebliche Aus- und Weiterbildung durch externe Dozenten und Trainer
- Bewachung
- Beratung bzgl. EDV, bei Personalauswahl oder zu konkreten technischen Problemen und Projekten
- Beratung durch Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Dennoch können manche dieser Verträge auch als Werkverträge ausgestaltet werden. Beispielsweise kann die Entwicklung einer Software sowohl Gegenstand eines Dienst- als auch eines Werkvertrags sein. Bei einem Vertrag über Softwareentwicklung für individuelle Kundenbedürfnisse liegt beispielsweise kein Dienst-, sondern ein Werkvertrag vor, wenn Beratungsleistungen

und sonstige eher dienstvertragliche Leistungen wie die Schulung von Mitarbeitern gegenüber dem angestrebten Werkerfolg zurücktreten^[1]. Weiterhin können etwa Forschungs- und Entwicklungsleistungen^[2] sowie Wartungsverträge Gegenstand eines Dienstvertrags wie auch eines Werkvertrags sein. **Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag** ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende **Wille der Parteien maßgebend**. Es kommt darauf an, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird. Bei der richterlichen Feststellung, was bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung Vertragsgegenstand ist, sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen^[3]. Eindeutige Regelungen über den Vertragsinhalt sind daher unbedingt notwendig.

Ebenso wie der Abschluss von Werkverträgen ist auch die Vereinbarung von Dienstverträgen zur Erbringung von selbständigen Dienstleistungen im Bereich des Baugewerbes zulässig.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738697

- [1] OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.07.1997, 22 U 3/97, NJW-RR 1998, 345; Fuchs, Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.3.2011, § 611, Rz. 24 m. w. N.
[2] BGH, Urteil v. 16.7.2002, X ZR 27/01 = NJW 2002, 3323.
[3] BGH, Urteil v. 16.7.2002, X ZR 27/01 = NJW 2002, 3323.

3.4 Ratschläge zum Abschluss von Dienstverträgen

In der kaufmännischen Praxis ist der schriftliche Abschluss von Verträgen dringend zu empfehlen. Auch wenn das Gesetz **keinen Formzwang** für Dienstverträge kennt, dient die Schriftform der Klarheit in den gegenseitigen Rechten und Pflichten und sie erleichtert zudem bei Streitfragen die Beweissituation. Hinzu kommt ein weiterer Grund: Da ein drittbezogener Personaleinsatz rechtlich in verschiedenen Formen abgewickelt werden kann (z. B. im Rahmen von Werk-, Dienst- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträgen) und für die in Betracht kommenden Vertragstypen jeweils unterschiedliche Vorschriften zur Anwendung gelangen, kann mit der schriftlichen Fixierung des Inhalts von vornherein Klarheit über das Gewollte geschaffen werden. Bei eventuellen Überprüfungen seitens der Bundesagentur für Arbeit und der ihr unterstellten örtlichen Agenturen für Arbeit, die für die Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung zuständig sind, kann der schriftliche Dienstvertrag zum Nachweis der Vereinbarungen vorgelegt werden.

Vor Abschluss des Dienstvertrags sind insbesondere die folgenden Punkte zu klären und vertraglich zu regeln:

- Art, Umfang, Ort und Zeitpunkt der vereinbarten Dienstleistungen..
- Höhe der Vergütung und Zahlungsmodalitäten.
- Regelungen über Leistungsstörungen, insbesondere Verzug und Schlechtleistung;
- Laufzeit des Vertrags oder Kündigungsfristen.
- ggf. Stellung von Sicherheiten (z. B. Bürgschaft)
- ggf. Vertragsstrafen

Der Unternehmer, der sich zur Erbringung von Diensten verpflichtet hat, muss - wenn er die Dienst nicht sogar selbst zu erbringen hat (siehe oben) eigene Mitarbeiter zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten einsetzen. Soweit der Dienstvertrag dies zulässt, kann er aber auch freie Mitarbeiter oder Subunternehmen (vgl. dazu Was ist ein Subunternehmerverhältnis?) einsetzen. Diese Personen stehen zum Auftraggeber/Dienstgeber in keiner vertraglichen Beziehung und dieser ist nicht berechtigt, ihnen arbeitsrechtliche Weisungen zu erteilen. Es ist daher zu empfehlen, im Dienstvertrag mit dem Auftragnehmer zu regeln, unter welchen Voraussetzungen das Fremdfirmenpersonal im Betrieb des Auftraggebers tätig werden darf (zum Beispiel Ausweispflicht, Beachtung von Sicherheitsvorschriften, Tragen bestimmter Kleidung usw.).

3.5 Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Bei der Abwicklung von Dienstverträgen, die einen Einsatz von Fremdfirmenpersonal im Unternehmen zur Folge haben, sollte darauf geachtet werden, dass nicht der Anschein einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung erweckt wird. Widersprechen sich die im Dienstvertrag getroffenen Vereinbarungen und die tatsächliche Abwicklung, so kommt es für die Beurteilung der

Rechtsnatur des Vertrages auf die tatsächliche Durchführung an^[1].

Ob im Einzelfall ein selbständiger Dienstvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, kann vor allem mit den folgenden Fragen geklärt werden:

- Wer organisiert und plant die vom Fremdfirmenpersonal auszuführenden Arbeiten?
- Wer trägt das Risiko, wenn die Mitarbeiter die ihnen übertragenen Arbeiten fehlerhaft ausführen?
- Werden die Fremdfirmenmitarbeiter in den betrieblichen Ablauf des Auftraggebers eingegliedert? Steht dem Auftraggeber ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht zu?
- Wer stattet diese Personen mit Geräten, Werkzeugen und Material aus?

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Dieser setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte werden voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen aus. Der Verleiher schuldet im Fall der Arbeitnehmerüberlassung eine ordnungsgemäße Auswahl eines Arbeitnehmers, nicht jedoch eine eigene Arbeitsleistung. Im Fall des Einsatzes von dienstvertraglich eingesetztem Fremdfirmenpersonal wird der Auftragnehmer für einen anderen tätig. Er organisiert notwendige Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienstvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen weiterhin der Weisung des Auftragnehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen^[2].

Eingliederung in Betriebsorganisation ist entscheidend

Die Eingliederung in die Betriebsorganisation und die Erteilung von arbeitsrechtlichen Weisungen stellen damit die wesentlichen Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Dienstvertrag dar. Um den selbständigen Charakter der Dienstleistungen zu sichern, müssen geeignete personelle und organisatorische Maßnahmen im Betrieb des Auftraggebers ergriffen werden. Dabei geht es darum, die oben angesprochenen vier Punkte klar und eindeutig im Sinne des Dienstvertrags zu regeln und umzusetzen. Es muss strikt auch darauf geachtet werden, dass das Führungspersonal des Auftraggebers (z. B. Meister oder Abteilungsleiter) dem Fremdfirmenpersonal keine Arbeitsanweisungen erteilt und keine Beanstandungen ausspricht, die für das Vorliegen einer abhängigen Tätigkeit typisch sind. Insbesondere dürfen keine konkreten Anweisungen hinsichtlich der einzelnen Arbeitsvorgänge gegeben werden. Diesbezügliche Wünsche des Auftraggebers müssen soweit irgend möglich über den Auftragnehmer des Dienstvertrags kommuniziert werden. Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber auf der Grundlage eines Dienstvertrags im Betrieb eines anderen Unternehmens eingesetzt wird und es dabei nur **gelegentlich** zu arbeitsrechtlichen Weisungen des Dienstberechtigten kommt^[3]. Entscheidungen über die Zahl der einzusetzenden Arbeitnehmer und deren Qualifikation, die Durchführung von Anwesenheits- und Leistungskontrollen, die Festsetzung der Arbeitszeit und die Anordnung von Überstunden, die Gewährung von Urlaub und Freizeit müssen jedoch unbedingt beim Auftragnehmer bleiben. Das Fremdfirmenpersonal sollte nicht zu anderen - sei es auch noch so eilbedürftigen - Arbeiten herangezogen werden - es sei denn, auch diese Arbeiten gehören zum dienstvertraglich vereinbarten Leistungsumfang. Schließlich sollte unbedingt vermieden werden, die fremden Mitarbeiter in bestehende Arbeitsgruppen des Auftraggebers zu integrieren. Da das auf dienstvertraglicher Basis tätige Fremdfirmenpersonal nicht in den Betriebsablauf integriert werden darf, bedeutet dies in der Praxis bedeutet vor allem, dass der Auftragnehmer notwendige Geräte und Betriebsstoffe selbst zu stellen hat, soweit dies möglich ist.

Kein Weisungsrecht durch Auftraggeber

Eine Unterstellung des Fremdpersonals unter das Weisungsrecht des Führungspersonals des Auftraggebers und die Eingliederung des Fremdpersonals in den Betriebsablauf sprechen gegen die Selbständigkeit der Dienstleistung. In derartigen Fällen besteht die Gefahr, dass die Bundesagentur für Arbeit den dienstvertraglichen Charakter des Personaleinsatzes nicht anerkennt, sondern von Arbeitnehmerüberlassung ausgeht.

Hat der Auftragnehmer keine gültige Verleihererlaubnis, so kommt kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Fremdfirmenpersonal und dem Auftraggeber zustande (§ 10 Abs. 1 AÜG) - häufig wird dies eine höchst unerwünschte Folge sein.

Abgrenzungsschwierigkeiten

Die eindeutige Zuordnung, ob im Einzelfall ein Dienstvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, macht bei vereinbarter **Teamarbeit** Schwierigkeiten. Insbesondere im EDV-Bereich, wenn es zum Beispiel um Konzeption, Anpassung von Standard- oder Erstellung von Individualsoftware geht, können diese Arbeiten häufig nur vor Ort beim Auftraggeber und nur gemeinsam mit dessen Mitarbeitern durchgeführt werden. Die oben genannten Merkmale zum Dienstvertrag und zur Arbeitnehmerüberlassung sind nur begrenzt hilfreich. In den **Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG** stellt die Arbeitsverwaltung darauf ab, dass "in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen ist, wenn das entscheidende Unternehmen das Unternehmerrisiko trägt und seine unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist"^[4]. Das bedeutet z. B., dass der Dienstnehmer keine Vergütung erhält, wenn die Dienste nicht ordnungsgemäß erbracht wurden und dass der Dienstnehmer darüber entscheidet, welchen seiner Mitarbeiter er für den Auftrag einsetzt. Diese und ähnliche Fragen sollten sich in einer klaren vertraglichen Regelung und einer dementsprechenden Praxis niederschlagen. Dazu ist insbesondere die vom Auftragnehmer zu erbringende Dienstleistung so umfassend und konkret wie möglich zu beschreiben.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738699

- [1] BAG, Urteil vom 24.5.2006, 7 AZR 365/05, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 10.
- [2] BAG, Beschluss v. 5.5.1992, 1 ABR 78/91, DB 1992, S. 1936.
- [3] LAG Düsseldorf, Urteil v. 10.03.2008, 17 Sa 856/07.
- [4] Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz der Bundesagentur für Arbeit, Stand: November 2010, Abschnitt 1.1.6.5, abrufbar unter www.agenturfuerarbeit.de.

3.6 Beispiele aus der Rechtsprechung

Für die Beurteilung, ob ein Dienstverhältnis oder Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen ist, kommt es entscheidend darauf an, inwieweit die jeweiligen Merkmale erfüllt sind (vgl. Typische Merkmale des Dienstvertrages und Abgrenzungsfragen zur Arbeitnehmerüberlassung). Danach wurde ein Vertrag über die selbständige Durchführung des **Wach- und Pfortendienstes** als Dienstvertrag beurteilt^[1]. Ebenso wurde entschieden bei der zeitlich befristeten und inhaltlich begrenzten Übernahme der **Überprüfung und Bereinigung von Adressenmaterial**^[2], der **Vermietung von Baggern und Planierdrauen mit Gestellung von geeignetem Bedienungspersonal**^[3] und der **Projektunterstützung zum Systembetrieb** im Rechenzentrum des Auftraggebers^[4]. Werden dagegen die auszuführenden Arbeiten vom Auftraggeber organisiert, stellt er die erforderlichen Werkzeuge zur Verfügung, unterstehen die Fremdfirmenmitarbeiter seinem Weisungsrecht und sind sie in den betrieblichen Ablauf integriert, so ist von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen: etwa bei Gestellung von **Sicherungsposten**, die jeweils einzeln einer Arbeitsgruppe des Auftraggebers zugeteilt wurden^[5]; **Beschäftigung mit Gartenarbeiten** nach Weisung des Auftraggebers^[6]; Überlassung von Hilfsarbeitern für **Grabungsarbeiten** unter Leitung von Technikern des Auftraggebers^[7]; auch Installations- und Instandhaltungsarbeiten können als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen sein, selbst bei ausdrücklich entgegen stehender Vertragsbezeichnung^[8].

Fußnoten zu HaufeIndex: 738700

- [1] BAG, Urteil v. 31.3.1993, 7 AZR 338/92, BB 1993, S. 1880 = DB 1993, S. 2337.
- [2] BAG, Urteil v. 14.08.1985, 5 AZR 225/84, NZA 1987, S. 128.
- [3] BAG, Urteil v. 16.01.1982, 4 AZR 862/79, BB 1983, S. 1343.
- [4] LG München I, Urteil vom 18.4.1996, 7 O 15990/95, BB-Beilage 19/1996, S. 9.
- [5] BAG, Urteil v. 08.11.1978, 5 AZR 261/77, BB 1980, S. 1326.
- [6] BayObLG, Urteil v. 04.04.1989, 3 Ob OWi 32/89, NZA 1989, S. 968.
- [7] LAG Köln, Urteil v. 28.11.1986, 4 Sa 918/86, BB 1987, S. 335 = DB 1987, S. 2419.
- [8] BAG, Urteil v. 30.01.1991, 7 AZR 497/89, NZA 1992, S. 19.

4 Was ist ein Subunternehmerverhältnis?

Der Auftraggeber sowohl eines Werkvertrags als auch eines Dienstvertrags hat nach dem Vertragsinhalt regelmäßig Anspruch darauf, dass der Unternehmer die versprochene Leistung selbst (bzw. durch von ihm eingewiesene und beaufsichtigte, eigene Mitarbeiter) erbringt. Es ist dem Auftragnehmer nicht ohne Weiteres gestattet, die Erbringung von Teilen der geschuldeten Leistung auf Dritte zu übertragen. Anderes gilt selbstverständlich, wenn der Auftraggeber zustimmt oder dies vertraglich geregelt ist. Die Zustimmung kann ggf. auch konkludent erfolgen, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer mit Arbeiten beauftragt, von denen er weiß, dass der sie nicht oder nur teilweise ausführen kann.

Schaltet der Auftragnehmer einen Subunternehmer ein, so **bleibt der Auftraggeber alleiniger Vertragspartner des Auftragnehmers**. Eine unmittelbare schuldrechtliche Beziehung zwischen Auftraggeber und Subunternehmer besteht nicht, auch wenn die Verträge in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Der Auftraggeber kann mangels Schutzwirkung auch keine Rechte aus dem zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer geschlossenen Vertrag herleiten^[1]. Schuldner des **Vergütungsanspruchs des Subunternehmers** ist der Auftragnehmer. Auch Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Subunternehmer gegenüber dem Auftraggeber nicht geltend machen^[2].

Der Auftraggeber hat aus dem Hauptvertrag keinen Auskunftsanspruch gegen den (Haupt-) Auftragnehmer auf Mitteilung des Inhalts der mit dem Subunternehmer getroffenen Vereinbarung. Wohl aber kann er Auskunft über Namen und Anschrift des Subunternehmers verlangen, wenn dieser abredgemäß in die Leistungserbringung eingeschaltet wird^[3].

Für ein etwaiges Verschulden des Subunternehmers haftet der (Haupt-)Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber, da der **Subunternehmer Erfüllungsgehilfe** im Rahmen der Erfüllung der Pflichten des (Haupt-)Auftragnehmers aus dem Hauptvertrag ist^[4].

Vertragliche Beziehungen bei Einschaltung von Subunternehmen

Auftragnehmer A ist als Tischlermeister von Kunde K beauftragt worden, für ihn individuelle Designermöbel herzustellen. Einige dieser Möbel sollen Edelstahlbestandteile enthalten, die A nicht selber herstellen kann. Aufgrund dessen beauftragt A - mit Genehmigung des K - den Metallhandwerker S mit der Erstellung der Metallteile. Der Auftragnehmer A ist in diesem Fall (Haupt-) Auftragnehmer. S, mit dem A einen Werkvertrag abgeschlossen hat, ist Subunternehmer. Als solcher ist S Erfüllungsgehilfe des A; er steht nur zu A, nicht aber zu K in vertraglichen Beziehungen^[5].

Fußnoten zu HaufeIndex: 738701

[1] Busche, Münchner Kommentar zum BGB, 2009, § 631 Rz. 34.

[2] Voit, Bamberger/Roth, Besck'scher Onlinekommentar, Stand: 1.10.2007, § 631 BGB Rz. 96.

[3] Busche, Münchner Kommentar zum BGB, 2009, § 631 Rz. 36.

[4] BGH, Urteil v. 15.1.1976, VII ZR 96/74 = NJW 1976, 516; Busche, Münchner Kommentar zum BGB, 2009, § 631 Rz. 37.

[5] Mansel, Jauernig, BGB, 2009, Vorbemerkungen zu § 631 - § 651 BGB, Rz. 20.

4.1 Die Rechtsnatur des Subunternehmervertrages

Das deutsche Recht kennt keine spezielle gesetzliche Regelung für den Subunternehmer; das BGB behandelt den Subunternehmervertrag nicht als besonderen Vertragstyp. Bei den zwischen dem (Haupt-)Auftragnehmer und einem oder mehreren Subunternehmern abzuschließenden Verträgen kann es sich um Werkverträge (Errichtung von Bauten, Reparaturen) oder Werklieferungsverträge (Herstellung und Lieferung von Möbeln) handeln. Bei Beratungsleistungen oder Entwicklungsarbeiten kommen auch Dienstverträge in Betracht. Es gelten die allgemeinen Grundsätze für diese Vertragstypen.

Ein Subunternehmervertrag ist dann abzuschließen, wenn das Subunternehmen im Auftrag eines anderen Unternehmens

(Hauptunternehmen) einen Teil oder die gesamte vom Hauptunternehmen gegenüber dessen Auftraggeber geschuldete Leistung erbringen soll. Dieser Vertrag regelt dann grundsätzlich nur die Beziehung zwischen (Haupt-)Auftragnehmer / Hauptunternehmer und Subunternehmer. Die Pflichten des (Haupt-)Auftragnehmers / Hauptunternehmers gegenüber dem Auftraggeber sollten aber in diesem Vertrag vollständig berücksichtigt werden. Das Subunternehmen ist gegenüber dem Hauptunternehmen rechtlich nicht gebunden. Der Subunternehmer ist vorbehaltlich anderer vertraglicher Regelungen berechtigt, seine Mitarbeiter zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen einzusetzen.

Ein **doppeltes Subunternehmerverhältnis** liegt vor, wenn ein Subunternehmer seinerseits bestimmte Teilaufgaben einem weiteren Subunternehmer überträgt. Dieser zweite Subunternehmer steht nur zu dem ersten in einem Vertragsverhältnis (nicht aber zu dem [Haupt-] Auftragnehmer oder dem Auftraggeber), wobei es sich je nach dem vereinbarten Vertragsinhalt wiederum um Werk-, Werklieferungs-, Dienst- oder Werklieferungsverträge handeln kann.

4.2 Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

In dem in Abschnitt Die Rechtsnatur des Subunternehmervertrages geschilderten Beispiel liegen gestufte Herstellungs- und Lieferprozesse vor, die wirtschaftlich und juristisch klar unterscheidbar sind. Werden die Verträge auch in der geschilderten Form tatsächlich durchgeführt, bietet die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung keine Probleme. Schwierigkeiten ergeben sich in der Praxis, und das vor allem in der Bauwirtschaft wie im Montagesektor, wenn die Verträge nicht sorgfältig formuliert sind, vor allem aber, wenn die tatsächliche Vertragsdurchführung sich nicht mit der Vertragsgestaltung deckt.

Werk- oder Dienstverträge liegen vor (vgl. Typische Merkmale des Werkvertrags und Typische Merkmale des Dienstvertrags), wenn der Auftragnehmer die vereinbarten Leistungen in eigener Verantwortung übernimmt, die Geräte und Materialien selbst beschafft und einsetzt, die von ihm eingesetzten Mitarbeiter seinem Weisungsrecht unterstehen und in eigenen Arbeitsgruppen mit eigenem Führungspersonal beschäftigt werden sowie nicht in den Betriebsablauf des Auftraggebers eingegliedert sind. Ferner ist kennzeichnend, dass dem Auftraggeber bei fehlerhafter Leistung Gewährleistungsansprüche zustehen und dass das Entgelt projektbezogen vereinbart ist. Sind diese typischen Merkmale im Wesentlichen nicht erfüllt (wobei es auf eine wertende Gesamtbetrachtung ankommt), ist von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen^[1].

Tatsächlich wird allerdings in vielen Fällen, in denen diese Kriterien nicht erfüllt sind, durch entsprechende Vertragsgestaltung Subunternehmerverhältnisse «vorgespiegelt», um eine in Wahrheit vorliegende **Arbeitnehmerüberlassung** zu **verschleiern**. Abgesehen davon, dass in den Fällen einer derart getarnten Arbeitnehmerüberlassung die Gefahr besteht, Ordnungswidrigkeiten nach § 16 AÜG zu begehen (für die Bußgelder in empfindlicher Höhe vorgesehen sind), sollte der Abschluss von Schein-Werk- oder Schein-Dienstverträgen auch wegen der erheblichen Haftungsrisiken vermieden werden^[2].

Unter Umgehungsaspekten sind solche Subunternehmerverhältnisse **unproblematisch**, bei denen der Subunternehmer den Auftrag mit seinen Arbeitnehmern im eigenen Betrieb ausführt.

Zweifelhaft kann die Rechtslage dagegen sein, wenn der Subunternehmer den Auftrag ganz oder teilweise im Betrieb des Auftraggebers mit seinen Mitarbeitern durchführt. In diesem Fall muss besonders darauf geachtet werden, dass in dem Subunternehmervertrag keine Regelungen aufgenommen werden, die auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung hindeuten. Ist der Subunternehmervertrag nach seinem Leistungsgegenstand ein **Werkvertrag**, dann sollten die folgenden Fragen eindeutig geregelt sein:

- Genaue Beschreibung des Vertragsgegenstands, das heißt hier des zu erbringenden Teilprojekts,
- Verantwortlichkeit des Subunternehmers für Geräte, Werkzeuge und Material; Verantwortlichkeit und Haftung des Subunternehmers für die eigenen Mitarbeiter; ausschließliches Arbeitgeber-Weisungsrecht des Subunternehmers gegenüber seinen Mitarbeitern,
- projektbezogene Vergütungsregelung; Haftung und Gewährleistung des Subunternehmers.

Insbesondere der Ausschluss der für den Werkvertrag typischen Haftungs- und Gewährleistungsrisiken stellt ein Indiz für das

Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung dar.

Ist der Subunternehmervertrag nach seinem Leistungsgegenstand ein auf die Erbringung von selbstständigen Dienstleistungen gerichteter **Dienstvertrag**, so sind bei Vertragsabschluss folgende Punkte zu beachten:

- Genaue Beschreibung der zu erbringenden Dienstleistungen,
- Verantwortlichkeit des Subunternehmers für Geräte, Werkzeuge und Material; Verantwortlichkeit und Haftung des Subunternehmers für die eigenen Mitarbeiter; ausschließliches Arbeitgeber-Weisungsrecht des Subunternehmers für seine Mitarbeiter,
- Haftung des Subunternehmers für Schlechtleistungen seiner Erfüllungsgehilfen,
- projektbezogenes Entgelt,
- Kündigungsregelung.

Für die Beurteilung, ob ein Werk- oder Dienstvertrag einerseits oder Arbeitnehmerüberlassung andererseits vorliegt, kommt es nicht auf die Bezeichnung durch die Vertragsparteien oder auf den Inhalt des geschlossenen Vertrages an, sondern auf die **tatsächliche Durchführung**^[3]. Daher ist darauf zu achten, dass die tatsächliche Durchführung des Subunternehmerverhältnisses nicht in Widerspruch zu den vertraglichen Vereinbarungen steht. Insbesondere darf nicht - entgegen dem Vertragsinhalt - eine Eingliederung des Subunternehmer-Personals in den Betriebsablauf des Generalunternehmers und damit eine Unterstellung unter das arbeitsrechtliche Weisungsrecht des Generalunternehmers erfolgen.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738703

[1] BAG, Urteil v. 30.1.1991, 7 AZR 497/89, NZA 1992, S. 19.

[2] Vgl. hierzu: Stracke, Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2009, § 16 AÜG Rn. 32; Leitner, NJW 1991, 293.

[3] BAG, Urteil v. 24.5.2006, 7 AZR 365/05, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114.

4.3 Haftungsrisiken beim Subunternehmerverhältnis

Um die Risiken einer Inanspruchnahme als illegaler Entleiher möglichst von vornherein zu vermeiden, ist im Zweifel zu empfehlen, den Subunternehmervertrag von einem Rechtsanwalt oder einen juristischen Berater eines Unternehmensverbandes überprüfen zu lassen.

Hat der Subunternehmer eine **gültige Verleiher-Erlaubnis**, so mindert dies insofern die Haftungsrisiken, als der Hauptunternehmer auch bei einer rechtlichen Wertung des Vertragsverhältnisses als Arbeitnehmerüberlassung in der Regel nicht als fiktiver Arbeitgeber in Anspruch genommen werden kann.

Dagegen sind die Risiken beträchtlich, wenn der Subunternehmer **keine** gültige Erlaubnis hat. In diesem Fall wird nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher (Auftraggeber/Generalunternehmer) fingiert. Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Entleiher arbeitsrechtliche Ansprüche auf Lohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsgewährung und Sozialleistungen geltend machen kann sowie Kündigungsschutz genießt. Der Entleiher ist sein Arbeitgeber im Sinne des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrechts.

5 Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim werk- und dienstvertraglichen Einsatz von Fremdfirmenpersonal

Ob und wie der Betriebsrat beim Vertragsabschluss oder spätestens beim Einsatz von Fremdfirmenpersonal zu beteiligen ist, hängt von der Rechtsnatur des zugrunde liegenden Vertrages und seiner tatsächlichen Durchführung ab.

Zunächst muss geklärt sein, ob ein Dienst- bzw. Werkvertrag oder ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegt oder ob ggf. ein sog. Schein-Werk- oder Schein-Dienstvertrag abgeschlossen wurde (vgl. Was ist ein Werkvertrag? bis Was ist ein Subunternehmerverhältnis?). Auch im Betriebsverfassungsrecht kommt es insoweit nicht auf die von den Parteien gewählte Vertragsüberschrift, sondern auf die **tatsächliche Ausführung** an.

5.1 Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen

Einstellung

Der Betriebsrat hat bei der Einstellung von Arbeitnehmern mitzubestimmen (§ 99 BetrVG). Nach der Rechtsprechung des BAG ist unter Einstellung die tatsächliche Beschäftigung, d. h. die **Eingliederung** in den Betrieb zu verstehen. Eine Eingliederung in den Betrieb liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in dem Betrieb eingesetzt wird, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Soll die Beschäftigung aufgrund eines Arbeitsvertrags erfolgen, ist der Betriebsrat vor Abschluss des Vertrags zu unterrichten und seine Zustimmung einzuholen^[1]. Unter den Voraussetzungen des § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers verweigern, etwa dann, wenn gegen eine Rechtsvorschrift oder eine Auswahlrichtlinie verstoßen wird oder andere Arbeitnehmer hierdurch benachteiligt werden. Eine **Einstellung** im Sinne von § 99 BetrVG ist aber **beim Abschluss von "echten" Werk- oder Dienstverträgen gerade nicht gegeben**. Denn weder schließt der Auftraggeber mit dem Fremdfirmenpersonal Arbeitsverträge ab, noch werden diese Mitarbeiter in den Betriebsablauf eingliedert. Dem Betriebsrat steht daher kein Zustimmungsverweigerungsrecht gegen den beabsichtigten Abschluss und die geplante Durchführung dieser Verträge zu^[2].

Bei echten Werk- oder Dienstverträgen ist die Zustimmung des Betriebsrats zu der Beschäftigung des Fremdfirmenpersonals gesetzlich nicht vorgesehen. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Mitarbeiter derart in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert wird, dass der Auftraggeber die für eine weisungsgebundene Tätigkeit typischen Entscheidungen über Zeit und Ort der Tätigkeit und die Art und Weise von deren Ausführung trifft. In diesem Fall ist von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, die ebenfalls die Mitbestimmung nach § 99 BetrVG auslöst^[3].

Besteht zwischen der Geschäftsleitung und dem Betriebsrat Streit darüber, ob es sich um echte Werk- oder Dienstverträge oder um eine verschleierte Arbeitnehmerüberlassung handelt, so kann jeder der Beteiligten diese Frage im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens klären lassen.

Der Betriebsrat hat zudem die allgemeine Aufgabe, die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften zu überwachen (§ 80 BetrVG). Dieses Überwachungsrecht umfasst auch die Einhaltung des AÜG. Nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG sind dem Betriebsrat auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung besteht nicht erst dann, wenn feststeht, dass sich für den Betriebsrat bestimmte Aufgaben schon ergeben haben. Die vom Arbeitgeber nach § 80 Abs. 2 BetrVG geschuldete Unterrichtung des Betriebsrats - auch durch Überlassung der erforderlichen Unterlagen - soll den Betriebsrat in die Lage versetzen, in eigener Verantwortung selbst zu prüfen, ob sich für ihn Aufgaben ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden muss. Damit der Betriebsrat prüfen kann, ob ihm Überwachungs- und Beteiligungsrechte hinsichtlich der Mitarbeiter der Fremdfirmen zustehen und ob ein Anlass gegeben ist, von diesen Rechten Gebrauch zu machen, ist die Vorlage der mit den Fremdfirmen abgeschlossenen Verträge an den Betriebsrat erforderlich^[4]. Diese Verträge enthalten in der Regel nähere Vereinbarungen darüber, in welcher Weise die Mitarbeiter der Fremdfirmen Arbeiten zu verrichten haben, insbesondere auch darüber, ob und ggf. inwieweit diese in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert und dessen Weisungen unterworfen werden. Damit kann regelmäßig schon die Vertragsgestaltung Auskunft darüber geben, ob die Vertragsfirmen Dienst- oder Werkleistungen zur Ausführung übernommen haben, für deren Erfüllung sie sich ihrer eigenen Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen in eigener Verantwortung bedienen, oder ob lediglich geeignete Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die auf Weisung des Unternehmens, in dem sie eingesetzt werden, bestimmte Arbeiten in dessen Betrieb verrichten. Dies spricht dann für eine Arbeitnehmerüberlassung^[5].

Personalplanung

Nach § 92 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber darüber hinaus Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und auch für ihre Durchführung machen. Gegenstand einer Personalplanung sind jegliche Maßnahmen zur Deckung des künftigen Personalbedarfs. Inhalt eines Vorschlags des Betriebsrats nach § 92 Abs. 2 BetrVG kann daher auch sein, die Er-

ledigung erwarteter kurzfristiger Sonderaufgaben durch Arbeitnehmer von Fremdfirmen verrichten zu lassen, wie auch - umgekehrt - , gegenwärtig von Arbeitnehmern solcher Fremdfirmen verrichtete Arbeiten durch Arbeitnehmer des Betriebes, gegebenenfalls auch durch neu einzustellende Arbeitnehmer, verrichten zu lassen. Solche Vorschläge haben nur dann Aussicht, vom Arbeitgeber in Erwägung gezogen und mit dem Betriebsrat beraten zu werden, wenn sie von tatsächlichen Gegebenheiten ausgehen und fundiert erscheinen. Dem Betriebsrat müssen nach der Rechtsprechung daher geeignete Mittel zur Verfügung gestellt werden, die ihn in die Lage versetzen, darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt er dem Arbeitgeber Vorschläge für eine Personalplanung machen soll^[6].

Kontrolllisten

Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Auftraggeber etwa verpflichtet, am Werkstor geführte Kontrolllisten an den Betriebsrat zu übergeben, soweit diese Aufschluss über den Einsatz des von Fremdfirmenpersonal geben. In dem vom BAG entschiedenen Fall wurde in diesen festgehalten, an welchen Tagen und für welche Zeiten sich Arbeitnehmer von Fremdfirmen im Betrieb aufhalten. Aus diesen Angaben lässt sich beispielsweise abschätzen, welche Arbeitsmenge überhaupt an Fremdfirmen vergeben wird. Den Angaben ist ggf. auch zu entnehmen, um welche Arbeiten es sich handelt, da dies aus dem Betriebszweck der genannten Fremdfirmen hergeleitet werden kann. Schließlich geben die festgehaltenen Einsatztage und Einsatzzeiten der Arbeitnehmer der Fremdfirmen auch Auskunft darüber, ob die vergebenen Arbeiten kontinuierlich oder nur gelegentlich anfallen. Damit kann der Betriebsrat aus solchen Kontrolllisten Kenntnisse gewinnen, die ihn in die Lage versetzen, darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt er dem Arbeitgeber Vorschläge für eine Personalplanung machen soll^[7].

Fußnoten zu HaufeIndex: 738707

- [1] BAG, Beschluss v. 28.4.1992, 1 ABR 73/91, BB 1992, S. 1825; BAG, Urteil v. 13.4.1994, 7 AZR 651/93, DB 1995, S. 435. Kania, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2011, § 99 BetrVG Rz. 4.
- [2] BAG, Beschluss v. 18.10.1994, 1 ABR 9/94
- [3] BAG, Beschluss vom 13.12.2005, 1 ABR 51/04.
- [4] BAG, Beschluss v. 31.1.1989, 1 ABR 72/87.
- [5] BAG, Beschluss v. 31.1.1989, 1 ABR 72/87.
- [6] BAG, Beschluss v. 31.1.1989, 1 ABR 72/87.
- [7] BAG, Beschluss v. 31.1.1989, 1 ABR 72/87.

5.2 5.2 Rechtsfolgen eines verschleierte Arbeitnehmerüberlassungsvertrags

Haben Auftraggeber und Auftragnehmer keinen echten Werk- oder Dienstvertrag abgeschlossen, sondern liegt tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vor, so ist der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher (als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) wirksam, sofern der Verleiher die erforderliche behördliche Erlaubnis hat.

In diesem Fall wird aber die für Arbeitnehmerüberlassung vorgeschriebene Beteiligung des Betriebsrats (§ 14 Abs. 3 AÜG mit § 99 BetrVG) nicht durchgeführt worden sein. Die Unterrichtungspflicht des Entleihers erstreckt sich in diesem Zusammenhang auf

- Anzahl und Qualifikation der Leiharbeiter, Einstellungstermin, Beschäftigungsdauer, die vorgesehenen Arbeitsplätze sowie die Auswirkungen auf die Stammbesellschaft;
- Vorlage der Arbeitnehmerüberlassungsverträge (§ 12 AÜG), jedoch nicht der Arbeitsverträge des Verleihers mit den Leiharbeitnehmern;
- Vorlage der schriftlichen Erklärung des Verleihers über die Erlaubnis nach § 1 AÜG.

Wurde der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß beteiligt, kann er beim Arbeitsgericht beantragen, die Beschäftigung der Leiharbeiter aufzuheben (§ 101 BetrVG).

Hatte der Auftragnehmer bei Abschluss eines verschleierte Arbeitnehmerüberlassungsvertrage **keine** Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, so ist der zwischen ihm und dem Leiharbeiter geschlossene **Arbeitsvertrag unwirksam** (§ 9 Nr. 1 AÜG). Es gilt dann zwischen dem Auftraggeber und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen. Diese von Auftraggeber und Auftragnehmer in der Regel nicht gewünschte Rechtsfolge tritt kraft zwingenden Rechts ein (§ 10 Abs. 1 AÜG). Da diese Arbeitnehmer auch tatsächlich in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert werden (andernfalls läge keine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor), liegt eine **Einstellung** im Sinne des § 99 BetrVG vor. Dem Betriebsrat stehen daher die oben geschilderten Beteiligungsrechte zu. In dem hier behandelten Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung wegen Verstoßes gegen das AÜG verweigern (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG) bzw., wenn die Leiharbeiter bereits eingestellt sind, die weitere Beschäftigung über § 101 BetrVG unterbinden.

6 Leistungsstörungen bei der Erfüllung von Werk- und Dienstverträgen

Bei der Durchführung von Werk- und Dienstverträgen sind auch bei leistungsfähigen Auftragnehmern Gewährleistungsfälle nicht völlig auszuschließen. Welche Rechte dem Auftraggeber zustehen, ist je nach dem vorliegenden Vertragstyp unterschiedlich.

Werkvertrag

Ist das hergestellte Werk mangelhaft, so hat der Auftraggeber zunächst einen **Anspruch auf Nacherfüllung** gem. § 635 BGB. Der Auftraggeber kann verlangen, dass der Mangel beseitigt wird. Weitergehende Rechte hat der Auftraggeber in der Regel nur, nachdem er dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat^[1]. Was unter dem Begriff der "angemessenen Frist" zu verstehen ist, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Dem Auftragnehmer muss durch die Fristsetzung die Möglichkeit gegeben werden, den Mangel auch tatsächlich beheben zu können. Die Frist für geringfügige Nachbesserungen muss nicht so lang bemessen sein wie etwa die Frist für umfangreiche Arbeiten zur Mängelbeseitigung. Hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt und ist diese fruchtlos verstrichen, kann der Auftraggeber nach seiner Wahl den Mangel selbst beseitigen, von einem Dritten beseitigen lassen, den Werklohn mindern, ggf. vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung bzw. Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangen.

Ausnahmsweise kann eine **Fristsetzung durch den Auftraggeber entbehrlich** sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Auftragnehmer die Nacherfüllung endgültig verweigert, die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist (§ 636 BGB). Aufgrund der vielfältigen Gestaltungen im Werkvertragsrecht kann etwa die Regelung des § 440 S. 2 BGB aus dem Kaufvertragsrecht, wonach eine Nachbesserung grundsätzlich nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen gilt, nicht ohne weiteres auf das Werkvertragsrecht übertragen werden. § 440 S. 2 BGB kann hier lediglich für den Regelfall einen Anhaltspunkt auch im Werkvertragsrecht bieten^[2].

Nachbesserung

Auch in extremen Eilfällen sollte der Auftraggeber dem Auftragnehmer mindestens einmal eine angemessene Frist zur Nachbesserung des Werks setzen. Sollten die Voraussetzungen für die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nämlich nicht vorliegen, werden dem Auftraggeber die Kosten, die er gegebenenfalls für die Nachbesserung selbst aufgewandt hat, nicht erstattet.

Haftung des Unternehmers für Mitarbeiter

Beim Werkvertrag wie auch beim Dienstvertrag haftet der Auftragnehmer für eine **durch seine Mitarbeiter verursachte**

schuldhafte Schlechterfüllung (§ 278 BGB).

Der Auftragnehmer haftet, wenn er den Mangel zu vertreten hat, auch auf Schadensersatz. Rechtsgrundlage ist bei Schäden, die dem mangelhaften Werk unmittelbar anhaften, § 634 Nr. 4 BGB i. V. m. § 636 BGB, bei Schäden an anderen Rechtsgütern § 280 Abs. 1 BGB.

Dienstvertrag

Beim **Dienstvertrag** fehlt eine gesetzliche Regelung über die Gewährleistung. Der Auftraggeber kann bei Verschulden des Auftragnehmers oder von dessen Mitarbeitern Schadensersatz verlangen (§§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB).

Entgeltminderung und Schadensersatz

Ist die dienstvertragliche Beratungsleistung fehlerhaft, so kann nach Wahl des Auftraggebers Nachbesserung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder Geldersatz (§ 251 BGB) verlangt werden. Sind z. B. Wartungs- oder Bewachungsverträge nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden, so kommt ggf. ein Anspruch auf Minderung des Entgelts oder auch auf Ersatz eingetretener Folgeschäden in Betracht.

Bei Arbeitnehmerüberlassungsverträgen haftet der Verleiher nicht für die schuldhafte Schlechtleistung seines Personals, sondern nur für die ordnungsgemäße Auswahl^[3]. Dieselben Haftungsgrundsätze gelten auch bei Schein-Werk- oder Schein-Dienstverträgen, soweit es sich tatsächlich um Arbeitnehmerüberlassung handelt..

Auswahlfehler des Verleihers

Ein schuldhafter Auswahlfehler liegt vor, wenn sich der Verleiher die fachliche Qualifikation eines Arbeitnehmers nicht anhand geeigneter Unterlagen (etwa Gesellen- oder Meisterbrief) nachweisen lässt und zum Beispiel einen Elektriker als Diplomingenieur für Elektrotechnik überlässt.

Fußnoten zu HaufeIndex: 738710

- [1] Sprau, in: Palandt, BGB, 2011, § 634, Rz. 2.
- [2] Vgl. hierzu: Sprau, in: Palandt, BGB, 2011, § 636, Rz. 15.
- [3] Vgl. BAG, Beschluss v. 5.5.1992, 1 ABR 78/91.

Autor/in

- Sabine Feindura, Rechtsanwältin