

## II. Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen

Hat man die Ausgangsfrage des „Make or Buy“ im Sinne von „Buy“, also Fremdvergabe, entschieden, konzentriert sich der weitere Entscheidungsprozess in der betrieblichen Praxis zumeist auf die Alternative Werk-/Dienstvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung. Und hier ergibt sich für viele ein **Zielkonflikt**: Auf der einen Seite will man das Fremdpersonal möglichst weit in die betrieblichen Abläufe einbinden, um den Arbeitseinsatz zu optimieren. Es mag auch Sachzwänge geben, die einer strikten Trennung von Fremd- und Eigenpersonal entgegenstehen, insbesondere dort, wo Aufgabenbereiche eigener Mitarbeiter und fremd vergebene Aufgabenbereiche zeitlich und/oder funktional eng miteinander verzahnt sind. Auf der anderen Seite möchte man die Restriktionen und vor allem die Sanktionen des AÜG vermeiden. Insbesondere seit der Reform des AÜG im Jahr 2017 hat die Arbeitnehmerüberlassung aus Arbeitgebersicht an Attraktivität eingebüßt. Es gibt nun eine Überlassungshöchstgrenze von 18 Monaten, was eine dauerhafte Substitution von Stammarbeitnehmern durch billigere Leiharbeiter erschwert. Hinzu kommen die zwingende Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG<sup>21</sup> sowie Branchenzuschlagstarifverträge in inzwischen elf Branchen<sup>22</sup>, die die Leiharbeit zusätzlich verteuern. Deshalb wird nicht selten ein **risikoreicher Weg** eingeschlagen: Man nutzt die Vorteile der Arbeitnehmerüberlassung, wählt aber nach außen die Form des Werk- oder Dienstvertrags. Genau das kann sich als Fehlentscheidung erweisen, wenn sich nämlich später herausstellt, dass illegale Arbeitnehmerüberlassung in Form eines **Scheinwerk- oder Scheindienstvertrags** praktiziert wurde. Daher ist es wichtig, den Grenzverlauf der verschiedenen Einsatzformen zu kennen.

---

21 Vgl. „Zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung v. 21.3.2014, BAnz AT v. 26.3.2014; ab 1.6.2016: 8,50€ in den neuen Bundesländern einschl. Berlin und 9,00€ in den alten Bundesländern.

22 Vgl. die Übersicht bei Schneider, Handbuch Zeitarbeit, Rn. 855a.

## 1. Abgrenzungsformel der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung<sup>23</sup> geht von folgender Abgrenzungsformel aus:

Bei der Arbeitnehmerüberlassung stellt der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung. Dieser setzt sie entsprechend seinen Vorstellungen und Zielen im Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die entliehenen Arbeitnehmer sind vollständig in seinen Betrieb eingegliedert und führen die Arbeit allein nach des Entleihers Weisungen aus. Im Gegensatz dazu organisiert ein Werk- oder Dienstunternehmer die zur Erreichung der geschuldeten Werk- oder Dienstleistung erforderlichen Handlungen selbst. Er bleibt seinem Vertragspartner für die Herstellung des Werkes oder die Erbringung der Dienstleistung verantwortlich. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen seiner, also des Dienst- oder Werkunternehmers, Weisungsbefugnis.

Diese Formel beschreibt die Unterschiede zutreffend. Sie ist aber aufgrund ihrer abstrakten Begriffe nicht praxistauglich und bedarf der Konkretisierung. Hierzu wurden **Kriterienkataloge** mit zwanzig und mehr Einzelkriterien entwickelt, die z. T. wiederum in Haupt- und Hilfskriterien unterteilt waren. Diese Methode hat sich aber nicht bewährt. Denn eine Vielzahl von Abgrenzungskriterien liefert gerade in den Grenzfällen keine sicher vorhersehbaren Ergebnisse mehr. Es lässt sich aufgrund der vielfältigen Fallgestaltungen in der Praxis nicht für alle Fälle im Vorhinein einheitlich festlegen, welche Kriterien noch relevant sind und wie einzelne Kriterien zu gewichten sind. Aus diesem Grunde ist auch der Versuch gescheitert, gesetzliche Abgrenzungskriterien festzulegen<sup>24</sup>.

In den schwierigen Grenzfällen bleibt nur eine wertende Gesamtbetrachtung<sup>25</sup>. Das hat zur Folge, dass die Abgrenzungsentscheidung nicht verlässlich vorhersehbar ist. Diese Unwägbarkeiten haben zu einer beträchtlichen **Verunsicherung in der Praxis** geführt.

### **Wichtig:**

Auf keinen Fall reicht es zur Vermeidung (illegaler) Arbeitnehmerüberlassung aus, die Vertragsbeziehung in das „Kleid eines Werk-/Dienstvertrags zu hüllen“. Denn auf den Schein kommt es nicht an. Entscheidend ist die übereinstimmend gewollte **praktische Vertragsdurchführung**. Denn darin spiegelt sich der wirkliche Ge-

23 BAG v. v. 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455; v. 13. 8. 2008 – 7 AZR 269/07, jurisPR-ArbR 2/2009, Anm. 2, Hamann.

24 Vgl. § 611a Abs. 2 des Referentenwurfs des BMAS v. 16. 11. 2015, der acht Abgrenzungskriterien enthielt.

25 BAG v. 6. 8. 2003 – 7 AZR 180/03, EzA § 1 AÜG Nr. 13 m. Anm. Hamann; vgl. auch BGH v. 25. 6. 2002 – X ZR 83/00, NZA 2002, 1086.

schäftswille der Vertragsparteien wider, und dieser entscheidet über die rechtliche Einordnung<sup>26</sup>.

## 2. Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes als maßgebliches Unterscheidungskriterium

### 2.1 Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts

Eine möglichst zuverlässige und zugleich praktikable Abgrenzung lässt sich nur erreichen, wenn man auf das konstitutionelle Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung abstellt, das diese Form des Fremdpersonaleinsatzes unverwechselbar von allen anderen Formen unterscheidet. Dieses Merkmal ist die **Verlagerung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts vom Vertragsarbeitgeber auf den Inhaber des Einsatzbetriebs**<sup>27</sup>. Dieser Teil des Arbeitgeberweisungsrecht umfasst alle Anordnungen, die Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung festlegen (§ 106 S.1 GewO). Mit seiner Hilfe ist es dem Arbeitgeber möglich, den Arbeitseinsatz nach seinen Vorstellungen und Zielen bedarfsgerecht zu steuern. Wird das arbeitsbezogene Weisungsrecht während der gesamten Dauer des Arbeitseinsatzes im Fremdbetrieb vollständig von dessen Inhaber ausgeübt, liegt eine **Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes** vor. Diese Fremdsteuerung gibt es nur bei der Arbeitnehmerüberlassung. Sie ist damit das alleinige Abgrenzungsmerkmal und zugleich ihr **Identifizierungskriterium**.

Arbeitnehmerüberlassung unterscheidet sich von den anderen Formen des innerbetrieblichen Fremdpersonaleinsatzes dadurch, dass es nur bei der Arbeitnehmerüberlassung zu einer vollständigen Verlagerung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts vom Vertragsarbeitgeber (Verleiher) auf den Inhaber des Einsatzbetriebs (Entleiher) kommt (Fremdsteuerung).

Die **Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes** wird dadurch **sichtbar**, dass der Inhaber des Einsatzbetriebs die für die Steuerung des Arbeitseinsatzes erforderlichen Arbeitsanweisungen unmittelbar selbst oder durch seine Hilfspersonen (z. B. Projektleiter, Vorarbeiter) gegenüber dem Fremdpersonal erteilt, während der Vertragsarbeitgeber dieses Weisungsrecht nicht mehr ausübt. Dieser beschränkt sich auf die Funktion eines Personalgestellers. Und wer

26 BAG v. 13. 8. 2008 – 7 AZR 269/07, jurisPR-ArbR 2/2009, Anm. 2, Hamann; BAG v. 6. 8. 2003 – 7 AZR 180/03, EzA § 1 AÜG Nr. 13 m. Anm. Hamann; BGH v. 25. 6. 2002 – X ZR 83/00, NZA 2002, 1086.

27 Ausf. Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Berlin 1995, S. 129 ff.

sich als Arbeitgeber darauf beschränkt, seine Arbeitnehmer anderen Arbeitgebern gegen Vergütung zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen, muss der besonderen Zuverlässigkeitskontrolle nach dem AÜG unterstellt werden.

## 2.2 Bedeutung sonstiger Kriterien für die Abgrenzung

Ist die Verlagerung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts das bestimmende Unterscheidungskriterium, relativiert sich die Bedeutung sonstiger Kriterien. Sie können nicht mehr über die rechtliche Einordnung entscheiden, weil sie nicht ausschlaggebend für die Arbeitnehmerüberlassung sind. Ihnen bleibt allenfalls eine gewisse **Indizwirkung**. Sie können im Einzelfall Veranlassung geben, näher zu untersuchen, ob sich das arbeitsbezogene Weisungsrecht vom Vertragsarbeitgeber auf den Inhaber des Einsatzbetriebs verlagert hat.

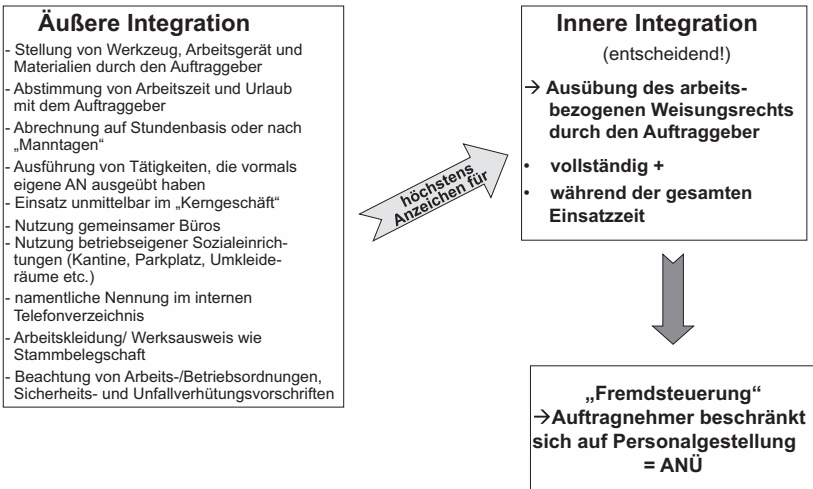


Abbildung 4: Abgrenzung – Bedeutung sonstiger Kriterien

Beispiele: **Ohne Aussagekraft** für die Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts ist, wie sich die Vergütung des Auftragnehmers errechnet, ob Fremdfirmenleute Zugang zu Pausen- oder sonstigen Sozialräumen haben, ob sie die gleichen Arbeitshelme wie Stammpersonal tragen, zu Mitarbeiterkonditionen die Kantine benutzen oder Personaleinkäufe erledigen dürfen, ob sie sich wie Stammpersonal Tor- und Taschenkontrollen unterziehen müssen, namentlich in einem internen Telefonverzeichnis geführt werden. Gleichwohl wird in der Praxis zuweilen noch auf solche Nebensächlichkeiten abgestellt.

Stellt der Auftraggeber **Arbeitsmaterial, Werkzeuge** und/oder **Sicherheitskleidung** für das Fremdpersonal zur Verfügung, rechtfertigt das noch nicht den Schluss auf das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung<sup>28</sup>.

Eine allein **räumliche Zusammenarbeit** besagt nichts über die Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts<sup>29</sup>.

Unschädlich ist die bloße **Einweisung der Fremdfirmenarbeitnehmer** durch Mitarbeiter des Einsatzbetriebs<sup>30</sup>.

Ist im Vertrag zwischen dem Auftraggeber (= Inhaber des Fremdbetriebs) und seinem Auftragnehmer (= Vertragsarbeitgeber der Fremdfirmenarbeitnehmer) **kein konkreter Leistungsgegenstand vereinbart**, handelt es sich noch nicht zwingend um Arbeitnehmerüberlassung. Es besteht jedoch Veranlassung zur Prüfung, wer die notwendige Konkretisierung vornimmt und damit den Arbeitseinsatz steuert.

Werden Fremdfirmenarbeitnehmer **außerhalb des vereinbarten Vertragsgegenstandes** eingesetzt, liegt darin allein noch keine Arbeitnehmerüberlassung. Denkbar ist, dass die Vertragsparteien den Vertragsinhalt nachträglich stillschweigend erweitert haben. Weist der Auftraggeber die Fremdfirmenarbeitnehmer eigenmächtig ohne Kenntnis des Auftragnehmers an, solche Arbeiten für ihn auszuführen, handelt es sich nicht um eine übereinstimmend geübte, vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis und folglich nicht um Arbeitnehmerüberlassung<sup>31</sup>.

Auch die **Abstimmung über Lage der Arbeitszeit und der Urlaubspläne** lässt nicht auf Arbeitnehmerüberlassung schließen. Das Gleiche gilt, wenn die geschuldete Werkleistung nach **Zeit und Ort genau festgelegt** ist („just in time“)<sup>32</sup>.

Verfügt der Auftragnehmer über **keine eigene Betriebsorganisation**, stellt sich in der Tat die Frage, wie er die für die geschuldete Werk-/Dienstleistung erforderlichen Handlungen selbst organisieren will, um den Werk-/Dienstleistungserfolg herbeizuführen oder die versprochene Dienstleistung zu erbrin-

28 BAG v. 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455: Zurverfügungstellung der Kontrollgerätschaften wie Torbögen, Gepäckbänder mit automatischer Röntgensichtung, Handsonden, Sprengstoffspürgeräte etc. durch eine Flughafengesellschaft an ein privates Sicherheitsunternehmen; LAG Düsseldorf v. 27. 8. 2007 – 17 Sa 270/07, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 119: Bergbauspezialgesellschaft nutzt Maschinen u. Sicherheitskleidung des Auftraggebers; LAG Rheinland-Pfalz v. 3. 5. 2006 – 10 Sa 93/05, jurisPR-ArbR 3/2007, Anm. 3, Hamann: auftraggeberseitige Zurverfügungstellung von Hard- und Software.

29 LAG Hamm v. 26. 11. 2010 – 10 TaBV 67/10, BeckRS 2011, 68558.

30 LAG Hamm v. 26. 11. 2010 – 10 TaBV 67/10, BeckRS 2011, 68558.

31 BAG v. 13. 8. 2008 – 7 AZR 269/07, jurisPR-ArbR 2/2009, Anm. 2 Hamann; Hess. LAG v. 19. 11. 2007 – 16 Sa 569/07, jurisPR-ArbR 24/2008, Anm. 2, Hamann.

32 LAG Düsseldorf v. 19. 3. 2009 – 11 TaBV 303/08, jurisPR-ArbR 29/2009, Anm. 4, Hamann: Transportarbeiten.

gen<sup>33</sup>. Deshalb besteht Grund zur näheren Untersuchung der tatsächlichen Vertragsabwicklung. Zeigt sich, dass sich der Vertragsarbeitgeber auf die Position eines Personalgestellers beschränkt, übt nicht er, sondern sein Auftraggeber das arbeitsbezogene Weisungsrecht aus. Erst mit dieser Feststellung ist die Abgrenzungsfrage entschieden.

### 2.3 Gegenstandsbezogene Anweisungen des Auftraggebers

In diesem Zusammenhang gewinnt die vor allem vom BAG<sup>34</sup> praktizierte Unterscheidung zwischen „projektbezogenen“, „ergebnisorientierten“ oder „gegenstandsbezogenen“ und daher **werkvertragsrechtlichen Ausführungsanweisungen** einerseits und „personenbezogenen“ und infolgedessen **arbeitsrechtlichen Weisungen** andererseits besondere Bedeutung. Je nach Zuordnung von Weisungen zur einen oder zur anderen Kategorie soll es sich um Arbeitnehmerüberlassung handeln oder nicht. Bereits in seinem Beschluss vom 30.1.1991<sup>35</sup> hat das BAG festgestellt: *„Die Grenze zur arbeitsvertraglichen Anweisung wird insbesondere überschritten, wenn der Dritte erst durch seine Anweisungen den Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung bestimmt. ... Weist der Dritte den Arbeitnehmer derart persönlich an, dass damit zugleich Einsatz und Arbeit ... unmittelbar für ihn bindend organisiert werden, so spricht das für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung.“* Unter werkvertragsrechtlichen Ausführungsanweisungen versteht das BAG hingegen Weisungen, durch die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte der Werkleistung im Rahmen des zuvor vereinbarten Vertragsgegenstandes festgelegt werden. Hierbei geht die Rechtsprechung sehr weit. Immer dann, wenn sich eine Anweisung (auch) auf den Vertragsgegenstand bezieht, soll es sich um eine gegenstandsbezogene Ausführungsanweisung und nicht um eine personenbezogene Arbeitgeberweisung handeln<sup>36</sup>. Das eine schließt das andere aus. Arbeitnehmerüberlassung kann im Ergebnis nur noch vorliegen, wenn sich die Weisung allein an die Person richtet und keinen direkten Bezug zur Werkausführung hat. Das betrifft Anordnungen hinsichtlich des Einsatzortes, der Festlegung der Arbeitszeit und des Arbeitstempes, die Anordnung von Überstunden.

Diese eindimensionale Sichtweise hat weitreichende Konsequenzen. Die den Vertragsgegenstand konkretisierenden Weisungen dürfen unmittelbar

---

33 BAG v. 1. 12. 1992 – 1 ABR 30/90, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 110; v. 22. 10. 1991 – 1 ABR 28/91, NZA 1992, 376.

34 Urt. v. 6. 8. 1997 – 7 AZR 663/96, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39.

35 7 AZR 487/89, NZA 1992, 19.

36 Vgl. BAG v. 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455; v. 22. 6. 1994 – 7 AZR 286/93, NZA 1995, 462 v. 6. 8. 1997 – 7 AZR 663/96, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39.

den Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers gegenüber erteilt werden. Der Erfüllungsgehilfe fungiert als Empfangsvertreter des Auftragnehmers<sup>37</sup>. Im Ergebnis gibt die Rechtsprechung dem fremden Arbeitgeber mit dem werkvertraglichen Anweisungsrecht ein Instrument an die Hand, mit dessen Hilfe er zugleich den Arbeitseinsatz der Erfüllungsgehilfen bedarfsgerecht steuern kann.

Beispiele: Ein Handelsunternehmen der Lebensmittelbranche vergibt das Auffüllen der Regale an einen „Subunternehmer“<sup>38</sup>. Dessen Arbeitnehmer haben die vom Personal des Handelsunternehmens bereitgestellten Waren in die entsprechenden Regale einzusortieren.

Ein Malerbetrieb übernimmt den Anstrich der Betriebsräume. Der Betriebsinhaber gibt den Malern vor, in welcher Reihenfolge und zu welchen Zeiten welche Räume angestrichen werden sollen, etwa um die Anstreicherarbeiten mit dem Betriebsablauf zu koordinieren.

Ein Entsorgungsunternehmen vergibt Fahraufträge aufgrund eines „Rahmenwerkvertrags“ an ein fremdes Fuhrunternehmen als Subunternehmer. Die Fahrer des Fuhrunternehmens erhalten ihre täglichen Touren in Form von „Bestellungen“ direkt vom Einsatzleiter des Entsorgungsunternehmens.

Die Auftragnehmerin erledigt als „Spezialfirma für Ausbein- und Zerlegearbeiten“ mit entsprechendem Fachpersonal aufgrund eines „Werkrahmenvertrags“ das Ausbeinen, Zerlegen, Einzelverpacken und Kommissionieren von Fleischwaren für eine Großschlächterei mit angeschlossenen Großhandel. Die Mitarbeiter der Auftragnehmerin erhalten das zu zerlegende Fleisch von Mitarbeitern der Großschlächterei zugeteilt und schneiden es nach Wünschen der Kunden zu. Gegenüber der Aufsichtsbehörde war der Schlachtmeister der Beklagten für die Ausbein- und Zerlegearbeiten verantwortlich<sup>39</sup>.

Mit dem Bereitstellen der Ware im ersten Beispielfall wird zum einen die von dem Subunternehmer geschuldete Werk-/Dienstleistung konkretisiert. Zugleich beinhaltet das Bereitstellen der Ware arbeitsrechtlich die Konkretisierung der Arbeitsleistung der Regalauffüller: Die bereitgestellte Ware (Menge, Art) ist in das Regal einzusortieren. Diese Weisung würde der Leiter des Lebensmittelmarktes in gleicher Weise eigenem Personal erteilen. Im zweiten Beispiel konkretisiert der Auftraggeber zum einen die vom Malerbetrieb geschuldete Werkleistung, zugleich organisiert er den Arbeitseinsatz der Maler. Im Fuhrunternehmer-Fall beschränkt sich der Auftragnehmer im

37 BAG v. 18. 1. 2012 – 1 ABR 30/90, NZA-RR 2012, 455; LAG Hammv. 26. 11. 2010 – 10 TaBV 67/10, BeckRS 2011, 68558; LAG Düsseldorf v. 19. 3. 2009 – 11 TaBV 303/08, jurisPR-ArbR 29/2009, Anm. 4, Hamann.

38 Hess. LAG v. 11. 7. 1989 – 4 TaBV 211/88, AiB 1990, 77.

39 BGH v. 16. 7. 2002 – X ZR 27/01, BB 2002, 2039.

Ergebnis darauf, dem Entsorgungsunternehmen eine vorherbestimmte Anzahl von geeigneten Fahrern zur eigenen Verwendung zur Verfügung zu stellen. Das ist Arbeitnehmerüberlassung. Ebenso erhalten die Ausbeiner ihre Arbeitsaufträge von Mitarbeitern der Großschlächtereier. Die konkretisierenden Einzelanweisungen erteilen dort die Kunden.

Diese Beispiele veranschaulichen, dass die Unterscheidung von gegenstandsbezogenen und personenbezogenen Weisungen für sich gesehen wenig hilfreich ist. Die begriffliche Differenzierung verdeckt das eigentliche Abgrenzungsproblem. Das BAG setzt ohne weiteres die Alternativität arbeitsrechtlicher Weisungen und solcher, die auf einem Dienst- oder Werkvertrag beruhen, voraus. Das „Entweder-oder-Prinzip“ ist keineswegs zwingend. Anweisungen des Auftraggebers gegenüber Fremdfirmenarbeitnehmern können vielmehr **doppelfunktional** wirken: Ein und dieselbe Anordnung kann gegenstandsbezogen und zugleich personenbezogen sein.

**Wichtig:**

Erteilt der Auftraggeber Anweisungen gleich welcher Art an Erfüllungsgehilfen eines Werk-/Dienstunternehmers, gibt das stets Veranlassung, das Vorliegen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung zu prüfen. Unerheblich ist, wie die Anordnung formuliert wird. Entscheidend kommt es allein auf die **mit der Weisung bezweckte Wirkung** an.

### 3. Prüfkriterien der Finanzkontrolle Schwarzarbeit

Zuständig für die Durchführung des AÜG ist zwar an sich die BA (§ 17 Abs.1 AÜG). Um die Effektivität der Kontrollen zu verbessern, wurden wichtige Prüftätigkeiten auf die Behörden der Zollverwaltung – zuständig ist hier wiederum die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – verlagert. Das betrifft vor allem die **Einhaltung der Lohnuntergrenze** nach § 3a AÜG (§ 17 Abs.2 AÜG) und die Ermittlung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit **illegaler Arbeitnehmerüberlassung** und der **Praktizierung von Scheinwerkverträgen** (§ 16 Abs. 3 AÜG). Für die Praxis bedeutsam sind daher die Prüfkriterien der FKS<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Inhaltsgleich sind die Kriterien des BA, vgl. GA AÜG 1.1.6.1.(3).

- (1) Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Auftragnehmer zurechenbaren Ergebnisses**
- (2) Unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Werkbesteller**
- (3) Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern**
- (4) Eigenes Unternehmerrisiko des Auftragnehmers, Gewährleistung**
- (5) Erfolgsorientierte Abrechnung der Leistung.**

→ Indizien gegen Vorliegen eines Werkvertrags:

- (6) Gleichzeitige oder über einen Zeitraum gestreckte Vergabe einer Vielzahl von Klein- und Kleinst-„Projekten“ („Atomisierung“)**  
(z. B. einzelne Schweißnähte, Kundentouren, Botengänge)
- (7) Benötigung lediglich nicht erfolgsbezogener einfacherer Arbeiten**  
(z. B. Schreifarbeiten, Botendienste, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingabe)

Abbildung 5: Prüfkriterien der FKS

Insbesondere auf die Einhaltung der Kriterien (1) und (3) sollte geachtet werden. Um nicht den Anfangsverdacht eines Scheinwerkvertrags aufkommen zu lassen, sollte darüber hinaus eine erfolgsbezogene Vergütung der Werkleistung vereinbart sein. Zum Zwecke des Nachweises, dass der Vertragspartner ein eigenes unternehmerisches Risiko auch tatsächlich und nicht nur auf dem Papier übernommen hat (4), sind bei Nichterbringung der versprochenen Leistung oder anderen Pflichtverletzungen die gesetzlichen bzw. im Vertrag vereinbarten Gewährleistungsrechte durchzusetzen. Sowohl die Mängel/Pflichtverletzung als auch die Inanspruchnahme von Gewährleistung sind zu dokumentieren. Obschon nicht eigentlich abgrenzungsrelevant sollte die Vergütung erfolgsorientiert und nicht nach „Mannstunden“ vereinbart sein (5).

Wenig hilfreich ist dagegen das Merkblatt der BA<sup>41</sup>, das höchstens eine erste Hilfestellung bietet. Im letzten Satz heißt es fast ein wenig ratlos: *„Hinsichtlich der konkreten Abgrenzung im Einzelfall unter Berücksichtigung der tatsächlichen Durchführung wird auf die Beratung durch Angehörige der rechtsberatenden Berufe sowie durch berufsständische Vereinigungen verwiesen.“*

41 Vgl. Anhang 3.

## 4. Mischformen

Arbeitnehmerüberlassung liegt erst vor, wenn das Arbeitgeberweisungsrecht **vollständig** und während der **gesamten Einsatzzeit** vom Vertragsarbeitgeber (vermeintlicher Werkunternehmer) auf den Inhaber des Einsatzbetriebs (Auftraggeber) verlagert ist. Es tauchen immer wieder Praktiken auf, in denen die Zuordnung schwierig ist, weil neben werk- oder dienstvertraglichen auch Elemente der Arbeitnehmerüberlassung vorliegen (**Mischformen**).

### **Wichtig:**

Je intensiver die Einbindung des fremden Personals in die eigenen Arbeitsabläufe erfolgt, je weniger also die Aufgabenbereiche von eigenem und fremdem Personal organisatorisch getrennt werden, desto größer ist das Risiko, verdeckt Arbeitnehmerüberlassung zu betreiben.

### 4.1 Mitsteuerung durch den Auftraggeber

Probleme bereitet die Feststellung der Fremdsteuerung regelmäßig, wenn der Vertragsarbeitgeber die Arbeit seiner Mitarbeiter im Fremdbetrieb zwar organisiert, der Auftraggeber den Arbeitseinsatz vor Ort aber mitsteuert.

Beispiel: In der „Brammenflämmer“-Entscheidung des BAG<sup>42</sup> hatte ein Walzwerk die Arbeiten an einer Fertigungsstraße im eigenen Betrieb komplett fremd vergeben. Der Auftragnehmer nahm die Einsatzplanung seiner Mitarbeiter vor und wies sie bestimmten Arbeitsplätzen zu. Mitarbeiter des Walzwerkes bestimmten dagegen durch das Anbringen sog. „Flämmschlüssel“ an den einzelnen Stahlbrammen Art und Umfang der vom Fremdpersonal vorzunehmenden Flämmarbeiten.

Das BAG verneinte das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass weder ein arbeitsteiliges Zusammenarbeiten von Eigen- und Fremdpersonal an derselben Fertigungsstraße noch ein wechselseitiger Personalaustausch im Bedarfsfall nachgewiesen werden konnten. Bei dem Anbringen der Flämmschlüssel habe es sich lediglich um eine werkbezogene Konkretisierung und nicht um eine arbeitsrechtliche Weisung gehandelt. Für die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung reiche es im Übrigen noch nicht aus, wenn der Inhaber des Einsatzbetriebs oder seine Mitarbeiter **neben dem Vertragsarbeitgeber** Arbeitsanweisungen erteilen. Der **Vertragsarbeitgeber** müsse vielmehr **wie ein Verleiher aus dem eigentlichen Arbeitsprozess abgekoppelt** sein.

<sup>42</sup> Beschl. v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, NZA 1991, 686.