

Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 10

Das alleinige Weisungsrecht des Entleihers als Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung

1. Das Problem

Der vorliegende Teil 10 befasst sich weniger mit einem Rechtsprechungswandel, als mit der seit Jahren in der Rechtsprechung gebräuchlichen Definition der Arbeitnehmerüberlassung. Im Kern geht es um Folgendes: Bei der Abgrenzung von Arbeiten auf Werkvertragsbasis zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung kommt es entscheidend darauf an, wer (arbeitsbezogene) Weisungen gibt. Wenn der Einsatzbetrieb Weisungen gibt, wird schnell der Vorwurf der illegalen Arbeitnehmerüberlassung erhoben. Nach der Rechtsprechung des BAG gehört es allerdings zu den Merkmalen der Überlassung von Arbeitnehmern, dass die Arbeitskräfte in den Betrieb des eingegliedert sind und ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen ausführen. Richtigerweise und wie das auch das LAG Hamburg im Jahr 2010 entschieden hat (letztinstanzlich im Jahr 2012 bestätigt durch das BAG), scheidet daher eine Arbeitnehmerüberlassung in der Regel aus, wenn der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Inhaber oder sonstigen Personal des Einsatzbetriebes Weisungen erhalten hat. Diese im Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 AÜG von Verfassungen wegen gebotene einschränkende Auslegung des Überlassungsbegriffs hat insbesondere zur Folge, dass bei längeren Fremdfirmeneinsätzen bei Abgrenzungsfragen richtigerweise nicht auf untypische Einzelfälle abgestellt werden kann.

2. Begründung für die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Überlassungsbegriffs

Als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit. Durch das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitnehmer und dem Inhaber des Einsatzbetriebes kraft gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 AÜG wird sowohl in die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitnehmers als auch in die des Inhabers des Einsatzbetriebes eingegriffen. Zu rechtfertigen wäre ein solcher Eingriff durch überwiegende Arbeitnehmerschutzbelange. Ein Austausch der Arbeitgeber aus Sozialschutzgründen kann aber nur dann verhältnismäßig sein und verfassungsrechtlich hingenommen werden, wenn der Vertragsarbeitgeber seine Arbeitgeberpflichten nicht erfüllt (vgl. Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2010, § 1 Rn 135). Davon bzw. von einer Überlassung von Arbeitnehmern kann aber nicht die Rede sein, wenn die arbeitsbezogenen Weisungen in der Regel von einem Werkvertragsarbeitgeber ausgehen und nur in untypischen Einzelfällen vom Inhaber des Einsatzbetriebes erteilt werden.

3. Auswirkungen für die Praxis

So richtig eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der Arbeitnehmerüberlassung ist, sollte man in der Praxis dennoch strikt darauf achten, dass bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis vom Einsatzbetrieb nur werkbezogene Weisungen gegeben werden und die Erteilung der arbeitsbezogenen Weisungen dem Werkvertragsarbeitgeber vorbehalten bleiben. Kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung wegen des Vorwurfs eines "Scheinwerkvertrags" kann ein Hinweis auf die gebotene einschränkende

Auslegung des Überlassungsbegriffs, in dem Sinne, dass eine Arbeitnehmerüberlassung voraussetzt, dass das Arbeitgeberweisungsrecht allein vom Inhaber des Einsatzbetriebes oder dessen Personal ausgeübt wurde, allerdings erfolgversprechend sein.

Autoren: Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal,
Christian Andorfer und Michael Rothenhöfer,
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit - AWZ
M7, 3 (Alte Reichsbank)
68161 Mannheim,
0621 - 391 80 100 (T.)
info@werkvertrag-zeitarbeit.de
www.werkvertrag-zeitarbeit.de