

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 88

**Erkennungsmerkmale
der illegalen Arbeitnehmerüberlassung
in Form von Scheindienst- und
Scheinwerkverträgen**

Von

Wolfgang Hamann



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG HAMANN

**Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung
in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen**

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhoser Dr. Jürgen Welp**

Band 88

**Erkennungsmerkmale
der illegalen Arbeitnehmerüberlassung
in Form von Scheindienst- und
Scheinwerkverträgen**

Von

Wolfgang Hamann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hamann, Wolfgang:

Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in
Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen /
von Wolfgang Hamann. – Berlin : Duncker und Humblot, 1995
(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 88)
Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1994
ISBN 3-428-08344-X

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-08344-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

Meinen Eltern

Vorwort

Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Fremdpersonaleinsätzen auf der Grundlage von Dienst- und Werkverträgen beschäftigt die Rechtsprechung und das rechtswissenschaftliche Schrifttum seit dem Inkrafttreten des AÜG im Jahre 1972. Trotz einer Flut von Gerichtsentscheidungen und zahlreichen rechtswissenschaftlichen Beiträgen ist die Abgrenzungsfrage noch nicht befriedigend gelöst. Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, eine praktikable und zugleich sachgerechte Abgrenzungsmethode zu entwickeln.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1994/95 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis einschließlich Dezember 1994 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst Herrn Professor Dr. Peter Schüren. Er hat die Arbeit angeregt und hilfreich gefördert. Danken möchte ich in gleicher Weise Herrn Professor Dr. Brox für die Erstellung des Zweitgutachtens. Dank gebührt aber auch Herrn Wissenschaftlichen Assistenten Dr. Andreas Feuerborn, der die Erstellung der Arbeit in vielfältiger Weise interessiert begleitet und unterstützt hat.

Die Aufnahme der Dissertation in die Fakultätsschriftenreihe wurde von den Herausgebern Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen, Professor Dr. Helmut Kollhoser und Professor Dr. Jürgen Welp ermöglicht. Die Westfälische Wilhelms-Universität gab einen Zuschuß zu den Druckkosten. Auch für diese Unterstützung bedanke ich mich.

Schließlich habe ich dem Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen sowie dem früheren Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Hamm, Herrn Ide, sowie dem jetzigen Präsidenten, Herrn Pieper, zu danken. Die Abordnung an die Westfälische Wilhelms-Universität als Richter im Hochschuldienst ermöglichte erst die Erstellung der Arbeit.

Münster, im Dezember 1994

Wolfgang Hamann

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung

§ 1	Gegenstand der Untersuchung	27
A.	Wirtschaftliche Rahmenbedingungen	27
B.	Fremdvergabe betrieblicher Aufgaben als Alternative	29
C.	Einzelne Gründe für die Fremdvergabe betrieblicher Aufgaben	30
I.	Senkung der Personalkosten	31
II.	Steigerung der Flexibilität	32
III.	Ausgleich fehlender Spezialkenntnisse und Technologien	32
IV.	Erprobungseffekt	33
D.	Fremdvergabe als juristisches Abgrenzungsproblem	33
E.	Begriffe	34
I.	Fremdfirmenarbeitnehmer und Fremdfirmeneinsatz	34
II.	„Scheinwerk-“ und „Scheindienstvertrag“	35
§ 2	Fremdpersonaleinsatz im Rechtssystem	36
A.	Erscheinungsformen des Fremdpersonaleinsatzes und ihre Bedeutung für die Abgrenzung	36
I.	Klassische Formen des Fremdpersonaleinsatzes	38
1.	Gestellungsverträge	38
2.	Überlassen von Maschinen mit Bedienungspersonal	41
3.	Mittelbares Arbeitsverhältnis	44
II.	Arbeitnehmerüberlassung	48
1.	Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG	50
a)	Erlaubnispflichtige gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung	50
b)	Privilegierte Fälle der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	51
aa)	Abordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft, Art. 1 § 1 Abs.1 S. 2 AÜG	51
bb)	Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG	52
cc)	Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	53

dd) Kollegenhilfe, Art. 1 § 1a AÜG	54
2. Nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung	54
3. Vermutete Arbeitsvermittlung, Art. 1 § 1 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AÜG	55
III. Dienst- und Werkverträge	56
IV. Sonstige Erscheinungsformen	57
1. Gesamthafenbetriebe	58
2. Zivilbeschäftigte der Stationierungstreitkräfte	59
3. Lizenzfußballspieler	59
V. Zusammenfassung	60
B. Gründe für ein Ausweichen auf Dienst- und Werkverträge	60
I. Zeitliche Begrenzung der Einsatzdauer	62
II. Sektorales Verbot in der Baubranche	62
III. Sonstige Gründe	63
1. Haftungsrisiken	63
a) Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher	63
b) Haftung auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag	64
2. Betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse	64
3. Meldepflichten	65
C. Risikolage bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung	65
I. Arbeitsrechtliche Risiken	66
II. Sonstige zivilrechtliche Risiken	66
III. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risiken	67
IV. Sozialversicherungsrechtliche Risiken	67
V. Steuerrechtliche Risiken	67
D. Fehlen gesetzlicher Abgrenzungskriterien	68

2. Kapitel

Abgrenzung in Rechtsprechung und Literatur

§ 3 Rechtsprechung zur Abgrenzungsfrage	71
A. Arbeitsrechtsprechung	71
I. Entwicklung der Rechtsprechung des BAG	71
1. Beschluß vom 10.2.1977 als Ausgangsentscheidung	72
2. Weiterentwicklung des Ansatzes	73
a) Einbeziehung des Dienstvertrags	73
b) Maßgeblichkeit des Geschäftsinhalts	74
c) Aufgliederung der Abgrenzungskriterien	75

aa) Vertragliche Vereinbarungen	75
bb) Tatsächliche Vertragsdurchführung	75
(1) Ausübung des Weisungsrechts	76
(2) Sonstige Eingliederung	76
d) Abschließende Gesamtbetrachtung	77
e) „Irrweg“ Personalhoheit	77
3. Übernahme der Abgrenzung im Betriebsverfassungsrecht	78
a) Rechtsprechung des 7. Senats	78
b) Rechtsprechung des 1. Senats	79
4. Neuere Entwicklungen	80
a) „Entdeckung“ gegenstandsbezogener Ausführungsanweisungen	81
b) Fremdvergabe absonderbarer Bereiche	82
c) Verringerung der Abgrenzungskriterien	82
d) Berücksichtigung des Unternehmerprofils	83
II. Entwicklung der Instanzrechtsprechung	84
1. Übernahme der Abgrenzungsformel des BAG	84
2. Besonderheiten	86
a) Grundlegend andere Gewichtung von Kriterien	86
b) Differenzierende Betrachtung der Ausübung des Weisungsrechts	87
aa) Zwischengeschaltete Vorgesetzte	87
bb) „Steuerungsinformationen“ statt Weisungen	88
cc) Weiterleitung fremder Weisungen durch den Vertragsarbeitgeber	89
c) Teleologische Reduktion des Art. 1 § 10 AÜG	90
B. Andere Gerichtsbarkeiten	90
C. Zusammenfassende Bewertung	91
§ 4 Schrifttum zur Abgrenzungsfrage	92
A. Rechtsprechungskonforme Abgrenzungsmethode	93
I. Einteilung der Ober- oder Hauptkriterien	94
1. „Personalhoheit“	94
2. „Eingliederung“	95
3. „Organisationsgewalt des Auftragnehmers“	96
4. „Ausübung des Weisungsrechts“	97
5. „Tragung eines eigenen Unternehmerrisikos“	98
II. Zuordnung von Unter- oder Hilfskriterien	99
1. „Zurückweisungsrecht des Auftraggebers bezüglich des eingesetzten Fremdfirmenarbeitnehmers“	99
2. „Festlegung der Anzahl der Fremdfirmenarbeitnehmer“	100

III. Bewertung von Einzelkriterien	100
1. „Gestellung von Werkzeug“	100
2. „Berechnung der Vergütung des Auftragnehmers“	101
3. „Übernahme / Ausschluss der Gewährleistung“	101
IV. „Checklisten“, „Negativauslese“ und „wertende Gesamtbetrachtung“	101
B. Eigenständige Abgrenzungsmethoden	102
I. Abgrenzung nach den Funktionen des Werkvertrags	102
II. Abgrenzung nach Schutzfunktionen des AÜG	104
III. „Nebenbetriebs-Lösung“	106
IV. Abgrenzung nach Seriositätsindizien	108
V. Eindimensionale Abgrenzungsmethoden	110
1. Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts	110
2. Verlagerung der Personalhoheit	111
VI. Teleologische Reduktion des AÜG in der „Grauzone“	113
C. Zusammenfassende Bewertung	115
§ 5 Arbeitsrechtliche Weisungen und Ausführungsanweisungen eines Dienstbestellers / Werkberechtigten	117
A. Praktische Bedeutung der Unterscheidung	118
B. Einbeziehung von Dienstverträgen	118
C. Alternativität von arbeitsrechtlichen Weisungen und gegenstandsbezogenen Ausführungsanweisungen	119
D. Kritik	120
I. Vernachlässigung der mit dem AÜG verfolgten Ziele	120
II. Mangelnde Praktikabilität	122
E. Folgerungen	123
I. Anordnungen des Dienst- / Werkunternehmers als Indiz für Arbeitnehmerüberlassung	124
II. Anwendung des AÜG auf Werkverträge	124
III. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB als Legitimationsgrundlage	125
IV. Doppelfunktionalität der Weisungen	126
F. Zusammenfassung	128

3. Kapitel

Eigene Lösung

§ 6 Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts als alleiniges Abgrenzungskriterium	129
A. Konstitutive Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung	129
B. „Überlassen zur Arbeitsleistung an Dritte“	131

I.	Allgemeiner Sprachgebrauch	132
II.	Gesetzeswortlaut	132
III.	Gesetzessystematik	134
	1. Fortdauer des Leiharbeitsverhältnisses während der Fremdfirmeneinsätze	134
	2. Zeitliche Begrenzung der Überlassung	134
	3. Keine unmittelbare Nutzung der Arbeitskraft durch den Verleiher	135
IV.	Gesetzesmaterialien	135
V.	Gesetzeszweck	136
	1. Sozialschutz der Leiharbeitnehmer	137
	a) Individualrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer	138
	aa) Vergütungsrisiko	138
	bb) Tarifvertraglicher Schutz	140
	cc) Bestandsschutz	141
	dd) Teilhabe an betrieblichen Sozialleistungen	141
	b) Betriebsverfassungsrechtliche Stellung	142
	c) Fortbestehen der Gefahrenlage	143
	2. Sicherung des Vermittlungsmonopols	144
	3. Arbeitsmarktpolitische Ziele	145
VI.	Zwischenergebnis	146
VII.	Verfassungskonforme Auslegung	147
	1. Gebot der verfassungskonformen Auslegung des Überlassensbegriffs	147
	2. Verfassungskonforme Auslegung und Sozialschutz der Arbeitnehmer	149
	a) Vergütungsrisiko	150
	b) Tarifrechtlicher Schutz	150
	c) Bestandsschutzrisiko	150
	d) Teilhabe an betrieblichen Sozialleistungen	151
	e) Betriebsverfassungsrechtlicher Schutz	151
	3. Zwischenergebnis	151
VIII.	Zusammenfassung	152
C.	Folgerungen für die Abgrenzungsproblematik	153
	I. Verwirklichung der Nutzungsbefugnis durch Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts	153
	II. Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts als Abgrenzungskriterium	154
§ 7	Inhalt des arbeitsbezogenen Weisungsrechts	156
	A. Grundlage und Rechtsnatur der Arbeitgeberweisungen	156
	I. Grundlage des Arbeitgeberweisungsrechts	156
	II. Rechtsnatur der Arbeitgeberweisungen	157

B. Einteilung der Arbeitgeberweisungen	159
I. Gesetzliche Regelungen des Arbeitgeberweisungsrechts	159
1. Bestehende gesetzliche Regelungen	159
2. Regelungen des Weisungsrechts in Reformvorhaben	160
a) Entwurf eines „Allgemeinen Arbeitsvertragsrechts“ 1977	160
b) Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes 1992	160
II. Rechtsprechung	161
1. Rechtsprechung zu § 56 Abs. 1 f BetrVG 1952 und zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG 1972	161
2. Abgrenzungsrechtsprechung	163
III. Einteilung der Arbeitgeberweisungen im Schrifttum	164
IV. Zwischenergebnis	165
C. Zuordnung der Weisungen	166
I. Arbeitsnotwendige Weisungen	166
1. Einzelne arbeitsnotwendige Weisungen	167
2. Zuordnung arbeitsnotwendiger Weisungen	167
II. Arbeitsbegleitende Weisungen	168
1. Fallgruppen arbeitsbegleitender Weisungen	168
a) Weisungen in bezug auf das Verhalten bei der Arbeit	168
b) Weisungen in bezug auf das äußere Erscheinungsbild	169
c) Anordnung von Hilfs- oder Nebentätigkeiten	169
2. Zuordnung arbeitsbegleitender Weisungen	170
3. Abgrenzung arbeitsbegleitender von arbeitsnotwendigen Weisungen	170
III. Organisationsbedingte Weisungen	171
1. Fallgruppen organisationsbedingter Weisungen	171
a) Ordnung des Betriebs und Verhalten der Arbeitnehmer in bezug auf diese Ordnung	171
b) Benutzung technischer Überwachungseinrichtungen	172
c) Anordnungen zur Vermeidung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten oder sonstige den Gesundheitsschutz betreffende Anordnungen	172
d) Anordnungen über die Benutzung betrieblicher Sozialeinrichtungen	173
e) Sonstige organisationsbedingte Weisungen	173
2. Grundsätzliche Zuordnung organisationsbedingter Weisungen	173
3. Zuordnung in Grenzfällen	174
D. Zusammenfassung	175

4. Kapitel

Aufdeckung von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen

§ 8	Bedeutung sonstiger Kriterien für die Abgrenzung	176
A.	Grundsätzliche Bedeutung	176
B.	Einzelne Kriterien und arbeitsbezogenes Weisungsrecht	177
I.	Kriterien aus dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer	177
1.	Vertraglicher Leistungsgegenstand	178
2.	Gegenstand der fremdvergebenen Aufgabe	180
3.	Vergütungsmodalitäten	181
4.	Sonstige atypische Vertragsgestaltungen	182
II.	Organisationsgewalt des Auftragnehmers	183
1.	Befugnisse in bezug auf die Person des Fremdfirmenarbeitnehmers	184
a)	Auswahl der Person	184
b)	Festlegung der Qualifikation	185
c)	Bestimmung der Anzahl	186
d)	Zurückweisungsrecht des Auftraggebers	187
e)	Austauschrecht des Auftragnehmers	188
f)	Ersatzstellungspflicht des Auftragnehmers	189
g)	Probeweiser Einsatz	190
2.	Kontroll- und Überwachungspflichten	190
a)	Anwesenheitskontrolle	190
b)	Überwachung der Arbeitsweise und des Verhaltens	191
3.	Gewährung von Urlaub und sonstigen Freizeiten	193
4.	Arbeitseinteilung, Festlegung des Arbeitsablaufs	194
III.	Eingliederung	194
1.	Zusammenarbeit mit Stammarbeitnehmern	196
2.	Anlernen, Einarbeitung, Einweisung durch Personal des Fremdbetriebs	197
3.	Gemeinsame Qualifizierungsmaßnahmen, Schulungen, Weiterbildungsveranstaltungen	198
4.	„Äußere Integration“ der Fremdfirmenleute	199
a)	Gestellung von Arbeits- / Sicherheitskleidung oder sonstiger Sicherheitsausrüstung	199
b)	Gestellung von Material, Werkzeug oder sonstigem Arbeitsgerät	200
c)	Tragen von Werksausweisen	201
5.	Koordination der Arbeitszeiten von Fremdfirmenpersonal und Personal des Einsatzbetriebs	201
6.	Einhaltung von Arbeits-, Betriebsordnungen, Sicherheits- und Unfallverhütungsvorschriften	202

7. Nutzung von Sozialeinrichtungen oder Inanspruchnahme von Sozialleistungen des Einsatzbetriebs	203
8. Zahlung der Arbeitsvergütung durch den Einsatzbetrieb	204
9. Führung von Personalakten über die Fremdfirmenarbeitnehmer im Einsatzbetrieb	204
IV. Tragung eines eigenen Unternehmerrisikos	205
1. Dienst- und werkvertragsspezifische Risiken	205
2. Sonstige Risiken	206
a) Fachliche Qualifikation des Auftragnehmers	206
b) Ausstattung und sonstige Unternehmensorganisation des Auftragnehmers	207
c) Kapitalausstattung des Auftragnehmers	207
V. Sonstige übergeordnete Kriterien	208
1. Sonstige Geschäftstätigkeit des Vertragsarbeitgebers	208
2. Dauer des Fremdfirmeneinsatzes und der Geschäftsbeziehung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber	209
3. Üblichkeit der Fremdvergabe	210
4. Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis	211
C. Zusammenfassung	211
§ 9 Verlagerung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts	212
A. Tätigwerden des Arbeitnehmers innerhalb einer fremden Betriebsorganisation	213
B. Verlagerung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts auf den Inhaber des Einsatzbetriebs	213
I. Problemstellung	213
II. Bestandsaufnahme	215
1. Fehlende gesetzliche Regelung	215
2. Rechtsprechung	216
a) Bundesarbeitsgericht	216
b) Instanzgerichte	217
aa) BAG-konforme Rechtsprechung	217
bb) Differenzierende Ansätze	218
3. Schrifttum	219
a) Fehlende Problematisierung	219
b) Differenzierte Überlegungen	220
III. Lösung	221
1. Nebeneinander erteilte Weisungen	221
a) Grundsatz: Keine Arbeitnehmerüberlassung	221

b)	Häufiger Anwendungsfall: Steuerung des Arbeitseinsatzes durch „gegenstandsbezogene Anweisungen“	223
aa)	„Flammenbrämmer“-Entscheidung	223
bb)	„Wartungs“-Fall	224
c)	Ausnahme: Arbeitnehmerüberlassung trotz Weisungerteilung durch den Vertragsarbeitgeber	225
aa)	Keine arbeitsbezogenen Weisungen	226
bb)	Keine eigenen Weisungen	227
2.	Zeitlicher Wechsel	228
a)	Einheitliche Bewertung des Fremdfirmeneinsatzes	228
b)	Einzelbetrachtung	229
c)	Lösung	229
aa)	Grundsatz: Einheitliche Bewertung	230
bb)	Ausnahme: Einzelbetrachtung bei Zäsur	230
(1)	Rechtliche Zäsur	230
(2)	Tatsächliche Zäsur	231
3.	Sonderfälle	232
a)	Begrenztes alleiniges Weisungsrecht des Auftraggebers	232
b)	Vorrangiges Weisungsrecht des Auftraggebers	233
4.	Beginn der Arbeitnehmerüberlassung bei „schleichendem Übergang“	234
C.	Zusammenfassung	236
§ 10	Fallgruppen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	237
A.	Zwischengeschaltete Aufsichtsperson des Vertragsarbeitgebers	237
I.	Rechtsprechung	238
1.	Bundesarbeitsgericht	238
2.	Instanzengerichte	239
II.	Schrifttum	240
III.	Stellungnahme	241
IV.	Ergebnis	242
B.	Verlagerung arbeitsrechtlicher Weisungen in den „Dienst- / Werkvertrag“	243
I.	Rechtsprechung	243
1.	Bundesarbeitsgericht	243
2.	Instanzengerichte	245
II.	Schrifttum	246
III.	Stellungnahme	246
IV.	Ergebnis	250

C. Rahmenvertrag und Einzelaufträge	250
I. Rechtsprechung	252
II. Schrifttum	252
III. Stellungnahme	253
IV. Ergebnis	256
D. Steuerungsinformationen	256
I. Unmittelbar den Fremdfirmenarbeitnehmern erteilte Steuerungsinformationen	257
II. Über den Vertragsarbeitgeber vermittelte Steuerungsinformationen	258
III. Ergebnis	259
E. Überlassen von Maschinen mit Bedienungspersonal	260
I. „Geprägetheorie“ der Arbeitsrechtsprechung	260
II. „Schwerpunkttheorie“ des Schrifttums	261
III. Stellungnahme	262
1. Kritik der herrschenden Meinung	262
2. Lösung: Subsumtion unter Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG	263
a) „Flugzeug-Leasing“-Fall	264
b) Weitere Fallgruppen	264
aa) Gestellung von Fahrzeugen mit Fahrern	264
bb) Vermietung von Baumaschinen mit Maschinenführern	265
cc) Vertrieb von Computersoftware	265
IV. Ergebnis	266

5. Kapitel

Zusammenfassung und Ergebnisse

§ 11 Aufdeckung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	267
Literaturverzeichnis	273

Abkürzungsverzeichnis

(Zeitschriften werden, soweit nicht anders angegeben, nach Jahr und Seite zitiert, Entscheidungssammlungen nach Band und / oder Jahr und Seite)

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift; zitiert nach Band und Seite; Erscheinungsjahr des Bandes in Klammern)
a.E.	am Ende
a.F.	alte / r Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz (AFG) vom 25.6.1969 (BGBl. I S. 582)
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 3317)
allg.	allgemein(e / er / es)
amtl.	amtlich
ANBA	Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts; zitiert nach Gesetz, Paragraph und laufender Nummer)
ArbG	Arbeitsgericht
Arbeitgeber	Der Arbeitgeber (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 2.7.1979 (BGBl. I S. 853, berichtigt in BGBl. I S. 1036)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis, begründet von <i>Sitzler</i> , herausgegeben von <i>Oehmann</i> und <i>Dieterich</i>
ArbR	Arbeitsrecht
arg. e	Argument aus
ARS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, verlegt bei Bensheimer (Arbeitsrechts-Sammlung)

ARST	Arbeitsrecht in Stichworten (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) vom 7.8.1972 (BGBl. I S. 1393)
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16.7.1927 (RGBl. I S. 187) i.d.F. der Bekanntmachung vom 3.4.1957 (BGBl. I S. 706)
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BArBl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Bearb.	Bearbeitung / Bearbeiter / Bearbeiterin
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung
ber.	berichtigt
BeschFG	Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung vom 26.4.1985 (BGBl. I S. 710) i.d.F. vom 22.12.1989 (BGBl. I S. 2406)
Beschl.	Beschluß
BetrR	Der Betriebsrat (Zeitschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz i.d.F. vom 23.12.1988 (BGBl. I S. 1)
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952 (BGBl. I S. 681)
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BillBG	Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15.12.1981 (BGBl. I S. 1390)
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BR-Drucks.	Bundratsdrucksache
BReg.	Bundesregierung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 8.1.1963 (BGBl. I S. 2)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BZA	Bundesverband Zeitarbeit
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
ebd.	ebenda
EG	Einführungsgesetz; Europäische Gemeinschaft(en)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Einzelh.	Einzelheiten
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
Erl.	Erläuterung
etc.	et cetera (und so weiter)

EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, Loseblatt-Ausgabe, herausgegeben von <i>Stahlhacke</i> (zitiert nach Gesetz, Paragraph und Nummer)
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum AÜG, Loseblattsammlung, herausgegeben von <i>Becker</i> und <i>Wulfgramm</i> (zitiert nach laufender Nummer)
f., ff.	folgend(e)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung i.d.F. vom 1.1.1987 (BGBl. I S. 425)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1)
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GS	Großer Senat
HAG	Heimarbeitsgesetz vom 14.3.1951 (BGBl. I S. 191)
HandwO	Handwerksordnung i.d.F. vom 28.12.1965 (BGBl. I 1966 S. 1)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (RGBL. S. 219)
hins.	hinsichtlich
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
i.a.	im allgemeinen
i.d.F.	in der Fassung (vom)
i.d.R.	in der Regel
i.e.	im einzelnen
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne der / des
i.S.v.	im Sinne von
i.ü.	im übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
iwd	Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft, Köln
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
jew.	jeweils
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel

Komm	Kommentar
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz i.d.F. vom 25.8.1969 (BGBl. I S. 1317)
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts
Lit.	Literatur
lit.	litera (Buchstabe)
LSG	Landessozialgericht
m.a.W.	mit anderen Worten
Mitbest	Die Mitbestimmung (Zeitschrift)
MitbestGespr.	Das Mitbestimmungsgespräch (Zeitschrift)
Mot. II	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue / r Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (bis 1992: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht)
öAÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG v. 23.3.1988, BGBl. 196 (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OVG	Oberverwaltungsgericht
Prot.	Protokolle
RABl.	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht; zugleich amtliche Sammlung der Entscheidungen (Band und Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdErl.	Runderlaß
RdSchr.	Rundschreiben
RefEntw 1975	Referententwurf eines "Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG" aus dem Jahre 1975
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
Rücks.	Rückseite
Rundschr.	Rundschreiben

RVO	Reichsversicherungsordnung vom 15.12.1924 (RGBl. I S. 779)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite; Satz
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGG	Sozialgerichtsgesetz i.d.F. vom 23.9.1975 (BGBl. I S. 2535)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e / er)
Sp.	Spalte
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch i.d.F. vom 10.3.1987 (BGBl. I S. 945, 1160)
str.	streitig
s.u.	siehe unten
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz i.d.F. vom 25.8.1969 (BGBl. I S. 1323)
u.	und; unten; unter
u.a.	unter anderem; und andere
udgl.	und dergleichen
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UZA	Unternehmensverband für Zeitarbeit
v.	vom / von
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
v.H.	vom (von) Hundert
VLA	Verband Leiharbeit
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
WahlO	Wahlordnung
WSI-Mitteilungen	Mitteilungen des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts des Deutschen Gewerkschaftsbundes (Zeitschrift)

z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. vom 12.9.1950 (BGBl. I S. 533)
z.T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
zust.	zuständig; zustimmend
zutr.	zutreffend
zzgl.	zuzüglich
z.Zt.	zur Zeit

Wegen der nicht aufgeführten Abkürzungen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 4. Aufl., Berlin / New York 1993 verwiesen.

1. Kapitel

Einführung

§ 1 Gegenstand der Untersuchung

Die nationale Wirtschaft sieht sich einem immer härteren internationalen Wettbewerb ausgesetzt. Bloße Kapazitätserweiterungen, die auf eine Produktionssteigerung abzielen, garantieren schon seit längerem keine höheren Gewinne mehr. Die alternative Unternehmensstrategie zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit heißt „lean production“¹. Hinter diesem Begriff verbirgt sich ein ganzes Bündel verschiedener Rationalisierungsmaßnahmen. Diese erfassen sowohl das Management („lean management“) als auch den eigentlichen Produktionsprozeß („lean manufacturing“)². Bei der lean production geht es vor allem darum, die Fertigungstiefe zu verringern. Ein Mittel hierzu ist, Teilbereiche der Produktion in kostengünstiger produzierende Länder, sog. Billiglohnländer, auszulagern. Scheidet eine Auslagerung aus, bleibt als weitere Möglichkeit, Teilfunktionen innerhalb der betrieblichen Organisation durch fremde Unternehmen ausführen zu lassen. Darüber hinaus kommen im Rahmen der lean production die Einführung von Gruppenarbeit³ oder die „just-in-time“-Anlieferung⁴ in Betracht.

A. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Der auf den Unternehmen lastende Kostendruck nimmt branchenübergreifend zu. Nach Berechnungen des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) in Köln hatte Deutschland 1992⁵ und 1993⁶ weltweit die höchsten effektiven Lohn-

¹ „schlanke Produktion“.

² Hunold, NZA 1993, 723; Rodenstock, Forum, Vortragsreihe des iwD v. 14.9.1993, S. 1, 2.

³ Dazu MünchArbR-Marschall, § 164.

⁴ Anlieferung von Vor- und Teilprodukten sowie Zubehörteilen „zur rechten Zeit“, also zu dem Zeitpunkt, in dem die Produkte im Herstellerwerk benötigt werden; Hunold, NZA 1993, 723.

⁵ iwD v. 30.9.1993, S. 5 f.; Handelsblatt v. 28.9.1993, S. 7.

stückkosten⁷. Während diese 1985 noch 14% unter dem internationalen Niveau lagen, waren sie in Westdeutschland 1992 23% höher als in allen anderen wichtigen Industrieländern⁸. Allein im Zeitraum von 1985 bis 1992 stiegen die Lohnstückkosten um 30,2%⁹.

Da überflüssige Kapazitäten und Personalüberhänge vielfach bereits abgebaut sind, bleibt zur Steigerung der Produktivität meist nur noch eine weitere Senkung des Kostenniveaus. Einen ganz wesentlichen Kostenfaktor machen dabei die Personalkosten aus. So beliefen sich die Personalzusatzkosten zum Bruttoarbeitsentgelt¹⁰ im produzierenden Gewerbe 1966 noch auf 43,4%, 1981 bereits auf 77,5%, 1992 und 1993 schon auf 84,0%¹¹. Im Dienstleistungsgewerbe lagen sie bei 87,5%¹². Mit 19,22 DM je Arbeitsstunde hat Deutschland weltweit die höchsten Personalzusatzkosten¹³. Demgegenüber stieg die Produktivität von 1981 bis 1993 nur um 23,8%¹⁴.

Die Möglichkeiten, das betriebliche Lohnniveau z.B. durch Anrechnung über-
tariflicher Vergütungsbestandteile auf Tariflohnerhöhungen, Kürzung oder Ab-
bau von Sozialleistungen wie Jahressonderzahlungen oder Zuschüssen zur Ver-
mögensbildung zu senken, sind begrenzt¹⁵. Diese Maßnahmen wirken sich
zum einen negativ auf das Betriebsklima und die Leistungsbereitschaft der
Mitarbeiter aus. Vor allem aber setzen zwingende tarifliche Vorgaben häufig

⁶ iwd v. 23.6.1994, S. 2 f.; v. 11.8.1994, S. 6.

⁷ Lohnstückkosten sind die Arbeitskosten je Einheit Bruttowertschöpfung. Die effektiven Lohnstückkosten berücksichtigen die Entwicklung der Wechselkurse.

⁸ Handelsblatt v. 28.9.1993, S. 7.

⁹ iwd, FN 5.

¹⁰ Das sind einmal die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, Feiertagsvergütungen und Vergütungen für andere Ausfallzeiten wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, darüber hinaus sonstige gesetzliche Personalzusatzkosten wie Beiträge zu Versicherungen gegen Berufskrankheiten, Arbeitsunfälle, Mutterschutz, aber auch tarifliche und betriebliche Personalzusatzkosten wie Jahressonderzahlungen, betriebliche Altersversorgung, Vermögensbildung; vgl. iwd v. 24.2.1994, S. 8; dass., Zahlen zur Entwicklung, Tabelle 59; Statistisches Jahrbuch 1992, S. 602.

¹¹ iwd, Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung, Tabelle 59; iwd v. 24.2.1994, S. 8. Danach wird für 1994 eine weitere Steigerung um einen Prozentpunkt vorhergesagt.

¹² Vgl. FN 11.

¹³ iwd v. 23.6.1994, S. 3.

¹⁴ iwd, Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung, Tabelle 69. In den ersten fünf Monate des Jahres 1994 stieg die Produktivität allerdings um 6%; iwd v. 9.6.1994, S. 1. Das iwd, a.a.O., führt diesen Produktivitätssprung auf umfangreiche betriebliche Rationalisierungsmaßnahmen und auf einen geringeren Anstieg der Arbeitskosten zurück.

¹⁵ Vgl. *Bauer*, Handelsblatt v. 4.10.1993, S. 6; *Fischer*, BB 1994, 278 ff.

enge Grenzen. Eingriffe in das tarifliche Lohngefüge stoßen auf den heftigen Widerstand der Gewerkschaften und gefährden den sozialen Frieden¹⁶.

B. Fremdvergabe betrieblicher Aufgaben als Alternative

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit einem Teilbereich der „lean production“. Es geht um die Vergabe betrieblicher Sekundär- und Primäraufgaben, die vormals von eigenen Arbeitnehmern ausgeführt wurden, an Fremdfirmen. Sekundäraufgaben umfassen Bereiche, die nur mittelbar dem Betriebszweck dienen, wie z.B. Bewachung des Betriebsgeländes, Reinigung der Betriebsräume, Entsorgung der Abfallstoffe oder Wartung der Maschinen. Primärfunktionen sind demgegenüber unmittelbare Bestandteile der eigentlichen Produktion oder Dienstleistung.

So beauftragt z.B. ein Unternehmen, das Bremsanlagen für die Automobilindustrie herstellt, ein anderes Unternehmen mit der Lackierung der Bremszylinder. Dieses führt die Lackierarbeiten im Farbspritzraum des Bremsanlagenherstellers aus¹⁷. Ein Automobilproduzent läßt seine Produktionsanlagen durch einen Anlagenhersteller installieren, warten und reparieren¹⁸. Ein Automobilhandelsunternehmen hat die Aufarbeitung (Entwachsen, Innen- und Außenreinigung, Polieren) von Neufahrzeugen und von in Zahlung genommenen Gebrauchtwagen an eine darauf spezialisierte Fremdfirma vergeben. In einem Stahlwerk fällt als Arbeitsvorgang das Flämmen von Stahlbrammen an. Ein Teil der Flämmarbeiten wird einem anderen Unternehmen übertragen. Dessen Arbeitnehmer arbeiten in einem ihnen zugewiesenen Teil der Halle, in der auch Stammarbeitnehmer Brammen flämmen¹⁹.

Während die Rationalisierung durch Fremdvergabe von Sekundärfunktionen seit längerem üblich ist, gewinnt sie bei den Primärfunktionen erst seit den

¹⁶ Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit: außerordentliche Kündigung von Tarifverträgen im Bereich der Metall- und Elektroindustrie in Ostdeutschland durch die Arbeitgeberseite, ordentliche Kündigung von Tarifverträgen über Lohn, Gehalt und Ausbildungsvergütung sowie über Urlaub und Urlaubsgeld durch den Arbeitgeberverband Gesamtmetall, vgl. Handelsblatt v. 29.9.1993, S. 1 u. 3; Warnstreiks im Bereich der Post im Frühsommer 1994.

¹⁷ Sachverhalt in BAG v. 9.7.1991, NZA 1992, 275.

¹⁸ BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, 19.

¹⁹ BAG v. 5.3.1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972; weitere Beispiele sind etwa Zustell- und Verteildienste bei Zeitungsverlagen, Aufstellen von Küchenmöbeln für einen Küchenhersteller, Kurier- und Transportdienste. Für den Bereich des Einzelhandels *Wirth*, Mitbest 1993, 30 ff.