

Signatur CMS/rechtlicher Hinweis

Dr. Gerlind Wisskirchen
Nadja Raus

CMS Hasche Sigle
Kranhaus 1
Im Zollhafen 18
D - 50678 Köln
Germany

Tel: + 49 221 77 16 0
Fax: + 49 221 77 16 332

www.cms-hs.com

Wichtiger Hinweis/Disclaimer:

Dieser Leitfaden stellt keine Rechtsberatung dar. Er erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und kann nicht sämtliche Aspekte, die im Einzelfall relevant sein können, umfassend behandeln. Der Leitfaden verfolgt ausschließlich den Zweck, einen Überblick über die angesprochenen Themen zu geben und kann keine individuelle Rechtsberatung ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen im Hinblick auf die hier angesprochenen Themen haben, so wenden Sie sich bitte an den Herausgeber oder die Anwälte bei CMS Hasche Sigle.

Zeitarbeit im Galabau

Nachunternehmereinsatz im Baugewerbe

Der Einsatz von Nachunternehmen und Fremdpersonal birgt für den Hauptunternehmer erhebliche Haftungsrisiken. Gleichwohl lässt sich natürlich der gewerkeweise Einsatz von Vertragspartnern nicht vermeiden. Besondere Aufmerksamkeit muss in der Praxis beim Nachunternehmer und Fremdpersonaleinsatz der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung einerseits und dem Dienst- bzw. Werkvertrag andererseits gewidmet werden. Grund ist die nur sehr begrenzte Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe gem. § 1b AÜG. Zudem kann selbst bei korrekter Vertragsgestaltung eines Nachunternehmervertrages und Fremdvergabe eines oder mehrerer Gewerke durch eine abweichende Umsetzung in der Praxis tatsächlich eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Konsequenz können unangenehme Rechtsfolgen bis hin zur strafrechtlichen Verfolgung sein (s. §§ 10, 16 AÜG).

I.

Arbeitnehmerüberlassung ODER Nachunternehmen ?

Im Falle der Arbeitnehmerüberlassung wird die Überlassung des jeweiligen Arbeitnehmers geschuldet, nicht der Erfolg einer etwaigen Werkleistung. Der tätig werdende Arbeitnehmer unterliegt dabei den Weisungen des Entleihers, also des Generalunternehmers und nicht denen seines Arbeitgebers (Verleihers). Der Entleiher setzt die Arbeitnehmer wie seine eigenen Arbeitskräfte nach eigenen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb ein.

Im Gegensatz dazu arbeiten Arbeitnehmer des Nachunternehmers bei einem Auftrag an einen Nachunternehmer auf Basis eines Dienst- bzw. Werkvertrages. Geschuldet ist im Rahmen dieses Werkvertrages die individualisierbare Leistung bzw. der Erfolg oder das Einzelgewerk. Arbeitnehmer stehen unter der Leitung des Nachunternehmers und werden gerade nicht in die Betriebsorganisation des Auftraggebers, also Generalunternehmers, eingegliedert. Der Generalunternehmer hat gegenüber diesen Mitarbeitern des Nachunternehmers keine Weisungsbefugnis.

II. MAßGEBLICHE UNTERSCHIEDSMERKMALE

1.

Arbeitnehmerüberlassung wird angenommen, wenn sich die Verpflichtung des Nachunternehmers darin erschöpft, dem Generalunternehmer die Arbeitskraft der Arbeitnehmer zu verschaffen, damit der Generalunternehmer diese wie eigene Arbeitnehmer einsetzen kann.

Die Mitarbeiter des Nachunternehmers werden in die Betriebsorganisation und Betriebsabläufe des Generalunternehmers eingegliedert.

Beispiele hierfür sind:

- Auftreten als Mitarbeiter des Generalunternehmers (ohne Offenlegung der externen Beauftragung)
- Tragen der Firmenkleidung des Generalunternehmers
- Nutzung der Sozialräume des Generalunternehmers gemeinsam mit dessen Mitarbeitern
- Gewähr von Leistungen an die fremden Mitarbeiter, wie sie Mitarbeiter des Generalunternehmers erhalten (etwa: Gewährung eines Dienstwagens)
- Führen des Mitarbeiters in Telefonverzeichnissen und IT-Systemen wie eigene Mitarbeiter des Generalunternehmers

Indizien für die Arbeitnehmerüberlassung sind ferner die Bindung an Weisungen der Vorgesetzten des Generalunternehmers hinsichtlich Zeit, Art und Ort der Erbringung der Arbeitsleistung sowie die Weisungsbefugnis des Fremdpersonals gegenüber Mitarbeitern des Generalunternehmers.

Weiteres Indiz ist das Fehlen eigener materieller Ausstattung des Nachunternehmers, wenn dieser über keine eigenen Materialien, keine Organisation und keine eigene fachliche Kompetenz verfügt.

Für eine Arbeitnehmerüberlassung spricht auch das arbeitsteilige Zusammenwirken von Mitarbeitern beider Vertragspartner, so dass den Fremdfirmenmitarbeitern kein spezielles Arbeitsergebnis zugerechnet werden kann. In diesem Fall fehlt es nämlich an einem abgrenzbaren abnahmefähigen Werk.

Im Hinblick auf die Vergütung ist die bloße Abrechnung der Stunden/Tage, die der Arbeitnehmer tätig war, unabhängig von der konkret erbrachten Leistung/des konkret erbrachten Werkerfolges ein Indikator für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung.

Bitte beachten Sie: Die Beurteilung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, vollzieht sich nach einer Gesamtschau der vorgenannten Indizien. Es müssen nicht alle Indizien zugleich erfüllt sein, um von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen.

Maßgeblich ist die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Betriebsorganisation des Generalunternehmers.

2.

Von einem Dienst- bzw. Werkvertrag und damit von dem Einsatz eines Nachunternehmers ist indes auszugehen, wenn nachfolgende Kriterien erfüllt sind.

!! Dies gilt nicht nur für die Vertragsgestaltung sondern insbesondere auch für die tatsächliche Durchführung

Mit dem Nachunternehmer muss grundsätzlich eine konkrete Leistung, ein abnahmefähiges Werk oder ein definierbarer Erfolg vereinbart werden. Die Aufgaben, Tätigkeiten und Ergebnisse müssen so konkret wie möglich beschrieben werden und dürfen sich nicht auf das bloße zur Verfügung stellen von Arbeitnehmern beschränken.

Der Nachunternehmer muss in der Entscheidung frei sein, wie, wann und durch wen er die konkrete Leistung erbringen wird.

Der Nachunternehmer tritt dabei als eigener Unternehmer auf dem Markt auf. Er ist selbst verantwortlich für die vertragsgemäße Leistungserbringung. Die Eigenständigkeit des Nachunternehmers wird dabei beispielsweise durch ein sichtbares Baustellenschild des Nachunternehmens auf der Baustelle deutlich.

Die Arbeitnehmer des Nachunternehmers treten nicht als Mitarbeiter des Generalunternehmers auf.

Auch in der Zeit, in der sich die Arbeitnehmer des Nachunternehmers auf dem Baugelände des Generalunternehmers befinden, übt der Nachunternehmer das Weisungsrecht ihnen gegenüber aus. Dabei entscheidet der Nachunternehmer über Arbeits- und Pausenzeiten, Urlaubnahme, Überstunden usw. – auch während der Dauer des Einsatzes auf der Baustelle.

Der Nachunternehmer verfügt über eine eigene immaterielle wie materielle Ausstattung. Dazu gehören Kapital, Arbeitsmittel, Materialien, Organisation, eigene fachliche Kompetenz und Ähnliches.

Der Nachunternehmer trägt ein eigenes unternehmerisches Risiko, insbesondere auch im Hinblick auf die Gewährleistung: Im Rahmen eines Werkvertrages schuldet der Nachunternehmer die Herstellung eines fehler- und mangelfreien Werkes. Er muss dafür die organisatorischen Voraussetzungen schaffen. Ist das erstellte Werk mit Mängeln behaftet kann die Beseitigung dieser Mängel vom Nachunternehmer verlangt werden. Diese gesetzlichen Regelungen zum Werkvertrag enthalten eine klare Risikoverteilung für Nachunternehmen und Generalunternehmen. Der Nachunternehmer trägt das Risiko des Leistungserfolgs sowie die Arbeitgeberrisiken für die eingesetzten Mitarbeiter. Bei der Arbeitnehmerüberlassung hingegen müssen lediglich geeignete Mitarbeiter zur Verfügung gestellt werden, ein Leistungserfolg wird nicht geschuldet. Der Verleiher muss eine ordnungsgemäße Auswahl der Mitarbeiter treffen. Fehlerhafte Leistungen dieser Mitarbeiter führen jedoch nicht zu Gewährleistungsansprüchen, da hier nicht ein konkretes (fehlerfreies) Werk, sondern lediglich die Überlassung geeigneter Mitarbeiter geschuldet ist.

! Arbeitnehmerüberlassung wird daher insbesondere bei der Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses angenommen!

Die Abrechnung der Leistung erfolgt nach der erbrachten Leistung bzw. dem Erstellen, abgenommenen Werk und bestenfalls nicht allein nach dem Umfang der durch die Mitarbeiter zur Verfügung gestellten Zeiten. Die Vereinbarung von Stunden- oder Tagessätzen, also die Abrechnung nur nach Zeiteinheiten allein, führt nicht zum Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Wichtig ist jedoch, dass die zu erbringende Leistung möglichst konkret beschrieben ist und gegebenenfalls Regelungen zur „Abnahme“ der erbrachten Leistung – etwa durch Übergabe relevanter Unterlagen etc. – im Vertrag aufgenommen sind.

Neben der Abnahmefähigkeit des konkreten Werkes ist die **tatsächliche Abnahme** des Werkes notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Werkvertrages. Hier ist die Anfertigung eines schriftlichen **Abnahmeprotokolls** zu empfehlen, um die Abnahme zu dokumentieren. Insoweit ist ein Abnahmeprotokoll ein weiteres Indiz für einen Werkvertrag.

Auch hier gilt: Diese oben genannten Kriterien sind Indizien. Die Einordnung eines Vertragsverhältnisses erfolgt stets anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Faktoren des Einzelfalls.

Maßgeblich ist stets die konkrete Umsetzung in der Praxis, nicht (allein) die vertragliche Gestaltung mit dem Vertragspartner.

3.

Zur praktischen Umsetzung längerfristiger Geschäftsbeziehungen werden oft allgemeine **Rahmenvereinbarungen** getroffen. In solchen Rahmenvereinbarungen werden die allgemeinen Vertragsbedingungen festgelegt. Die einzelnen Leistungspflichten oder der Abruf erfolgt dann durch Einzelaufträge, schriftliche Bestellungen und ähnliches. Eine solche Konstellation ist grundsätzlich möglich. Allerdings kommt es auch hier nicht maßgeblich auf die Vertragsgestaltung an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Die Einzelaufträge und deren tatsächliche Durchführung entscheiden letztlich über den **Vertragstyp**. Erfüllt der Einzelauftrag nicht die oben genannten Voraussetzungen eines Werkvertrages, oder läuft der einzelne Arbeitsprozess (z. B. Pflasterarbeiten) ohne Zutun des Nachunternehmers, **handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung**. Das gilt auch dann wenn im Werkvertrag unterschiedlicher Handlungsschemata vereinbart sind (z. B. Pflasterarbeiten, Reparaturarbeiten an Anlagen, Maschinenbedienung), die je nach Bedarf vom Werkbesteller, also vom Hauptunternehmer, abgerufen werden können. Allgemein formulierte Leistungsgegenstände stellen keinen abgrenzbaren Leistungserfolg im Sinne eines Werkvertrages dar. Bei ständig wiederkehrenden Leistungen, muss eine solche zeitlich und gegenständlich im Rahmen eines jeweils **selbstständig abzuschließenden und zu beurteilenden Werkvertrages** festgelegt werden. Dies schließt zwar nicht aus, dass zeitlich unmittelbar hintereinander geschlossene Werkverträge auf die gleichen Leistungszwecke gerichtet sein können. Allerdings ist ein Rahmenvertrag der die nötigen werkvertraglichen Elemente enthält, nicht ausreichend. Vielmehr muss auch bei der Einzelbestellung der Umfang der werksvertragfähigen Leistung in zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht konkretisiert sein.

III.

WAS IST AUF DER BAUSTELLE ZU BEACHTEN?

- ! Keine Eingliederung der Mitarbeiter des Vertragspartners, des freien Mitarbeiters in die eigene Betriebsorganisation.
- ! Keine arbeitgeberseitigen Weisungen durch die Baustellenführungskräfte des Auftraggebers an die Arbeitnehmer des Nachunternehmers.
- ! Keine Arbeitgeberfunktion/Vorgesetzteneigenschaft gegenüber Mitarbeitern des Nachunternehmers (keine Urlaubsabstimmung, Pauseneinteilung, Vertretungsregelung etc.).
- ! Keine Weisungsbefugnis gegenüber fremden Mitarbeitern, keine Verpflichtung der Mitarbeiter, fremde Weisungen zu beachten.

Tipp: Um Schwierigkeiten im Hinblick auf das Weisungsrecht zu vermeiden, sollte ein konkreter Ansprechpartner des Werkvertragspartners benannt werden, der das Weisungsrecht des Nachunternehmers gegenüber seinen Mitarbeitern vor Ort ausübt.

! Erkennbare Eigenständigkeit des Nachunternehmers, beispielsweise durch eigenes Baustellenschild.

IV. GERÄTEMIETE

Gerätemiete statt Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Hauptzweck des Vertrages das zur Verfügung stellen der Maschinen/der Spezialgeräte ist. Diese Maschinen oder Spezialgeräte müssen einen gewissen Wert haben. So kann bei einer Bohrmaschine nur schwerlich eine Gerätemiete angenommen werden. Die „Überlassung“ des Bedienungspersonals erfolgt zur Sicherung des korrekten Einsatzes der betreffenden Maschine und ist zur Bedienung der Maschine auch erforderlich. Die Tätigkeit muss sich allerdings auf das Bedienen der Maschine beschränken. Anweisungen des mietenden Generalunternehmers müssen sich auf den Einsatz der Maschine beziehen.

Der Vertragsinhalt bezieht sich ausschließlich auf die Gebrauchsüberlassung der Maschinen (mit qualifiziertem Bedienungspersonal).

V. BEISPIELE FÜR DIE PRAXIS

1. Arbeit und die Arbeitsabfolge werden morgens für den Tag festgelegt.

Falsch: Baustellenleiter des Auftraggebers teilt Arbeit der eigenen Mitarbeiter und der Mitarbeiter des Nachunternehmers ein. **Falsch**, weil Einbindung in Arbeits- und Ablauforganisation des Generalunternehmers.

Richtig: Betriebsleiter spricht sich mit dem Vorgesetzten/Ansprechpartner des Nachunternehmers ab. Jeder regelt die Arbeit nur für seine eigenen Mitarbeiter. Jeder ist für eigene Betriebsorganisation und Ablaufkoordination verantwortlich.

2. Testfragen

„Wer teilt den hier die Leute ein? Wer ist denn hier der Verantwortliche? Wer ist denn hier der Chef?“

Falsch: Alle (auch die Mitarbeiter des Nachunternehmers) zeigen auf den Vorgesetzten des Hauptunternehmers.

Richtig: Die Mitarbeiter des Nachunternehmers zeigen auf ihren verantwortlichen Vorgesetzten, die Mitarbeiter des Hauptunternehmers zeigen auf den eigenen Vorgesetzten.

3. Ein Mitarbeiter des Nachunternehmers ist erkrankt.

Falsch: Der Baustellenleiter schickt Kranke nach Hause. Ersatz durch einen Mitarbeiter des Nachunternehmers oder Hauptunternehmers. **Falsch**, weil Baustellenleiter nicht in die fremde Arbeitsorganisation des Nachunternehmers eingreifen darf.

Ausnahme: Verweis von der Baustelle bei gravierenden Verstößen – Sicherheit, Notfälle!

Richtig: Nachunternehmer entscheidet über Krankheitsvertretung etc. seiner Mitarbeiter. Keine gegenseitige Vertretung von Mitarbeitern des Hauptunternehmers und des Nachunternehmers.

4. Auf dem Grundstück eines Kunden sollen Pflasterarbeiten durchgeführt werden.

Falsch: Sowohl die Mitarbeiter des Nachunternehmers als auch die Stammebelegschaft führen gemeinsam dieselben Arbeitsschritte aus. **Falsch**, weil durch das vermischte Arbeiten von Mitarbeitern beider Vertragspartner, den Fremdfirmenmitarbeitern kein spezielles Arbeitsergebnis zugerechnet werden kann. Zudem deutet das vermischte Arbeiten auf die Ausübung des Weisungsrechts durch den Hauptunternehmer, also auf Arbeitnehmerüberlassung hin.

Denkbarer Ansatz: Die Mitarbeiter des Nachunternehmers führen Arbeitsschritte aus, die sich klar von denen der Stammebelegschaft abgrenzen lassen. Beispiel: Die Fremdfirmenmitarbeiter legen die Pflastersteine, die Stammebelegschaft verlegt. Der geschuldete Leistungserfolg muss dabei im Werkvertrag möglichst präzise niedergelegt werden.

Dennoch: Arbeitsteilige Ausführung bleibt auch dann problematisch, da es „gemeinsames“ Arbeitsergebnis im Rahmen eines Werkvertrages nicht gibt.

5. Auf dem Grundstück eines Kunden werden Pflasterarbeiten durchgeführt. Der Hauptunternehmer stellt den Verleger für den Transport der Pflastersteine zur bepflasternden Fläche.

Falsch: Mitarbeiter des Nachunternehmers bedienen den Verladekran. **Falsch**, weil Bedienung von Maschinen durch Fremdfirmenmitarbeiter, die nicht der Nachunternehmer stellt, grundsätzlich Arbeitnehmerüberlassung ist.

Richtig: Nachunternehmer verfügt über sämtliche erforderliche Betriebsmittel und eigenes Werkzeug. **Richtig**, weil dadurch Werkunternehmer in der Lage ist, werkvertragliche Leistung eigenständig zu erfüllen.

Abwandlung: Mitarbeiter des Hauptunternehmens bedienen den Verladekran und bringen den Mitarbeitern des Nachunternehmens die Pflastersteine.

Problematisch, da für ein abnahmefähiges Werk erforderlich ist, dass die vom Nachunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer das Werk **ohne Mitwirkung und Einflussnahme** des Hauptunternehmers bzw. dessen Stammbesellschaft eigenständig erstellen. Dies setzt voraus, dass im Rahmen eines (Gesamt-)Arbeitsprozesses **absonderbare Arbeiten** betroffen sind und das Arbeitsergebnis des Nachunternehmers von den Arbeiten des Hauptunternehmers abgrenzbar ist.

Wichtig: Gegenstand des zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer geschlossenen Werkvertrages muss eine werkvertragsfähige Leistung sein. Hierfür ist erforderlich, dass das **konkret herzustellende Werkstück** im Werkvertrag **genau beschrieben** ist. Allgemein formulierte Leistungsgegenstände wie „Pflasterarbeiten“ stellen keinen abgrenzbaren Leistungserfolg dar!

In jedem Fall sollte im Werkvertrag fixiert werden, dass die Bereitstellung und der Transport der Pflastersteine durch das eigene Unternehmen erfolgt, um den Leistungsgegenstand des Werkunternehmers näher einzugrenzen. Ferner muss sichergestellt sein, dass die **Fremdfirmenmitarbeiter nur den Weisungen des Nachunternehmers** unterstehen, da das Weisungsrecht maßgebliches Kriterium ist.

6. Fehlerhafte Verpflasterung durch Mitarbeiter des Nachunternehmers.

Falsch: Leiter der Baustelle spricht Mitarbeiter direkt an und verlangt Ausbesserung / Erneuerung. **Falsch**, denn er ist diesem Mitarbeiter gegenüber nicht weisungsbefugt.

Richtig: Der Leiter der Baustelle spricht den Vorgesetzten des Mitarbeiters / Verantwortlichen des Nachunternehmers an, weist auf den Mangel hin und macht deutlich, dass eine Abnahme des Werkergebnisses so nicht erfolgen wird, sondern nur bei vertragsgemäßer Leistung. Der Verantwortliche des Nachunternehmers erläutert seinem Mitarbeiter, wie die Arbeit richtig auszuführen ist. **Richtig**, denn so erfolgt die Abstimmung über die korrekte Vertragserfüllung und jede Vertragspartei ist für die eigenen Mitarbeiter und die richtige Durchführung selbst verantwortlich.

7. Der Hauptunternehmer mietet einen Bagger mit Baggerführer zum Ausheben einer Baugrube

Falsch: Beim Ankommen auf der Baustelle werden genauer Gegenstand, Ort und Zeit gegenüber dem Baggerfahrer festgelegt. **Falsch**, weil Hauptunternehmer Weisungen gegenüber dem Baggerfahrer nicht erteilen darf.

Richtig: Hauptunternehmer teilt Vermieter des Baggers die genauen Gegebenheiten mit. Der Baggerfahrer erhält keine Arbeitsanweisung vom Auftraggeber.

Wichtig: Grundsätzlich wird bisher angenommen, dass die Anmietung von Maschinen mit Bedienungspersonal keine Arbeitnehmerüberlassung darstellt. Bloßes „dirigieren“ an schwierigen Stellen durch Mitarbeiter des Hauptunternehmers dürfte daher unschädlich sein. Der Maschinenvermieter schuldet, anders als beim Werkvertrag der Vertretung, nur die Überlassung der Maschine, kein abgrenzbares Werk. Daher kann die durch die Maschine bearbeitete Stelle auch durch Mitarbeiter des Hauptunternehmers nachbearbeitet werden.

VII.

Betrieb und selbständige Betriebsabteilungen im Sinne des § 1b AÜG

Gemäß § 1b AÜG ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes unzulässig. Sofern überwiegend Bauleistungen erbracht werden, fällt der **Betrieb als Ganzes** in den Anwendungsbereich der Vorschrift. Eine Ausnahme gilt lediglich für **selbstständige Betriebsabteilungen**, sofern diese nicht überwiegend Bauleistungen erbringen. Selbstständige Betriebsabteilungen zeichnen sich dadurch aus, dass eine *organisatorische Trennung* bezüglich personeller und sozialer Maßnahmen zum Restbetrieb besteht.

Das bedeutet:

- keine gemeinsame Personaleinsatzplanung
- keine gemeinsame Urlaubsplanung
- getrennte personelle Zuständigkeit der Betriebsleiter
- eigene technische Betriebsmittel
- für Außenstehende wahrnehmbare räumliche Abgrenzung

Eine betriebsinterne Spezialisierung der Art, dass getrennte Arbeitsgruppen oder –kolonnen, jeweils bestimmte Aufgaben wahrnehmen, genügt für Annahme einer Betriebsabteilung nicht.