



Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-20
info@werkvertrag-zeitarbeit.de / www.werkvertrag-zeitarbeit.de

08.06.2016 / jlp
AWZ-A.07

**Stellungnahme
zu der vorgesehenen Modifizierung des § 1 Abs. 1 AÜG
durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung
vom 01.06.2016**

von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
und
Rechtsanwalt Christian Andorfer

S ummary

Nach dem Koalitionsvertrag der laufenden Legislaturperiode soll der „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen“ verhindert werden. Als „Missbrauch“ wird in der politischen Diskussion der Einsatz von freien Werkverträgen statt genehmigungsbedürftiger Arbeitnehmerüberlassung durch die Unternehmen zu Lasten der Arbeitnehmer angesehen. Wann in der Praxis die eine oder die andere Vertragsgestaltung vorliegt, haben die Gerichte in langer Rechtsprechungspraxis sach- und interessengerecht entschieden. Im Koalitionsvertrag heißt es dazu: „Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“ Es sollen daher zum Schutze der Arbeitnehmer mehr Rechtssicherheit hergestellt und Missbräuche ausgeräumt werden. Der jetzt nach langem Vorlauf vorgelegte Regierungsentwurf geht über den Koalitionsvertrag hinaus. Der Entwurf enthält zusätzliche Belastungen für die Unternehmen. Hatte die Rechtsprechung nur dann Arbeitnehmerüberlassung angenommen, wenn die Arbeitnehmer **vollständig** in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert waren und **allein** dessen Weisungen unterlagen, so gibt der jetzige Gesetzesentwurf diese strengen Kriterien preis. Es soll jetzt genügen, dass die Arbeitnehmer „in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen“. Haben die in der Praxis unvermeidbaren Mischformen von Eingliederung und Weisungsunterworfenheit bisher die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen, werden jetzt die Tatbestände der Arbeitnehmerüberlassung weit ausgedehnt. Die Unternehmen müssen sich, sollte das Gesetz mit dieser Änderung inkrafttreten, auf eine neue Rechtslage einstellen, werden verstärkt den Kontrollen der Zollbehörden ausgesetzt und, geraten vermehrt in die rigide Rechtsfolge des Überganges der Arbeitsverhältnisse nach den übrigen Vorschriften des Gesetzes. Es droht eine bislang ungekannte Kriminalisierung.

Von einer Übernahme der Rechtsprechung in das Gesetz kann daher keine Rede sein. Ob das im wohlverstandenen Arbeitnehmerinteresse liegt, steht dahin. Eine Mehrbelastung der Unternehmen aber ist sicher.

Der Gesetzesentwurf ist in diesem Punkte abzulehnen.

1.	Die Vereinbarung zum Werkvertrag im Koalitionsvertrag und der dazu vorgelegte Gesetzesentwurf des Bundesregierung vom 01.06.2016 zu § 1 AÜG.....	4
1.1	Zur Regelung im Koalitionsvertrag.	4
1.2	Zu dem dazu vorgelegten Entwurf zu § 1 AÜG.....	4
1.3	Zur Begründung des Entwurfs.....	5
1.4	Zur Auswertung der Entwurfsbegründung.....	5
2.	Zur Bewertung des Entwurfs.	6
2.1	Angreifbare Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag.	6
2.2	Zur Bedeutung der bisher in der Rechtsprechung enthaltenen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag.....	7
3.	Zur in der Rechtsprechung entwickelten und seit mehr als 30 Jahren praktizierten einheitlichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz.	7
4.	Erheblicher Unterschied der von der Rechtsprechung seit vielen Jahren einheitlich entwickelten Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag zu dem jetzt vorliegenden Entwurf zu § 1 AÜG	9
5.	Widerspruch auch zum Koalitionsvertrag.	11
6.	Erforderliche Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.	11

1. **Die Vereinbarung zum Werkvertrag im Koalitionsvertrag und der dazu vorgelegte Gesetzesentwurf des Bundesregierung vom 01.06.2016 zu § 1 AÜG**

1.1 Zur Regelung im Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode heißt es auf Seite 69 unter dem Stichwort **“Missbrauch von Werkvertragsgestaltung verhindern”**:

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.

Ausdrücklich wird also im Koalitionsvertrag von der Niederlegung der **durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien** gesprochen.

1.2 Zu dem dazu vorgelegten Entwurf zu § 1 AÜG

Um die vorgesehene Modifizierung der Überschrift von § 1 AÜG sowie die dazu vorgelegte Neufassung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG und § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sachgerecht beurteilen zu können, ist zunächst die gegenwärtige Formulierung dieses Teils des § 1 AÜG in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 wie folgt wiederzugeben:

§ 1 AÜG geltende Fassung

Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. ...

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 01.06.2016 heißt es auf S. 4:

Artikel 1
Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 03. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 1 wird wie folgt geändert

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

“Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht”

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

“Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen ...”

Im Ergebnis soll somit § 1 Abs. 1 Satz 1 u. 2 AÜG hinsichtlich der hier anzusprechenden Gesichtspunkte wie folgt lauten:

“Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

(1) „Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. „2Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. ...”

1.3 Zur Begründung des Entwurfs

In der hierzu vorgelegten Begründung heißt es auf S. 17 des Entwurfs vom 01.06.2016 in **B. Besonderer Teil**:

Zu Artikel 1 (Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes)

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

Folgeänderung zu den inhaltlichen Änderungen in § 1. Dort werden neben der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung auch Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt. Dem wird durch die ergänzte Überschrift Rechnung getragen.

Zu Buchstabe b

In § 1 wird Absatz 1 neu gefasst

In § 1 Abs. 1 Satz 1 wird durch den Klammerzusatz die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung hervorgehoben. Der bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und die Reichweite der Erlaubnispflicht werden hierdurch nicht verändert.

Die Regelung des Satzes 2 bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages.

Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeitnehmerin oder der Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

1.4 Zur Auswertung der Entwurfsbegründung

Wenn man sich mit der Entwurfsbegründung auf S. 17 beschäftigt, so zeigt sich, dass der Entwurf Folgendes zum Ausdruck bringen möchte:

- Den Entwurfsverfassern geht es im Wesentlichen um die Einführung eines neuen Satzes 2 in § 1 Abs. 1 AÜG nach Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b des Gesetzesentwurfs, der lauten soll:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

- Durch diesen neuen Satz sollen nach den Ausführungen zu Buchstabe a die **Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt** sein, was **durch die ergänzte Überschrift** zu § 1 AÜG verdeutlicht werden soll, bei der es künftig heißen soll:

Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

- Da durch Satz 2 von § 1 Abs. 1 AÜG der in § 1 eingefügte Klammerbegriff **Arbeitnehmer-**

überlassung definiert wird, bringt Satz 2, wie das in der Begründung zum Ausdruck gebracht wird, eine Regelung der **Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung** mit sich.

- Dazu wird in der Begründung auf S. 17 bei Buchstabe b behauptet, dass die Regelung in Satz 2 *entsprechend* der gegenwärtigen **Rechtsprechung** bestimmt, **unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird**. Damit wird der Eindruck erzeugt, dass mit der Formulierung in Satz 2 eine im Einklang mit der gegenwärtigen Rechtsprechung erfolgende **Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages** erfolgt.
- Angeblich soll durch Buchstabe b durch die jetzt vorgesehene **Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung** der **bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes** aufgrund der gegenwärtig bestehenden Rechtsprechung **nicht verändert** werden.

2. Zur Bewertung des Entwurfs

2.1 Angreifbare Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Hinsichtlich der vorgesehenen Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist die Ausführung in der Begründung des Entwurfs auf S. 17 zu Buchstabe b zu nicht zutreffend. Diese lautet:

Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt.

Dem folgt zur Abschwächung noch folgender Satz:

Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

Die Begründung auf S. 17 erweckt den Eindruck, als ob sie sich auf die auf S. 69 des Koalitionsvertrags genannte Ausführung bezieht, wo es heißt, dass **die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien ... gesetzlich niedergelegt** werden.

Durch die Begründung zu Art. 1 Buchstabe b wird der Eindruck erweckt, als würde die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Werkvertrag folgende Ausführung zugrunde legen, die nach Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe b wie folgt lauten soll:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

Eine derartig weiche Formulierung ist jedoch bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk- und Dienstvertrag in der im Folgenden darzustellenden Rechtsprechung nicht gegeben.

2.2 Zur Bedeutung der bisher in der Rechtsprechung enthaltenen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Um die Bedeutung der herrschenden Rechtsprechung richtig zu erkennen, muss man sich vor Augen halten, dass die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung für die davon betroffenen Unternehmer, sowohl auf der Auftraggeberseite als auch der Auftragnehmerseite, von äußerster Wichtigkeit ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zoll bei der Überprüfung von Unternehmen, deren Rechtsverhältnis ein schriftlicher Werkvertrag zugrunde liegt, schon im Hinblick auf § 16 Abs. 5 AÜG nach unserer Erkenntnis mehr die Neigung hat, im konkreten Fall eine illegale Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen, als die werkvertragliche Abwicklung zu bestätigen¹. Für die davon betroffenen Unternehmer auf beiden Seiten kommt es sehr darauf an, dass diese Abgrenzung in der gegenwärtig von der Rechtsprechung gehandhabten strikten Art und Weise weiterhin geschieht. Jede von der vorliegenden ständigen Rechtsprechung abweichende Modifizierung des § 1 AÜG bringt für die Unternehmer die Gefahr der erleichterten Einleitung von Bußgeld- und Strafverfahren mit sich, insbesondere der maßgeblichen Strafdrohung nach § 266a StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren.

Hierbei kann sich das Nichtvorliegen der von Zoll und Staatsanwaltschaft zugrunde gelegten illegalen Arbeitnehmerüberlassung mit der angesprochenen Androhung von Bußgeldern und Strafen häufig erst nach vielen Jahren durch das zuständige Gericht ergeben². Diese Strafandrohung betrifft in der Regel besonders auftraggebende Unternehmer, die in der Vergangenheit weder ordnungswidrig noch strafrechtlich in Erscheinung getreten sind, in hohem Maße.

Es ist daher verständlich, wenn aus der Sicht der möglicherweise betroffenen Unternehmer großer Wert darauf zu legen ist, dass im vorliegenden Zusammenhang der Koalitionsvertrag exakt eingehalten wird. Es darf nicht über eine laxer und von der bisherigen ständigen Gerichtspraxis abweichende Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG die bisher bestehende langjährige Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag der Rechtsprechung außer Kraft gesetzt werden.

3. **Zur in der Rechtsprechung entwickelten und seit mehr als 30 Jahren praktizierten einheitlichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz**

Im Gegensatz zu Satz 2 des Entwurfs von Art. 1 Abs. 1 AÜG hat die Rechtsprechung seit langer Zeit, was unter verfassungsrechtlichen engen Voraussetzungen auch nur möglich ist,³ die Abgrenzungskriterien wie folgt gefasst:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein bzw. ausschließlich nach dessen Weisungen erfolgt.
(Unterstreichung hier und im Folgenden jeweils durch die Verfasser)

In dieser Weise hat das BAG bereits im Urteil vom 14.08.1985 - 5 AZR 225/84 in Rn. 20 zum Ausdruck gebracht:

¹ S. hierzu Hansjürgen Tuengerthal: Wenn der Zoll kommt!, in Compliance- Berater , 12/2015, S. 482 (483)

² S. hierzu Hansjürgen Tuengerthal: Wenn der Zoll kommt!, in Compliance- Berater , 12/2015, S. 482 (483)

³ Vgl. Wolfgang Hamann: Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Berlin 1995, S. 147 ff.

Arbeitnehmerüberlassung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein.

In gleichem Sinne hat das BAG in der Entscheidung vom 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 in Rn. 43 ausgeführt:

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus.

Im Urteil des BAG vom 06.08.1997 - 7 AZR 663/96 heißt es im Orientierungssatz:

Die Arbeitnehmerüberlassung ist dadurch gekennzeichnet, daß dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die er seinen Vorstellungen und Zielen gemäß in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzt. Die entliehenen Arbeitskräfte sind vollständig in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen durch.

Im Urteil vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 hat das BAG in Rn. 38 den Grundsatz ebenfalls wiederholt:

Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus.

Ebenso wie das BAG haben auch Landesarbeitsgerichte und Landessozialgerichte die Abgrenzung im Sinne des BAG festgelegt.

Im Beschluss des LSG NRW vom 21.07.2011 - L 8 R 280/11 B ER wird in Rn. 18 betont:

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen.

Für den Fall einer "gemischten" Weisungerteilung führt das Gericht in Rn. 20 aus:

Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung ist... die Annahme einer Mitsteuerung einzelner Arbeitsphasen durch Mitarbeiter der Antragstellerin erfolgt. Eine solche rechtfertigt indessen noch nicht die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung, da sie das hierfür notwendige Merkmal der vollen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers und der alleinigen Weisungsunterworfenheit ihm gegenüber nicht erfüllen.

In gleicher Weise sieht es auch das LAG Hamm im Urteil vom 02.02.2012 - 8 Sa 1502/11 in Rn. 31:

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus.

Auch das LAG Hamburg führt in diesem Sinne im Urteil vom 29.10.2010 - 6 Sa 27/10 in Rn. 146 aus:

Dabei ist davon auszugehen, dass dieses Weisungsrecht zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung allein vom Inhaber des Einsatzbetriebes oder dessen Personal ausgeübt werden muss ... Erhält der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Inhaber oder sonstigen Personal des Einsatzbetriebes Weisungen in Bezug auf die Arbeitsleistung, scheidet Arbeitnehmerüberlassung in der Regel aus.

4. Erheblicher Unterschied der von der Rechtsprechung seit vielen Jahren einheitlich entwickelten Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag zu dem jetzt vorliegenden Entwurf zu § 1 AÜG

Die angebliche Bezugnahme auf die Rechtsprechung im Besonderen Teil der Begründung auf S. 17 zu Buchstabe b, es läge entsprechend *der Rechtsprechung ... bei einem Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt*, gibt nicht den soeben wiedergegebenen langjährigen eindeutigen Stand der Rechtsprechung wieder. Die vorgesehene Fassung der Vorschrift führt vielmehr zu einem erheblich erleichterten Eingriff in die werkvertraglichen Abläufe zu Lasten von Werkunternehmern und Auftraggebern.

Es kann jetzt seitens der Überwachungsbehörden viel eher die Verwirklichung illegaler Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden, wenn nicht die klare Forderung der Rechtsprechung aufrechterhalten bleibt, dass zu einer Arbeitnehmerüberlassung die beiden maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen müssen:

- Es muss zu einer vollen, also vollständigen Eingliederung der Arbeitnehmer des Fremdunternehmens in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers gekommen sein. Das wird von der Rechtsprechung bereits dann in Frage gestellt, wenn Vorarbeiter des Fremdbetriebs dessen Organisation im Einsatzbetrieb vornehmen.⁴ Lediglich die Bezugnahme auf eine wie auch immer geartete Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung reicht nicht aus.
- Weiterhin ist für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung die alleinige Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb an die Arbeitnehmer des Fremdunternehmens zu fordern, die zu deren ausschließlichen Weisungsgebundenheit durch den Einsatzbetrieb führt. Eine nicht näher festgelegte Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb, bei der jegliche Weisungen desselben, die den Arbeitnehmern des Fremdbetriebs erteilt werden, für eine Arbeitnehmerüberlassung ausreichen, steht im Widerspruch zur Rechtsprechung. Hierbei wird nicht einmal zwischen werkbezogenen und arbeitsvertraglichen Weisungen unterschieden⁵. Nur wenn wie bisher auf die alleinige Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb und die sich daraus ergebende alleinige Weisungsgebundenheit durch denselben abgestellt wird, wird die insoweit klare Voraussetzung für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung durch die Rechtsprechung berücksichtigt.

Die beiden angesprochenen Voraussetzungen können, schon aus verfassungsrechtlicher Sicht, nicht aufgegeben werden. Angesichts der verfassungsrechtlich sehr bedenklichen Fingierung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Arbeitnehmern des Fremdbetriebs im Falle illegaler Arbeitnehmerüberlassung⁶ darf auf die in diesem Sinne von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung nicht verzichtet werden.

⁴ Vgl. insbesondere LSG NRW, Beschluss vom 21.07.2011, Az. L 8 R 280/11 B ER, Rn. 20

⁵ Vgl. in diesem Sinne zutreffend auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Stellungnahme Nr.: 15/2016, März 2016, S. 6, veröffentlicht in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 7/2016, S. VIII-X.

⁶ Hamann, a.a. O. (Fußnote 3)

Die vorgesehene rechtliche Handhabung der Abgrenzung zwischen illegaler Arbeitnehmerüberlassung im Unterschied zur straffreien werkvertraglichen Abwicklung ist nachdrücklich zurückzuweisen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in der Vielzahl der Fälle die von den Überwachungsbehörden als illegale Arbeitnehmerüberlassung behandelte Situation diejenige ist, dass den Werkvertragspartnern, was bei dem angestrebten Werkvertragsverhältnis einleuchtet, keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt und diese Situation dann als illegale Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird.

Durch die jetzt vorgesehene Formulierung wird das berechnigte Interesse der Unternehmer an der Fortführung der bisherigen Rechtsprechung, wie sie im Koalitionsvertrag vereinbart worden ist, nicht berücksichtigt. Dies gleichen auch die einleitenden Worte, die man auf S. 1 des Entwurfes unter dem Stichwort **Problem und Ziel** hinsichtlich des werkvertraglichen Einsatzes bringt, dass in **einer arbeitsteiligen Wirtschaft ... Werkverträge unverzichtbar** seien, nicht aus. Immerhin hat man dabei anerkannt, dass gelegentlich Vertragskonstruktionen in **Unkenntnis der Rechtslage als "Werkvertrag" bezeichnet** werden, somit nicht von vornherein eine negative Absicht zugrunde liegt, was aus der Sicht der Verfasser der übliche Fall ist.

Unter diesem Aspekt ist einleuchtend, dass jede Abweichung von den durch die bisherige Rechtsprechung erarbeiteten einheitlichen Abgrenzungskriterien für die davon Betroffenen von maßgeblicher Bedeutung ist. Es ist daher nachdrücklich zurückzuweisen, sich mit einer nicht mit dem Koalitionsvertrag im Einklang stehenden Art und Weise ohne weiteres über denselben hinwegsetzen zu wollen.

Dabei muss man, wie bereits angesprochen, berücksichtigen, dass im Rahmen der durch die gegenwärtig angestrebte gesetzliche Vorschrift ins Auge gefassten Ausweitung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung die betroffenen Unternehmer noch erheblich mehr belastet werden als es bisher schon der Fall war. Dies geschieht dadurch, dass bis jetzt nur bei vollständiger Eingliederung und alleiniger Weisungsunterworfenheit illegale Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden konnte, während Mischformen der Weisung und Eingliederung nicht zur Arbeitnehmerüberlassung geführt haben. Traten bisher nur bei den strengen Kriterien die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem bisherigen Auftraggeber und den ihm angeblich illegal überlassenen Arbeitnehmern ein, soll dies jetzt auch im Falle gemischter Konstellationen gelten. Dadurch wird der auftraggebende Unternehmer mit erheblichen Sozialversicherungsbeiträgen belegt, wenn es bei den Arbeitnehmern seines Werkunternehmers um ausländische Arbeitnehmer geht. Hierbei werden von ihm große Summen an Sozialabgaben nachgefordert, weil mit Annahme der illegalen Arbeitnehmerüberlassung gleichzeitig die bisher zugrunde gelegte Entsendung der Arbeitnehmer aus den europäischen Mitgliedstaaten in Frage gestellt und nicht mehr anerkannt wird.

Wenn die von der ständigen Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zu werkvertraglicher Tätigkeit, wie sie für die betroffenen Unternehmer bisher zugrunde gelegt wird, nach dem Entwurf modifiziert werden sollte, hat dies für dieselben maßgebliche ordnungswidrige und strafrechtliche Nachteile und kann zu erheblichen Nachzahlungen im Bereich der Sozialversicherung führen. Es ist daher von außerordentlicher Bedeutung, dass im Rahmen der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz die von der Rechtsprechung in vielen Jahren entwickelten Abgrenzungskriterien erhalten bleiben. Eine Aufweichung dieser Kriterien würde zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG führen und damit zu einem verfassungsrechtlich bedenklichen Verstoß.

Der Entwurf einer Neufassung von § 1 Abs. 1 AÜG einschließlich der Überschrift zu § 1 AÜG ist daher zurückzuweisen.

- Er gibt nicht, wie er das auf S. 17 vorgibt, die gegenwärtig aufgrund der Rechtsprechung bestehende **Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiternehmer**

im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages wieder.

- Entgegen der Begründung zu Buchstabe b auf S. 17 wird der **bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes** durch die Formulierung im vorgeschlagenen Satz 2 von § 1 Abs. 1 AÜG **verändert**.
- Entgegen der Begründung zu Art. 1, zu Nr. 1 zu Buchstabe a auf S. 17, werden die **Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung** anders **geregelt**, als es die bisherige Rechtsprechung entschieden hat.
- Die nach der Begründung auf S. 17 zu Buchstabe b sowohl im Klammerzusatz von § 1 Abs. 1 Satz 1 angesprochene **Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung** als auch bei zu Buchstabe b in Satz 1 angesprochene Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung entspricht nicht der im Einzelnen dargestellten Rechtsprechung, dass es zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung zu einer **vollen** Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs und einer **alleinigen** Weisungsgebung und Weisungsgebundenheit durch den Einsatzbetrieb gekommen sein muss.

Daher ist der Entwurf, so wie er jetzt gefasst ist, im Widerspruch zur Rechtsprechung und ist somit abzulehnen.

5. Widerspruch auch zum Koalitionsvertrag

Diese Situation steht gleichzeitig im Widerspruch zum Koalitionsvertrag, wonach lediglich **die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt** werden sollen. Von einer Modifizierung der Abgrenzungskriterien zu Lasten der Unternehmen, die auf der Basis werkvertraglicher Regelungen tätig werden wollen, ist im Koalitionsvertrag keine Rede. Da die klare Abgrenzung auch verfassungsrechtlich geboten ist, ist es dringend erforderlich, sich an der gegenwärtig bestehenden Rechtsprechung zu orientieren und nicht entgegen dem Koalitionsvertrag neue von der bisherigen Regelung abweichende Vorschriften zu entwickeln.

6. Erforderliche Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG


Um der gegenwärtigen Rechtsprechung nachzukommen und im Sinne des Koalitionsvertrags **die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich** niederzulegen

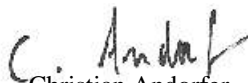
- ohne, wie es insoweit in der Begründung vorgesehen ist, den bisherigen Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu verändern,
- um die Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zu regeln
- und um damit eine durch die Überschrift zu § 1 AÜG und den Klammerzusatz bekräftigte bisher geltende Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit der Rechtsprechung aufrecht zu erhalten,

ist nur eine Neufassung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG im Einklang mit dem Koalitionsvertrag unter Wiedergabe der ständigen Rechtsprechung möglich, die lautet:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie voll in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und allein seinen Weisungen unterliegen.

Arbeitsgemeinschaft
Werkverträge und Zeitarbeit


Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
Vorsitzender


Christian Andorfer
Geschäftsführer

Deutschlands Zukunft gestalten

**Koalitionsvertrag
zwischen CDU, CSU und SPD**

18. Legislaturperiode

Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern

Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und im ausreichenden Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden.

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.

Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln

Wir präzisieren im AÜG die Maßgabe, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher vorübergehend erfolgt, indem wir eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festlegen. Durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder auf Grund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung können unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammebelegschaften abweichende Lösungen vereinbart werden. Wir entwickeln die statistische Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht fort.

Die Koalition will die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren. Das AÜG wird daher an die aktuelle Entwicklung angepasst und novelliert:

- Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter künftig spätestens nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.
- Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern als Streikbrecher.
- Zur Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte wird gesetzlich klargestellt, dass Leiharbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.

Tariftreue im Vergaberecht

Auf Länderebene bestehen bereits Vergabegesetze, die die Vergabe öffentlicher Aufträge von der Einhaltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge abhängig machen. Wir werden eine europarechtskonforme Einführung vergleichbarer Regelungen auch auf Bundesebene prüfen. Im Ergebnis dürfen damit keine bürokratischen Hürden aufgebaut werden.

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 1 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht“.

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig. Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.“

c) Nach Absatz 1 werden die folgenden Absätze 1a und 1b eingefügt:

„(1a) Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn deutsche Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges wie für die anderen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt.“

(1b) Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn

5. Weitere Kosten

Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Die gleichstellungspolitischen Auswirkungen der Gesetzesänderung wurden geprüft. Nach dem Ergebnis der Relevanzprüfung laufen die Regelungen gleichstellungspolitischen Zielen nicht zuwider.

VII. Befristung; Evaluation

Die Bundesregierung berichtet dem Deutschen Bundestag bereits regelmäßig alle vier Jahre über die Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG. In diese Berichterstattung werden auch zukünftig die rechtlichen Entwicklungen im Berichtszeitraum sowie deren Auswirkungen einfließen. Hierbei wird die Bundesregierung nach Maßgabe des am 23. Januar 2013 von ihr beschlossenen Konzepts zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben berichten.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes)

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

Folgeänderung zu den inhaltlichen Änderungen in § 1. Dort werden neben der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung auch Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt. Dem wird durch die ergänzte Überschrift Rechnung getragen.

Zu Buchstabe b

In § 1 wird Absatz 1 neu gefasst.

In § 1 Absatz 1 wird im bisherigen Satz 1 durch den Klammerzusatz die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung hervorgehoben. Der bisherige Anwendungsbereich des AÜG und die Reichweite der Erlaubnispflicht werden hierdurch nicht verändert.

Die Regelung des Satzes 2 bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- beziehungsweise Dienstvertrages.

Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

Mit der Regelung in Satz 3 wird sichergestellt, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter nur von ihrem vertraglichen Arbeitgeber verliehen werden dürfen. Entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit ist damit ein Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih untersagt, bei dem ein Entleiher die ihm von einem Verleiher überlassenen Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter seinerseits anderen Entleihern zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Damit ist auch für die Leiharbeiterin und den Leiharbeiter erkennbar, wem gegenüber sie oder er zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet ist. Verstöße gegen dieses Verbot können wie bisher erlaubnisrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Ergänzend wird in § 16 Absatz 1 Nummer 1b ein Ordnungswidrigkeitstatbestand eingeführt.

LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.07.2011 - L 8 R 280/11 B ER BeckRS 2011, 76177

LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.07.2011 - L 8 R 280/11 B ER**Titel:**

Vollzugsrisiko, Beschäftigungsverhältnis, Arbeitnehmerüberlassung, Ermittlungsverfahren, rumänischer Arbeitnehmer

Normenketten:

SGB IV §§ 7 I, 28e IIIa

SGG § 86a II Nr. 1

BGB § 645 I 1

Rechtsgebiete:

Arbeitsrecht, Sozialrecht, Sonstiges Bürgerliches Recht

Schlagworte:

Vollzugsrisiko, Beschäftigungsverhältnis, Arbeitnehmerüberlassung, Ermittlungsverfahren, rumänischer Arbeitnehmer

Vorinstanz Datum: 2011-02-28

Rechtskräftig: unbekannt

8. Senat

Hauptschlagwort: Rentenversicherung

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.11.2010, mit dem diese aufgrund einer Betriebsprüfung eine Beitragsnachforderung von 4.187.013,47 Euro (einschließlich Säumniszuschläge i. H. v. 1.848.015,50 Euro) für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis zum 30.9.2005 geltend macht.

Die Antragstellerin betreibt u. a. die Schlachthöfe I. und M. Ausweislich der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft (StA) E vom 17.5.2010 im Ermittlungsverfahren 130 Js 62/05, die sich auszugsweise in der Verwaltungsakte der Antragsgegnerin befindet, bestanden im Streitzeitraum zwischen der Antragsgegnerin und der B.-Fleisch GmbH (im Folgenden: B) sowie der Q.-Fleisch GmbH (im Folgenden: Q.) u. a. Werkverträge betreffend die Kalb- und Rindfleischzerlegung Band I und II (B.) bzw. Band III (Q.) sowie die Schweinefeinzerlegung (Q.). Für den Schlachthof M. existierte ein Werkvertrag mit B. B. wie Q. schlossen Werkverträge mit diversen vermeintlichen Subunternehmen, unter ihnen nach rumänischem Recht gegründete Gesellschaften, aufgrund derer die im angefochtenen Prüfbescheid näher bezeichneten, vielfach aus Rumänien stammenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (im Folgenden: rumänische Arbeitnehmer) im Bereich der Zerlegung in den Schlachthöfen der Antragstellerin eingesetzt wurden.

Die Antragsgegnerin zog die Antragstellerin nach Anhörung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für diese Arbeitnehmer heran (Bescheid v. 26.11.2010). Sie seien aufgrund illegaler Arbeitnehmerüberlassung für die Antragstellerin tätig geworden. Nach Auswertung der vom Hauptzollamt - Finanzkontrolle Schwarzarbeit - beigebrachten Unterlagen könne man nicht von der Durchführung von Werkverträgen zwischen der B. und der Antragstellerin in den Schlachthöfen M. und I. ausgehen. Die Weisungsbefugnis über die Arbeitnehmer habe bei den Vorarbeitern G. und P1 (M.) bzw. X., T. und N. (I.) gelegen. Diese hätten die Arbeitnehmer auch vor Ort eingeteilt. Zur Qualitätssicherung und in Stoßzeiten seien Zusatzkräfte in die Kolonne integriert worden. Die rumänischen Arbeitnehmer hätten erst angelernt werden müssen. Die B. habe über die Ausführung des Gewerks nicht frei entscheiden können, da ihr die Anzahl der Arbeitnehmer und die Tätigkeitsfelder vorgegeben worden seien. Sie habe nur das Personal zur Verfügung gestellt. Der Vorarbeiter P1 habe in seiner Vernehmung angegeben, dass eine Vermischung der Arbeitnehmer in der Rinderzerlegung und in der Verpackung im Schlachthof M. alltäglich gewesen sei. Die Vorarbeiter X. und T. hätten den rumänischen Arbeitnehmern laufend die Schnitfführung gezeigt. Es sei im Schlachthof I. kein abgegrenztes Gewerk erbracht worden, wodurch Gewährleistungsansprüche nicht mehr zu verwirklichen seien. Die rumänischen Arbeitnehmer seien hiernach nicht in der Lage gewesen, eigenverantwortlich den Werkvertrag zu erfüllen. Die Antragstellerin habe B. und Q. den Einsatz von Subunternehmern gestattet. Ihr sei somit bekannt, dass es zu einem Kettenverleih gekommen sei. Vor Ort sei von den Vorarbeitern der Antragstellerin tageweise eine Verschiebung von rumänischen Mitarbeitern zwischen den Bereichen der Fein- und der Grobzerlegung veranlasst worden. Abrechnungstechnisch hätten diese „Sonderarbeiten“ keinen Niederschlag gefunden. Laut einem Gesprächsvermerk habe ein Mitarbeiter der B. mit dem Betriebsleiter D. der Antragstellerin den Stundenlohn der in der Rinderzerlegung beschäftigten französischen und deutschen Arbeitnehmer vereinbart. Hierfür sollte jedoch eine Rechnung über „Sonderzuschnitte Nachberechnung“ erstellt werden. Der Vernehmung des Hauptbeschuldigten zufolge habe ein Vorarbeiter der Antragstellerin sicherlich mitbekommen, dass eine Vermischung von Arbeitnehmern stattgefunden habe. Mit dem Zerlegemeister A sei darüber gesprochen worden. Ihm sei es nur darauf angekommen, dass „alles lief“.

Die Antragstellerin hat gegen diesen Bescheid Widerspruch erhoben und einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Sie trägt vor: Sie habe mit B. einen Werkvertrag abgeschlossen und hafte daher nicht für Gesamtsozialversicherungsbeiträge der dort beschäftigten Arbeitnehmer. Ein „Durchgriff“ auf die Antragstellerin vergleichbar der Generalunternehmerhaftung nach § 28e Abs. 3a ff. Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) sei nur im Baugewerbe, nicht jedoch bei Schlachthöfen zulässig. Die im Bescheid bezeichneten Vorarbeiter G., X., P1 und N. seien bei B. bzw. Nachfolgeunternehmen beschäftigt gewesen, nicht hingegen bei der Antragstellerin. Sie bestreite, dass der bei ihr angestellte Zerlegemeister T. im Sinne von Weisungen auf die rumänischen Arbeitnehmer eingewirkt habe. Aber selbst wenn es im Einzelfall zu Weisungen gekommen sein sollte, seien diese Ausdruck des Weisungsrechts des Werkauftraggebers (bzw. seines Erfüllungsgehilfen) im Rahmen der Qualitätskontrolle. Ein „Vorarbeiter H.“ sei für sie nicht tätig geworden. Ihr Mitarbeiter D. habe im Jahr 2001 aus Anlass einer Erweiterung der übertragenen Gewerke über eine Anpassung der Werkvertragsvergütung mit der B. verhandelt. Diese habe u. a. ausgeführt, sie müsse mehr Personal am Band einsetzen, was pauschal 20,- DM pro Arbeitsstunde

mehr koste. Es habe sich insoweit um eine kalkulatorische Größe gehandelt. Schließlich stelle die Zahlung des geforderten Betrages für sie eine unbillige Härte dar.

Das Sozialgericht (SG) Münster hat den Antrag abgelehnt (Beschluss v. 28.2.2011). Nach summarischer Prüfung sei der Erfolg einer Klage in der Hauptsache nicht wahrscheinlicher als ein Misserfolg. Die Überprüfung der Richtigkeit des von der Antragsgegnerin zugrunde gelegten Sachverhaltes erfordere eine umfangreiche Sachverhaltsermittlung, die nicht Gegenstand eines Verfahrens auf einstweiligen Rechtsschutz sein könne, sondern dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben müsse. Zudem habe die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass die Vollziehung des Bescheides für sie eine unbillige Härte darstelle.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die am 25.3.2011 erhobene Beschwerde. Die Antragstellerin vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend vor: Der Zerlegemeister T. habe die rumänischen Arbeitnehmer allenfalls in der Einarbeitungszeit gemeinsam mit dem Vorarbeiter X. der Firma B. bei der Schnitfführung beobachtet und kontrolliert. Zu einer Vorarbeiterstellung gegenüber den Arbeitnehmern sei es aufgrund dessen nicht gekommen. Eine eventuelle Vermischung an den Bändern könne nicht ihr, der Antragstellerin, angelastet werden. Sie habe die Arbeitnehmer der Subunternehmer auch zu keinem Zeitpunkt bezahlt. Hilfsweise erhebt die Antragstellerin die Einrede der Verjährung.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 28.2.2011 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 10.12.2010 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.11.2010 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin tritt der Beschwerde und insbesondere der Erhebung der Einrede der Verjährung entgegen.

Dem Senat haben bei Beschlussfassung die von der Antragsgegnerin überreichte Verwaltungsakte nebst kopierten Auszügen aus dem genannten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren vorgelegen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist im Sinne der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.11.2010 begründet.

Der dahingehende Antrag ist zulässig. Insbesondere hat die Antragstellerin das hierfür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Zwar ist im erstinstanzlichen Verfahren mehrfach die Möglichkeit z. B. einer befristeten Niederschlagung diskutiert worden. Bislang ist ein auch nur teilweiser oder vorläufiger Verzicht der Einzugsstellen auf den Beitragseinzug indessen nicht erkennbar. Daher kann dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Entscheidung der Einzugsstelle das schützenswerte Interesse an einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung entfallen lassen kann (vgl. z. B. für die verzinsliche Stundung Senat, Beschluss v. 8.10.2010, L 8 R 368/10 B ER, juris).

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist auch begründet.

Nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese

ganz oder teilweise anordnen. Die aufschiebende Wirkung entfällt gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG bei Entscheidungen über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen sowie der darauf entfallenden Nebenkosten einschließlich der Säumniszuschläge (vgl. zu Letzteren Senat, Beschluss v. 7.1.2011, L 8 R 864/10 B ER, juris, m. w. N.). Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise dennoch durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Aufschubinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder ob die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Da § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf den Adressaten verlagert, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs, hier des Widerspruchs, zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren möglicherweise noch ergänzende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind. Maßgebend ist vielmehr, ob nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Eilentscheidung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht (vgl. Senat, Beschlüsse v. 24.6.2009, L 8 B 4/09 R ER; v. 27.7.2009, L 8 B 5/09 R ER; v. 18.2.2010, L 8 B 13/09 R ER; v. 8.10.2010, a. a. O.; jeweils ... und ...barkeit.de). Aufgrund der in diesem Sinne im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung ist der Senat der Überzeugung, dass der angefochtene Bescheid sich bei einer Kontrolle im Rechtsbehelfsverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtswidrig erweisen wird.

Die Verpflichtung der Antragstellerin zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen kann sich nur aus § 28e Abs. 1 SGB IV ergeben, nachdem die Voraussetzungen der Generalunternehmerhaftung nach § 28e Abs. 3a bis 3e SGB IV ersichtlich nicht vorliegen. Nach § 28e Abs. 1 SGB IV hat „der Arbeitgeber“ den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen. Die StA E ist in ihrer Anklageschrift auf der Grundlage der von ihr bzw. der Finanzkontrolle Schwarzarbeit getroffenen Feststellungen - vorbehaltlich besserer Erkenntnisse z. B. aus der Hauptverhandlung - mit nachvollziehbarer und in sich schlüssiger Begründung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vertragspartner der Antragstellerin, insbesondere B. und Q., Arbeitgeber der rumänischen Arbeitnehmer im Sinne von § 28e Abs. 1 SGB IV gewesen seien. Die hiervon abweichende, nicht auf zusätzlichen eigenen Feststellungen beruhende rechtliche Beurteilung der Antragsgegnerin, wonach nicht B. oder Q., sondern die Antragstellerin als Arbeitgeber anzusehen sei, wird demgegenüber nicht von den bislang bekannten tatsächlichen Feststellungen getragen.

Arbeitgeber im Sinne von § 28e Abs. 1 SGB IV ist zum einen derjenige, der unmittelbar mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat und damit ein Beschäftigungsverhältnis i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV eingegangen ist. Im Falle der Arbeitnehmerüberlassung ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht zudem der Entleiher Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG, d. h. wegen Fehlens der erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG, unwirksam ist (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Mit dem Zustandekommen des Arbeitsvertrages zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer entsteht

- jedenfalls in aller Regel - auch ein Beschäftigungsverhältnis i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV, so dass den Entleiher neben den arbeitsrechtlichen Arbeitgeberpflichten auch die Verpflichtung zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages trifft (vgl. BSG, Urteil v. 27.7.1987, 2 RU 41/85, NZA 1988, 263; BSG, Urteil v. 18.3.1987, 9b RU 16/85, SozR 7815 Art 1 § 10 Nr. 3; Senat, Beschluss v. 27.7.2009, a. a. O.; jeweils m. w. N.).

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen. Im Gegensatz dazu wird beim Werk- und Dienstvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistungen eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis. Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer lediglich solche Anweisungen geben, die sich auf die Ausführung des Werkes beziehen (vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]). Maßgeblich für die rechtliche Einordnung der jeweiligen Verträge ist der wirkliche Geschäftsinhalt, der sich aus ausdrücklichen Vereinbarungen wie aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben kann (BAG, Urteil v. 8.11.1978, 5 AZR 261/77, AP Nr. 2 zu § 1 AÜG; BAG, Urteil v. 9.11.1994, 7 AZR 217/94, AP Nr. 18 zu § 1 AÜG; BAG, Urteil v. 6.8.2003, 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; BSG, Urteil v. 11.2.1988, 7 RAr 5/86, AP Nr. 10 zu § 1 AÜG).

Danach bestehen zunächst keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin allein oder auch nur maßgeblich den Arbeitseinsatz der rumänischen Arbeitnehmer gesteuert hätte. Die Antragsgegnerin trägt im Anschluss an die Feststellungen im Ermittlungsverfahren selbst vor, dass die Weisungsbefugnis bei den Vorarbeitern, P1, X. und N. gelegen habe. Hierbei hat es sich indessen nicht um Mitarbeiter der Antragstellerin, sondern um Vorarbeiter von B. bzw. Q. gehandelt. Diese haben nach allen vorliegenden Zeugenaussagen die Einteilung der Arbeitnehmer vorgenommen und ihnen auch fachliche Weisungen erteilt.

Zwar gibt es in den dem Senat vorliegenden Ermittlungsunterlagen Hinweise darauf, dass auch Mitarbeiter der Antragsgegnerin den rumänischen Arbeitskräften gegenüber Weisungen erteilt haben. So wird in Auszügen die Vernehmung des rumänischen Arbeitnehmers H1 v. 26.6.2007 wiedergegeben, wonach die Einweisung neuer Arbeitskräfte im Schlachthof I./Rinderzerlegung durch den bei der Antragstellerin beschäftigten Zerlegemeister T. und den Vorarbeiter X. erfolgt sei. Zudem hat der Zeuge N. bekundet, Herr T. habe den R. „gelegentlich“ gezeigt, „wie die Schnitte auszusehen hatten“. Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung ist vor diesem Hintergrund jedoch allenfalls die Annahme einer Mitsteuerung einzelner Arbeitsphasen durch Mitarbeiter der Antragstellerin erfolgt. Eine solche rechtfertigt indessen noch nicht die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung, da sie das hierfür notwendige Merkmal der vollen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers und der alleinigen Weisungsunterworfenheit ihm gegenüber nicht erfüllen (vgl. Hamann in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 172 ff. m. w. N.). Diese Beurteilung deckt sich mit derjenigen der StA E., die in ihrer Anklageschrift ausgeführt hat, in I. habe der Vorarbeiter G. „den kompletten Bereich der Rinderzerlegung“ organisiert. Für die Einteilung der Arbeitskräfte sei der Vorarbeiter N. maßgeblich verantwortlich gewesen. Ebenso hat - bezogen auf den Schlachthof M. - der Zeuge C. angegeben, der dortige Zerlegeleiter A. habe zwar den Zerlegungsplan mit den deutschen Vorarbeitern der Vertragspartner der Antragstellerin

besprochen. Diese hätten jedoch sodann die Weisungen an die rumänischen Arbeitnehmer weitergegeben.

Für eine alleinige Ausübung des Weisungsrechts durch die Mitarbeiter der Antragstellerin ist nach alledem nichts ersichtlich. Das gilt auch eingedenk des Umstandes, dass die Antragstellerin den Feststellungen der StA zufolge offenbar „tageweise“ eine Verschiebung von Mitarbeitern zwischen den Bereichen der Fein- und Grobzerlegung veranlasst hat. Denn auch dies belegt allenfalls eine partielle Einflussnahme, nicht hingegen ein alleiniges Weisungsrechts der Antragstellerin oder eine volle Eingliederung der rumänischen Arbeitnehmer in deren Betrieb.

Im Ansatz zutreffend weist die Antragsgegnerin zwar darauf hin, dass zwischen den Arbeitnehmern der verschiedenen in den Schlachthöfen der Antragstellerin tätigen Unternehmen Vermischungen stattgefunden hätten. Dies deutet als Indiz jedoch lediglich darauf hin, dass - wie auch von der StA angenommen - zwischen diesen Unternehmen (also B. bzw. Q. und ihren „Subunternehmern“) eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung stattgefunden hat. Der weitergehende Schluss auf eine Arbeitnehmerüberlassung auch an die Antragstellerin wäre dagegen nur dann gerechtfertigt, wenn es Anhaltspunkte für eine Vermischung mit den bei DIESER angestellten Arbeitnehmern gäbe. Hierzu haben die Ermittlungsbehörden jedoch keine hinreichenden Feststellungen getroffen. Entgegen der Beurteilung der Antragsgegnerin ergibt sich nichts anderes aus der Aussage des Vorarbeiters P., wonach im Schlachthof M. eine Vermischung der Arbeitnehmer in der Rinderzerlegung und der Verpackung alltäglich gewesen sei. Wie nämlich die in der Anklageschrift wiedergegebene Aussage des Zeugen Q1 zeigt, waren in M. die Arbeiten an allen drei Bändern und der Verpackung B. zugewiesen, ohne dass dort erkennbar eigene Arbeitnehmer der Antragstellerin tätig geworden wären.

Im Ergebnis ohne Erfolg trägt die Antragsgegnerin weiter vor, B. habe über die Ausführung des Gewerks nicht frei entscheiden können und im Schlachthof I. seien keine abgrenzbaren Gewerke erbracht worden. Zwar setzt die Einordnung von Weisungen des Hauptunternehmers an Mitarbeiter des Nachunternehmers als Anweisungen im Sinne von § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass im Rahmen des Nachunternehmervertrages ein hinreichend bestimmtes abnahmefähiges Werk beschrieben wird (vgl. BAG, Urteil v. 9.11.1994, a. a. O.), woran es fehlt, wenn der wesentliche Inhalt des Leistungsgegenstandes erst durch Anweisungen des Hauptunternehmers konkretisiert wird. Hierzu hat die Antragsgegnerin hingegen bislang keine ausreichend tragfähigen Feststellungen getroffen. Den Untersuchungsergebnissen der StA zufolge sind vielmehr zwischen der Antragstellerin und B. bzw. Q. Werkverträge (nicht etwa nur Werkrahmenverträge oder ähnliches) geschlossen worden, die auch bestimmte Gewerke (z. B. die Kalb- und Rindfleischzerlegung oder die Schweinefeinzerlegung) zum Gegenstand hatten. Hiervon abweichende vertragliche Vereinbarungen oder tatsächliche Ausgestaltungen der Vertragsbeziehungen sind demgegenüber von der Antragsgegnerin bislang nicht konkret dargelegt worden und auch aus den von ihr vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich.

Die übrigen Argumente der Antragsgegnerin sind ohne Einfluss auf die Beurteilung des Vorliegens von Arbeitnehmerüberlassung im Streitzeitraum.

Soweit sie sich auf einen Gesprächsvermerk mit dem Mitarbeiter D. der Antragstellerin bezieht, datiert dieser vom 12.6.2001 und damit deutlich vor dem Streitzeitraum. Auf die Frage, ob dieser Vermerk in dem von der Antragstellerin dargelegten Sinn lediglich der Niederlegung einer für die

Kalkulation der Werkvertragsvergütung bedeutsamen Größe zu deuten ist, kommt es daher nicht an.

Soweit die Antragsgegnerin schließlich - dem Ergebnis der bisherigen Ermittlungen nach zutreffend - darauf hinweist, dass jedenfalls einzelne Mitarbeiter der Antragsteller die Vermischung der Arbeitnehmer gekannt und möglicherweise sogar gebilligt hätten, folgt hieraus weder die Ausübung eines Weisungsrechts gegenüber diesen Arbeitnehmern noch deren Eingliederung in den Betrieb der Antragstellerin im Übrigen.

Nach allem bestehen gegenwärtig keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin als Arbeitgeber der im angefochtenen Bescheid aufgeführten Arbeitnehmer im Sinne von § 28e Abs. 1 SGB IV anzusehen ist und demzufolge zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für diese Arbeitnehmer herangezogen werden kann.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i. V. m. § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts entspricht der ständigen Senatspraxis, im einstweiligen Rechtsschutz von (etwa) einem Viertel des Hauptsachestreitwerts einschließlich der Säumniszuschläge auszugehen (Senat, Beschluss v. 8.10.2010, L 8 R 368/10 B ER m. w. N., ... und ...barkeit.de).

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden (§ 177 SGG).