



Industrie- und Handelskammer  
Chemnitz

# Merkblatt

## Arbeitnehmerüberlassung

### Erlaubnispflicht, Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Kathleen Spranger  
Tel.:  
+49 371 6900-1122  
Fax:  
+49 371 6900-19 1122  
E-Mail:  
sprangerk@chemnitz.ihk.de

Karla Müller  
Tel.:  
+49 3741 214-3120  
Fax:  
+49 3741 214-19 3120  
E-Mail:  
kmueller@pl.chemnitz.ihk.de

Dr.Ulf Spanke  
Tel.:  
+49 375 814-2120  
Fax:  
+49 375 814-19 2120  
E-Mail:  
spanke@chemnitz.ihk.de

**Hinweis:**

Das Merkblatt wurde sorgfältig erstellt. Dessen ungeachtet können wir keine Gewähr übernehmen und schließen deshalb jede Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung des Merkblattes aus.  
Evtl. Verweise und Links stellen keine Empfehlung der Kammer dar.

## I. Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist **grundsätzlich** erlaubnispflichtig, wobei in folgenden Konstellationen eine Erlaubnispflicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) nicht besteht:

- Abordnungen zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft
- Überlassungen im selben Wirtschaftszweig zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen aufgrund tarifvertraglicher Vorschriften
- konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung
- Verleih in das Ausland in ein aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen gegründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen

In Abgrenzung hierzu werden Arbeiten im Rahmen von Werkverträgen, selbstständigen Dienst- oder Dienstverschaffungsverträgen sowie Geschäftsbesorgungsverträgen vom Anwendungsbereich AÜG nicht erfasst.

## II. Begriffsbestimmung

Von Arbeitnehmerüberlassung - häufig auch als Leiharbeitsverhältnis bezeichnet - wird gesprochen, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer), mit dem er einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, vorübergehend oder dauernd an einen anderen Unternehmer (Entleiher) "ausleiht". Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort. Jedoch steht dem Entleiher ein Direktionsrecht zu, d. h. der Leiharbeitnehmer unterliegt dessen Weisungen. Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Leiharbeitnehmer zu dem Zweck eingestellt wurde, ganz oder überwiegend bei wechselnden Entleihern als Arbeitskraft eingesetzt zu werden. Die Arbeitnehmerüberlassung ist somit eine Form des drittbezogenen Personaleinsatzes.

Erfüllt hingegen der Arbeitnehmer nur Pflichten, die seinem Arbeitgeber gegenüber einem fremden Auftraggeber obliegen, fehlt es an der Drittbeziehung. Die Abgrenzung ist naturgemäß im Einzelfall nicht immer unproblematisch, sodass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) folgende Abgrenzungskriterien heranzieht.

### III. Abgrenzungskriterien

Grundsätzlich lässt sich die Abgrenzung zwischen beiden Gestaltungsformen wie folgt vollziehen:

**Beim Werkvertrag** verpflichtet sich der Unternehmer, ein sog. Werk herzustellen, d. h. einen bestimmten Erfolg herbeizuführen (vgl. § 631 BGB). Dabei kann er sich der Mithilfe anderer Personen als seiner Erfüllungsgehilfen bedienen (vgl. § 278 BGB). **Beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** stellt der Arbeitgeber (= Verleiher) einem Dritten (= Entleiher) seine Arbeitnehmer zur Verfügung. Er haftet also nicht für einen Erfolg, sondern nur für die richtige Auswahl und Bereitstellung von Arbeitskräften. Diese üben die Arbeit dann entsprechend den Weisungen des Entleihers aus.

Diese scheinbar klare Abgrenzung wird durch atypische Gestaltungsformen, wie sie in der Praxis verbreitet sind, erschwert. So kann der Werkunternehmer mit dem Dritten statt eines einzelnen konkreten Werks eine Reihe von Einzelwerken auf Grund eines **Rahmenvertrages** anbieten. Die an den Werkunternehmer zu leistende **Vergütung** des Bestellers kann nach **Zeitabschnitten** statt nach einem Erfolg bemessen sein. Die entsandten Arbeitnehmer können voll in die **Organisation** des Dritten **einbezogen** sein.

Die Rechtsprechung des BAG legt insofern bei der Frage der Abgrenzung von Werkverträgen zu Arbeitnehmerüberlassungsverträgen zugrunde, ob der Arbeitnehmer in den Betrieb des Dritten eingegliedert ist und den Weisungen des Dritten unterliegt. Auszugehen ist dabei von dem objektiven Geschäftsinhalt, der aus den schriftlichen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung zu ermitteln ist. Bei einem Widerspruch zwischen Vertrag und Praxis entscheidet die tatsächliche Durchführung. Folgende beiden Indizien werden zur Abgrenzung herangezogen:

#### 1. Eingliederung

Indizien für eine Eingliederung in den Beschäftigungsbetrieb sind

- die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Dritten,
- die Übernahme von Tätigkeiten, die früher Arbeitnehmer des Dritten ausgeführt haben,
- die Stellung von Material sowie
- die Bereitstellung von Arbeitskleidung durch den Dritten.

## 2. Weisungsrecht

Im Hinblick auf die Ausübung des Weisungsrechts unterscheidet das BAG zwischen werkvertraglichen und arbeitsvertraglichen Weisungen. Soweit die **Weisungen werkbezogen** sind (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB<sup>1</sup>), ist ein Weisungsrecht des Dritten kein Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung. Hierbei geht es bspw. um Stückzahl und Qualität der herzustellenden Ware.

**Arbeitsrechtliche Weisungen** und damit Indizcharakter im Hinblick auf die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung sind demgegenüber, wenn der Dritte

- das Direktionsrecht gegenüber den Fremd-Arbeitnehmern ausübt, d. h. wenn diese Arbeitnehmer durch Personal des Dritten beaufsichtigt und damit angewiesen werden können, wie und in welcher Form die Arbeit im einzelnen auszuführen ist und
- die Organisationsgewalt über die Arbeitnehmer inne hat. Hierzu zählt es, wenn der Dritte die Zahl der einzusetzenden Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit und deren Urlaubszeit bestimmen kann.

## 3. Gesamtschau maßgebend

Zusammenfassend ist somit eine umfassende Würdigung des Einzelfalls vorzunehmen, in deren Gesamtschau maßgebend einzubeziehen ist:

- Hat der Dritte das Direktionsrecht und die Organisationsgewalt über die Fremdfirmen-Arbeitnehmer inne?
- Wird durch den Dritten Werkzeug und Material bereitgestellt?
- Wie stellt sich die sonstige Geschäftstätigkeit des Auftragnehmers dar, d.h. ist er nach seiner materiellen Ausstattung in der Lage, auch einen anderen Geschäftszweck als den der - unterstellten - Arbeitnehmerüberlassung zu verfolgen?

---

<sup>1</sup> § 645 BGB - Verantwortlichkeit des Bestellers (1) <sup>1</sup>Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

Soweit im Ergebnis dessen eine gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, bedarf diese der **Erlaubnispflicht seitens der Agentur für Arbeit**.

Weitergehende Informationen sowie **Formulare** für die Beantragung sind abrufbar unter:

[http://www.arbeitsagentur.de/nn\\_27716/Navigation/zentral/Unternehmen/Recht/Arbeitnehmerueberlassung/Arbeitnehmerueberlassung-Nav.html](http://www.arbeitsagentur.de/nn_27716/Navigation/zentral/Unternehmen/Recht/Arbeitnehmerueberlassung/Arbeitnehmerueberlassung-Nav.html).

Ulf Spanke

Regionalkammer Zwickau

Stand: Juli 2009

---