

zu Ihrer Anfrage in Bezug auf einen Einsatz von Personal der Beteiligungsgesellschaften (ggf. mit Fahrzeugen) bei der LHM während der Corona-Krise können wir Ihnen Folgendes mitteilen:

Grundsätzlich hat durch das jeweilige Einsatzreferat eine Unterscheidung zwischen einer Arbeitnehmerüberlassung oder einem Tätigwerden im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages zu erfolgen, wobei für die grundlegende Abgrenzung die folgenden Punkte zu beachten sind.

1.

Eine **Arbeitnehmerüberlassung** nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) liegt vor, wenn einem Entleiher durch einen Verleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen in dessen Interesse ausführen. Sie erschöpft sich also im bloßen Zurverfügungstellen geeigneter Arbeitskräfte durch die Beteiligungsgesellschaft, die die LHM (wie eigene Beschäftigte) nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in ihrem Bereich einsetzt.

Sofern von einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen wird, halten wir es in der aktuellen Situation für vertretbar auch in dieser Konstellation von einer privilegierten Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, das heißt dass eine derartige Vereinbarung gemäß § 1 Abs. 3 Nur 2a AÜG vom Anwendungsbereich des AÜG ausgenommen wäre.

2.

Nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz stellt jedoch eine Arbeitnehmerüberlassung dar. Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten (beim Besteller) aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen (für den Besteller) tätig. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers (vorliegend die Beteiligungsgesellschaft) und sind dessen Erfüllungsgehilfen.

2.1

Durch den **Werkvertrag** wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (vgl. § 631 BGB). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind grundsätzlich für einen Werkvertrag folgende Merkmale maßgebend:

- Vereinbarung und Erstellung eines konkret bestimmten Werkergebnisses bzw. Veränderung einer Sache;
- Eigenverantwortliche Organisation aller sich der Übernahmeverpflichtung ergebenden Handlungen durch den Werkunternehmer (unternehmerische Dispositionsfreiheit, auch in zeitlicher Hinsicht; keine Einflussnahme des Bestellers auf Anzahl und Qualifikation der am Werkvertrag beteiligten Arbeitnehmer; in der Regel eigene Arbeitsmittel);
- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern; keine Eingliederung in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Bestellerbetriebes;

Die Beurteilung, ob eine Arbeitnehmerüberlassung oder ein Werkvertrag vorliegt, ist im Hinblick auf die Vielfalt der denkbaren Vertragsgestaltungen durch eine qualitative Gewichtung mehrerer Abgrenzungsmerkmale immer im Einzelfall im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zu treffen (§ 611a Abs. 1 Satz 5 BGB). Als Kriterien dienen dabei maßgeblich das Werkergebnis, Weisungsbefugnis, unternehmerische Dispositionsfreiheit, erfolgsorientierte Abrechnung und Unternehmerrisiko/ Gewährleistung.

2.2

Ein **Dienstvertrag** ist nur in engen Grenzen möglich. Ein solcher liegt nur vor, wenn der dienstleistende Unternehmer die Dienste unter eigener Verantwortung ausführt (Organisation der Dienstleistung, zeitliche Disposition, Zahl der Erfüllungsgehilfen, Auswahl und Eignung der Erfüllungsgehilfen usw.). Das bedeutet insbesondere, dass die Erfüllungsgehilfen in Bezug auf die Ausführung der zu

erbringenden Dienstleistung im wesentlichen frei von Weisungen seitens des Arbeitgeberrepräsentanten des Drittbetriebes sind und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können.

2.3

Zur Ergänzung hinsichtlich der Abgrenzung und deren Bedeutung sowie zur individuellen Beurteilung möchten wir gerne auf die Informationen in WilMa verweisen:

<https://wilma.muenchen.de/pages/dienstaufsicht/apps/wiki/wiki/list/view/6a0fee7b-31de-44a4-9b9a-702ff1fb79eb?currentLanguage=NONE>

3.

Über die rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen der Beteiligungsgesellschaft und der LHM entscheidet somit der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB).

4.

Die Prüfung der Frage, ob eine Arbeitnehmerüberlassung erfolgt oder ein Werkvertrag vorliegt oder es sich vielmehr um ein freies Dienst- oder Arbeitsverhältnis handelt, fällt in die Zuständigkeit der Referate. Aus unserer Sicht sollte dies auch in der aktuellen Lage in der Verantwortung der Referate bleiben, da nur diese den genauen Arbeitseinsatz beurteilen können. Sofern eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, kann ein entsprechendes Vertragsmuster zur Verfügung gestellt werden. Für andere Vertragsarten fällt die vertragliche Gestaltung in die Zuständigkeit des jeweiligen Referats, das diese nutzen möchte.

5.

Sofern neben der Arbeitskraft auch **Geräte** (z.B. LKW, Gabelstapler) der Beteiligungsgesellschaften zum Einsatz kommen sollen, ist nach unserer kurzfristigen Einschätzung im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung ergänzend an einen Leih- oder Mietvertrag zu denken. Die vertragliche Gestaltung für Leihe bzw. Miete von Fahrzeugen/Maschinen fällt auch hier in die Zuständigkeit des jeweiligen Referats, das diese nutzen möchte. Bei Werk- und Dienstverträgen werden die Arbeitskräfte regelmäßig ihr eigenes Material mitbringen und nutzen.

Somit ist bei den Verträgen hinsichtlich Arbeitskräfte und Geräte immer das jeweilige Referat Vertragspartner, das die Arbeitskräfte oder Geräte einsetzen möchte.

Sofern hierbei auch vergaberechtliche Aspekte zu berücksichtigen sind, könnten wir uns vorstellen, dass diese ggf. wegen der Krisensituation zurücktreten. Wir bitten, dies jedoch mit dem Direktorium abzuklären.