

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Urteil vom 27. Juni 2017  
- 9 AZR 133/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:270617.U.9AZR133.16.0

I. Arbeitsgericht  
Berlin

Teilurteil vom 25. November 2014  
- 16 Ca 6379/14 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 5. November 2015  
- 21 Sa 2326/14 -

---

Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerüberlassung

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 133/16

21 Sa 2326/14

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am

27. Juni 2017

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie die ehrenamtliche Richterin Merte und den ehrenamtlichen Richter Lücke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 5. November 2015 - 21 Sa 2326/14 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 25. November 2014 - 16 Ca 6379/14 - wird zurückgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund des AÜG in der am 1. Juni 2003 geltenden Fassung (AÜG aF). 1
- Die Beklagte ist eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt mit Sitz in K und zwei weiteren Sendestandorten in B. Ende 2001 entschied die Beklagte, das Fotoarchiv zu digitalisieren. Ab Anfang 2002 wurde damit begonnen, Fotos einzuscannen. Diese Arbeiten wurden von einer Arbeitnehmerin der Beklagten ausgeführt. 2
- Die Klägerin absolvierte vom 7. Oktober 2002 bis zum 6. Februar 2003 bei der Beklagten in der Abteilung Presse- und Öffentlichkeitsarbeit des Funkhauses B ein Praktikum mit 38,5 Stunden wöchentlich. Im Anschluss an das Praktikum beschäftigte sie die Beklagte bis zum 30. April 2003 als Krankheitsvertretung der für die Betreuung des Fotoarchivs zuständigen Mitarbeiterin mit einer Arbeitszeit von 50 vH einer Vollzeitkraft als „Sachbearbeiterin zur Aushilfe“. 3
- In der ersten Jahreshälfte 2003 entschloss sich die Beklagte, die Betreuung des Fotoarchivs der D Service GmbH (DRS), vormals D Marketing & Service GmbH, zu übertragen. Die DRS ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beklagten mit Sitz in K. Seit 2001 erbringt sie für die Beklagte ua. 4

verschiedene Dienstleistungen im Bereich Programmservice, wie die Versendung von Programmmitschnitten an Hörer, die Erstellung von Programmheften, Hörspielbroschüren, Plakaten und Veranstaltungsprogrammen sowie die Organisation von Veranstaltungen.

Am 23. Mai 2003 unterbreitete die DRS der Beklagten ein Angebot für die Betreuung des Fotoarchivs durch eine „Halbtagskraft“ in der Zeit vom 1. Juni bis zum 31. Dezember 2003 im Umfang von insgesamt 485 Stunden gegen eine Monatspauschale in Höhe von 2.505,83 Euro. Zum Leistungsumfang heißt es in dem Angebot:

- „- Betreuung und Digitalisierung des bereits vorhandenen Bildarchivs
- Aufbereitung von Fotos bei Presseanfragen, für interne Publikationen und den D Internetauftritt
- Erstellung von Standardfotos bei Redaktionsbesuchen und ähnlichen Veranstaltungen“

Unter dem 30. Mai 2003 schloss die DRS mit der Klägerin einen befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. Juni 2003 bis zum 31. Dezember 2003 mit 20 Stunden wöchentlich gegen eine Vergütung nach Gehaltsgruppe IV des Gehaltsrahmen- und Gehaltsabkommens Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen für Nordrhein-Westfalen zuzüglich einer übertariflichen Zulage. Der Arbeitsvertrag enthält ua. folgende Regelungen:

**„§ 1  
Einstellung und Aufgabenbereich**

1. Frau S wird zum 1. Juni 2003 in B als Sachbearbeiterin zur Aushilfe eingestellt.
  2. Der Tätigkeitsschwerpunkt des Angestellten liegt im Bereich des Fotoarchivs.
  3. Der dem Angestellten zugewiesene Aufgabenbereich kann durch die Firma je nach den geschäftlichen Erfordernissen geändert werden. ...
- ...“

Am 25./26. November 2003 vereinbarten die DRS und die Klägerin eine Verlängerung des Arbeitsvertrags bis zum 31. Mai 2005 bei gleichzeitiger

Erhöhung der Arbeitszeit der Klägerin auf 38,5 Stunden pro Woche ab dem 1. Januar 2004.

Die Klägerin führte in der Zeit vom 1. Juni 2003 bis einschließlich 12. März 2004 ua. auch folgende Tätigkeiten aus: 8

- Zusammenstellung der Konzerte für 2004,
- Zusammenstellung und Versendung der hauptsächlich in B stattfindenden Konzerte für die Saison 2003/2004,
- Aktualisierung des Presseverteilers,
- Betreuung des Stands der Beklagten auf der Internationalen Funkausstellung (IFA) 2003,
- Versendung des Logos der Hörfunksender der Beklagten,
- Erstellung eines Konzepts für die Weiterentwicklung des Fotoarchivs in eine Bildredaktion,
- Beschriftung der eigenen und entliehenen Gemälde im Funkhaus B,
- Erarbeitung von Vorschlägen für vertragliche Vereinbarungen mit externen Fotografen,
- Vertretung einer Mitarbeiterin bei den Vorbereitungsarbeiten für ein Konzert in N im Juni 2004,
- Versand von 25 Hörspieltipps, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Klägerin die Hörspieltipps selbst verfasst - wie sie behauptet - oder nur zusammen mit den Fotos aus dem Fotoarchiv versandt hat,
- Verfassen von drei Pressemitteilungen.

Am 6./11. Juni 2003 schlossen die Beklagte und die DRS hierzu eine Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit vom 1. Juni 2003 bis zum 31. Dezember 2003. Darin heißt es ua.: 9

**„LEISTUNGSUMFANG**

Betreuung und Digitalisierung des bereits vorhandenen Bildarchivs

Aufbereitung von Fotos bei Presseanfragen, für interne Publikationen und D Internetauftritten

Erstellung von Standardfotos bei Redaktionsbesuchen, etc.

### **AUFTRAGSWERT**

Der Aufwand beträgt EUR 15.035,00 zzgl. MwSt.

...

### **Zuständigkeiten**

Für alle technischen und organisatorischen Fragen der Vertragsabwicklung ist Herr B, o. V. von unserer Abteilung Presse und Öffentlichkeitsarbeit zuständig.

### **Sonstige Vereinbarungen**

Sie übernehmen die Gewähr für fach- und sachgerechte Ausführung der Arbeiten unter Beachtung wirtschaftlicher Grundsätze.“

Am 10. Dezember 2003 unterbreitete die DRS der Beklagten ein Angebot zur Fortführung des Vertrags mit denselben Leistungen für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2006 in einem zeitlichen Umfang von insgesamt 1.600 Stunden pro Jahr (montags bis freitags zwischen 08:15 Uhr und 16:45 Uhr) gegen eine Jahrespauschale. Am 19. April/21. Juni 2004 schlossen die Beklagte und die DRS eine Rahmenvereinbarung. Darin heißt es auszugsweise:

10

### **„VERTRAGSGEGENSTAND**

Betreuung des Fotoarchives des D Funkhaus B gemäß den Vorgaben und in enger Absprache mit der Abt. Presse und Öffentlichkeitsarbeit

### **LEISTUNGSUMFANG**

Betreuung und Digitalisierung des bereits vorhandenen Bildarchivs

Aufbereitung von Fotos bei Presseanfragen und für interne Publikationen und D Internetauftritte

Erstellung von Standardfotos bei Redaktionsbesuchen, etc.

...

### **Sonstige Vereinbarungen**

Sie übernehmen die Gewähr für fach- und sachgerechte Ausführung der Arbeiten unter Beachtung wirtschaftlicher Grundsätze.“

Die DRS verfügte seit dem 13. März 2004 über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Diese wurde seitdem jeweils verlängert. Am 29. April/3. Mai 2005 vereinbarten die Klägerin und die DRS die unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Für die Zeit ab dem 1. Januar 2007 schlossen die DRS und die Beklagte weitere Rahmenvereinbarungen. 11

Die Klägerin nahm regelmäßig an den im Funkhaus B bei der Beklagten täglich stattfindenden Kurzbesprechungen der Abteilung Kommunikation sowie an den wöchentlich stattfindenden Videokonferenzen der Gesamtabteilung teil. Zu den Besprechungen der Abteilung Programmservice wurde sie von der DRS eingeladen und nahm an diesen teil. 12

Am 19. November 2013 erteilte die DRS der Klägerin für ihre Tätigkeit bei der Beklagten eine Dienstanweisung. 13

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, zwischen ihr und der Beklagten bestehe nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF seit dem 1. Juni 2003 ein Arbeitsverhältnis, da sie für die Beklagte nicht im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags tätig geworden, sondern dieser zur Arbeitsleistung überlassen worden sei. Bereits die Rahmenvereinbarungen zwischen der Beklagten und der DRS zeigten, dass kein Dienstvertrag, sondern gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung vereinbart sei. Es fehle schon am abgrenzbaren Leistungsgegenstand. Die Organisationshoheit über ihre Tätigkeit habe allein bei der Beklagten gelegen. Die in der Rahmenvereinbarung beschriebene Aufgabe sei so weitgehend, dass sie ohne weitere inhaltliche Weisungen nicht ausführbar sei. Der Leistungsgegenstand sei durch den Zusatz „etc.“ offengelassen worden. Die Beklagte habe sie deshalb nach eigenem Bedürfnis einsetzen können. Außerdem seien die ihr übertragenen Arbeiten von Beginn ihrer Tätigkeit an weit über die in der Rahmenvereinbarung beschriebenen Aufgaben hinausgegangen. 14

Sie sei vollständig in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen. Ihre Arbeitsleistung habe sie in deren Räumlichkeiten erbracht. Ihre täglichen Arbeitsaufträge habe sie während der morgendlichen Kurzbesprechungen erhalten oder mündlich auf Zuruf von Herrn Dr. St oder auch telefonisch oder per E-Mail von anderen Mitarbeitern der Abteilung Kommunikation in B und K sowie 15

teilweise auch von anderen Abteilungen. Bildanfragen Dritter seien ihr telefonisch oder per E-Mail weitergeleitet worden. Sie habe die Tätigkeit, die sie im Arbeitsverhältnis als Krankheitsvertretung bei der Beklagten ausgeübt habe, nahtlos fortgeführt, ohne dass sich an der Arbeitsorganisation etwas geändert habe. Urlaubs- und sonstige Abwesenheitszeiten seien mit der Abteilung Kommunikation der Beklagten abgeklärt und von der DRS nur noch formal bestätigt worden.

Im Kontakt mit der DRS sei es stets nur um die formale Abwicklung des Arbeitsverhältnisses gegangen. Eine Organisation für ihre Führung und Anleitung habe die DRS nicht vorgehalten. Anweisungen bezüglich Art, Zeit, Ort oder Inhalt ihrer Tätigkeit habe sie von ihrem disziplinarischen Vorgesetzten bei der DRS nicht erhalten. 16

Auf das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF könne sich die Beklagte nicht berufen, da die Überlassung nicht nur vorübergehend erfolgt sei. 17

Die Klägerin hat, soweit für die Revision von Interesse, beantragt 18  
festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 1. Juni 2003 ein Arbeitsverhältnis besteht;  
hilfsweise festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei allein als Erfüllungsgehilfin im Rahmen des Dienstleistungsvertrags mit der DRS tätig gewesen. Sie sei nicht in ihren Betrieb eingegliedert und ihr gegenüber auch nicht weisungsgebunden gewesen. In den Sitzungen der Abteilung Programmservice der DRS, an denen die Klägerin teilgenommen habe, habe sie über ihre Tätigkeit berichtet und die Urlaubsplanung abgestimmt. Auch habe eine Abstimmung mit der DRS im Hinblick auf die Tätigkeiten und die Arbeitszeit der Klägerin stattgefunden. Bei den der Klägerin von ihren Mitarbeitern erteilten Arbeitsaufträgen handele es sich nicht um Arbeitgeberweisungen, sondern um Einzelabrufe der Dienstleistungen, mit denen sie die DRS beauftragt habe. Soweit die Klägerin einzelne Tätigkeiten ausgeführt haben sollte, welche über den mit der DRS geschlossenen Vertrag hin- 19



ausgehen sollten, habe es sich um untypische Einzelfälle oder bloße Gefälligkeiten gehandelt. Sofern hiervon abweichend Weisungen von ihren Mitarbeitern direkt an die Klägerin ergangen sein sollten, hätten hiervon weder der Vorgesetzte der Klägerin bei der DRS noch deren Geschäftsführer Kenntnis gehabt.

Die von der Klägerin genutzten Räumlichkeiten einschließlich des Inventars habe die DRS von ihr gemietet. Die Fotoausrüstung der Klägerin sei von der DRS angeschafft und bezahlt worden. Sie habe lediglich einzelne zusätzliche Ausrüstungsgegenstände erworben. Im Übrigen müsse ein beauftragtes Unternehmen einen Dienst- oder Werkvertrag nicht notwendig mit eigenen technischen Mitteln erfüllen. 20

Das Arbeitsgericht hat die Klage, soweit für die Revision von Bedeutung, durch Teilurteil abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht dem Hauptantrag stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass der Hilfsantrag keine eigenständige Bedeutung hat. 21

## **Entscheidungsgründe**

A. Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Das klageabweisende Teilurteil des Arbeitsgerichts ist deshalb wiederherzustellen. 22

I. Zwischen den Parteien ist weder ab dem 1. Juni 2003 noch zu einem anderen Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG aF zustande gekommen. Die DRS hat die Klägerin an die Beklagte nicht zur Arbeitsleistung überlassen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob zugunsten der Beklagten das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF eingreifen würde. 23

II. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses bei Fehlen einer Erlaubnis des Verleihers zur Arbeitnehmerüberlassung. Nach dieser Vorschrift gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam ist. Gemäß § 9 Nr. 1 AÜG aF sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG aF erforderliche Erlaubnis hat. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis. 24

III. Diese Voraussetzungen einer Überlassung zur Arbeitsleistung sind hier nicht erfüllt. 25

1. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ist gegeben, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Dabei ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG. Diese ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 29*). 26

Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. 27

In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Dritten verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 30; 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 27; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14*).

Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung iSd. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterscheiden. Die werkvertragliche Anweisung ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Es beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und weiterhin die Motivation des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind (*vgl. BAG 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - zu B II 2 c der Gründe mwN*).

28

Der Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten ist sowohl auf der Grundlage der ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch unter Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Vertrags zu bestimmen (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 32; vgl. auch BAG 15. April 2014 - 3 AZR 395/11 - Rn. 21*). Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäfts-

29

inhalt und damit den Vertragstyp (*BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 15 mwN*). Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (*BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 28; 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 - zu II 1 b der Gründe*). Dafür ist nicht die Häufigkeit, sondern Gewicht und Bedeutung der behaupteten Vertragsabweichung entscheidend (*BAG 9. November 1994 - 7 AZR 217/94 - zu III 2 b der Gründe, BAGE 78, 252*).

Dies gilt allerdings nur dann, wenn die tatsächliche Durchführung von dem Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Parteien umfasst war. Denn die Berücksichtigung der praktischen Vertragsdurchführung dient der Ermittlung des wirklichen Geschäftsinhalts, also der Rechte und Pflichten, von denen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss ausgegangen sind. Die Vertragspraxis lässt aber nur dann Rückschlüsse auf den wirklichen Geschäftswillen der Vertragsparteien zu, wenn die zum Vertragsschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie zumindest billigen (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 45; 15. April 2014 - 3 AZR 395/11 - Rn. 21*). 30

2. Das Landesarbeitsgericht durfte aufgrund seiner tatsächlichen Feststellungen nicht annehmen, die Klägerin sei der Beklagten im Zeitraum vom 1. Juni 2003 bis einschließlich 12. März 2004 zur Arbeitsleistung überlassen worden. 31

a) Es ist zutreffend davon ausgegangen, für die Prüfung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliege, sei allein der Zeitraum vom 1. Juni 2003, an dem die Klägerin ihre Tätigkeit bei der Beklagten aufgrund des Arbeitsvertrags mit der DRS aufgenommen hat, bis einschließlich 12. März 2004, dem Tag, bevor die DRS über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte, maßgeblich. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei Fehlen einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Entgegen der Ansicht der Klägerin reichte auch im Falle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung die erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung aus, um 32

die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF auszuschließen (vgl. BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 15 mwN; 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 25 mwN). § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF kann nicht analog herangezogen werden (vgl. BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 18; 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 28; 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 22, BAGE 146, 384).

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Rahmenvereinbarung vom 6./11. Juni 2003 zwischen der Beklagten und der DRS deute eher auf eine Arbeitnehmerüberlassung als auf einen Werk- oder Dienstvertrag hin. 33

aa) Die Auslegung atypischer Verträge ist grundsätzlich den Tatsachengerichten vorbehalten. Sie kann in der Revision nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt hat oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 37; 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 31). 34

bb) Diesem Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht stand. Es hat bei der Auslegung wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen. Die maßgeblichen Vertragsbestimmungen belegen, dass die Beklagte und die DRS keinen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, sondern einen Dienstvertrag geschlossen haben. 35

(1) Die Rahmenvereinbarung sieht nicht die Überlassung von Personal, sondern die Betreuung des Fotoarchivs vor. Dieser Vertragsgegenstand wird weiter konkretisiert. Aus dem vereinbarten Leistungsumfang ergibt sich die von der DRS zu erbringende Leistung. Es kann dahinstehen, ob die DRS - teilweise - die Erbringung von Werk- oder ausschließlich von Dienstleistungen schuldet. Jedenfalls endet die Verantwortlichkeit der DRS nicht mit der Zurverfügungstellung des Personals. Sie bleibt nach dem Leistungsgegenstand für dessen Erfüllung verantwortlich. Die Klägerin beruft sich ohne Erfolg darauf, der Leistungsumfang sei durch den Zusatz „etc.“ offengelassen worden. Diese Formulierung ersetzt erkennbar den Zusatz „und ähnlichen Veranstaltungen“ im 36

Angebot der DRS und bezieht sich damit auf die Veranstaltungen, bei denen Standardfotos zu erstellen sind. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt aus dem Zusatz deshalb nicht, dass hierdurch die Beklagte berechtigt werden sollte, die Klägerin umfänglich wie eine eigene Arbeitnehmerin nach eigenem Bedürfnis und nach Weisung einsetzen zu dürfen.

(2) Eine Übertragung des Weisungsrechts auf die Beklagte folgt auch nicht aus der Formulierung, dass für alle technischen und organisatorischen Fragen der Vertragsabwicklung Herr B zuständig ist. Im Gegenteil betrifft die Regelung ausdrücklich nur die „technischen und organisatorischen Fragen der Vertragsabwicklung“, also der Abwicklung der Rahmenvereinbarung zwischen der Beklagten und der DRS, nicht aber die Übertragung von Arbeitgeberrechten, insbesondere von Weisungsrechten gegenüber der Klägerin. 37

(3) Der Leistungsumfang ist auch hinsichtlich des zeitlichen Rahmens hinreichend konkret festgelegt. Die Rahmenvereinbarung vom 6./11. Juni 2003 geht von einem Volumen von 485 Stunden und der Erbringung der Leistungen durch eine „Halbtagskraft“ aus. Dass eine Regelung zur konkreten Arbeitszeit in der Rahmenvereinbarung nicht getroffen worden ist, bedeutet nicht, dass es der Beklagten vertraglich zugestanden hätte, die konkrete Lage der Arbeitszeit einseitig zu bestimmen. In der darauffolgenden Rahmenvereinbarung für die Zeit ab 1. Januar 2004 wurden die einzuhaltenden Arbeitszeiten auch nur rahmenmäßig vereinbart (montags bis freitags zwischen 08:15 Uhr und 16:45 Uhr). Daraus folgt aber nicht, dass es der Beklagten zugestanden hätte, die konkrete Lage der Arbeitszeit - in diesem Rahmen - einseitig festzulegen. Die Beklagte wäre sogar vertraglich gehindert gewesen, der Klägerin eine Tätigkeit außerhalb dieses Zeitrahmens zuzuweisen. 38

(4) Die unter „Sonstige Vereinbarungen“ getroffene Haftungsregelung spricht ebenfalls gegen eine Arbeitnehmerüberlassung und für einen Dienstvertrag, zu dessen Erfüllung sich die DRS ihres eigenen Personals als Erfüllungsgehilfen bediente (vgl. hierzu BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 37). Auch wenn es den Parteien eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags freisteht, die Haftung des Verleihers, die sich in der Regel auf ein Auswahlverschulden 39

hinsichtlich der von ihm gestellten Arbeitnehmer beschränkt, im Vertragswege zu erweitern und auf eine Haftung für schuldhaft Schlechtleistungen der von ihm überlassenen Arbeitnehmer auszudehnen (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 43; vgl. Hamann jurisPR-ArbR 11/2013 Anm. 1*), ist eine solche Regelung für eine Arbeitnehmerüberlassung unüblich.

c) Die tatsächliche Durchführung weicht von diesen Vereinbarungen nicht ab. 40

aa) Die Klägerin übernahm nicht im relevanten Umfang kraft Weisung der Beklagten Aufgaben, die nicht vom Leistungsumfang der Rahmenvereinbarungen umfasst waren. Die Beklagte und die DRS vereinbarten unter dem Vertragsgegenstand „Betreuung des Fotoarchives des D Funkhaus B gemäß den Vorgaben und in enger Absprache mit der Abt. Presse und Öffentlichkeitsarbeit“ als Leistungen der DRS die „Betreuung und Digitalisierung des bereits vorhandenen Bildarchivs“, die „Aufbereitung von Fotos bei Presseanfragen und für interne Publikationen und D Internetauftritte“ sowie die „Erstellung von Standardfotos bei Redaktionsbesuchen, etc.“ Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Klägerin Tätigkeiten ausgeführt hat, die über diesen ausdrücklich vereinbarten Leistungsumfang hinausgehen. Dies kann dahinstehen. Selbst wenn dies vereinzelt der Fall gewesen wäre, geht aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht hervor, welches Gewicht diese Arbeiten hatten. Dieses ist aber allein maßgeblich, nicht die Häufigkeit der Tätigkeiten. Ob diese regelmäßig vorkamen, wie das Landesarbeitsgericht meint, ist demgegenüber nicht relevant. Aus den Auflistungen der Klägerin lässt sich nicht entnehmen, ob bzw. welche Tätigkeiten ein Gewicht erreichten, das der vertraglichen Beziehung ihr Gepräge gab, zumal für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten zustande gekommen sein konnte, nur der Zeitraum vom 1. Juni 2003 bis einschließlich 12. März 2004 maßgeblich ist. Allein aus der Ausführung einzelner über den ausdrücklich vereinbarten Leistungsumfang hinausgehender Tätigkeiten kann daher eine vom Vertrag abweichende Handhabung nicht hergeleitet werden. 41

Es ist darüber hinaus nicht festgestellt, dass die Klägerin diese Tätigkeiten auf Weisung oder zumindest mit Wissen und Billigung der Beklagten erbracht hatte. Die Beklagte hat dargelegt, welche Personen zum Vertragsschluss berechtigt gewesen seien, dass diese Personen keine Kenntnis von einer etwaigen von den vertraglichen Vorgaben abweichenden Handhabung gehabt hätten und dass entsprechende Weisungen, sollten sie von Mitarbeitern der Beklagten erteilt worden sein, eigenmächtig erfolgt seien. Die Klägerin hat sich hierzu dahin gehend eingelassen, das von ihr erstellte Konzeptpapier, in dem sie ihre Tätigkeiten dargestellt habe, sei auch dem Geschäftsführer der DRS zur Kenntnis gegeben worden. Diese Argumentation trägt schon deshalb nicht, weil das von der Klägerin selbst erstellte Konzeptpapier keine Rückschlüsse darauf erlaubt, ob bzw. in welchem Umfang sie die genannten Tätigkeiten tatsächlich und auf Weisung der Mitarbeiter der Beklagten ausführt. Im Übrigen hat die Klägerin das Konzeptpapier im November 2003 erstellt und damit nach dem Beginn des behaupteten Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten am 1. Juni 2003. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin zur Akte gereichten Vorlage des Intendanten der Beklagten an den Hörfunkrat, dass „in die DRS keine Tätigkeiten ausgelagert wurden, die ursprünglich von der Abteilung Presse- und Öffentlichkeitsarbeit wahrgenommen wurden“. Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich dem nicht entnehmen, dass in der maßgeblichen Führungsebene der Beklagten Kenntnis darüber bestanden hatte, die Klägerin bleibe - als Arbeitnehmerin der DRS - in die Abteilung Presse- und Öffentlichkeitsarbeit mit ihrem umfangreichen Aufgabengebiet eingegliedert. Die Tätigkeiten der Klägerin, über die der Intendant in Kenntnis gesetzt wurde, betreffen, wie sich aus der von der Klägerin selbst vorgelegten E-Mail vom 5. April 2005 ergibt, lediglich die in der Rahmenvereinbarung bezeichneten Aufgaben.

42

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht, ohne die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen Rückschlüsse daraus gezogen, dass die Klägerin zuvor aufgrund eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten beschäftigt worden war. Entscheidend ist hier, dass die Klägerin zunächst aufgrund eines Arbeitsvertrags mit der Beklagten tätig wurde und danach die Entscheidung getroffen wurde, die Betreuung des Fotoarchivs auf die DRS auszulagern. Dieser Orga-

43



nisationsentscheidung in Verbindung mit dem Umstand, dass die Klägerin über einen Zeitraum von einem Monat weder bei der Beklagten noch bei der DRS beschäftigt war, kommt entscheidende Bedeutung zu. Es liegt sowohl eine organisatorische als auch eine zeitliche Zäsur vor, die einen Rückschluss von den - teilweise sowohl während des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten als auch während des Arbeitsverhältnisses mit der DRS - von der Klägerin ausgeführten Tätigkeiten auf eine Arbeitnehmerüberlassung nicht zulässt.

cc) Die DRS war nicht aufgrund fehlender technischer und personeller Ausstattung zur Erfüllung dienst- oder werkvertraglicher Unternehmerpflichten und zur Erteilung fachbezogener Weisungen außerstande. 44

(1) Für die Abgrenzung, ob ein Dienst- oder Werkvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist auch auf die Unternehmensstruktur des Dienstleistungserbringers bzw. Werkunternehmers abzustellen. Dieser muss über die betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen verfügen, eine vertraglich vereinbarte Dienst- oder Werkleistung zu erbringen und den hierfür eingesetzten Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen. Insgesamt muss das Unternehmen eine Struktur aufweisen, die ihm eine Tätigkeit ermöglicht, die über die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern hinausgeht und ihn in die Lage versetzt, die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen zu treffen. Fehlt es daran und ist zudem der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt, dass er erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor (*BAG 9. November 1994 - 7 AZR 217/94 - zu III 2 b der Gründe mwN, BAGE 78, 252*). Besteht die Leistung des Unternehmers auch in personeller Hinsicht nur darin, dass er einzelne Arbeitnehmer dem Auftraggeber zur Verfügung stellt, ohne dass hierfür in relevantem Umfang Dispositionen oder Planungen erforderlich sind, fehlt es unter Umständen ganz an einer unternehmerischen Dienstleistung. Je weniger auch auf der personellen Seite eine eigene unternehmerische Initiative vorliegt, umso eher ist bei eingeschränkter unternehmerischer Sachverantwortung die Annahme nahe liegend, dass es sich bei der vertraglichen Abrede tatsächlich um eine 45

Arbeitnehmerüberlassung handelt (*BAG 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - zu B IV 1 der Gründe*).

(2) Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die DRS hat - dies hat das Landesarbeitsgericht ausdrücklich und für das Revisionsgericht bindend festgestellt - weitere Dienstleistungen für die Beklagte mit eigenen Mitarbeitern erbracht. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, die DRS habe nicht über die betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen verfügt, eine vertraglich vereinbarte Dienst- oder Werkleistung zu erbringen und den hierfür eingesetzten Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen. 46

dd) Die Klägerin war nicht vollständig in den Betrieb der Beklagten eingegliedert. 47

(1) Die Arbeitnehmerüberlassung unterscheidet sich von sonstigen Erscheinungsformen des drittbezogenen Personaleinsatzes, auf die das AÜG nicht anwendbar ist, durch das Erfordernis der vollständigen Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers, der den Arbeitnehmer seinen Vorstellungen und Zielen gemäß innerhalb seiner Betriebsorganisation wie eigene Arbeitnehmer zur Förderung seiner Betriebszwecke einsetzt (*BAG 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - zu I 3 der Gründe, BAGE 87, 186*). 48

(2) Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Die Klägerin hat zwar ihre Tätigkeit innerhalb der bei der Beklagten üblichen Arbeitszeiten und in festgelegten Räumlichkeiten erbracht. Es ist aber nicht festgestellt, dass die Beklagte ihr konkrete Weisungen zur Lage und Verteilung der Arbeitszeit erteilt hatte. Dass die Klägerin sowohl an Besprechungen der Beklagten als auch an solchen der DRS teilgenommen hat, spricht jedenfalls nicht dafür, dass sie vollständig in den Betrieb der Beklagten wie ein Arbeitnehmer der Beklagten eingegliedert gewesen wäre. Gegenstand der Sitzungen bei der DRS waren auch der Inhalt der Tätigkeit der Klägerin sowie Arbeitszeiten und die Urlaubsplanung. Eine vollständige Eingliederung in den Betrieb der Beklagten, die der eines eigenen Arbeitnehmers der Beklagten gleichkommt, hat demnach nicht stattgefunden. 49

Es kommt auch nicht darauf an, mit wessen Arbeitsmitteln die Klägerin 50  
ihre Aufgaben erfüllt hat. Selbst wenn diese von der Beklagten zur Verfügung  
gestellt worden sein sollten, wie dies die Klägerin behauptet, kann hieraus nicht  
auf eine Arbeitnehmerüberlassung geschlossen werden. Ein Unternehmer  
muss einen Dienst- oder Werkvertrag nicht notwendig mit eigenen technischen  
Mitteln erfüllen (*BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 35*).

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 51

Brühler

Suckow

Krasshöfer

Merte

Martin Lücke