

# Urteil Az. 3 Sa 1749/12\*

LAG Hamm

24. Juli 2013

## Tenor

- 1 Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 05.12.2012, 6 Ca 1016/12, wird zurückgewiesen.
- 2 Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
- 3 Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand

- 4 Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses des Klägers zur Beklagten infolge unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung.
- 5 Der Kläger war ab dem 05.08.2008 bei der Firma K1 C1 GmbH, die im ersten Rechtszug zunächst auch vom Kläger in Anspruch genommen worden war, beschäftigt. Grundlage der Beschäftigung war ein schriftlicher Vertrag vom 04.08.2008, nach dem der Kläger als Hilfskraft mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von 39 Stunden in der Woche ausschließlich für das Objekt "A1 Systems" beschäftigt wurde. Der ursprünglich bis zum 31.12.2008 befristete Vertrag wurde sodann unter dem 12.11.2008 bis zum 04.08.2010 verlängert, seit dem 27.07.2010 wird der Vertrag unbefristet fortgeführt.
- 6 Zuletzt war der Kläger mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von 19,25 Stunden beschäftigt.
- 7 Vor Abschluss des Arbeitsvertrages wurde der Kläger personalverantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten vorgestellt, wobei die Einzelheiten der Vorstellung

---

\*<http://openjur.de/u/642715.html> (= openJur 2013, 35479)

unter den Parteien streitig sind.

- 8 Der Kläger ist schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 50. Seit dem 07.03.2011 bezieht er eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung.
- 9 Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund arbeitgeberseitiger Kündigung vom 23.05.2012.
- 10 Unternehmensgegenstand der Fa. K1 C1 GmbH ist im Wesentlichen die Erbringung von Reinigungsleistungen im Rahmen von Werk-/Dienstverträgen. Sie verfügt nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß §1 Abs. 1 S. 1 AÜG.
- 11 Diese schloss mit inhaltsgleichen Verträgen vom 11.07.2001 und vom 11.07.2002-der Grund für das Vorhandensein zweier Verträge mit unterschiedlichen Daten war nicht aufklärbar - mit der B1 S1 GmbH eine Rahmenvereinbarung über den Betrieb eines Dienstleistungszentrums.
- 12 Die von der Vertragsarbeitgeberin des Klägers hierin übernommenen Leistungen sind in §3 wie folgt definiert:

13

### §3 LEISTUNGEN DER AUFTRAGNEHMERIN

14 1. Umfang der Leistungen des Dienstleistungszentrums

15 Die Auftragnehmerin wird auch folgende, in Anlage 3 näher beschriebenen Leistungen erbringen:

16 &61656; Unterhaltsreinigung

17 &61656; Sonderreinigung

18 - Sanitär-Hygienerreinigung

19 - Großküchenhygiene

20 - Teppichbodenreinigung

21 - Industriereinigung

22 - Maschinen- und Industrieanlagenreinigung

23 - Außenanlagen: Reinigung von Betriebsflächen, Zufahrten und Parkplätzen

24 - Dachflächenreinigung und Dachflächenkontrollen

- 25    §61656; Glas- und Fassadenreinigung
- 26    §61656; Entsorgung im Rahmen des Reinigungsdienstes
- 27    §61656; Wäsche- und Textilreinigung
- 28    §61656; Gründienst "Innenbegrünung"
- 29    §61656; Gründienst "Außenbegrünung"
- 30    §61656; Winterdienst
- 31    §61656; Sonderbereiche
- 32    - Schädlingsbekämpfung
- 33    - Veranstaltungsdienst (Umräum- und Service-Leistung)
- 34    - Büromaterialverteilung und Kopier(papier)service
- 35    - Wartungsarbeiten im Vorbeugenden Brandschutz
- 36    ...
- 37    2. Die jeweilige Leistung wird von der Auftraggeberin durch Einzelauftrag beauftragt. Ein Muster eines Einzelauftrages findet sich in Anlage 6. Die Einzelaufträge können in Leistungsverzeichnissen (vgl. Muster in Anlage 7) zusammengefasst werden."
- 38    Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen Bl. 1101 ff. und 1462 ff. GA Bezug genommen.
- 39    Aufgrund der Rahmenvereinbarung waren die unter dem Bereich der A1 AG im B1 Konzern angesiedelten Gesellschaften in der Lage, durch Buchung einzelner Module auf Grundlage der Rahmenvereinbarung die Dienstleistungen der Fa. K1 C1 GmbH in Anspruch zu nehmen.
- 40    Dieser Rahmenvereinbarung schloss sich die Beklagte mit Bestätigungsschreiben vom 22.10.2003 an.
- 41    Die Beklagte beauftragte im Oktober 2003 die Fa. K1 C1 GmbH mit Dienstleistungen der Gebäudereinigung.
- 42    Darüber hinaus nahm die Beklagte die Fa. K1 C1 GmbH auch mit Arbeiten im Bereich des Facility Managements in Anspruch.

- 43 Die Fa. K1 C1 GmbH setzte bei der Beklagten als Objektleiter den Mitarbeiter F1 ein. Dieser war jedoch auch Objektleiter für die Fa. K1 C1 GmbH an mehreren Standorten in G1.
- 44 Die Beklagte unterhält einen eigenen Facility Management Bereich, in dem drei eigene Mitarbeiter unter der Führung von Frau S2 beschäftigt sind. Zusätzlich wurden bis zu drei Mitarbeiter der Fa. K1 C1 GmbH in dieser Abteilung tätig.
- 45 Ab dem 05.08.2008 wurde der Kläger von der Beklagten im Bereich Facility Management schwerpunktmäßig mit den Tätigkeiten Wareneingang, Poststelle eingesetzt. Zu einem späteren Zeitpunkt, nach Angaben des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24.07.2013 acht bis zehn Wochen nach Aufnahme der Tätigkeit, nach Angaben der Beklagten gegen Ende 2008, kamen Hausmeistertätigkeiten hinzu.
- 46 Eine schriftliche Niederlegung des Leistungsumfangs im Bereich des Facility Managements erfolgte zunächst nicht.
- 47 Im November 2010 wurde anhand des Arbeitsplatzes des Klägers ein Leistungsverzeichnis für die Tätigkeiten Wareneingang, Poststelle sowie die Hausmeister-tätigkeiten aufgestellt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage Bl. 1110, 1111 GA Bezug genommen.
- 48 Mit Wirkung ab 01.03.2012 boten die Vertragsarbeiterin und die K1 P1 S3 GmbH & Co. KG dem Kläger einen Überleitungsvertrag an, wonach der Kläger von der K1 P1 S3 GmbH & Co. KG übernommen werden sollte. Diese bot dem Kläger mit Wirkung vom gleichen Tage an, dass sich die Rechte und Pflichten nach Tarifverträgen für die Zeitarbeitsbranche richten.
- 49 Beide Angebote lehnte der Kläger ab.
- 50 Dem Kläger war für seine Tätigkeit ein Arbeitsplatz in einem Büro zur Verfügung gestellt, welches vollständig mit Betriebsmitteln der Beklagten ausgestattet war. Die Ausstattung umfasste auch einen Computer mit Anschluss an das betriebsinterne Netzwerk der Beklagten. Vor dem Büro war ein Namensschild mit dem Namen des Klägers und dem Namen einer Frau R1 (Mitarbeiterin der Fa. K1 C1 GmbH) angebracht. Der Kläger nutzte für Botendienste auch Fahrzeuge der Beklagten obwohl die Fa. K1 C1 GmbH eigene Fahrzeuge am Standort vorhielt.
- 51 Der Kläger erhielt von der Beklagten zumindest eine Windjacke gestellt, welche auch anderen Mitarbeitern der Beklagten im Facility Management überlassen wurden. Ob dem Kläger auch Sicherheitsschuhe überlassen wurden, ist unter den Parteien streitig.
- 52 Für Urlaubsvertretungen wurden Mitarbeiter der Fa. K1 C1 GmbH eingesetzt,

die zuvor vom Kläger eingewiesen wurden. Die Zeiten des Urlaubs wurden jedoch mit den Mitarbeitern der Beklagten dahingehend abgestimmt, dass die Mitarbeiterin B2 parallel anwesend war, um die Vertretungskräfte unterstützen zu können.

- 53 In seiner Funktion als Hausmeister wurde der Kläger jedenfalls teilweise direkt von den Mitarbeitern der Beklagten bzgl. der zu erledigenden Arbeiten (z. B. einem Glühbirnenwechsel) angesprochen.
- 54 Der von der Fa. K1 C1 GmbH eingesetzte Objektleiter F1 wurde hier nicht zwischengeschaltet. Dies erfolgte zum Teil auch deshalb, weil die die Dienstleistungen anfordernden Mitarbeiter mit der Abteilungsleiterin S2 den Einsatz des Klägers bereits abgestimmt hatten.
- 55 Neben seinen Tätigkeiten in der Warenannahme, Poststelle bzw. als Hausmeister war der Kläger ab einem späteren Zeitpunkt auch für die sogenannten RZ-Sichtkontrollen zuständig.
- 56 Die Beklagte unterhält Server mit mehreren 1000 Datenbanken. Um die Feuergefahr im Serverraum zu senken, werden regelmäßig Kontrollen durchgeführt, um Gegenstände, die in dem Raum nicht benötigt wurden, zu entfernen bzw. entfernen zu lassen.
- 57 Die Beklagte richtete hierfür eine Emailadresse ein. Hier konnten Mitarbeiter der Beklagten in dem Rechenzentrum entdeckte Gegenstände melden, die dann im Folgenden entweder vom Kläger oder aber von anderen Mitarbeitern der Beklagten, welche ebenso wie der Kläger Zugriff auf den Account hatten, entfernt wurden.
- 58 Der Kläger war im Jahr 2011 weitgehend arbeitsunfähig.
- 59 Im Rahmen einer Wiedereingliederung wurden dem Kläger durch die Leiterin des Facility-Managements der Beklagten Tätigkeiten im Bereich der Schlüsselverwaltung zugewiesen; der Hintergrund der Zuweisung ist unter den Parteien streitig.
- 60 Nachdem der Kläger mit seiner am 24.04.2012 bei Gericht eingegangenen Klage zunächst die Beklagten und seine Vertragsarbeitgeberin dahingehend verklagt hatte, festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten seit dem 05.08.2008 ein Arbeitsverhältnis besteht, gesamtschuldnerisch ihm nach §10 AÜG zustehende Lohn- und Gehaltszahlungen nachzuzahlen, ihm einen angemessenen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, eine angemessene Entschädigung zu zahlen, sein Arbeitsverhältnis durch arbeitgeberseitige Kündigung nicht aufgelöst worden ist, hat der Kläger zuletzt nur noch die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten begehrt.

- 61 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, zwischen ihm und der Beklagten bestehe seit dem 05.08.2008 ein Arbeitsverhältnis. Dies folge aus der gesetzlichen Fiktion des §10 Abs.1 S. 1 AÜG.
- 62 Seine Vertragsarbeitgeberin verfüge, insoweit unstrittig, nicht über die erforderliche Erlaubnis gemäß §1 Abs.1 S.1 AÜG.
- 63 Er sei auch nicht im Rahmen eines Werkvertrages überlassen worden.
- 64 Bei Erbringung seiner Leistungen sei er vielmehr vollständig in die Betriebsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen. Auch das Weisungsrecht sei ausschließlich seitens der Beklagten ausgeübt worden. Er habe zum Objektleiter F1 seiner Vertragsarbeitgeberin nur sporadisch Kontakt gehabt.
- 65 Seine Vertragsarbeitgeberin sei gar nicht in der Lage gewesen, die komplexe Dienstleistung im Rahmen eines Dienstvertrages zu erbringen.
- 66 Allein die äußeren Umstände sprächen für eine Eingliederung in die Organisation der Beklagten.
- 67 Diese habe ihm sämtliche Betriebsmittel zur Verfügung gestellt, ihm insbesondere unwidersprochen ein eigenes Büro mit Telefonanschluss, einen PC mit Zugang zum Internet, ein Diensthandy und einen nicht personalisierten E-Mail-Account zur Verfügung gestellt. Ob auch ein Zugang zum Intranet bestand, ist unter den Parteien streitig.
- 68 Gleiches gelte für sonstige Arbeitsmittel wie Behältnissen, Büromaterial, Flurförderzeugen, einem ersten Paar Sicherheitsschuhe und spezieller T-Shirts.
- 69 Von Anfang an sei er von Mitarbeitern der Beklagten angewiesen, geschult und beauftragt worden. Die einzige Weisung des Objektleiters F1 habe darin bestanden, das zu tun, was ihm seitens der Beklagten aufgetragen werde. Von ihm habe er keine einzige arbeitsbezogene Anweisung erhalten.
- 70 Eine direkte Weisungsgebundenheit habe nicht nur gegenüber Frau S2, sondern auch gegenüber den anderen Arbeitnehmern der Beklagten im Gebäudeservice und letztlich gegenüber jedem Arbeitnehmer der Beklagten bestanden, wie sich aus einer Vielzahl von Anforderungen und Aufgabestellungen ergebe, die aus zu den Akten gereichten E-Mails ersichtlich seien. Diese ergäben seine vollständige Einbindung in die betrieblichen Abläufe.
- 71 Auch habe er zu festgelegten Zeiten die Post zu sortieren, zu verteilen und zu versenden gehabt.
- 72 Ihm sei es sogar, insoweit unstrittig, mit einer E-Mail vom 20.11.2008 gestattet

worden, eine zusätzliche Kraft der K1 C1 GmbH eigenständig zu ordern.

- 73 Bei seiner Vertragsarbeitgeberin habe man nicht das Geringste von seiner Tätigkeit gewusst, ihn vielmehr aufgefordert, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen.
- 74 Zuvor sei die Stelle auch mit internen Mitarbeitern besetzt gewesen; Personallengpässe seien dadurch überbrückt worden, dass Reinigungskräfte der K1 C1 GmbH, die ohnehin bei der Beklagten eingesetzt gewesen seien, angelernt worden seien.
- 75 Das gesamte System an der Warenannahme sei auf die internen und zeitlichen Abläufe der Beklagten abgestimmt gewesen.
- 76 Dabei sei es der Beklagten auch wichtig gewesen, nicht in Kleidung des Vertragsarbeitgebers zu arbeiten, daher seien ihm Poloshirts mit der Aufschrift der Beklagten zur Verfügung gestellt worden.
- 77 Ferner habe er unstreitig über eine elektronische Zutrittsberechtigungskarte verfügt und sei mit Schlüsseln ausgestattet gewesen.
- 78 Die Beklagte habe ihm auch sehr verantwortungsvolle Tätigkeiten wie das Schlüsselmanagement übertragen.
- 79 Sämtliche Mitarbeiter der Beklagten hätten mit der formalen Bezeichnung "Warenannahme 200" ihn persönlich identifiziert.
- 80 Im Laufe des Arbeitsverhältnisses eingetretene Lohnerhöhungen seien dadurch zustande gekommen, dass er mit personalverantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten Lohnverhandlungen geführt habe. Die Stundenverrechnungssätze mit der K1 C1 GmbH seien dann entsprechend angepasst worden.
- 81 Schließlich sei er zu Feiern eingeladen worden und ihm seien Präsente zur Anerkennung seiner Arbeit überreicht worden.
- 82 Eine ausreichende Vertragsgrundlage habe es letztlich für seinen Einsatz nicht gegeben, insbesondere seien Einzelbeauftragungen nicht erkennbar.
- 83 Der Kläger hat zuletzt nach Rücknahme der Klage gegen die K1 C1 GmbH und der Klage gegen die Beklagte im Übrigen beantragt,
- 84 festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten seit dem 05.08.2008 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.
- 85 Die Beklagte hat beantragt,
- 86 die Klage abzuweisen.

- 87 Sie hat die Auffassung vertreten, ein Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bestehe aufgrund gesetzlicher Fiktion nicht, es habe keine illegale Arbeitnehmerüberlassung gegeben.
- 88 Ein Arbeitsvertrag sei unstreitig nicht geschlossen worden. Auch die Voraussetzungen der Fiktion des §10 Abs.1 S.1 AÜG seien nicht gegeben. Vielmehr sei zwischen ihr und der K1 C1 GmbH zunächst mündlich auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung mit der B1 S1 GmbH aus dem Jahr 2001 eine Erweiterung des Werk/Dienstvertrages im Hinblick auf die vom Kläger ausgeführten Tätigkeiten erfolgt. Die Arbeitgeberin des Klägers sei mit Aufgaben im Bereich des Facility-Managements betraut worden. Entsprechend habe diese für sie ein Leistungsverzeichnis über die Aufgaben des Klägers als Ergänzung zum Werkvertrag erstellt. Danach sei der Kläger vornehmlich mit Aufgaben des Wareneingangs, der Postverteilung und einfacher Hausmeistertätigkeit betraut gewesen. Der Rahmenvertrag und das Leistungsverzeichnis seien dabei die Grundlage für die Beschäftigung des Klägers gewesen.
- 89 Soweit der Kläger zur Ausführung von konkreten Weisungen direkt von Mitarbeitern der Beklagten zu 1) angesprochen worden sei, so habe es sich hierbei lediglich um die Konkretisierung der im Leistungsverzeichnis abgestimmten Gewerke gehandelt. Keinesfalls habe es sich um eine Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechtes gehandelt. Es sei gerade Teil der Leistung gewesen, technische Hausmeistertätigkeit auszuführen
- 90 Fachlicher und persönlicher Vorgesetzter des Klägers sei jederzeit Herr F1 gewesen.
- 91 Soweit Telefon und Handy überlassen worden seien, sei dies zur Erfüllung des Werkvertrages erforderlich gewesen. Ein E-Mail-Account sei ferner nicht personalisiert gewesen, das System weise ihn ab November 2010 zudem als Externen aus.
- 92 Im sog. "Ticketsystem", mit dem Störungen zentral gemeldet würden, habe der Kläger selbst nicht gearbeitet; er habe die Aufträge mündlich oder separat per Mail erhalten, Mitarbeiter des Facility-Managements hätten dann das Ticket im System bearbeitet.
- 93 Lohnverhandlungen habe der Kläger nie mit ihr geführt.
- 94 Urlaub sei ausschließlich mit der Vertragsarbeitgeberin abgestimmt worden.
- 95 Sie habe dem Kläger auch keine Arbeitskleidung in Form von Poloshirts und einer Windjacke zur Verfügung gestellt. Hierbei habe es sich um Give-Aways aus Veranstaltungen gehandelt, die der Kläger auf Nachfrage ebenso erhalten habe wie andere Mitarbeiter. Letztlich sei es darum gegangen, den finanziell nicht so



gut gestellten Kläger zu unterstützen.

- 96 Soweit der Kläger auf die Schlüsselverwaltung verweise, so sei dies nur zu Zeiten erfolgt, an denen er im Rahmen einer Wiedereingliederung mit gesundheitlichen Einschränkungen tätig gewesen sei. Im Hinblick auf die fehlende Belastbarkeit sei er mit diesen Tätigkeiten betraut worden.
- 97 Hinsichtlich der Tätigkeiten in der RZ-Sichtkontrolle ergebe sich aus dem schließlich im November 2010 niedergelegten Leistungsverzeichnis, dass dies zu den vertraglich vereinbarten Aufgaben gehöre.
- 98 Mit Urteil vom 05.12.2012 hat das Arbeitsgericht dem Feststellungsbegehren des Klägers entsprochen.
- 99 Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klage sei zulässig, der Kläger verfüge insbesondere über ein Feststellungsinteresse gemäß §256 Abs.1 ZPO.
- 100 Die Klage sei auch begründet. Zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehe aufgrund der Fiktion des §10 Abs.1 S. 1 AÜG i.V.m. §9 Nr.1 AÜG ab dem 05.08.2008 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.
- 101 Hiernach gelte ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer gemäß §9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Dies sei der Fall, wenn der Verleiher nicht die nach §1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung besitzt.
- 102  
Über eine solche verfüge die Arbeitgeberin des Klägers nicht.
- 103 Beim Einsatz des Klägers durch diese bei der Beklagten handele es sich auch um eine Arbeitnehmerüberlassung.
- 104 Nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz stelle eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG dar. Diese sei 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 Arbeitnehmerüberlassungsvertrages sei die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesen 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 habe.

105

Über die rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheide der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspreche. Der Geschäftsinhalt könne sich dabei sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprüchen sich beide, sei die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend.

106

Als Indizien für das Bestehen einer Arbeitnehmerüberlassung seien nach älterer Rechtsprechung die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Beschäftigungsunternehmens, die Übernahme von Tätigkeiten, die vormalig von Arbeitnehmern des Beschäftigungsbetriebes ausgeführt wurden, die Stellung von Material und Werkzeug durch das Beschäftigungsunternehmen, die Bereitstellung von Arbeits-/Sicherheitskleidung, die Koordination des Einsatzes mit der Arbeit im Beschäftigungsunternehmen und die Integration in die Arbeitsorganisation des Beschäftigungsunternehmens angesehen worden. Sodann habe die Rechtsprechung im Wesentlichen nur noch auf die Eingliederung in den Fremdbetrieb und die Ausübung des Weisungsrechts abgestellt.

107

Bei einer Gesamtbetrachtung der einzelnen Umstände zu der Bewertung ergebe sich, dass der Kläger nicht im Rahmen eines Werkvertrages für die Beklagte tätig gewesen, sondern als Arbeitnehmer an diese überlassen worden sei.

108

Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Arbeitgeberin des Klägers über die Überlassung des Klägers als Arbeitnehmer existiere nicht. Die Kammer habe insoweit zugunsten der Beklagten als richtig unterstellt, dass von Anbeginn der Überlassung des Klägers zwischen den Beklagten die mündliche Übereinkunft bestand, dass der Kläger bezüglich der Leistungen, wie es sich aus dem von der Beklagten vorgelegten Leistungsverzeichnis aus November 2010 ergebe, auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung mit der B1 S1 GmbH aus dem Jahr 2001 habe erfolgen sollen.

109

Die praktische Vertragsdurchführung widerspreche jedoch diesem Ergebnis.

110

Der Kläger arbeite unstreitig mit Mitarbeitern der Beklagten zusammen, er sei gemeinsam mit zwei Mitarbeitern der Beklagten der Abteilungsleiterin S2 im Facility Management unterstellt. Der Kläger habe zudem nach seinem unbestrittenen Vortrag Tätigkeiten erbracht, die zuvor von eigenen Mitarbeitern der Beklagten wahrgenommen worden seien. Die Beklagte habe ihm auch vollständig Material und Werkzeug für die Erledigung seiner Aufgaben zur Verfügung gestellt. Gleiches gelte für Sicherheitskleidung in Form von Sicherheitsschuhen. Die Tätigkeit des Klägers sei auch mit der Beklagten koordiniert und er in den Betriebsablauf integriert gewesen.

111

Die K1 C1 GmbH und der Kläger hätten keine Möglichkeit, den Ablauf der

Arbeitstätigkeit selbst zu bestimmen. Aufgrund seiner Aufgabenstellung wie beispielsweise Warenannahme, Poststelle oder Botendienste sei er aufgrund der betrieblichen Abläufe gezwungen, diese Tätigkeiten dann auszuführen, wenn sie aufgrund der betrieblichen Organisation der Beklagten auszuführen seien.

- 112 Auch wenn nur noch auf die Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechtes abzustellen sei, führe dies zu der gefundenen Bewertung.
- 113 Die Eingliederung liege wie geschildert vor.
- 114 Für die Integration des Klägers in den Betriebsablauf spreche auch der Umstand der Urlaubshandhabung. Schließlich stütze auch der Einstellungsvorgang die Bewertung, dass eine Arbeitnehmerüberlassung vorliege.
- 115 Letztlich sei auch das arbeitgeberseitige Weisungsrecht entgegen der ausdrücklichen Vereinbarung im Leistungsverzeichnis aus dem November 2010 ausschließlich seitens der Beklagten ausgeübt worden.
- 116 Der Kläger habe insoweit vorgetragen, dass ihm seitens des eingesetzten Objektleiters F1 keinerlei Weisungen im Hinblick auf die Durchführungen und Organisation seiner Arbeit erteilt worden seien. Hierzu habe die Beklagten nicht substantiiert Stellung genommen. Letztlich ergebe sich die Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechtes aus der faktischen Handhabung der Beschäftigung des Klägers.
- 117 Voraussetzung für die Annahme, dass die dem Kläger von den Mitarbeitern der Beklagten gegebenen Arbeitsaufforderungen lediglich Konkretisierungen der Dienstvertragsleistung seien, erfordere, dass eine werk-/dienstvertragsfähige und abgrenzbare Leistung vereinbart worden ist. Dies sei nicht vollständig der Fall.
- 118 Gegen das unter dem 07.12.2012 zugestellte Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe im Übrigen Bezug genommen wird, hat die Beklagte unter dem 14.12.2012 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 07.03.2013 unter dem 01.03.2013 begründet.
- 119 Sie verbleibt bei ihrer Auffassung, es habe keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen.
- 120 Für die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Dienst-/Werkverträgen habe das Arbeitsgericht zu Unrecht Kriterien aus älterer Rechtsprechung zugrunde gelegt. Das maßgebliche, nunmehr von der Rechtsprechung angewandte Prüfungsverfahren habe das Arbeitsgericht nicht vollständig wiedergegeben.
- 121 Die ausdrückliche Vereinbarung stelle hier einen Werk-/Dienstvertrag dar.
- 122 Richtigerweise sei dann die tatsächliche Vertragsdurchführung zu prüfen; diese

entscheide, wenn sie von den vertraglichen Vereinbarungen abweiche. Erst dann sei auf einer dritten Stufe eine Gesamtbetrachtung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen, um atypische Fälle herauszufiltern.

- 123 Die vom Arbeitsgericht herangezogenen Indizien seien ihrer Meinung nach nicht ausreichend, um das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung zu stützen.
- 124 Die Vorstellung des Klägers bei ihr möge im Rahmen eines Werk-/Dienstvertrages ungewöhnlich sein, dies sei aber auch bei Arbeitnehmerüberlassung nicht anders. Die Personalauswahlentscheidung habe zudem allein die K1 C1 GmbH getroffen. Das Vorstellen sei lediglich ein "Akt der Höflichkeit".
- 125 Dienstkleidung habe sie nicht gestellt, auch keine Sicherheitsschuhe. Der Kläger sei, so behauptet die Beklagte des Weiteren, durch Herrn F1 mit Dienstbekleidung ausgestattet worden. Sie verbleibt im Übrigen bei ihrer Behauptung, einige T-Shirts habe der Kläger lediglich als sog. Give-Aways erhalten. Auch sei dem Kläger keineswegs bedeutet worden, keine Dienstkleidung der K1 C1 GmbH zu tragen.
- 126 Das Stellen von Schutzkleidung sei ohnehin kein Indiz mehr für Arbeitnehmerüberlassung. Selbst das Stellen von Material und Werkzeug besitze allenfalls einen geringen Aussagewert.
- 127 Eine Unterstellung unter Frau S2 habe es, so behauptet die Beklagte weiterhin, nicht gegeben. Dabei sei ihrer Auffassung nach auch ohne Bedeutung, dass die Tätigkeit des Klägers zuvor von eigenen Mitarbeitern wahrgenommen worden sei.
- 128 Eine Koordination der Tätigkeit des Klägers mit ihr habe es nicht gegeben. Wenn sich Termine aus dem zu erfüllenden Auftrag ergeben hätten, habe sich dies aus dem Auftrag/der Werkleistung selbst ergeben und sei kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung. Dieser Umstand sei nicht anders zu beurteilen, als wenn in der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarung selbst detaillierte zeitliche Vorgaben vorgesehen gewesen seien. Unrichtig sei die Behauptung des Klägers, in enger und ständiger Gemeinschaft mit zwei Arbeitnehmerinnen in der von Frau S2 geleiteten Abteilung tätig gewesen zu sein.
- 129 Das Arbeitsgericht habe sich zudem nicht damit auseinandergesetzt, dass vertragsgegenstandsbezogene Anweisungen für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung nicht relevant seien.
- 130 Insoweit sei auch die Behauptung des Klägers nicht zutreffend, ihm seien durch ihre Mitarbeiter täglich unzählige Weisungen erteilt worden. Der Arbeitsort habe festgestanden, den Zeitpunkt der Erledigung von Aufgaben habe der Kläger selbst bestimmt.

- 131 Die Veränderung der Tätigkeit des Klägers während der Wiedereingliederung sei in Abstimmung mit der Vertragsarbeitgeberin des Klägers erfolgt.
- 132  
Überstundenanordnungen durch sie habe es nicht gegeben.
- 133 Auch eine Handhabung bezüglich des Urlaubs spreche nicht für eine Integration des Klägers. Urlaub sei dem Kläger von seiner Vertragsarbeitgeberin gewährt worden, er sei während des Urlaubs von deren Arbeitnehmern vertreten worden. Soweit sie, die Beklagte, Wert darauf gelegt habe, dass eine bestimmte ihrer Arbeitnehmerinnen während dieser Zeit anwesend gewesen sei, habe dies keine rechtliche Bedeutung.
- 134 Richtig sei, dass ihre Mitarbeiter auch unmittelbar auf den Kläger mit der Bitte um Erledigung von Hausmeisterdiensten, Versandarbeiten und Ähnlichem zugegangen seien; hierbei sei es jedoch immer um werkbezogene und nicht um arbeitsrechtliche Anweisungen gegangen. Anweisungen habe der Kläger aber auch vom zuständigen Objektleiter F1 der K1 C1 GmbH erhalten. Dieser habe sich auch um die Einarbeitung des Klägers gekümmert. Auch nach der Einarbeitungsphase habe dieser den Kläger im Durchschnitt zwei- bis dreimal im Monat kontaktiert. Der Objektleiter F1 habe auch dafür gesorgt, dass der Kläger sich Ende 2010/Anfang 2011 in ärztliche Behandlung begeben habe.
- 135 Was später im Leistungsverzeichnis gestanden habe, sei bereits zuvor seit Aufnahme der Tätigkeit durch den Kläger mündlich zwischen ihr und der K1 C1 GmbH, so behauptet die Beklagte, abgesprochen gewesen.
- 136 Der maßgebliche Dienst-/Werkvertrag sei abgeschlossen worden durch die Bestätigung der K1 C1 GmbH vom 22.10.2003. Damit sei der Vertrag zu den Bedingungen der Rahmenvereinbarung abgeschlossen worden. Dass sich die später im Leistungsverzeichnis niedergelegten Arbeiten nicht in §3 der Rahmenvereinbarung wiederfänden, habe seinen Grund allein darin, dass diese Aufgaben im Jahre 2002 noch keine Rolle gespielt hätten. Der Inhalt des Werkvertrages sei Mitte 2008 im Einzelnen festgelegt worden. Es sei typisch für Outsourcing-Werkverträge/Dienstverträge, dass die Leistung in einer Rahmenvereinbarung mit einem gleichzeitig oder später abgeschlossenen Leistungsverzeichnis festgelegt werde. Richtig sei dabei allerdings, dass der Auftrag nicht dem Muster entspreche, das als Anlage 6 der Rahmenvereinbarung beigelegt gewesen sei.
- 137 Die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung sei erst überschritten, wenn die Arbeitnehmer der Fremdfirmen ihre Arbeit im Betrieb allein nach Weisung des Auftraggebers ausführten. Es sei eine vollständige Verlagerung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts erforderlich. In vielen Fällen habe sich Frau S2, so behauptet die Beklagte, zunächst mit Herrn F1 abgestimmt und die Anweisung sei direkt durch Herrn F1 erfolgt. Beispielhaft hierfür sei eine E-Mail vom 28.12.2011.

- 138 Soweit das Arbeitsgericht auf die Aufgabe der Unterstützung des Gebäudeservice abstelle, sei diese Tätigkeit ausreichend bei der Nennung der Hausmeistertätigkeit in der "Anlage zum Werkvertrag" umschrieben. Solche Aufgaben ließen sich nicht abschließend umschreiben. Auch die Ausführung von RZ-Sichtkontrollen sei im Leistungsverzeichnis erwähnt.
- 139 Schließlich sei im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, dass die K1 C1 GmbH zur Erfüllung ihrer eigenen Unternehmenszwecke eine eigene Betriebsorganisation habe und die K1-Gruppe ein Facility-Services-Partner sei, der umfassende Vertragslösungen anbiete.
- 140 Selbst wenn man von einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ausgehe, stehe damit aber noch nicht fest, dass dies bereits seit dem 05.08.2008 der Fall gewesen sei.
- 141 Die Beklagte beantragt,
- 142 das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 05.12.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen.
- 143 Der Kläger beantragt,
- 144 die Berufung zurückzuweisen.
- 145 Er verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil dahingehend, damit sei zutreffend ein von der Rechtsprechung entwickeltes dreistufiges Prüfungsschema zugrunde gelegt worden. Selbst wenn im Wesentlichen auf die Eingliederung eines Mitarbeiters abzustellen sei, bedürfe es einer Berücksichtigung aller für die Einordnung wesentlichen Umstände.
- 146 Unrichtig sei allerdings schon die Annahme des Arbeitsgerichts, die Beklagte habe mit der K1 C1 GmbH etwas vereinbart, was der äußeren Form nach einen Werk-/Dienstvertrag darstelle. Ein abgrenzbarer Werkerfolg liege nicht vor. Die Rahmenvereinbarung erfülle solche Voraussetzung nicht. Auch das Bestätigungsschreiben vom 22.10.2003 stelle keinen Werk-/Dienstvertrag dar.
- 147 Gleiches gelte seiner Meinung nach schließlich für das Leistungsverzeichnis. Dieses weise schon einige Merkwürdigkeiten auf, was zur Annahme führe, es sei zusammengebastelt worden. Auch entspreche es nicht im Ansatz den Voraussetzungen der Rahmenvereinbarung. Insbesondere fehle ein zuzuordnender, abgrenzbarer Leistungsumfang. Das Arbeitsgericht gehe daher schon von einer falschen zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarung aus. Eine Abweichung der Vertragspraxis zur ausdrücklichen Vereinbarung habe es nie gegeben.
- 148 Der Kläger bestreitet hierzu mit Nichtwissen, dass die von ihm bei der Beklagten

ausgeübten Tätigkeiten bereits Mitte 2008 mündlich als Leistungsinhalt eines Werkvertrages vereinbart worden seien. Ebenso bestreitet der Kläger mit Nichtwissen, dass in der Leistungsbeschreibung lediglich das niedergelegt worden ist, was seit Mitte 2008 vereinbart worden sei.

- 149 Auch unter Berücksichtigung einer Gesamtbetrachtung liege eine Arbeitnehmerüberlassung vor.
- 150 Allein die Aufforderung der Beklagten gegenüber der K1 C1 GmbH, Kandidaten sich vorstellen zu lassen, mache deutlich, dass sich die Beklagte vorbehalten habe, die Auswahl selbst zu treffen.
- 151 Der Kläger verbleibt des Weiteren bei seiner Behauptung, ihm seien Sicherheitsschuhe, zehn Poloshirts und eine Wetterjacke als Dienstkleidung gestellt worden. Es habe sich nicht um Werbeprodukte gehandelt. Die Gestellung von Sicherheitsschuhen habe die Beklagte erstinstanzlich selbst eingeräumt, lediglich eine Inrechnungstellung gegenüber der K1 C1 GmbH behauptet, was er jedoch mit Nichtwissen bestreite.
- 152 Richtig sei des Weiteren die Feststellung des Arbeitsgerichts, er habe mit Mitarbeitern der Beklagten zusammengearbeitet. Sein Arbeitseinsatz sei von der Abteilungsverantwortlichen S2 oder der Mitarbeiterin B2 angeleitet worden. Dies belege, wie stark er in die Betriebsabläufe integriert gewesen sei. Anweisungen hinsichtlich der Art der zu verrichtenden Tätigkeit, sämtliche zeitlichen Vorgaben und die Reihenfolge der zu erledigenden Arbeiten habe er ausschließlich von der Beklagten erhalten. Zwar sei es bei seiner Tätigkeit vereinzelt auch um werkbezogene Hinweise gegangen, meist habe es jedoch täglich personenbezogene und damit arbeitsrechtliche Weisungen gegeben.
- 153 Der Beklagten gelinge es demgegenüber, gerade mal eine E-Mail vorzulegen, wonach Anweisungen mit dem Objektleiter F1 abgestimmt gewesen seien.
- 154 Dessen Kümmern um seinen Gesundheitszustand habe sich darauf beschränkt, ihm während dessen zufälliger Anwesenheit eine Empfehlung für eine orthopädische Praxis zu geben.
- 155 Um seine Wiedereingliederung habe sich die K1 C1 GmbH zudem überhaupt nicht gekümmert. Vielmehr sei ihm eine zumutbare Tätigkeit gerade durch Frau S2 zugeteilt worden. In diesem Zusammenhang habe sie seinen Einsatz in der Schlüsselverwaltung und in der Pflege der Schließpläne geplant.
- 156 Ebenso sei es, so behauptet der Kläger ferner, seit Beginn der Tätigkeit zur Anordnung von Überstunden gekommen.
- 157 Auch mache seiner Meinung nach die Notwendigkeit der Anwesenheit der Mitarbeiterin B2 während seines Urlaubs deutlich, dass eine Abstimmung des Ur-

laubswunsches mit der Beklagten erforderlich gewesen sei.

- 158 Schließlich sei es auch die Beklagte gewesen, die mit ihm über Vergütungserhöhungen gesprochen und diese gegenüber der K1 C1 GmbH durchgesetzt habe.
- 159 Letztlich sei es für einen Mitarbeiter eines Werkunternehmens oder Dienstleisters ungewöhnlich, dass er ermächtigt werde, selbst darüber zu entscheiden, ob zusätzliches Personal benötigt werde.
- 160 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## Gründe

- 161 Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.
- 162 A.
- 163 Durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen nicht.
- 164 Die Berufung ist statthaft gemäß §§8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 2 c) ArbGG.
- 165 Die Berufung ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§517 ff. ZPO.
- 166 B.
- 167 Die Berufung der Beklagten ist jedoch nicht begründet.
- 168 Das Arbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, infolge unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung sei ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits kraft gesetzlicher Fiktion zustande gekommen.
- 169 I. Die Klage ist zulässig.
- 170 Dem Kläger steht für die begehrte Feststellung das nach §256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse zur Seite.
- 171 1. Nach §46 Absatz 2 Satz 1 ArbGG, §256 Absatz 1, 1. Alternative ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden, wenn ein rechtliches Interesse daran besteht, dass das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt wird.
- 172 Ein solches Feststellungsinteresse ist dabei dann zu bejahen, wenn ein Rechts-



verhältnis zwischen den Parteien streitig ist und ein rechtliches Interesse an der Feststellung gegeben ist.

- 173 Ein rechtliches Interesse ist wiederum dann anzunehmen, wenn eine tatsächliche Unsicherheit besteht, diese durch die erstrebte gerichtliche Entscheidung beseitigt werden kann und dieses Interesse auch an alsbaldiger Feststellung besteht.
- 174 2. Da die Parteien über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses und damit eines Rechtsverhältnisses zwischen ihnen streiten und ein mögliches Arbeitsverhältnis nicht allein in der Vergangenheit bestanden haben kann, ist ein rechtliches Interesse zu bejahen (hierzu BAG 24.05.2006, EzA AÜG §10 Fiktion Nr. 14; BAG 18.01.2012, 7 AZR 723/10, juris). Infolge der unterschiedlichen Auffassungen der Parteien zum Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist eine rechtliche Unsicherheit gegeben, die durch die erstrebte Feststellung geklärt werden kann.
- 175 II. Das Feststellungsbegehren des Klägers ist auch begründet.
- 176 Das Arbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, zwischen den Parteien liege aufgrund gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis vor.
- 177 1. Nach §10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach §9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Nach §9 Nr. 1 AÜG ist der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach §1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat.
- 178 §1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bestimmt insoweit, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen.
- 179 2. Die Parteien streiten nicht darüber, dass die Vertragsarbeitgeberin des Klägers, die K1 C1 GmbH, nicht über eine Erlaubnis nach §1 AÜG verfügt.
- 180 3. Der Kläger war der Beklagten auch von Aufnahme seiner Tätigkeit an aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zur Arbeitsleistung durch die Vertragsarbeitgeberin überlassen.
- 181 a) Nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz stellt eine Arbeitnehmerüberlassung iSd AÜG dar.
- 182 aa) Eine solche ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertragli-

chen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet (BAG 03.12.1997, EzA AÜG §1 Nr. 9; BAG 19.03.2003, EzA AÜG §1 Nr.12).

- 183 Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd §1 Abs.1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen.
- 184 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 auswählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG 22.06.1994, EzA AÜG §1 Nr.4; BAG 03.12.1997, aaO). Voraussetzung für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung ist daher zumindest, dass der Arbeitnehmer aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung seines Arbeitgebers gegenüber dem Dritten zur Förderung von dessen Betriebszwecken in irgendeiner Weise innerhalb der Betriebsorganisation des Dritten und nicht weiterhin allein für seinen Arbeitgeber tätig wird (BAG 22.06.1994, aaO).
- 185 Eine Überlassung zur Arbeitsleistung liegt erst vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Betrieb eines Dritten erbringt und dieser als Entleiher den Arbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie einen eigenen Arbeitnehmer einsetzt. Die Arbeitskräfte müssen daher voll in den Betrieb des Dritten eingegliedert sein (BAG 25.10.2000, EzA AÜG §10 Nr.10).
- 186 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.
- 187 bb) Von der Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags zu unterscheiden. 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 im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Dritunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen der Weisung des Arbeitgebers 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 Werkes erteilen. Er kann daher solche Anweisungen erteilen, die sich auf die Ausführung, nicht aber das Werk selbst beziehen. Die Ausführung ausschließlich werkvertraglicher Befugnisse und der damit verbundenen Kontroll- und Überprüfungsrechte

schließt das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung aus, allerdings muss die Weisung des Werkbestellers gegenständlich begrenzt auf das konkrete Werk sein (BAG 22.06.1994, aaO; BAG 03.12.1997, aaO; BAG 13.08.2008, EzAÜG AÜG §10 Fiktion Nr.121; BAG 18.01.2012, aaO).

- 188 Gleiches gilt für Dienstverträge (BAG 18.01.2012, aaO).
- 189 b) Über die rechtliche Einordnung eines Vertrags ist nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge maßgeblich; ebenso wenig ist entscheidend die gewählte Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht; entscheidend ist vielmehr der Geschäftsinhalt. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Ausführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, 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 Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp (BAG 30.01.1991, EzA AÜG §10 Nr. 3; BAG 13.08.2008, aaO).
- 190 Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts aber nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Nicht allein eine Häufigkeit, sondern Gewicht und Bedeutung einer Vertragsabweichung sind dabei maßgeblich (BAG 09.11.1994, aaO).
- 191 Dabei muss diese abweichende Vertragspraxis den aufseiten der Vertragspartner zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt gewesen und von ihnen zumindest geduldet worden sein; denn sonst kann eine solche, möglichen schriftlichen Vereinbarungen widersprechende Vertragsdurchführung nicht als Ausdruck des wirklichen Geschäftswillens der Vertragspartner angesehen werden (BAG 30.01.1991, aaO; BAG 06.08.2003, aaO; BAG 18.01.2012, aaO). Eine tatsächliche Vertragsdurchführung muss vom Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Arbeitgeber umfasst sein (BAG 13.08.2008, aaO). Rückschlüsse auf den wirklichen Vertraginhalt sind nur möglich, wenn die zum Vertragsschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie billigen (BAG 27.01.1993, EZAÜG AÜG §10 Fiktion Nr. 75).
- 192 c) Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast gilt ein abgestuftes System:
- 193 Ein Arbeitnehmer, der die vertragliche Vereinbarung zwischen den beiden Arbeitgebern nicht kennt, muss zunächst Tatsachen vortragen, die eine Würdigung zulassen, wonach der Arbeitnehmer einem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen ist.

- 194 Sodann ist es Sache des Entleihers, seinerseits Tatsachen darzulegen, die gegen das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sprechen. Er muss darlegen, genügt aber auch seiner Darlegungslast, wenn er die eine werkvertragliche Vereinbarung begründenden Tatsachen vorträgt (BAG 13.08.2008, aaO). Hat der Arbeitnehmer schlüssig eine Durchführung der zwischen Entleiher und Vertragsarbeitgeber getroffenen Vereinbarung vorgetragen, die einer Arbeitnehmerüberlassung entsprechen, muss der Entleiher substantiiert darlegen, dass es sich bei der getroffenen Vereinbarung um einen Werkvertrag handelt oder vortragen, dass die ggfs abweichende Vertragsdurchführung den zum Vertragsschluss berechtigten Personen unbekannt geblieben ist. Dabei bedarf es auch der Darlegung, welche Vertragsbedingungen insoweit vereinbart worden sind (BAG 13.08.2008, aaO).
- 195 d) Unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien hat der Kläger ausreichend Tatsachen vorgetragen, die darauf schließen lassen, dass die zwischen der Beklagten und der Vertragsarbeitgeberin des Klägers getroffenen Vereinbarungen auf die Überlassung des Klägers als Arbeitskraft gerichtet waren.
- 196 aa) Dafür sprechen zum einen Umstände im Zusammenhang mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der K1 C1 GmbH und der Begründung der Vereinbarung über die Tätigkeit des Klägers zwischen dieser und der Beklagten.
- 197 (1) Für die Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und der Vertragsarbeitgeberin des Klägers war nach eigener Darlegung der Beklagten eine Rahmenvereinbarung zwischen der B1 S1 GmbH und der Vertragsarbeitgeberin maßgeblich, ohne dass für die Entscheidung des Rechtsstreits von Bedeutung war, ob eine solche verbindlich schon mit Datum vom 11.07.2001 oder erst am 11.07.2002 abgeschlossen worden ist; denn jedenfalls bestand eine solche zum Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit durch den Kläger. Diese beinhaltet in §3 eine Aufzählung des Umfangs der Leistungen, die durch die K1 C1 GmbH zu erbringen sind. Zu diesen erfassten Leistungen zählen diejenigen nicht, die der Kläger bei der Beklagten erbracht hat.
- 198 Dieser Umstand schließt es zwar nicht aus, dass auch Abreden über außerhalb der Rahmenvereinbarung liegende Leistungen oder Gewerke getroffen werden können, darauf kommt es aber im Bereich der vom Kläger zu verlangenden Darlegung von für Arbeitnehmerüberlassung sprechenden Indizien nicht an, indiziell aber spricht die Durchführung von Leistungen, die nicht in der Rahmenvereinbarung erfasst sind, dafür, dass Inhalt der vorgesehenen Tätigkeit des Klägers kein abgrenzbares Werk oder eine abgrenzbare Dienstleistung war. Wenn die Beklagte dazu im Übrigen ausführt, typisch für Outsourcingwerkverträge/Dienstverträge sei, dass die Leistung in einer Rahmenvereinbarung mit einem gleichzeitig oder später abgeschlossenen Leistungsverzeichnis festgelegt würden, verdeutlicht dies, dass eben ein abgrenzbares Werk oder eine abgrenz-

bare Dienstleistung noch nicht vorgelegen haben, sondern der Inhalt durch die Beklagte beim Einsatz des Klägers erst näher festgelegt werden sollte.

- 199 (2) Dafür spricht des Weiteren der Umstand, dass entgegen der Rahmenvereinbarung auch kein schriftlicher Einzelauftrag oder ein schriftliches Leistungsverzeichnis gefertigt worden sind, für die die Rahmenvereinbarung gesonderte Muster in der Anlage vorsieht. Auch daraus wird indiziell erkennbar, dass eine umgrenzte Leistung des Klägers nicht vereinbart war, sondern die Beklagte im täglichen Ablauf die Aufgaben des Klägers im Einzelnen bestimmen können sollte. Dann aber lässt sich nicht mehr davon sprechen, der Beklagten habe lediglich das Recht eingeräumt werden sollen, Weisungen bezüglich der Ausführung, nicht aber der Art der Werk- oder Dienstleistung zu erteilen.
- 200 (3) Dafür spricht ferner der Umstand, dass die Tätigkeit des Klägers im Bereich der Hausmeistertätigkeiten nicht von Beginn der Tätigkeitsaufnahme an zu den Aufgaben des Klägers gehörte, sondern erst nachträglich hinzugekommen ist. Hat die Beklagte ihm diese Aufgaben zugewiesen und gehen sowohl die Beklagte, als auch die Vertragsarbeitgeberin des Klägers nach der gefertigten „Anlage“ zum Werkvertrag davon aus, dass dies zu den Aufgaben des Klägers gehörte, stellt dieser Umstand ein Indiz dafür dar, dass die Beklagte den Inhalt der Tätigkeit auch seiner Art nach im Laufe der Beschäftigung inhaltlich festgelegt und bestimmt hat. Ob dem eine mögliche Abrede zugrunde lag, ist im Rahmen der Feststellung von Indizien noch ohne Bedeutung.
- 201 (4) In diesem Rahmen ist auch zu berücksichtigen, dass nach eigener Darlegung der Beklagten die Vertragsarbeitgeberin des Klägers ein Unternehmen der K1-Gruppe ist, die den Vertragspartnern Vertragslösungen im Bereich des Cleaning und auch des Facility-Management anbietet. Wenn dann die K1 C1 GmbH Aufgaben des Facility-Managements durchführen lässt außerhalb dessen, was inhaltlich Gegenstand der Leistungsbeschreibung in einer Rahmenvereinbarung ist, spricht auch dies dafür, dass die Art der Leistung erst durch die Beklagte bestimmt werden sollte.
- 202 (5) Schließlich ist die Vorstellung des Klägers bei der Beklagten vor Vertragsschluss mit der Vertragsarbeitgeberin ein Indiz dafür, dass der Kläger zur Arbeitsleistung überlassen werden sollte,
- 203 Im Rahmen eines Werkvertrages und/oder eines Dienstvertrages ist es mehr als unüblich, dass der eingesetzte Arbeitnehmer bereits vor Vertragsschluss dem Vertragspartner „vorgestellt“ wird. Eine solche Vorstellung macht nur Sinn, wenn die Beklagte jedenfalls auch darüber befinden will, ob die vorgestellte Person ihren Vorstellungen entspricht. Gerade wenn es sich, wie die Beklagte betont, um eine „einfache“ Dienstleistung gehandelt hat, ist ein Vorstellen vor Vertragsschluss nicht nur als Akt der Höflichkeit - dies hätte auch ohne Weiteres nach Abschluss eines Vertrages erfolgen können - zu werten, sondern als Handlung, die dafür spricht, dass der Einsatz an der vorgesehenen Stelle personifiziert war

und die Beklagte den Kläger in ihrem Verantwortungsbereich mit Arbeiten betrauen wollte.

- 204 bb) Für die Vereinbarung, den Kläger zur Arbeitsleistung zu überlassen, sprechen ferner einige Umstände im Zusammenhang mit der Durchführung des Vertragsverhältnisses.
- 205 (1) Der Kläger hatte die Arbeitszeiten einzuhalten, die ihm von der Beklagten vorgegeben waren.
- 206 Dies allein mag kein Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung sein, ist aber in der Gesamtheit mit den anderen für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechenden Umständen zu berücksichtigen.
- 207 (2) Über eine eigenständige Organisation verfügte die Vertragsarbeitgeberin innerhalb des Betriebes der Beklagten nur in eingeschränkter Weise.
- 208 Der Objektleiter F1 der K1 C1 GmbH war unwidersprochen für eine Vielzahl von Arbeitnehmern seines Arbeitgebers zuständig. Wenn die Beklagte ausführt, der Objektleiter habe nach der Einarbeitung des Klägers diesen zwei- bis dreimal monatlich kontaktiert, zeigt dies, dass der Inhalt der Tätigkeit erst durch die Beklagte festgelegt worden ist und die Vertragsarbeitgeberin damit einverstanden war.
- 209 Da die hausmeisterlichen Tätigkeiten zudem erst zu einem späteren Zeitpunkt zu den Aufgaben des Klägers hinzugekommen sind, macht dies des Weiteren erkennbar, dass diese inhaltlich durch die Beklagte bestimmt worden sind und ihr durch die K1 C1 GmbH diese Freiheit überlassen war.
- 210 (3) Jedenfalls auch hat der Kläger Einzelaufträge oder Aufgabenstellungen durch Mitarbeiter der Beklagten direkt erhalten. Damit war auch klargestellt, dass diese durch den Kläger abgearbeitet werden sollten und die Beklagte von solcher Erfüllung auch ausging.
- 211 (4) Wenn auch die Vereinbarung über die Erhöhung der Vergütung des Klägers nicht mit der Beklagten zustande gekommen ist, spricht deren "Verhandeln" für den Kläger gegenüber der Vertragsarbeitgeberin ebenfalls dafür, dass die Beklagte den Kläger als bei ihr eingegliedert angesehen hat.
- 212 (5) Ferner ist als Indiz bei der Durchführung des Vertrages zu werten, dass die Arbeitnehmerin S2 dem Kläger im Rahmen dessen Wiedereingliederung nach langer Arbeitsunfähigkeit eine Tätigkeit zugewiesen hat, die jedenfalls nicht Inhalt einer möglichen ursprünglichen Vereinbarung war. Dies spricht erheblich dafür, dass die Beklagte berechtigt sein sollte, die Arbeitsaufgabe des Klägers erst zu bestimmen. Ob dies mit der Vertragsarbeitgeberin des Klägers abgesprochen war, ist im Rahmen der sich anschließenden Darlegungslast der Beklagten

von Bedeutung, ist aber im Bereich der Vortragslast des Klägers, Indizien für die Vereinbarung einer Arbeitnehmerüberlassung darlegen zu müssen, zunächst ohne Bedeutung.

- 213 (6) Für eine Überlassung des Klägers zur Arbeitsleistung spricht ebenso, dass der Kläger nach einer E-Mail vom 20.11.2008 berechtigt sein sollte, eigenständig ohne nähere Rücksprache in einem bestimmten Umfang eine weitere Kraft einzusetzen.
- 214 Wenn in dieser Mail ferner davon gesprochen wird, dadurch solle dem Kläger geholfen werden, die Prozesse im Bereich der WA200 effizient zu gestalten, zeigt dies, dass ein konkreter Dienstleistungsinhalt oder ein konkretes Werk nicht abgesprachen waren.
- 215 (7) Es konnte daher dahingestellt bleiben, aufgrund welcher Verfahrensweise die Urlaubsgewährung an den Kläger erfolgte und ob ihm, ggf. in welchem Umfang, Sicherheitsschuhe und sonstige Dienstkleidung gestellt worden ist; allein die vorgenannten Indizien sprechen ausreichend für die Vereinbarung einer Arbeitnehmerüberlassung.
- 216 cc) Letztlich ist insoweit von Bedeutung, dass die Vertragsarbeitgeberin des Klägers versucht hat, das Vertragsverhältnis des Klägers auf eine Personalservicegesellschaft innerhalb der K1-Gruppe überzuleiten und den Inhalt des Vertrages einem Tarifvertrag für die Zeitarbeitsbranche zu unterwerfen. Soweit keine weitere Erklärung vonseiten der Beklagten dazu erfolgt ist, insbesondere zu dem Hintergrund dieses Versuchs, spricht dieses Vorhaben erheblich dafür, dass die Tätigkeit des Klägers von vornherein auf eine Arbeitnehmerüberlassung ausgerichtet war.
- 217 Dabei kann es dahinstehen, ob dieser Umstand allein bereits ausreichend wäre, auf eine beabsichtigte Arbeitnehmerüberlassung von Beginn an zu schließen; jedenfalls in der Gesamtschau aller Indizien ist dies ein Umstand, der in besonderer Weise auf den Inhalt der vertraglichen Abrede zwischen Beklagter und Vertragsarbeitgeber des Klägers schließen lässt.
- 218 e) Demgegenüber hat die Beklagte keinen Vortrag erbracht, dass der Abschluss eines Werkvertrages oder eines Dienstvertrages gegeben ist.
- 219 aa) Die Beklagte hat sich hierzu auf die Darlegung beschränkt, alles das, was in der nachträglichen Leistungsbeschreibung und "Anlage" zum Werkvertrag aufgeführt sei, gebe wieder, was zwischen ihr und der K1 C1 GmbH vereinbart worden sei.
- 220 Hierbei handelt es sich um einen lediglich pauschal gehaltenen Vortrag, der in keiner Weise erklärt, wann zwischen wem insoweit welche Abreden getroffen worden sind.

- 221 Hierzu bedurfte es auch gerade deswegen einer konkreten Darlegung, weil die hausmeisterlichen Tätigkeiten des Klägers erst im Laufe seiner Tätigkeit hinzugekommen sind und daher nicht bei Aufnahme der Tätigkeit bereits abgesprochen gewesen sein können.
- 222 Gleiches gilt für den Vortrag der Beklagten, die Zuweisung geänderter Tätigkeit im Rahmen der Wiedereingliederung sei mit der Vertragsarbeitgeberin abgestimmt gewesen.
- 223 bb) Auch das Vorhandensein einer erst erhebliche Zeit nach Tätigkeitsaufnahme erstellten Leistungsbeschreibung macht nicht klar, was ursprünglich oder im Laufe der Tätigkeit zwischen wem konkret vereinbart war.
- 224 4. Aufgrund der zu berücksichtigenden Indizien für das Vorliegen einer Abrede über die Gestellung des Klägers zur Arbeitsleistung und der fehlenden Darlegung der Beklagten zu den zugrunde liegenden Abreden lag die Fallgestaltung der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung auch bereits ab Aufnahme der Tätigkeit durch den Kläger vor.
- 225 C.
- 226 Die Beklagte hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels gemäß §97 Abs. 1 ZPO zu tragen.
- 227 Gründe für die Zulassung der Revision bestanden nach §72 Abs. 2 ArbGG nicht. Es handelt sich um die Entscheidung über einen einzelfallbezogenen Sachverhalt anhand der durch die Rechtsprechung vorgegebenen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Eine grundsätzliche Entscheidung darüber, wie weit ein Werk oder eine Dienstleistung abgegrenzt vereinbart werden müssen, um die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung nicht zu überschreiten, ist damit nicht verbunden.