

# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 9

## Urlaub und Krankheit bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis

### 1. Das Problem

Bei drittbezogenem Personaleinsatz auf Werkvertragsbasis kommt es entscheidend darauf an, dass der Werkunternehmer die zur Erreichung des Erfolges notwendigen Handlungen selbst organisiert und der Besteller gegenüber den Arbeitnehmern des Vertragspartners keinerlei Arbeitgeberbefugnisse, insbesondere kein arbeitsrechtliches Direktionsrecht ausübt. In Fällen von Urlaub und Krankheit hat sich ein Werkvertragsarbeitnehmer daher auch in erster Linie mit seinem Arbeitgeber - dem Werkunternehmen abzustimmen. Weisungsrechte des Einsatzbetriebes hinsichtlich der Urlaubsgewährung des Fremdpersonals werden von Teilen der Literatur als werkvertragsuntypisch angesehen, weil darin die Unterwerfung unter die zeitlich-örtliche Disposition des Einsatzbetriebes zum Ausdruck komme. Die Dispositionskompetenz in zeitlich-örtlicher Hinsicht sei Teil der arbeitsvertragstypischen „Personalhoheit“ (vgl. Greiner, Stefan: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung - Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697 (700)). Wenn der Werkvertragsarbeitnehmer jedoch Leistungen an Gebäuden, Einrichtungen, Maschinen und Anlagen erbringt, die in hohem Maße zeitgebunden sind, ergibt sich daraus auch eine praktische Notwendigkeit, den Urlaub des Werkvertragsarbeitnehmers mit dem Einsatzbetrieb abzustimmen. Manche Stimmen der Literatur halten solche Absprachen über die zeitliche Lage des Urlaubs von Fremdfirmenleuten nach Belangen des Einsatzbetriebes nicht nur für praktisch sinnvoll, sondern für generell unbedenklich. Die Gewährung von Freizeiten und die Festlegung des Urlaubs betreffe weniger den konkreten Arbeitseinsatz als die Person des Arbeitnehmers. Absprachen hinsichtlich des Urlaubs sprächen deshalb weder für noch gegen eine Arbeitnehmerüberlassung (Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2012, § 1 Rn 162). Im Ergebnis ähnlich äußert sich die Rechtsprechung.

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

In einem vom Bundesarbeitsgericht 1991 entschiedenen Fall hatte der Kläger vorgetragen, er sei nicht auf Basis eines Werkvertrages, sondern im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden. Begründet hatte er dies unter anderem damit, dass er seinen Urlaubsantrag zunächst von einem Mitarbeiter des Stammbetriebes habe abzeichnen und genehmigen lassen müssen und die Genehmigung durch seinen Werkvertragsarbeitgeber danach reine Formsache gewesen sei. Dazu führte das Bundesarbeitsgericht aus, dass daraus, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub mit dem Dritten, bzw. dessen Arbeitnehmern abstimmen müsse, sich nicht ohne weiteres schließen lasse, dass Arbeitnehmerüberlassung vorliege. Derartige Abstimmungen könnten ebenso wie die über die Lage der Arbeitszeit durch Art und Inhalt der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistung bedingt sein. Dies könne insbesondere der Fall sein, wenn diese Leistungen an Gebäuden, Einrichtungen, Maschinen oder Anlagen zu erbringen seien, die in hohem Maße zeitgebunden benutzt oder eingesetzt werden. Diese Rechtsprechung hat das BAG in einem Urteil von 1997 nochmals bestätigt. Auch eine Entscheidung des LAG Düsseldorf von 2007 liegt auf dieser Linie.

Nach einer Entscheidung des LAG Hamm aus dem Jahr 2006 besteht auch kein Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung, wenn im Rahmen eines drittbezogenen Personaleinsatzes ein Dienstopder Werkvertragsmitarbeiter im Falle eines Urlaubswunsches zunächst bei seinem Dienst- oder Werkvertragsarbeitgeber anruft und ihm dort erklärt wird, er solle die Frage mit dem Einsatzbetrieb abklären, so dann könne er den Urlaub antreten. Nach LAG Hamm bedeutet die Bitte, den Urlaubswunsch mit den entsprechenden Leuten des Einsatzbetriebes abzuklären, nicht, dass dem Einsatzbetrieb hierdurch die arbeitsrechtliche Befugnis zur Gewährung von Urlaub übertragen worden sei. Das Werkvertragsunternehmen habe seinen Arbeitnehmer lediglich darum gebeten, die Urlaubszeit mit dem Einsatzbetrieb als ihrem Vertragspartner abzustimmen. Dies sei bei längerfristigen Einsätzen im Rahmen von Werk- bzw. Dienstverträgen durchaus üblich und spreche nicht für die vollständige Eingliederung des Klägers in die betriebliche Organisation des Einsatzbetriebes wie im Falle der Arbeitnehmerüberlassung. Auch wenn ein Werkvertragsunternehmen den Einsatzbetrieb über Urlaubszeiten und Erkrankungen eines Werkvertragsarbeitnehmers informiere, sei dies bei langfristigen Einsätzen im Rahmen von Werk- bzw. Dienstverträgen nicht ungewöhnlich.

Vorsicht ist allerdings im umgekehrten Fall geboten: Wenn Werkvertragsarbeitnehmer nicht selbst Urlaub nehmen, sondern ausgefallene Stammarbeitnehmer des Einsatzbetriebes ersetzen, liegt, wie das LAG Berlin-Brandenburg 2012 festgestellt hat, wegen einer bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis nicht zulässigen Vermischung von Fremd- und Stammkräften eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis ergibt sich daraus, dass gewisse Abstimmungen hinsichtlich des Urlaubs mit dem Werkvertragsrecht vereinbar sind. Eine illegale Arbeitnehmerüberlassung liegt aber regelmäßig vor, wenn Drittpersonal Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen für das Stammpersonal macht.

**Autoren:** Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal,  
Christian Andorfer und Michael Rothenhöfer,  
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit - AWZ  
M7, 3 (Alte Reichsbank)  
68161 Mannheim,  
0621 - 391 80 100 (T.)  
info@werkvertrag-zeitarbeit.de  
www.werkvertrag-zeitarbeit.de