Oliver Timmermann

# Die Beweisnot des Arbeitnehmers bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung

**Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Werkvertrag beschäftigt schon seit geraumer Zeit die juristische Diskussion[1]. Eine neue Qualität hat diese Auseinandersetzung spätestens durch die Novelle des AÜG[2] erhalten, mit der einige der vormals geltenden Liberalisierungen in der „Leiharbeitbranche" wieder zurückgenommen bzw. eingeschränkt worden sind[3]. So wurde mit § 3a AÜG eine Lohnuntergrenze aufgenommen, die nicht mehr durch tarifvertragliche Vereinbarungen i.S.d. § 9 Nr. 2 AÜG unterschritten werden darf[4]. Die AÜG Reform war u.a. eine Reaktion auf Missstände in der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung, die immer häufiger auch die Massenmedien erreichten[5]. Interessiert daran, die eigenen Personalkosten dauerhaft niedrig zu halten, werden viele Unternehmen am Trend zum Werkvertrag mit seinen günstigeren, nicht am „equal pay"-Grundsatz orientierten Vergütungssystem festhalten wollen. Zum Teil wird dies unter dem Stichwort der *„freien Industriedienstleistung"* in der juristischen Literatur bereits ganz offen propagiert[6]. Das kontroverse mediale Echo auf diese Versuche, neben der Zeitarbeit quasi eine unregulierte Konkurrenz aus der Taufe zu heben[7], verdeutlicht die tarifpolitische Frontstellung des Themas „Leiharbeit". Man kann die unterschiedlichen Umgehungsversuche des AÜG zwar beklagen[8], sollte aber erkennen, dass bislang jede materiell-rechtliche Weiterung, jede Auslegungsverfeinerung durch die Judikatur in der Praxis entsprechend „gekontert" wurde. Im Folgenden soll den bestehenden, fein ziselierten Abgrenzungsmodellen der Rechtsprechung und Literatur zur Trennung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag deshalb nicht noch ein eigener Erklärungsversuch hinzugefügt werden. Vielmehr wird etwas pragmatischer ein prozessualer Aspekt näher in Augenschein genommen werden, der bislang bei der Entwicklung der unterschiedlichen Abgrenzungskriterien für die Vertragsauslegung etwas in Vergessenheit geraten zu sein schien: Die Bewältigung der Beweislast durch den Arbeitnehmer, der sich gegen illegale Arbeitnehmerüberlassung zur Wehr setzen möchte.**

## I. Ausgangslage

Die Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung obliegt gem. § 16 Abs. 3 AÜG den Behörden der Zollverwaltung. Diese führen *verdachtsunabhängige* Prüfungen durch[9].

Die illegale Arbeitnehmerüberlassung kann in der offenen oder der verdeckten Form geschehen[10].

### 1. Offene illegale Arbeitnehmerüberlassung

Bei der offenen illegalen Arbeitnehmerüberlassung werden Arbeitnehmer einem Entleiher überlassen, ohne dass eine Verleiherlaubnis vorhanden ist. Hier wird gem. § 9 Nr. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb/Entleiher fingiert. Gem. § 10 Abs. 1 S. 2 AÜG bleibt dieses fingierte Arbeitsverhältnis aber auf die Verleihdauer befristet[11]. In der Praxis ist diese Konstellation eher selten[12].

### 2. Verdeckte illegale Arbeitnehmerüberlassung

Die offene illegale Arbeitnehmerüberlassung ist die Ausnahme. In sehr viel größerem Ausmaße – und damit Anknüpfungspunkt für die prozessualen Überlegungen – tritt die verdeckte illegale Arbeitnehmerüberlassung in Erscheinung[13]. Diese ist anzunehmen, wenn unter dem Deckmantel eines Werkvertrages[14] Arbeitnehmer verliehen werden, wobei der Verleiher durchaus im Besitz einer Erlaubnis gem. § 1 Abs. 1 AÜG sein kann. Innerhalb dieser Gruppe muss zur Ermittlung der konkreten Rechtsfolge weiter unterschieden werden.

#### a) Falsches Arbeitsverhältnis

Verfügt der Verleiher über eine erforderliche Erlaubnis[15] und kommt dieser zumindest den *„üblichen Arbeitgeberpflichten"*[16] nach, d.h. übernimmt das Arbeitgeberrisiko i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG, liegt zwar eine verdeckte, aber keine *illegale* Arbeitnehmerüberlassung vor.

Steht am Ende einer gerichtlichen Auseinandersetzung[17] die Feststellung, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen dem Scheinwerkunternehmer/Verleiher und Entleiher/Einsatzbetrieb statt um einen Werkvertrag um eine Arbeitnehmerüberlassung handelte, ist der Werkvertrag gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Gem. § 117 Abs. 2 BGB sind die Rechtsfolgen dem AÜG zu entnehmen. Der scheinbare Werkunternehmer ist damit Arbeitgeber i.S.d. AÜG. Ist hierbei im Vertrag zu seinem Arbeitnehmer jedoch nicht die Schriftform des § 12 Abs. 1

1 Vgl. *Leitner*, NZA 1991, 293 f. und BAG, 8.11.1978, AP Nr. 2 zu § 1 AÜG.
2 Erstes Gesetz zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Mißbrauch der Arbeitnehmerüberlassung in BGBl. I 2011 S. 642 f. vom 29.4.2011; davor hat bereits *Hamann* von einer *„Flucht in den Werkvertrag"* gesprochen, in: Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1 Rn. 115.
3 Vgl. *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1 ff.; *Bertram*, „Mindestlohn, Drehtürklausel, Informationspflichten – Änderungen und Stolpersteine im reformierten AÜG" in AIP 5/2011, *Koch/Wohlhüter*, „Werkverträge in der Arbeitswelt" – Ein Projekt der Otto Brenner Stiftung unter www.otto-brenner-shop.de/publikationen/obs-arbeitspapiere/shop/obs-arbeitspapier-nr-2-werkvertraege-in-der-arbeitswelt.htlm (Abruf: 27.6.2012).
4 I.E. *Düwell*, DB 2011, 1520 f.; zur Ermächtigung des BMAS zum Erlass einer Rechtsverordnung gem. § 3a Abs. 2 AÜG vgl. *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, zu § 3a Rn. 27 ff.
5 *Heuchmer/Schielke*, BB 2011, 758 ff. m.w.N.
6 Die 3. Tagung des Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) fand unter dem Titel „Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit" statt (unter www.zaar.uni-muenchen.de/download/event/tagung/t_3_ho.pdf); *Rieble*, DB 2011, 356 ff.
7 Vgl. z.B. www.zeit.de/2011/50/Leiharbeit-Werkvertraege; www.igmetall-mtu.de/wordpress/?p=3038.
8 Vgl. Anträge der Bundestagsfraktionen der Grünen und Die Linke unter www.bundestag.de/doku-mente/textarchiv/2012/38484373_kw17_pa_arbeit_soziales/; zur teils verwirrenden Terminologie vgl. Arbeitnehmerüberlassung, *Schaub*, 2001, S. 1, 192.
9 Vgl. www.zoll.de.
10 *Schüren-Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2011, zu § 10 Rn. 20 ff.
11 I.E. mit weiterer Unterscheidung zwischen der Überlassung aus einem reinen Verleih- bzw. Mischbetrieb vgl. *Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Rn. 22 f.
12 Exemplarisch: LAG Düsseldorf, 10.3.2008 – 17 Sa 856/07 unter www.justiz.nrw.de.
13 Zu der Schwierigkeit der Erfassung ausreichenden statistischen Zahlenmaterials, vgl. *Koch/Wohlhüter*, „Werkverträge in der Arbeitswelt" – Ein Projekt der Otto Brenner Stiftung unter www.otto-brenner-shop.de/publikationen/obs-arbeitspapiere/shop/obs-arbeitspapier-nr-2-werkvertraege-in-der-arbeitswelt.htlm (Abruf: 27.6.2012), S. 22 ff.
14 Die Situation bei Dienstverträgen soll hier ausgeklammert bleiben.
15 Vgl. GA-AÜG 2011 der Bundesagentur für Arbeit unter www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A008-Ordnung-Recht/A083-AUEG/Publikation/pdf/GA-AUEG-2011.pdf, S. 11 ff.
16 Unter diesem Begriff aus § 1 Abs. 2 AÜG sind i.d.R. die Anforderungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG zu verstehen, vgl. *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, zu § 1 Rn. 268 f.
17 Zu der Nachprüfbarkeit des Ergebnisses der Vertragsauslegung des Tatgerichts durch das Berufungsgericht vgl. BGH, 14.7.2004 – VIII ZR 164/03, BB 2004, 1764 und zur eingeschränkten Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht vgl. BAG, 6.8.2003 – 7 AZR 180/03, BB 2004, 669.

S. 1 AÜG eingehalten, so ist auch dieser Vertrag gem. § 134 BGB nichtig[18].

Bestehen kann dann jedoch noch ein sog. „fehlerhaftes Arbeitsverhältnis“[19]. Da dieses allerdings unter der fehlerhaften Maßgabe begonnen wurde, dass der Arbeitnehmer für einen Werkunternehmer arbeitet, wird regelmäßig nicht auf einen Tarifvertrag, geltend für die Zeitarbeitsbranche, Bezug genommen worden sein. Grundsätzlich sieht das AÜG die gleiche Behandlung und Entlohnung wie die Stammbelegschaft des Entleihunternehmens vor[20]. Eine Abweichung unterhalb diese Entlohnungsgrenze ist nur möglich, wenn dies in einem zwischen Verleiher und Arbeitnehmer anwendbaren Tarifvertrag vorgesehen ist[21] und auf diesen im Individualarbeitsvertrag durch eine Tarifbindungsklausel Bezug genommen worden ist. Finden nach § 117 Abs. 2 BGB die Regeln des AÜG Anwendung, ist mithin die ursprüngliche Vergütungsvereinbarung mit werkvertraglichem Hintergrund unwirksam. Der Verleiher hat dem Arbeitnehmer für die gesamte Überlassungszeit den Lohn der Stammbelegschaft des Entleihunternehmens zu zahlen[22].

### b) Verdeckte Arbeitsvermittlung – Anwendung des § 10 Abs. 1 AÜG?

Übernimmt der Überlassende nicht die „üblichen Arbeitgeberpflichten“ und das Arbeitgeberrisiko, so sollen unter dem Deckmantel des Werkvertrages nur Einstellungen für den Einsatzbetrieb vorgenommen werden. Hierbei handelt es sich dogmatisch betrachtet nicht um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, sondern um verdeckte Arbeitsvermittlung[23], auf die die Vermutungsregel des § 1 Abs. 2 AÜG Anwendung findet[24]. Die vermutete Arbeitsvermittlung stellt jedoch ihrerseits keinen Verbotstatbestand mehr dar, nachdem das Alleinvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und die Erlaubnispflicht für private Arbeitsvermittler fiel[25]. Nach Streichung des § 13 AÜG a. F.[26] gibt es – nach Auffassung des BAG[27] – bei einer vermuteten Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher; es bliebe somit beim (fehlerhaften) Arbeitsverhältnis zum Verleiher[28].

Ein Teil der Literatur möchte jedoch über eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 AÜG zu einem fingierten Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb gelangen[29], während ein anderer Teil dieses Ergebnis schon aus den vermittlungsrechtlichen Folgen des § 1 Abs. 2 AÜG ableiten möchte[30].

### 3. Zwischenergebnis

Für die hier angestrebte Untersuchung der spezifischen Beweislastsituation des klagenden Arbeitnehmers bedarf es an dieser Stelle keiner Disputentscheidung. Es gilt allerdings als Ausgangslage folgendes hervorzuheben:

- Anknüpfungspunkt für die weiteren Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers ist in allen oben genannten Konstellationen die *Feststellung* des Gerichts, dass zwischen dem Scheinwerkunternehmer/Verleiher und dem Scheinbesteller/Einsatzbetrieb nach streitgegenständlichem Sachverhalt eine Überlassung § 1 Abs. 1 AÜG bzw. eine Vermittlung i. S. d. § 1 Abs. 2 AÜG und kein Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB zustande kam;
- in den Varianten der offenen und verdeckten Arbeitnehmerüberlassung trifft für das Vorliegen der Tatsachen, die einen solchen Rechtsschluss zulassen, den klagenden Arbeitnehmer die einfache Beweislast für das Tatbestandsmerkmal des „Überlassens“ aus § 1 Abs. 1 AÜG[31], während bei der verdeckten Arbeitsvermittlung für diesen mit § 1 Abs. 2 AÜG auch eine Beweislastregel[32] streitet.

Die Beweislastregel des § 1 Abs. 2 AÜG bietet dem klagenden Arbeitnehmer allerdings selbst in Fällen, in denen eine verdeckte Arbeitsvermittlung in Rede steht, keine wirkliche Abhilfe für sein prozessuales Hauptproblem. Als widerlegbare gesetzliche Vermutung i. S. d. § 292 ZPO wird dort bei Vorliegen einer Vermutungsbasis[33] die tatbestandliche Vermutungsfolge[34] ohne weiteren Parteivortrag gesetzlich fingiert und so ein *non liquet* vermieden[35]. Es müssen mithin nur die Tatsachen der Vermutungsbasis vorgetragen und ggf. unter Beweis gestellt werden. Während bei der „einfachen“ Beweislastnorm[36] des § 1 Abs. 1 AÜG für sämtliche Tatbestandselemente Darlegungs- und Beweispflicht besteht. Die wirkliche Hürde der Prozesse, in denen eine Abgrenzung zu (Schein-)Werkverträgen vorgenommen werden muss, ist allerdings just die Darlegung von Tatsachen, aus denen sich eine „Überlassung“ ergeben soll. Das ist das entscheidende Tatbestandsmerkmal, an dem die höchstrichterliche Rechtsprechung aufgrund des Schweigens des Gesetzgebers zum Problem der Abgrenzung[37] im Wege der ergänzenden Rechtsfortbildung[38] seine Kriterien entwickelte. Dieses Tatbestandsmerkmal betrifft jedoch § 1 Abs. 1 und 2 AÜG gleichermaßen[39].

## II. Die Beweisnot des klagenden Arbeitnehmers

Dem Leistungsanspruch des klagenden Arbeitnehmers – z. B. bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung – auf den Differenzbetrag zwischen erhaltenem Lohn und Bezahlung nach dem equal-pay-Grundsatz – vorgeschaltet ist die inzidente Feststellung einer „Überlassung“ i. S. d. § 1 Abs. 1 AÜG[40]. Die Feststellung dieses Rechtsverhältnisses „Arbeitnehmerüberlassung“ stellt dogmatisch das Subsumtionsergebnis[41] einer Vertragsauslegung dar. Für diese *Rechtsfolge* sind die Regeln der Beweislast nicht anzuwenden[42]. Gleiches gilt für die Schaf-

18 *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung C. Fremdarbeit Rn. 83 m. w. N.
19 Vgl. grundlegend BAG, 16.9.1982 – 2 AZR 228/80.
20 Vgl. im Einzelnen BAG, 23.3.2011 – 5 AZR 7/10, BB 2012, 124 m. BB-Komm. *Lipinski/Hund*.
21 Vgl. §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG.
22 *Schüren-Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2011, zu § 10 Rn. 25.
23 *Schüren-Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Rn. 26 und § 1 Abs. 2 AÜG.
24 *Schüren-Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2011, zu § 1 Rn. 375 ff., insb. Rn. 378 f.
25 Und zwar durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21.12.1993 und Streichung des ehemaligen § 291 Abs. 3 SGB III.
26 Durch das Arbeitsförderungs-Reformgesetz vom 24.3.1997.
27 BAG, 28.6.2000 – 7 AZR 100/99, BB 2000, 2522 m. BB-Komm. *Boemke*, BAG, 19.3.2003 – 7 AZR 267/02, BB 2003, 2296, aber offengelassen in BAG, 17.2.2010 – 7 ABR 51/08.
28 Auch die bei einer verdeckten Vermittlung fehlende Vereinbarung nach § 613 S. 2 BGB soll eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 AÜG nicht rechtfertigen, da diese ggf. auch stillschweigend erfolgen kann, vgl. LAG Düsseldorf a. a. O.
29 Etwa: *Düwell*, AuA 1997, 253, 255.
30 *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung C. Arbeitsvermittlung Rn. 51.
31 LAG Düsseldorf 10.3.2008 – 17 Sa 856/07, Rn. 91; BAG, 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, BB 1991, 2375 Rn. 23 und BAG, 13.8.2008 – 7 AZR 269/07, Rn. 24.
32 *Schüren-Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Rn. 390 ff.
33 *„Arbeitnehmer werden Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und der Überlassende übernimmt nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko.“*
34 Annahme des ungewissen Elements *„Vorliegen von Arbeitsvermittlung“*.
35 BGH, 12.11.1958, MDR 1959, 114.
36 *Seibl*, JA 2010, S. 561 ff.
37 *Leitner*, NZA 1991, 293, Fn. 6; *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung“, Diss. 2001, S. 18 f.
38 Zur Unterscheidung, ob noch ergänzende Gesetzesauslegung oder schon Rechtsfortbildung vorliegt, vgl. *Hofmann*, „Abwägung im Recht“, 2007, S. 123 ff. und allg. *Fischer*, „Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht“, 2009, S. 34 ff. und *Melin*, „Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, 2005, S. 234 f., der zu Recht auf den generellen inneren Zusammenhang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung- und -anwendung hinweist.
39 Als maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung zu anderen Formen des drittbezogenen Arbeitseinsatzes siehe auch *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung“, Diss. 2001, S. 30 ff.
40 Ggf. im Wege der Zwischenfeststellungklage nach § 256 Abs. 2 ZPO einklagbar.
41 Ausführlich zum Prozess der Subsumtion bei Vertragsauslegung *Riehm*, „Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung“, 2006, S. 40 m. w. N.
42 Z. B.: BGH, 12.12.1997 – V ZR 250/96, BB 1998, 1336; weitere Nachweise *Scheilhammer*, „Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen“, 8. Aufl. 2011, Rn. 1969.

fung der Voraussetzungen eines geeigneten Obersatzes im Wege der Rechtsfortbildung[43]. Diese Rechtsfortbildungstatsachen dienen nicht der Subsumtion unter eine bestehende Norm, sondern sind Bestandteil der Gewinnung einer neuen – richterrechtlichen – Rechtsregel. Als solche sind diese *„im Zwischenfeld zwischen abstrakter Rechtsnorm und Einzeltatsache"*[44] der Beweislastverteilung gleichfalls entzogen. Etwas anderes gilt aber für die diese Rechtsanwendung konstituierende Tatsachen; diese hat der Kläger darzulegen und nötigenfalls zu beweisen[45]. M. a. W.: Die Vorgaben der Abgrenzung aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung steuern die Vortrags- und Beweislast des klagenden Arbeitnehmers. Es ist zu untersuchen, ob dieser wegen der Anforderungen aus der Rechtsprechung Hilfe bei seiner Beweislast bedarf. Hierfür muss zunächst ein kurzer Blick[46] auf die aktuellen Abgrenzungskriterien gerichtet werden (unter II. 1.). In einem zweiten Schritt soll dann den möglichen prozessualen Lösungen (unter II. 2.) nachgegangen werden.

## 1. Ausübung des Weisungsrechts als vorherrschendes Kriterium der Rechtsprechung

### a) Übersicht derzeitiger Diskussionsstand

Nachdem am 4.4.1967 das Bundesverfassungsgericht[47] entschieden hatte, dass die Ausdehnung des Arbeitsvermittlungsmonopols auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge nach § 37 Abs. 3 AVAVG mit dem Grundrecht der freien Berufswahl nach Art. 12 GG nicht vereinbar ist, wurde 1972[48] mit dem AÜG der privatwirtschaftlichen Arbeitnehmerüberlassung ein gesetzlicher Rahmen gegeben. Bereits in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs ist ausgeführt: dass „(ein) *Überlassen „zur Arbeitsleistung"* (...) *nicht* (vorliege), *wenn Arbeitnehmer aufgrund werkvertraglicher Verpflichtung ihres Arbeitgebers im Betrieb eines Dritten tätig*" würden[49]. Aufgrund der Vielfalt der Abgrenzungsprobleme wurde dann aber bewusst auf eine tatbestandliche Konkretisierung des „Überlassens" verzichtet und diese Aufgabe den „flexiblen" Dienstanweisungen[50] der Bundesanstalt für Arbeit und damit inzidenter der Wissenschaft und Rechtsprechung zur Aufgabe gegeben[51].

Mit seiner Entscheidung vom 8.11.1978[52] hat das BAG dann mit seinen Kriterien der „vollen Betriebseingliederung" und „alleinigen Weisungsabhängigkeit" die Grundlagen für die weitere Kasuistik vorgegeben. Maßstab für die Auslegung soll danach der wirkliche Geschäftsinhalt sein; widersprechen sich die ausdrückliche Vereinbarung und die praktische Durchführung, so ist letztere entscheidend[53]. Auffällig ist dabei, dass bereits dieser Grundsatzentscheidung eine Sachverhaltskonstellation zugrunde lag, die gerade heute – in einer deutlich ausdifferenzierteren Arbeitswelt[54] – die Diskussion um die Scheinwerkverträge beherrscht[55]. Immer wenn durch „Rahmenverträge" die einzelnen Arbeitsschritte derart „atomisiert", bis ins Einzelne vorgegeben werden, stellt sich die Abgrenzung als besonders schwierig dar[56]. Dass die zu erbringende Dienstleistung detailliert nach Ausführung, Art, Umfang, Ort und Zeit vereinbart wird, soll nach Ansicht des BAG die werkvertragliche Qualifizierung nicht hindern[57]. Der „Werkunternehmer" ist unter diesen Umständen lediglich verpflichtet, das Werk bzgl. aller Einzelheiten vertragsgemäß zu erfüllen. Dass der „Besteller" die Ausführung des „Werkes" durch die Erfüllungsgehilfen des Unternehmers in seine eigene Arbeitsorganisation einplant, kann nur „durch Fremdvergabe nötig werdender Koordinierungsbedarf" sein und nicht eigene Arbeitseingliederung des Fremdpersonals[58]. Von einer Eingliederung ist nach Ansicht der Rechtsprechung erst dann auszugehen, wenn das Fremdpersonal derart in die Arbeitsorganisation eingebunden wird, dass der Besteller die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über Zeit und Ort des Einsatzes trifft, dieser also die „Personalhoheit" innehat[59]. Unter Personalhoheit ist dabei die arbeitsrechtliche/personenbezogene Weisungsbefugnis im Gegensatz zu der werkvertraglich/projektbezogen Anweisung i. S. d. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen[60]. Die werkvertragliche Anweisung ist sachbezogen und ergebnisorientiert, allein gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung beschränkt[61], während die arbeitsvertragliche Weisung ablauf- und verfahrensbezogen sei[62].

Die hiergegen vorgebrachte Kritik beschränkte sich bislang vor allem auf das Argument, dass die Rechtsprechung die mögliche Doppelfunktionalität der Weisungen vernachlässige[63], diese sowohl ablauf- als auch sachbezogen sein könne. An diesem Punkt gilt es anzuknüpfen.

### b) Das Weisungsrecht als konstitutives Element des „Überlassens"

Die Abgrenzung zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Werkvertrag hat die klassischen Auslegungstopoi einer Vertragsauslegung einzuhalten. Es ist deshalb auch im Kontext der „detaillierten, atomisierten" Vereinbarungen nach dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck zu fragen[64].

Das Wort „überlassen" bedeutet, dass der Entleiher ein *unmittelbares* Forderungsrecht gegenüber dem Verleiher auf das „Zurverfügungstellen" einer Arbeitskraft und gegenüber dem Arbeitnehmer auf die Arbeitsleistung erhält[65]. Dabei knüpft das Wort „überlassen" nach seinem allgemeinen Verständnis sowohl an eine zeitlich-räumliche als auch an eine materiell-inhaltliche Komponente an. Unter Berücksichtigung der einschränkenden Interpretation in § 10 Abs. 1 AÜG durch die Rechtsprechung gelangt man jedoch zu dem Ergebnis, dass die das inhaltliche Arbeitsergebnis konkretisierende Weisung im Mittelpunkt des Überlassens-Verständnisses stehen muss. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb ist ein schwerwiegender Eingriff in die Vertragsautonomie der

43 *Riehm*, „Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung", 2006, S. 22 ff. m. w. N.
44 *Hergenröder*, „Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung", 1995, S. 350 f.
45 BGH, 23.2.1956 – II ZR 207/54.
46 Sehr ausführlich z. B. *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung", Diss. 2001, S. 6 ff.; *Schüren-Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1 Rn. 117 ff.
47 BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65.
48 AÜG ist in Kraft getreten am 11.10.1972.
49 Amtl. Begr. Zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. VI/2303, 10.
50 Zum Unterschied behördeninterne Weisungen und Verwaltungsvorschriften vgl. *Grapperhaus*, „Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Verwaltungskompetenzen im Atomgesetz", 2002, S. 105 ff.
51 M. w. N. *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung", Diss. 2001, S. 6.
52 BAG, 8.11.1978 – 5 AZR 261/77.
53 Wie vor.
54 Schlagworte wie „prekäre Beschäftigung" oder „atypische Arbeitsverhältnisse" sind hier zu nennen, vgl. *Horstmeier*, „Prekäre Beschäftigungsverhältnisse: Systematische Darstellung sämtlicher Beschäftigungsformen", 2009, passim.
55 Im konkreten Fall ging es bekanntlich um einen „Rahmenvertrag", den das Bewachungsunternehmen W. (als Verleiher) „über die Bewachung von Baustellen der Dt. Bundesbahn durch Sicherungsposten" geschlossen hatte; im Urt. heißt es: „Die Verpflichtung des W. Nach dem Rahmenvertrag beschränkt sich darauf, die von der Beklagten bereits ausgebildeten Sicherungsposten nach Bedarf abzustellen; ..."
56 I. E. *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung", Diss. 2001, S. 52 ff. m. w. N.
57 BAG, 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, BB 1991, 2375 Rn. 20 ff.
58 BAG, 18.10.1994 – 1 ABR 9/94, BB 1995, 518.
59 BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338 in SAE 1992, 226 mit (ablehnender) Anm. v. *Hager* ab S. 230 f.
60 I. E. mit aktuellen Rspr.-Nachweisen vgl. *Hunold*, NZA-RR 2012, 113 ff.
61 BAG Urt. v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, BB 1991, 2375.
62 Etwa: *Müglich*, TranspR 2008, 133, 139 und *Kamanabrou/Kallos/Klingebiel*, lurratio 2008, 4 ff. jeweils m. w. N.
63 *Schüren-Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1 Rn. 134 f. und 186 f.
64 *Coing*, NJW 1965, 1 ff.
65 *Eckardt*, JA 1989, 393 ff.

Parteien, die ursprünglich einen Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer vorsah. Dieser Eingriff kann nur akzeptiert werden, wenn dieser durch überwiegende Arbeitnehmerschutzinteressen gedeckt ist. Das ist der Fall, wenn der ursprüngliche Arbeitgeber sich tatsächlich nur auf die Rolle eines Personalstellers zurückzieht, die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses jedoch dem Entleihbetrieb überlasst[66]. Diese Interpretation, die zur Abgrenzung auf den vollständigen[67] Übergang der Weisungsinhaltes des § 106 GewO[68] abstellt, deckt sich auch mit dem Sinn und Zweck der Arbeitnehmerüberlassung. Die Arbeitnehmerüberlassung ist stets als Dreiecksverhältnis konzipiert und allein wegen der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG genannten Gründe kann die Erlaubnis versagt werden[69]. Zu den „arbeitsrechtlichen Pflichten"[70] zählen die Vorgaben des § 106 GewO nicht[71].

### c) Verlagerung des Weisungsrechts

Stellt man danach das arbeitsbezogene Weisungsrecht in den Mittelpunkt der Abgrenzung, muss man insbesondere auf Probleme stoßen, wenn die „Werksbeschreibung"[72] durch einen Rahmenvertrag in detaillierte, abgrenzbare Teilstücke zerlegt wurde, die ihrerseits dem Arbeitsprozess folgen/untergeordnet sind[73]. Das (werkbezogene) Weisungsrecht des Bestellers und das (arbeitsrechtliche) Direktionsrecht sind auf unterschiedlichen Ebenen zu verorten und können deshalb parallel zueinander bestehen[74]. Die soeben „scheinbar" gefundene Lösung für eine Abgrenzung wird in solchen Fällen wieder brüchig.

In der Literatur wird vorgeschlagen, dieses Problem anhand der konkreten Ausübung und Innehabung der „Handlungsschema" zu umgehen[75]. Verbleiben die im Rahmenvertrag vorgegebenen „Handlungsschema" beim Unternehmer, werden durch den Besteller diesem gegenüber nur Einzelaufträge abgerufen, die der Unternehmer gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer konkretisiert. Es läge typischerweise keine Arbeitnehmerüberlassung vor[76]. Der Unternehmer behielte, so die Idee, gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer „das Heft in der Hand".

Auch dieser Vorschlag stößt allerdings wieder an seine Grenzen, wenn der Besteller die Handlungsschema dem Unternehmer vorgibt, dieser diese an „seine" Arbeitnehmer weitergibt, der Besteller sodann gegenüber dem Unternehmer die Einzelaufgabe abruft und dieser dann die Arbeitnehmer nach Vorgabe des Bestellers „anweist"[77]. Die personenbezogene Arbeitsanweisung erfolgt (indirekt) dann doch durch den Besteller, der Unternehmer findet sich in der Rolle des Stellvertreters wieder. Hier soll – je nach Lage des Einzelfalles – Arbeitnehmerüberlassung vorliegen können[78].

Diese „Rahmenvertrag"-Fälle verdeutlichen m.E. jedoch, dass die vom BAG gefundene Differenzierung in Gänze nicht aufrechterhalten werden kann.

Mit der Unterscheidung zwischen werkbezogenem Weisungsrecht und arbeitsbezogenem Direktionsrecht soll die Unterscheidung zwischen „entweder" Werkvertrag „oder" Arbeitnehmerüberlassung markiert werden. Nach der Aussagenlogik müsste also eine Kontravalenz[79] angenommen werden können. Dieser kontradiktorische Gegensatz lässt sich aber nicht herstellen, wenn die eine Voraussetzung (auch nur teilweise) in der anderen „aufgehen" kann.

Nichtsdestotrotz muss in der Praxis in der Auseinandersetzung im Prozess versucht werden, mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung umzugehen. Deshalb soll der Blick im Folgenden auf das Prozessrecht gerichtet werden.

## 2. Beweiserleichterungen für den klagenden Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die den Obersatz der Abgrenzung zwischen Werk-und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag darstellen. D.h., dass er grundsätzlich im Falle eines Bestreitens des Klagevortrages für die Indizien, die für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung sprächen, Beweis anzutreten hätte.

Die Vereinbarung zwischen dem Verleiher/Scheinunternehmer und dem Einsatzbetrieb/Scheinbesteller findet außerhalb der Einflusssphäre des Arbeitnehmers statt. Sieht man allerdings in der Ausübung des Weisungsrechts diesem gegenüber das Hauptindiz einer Abgrenzung, so stünde dem klagenden Arbeitnehmer dennoch Beweismaterial aus eigener Anschauung zur Verfügung. Dieser könnte konkret darlegen und Beweis dafür benennen, wer die jeweiligen Arbeitsweisungen während der gesamten Dauer seines Einsatzes erteilt hat. Der Umstand jedoch, ob der Verleiher/Scheinunternehmer und der Einsatzbetrieb/Scheinbesteller bei der Weisungserteilung „über Bande" bzw. „über Eck"[80] spielen, bleibt dem Arbeitnehmer naturgemäß verborgen.

Es fragt sich, ob in diesen Fällen überhaupt und ggf. welche Beweiserleichterung eingreifen kann.

### a) Anscheinsbeweis

Der Anscheins- oder *prima facie*-Beweis ist auf Konstellationen anwendbar, bei denen sich konkrete tatsächliche Vermutungen aufgrund der Lebenserfahrung zu typischen Geschehensabläufen zusammenfassen lassen[81]. Die rechtliche Einordnung dieses Instituts im Einzelnen ist trotz seiner weiten Verbreitung überaus strittig[82]. Nach h.M. stellt dieser eine Beweiswürdigungsregel im Rahmen des § 286 ZPO dar[83]. Gelingt dem Gegner, die aus dem typischen Geschehensablauf resultierende Überzeugung[84] des Gerichts zu erschüttern, in dem dieser für den konkreten Fall eine ernstliche Abweichung des üblichen Verlaufs nachweist, verbleibt die Beweislast nach wie vor bei der ursprünglich risikobelasteten Partei. Die „Typizität" des Geschehensablaufes ist für den Anscheinsbeweis das Charakteristische[85]. Diese Geschehensabläufe lassen sich zwar hauptsächlich für die Bereiche der

66 LAG Hamburg, 29.10.2010 – 6 Sa 62/10; zu der Bedeutung der Abschlussfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG allgemein im ArbR vgl. *Schliemann*, in: Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl. 2002, zu § 611 Rn. 444 f. m. w. N.

67 Worauf *Hamann* hinweist, vgl. *Schüren-Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1 Rn. 135 f.

68 BAG Urt. v. 15.3.2011 – 10 AZB 49/10.

69 GA-AÜG 2011, zu § 3, S. 44 f.

70 Wie vor, S. 45.

71 Zu dem Kriterium der Ausübung des Weisungsrechtes als „alleiniges Kriterium" umfassend *Hamann*, „Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen", 1995, S. 129 ff.; Rosenstein, „Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Fremdfirmeneinsatz aufgrund Dienst- oder Werkvertrags", 1997, S. 125 ff.

72 Bei der Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig das „Leistwerk" gem. § 631 Abs. 2 BGB.

73 *Schüren-Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1, Rn. 122.

74 *Schüren-Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1, Rn. 165 ff. mit dem berechtigten Hinweis, dass das Weisungsrecht nach § 645 BGB dem Besteller ggüb. dem Unternehmer zusteht. Mit einem plastischen Beispiel der Regalauffüllung unter Rn. 167.

75 *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung", Diss. 2001, S. 52 ff.

76 Wie vor, S. 53.

77 *Schüren-Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, zu § 1 Rn. 187; *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung", Diss. 2001, S. 53 f.

78 LAG Baden-Württemberg, 28.2.1989 – 14 TaBV 14/88; LAG Köln, 28.2.1990 – 5 TaBV 65/89.

79 *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 9; 15 ff.

80 Vgl. zu dieser Umschreibung *Schaub*, „Arbeitnehmerüberlassung", Diss. 2001, S. 45.

81 *Prütting*, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl. 2008, zu § 286 Rn. 48.

82 Abgrenzung zur allgemeinen Lebenserfahrung, zum Indizienbeweis und zur tatsächlichen Vermutung, vgl. *Musielak*, ZPO, 7. Aufl. 2009, zu § 286, Rn. 24.

83 BGH, 17.6.1997 – X ZR 119/94; a. A. *Zöller-Greger*, ZPO, 28. Aufl. 2010, vor § 284 Rn. 29; *ders.*, VersR 1980, 1091 ff.

84 Dafür, dass die volle Überzeugung durch den Anschein erbracht werden muss, vgl. *Prütting*, in: MüKo-ZPO, Rn. 52 ff.; *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 22. Aufl., 2008, zu § 286 Rn. 130; a. A. *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975.

85 *Lepa*, in: FS Merz, 1992, S. 387, 390 ff.

Kausalität und des Verschuldens festmachen[86], unter dem Stichwort des „Individualanscheinbeweises" lässt sich aber auch eine Ausdehnung dieses für andere Sachverhalte feststellen[87].

Eine Ausdehnung des Anscheinsbeweises auf die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung in der strittigen Fallkonstellation der Leitwerksbestimmung durch eine „Rahmenvereinbarung" verlangte jedoch ebenfalls von dem Arbeitnehmer, dass der die Umstände eines „typischen Geschehensablaufes" darlegt und beweist[88]. Hieran fehlt es jedoch.

Die Erfahrungssätze, die geeignet sind, einen typischen Geschehensablauf i. S. d. Anscheinsbeweises zu erzeugen, müssen von der Qualität sein, dass sie *„aufgrund ihres hohen Bestätigungsgrades"*[89] *allein* die (volle) richterliche Überzeugung zu begründen vermögen. Tatsachen, die diese Qualität erreichen, kann der klagende Arbeitnehmer aber gerade nicht vortragen. Dieser könnte sich einzig darauf zurückziehen, dass er im Einsatzbetrieb tätig war. Dieser Umstand stellt im Hinblick auf die zu treffende Abgrenzung zwar eine notwendige, jedoch keine hinreichende Voraussetzung dar[90].

Der Anscheinsbeweis scheidet damit als Hilfeinstrument aus.

### b) Sekundäre Beweislast

Eine andere Möglichkeit, die risikobelastete Partei in ihrer Informationsnot zu unterstützen, bietet das von der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 2 ZPO entwickelte Institut der sekundären Darlegungslast[91]. Dieses Institut ändert nichts an der vorgegebenen Beweislastverteilung, sondern soll eine Beweislastentscheidung gerade verhindern[92]. Der Gegner der primär darlegungspflichtigen Partei darf sich nicht auf einfaches Bestreiten zurückziehen, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehens steht und keine Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Gegner diese besitzt und diesem nähere Angaben auch zumutbar sind[93]. Dies wäre bei den aufgezeigten Problemfällen eine gangbare Möglichkeit. Umso mehr, als bei den Fällen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung bzw. -vermittlung ein „falsches Arbeitsverhältnis" in Rede steht, mithin ein unmittelbarer Grundrechtsbezug angenommen werden könnte[94].

Die einzige Schwierigkeit, die sich dem klagenden Arbeitnehmer in tatsächlicher Hinsicht dabei stellt, läge in dem Vergegenwärtigen, dass zwischen dem Verleiher und Einsatzbetrieb überhaupt ein Zusammenwirken vorliegt. Der Arbeitnehmer trüge für den Vortrag der Tatsachen, die einen Schluss auf die inneren Tatsachen des Einsatzbetriebes/Scheinbestellers zuließe und die Anwendung der sekundären Darlegungslast auslösten, wiederum die Beweislast. Aussagekräftige Kriterien, welchen Grad an Wahrscheinlichkeit die Behauptungen des Klägers hierbei erreicht haben müssen, existieren derzeit noch nicht[95].

## III. Ergebnis

Die vom BAG weiterverfolgte Trennung zwischen arbeitsbezogenen Direktiven und werkbezogenen Weisungen ist bereits aussagelogisch nicht aufrechtzuerhalten. Dies ergibt sich insbesondere aus einer Analyse der Fälle, bei denen das vorgebliche Leistwerk nach § 631 Abs. 2 BGB durch eine bis ins Einzelne gehende Rahmenvereinbarung „vorbereitet" wurde. Dem im Falle von Scheinwerkverträgen klagenden Arbeitnehmer muss auf prozessualer Ebene beigestanden werden. Das Mittel des Anscheinsbeweises hat sich dabei als untauglich erwiesen. Der Arbeitnehmer könnte keinen typischen Geschehensablauf benennen, der allein geeignet wäre, die volle richterliche Überzeugung zu begründen. Das „Hilfsmittel" der sekundären Darlegungslast enthält derzeit noch ungeklärte Anforderungen, die eine einheitliche Anwendung bei diesen Konstellationen fraglich erscheinen lassen.

## // Autor

**Oliver Timmermann**, Assessor bei der Debeka, Spezialbereich Altersvorsorge und betriebliche Altersversorgung.

86 *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 152 m. w. N.
87 *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 129 ff.
88 *„Die Beweislast für den typischen Geschehensablauf trägt der Kläger." Zöller-Greger*, ZPO, 28. Aufl. 2010. Dass in Bezug auf Rechtsverhältnisse für die Anwendung des Anscheinsbeweises „kein Raum" sein soll, so *Lepa*, vgl. Fn. 87, S. 394, übersieht, dass die Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses erst die Rechtsfolge darstellt, die dafür zu subsumierenden Tatsachen dagegen sehr wohl eine Typizität verraten könnten. Zu der Abgrenzung des Anscheinsbeweises von der Feststellung aufgrund des „äußeren Bildes", vgl. *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 22. Aufl., 2008, Rn. 137.
89 *Baumgärtl*, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rn. 237 f.
90 *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 21.
91 *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 118 m. w. N.; aus der Rspr. vgl. BGH, 17.2.2004 – X ZR 108/02.
92 *Zöller-Greger*, ZPO, 28. Aufl. 2010, Rn. 34.
93 BGH, 14.6.2005 – VI ZR 179/04.
94 *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildung im Zivilrecht, 2007, S. 187; BVerfG, 6.10.1999 – 1 BvR 2110/93.
95 *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 140 m. w. N.

# **LAG Brandenburg:** Keine Tariffähigkeit der CGZP in der Vergangenheit

**LAG Brandenburg,** Urteil vom 9.1.2012 – 24 TaBV 1285/11

Volltext des Urteils: // BB-ONLINE BBL2012-1733-1
unter www.betriebs-berater.de

**LEITSATZ**

**Die CGZP war auch am 29.11.2004, 16.6.2006 und 9.7.2008 nicht tariffähig. Auf Vertrauensschutz konnte die CGZP sich nicht berufen.**

TVG § 2 Abs 1, Abs 2 Abs 3, ArbGG § 97

**SACHVERHALT**

Die Beteiligten streiten über die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Ch. Gewerkschaften für Z. und P. (CGZP). Die zu 2. beteiligte CGZP ist am 11.12.2002 von Mitgliedern des zu 13. beteiligten Ch. Gewerkschaftsbundes Deutschlands (CGB) gegründet worden. Die erste Satzung der CGZP ist auf ihrer Mitgliederversammlung vom 15.1.2003 angenommen worden (im Folgenden: Satzung 2003). Sie lautet:

*„SATZUNG der Tarifgemeinschaft Ch. Gewerkschaften für Z. und P.* 1. Die Tarifgemeinschaft hat ihren Sitz in Berlin bei der Bundesgeschäftsstelle. 2.

### 2. Rechtsgrund der Aufklärung über die Entgeltumwandlung

Die Aufklärung[21] über den Anspruch auf Entgeltumwandlung erwächst nach vorherrschender Auffassung aus der ein Arbeitsverhältnis charakterisierenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers[22]. Danach gilt, dass der Arbeitgeber grundsätzlich ebenfalls nicht unaufgefordert die eigenen Vermögensinteressen des Arbeitnehmers wahrnehmen muss, sondern nur über die Umstände informieren muss, die im Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsvertrages relevant sind. Da die Entgeltumwandlung[23] – anders als die sonstigen Alternativen der Altersvorsorge – speziell an die eigene Arbeitstätigkeit anknüpft, wird hier ein besonderes Informationsrisiko gesehen, soll den Arbeitgeber zumindest eine abstrakte[24] Informationspflicht treffen[25]. Darüber hinaus soll der Arbeitgeber aber nicht in die Pflicht genommen werden, z.B. die steuerrechtlichen Implikationen[26] bzw. die allgemeine Versorgungssituation des Arbeitnehmers zu analysieren. Zum Pflichtenumfang zählt so nicht einmal die Aufklärung über den Inhalt des Anspruchs gem. § 1a BetrAVG[27]. Begründet wird dies mit der komplexen Materie des BetrAVG, der mannigfaltig frei wählbaren Versorgungsalternativen. Dem Arbeitgeber kann deshalb nicht auferlegt werden, sich spezielles Expertenwissen zu verschaffen, weshalb eine Haftung in diesem Pflichtenkreis grundsätzlich ausscheide[28].

Bedenkt man jedoch, dass ein Franchise-Nehmer in sehr viel stärkerem Umfange als ein Arbeitnehmer auf die Kenntnis der Kalkulationsgrundlagen durch den Franchise-Geber angewiesen ist, um sich ein aussagekräftiges Bild über das zu erwartende Betriebsergebnis machen zu können[29], stellt sich die Frage, inwieweit der Franchise-Geber nicht wenigstens über die „Eichel"- bzw. „Riester"-Förderung aufzuklären hat, soweit dies bereits der Wortlaut des § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG vorsieht.

Gem. § 17 Abs.1 S. 3 BetrAVG sind „Arbeitnehmer", die in der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht pflichtversichert sind, zur Entgeltumwandlung gem. § 1a Abs. 1 BetrAVG berechtigt. M.a.W.: Der (neue) rentenversicherungsrechtliche Status der Einmann-Franchise-Nehmer radiziert die Entgeltumwandlungsberechtigung[30], weshalb die Überlegungen hinsichtlich der Aufklärung über die gesetzliche Rentenversicherungspflicht auch auf den Pflichtenumfang bzgl. der Aufklärung über die Entgeltumwandlung übertragbar sind.

Wie bei den Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherungspflicht der Franchise-Nehmer erwarten darf, dass man ihm die konkret aufzuwendende Summe nennt, damit er damit „rechnen" kann, darf er hinsichtlich der (zusätzlichen) Entgeltumwandlung zumindest die Rechengrundlage erfahren, von der ausgehend er seinen Mehrertrag im Alter selbst berechnen kann. Problematischer kann es m.E. jedoch für die Franchise-Geber werden, die es sich auch schon vor der Änderung der Rechtsprechung des BSG zur Angelegenheit machten, den Franchise-Nehmer über exakte Konditionen zur Altersvorsorge in rahmenvertraglicher Zusammenarbeit mit einem sog. speziellen „Versorgungswerk"-Anbieter zu beraten[31]. Damit erweiterten diese Franchise-Geber ihren Pflichtenkreis freiwillig und ließen den externen Versorgungsträger zu ihrem Erfüllungsgehilfen werden[32]. In der Folge hätten diese Franchise-Geber nun auch für Beratungsfehler und Schwierigkeiten[33] dieses speziellen externen Anbieters in puncto der Entgeltumwandlungs-Beratung einzustehen.

### 3. Ergebnis

Auf Seiten der Franchise-Geber sollte eine vorschnelle Bindung an einen einzigen Anbieter der Überprüfung unterzogen werden, seitens der Franchise-Nehmer stellt sich die lukrative Möglichkeit zur Entgeltumwandlung als eine Kalkulationsgröße dar, mit der gerechnet werden sollte.

21 Zur Begriffsklärung Informations-, Beratungs-, Hinweis- und Aufklärungspflicht vgl. *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl. 2009, S. 1081.
22 *Steinmeyer*, Arbeitgeberhaftung und Beratungspflichten in der bAV, BetrAV 2008 S. 531 (534); unter Bezugnahme auf BAG-Urteil vom 11.12.2001 (3 AZR 339/00) auch *Doetsch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 21 f.; einschränkend *Rolfs*, Beratungs- und Informationspflichten in der bAV nach der VVG-Reform, BetrAV 2010 S. 199 (200). Das BAG (Urteil vom 17.10.2000 – 3 AZR 605/99 –, BetrAV 2001 S. 198) betont stärker den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, verlangt eine Einzelfallabwägung anhand allgemeiner Kriterien.
23 Bei einem arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen wäre dies das „indirekte" Entgelt, vgl. BSG, Urteil vom 4.11.2009 – B 12 R 3/08 R, Rn. 26!
24 In Anknüpfung an die § 6 und § 7 VVG wird bei diesem Thema häufig zwischen abstrakt-typisierender Tatsachen-Information einerseits und konkreter, die Alternativen des Einzelfalles berücksichtigender Beratung unterschieden, vgl. *Doetsch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 21 f.; *Rolfs*, a.a.O. (Fn. 22), S. 200.
25 Daneben werden u.a. dafür auch Überlegungen der betrieblichen Gleichbehandlung genannt, vgl. *Doetsch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 50.
26 *Doetsch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 50.
27 *Rolfs*, a.a.O. (Fn. 22), S. 200.
28 *Rolfs*, a.a.O. (Fn. 22), S. 201 m.w.N.
29 *Schäfer*, a.a.O. (Fn. 12), S. 82.
30 Und damit auch die Riester-Förderung gem. § 1a Abs. 3 BetrAVG.
31 Vgl. DFV-Der Leitfaden für Franchise-Geber, S. 28.
32 *Doetsch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 51.
33 Stichwort „Entgeltumwandlung und Zillmerung" (*Deist/Lange*, BetrAV 2008 S. 26; *Mauersberg*, Entgeltumwandlung in der bAV – Risiken für Arbeitnehmer, Handlungsdruck für Arbeitgeber, BetrAV 2008 S. 228).

## Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft mit Art. 3 GG unvereinbar

**BGH**, Urteil vom 7.7.2010 – IV ZR 16/09

**Leitsatz:**

Die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer des öffentliches Dienstes, die bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder zusatzversichert sind, ist mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar (Aufgabe des Senatsurteils vom 14. Februar 2007 – IV ZR 267/04 –, VersR 2007 S. 676 = BetrAV 2007 S. 280, im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, VersR 2009 S. 1607[1]). Dem Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft steht jedenfalls seit dem 1. Januar 2005 ein Anspruch auf Hinterbliebenenrente nach § 38 Abs. 1 VBLS sowie auf Sterbegeld gemäß § 85 Satz 1 VBLS zu.

**Sachverhalt:**

1 Der am 15. September 1945 geborene Kläger begehrt von der beklagten Zusatzversorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) die Gewährung einer Hinterbliebenenrente sowie die Zahlung von Sterbegeld. Er lebte seit Juli 2005 in eingetragener Lebenspartnerschaft mit einem am 13. Januar 2006 verstorbenen Mann. Dieser war bei der Beklagten zusatzversichert und bezog von ihr zuletzt eine Betriebsrente von 232,50 €. Der Kläger erhält neben einer Erwerbsunfähigkeitsrente aus eigener Versicherung von der gesetzlichen Rentenversicherung des bei der Beklagten Versicherten eine sogenannte „große Witwerrente".

2 Mit der Klage macht der Kläger die Zahlung von Hinterbliebenenrente für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis 30. April 2006 in Höhe von monatlich 232,50 € sowie für den Zeitraum ab 1. Mai 2006 von monatlich 127,88 € zuzüglich

1 Vgl. BetrAV 2009 S. 672 und S. 772.