
Datum: 02.02.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 1502/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0202.8SA1502.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 1 Ca 340/10
Schlagworte: Kündigung/betriebsbedingte
Gründe/Outsourcing/Dienstleistungsvertrag/
Arbeitnehmerüberlassung
Normen: KSchG § 1, AÜG § 1
Leitsätze:
Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und
Dienstleistungsvertrag bei Aufgabenerledigung durch "Büro-
Service" gemäß Leistungsverzeichnis

Tenor:
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Bielefeld vom 28.04.2011 – 1 Ca 340/10 – wird auf Kosten der
Klägerin zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Mit ihrer Klage wendet sich die im Jahre 1955 geborene, ledige Klägerin, welche seit dem
Jahre 1997 im Lackierbetrieb der Beklagten als kaufmännische Angestellte und einzige
Bürokraft gegen eine monatliche Bruttovergütung von 1.547,-- Euro bei einer wöchentlichen
Arbeitszeit von 27,75 Stunden beschäftigt ist, gegen die Beendigung ihres
Arbeitsverhältnisses durch ordentliche, arbeitgeberseitige Kündigung vom 26.11.2009 mit

2

Wirkung zum 30.04.2010 und macht ferner Ansprüche auf vorläufige Weiterbeschäftigung sowie Zahlung von Verzugslohn für die Monate Mai bis einschließlich Juli 2010 nebst Urlaubsgeld geltend.

Die angegriffene Kündigung hat die Beklagte, welche einen Lackierbetrieb zur Erledigung von Lackierarbeiten für die von den Gesellschaftern betriebenen Autohäuser führt und neben der Klägerin elf Lackierer und einen Fahrer beschäftigt, mit der Begründung ausgesprochen, aufgrund der unternehmerischen Entscheidung, die anfallenden Büroarbeiten künftig von einem externen Büroservice erledigen zu lassen, sei der Bedarf für die Beschäftigung der Klägerin entfallen. Grund für die getroffene Unternehmerentscheidung sei der Umstand, dass auf diese Weise die Organisation von Urlaubs- und Krankheitsvertretung im Bürobereich vereinfacht werde. Die vom Büroservice B übernommenen Einzelaufgaben seien in der Leistungsbeschreibung vom 04.01.2010 (Bl. 147 der Akte) im Einzelnen aufgeführt und würden nunmehr durch die beim Büroservice B eingestellte Bürokraft A erledigt, welche an ihrem häuslichen Arbeitsplatz tätig sei und die ihr per Telefax übermittelten Arbeitsaufträge auf der Grundlage des bestehenden Dienstleistungsvertrages abarbeite, ohne dass die Beklagte hierauf weiteren Einfluss habe oder gar ein Direktionsrecht beanspruche. Da Frau A bereits während der längeren Erkrankung der Klägerin im Zeitraum April bis Anfang Dezember 2009 bei der Beklagten als Krankheitsvertretung beschäftigt gewesen sei, habe es irgendwelcher Weisungen der Beklagten ohnehin nicht bedurft. In Fällen des Urlaubs oder der Erkrankung sei es Sache des Büroservice B, für entsprechenden Ersatz zu sorgen. 3

Demgegenüber hat die Klägerin vorgetragen, der damalige Geschäftsführer S sei nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages ohne Mitwirkung der Gesellschafter zu einer derart grundlegenden Organisationsänderung nicht berechtigt gewesen. Ohnehin handele es sich nicht um eine dauerhafte Organisationsänderung, sondern um eine bloß vorgeschobene Maßnahme, mit welcher die Klägerin wegen der in der Vergangenheit entstandenen Meinungsverschiedenheiten aus dem Betrieb herausgedrängt werden solle. Die von der Beklagten vorgetragene Erledigung der Bürotätigkeiten im Wege eines Dienstleistungsvertrages mit der Firma B unter Einschaltung der nunmehr dort beschäftigten Frau A entspreche nicht der betrieblichen Realität. Frau A unterliege weiter, auch wenn sie von zu Hause aus tätig sei, dem Direktionsrecht der Beklagten, ohne dass der Büroservice B in irgendeiner Weise auf die Aufgabenerledigung Einfluss nehme oder sich gar um die Urlaubsvertretung kümmere. Letzteres werde anschaulich durch den Umstand bestätigt, dass sich Herrn B bei seiner zeugenschaftlichen Vernehmung vor dem Arbeitsgericht insoweit vollkommen uninformiert gezeigt habe. 4

Durch Urteil vom 28.04.2011 (Bl. 153 ff. der Akte), auf welches wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Fassung der Anträge Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht nach uneidlicher Vernehmung der Zeugen B und A gemäß dem Terminsprotokoll vom 28.04.2011 (Bl. 138 ff. der Akte) die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Arbeitsplatz der Klägerin durch die Fremdvergabe der bislang von der Klägerin erledigten Büroarbeiten entfallen sei. Sowohl der Zeuge B als auch die Zeugin A hätten überzeugend und glaubwürdig bestätigt, dass die vormals von der Klägerin erledigten Tätigkeiten nunmehr von Frau A an ihrem heimischen Arbeitsplatz erledigt würden. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe es für die Wirksamkeit der getroffenen Unternehmerentscheidung keines Gesellschafterbeschlusses bedurft, da es sich bei der Auslagerung der Büroarbeiten um eine Aufgabe der laufenden Verwaltung gehandelt habe. Im Übrigen führe selbst eine Überschreitung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen nicht zur Unwirksamkeit der 5

Kündigung im Außenverhältnis zur Klägerin.

Mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens ihr Klagebegehren weiter und führt ergänzend aus, in Wahrheit handele es sich bei dem Einsatz der Frau A nicht um eine Aufgabenerledigung im Wege eines Dienstleistungsvertrages, vielmehr liege ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vor. Schon aus der direkten Übermittlung der Arbeitsaufträge von der Beklagten an Frau A und dem weiteren Umstand, dass Frau A bei Bedarf auch Anrufe von Kunden entgegennehme und telefonische Rückfragen halte, sei ersichtlich, dass das arbeitsvertragliche Direktionsrecht nicht beim Büroservice B, sondern bei der Beklagten liege. Wie die Vernehmung des Zeugen B beim Arbeitsgericht ergeben habe, sei dieser in keiner Weise in die Arbeitsausführung eingebunden und habe sich auch nicht um Fragen der Urlaubsvertretung gekümmert. Für eine Arbeitnehmerüberlassung spreche des weiteren der Umstand, dass Herr B zur Aufgabenerledigung keinerlei Arbeitsmittel – mit Ausnahme eines Mobiltelefons – zur Verfügung gestellt habe, hingegen der im Eigentum der Frau A stehende PC von der Beklagten mit der notwendigen Spezialsoftware versehen worden sei. In Anbetracht der organisatorischen Einbindung der Frau A in die Arbeitsabläufe der Beklagten trete der Umstand zurück, dass Frau A ihre Arbeit von zu Hause aus erledige; maßgeblich sei nicht die räumliche, sondern die funktionale Eingliederung. Demgegenüber fehle es im Verhältnis zum Büroservice B an jedweder Eingliederung und Einflussnahme. Auch der Umstand, dass die vereinbarten Dienstleistungen nach einem festgelegten Stundensatz und nach Arbeitsanfall abgerechnet werden, spreche deutlich für einen Fall der Arbeitnehmerüberlassung.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 28.04.2011 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld – 1 Ca 340/10 -

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 26.11.2009 nicht beendet wird, sondern fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, sie über den 31.03.2010 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen auf demselben Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie zu zahlen:

a. für Mai 2010 1.547,00 Euro brutto abzüglich an die Agentur für Arbeit übergegangenen 669,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 01.06.2010;

b. für Juni 2010 1.547,00 Euro brutto abzüglich an die Agentur für Arbeit übergegangenen 669,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 01.07.2010;

c. für Juli 2010 1.547,00 Euro brutto abzüglich an die Agentur für Arbeit übergegangenen 669,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 01.08.2010;

d. die Beklagte zu verurteilen, an sie Urlaubsgeld in Höhe von 225,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 01.05.2010 zu zahlen;

Die Beklagte beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen.	15
Sie verteidigt die arbeitsgerichtliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend und tritt dem Vorbringen der Klägerin zum Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung mit dem Einwand entgegen, die Beklagte habe Frau A keinerlei arbeitgeberbezogene, sondern allein auftragsbezogene Weisungen erteilt und ihr allein solche Aufträge zur Erledigung zugewiesen, welche dem abgeschlossenen Dienstleistungsvertrag nebst Leistungsbeschreibung entsprächen. Weder in zeitlicher Hinsicht noch im Hinblick auf die Reihenfolge der durchzuführenden Arbeiten habe die Beklagte auf die Abwicklung des Dienstleistungsvertrages Einfluss nehmen können. Ob und in welchem Maße Herr B sich um die Art der Aufgabenerledigung gekümmert habe, wisse die Beklagte nicht. In Anbetracht der Tatsache, dass Frau A in der Vergangenheit bei der Beklagten als Vertretung für die erkrankte Klägerin beschäftigt gewesen sei, sei sie ohnehin mit den von ihr zu erledigenden Tätigkeiten vertraut gewesen. Allein der Umstand, dass die Beklagte die erforderliche Spezialsoftware auf dem Computer der Frau A habe installieren lassen, führe nicht zu einer Eingliederung in den Betrieb der Beklagten, sondern entspreche allein den tatsächlichen Notwendigkeiten bei der Abarbeitung der zu erledigenden Aufträge.	16
Das Landesarbeitsgericht hat weiteren Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen A und S gemäß dem Terminprotokoll vom 02.02.2012, Bl. 237 ff. der Akte.	17
Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.	18
Entscheidungsgründe	19
Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg.	20
I. In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil ist das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die angegriffene Kündigung mit Ablauf des 30.04.2010 beendet worden. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG, vielmehr kann die Beklagte die Kündigung erfolgreich auf ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des § 1 KSchG stützen.	21
1. Die Aufgabenstellung der Klägerin als einziger Bürokraft ist infolge der unternehmerischen Entscheidung der Beklagten entfallen, die im Büro anfallenden Büroarbeiten nicht mehr im eigenen Hause mit einer eigenen Bürokraft zu erledigen, sondern von einem externen Büroservice durchführen zu lassen.	22
a) Soweit die Klägerin die von der Beklagten vorgetragene Entscheidung zu einer dauerhaften Fremdvergabe der Bürotätigkeiten bestritten und geltend gemacht hat, der Beklagten sei es allein um eine vorübergehende Maßnahme gegangen, um sie – die Klägerin – aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen, ist dies in der vor dem Landesarbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme widerlegt worden. Wie sich aus der Aussage des früheren Geschäftsführers S ergibt, lag der Entscheidung zur Auslagerung der Bürotätigkeiten die Überlegung zugrunde, dass auf diese Weise organisatorische Probleme bei Urlaub und Krankheit leichter zu bewältigen waren. Aus Sicht des Zeugen bestand kein Grund, diese Organisationsänderung nur für eine vorübergehende Dauer durchzuführen, zumal hiermit keine wesentlichen Mehrkosten verbunden waren. Selbst wenn – was der Zeuge in Abrede gestellt hat – mit der Fremdvergabe der Bürotätigkeiten zugleich der "Nebeneffekt" eintrat, dass zugleich die Grundlage der in der Vergangenheit aufgetretenen Spannungen mit der	23

Klägerin entfiel, ändert dies nichts an der Zulässigkeit und Dauerhaftigkeit der Organisationsmaßnahme. Dagegen, dass es sich allein um eine vorübergehende Maßnahme handelte, welche allein dem Ziel diene, die Klägerin aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen, spricht im Übrigen die weitere tatsächliche Entwicklung. Auch nach dem Ausscheiden des früheren Geschäftsführers S und nach Beendigung des Dienstleistungsvertrages mit dem Büroservice B hat die Beklagte nicht etwa eine neue Bürokraft eingestellt, vielmehr werden die Bürotätigkeiten unstreitig, soweit sie nicht vom jetzigen Geschäftsführer P selbst erledigt werden, weiterhin extern erledigt, und zwar nunmehr durch die Buchhaltung der Gesellschafterin P GmbH in L.

b) In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil bedurfte es zur Umsetzung der dargestellten Organisationsentscheidung keiner förmlichen Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung. Selbst wenn der damalige Geschäftsführer S kraft Gesellschaftsvertrages im Verhältnis zu den beteiligten Gesellschaftern gehalten gewesen wäre, die Auslagerung der Bürotätigkeiten mit diesen abzustimmen, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass die Organisationsentscheidung jedenfalls gebilligt und tatsächlich vollzogen worden ist. Hätten die Gesellschafter eine angebliche Kompetenzüberschreitung des Geschäftsführers beanstandet oder gar auf einer Rückgängigmachung bestanden, so würde sich dies daran zeigen, dass die Beklagte wieder eine eigene Bürokraft beschäftigt. Dies ist indessen unstreitig nicht der Fall. Auch wenn nicht verkannt wird, dass es nicht auf nachträgliche Umstände, sondern auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung ankommt, liegt in den genannten Umständen doch immerhin ein maßgebliches Indiz. 24

c) Infolge der Übertragung der Bürotätigkeiten auf die Firma B Büroservice ist der Bedarf für die Weiterbeschäftigung der Klägerin entfallen. Selbst wenn der Firma B Büroservice nicht alle vormals von der Klägerin erledigten Arbeitsaufgaben übertragen worden sind, beschäftigte die Beklagte jedenfalls für etwa verbleibende Tätigkeiten keine eigene Bürokraft. Soweit also verbliebene Aufgaben etwa vom Geschäftsführer selbst oder im Wege der Umverteilung einzelner Arbeitsaufgaben von anderen Beschäftigten nebenher erledigt werden, ist für die Frage des Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit der Klägerin ohne Belang. 25

2. Entgegen der Auffassung der Klägerin war die Beklagte auch nicht verpflichtet, durch Vereinbarung mit dem Inhaber der Firma B Büroservice für ihre Weiterbeschäftigung in diesem Unternehmen Sorge zu tragen. Richtig ist zwar, dass im Zusammenhang mit der Erteilung eines Dienstleistungsauftrages an die Firma Büroservice B dort ein entsprechender Beschäftigungsbedarf bestand und dementsprechend Herr B anstelle der Frau A auch die Klägerin hätte einstellen können. Für eine Verpflichtung des Arbeitgebers, im Falle einer Auslagerung von Arbeitsaufgaben für eine "Unterbringung" der entbehrlich gewordenen Beschäftigten beim Dienstleistungsunternehmen zu sorgen, bietet das Kündigungsschutzgesetz jedoch keine Grundlage. Anders als bei einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer, dem u. a. ein derartiger "Unterbringungsanspruch" zustehen kann (so für den Fall der tariflichen Unkündbarkeit im öffentlichen Dienst BAG, 06.10.2005, 2AZR 362/04, AP Nr. 8 zu § 53 BAT; LAG Hamm, 18.11.2010, 8 Sa 483/10, LAGE § 2 KSchG Nr. 67), besteht vorliegend für ein solches Erfordernis keine Grundlage. 26

3. Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt die Sozialwidrigkeit der Kündigung auch nicht daraus, dass die anfallenden Bürotätigkeiten in Wahrheit gar nicht aufgrund eines Dienstleistungsvertrages, sondern im Wege der Arbeitnehmerüberlassung durch Frau A erledigt werden. 27

a) Richtig ist zwar, dass die Entscheidung des Arbeitgebers, anstelle eigener Arbeitnehmer Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung nicht rechtfertigen kann, da in einem solchen Fall der Arbeitgeber nach wie vor die anfallende Arbeit von den entliehenen Arbeitnehmern nach eigenen Weisungen erledigen lassen will. Dementsprechend stellt die Entscheidung, eigenes Personal durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen, keine der gerichtlichen Überprüfung entzogene "freie Unternehmerentscheidung" dar (KR-Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rn 598a m.w.N.; LAG Hamm, 23.03.2009, 8 Sa 313/08, AuA 2009,545). vielmehr sind die von Leiharbeitnehmern eingenommenen Arbeitsplätze als freie Arbeitsplätze im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes anzusehen.

b) Abweichend vom Standpunkt der Klägerin liegt hier jedoch ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung nicht vor, vielmehr ist die mit der Erledigung der Bürotätigkeiten befasste Frau A auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrages mit der Firma Büroservice B tätig. 29

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Dienstleistungsvertrag hat nach den in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend übereinstimmend vertretener Auffassung zum einen anhand der Frage der Weisungsgebundenheit und zum anderen unter dem Gesichtspunkt der Eingliederung in die Betriebsorganisation des Entleihers/Auftraggebers zu erfolgen (ausführlich Schüren/Hamann, 4. Aufl., § 1 AÜG Rn 117 ff., 201; BAG, 31.03.1993, AP Nr. 2 zu § 9 AÜG; BAG 06.08.2003, 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG). 30

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. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Von der Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten auf Grund 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 Drittunternehmen 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 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst. 31

Über die rechtliche Einordnung eines Vertrags entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht. 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. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische 32

Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (BAG, 06.08.2003, a.a.O.).

Nach diesen Maßstäben ist die Tätigkeit der Frau A nicht als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen. 33

(1) Dies gilt zunächst für den Gesichtspunkt der Weisungsgebundenheit. 34

(a) Kennzeichnend für die Arbeitnehmerüberlassung ist der Umstand, dass der Leiharbeitnehmer seine Tätigkeit nach den arbeitsbezogenen Weisungen des Entleiher ausführt, welchem insoweit das für die abhängige Beschäftigung kennzeichnende Direktionsrecht vom Verleiher übertragen worden ist. Demgegenüber unterstehen die im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags vom Auftragnehmer eingesetzten Hilfspersonen allein dessen Direktionsrecht. Während im Falle der Arbeitnehmerüberlassung der Verleiher seinen Vertragspflichten schon damit erfüllt, dass er dem Entleiher einen geeigneten Arbeitnehmer überlässt, schuldet der Auftragnehmer eines Werk- oder Dienstvertrages die ordnungsgemäße Auftragserledigung selbst und hat für Fehlleistungen der eingesetzten Hilfspersonen gem. § 278 BGB einzustehen (Hamann a.a.O. Rn 197). Zwar bedarf es regelmäßig auch bei der Durchführung eines Dienst- oder Werkvertrages bestimmter Anweisungen (vgl. § 645 BGB) oder Vorgaben in Bezug auf die Art der Erledigung der auszuführenden Tätigkeiten. Diese Konkretisierung der geschuldeten Werk- oder Dienstleistung durch den Auftraggeber steht der Ausübung einer allgemeinen arbeitsleistungsbezogenen Weisungsbefugnis, wie sie für die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern kennzeichnend ist, jedoch nicht gleich (zutr. Hamann, Anm. zu LAG Hamburg, 29.10.2010, 6 Sa 27/10, jurisPR-ArbR 17/2011). 35

So wie bei einem Werkvertrag der mit der Wohnungsrenovierung beauftragte Handwerker die Vorgaben des Auftraggebers zu beachten hat, in welchem Raum mit der Renovierung begonnen, welche Tapeten verklebt und in welcher Farbe die Fenster gestrichen werden, ohne dass diese Vorgaben der Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts oder den arbeitsbezogene Weisungen gegenüber einem Leiharbeitnehmern gleichstehen, bedarf es auch bei einem Dienstleistungsauftrag der vorliegenden Art einer Konkretisierung im Hinblick auf die aus dem Dienstleistungsvertrag bzw. der Leistungsbeschreibung folgenden Einzelaufgaben. Die Vorgaben und Anweisungen an die vom Auftragnehmer eingesetzten Hilfskräfte betreffen insbesondere den Gegenstand sowie die Art und Weise der Ausführung der vereinbarten Dienstleistung, indem z. B. die Verfahrensweise bei der Übermittlung und Erledigung der vertragsgemäß abzuarbeitenden Geschäftsvorfälle bestimmt, Angaben zur Reihenfolge der Erledigung oder Vorgaben zur Verwendung bestimmter Vordrucke oder einer bestimmten Computer-Software gemacht werden. 36

Im Gegensatz zur Beschäftigung einer eigenen oder im Wege der Arbeitnehmerüberlassung entliehenen Bürokraft, welcher sämtliche vom Berufsbild umfassten Tätigkeiten übertragen werden können, richtet sich bei einem Dienstleistungsvertrag die Möglichkeit zur Aufgabenübertragung und zur Erteilung leistungskonkretisierender Anweisungen allein nach dem vereinbarten Leistungsgegenstand. Demensprechend verbleibt dem Auftraggeber allein ein auf Konkretisierung der vereinbarten Dienstleistung gerichtetes Bestimmungsrecht. 37

(b) Vorliegend ergeben sich aus der Leistungsbeschreibung zum Dienstleistungsvertrag vom 04.01.2010 die vom Büroservice übernommenen und von Frau A als eingesetzter Hilfsperson zu erledigenden Tätigkeiten. So erfolgt nach der Leistungsbeschreibung die Eingangsrechnungsprüfung im Abgleich mit den Lieferscheinen, ferner hat eine entsprechende Vorbereitung zu erfolgen zur weiteren Bearbeitung der Rechnungen durch 38

das Steuerbüro. Entsprechendes gilt für die weiter aufgeführten Aufgaben wie Fakturierung der Aufträge pp. Allein der Umstand, dass die von der Firma Büroservice B eingesetzte Kraft zur Erledigung übertragenen Tätigkeiten darauf angewiesen ist, dass ihr die Eingangsrechnungen übermittelt und bei Unklarheiten die erforderlichen Auskünfte erteilt werden, steht einem weisungsabhängigen Einsatz nicht gleich.

(2) Auch soweit zur Angrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Dienstleistungs- oder Werkverträge auf den Gesichtspunkt der Eingliederung in den Betrieb abgestellt wird, ergibt sich vorliegend nichts anderes. 39

(a) Rein tatsächlich war Frau A weder in den betrieblichen Räumlichkeiten der Beklagten, noch in den Räumen der Firma Büroservice B, sondern im eigenen Hause tätig. Hieraus folgt zugleich, dass sie ihre Arbeit weder unter unmittelbarer Aufsicht eines Vorgesetzten erledigte noch einer Anwesenheitskontrolle unterlag, wie dies für den Einsatz weisungsgebundener Arbeitnehmern jedenfalls typisch ist. Dementsprechend fehlt es auch in zeitlicher Hinsicht an einer Eingliederung in den Betrieb und die betrieblichen Abläufe der Beklagten. Allein der Umstand, dass Frau A ihre Aufgaben zeitnah zu erledigen hatte und im Falle erforderlicher Rückfragen ihre Aufgaben nicht ohne jeden Bezug zu den betrieblichen Öffnungszeiten der Beklagten erledigen konnte, lässt den Unterschied zur typischen Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb nicht entfallen. 40

(b) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es für die Frage der Eingliederung in den Betrieb und die Abgrenzung von Leiharbeit und dienstvertraglicher Aufgabenerledigung ohne Belang, dass ein Teil der Arbeitsmittel – so der Computer - nicht vom Büroservice B zur Verfügung gestellt worden war und dass die verwendete Software von der Beklagten beschafft und auf dem Computer der Frau A installiert worden war. Hätte Frau A keinen Computer besessen, wäre ihr dieser von ihrem Arbeitgeber – der Fa. Büroservice B – zur Verfügung gestellt worden, wie dies nach der Aussage des Zeugen B vor dem Arbeitsgericht für andere Beschäftigte des Büroservice zutrifft. Dass die spezielle Software von der Beklagten vorgegeben (und auf ihre Kosten installiert worden) ist, erklärt sich unschwer aus dem Umstand, dass es sich hierbei nicht um eine Standard-Bürosoftware handelt. Wenn die Beklagte in ihrem Lackierbetrieb eine auf ihre speziellen betrieblichen Bedürfnisse zugeschnittene Software für die Auftragsbearbeitung verwendet, leuchtet es ohne weiteres ein, dass auch die von einem Serviceunternehmen erbrachten Bürodienstleistungen mit der gleichen Software zu erbringen sind. In dieser Situation war es Zweifel einfacher und kostengünstiger, wenn die Beklagte die Voraussetzungen dafür schuf, dass die in ihrem Betrieb eingesetzte Software auch auf dem Computer der Frau A genutzt werden konnte, als dass Herr B etwa eigens eine Lizenz für die spezielle Software erwarb, für welche er nur im Rahmen des Dienstleistungsauftrages der Beklagten Verwendung hatte. Unter diesen Umständen kann aus der Besonderheit, dass nicht der Auftragnehmer, sondern der Auftraggeber einen Teil der Arbeitsmittel stellt, kein entscheidendes Indiz für die rechtliche Einordnung gewonnen werden. 41

(c) Entsprechendes gilt für den Umstand, dass Frau A ihre Tätigkeit ersichtlich eigenständig und ohne Aufsicht oder einzelne Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers erledigt hat. Abgesehen davon, dass es für die Abgrenzung von dienstvertraglicher Tätigkeit und Leiharbeit nicht auf den Umfang und Intensität der Weisungen des Vertragsarbeitgebers (hier des Herrn B), sondern auf etwaige Weisungen des Auftraggebers bzw. Entleihers (also der Beklagten) ankommt, erklärt sich das Fehlen von Weisungen des Herrn B unschwer daraus, dass Frau A während der mehrmonatigen Erkrankung der Klägerin als Krankheitsvertretung bei der Beklagten eingestellt und so mit den betrieblichen Verhältnissen und den anfallenden 42

Aufgaben vertraut war. Wenn Frau A sodann nach Ende der Krankheitsvertretung aus dem Betrieb der Beklagten ausschied und anschließend auf der Grundlage einer Anstellung beim Büroservice B im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages nunmehr gleichartige Tätigkeiten von zu Hause aus erledigte, verblieb für ihren Arbeitgeber B im Wesentlichen allein die Aufgabe, die Kontinuität der Auftragserledigung zu gewährleisten. Allein die Tatsache, dass der Vertragsarbeitgeber Büroservice B gegenüber Frau A nur eingeschränkt oder gar nicht von seinem Direktionsrecht Gebrauch gemacht hat, rechtfertigt jedenfalls nicht den Umkehrschluss, Frau A sei nach Art der Aufgabenerledigung und Weisungsunterstellung wie ein betriebszugehörigen oder entliehener Arbeitnehmer in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen.

(3) Auch die besonderen Umständen des Einzelfalls rechtfertigen nicht die Annahme, Frau A sei in Wahrheit nur pro forma beim Büroservice B angestellt gewesen. 43

(a) Dass die erforderlichen Arbeitsmittel – mit Ausnahme des Telefons – nicht vom Büroservice B zur Verfügung gestellt waren, erklärt sich nach den vorstehenden Ausführungen aus den besonderen tatsächlichen Verhältnissen. 44

(b) Auch soweit es die Frage der Urlaubsvertretung durch Frau J und die in der Beweisaufnahme vor dem Arbeitsgericht zutage getretene diesbezügliche Unkenntnis des als Zeugen vernommenen Herrn B betrifft, rechtfertigen diese Umstände nicht die Schlussfolgerung eines "Scheindienstvertrages" und einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. Die Klägerin will aus der Tatsache, dass der Zeuge B bei seiner Vernehmung über die Praxis der Urlaubsvertretung nicht informiert war, herleiten, in Wahrheit habe die Beklagte Frau A als Arbeitnehmerin vom Büroservice B entliehen und ihren Arbeitseinsatz gelenkt; nur so sei es zu erklären, dass Herr B davon ausgegangen sei, während des Urlaubs der Frau A seien keine Leistungen erbracht worden. 45

Wie die Vernehmung der Zeugin A vor dem Landesarbeitsgericht ergeben hat, stellt sich der Sachverhalt so dar, dass der Einsatz der Frau J von ihr – der Zeugin A – ausging, und zwar deshalb, weil ihr der Einsatz einer anderen (fremden) Vertretungskraft in ihren eigenen Räumlichkeiten nicht recht war. Möglicherweise war dem Zeugen B aus diesem Grunde lediglich bewusst, dass er sich um die Frage der Urlaubsvertretung nicht weiter hatte kümmern müssen, theoretisch wäre auch denkbar, dass Frau A den von ihr gewünschten Vertretungseinsatz der Frau J – entgegen ihrer Aussage - mit ihrem Arbeitgeber B nicht ausdrücklich abgesprochen hatte. Wenn Herr B also irrig der Auffassung war, während des Urlaubs der Frau A sei die Beklagte auch ohne Bürokraft zurechtgekommen, mag dies an fehlenden oder unklaren Absprachen, Erinnerungslücken oder fehlender Erinnerungsbereitschaft liegen. Demgegenüber rechtfertigt die objektiv unrichtige Vorstellung des Zeugen B von der fehlenden Urlaubsvertretung nicht die weitergehende Schlussfolgerung, in Wahrheit habe der Büroservice B die vereinbarten Dienstleistungen nur "pro forma" übernommen, tatsächlich sei demgegenüber Gegenstand des Vertrages allein die Überlassung der Frau A als Leiharbeitnehmerin zur Erledigung von Bürotätigkeiten, deren Inhalt von der Beklagten nach Bedarf durch Weisung festgelegt werde. 46

(c) Auch die tatsächliche Abwicklung der übernommenen Tätigkeit bietet keine Grundlage für eine derartige Annahme. Vielmehr hat die Zeugin A glaubwürdig bestätigt, dass sie für die Beklagte allein solche Aufgaben erledigt hat, welche sich mit dem Inhalt des Dienstleistungsvertrages deckten. Auch wenn im Arbeitsvertrag zwischen Frau A und dem Büroservice B die zu erledigenden Teilaufgaben nicht benannt waren und Frau A die zwischen der Beklagten und dem Büroservice B vereinbarte Leistungsbeschreibung vom 04.01.2010 nicht bekannt war, lassen sich die der Frau A übertragenen und von ihr erledigten 47

Tätigkeiten, welche sie bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung genannt hat, unschwer dem Dienstleistungsvertrag zuordnen. Die Erledigung von Schriftverkehr außerhalb des in der Leistungsbeschreibung aufgeführten "geschäftlichen Schriftverkehrs" hat die Zeugin ausdrücklich ausgeschlossen. Soweit es die Führung von Telefonaten betrifft, ist dies zwar in der Leistungsbeschreibung nicht ausdrücklich erwähnt. Aus Sicht der Kammer versteht es sich aber von selbst, dass jedenfalls solche Telefonate, welche sich auf die zu bearbeitenden Geschäftsvorfälle beziehen, vom Dienstleistungsauftrag erfasst sind. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn Frau A ganz allgemein mit der Führung von Telefonaten im Rahmen einer allgemeinen Bürotätigkeit befasst worden wäre, bedarf keiner Entscheidung, da hierfür keine Anhaltspunkte vorliegen.

(d) Auch der Einwand der Klägerin, schon die Abrechnungsmodalitäten des Dienstleistungsvertrages nach Einsatzstunden sprächen eher für eine beabsichtigte Arbeitnehmerüberlassung, greift im Ergebnis nicht durch. Richtig ist zwar, dass der Dienstleistungsvertrag den Umfang der Dienstleistung nicht gegenständlich abschließend umschreibt, wie dies bei einem Werkvertrag typisch ist und auch bei einem Dienstvertrag – so etwa bei der Vereinbarung einer bestimmten Anzahl physiotherapeutischer Behandlungen – in Betracht kommt. Für die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung kommt es hierauf jedoch nicht entscheidend an. Vielmehr kommt auch die Erledigung fortlaufend zu erledigender Tätigkeiten auf der Grundlage eines Dienstvertrages gegen Vergütung nach dem zeitlichen Umfang der angefallenen Tätigkeit in Betracht (LAG Hamm, 04.12.2003, 8 (17) Sa 1006/03, EzAÜG § 611 BGB Abgrenzung Nr. 8, juris Rn 30). Im Übrigen sah der Dienstleistungsvertrag auch nicht etwa ganz allgemein die Erledigung anfallender Büroarbeiten gegen Zahlung einer nach Einsatzstunden bemessenen Vergütung vor – was eine Arbeitnehmerüberlassung nahelegen könnte - , vielmehr waren die zu erledigenden Aufgaben, also der Gegenstand der vom Büroservice vertraglich ordnungsgemäß geschuldeten Leistung, in der vorliegenden Leistungsbeschreibung ausdrücklich bezeichnet. Dementsprechend steht es der Kennzeichnung der vom Büroservice B übernommenen Tätigkeit als Dienstvertrag weder die Vergütungsberechnung nach Stunden noch der Umstand entgegen, dass der vertraglich vorgesehene zeitliche Rahmen von 105 Std./Monat bei Bedarf überschritten werden kann. Weder folgt hieraus ein diesbezügliches Weisungsrecht der Beklagten gegenüber der Frau A zur Anordnung von Mehrarbeit - vielmehr bedurfte es hierzu zum einen einer (womöglich vorweggenommenen) Absprache zwischen der Beklagten und der Firma Büroservice B - , zum anderen war ein entsprechender Mehreinsatz der Frau A jenseits des vereinbarten Dienstleistungsvolumens und über den arbeitsvertraglich zwischen Frau A und ihrem Vertragsarbeitgeber B vereinbarten Umfang hinaus auch von einer diesbezüglichen Bereitschaft zur Überstundenleistung abhängig. Allein der Umstand, dass Frau A gelegentlich mehr oder weniger Stunden Büroarbeiten für die Beklagte erledigt hat, als dies im Dienstleistungsauftrag für den Normalfall vorgesehen war, besagt danach nichts über ihren Status als angebliche Leiharbeiterin.

4. Im Ergebnis steht damit zur vollen Überzeugung des Gerichts fest, dass der frühere Arbeitsplatz der Klägerin als Bürokraft entfallen ist. Da die Klägerin als einzige Bürokraft tätig war, entfiel die Notwendigkeit einer Sozialauswahl. Damit erweist sich die Kündigung der Beklagten als gerechtfertigt.

II. Wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt zugleich der verfolgte Weiterbeschäftigungsantrag. Auch für die auf Zahlung von Verzugslohn gerichteten Zahlungsanträge fehlt damit die rechtliche Grundlage.

48

49

50

51

III. Die Kosten der erfolglosen Berufung hat die Klägerin zu tragen.

IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 72 ArbGG liegen nicht.

52