

Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 1

Allgemeines zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung

Soweit Unternehmen darüber nachdenken, Arbeiten werkvertraglich abzuwickeln, ist es bedeutsam, dass sie die hierbei zu ihren Gunsten einschlägige Rechtsprechung kennen und sich beim Abschluss von Werkverträgen darauf beziehen können.

Der hier vorgelegte erste Teil der Fortsetzungsreihe beschäftigt sich in aller Kürze mit der historischen Entwicklung des Werkvertragsrechts. In den dieser Darstellung folgenden Einzelberichten soll den betroffenen Unternehmen die zu ihren Gunsten erfolgte Entwicklung der modernen Rechtsprechung bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und illegaler Arbeitnehmerüberlassung dargestellt werden.

1. Das Problem

1.1 Zur historischen Entwicklung des Werkvertragsrechts

Der Werkvertrag ist ein Rechtsinstitut, das in den §§ 631 ff. BGB im Bürgerlichen Gesetzbuch, das am 01. Januar 1900 in Kraft trat, enthalten ist. Verständlicherweise spielten in der Anfangszeit des BGB und etwa bis Ende des zweiten Weltkriegs, Werkverträge, für den Einzelnen wahrnehmbar, in erster Linie eine Rolle zwischen Verbrauchern und Unternehmen als Auftraggeber und selbständigen ursprünglich kleineren Handwerksbetrieben als Auftragnehmer. Die Handwerker, die mit den bei ihnen tätig werdenden Gesellen und Arbeitern, mit ihrem Werkzeug und Arbeitsmaterial die Werkleistung verrichteten, prägten das typische Bild des auf Werkvertragsbasis tätig werdenden Kleinunternehmers. Soweit diese Handwerker bestimmte Werkleistungen nicht in ihrem eigenen Betrieb abwickelten, sondern wie Dachdecker, Elektriker und Wasser- sowie Heizungsinstallateure diese im Anwesen des Auftraggebers durchzuführen hatten, war es ganz selbstverständlich, dass sie ihr Werkzeug und sonstiges Arbeitsmaterial mit zu ihren Kunden brachten und damit ihre Werkleistung abwickelten. Gegenüber ihren Kunden rechneten sie das eingesetzte Material wie auch ihre Arbeitszeit ab.

Ebenso war es einleuchtend, dass diese Handwerksunternehmen eigene Betriebsstätten hatten und ihre Tätigkeit bei ihren Kunden selbständig organisierten. Es kam hierbei gar nicht die Frage auf, ob die vertragliche Regelung zwischen den Handwerkern und ihren Kunden, die im Allgemeinen nur mündlich erfolgte, und die tatsächliche Abwicklung dieser Tätigkeit etwa nicht als Werkvertrag und werkvertragliche Leistung angesehen werden könnten. Die ganze Abwicklung bot hierzu keinen Anlass.

Problematisch konnte damals allenfalls gesehen werden, ob eine gewisse Leistung eines Handwerkers oder eines Architekten oder Anwalts als Werkleistung oder Dienstleistung anzusehen war. Das wurde jeweils danach beurteilt, ob es sich bei der angebotenen Leistung des Unternehmers oder Freiberuflers um eine erfolgsbezogene Leistung handelte, was einem werkvertraglichen Verhältnisse entsprach, oder ob nur die geschuldete Tätigkeit das wesentliche Vertragskriterium war, was für einen Dienstvertrag sprach.

1.2 Zur neueren Entwicklung des Werkvertragsrechts nach Abschluss des Krieges

Nach 1945 bestand zunächst die Aufgabe der deutschen Industrie darin, ihre im Krieg zerstörten Einrichtungen wiederherzustellen und die Produktion erneut zu beginnen. In diesem Zusammenhang erhielten Baufirmen, die im großen Stil auf Werkvertragsbasis entweder zerstörte Fabrikanlagen instand setzten oder auch neue Anlagen errichteten, eine große Bedeutung. Hierbei bildete sich ein besonderer Zweig des Werkvertragsrechts heraus, der allmählich eine solche Bedeutung bekam, dass hierfür ein eigenes Normenwerk entwickelt wurde, das das Werkvertragsrecht des BGB ergänzte und zwar die Verdingungsordnung für Bauleistungen – die VOB. Auch in diesem Zusammenhang kam keine Problematik auf, ob die Leistungen der Unternehmen, die im Rahmen der VOB Einrichtungen erstellten, etwa nicht werkvertraglicher Natur wären.

Parallel dazu kam es im Bereich des Werkvertragswesens zu einer weiteren neuen Richtung, die sich daraus ergab, dass bestehende Unternehmen Leistungen, die sie nicht selbst erbringen wollten oder konnten, auf dritte Unternehmen auslagerten. Diese Entwicklung führte in manchen Bereichen dazu, dass die ausgelagerten Aktivitäten an Unternehmen vergeben wurden, die sich in diesem Zusammenhang als Zulieferindustrie formierten. Ein typischer Bereich hierfür ist die Autozulieferindustrie. Beispielsweise haben sich um Stuttgart herum zahlreiche Unternehmen erfolgreich entwickelt, die unter anderem für die Firma Daimler Benz bestimmte Autoteile herstellen.

In gleicher Weise hat sich in etwas neuerer Zeit ein Trend dahingehend entwickelt, Werkleistungen nicht an Unternehmen außerhalb des Betriebes zu vergeben, die dann letztlich als Werklieferungen dem Kaufrecht unterliegen, sondern, dass Unternehmen ihrerseits gewisse Unternehmenssparten nicht mehr im eigenen Betrieb abwickeln wollten und diese Bereiche in ihrem Betrieb an andere Unternehmen vergaben. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Unter anderem geht es den Unternehmen darum, sich auf ihr Kerngeschäft zu konzentrieren. Zu den oftmals ausgegliederten Bereichen gehören:

- Betriebskantinen und Werkküchen,
- Reinigungstätigkeiten im Betrieb wie unter anderem auch die hygienische Aufbereitung der im Betrieb anfallenden Transportkästen,
- die Wartung bestimmter Betriebsgeräte wie unter anderem IT-Systeme auf ständig damit betraute Spezialwerkunternehmen.

Daneben kam es aber auch aufgrund des Fehlens von einsatzbereiten Arbeitnehmern dazu, dass auch grundlegende Aktivitäten von Unternehmen outgesourct wurden. Ein typisches Beispiel hierfür bietet die Fleischwirtschaft. Hier ist seit über etwa 30 Jahren vielfach die ganze Schlachtung, also die Herstellung von Schlachttierkörpern outgesourct. Später wurde auch die Herstellung von Fleischteilstücken im Rahmen der Zerlegung und dem folgend auch teilweise die Herstellung von Fleisch- und Wurstwaren auf Werkvertragsbasis

tätig werdende Unternehmen übertragen. (Vgl. hierzu Tuengertal/Rothenhöfer, Eine Lanze für den Werkvertrag, Betriebs-Berater 1/2 2013.)

Auf diese Entwicklung reagierte die Rechtsprechung zunächst zögerlich, da sie sich zunächst am Beispiel der eingangs behandelten Handwerksbetriebe orientierte. Mit der Brammenflämmer-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1991 kam es jedoch vielfach zu einer positiven Wende und Anerkennung der historischen Entwicklung.

1.3 Zum unheilvollen Vorgehen des Zolls und der dabei erfolgenden Verkennung der Folgen der geschichtlichen Entwicklung des Werkvertragswesens

Während die Ausgliederung von Kantinen, Reinigungs- und Wartungsarbeiten und anderen Aktivitäten, die nicht zum unmittelbaren Geschäftsbereich der Unternehmen gehörten, allgemein als werkvertragliche Abwicklung akzeptiert wurde, war das in den zuletzt genannten Bereichen der Übernahme bestimmter originärer Aktivitäten eines Unternehmens durch ein Drittunternehmen nicht der Fall. Insbesondere seit dem Zeitpunkt, in dem der Zoll nach Wegfall der wesentlichen Außengrenzen mit der Eindämmung der so genannten "Schwarzarbeit" betraut wurde, kam es oft zu einer Fehleinschätzung werkvertraglicher Abwicklung als illegale Arbeitnehmerüberlassung.

In diesem Zusammenhang wirkte sich insbesondere das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG - aus, ein neueres Gesetz, das erstmalig im Jahre 1972 in Kraft trat. Das AÜG hatte die Aufgabe, den Personalverleih, respektive die Arbeitnehmerüberlassung nach den Vorstellungen der Politik zu regeln. Eine wichtige Funktion hat hierbei die durch das Gesetz eingeführte "Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis". Da der Gesetzgeber dem Personalverleih durch Fachunternehmen grundsätzlich nicht positiv gegenüber steht, hat er durch penibel genaue Regelung der Voraussetzungen für eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis wesentlichen Einfluss auf die Abwicklung des Personalverleihs genommen. Dabei verlief die rechtliche Entwicklung bei der Überarbeitung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht einheitlich. Es wurden teilweise Erleichterungen eingeführt, aber auch Erschwerungen. Bedeutsam ist, dass inzwischen das Arbeitnehmerüberlassungsrecht auch in einer EU-Richtlinie der so genannten Leiharbeits- Richtlinie des Jahres 2008 geregelt ist und hierbei die Mitgliedstaaten verpflichtet worden sind, die Richtlinie entsprechend des Artikel 288 Abs. 3 AEUV bis spätestens 5.12.2011 umzusetzen. Das Ganze, insbesondere die sich oft einschneidend ändernde Rechtslage hat erhebliche Auswirkungen auf das Tätigwerden der Personalverleihunternehmen und erfordert ein großes Maß an rechtlicher Kenntnis für die Abwicklung des Personalverleihs.

Der Zoll, dem die Überwachung der Eindämmung der Schwarzarbeit aufgegeben wurde, hat sich in diesem Zusammenhang keine Meriten verdient. Ohne intensive Kenntnis der historischen Entwicklung bei der werkvertraglichen Gestaltung von Unternehmen zu Unternehmen, hat er sich in diesem Zusammenhang zu Lasten der betroffenen Unternehmen äußerst sachunkundig verhalten. Er hat dadurch vielfach unberechtigt Probleme für Unternehmen, die ordnungsgemäß Werkverträge abwickeln, herbeigeführt und hat oft bei seinen Überprüfungen in den Betriebsräumen der auftraggebenden Unternehmen, in denen es eindeutig um das angesprochene Outsourcing auf werkvertraglicher Basis ging, unzutreffenderweise Arbeitnehmerüberlassung angenommen. Dieses Vorgehen wurde, weil die Werkunternehmer Werkverträge umsetzen wollten und da-

für keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis brauchten und vorliegen hatten, als angeblich illegale Arbeitnehmerüberlassung gesehen. Das führte aus der Sicht des Zolls dazu, dass die Auftragnehmer der werkvertraglichen Tätigkeit als illegale Verleiher bezeichnet wurden und ihre Auftraggeber als illegale Entleiher mit sehr nachträglichen Folgen für die betroffenen Unternehmer.

1.4 Zum Tätigwerden der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Angesichts der auf werkvertraglich kooperierende Unternehmer zukommenden Problematik durch die Fehleinschätzungen des Zolls, wurde es insbesondere für mittelständische Unternehmen aus den MOE-Staaten, wie Ungarn, Tschechien und Polen, die mit den besten Absichten nach Deutschland kamen, um hier als Werkunternehmen mit den Arbeitnehmern aus ihren Heimatländern tätig zu werden, äußerst problematisch. Wir sahen es daher als erforderlich an, dass von unserer Seite im Jahre 2006 zur Unterstützung dieser Unternehmen die "Arbeitsgemeinschaft Werkverträge Ost" gegründet wurde, die später ihren heutigen Titel "Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit" erhalten hat.

Die Mitarbeiter der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit haben deshalb für die ganze Fragestellung besondere Fachkenntnis, weil einer derselben langjähriger Syndikus des Bundesfachvereins Fleisch war und in diesem Zusammenhang die Entwicklung des werkvertraglichen Outsourcing in der Fleischwirtschaft betreut hat (vgl. dazu: Tuengertal/Rothenhöfer Eine Lanze für den Werkvertrag, Betriebs-Berater 1/2 2013).

Es besteht also eine nahezu 40-jährige fachkundige Erfahrung mit der rechtlichen Entwicklung des Outsourcings durch Werkverträge, die dazu geführt hat, sich mit den sich daran anschließenden Fragen in arbeitsrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher, zivilrechtlicher, strafrechtlicher und steuerrechtlicher Art auseinander zu setzen. Diese Erfahrung kommt den von der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit betreuten Unternehmen zugute.

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich im vorliegenden Zusammenhang unterschiedlich entwickelt. Das betrifft die Rechtsprechung im Bereich des Arbeitsrechts, Sozialrechts, Zivilrechts, Strafrechts und Steuerrechts, tangiert also alle Gebiete, auf die die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung Auswirkungen hat.

Festzustellen ist, dass die Gerichte zunächst Schwierigkeiten hatten, die veränderten Verhältnisse hinsichtlich des ursprünglichen Einsatzes von Handwerksunternehmen und der späteren Tätigkeit von Unternehmen, die im Rahmen des Outsourcings in den Betrieben der Auftraggeber Werkverträge abwickelten, zur Kenntnis zu nehmen. So hat sich die Rechtsprechung sehr lange orientiert am handwerklichen Unternehmereinsatz und für die Werkvertragsleistung sowie bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung als Kriterium für einen Werkvertrag gefordert, dass das tätig werdende Unternehmen sein Werkzeug und seine Arbeitsmaterialien beim Einsatz mitzuführen habe, und wenn das nicht der Fall war, dies als Indiz für eine illegale Arbeitnehmerüberlassung angesehen. In diesem Zusammenhang kam es etwa bis zum Jahre 1985 bei der Rechtsprechung in Folge der Verkennung der neuen Entwicklung zu einer nicht überzeugenden Abgrenzung zwischen werkvertraglicher Abwicklung und Arbeitnehmerüberlassung. Richtig gesehen ist es abwegig, zu fordern, dass beispielsweise ein auswärtiges Zerlegeunternehmen in einen bestehenden fleischwirtschaftlichen Betrieb mit

den hier vorhandenen ganzen technischen Einrichtungen, wie Rohrbahnen, Transportbändern und Sägen, als Werkunternehmen seine eigenen Bänder und Sägen mitbringen müsste, um insoweit als Werkvertragsunternehmen tätig werden zu können.

Auf die einzelnen weiteren ursprünglichen Kriterien und die Weiterentwicklung der Rechtsprechung dazu wird an späterer Stelle im Rahmen dieser Fortsetzungsreihe noch näher eingegangen. An dieser Stelle, dem ersten Teil der Fortsetzungsreihe, ist aber zum Ausdruck zu bringen, dass die veraltete Rechtsprechung mit der ganz grundlegenden und für die vorliegende Fragestellung wichtigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im Brammenflämmer-Fall im Jahre 1991 an sich ein Ende hätte finden müssen. Mit dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht ganz klar die neue Entwicklung des werkvertraglichen Outsourcings anerkannt und in markanten Ausführungen bestätigt. Obwohl die Brammenflämmer-Entscheidung eine so klare Darlegung der werkvertraglichen Abwicklung gebracht hat und die historische Entwicklung mit der hier dargestellten Auswirkung auf die Durchführung werkvertraglicher Tätigkeit bestätigt hat, wurde diese Erkenntnis bedauerlicherweise weder vom Zoll, noch bei einem immer kleiner werdenden Teil der Rechtsprechung aufgenommen und anerkannt.

So findet man heute noch Entscheidungen bestimmter Landessozialgerichte, wie des Bayerischen LSG oder des Baden-Württembergischen LSG, denen anzusehen ist, dass sie bei den Abgrenzungskriterien der veralteten Abgrenzungsliste des Zoll gefolgt sind. Sie kamen daher mit einer Begründung zur Annahme von illegaler Arbeitnehmerüberlassung, die heute bei Kenntnis der gesamten inzwischen für die betroffenen Werkvertragsparteien positiven Rechtssprechungsentwicklung nicht mehr vertreten werden kann.

Diese veraltete Rechtsprechung besteht aber und wird sowohl vom Zoll und der Deutschen Rentenversicherung wie auch von Gerichten niederer Ordnung aus dem Bereich Arbeitsrecht, Sozialrecht und Strafrecht sowie Ordnungswidrigkeitsrecht teilweise noch angewandt, sodass die betroffenen Unternehmer, auch wenn die Entscheidungen letztlich gegen die überwiegende moderne Rechtsprechung verstoßen, allergrößte Schwierigkeiten haben, ihr Recht zu erstreiten.

3. Auswirkungen für die Praxis

Das hier angesprochene Problem und die Entwicklung der dazu ergangenen Rechtsprechung ist für die Praxis bei der Abgrenzung von Werkverträgen und illegaler Arbeitnehmerüberlassung von großer Bedeutung. Es ist daher betroffenen Unternehmern zu raten, sich einerseits intensiv mit der eingangs behandelten, zu ihren Gunsten entstandenen Rechtsprechung auseinanderzusetzen, um gegenüber den Vorwürfen illegaler Arbeitnehmerüberlassung mit den ganzen rechtlichen Folgen gewappnet zu sein. Gleichzeitig ist ratsam, fachkundigen Rat entgegen zu nehmen, wie er u.a. von der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit zur Durchsetzung ihrer werkvertraglichen Position gewährt werden kann.

Autoren:

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