

# Zu den Vorstellungen der SPD zur Eingrenzung von Werkverträgen

## 1. Einführung

Am 19.02.2013 leitete die SPD-Fraktion dem Deutschen Bundestag einen Gesetzesantrag zu, der den Titel trägt: „Missbrauch von Werkverträgen bekämpfen“<sup>1</sup>. Nachdem zunächst dargelegt wird, dass es immer wieder zu Missbräuchen jedweder Vertragsgestaltungen, ob durch Werk- oder Dienstverträge, zulasten der Arbeitnehmer komme, und einzelne Unternehmen der Fleischwirtschaft namentlich an den Pranger gestellt werden, leider ohne die Angaben empirisch zu verifizieren, beantragt die SPD unter anderem die Änderung und Erweiterung einzelner Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG). Den bemerkenswertesten Abschnitt stellt sicherlich die vorgesehene Einführung eines Abs. 1a in § 1 AÜG dar, der einen Vermutungskatalog für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung statt Werk- oder Dienstverträgen enthält.

## 2. Aufnahme eines Vermutungskatalogs in § 1 AÜG

Eingeleitet wird § 1 Abs. 1a AÜG durch die Festlegung, dass das Vorliegen von drei der insgesamt sieben Abgrenzungsmerkmale automatisch zur Annahme von Arbeitnehmerüberlassung führt. Sodann folgen die sieben Merkmale.

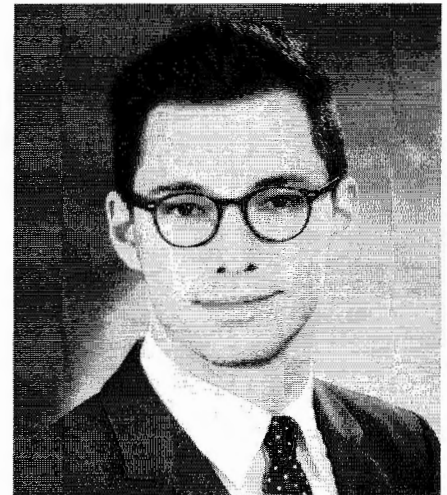
§ 1 Abs. 1a Nr. 1 AÜG stellt auf das äußere Erscheinungsbild ab. Dieses Kriterium wird häufig erfüllt sein. Bereits die Verwendung des Begriffs des äußeren Erscheinungsbilds erscheint problematisch, was an folgendem Beispiel verdeutlicht werden kann: Im Büro eines Telekommunikationsunternehmens sind die Festangestellten damit befasst, Anrufe von Kunden entgegenzunehmen und Fragen zu bestehenden Verträgen oder Rechnungen zu beantworten. Im gleichen Büro sind Werkver-



**Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal**

tragsarbeitnehmer tätig, die Kundenakquise betreiben und nach Vertragsabschlüssen entlohnt werden. Gemeinsam ist ihnen das Telefonieren; die verfolgten Zwecke jedoch könnten unterschiedlicher nicht sein.

In Nr. 2 wird auf die Verwendung von Material oder Werkzeug des Einsatzbetriebs abgestellt. Diese Kriterien wurden zwar von der Rechtsprechung herangezogen<sup>2</sup>. Man hat ihnen früher jedoch keinen pauschalen Wert zugewiesen, der zwingend auf Arbeitnehmerüberlassung hinweist, wie dies im Rahmen dieses Vermutungskatalogs der Fall wäre. Viel mehr fand eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls stets mit Blick auf die Wertung des gesamten Sachverhalts statt. Mittlerweile misst die Rechtsprechung diesen Kriterien kaum noch Bedeutung bei<sup>3</sup>. Schwierigkeiten bereitet bereits die Auslegung der Begriffe „Material“ und „Werkzeug“. So könnte man trefflich darüber diskutieren, ob solch ein allgemeines Gut wie Leitungswasser Material und ein Kran, mit dem die Werkevertragsarbeitnehmer ein großes Teilstück in einer Halle vom einen an den anderen Ort zur weiteren Tätigkeitsausübung transportieren, Werkzeug des Einsatzbetriebs ist. Es ist anzu-



**Mathias Hick**

nehmen, dass es einer Rechtsprechung von drei bis vier Jahren bedürfen würde, um diese Kriterien sicher anwenden zu können. Dies steht in großem Widerspruch zum Ziel der Bundesregierung, Prüftätigkeiten der zuständigen Behörden zu erleichtern und Rechtssicherheit bei der Anwendung von Abgrenzungsmerkmalen durch gesetzliche Niederlegung zu schaffen<sup>4</sup>. Gänzlich unbeantwortet bleibt bei diesem Kriterium, wie der Sachverhalt zu beurteilen ist, wenn der Unternehmer die Materialien erwirbt und dem Besteller in Rechnung stellt.

Nach Nr. 3 deutet es auf Arbeitnehmerüberlassung hin, wenn kein Ergebnis geschuldet wird, „das dem Arbeitgeber zugerechnet werden kann“. Auf Dienstverträge, gegen deren Missbrauch entgegen des Titels des Gesetzesantrags auch vorgegangen werden soll, ist dieses Kriterium mangels geschuldeten Ergebnisses nicht anwendbar. Bei Werkverträgen ist es dagegen längst anerkannt.

Ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung sei nach Nr. 4 ebenso ein Hinweis für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Auch dieses Kriterium ist für die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlas-

sung und Dienstverträgen nicht tauglich, da Dienstverträgen ein Gewährleistungsrecht gänzlich fremd ist. Hinsichtlich der Werkverträge bleibt jedoch die Frage nach der Verwirklichung dieses Kriteriums, wenn die Gewährleistung nur teilweise ausgeschlossen ist oder keine Erwähnung im Vertragswerk findet.

Das fünfte Vermutungskriterium, das auf die Haftung für die Auswahl und fristgerechte Zurverfügungstellung der Arbeitnehmer abstellt, ist bereits heute Hauptmerkmal der Arbeitnehmerüberlassung.

Gemäß § 1 Abs. 1a Nr. 6 AÜG deuten vom konkreten Ergebnis unabhängige Abschlagszahlungen auf Arbeitnehmerüberlassung hin. Dieses Kriterium wird beispielsweise im Baubereich sehr schnell erfüllt sein. Es ist nicht denkbar, dass ein Projekt von Anfang bis Ende vom Unternehmer vollumfänglich vorfinanziert wird und eine Vergütung erst mit der Abnahme des Werks erfolgt. Aber auch in der Fleischwirtschaft ist eine Erfüllung dieses Merkmals regelmäßig denkbar, da nicht wenige die Produktion übernehmende Betriebe, die beispielsweise am Ende eines Monats nach Stücken abrechnen, nicht über ausreichend finanzielle Mittel verfügen, ihre Arbeitnehmer einen Monat vorzufinanzieren. In einem solchen Fall kommt es nicht selten vor, dass für den jeweiligen Folgemonat eine vom konkreten Erfolg unabhängige Anzahlung stattfindet, die am Ende des Monats auf die Rechnung für die tatsächlichen Erzeugnisse angerechnet wird. Für Dienstverträge ist auch dieses Kriterium mangels geschuldeten Ergebnisses untauglich.

Mit Nr. 7 schließt der Vermutungskatalog. Nach diesem Kriterium soll ein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung vorliegen, sofern „die Tätigkeit des Arbeitnehmers ... im Vertrag mit seinem Arbeitgeber detailliert beschrieben“ ist. In der Zeitarbeit wird allerdings eine detaillierte Beschreibung vermieden, um die Einsatzmöglichkeiten des Leiharbeiters so umfassend wie möglich gestalten zu können. Zudem bereitet der Begriff „detailliert“ Auslegungsschwierigkeiten. Auch hier könnte es einer

jahrelangen Rechtsprechung bedürfen, um den Begriff sicher anwenden zu können.

Überschattet wird der Vermutungskatalog von der durchgehenden Verwendung der Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“. Zwar scheint dies angesichts der Formulierung in § 1 Abs. 1 AÜG konsequent. Dennoch bleibt die Vermutung, dass mit anderen Begriffen Missverständnissen vorgebeugt werden könnte; insbesondere deshalb, weil das von der SPD in der Begründung des Antrags angeführte Ziel lautet, sämtliche missbräuchliche Vertragsgestaltungen – also nicht lediglich Werkverträge – bekämpfen zu wollen. Sowohl dem Werk- als auch dem Dienstvertrag sind die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“ fremd.

Unbeantwortet lässt der Gesetzesantrag die Frage, wie sich die Einführung eines Vermutungskatalogs auf die von der Rechtsprechung in Jahrzehnten entwickelten Abgrenzungsmerkmale auswirken würde. Sollen sie gänzlich abgelöst werden oder daneben gelten? § 1 Abs. 1a Nr. 4 AÜG stellt beispielsweise auf den Ausschluss der Gewährleistung ab. Das Landesarbeitsgericht Stuttgart schenkte dagegen der tatsächlichen Geltendmachung der Gewährleistungsrechte Beachtung und sah ein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung darin, dass trotz der enormen Menge von 9.000 einzelnen Aufträgen keine Gewährleistungsrechte geltend gemacht wurden.<sup>5</sup> Wäre es künftig den Arbeitsgerichten verboten, weitere Kriterien heranzuziehen?

Abgesehen von der teilweisen Unverständlichkeit oder Unschärfe einzelner Kriterien und den starken Zweifeln an der generellen Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit eines Vermutungskatalogs, stellt sich ebenso die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Koalitionsvertrag. Zwar enthält dieser das Vorhaben, Abgrenzungskriterien gesetzlich zu festigen<sup>6</sup>. Allerdings betrifft das die von der Rechtsprechung bereits ohnehin angewandten Kriterien. Ziel der großen Koalition ist, die Prüftätigkeit durch die gesetzliche Abfassung zu erleichtern. Der Gesetzesantrag der

SPD geht dagegen über die von der Rechtsprechung angewandten Kriterien weit hinaus und eine Umsetzung würde somit gegen die Vorhaben laut Koalitionsvertrag verstoßen.

Ferner ist die Einführung einer Beweislastumkehr für den Fall vorgesehen, dass eine Partei Indizien beweist, die auf das Vorliegen von drei Merkmalen hindeuten. In diesem Fall hat die andere Partei Beweise vorzubringen, die die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung widerlegen. Damit würden die im Arbeitsrecht vielerorts angewandten Erleichterungen der Beweislast des Arbeitnehmers ebenso in den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung einzug erlangen.

### 3. Erweiterung der Rechte des Betriebsrats

Eine weitere Einschränkung des Einsatzes von Werkverträgen erhofft sich die SPD durch den Ausbau der Rechte des Betriebsrats im Zusammenhang mit einem Fremdfirmeneinsatz. So sollen insbesondere die Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte gestärkt werden. § 80 BetrVG soll derart ergänzt werden, dass dem Betriebsrat auch Verträge mit Nichtangestellten und Unterlagen über deren Einsatztage, Einsatzzeiten und Tätigkeiten vorzulegen sind. Zudem soll eine Unterrichtung des Betriebsrats über personelle Maßnahmen und den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf Nichtangestellter per Erweiterung von § 92 BetrVG erreicht werden.

Im Gegensatz zu den Informations- und Unterrichtspflichten hat die von der SPD geforderte Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 BetrVG nicht den Weg in den Koalitionsvertrag gefunden<sup>7</sup>. Es ist also zu erwarten, dass jedenfalls die Pläne, die Informations- und Unterrichtsrechte zu erweitern, weiter verfolgt werden, während der Ausbau der Mitbestimmungsrechte gegen den Koalitionsvertrag verstoßen und das ohnehin angespannte Verhältnis der Regierungspartner weiter belasten würde.

#### 4. Fazit

Ist ein Gesetzesantrag erst einmal eingebracht, so wird erfahrungsgemäß mit Vehemenz versucht, die angestrebten Regelungen umzusetzen; insbesondere, wenn die antragstellende Fraktion nun Regierungspartner ist. Trotz des über ein Jahr zurück liegenden Antrags sind die Vorhaben der SPD immer noch aktuell und es muss mit einem neuen Versuch gerechnet werden, diese umzusetzen. Wie aufgezeigt, weist der Antrag der SPD in seiner Form vom 19.02.2013 reichlich Verbesserungspotenzial auf. Daher muss getreu dem Motto, dass agieren besser als reagieren ist, gemeinsam und geschlossen in Form von Interessengemeinschaften an der politischen Willensbildung mitgewirkt werden. Dies ist wichtiger denn je, da mit der FDP eine Partei vom Volk aus dem Bundestag verbannt wurde, die bislang in der Lage war, solchen – die Wirtschaft massiv beeinträchtigenden – Vorhaben entgegenzuwirken. Im Interesse der deutschen Wirtschaft muss verhindert werden, dass Werkverträge unter

Generalverdacht stehen<sup>8</sup>. Hierzu bietet sich die Mitwirkung in der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit an.

<sup>1</sup> Bundestag-Drucksache 17/12378

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 30.01.1991 – 7 AZR 497/89

<sup>3</sup> BSG, Urteil vom 30.01.2007 – B 2 U 6 /06 R; LAG Düsseldorf, Urteil vom 10.03.2008 – 17 Sa 856/07; LAG Hamburg, Urteil vom 29.10.2010 – 6 Sa 62/10

<sup>4</sup> Koalitionsvertrag, S. 49

<sup>5</sup> LAG Stuttgart, Urteil vom 01.08.2013 – 2 Sa 6/13

<sup>6</sup> Koalitionsvertrag, S. 50

<sup>7</sup> Koalitionsvertrag, S. 49

<sup>8</sup> *Stoffels*, SPD will gegen Missbrauch von Werkverträgen vorgehen, Beck-Blog „stoffels“ vom 03.03.2013

#### Verfasser

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal ist Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und betreibt gemeinsam mit weiteren Kollegen ein Anwaltsbüro in Mannheim, Schriesheim und Brüssel. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt und war lange Zeit Syndikus eines Verbands der Lebensmittelindustrie.

Mathias Hick beschäftigt sich als wissenschaftlicher Mitarbeiter der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit insbesondere mit der Vorbereitung von Tagungen und der Veröffentlichung von Publikationen über die Arbeit der Arbeitsgemeinschaft.

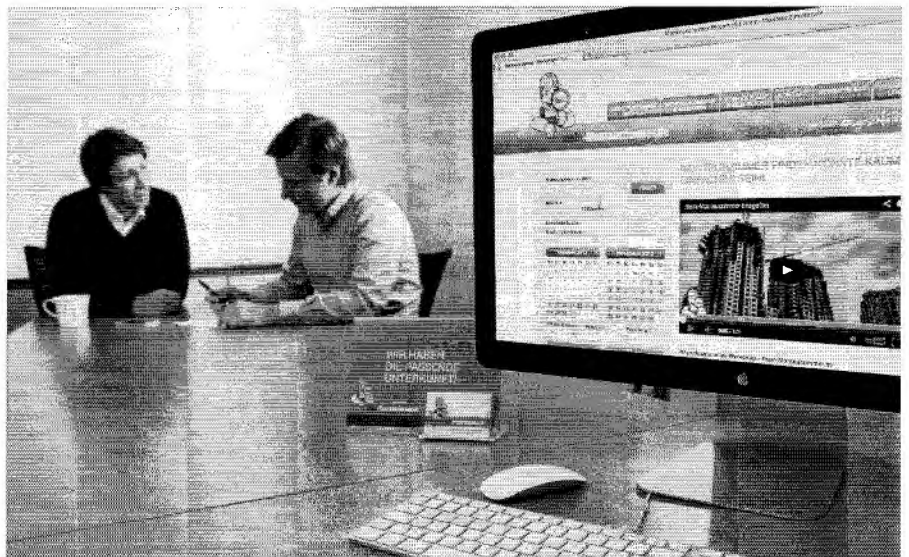
#### Anschrift der Verfasser

Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, M 7, 3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim, Tel.: 0621 / 39180100, E-Mail: info@werkvertrag-zeitarbeit.de www.werkvertrag-zeitarbeit.de

## Kostenloses Internetportal für Monteurunterkünfte

Tausende Personaldisponenten suchen täglich für ihre bundesweit tätigen Mitarbeiter passende Unterkünfte auf Zeit. Da sich die kurzfristige Suche nach einer geeigneten Unterkunft nicht immer einfach gestaltet, gründeten die Brüder Bastian und Christopher Nitzschke das Portal [mein-Monteurzimmer.de](http://mein-Monteurzimmer.de). Die Idee entstand während ihrer aktiven Zeit als Disponenten in der Personaldienstleistungsbranche.

Das neue Online-Portal bietet Handwerkern, Monteuren und Zeitarbeitern die Möglichkeit, schnell und einfach eine preisgünstige Unterkunft für den nächsten Arbeitseinsatz zu finden. Das als „Handwerkerseite des Jahres 2013“ in seiner Kategorie ausgezeichnete Portal verfügt über ein flächendeckendes und täglich wachsendes Angebot an Monteurzimmern, Pensionen, Gästehäusern und Ferienwohnungen. Mit Hilfe praktischer Filterfunktionen wird die komplexe, bundesweite Suche nach preiswerten Unterkünften vereinfacht. Die



**Bastian und Christopher Nitzschke**

Suche kann nach Preis, Umkreis und Buchungszeitraum gefiltert werden.

Mit der mobilen mein-Monteurzimmer-App für iPhone und Android-Smartphones können Suchende deutschlandweit das gewünschte

Zimmer am nächsten Einsatzort finden. Viele Personaldienstleistungsunternehmen können so mit Hilfe dieses kostenlosen Service die Unterkunftsplanung ihrer Mitarbeiter deutlich vereinfachen.

(Felix Böhm,  
[mein-Monteurzimmer.de](http://mein-Monteurzimmer.de))