

# 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



# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 2

## Der Rechtsprechungswandel am Beispiel der Vergütung werkvertraglicher Leistungen

### 1. Das Problem

Da zu den Kriterien eines Werkvertrages gehört, dass der Auftragnehmer eine erfolgsbezogene Leistung erzielt, hat die Rechtsprechung ursprünglich eine stück- oder gewichtsbezogene Vergütung als Merkmal eines Werkvertrages angesehen. Diese Rechtsprechung, die sich aus der ursprünglich streitig gewesenen Abgrenzung zwischen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB und Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB ergeben hat, legte damit aber ein Kriterium fest, das von vornherein nicht überzeugend war.

Jedem, der sein Fahrzeug zu einer Reparaturwerkstätte bringt oder der seine Schuhe von einem Schuhmacher reparieren lässt, oder der Installateurleistungen in seinem Haus durchführen lässt, leuchtet ein, dass sein Werkvertragspartner in diesem Zusammenhang ihm einerseits das aufgewendete Material und andererseits die Stundenlöhne seiner Mitarbeiter in seiner Rechnung ausweist und dafür Zahlung verlangt.

Niemand käme in diesem Zusammenhang auf den Gedanken, dass durch eine solche Inrechnungstellung der Stundenlöhne die werkvertragliche Abwicklung in Frage gestellt wird. Auch das BGB regelt nichts anderes. Nach § 632 BGB wird sogar in den Fällen, in denen keine Vergütung im Einzelnen vereinbart war, angenommen, dass dann eine übliche Vergütung oder eine Taxe eingreift, wobei eine Vergütungsrechnung, die den Stundeneinsatz der Mitarbeiter und die sich daraus ergebenden Beträge ausweist, als werkvertragskonform angesehen wird.

Es kann also davon ausgegangen werden, dass die Ausweisung von Personaleinsatz und die sich daraus dem Auftraggeber gegenüber angesetzte Stundenvergütung in einer Rechnung eines Werkunternehmers, die werkvertragliche Tätigkeit nicht in Frage stellen kann. Gleichwohl hat die Rechtsprechung früher aus den angesprochenen Gründen geglaubt, als Indiz für die Abwicklung werkvertraglicher Tätigkeit fordern zu können, dass in der Rechnung des Werkvertragsunternehmers auf Stückvergütung oder Gewichtsvergütung abgestellt wird.

Diese, für die Abgrenzung an sich heute nicht mehr einschlägige Rechtsprechung, die aber vom Zoll weiterhin zitiert wird, bereitet für die Praxis große Probleme. Sie hat dazu geführt, dass in den Fällen, in denen es Probleme macht, auf Stück- oder Gewichtsvergütung für die Honorierung der werkvertraglichen Leistung abzustellen, man Überbrückungslösungen vornahm und die eigentlichen Stundensätze auf Stück- oder Gewichtsvergütungen umrechnete. Gerade solche Umrechnungen oder Schattenrechnungen die ja nur vorgenommen werden, weil der Zoll seinerseits veraltete Rechtsprechung zitiert, werden dann vom Zoll, aber teilweise auch von den Staatsanwaltschaften und Gerichten als Indiz für einen "Scheinwerkvertrag", also für eine illegale Arbeitnehmerüberlassung angesehen. Richtig ist das ebenfalls nicht. Es ist nämlich auch hierzu ein einschlägiges sozialgerichtliches Urteil bekannt geworden, dass ein solches nachträgliches Umrechnen nicht als schädlich für eine werkvertragliche Abwicklung angesehen werden kann.

Um aber nicht der angesprochenen Einschätzung des Zolls einen "Scheinwerkvertrag" abzuwickeln, ausgesetzt zu werden, ist es bedeutsam, neue Entwicklungen der Rechtsprechung zu kennen und sich darauf abzustützen.

### 2. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Wie eingangs angedeutet, hatte das Bundesarbeitsgericht im Jahre 1977 - aus unserer Sicht problematisch - entschieden, dass es ein Anzeichen für eine Arbeitnehmerüberlassung sei, wenn die Abrechnung der Arbeiten der aus einem Drittbetrieb eingesetzten Arbeitskräfte nach der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden erfolgt.

Diese Rechtsprechung wurde aber im Wesentlichen nicht lange eingehalten, sondern hat sich schon im Jahr 1991 gewandelt, als das Bundesarbeitsgericht zu Recht zum Ausdruck gebracht hat, dass eine Vergütung auf der Grundlage von Zeiteinheiten einen Werkvertrag nicht ausschließt. Die Rechtsprechung wurde später durch weitere Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten sowie des Bundesarbeitsgerichts und Landessozialgerichten aus den Jahren 2007 bis 2011 bestätigt und eine Indizwirkung der Stundenvergütung für eine Arbeitnehmerüberlassung abgelehnt. Nur das bayerische und das baden-württembergische Landessozialgericht ignorieren die bereits erwähnten Entscheidungen und den vom Bundesarbeitsgericht ausgelösten Rechtsprechungswandel. Sie können daher in keiner Weise überzeugen und sind zurückzuweisen.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis ergibt sich hieraus zunächst, dass der Annahme des Zolls in einem konkreten Fall nachdrücklich zu widersprechen ist, dass die Annahme einer Stundenvergütung in einem Werkvertrag ein wirksames Indiz gegen das Vorliegen eines Werkvertrages ist.

Bei Abschluss eines Werkvertrages sollte man sich daher grundlegend überlegen, ob sich ohne eine nachträgliche Umrechnung von Zeiteinheiten auf Stückvergütung oder Gewichtsvergütung für die Abwicklung des konkreten Werkvertragsverhältnisses eine klare Möglichkeit ergibt, eine Stückvergütung oder eine gewichtsbezogene Vergütung zugrunde zu legen. Wenn eine Stückvergütung oder gewichtsbezogene Vergütung auch bei der praktischen Abwicklung des Werkvertragsverhältnisses nachvollziehbar umgesetzt werden kann, sollte man dies auch im zugrunde liegenden Werkvertrag so vereinbaren. Dabei ist aber von Wichtigkeit, dass bei der tatsächlichen Abwicklung des Werkvertragsverhältnisses auch gesichert ist, dass die Erfassung der zu vergütenden hergestellten Stück- oder Gewichtsmengen bei Abwicklung des Werkvertrages auch in einer solchen Weise geschieht, dass nicht nur der Auftraggeber die tägliche Leistung des Werkunternehmers festhält. Auch der Werkvertragsunternehmer sollte seinerseits am Ende eines Einsatztages die von ihm hergestellten Mengen nachvollziehbar kennen und sich darauf auch gegenüber seinem Auftraggeber beziehen können.

Aus unserer Sicht bestehen angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten keine Bedenken, dass Auftraggeber und Auftragneh-

mer gemeinsam vereinbaren, dass die Tagesleistung zugrunde gelegt wird, die am Anfang des Tages und am Ende eines Arbeitseinsatzes vom Erfassungssystem des Auftraggebers ausgewiesen wird und möglichst von beiden Vertragsparteien jeweils auf einem Ausdruck durch Gegenzeichnung bestätigt wird.

Soweit es aber um werkvertragliche Einsätze geht, bei denen es nicht um Stück- oder Gewichtsvergütung gehen kann, sollte die zugrunde gelegte Zeitvergütung der Arbeitnehmer des Werkunternehmers im Werkvertrag deutlich gemacht werden und im Rahmen der geltend gemachten Vergütung durch das Werkunternehmen auch in den Rechnungen ausgewiesen werden.

Um in der Angelegenheit der Fehleinschätzung des Zoll wirksam entgegen zu treten, wird es als ratsam angesehen, sich u.a. von der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit eine entsprechende Kommentierung des vorgesehenen Werkvertrages und der vorgesehenen Rechnungsstellung durchführen zu lassen. Im Rahmen dieser wird dann auf die insoweit vorliegende positive Rechtsprechung, zugunsten der Zeitvergütung bei Abrechnung werkvertraglicher Leistung detailliert eingegangen. Derartige Kommentare, die dem Zoll im Rahmen einer Überprüfung vorgelegt werden, verdeutlichen diesem, dass er im konkreten Fall seine vielfach eingenommene Fehldeutung der finanziellen Vergütung von Werkleistungen in einem werkvertraglichen Verhältnisses nicht akzeptiert bekommt. Das Gleiche gilt auch gegenüber den Gerichten.

**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.werkvertraag-zeitarbeit.de

# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 3

## Zur zurückzuweisenden Forderung des Einsatzes von Werkzeug und Arbeitsmitteln auf Seiten der Werkunternehmen

### 1. Das Problem

Wie im Rahmen der historischen Darstellung von den Autoren herausgestellt wurde, war es bei dem ursprünglichen Einsatz von Handwerksunternehmern bei deren Auftraggebern selbstverständlich, dass die einzelnen Handwerker ihre Werkzeuge wie auch ihre Arbeitsmaterialien mit an ihren Einsatzort brachten und diese bei der Durchführung der werkvertraglichen Leistungen einsetzten. Unter diesem Aspekt erschien es auch sachgerecht, davon auszugehen, dass bei dieser Konstellation der einzelne Handwerker durch Einsatz von Werkzeugen und Arbeitsmaterial ein Indiz für die Durchführung von werkvertraglicher Tätigkeit verwirklichte.

Mit Zunahme der werkvertraglichen Tätigkeit von Unternehmen für andere Unternehmen im Rahmen des Outsourcings, wie dies im ersten Teil der Aufsatzreihe zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. hier ist auf die Veröffentlichung im ersten Heft des Blickpunktes Dienstleistung abzustellen), ergab sich aber, dass Werkunternehmen in den Auftraggebern gehörenden Betriebsräumen tätig wurden, die von den Auftraggebern bei Errichtung des Betriebs für die Abwicklung der hier durchzuführenden Aktivitäten mit den erforderlichen technischen Geräten, versehen worden waren.

Gerade in den Bereichen, in denen ursprünglich eigene Arbeitnehmer eines Unternehmens die später outgesourcten Tätigkeiten abgewickelt haben, wie etwa bei Schlacht- und Zerlegebetrieben, standen alle Einrichtungen wie Betäubungsgeräte, Rohrbahnen und fest eingebaute Sägen sowie Zerlegebänder zur Verfügung und brauchten und konnten nicht durch die Werkunternehmer zur Abwicklung der werkvertraglichen Tätigkeit in den angesprochenen Betrieben zur Verfügung gestellt werden.

Es wäre deshalb abwegig zu vertreten, dass Schlacht- oder Zerlegeunternehmen oder Unternehmen in anderen Betriebsbereichen Rohrbahnen, Zerlegebänder, großvolumige Sägen und andere technische Geräte zur Abwicklung der werkvertraglichen Tätigkeit von außerhalb - und bei Einsatz von EU-Unternehmen womöglich gar aus anderen Mitgliedsstaaten der EU - zum Einsatz bei ihrem deutschen Einsatzbetrieb mitzubringen haben.

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

Nach dem Ausgeführten ist es einleuchtend, dass die moderne Rechtsprechung die ursprünglichen Forderungen des Mitbringens von Werkzeugen und Arbeitsmitteln, die sich aus dem in den Outsourcing-Fällen nicht existierenden handwerklichen Einsatz ergaben, bei der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung nicht vertritt. Seit der Brammenflämmer-Entscheidung des Jahres 1991 wird in der modernen Rechtsprechung zu treffend anerkannt, dass die Abwicklung der werkvertraglichen Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers nicht mehr dadurch in Frage gestellt wird, dass die Geräte des Auftraggebers und das von demselben zur Verfügung gestellte Arbeitsmaterial und Verbrauchsmaterial verwendet wird.

Unter diesem Aspekt bestehen keine Bedenken, in Werkverträgen zwischen beiden Parteien zum Ausdruck zu bringen, welche Gerätschaften und welches Arbeitsmaterial vom Auftraggeber dem Auftragnehmer zur Abwicklung seiner werkvertraglichen Tätigkeit zur Verfügung gestellt wird.

Dass es in diesem Zusammenhang auch darauf ankommt, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer die zur Durchführung seiner werkvertraglichen Tätigkeit erforderlichen Räume und Flächen unentgeltlich zur Verfügung stellt, ist ebenfalls einleuchtend und von der Rechtsprechung seit der Brammenflämmer-Entscheidung von 1991 anerkannt. Wenn ein Auftraggeber eine werkvertragliche Leistung in seinem Betrieb abgewickelt haben möchte, ist es abwegig, in diesem Zusammenhang zu fordern, dass er hierfür eine Miete von dem von ihm eingesetzten Werkunternehmen verlangt. Es ist doch in seinem ureigenen Interesse, dass die werkvertragliche Abwicklung in seinem Betrieb und in seinen hierzu zur Verfügung stehenden Räumen und mit den hier vorhandenen Geräten und Maschinen erfolgt.

Es ist nicht nötig und unsinnig, zur Optimierung der werkvertraglichen Abwicklung nach außen hin gegenüber dem befürchteten unterstellten Einsatz von illegaler Arbeitnehmerüberlassung zwischen den Parteien eine Anmietung oder Anpachtung von Räumen oder Geländeteilen zu vereinbaren und gegebenenfalls hierfür sogar eine Summe festzulegen. Ebenso ist es sachlich nicht geboten, dass die sogenannte "Miete" im Preis für die werkvertragliche Abwicklung so berücksichtigt wird, als sie den hierfür festgelegten Preis in gewisser Weise schmälert. Eine solche Krücke braucht angesichts der dargestellten Entwicklung nicht eingesetzt zu werden.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

In der Praxis gibt es deshalb in Bezug auf die jetzt bestehende überwiegende Rechtsprechung keine Bedenken, ausdrücklich im Vertrag zu vereinbaren, dass die Räume und Geräte des Werkvertragsgebers dem Werkunternehmer zur Verfügung gestellt werden und von diesem unentgeltlich zu nutzen sind. Zur Sicherstellung gegenüber dem Zoll sollte auch hier von sachverständiger Seite eine Kommentierung des Werkvertrags unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung erfolgen, nach der der Einsatz von Werkzeug und Arbeitsmaterial kein Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung ist. Die Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit ist hierzu bereit.

#### 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.werkvertraq-zeitarbeit.de





# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 4

## Die Rechtsprechung zum Rahmenwerkvertrag

### 1. Das Problem

Werden innerhalb eines Unternehmens bestimmte, abgrenzbare Arbeiten wie die Übernahme von Produktionslinien oder Lagerarbeiten in der Logistikbranche auf Werkvertragsbasis an Drittfirmen outsourct, stellt sich die Frage, wie konkret die Werkverträge ausgestaltet und durchgeführt werden müssen. Sind Werkerfolge und geschuldete Werkleistungen im Vertrag nur allgemein beschrieben, so dass der Inhalt der konkreten Tätigkeit erst durch Weisungen des Inhabers des Einsatzbetriebs bestimmt wird, sieht dies ein Teil der Rechtsprechung als ein Indiz für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung an (vgl. Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 19.11.2007, Az.: 16 Sa 569/07, Rn 31 bei juris). Als Grund dafür wird angegeben, dass detaillierte Regelungen werkvertragstypisch seien (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.07.2011, Az.: L 1 KR 206/09, Rn 133f bei juris), wohingegen der Leiharbeitsvertrag weniger konkret ausgestaltet sein könne, da hier der Leiharbeiter im Rahmen des Direktionsrechts angewiesen werden kann. Regelmäßig ist aber eine ganz detaillierte Beschreibung der werkvertraglichen Leistungen nach Ort, Art, Umfang, Güte, Zeit und Stückzahlen über Monate oder Jahre im Voraus überhaupt nicht möglich und auch nicht praktikabel. Die Praxis löst dieses Dilemma, indem sie Rahmenwerkverträge mit detaillierten Leistungsverzeichnissen abschließt und gleichzeitig aber vereinbart, dass die beschriebenen Leistungen erst durch Wochen- oder Tagesaufträge abgerufen werden.

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht hat sich im Urteil vom 30.01.1991, Az.: 7 AZR 497/89 Rn 55 (bei juris) mit der Zulässigkeit der Kombination von langfristigen Rahmenwerkverträgen und Leistungsverzeichnissen in Verbindung mit Einzelbestellungen auseinander gesetzt. Das BAG hat zunächst festgestellt, dass werkbezogene Einzelweisungen, die der Kontrolle dienen oder mit denen die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte verschiedener oder gleichartiger Werkleistungen im Rahmen der zuvor vereinbarter Werkgegenstände festgelegt werden, nicht auf eine Arbeitnehmerüberlassung schließen lassen, soweit sie nur bezogen auf das konkrete Werk erteilt werden. Weist der Dritte aber den Arbeitnehmer derart persönlich an, dass er damit zugleich Einsatz und Arbeit dieses einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar für ihn bindend organisiert werden, so spricht dies für ein Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist es also unproblematisch, wenn Weisungen erteilt werden, in welcher Reihenfolge ein konkretes Werk zu erstellen ist. Zudem wird man annehmen müssen, dass immer dann, wenn ein oder mehrere Werkerfolge vereinbart wurden, der Einzelauftrag durch die Vorfestlegungen des zweiseitig bindenden Rahmenwerkvertrages eine Bestimmung des Auftrages nur noch in engen Grenzen zulässt. Einsatz und Arbeit des einzelnen Arbeitnehmers werden dann durch den Einzelauftrag nicht mehr unmittelbar, sondern allenfalls mittelbar (vermittelt über den Rahmenwerkvertrag) bindend organisiert. Auch das LAG Düsseldorf hat im Urteil vom 10.03.2008, Az.: 17 Sa 856/07 Rn 67 und 70 das Be-

stehen atypischer Gestaltungsformen, wie beispielsweise der Rahmenwerkvertrag, grundsätzlich anerkannt, zumindest wenn ein abgrenzbares, dem Werkunternehmer zurechenbares Werk vorhanden ist.

Diese vom Bundesarbeitsgericht vorgegebenen Leitlinien hat jüngst das LAG Berlin-Brandenburg im Urteil vom 12.12.2012, Az. 15 Sa 1217/12 uminterpretiert, indem es entschied, dass es ganz erheblich gegen das Vorliegen eines Werk- oder Dienstvertrages spreche und für eine Eingliederung der Arbeitnehmer in den Betrieb des Auftraggebers, wenn sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem Bedarf des Auftraggebers richten. Dabei hat das Landesarbeitsgericht vernachlässigt, dass sich auch werkbezogene Weisungen, die nach § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB werkvertragstypisch sind, normalerweise nach dem Bedarf des Auftraggebers richten. Auch Einzelaufträge, mit denen die bindenden Vorgaben von Leistungsverzeichnissen und Rahmenwerkverträgen konkretisiert und abgerufen werden, richten sich nach dem Bedarf des Auftraggebers, auch wenn sie eine Bindung allenfalls mittelbar herstellen.

Die so vom LAG Berlin-Brandenburg vorgenommene Uminterpretation der Differenzierungsmerkmale, wie sie das BAG im Urteil vom 30.01.1991, Az.: 7 AZR 497/89 mit der Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Bindung formuliert hatte und die Einführung einer bedarfsbezogenen Abgrenzung steht in Widerspruch zu anderen Entscheidungen des BAG. Im Beschluss vom 05.03.1991, Az.: 1 ABR 39/90 hatte das BAG entschieden, dass Werknehmer oder deren Erfüllungsgehilfen, die in einem Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, nicht schon deswegen in den Betrieb des Auftraggebers im Sinne des § 99 BetrVG eingegliedert sind, weil das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant ist. Wer in einen Arbeitsprozess eingebunden ist, arbeitet regelmäßig entsprechend dem Bedarf, selbst wenn dies dem Werkvertrag nur indirekt über die Einplanung in den Arbeitsprozess zu entnehmen ist.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

Angesichts der geschilderten Rechtsprechung scheint es ratsam, die werkvertragliche Leistung möglichst konkret festzulegen. Das für die Praxis notwendige Maß an Flexibilität kann über Rahmenwerkverträge und detaillierte Leistungsverzeichnisse in Verbindung mit Einzelaufträgen erreicht werden, da dies in Ansehung des BAG-Urteils vom 30.01.1991, Az.: 7 AZR 497/89 auch weiterhin möglich ist. Wer den Werkvertrag sehr detailliert ausformuliert, muss sich allerdings auch bewusst sein, dass dann die tatsächliche Durchführung der Verträge entsprechend den detailgenauen Bestimmungen vorgenommen werden muss.

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



# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 5

## Die Rechtsprechung zur Zusammenarbeit von Stamm- und Fremdpersonal

### 1. Das Problem

Bei Outsourcing-Werkverträgen, in deren Rahmen einzelne, abgrenzbare Produktionslinien auf Werkvertragsbasis an Drittfirmen vergeben werden, stellt sich die Frage, welches Maß und welche Formen der Zusammenarbeit zwischen den Arbeitnehmern des Werkunternehmens und der Stammbesellschaft möglich sind. Wird nämlich zwischen Stamm- und Fremdpersonal nicht klar unterschieden, so dass der Werkerfolg nicht mehr klar zurechenbar ist droht der Vorwurf eines "Scheinwerkvertrages" bzw. einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung. Dennoch ist ein gewisses Maß von Zusammenarbeit zwischen Stammpersonal und Werkvertragsarbeitnehmern eines dritten Unternehmens auch beim Outsourcing gestattet.

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

Ein zu erstellendes Werk kann hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in der Weise in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant werden, dass die Werkvertragsarbeitnehmer Produkte weiterverarbeiten, die zuvor vom Stammpersonal hergestellt worden sind (BAG, Urteil vom 05.03.1991, Az.: 1 ABR 39/90). Wenn die Arbeiten des Stamm- und Fremdpersonals also klar und detailliert bestimmt und gegeneinander abgegrenzt sind, kommt es darauf, inwieweit etwa bei der Übergabe der Arbeiten äußere Umstände eine Zusammenarbeit notwendig machen, nicht an (BAG 05.03.1991, Az.: 1 ABR 39/90). Nach der Rechtsprechung des LAG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2007, Az.: 17 Sa 864/07 sind sogar arbeitsteilige Montagearbeiten zwischen Stamm- und Fremdpersonal möglich, soweit die Arbeiten abgrenzbar sind. Im Fall wurden in einem Kohlebergwerk künstliche Decken (sog. Schilde) als Vorarbeit für den Kohlenabbau errichtet, die nach Bedarf hydraulisch verschoben werden konnten. Wenn die künstlichen Decken (Schilder) von einem Fremdarbeiter montiert und sie dann von einer Stammkraft hydraulisch angeschlossen werden, liegt nach LAG Düsseldorf (Urteil vom 27.08.2007, Az. 17 Sa 864/07 Rn 121 bei juris) eine Arbeitsteilung vor, wie sie auch bei einer werkvertraglichen Zusammenarbeit ohne weiteres möglich ist.

Sehr problematisch ist dagegen die Zusammenarbeit in gemischten Teams aus Stamm- und Fremdkräften, weil dann der Werkerfolg nicht mehr klar zurechenbar ist, so dass unklar ist, gegen wen eventuelle Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden können. Ebenfalls sehr problematisch ist es, wenn den Stamm- und Fremdkräften gemeinsam arbeitsbezogene Weisungen erteilt werden da dann regelmäßig von einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen wird. Ein Absehen von den Konsequenzen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ist in diesen Fällen allenfalls möglich, wenn es sich bei den Vermischungstatbeständen um untypische Einzelfälle handelt. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (BAG, Urteil vom 18.01.2012, Az.: 7 AZR 723/10 Rn 28 bei juris). Würde in einem Fall, in dem ein Arbeitnehmer, der kurzzeitig in einem gemischten Team gearbeitet hat und nur dadurch zeitweise und unregelmäßig geringfügig den gemeinsamen

Weisungen eines Dritten ausgesetzt ist, die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, 10 AÜG greifen, käme man zu dem widersinnigen Ergebnis, dass der Arbeitsvertrag mit demjenigen, der ganz überwiegend die Arbeitsfunktionen ausübt, unwirksam wäre, zu demjenigen aber, der nur gelegentlich wie ein Arbeitgeber auftritt, ein Arbeitsverhältnis fingiert würde (LAG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2007, Az.: 17 Sa 864/07, Rn 110 bei juris).

### 3. Auswirkungen für die Praxis

In der Praxis sollte darauf geachtet werden, dass Fremdkräfte die auf Werkvertragsbasis arbeiten nur vom Stammpersonal klar abgegrenzte Tätigkeiten vornehmen. Ansonsten droht der Vorwurf illegaler Arbeitnehmerüberlassung.

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



# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 6

## Einbindung in Produktionsablauf nicht ausschlaggebend

### 1. Das Problem

In den vergangenen Monaten war der Werkvertrag weitreichenden, aber überwiegend unbegründeten Anfeindungen ausgesetzt. Von gewerkschaftlicher und teils auch politischer Seite werden Werkverträge als Dumpingverträge oder Instrument zur Umgehung von Tarifverträgen diffamiert. Besonders hart trifft diese Kritik den Einsatz von Werkverträgen in betrieblichen Kernbereichen. Hinzu kommt das rigorose Vorgehen des Zolls gegenüber Werkvertragsunternehmen. Wie wir in den vergangenen Folgen unserer Serie zum Werkvertrag dargelegt hatten, ist der Zoll mit Prüfung und Anwendung aktueller Werkvertragsrechtsprechung nicht vertraut. Fehlende Vertrautheit mit der betrieblichen Praxis in Verbindung mit ständiger Kompetenzerweiterung führt zu fatalen, nicht selten existenzgefährdenden Fehleinschätzungen.

### 2. Standpunkt des Zolls zur Einbindung in den Produktionsablauf

Eine solche Fehleinschätzung ist auch bei der Einbindung des Werkunternehmers zu beobachten. Einbindung bedeutet, dass der Werkunternehmer wegen Produktionsablauf und wirtschaftlichen Erfordernissen im Betrieb des Werkbestellers nicht frei über die Werkerstellung bestimmen kann. So kann der Werkunternehmer aufgrund schnell verderblicher Ware oder festgelegter Abnahmefristen zeitlich, oder wegen hoher Transportkosten örtlich an den Betrieb des Werkbestellers gebunden sein. Problematisch ist eine solche Einschränkung insofern, als die Werkerstellung sich bei rein oberflächlicher Betrachtung nicht mehr von einer sonstigen, ebenfalls dem Produktionsablauf unterworfenen Arbeitsleistung unterscheiden scheint. Wen wundert es da, dass der Zoll aus der äußerlich ähnlichen Erscheinung auf eine inhaltliche Ähnlichkeit schließt? Dass, um ein verbreitetes Sprichwort zu zitieren, wenn zwei das Gleiche tun, dies noch lange nicht dasselbe ist, übersieht der Zoll. Aus einer bloß oberflächlichen Ähnlichkeit der Tätigkeiten kann noch lange nicht auf dieselbe rechtliche Einordnung geschlossen werden.

### 3. Politische Angriffe gegen die Einbindung des Werkunternehmers

Leider findet die Fehleinschätzung des Zolls auch von akademischer Seite Zuspruch. So soll nach einem am 11. März auf dem Symposium Werkverträge im Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Prof. Maschmann vorgestellten Punkteplan bereits dann eine Fremdvergabe von Werkleistungen unzulässig sein, wenn die Fremdfirma über Art und Zeitpunkt der zu erbringenden Werkleistung nicht völlig frei und eigenverantwortlich entscheiden könne. Freilich ist dieser Punkteplan auch in anderen Prüfungspunkten so eng gestaltet, dass schon nach "falscher" Beantwortung einer einzigen Frage vom Einsatz von Fremdfirmen abgeraten wird.

Auch von politischer Seite wird bis heute vertreten, der Werkunternehmer hätte in seiner Zeiteinteilung frei zu sein, wie unter anderem eine Bundestagsanfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucksache 17/7482 vom 26.10.2011) zeigt. Vorgeschlagen wurde,

Abgrenzungskriterien zum Werkvertrag in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aufzunehmen. Gegen das Vorliegen eines Werkvertrages solle sprechen, dass der Werkunternehmer "in zeitlicher Hinsicht unfrei" sei, und der Werkbesteller Einfluss auf die Durchführung des Werkes nehmen könne.

### 4. Die aktuelle Rechtslage

Eine solcherart pauschale Ablehnung der Fremdvergabe von Werkverträgen steht in keinem Verhältnis zur bisher erfolgten Rechtsprechung. Viel-mehr sollen derartige Punktepläne, Abgrenzungskriterien oder andere Regulierungsvorschläge über vorgeblich neutrale Ordnungskriterien politische Wunschvorstellungen in die Werkvertragsgesetzgebung und -rechtsprechung einfließen lassen. Diesen werkvertrags-feindlichen Tendenzen ist entschieden entgegenzutreten. Art und Umfang der zu erbringenden Werkleistung richten sich, wie auch im vierten Artikel unserer Serie dargelegt, stets nach dem Bedarf des Werkbestellers. Schon insoweit ist der Werkunternehmer da-her nicht frei in seiner Entscheidung, sondern abhängig vom Werkbesteller.

Wann ein Werk erstellt werden soll, kann der Entscheidung des Werkbestellers nicht entzogen werden, da das Werk sich letztlich in dessen Betriebsablauf einfügen muss. So wie auch der als Werkunternehmer tätige Handwerker Rücksicht auf die zeitlichen und inhaltlichen Wünsche seiner Auftraggeber nimmt, hat der Werkunternehmer in der Industrie die Vorgaben seines Werkbestellers zu beachten. Soll also für den einfachen Handwerker kein anderes Recht gelten, als für andere Werkunternehmer, muss dem Werkbesteller zugestanden werden, den Zeitpunkt der Erstellung oder auch den Umfang des bestellten Werkes selbst zu bestimmen. Wo aber dem Werkbesteller ein solches Bestimmungsrecht zusteht, kann der Werkunternehmer verständlicherweise nicht selbst entscheiden. Eine fehlende Entscheidungsbefugnis in Hinblick auf die Modalitäten der Werkerstellung spricht daher nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages.

Dass die fachliche Einschränkung kein hinreichendes Abgrenzungskriterium ist, verdeutlicht auch das Bundesarbeitsgericht in einem Beschluss von 1991. Auch im dortigen Fall ähnelte das äußerliche Erscheinungsbild der Werkerstellung dem der Arbeitsleistung, war aber als Werkvertrag organisiert. Das BAG bestätigte ausdrücklich, dass Fragen der praktischen Vertragsdurchführung und Wirtschaftlichkeitsgedanken eine enge Zusammenarbeit mit dem Werkbesteller notwendig machen können, dies aber kein Indiz gegen einen Werkvertrag ist. Auch die spätere Rechtsprechung erkennt an, dass allein wegen Einbindung in den Arbeitsablauf ein Werkvertrag nicht verneint werden kann. Dass für Werkunternehmer im Handwerk nichts anderes gelten kann, als für solche in der Industrie bestätigt auch das Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen) in einer aktuellen Entscheidung.

### 5. Was ist zu tun?

Einer Überregulierung der Werkverträge durch politischen oder sonstigen wirtschaftsfernen Aktionismus muss aktiv entgegenge-

wirkt werden. Die Debatte um den Werkvertrag als Flexibilisierungsinstrument darf nicht von Gewerkschaftskampagnen oder politischen "Schnellschüssen" dominiert werden. Wichtig ist nun, sich aktiv gegen solche Fehldeutungen des Werkvertragsbegriffes einzusetzen und die Stimme für eine traditionsbewusste und wirtschaftlich nachhaltige Deutung des Werkvertrags zu erheben. Um die Kompetenz der Wirtschaft zu bündeln und schlagkräftige Argumente pro Werkvertrag und gegen Diffamierungskampagnen zu sammeln, beobachtet die Arbeitsgemeinschaft die Entwicklung des Werkvertragsbegriffes genau und setzt sich durch Schulungen, Beratung und publizistische Beiträge für eine wirtschaftsnahe Auslegung des Werkvertragsrechts ein.

Unternehmen, die durch Gewerkschaften, Politik oder Medienberichte wegen des Einsatzes von Werkverträgen unter Druck stehen, oder Negativberichte fürchten, ist anzuraten, sich von der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit zu einer argumentativ positiven Kommunikationsstrategie beraten zu lassen. Um juristischer Kritik der Werkvertragspraxis keine Angriffsfläche zu bieten, bietet die Arbeitsgemeinschaft eine Prüfung bestehender Werkverträge und Beratung zu geplanten Werkverträgen an.

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

# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 7

## Regelungen in Werkverträgen die den Bereich Hygiene, Arbeitsschutz, Sozialschutz u.ä. betreffen

### 1. Das Problem

Beim Outsourcen von abgegrenzten Arbeiten auf Werkvertragsbasis muss der Stammbetrieb darauf achten, dass die gesetzlichen Vorschriften beispielweise zur Hygiene oder zum Arbeitsschutz auch von den Werkvertragsarbeitnehmern eingehalten werden. Es sind daher entsprechende Regelungen in den Werkverträgen notwendig. Eine Zeitlang wurde jedoch die Frage gestellt, ob solche Hygiene- und Arbeitsschutzregelungen werkvertragstypisch sind. Dies wird von der neueren Rechtsprechung bejaht.

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

Früher wurden manche Formulierungen in Werkverträgen, die nicht die unmittelbare Abwicklung der werkvertraglichen Leistungen betrafen, sondern Regelungen enthielten, die den Einsatz des Personals des Werkunternehmers näher umschrieben und dem Unternehmer insoweit Verpflichtungen auferlegten, als für einen Werkvertrag untypisch angesehen mit dem Ergebnis, den Abschluss eines Werkvertrages in Frage zu stellen. Dieses Vorgehen ist zurückzuweisen: Es ist einzuräumen, dass sich die ursprüngliche Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht an der handwerklichen Werkvertragsabwicklung orientiert hat. Dem entsprach es, dass insbesondere der einzelne Verbraucher als Besteller gegenüber einem handwerklichen Unternehmer in Erscheinung trat. In diesem Zusammenhang wurde die Vorstellung entwickelt, dass der handwerkliche Unternehmer bei seiner Tätigkeit bei einem Kunden seinerseits die erforderlichen Werkzeuge und Maschinen sowie die Berufskleidung und das Arbeitsmaterial mit sich führt und bei der Abwicklung seiner Werkleistung einsetzt. Die Überlegungen die früher für den Werkvertrag eines Handwerkers galten können aber nicht auf die Beurteilung eines Vertragsverhältnisses zwischen zwei Unternehmen übertragen werden.

Es ist vielmehr darauf abzustellen, welche Erfordernisse sich für die einzelnen Unternehmen, sei es als Auftraggeber oder als Auftragnehmer aufgrund der sich in den letzten 30 Jahren vollzogenen Entwicklung des Einsatzes fremder Unternehmen als Werkvertragsunternehmen in den Betriebsgebäuden der Betriebe ihrer Partner im Rahmen des Outsourcing entwickelt haben.

In diesem Sinne hat das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 bezogen auf ein Dienstverhältnis, sehr zutreffend darauf hingewiesen, dass die Übernahme gewisser Sicherheitsvorschriften des Bestellers durch einen Auftragnehmer nicht gegen die zugrundeliegende Vertragsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien spricht. Es hat in diesem Zusammenhang auf die besondere Bedeutung der Sicherheit des Flugverkehrs abgestellt, bezüglich derer ein hoher Qualitätsstandard angelegt werden muss, der durch eine Vielzahl nationaler gesetzlicher Bestimmungen und auf europäischer Ebene durch entsprechende EU-Rechtsakte abgesichert ist. Bei einer Eingrenzung der Aktivität des Auftragnehmers durch entsprechende Dienstanweisungen des Auftraggebers hat das Bundesarbeitsgericht den angenommenen Dienstvertrag akzeptiert und keine Arbeitnehmerüberlassung angenommen.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

Auch im Rahmen eines werkvertraglichen Verhältnisses sind deshalb bestimmte Sicherheitserfordernisse zu akzeptieren. Dies kann dazu führen, dass auch Arbeitnehmer eines Fremdundnehmens den sicherheitstechnischen Maßnahmen des Besteller-Stammbetriebes Folge zu leisten haben. In dieser Richtung hat sich die Rechtssetzung in den letzten Jahren maßgeblich weiter entwickelt. Es sind für verschiedene Betriebsbereiche bestimmte Beauftragte kraft rechtlicher Vorgaben bestellt worden, wie etwa

- der Hygienebeauftragte bzw. Qualitätsbeauftragte im Lebensmittelrecht,
- der Sicherheitsbeauftragte im gesamten Unternehmensrecht.

Es wurden sicherheitstechnische Regelungen erlassen, dass ein Unternehmer Sorge dafür tragen muss, dass alle Arbeitnehmer – seine Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer von Subunternehmen – während der Tätigkeit in seinem Betrieb erfasst werden, um im Falle von auftretenden Schadensereignissen abzusichern, dass alle im Betrieb befindlichen Personen rechtzeitig evakuiert werden. Hinzu kommen neue europäische, sozialrechtliche Regelungen, auf die die Unternehmer als Besteller im Sinne des § 631 BGB bei Abschluss von Werkverträgen zu reagieren haben, wie die Verschärfung von Bußgeldvorschriften, u.a. im Bereich des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes.

Als Fazit der angesprochenen Entwicklung ist zu sagen, dass heute, anders als früher, werkvertragliche Regelungen zwischen zwei Unternehmen - verständlicherweise- ganz andere Regelungen enthalten als dies früher für notwendig angesehen wurde. Dies betrifft vor allem die Bereiche Hygiene- und Gesundheitsschutz (dazu 3.1), Arbeitsschutz und Unfallsschutz (dazu 3.2), Sozialschutz (3.3) und die erforderliche Koordinierung (3.4).

#### 3.1 Hygiene und Gesundheitsschutz

Die Notwendigkeit von Anforderungen an das Personal des Werkunternehmers in Lebensmittelunternehmen ergibt sich aus den einschlägigen lebensmittelrechtlichen Verordnungen der EU. Hierbei wird von Seiten der Überwachungsbehörden die Angelegenheit zutreffend so gesehen, dass ein Werkbesteller, der ein Lebensmittelunternehmen betreibt, als Auftraggeber für die Aufrechterhaltung der Hygieneanforderungen in seinem Unternehmen gegenüber allen hier tätigen Arbeitnehmern, seien es nun seine eigenen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer von Werkunternehmen, zuständig ist. In der Lebensmittelhygieneverordnung (EG) Nr. 852/2004 vom 29. April 2004 heißt es hierzu in Anhang II Kapitel VIII, bezogen auf "persönliche Hygiene", dass Personen, die in einem Bereich arbeiten, in dem mit Lebensmitteln umgegangen wird, ein hohes Maß an persönlicher Sauberkeit einhalten müssen, sowie geeignete und saubere Arbeitskleidung und erforderlichenfalls Schutzkleidung zu tragen haben. Weiterhin wird in Anhang II Kapitel XII der angeführten Lebensmittelhygieneverordnung (EG) Nr. 852/2004 betreffend "Schulung" verlangt, dass Lebensmittelunternehmer zu gewährleisten haben,

dass diejenigen, die mit Lebensmitteln umgehen, entsprechend ihrer Tätigkeit überwacht und in Fragen der Lebensmittelhygiene unterwiesen und/oder geschult werden sowie, dass alle Anforderungen der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über Schulungsprogramme hinsichtlich bestimmter Lebensmittelkategorien eingehalten werden. Die angeführten Vorschriften machen hinsichtlich der persönlichen Hygiene im Ergebnis keinen Unterschied danach, ob es sich bei den in einem Lebensmittelunternehmen tätigen Personen um Arbeitnehmer des Betriebs des Lebensmittelunternehmens oder um Arbeitnehmer eines hier tätigen Werkunternehmens handelt. Angesichts dieser klaren Regelungen im Hygienerecht sind die lebensmittelrechtlichen Unternehmen als Besteller verpflichtet, sich um die Einhaltung der Hygiene- und Lebensmittelsicherheit und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Schulungen aller in einem Lebensmittelunternehmen tätigen Personen zu kümmern. Es ist daher sachlich angemessen, dass Lebensmittelunternehmen in einem Werkvertrag für Lebensmittelsicherheit und Hygiene sorgen. Hierbei ist der Besteller berechtigt, dem Werkunternehmer für dessen Tätigwerden von Arbeitnehmern aufzuerlegen, die lebensmittelrechtlichen Grundsätze zu beachten und auch die erforderlichen Schulungsmaßnahmen hinzunehmen. Wenn hierbei dem Besteller als Auftraggeber durch den Werkvertrag die Durchführung der Schulung gegenüber den Arbeitnehmern des Werkunternehmens eingeräumt wird, ist das im Einklang mit den angesprochenen Vorschriften und auch mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die das Anlernen und Einweisen von Arbeitnehmern des Werkunternehmens durch den Besteller generell akzeptiert.

Grundsätzlich sollten Maßnahmen zur Einhaltung der Lebensmittelsicherheit und Hygiene, die durch die Hygiene- bzw. Qualitätsbeauftragten eines Unternehmens erfolgen, gegenüber den Aufsichtspersonen des Werkunternehmens ausgesprochen werden, damit die klare Trennung der Unternehmensbereiche zwischen den Lebensmittelunternehmen als auftraggebenden Unternehmen und den Werkunternehmern als Auftragnehmer bestehen bleibt. Es spricht aber nichts dagegen, dem Hygienebeauftragten des Bestellers das Recht einzuräumen, im Falle einer von ihm wahrgenommenen unmittelbaren Gefahrensituation, etwa der Erkenntnis, dass ein eindeutig verdorbenes Lebensmittel statt es auszusortieren weiterbearbeitet wird, in diesem Falle unmittelbar gegenüber dem Arbeitnehmer des Auftragnehmers einzuschreiten. Eine insoweit von ihm ausgesprochene Weisung gegenüber dem Arbeitnehmer des Werkunternehmens ist nicht als arbeitsrechtliche Weisung, sondern als produktbezogene werkvertragliche Anweisung im Sinne von § 645 BGB zu sehen. Ein solches Tätigwerden des Hygienebeauftragten kann keinesfalls als Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung angesehen werden.

### 3.2 Zu den Anforderungen hinsichtlich der Unfallverhütung

Der Einsatzbetrieb, also ein Besteller im Rahmen eines Werkvertrags ist verpflichtet, die Einhaltung von Unfallschutzvorschriften gegenüber seinem Werkvertragsunternehmer als Vertragspartner durchzusetzen. Häufig wird dies in Werkverträgen in der Weise geregelt, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, mit seinen Arbeitnehmern die berufsgenossenschaftlichen Vorschriften und Verpflichtungen einzuhalten. Dementsprechend heißt es ausdrücklich in § 16 SGB VII hinsichtlich der Geltung der Unfallverhütungsvorschriften für Personen in einem Betrieb, die an sich nicht durch den Unfallversicherungsträger für deren Betrieb erfasst sind, dass die Unfallverhütungsvorschriften eines Unfallversicherungsträgers auch gelten, soweit in dem Unternehmen Versicherte tätig werden, für die ein anderer Unfallversicherer zuständig ist. Deshalb ist es angemessen in Werkverträgen dem Auftragnehmer Unfallverhütungsverpflichtungen aufzuerlegen.

### 3.3 Verantwortlichkeit für den Sozialschutz

Auch der vertragliche Hinweis auf sozialversicherungsrechtliche Vorschriften seitens des Bestellers kann nach der inzwischen erfolgten Verschärfung der Situation für Werkvertragsunternehmer durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz sowie das SGB IV den Werkvertragscharakter einer solchen Regelung nicht in Zweifel ziehen. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz begeht derjenige, der Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, dann eine Ordnungswidrigkeit, wenn er seinerseits Personen beauftragt, die diese Leistung unter Verstoß gegen bestimmte Vorschriften des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes erbringen. Dies verdeutlicht, dass einem Besteller durch die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz eine Verpflichtung auferlegt wird, sich darum zu kümmern, dass ein Vertragspartner, der für ihn Werkleistungen erbringt, diese Werkleistung nicht mit Personen abwickelt, die im Rahmen dieser Leistungen vorsätzlich Verstöße gegen geltende sozialversicherungsrechtliche Regelungen begehen. In gleichem Sinne lässt auch die für das Baugewerbe geltende Regelung des § 28e Abs. 3a SGB IV erkennen, dass dem Besteller eines Werkvertrags generell eine gewisse Verantwortlichkeit für das Personal seines Auftragnehmers/Nachunternehmers obliegt. Nach dieser Vorschrift haftet ein Unternehmer des Baugewerbes für einen anderen Unternehmer, den er mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt hat, für die Erfüllung der Zahlungspflicht der Sozialversicherungsbeiträge, soweit er nicht gemäß § 28 Abs. 3b SGB IV ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass der Nachunternehmer oder ein vom ihm beauftragter Verleiher seine Zahlungspflicht erfüllt. Hierzu heißt es in der Kommentarliteratur, dass mit dieser Regelung erreicht werden soll, dass der Hauptunternehmer sich darum zu kümmern hat, dass der Nachunternehmer seinen sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nachkommt. Unter diesem Aspekt ist es im Rahmen eines Werkvertragsverhältnisses nachvollziehbar und rechtlich angemessen, wenn der Auftragnehmer eines Werkvertrags durch diesen verpflichtet wird, für die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer einen Sozialversicherungsausweis oder die A 1-Bescheinigung und die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einzuhalten.

### 3.4 Koordinierungsvorschriften

Bei einem Einsatz eines Drittunternehmens im eigenen Betrieb ist verständlich, dass hier innerhalb der gegenseitigen vertraglichen Regelungen bestimmte Koordinierungsvorschriften enthalten sein müssen, damit die im Rahmen des Werkvertrages erforderliche, kontinuierliche, fremdbestimmte Tätigkeit auch ohne Störungen durch die Arbeitnehmer des Auftraggebers erbracht werden kann.

- Unter diesem Aspekt ist einleuchtend, wenn in einem Werkvertrag vorgesehen ist, dass das Werkunternehmen auf die üblichen Öffnungszeiten und Arbeitszeiten des Bestellers Rücksicht zu nehmen hat.
- Weiter fällt hierunter, dass das Werkunternehmen sich an die Betriebsordnung des Bestellers zu halten hat.
- In diesen Zusammenhang gehört auch die vielfach in Werkverträgen ausdrücklich enthaltene Regelung, dass dem Besteller hinsichtlich der Arbeitnehmer des Werkunternehmens kein Weisungsrecht zusteht. Dass ein derartiges Vorgehen sachlich angemessen ist, hat das BAG vor noch nicht allzu langer Zeit in einem Urteil aus dem Jahre 2007 zum Ausdruck gebracht.



### 3.5 Fazit

Im Ergebnis ist somit anzuerkennen, dass die Hygiene-, Gesundheits-, Arbeits-, Unfall-, und Sozialschutzregelungen in Werkverträgen werkvertraglicher Natur sind und nicht als Indizien für angebliche Arbeitnehmerüberlassung angesehen werden können. Diese Auffassung ist im Übrigen im Einklang mit der bestehenden unternehmerischen Freiheit der Unternehmen gemäß Art. 2 und 12 GG.

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



# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 8

## Die Abgrenzung arbeitsbezogener Weisungen vom werkvertraglichen Anweisungsrecht

### 1. Das Problem

Für die Abgrenzung von Arbeiten auf Werkvertragsbasis gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung kommt es entscheidend darauf an, ob dem Inhaber des Einsatzbetriebes das arbeitsrechtliche Weisungsrecht übertragen worden ist bzw. er es tatsächlich ausübt. Leiharbeiternehmer unterliegen regelmäßig dem Weisungsrecht des Entleihers. Der Besteller eines Werkvertrages darf hingegen den Werkvertragsarbeitnehmern keine arbeitsrechtlichen Weisungen geben. Ihm steht lediglich das werkvertragliche Anweisungsrecht nach § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

Zur Abgrenzung arbeitsbezogener Weisungen von werkvertraglichen Anweisungen hat sich das Bundesarbeitsgericht bereits 1991 grundlegend geäußert. Demnach wird die Grenze zu einer arbeitsvertraglichen Anweisung überschritten, wenn der Dritte erst durch seine Anweisungen den Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung bestimmt. Weist der Dritte einen Arbeitnehmer derart persönlich an, dass damit zugleich Einsatz und Arbeit dieses einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar bindend für ihn organisiert werden, so spricht dies für das Vorliegen einer arbeitsbezogenen Weisung und für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung.

Sind die Weisungen des Dritten dagegen gegenständlich begrenzt, also auf die zu erbringende Werkleistung bezogen oder werden durch die Weisungen des Dritten die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte verschiedener oder gleichartiger Werkleistungen im Rahmen der zuvor vereinbarten Werkgegenstände festgelegt so deutet dies auf das Vorliegen eines Werkvertrages hin. Aus der Ausübung werkvertraglicher Weisungsbefugnisse einschließlich der damit zusammenhängenden Kontroll- und Überprüfungsrechte kann nicht auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungsvertrages geschlossen werden.

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hat in Urteilen der Jahre 2010 und 2011 das werkvertraglich erlaubte Kontroll- und Überprüfungsrecht weiter präzisiert. Auch ein projektbegleitendes Qualitätsmanagement spreche nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Bei einem projektbegleitenden Qualitätsmanagement finde ein permanenter Austausch zwischen Mitarbeitern des Auftraggebers und des Auftragnehmers statt. Die Anweisungen des Auftraggebers erfolgen projektbezogen und beeinflussen die Arbeitsweise des Fremdpersonals nur mittelbar. Entscheidend sei, dass der Auftraggeber nicht über den Einsatz des Fremdpersonals disponiere, sondern die Verwirklichung seines Projektes fördere.

Das LAG Hamm hat sich im Jahr 2012 ausführlich zum leistungskonkretisierenden Bestimmungsrecht im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages für Büro-Service-Leistungen geäußert. 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 arbeitsbezogenen Weisungen gegenüber einem Leiharbeiternehmer gleichstehen, bedürfe es auch bei einem Dienstleistungsauftrag 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.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis ergibt sich daraus, dass sowohl im Rahmen eines Werkvertrages, wie auch im Rahmen eines Dienstvertrages der Auftraggeber leistungskonkretisierende Weisungen geben und werk- bzw. dienstvertragliche Kontrollrechte ausüben kann. Die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung wird jedoch überschritten, wenn der Auftraggeber durch seine Weisungen Arbeit und Einsatz der Werkvertragsarbeitnehmer unmittelbar bindend organisiert.

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



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

## Urlaub und Krankheit bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis

### 1. Das Problem

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

### 2. Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung

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

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

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

### 3. Auswirkungen für die Praxis

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

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



# Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 10

## Das alleinige Weisungsrecht des Entleihers als Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung

### 1. Das Problem

Der vorliegende Teil 10 befasst sich weniger mit einem Rechtsprechungswandel, als mit der seit Jahren in der Rechtsprechung gebräuchlichen Definition der Arbeitnehmerüberlassung. Im Kern geht es um Folgendes: Bei der Abgrenzung von Arbeiten auf Werkvertragsbasis zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung kommt es entscheidend darauf an, wer (arbeitsbezogene) Weisungen gibt. Wenn der Einsatzbetrieb Weisungen gibt, wird schnell der Vorwurf der illegalen Arbeitnehmerüberlassung erhoben. Nach der Rechtsprechung des BAG gehört es allerdings zu den Merkmalen der Überlassung von Arbeitnehmern, dass die Arbeitskräfte in den Betrieb des eingegliedert sind und ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen ausführen. Richtigerweise und wie das auch das LAG Hamburg im Jahr 2010 entschieden hat (letztinstanzlich im Jahr 2012 bestätigt durch das BAG), scheidet daher eine Arbeitnehmerüberlassung in der Regel aus, wenn der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Inhaber oder sonstigen Personal des Einsatzbetriebes Weisungen erhalten hat. Diese im Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 AÜG von Verfassungen wegen gebotene einschränkende Auslegung des Überlassungsbegriffs hat insbesondere zur Folge, dass bei längeren Fremdfirmeneinsätzen bei Abgrenzungsfragen richtigerweise nicht auf untypische Einzelfälle abgestellt werden kann.

### 2. Begründung für die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Überlassungsbegriffs

Als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit. Durch das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitnehmer und dem Inhaber des Einsatzbetriebes kraft gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 AÜG wird sowohl in die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitnehmers als auch in die des Inhabers des Einsatzbetriebes eingegriffen. Zu rechtfertigen wäre ein solcher Eingriff durch überwiegende Arbeitnehmerschutzbelange. Ein Austausch der Arbeitgeber aus Sozialschutzgründen kann aber nur dann verhältnismäßig sein und verfassungsrechtlich hingenommen werden, wenn der Vertragsarbeitgeber seine Arbeitgeberpflichten nicht erfüllt (vgl. Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2010, § 1 Rn 135). Davon bzw. von einer Überlassung von Arbeitnehmern kann aber nicht die Rede sein, wenn die arbeitsbezogenen Weisungen in der Regel von einem Werkvertragsarbeitgeber ausgehen und nur in untypischen Einzelfällen vom Inhaber des Einsatzbetriebes erteilt werden.

### 3. Auswirkungen für die Praxis

So richtig eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der Arbeitnehmerüberlassung ist, sollte man in der Praxis dennoch strikt darauf achten, dass bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis vom Einsatzbetrieb nur werkbezogene Weisungen gegeben werden und die Erteilung der arbeitsbezogenen Weisungen dem Werkvertragsarbeitgeber vorbehalten bleiben. Kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung wegen des Vorwurfs eines "Scheinwerkvertrags" kann ein Hinweis auf die gebotene einschränkende

Auslegung des Überlassungsbegriffs, in dem Sinne, dass eine Arbeitnehmerüberlassung voraussetzt, dass das Arbeitgeberweisungsrecht allein vom Inhaber des Einsatzbetriebes oder dessen Personal ausgeübt wurde, allerdings erfolgversprechend sein.

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

