

**Regelungsanforderungen an eine
gesetzliche Neugestaltung aus Sicht der
Wissenschaft – Werkvertrag**

Prof. Dr. Burkhard Boemke

30. Mai 2015, Erfurt

I. Einleitung

Der Fall Netto/Kaufland

- Anfang 2012 – Durchsuchung der Logistikzentralen wegen Verdachts der illegalen ANÜ
- Einsatz ausländischer „Subunternehmer“ im Logistikbereich



Legalier Werkvertrag oder illegale ANÜ?

I. Einleitung

Koalitionsvertrag:

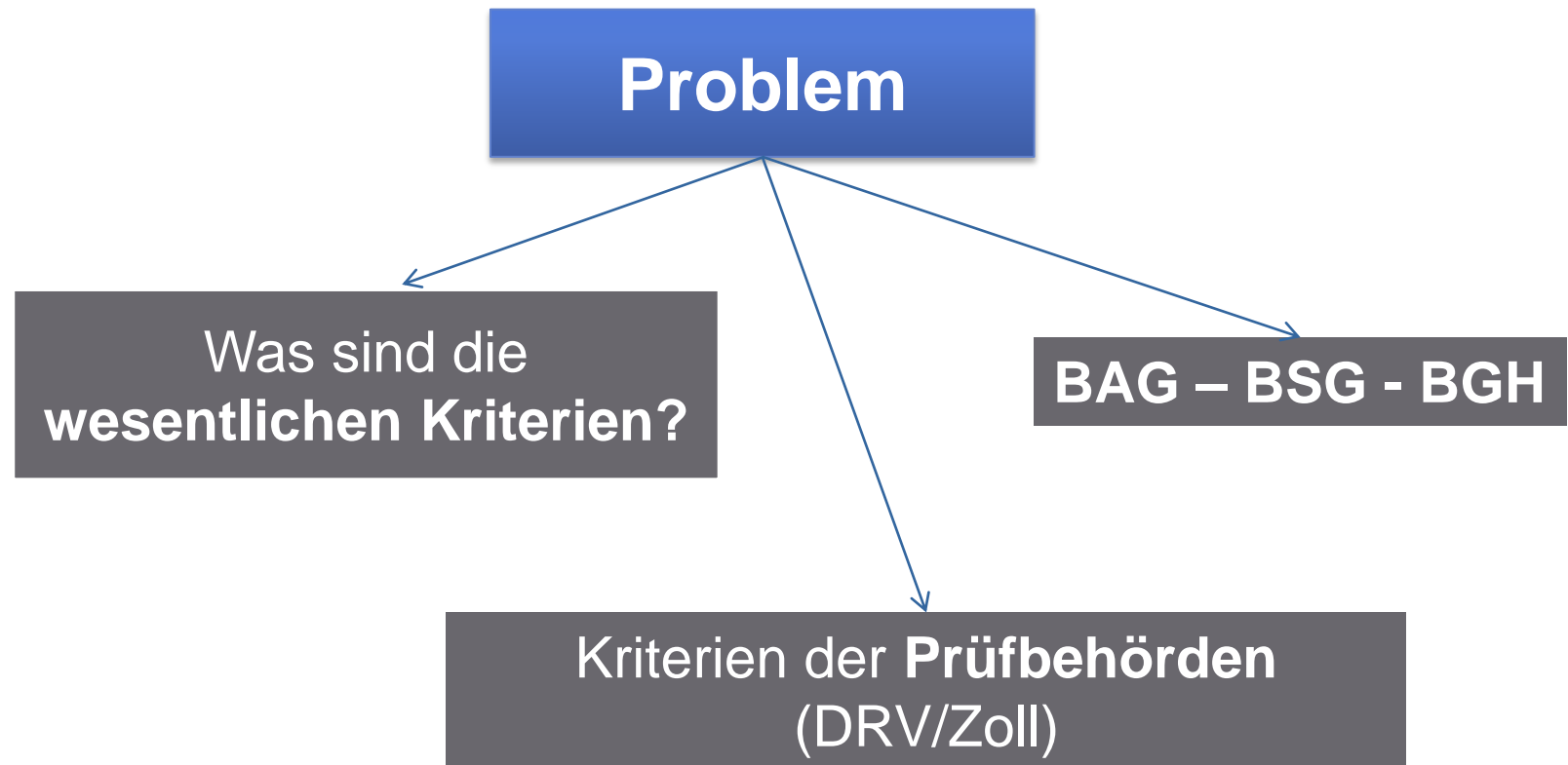
Das Ziel

- **Missbrauch** von Werkvertragsgestaltungen **verhindern**
- **Erleichterung der Prüftätigkeit** von Behörden

Der Weg

durch die **Rechtsprechung** entwickelte **Abgrenzungskriterien** zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz **gesetzlich niedelegen**

I. Einleitung



I. Einleitung

Meine Untersuchung

Das **Abgrenzungsmerkmal**

Die **Abgrenzungskriterien - Soll**

Die **Abgrenzungskriterien - Ist** Behörden

Konsequenzen/Folgerungen

II. Das Abgrenzungsmerkmal

Arbeitnehmerüberlassung

Einsatz von
Erfüllungsgehilfen

Weisungsrecht beim

Inhaber des
Einsatzbetriebs

Vertragsarbeitgeber der
Arbeitnehmer

III. Konsequenz für Abgrenzungskriterien

- Kriterien müssen **Rückschluss** zulassen, wer **Inhaber des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts** ist
- **Irrelevant:** Kriterien, die für **Übertragung von arbeitsrechtlichem Weisungsrecht bedeutungslos** sind

IV. Die Abgrenzungskriterien

1. Behörden: Ist-Zustand

Kriterienkatalog von Zoll und BA - Überblick

- a) Konkret bestimmtes **Werkergebnis** vereinbart
- b) **unternehmerische Dispositionsfreiheit**
- c) **Weisungsrecht des Werkunternehmers**
- d) Tragen des **Unternehmerrisikos** durch den Werkunternehmer
- e) **Ergebnisbezogene Vergütung**

IV. Die Abgrenzungskriterien

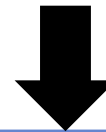
2. Ergebnisbezogene Vergütung

Merkblatt BA:

grundsätzlich
keine Abrechnung
nach Zeiteinheiten

Rechtsprechung SGen:

**zeitabhängige Vergütung
untypisch für Werkvertrag**



Indiz für Arbeitnehmerüberlassung

IV. Die Abgrenzungskriterien

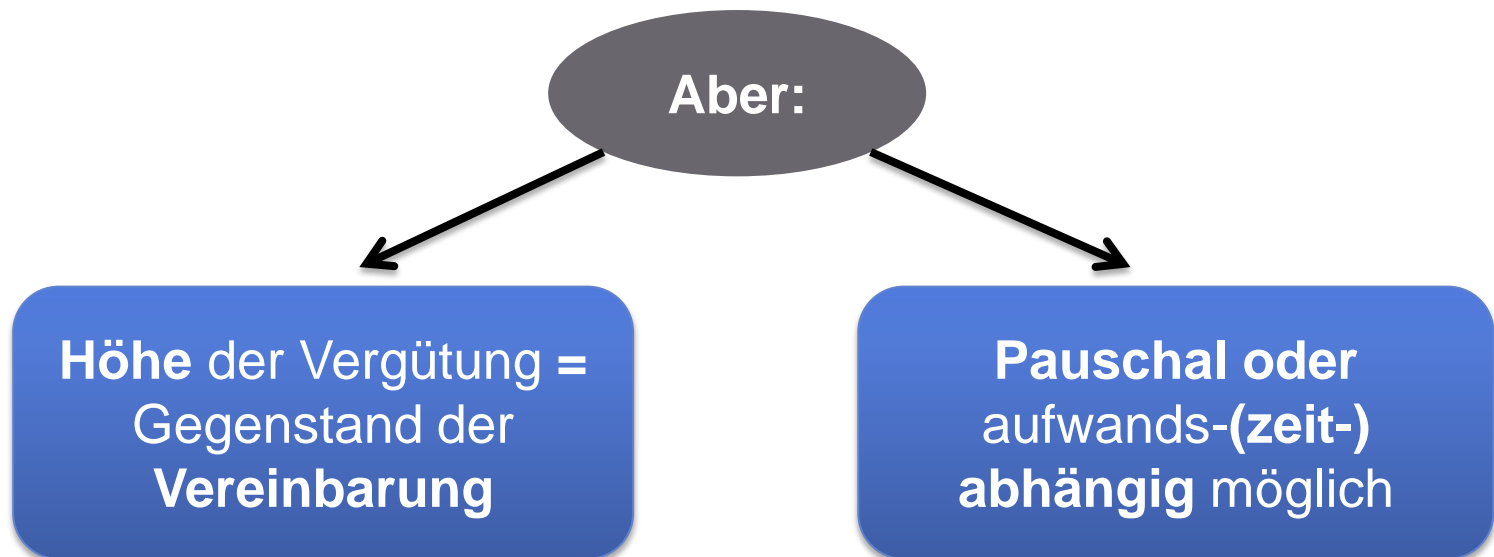
Bezug zum Weisungsrecht:

- Berechnungsgrundlage der **Gegenleistung ohne Aussagekraft für Weisungsrecht**
- Maßgeblich sind **Umstände der Dienstleistung, nicht Modalitäten der Entgeltzahlung**

vgl. BAG vom 14.12.1983 - 7 AZR 290/82- Rn. 22;
BAG vom 30.10.1991 - 7 ABR 19/91- Rn. 20;
Boemke, DStR 2000, 1699, 1702

IV. Die Abgrenzungskriterien

Erfolgsbezug der Vergütung beim Werkvertrag



IV. Die Abgrenzungskriterien

Tertium datur

Nichtvorliegen von Werkvertrag nicht zwingend Arbeitnehmerüberlassung

Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag mit
aufwandsabhängiger Vergütung

IV. Die Abgrenzungskriterien

3. Konkretes Werkergebnis

Rspr. ArbGen/SGen:

abgrenzbares, dem
Werkunternehmer als
eigene Leistung
zurechenbares und
**abnahmefähiges
Werk**

Argument:

Nur so können Mitarbeiter des
Werkunternehmers **ohne wie-
tergehende ablaufbezoge-
ne Anweisungen des Be-
stellers** ihre **Arbeit
verrichten**

IV. Die Abgrenzungskriterien

BA
(GA AÜG 1.1.6.1 [4])

Leistung (nicht erfolgsbezogener) einfacherer Arbeiten, z. B. Schreibarbeiten, Botendienste, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingaben, **können nicht Gegenstand eines Werkvertrags sein**

Aber:

Art der Tätigkeit lässt keinen Rückschluss darauf zu, **wem** das arbeitsrechtliche **Weisungsrecht** zusteht



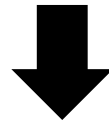
auch einfache Tätigkeiten, wie z. B. Helfertätigkeiten, können **Gegenstand eines Werkvertrags** sein BAG 16.06.1998 - 1 ABR 62/97 (II 3 a bb); 01.12.1992 - 1 ABR 30/92 (IV 1); Boemke/Lembke/Boemke, AÜG, § 1 Rn. 100



auch eng beschränkte Aufgaben, die **durch einfache Tätigkeiten ohne besondere Ausführungsweisungen** erledigt werden können, sind **tauglicher Gegenstand eines Werkvertrags** BAG 25.06.1996 - 1 ABR 6/96 (B I 2 b cc); OLG Düsseldorf 17.05.2011 - 23 U 106/10

IV. Die Abgrenzungskriterien

**Besteller kann Recht haben,
Leistungserfolg zu konkretisieren
(vgl. § 1 Abs. 3 VOB/B)**



**Fehlende Vereinbarung eines konkreten
Werkergebnisses hat keinen Aussagegehalt
für arbeitsrechtliches Weisungsrecht**

IV. Die Abgrenzungskriterien

Problem:

Projektbezogenes
Anweisungsrecht
des
Werkunternehmers

Versus

ablaufbezogenes
Weisungsrecht
des Entleihers

IV. Die Abgrenzungskriterien

→ Projektbezogene Weisungen betreffen nicht das arbeitsrechtliche Direktionsrecht

Übergang des Weisungsrechts erst dort, wo **nicht nur projektbezogene Vorgaben** gemacht werden, **sondern auf den Inhalt der Arbeitsabläufe Einfluss** genommen wird

LAG Mecklenburg-Vorpommern 30.09.2014 – 2 Sa 76/14 – Rn. 75: Es ist für auf Dauer angelegte Dienstleistungsverträge nicht untypisch, die geschuldete Leistung ihre Art nach vertraglich offen festzulegen, um genügend Spielraum für eine situationsbezogene Konkretisierung der Aufgabenstellung zu behalten.

IV. Die Abgrenzungskriterien

Beispiel: Kommissionierung

**Werkvertragliches
Anweisungsrecht:**

Reihenfolge der
Waren auf einem Kolli

**Arbeitsrechtliches
Weisungsrecht:**

**Anweisung, zu
welcher Zeit,
welcher Weg** zu
wählen ist, um Kolli
zu bestücken

IV. Die Abgrenzungskriterien

4. unternehmerische Dispositionsfreiheit

BA

Eigenverantwortliche Organisation aller sich aus der Leistungsverpflichtung ergebenden **Handlungen**, und zwar

in zeitlicher
Hinsicht

keine Einflussnahme
des Bestellers auf Anzahl
und Qualifikation der
eingesetzten
Arbeitnehmer

in der Regel
eigene
Arbeitsmittel

IV. Die Abgrenzungskriterien

Problem:

Was haben **zeitliche Vorgaben** mit dem **Weisungsrecht** ggü. den die Leistungsverpflichtung erfüllenden Personen zu tun?

- Bei **In-House-Verträgen** ist eine **zeitliche Verzahnung** typisch
- diese hat aber **keinen Übergang des Weisungsrechts** zur Folge

LAG Mecklenburg-Vorpommern 30.09.2014 – 2 Sa 76/14 – Rn. 81:

detaillierte Vorgaben sprechen nicht gegen einen Werkvertrag (BAG 18.01.2012 - 7 AZR 723/10 – Rn. 32)

IV. Die Abgrenzungskriterien

Einflussnahme auf **Anzahl und Qualifikation** der eingesetzten Arbeitnehmer lässt **keine Aussage über den Übergang des Weisungsrechts** zu



Vorgaben bzgl. Zahl und Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter **kein Indiz für ANÜ**, solange **Entscheidung, wer wann und wie eingesetzt wird beim Auftragnehmer** liegt

BAG BB
2012, 1407

IV. Die Abgrenzungskriterien

Stellung von Arbeitsmitteln hat keine Aussagekraft dafür,
wer das arbeitsrechtliche Weisungsrecht inne hat

BAG 18.01.2012 - 7 AZR 723/10 – Rn. 35; LAG Düsseldorf
10.03.2008 - 17 Sa 856/07 (B I 2 b cc (3) (b));
Boemke/Lembke/Boemke, AÜG, § 1 Rn. 98

BSG 28.05.2008 - B 12 KR 13/07 R – Freelancer-
Entscheidung

IV. Die Abgrenzungskriterien

5. Tragen des Unternehmerrisikos durch den Leistungsverpflichteten

- **Gewährleistung** für Mängel des Werks

BA

- **Erlöschen der Zahlungspflicht** des Bestellers **bei zufälligem Untergang** des Werks

IV. Die Abgrenzungskriterien

Gewährleistungsfrage hat nur mittelbare Aussagekraft für das Weisungsrecht

aber:

Übernahme der Haftung für Schäden durch Mitarbeiter spricht gegen Arbeitnehmerüberlassung und für Werkvertrag (bzw. sonstige selbstständige Tätigkeit)
BAG 18.01.2012 - 7 AZR 723/10 – Rn. 37

Verleiher haftet nur für Auswahl, nicht aber Verhalten seiner Mitarbeiter

IV. Die Abgrenzungskriterien

6. Weisungsrecht gegenüber den im Fremdbetrieb tätigen Arbeitnehmern

Damit wird das Abgrenzungsmerkmal zutreffend beschrieben

Aber: Wie stelle ich das fest?

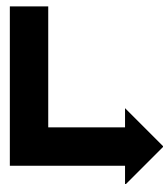
**Kein Abgrenzungskriterium, sondern
Abgrenzungsmerkmal**

V. Konsequenzen/Folgerungen

Ist-Kriterien der Behörden haben **keinen oder nur eingeschränkten Bezug** zum Abgrenzungskriterium

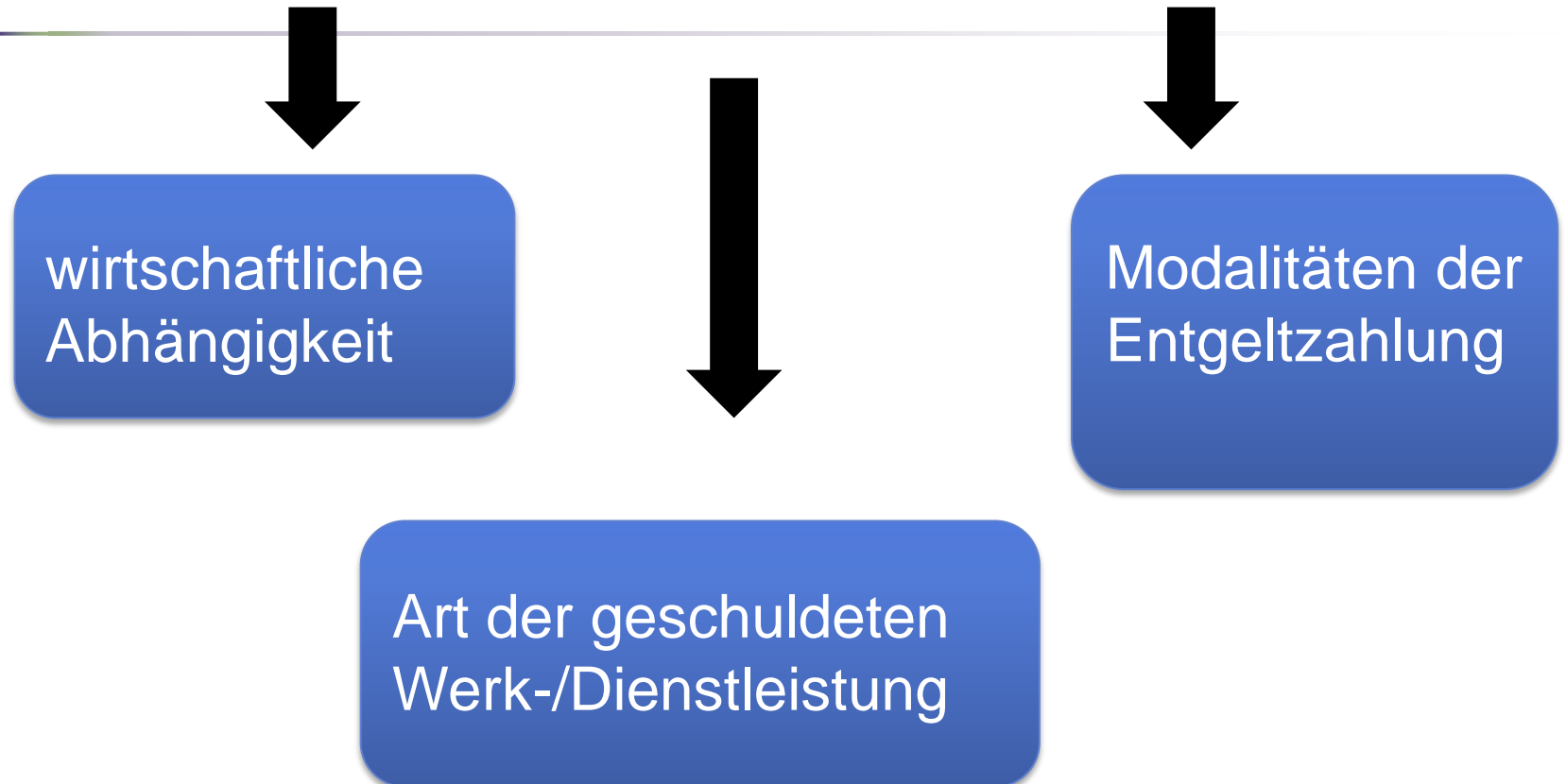
Auch die Rspr. ist **nicht klar und eindeutig**

1. Neutrale Kriterien



Solche, die **keinen Aussagegehalt** für **Übergang des Weisungsrechts** haben

V. Konsequenzen/Folgerungen



V. Konsequenzen/Folgerungen

2. Maßgebliche Kriterien

- **Wer legt für Beschäftigten Zeit und Ort der Arbeitsleistung** im rechtlichen Sinne **fest**
z. B. Aufstellung von Dienstplänen
- Wer legt die **Art und Weise**, in der die Arbeit erbracht wird, **fest**

Problem:

Abgrenzung der ablauf- von den projektbezogenen Weisungen

V. Konsequenzen/Folgerungen

Wer bestimmt über die **Art und Weise** der Erbringung der Leistungshandlung

Abzugrenzen hiervon:

Festlegung des werkvertraglichen Erfolgs bzw. Gegenstands der Dienst- oder sonstigen Leistung

Beispiel Bau:

- WV Anweisungsrecht – Bearbeitung einzelner Baustellen
- ArbR Weisungsrecht – Wer auf welcher Baustelle tätig wird

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!