

Pascal Winkler

Onsite-Werkverträge zur Durchführung betrieblicher Tätigkeiten

Rechtliche Zulässigkeit und soziale Absicherung
der Beschäftigten



Nomos

Arbeitsrechtliche Schriften

herausgegeben vom
Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung

Band 1

Pascal Winkler

Onsite-Werkverträge zur Durchführung betrieblicher Tätigkeiten

Rechtliche Zulässigkeit und soziale Absicherung
der Beschäftigten



Nomos

Diese Dissertation wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Greifswald im November 2018 angenommen. Pascal Winkler war Promotionsstipendiat der Friedrich-Ebert-Stiftung.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Greifswald, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5648-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9729-3 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Danksagung

Nun liegt sie vor Ihnen: meine Dissertation. Nach Jahren intensiver Arbeit ist es an der Zeit, mich bei all denjenigen zu bedanken, die zum Gelingen meiner Promotionschrift beigetragen haben und ohne deren Unterstützung sie niemals zustande gekommen wäre.

An erster Stelle gilt mein ganz besonderer Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Eckert, für seine stets engagierte Unterstützung und seinen Zuspruch während der gesamten Bearbeitungsphase meiner Dissertation. In sehr guter Erinnerung bleiben die zahlreichen Gespräche, die jedes Mal ein bereichernder Austausch sowohl auf wissenschaftlicher als auch auf persönlicher Ebene waren. Die vielen guten Ratschläge und Anmerkungen haben mich auf dem Weg zur fertigen Promotionschrift immer wieder neue Aspekte und Ansätze entdecken lassen. Unsere Dialoge waren für mich stets motivierend und – gerade in schwierigen Phasen – eine Ermunterung. Eine bessere Betreuung durch seinen Doktorvater kann sich ein Doktorand nicht wünschen. Dafür vielen herzlichen Dank!

Ich danke zudem Herrn Prof. Dr. Schlinker für die hilfsbereite und wissenschaftliche Begleitung als Zweitgutachter.

Mein besonderer Dank gilt der Friedrich-Ebert-Stiftung, die mich nicht nur als Stipendiat während meines Studiums förderte, sondern es mir durch die anschließende Aufnahme in die Promotionsförderung überhaupt erst ermöglichte, mich intensiv meinem Promotionsprojekt zuwenden zu können. In diesem Zusammenhang danke ich zudem dem Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung für die Aufnahme meiner Dissertation in die neue Schriftenreihe zum Arbeitsrecht sowie für die Unterstützung bei der Finanzierung des Druckkostenzuschusses.

Danken möchte ich außerdem Thomas Schwarz, Mitglied des Landtages Mecklenburg-Vorpommern, der mich seit Jahren auf meinen Wegen unterstützt und mir als sein wissenschaftlicher Mitarbeiter in den entscheidenden Bearbeitungsphasen die nötigen Freiräume für die Erstellung meiner Dissertation ließ. Mein Dank gilt auch dem Mitglied des Bundestages Frank Junge und seinem Team, die mir wichtige Informationsquellen für die Erstellung meiner Arbeit zugänglich machten.

Ich danke allen Freunden, die mich stets mit viel Verständnis und aufbauenden Worten während der Bearbeitungszeit begleitet haben.

Danksagung

Von ganzem Herzen dankbar bin ich meinen Eltern und meiner Schwester. Ihr habt meinen bisherigen Lebensweg überhaupt erst ermöglicht. Ohne eure Unterstützung – nicht nur während der Arbeit an meiner Dissertation – hätte ich viele meiner Ziele nicht erreichen können. Ihr habt stets Verständnis für mich aufgebracht und mich unglaublich auf allen meinen bisherigen Wegen unterstützt. Diese Arbeit ist euch gewidmet.

Sternberg, im November 2018

Dr. Pascal Winkler

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einleitung	17
A. Problembeschreibung und Fragestellung	17
B. Gang der Untersuchung	26
Teil 2: Grundlegendes	27
A. Der Werkvertrag als rechtliche Grundlage	27
I. Wesentliche Leistungspflichten und Rechtsgrundlagen	28
1. Allgemeines	28
2. Leistungspflichten des Unternehmers	29
a. Werkerfolg	29
b. Tätigkeitspflicht	31
c. Ablieferung/Verschaffung	33
3. Leistungspflichten des Bestellers	33
a. Vergütung	33
b. Abnahme und Mitwirkung	35
II. Abgrenzungen	35
1. Abgrenzung zum Dienstvertrag	36
a. Allgemeines	36
b. Erfolg, Zeit- und Vergütungsmodalitäten als Unterscheidungskriterien	38
c. (Entgelt-)Risiko- und Verantwortungsstruktur als Unterscheidungskriterium	40
d. Alternative Abgrenzung nach dem sozialen Leitbild	42
e. Abgrenzung nach der sozialen Schutzbedürftigkeit	43
f. Zwischenergebnis	43
2. Abgrenzung zum Arbeitsvertrag	44
a. Ausgangspunkt	44
b. Persönliche Abhängigkeit	45
aa. Ausgangspunkt	45
bb. Eingliederung	47
cc. Weisungsgebundenheit	48
dd. Weisungsrecht bei Diensten höherer Art	52
c. Überblick über weitere Unterscheidungskriterien	53
d. Die typologische Abgrenzungsmethode des BAG	55

e. Alternative Abgrenzungskriterien – Übernahme des Unternehmerrisikos	56
f. Zwischenergebnis	58
3. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	59
a. Ausgangspunkt	59
b. Weisungsgebundenheit	60
c. Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation	61
d. Weitere Abgrenzungskriterien	62
e. Zwischenfazit	63
4. Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung	64
5. Abgrenzung zum mittelbaren Arbeitsverhältnis	66
6. Stellungnahme	68
B. Motive für den Rückgriff auf Werkvertragsgestaltungen	72
I. Motivgrundlagen	73
1. Bedürfnis der Wirtschaft nach Spezialisierung	73
a. Ausgangslage	73
b. Interne Spezialisierung	74
c. Externe Spezialisierung	75
aa. Im Kern des Betriebsziels	75
bb. In Hilfsfunktionen	76
d. Zusammenfassung	77
2. Bedürfnis der Wirtschaft nach Flexibilisierung	77
a. Ebenen der Flexibilisierung	78
b. Formen der Flexibilisierung	79
aa. Interne Flexibilisierung	79
bb. Externe Flexibilisierung	80
c. Dimensionen der Flexibilität	80
aa. Räumliche Dimension	80
bb. Zeitliche Dimension	81
cc. Numerische Dimension	82
dd. Funktionelle Dimension	82
ee. Finanzielle Dimension	83
d. Stellungnahme	84
3. Wirtschaftliche Erwägungen	85
4. Zwischenfazit	87
II. Rechtliche Motive	88
1. Aus individualrechtlicher Sicht	88
2. Aus kollektivrechtlicher Sicht	89
3. Aus sozial- und steuerrechtlicher Sicht	90
4. Wertung	91

III. Stellungnahme	92
C. Zwischenergebnis	94
Teil 3: Struktur und kritische Betrachtung von Onsite- Werkverträgen	96
A. Begriffsbestimmung und rechtliche Ausgestaltung	97
I. Beziehung zwischen Werkvertragsunternehmer und Werkvertragsbesteller	97
II. Beziehung zwischen Werkvertragsunternehmer und Werkvertragsbeschäftigten	98
III. Beziehung zwischen Werkvertragsbesteller und Werkvertragsbeschäftigten	99
IV. Zusammenfassung	101
B. Onsite-Werkverträge in der Kritik	102
I. Ausgangspunkt	102
1. Übersicht über die Debatten	105
a. In der Presse	105
b. In den Gewerkschaften	106
c. In der Politik	107
d. In der Rechtswissenschaft	109
2. Onsite-Werkverträge im Kernbereich der betrieblichen Tätigkeit	109
a. Bedeutung in der Praxis	110
b. Besondere Nähe zur Arbeitnehmerüberlassung – Gefahr der Gesetzesumgehung	114
c. Schutzbedürftigkeit der Werkvertragsbeschäftigten	116
d. Stellungnahme	119
3. Lösungsansätze	120
a. Präzisierung der Grenzen rechtlicher Zulässigkeit sowie Vereinfachung der Statusfeststellung der Werkvertragsbeschäftigten	120
b. Bessere soziale Absicherung der Werkvertragsbeschäftigten	123
c. Stärkung des Betriebsrates im Einsatzbetrieb	125
II. Zusammenfassende Stellungnahme	125
C. Zwischenergebnis	126

Teil 4: Präzisierung der Grenzen rechtlicher Zulässigkeit von Onsite-Werkverträgen – Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	128
A. Ausgangspunkt – die Unterscheidung zwischen Tätigkeit und Erfolg	128
B. Herkömmliches Abgrenzungsmodell	131
I. Ausgangspunkt	131
II. Bedeutsamkeit der „persönlichen Abhängigkeit“	134
III. Persönliche Abhängigkeit als Typusbegriff	135
IV. Persönliche Subordination/Weisungsgebundenheit	137
1. Art der Weisung	139
a. Arbeitsrechtliche Weisungen	139
aa. Ausgangspunkt	139
bb. Inhaltliche Ausgestaltung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts	141
cc. Stellungnahme	143
b. Ausführungsanweisungen	145
c. Sonstige Weisungen	148
d. Stellungnahme	149
2. Adressant und Adressat der Weisungen	150
3. Besondere Problemgestaltungen	153
a. Doppelfunktionelle Weisungen	154
b. Schwächen bei flachen Hierarchien	154
c. Zwischenschaltung von Aufsichtspersonen	157
d. Rahmenverträge	158
e. Handlungsschemata und Steuerungsinformationen im Rahmen von Leistungskatalogen	160
aa. Allgemeines	160
bb. Ausgestaltung	160
cc. Wertung	162
f. Zwischenfazit	163
V. Betriebliche Subordination/Eingliederung	164
VI. Stellungnahme/Kritik	168
C. Zweistufiges Abgrenzungsmodell	172
I. Bedeutung der Verantwortungsstruktur	173
II. Bestimmung der Verantwortungsstruktur	175
1. Ausgangspunkt	175
2. Verantwortungs- und Risikostruktur contra Prozesssteuerung?	176

3. Das „sichere“ Identifikationsmerkmal der Gewährleistungspflicht?	178
4. Das „sichere“ Identifikationsmerkmal des Vergütungsausfallrisikos?	181
III. Stellungnahme	181
1. Vorteil gegenüber herkömmlicher Abgrenzung	181
2. Schwächen	182
3. Fazit	183
D. Abgrenzung auf Grundlage eines Kriterienkataloges	186
I. Ausgangspunkt: „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“	187
1. Referententwürfe	187
2. Bewertung	189
II. Vorstöße	194
1. Literatur	194
2. Gewerkschaften	195
3. Verwaltung/Politik/Gesetzgeber	196
4. Zwischenfazit	203
III. Kriterien	204
1. § 611a II 2 a BGB RE-I: Fremdbestimmung der Arbeitszeit und der Gestaltung der Leistung	205
a. Bestimmung der Tatbestandsmerkmale	205
b. Markierung der Weisungsgebundenheit	208
c. Zwischenfazit	212
2. § 611a II 2 b BGB RE-I: Erbringung der Leistung in fremden Räumen	212
3. § 611a II 2 c BGB RE-I: Erbringung der Leistung mit fremden Mitteln	215
4. § 611a II 2 d BGB RE-I: Zusammenarbeit mit Personal im Einsatzbetrieb	219
5. § 611a II 2 e BGB RE-I: nur einen oder wenige Auftraggeber	226
6. § 611a II 2 f BGB RE-I: keine eigene betriebliche Organisation	229
7. § 611a II 2 g BGB RE-I: kein bestimmter Arbeitserfolg geschuldet	231
8. § 611a II 2 h BGB RE-I: keine Gewährleistung geschuldet	233
9. Sonstige, nicht durch § 611a II 2 BGB RE-I abgedeckte Kriterien	236

IV. Gesamtbewertung	241
1. Ausgangspunkt	241
a. Durchschlagen der Schwächen der typologischen Methode	242
b. Schutzzweck des AÜG	244
aa. Ausgangspunkt	244
bb. Unseriosität als Anknüpfungspunkt	245
cc. Zwischenfazit	247
c. Stellungnahme	249
2. Vorteile des Kriterienkatalogs gegenüber der herkömmlichen Abgrenzung	251
3. Schwächen	251
4. Stellungnahme	253
V. Art der Umsetzung	253
VI. Zusammenfassende Stellungnahme	255
E. Eigener Ansatz – Abgrenzung auf Grundlage eines Stufenkriterienkataloges	256
I. Ausgangspunkt	256
1. Arbeitnehmerbegriff	256
2. Vorüberlegungen – mehrstufiges Abgrenzungsmodell	258
II. Regelungsvorschlag	259
1. Tatbestand	259
2. Ausgestaltung – Geeignetheit der Kriterien	261
a. Zu Absatz 1	261
b. Zu Absatz 2	264
c. Zu Absatz 3	266
aa. Der Arbeitnehmer unterliegt überwiegend Weisungen des Dritten, die auch arbeitsbezogen wirken	267
bb. Der Arbeitnehmer wirkt am Betriebszweck des Dritten unmittelbar, fremdnützig und final mit	271
cc. Der Arbeitnehmer verrichtet seine Tätigkeit auf Grundlage von detailliert vertraglich vereinbarten Tätigkeitsbeschreibungen	273
dd. Die zusammenhängende Tätigkeit des Arbeitnehmers wird in einzelne Kleinprojekte aufgeteilt	274
(I). Allgemein	274
(II). Behandlung von Rahmenverträgen	275

d. Zu Absatz 4	276
aa. Der Arbeitgeber übernimmt keine Gewährleistungspflichten für das Ergebnis der Tätigkeit	276
bb. Der Arbeitgeber trägt gegenüber dem Dritten kein Vergütungsfallrisiko für den Erfolg der Tätigkeit	277
cc. Der Arbeitgeber hält eine betriebliche Organisation vor, die nicht wesentlich über die Ermöglichung der Überlassung von Arbeitnehmern hinausgeht	277
3. Geeignetheit in Problemlagen	278
a. Ausgangspunkt	279
b. Beweislast	280
c. Gewichtung	281
III. Zwischenfazit	281
F. Zwischenergebnis	284
Teil 5: Rechtsfolgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	288
A. Folgen des unwirksamen (Leih-)Arbeitsvertrages zum Vertragsarbeitgeber	289
I. Aus individualrechtlicher Sicht	289
1. Eintritt der Unwirksamkeit	289
2. Ausgestaltung des nach § 10 I AÜG fingierten Arbeitsverhältnisses	294
3. Nebeneinander von fingiertem und fehlerhaftem Arbeitsverhältnis?	295
4. Zwischenfazit	297
II. Aus kollektivrechtlicher Sicht	298
III. Aus sozial- und steuerrechtlicher Sicht	299
B. Folgen des unwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrages	301
I. Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages bei Verstoß gegen die Bezeichnungspflicht	301
II. Rechtsfolgen	302
C. Zwischenergebnis	303

Teil 6: Möglichkeiten der sozialen Absicherung zulässiger Onsite-Werkverträge	305
A. Anwendung der Wertungen des § 613a BGB auf Onsite-Werkverträge	307
I. Gegenwärtige Rechtslage – keine Anwendung des § 613a BGB auf Onsite-Werkverträge	309
II. Ausgestaltung	310
III. Bewertung	311
1. Anwendungsbereich	311
2. Tätigkeitsvergleich	313
3. Entsprechende Anwendung der Regelungen des § 613a I und IV BGB	316
4. Gesamtbewertung	318
IV. Zwischenfazit	320
B. Erhalt des Anwendungsbereiches von Tarifverträgen	321
I. Gegenwärtige Rechtslage	323
II. Ausgestaltung	324
III. Bewertung	325
IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	328
V. Zwischenfazit	332
C. Einführung eines Gleichstellungsgebotes	333
I. Gegenwärtige Rechtslage	335
II. Ausgestaltung	335
III. Bewertung	336
1. Ausgangslage	336
2. Tätigkeitsvergleich	338
3. Ausgestaltung und Durchsetzung des Gleichstellungsgebotes	340
4. Notwendigkeit der Besserstellung von Onsite-Werkvertragsbeschäftigten?	345
IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	346
V. Zwischenfazit	347
D. Zwischenergebnis	349

Teil 7: Stärkung des Betriebsrates im Einsatzbetrieb	354
A. Sicherung des Informationsrechtes	355
I. Gegenwärtige Rechtslage	355
II. Praktisches Bedürfnis zusätzlicher gesetzlicher Regelungen	357
III. Stellungnahme	360
B. Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte	361
I. Gegenwärtige Rechtslage	361
1. Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG	361
2. Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG	366
3. Weitere Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte	370
II. Regelungsvorschlag zur Stärkung der Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte	371
III. Legitimationsprobleme bei der Vertretung von Werkvertragsbeschäftigten	374
IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	377
C. Zwischenergebnis	379
Teil 8: Fazit	383
Literaturverzeichnis	389
Anhang: Übersicht über die Regelungsvorschläge	405
A. Präzisierung der Grenzen rechtlicher Zulässigkeit – Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	405
B. Möglichkeiten der sozialen Absicherung zulässiger Onsite-Werkverträge	406
C. Stärkung des Betriebsrates im Einsatzbetrieb	407

Teil 1: Einleitung

A. Problembeschreibung und Fragestellung

Ausgehend von einer umfangreichen Berichterstattung¹ entzündete sich jüngst eine breite öffentliche Debatte über den zunehmenden Rückgriff auf Werkvertragsgestaltungen zur Durchführung betrieblicher Tätigkeiten. Hierbei standen bzw. stehen insbesondere Fälle im Fokus, in denen Werkvertragsbeschäftigte ihre Arbeitskraft zu prekären Bedingungen – vor allem aber zu Dumpinglöhnen – anbieten müssen.² Solche Beispiele lassen sich unter anderem in der Automobilindustrie finden, in der Werkvertragsbeschäftigte in der Produktion eingesetzt werden und zum Teil sogar mit Stammarbeitnehmern zusammenarbeiten. Im Vordergrund steht hierbei vornehmlich die kostengünstige Deckung des Personalbedarfs des Auftraggebers durch Fremdmitarbeiter, wobei regelmäßig eine große Nähe zur Arbeitnehmerüberlassung bzw. die Gefahr der Begründung missbräuchlicher Werkvertragsgestaltungen besteht.³

Als ein gewichtiger Grund für diese Entwicklung wird die in der jüngeren Vergangenheit vorgenommene einengende Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung angeführt.⁴ Dadurch seien Werkvertragsgestaltungen für viele Arbeitgeber als das letzte ihnen zur Verfügung stehende Mittel der Flexibilisierung attraktiver geworden.⁵ Onsite-Werkverträge, die sich insbesondere dadurch auszeichnen, dass sie über einen längeren Zeitraum im engsten Kernbereich des Betriebsziels des Bestellers bzw. in dessen ureigensten Betätigungsfeld Anwendung finden, würden in vielen Einsatzge-

1 „ZDFzoom: Kollegen dritter Klasse“, 2014; ARD-Reportage „Hungerlohn am Fließband – Wie Tarife ausgehebelt werden“, WDR: „Schlupfloch Werkvertrag hilft beim Lohndumping“, 2013; SPON: „Gewerkschaft prangert ‚moderne Sklaverei‘ in Firmen an“, 2012; <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/gewerkschaft-nahrungsgenuss-gaststaetten-prangert-werkvertraege-an-a-825319.html> (zuletzt besucht am 14.2.2015); Stern: „Unter Lohndrückern“, 2011; Report Mainz: „Skandalöse Arbeitsbedingungen im Lebensmittelhandel“, 2010.

2 Vgl. hierzu auch Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 24.

3 Bauer/Heimann, NJW 2013, 3287, 3289; Greiner, NZA 2013, 697; i.E. Maschmann, NZA 2013, 1305 f.; vgl. hierzu Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 26.

4 Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 23; Schreiber, NJ 2014, 85, 87; Waas, S. 5.

5 Bauer/Heimann, NJW 2013, 3287, 3288.; vgl. Klebe, AiB 2012, 559.

bieten „selbstverständlich genutzt und (bislang) nicht hinterfragt“.⁶ So nutzen 50 % aller Unternehmen Werkverträge zumindest auch in Kernprozessen, wobei ein weiteres Drittel sogar ausschließlich Kernprozesse auslagert.⁷ Dabei geben 15 % der Unternehmen an, mehr als die Hälfte ihrer Kernprozesse teilweise oder überwiegend auszulagern.⁸ Die Grenzen des rechtlich Zulässigen würden hierbei zum Teil überschritten. Studien sprechen davon, dass dies in 45 % aller Werkvertragsensätze der Fall sei. In 19 % der Fälle müsse man gar „klar“ von Scheinwerkverträgen ausgehen.⁹ Um missbräuchliche Gestaltungen zurückzudrängen,¹⁰ sah sich der Gesetzgeber daher dazu veranlasst, das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ auf den Weg zu bringen, das zum 1.4.2017 in Kraft trat und seither vor allem zur weiteren Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung beiträgt.¹¹

Unabhängig von aller Kritik zeichnet sich der Werkvertrag jedoch seit jeher durch seine herausragende praktische Bedeutung im Wirtschaftsleben aus.¹² So liege der gesamte Wertschöpfungsbeitrag unter Berücksichtigung weiterer indirekter und induzierter Wertschöpfungseffekte bei rund 730 Mrd. Euro.¹³ Der Werkvertrag regelt eine Vielzahl von unterschiedlichen Lebenssachverhalten und ist in nahezu allen Branchen anzutreffen.¹⁴ Insbesondere die unternehmerischen Bedürfnisse nach Spezialisierung und Flexibilisierung erfordern in einer arbeitsteiligen Wirtschaft den Rückgriff auf Werkvertragsgestaltungen.¹⁵ Es wäre ökonomisch sinnwidrig, für spezielle Aufgaben, die zum Teil nur einmalig anfallen und nicht zum Kern der betrieblichen Tätigkeit gehören, beispielsweise im IT-Bereich, eigenes Per-

6 Hertwig/Kirsch/Wirth, S. 198.

7 Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 57.

8 Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 61.

9 Hertwig/Kirsch/Wirth, S. 167; vgl. auch Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“, S. 1 f.

10 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, S. 49; Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“, S. 1 f.

11 Vgl. Lembke, NZA 2017, 1, „Mit der anstehenden erneuten Reform des AÜG erreicht die Amplitude des legislativen Pendels ihren Maximalausschlag hin zur Re-Regulierung.“

12 Vgl. Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 272; Tuengerthal/Rothenhöfer, BB 2013, 53.

13 Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 272.

14 Rösch in: jurisPK-BGB, § 631 BGB Rn. 3; vgl. Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 78.

15 Hertwig/Kirsch/Wirth, S. 157; Bauer, DB 2014, 60, 61; Maschmann, NZA 2013, 1305, vgl. Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 22.

sonal vorzuhalten und hierbei dauerhafte arbeitsrechtliche Bindungen einzugehen.¹⁶ Ähnliches gilt für den erhöhten Personalbedarf bei außerordentlichen Auftragsspitzen – beispielsweise dann, wenn sich ein Malerunternehmen für die rasche Bewältigung eines Großauftrages weitere Maler eines fremden Betriebes „einkauft“, ohne dass der unterbeauftragte Fremdbetrieb als Mitauftragnehmer gegenüber dem Besteller auftritt und ohne dass das Malerunternehmen selbst Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Befristete Arbeitsverhältnisse zur Deckung solcher Auftragsspitzen helfen insbesondere dann nicht weiter, wenn diese kurzfristig auftreten, am Arbeitsmarkt jedoch auf die Schnelle keine ausreichende Anzahl von Fachkräften verfügbar sind. Hier eröffnet der Werkvertrag die Möglichkeit, den Personalmangel flexibel und unbürokratisch zu überwinden und die vorhandenen Ressourcen zu Gunsten des Kerngeschäfts und der Kernbelegschaft einzusetzen.¹⁷ Ohne diese Möglichkeit der kurzfristigen Inanspruchnahme von Fremdpersonal mithilfe von Werkvertragsgestaltungen wäre der wirtschaftliche Erfolg vieler Unternehmen in der gegenwärtig anzutreffenden, schnelllebigen und globalisierten Wirtschaftswelt gefährdet. Insofern ist der Rückgriff auf „klassische“ Werkverträge weder aus moralischer noch aus rechtspolitischer Sicht kritikwürdig.¹⁸

Der Einsatz von Werkvertragsbeschäftigten wird aber auch von anderen Aspekten bestimmt. Insbesondere das Ziel der Reduktion der Personalkosten motiviert viele Unternehmer, ihre „teure“ Stammebelegschaft abzubauen und stattdessen „billige“ Werkvertragsbeschäftigte einzusetzen.¹⁹ Hinzu kommt, dass sich mit Werkverträgen steuerliche und sozialrechtliche Abgaben vermeiden²⁰ sowie Tarife und andere arbeitsrechtliche Schutznormen umgehen lassen.²¹

Das Ausmaß der Problematik um Werkvertragsgestaltungen wird insbesondere am Beispiel der Schlachtbetriebe deutlich. Laut Angaben der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten ist in den drei größten deutschen Schlachtereien nur jeder zehnte Beschäftigte auf Grundlage eines Arbeitsvertrages tätig. Der restliche Personalbedarf wird überwiegend über (Schein-)Werkverträge gedeckt.²² Das steht im klaren Widerspruch zur

16 Lembke, NZA 2013, 1312.

17 Tuengerthal/Rothenhöfer, BB 2013, 53, 56; vgl. Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 108.

18 Bauer/Heimann, NJW 2013, 3287, 3288.

19 Vgl. Koch, S. 14.

20 Seewald, SGB 04.14, 169, 171.

21 Vgl. Koch, S. 14, Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 143 ff.

22 NGG Branchenbericht Schlachten und Fleischverarbeitung 2013, S. 13.

grundlegenden Konzeption des deutschen Arbeitsrechts, das vom Regelfall des Arbeitsverhältnisses ausgeht.²³ Zwar handelt es sich hierbei um besonders eklatante Fälle, doch ist damit die wohl berechtigte Befürchtung verbunden, dass andere Branchen infolge der weiteren Reglementierung der Arbeitnehmerüberlassung einen ähnlichen Weg einschlagen könnten.²⁴ Hinzu kommt, dass zahlreiche Arbeitgeber aufgrund der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns verstärkt auf Werkvertragsgestaltungen zurückgreifen könnten, um diesen zu umgehen.²⁵ An diese Befürchtung, die Umgehung von Arbeitnehmerschutzregelungen, knüpft die eingangs genannte Kritik an. Der ehemalige nordrhein-westfälische Arbeitsminister Guntram Schneider (SPD) spricht in diesem Zusammenhang gar von „frühkapitalistischer Ausbeutung im Rahmen eines gesetzlichen Schlupflochs“.²⁶ Auch der Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Köln, Prof. Dr. Ulrich Preis, warnt davor, dass „der nächste Versuch gestartet [wird], soziales Arbeitsrecht durch funktionswidrig eingesetzte Werkverträge zu umgehen“.²⁷

Hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion von Werkvertragsgestaltungen können bilaterale und trilaterale Rechtsbeziehungen unterschieden werden. Bei trilateralen Werkvertragsgestaltungen stehen sich der Werkvertragsunternehmer (Fremdfirma), der Werkvertragsbesteller und der Werkvertragsbeschäftigte in einem Dreiecksverhältnis gegenüber. Der eigentliche Werkvertrag wird nur zwischen Werkvertragsunternehmer und Werkvertragsbesteller abgeschlossen. Wenngleich der Werkvertragsbeschäftigte beim Werkvertragsbesteller tätig wird, besteht ein Arbeitsverhältnis zum Werkvertragsunternehmer. Der Werkvertragsbeschäftigte wird insofern vom Werkvertragsunternehmer als Erfüllungsgehilfe beim Werkvertragsbesteller eingesetzt. In Hilfsfunktionen nehmen diese „klassischen“ Gestaltungen eine herausragende Bedeutung im alltäglichen Wirtschaftsleben ein. Unbedenklich ist es daher, wenn beispielsweise die Wartung eines Kopierers durch einen Mitarbeiter einer Fachfirma ausgeführt wird. Proble-

23 Vgl. Staudinger/Richardi/Fischinger, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 216; Rolfs, § 611 BGB Rn. 2.

24 Die Situation dürfte sich insbesondere durch die Normierung der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten in § 1 I 1b AÜG noch weiter verschärfen.

25 Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 23; Khan, „So kann man den Mindestlohn umgehen“, <http://www.marktundmittelstand.de/nachrichten/strategie-personal/so-kann-man-den-mindestlohn-umgehen/> (zuletzt besucht am 14.2.2015).

26 IVZ aktuell, NRW Arbeitsmarkt v. 25.8.2012, zitiert nach Tuengerthal/Rothenhöfer, BB 2013, 53, Fn. 2.

27 Preis, BB 2012, I.

matisch wird es insbesondere dann, wenn trilaterale Werkvertragsgestaltungen zur Durchführung betrieblicher Tätigkeiten unter Umständen auf Dauer im Kernbereich des Betriebszwecks eingesetzt werden und die Werkleistung zudem im Betrieb des Auftraggebers erbracht wird.²⁸ Solche so genannten Onsite-Werkverträge sind, wie eingangs dargestellt, beispielsweise in der Automobilindustrie anzutreffen. Ihre Bedeutung wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass Unternehmen, die Kernprozesse auslagern, zu 55 % angeben, dass die Werkvertragsleistungen üblicherweise zum Teil oder überwiegend auf ihrem Unternehmensgelände oder an einem von ihnen bestimmten Einsatzort erbracht werden.²⁹

Demgegenüber wird bei bilateralen Werkvertragsgestaltungen der Werkvertrag zwischen Werkvertragsbesteller und dem Werkvertragsbeschäftigten direkt abgeschlossen. Ein Rückgriff auf Erfüllungsgehilfen ist nicht nötig. Davon betroffen sind insbesondere Solo-Selbstständige – es wird auch von Freelancern gesprochen³⁰ –, die keine eigenen Mitarbeiter haben und die Werkverträge daher eigenhändig erfüllen. Diese Werkverträge sind bereits mangels Dreiecksbeziehung zwischen Werkvertragsunternehmer, -besteller und -beschäftigten nicht von den Problemfällen so genannter Onsite-Werkverträge erfasst. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass sich die Werkvertragsbeschäftigten in einem fremdbestimmten Arbeitsverhältnis befinden, hingegen Freelancer selbstständig tätig werden. Die prekären Beschäftigungsbedingungen ergeben sich bei Onsite-Werkträgen nicht nur allein aus der Ertragsschwäche, sondern vielmehr aus dem Phänomen, dass das Arbeitsverhältnis – aus dem sich die Ansprüche des Werkvertragsbeschäftigten ergeben – und der Arbeitsplatz ähnlich wie in der Arbeitnehmerüberlassung auseinanderfallen. Solo-Selbstständige stehen hingegen in direkter Beziehung zu ihrem Auftraggeber, ohne dass ein Dritter in diese in der Regel mittels Werkvertrag ausgestalteten Rechtsbeziehung dazwischengeschaltet ist. Ihre spezifische Schutzbedürftigkeit ergibt sich somit nicht aus der Werkvertragsgestaltung als solcher, sondern aus ihrem Status als Selbstständiger. Hinzu kommt, dass sie aufgrund ihrer singulären Ausrichtung in der Regel nicht oder nur unter sehr großem Aufwand zur Deckung größerer Personalbedarfe zur Durchführung betrieblicher Tätigkeiten dienen können. Insofern bleiben die Solo-Selbstständigen in der vorliegenden Betrachtung außer Acht.

28 Hertwig/Kirsch/Wirth, AuR 2016, 141, 142; Klebe, AiB 2012, 559, 560.

29 Arntz/Ganserer/Maier et al., S. 77.

30 Koch, S. 9.

Nur Onsite-Werkverträge zeichnen sich dadurch aus, dass ein abhängig Beschäftigter als Erfüllungsgehilfe auf Grundlage eines Werkvertrages beim Besteller in dessen Betriebsstätten Leistungen erbringt, die den unternehmerischen Kernbereich des Auftraggebers berühren.

In vielen Fällen dienen Onsite-Werkverträge zudem als Deckmantel für eine tatsächlich praktizierte Arbeitnehmerüberlassung. Insofern ist es unerlässlich, die Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit sowie den tatsächlichen Status der Werkvertragsbeschäftigten bestimmen und eine präzise Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung vornehmen zu können.³¹ Eine genaue Abgrenzung ist auch deshalb von Bedeutung, weil sie mit der Zuordnung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Arbeitgeber, unter anderem aufgrund unterschiedlicher Bonität, auch dessen (durchsetzbaren) Sozialschutz betreffen kann.³²

Hierbei tritt jedoch das Problem zu Tage, dass die Abgrenzung durch die Veränderungen der tatsächlichen Rahmenbedingungen in der Arbeitswelt im Zuge der wirtschaftlichen Globalisierung³³ sowie durch die Herausbildung der Informationsgesellschaft³⁴ schwieriger geworden ist und an Trennschärfe verloren hat.

Vor allem die Anknüpfung an die Inhaberschaft des Weisungsrechtes als gewichtiges Zuordnungskriterium zwischen Arbeitnehmerüberlassung, bei der der Entleiher Inhaber des Weisungsrechts ist, und einem echten Werkvertrag, bei dem der Werkvertragsunternehmer den Arbeitnehmer durch Weisung steuert, hat wegen des Abbaus hierarchischer Strukturen an Geeignetheit verloren. Neue dezentrale Netzwerkstrukturen und Managementformen mit „flachen Hierarchien“ lassen es genügen, nicht den Arbeitsprozess als solchen, sondern nur das Arbeitsergebnis zu kontrollieren.³⁵ Die Gestaltung des Arbeitsprozesses wird vielmehr der Selbstorganisation der Arbeitnehmer überlassen mit der Folge, dass die persönliche Abhängigkeit deutlich abnimmt.

Die Schwäche des klassischen Abgrenzungskonzeptes wird besonders deutlich, wenn Werkverträge durch detaillierte Leistungsverzeichnisse ausgestaltet werden. Hier wird vielfach eine persönliche Abhängigkeit zum Besteller verschleiert, indem die Weisungen lediglich vorverlegt bzw. vor-

31 I.E. auch Klebe, *AiB* 2012, 559, 563.

32 So auch Koch, S. 10.

33 Vgl. Heise/Mülhaupt/Schäfer/Truger, *WSI-Mitt* 2000, 337 ff.

34 So etwa Schwemmler/Zanker, 1 ff.

35 Waltermann, *RdA* 2010, 162, 164; Candeias, *PROKLA* 150, 65, 67; Fricke *AiB* 1997, 31, 33.

programmiert werden.³⁶ Ähnlich verhält es sich bei zwischengeschalteten Aufsichtspersonen des Werkvertragsunternehmers, die lediglich die Weisungen des Werkbestellers an die Werkvertragsbeschäftigten „als Sprachrohr“ weitergeben. Auch hier soll mangels direkter Weisungsgebundenheit zwischen Werkbesteller und Werkvertragsbeschäftigten kein persönliches Abhängigkeitsverhältnis bestehen.³⁷

Beim Rückgriff auf Onsite-Werkverträge ist also die Fragestellung von Bedeutung, wann noch von „echten Werkverträgen“ gesprochen werden kann und ab wann sie nur als Deckmantel für Arbeitnehmerüberlassungen dienen. Mit dem „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ wollte der Gesetzgeber zunächst, wie noch im ersten Referentenentwurf vorgesehen, durch die Schaffung eines Abgrenzungskataloges Klarheit schaffen.³⁸ Dies stieß jedoch auf breite Kritik,³⁹ so dass von diesem Ansatz bereits im zweiten Referentenentwurf Abstand genommen wurde.⁴⁰ Ob jedoch die Kritik berechtigt war oder ob Abgrenzungskataloge doch, wie sie auch in der Literatur vorgeschlagen werden, sachgerecht sind, soll nachfolgend untersucht werden. Denn gerade durch die Normierung von Kriterienkatalogen, die zudem als Vermutungstatbestände ausgestaltet sind, erhoffen sich die Befürworter Rechtssicherheit, indem zum einen die maßgeblichen Kriterien genannt werden und sie zum anderen durch eine gewisse Vielzahl auch solche Abgrenzungsfälle erfassen sollen, die sich bisher in Graubereichen bewegen. Insbesondere im Hinblick auf diese Problemlagen, in denen Weisungsstrukturen etwa durch die Vereinbarung von Leistungskatalogen, Rahmenverträgen oder die Zwischenschaltung von Aufsichtspersonen zurückgedrängt werden, könnte sich zur Ermöglichung einer praktischen Abgrenzung die Notwendigkeit der Regelung neuer Unterscheidungskriterien ergeben, denn allein das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit bzw. der Weisungsgebundenheit

36 Vgl. Maschmann, NZA 2013, 1305, 1309.

37 Maschmann, NZA 2013, 1305, 1309.

38 Referentenentwurf des BMAS „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ v. 16.11.2015, S. 9 f.

39 Seel, öAT 2016, 27, 30; Henssler, RdA 2016, 18, 19 ff.; Hamann, AuR 2016, 136; Grobys, NJW-Spezial 2016, 370 f.; Grunewald, „Scheinselbstständigkeit: Die neuen geplanten gesetzlichen Kriterien“, <https://www.informatik-aktuell.de/management-und-recht/it-selbstaendige/scheinselbstaendigkeit-die-neuen-geplanten-gesetzlichen-kriterien.html> vom 1.12.2015 (zuletzt besucht: 19.7.2016); „Was Arbeitsrechtler zum Gesetzesentwurf sagen“, <http://www.vgsd.de/was-arbeitsrechtler-zum-gesetzesentwurf-sagen/> vom 27.11.2015 (zuletzt besucht: 19.7.2016).

40 Referentenentwurf des BMAS „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ v. 17.2.2016, S. 10.

hilft in Fällen flacher Hierarchien nicht mehr weiter. In diesem Zusammenhang ist jedoch auch der Fragestellung nachzugehen, ob die gesetzliche Niederlegung eines Kriterienkataloges bereits im Ausgangspunkt zweckmäßig erscheint oder ob entsprechende Kriterien bereits durch die Rechtsprechung Geltung erlangen könnten.

Im Kampf gegen den missbräuchlichen Einsatz von Onsite-Werkverträgen ist nach der Präzisierung der Abgrenzung zudem die Bedeutung der Rechtsfolgen der Rechtsformverfehlung dahingehend zu untersuchen, ob diese insbesondere für die Einsatzbetriebe ein hinreichendes Abschreckungspotenzial besitzen bzw. ob die entsprechenden Ansätze im oben genannten Gesetz bereits hinreichend sind, um missbräuchliche Werkverträge zurückzudrängen.

Neben der Problemstellung der rechtlichen Zulässigkeit von Onsite-Werkverträgen stellt sich auch bei rechtmäßigen Gestaltungen vor dem Hintergrund zunehmender praktischer Bedeutung die Frage nach den Möglichkeiten der sozialen Absicherung der Werkvertragsbeschäftigten. Bei Onsite-Werkverträgen stehen die Werkvertragsbeschäftigten jedenfalls in einem Arbeitsverhältnis zum Werkvertragsunternehmer. Sie unterliegen daher grundsätzlich den Arbeitnehmerschutzvorschriften. Je mehr sich jedoch ihre Tätigkeit der Arbeitnehmerüberlassung annähert und Werkvertragsgestaltungen mithin auch als Mittel der Rationalisierung dienen, desto häufiger werden die Werkvertragsbeschäftigten aus Betrieben mit schlechtem Lohngefüge und/oder fehlender Tarifbindung kommen.⁴¹ Verbunden sind hiermit im Ergebnis oft unzureichende Anwartschaften für die Alterssicherung. Fraglich ist daher, ob unter anderem ein Equal-Pay-Gebot wie in der Leiharbeit, die Wahrung des tariflichen Schutzes⁴² oder auch die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 613a BGB in Fällen der Auslagerung einzelner Tätigkeiten weiterhelfen könnten.

Neben den individualarbeits- und sozialrechtlichen Problemstellungen kann auch die geringere kollektivrechtliche Vertretung von Werkvertragsbeschäftigten problematisch sein, wenn diese über einen langen Zeitraum im Betrieb des Bestellers eingesetzt werden.⁴³ Fraglich erscheint daher, ob die Einflussmöglichkeiten der Betriebsräte vor dem Hintergrund des Auseinanderfallens von Arbeitsverhältnis und Arbeitsplatz ausreichend sind

41 Vgl. Däubler, S 6.

42 Däubler, S. 18 ff.

43 Vgl. Koch, S. 16; Maschmann, NZA 2013, 1305, 1311.

bzw. auch im Einsatzunternehmen hinreichend durchgesetzt werden können.⁴⁴

Mit dem Ziel, die Stellung der Betriebsräte zu stärken, sah ein Gesetzesantrag der Länder Niedersachsen, Baden-Württemberg, Bremen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz aus dem Jahre 2013 vor, den Betriebsräten ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Anstellung von Fremdpersonal einzuräumen, wenn dieses länger als einen Monat auf dem Gelände des Betriebes tätig werden soll.⁴⁵ Dies stößt jedoch auf Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlich garantierten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG.⁴⁶

Soweit geht das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ nicht, indem es in §§ 80 II, 92 I S. 1 BetrVG die bereits bestehenden Informationsrechte des Betriebsrates über den Einsatz von Fremdpersonal lediglich gesetzlich klarstellt. Insofern stellt sich in Anbetracht der zunehmenden qualitativen und quantitativen Bedeutung von Werkvertragsgestaltungen⁴⁷ weiterhin die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung an diese Entwicklung angepasst bzw. erweitert werden müssen.

Zusammenfassend möchte die vorliegende Dissertation der Fragestellung nach den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit von Onsite-Werkverträgen nachgehen. Hierbei soll unter anderem das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ einer Bewertung unterzogen werden. In diesem Zusammenhang ist vornehmlich auf den Kriterienkatalog, der noch dem ersten Referentenentwurf zu entnehmen war, abzustellen und danach zu fragen, ob mit diesem tragfähige Lösungen erreicht worden wären. Alternativ sind eigene Ansätze zu formulieren.

Daneben gilt es zu analysieren, ob auch die Rechtsfolgen der Rechtsformverfehlung im Zuge des aufgedeckten missbräuchlichen Einsatzes von Werkvertragsbeschäftigten hinreichenden Schutz bieten.

Doch selbst bei zulässigen Onsite-Werkverträgen fehlt es an Regelungen, die an das Phänomen des Auseinanderfallens von Arbeitsverhältnis und Arbeitsplatz bzw. an das faktische Näheverhältnis zwischen Werkvertragsbeschäftigten und Besteller anknüpfen. Daher soll aufgezeigt werden, wie die Werkvertragsbeschäftigten sozial abgesichert werden können.

44 Vgl. Koch, S. 17.

45 BR-Drs. 687/13, S. 2; Maschmann, NZA 2013, 1305, 1311.

46 Vgl. Bauer, DB 2014, 60, 61; Bauer/Heimann, NJW 2013, 3287, 3288.

47 BT-Drs. 17/12378, S. 1.

Nicht unbeantwortet kann zudem die Frage bleiben, ob die Möglichkeiten für die betriebliche Mitbestimmung in Anbetracht der wachsenden Bedeutung von Werkvertragsgestaltungen weiterhin adäquat sind oder ob den Betriebsräten gegebenenfalls zusätzliche Kompetenzen einzuräumen sind, die es ihnen ermöglichen, gegen unzulässige Werkvertragsgestaltungen vorgehen zu können.

B. Gang der Untersuchung

Bevor den Kernfragen der Bearbeitung nachgegangen werden kann, soll im nachfolgenden zweiten Teil der Bearbeitung zunächst Grundlegendes hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion des Werkvertrages sowie grundlegende Abgrenzungsfragen zu Verträgen, die ebenfalls die Leistung von Arbeit zum Gegenstand haben, vorangestellt werden. In einem weiteren Schritt werden die allgemeinen Motive für den Rückgriff auf Werkvertragsgestaltungen aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht hinterfragt.

Nach Klärung dieser grundlegenden Aspekte kann sich die Untersuchung den Onsite-Werkverträgen zuwenden. Hier sind zunächst die Spezifika insbesondere im Hinblick auf die soziale Schutzbedürftigkeit der eingesetzten Arbeitnehmer sowie die Gefahren der Umgehung von Arbeitnehmerschutzvorschriften voranzustellen und mit Lösungsansätzen zu unterlegen.

Sodann ist die Bestimmung der Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit vorzunehmen. Nach Darstellung des herkömmlichen Abgrenzungskonzeptes ist das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ zu erörtern. Einen wichtigen Schwerpunkt bildet hierbei die Bewertung des ersten Referentenentwurfes des BMAS (Bundesministerium für Arbeit und Soziales) vom 16.11.2015, der die Einführung eines auch in der Literatur vielfach geforderten Abgrenzungskataloges zur Erhöhung von mehr Rechtssicherheit vorsah. Im Anschluss daran wird ein eigener Ansatz zur Präzisierung der Abgrenzung formuliert. Anschließend wird der Blick unter dem Aspekt der Missbrauchsbekämpfung auf die Rechtsfolgen der Rechtsformverfehlung und deren Geeignetheit gerichtet.

Nachdem die Grenzen der Zulässigkeit von Onsite-Werkverträgen verdeutlicht wurden, soll untersucht werden, wie zulässige Werkvertragsgestaltungen sachgerecht in das Kollektiv- und Sozialrecht eingebettet werden können. Insofern werden Möglichkeiten der sozialen Absicherung der Werkvertragsbeschäftigten sowie Ansätze zur Stärkung des Einsatzbetriebsrates diskutiert.

Teil 2: Grundlegendes

Bevor auf die Spezifika von Onsite-Werkverträgen eingegangen werden kann, sind eingangs der Werkvertrag als solcher zu beleuchten und seine Bedeutung für das Wirtschaftsleben herauszustellen. Hierbei interessieren vor allem die rechtlichen und wirtschaftlichen Motive, die Unternehmer dazu bewegen, auf Fremdpersonal im Allgemeinen und vorliegend auf Werkverträge im Speziellen zurückzugreifen. Die hierbei gewonnenen Erkenntnisse sind zur Analyse der wachsenden Bedeutung von Onsite-Werkverträgen von hoher Relevanz.

Zunächst ist der Vertragstypus des Werkvertrages zu beleuchten, wobei herauszustellen ist, dass Werkverträge nicht nur im Spannungsverhältnis zur Arbeitnehmerüberlassung stehen, sondern gleichfalls zu anderen vertraglichen Schuldverhältnissen, die ebenfalls „Arbeit“ zum Regelungsgegenstand haben.⁴⁸ Zwar ist Abgrenzung von Onsite-Werkverträgen vornehmlich gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung vorzunehmen, jedoch weisen die Abgrenzungen zu anderen Vertragstypen im Ausgangspunkt vielfältige Parallelen auf, die auch für die Unterscheidung zur Arbeitnehmerüberlassung von Bedeutung sind.

A. Der Werkvertrag als rechtliche Grundlage

Das Leitbild des historischen Gesetzgebers hinsichtlich des Werkvertragstypus gründet auf den zentralen Regelungsgegenstand der „Neuherstellung handwerklicher Gegenstände im überschaubaren Umfang“.⁴⁹ Tatsächlich ist die Spannweite des Werkvertrages erheblich weiter gefasst und reicht von der einfachen Schuhreparatur bis hin zum Softwareerstellungsvertrag. Die herausragende Bedeutung des Werkvertrages ergibt sich aus der Möglichkeit, vielfältige Sachverhalte mit diesem Vertragstypus rechtlich abzudecken.⁵⁰ Besonders deutlich wird dieser Befund, wenn man sich vor Au-

48 Vgl. Staudinger/Richardi/Fischinger, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 60; vgl. Zänker, S. 19.

49 Staudinger/Peters/Jacoby, Vorbem. zu §§ 631 BGB ff. Rn. 5.

50 Rösch in: jurisPK-BGB, Bd. 2, § 631 BGB Rn. 3.

gen führt, dass sich bis zu 100 verschiedene Werkvertragstypen unterscheiden lassen.⁵¹

Im Gegensatz zu anderen Schuldverhältnissen sind die Regelungen zum Werkvertrag nach den §§ 631ff. BGB, die auf den im römischen Recht einheitlich ausgestalteten Vertragstyp „*locatio conductio*“ zurückzuführen sind,⁵² seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1900 im Wesentlichen unverändert geblieben.⁵³ Das antiquierte Leitbild des Gesetzgebers wird jedoch der aktuellen Entwicklung der Nutzung von Werkverträgen als Instrument zur Organisation betrieblicher Tätigkeiten nicht mehr gerecht. Nachfolgend sollen daher die auf dieses Leitbild gründenden werkvertraglichen Grundstrukturen untersucht werden.

I. Wesentliche Leistungspflichten und Rechtsgrundlagen

1. Allgemeines

Bei dem in den §§ 631 ff. BGB geregelten Werkvertrag handelt es sich um einen gegenseitigen, entgeltlichen Vertrag, der eine Werkleistung zum Gegenstand hat.⁵⁴ § 631 I BGB begründet die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des versprochenen Werks. Die andere Partei, der Besteller, ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Beide Leistungen stehen sich hierbei synallagmatisch gegenüber.⁵⁵ Nach § 631 II BGB ist die Erfolgsbezogenheit prägend für den Werkvertrag. Die an sie anknüpfende Risikoverteilung⁵⁶ stellt sogleich das zentrale Abgrenzungskriterium zu anderen Schuldverhältnissen dar.⁵⁷

51 Vgl. Weyers, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1128.

52 Staudinger/Peters/Jacoby, Vorbem. zu §§ 631 BGB ff. Rn. 9.

53 Staudinger/Peters/Jacoby, Vorbem. zu §§ 631 BGB ff. Rn. 10.

54 Staudinger/Peters/Jacoby, Vorbem. zu §§ 631 BGB ff. Rn. 1 f.; MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 1.

55 Halfmeier/Leupertz in: PWW, § 631 BGB Rn. 1; Rösch in: jurisPK-BGB, Bd. 2, § 631 BGB Rn. 4.

56 Vgl. Esser/Weyers, § 27 II 3c.

57 Rösch in: jurisPK-BGB, Bd. 2, § 631 BGB Rn. 5.

2. Leistungspflichten des Unternehmers

Der Unternehmer des Werkvertrages ist zur Herstellung und Ablieferung des versprochenen Werkes verpflichtet.⁵⁸ Hierbei ist der in § 631 I BGB genannte Begriff des „Unternehmers“ nicht gleichzusetzen mit der Legaldefinition in § 14 I BGB. Im Werkvertragsrecht kann der Unternehmer jede natürliche oder juristische Person sein. Auf seine Kaufmannseigenschaft kommt es dabei nicht an. Selbst eine gewerbliche Tätigkeit muss nicht vorliegen. Insofern ist der im Werkvertragsrecht historisch geprägte Begriff des Unternehmers weit zu verstehen.⁵⁹

a. Werkerfolg

Ausgehend von der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages ist der Werkerfolg als Leistungsgegenstand zentraler Vertragsbestandteil. Der Erfolg kann sowohl durch Arbeit als auch durch Dienstleistung herbeigeführt werden. Hierbei schuldet der Unternehmer nicht die Arbeitsleistung als solche, sondern nur den herbeizuführenden Arbeitserfolg.⁶⁰

Der Begriff des Erfolges ist vom Gesetzgeber bewusst weit gefasst worden und umgreift einerseits die Herstellung oder Veränderung körperlicher Objekte sowie andererseits die Herbeiführung „anderer Erfolge als die Herstellung oder Veränderung einer Sache“.⁶¹ Mit Letztgenanntem kann ohne Einfluss auf die Substanz auf eine Sache eingewirkt werden. Ferner werden hiervon auch rein geistige oder wirtschaftliche Erfolge umfasst.⁶² Als Gegenstand eines Werkvertrages sind etwa die Beförderung von Personen, Theateraufführungen sowie die Besorgung einer Finanzierung anerkannt.⁶³ Insofern trifft es zu, wenn man den Werkvertrag als den Vertragstyp identifiziert, der „eine größere Vielfalt von Lebenssachverhalten [regelt] als sonst ein Vertrag im BGB“.⁶⁴

58 Palandt/Sprau, § 631 BGB Rn. 12; MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 58; Erman/Schwenker, § 631 BGB Rn. 29.

59 MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 30 f.

60 Rösch in: jurisPK-BGB, Bd. 2, § 631 BGB Rn. 5; MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 1.

61 Staudinger/Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 6.

62 Staudinger/Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 6.

63 Waas, S. 15.

64 MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 2.

Auch die dem Werkvertrag zu Grunde liegende Risikoverteilung knüpft an den Erfolg an.⁶⁵ Hierbei ist es Sache des Unternehmers, den Erfolg herbeizuführen und ihn gegen äußere Einflüsse zu sichern. Insofern trägt er gemäß § 644 I BGB bis zur Abnahme selbst die Gefahr des zufälligen Untergangs.

Allgemein wird vertreten, dass der Erfolg nicht darin besteht, dass „ein weiterer, mit der Tätigkeit nicht notwendig verbundener Erfolg eintritt“. Vielmehr sei der herbeizuführende Erfolg unmittelbares Resultat der Tätigkeit.⁶⁶ Ausreichend ist daher der Erfolg, der sich aus der dem Leistungsversprechen zu Grunde liegenden Arbeit ergibt und nicht der „Erfolg des Arbeitserfolgs“;⁶⁷ der sich etwa aus dem wirtschaftlichen Zweck für den Leistungsempfänger ableiten könnte.⁶⁸ Zwar dürfen keine überhöhten Anforderungen an den Eintritt des Erfolges geknüpft werden. Die Grenze zum Dienstvertrag ist jedenfalls dann überschritten, wenn tatsächlich nur noch das bloße Ableisten von Arbeitszeit geschuldet wird und kein nach außen messbarer Erfolg erkennbar ist.⁶⁹ Vielmehr ergibt sich der Erfolg schon „in der Ausführung der Tätigkeit“. Diese Auffassung unterlegt Lotmar, denn „jede chirurgische Operation hat in der Eröffnung, Durchsuchung, Abtragung eines Organs, die sie bezieht, ihren Erfolg, auch wenn der Erfolg des Erfolges versagt bleibt, etwa der Patient stirbt“.⁷⁰

Vielfach ergibt sich der Erfolg auch aus so genannten Leistungskatalogen, in denen einzelne Leistungsschritte und gegebenenfalls der Arbeitserfolg beschrieben werden.⁷¹ Diese dürfen allerdings nicht so weit führen, dass dem Unternehmer bzw. seinen Erfüllungsgehilfen lediglich die Abarbeitung der Ausführungsvorgaben ohne eigenen Entscheidungsspielraum verbleibt.⁷² Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn zwischen einem Fuhr- und Entsorgungsunternehmen ein Werkvertrag abgeschlossen wird, in dem alle denkbaren Entsorgungsfälle hinsichtlich Art und Ausführung

65 Vgl. Esser/Weyers, § 27 II 3c.

66 Staudinger/Richardi/Fischinger, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 33; Nikisch, S 45 f.; bereits Lotmar, 432 f.

67 Staudinger/Richardi/Fischinger, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 33; Richardi, NZA 2017, 36, 37.

68 Palandt/Sprau, Einf. v. § 631 BG Rn. 1.

69 Rösch in: jurisPK-BGB, Bd. 2, § 631 BGB Rn. 10 f.; vgl. MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 14.

70 Lotmar, S. 433.

71 Halfmeier/Leupertz in: PWW, § 631 BGB Rn. 1; vgl. MünchKommBT/Busche, § 631 BGB Rn. 64 f.

72 Vgl. Halfmeier/Leupertz in: PWW, § 631 BGB Rn. 1; i.E. auch BGHZ 139, 244, 247.