

**Zur Formulierung des § 611a BGB
im Referentenentwurf des BMAS
vom 16.11.2015 und die hieraus nicht herzuleitenden Folgen
für die Abgrenzung werkvertraglicher Tätigkeit
und Arbeitnehmerüberlassung
bei kooperierenden Unternehmen**

von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
und Rechtsanwalt Christian Andorfer

1.	Änderung im Dienstvertragsrecht des BGB (§§ 611 ff) durch Ausgliederung und Spezialisierung	1
2.	Erstmalige gesetzliche Definition eines Arbeitsvertrages	1
3.	Ausgliederung aus dem Dienstvertrag des § 611 BGB.....	2
4.	Erste Kritikpunkte	2
5.	Zur Auslegung von § 611a BGB im Einzelnen	3
5.1	Übersicht	3
5.2	Zu dem erforderlichen <i>Vertrag</i> zwischen den Parteien.....	3
5.3	Zu den zugesagten Leistungen	3
5.4	Erbringung von Arbeitsleistungen	4
5.4.1	Allgemeines.....	4
5.4.2	Zur Erbringung von Diensten durch den Arbeitnehmer.....	4
5.4.3	Tangiertsein einer fremden Arbeitsorganisation	4
5.4.4	Zur erforderlichen Eingliederung einer Person, die als Arbeitnehmer anzusehen ist, in die Arbeitsorganisation ihres Arbeitgebers	5
5.4.4.1	Zur Regelung in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB	5
5.4.4.2	Zu § 611a Abs. 2 BGB in Bezug auf die Eingliederung eines Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation eines Arbeitgebers.....	5
6.	Erforderliche Klarstellung bestimmter Ausführungen in der Gesetzesbegründung des BMAS.....	7
7.	Zur Nichtentstehung von zusätzlichem Erfüllungsaufwand für die deutsche Wirtschaft.....	8
8.	Zustimmung zum Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers in Bezug auf dessen Recht auf Arbeitsplatzfreiheit nach Art. 12 GG.....	9
9.	Klarstellung zur weiter geltenden bisherigen Rechtsprechung bei Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung	9
9.1	Allgemeines.....	9
9.2	Zu den einzelnen Kriterien.....	9
9.2.1	Akzeptierung von Forderungen des Auftraggebers hinsichtlich des von diesem vorgegebenen Einsatzortes und der Einsatzzeit bezüglich der Werkleistung durch den Werkunternehmer (Abs. 2 lit. a).....	9
9.2.2	Zur überwiegenden Erbringung der Werkleistung eines Werkunternehmers bei outgesourcter Produktion in Räumen eines anderen (Abs. 2 lit. b)	11
9.2.3	Regelmäßige Nutzung der Mittel <i>eines anderen</i> Unternehmens im Rahmen des werkvertraglichen Tätigwerdens eines Unternehmens für ein anderes Unternehmen (Abs. 2 lit. c).....	12
9.2.4	Werkvertragliche Tätigkeit bei <i>Zusammenarbeit</i> mit anderen (Abs. 2 lit. d.)	13
9.2.5	Ausschließliches oder überwiegendes Tätigsein eines beauftragten Werkunternehmens <i>für einen anderen</i> als auftraggebendes Unternehmen kein	

	Argument gegen werkvertragliche Abwicklung durch das Werkunternehmen (Abs. 2 lit.e).....	14
9.2.6	Zur nur eingeschränkt erforderlichen betrieblichen Organisation eines Unter- nehmens bei werkvertraglichem Tätigwerden für ein anderes (Abs. 2 lit. f.)	14
9.2.7	Zur Auswirkung des Erbringens von Leistungen, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Erfolges gerichtet sind (Abs. 2 lit. g).....	15
9.2.8	Zur Gewährleistung bei Werkverträgen (Abs. 2 lit. h).....	15
10.	Zusammenfassung.....	16

1. **Änderung im Dienstvertragsrecht des BGB (§§ 611 ff) durch Ausgliederung und Spezialisierung**

Art. 2 des Diskussionsentwurfs des BMAS vom 16.11.2015 sieht eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches vor. Hiernach soll ein neuer § 611a BGB eingefügt werden, der aus dem allgemeinen Dienstvertrag nach § 611 BGB den Arbeitsvertrag als eine typische Sonderform ausgliedert. Danach wird als Arbeitsvertrag angesehen, wenn es sich *bei den zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen* handelt. Was *Arbeitsleistungen* sind, wird in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB dahingehend zum Ausdruck gebracht, dass jemand *Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingliedert ist und Weisungen unterliegt*.

Zur Konkretisierung der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und der Weisungsunterworfenheit werden in § 611 a Abs. 2 BGB nähere Kriterien festgelegt. Es soll anhand dieser Kriterien *eine wertende Gesamtbetrachtung* vorgenommen werden.

2. **Erstmalige gesetzliche Definition eines Arbeitsvertrages**

Damit stellt die Gesetzgebung erstmals in § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB eine Definition des Arbeitsvertrages auf. Diese Definition wird zum Grundtatbestand des gesamten Individualarbeitsrechts außerhalb des BGB.

Die Definitionskriterien für die Eingliederung eines Einzelnen in eine fremde Arbeitsorganisation und somit die Erlangung von Arbeitsleistung durch diesen in § 611a BGB sind aus der Abgrenzung der Tätigkeit einzelner Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsvertrags und selbstständiger Einzelunternehmer im Rahmen der Abwicklung eines freien Dienstvertrags oder Werkvertrags als Einzelner übernommen worden.

Die Bezugnahme auf die insoweit vorliegende Rechtsprechung verdeutlicht, dass durch § 611a BGB **nicht die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit von Unternehmen gegenüber Arbeitnehmerüberlassung durch Unternehmen erfasst wird**. Die für die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung beim Einsatz von Unternehmen in anderen Unternehmen ganz grundlegende Brammenflämmer-Entscheidung¹ wird in den zur Begründung der Einzelkriterien des § 611a Abs. 2 BGB genannten Entscheidungen (S. 30 ff.) nicht angeführt, ebenso wie die genau so fortgeltende maßgebliche Brems-zylinder-Entscheidung². Diese wichtigen Entscheidungen, die bis heute fortwirken³, werden von der Regelung des § 611a BGB und seinen Abgrenzungskriterien nicht berührt und gelten in ihrer vollen Ausstrahlung weiter für die Beurteilung des Tätigwerdens von Werkunternehmen in Betrieben auftraggebender Unternehmen.

Es ist von großer Bedeutung, herauszustellen, dass dies der Fall ist und dass die in § 611a Abs. 2 BGB enthaltenen Kriterien **nur die Frage einer Arbeitnehmerschaft von Einzelpersonen** oder deren Unternehmereigenschaft behandeln, **damit der Zoll** seinerseits, wenn es um die Überprüfung des Einsatzes von Fremdunternehmen in einem

¹ BAG, Beschluss vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, Rn. 23.

² BAG, Beschluss vom 09.07.1991 - 1 ABR 45/90

³ vgl im Folgenden bei 9.2

Einsatzunternehmen geht, **nicht die Kriterien des § 611a Abs. 2 BGB unzutreffend und unberechtigt heranzieht.**

3. **Ausgliederung aus dem Dienstvertrag des § 611 BGB**

Gesetzessystematisch setzt die Vorschrift des § 611a BGB die des § 611 BGB voraus. Damit kann es in den Fällen des § 611a BGB **nur um eine Leistung aufgrund eines Dienstvertrages gehen.** Erbringt ein Unternehmen Werkleistungen für ein anderes Unternehmen, so ist § 611a BGB als Abgrenzungsvorschrift auf diese Werkleistung nicht anwendbar.

Das Ganze wird auch durch das in der Begründung der einzelnen Positionen des § 611a Abs. 2 BGB Ausgeführte zum Ausdruck gebracht, nämlich dass sich diese ganz überwiegend auf die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Rechtsprechung zur Frage bezieht, ob eine Einzelperson

- in einem Arbeitsverhältnis steht
- oder ob sie unternehmerisch auf selbstständiger Basis eines freien Dienstvertrags im Sinne des § 611 BGB oder eines Werkvertrags gemäß §§ 631 ff. BGB tätig wird.

Wegen der Grundannahme, dass § 611a BGB einen Dienstvertrag nach § 611 BGB voraussetzt, um aus diesem Dienstvertrag einen gewissen Anteil, nämlich den spezialisierten Arbeitsvertrag, herauszulösen, **kann § 611a BGB für das Tätigwerden von Werkunternehmen bei anderen Unternehmen keine Rolle spielen.**

4. **Erste Kritikpunkte**

Zunächst ist festzustellen, dass aus der Sicht der Arbeitsrechtler die neue Formulierung des § 611a BGB insoweit überraschend erscheint, weil man hierbei ohne Abstimmung mit bereits bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Regelungen und besonderen Arbeitsverhältnissen und überhaupt mit dem Individualarbeitsrecht eine Vorschrift neu gefasst hat, die eigentlich einer sehr gründlichen juristischen Vorbereitung bedurft hätte. Insbesondere besteht jetzt ein ungeklärtes Spannungsverhältnis zwischen den Begriffen "Arbeitsvertrag" und "Arbeitsverhältnis".

Bemerkenswert ist, dass die Formulierung von § 611a BGB aufgrund des politischen Kontextes, nämlich der Vereinbarung im Koalitionsvertrag, von vornherein nicht eingeschränkt dahingehend gelesen wird, dass er lediglich die Frage der Abgrenzung werkvertraglicher Tätigkeit durch einen Einzelnen betrifft, wenn es darum geht, ob er ein Arbeitsverhältnis abwickelt und damit nicht richtig eingeschätzt wird.

Dazu heißt es beispielsweise in der FAZ vom 17.11.2015 auf S. 16:

Zur Abgrenzung unzulässiger Werkverträge soll künftig ein Katalog von acht gesetzlichen Kriterien in einer "wertenden Gesamtbetrachtung" herangezogen werden, wie es im Entwurf heißt. Anhaltspunkte wären dann etwa, wenn ein Mitarbeiter der beauftragten Fremdfirma "nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen"; wenn er "die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt" oder wenn er "überwiegend nur für den eigenen Auftraggeber tätig ist".

Hierbei wird übersehen, dass vom Tätigwerden einer *beauftragten Fremdfirma* mit eigenen Mitarbeitern in § 611a BGB keine Rede ist. In gleicher Weise wird die unzutreffende Auslegung des § 611a BGB auch bei Veröffentlichungen bestimmter Anwaltskanzleien⁴ behandelt.

5. Zur Auslegung von § 611a BGB im Einzelnen

5.1 Übersicht

Wie sich bereits aus dem Titel von § 611a BGB *Vertragstypische Pflichten beim Arbeitsvertrag* ergibt, geht es um die Definition des Arbeitsvertrags, bei dem man, wie in § 611 BGB bezüglich des Dienstvertrags oder in § 631 BGB des Werkvertrags in § 611 a BGB *die vertragstypischen Pflichten* des Arbeitsvertrags darlegt. Unter diesem Aspekt erfordert das Vorliegen eines Arbeitsvertrags gemäß § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB

- einen **Vertrag** zwischen den Betroffenen (5.2),
- aufgrund dessen **Leistungen** zugesagt sein müssen (5.3),
- bei denen es sich um **Arbeitsleistungen** handeln muss (5.4).

5.2 Zu dem erforderlichen Vertrag zwischen den Parteien

§ 611a BGB sagt nicht ausdrücklich, um welche Art von **Vertrag** es zwischen den Parteien des § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB geht. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB lässt aber erkennen, dass es sich bei dem in dieser Bestimmung angesprochenen **Vertrag** um einen **Arbeitsvertrag** handelt, der nach deutschem Recht zwei Vertragspartner erfordert, nämlich einen Arbeitgeber und einen Arbeitnehmer. Als Arbeitgeber kann nach dem gängigen Arbeitgeberbegriff sowohl eine einzelne Person als auch eine juristische Person oder eine Personenmehrheit in Frage kommen. Beim Arbeitnehmer hingegen geht es immer um eine Einzelperson, die in einem Arbeitsverhältnis tätig wird. Das deutsche Recht kennt nicht die Arbeitnehmereigenschaft einer juristischen Person, die als solche für einen anderen tätig wird.

5.3 Zu den zugesagten Leistungen

Als nächstes ist zu überprüfen, wer bei den gemäß 5.2 in Frage kommenden Vertragsparteien die in § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB angesprochenen **zugesagten Leistungen** erbringt. Dafür kommen die beiden nach 5.2 ermittelten Vertragspartner in Frage, also der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer. Ohne in diesem Zusammenhang den Begriff der Arbeitsleistungen bereits näher zu untersuchen, ergibt sich aus § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB, dass die zugesagten Leistungen jedenfalls als **Arbeitsleistungen** anzusehen sind. Derartige Arbeitsleistungen erbringt nach dem ganz gängigen Begriff der Arbeitsleistung im Arbeitsrecht nur der Arbeitnehmer, da es sich um eine persönliche Leistung handelt. Der Arbeitgeber hat ihm diese Leistungen zu vergüten.

⁴ vgl. Thomas Hay: "Hürden für Leiharbeit und Werkverträge", FAZ v. 25.11.2015, S. 16.

Es kann sich also bei demjenigen, der Leistungen erbringt, nur um den einzelnen Arbeitnehmer handeln, der insoweit als Vertragspartner des § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB anzusprechen ist.

5.4 Erbringung von Arbeitsleistungen

5.4.1 Allgemeines

Kommt man zu dem Begriff der Erbringung von Arbeitsleistungen, so geht es darum, welche Leistungen des in § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB angesprochenen Arbeitnehmers als **Arbeitsleistungen** anzusehen sind.

Dazu gibt der Vorschlag des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB eine nähere Definition, wozu er erklärt, dass Arbeitsleistungen der hier angesprochene Arbeitnehmer erbringt,

- indem er einen Dienst leistet (5.4.2)
- und dabei mit einer fremden Arbeitsorganisation zu tun hat (5.4.3),
- in die er eingegliedert ist (5.4.4),
- und bezüglich derer er Weisungen unterliegt (5.4.5).

5.4.2 Zur Erbringung von Diensten durch den Arbeitnehmer

Indem § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB von der Erbringung von Diensten spricht, wird die abgeleitete Herkunft von § 611a BGB aus § 611 BGB deutlich, denn in § 611 Abs. 1 BGB wird derjenige, der Dienste erbringt oder zusagt, als derjenige gesehen, der zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet ist.

5.4.3 Tangiertsein einer fremden Arbeitsorganisation

§ 611a BGB lässt es jedoch auf der allgemeinen Form der Dienstleistung nicht beruhen, dass Gegenstand der Dienstleistung Dienste jeder Art sein können. § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB schränkt die allgemeine Dienstleistung des § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB dahingehend ein, dass in dem Zusammenhang **eine fremde Arbeitsorganisation** tangiert sein muss.

Der Begriff **fremde Arbeitsorganisation** ist in dem Sinne zu verstehen, dass es nicht um die eigene Arbeitsorganisation des Dienstleisters, sondern um eine **fremde** geht. Als derartige fremde Arbeitsorganisation sind denkbar

- die Arbeitsorganisation seines Arbeitgebers
- oder die Arbeitsorganisation eines Dritten.

Geht man davon aus, dass in § 611a BGB eine Ausgliederung einer bestimmten spezifischen Dienstleistung aus § 611 BGB erfolgt und § 611 BGB dadurch konkretisiert wird, dass es um jeweils zwei Personen geht, nämlich

- denjenigen, der die Dienste zusagt, der als **derjenige** bezeichnet wird,
- und den **andere(n) Teil**, also den zweiten in § 611 BGB angesprochenen Vertragspartner, der zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist,

so kann sich der Begriff **fremde Arbeitsorganisation** nur auf den anderen Vertragspartner

des Arbeitsvertrags beziehen und nicht auf eine dritte Person, die in § 611 BGB nicht als Partei angesprochen ist. Die fremde Arbeitsorganisation, auf die sich § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB bezieht, kann somit nur die Arbeitsorganisation des zweiten Vertragspartners des § 611a BGB neben dem Dienstleistungserbringer sein, also die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers des potentiellen Arbeitnehmers.

Irgendwelche dritte Auftraggeber sind insoweit in § 611a Abs. 1 BGB nicht angesprochen und nicht tangiert.

5.4.4. Zur erforderlichen Eingliederung einer Person, die als Arbeitnehmer anzusehen ist, in die Arbeitsorganisation ihres Arbeitgebers

5.4.4.1 Zur Regelung in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB

In diese Arbeitsorganisation des Arbeitgebers muss eine Person nun **eingegliedert** sein und **Weisungen** unterliegen, um sie als Arbeitnehmer ansprechen zu können.

Diese Voraussetzungen für die nähere Konkretisierung des Begriffs Erbringung von Arbeitsleistungen erinnert an die Tatbestandsvoraussetzungen, die auch im Zusammenhang mit der Überprüfung einer Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit von Unternehmen und Arbeitnehmerüberlassung derselben herangezogen werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass die im Folgenden bei § 611a Abs. 2 BGB gegebene Konkretisierung, **ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt**, angesichts der dort wiedergegebenen Kriterien für eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation des Arbeitgebers im Rahmen eines Arbeitsvertrages ohne Weiteres auf die Abgrenzung hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung durch Unternehmen angewandt werden kann.

Das Gleiche gilt hinsichtlich der in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls aus der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung bekannte Formulierung, dass wenn **der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen ... für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend** ist.

All das darf aber nicht dazu verführen, die Kriterien des § 611a Abs. 2 BGB auf die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung im Zusammenhang mit dem Tätigwerden von Unternehmen als Auftraggeber und Auftragnehmer anzuwenden.

Dass das BMAS das ebenso sieht, wird aus vorgeschlagenen Regelung in § 1 Abs.1 Satz 2 AÜG deutlich. Nur diese Bestimmung kann, wenn sie denn gesetzlich niedergelegt wird, sich für die Abgrenzung zwischen werkvertraglichem Einsatz und Arbeitnehmerüberlassung auswirken, bei der zwei Unternehmen, ein Auftraggeber bzw. Entleiher und ein Auftragnehmer bzw. Verleiher und Leiharbeiter tätig werden.

5.4.4.2 Zu § 611a Abs. 2 BGB in Bezug auf die Eingliederung eines Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation eines Arbeitgebers

§ 611a Abs. 2 BGB soll klären, auf welche Weise die Feststellung zu treffen ist, **ob jemand** als Arbeitnehmer in die **Arbeitsorganisation** seines Arbeitgebers **eingegliedert ist und Weisungen unterliegt**, wobei sich nach der Formulierung dieser Bestimmung eindeutig ergibt, dass derjenige, der das Vorliegen eines Arbeitsvertrages behauptet, hierbei auch die

Beweislast zu tragen hat.

Für diese Gesamtbetrachtung soll insbesondere maßgeblich sein, ob eine einzelne Person, um die es im vorliegenden Fall geht, und bezüglich derer Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, einen Arbeitsvertrag mit dem in § 611a Abs. 1 BGB angesprochenen Arbeitgeber geschlossen hat, und hierfür die folgenden Kriterien erfüllt sind.

Bemerkenswert hinsichtlich des § 611a Abs. 2 BGB ist, dass diese Vorschrift zwar an sich Hinweise geben will und soll, **ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und** hierbei **Weisungen unterliegt**, wobei für das Vorliegen beider Kriterien **eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen** ist. Gleichwohl werden nach den Kriterien, die für diese Gesamtbetrachtung **insbesondere maßgeblich** sein sollen, nur solche aufgeführt, die für eine angebliche Eingliederung sprechen mögen, aber keinerlei Bezug zu der damit angeblich auch behandelten Weisungserteilung durch den potentiellen Arbeitgeber haben.

Keines der angeführten Kriterien betrifft die Frage, unter welchen Umständen von einer Weisungserteilung an den potentiellen Arbeitnehmer auszugehen ist. Es wird lediglich die durch die Kriterien a) bis h) angeblich indizierte Integration angesprochen.

Hierbei geht es in § 611a Abs. 2 BGB um folgende Kriterien, die indizieren sollen, dass man von der Eingliederung einer einzelnen Person, die sich als selbständiger Auftragnehmer eines Auftraggebers empfindet, in die Arbeitsorganisation seines Auftraggebers sprechen kann. Hierfür soll insbesondere maßgeblich sein, dass:

- a) dem Betroffenen die Freiheit fehlt, die Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder den Arbeitsort zu bestimmen,
- b) die von ihm geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbracht wird,
- c) zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen genutzt werden,
- d) die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbracht wird, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind,
- e) der Betroffene ausschließlich oder überwiegend nur für einen anderen tätig ist,
- f) er keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen,
- g) seine Leistungen nicht auf einen Arbeitserfolg wie bei einem Werkvertrag gerichtet sind
- h) und er für das Ergebnis seiner Tätigkeit, anders als beim Werkvertrag, keine Gewähr leistet.

Dass die hier gegebene Darstellung, dass es nur um die Abgrenzung von Freelancern und Arbeitnehmern geht, zutrifft, ergibt sich auch aus § 611a Abs. 3 BGB. Die hier aufgenommene Regelung, die auf § 7a SGB IV abstellt, nämlich das Statusverfahren im Rahmen der Sozialversicherung, verdeutlicht auch, dass es nur um einzelne Personen geht, denn gemäß § 7a Abs. 1 Satz 4 SGB IV sind die **Beteiligten**, die **schriftlich eine Entscheidung beantragen** können, **die an einem zu beurteilenden Verhältnis beteiligten** Auftraggeber und Auftragnehmer.⁵

⁵ Winkler, SGB IV, § 7a SGB IV, S. 70 Rn. 3

Bei dem am Auftragsverhältnis beteiligten Auftragnehmer muss es sich um eine natürliche geschäftsfähige Person handeln, da anderenfalls das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV von vornherein entfällt.⁶

Auch diese Vorschrift klärt eindeutig, dass es nur um das Verhältnis eines potentiellen Auftraggebers oder Arbeitgebers bezüglich einer einzelnen Person als Auftragnehmer oder Arbeitnehmer gehen kann. Sie bestärkt also die hier gemachten Angaben.

Es soll an dieser Stelle nicht auf die Begründung der einzelnen dargestellten Kriterien im Referatsentwurf eingegangen werden, wozu bereits von anderer Stelle kritische Anmerkungen gemacht worden sind.⁷ Mit der vorliegenden Darstellung soll maßgeblich herausgearbeitet werden, dass der vorgeschlagene § 611a BGB im Gegensatz zu dem vorgeschlagenen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG keine Auswirkungen auf werkvertragliche Kooperationen von zwei Unternehmen im Rahmen des Outsourcings von betrieblicher Produktion auf ein beauftragtes Unternehmen hat.

6. Erforderliche Klarstellung bestimmter Ausführungen in der Gesetzesbegründung des BMAS

Hat man auf die angegebene Art und Weise klargestellt, dass die Vorschrift des § 611a BGB keinerlei direkte Auswirkung auf die Beurteilung der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung hat, bei der immer drei Parteien im Spiel sind, nämlich

- der potentielle Auftraggeber eines Werkvertrags oder potentieller Entleiher einer Arbeitnehmerüberlassung,
- der potentielle Auftragnehmer eines Werkvertrags oder potentieller Verleiher einer Arbeitnehmerüberlassung
- und der betroffene Arbeitnehmer des Werkunternehmers oder Leiharbeitnehmer des Verleihers

so ist zu fordern, dass dies in der Begründung des Entwurfs, insofern derselbe überhaupt umgesetzt wird, klarer zum Ausdruck gebracht wird, damit insbesondere der Zoll nicht zu Fehlschlüssen kommen kann.

In der Begründung des Entwurfs heißt es bei *A. Allgemeiner Teil I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelung* S. 12:

Im Wirtschaftsleben kommt dem Werkvertrag eine zentrale Bedeutung zu ... Missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes sind abzulehnen. Nicht akzeptabel sind insbesondere Vertragskonstruktionen, die von den Vertragspartnern zwar als "Werkvertrag" bezeichnet werden, tatsächlich jedoch als Arbeitsverträge - diese Formulierung betrifft die vorgesehene Regelung in § 611a BGB - oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge durchgeführt werden. Letztere Formulierung kann zu unzutreffender Einschätzung der Bedeutung des § 611a BGB führen, zumal es dann unmittelbar folgend heißt: ***Bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung kann der vermeintliche Werkvertragsunternehmer zudem bislang eine Verleiherlaubnis vorhalten und sich auf diese berufen, wenn die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung offenkundig wird. Solche Konstruktionen sollen verhindert werden, auch im Interesse***

⁶ Schlegel/Voelzke, SGB IV, § 7a SGB IV S. 138 Rn. 56

⁷ Vgl. <http://www.vgsd.de/was-arbeitsrechtler-zum-gesetzesentwurf-sagen/>.

der Erhöhung der Rechtssicherheit bei der Nutzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung.

Bedeutsam ist die ganz allgemein vorgesehene Formulierung in der Begründung **A. Allgemeiner Teil** bei **II., Wesentlicher Inhalt des Entwurfs** (S. 13), wo es heißt:

Missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes sollen verhindert und die Rechtssicherheit bei Nutzung von Werkverträgen erhöht werden. Deshalb wird die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt ... Erbringt eine Person tatsächlich Arbeitsleistungen, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Charakteristisch für Arbeitsleistungen sind die Eingliederung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in eine fremde Arbeitsorganisation und das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Das Gesetz kodifiziert dazu die Rechtsprechung, der zufolge die Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist.

Diesem Teil der Gesetzesbegründung kommt entsprechende Bedeutung zu, weil hieraus deutlich wird, dass es nicht um die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit eines Unternehmens für ein anderes im Hinblick auf denkbare Arbeitnehmerüberlassung geht, sondern lediglich *die Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit*, wozu *die Kriterien in nicht abschließender Form gesetzlich niedergelegt* werden, die im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen sind (S. 13 des Entwurfs).

Diese Ausführung ist bedeutsam im Hinblick auf die Nichterfassung der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung beim Einsatz von Unternehmen bei anderen Unternehmen im Rahmen des § 611a BGB.

Maßgeblich ist die zutreffende Bezugnahme auf die Nichtveränderung der Rechtslage in Deutschland, weil herausgestellt wird, dass es nur darum geht, dass die *von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung abhängiger von selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt* wird, es also hierbei bei dem von der Regelung nicht betroffenen Bereich *bei der Anwendung geltenden Rechts* bleibt, worauf bei **A. Allgemeiner Teil II Wesentlicher Inhalt des Entwurfs** (Seite 13) ausdrücklich abgestellt wird.

7. Zur Nichtentstehung von zusätzlichem Erfüllungsaufwand für die deutsche Wirtschaft

Um die soeben angesprochene Feststellung abzusichern, sollte die Darstellung auf S. 16 des Referentenentwurfs, bezogen auf dessen Abschnitt **VI, Gesetzesfolgen, 4.2.b Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft** durch *Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch* im Hinblick auf ihre Richtigstellung ergänzt werden, dort, wo es heißt:

Durch die gesetzliche Niederlegung der von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz in § 611a BGB entsteht für die Wirtschaft kein Erfüllungsaufwand. Denn die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt die Rechtslage in Deutschland unverändert. Damit werden gegenüber der bisherigen Rechtslage keine neue Pflichten für die Wirtschaft begründet.

Diese Formulierung ist zu weitgehend und geht über die nach dem Titel des § 611a BGB in demselben enthaltene Regelung: *Vertragstypische Pflichten bei einem Arbeitsvertrag* hinaus. Mit der mitgeteilten Entwurfsbegründung wird der Eindruck vermittelt, als seien in § 611a BGB generelle Abgrenzungskriterien bezüglich angeblich *ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz* enthalten, was nicht zutrifft.

Wie zu wiederholen ist, ist die mitgeteilte *gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung* lediglich bezogen auf die Abgrenzung *abhängiger von selbstständiger Tätigkeit*, aber nicht, wie der eingangs in der Begründung des Referentenentwurfs auf S. 12 angesprochene Begriff *Arbeitnehmerüberlassungsverträge* vermuten lässt, bezogen auf Probleme der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung, die beim Einsatz von einem Unternehmen bei einem anderen Unternehmen auftreten. Es ist somit ausdrücklich im Zusammenhang mit dem auf S. 16 der Begründung Ausgeführten klarzulegen, dass die *1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung* sich nur auf die Abgrenzung zwischen dem Einsatz von Einzelpersonen im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder eines freien Dienstleistungsverhältnisses bezieht und nicht auf die davon unberührte Rechtsprechung zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung.

Seitens der Praxis ist somit richtigerweise von vornherein davon auszugehen, dass die 1:1-Kodifizierung der Rechtsprechung nur den soeben bezeichneten Bereich betrifft. Es wäre ein Missverständnis, würden die Überwachungsbehörden, die in § 611a Abs. 2 BGB aufgeführten Kriterien auf die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung anwenden.

8. **Zustimmung zum Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers in Bezug auf dessen Recht auf Arbeitsplatzfreiheit nach Art. 12 GG**

Wie sich aus unserer Darstellung in Nr. 166 der Schriften der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit ergibt, war die bisherige Regelung der Behörden in den §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG deshalb verfassungswidrig, weil sie unberechtigt in das Recht der Leiharbeitnehmer auf freie Arbeitsplatzwahl eingegriffen hat. Es ist daher vollkommen richtig und verfassungskonform, wenn nunmehr unter Bezugnahme auf das bisher nicht berücksichtigte Recht der Leiharbeitnehmer, ihren Arbeitsplatz nach Art. 12 GG ohne staatliche Eingriffe selbst zu wählen, ein Widerspruchsrecht der Leiharbeitnehmer in diesem Zusammenhang aufgenommen wird.

9. **Klarstellung zur weiter geltenden bisherigen Rechtsprechung bei Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung**

9.1 Allgemeines

Nach allem sollen nunmehr einige Ausführungen hinsichtlich der für die Beurteilung der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung weiter geltenden einschlägigen Rechtsprechung in Gegenüberstellung zu der in § 611a Abs. 2 BGB angeführten Rechtsprechung zur *Abgrenzung abhängiger und selbstständiger Tätigkeit* dargestellt werden.

9.2 Zu den einzelnen Kriterien

9.2.1 Akzeptierung von Forderungen des Auftraggebers hinsichtlich des von diesem vorgegebenen Einsatzortes und der Einsatzzeit bezüglich der Werkleistung durch den Werkunternehmer (Abs. 2 lit. a)

Es ist ganz selbstverständlich, dass ein Werkunternehmen, das Werkleistungen für ein anderes Unternehmen erbringt, sich hierbei hinsichtlich der Einsatzzeit und des

Einsatzortes nach den Gegebenheiten seines Auftraggebers zu richten hat. Dies ist seit der Brammen-flämmer-Entscheidung des BAG eindeutig anerkannt. Hierzu heißt es in Rn. 22 des Beschlusses⁸:

Die Vorschriften über den Dienst- oder Werkvertrag schließen nicht aus, daß die zu erbringende Dienstleistung oder das zu erstellende Werk vertraglich hinsichtlich aller Einzelheiten bezüglich Ausführung, Umfang, Güte, Zeit und Ort der Erbringung bzw. Erstellung so detailliert und bestimmt vereinbart werden, daß dem Dienst- oder Werknehmer hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung oder der Erstellung des Werkes kein eigener Entscheidungsspielraum mehr verbleibt. Er ist vertraglich verpflichtet, die Dienstleistung oder das Werk hinsichtlich aller Einzelheiten vereinbarungsgemäß zu erbringen. Davon, daß er die vertraglich geschuldete Leistung erbringt, geht der Besteller aus. Die vertragsgemäß erbrachte Dienstleistung oder das vertragsgemäß erstellte Werk plant er in seine Arbeitsorganisation ein, ebenso wie er die rechtzeitige und vertragsgemäße Zulieferung von Material oder angekauften Vorprodukten einplant.

In gleicher Weise heißt es auch in der auf die Brammerflämmer-Entscheidung folgenden Bremszylinder-Entscheidung des BAG in Rn. 25⁹:

Unschädlich ist, daß der Umfang der von der Firma ISG zu erbringenden Leistung sich nach dem Bedarf des Arbeitgebers richtet und damit von diesem vorgegeben wird, ebenso wie der zeitliche Rahmen, in dem die Firma ISG tätig werden muß (fünf Arbeitstage/Woche und Samstag bei Bedarf, drei Schichten pro Tag, Ziff. 5.1 und 5.2 des Vertrages vom 26. Oktober 1988) und die Tatsache, daß die Firma ISG zu bestimmten Zeitpunkten bestimmte Mengen an lackierten Bremszylindern auf dem Übernahmeplatz bereitstellen muß.

Diese Haltung des BAG wird in der maßgeblichen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung fortgesetzt, unter anderem in der Leergutrückversandentscheidung des BAG, Beschluss vom 18.10.1994 - 1 ABR 9/94, Rn 26, in der bereits im Leitsatz darauf hingewiesen wird, dass die Entscheidung die bisherige Senatsrechtsprechung fortsetzt. Hier wird ausgeführt¹⁰:

Dem steht nicht entgegen, dass die H KG ihrerseits durch den Vertrag der Betriebsinhaberin bezüglich der Zeit und des Ortes sowie der Art und Güte der zu erbringenden Leistungen gebunden ist. Dies ist bei Werkverträgen nicht unüblich und ändert nichts daran, dass nicht die Arbeitgeberin, sondern die H KG darüber zu entscheiden hat, wieviele Arbeitnehmer eingesetzt werden und wie und wann diese für die verschiedenen Tätigkeiten eingeteilt werden.¹¹

⁸ BAG, Beschluss vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, Rn. 22.

⁹ BAG, Beschluss vom 09.07.1991 - 1 ABR 45/90, Rn. 25.

¹⁰ BAG, Beschluss vom 18.10.1994 -1 ABR 9/94, Rn 26 (Leergutrückversandentscheidung).

¹¹ Diese Rechtsprechung wird unter anderem im Urteil des LAG Düsseldorf vom 27.08.2007 -17 Sa 207/07 Rn. 40 (Bergwerk) fortgesetzt.

9.2.2 Zur überwiegenden Erbringung der Werkleistung eines Werkunternehmers bei outgesourcter Produktion *in Räumen eines anderen* (Abs. 2 lit. b)

Hierzu wird ebenso grundlegend in der Brammenflämmer-Entscheidung des BAG in Rn. 30 - bei der Anerkennung der Abwicklung des Brammenflämmens im Rahmen von werkvertraglicher Tätigkeit ausgeführt¹²:

Unschädlich ist auch, daß die Brammen in einem gewissen zeitlichen Rahmen gebläht und zur Weiterverarbeitung übergeben werden müssen, ebenso wie es unschädlich ist, daß das Flämmen aufgrund technischer und wirtschaftlicher Notwendigkeiten sinnvollerweise nur auf dem Werksgelände des Arbeitgebers oder in dessen Nähe verrichtet werden kann. Das Flämmen der Brammen durch die Fa. F ist auf Dauer angelegt.

In gleicher Weise hat auch das Bundesarbeitsgericht in der Bremszylinder-Entscheidung in Rn. 25 zum Ausdruck gebracht¹³:

Desgleichen ist unerheblich, daß die Bremszylinder auf dem Werksgelände des Arbeitgebers lackiert werden.

Diese Ausführungen des Bundesarbeitsgericht entsprechen der ständigen Rechtsprechung desselben. Es ist vollständig anerkannt, dass Werkunternehmen im Rahmen von Outsourcing Werkleistungen im Betrieb eines anderen Unternehmens durchführen.¹⁴

9.2.3 Regelmäßige Nutzung der Mittel *eines anderen* Unternehmens im Rahmen des werkvertraglichen Tätigwerdens eines Unternehmens für ein anderes Unternehmen (Abs. 2 lit. c)

Auch insoweit ist ebenfalls spätestens aufgrund der bereits angesprochenen Brammenflämmer-Entscheidung anerkannt, dass bei der Durchführung eines Werkvertrags in den Betriebsräumen eines anderen Unternehmens dessen Betriebsmittel vom Auftragnehmer genutzt werden. Es wäre abwegig, wenn beim Einsatz zum Beispiel von ausländischen Werkunternehmen diese, die im Rahmen eines Werkvertrags für eine Verzinkerei erforderlichen Betriebseinrichtungen wie Zinkwannen und Geräte für die Putzerei vom Ausland aus zum Einsatzort in Deutschland mitbringen müssten, obwohl alle benötigten Gerätschaften hier vorhanden sind und lediglich die Produktion insoweit an ein anderes Unternehmen ausgegliedert ist. Dazu hat die angeführte Brammenflämmer-Entscheidung des BAG in Rn. 30 im Rahmen der Anerkennung der werkvertraglichen Tätigkeit ausgeführt¹⁵:

Daß der Arbeitgeber benötigte Energie, Wasser und Preßluft sowie überhaupt den Arbeitsplatz einschließlich der zugehörigen Krane, Lager und Transporteinrichtungen unentgeltlich zur Verfügung stellt, ist unerheblich.

¹² BAG, Beschluss vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, Rn. 30

¹³ BAG, Beschluss vom 09.07.1991 - 1 ABR 45/90 - in Rn. 25

¹⁴ Dazu vgl. auch schon BAG, Urteil vom 14.06.1984 - 2 AZR 215/83 Rn. 56 (Mineralöl), sowie BAG, Beschluss vom 11.09.2001 - 1 ABR 14/01, Rn. 28 (Tauchgrundierung)

¹⁵ BAG, Beschluss vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90 in Rn. 30

Ebenso hat die auch schon angeführte Bremszylinder-Entscheidung des BAG in Rn. 25 zum Ausdruck gebracht, dass unerheblich ist, dass der Auftraggeber eines Werkvertrages *seine Fertigungseinrichtungen und Betriebsmittel für das Lackieren von Bremszylindern kostenlos überläßt*.¹⁶

Im gleichen Sinne hat das BAG im Urteil vom 06.08.1997 in Rn 14 und 15 (Einzelelektriker) in Bezug auf die vom Vorgericht mitgeteilten Argumente entschieden¹⁷:

Auch die weiteren vom Kläger vorgebrachten Umstände sprechen nicht für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, weil sie ... wie beispielsweise die Verwendung von Material des Beklagten ... auch im Rahmen eines Werkvertrages üblich seien.

Entgegen den Angriffen der Revision läßt diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen.

In gleicher Weise hat das Bundesarbeitsgericht im Beschluss vom 11.09.2001 in Rn. 28 (Tauchgrundierung) zum Ausdruck gebracht¹⁸:

Der tatrichterlichen Würdigung der Vorinstanz steht nicht entgegen, dass die Arbeitgeberin den Raum und die chemischen Mittel zur Verfügung stellt, die Entsorgung vornimmt, neue Farbe besorgt und Informationen für Reihenfolge und Farbgebung im PC bzw. durch Begleitschreiben in den Kisten und Gitterboxen gibt.

Ebenfalls hat unter anderem auch das LAG Düsseldorf im Urteil vom 27.08.2007 in Rn. 83 in diesem Sinne ausgeführt¹⁹:

*Die Qualifizierung als Werkvertrag wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beklagte gemäß Ziffer A.4 des Preis-/Leistungsverzeichnisses das gesamte zur Durchführung der Arbeiten benötigte Material zur Verfügung gestellt hat. Dies entspricht vielmehr dem Typus eines Werkvertrages gemäß § 631 BGB in Abgrenzung zum Werkliefervertrag.*²⁰

Schließlich hat auch der EuGH erst kürzlich in der Entscheidung Martin Meat vom 18.06.2015, Rs. C-586/13, unter Rn. 39 entschieden:

Hingegen liefern im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass ... noch die Tatsache, dass er die Räumlichkeiten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, und die Maschinen mietet, einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist.

¹⁶ BAG, Beschluss vom 09.07.1991 - 1 ABR 45/90 in Rn. 25

¹⁷ BAG, Urteil vom 06.08.1997 - 7 AZR 663/96, Rn 14 und 15 (Einzelelektriker)

¹⁸ BAG, Beschluss vom 11.09.2001 - 1 ABR 14/01 in Rn. 28 (Tauchgrundierung)

¹⁹ LAG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2007 - 17 Sa 270/07, Rn. 83

²⁰ Dazu vergl auch LAG Düsseldorf, Urteil vom 10.03.2008 - 17 Sa 856/07 Rdnr. 92 (Bergwerk) sowie LAG Hamm, Urteil vom 02.02.2012 - 8 Sa 1502/11 Rdnr. 41 (Büroservice)

9.2.4 Werkvertragliche Tätigkeit bei **Zusammenarbeit** mit anderen (Abs. 2 lit. d)

Auch in diesem Zusammenhang hat die Brammenflämmer-Entscheidung die Grundlage für eine sachgerechte Behandlung der Frage der Zusammenarbeit mit andern bei der Durchführung werkvertraglicher Arbeitsleistung wie folgt in Rn. 12 gelegt²¹:

Daraus folgt, daß Personen, die als Dienst- oder Werknehmer oder deren Erfüllungsgehilfen die in einem Dienst- oder Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, nicht schon deswegen in den Betrieb des Auftraggebers und dessen Organisation im Sinne von § 99 BetrVG eingegliedert sind, weil sie im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und die von ihnen zu erbringende Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingeplant ist. Darauf, inwieweit äußere Umstände dabei eine Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Betriebes notwendig machen, kommt es nicht an.

In ähnlicher Weise hat sich auch das Bayerische LSG im Urteil vom 23.01.2007 in Rn. 37 geäußert²²:

Der Senat ist deshalb im Rahmen einer Gesamtwürdigung davon überzeugt, dass der Klägerin auf der Baustelle eine gewisse Vermischung der Arbeitnehmer aus Deutschland und Polen zeitweise unterlaufen war und dass den Beschäftigten der Klägerin insbesondere in Anbetracht der Gestellung der Werkzeuge und des Materials sowie der Fahrtmöglichkeiten eine gewisse übergeordnete Funktion zugekommen war. Dies allein jedoch reicht nicht aus, ein Beschäftigungsverhältnis anzunehmen, für welches eine weisungsgebundene Tätigkeit hinsichtlich Ort, Zeit, Art und Gegenstand der Ausführung erforderlich wäre.

In gleicher Weise heißt es im Urteil des LAG Düsseldorf vom 27.08.2007 bei Rn. 120²³:

Zu Recht hat das Arbeitsgericht das Vorbringen des Klägers, es sei in gemischten Teams gearbeitet worden, als zu pauschal gewertet. Da die Beklagte diese Behauptung bestritten hat, hätte der Kläger näher konkretisieren müssen, welche Personen der Beklagten mit ihm in einem Team zusammengearbeitet haben. Dies hat er auch in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil nicht getan. Ohne diese Mindestangabe wird es der Beklagten unmöglich gemacht, zu den Behauptungen detailliert Stellung zu nehmen und gegebenenfalls die vom Kläger namentlich genannten Personen als Gegenzeugen zu benennen ... Sofern der Kläger Schilder montiert und der Hydrauliker diese lediglich angeschlossen haben sollte, liegt eine Arbeitsteilung vor, wie sie auch bei einer werkvertraglichen Zusammenarbeit ohne Weiteres möglich ist.

Hierzu ist auch zu verweisen auf das Urteil des SG Oldenburg vom 29.06.2011 (Fleischzerlegung), das zum Ausdruck bringt, dass es auf das Indiz der Vermischung nicht mehr ankommt.²⁴

²¹ BAG, Beschluss vom 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, Rn. 12

²² Bayerisches LSG, Urteil vom 23.01.2007 - L 5 KR 124/05, Rn. 37

²³ LAG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2007 - 17 Sa 864/07, Rn. 120

²⁴ SG Oldenburg, Urteil vom 29.06.2011 - S 82 R 279/11 ER S. 7 (Fleischzerlegung)

9.2.5 Ausschließliches oder überwiegendes Tätigsein eines beauftragten Werkunternehmens für einen anderen als auftraggebendes Unternehmen kein Argument gegen werkvertragliche Abwicklung durch das Werkunternehmen (Abs. 2 lit. e)

Da es der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit eines Unternehmens unterliegt, ob es Werkleistungen nur für ein einziges oder für mehrere Unternehmen erbringt, ist verständlicherweise die hier angesprochene Frage nie in der Rechtsprechung problematisch geworden. Es gibt somit keine höchstrichterliche Rechtsprechung, die bei Tätigwerden von Werkunternehmen bei einem oder mehreren Auftraggebern hieraus Folgerungen für die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung gesehen hat.

Auch hierzu hat der EuGH erst kürzlich in der Entscheidung *Martin Meat* vom 18.06.2015, Rs. C-586/13, unter Rn. 39 ausgeführt:

Hingegen liefern im Ausgangsverfahren weder der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer nur einen einzigen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat, noch die Tatsache, dass ... , einen sachgerechten Hinweis für die Beantwortung der Frage, ob der tatsächliche Gegenstand der in Rede stehenden Erbringung von Dienstleistungen der Wechsel von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat ist.

9.2.6 Zur nur eingeschränkt erforderlichen betrieblichen Organisation eines Unternehmens bei werkvertraglichem Tätigwerden für ein anderes (Abs. 2 lit. f)

Wie gering die Möglichkeit eines Werkunternehmens ist, seine eigene Organisation bei Abwicklung eines Werkvertrags für andere Unternehmen herauszustellen und auswirken zu lassen, ergibt sich bereits wiederum aus der schon angeführten Brammenflämmer-Entscheidung des BAG bei Rn. 22.²⁵ Hier heißt es im Zusammenhang mit der Darstellung des BAG, dass letztlich *dem Dienst- oder Werknehmer hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung oder der Erstellung des Werkes kein eigener Entscheidungsspielraum mehr verbleibt* in Rn. 31 des Beschlusses:

Schafft damit die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und der Fa. F alle Voraussetzungen dafür, dass der Fa. F die Organisation der für die Erbringung des vereinbarten Werkes erforderlichen Arbeiten obliegt und verbleibt, so sind aus dem festgestellten Sachverhalt auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses sich in einer bloßen Zurverfügungstellung von Arbeitskräften erschöpft ... Auch der Umstand, dass die Revisoren des Arbeitgebers jedenfalls bislang Bestimmungen hinsichtlich des Flämmens und Nachflämmens der einzelnen Brammen auch im Hallenbereich der Fa. F an den einzelnen Flämmplätzen getroffen haben, besagt nicht, dass die Fa. F nur Arbeitskräfte gestellt hat, die vom Arbeitgeber eingesetzt und von den Revisoren angewiesen worden sind.

In dieser Richtung hat das BAG in der Leergutrückversandentscheidung in Rn. 33 zum Ausdruck gebracht²⁶:

Fehlt es somit an einer Eingliederung der Beschäftigten der H KG in den Betrieb, weil die Arbeit von der H KG selbst organisiert wird, so bedarf es entgegen der Auffassung des Betriebsrats keiner ergänzenden Feststellungen über deren Unternehmensstruktur.

²⁵ Vgl bei 9.2.1

²⁶ BAG, Beschluss vom 18.10.1994 - 1 ABR 9/94, Rn. 33 (Leergutrückversandentscheidung)

Schon daraus, daß die H KG nach den Vorgaben des mit der Auftraggeberin geschlossenen Vertrags die Arbeit organisiert, ergibt sich, daß sie das Minimum einer eigenen unternehmerischen Struktur aufweist, welches zur Erfüllung eines Dienst- oder Werkvertrages vorauszusetzen ist.

9.2.7 Zur Auswirkung des Erbringens von Leistungen, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Erfolges gerichtet sind (Abs. 2 lit. g)

In diesem Zusammenhang ist allerdings anzusprechen, dass für die Frage, ob die Tätigkeit eines Unternehmens für ein anderes Unternehmen als werkvertragliche Leistung anzusehen ist, es genauso wie bei der Abgrenzung zwischen unternehmerischer Tätigkeit eines Freelancer auf Werkvertragsbasis von arbeitsvertraglicher Tätigkeit als Arbeitnehmer darauf ankommt, ob sowohl die Regelung im Vertrag zwischen dem Unternehmen wie auch die daraufhin erfolgende Abwicklung des Vertrags **auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind**. Nur in diesen Fällen kann es zu einer werkvertraglichen Abwicklung kommen, da § 631 BGB für die Anerkennung der werkvertraglichen Pflichten beim Werkvertrag fordert, dass **der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks** verpflichtet wird, wobei der Gegenstand eines Werkvertrags nach § 631 Abs. 2 BGB ein **durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg** sein muss. So ist also das Kriterium g), weil es grundsätzlich die Abgrenzung des in Titel 8 Untertitel 1 enthaltenen Dienstvertrags und den in Titel 9 Untertitel 1 behandelten Werkvertrag betrifft, auch für den Einsatz eines Unternehmens bei einem anderen nach der verständlicherweise insoweit einhelligen Rechtsprechung von Bedeutung.

9.2.8 Zur Gewährleistung bei Werkverträgen (Abs. 2 lit. h)

Grundsätzlich enthält das Werkvertragsrecht des BGB in § 634 ff. BGB eine Regelung, die die Rechte des Bestellers bei Mängeln betrifft. Derartige Regelungen werden auch bei Abwicklung von Werkverträgen durch Unternehmen bei anderen in die Werkverträge aufgenommen.

In der praktischen Abwicklung von Werkverträgen eines Werkunternehmens im Betrieb des auftraggebenden Unternehmens zeigt sich allerdings häufig, dass es bei der Abwicklung der Produktion durch das beauftragte Unternehmen im Wesentlichen um Nacherfüllung gemäß § 635 BGB geht. Hierbei wird seitens des Auftraggebers, soweit die Voraussetzungen des § 635 BGB vorliegen, jeweils ohne großes Aufsehen problemlos im Rahmen einer mündlichen Abstimmung darauf hingewirkt, dass es zur Nacherfüllung im Betrieb des Auftraggebers durch das Werkunternehmen kommt.

Auf diese Art und Weise kommt es bei Vertragspartnern, die längere Zeit im Rahmen der Abwicklung eines Werkverhältnisses konstruktiv und positiv im Betrieb des Auftraggebers zusammenarbeiten, kaum zu größeren Auseinandersetzungen dergestalt, dass es zu ausdrücklichen Haftungsfällen mit entsprechendem schriftlichen Aufwand kommt. Daraus ist allerdings nicht herzuleiten, dass es bei einer derartigen Vertragsabwicklung an einem werkvertraglichen Einsatz fehlt. Die so beschriebene Handhabung der Gewährleistung auf dem "kurzen Dienstweg" zwischen Unternehmen, die auf werkvertraglicher Basis kooperieren, kann nicht zu der Annahme führen, dass die Gewährleistung bei der praktischen Abwicklung durch Werkunternehmen nicht ausreichend berücksichtigt wird.

10. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der werkvertragliche Einsatz von Werkunternehmen gegenüber auftraggebenden Unternehmen von der geplanten Regelung des § 611a BGB nicht berührt wird. Es bleibt in diesem Zusammenhang bei der bisherigen Rechtsprechung, deren Fazit im Referentenentwurf in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG enthalten ist.

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal

Christian Andorfer