

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

Der Rechtsprechungswandel am Beispiel der Vergütung werkvertraglicher Leistungen

1. Das Problem

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

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

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

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

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

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

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung

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

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

3. Auswirkungen für die Praxis

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

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

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

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

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

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

Autoren:

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