

## Zum Referentenentwurf des BMAS (Teil 2)

## Einführung von § 611a BGB



**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal**  
Rechtsanwalt und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, Mannheim. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt und war lange Zeit Syndikus eines Verbands der Lebensmittelindustrie.



**Christian Andorfer**  
ist als Rechtsanwalt und Experte der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit in Mannheim tätig.

**Unser Beitrag in AuA 2/16, S. 94 ff., hat deutlich gemacht, dass die geplante Neuregelung des § 611a BGB lediglich das Zweipersonenverhältnis und nicht den Drittpersonaleinsatz zwischen Werkunternehmen und Auftraggeber regelt. Dass eine entsprechende Anwendung der Kriterien auf die Arbeitnehmerüberlassung nicht möglich ist, zeigt auch ein Blick auf die Rechtsprechung.**

### 1 Weisungsgebundenheit (Abs. 2 lit. a)

Nach Zweipersonenverhältnis und Drittpersonaleinsatz folgen nunmehr einige Ausführungen hinsichtlich der für die Beurteilung der Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung geltenden einschlägigen Rechtsprechung in Gegenüberstellung zu der in § 611a Abs. 2 (lit. a-h) BGB angeführten Rechtsprechung zur Abgrenzung abhängiger und selbstständiger Tätigkeit.

Es ist ganz selbstverständlich, dass ein Werkunternehmen, das Werkleistungen für ein anderes Unternehmen erbringt, sich hierbei hinsichtlich der Einsatzzeit und des -orts nach den Gegebenheiten seines Auftraggebers zu richten hat. Hieran bestehen seit der Brammenflämmer-Entscheidung des BAG (Beschl. v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90) keine Zweifel. Dazu heißt es in Rdnr. 18 des Beschlusses: „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 diese Entscheidung folgenden Bremszylinder-Entscheidung des BAG (Beschl. v. 9.7.1991 – 1 ABR 45/90) in Rdnr. 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 setzt das BAG in der maßgeblichen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung fort, u. a. in der Leergutrückversandentscheidung (Beschl. v. 18.10.1994 – 1 ABR 9/94), in der bereits der Leitsatz darauf hinweist, dass die einheitliche man die bisherige Senatsrechtsprechung fortbesteht. Es heißt: „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.“

### 2 Outgesourcte Produktion in fremden Räumen (Abs. 2 lit. b)

Zum Punkt „Überwiegende Erbringung der Werkleistung eines Werknehmers bei outgesourcter Produktion“ wird ebenso grundlegend in der Entscheidung des BAG (v. 5.3.1991, a. a. O.) in Rdnr. 30 – bei der Anerkennung der Abwicklung des Brammenflämmens im Rahmen von werkvertraglicher Tätigkeit ausgeführt: „Unschädlich ist auch, daß die Brammen in einem gewissen zeitlichen Rahmen geflämt 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 das BAG auch in der Bremszylinder-Entscheidung (a. a. O.) in zum Ausdruck gebracht: „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.“

### 3 Regelmäßige Nutzung fremder Mittel (Abs. 2 lit. c)

Auch „bei der regelmäßigen Nutzung der Mittel eines anderen Unternehmens im Rahmen des werkvertraglichen Tätigwerdens eines Unternehmens für ein anderes Unternehmen“ ist ebenfalls spätestens aufgrund der



bereits angesprochenen Brammenflämmer-Entscheidung des BAG vom 5.3.1991 (a. a. O.) 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 z. B. 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 führt das BAG in Rdnr. 30 im Rahmen der Anerkennung der werkvertraglichen Tätigkeit aus: „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.“ Ebenso bringt die angeführte Bremszylinder-Entscheidung des BAG vom 9.7.1991 (a. a. O.) in Rdnr. 25 zum Ausdruck, dass unerheblich ist, dass der Auftraggeber eines Werkvertrags seine Fertigungseinrichtungen und Betriebsmittel kostenlos überlässt.

Im gleichen Sinne entschied das BAG in einem Urteil vom 6.8.1997 (1 AZR 663/96) in Bezug auf die von der Vorinstanz mitgeteilten Argumente: „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.“ Zudem brachte das BAG im Beschluss vom 11.9.2001 (1 ABR 14/01) in Rdnr. 28 (Tauchgrundierung) zum Ausdruck: „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 u. a. auch das LAG Düsseldorf im Urteil vom 27.8.2007 (17 Sa 864/07) in Rdnr. 83 in diesem Sinne ausgeführt: „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.“

Schließlich hat auch der EuGH erst kürzlich in der Entscheidung „Martin Meat“ vom 18.6.2015 (C-586/13) 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.“ Damit wurde in der Rechtsprechung dem geplanten Kriterium hinreichend klar eine Absage erteilt und dieses kann gerade nicht bei einem Werkvertragsunternehmen zur Abgrenzung dienen.

#### 4 Zusammenarbeit mit Einsatzunternehmen (Abs. 2 lit. d)

Auch in diesem Punkt hat die Brammenflämmer-Entscheidung (a. a. O.) die Grundlage für eine sachgerechte Behandlung der Frage der Zusammenarbeit mit anderen bei der Durchführung werkvertraglicher Arbeitsleistung gelegt: „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 be-



© Michael Grabschreit / pixelio.de

trieblichen Arbeitsprozeß eingeplant ist. Darauf, inwieweit äußere Umstände dabei eine Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Betriebes notwendig machen, kommt es nicht an.“

Ähnlich äußerte sich auch das Bayerische LSG im Urteil vom 23.1.2007 (L 5 KR 124/05): „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 27.8.2007 (a. a. O.): „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 Gezeugen 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.“

#### 5 Tätigsein überwiegend für einen anderen (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 im geplanten § 611a Abs. 2 lit. e BGB angesprochene Frage nie in der Rechtsprechung problematisch geworden. Es existiert schlicht keine höchstrichterliche Rechtspre-



chung, die bei Tätigwerden von Werkunternehmen bei einem oder mehreren Auftraggebern hieraus Folgerungen für die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung gesehen hat.

Entsprechend hat der EuGH in der Entscheidung „Martin Meat“ vom 18.6.2015 (a. a. O.) 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.“

## 6 Keine eigene betriebliche Organisation (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 aus der Brammenflämmer-Entscheidung des BAG (a. a. O.). Hier heißt es, dass letztlich dem Dienst- oder Werknehmer hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung oder der Erstellung des Werkes kein eigener Entscheidungsspielraum mehr verbleibt: „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 Haltenbereich 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 vom 18.10.1994 (a. a. O.) zum Ausdruck gebracht: „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. 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 vorzusetzen ist.“

## 7 Keine Herstellung eines bestimmten Erfolgs (Abs. 2 lit. g)

Bei der Frage, ob die Tätigkeit eines Unternehmens für ein anderes Unternehmen als werkvertragliche Leistung anzusehen ist, kommt es genauso wie bei der Abgrenzung zwischen unternehmerischer Tätigkeit eines Freelancers auf Werkvertragsbasis von arbeitsvertraglicher Tätigkeit als Arbeitnehmer darauf an, ob sowohl die Regelung im Vertrag zwischen dem Unternehmen wie auch die daraufhin erfolgende Abwicklung auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolgs gerichtet sind. Nur in diesen Fällen kann es zu einer werkvertraglichen Abwicklung kommen. § 631 BGB fordert für die Anerkennung der entsprechenden Pflichten beim Werkvertrag, dass der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks verpflichtet wird, wobei der Gegenstand des Vertrags 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 Dienstvertrags vom Werkvertrag betrifft, auch für den Einsatz eines Unternehmens bei einem anderen (nach der verständlicherweise insoweit einhelligen Rechtsprechung) von Bedeutung.

## 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 der 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 Durchführung der Produktion durch das beauftragte Unternehmen im Wesentlichen um Nacherfüllung gem. § 635 BGB geht. Hierbei wirkt der Auftraggeber, soweit die Voraussetzungen des § 635 BGB vorliegen, jeweils ohne großes Aufsehen problemlos im Rahmen einer mündlichen Abstimmung darauf hin, dass es zur Nacherfüllung in seinem Betrieb durch das Werkunternehmen kommt.

Deshalb finden bei Vertragspartnern, die längere Zeit im Rahmen der Abwicklung eines Werkverhältnisses konstruktiv und positiv im Betrieb des Auftraggebers zusammenarbeiten, kaum größere Auseinandersetzungen statt. 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, führt dazu, dass die Gewährleistung in der Praxis durch Werkunternehmen ausreichend Berücksichtigung findet.

## 9 Fazit

Der werkvertragliche Einsatz von Werkunternehmen gegenüber Auftraggebenden Unternehmen wird von der geplanten Regelung des § 611a BGB nicht berührt. Es bleibt in diesem Zusammenhang bei der bisherigen Rechtsprechung, deren Quintessenz im Referentenentwurf bereits in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG enthalten ist.

### Info

#### Wortlaut des geplanten § 611 a Abs. 2 BGB

Für die Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt, ist eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Für diese Gesamtbetrachtung ist insbesondere maßgeblich, ob jemand

- a. nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen,
- b. die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt,
- c. zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt,
- d. die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbringt, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind,
- e. ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist,
- f. keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen,
- g. Leistungen erbringt, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolgs gerichtet sind,
- h. für das Ergebnis seiner Tätigkeit keine Gewähr leistet.