

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 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| 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. Referentenentwürfe | 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 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 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 Vergütungsausfallrisiko 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 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| 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 |

