

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 Promotionsschrift 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 Promotionsschrift 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

Inhaltsverzeichnis

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 Werkvertragsbeschäftigte	98
III. Beziehung zwischen Werkvertragsbesteller und Werkvertragsbeschäftigte	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 Werkvertragsbeschäftigte	116
d. Stellungnahme	119
3. Lösungsansätze	120
a. Präzisierung der Grenzen rechtlicher Zulässigkeit sowie Vereinfachung der Statusfeststellung der Werkvertragsbeschäftigte	120
b. Bessere soziale Absicherung der Werkvertragsbeschäftigte	123
c. Stärkung des Betriebsrates im Einsatzbetrieb	125
II. Zusammenfassende Stellungnahme	125
C. Zwischenergebnis	126

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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 Vertragsarbeiter	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 Arbeitnehmerüberlassungsvertrags 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

Inhaltsverzeichnis

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

<https://www.nomos-shop.de/40893>