

## Mandanteninfo November 2013

### Werkvertrag? Oder doch Arbeitsvertrag?

*Ein als Werkvertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis ist nach seinem wahren Geschäftsinhalt ein Arbeitsverhältnis, wenn eine bestimmte Tätigkeit geschuldet wird und nicht die Herstellung einer Sache oder eines Erfolges.*

(Leitsatz der Verfasserin)  
BAG , Urt. v. 25.09.2013, – 10 AZR 282/12 –

Der Kläger war seit 2005 mit Unterbrechungen für die Beklagte tätig. Basis waren zehn als „Werkvertrag“ bezeichnete Verträge. Nach dem letzten Vertrag hatte der Kläger die Aufgabe, Bodendenkmäler zu erfassen und sie in ein EDV-System einzupflegen. Hierzu nutzte er eine von der Beklagten gestellte Software, für die er im Laufe der verschiedenen Vertragsverhältnisse Schulungen erhalten hatte. Der Kläger war **in örtlicher und zeitlicher Sicht an Weisungen gebunden, weil er seine Tätigkeiten wegen der zu verwendenden Akten in bestimmten Büros während der dortigen festen Öffnungszeiten zu erbringen hatte**. Einen Schlüssel zu den Gebäuden hatte der Kläger nicht. Der Kläger war auch **inhaltlich an Weisungen** gebunden, indem er sich z.B. an Richtlinien in Projekthandbüchern und an Vorgaben für Formulierungen zu halten hatte. Schließlich erhielt der Kläger auch kleinere **Aufgaben, die über den im Vertrag definierten Umfang** hinausgingen. Die Arbeitsergebnisse des Klägers wurden unmittelbar in den veröffentlichten Datenbestand der Beklagten eingespielt, es fand also **keine vorherige Werksabnahme** statt (s. zum Sachverhalt im Einzelnen LAG München, Urteil vom 23.11.2011 – 5 Sa 575/10).

Das BAG bestätigt die Entscheidungen der Vorinstanzen, wonach **das vorliegende Vertragsverhältnis entgegen seiner ausdrücklichen**

Stefan Bell<sup>1</sup>  
Regine Windirsch<sup>1,2</sup>  
Sigrid Britschgi<sup>1,3</sup>  
Christopher Koll<sup>1</sup>  
Maike Grolms  
Wiebke Christoph  
Ingrid Heinlein<sup>4</sup>

Rechtsanwälte und  
zugleich Fachanwälte für  
<sup>1</sup> Arbeitsrecht  
<sup>2</sup> Sozialrecht  
<sup>3</sup> Familienrecht  
<sup>4</sup> VRLAG a.D.

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 005

St.-Nr. 5103/5013/0229

Kooperation mit folgenden  
Kanzleien für Arbeitsrecht

**Berlin**  
Hummel · Kaleck

**Bremen**  
Sieling · Winter · Dette · Nacken

**Dortmund**  
Stein, Woerner, Rogalla

**Frankfurt a.M.**  
Büdel · Bender  
franzmann.geilen.brückmann

**Freiburg**  
Anwaltsbüro im Hegarhaus

**Hamburg**  
Müller-Knapp · Hjort · Wulff

**Hannover**  
Fricke · Klug

**Konstanz**  
Wirritsch

**Mannheim**  
Dr. Growe & Kollegen

**München**  
Bell · Helm · PartnerInnen

**Nürnberg**  
Manske & Partner

**Stuttgart**  
Bartl & Weise

**Wiesbaden**  
Schütte & Kollegen

Kooperation in Zivil- und Strafrecht  
**Düsseldorf**  
Kanzlei Tim Engels

**Benennung wegen seiner tatsächlichen Durchführung kein Werkvertrag ist.**

Für den Kläger hatte dies die Konsequenz, dass auf seine Entfristungsklage nach § 16 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis festgestellt und seinem Weiterbeschäftigungsanspruch stattgegeben wurde.

Das BAG macht die Unterschiede zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag wie folgt deutlich:

Bei einem **Werkvertrag** nach § 631 BGB verpflichtet sich der Auftragnehmer, ein versprochenes Werk herzustellen. Dabei ist der Gegenstand des Vertrages „die **Herstellung oder Veränderung einer Sache** oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“.

Bei einem **Arbeitsverhältnis** ist der Gegenstand jedoch **die Tätigkeit als solche**. Diese muss weisungsgebunden, d.h. in persönlicher Abhängigkeit geleistet werden.

Um festzustellen, welches Rechtsverhältnis vorliegt, hat eine **Gesamtwürdigung** aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu erfolgen. Widersprechen sich wie hier Wortlaut der Vereinbarung und ihre tatsächliche Durchführung, so ist letztere maßgeblich.

**Fazit:**

Weil die Leiharbeit durch Gesetzesänderungen und die Rechtsprechung mittlerweile restriktiver geregelt ist, weichen immer mehr Arbeitgeber auf (angebliche) Werkverträge aus, um arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zu umgehen und Kosten zu sparen. In diesem Zusammenhang stellt die Entscheidung des BAG klar, mit welchen Argumenten derartigen Maßnahmen der Arbeitgeber entgegengewirkt werden kann.

Für betroffene Arbeitnehmer bedeutet die Entscheidung, dass sie den Sachverhalt detailliert darlegen müssen, um die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses zu belegen. Insofern kann auch auf die Rechtsprechung zur **Scheinselbständigkeit** Bezug genommen werden (s. z.B.: LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 04. 08.2001 – 3 Ta 96/11). Auch müssen sie darauf achten, **spätestens 3 Wochen nach Ende des Vertragsverhältnisses** Klage einzureichen, wenn sie die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses durchsetzen wollen.

Für **Betriebs- und Personalräte** bedeutet die Entscheidung, dass sie bei der Beschäftigung von Fremdpersonal im Betrieb genau kontrollieren sollten, ob dieses in den Betrieb eingliedert ist. Eine Eingliederung ist anzunehmen, wenn der Betriebsinhaber zumindest teilweise über **personenbezogene, ablauf- oder ergebnisorientierte Weisungen** in Bezug auf Zeit und Ort der Tätigkeit Weisungen ausübt (LAG Schleswig- Holstein, Beschl. v. 05.06.2013 – 3 TaBV6/12). Zwar ist die Eingliederung noch kein Beweis für eine Arbeitnehmereigenschaft, entsprechende Feststellungen können aber, abgesehen davon, dass sie das Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen begründen, im Individualprozess des Arbeitnehmers hilfreich sein.

Im Zweifelsfall können Betriebsräte auch Beschlussverfahren (z.B. gemäß § 101 BetrVG oder entsprechende Feststellungsanträge) einleiten. Das Arbeitsgericht ist dann gezwungen, die Frage, ob tatsächlich ein Werkvertrag oder nicht doch ein Arbeitsvertrag (und damit eine personelle Maßnahme gemäß § 99 BetrVG) vorliegt, als Voraussetzung für das Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu prüfen (sog. **Inzidentprüfung**).