

# handwerk. magazin

www.handwerk-magazin.de

Anleitung:

## Abgrenzung Werk-/Dienstvertrag zur **ARBEIT-NEHMERÜBERLASSUNG**

Autor: Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Fabel

---

### IMMER AUF DER SICHEREN SEITE



Von unserer Fachredaktion geprüft. Die Inhalte dieses Downloads sind nach bestem Wissen und gründlicher Recherche entstanden. Für eventuell enthaltene Fehler übernehmen jedoch Autor/in, Chefredakteur sowie die Holzmann Medien GmbH & Co. KG keine rechtliche Verantwortung.

# Abgrenzung **WERK-/DIENSTVERTRAGSEINSATZ**

---

Ein wirksamer Werk-/Dienstvertragesinsatz von Fremdfirmenmitarbeitern (Fremd-arbeitskräfte - FAK) muss darauf abzielen, keine Merkmale einer Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit/ Leiharbeit), also keine arbeitsvertraglichen Kriterien, zu erfüllen. Die Rechtsprechung nimmt hierzu seit Jahrzehnten eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände im Einzelfall vor.

Überwiegen die Merkmale einer Arbeitnehmerüberlassung, prägen sie also das Gesamtbild des Fremdkräfteeinsatzes, so ist eine Überlassungserlaubnis notwendig und nach neuester Rechtslage (ab 1.1.2017) auch ein ausdrücklich als solcher bezeichneter Überlassungsvertrag. Andernfalls gilt der Einsatz als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung mit den bekannten unangenehmen rechtlichen Konsequenzen.

Widersprechen sich Vertragsgestaltung/-benennung und tatsächliche Durchführung des Vertrages, so sind nach bisheriger Rechtsprechung und aktueller Gesetzesnovelle letztlich die tatsächlichen Verhältnisse (Vertragsdurchführung) für die Bewertung ausschlaggebend.

Die Einhaltung der nachfolgend aufgeführten Kriterien soll die ordnungsgemäße Durchführung eines Werk- bzw. Dienstvertrages gewährleisten.

## # VERTRAGLICHE AUSGESTALTUNG VON WERKVERTRAG/DIENSTVERTRAG

1. Werkvertrags- oder dienstvertragsfähige Leistung
2. Genaue Beschreibung des herzustellenden Werks / der zu erbringenden Dienstleistung (ggf. in möglichst konkrete Teilergebnisse aufgliedern)
3. Regelung des Liefertermins / der Abnahme beim Werkvertrag
4. Möglichst - aber nicht zwingend - erfolgsorientierte/pauschalierte Abrechnung (wenn möglich Abrechnung nach Zeiteinheiten vermeiden)
5. Fachliche Kompetenz der Fremdfirma, d.h. eine der Leistung angemessene betriebliche und personelle Ausstattung
6. Regelungen zur Haftung und Gewährleistung des Werkunternehmers/ Dienstverpflichteten (sprechen für Werk-/Dienstvertrag); Gewährleistungsrechte also nicht abbedingen; eventuell zusätzlich Vereinbarung von Vertragsstrafen
7. Koordinationsperson/Ansprechpartner beider Vertragspartner im Vertrag benennen (zur späteren Wahrung des Dreiecksverhältnisses bei der Vertragsdurchführung)
8. Vertragsannex zur Arbeitsschutz- und Arbeitssicherheitsangelegenheiten
9. Bei ausnahmsweiser Werkzeuggestellung: Regelung derselben im Vertrag unter Vereinbarung einer marktüblichen Mietzinszahlung

# Abgrenzung **WERK-/DIENSTVERTRAGSEINSATZ**

---

10. Personalgestellung steht nicht im Vordergrund (z.B. keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn Fremdfirma Einweisungspersonal als Nebenleistung eines Kauf- oder Mietvertrages über Anlagen stellt)

## # TATSÄCHLICHE AUSGESTALTUNG DES WERK-/DIENSTVERTRAGSEINSATZES

1. Keine Eingliederung von Fremdpersonal in den Betrieb des Auftraggebers:
  - a. Räumliche Trennung des Fremdpersonals im Einsatzbetrieb: Grundsätzlich getrennte Arbeitsräume oder Trennwände im Großraumbüro, entsprechende Hinweisschilder an den Arbeitsbereichen (separate, als „Extern“ ausweisende Tür-/ Bereichsschilder)
  - b. Grundsätzlich keine Zeiterfassung der FAK im Betrieb des Auftraggebers, insbes. i.d.R. kein Einsatz eigener Zeiterfassungssysteme
  - c. Keine Arbeitsmittelgestellung durch Auftraggeber. Fremdfirma stellt grundsätzlich Arbeitsmittel und -materialien; auch keine Gestellung oder Zulassung der Nutzung betrieblicher Arbeits- oder Sicherheitskleidung des Auftraggebers (falls Arbeitsmittel gestellung aus insbes. rechtlichen Gründen unbedingt notwendig: separate Mietvereinbarung im Werk-/ Dienstvertrag, s.o.)
  - d. Keine bzw. nur sehr eingeschränkte Nutzung von betrieblichen Einrichtungen und keine Gewährung arbeitnehmergleicher Vergünstigungen an FAK (z.B. kein Kantinenzuschuss oder Weihnachtessen für FAK seitens des Einsatzbetriebs; nach Möglichkeit eigene Sozial-/Pausenräume o. alternativ zumindest eigene, separate Nutzungszeiten)
  - e. Kein undifferenziertes Erscheinen von FAK auf Verteilerlisten, in Telefon-/ Kommunikationsverzeichnissen (beim E-Mail-Account: Zusatzbezeichnung)
  - f. Keine Benutzung unternehmensinterner Kurzzeichen oder von Briefpapier des Auftraggebers seitens der FAK
  - g. Fremdfirmen weisen betriebsinterne und -externe Kunden auf Fremdfirmenzugehörigkeit hin (z.B. durch offenes Tragen des andersartig gekennzeichneten Fremdfirmen-Ausweises)
2. Unternehmerische Dispositionsfreiheit/Weisungsbefugnis
  - a. Selbständige Organisation des Arbeitsablaufs durch die Fremdfirma, d.h.:
    - Keine Auswahl der einzusetzenden FAK durch den Auftraggeber; vielmehr Selbstorganisation des Auftragnehmers bzgl. Art, Ablauf (Arbeitszeitgestaltung) der Arbeit sowie Einteilung, Zahl, Einsatz, Ausbildung und Einarbeitung der beteiligten FAK

# Abgrenzung **WERK-/DIENSTVERTRAGSEINSATZ**

---

- Kein Hand-Hand-Arbeiten: Grundsätzlich keine Teamarbeit der FAK im Sinne eines Hand-in-Hand-Arbeitens mit den Mitarbeitern des Auftraggebers
  - Keine (Einführungs-)Qualifizierung der FAK. Keine Ausbildung/Fortbildung und Einarbeitung der FAK durch den Auftraggeber (lediglich Mitteilung notwendiger Rahmeninformationen bzgl. Arbeitsumgebung oder Arbeitstools des Auftraggebers, an welche die FAK ihre Leistung ggf. andocken müssen). Fremdfirma und FAK müssen Know-how bereits mitbringen, sonst Ungeeignetheit zur Fremdvergabe via Werk-/Dienstvertrag.
  - Keine Bestimmung der Arbeitszeit der FAK (keine Überstundenanordnung, Urlaubsgewährung etc. durch den Auftraggeber)
  - Keine Anwesenheitsüberprüfung und Überwachung der Fremdfirmenmitarbeiter durch den Auftraggeber
- b. Keine fachlichen Weisungen durch Auftraggeber: Arbeitsanweisungen erteilen ausschließlich Vorgesetzte/Koordinatoren der Fremdfirma Ausnahme: Weisungsbefugnis gegenüber FAK nur in Bezug auf Sicherheitsrisiken (Arbeitssicherheitsweisungen) oder als sog. Spezifikations-“weisung“ zur Konkretisierung des Auftrages (vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB).  
D.h. nur akute Sicherheitsanweisungen durch Auftraggeber erlaubt; Sicherheitsunterweisungen, auch über betriebsspezifische Gefahren, am besten auch nur durch Auftragnehmer, d.h. Mitteilung spezifischer betrieblicher Gefahren gemäß ArbSchG via Vertragspartner.  
Im Übrigen stets Abstimmungen/Reklamationen nur über benannten Repräsentanten der Fremdfirma durchführen.
- c. Auftragsausführung grundsätzlich ohne Bindung an die Arbeitszeiten des Betriebs (Schicht- und Pausenzeiten; Ausnahmekonstellationen)
- d. Keine betrieblichen Sanktionen gegen FAK bei Verhaltensverstößen, sondern Schadensersatzansprüche gegen die Fremdfirma
- e. Keine unmittelbaren Geheimhaltungsverpflichtungen / Verschwiegenheitserklärungen der FAK gegenüber dem Auftraggeber, sondern allenfalls spezifiziert im Rahmen des Arbeitsvertrages gegenüber eigenem Arbeitgeber (= Auftragnehmer)