

Die Problematik der Scheinselbstständigkeit bei IT-Freelancern unter besonderer Berücksichtigung von Drei-Personen-Konstellationen

Johannes Brand

Die Problematik der Scheinselbstständigkeit bei IT-Freelancern unter
besonderer Berücksichtigung von Drei-Personen-Konstellationen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen

Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Johannes Brand

aus Gehrden

2017

Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Schüren

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Steinmeyer

Dekan:

Prof. Dr. Oebbecke

Tag der mündlichen Prüfung:

18.07.2017

Johannes Brand

**Die Problematik der Scheinselbstständigkeit bei IT-Freelancern
unter besonderer Berücksichtigung von Drei-Personen-
Konstellationen**



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 26

Johannes Brand

**Die Problematik der Scheinselbstständigkeit bei
IT-Freelancern unter besonderer Berücksichtigung
von Drei-Personen-Konstellationen**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Zugl.: Diss. Universität Münster, 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Johannes Brand

„Die Problematik der Scheinselbstständigkeit bei IT-Freelancern unter besonderer Berücksichtigung von Drei-Personen-Konstellationen“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 26

© 2017 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Imprint „Münsterscher Verlag für Wissenschaft“ der readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-SA 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0169-2

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-50259374100

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2017 Johannes Brand

Alle Rechte vorbehalten

Satz:

Johannes Brand

Umschlag:

readbox unipress



Meinen Eltern

Danksagung

Ich danke Herrn Prof. Dr. Schüren für die Erstellung seines Gutachtens sowie die Möglichkeit, während der Promotion an seinem Institut in Münster zu arbeiten. Meinen ehemaligen Kollegen dort, insbesondere Jan und Hendrik, danke ich für die gemeinsame Zeit. Sie wird mir in guter Erinnerung bleiben. Herrn Prof. Dr. Steinmeyer danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt denjenigen, die mir bei der Fertigstellung dieser Arbeit geholfen haben. Besonders Theresa danke ich für ihre liebevolle Unterstützung. Ohne ihre Geduld und ihren Zuspruch wäre ein zeitiger Abschluss sicher nicht möglich gewesen. Neben meinen Eltern, Kristina und Uwe, danke ich Claudia und Jonas für ihre kritischen Anmerkungen und das Korrekturlesen.

Für die uneingeschränkte Unterstützung meiner Eltern, nicht nur während meiner Studien- und Promotionszeit, bin ich sehr dankbar. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, August 2017

Johannes Brand

Inhaltsübersicht

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	<i>II</i>
<i>1. Teil Einführung</i>	<i>1</i>
<i>2. Teil Modelle einer vertraglichen Anbindung der IT-Dienstleister in Theorie und Praxis</i>	<i>21</i>
<i>3. Teil Die Problematik der (Schein-)Selbstständigkeit in der praktischen Durchführung</i>	<i>53</i>
<i>4. Teil Einordnung der Drei-Personen-Konstellation in der Praxis</i>	<i>111</i>
<i>5. Teil Rechtsfolgen einer dem Vertrag widersprechenden Praxis</i>	<i>151</i>
<i>6. Teil Ausblick</i>	<i>197</i>
<i>7. Teil Endergebnis der Untersuchung</i>	<i>215</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>XI</i>

Inhaltsverzeichnis

<i>1. Teil Einführung</i>	1
A. Einleitung	1
I. Interesse des Unternehmens als Leistungsempfänger	1
II. Freelancer als Anbieter der Leistung	5
B. IT-spezifische Besonderheiten der Leistungserbringung.....	8
I. Ortsungebundenheit durch Netzwerkstrukturen	8
II. Besonderheiten der Projektabwicklung	10
C. Problemaufriss.....	15
D. Gang der Darstellung	18
<i>2. Teil Modelle einer vertraglichen Anbindung der IT-Dienstleister in Theorie und Praxis</i>	21
A. Zwei-Personen-Konstellation.....	21
I. Interner Leistungserbringer.....	21
II. Externer Leistungserbringer.....	24
1. Fremdvergabe verfassungsrechtlich geschützt	24
2. Besonderheiten der freien Verträge.....	25
a. Abgrenzung Werk-/Dienstvertrag	26
b. Abgrenzung freier Dienst-/Arbeitsvertrag.....	28
3. (Freie) Verträge bei IT-Leistungen.....	29
a. Vertragliche Einordnung von Einzelleistungen nach Vertragstypen des BGB.....	29
b. IT-Systemvertrag.....	32
c. „Projektvertrag“	32
B. Drei-Personen-Konstellation.....	34
I. Vermittlung.....	34
1. Vermittlung von Arbeitnehmern	34
2. Vermittlung von Selbstständigen	35
II. Arbeitnehmerüberlassung	36
1. Leiharbeitsverhältnis.....	37

2. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.....	37
III. Contracting	38
1. Contracting i.S.e. Vermittlung (Angelsächsisches Modell)	38
2. Subcontracting (Holländisches Modell).....	39
IV. „Lieferantenmodell“	41
V. Gesellschaftsrechtliche Konstruktionen	42
C. Vertragliche Gestaltungsspielräume in der IT-Praxis	44
I. Selbstständigkeit als verbreitete Alternative zur Festanstellung	44
1. Unternehmen bevorzugen Werkvertrag.....	45
a. Risikoverteilung	45
b. Vermeidung abhängiger Beschäftigung	45
2. Freelancer bevorzugen Dienstverträge.....	48
II. Einschaltung Dritter.....	48
D. Ergebnis	50
3. Teil <i>Die Problematik der (Schein-)Selbstständigkeit in der</i> <i>praktischen Durchführung</i>	53
A. Beurteilungsmaßstab	53
I. Die Bezeichnung des Vertrages	54
II. Der Vertragstext als solcher.....	54
III. Vorrang der tatsächlichen Durchführung	55
1. Durchführung als Ausdruck wirklichen Willens	55
2. Kein Einzelfall.....	56
B. Abgrenzung: Abhängige Beschäftigung.....	57
I. Vorgehen der Rechtsprechung	57
1. Verpflichtung zur „Arbeit“ aufgrund privatrechtlichen Vertrages	58
2. „Im Dienst eines anderen“.....	59
II. Anwendbarkeit der Kriterien im IT-Bereich	59
1. Eingliederung	60
2. Weisungen	64
a. Örtliche Weisungsgebundenheit.....	64
b. Zeitliche Weisungsgebundenheit.....	66

c. Inhaltliche/Fachliche Weisungsgebundenheit.....	67
aa. Inhaltliche Weisungen bei steigender Qualifikation des Leistenden.....	67
bb. Inhaltliche Weisungen im Rahmen freier Verträge.....	68
3. Zwischenergebnis.....	70
III. Alternative Abgrenzung	71
1. Unternehmensrisiko	71
2. Kritik	72
IV. Bewertung	73
1. Identifikation anhand von Kriterien.....	73
a. Bestehende Rechtsunsicherheit.....	74
aa. Typologische Vorgehensweise und Gesamtabwägung	74
bb. Rechtssicherheit durch Kriterienkataloge.....	75
b. Verstärkte Berücksichtigung äußerer Umstände.....	77
aa. Zeitliche Bindung als Ausdruck der Unterordnung.....	77
(1) Etablierte Grenzen	80
(2) Flankierend: Kontrolle und Zugang	83
(3) Zwischenergebnis	85
bb. Vergütungsgrenzen.....	86
(1) Grad der Qualifikation	87
(2) Honorargrenze	88
(3) Verbesserung des Rechtsschutzes	92
(aa) Beweislast/Beweiserleichterung.....	93
(bb) Vergütung als Indiz.....	95
2. Vertragsdurchbrechung	95
a. Abschluss eines "Arbeitsvertrages"	96
b. Privatautonomie im Rahmen freier Verträge	96
aa. Arbeitnehmerschutz bei gestörter Vertragsparität	97
bb. Bestehende Parität bei freiem Vertrag	98
cc. Zwischenergebnis	100
3. Konkrete Auswirkungen auf die Praxis	101
a. „Zuruf“-Projekte	101

b. „Projektverträge“	105
c. Crowdfunding	107
C. Ergebnis	110
4. Teil <i>Einordnung der Drei-Personen-Konstellation in der Praxis</i>	111
A. Leistungserbringer wird selbstständig tätig	111
I. Dritter ist Vermittler	111
II. Dritter ist Dienstverschaffer	112
III. Dritter ist Werkunternehmer	113
IV. Zwischenergebnis	114
B. Leistungserbringer wird abhängig tätig	114
I. Der Dritte als Verleiher	115
1. Rechtliche Einordnung der Beziehung Verleiher – Leistender	115
a. Entleiherbetriebsbezogenes Modell	116
b. Verleiherbetriebsbezogenes Modell	118
2. (Leih-)Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leistendem	120
a. Drittbegünstigung	121
b. Abhängigkeit zum Arbeitgeber	123
aa. Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen	123
bb. Verbleibendes Arbeitgeberberrisiko des Verleihers	124
3. Identifikation in der Praxis	126
a. Vertragskonstruktion und abweichende Vertragspraxis	126
aa. Zeitpunkt des Vorliegens eines Leiharbeitsvertrages	126
bb. Missbräuchlicher Contracting-Einsatz	128
b. Beschäftigungsrisiko verbleibt beim Dritten (Verleiher)	128
aa. Weiterbeschäftigung nach Beendigung eines Einsatzes	129
bb. Beschäftigungsrisiko während eines Einsatzes	130
cc. Zwischenergebnis	133
c. Identifikation bei erstmaligem Einsatz ohne „Konflikt“	133
aa. Wille zur Drittbegünstigung	134
bb. Entscheidung gegenüber dem Verleiher	135
cc. Konkrete Bestimmung des Drittbegünstigten	136

d. Spezialfall: Durchreichen von Vertragsinhalten	137
4. Funktionen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages	140
a. Bedeutung für die Abgrenzung	141
b. Kenntnis und Billigung	141
II. Der Dritte als Vermittler	144
1. Einmaliges Wirken	144
2. Bewertung eines Contracting als Vermittlung	145
3. Zwischenergebnis	147
III. Der Dritte als Werkunternehmer	147
IV. Ergebnis	148
5. Teil <i>Rechtsfolgen einer dem Vertrag widersprechenden Praxis</i>	151
A. Selbstständigkeit	151
I. Sozialversicherung	151
II. Haftung des Dritten	153
1. Der Dritte als Vermittler	154
2. Der Dritte als Dienstverschaffer	154
3. Der Dritte als Werkunternehmer	155
B. Arbeitsverhältnis bei abhängiger Arbeit	155
I. Rechtliche Folgen eines Arbeitsverhältnisses	155
1. Arbeitsrechtliche Folgen	156
2. Sozialversicherungsrechtliche Folgen	157
3. Sanktionierung rechtlichen Fehlverhaltens	160
II. Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen	163
1. Illegale Arbeitnehmerüberlassung	164
2. Vermittlung	166
a. Gesetzliche Grundlage	166
aa. § 1 Abs. 2 AÜG	167
bb. § 10 AÜG (direkt)	168
cc. § 10 AÜG analog	170
dd. § 117 Abs. 2 BGB	171
b. Vertragliche Grundlage	173

aa. Erwirkung oder Eingliederung nicht ausreichend.....	173
bb. Vorliegen eines Vertrages als Voraussetzung	175
cc. Ausdrücklicher Vertragsschluss	177
dd. Konkludenter Vertragsschluss	178
(1) Abweichender Parteiwille	179
(aa) Drei-Personen-Konstellation zum Schein.....	180
(bb) Drei-Personen-Konstellation nicht zum Schein.....	183
(2) Weitere Einwände.....	185
(aa) Kein Erklärungsbewusstsein bei Verhalten.....	185
(bb) Keine Realofferte des Leistenden	187
c. Arbeitsverhältnis aus § 242 BGB.....	187
d. Zwischenergebnis	193
III. Arbeitsverhältnis zum Dritten	193
1. Legale Arbeitnehmerüberlassung.....	194
2. Arbeitnehmer eines Werkunternehmers	194
C. Ergebnis	195
6. Teil <i>Ausblick</i>	197
A. Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit bestimmter Modelle	197
I. Unternehmen	197
II. Freelancer	199
III. Dritte.....	199
IV. Staat	200
B. Änderungsbedarf	201
I. Staatliche Verantwortung.....	201
1. Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber	201
a. Änderung des AÜG	201
b. Einführung des § 611a BGB.....	203
c. Weiterer Reformbedarf.....	204
aa. Vermittlungsrechtsfolge und Rückführung der Arbeitnehmerüberlassung.....	204
bb. Mindestarbeitsbedingungen	206

cc. Projektvertrag.....	207
dd. Einbeziehung in Sozialversicherung	207
ee. Mitbestimmung.....	209
2. Geeignete Kriterien der Rechtsprechung und Sanktionierung	209
3. Kontrolle durch die vollziehende Gewalt	210
II. Nichtstaatliche Verantwortung.....	211
C. Ergebnis.....	213
<i>7. Teil Endergebnis der Untersuchung.....</i>	<i>215</i>
A. Fazit.....	215
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	216
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>XI</i>

1. Teil Einführung

A. Einleitung

Die flächendeckende Einführung von Computersystemen in Unternehmen, ausgehend von der digitalen Revolution Ende des 20. Jahrhunderts, ist nahezu abgeschlossen. Ein wirtschaftlich relevantes Handeln ohne technische Unterstützung ist inzwischen selbst für Kleinbetriebe nicht mehr denkbar. Nicht nur in privaten Lebensbereichen, sondern auch in der Arbeitswelt sind IT-Systeme allgegenwärtig und besitzen einen hohen Stellenwert. Die stetige technische Weiterentwicklung führt dazu, dass sich die Arbeitsrealität ändert. Das gilt sowohl für den einzelnen Arbeitnehmer unter Einsatz technischer Systeme als auch bei steigender Nachfrage für den IT-Bereich als Wirtschaftsbereich. Auf veränderte Gegebenheiten muss auch eine Anpassung rechtlicher Regeln folgen.

I. Interesse des Unternehmens als Leistungsempfänger

Die Einführung der IT war zunächst ein schleichender Prozess innerhalb der Unternehmen. Erste Computersysteme wurden genutzt, um eine elektronische Datenverarbeitung vorzunehmen. Davon ausgehend dehnte sich die IT auf alle Unternehmensbereiche aus und führte zu einer Vernetzung der Unternehmensteile. Die Vernetzung eines Unternehmens betraf anfangs in erster Linie die Kommunikation der Belegschaft untereinander. Inzwischen ist der Fokus der Unternehmen darüber hinaus darauf gerichtet, nicht nur das Personal untereinander zu vernetzen, sondern auch eine Vernetzung der Produktion voranzutreiben (Industrie 4.0).¹ Die gewünschte Automatisierung der Produktion erfordert die Einführung neuartiger technischer Systeme. Die Nachfrage nach diesen Systemen ist am Markt dementsprechend groß. Im Vordergrund steht insbesondere der Austausch von Echtzeitdaten innerhalb der Produktion. Durch sog.

¹ Die Politik hat den Handlungsbedarf in diesem Bereich erkannt, vgl. Grünbuch „Arbeiten 4.0“, Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Dadurch sollen technische Standards und rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden. Siehe zum Arbeitsalltag auch die Erfahrungsberichte bei *Däubler*, SR 2016, 2, 5 ff.; *Ders.*, AuR 2015, 325, 333f.

smart services soll ein antizipierendes Wirtschaften möglich gemacht² und die Effizienz der Abläufe gesteigert werden. Das meint insbesondere eine Verbesserung der Qualität, eine Reduktion der Kosten und eine Ersparnis von Zeit.

Inzwischen haben Unternehmen über die Verarbeitung eigener, betriebsinterner Daten zu Verwaltungszwecken hinaus, ein ausgeprägtes Interesse, fremde Daten zu erfassen und zu verarbeiten, um so zukünftige Entwicklungen vorherzusehen (sog. *Business Analytics/Intelligence*).³ Die Auswertung externer (Kunden-)Daten kann zu Marketingzwecken genutzt werden, um auf diese Weise den Absatz zu stärken oder kann, durch eine angepasste, bedarfsorientierte Produktion, zu Kosteneinsparungen führen. Die Verarbeitung großer Datenmengen, sog. *Big Data*, setzt eine umfassende IT-Architektur voraus. Es kann sowohl eine eigene errichtet als auch eine fremde IT-Architektur genutzt werden. Insbesondere das Einrichten einer Cloud ist für Unternehmen von Bedeutung. Ein besserer Informationszugriff wird ermöglicht,⁴ bestehende IT-Komponenten können effektiver genutzt werden. Die Verarbeitung großer Datenmengen mit teils sensiblen Daten erhöht den Bedarf an IT-Sicherheit in Unternehmen. Unsicherheiten in Bezug auf die Sicherheit der IT-Strukturen verhindern die Implementierung neuartiger Systeme. Insbesondere die Verwendung von Daten in der Cloud ist vom Vertrauen in die IT-Sicherheit abhängig.⁵ Die Zunahme der Cyberkriminalität führt zu einer steigenden Nachfrage nach Abwehrstrukturen.⁶

Neben der Einführung neuer Systeme hat auch die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der bestehenden Systeme eine große Bedeutung. Unternehmen müssen sowohl ihre Hard- als auch ihre Software auf dem neusten Stand halten. In Bezug auf die technischen Gerätschaften, die zum Betrieb der IT-Anwendungen benötigt werden, sind zum einen die Systemarchitektur (Server) und zum

² Als *smart (services)* werden Serviceleistungen bezeichnet, die bereits erbracht werden, wenn das Problem noch nicht aufgetreten ist.

³ Vgl. *Liesegang*, ITRB 2014, 108; *Business Analytics* ist ein Unterfall der *Business Intelligence*. Während Business Intelligence die systematische Erfassung und Auswertung von Daten meint, um so gegenwärtige Rückschlüsse auf den Stand des Unternehmens zu erhalten, ist die Business Analytics zukunftsgerichtet.

⁴ *Hoeren/Preis*, Telearbeit, Rn. 17.

⁵ *Taeger*, NJW 2013, 3698.

⁶ *Taeger*, NJW 2014, 3759, 3759; *Ders.*, NJW 2013, 19, 24.

anderen die Ausstattung der einzelnen Arbeitsplätze von Bedeutung.⁷ Neue Bestandteile müssen mit dem bestehenden System zu einem einheitlichen IT-System zusammengeführt werden. In der Unternehmenspraxis spielt gegenüber der Hardware jedoch die Software eine größere Rolle, denn durch sie werden die technischen Gerätschaften überhaupt tätig. Unter dem Begriff der Software werden alle Programme, Daten und die dazugehörigen Dokumentationen gefasst, die das Tätigwerden ermöglichen.⁸ Unternehmen nutzen standardisierte Software, z.B. für die Verwaltung interner Daten, teilweise benötigen sie aber auch spezielle Software, die individuell für sie entwickelt wird.

Neben Einzelleistungen, wie der Verschaffung von Hardware oder der Überlassung von Software, nehmen Unternehmen, weitergehende Leistungen, wie z.B. die Beratung, Installation, Anpassung, durch den Anbieter der Einzelleistung oder einen Dienstleister in Anspruch.⁹ Es handelt sich dann um eine sog. Systemintegration. Darüber hinaus übernehmen externe Dienstleister die wichtige Weiterbildung der Mitarbeiter, insbesondere ihre Schulung in Bezug auf bestimmte Anwendungen.¹⁰

Für Dienstleistungsunternehmen steht nicht wie bei Industrieunternehmen eine Digitalisierung und Automatisierung der Produktion im Vordergrund, sondern die Funktionsfähigkeit der internen und externen Kommunikation über informationstechnische Systeme. Die Allgegenwärtigkeit der IT in Unternehmen, die zu vielen Arbeitserleichterungen führt, hat auch zur Folge, dass Abhängigkeiten entstehen. Störungen oder Ausfälle können gravierende Auswirkungen haben, der Ausfall des Systems kann die Arbeit des Unternehmens vollständig lahm legen. Aus diesem Grund hat die Instandhaltung der IT-Systeme durch Wartung und Pflege für Unternehmen eine übergeordnete Bedeutung. Die Pflege der Hardware erfolgt durch Instandhaltungs- und Wartungsmaßnahmen. In Bezug auf Software spielt als IT-Service die Softwaremodernisierung eine gro-

⁷ Bräutigam/Küchler, Teil 1, Rn. 24.

⁸ Vereinfachte Definition nach Lassmann, Wirtschaftsinformatik, S. 127. Eine allgemeingültige Definition von Software existiert nicht. Siehe zur Abgrenzung Software/Computerprogramm: Leupold/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, Teil 1, Rn. 2 ff.

⁹ In der IT-Beratung sind 42 % der Leistenden Externe, EY-Studie, S. 9.

¹⁰ Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1031; Kaiser/Kozica/Bonss, Industrie Management 3/2012, 79, 81.

ße Rolle.¹¹ Eine Pflege der Standardsoftware erfolgt vor allem durch sog. *updates/upgrades*,¹² durch die neue Programmstände übertragen oder Modifikationen der Software vorgenommen werden. Daneben werden Pflegedienstleistungen (*IT-Services*) angeboten, die sich auch auf Individualsoftware beziehen und sich mit Störungen der Software beschäftigen.

Unternehmen gehen dazu über, die Betreuung der IT-Systeme auszulagern und IT-Dienstleister damit zu beauftragen.¹³ Anders als die Beschaffung oder eine einmalige Störungsbeseitigung können Pflegedienstleistungen über einen längeren Zeitraum erfolgen. Neben der Pflege einzelner Komponenten kann sich eine solche auch als sog. Vollpflege¹⁴ auf das gesamte IT-System beziehen. Dies ist dann der Fall, wenn das Kundenunternehmen selbst über keine eigene IT-Abteilung verfügt. Die Brisanz einer Auslagerung der IT-Betreuung besteht darin, dass die IT für Unternehmen zunehmend so wichtig geworden ist, dass die IT-Betreuung dauerhaft besetzt sein muss.¹⁵ Eine jederzeitige Fehlerbehebung muss gewährleistet sein.

Ein funktionierendes IT-System kostet viel. Unternehmen versuchen die Kosten aus Gründen der Wirtschaftlichkeit möglichst gering zu halten. Aufgrund der Abhängigkeit von einem funktionierenden System sind Einsparpotentiale gering. Das gilt umso mehr, als dass aufgrund der hohen Nachfrage am Markt qualifiziertes Personal schwer zu finden ist. Unternehmen müssen ihre Arbeitsbedingungen so anpassen, dass sie für hochqualifizierte Fachkräfte attraktiv sind. Fachkräfte fordern mehr Flexibilität in Bezug auf Arbeitsort und Arbeitszeit. Unternehmen reagieren darauf u.a. mit flexiblen Arbeitszeitmodellen.¹⁶

¹¹ Lünendonk-Studie 2014, S. 14.

¹² Der Unterschied zwischen Update und Upgrade besteht in der Erheblichkeit der Veränderung. Updates beinhalten geringfügige funktionale Veränderungen der Software, Upgrades hingegen mehr als nur geringfügige Verbesserungen, *Intveen*, ITRB 2012, 93, 94.

¹³ Bräutigam/*Küchler*, Teil 1, Rn. 47.

¹⁴ *Hoeren*, IT-Recht, S. 322 f., 333 f.

¹⁵ Parallelen zu Leistungserbringung im Rundfunk werden deutlich. Die Rechtsprechung hat hervorgehoben, dass im Rundfunkbereich die Aktualität der Inhalte eine entscheidende Rolle spielt, BAG v. 7.5.1980, AP Nr. 35 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Ähnlich wie eine Nachrichtenanstalt von der Aktualität der eigenen Beiträge abhängig ist, sind Unternehmen heutzutage von der Funktionsfähigkeit der IT abhängig. Durch die weitreichende Vernetzung im Unternehmen müssen Fehler schnell behoben werden.

¹⁶ *Scheytt*, Mitbestimmung 12/2015, 10, 12.

Darüber hinaus eröffnet die IT Zugang zu sensiblen Daten des Unternehmens. Kosteneinsparungen in diesen Bereichen können zu Sicherheitslücken führen.

II. Freelancer als Anbieter der Leistung

Die hohe Nachfrage nach IT-Leistungen zeigt sich daran, dass fast eine Million der Erwerbstätigen im IT-Bereich beschäftigt sind.¹⁷ Sie sind entweder in den IT-Abteilungen der Unternehmen, bei spezialisierten IT-Dienstleistern oder (eher selten) bei Leiharbeitsfirmen festangestellt.¹⁸ Ein Großteil agiert selbstständig am Markt.

Unternehmen greifen auf externe IT-Dienstleister zurück, wenn IT-spezifische Leistungen intern nicht erbracht werden können, zum Beispiel weil den angestellten IT-Fachkräften das Know-how fehlt.¹⁹ Das ist oftmals der Fall, wenn es sich nicht um Pflegeleistungen, sondern um komplexere Projekte handelt. Darüber hinaus sind in einer Reihe von Unternehmen auch keine eigenen IT-Abteilungen vorhanden. Hat vormals eine IT-Abteilung bestanden und wurde diese ausgelagert, liegt ein sog. Outsourcing vor. Der Abbau der Arbeitsplätze kann sachlich begründet sein, z.B. wenn Tätigkeitsfelder festangestellter IT-Fachkräfte wie interner Programmierer entfallen, weil Standardprogramme eingekauft wurden. Die dauerhafte Beschäftigung eines Programmierers lohnt sich für Unternehmen nicht. Spezielle Individualsoftware wird in Einzelfällen dann von außen eingekauft. Fällt der Bedarf nach einer Leistung im Betrieb nicht gänzlich weg, wie z.B. die alltägliche Betreuung und Pflege der Systeme, werden diese Arbeitsplätze aber dennoch abgebaut, handelt es sich um reine Kostenersparnis. Durch die rasante technische Entwicklung können Leistungen

¹⁷ Nach dem Branchenverband sind 990.000 Beschäftigte im IT-Bereich tätig, BITKOM, Pressemitteilung v. 20.10.2014, abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Beschaeftigungsrekord-in-der-IT-Branche.html> (Stand: 18.11.2016). Die Bundesagentur für Arbeit geht von 887.000 Beschäftigten aus, BA, IT-Fachleute, S. 5 mit Bezug auf den Mikrozensus 2014.

¹⁸ Die Zahl sozialversicherungspflichtig Beschäftigter steigt derzeit auch bei qualifizierten Dienstleistungen, BA, Arbeits- und Ausbildungsmarkt, S. 48.

¹⁹ Das fehlende Know-how der eigenen IT-Mitarbeiter kann zu internen Komplikationen und insbesondere zur Entstehung einer sog. Schatten-IT führen. IT-spezifische Fragestellungen werden dann durch die Mitarbeiter der einzelnen Abteilungen selbst bewältigt, ohne dass sie sich an die IT-Abteilung des Unternehmens wenden. Das Vertrauen in die Unternehmens-IT ist verloren gegangen, *Söbbing/Limbacher*, ITRB 2013, 110.

vor allem im Ausland kostengünstiger angeboten werden.²⁰ Das Bereithalten bzw. eine Spezialisierung von eigenem Personal für bestimmte Bereiche ist dann für Unternehmen gegenüber dem Einkauf der Leistung zu teuer. Auch IT-Dienstleister, die ein flächendeckendes Angebot nicht gewährleisten können, müssen auf Externe, oftmals spezialisierte Freelancer, zurückgreifen.²¹

Die IT-Branche bietet sich für eine Tätigkeit als Freelancer an.²² Freelancer sind Selbstständige, die ohne eigene Mitarbeiter tätig werden (sog. Solo-Selbstständige).²³ Selbstständigkeit bedeutet, dass man eigenständig auf dem Markt agiert und selbst in der Lage ist, ein ausreichendes Einkommen zu erzielen. Anders als ein Unternehmen, das aus mehreren Personen besteht, ist der Freelancer allein auf seine eigenen Fähigkeiten angewiesen. Eine Solo-Selbstständigkeit setzt eine hohe Qualifikation in dem jeweiligen Gebiet – oder zumindest ein Alleinstellungsmerkmal – voraus.²⁴

Die Fähigkeit, auf dem Markt als Selbstständiger bestehen zu können, wird mit dem Begriff der Employability beschrieben.²⁵ Employability meint die *„individuelle Fähigkeit, (neue) Anforderungen des Arbeitsmarktes zu erfüllen, dass eine Arbeitsstelle gehalten oder eine neue Beschäftigung aufgenommen werden*

²⁰ Auch Pflegeleistungen erfordern keine Anwesenheit der IT-Servicekräfte vor Ort. Eine Konzentration der Service-Kräfte am Hauptstandort ist möglich. Die Betreuung der einzelnen Standorte erfolgt dann über eine Fernwartung. IT-Angestellte an einzelnen Standorten werden entlassen, vgl. LAG Hamm v. 10.3.2011, BeckRS 2011, 71772.

²¹ *Zumkeller*, BB-Kommentar zu LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2013, BB 2013, 2809, 2816.

²² 2014 lag die Zahl der freiberuflichen IT-Experten bei ca. 90 000 Personen, vgl. BA, IT-Fachleute, S. 8; Lünendonk-Studie 2015, S. 5, 9. 78 % aller Selbstständigen im IT-Bereich sind solo-selbstständig, DIW, Wochenbericht 7/2013, S. 9, 15. Zwischen 2000 und 2009 kam es fast zu einer Verdopplung der Anzahl der solo-selbstständigen IT-Kräfte (39.600 zu 69.700). Auch derzeit zeigt die Anzahl der IT-Kräfte ein starkes Wachstum. Zwar sind bei Plattformen wie z.B. Xing oder freelance.net über 1 Millionen freiberufliche Experten registriert, hierbei handelt sich aber nicht ausschließlich um aktive Mitglieder. Inzwischen arbeiten bereits $\frac{2}{3}$ der Unternehmen mit IT-Freelancern zusammen, *Kaiser/Kozica/Bonss*, Industrie Management 3/2012, 79, 79 mit Verweis auf den Hays-Report.

²³ Der Begriff des „Freelancer“ ist historisch begründet. Er bezieht sich auf Ritter im Mittelalter, die ihre Lanze (*lance*), ihre Kampfeskraft, verschiedenen Herren zur Verfügung stellten, die sie selbst frei (*free*) auswählten, *Becker*, Employability, S. 11 f.

²⁴ Je höher die erworbene Qualifikation durch einen Bildungsabschluss ist, desto bewusster wird die Selbstständigkeit gewählt, *Mai/Marder-Puch*, Selbstständigkeit, S. 493.

²⁵ Dazu *Becker*, Employability, S. 6 ff.

kann“²⁶. Um Unternehmen mit ihrem Wissen einen Mehrwert zu bieten, müssen Freelancer fachlich immer auf der Höhe sein. Aktuelle Entwicklungen müssen vorhergesehen und verstanden werden. Dementsprechend besteht auch ein hoher Weiterbildungsdruck für Fachkräfte.²⁷ Neben fachlicher Qualifikation muss der Freelancer aber auch die Organisation seiner Tätigkeit selbst verantworten. Er untersteht keinem Arbeitgeber, der durch ein Direktionsrecht Arbeit zuweisen könnte. Der Freelancer muss selbst neue Aufträge akquirieren. Er allein trägt die Verantwortung für ein langfristiges berufliches Überleben.²⁸ Fehlendes organisatorisches Talent kann das Aus für einen – auch hochqualifizierten – Freelancer bedeuten.

Das Ziel dieser hochqualifizierten Freelancer ist es, durch ihre Leistung eine möglichst hohe Vergütung zu erzielen und den Arbeitsalltag selbst zu bestimmen. Das meint zum einen die Organisation konkreter Einsätze, zum anderen aber auch die Entscheidung ob und in welchem Umfang Aufträge überhaupt angenommen werden. Die Position qualifizierter Freelancer verbessert sich durch Fachkräftemangel und zunehmendes Outsourcing. Der Wissensvorsprung eines Freelancers lässt sich dann teuer vermarkten.

Eine echte Selbstständigkeit setzt eine bewusste Entscheidung dazu voraus und ist regelmäßig mit organisatorischem Mehraufwand gegenüber einer Festanstellung verbunden. Solo-Selbstständigkeit aus einer Notlage heraus, z.B. um einer drohenden Arbeitslosigkeit zu entgehen,²⁹ führt selten zu langfristigem Erfolg. Die Problematik spiegelt sich maßgeblich in den Fällen der sog. Neuen Selbstständigkeit wieder.³⁰ Die Begrifflichkeit umfasst Fälle, in denen Tätigkeiten, die bislang von festangestellten Arbeitnehmern ausgeübt wurden, neuerdings aber outgesourct und nun aufgrund eines freien Dienst-/Werkvertrages erbracht

²⁶ Flink-Studie, S. 14.

²⁷ *Kaiser/Kozica/Bonss*, *Industrie Management* 3/2012, 79, 81; nach wie vor aktuell: AG Köln v. 3.3.1993, NZA-RR 1993, 1207, 1208.

²⁸ *Becker*, *Employability*, S. 5.

²⁹ *Brenke*, *DIW Wochenbericht* 7/2013, S. 3, 10.

³⁰ Dazu *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 98 f.; *Wank*, *DB* 1992, 90 ff.; *Boemke*, *ZfA* 1998, 285 ff.; *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 248. Die Kriterien, die sich auf äußere Umstände beziehen (z.B. Anzahl der Auftraggeber), sind entstanden, als die Neue Selbstständigkeit Verbreitung gefunden hat, vgl. *Kreuder*, *AuR* 1996, 386, 386. Damals waren diese Kriterien dafür sinnbildlich. Aber auch das Bild der Neuen Selbstständigen hat sich geändert.

werden.³¹ Handelt es sich um den denselben Leistenden, ist dieser auf seinem vorherigen Arbeitsplatz tätig, nur dass er nicht mehr Arbeitnehmer des Leistungsempfängers ist. Das arbeitsrechtliche Sicherheitsnetz entfällt für diesen – in der Regel geringqualifizierten – Freelancer, ohne dass er die Vorteile einer Selbstständigkeit, wie z.B. die Gewinnmaximierung durch eigenständiges Auftreten am Markt, genießt.

B. IT-spezifische Besonderheiten der Leistungserbringung

Für eine rechtliche Einordnung sind nicht nur die Interessen der Beteiligten von Bedeutung, sondern auch die Eigenarten der zu erbringenden Leistung. Besonderheiten im IT-Bereich ergeben sich vor allem daraus, dass eine Leistungserbringung in vielen Fällen ortsungebunden möglich ist und dass sich die Projektabwicklung im IT-Bereich von anderen Projekten, z.B. im Baubereich, unterscheidet.

I. Ortsungebundenheit durch Netzwerkstrukturen

Die Fixierung der Arbeit auf den räumlichen Betrieb wird durch Netzwerkstrukturen gelockert. Die räumliche Betriebsstätte als Mittelpunkt (mechanisch-handwerklicher) Arbeit rückt zunehmend in den Hintergrund. Technische Neuerungen ermöglichen es, jederzeit von beinahe überall auf Ressourcen des Unternehmens zurückzugreifen. In vielen Bereichen kann der Ort der Erbringung der Arbeitsleistung frei gewählt werden. Das wirkt sich auf das Arbeitsumfeld der Beschäftigten aus. Unternehmen bieten ihren Beschäftigten die Arbeit im sog. *homeoffice* an.³² Neben flexiblen Arbeitsorten sind zunehmend auch flexible Arbeitszeiten möglich, wenn ein zeitlich unbegrenzter Netzwerkzugang besteht.³³

³¹ Uffmann, ZfA 2013, 1, 13.

³² In Deutschland besteht diesbezüglich noch Regulierungsbedarf, Meyer, Mitbestimmung 12/2015, 23 f. In den Niederlanden gibt es bereits gesetzliche Regelungen, Walser, AuR 2016, 338 ff.

³³ Die Vernetzung führt zu einer ständigen Erreichbarkeit, die Einführung eines *homeoffice* erschwert die Trennung von Beruflichem und Privatem, Däubler, SR 2014, 45, 59.

Auswirkungen haben die Netzwerkstrukturen auch auf die Art der Bereitstellung von IT-Dienstleistungen. Software kann über einen körperlichen Datenträger übertragen, um dann von eigenen Mitarbeitern installiert zu werden oder sie wird vor Ort von Mitarbeitern des Dienstleisters implementiert. Neben diesen althergebrachten Formen der Übertragung und Implementierung erfolgt die Bereitstellung von Software zunehmend über Netzwerke, wie z.B. das Internet. Eine physische Anwesenheit des IT-Dienstleisters ist nicht erforderlich. Eine Bereitstellung von IT-Dienstleistungen über Netzwerke erfolgt über eine spezielle IT-Architektur, dem sog. Cloud Computing.³⁴ Die Software wird nicht auf die Rechner im Unternehmen übertragen, sondern steht zum Abruf auf dem Server des IT-Anbieters bereit.³⁵ Hat das Unternehmen ein Abonnement über die Nutzung mit dem Anbieter abgeschlossen, wird ihm der Zugriff auf die Software ermöglicht.³⁶ Das Kundenunternehmen, der Anwender, spart sich so eigene IT-Strukturen.³⁷ Werden stark standardisierte Softwarelösungen über diese Netzwerke angeboten und dem Anwender die Anwendungen somit virtuell zur Verfügung gestellt, handelt es sich um sog. *Software as a Service (SaaS)*.³⁸ Viele Unternehmen nutzen eine standardisierte Installation, die dann folglich auch für eine Vielzahl von Kundenunternehmen geeignet sein muss.³⁹ Im Rahmen eines *Application Service Providing (ASP)* ist auch eine individuellere Anpassung der Software nach den speziellen Bedürfnissen des Unternehmens möglich.⁴⁰

Netzwerke ermöglichen also nicht nur einen Zugriff des IT-Dienstleisters auf die IT-Systeme des Unternehmens, sondern auch umgekehrt einen Zugriff des Unternehmens auf Software, die ein IT-Dienstleister bereitstellt. Es erfolgt nicht nur die Bereitstellung von Software über solche Netzwerke, sondern es

³⁴ Leupold/Glossner/Stögmüller, Teil 4, Rn. 1; Hilber/Weiss, Teil 1 A, Rn. 1. Zu den verschiedenen Ausprägungen des Cloud-Computing, siehe Bräutigam/Thalhofer, Teil 14, Rn. 12 ff.

³⁵ Marly, Softwarerecht, Teil 4, Rn. 1116; Hilber/Schorer, Teil 1 C, Rn. 25.

³⁶ Söbbing, ITRB 2015, 147.

³⁷ Zu weiteren Vorteilen siehe: Marly, Softwarerecht, Teil 4, Rn. 1116; Bräutigam/Bräutigam/Thalhofer, Teil 14, Rn. 11; Hoeren, IT-Recht, S. 338; Roth-Neuschild, ITRB 2012, 67.

³⁸ Bräutigam/Bräutigam/Thalhofer, Teil 14, Rn. 14; Roth-Neuschild, ITRB 2012, 67.

³⁹ Bräutigam/Grapentin, Teil 3, Rn. 2.

⁴⁰ Bräutigam/Grapentin, Teil 3, Rn. 2; Taeger, NJW 2013, 19, 21; Roth-Neuschild, ITRB 2012, 67, 68.

werden auch Serviceleistungen auf diese Weise angeboten. Das führt dazu, dass das IT-System des Unternehmens ohne physische Anwesenheit einer Fachkraft gepflegt und instand gehalten werden kann.

II. Besonderheiten der Projektabwicklung

Es gibt verschiedene Modelle der Projektabwicklung. Klassische Modelle, wie z.B. das sog. Wasserfallmodell⁴¹, sind durch einen klaren Aufbau strukturiert, der sich auch in anderen Bereichen so wiederfindet. Es wird nach drei Phasen unterschieden.

Das IT-Projekt beginnt mit der *Plan-Phase*. Vor Beginn der Arbeit wird detailliert festgelegt, was geschuldet wird. Dies wird zumeist in einem *Service Level Agreement (SLA)* festgehalten. Es wird ein umfassendes Pflichtenheft angelegt, aus dem sich die einzelnen Leistungspflichten des Auftragnehmers ergeben. Im Laufe des Projektes kann dieses Pflichtenheft durch sog. *change requests* noch abgeändert und angepasst werden. Das Vorliegen einer Plan-Phase ist für den Auftraggeber attraktiv, da er die Möglichkeit einer umfassenden Steuerung hat. Er kann im Vorfeld die gewünschte Leistung definieren. Der Auftraggeber bestimmt Anfangs- und Endpunkt des Projektes.

An die Planungsphase schließt sich die *Build-Phase* an. In dieser Phase erfolgt die Erbringung der eigentlichen Leistung. Die Software wird nach den Wünschen des Kunden individuell erstellt oder es wird Standardsoftware überlassen. Die neue Software wird dann in das bestehende IT-System implementiert. Besonders wichtig ist in dieser Phase die Dokumentation, insbesondere des Quellcodes.⁴² Wird im Laufe des Prozesses erkennbar, dass Änderungen vorgenommen werden müssen oder der ursprüngliche Plan in der Form nicht eingehalten werden kann, können Veränderungen nur über das sog. *Change Request* erfolgen.⁴³ Durch dieses Verfahren entstehen Mehrkosten für den Auftragge-

⁴¹ Söbbing, ITRB 2014, 214, 215; weitere Modelle sind z.B. das sog. V-Modell oder das V-Modell XT, vgl. Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427, 428.

⁴² Schneider, ITRB 2010, 18, 21.

⁴³ Söbbing, ITRB 2014, 214, 215.

ber,⁴⁴ wenn z.B. eine vorab getroffene Festpreisvereinbarung nicht eingehalten werden kann.⁴⁵

Ist die Software erfolgreich entwickelt und in das System des Unternehmens eingebunden, folgt die *Run-Phase*. Der Provider kann in dieser Zeit Leistungen anbieten, die sich auf den Betrieb der Software beziehen. Hierbei handelt es sich zumeist um Pflegeleistungen. Oftmals übernimmt der Dienstleister, der bereits den Kunden in der Plan- und Build-Phase betreut hat, auch die Betreuung in der Run-Phase. Durch die Planung und die Implementierung des Projektes erhofft sich der Anbieter, eine hohe Bindung zum Kundenunternehmen aufzubauen, um auch bei zukünftigen Projekten erster Ansprechpartner zu sein. Daneben kommt es auch vor, dass die Betreuung während der Run-Phase outsourct wird und Dritte mit der Pflege der Software und Wartung der Hardware betraut werden.

Neben dem klassischen Modell haben sich zunehmend neue Vorgehensweisen für IT-Projekte (sog. *agile Projektentwicklung*) etabliert.⁴⁶ Dies hat verschiedene Gründe. IT-Projekte werden zunehmend komplexer. Dies führt dazu, dass im Vorfeld der Ablauf und der konkrete Ausgang des Projektes nicht vorausgesagt werden können. Die Vorgehensweise nach klassischen Modellen führte in der Vergangenheit dazu, dass IT-Projekte eine hohe Fehleranfälligkeit aufwiesen. Dies hatte zur Folge, dass die IT-Projekte insgesamt scheiterten bzw. dass ein erhöhter Änderungsbedarf im Laufe des Projektes entstand.⁴⁷ Da diese Veränderungen zu Beginn des Projektes noch nicht sichtbar waren, konnten sie in der Leistungsbeschreibung nicht entsprechend erfasst werden.⁴⁸ Umstrukturierungen des Projektes durch sog. *change request*-Verfahren führten zu einem erheblichen Kostenanstieg des Projektes.⁴⁹ Um im Rahmen des Projektes flexibler auf Veränderungen eingehen zu können und somit Kosten einzusparen, wurden agile Projektmethoden entwickelt.

⁴⁴ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 215; *Koch*, ITRB 2010, 114, 116.

⁴⁵ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 215.

⁴⁶ Vgl. *Schneider*, ITRB 2010, 18 m.w.N.; *Söbbing*, ITRB 2014, 214; *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427 ff.

⁴⁷ *Frank*, CR 2011, 138.

⁴⁸ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 215.

⁴⁹ *Redeker*, IT-Recht, S. 100.

Agile Projektentwicklung ist durch eine dynamische Herangehensweise geprägt. Das unterscheidet moderne Modelle, wie z.B. das bekannteste Modell *Scrum*,⁵⁰ von der sehr statischen, linear verlaufenden Abwicklung nach klassischen Modellen. Neuartige Modelle werden als „spiralförmig“ bezeichnet.⁵¹ Dies soll deutlich machen, dass die geschuldete Leistung erst während des Projektes durch einen Austausch von Auftraggeber und Auftragnehmer entsteht. Als wesentliches Element der agilen Projektentwicklung wird aus diesem Grund die Beweglichkeit der Projektziele genannt.⁵²

Eine ausgiebige, das gesamte Projekt umfassende Planungsphase, wie bei klassischen Vorgehensweisen, entfällt. Zu Beginn der Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird der Vertragsgegenstand, die zu erbringende Leistung, nur abstrakt, rudimentär beschrieben und in sog. *User Stories* festgehalten.⁵³ Anders als bei klassischen Vorgehensweisen liegt oftmals kein umfassendes Pflichtenheft vor. Die konkrete Planung selbst ist nicht vorgelagert, sondern erfolgt als Teil der eigentlichen Leistung während des Projektes.⁵⁴ Die Projektabwicklung erfolgt inkrementell mit kurzfristigen Zwischenzielen.⁵⁵ Durch diese einzelnen Entwicklungsschritte soll erreicht werden, dass Probleme direkt effizient behoben werden können bzw. dass das Projekt ohne große Kostenveränderungen flexibel nach den Wünschen des Auftraggebers abgewickelt werden kann.⁵⁶ Diese Flexibilität führt zu erfolgreichen Ergebnissen, lässt

⁵⁰ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 215; *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129. Siehe weitere Modelle bei *Bräutigam/Küchler*, Teil 1, Rn. 15 ff.; *Schneider*, ITRB 2010, 18; *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427, 428.

⁵¹ *Schneider*, ITRB 2010, 18, 20: „eine Art Spirale“, „spiralförmiger Prozess“.

⁵² *Lapp*, ITRB 2010, 69, 70.

⁵³ *User Stories* gibt es vor allem beim *Xtreme Programming* und *Scrum*, *Schneider*, ITRB 2010, 18, 20; *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 131.

⁵⁴ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 311c; *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 215, 217; *Schuhmann*, ZfBR 2012, 13.

⁵⁵ *Redeker*, IT-Recht, S. 99; Im Rahmen der Vorgehensweise *Scrum* werden diese Zwischenziele über sog. *sprints* erreicht, *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 131; *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 216.

⁵⁶ *Lapp*, ITRB 2010, 69, 69; *Bischof*, ITRB 2014, 117, 117; zu beachten ist jedoch, dass eine Kostenersparnis nur erreicht werden kann, wenn die einzelnen Schritte gut geplant sind und keine weitreichenden Veränderungen nach den Sprints notwendig werden. Umfassende Änderungswünsche, die womöglich zu einer Umschreibung des Codes führen, würden der gewünschten Kostenersparnis zuwider laufen; darauf hinweisend *Koch*, ITRB 2010, 114, 114.

aber die Dokumentation des Projektes weitgehend entfallen.⁵⁷ In der Praxis ist es daher eher Aufgabe des Besteller/Auftraggebers, eine eigene Dokumentation vorzunehmen.⁵⁸

Erfolgt eine Leistungsbeschreibung nicht zu Beginn, sondern ergibt sie sich im Laufe des Prozesses, führt dies verstärkt zu Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers⁵⁹ und somit zu einem verstärkten Zusammenwirken der Beteiligten.⁶⁰ In der IT-Branche haben sich stärker als in anderen Branchen Projektabwicklungen durchgesetzt, die auf eine stärkere Zusammenarbeit von Auftragnehmer und Auftraggeber abzielen.⁶¹ Je komplexer die Projekte werden, umso wichtiger wird die Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten.⁶² Vor allem die Entwicklung von Softwarelösungen erfolgt zunehmend gemeinschaftlich.⁶³

Die Zusammenarbeit erfordert eine erhöhte Kommunikation und ist durch gegenseitiges Feedback geprägt. Um ständige Rückmeldungen gewährleisten zu können, wird der Auftragnehmer oftmals vor Ort beim Auftraggeber tätig, sog. *on-site-customer*.⁶⁴ Prägendes Merkmal moderner Vorgehensweisen ist, dass die Projektabwicklung in Teams erfolgt. Diese setzen sich aus Freelancern, Mitarbeitern eines Dienstleisters und/oder Mitarbeitern des Auftraggebers zusammen.⁶⁵ Ein solch gemischtes Team findet sich z.B. bei *Scrum* in Form des Entwicklungsteams.⁶⁶ Dieses erbringt die eigentliche Leistung, indem es die einzelnen Arbeitsschritte ausführt.

⁵⁷ *Bischof*, ITRB 2014, 117, 118; *Koch*, ITRB 2010, 114, 114; vgl. dazu auch *Schwaber/Sutherland u.a.* („Manifesto for Agile Software Development“, abrufbar unter: <http://agilemanifesto.org/>, Stand: 18.11.2016), die den Grundsatz „*Working software over comprehensive documentation*“ aufgestellt haben.

⁵⁸ *Schneider*, ITRB 2010, 18, 22; der neben der Alternative einer Onlinedokumentation den Unternehmen dazu rät, ein eigenes Handbuch zu schreiben.

⁵⁹ *Lapp*, ITRB 2010, 69, 70.

⁶⁰ *Bischof*, ITRB 2014, 117, 118.

⁶¹ Das dies auch in Industriebereichen verstärkt vorkommt, machen *Baack/Winzer* (NZA 2015, 269, 260) deutlich, in dem sie von einer Abwicklung „Hand-in-Hand“ sprechen.

⁶² *Baack/Winzer*, NZA 2015, 269, 270.

⁶³ *Lejeune*, ITRB 2012 84.

⁶⁴ *Koch*, ITRB 2010, 114, 115, 118, der sogar von agilen Projektmethoden abrät, wenn ein Einsatz beim Kunden nicht möglich ist, *Koch*, ITRB 2010, 114, 119.

⁶⁵ *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 130.

⁶⁶ *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 130 f.

Es ist davon auszugehen, dass gemischte Teams produktiver arbeiten.⁶⁷ Dies setzt allerdings eine erfolgreiche Steuerung der Teams durch eine Lenkungsform voraus, sog. *Governance*.⁶⁸ Die Rollen innerhalb des Projektes müssen klar verteilt werden und in regelmäßig stattfindenden Meetings die einzelne Projektabschnitte, die sog. *sprints*, festgelegt und nachbearbeitet werden.⁶⁹ Eine wesentliche Rolle bei *Scrum* spielen neben dem Entwicklungsteam noch der *Scrum Master*, eine Art Führungskraft im Entwicklungsteam, und der *Product Owner*, der für die strategische Produktentwicklung zuständig ist⁷⁰ und zumeist auf Seiten des Auftraggebers steht.⁷¹ Die Abwicklung des Projektes erfolgt also unter enger Beteiligung beider Parteien.

Nicht nur bei der Programmierung von Software, sondern auch bei der Lösung anderer IT-Probleme spielt die Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zunehmend eine größere Rolle.⁷² Unternehmen schließen mit IT-Dienstleistern (Freelancern, Softwarehäusern) Kooperationsverträge ab.⁷³ Eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Dienstleister und den Mitarbeitern des Unternehmens hat für Unternehmen den positiven Nebeneffekt, dass ein Know-how-Transfer genutzt werden kann.⁷⁴ Unternehmen profitieren vom externen Wissen. Dadurch können sie technische Trends erkennen und daraus Innovationen für ihre Geschäftsfelder schaffen.⁷⁵ Die voranschreitende technische Entwicklung führt dazu, dass die Belegschaft sich in einem veränderten digitalen Umfeld zurechtfinden muss. Eine notwendige Weiterbildung kann durch Externe erfolgen. Diese können, als sog. *boundary spanner*⁷⁶, festangestellten Mitarbeitern des Auftraggebers helfen, neue Wissensbereiche zu erarbeiten.

⁶⁷ Flink-Projekt, S. 27; gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass durch Externe der Leistungsdruck steigt und sich der Konkurrenzdruck in negativer Weise unter den Beschäftigten erhöht.

⁶⁸ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 215 f.; *Schuhmann*, ZfBR 2012, 9, 13 („Relational Governance“).

⁶⁹ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 216.

⁷⁰ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 216.

⁷¹ *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 130.

⁷² *Lejeune*, ITRB 2012, 89, 89; *Kaiser/Kozica/Bonss*, Industrie Management, 3/2012, 79, 82; *Baeck/Winzer*, NZA 2015, 269, 260.

⁷³ Siehe zur Ausgestaltung dieser Verträge: *Lejeune*, ITRB 2012, 89 ff.

⁷⁴ Flink-Projekt, S. 32.

⁷⁵ *Kaiser/Kozica/Bonss*, Industrie Management 3/2012, 79.

⁷⁶ *Kaiser/Kozica/Bonss*, Industrie Management 3/2012, 79, 80.

Auch nach Ende des Einsatzes des Dienstleisters kann das so gewonnene Wissen für andere Projekte genutzt werden.⁷⁷

C. Problemaufriss

Die Abhängigkeit der Unternehmen von einer funktionsfähigen IT führt dazu, dass die Instandhaltung und Erweiterung der IT hohe Kosten verursacht. Ein erfolgreiches Unternehmen muss wirtschaftlich handeln; es versucht, den Gewinn zu maximieren. Dies kann durch eine Reduktion von Kosten erfolgen.

Kosten können durch eine Modifizierung der Leistung eingespart werden. Eingekaufte Leistungen können je nach Kostendruck verändert werden, indem z.B. der Umfang der Leistung verringert wird oder Abschläge bei der Qualität hingenommen werden. Ist dies aufgrund der überragenden Bedeutung einer funktionierenden IT keine Option für die Unternehmen, wird versucht, Kosten durch eine Modifizierung der Rechtsbeziehung zum Leistungserbringer einzusparen. Die Interessen des Unternehmens können an dieser Stelle mit den Interessen der Leistungserbringer kollidieren. Je höher die Qualifikation des Leistenden ist und je anspruchsvoller die zu erbringende Leistung, desto weniger Spielraum hat das Unternehmen mangels Angeboten auf dem Markt, Kosten zu reduzieren. Die hohe Qualifikation ermöglicht es dem Freelancer dann, eigenständig die Leistung zu seinem Preis zu erbringen. Die Bedingungen einer Zusammenarbeit durch die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung kann der Freelancer – nicht das Unternehmen – vorgeben. Erfordert die zu erbringende Leistung eine geringere Qualifikation und ist deshalb das Angebot der Arbeitskräfte am Markt größer, hat das Unternehmen einen größeren Spielraum, die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zu diktieren. Das Arbeitsverhältnis als „normale“ Grundlage der dauerhaften Erbringung von Dienstleistungen ist zu teuer: die Lohnzahlungspflicht bleibt auch im Falle fehlender Beschäftigungsmöglichkeit bestehen (§ 615 BGB). Darüber hinaus machen vor allem Tariflöhne und die Regelungen zum Kündigungsschutz das Normalarbeitsverhältnis teuer. Soll der Leistungserbringer aber dennoch für das Unternehmen tätig werden, beauftragen diese den Leistenden als Selbstständigen direkt oder schalten eine Zwischenperson ein.

⁷⁷ Flink-Projekt, S. 32.

Bei einer direkten Beauftragung eines Freelancers besteht die latente Gefahr, dass eine sog. Scheinselbstständigkeit vorliegt und das bestehende Arbeitsverhältnis durch die tatsächliche Durchführung des Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten offen gelegt wird. Hierbei handelt es sich um kein neues Problem. Es ist besonders in Bereichen geringer Qualifikation bekannt. Aber auch in Bereichen, die grundsätzlich eine höhere Qualifikation voraussetzen, treten Fälle auf.⁷⁸ Auch im IT-Bereich ist die Basis schlechtqualifizierter Solo-Selbstständiger gewachsen. Problematisch sind vor allem die Einsätze, bei denen Leistende dazu angehalten werden, als Selbstständige aufzutreten.⁷⁹

Unternehmen reagieren darauf, indem sie versuchen, die Zwei-Personen-Konstellation zu vermeiden. Durch die Einbindung eines Dritten kommt es zu einer Drei-Personen-Konstellation.⁸⁰ Dieser Dritte kann in der Praxis ein auf IT-Dienstleistungen spezialisierter Dienstleister, ein Personaldienstleister oder eine sonstige Zwischenperson sein. Dieses Vorgehen gewinnt aktuell durch die Offenlegung der Vertragsstrukturen bei der Fluggesellschaft Ryanair an Brisanz.⁸¹ Es zeigt, dass dieses Vorgehen nicht nur im IT-Bereich, sondern auch in anderen Wirtschaftsbereichen auftritt. Die Installation einer Drei-Personen-Konstellation, nur um Rechte der Leistenden zu umgehen, erscheint rechtsmissbräuchlich in Bezug auf die Rechte der Beteiligten und des Staates. Wird, nach im Vorfeld geschlossenen (freien) Verträgen, eine Drei-Personen-Konstellation gewählt und der Leistende wie ein Selbstständiger behandelt, stellt sich die Frage, wie die Rechtsbeziehungen zu bewerten sind, wenn die tatsächliche Durchführung abweicht.⁸² Die Gerichte beschäftigt diese Frage,

⁷⁸ Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes hat sich in der Vergangenheit insbesondere in Bezug auf Orchesterm Mitglieder und Rundfunkmitarbeiter mit der Problematik beschäftigt, vgl. BAG v. 26.11.1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; BAG v. 21.9.1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 20.7.1994, NZA 1995, 161 ff.; v. 11.3.1998, NZA 1998, 705 ff.; v. 14.3.2007, NZA-RR 2007, 424 ff.

⁷⁹ 11. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, BT-Drs. 16/13768, S. 21.

⁸⁰ Diese Entwicklung ist nicht neu und auch bereits bei Orchesterm Mitgliedern vorgekommen, vgl. Sachverhalt BAG v. 26.11.1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁸¹ Ott/Wellmann, „Seltsames Firmengeflecht um Ryanair“, Süddeutsche.de v. 18.7.2016.

⁸² Getreu der Rechtsprechung des BAG nach der „nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG“ (st. Rspr., BAG v. 3.12.1997, NZA 1998, 876 ff.), kann es sich auch um eine andere Konstellation handeln. Es handelt

wenn vermeintlich freie Mitarbeiter z.B. Kündigungsschutz geltend machen.⁸³ Höchststrichterliche Rechtsprechung gibt es für den IT-Bereich bislang wenig. Dies hängt damit zusammen, dass problematische Verfahren durch einen Vergleich, also durch eine Einigung durch die Zahlung von Geld, eingestellt werden.⁸⁴

Wenn heute bereits ein Drittel der Freelancer nicht direkt, sondern über Dritte vertraglich gebunden ist und die Leistung aber vor Ort bei einem Unternehmen erbringt,⁸⁵ handelt es sich nicht notwendigerweise um rechtsmissbräuchliche Einsätze. In vielen Fällen ist eine Drei-Personen-Konstellation unproblematisch. Interessant sind die Grenzfälle, wenn z.B. die tatsächliche Durchführung – ohne dass eine rechtsmissbräuchliche Intention vorliegt – in einen Graubereich abrutscht.⁸⁶ Unternehmen, die dies vermeiden wollen, müssen wissen, was zulässig ist. Es muss Rechtssicherheit in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen werden.⁸⁷ Das bedeutet, dass Gesetzesregelungen und die Rechtspre-

sich hierbei keineswegs nur um die klassische Problematik der Abgrenzung einer Arbeitnehmerüberlassung von einem Werkvertrag. Dies wird oftmals unter dem Schlagwort „Missbrauch von Werkverträgen“ diskutiert. Hierbei ist aber unbestritten, dass der Leistende in einem Arbeitsverhältnis steht. Die Frage ist dann nur, wer der Arbeitgeber ist.

⁸³ Die Frage nach dem Status kann sich aber z.B. auch stellen, wenn Leiharbeitnehmer eines Betriebes auf *equal pay* klagen und als vergleichbares Arbeitsentgelt eines „Stammarbeitnehmers“ das Honorar eines vermeintlichen Freelancers anführen, so ArbG Solingen v. 20.2.2014, 1 Ca 161/13 lev, juris.

⁸⁴ Vgl. „Ermittlungsverfahren gegen Daimler eingestellt“, Karriere Spiegel v. 25.1.2016, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/karriere/scheinselbststaendigkeit-bei-daimler-staats-anwaltschaft-stellt-ermittlungen-ein-a-1073738.html> (Stand 18.11.2016). Mehr Rechtsprechung zu Freelancern gibt es vor den Sozialgerichten. Die „Abwendung“ höchststrichterlicher Rechtsprechung ist dort nicht möglich, da Partei des Rechtsstreites der Staat als Träger der Sozialversicherung ist.

⁸⁵ Lünendonk-Studie 2015, S. 39 mit ansteigender Tendenz; siehe auch Haag/Tiberius, NZA 2004, 190, 192; Matzner/Stubenvoll, IT-FL, S. 197 ff.

⁸⁶ Siehe Ulber/J. Ulber, Einl. D., Rn. 15, der darauf hinweist, dass die Leistungserbringung (- allerdings eines Arbeitnehmers -) unter Beteiligung von zwei Unternehmen „latent der Gefahr ausgesetzt ist, in die illegale Beschäftigung abzugleiten“.

⁸⁷ Der Branchenverband BITKOM mahnt an, dass für den Einsatz von Freelancern mehr Rechtssicherheit geschaffen werden muss, „Freelancer werden für Unternehmen wichtiger“, BITKOM (abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Freelancer-werden-fuer-Unternehmen-wichtiger.html>, Stand 18.11.2016); Heise/Friedl, NZA 2015, 129. Es wird angeführt, dass die Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Abgrenzungskriterien einer Selbstständigkeit dazu führen, dass Selbstständige in die Arbeitnehmerüberlassung gedrängt werden, „Verhinderung von Scheinselbstständigkeit“, Computerwoche v. 18.5.2015.

chung veränderten Gegebenheiten durch technische Veränderungen angepasst werden. Eine unsichere Rechtslage führt im Ergebnis auch zu Auftragsrückgängen in Bezug auf unproblematische Einsätze von Freelancern.

Aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten ist es für Unternehmen am attraktivsten, für Leistungen nur zu zahlen, wenn diese auch tatsächlich gebraucht und erbracht werden. Die Leistungserbringung erfolgt „auf Abruf“. Die Verbreitung der On-demand-economy erhält somit auch Einzug in die Arbeitswelt. Dadurch entstehen neue Formen der Zusammenarbeit in Form (virtueller) Projektarbeit oder Crowdfunding. Ermöglicht werden diese Formen der Zusammenarbeit durch technische Systeme. Über digitale Börsen erfolgt ein Zugriff auf die gewünschte Leistung zu jeder Zeit. Eine vertragliche Beziehung ist dann nur für den begrenzten Zeitraum der Leistungserbringung gewünscht. In diesen Fällen verlagert sich das typische Beschäftigungsrisiko eines Arbeitgebers auf den Leistenden. Die Sicherheit einer dauerhaften Beschäftigung und somit einer Existenzgrundlage ist für den Leistenden nicht gewährleistet. In diesem Fall führen die technischen Veränderungen nicht zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Leistenden.⁸⁸ Die Legislative muss darauf reagieren. Staatliche Regulierung steht aber vor der Herausforderung, nicht nur dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag effektiv nachzukommen, sondern auch die Grenzen der Regulierung so zu wählen, dass technische Entwicklungen nicht in unverhältnismäßiger Weise behindert werden.

D. Gang der Darstellung

In der Praxis erfolgt die Ordnung der Rechtsbeziehungen durch Verträge. Zunächst wird festgestellt, welche Vertragsarten abstrakt für eine Leistungserbringung in Betracht kommen. Es ist nach der Anzahl der Beteiligten zwischen Zwei- und Drei-Personen-Modellen zu unterscheiden. In einem weiteren Schritt wird untersucht, welche Verträge aufgrund der dargestellten Interessen der beteiligten Personen in der IT-Praxis bevorzugt werden (2. Teil).⁸⁹

⁸⁸ *Waltermann*, Sozialrecht, Rn. 54.

⁸⁹ Die Bezeichnung der Beteiligten ändert sich je nach rechtlicher Bewertung der Konstruktion. Durch die wertneutrale Bezeichnung des Leistungserbringers als „Leistender“ soll anders als bei den Formulierungen „Freelancer/Selbstständiger/Arbeitnehmer/Beschäftigter“

Die dann folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit den praxisrelevanten Fragen, der Scheinselbstständigkeit und der Bewertung von Drei-Personen-Konstellationen. Für den hochqualifizierten IT-Freelancer ist insbesondere die Frage nach den Bewertungskriterien einer Scheinselbstständigkeit relevant, für geringqualifizierte Freelancer die Verhinderung missbräuchlicher Dreiecksstrukturen.

Zunächst wird untersucht, in welchen Fällen eine Scheinselbstständigkeit vorliegt (3. Teil). Es wird Stellung zu theoretischen Abgrenzungsmodellen und einer Anwendbarkeit dieser Kriterien in der Praxis genommen. Bei der Identifikation der Abwicklung konkreter Leistungsbeziehungen zwischen den Beteiligten wird insbesondere auf die IT-typischen Besonderheiten abgestellt. Ziel ist es, die Tauglichkeit der Kriterien zu überprüfen und Lösungsansätze zu finden, die denjenigen schützen, der des Schutzes bedarf. Für die Freelancer und die Unternehmen steht die Rechtssicherheit durch eindeutige Kriterien im Vordergrund. Es wird im Zuge dessen auch untersucht, inwieweit auf die im Vorfeld abgeschlossenen Verträge abzustellen ist und in welchem Spannungsverhältnis diese zur tatsächlichen Durchführung stehen. Lösungsansätze müssen auf relevante Fälle in der Praxis, wie z.B. Zuruf-Projekte, angewendet werden.

Auch für die Identifikation einer Drei-Personen-Konstellation in der Praxis ist die Frage einer Scheinselbstständigkeit von Bedeutung. Ausgehend von der Frage, ob die Selbstständigkeit des Leistenden gewahrt ist oder nicht, liegt der Schwerpunkt der Untersuchung im Folgenden in der Rolle des Dritten (4. Teil). Dessen Existenz scheint direkte Vertragsbeziehungen zwischen Leistungsempfänger und Leistendem zu verhindern. Es stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die Einbindung des Dritten für die Beteiligten hat – unabhängig davon, dass er die Scheinkonstruktion ermöglicht. Anhand der tatsächlichen Durchführung muss der Tatbestand rechtlich relevanter Normen identifiziert werden. Besonderes Augenmerk liegt auf der in der Praxis verbreiteten Contracting-Konstruktion.

kein Vorgriff auf die rechtliche Bewertung genommen werden. Das leistungsempfangende Unternehmen wird im Folgenden nur als „Unternehmen“ bezeichnet. In Abgrenzung dazu wird eine dazwischengeschaltete Person als „Dritter“ bezeichnet. Spezifische Vertragsbezeichnungen werden nur an den Stellen vorgenommen, an denen es auf eine Spezifizierung ankommt.

Ist der Tatbestand einer Drei-Personen-Konstellation erkannt, ergeben sich daraus konkrete Rechtsfolgen (5. Teil). Die rechtliche Bewertung der Drei-Personen-Konstellation erfolgt durch Anwendung der bestehenden Gesetze. Der Schwerpunkt liegt auf den arbeitsrechtlichen Folgen. Daneben werden die teils gravierenden sozialversicherungs- und strafrechtlichen Konsequenzen behandelt.

Abschließend werden die wirtschaftlichen Konsequenzen, die sich aus der rechtlichen Bewertung der Konstruktion für die Beteiligten ergeben, aufgezeigt. Es wird dargestellt, inwieweit Reformbestrebungen zielführend sind und an welchen Stellen Veränderungsbedarf besteht (6. Teil).

Ziel der Ausarbeitung ist es, Geschäftsmodelle, wie sie in der Praxis verbreitet sind, rechtlich einzuordnen. Eine eindeutige Einordnung trägt zur Rechtssicherheit bei. Missbrauchsmöglichkeiten können auf diese Weise aufgedeckt werden. Die gewonnenen Erkenntnisse können auch auf zukünftige Formen der Zusammenarbeit unter Einfluss der IT übertragen werden.

2. Teil Modelle einer vertraglichen Anbindung der IT-Dienstleister in Theorie und Praxis

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten ergeben sich aus den Verträgen, die die Beteiligten einer Rechtsbeziehung zugrunde legen. Die gesetzlichen Regelungen sehen verschiedene Vertragsformen vor. Die konkrete Vertragsart ergibt sich aus Art und Umfang der geschuldeten Leistung sowie der Vorgehensweise bei der Abwicklung. Unternehmen haben, soweit es sich nicht um zwingende Regelungen handelt, einen Gestaltungsspielraum. Dies gilt sowohl für die Umgrenzung der geschuldeten Leistung als auch für die Anzahl der Beteiligten. Je nachdem, wer Vertragspartner des Unternehmens und wer für die Erbringung der Leistung verantwortlich ist, kann es sich bei dem Einsatz von IT-Fachkräften um eine Zwei- oder eine Drei-Personen-Konstellation handeln.

A. Zwei-Personen-Konstellation

Eine Zwei-Personen-Konstellation liegt vor, wenn an der Abwicklung des konkreten Projektes nur der Leistende und das leistungsempfangende Unternehmen beteiligt sind. Es kommen verschiedene Vertragsarten zur Regelung der rechtlichen Beziehung zwischen den Parteien in Betracht. Der Leistende kann sowohl als Arbeitnehmer als auch als Selbstständiger tätig werden.

I. Interner Leistungserbringer

Da die IT einen wesentlichen Bestandteil der Unternehmen ausmacht, haben vor allem größere Unternehmen eigene IT-Abteilungen. In diesen Abteilungen sind IT-Fachkräfte festangestellt. Auf diese Weise wird die dauerhafte Funktionsfähigkeit der betriebseigenen IT-Infrastruktur sichergestellt.

Das Unternehmen schließt als Arbeitgeber mit dieser IT-Fachkraft einen Arbeitsvertrag i.S.d. § 611 BGB. Der Arbeitnehmer verspricht ein Tätigwerden als Leistung und im Gegenzug verpflichtet sich der Arbeitgeber, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Da sich der Schuldner der Leistung in Abhängigkeit zum Gläubiger begibt, ergeben sich aus einem Arbeitsvertrag über den reinen Leis-

tungsaustausch hinaus weitergehende Rechte und Pflichten.⁹⁰ Ein Arbeitsvertrag knüpft immer an die persönliche Leistungserbringung durch den Schuldner an. Wer dazu außerstande ist, kann nicht Arbeitnehmer sein. Das sog. Normalarbeitsverhältnis ist in der Regel für unbestimmte Zeit geschlossen. Ist der Arbeitsvertrag jedoch nach § 158 Abs. 2 BGB auflösend bedingt, liegt eine Befristung vor. Durch diese erhoffen sich Arbeitgeber, eine erhöhte Flexibilität in der Beschäftigungsstruktur zu schaffen, indem Arbeitsverhältnisse stärker an den jeweiligen Arbeitskräftebedarf angepasst werden. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses unterliegt den Restriktionen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG). Eine rechtsgrundlose Befristung ist gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG bei bis zu dreimaliger Verlängerung nur bis zu einer Dauer von zwei Jahren zulässig. Eine Befristung darüber hinaus kann aufgrund eines sachlichen Grundes i.S.d. § 14 Abs. 1 TzBfG erfolgen. Ist die Befristung unwirksam, liegt gemäß § 16 S. 1 TzBfG ein unbefristeter, auf unbestimmte Dauer geschlossener Arbeitsvertrag vor.

Die Festanstellung einer IT-Fachkraft hat gegenüber dem Einsatz von Externen den Vorteil, dass die Arbeitskraft im Betrieb nach Bedarf eingesetzt werden kann. Durch den Arbeitsvertrag räumt der Leistende dem Unternehmen als Arbeitgeber ein Weisungsrecht ein. Gemäß § 106 GewO hat der Arbeitgeber die Dispositionsbefugnis bezüglich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung. Festangestellte Mitarbeiter können durch den Arbeitgeber grundsätzlich dazu delegiert werden, alle Aufgaben, die vom Arbeitsvertrag umfasst sind, zu erledigen, wie z.B. Beschaffung von Standardsoftware und Hardware, individuelle Erstellung von Software. In der Praxis werden insbesondere Serviceleistungen, wie täglich anfallende Wartungs- und Serviceleistungen, von festangestellten IT-Kräften erbracht. Bei größeren Projekten, die zusätzlich externes Know-how erfordern, arbeiten festangestellte IT-Fachkräfte im Rahmen der Projektabwicklung in gemischten Teams mit externen IT-Fachkräften zusammen.

Die technische Weiterentwicklung wirkt sich auch maßgeblich auf den Arbeitsplatz festangestellter IT-Fachkräfte aus. Insbesondere bei IT-Services ist eine Zentralisierung zu erkennen. Die Betreuung der IT-Systeme erfolgt nicht mehr vor Ort an jedem Betriebsstandort, sondern zentral von der Firmenzentrale

⁹⁰ Die Rechte und Pflichten sind sozialbestimmt, Palandt/*Weidenkaff*, Einf § 611 Rn. 4.

aus.⁹¹ Während viele Projekte eine vor-Ort-Anwesenheit des Leistenden voraussetzen, um eine lückenlose Kontrolle und Kommunikation zu gewährleisten, setzt die Arbeit im Bereich der IT oftmals eine physische Anwesenheit nicht voraus. Festangestellte benötigen dann nicht mehr zwingend einen Arbeitsplatz im Unternehmen.⁹² Durch mobiles Arbeiten fallen physische Arbeitsplätze im Unternehmen ganz weg oder es erfolgt ein sog. *desk sharing*.⁹³

Für viele Tätigkeiten in der IT-Branche bietet sich die sog. Telearbeit an.⁹⁴ Telearbeit liegt vor, wenn „Arbeit unter Verwendung von Informationstechnologie im Rahmen eines Arbeitsvertrages/eines Beschäftigungsverhältnisses, bei der die Arbeit, die auch in den Einrichtungen des Arbeitgebers ausgeführt werden könnte, regelmäßig außerhalb der Einrichtung verrichtet wird“⁹⁵. Maßgeblich ist also, dass es zumindest zeitweilig zu einer räumlichen Trennung vom Betrieb des Arbeitgebers bzw. Auftraggebers kommt.⁹⁶ Nur wenn eine räumliche Trennung möglich ist, ist die konkrete Arbeit für eine solche Tätigkeit geeignet. Dies ist bei Leistungen, wie z.B. Programmierarbeiten, Analysediensten etc., unproblematisch möglich.⁹⁷ Der dezentrale Arbeitsplatz ist mit informationstechnischem Gerät ausgestattet.⁹⁸ Wird die Arbeit von zuhause aus erbracht, handelt es sich um ein sog. Homeoffice.⁹⁹ Eine Verbindung zum Unternehmen besteht durch die Verwendung von Informationstechnologie. Eine solche elekt-

⁹¹ Siehe Sachverhalt, LAG Hamm v. 10.3.2011, BeckRS 2011, 71772.

⁹² Hilber/Weiss, Teil 1 A, Rn. 22.

⁹³ Wedde, AiB 6/2015, 10, 11, d.h. mehrere Mitarbeiter teilen sich einen Arbeitsplatz bzw. der Arbeitsplatz wird je nach Bedarf zugewiesen.

⁹⁴ Schaub/Vogelsang, § 164 Rn. 1 ff.; Hoeren/Preis, Telearbeit, Rn. 11; MüArbR/Heenen, § 316 Rn. 1; Wedde, Telearbeit, Rn. 1 ff.; Däubler, SR 2014, 45, 59.

⁹⁵ Hoeren/Preis, Telearbeit Rn. 2; siehe auch Wedde, Telearbeit, Rn. 2.

⁹⁶ MüArbR/Heenen, § 316 Rn. 1.

⁹⁷ MüArbR/Heenen, § 316 Rn. 3. Die Ausstattung des Heimarbeitsplatzes oblag bislang zumeist dem Arbeitgeber, der die Arbeitsmittel zur Verfügung stellen musste. Inzwischen gibt es tarifvertragliche Regelungen (z.B. bei der Telekom), wonach der Leistende den Heimarbeitsplatz selbst ausstattet, Meyer, Mitbestimmung 12/2015, 23. Daneben gibt es noch die Heimarbeit. Hierbei wird die Arbeitsleistung gänzlich nicht in der Betriebsstätte erbracht.

⁹⁸ Däubler, SR 2014, 45, 59.

⁹⁹ Die prognostizierte weite Verbreitung hat sich bislang nicht bewahrheitet, „Der Trend zum Home Office ist eine Illusion, Welt v. 12.1.2014; Brenke, DIW Wochenbericht 5/2016, S. 98 f.

ronische Verbindung muss zwar nicht zwingend vorliegen,¹⁰⁰ eine Telearbeit ohne Kontakt zum Unternehmen ist aber eher die Ausnahme.¹⁰¹ Durch diese Strukturen, insbesondere den internetbasierten Services, unterscheidet sich die Arbeit im IT-Bereich von klassischen, industriellen Tätigkeitsfeldern.

II. Externer Leistungserbringer

Unternehmen haben nicht die Wissens- und Personalressourcen, um alle Aufgaben selbst mit eigenen Mitarbeitern zu erledigen. Sie sind dann auf die Hilfe externer Anbieter angewiesen.

1. Fremdvergabe verfassungsrechtlich geschützt

Für Randbereiche innerhalb des Unternehmens ist der Einkauf externer Leistungen nicht die Ausnahme, sondern eher üblich. So werden z.B. der Betrieb der Kantine oder die Gebäudereinigung an externe Firmen vergeben. Zunehmend werden aber auch Kernbereiche des Unternehmens, wie z.B. die Entwicklung (in der Automobilindustrie) oder aber die IT an externe Firmen übergeben.¹⁰² In vielen Fällen handelt es sich um ehemals betriebseigene Tätigkeiten. Es liegt ein sog. Outsourcing vor.

Die Entscheidung, externe Dienstleister zu beauftragen, ist von der Unternehmensfreiheit gemäß Art. 12 GG, Art. 14 GG und Art. 2 GG verfassungsrechtlich geschützt.¹⁰³ Die Aufteilung der einzelnen Geschäftsbereiche und Abteilungen steht den Unternehmen frei. Unternehmen können Abteilungen auch auslagern und sich so auf ein Kerngeschäft konzentrieren und spezialisieren.¹⁰⁴ Voraussetzung der Fremdvergabe von Aufgaben ist jedoch, dass sich die ausgliedernden Einheiten rechtlich verselbstständigen lassen.¹⁰⁵ Die Fremdvergabe hat für das Unternehmen den Vorteil, dass sich die Verwaltung der Leistungser-

¹⁰⁰ *Wank*, NZA 1999, 225, 231; die ausschließliche Telefernarbeit kommt auch ohne jeglichen Kontakt zum Unternehmen aus. Diese bietet sich insbesondere bei Programmierarbeiten an, *Collardin*, Telearbeit, S. 19.

¹⁰¹ *Hoeren/Preis*, Telearbeit, Rn. 16.

¹⁰² 9 % der Leistenden in Unternehmen sind Externe – mit steigender Tendenz, EY-Studie, S. 9 f.

¹⁰³ BAG v. 26.9.2002, NZA 2003, 549, 550; zuletzt v. 20.11.2014, NZA 2015, 679, 682.

¹⁰⁴ BAG v. 26.9.2002, NZA 2003, 549, 550.

¹⁰⁵ Vgl. LAG Köln v. 30.6.1995, AP Nr. 80 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

bringung vereinfacht. Innerhalb des leistungsempfangenden Unternehmens sind für Werk- und Dienstverträge der Einkauf bzw. die einzelnen Fachabteilungen zuständig. Die Beschäftigung eines Leistenden kann so den „unkomplizierten“ Weg, an der Personalabteilung vorbei, nehmen.¹⁰⁶ Beteiligungsrechte des Betriebsrates müssen, anders als bei eigenen Arbeitnehmern oder bei der Arbeitnehmerüberlassung, nicht beachtet werden.¹⁰⁷ Auch können Personalkosten eingespart werden, da die Vergütung der Freelancer günstiger sein kann, als das „Komplettpaket Arbeitnehmer“, da für diesen auch noch Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden müssen.¹⁰⁸ Bei konjunkturellen Schwankungen können die Einsätze mangels Kündigungsschutzes schneller als ein Arbeitsverhältnis beendet werden.

Der Zwiespalt, in den sich Unternehmen begeben, ist offensichtlich: Die Vergabe an externe Unternehmen reduziert Kosten, führt aber auch dazu, dass Kernstücke des Unternehmens aus der Hand gegeben werden und sich somit neue Abhängigkeiten ergeben.

2. Besonderheiten der freien Verträge

Unternehmen schließen mit Dienstleistern, IT-Unternehmen oder Freelancern, freie Verträge über die gewünschte Leistung.¹⁰⁹

Kommt es zu einer Fremdvergabe einer bestimmten Leistung, wird zumeist ein Dienst- oder Werkvertrag geschlossen.¹¹⁰ Die Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag ist – zumindest auf dem Papier – eindeutig. Die Abgrenzung ist bedeutsam, da bei besonderer Ausgestaltung eines Dienstvertrages ein Arbeits-

¹⁰⁶ Lünendonk-Studie 2015, S. 42 f.; Im Übrigen kann – worauf *Lembke* (NZA 2013, 1312) hinweist – der Headcount in Unternehmen verringert werden. Die auf der Gehaltsliste stehenden „Full-Time-Equivalents“ (FTEs) sind eine maßgebliche Kennzahl, an der sich auch der Bonus eines Managers berechnen kann.

¹⁰⁷ Dem Betriebsrat stehen bislang nur Informationsrechte zu, § 80 Abs. 2 BetrVG, §§ 90 Abs. 1 Nr. 3, 92 Abs. 1, 92a Abs. 1 BetrVG.

¹⁰⁸ *Lembke*, NZA 2013, 1312.

¹⁰⁹ In Abgrenzung zu einem Arbeitsvertrag wird das Rechtsverhältnis, soweit es nicht auf eine spezifische Abgrenzung ankommt, als freier Vertrag bezeichnet. Spezifische Vertragsarten sind der Werkvertrag, Dienstvertrag, Kaufvertrag, Mietvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Auftrag.

¹¹⁰ Andere Vertragstypen, wie z.B. der (unentgeltliche) Auftrag, die Geschäftsbesorgung haben eine untergeordnete Bedeutung.

vertrag als spezieller Unterfall vorliegen kann.¹¹¹ Das Vorliegen eines Werkvertrages hingegen schließt einen Arbeitsvertrag aus. Die Besonderheiten der Vertragsarten sind herauszustellen, weil sie die Grundlage einer Abgrenzung in problematischen Fällen bilden.

a. Abgrenzung Werk-/Dienstvertrag

Der Werkvertrag unterscheidet sich vom Dienstvertrag nach der geschuldeten Leistung. Der Werkunternehmer verpflichtet sich einen konkreten Erfolg im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB herbeizuführen. Das „Werk“ als konkreter Erfolg ist der Mittelpunkt einer Werkleistung. Es steht gemäß § 631 Abs. 1 BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Vergütungsverpflichtung. Fällig wird die Vergütung erst, wenn der geschuldete Erfolg herbeigeführt wurde. Dies ergibt sich aus § 641 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach muss zunächst eine Abnahme gemäß § 640 BGB vorliegen.¹¹²

Wird nicht ein konkreter Erfolg, sondern werden lediglich „Dienste“ geschuldet, handelt es sich gemäß § 611 BGB um einen Dienstvertrag.¹¹³ „Dienste“ sind ein Tätigwerden an sich. Eine Fremdvergabe liegt aber nur vor, wenn es sich um einen sog. freien Dienstvertrag handelt.¹¹⁴ Ein Dienstvertrag muss dem Dienstleister die tatsächliche Möglichkeit einer eigenständigen unternehmerischen Tätigkeit belassen.¹¹⁵ Der Dienstleister organisiert das Tätigwerden dann eigenverantwortlich und nicht in persönlicher Abhängigkeit zum leistungsempfangenden Unternehmen.

¹¹¹ ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 3; a.A. Greiner, RdA 2015, 218, 219 ff. Wird ein Dienstvertrag zwischen dem Freelancer und dem Unternehmen geschlossen und enthält dieser z.B. Regelungen über eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, über bezahlten Erholungsurlaub oder ist eine arbeitsvertragstypische Haftungsbeschränkung vorgesehen, handelt es sich auch nach der Papierform nicht um einen Dienst-, sondern um einen Arbeitsvertrag.

¹¹² Der Werkbesteller kann die Abnahme im Sinne des § 640 BGB verweigern. Dann muss er aber bereits das geschaffene Produkt und die Funktionsfähigkeit überblicken können. Dies ist bei Software zumeist nicht der Fall.

¹¹³ BGH v. 16.7.2002, NJW 2002, 3323, 3324.

¹¹⁴ Zur Bezeichnung „freie Dienstverträge“, siehe ErfK/Preis, § 611 Rn. 8; MüKo/Müller-Glöge, § 611 Rn. 77.

¹¹⁵ Hoeren/Preis, Telearbeit Rn. 37.

Die gesetzliche Unterscheidung zwischen einem Dienst- und einem Werkvertrag ist eindeutig. Die Vertragstypen unterscheiden sich nach der zu erbringenden Leistung. Entscheidend ist, worauf die geschuldete Tätigkeit gerichtet ist. Wird ein Erfolg geschuldet, liegt ein Werkvertrag vor. Wird nur ein Tätigwerden geschuldet, liegt ein Dienstvertrag vor.

An diese Unterscheidung anknüpfend, ergeben sich auch Unterschiede im Leistungsstörungenrecht. Die Verpflichtung, einen konkreten Erfolg zu erbringen, erweitert den Verantwortungsbereich des Werkunternehmers gegenüber dem eines Dienstleisters. Der Weg zum Erfolg ist unbeachtlich – entscheidend ist das Ergebnis. Bleibt der Erfolg aus, wird nicht nur der korrespondierende Vergütungsanspruch nicht fällig, der Werkunternehmer haftet auch für die Folgen des Ausbleibens des Erfolges. Der Eintritt des geschuldeten Erfolgs liegt im Verantwortungsbereich des Werkunternehmers. Gewährleistungsrechte kann der Besteller ab Gefahrübergang, der Abnahme (§ 640 BGB), geltend machen.¹¹⁶ Das Gewährleistungsrecht des Werkvertrages sieht neben dem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB weitere Gewährleistungsansprüche vor, die nicht an ein Verschulden anknüpfen, wie z.B. eine Minderung gemäß §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB oder eine Selbstvornahme §§ 634 Nr. 2, 637 BGB.

Das Dienstvertragsrecht sieht kein spezielles Gewährleistungsrecht vor. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Dienstnehmer durch Weisungen ausreichend steuern und gegebenenfalls, sollte er nicht zufrieden sein, den Vertrag für die Zukunft beenden bzw. kündigen kann, vgl. §§ 620 II, 626, 627 BGB.¹¹⁷ Bei einem Dienstvertrag können Leistungsstörungenrechte nur geltend gemacht werden, wenn der Dienstnehmer eine Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), er also vorsätzlich oder fahrlässig im Sinne des § 276 BGB gehandelt hat. Weitere, verschuldensunabhängige Ansprüche, wie z.B. eine Minderung, bestehen nicht.

¹¹⁶ MüKo/*Busche*, § 634 Rn. 3. Vor Gefahrübergang gilt das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280 ff. BGB, BGH v. 25.3.2010, NJW 2010, 2200 ff. Die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt bis zur Abnahme der Werkunternehmer. Zu beachten ist allerdings, dass gemäß § 642 BGB die Gefahr auf den Werkbesteller übergehen kann, wenn dieser Mitwirkungshandlungen unterlässt.

¹¹⁷ OLG Düsseldorf, v. 2.11.2005, NJW-RR 2006, 1074, 1074 f.; Ein Rücktritt vom Beratervertrag ist für die Zukunft nach § 323 BGB möglich, *Söbbing*, ITRB 2007, 217.

b. Abgrenzung freier Dienst-/Arbeitsvertrag

Der (freie) Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Arbeitsvertrag. Die Haftung auf Grundlage eines Arbeitsvertrages ergibt sich zwar auch aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht der §§ 280 ff. BGB, Haftungsansprüche werden aber modifiziert. Grund ist die auf der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers basierende Paritätsstörung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.¹¹⁸ Die Modifikation beruht auf einem innerbetrieblichen Schadensausgleich.¹¹⁹ Berücksichtigt wird die Risikoverteilung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses: Der Arbeitgeber, der von der Arbeitsleistung profitiert, soll (teilweise) in die Verantwortung genommen werden. Es kommt in bestimmten Fällen zu einer Haftungsbefreiung bzw. zu einer Quotelung der Haftung.

Eine Besonderheit der externen Leistungserbringung gegenüber internen Fachkräften ist, dass es das Unternehmen bei der Fremdvergabe nur bedingt steuern kann, wer die Leistung konkret erbringt. Einen Arbeitnehmer dagegen hat sich das Unternehmen speziell ausgesucht. Er ist nach § 613 S. 1 BGB zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet. Handelt es sich beim Vertragspartner im Rahmen einer Fremdvergabe nicht um einen Freelancer, sondern um ein IT-Unternehmen, erfolgt die konkrete Leistungserbringung in der Regel durch Arbeitnehmer des IT-Unternehmens. Sie sind gemäß § 278 BGB dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkunternehmer oder Dienstleister hat ihnen gegenüber ein Weisungsrecht und haftet gemäß § 278 BGB gegenüber Dritten für seine Erfüllungsgehilfen.¹²⁰

¹¹⁸ Freie Mitarbeiter, die auf Grundlage eines freien Vertrages tätig werden, können sich auf die Haftungserleichterung nicht berufen, BGH v. 7.10.1969, AP Nr. 51 zu § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers.

¹¹⁹ BAG v. 27.9.1994, AP Nr. 103 zu § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers. Der innerbetriebliche Schadensausgleich beruht auf richterrechtlicher Rechtsfortbildung und ist inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/6857, S. 48) ist davon auszugehen, dass der normative Anknüpfungspunkt § 276 BGB ist. Demnach wird das Verschulden beim Haftungsgrund modifiziert. Die überwiegende Ansicht wendet jedoch § 254 BGB analog (bzw. den Rechtsgedanken) an (ErfK/Preis, § 619a BGB Rn. 10).

¹²⁰ Erfüllungsgehilfen sind nicht nur diejenigen, die in einem Arbeitsverhältnis zum IT-Unternehmen stehen. Erfüllungsgehilfe können auch Subunternehmer sein, die sich gegenüber dem IT-Unternehmen aufgrund eines freien Vertrages zur Leistung verpflichtet haben. Das Tätigwerden für einen Dienstleister/Werkunternehmer kann auch in Folge

3. (Freie) Verträge bei IT-Leistungen

Die rechtliche Einordnung einer Rechtsbeziehung bestimmt sich maßgeblich nach dem geschuldeten Inhalt der Leistung. Die Art der zu erfüllenden Aufgabe und die Vorgehensweise der Abwicklung prägen die konkrete Leistung. Moderne Projektmethoden haben Einfluss auf die Interaktion zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Dies sollte bereits in den Verträgen Berücksichtigung finden.¹²¹

a. Vertragliche Einordnung von Einzelleistungen nach Vertragstypen des BGB

Sollen Standardsoftware (samt der Nutzungsrechte) oder Hardwarekomponenten gegen ein einmaliges Entgelt dauerhaft überlassen werden, handelt es sich um einen Kaufvertrag.¹²² Wird die Software überlassen, erhält der Kunde vom Provider das Eigentum an einer Programmkopie.¹²³ Handelt es sich um eine befristete Überlassung, kommt ein Mietvertrag in Betracht. In der Praxis werden zunehmend Leasingverträge geschlossen.¹²⁴ Anwendbar ist dann das Mietrecht. Erfolgt die Zurverfügungstellung der Software über ein Netzwerk (SaaS, ASP), insbesondere über eine Cloud, handelt es sich nicht um einen Kaufvertrag wie bei der Überlassung der Software auf einem Datenträger. Der Anbieter der Software, der diese über ein Netzwerk zur Verfügung stellt, bleibt Eigentümer der Software. Er ermöglicht Kunden nur den Zugriff auf seine bereitgestellte Hardware und Software.¹²⁵ Bezüglich der reinen Softwareüberlassung ist vom

einer Vereinsmitgliedschaft erfolgen. Es liegt kein Arbeits- oder Dienstvertrag zwischen dem Leistenden und dem Werkunternehmer/Dienstleister vor. Begründet wird dies mit einem besonderen Zugehörigkeits- und Gemeinschaftsgefühl (z.B. DRK-Schwestern); siehe dazu *Groener*, ZtR 2014, 379, 380.

¹²¹ *Schneider*, ITRB 2010, 18, 19.

¹²² *Hoeren*, IT-Recht, S. 108. Irrelevant ist die Diskussion, ob es sich bei der Software um eine Sache handelt, da gemäß § 453 Abs. 1 BGB auch der Rechtskauf unter §§ 433 ff. BGB fällt; *Hoeren*, IT-Recht, S. 108; *Diedrich*, CR 2002, 473, 479.

¹²³ *Hoeren*, IT-Recht, S. 119.

¹²⁴ Das Leasen oder Mieten von Soft- oder Hardware kann steuerliche Gründe (Abschreibungsmöglichkeit) haben, *Taeger*, NJW 2013, 19, 22; *Hoeren*, IT-Recht, S. 306 f.

¹²⁵ *Hoeren*, IT-Recht, S. 358.

Vorliegen eines Mietvertrages auszugehen.¹²⁶ Der Vertragstyp ändert sich nur, wenn andere Leistungspflichten im Vordergrund stehen.¹²⁷

Denkbar ist, dass neben der Überlassung von Hard- oder Software auch Personal mit überlassen wird, welches die Hard- und/oder Softwarekomponenten bedient. Hierbei handelt es sich nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung, wenn nicht das Überlassen des Personals, sondern das Überlassen der technischen Gerätschaften im Vordergrund steht.¹²⁸ Im IT-Bereich wird das Fremdpersonal zumeist bei der Einführung der Gerätschaften sowie als unterstützende Hilfe für das Personal tätig.¹²⁹

Soll eine Software nach den individuellen Wünschen des Anwenders erstellt werden, liegt ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB vor. Die Erstellung von Individual-Software gehört zu den Haupttätigkeiten von IT-Freelancern in Unternehmen. Die rechtliche Einordnung als Werkvertrag ist unproblematisch. In vielen Fällen wird die Software nicht komplett neu für den Kunden erstellt, sondern es handelt sich um eine individuelle Anpassung und Veränderung von Standardsoftware an die speziellen Wünsche des Kunden.¹³⁰ Problematisch ist die Regelung des § 651 BGB, der die Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Vorschriften vorsieht, wenn ein Werklieferungsvertrag vorliegt.¹³¹ Die Anwendbarkeit des jeweiligen Rechts richtet sich maßgeblich nach dem Schwerpunkt des Vertrages. Entscheidend ist, welche Leistungspflicht dem Vertrag sein Gepräge

¹²⁶ BGH v. 15.11.2006, NJW 2007, 2394; *Marly*, Softwarerecht, Teil 4, Rn. 1133; Schneider/Graf v. Westphalen/Witzel, G Rn. 72; Hilber/Intveen/Hilber/Rabus, Teil 2, Rn. 151; Hoeren, IT-Recht, S. 359 f., *Söbbing*, ITRB 2015, 147; Etwas anderes kann gelten, wenn neben der reinen Softwareüberlassung noch andere Leistungen geschuldet sind, *Müller-Hengstenberg*, NJW 2007, 2370; *Ders.*, CR 2004, 161; *Diedrich*, CR 2002, 473.

¹²⁷ Eine nur unerhebliche Nebenleistung, wie z.B. die Installation der gelieferten Software, führt noch nicht zwingend zu einer anderen rechtlichen Bewertung. In diesen Fällen kann von einer Montageverpflichtung ausgegangen werden, so *Schneider*, ITRB 2010, 18,19.

¹²⁸ „Derartige gemischte Verträge werden von den Vorschriften des AÜG jedenfalls dann nicht erfasst, wenn nicht die Überlassung von Arbeitnehmern, sondern die Gebrauchsüberlassung des Gerätes oder der Maschine den Inhalt des Vertrages prägt“, BAG v. 17.2.1993, NZA 1993, 1125, 1127; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 220.

¹²⁹ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 218.

¹³⁰ *Redeker*, IT-Recht, S. 287.

¹³¹ Für Rechtsunsicherheit hatte insbesondere das Urteil des BGH v. 23.7.2009 (NJW 2009, 2877 ff.) gesorgt, *Fritzemeyer*, NJW 2011, 2918, 2920; Siehe zur Diskussion ausf. Schneider/Graf v. Westphalen/Witzel, G Rn. 80 ff.

gibt.¹³² Die Lieferung der Software muss der Hauptzweck des Vertrages sein und nicht die Erstellung eines Erfolges. Nach der Rechtsprechung liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Veränderungen der Software aufgrund individueller Bedürfnisse im Vordergrund stehen.¹³³

Da der Werkvertrag einen konkreten Erfolg zum Vertragsinhalt hat, muss dieser bei Vertragsschluss definierbar sein. Für die Programmierung einer bestimmten (Standard-)Software oder den Aufbau eines IT-Systems ist dies zumeist unproblematisch. Klassische Abwicklungsmodelle orientieren sich daran, indem das geschuldete Werk in einer Plan-Phase definiert wird. Schwierig wird es jedoch zunehmend bei neuen Formen der Zusammenarbeit, wie z.B. der agilen Projektentwicklung. Oftmals ist der konkret geschuldete Erfolg zu Beginn des Projekts noch nicht definierbar.¹³⁴ Erst im Laufe des Prozesses wird deutlich, in welcher Form das Projekt umsetzbar ist.¹³⁵ Der konkret zu erbringende Erfolg muss zwar nicht bereits am Anfang bis ins letzte Detail festgelegt, er muss aber bereits abgrenzbar sein.¹³⁶

Schuldet der Dienstleister Pflege- oder Wartungsleistungen, handelt es sich in der Regel um einen Dienstvertrag gemäß § 611 BGB. Dies ist der Fall, wenn der Dienstleister auf Abruf tätig wird, z.B. über einen Vor-Ort-Service oder eine Service-Hotline. Im Vordergrund steht dann eine dauerhafte Betreuung der Systeme – geschuldet ist das Tätigwerden.¹³⁷ Das gleiche gilt für Beratungs- und sonstige Unterstützungsleistungen. Diese werden ebenfalls über einen Dienstvertrag erbracht. Sollen hingegen konkrete Reparaturleistungen, wie z.B. die Anpassung der Software, erbracht werden, handelt es sich um einen Werkvertrag.¹³⁸ Es steht dann nämlich die Wiederherstellung des funktionsfähigen Zustands als Erfolg im Vordergrund.

¹³² *Hoeren*, IT-Recht, S. 111 f.

¹³³ BGH v. 5.6.2014, NJW-RR 2014, 1204, 1205.

¹³⁴ *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 217; *Schneider*, EDV, D Rn. 10.

¹³⁵ Entscheidend für den Erfolg des Projektes ist die Governance (Steuerung) während des Projektes, *Söbbing*, ITRB 2014, 214, 216; *Schumann*, ZfBR 2012, 9, 13.

¹³⁶ BAG v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348, 1350; MüKo/*Busche*, § 631 Rn. 64. Die Anwendung des § 651 BGB scheidet aus, der Vertragsgegenstand vorher definiert sein müsste, wenn die Lieferung im Vordergrund stehen soll, *Lapp*, ITRB 2010, 69, 70.

¹³⁷ BGH v. 4.3.2010, NJW 2010, 1449 ff.

¹³⁸ BGH v. 4.3.2010, NJW 2010, 1449 ff.

b. IT-Systemvertrag

Eine Zusammenfassung von Einzelleistungen erfolgt durch sog. IT-Systemverträge. Im Rahmen dieser IT-Systemverträge werden unterschiedliche Leistungen in einem Vertrag geregelt.¹³⁹ Werden eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen gebündelt, ist die Bestimmung der Vertragsart nicht immer eindeutig.¹⁴⁰ Bei solchen typengemischten Verträgen, die aus mehreren Haupt- und Nebenleistungen bestehen können, kann es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft (typengemischter Vertrag) oder aber um eigenständige Rechtsgeschäfte (zusammengesetzter Vertrag) handeln.¹⁴¹ Maßgeblich ist, ob die Vertragsparteien – oder bei Erkennbarkeit zumindest eine Partei – eine untrennbare Gesamtleistung wünscht oder ob die Leistungen auch separat hätten erfolgen können. Handelt es sich um mehrere, gleichwertige Hauptleistungspflichten, ist für jede das individuell passende Recht anzuwenden.¹⁴² Handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft, ist die Vertragsart anhand des Schwerpunktes des Vertrages zu bestimmen.¹⁴³

c. „Projektvertrag“

In der Praxis schließen die Beteiligten oftmals einen sog. „Projektvertrag“.¹⁴⁴ Der Einsatz eines Freelancers soll in einem Projekt erfolgen, welches im Vertrag umschrieben ist.¹⁴⁵ Eine Projektarbeit kann so ausgestaltet sein, dass Teams aus Externen in einem fremden Unternehmen an einem Projekt mitarbeiten.¹⁴⁶ In dem Unternehmen arbeiten dann sowohl die Arbeitnehmer des Un-

¹³⁹ *Fritzemeyer*, NJW 2011, 2918, 2919.

¹⁴⁰ Das Gleiche gilt für die Fälle, in denen aufgrund technischer Veränderungen eine eindeutige Einordnung zu einer Vertragsart des BGB nicht mehr möglich ist, Leupold/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, Teil 1, Rn. 34.

¹⁴¹ Leupold/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, Teil 1, Rn. 39 f.

¹⁴² Leupold/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, Teil 1, Rn. 42.

¹⁴³ BGH v. 4.3.2010, NJW 2010, 1449, 1450 ff.; *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370, 2372; *Hoeren*, IT-Recht, S. 111.

¹⁴⁴ SG München v. 19.1.2012, S 56 R 978/10, juris; v. 21.11.2013, S 15 R 1528/11, juris; Nach der EY-Studie (S. 11) nutzen 38 % eine „Projektbeauftragung“ und nicht einen Dienst-/Werkvertrag.

¹⁴⁵ Die projektbezogene Beschäftigung des Freelancers wird über die Fachabteilungen initiiert und letztlich über den Einkauf – und nicht über die Personalabteilung – abgewickelt, vgl. Hays-Report, S. 16; Lünendonk-Studie 2015, S. 42 f.

¹⁴⁶ Lünendonk-Studie 2015, S. 6, 8.

ternehmens als auch externe Leistungserbringer wie Freelancer oder die Arbeitnehmer von IT-Unternehmen. Ein eigenständiger Vertragstyp „Projektvertrag“ findet sich im BGB nicht. Es handelt sich zumeist um einen typen gemischten Vertrag. Je nach Aufgabe können Elemente verschiedener Vertragstypen Inhalt einer „Projektbeauftragung“ sein. Entscheidend ist dann wiederum, ob es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft oder um mehrere Einzelleistungen handelt. Wie sich agile Projektentwicklungsmethoden auf die Vertragsart auswirken, ist noch nicht abschließend geklärt. Insbesondere die enge Zusammenarbeit erschwert die Einordnung. Problematisch ist, dass die Umgrenzung der Leistung während des Projektes erfolgt. Das Verhältnis der Beteiligten untereinander wird weniger durch die im Vorfeld geschlossenen Verträge gesteuert als vielmehr durch die gelebte Beziehung untereinander.¹⁴⁷ Teilweise wird vertreten, dass es sich um Werkverträge handelt, teilweise wird der Dienstvertrag als vorzugswürdig erachtet.¹⁴⁸ Lässt sich das Projekt nicht in Einzelleistungen untergliedern, muss darauf abgestellt werden, wer die Verantwortung für das Gesamtergebnis tragen soll. Liegt die Gesamtverantwortung für den Erfolg des Projektes beim Unternehmen, ist ein Dienstvertrag einschlägig. Lässt sich die Leistung des Freelancers abgrenzen und trägt er das Risiko des Leistungserfolges, ist ein Werkvertrag einschlägig. Dies ist unproblematisch, wenn der Freelancer z.B. eine bestimmte Softwarekomponente programmieren soll.

Daneben spielt für IT-Freelancer das Projektmanagement eine große Rolle.¹⁴⁹ Unternehmen beauftragen Freelancer zur Projektleitung, um externes Wissen für sich nutzbar zu machen. Übernimmt der Freelancer die Steuerung des Projektes, kann wiederum ein Dienst- oder Werkvertrag einschlägig sein.¹⁵⁰ Ist die Leitung und Koordination des Projektes derart ausgestaltet, dass der Freelancer auch die Verantwortung für den Erfolg des Projektes trägt, ist von einem Werkvertrag auszugehen.

¹⁴⁷ „Relational Governance“, *Schuhmann*, ZfBR 2012, 9, 13.

¹⁴⁸ Vgl. *Schneider/Graf v. Westphalen/Schneider*, C. Rn. 193; *Bischof*, ITRB 2014, 217, 218; *Hengstler*, ITRB 2012, 113, 116; *Frank*, CR 2011, 138, 139; *Kremer*, ITRB 2010, 283, 285; *Lapp*, ITRB 2010, 69, 70.

¹⁴⁹ Lünenonk, Pressemitteilung v. 13.8.2013, abrufbar unter: <http://lunenonk.de/pressefeed/nachfrage-nach-it-freelancern-weiterhin-ungebrochen-hoch> (Stand: 18.11.2016).

¹⁵⁰ Vgl. Projektsteuerungsvertrag im privaten Baurecht, *MüKo/Busche*, § 631 BGB Rn. 271.

B. Drei-Personen-Konstellation

In der Praxis verbreitet sind Konstellationen, in denen neben dem Leistungserbringer und dem leistungsempfangenden Unternehmen noch Dritte beteiligt sind. Die Leistungserbringung im Rahmen einer Drei-Personen-Beziehung ist in verschiedenen Konstellationen möglich.

I. Vermittlung

Die Vermittlung kann sich auf die Vermittlung von Arbeitnehmern in abhängige Beschäftigungsverhältnisse oder auf die Vermittlung von Werk- bzw. Dienstaufträgen an Selbstständige beziehen.

1. Vermittlung von Arbeitnehmern

Eine Vermittlung von Arbeitnehmern, eine sog. Arbeitsvermittlung,¹⁵¹ liegt vor, wenn die Tätigkeit der Vermittler darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen, vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 SGB III.¹⁵² Seitdem das staatliche Monopol der Arbeitsvermittlung aufgegeben worden ist, bieten neben der Bundesagentur für Arbeit auch private Vermittler eine Arbeitsvermittlung an.¹⁵³

Die Arbeitsvermittlung unterfällt den Regelungen der §§ 652 ff. BGB, wenn sich aus §§ 292, 296 ff. SGB III nicht etwas anderes ergibt.¹⁵⁴ Die Vermittlung kann in der Form ausgestaltet sein, dass der arbeitssuchende Arbeitnehmer einen Vertrag über die Vermittlung mit dem Vermittler schließt oder dass ein Unternehmen, welches Arbeitskräfte sucht, einen Vermittler beauftragt, einen pas-

¹⁵¹ Ulber/*J. Ulber*, Einl. D. Rn. 8.

¹⁵² Palandt/*Sprau*, Einf v § 652 Rn. 15. Die allgemeine Definition in § 35 SGB III gilt nicht nur die Arbeitsvermittlung der Bundesagentur für Arbeit, sondern auch für die private Arbeitsvermittlung, Schlegel/*Voelzke/Neunaber*, § 35 Rn. 8.

¹⁵³ Eine Arbeitsvermittlung von privaten Anbietern ohne Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit ist seit dem 24.3.2002 zulässig; Ulber/*J. Ulber*, Einl. D. Rn. 3.

¹⁵⁴ Schlegel/*Voelzke/Neunaber*, § 296 Rn. 15; Palandt/*Sprau*, Einf. v. § 652 Rn. 15. Die Tätigkeit eines Maklers und eines Vermittlers ähneln sich, Sächsisches LSG v. 2.2.2004, L 3 AL 319/03, juris. Handelt ein Makler, gibt es eine Erfolgsbedingung; bei einer Vermittlung reicht die Kontaktverschaffung, Schlegel/*Voelzke/Neunaber*, § 35 SGB III Rn. 41.

senden Arbeitnehmer zu finden. Die Beauftragung des Vermittlers erfolgt gemäß § 296 Abs. 1 S. 1 SGB III durch einen privatrechtlichen Vermittlungsvertrag.¹⁵⁵ Die Vergütung für eine Vermittlung richtet sich nach § 296 SGB III. Die Vermittlungsvergütung wird nur fällig, wenn die Tätigkeit des Vermittlers kausal für das Beschäftigungsverhältnis war, gemäß § 296 Abs. 2 S. 1 SGB III. Während die Vergütung zwischen Vermittler und Arbeitgeber frei ausgehandelt werden kann, ist die Vergütungshöhe zwischen Arbeitnehmer und Vermittler gemäß § 296 Abs. 2, 3 S. 1 SGB III reglementiert.¹⁵⁶ Die Vermittlung eines Arbeitssuchenden ist von der Personalberatung abzugrenzen.¹⁵⁷ Personalberatung ist selbst nicht auf die Zusammenführung eines Arbeitgebers mit einem Arbeitnehmer gerichtet. Der Personalberater unterstützt Unternehmen bezüglich Personalrekrutierungsstellen oder berät bezüglich der Besetzung offener Führungspositionen.¹⁵⁸ Die Suche nach dem Arbeitnehmer verbleibt beim Unternehmen. Maßgeblich ist also, wer „Herr des Besetzungsverfahrens“¹⁵⁹ ist.

Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung soll bei der Vermittlung das Unternehmen selbst Arbeitgeber des vermittelten Arbeitnehmers werden.¹⁶⁰ Ziel der Vermittlung ist die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Unternehmen. Der Vermittler selbst wird, anders als der Verleiher, nicht Partei des Arbeitsverhältnisses.¹⁶¹

2. Vermittlung von Selbstständigen

Personaldienstleister bieten Unternehmen und Selbstständigen auch die Vermittlung von Aufträgen in Form von Dienst- und Werkverträgen an. Das Unternehmen, das eine besondere Aufgabe an einen Selbstständigen vergeben möchte, kann sich zum Auffinden des passenden Selbstständigen an einen Vermittler

¹⁵⁵ Es handelt sich um einen Maklervertrag, § 652 BGB, BSG v. 6.4.2006, NJW 2007, 1902 ff.

¹⁵⁶ Palandt/*Sprau*, § 652 Rn. 58.

¹⁵⁷ Schlegel/*Voelzke/Neunaber*, § 35 SGB III Rn. 49; Niesel/*Brand/Brand*, SGB III, § 35 Rn. 13; *Rixen*, NZS 2002, 466, 469; Der Personalberatung liegt kein Vermittlungsvertrag zugrunde, sondern ein eigener Dienst-/Werkvertrag.

¹⁵⁸ *Rixen*, NZS 2002, 466, 469.

¹⁵⁹ *Rixen*, NZS 2002, 466, 469.

¹⁶⁰ *Thüsing/Waas*, AÜG, § 1 Rn. 56; *Boemke/Lembke/Boemke*, § 1 Rn. 36.

¹⁶¹ *Boemke/Lembke/Boemke*, § 1 Rn. 74.

wenden. Dieser Vermittler sucht aus einem Pool von Kandidaten einen qualifizierten Selbstständigen und vermittelt ihn an das Unternehmen weiter. In der Folge schließt das Unternehmen mit den Kandidaten je nach zu erbringender Leistung einen Werk- oder Dienstvertrag. Wiederum ist der Vermittler nicht Partei des Leistungsvertrages zwischen Selbstständigem und Unternehmen.

II. Arbeitnehmerüberlassung

Eine Form des drittbezogenen Personaleinsatzes ist die Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Charakteristisch für die Arbeitnehmerüberlassung ist die besondere Ausgestaltung der Beziehungen zwischen den Beteiligten. Ein Arbeitnehmer schließt mit einem Verleiher einen Leiharbeitsvertrag. Der Verleiher wiederum schließt mit einem Entleiher einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Der (Leih-)Arbeitnehmer wird im Betrieb des Entleihers tätig. Eine (arbeits-)vertragliche Beziehung zwischen Leiharbeiter und Entleiher besteht nicht.¹⁶² Um die Seriosität der Verleiher zu gewährleisten, benötigt der Verleiher eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG, die von der Bundesagentur für Arbeit ausgestellt wird.¹⁶³ Bis zur Gesetzesänderung zum 1.4.2017 war dies die einzige Voraussetzung, damit es sich um eine legale Arbeitnehmerüberlassung handelte. Seit dem 1.4.2017 muss die Arbeitnehmerüberlassung offengelegt werden (§ 1 Abs. 1 S. 5, 6 AÜG) und sie ist nur bis zu einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten zulässig (§ 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b).¹⁶⁴

¹⁶² BAG v. 3.12.1997, NZA 1998, 876, 877; MüKo/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 40. Besteht eine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen Leistendem und Unternehmen, scheidet eine Arbeitnehmerüberlassung aus, da es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung um eine Drei-Personen-Konstellation handelt, Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 36.

¹⁶³ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 4.

¹⁶⁴ Bis zur Reform des AÜG zum 1.4.2017 war umstritten, wie der unbestimmte Rechtsbegriff „vorübergehend“ zu verstehen ist. Der Gesetzgeber folgt nun einer personenbezogenen Auslegung, indem gemäß § 1 Abs. 1b AÜG „derselbe“ Leiharbeiter nicht länger als 18 Monate beschäftigt werden darf. Gute Gründe hätten für eine arbeitsplatzbezogene Auslegung gesprochen, vgl. Brors, AuR 2013, 108 ff.

1. Leiharbeitsverhältnis

Zwischen dem Verleiher und dem Beschäftigten muss ein Leiharbeitsvertrag vorliegen gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG. Es ist nicht ausreichend, wenn lediglich ein Dienst-/Werkvertrag mit dem Beschäftigten geschlossen wird. Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers bleibt auch während des Einsatzes der Verleiher.¹⁶⁵ Abzugrenzen ist die Arbeitnehmerüberlassung von sog. Gestellungsverträgen,¹⁶⁶ bei denen der Leistende zu einem Dritten, einem Verband, nicht in einem Arbeitsverhältnis steht, sondern in einem mitgliedschaftlichen Verhältnis.¹⁶⁷ Eine Arbeitnehmerüberlassung scheidet mangels Leiharbeitsverhältnisses aus.

2. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

Zwischen dem Unternehmen (Entleiher) und dem Dritten (Verleiher) muss ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen worden sein. Dieser ist ein Dienstverschaffungsvertrag, der die Überlassung von abhängig Beschäftigten vorsieht.¹⁶⁸ Der Verleiher verpflichtet sich dazu, dem Entleiher geeignete Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Er haftet nicht für die konkret zu erbringende Leistung, sondern nur für die Auswahl der Leiharbeitnehmer.¹⁶⁹ Durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag überträgt der Verleiher sein aus dem Leiharbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer herrührendes Weisungsrecht auf den Entleiher.¹⁷⁰ Der Entleiher kann die Tätigkeit der Leiharbeitnehmer in seinem Betrieb durch seine Weisungen steuern. Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer wird er dadurch jedoch nicht. Der Entleiher kann einen Leiharbeitnehmer also wie einen eigenen Arbeitnehmer in seinem Betrieb einsetzen, ohne selbst Arbeitgeber zu sein.

¹⁶⁵ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 107.

¹⁶⁶ Siehe MüArbR/Richardi, § 17 Rn. 65; siehe Fn.562.

¹⁶⁷ Boemke/Lembke/Boemke, § 1 Rn. 30; MüArbR/Richardi, § 17 Rn. 65.

¹⁶⁸ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 217; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 88. Der Dienstverschaffungsvertrag ist kein Unterfall des Dienstvertrages, sondern ein Vertrag sui generis, Palandt/Weidenkaff, Einf v § 611 Rn. 25.

¹⁶⁹ BGH v. 9.3.1971, AP Nr. 1 zu § 611 BGB – Leiharbeitsverhältnis.

¹⁷⁰ Boemke/Lembke/Boemke, § 1 Rn. 36.

III. Contracting

Eine neuere Erscheinungsform im Rahmen von Fremdpersonaleinsätzen ist das sog. Contracting. Unter Contracting ist im weitesten Sinne das Bereitstellen von Freelancern durch einen Personaldienstleister zu verstehen.¹⁷¹ Ein Unternehmen benötigt eine bestimmte Leistung, die von einem Selbstständigen erbracht werden soll. Ein Dritter, zumeist ein Personaldienstleister, vereinbart mit dem Unternehmen, diesem die Leistung zu beschaffen. Die Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Unternehmen ist zumeist über Rahmenverträge und diese konkretisierende Einzelverträge ausgestaltet. Das sog. Contracting wird vor allem bei höchstqualifizierten Fachkräften verwendet. Das betrifft nicht nur IT-Fachkräfte, sondern z.B. auch – wie zuletzt medienwirksam offengelegt wurde – Piloten.¹⁷² Die hohe Qualifikation des Leistenden ermöglicht es, im Vorfeld bei Abfassung der Verträge die Selbstständigkeit (zumindest) vertraglich eindeutig zu umreißen. Vordergründig wird der Anschein erweckt, mangels fachlicher Weisungsabhängigkeit sei die Selbstständigkeit gewahrt.

Aufgrund territorialer Besonderheiten sind zwei verschiedene Contracting-Modelle verbreitet. Dabei umfasst der Begriff „Contracting“ keine neuartigen Konstellationen, sondern beschreibt bereits bekannte Modelle und Vertragsarten.

1. Contracting i.S.e. Vermittlung (Angelsächsisches Modell)

Nach dem sog. angelsächsischen Modell¹⁷³ tritt der Dritte lediglich als Vermittler auf. Das Unternehmen beauftragt den Personaldienstleister, einen geeigneten Freelancer zu suchen. Der Vertragsschluss in Form eines freien Vertrages über die konkrete Leistung kommt dann erst zwischen dem Unternehmen und dem Freelancer zustande. Der Dritte erhält als Vermittler gemäß § 653 BGB lediglich einen Maklerlohn. Ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem Freelan-

¹⁷¹ Niklas/Schauß, BB 2014, 2805, 2807; Schwind/Roth-Neuschild, ITRB 2015, 40.

¹⁷² Vgl. die Diskussion um die Fluggesellschaft Ryanair, Ott, „Verdacht der Scheinselbstständigkeit – Razzien an Ryanair-Standorten“, Süddeutsche.de v. 6.7.2016; Ott/Wellmann, „Seltsames Firmengeflecht um Ryanair“, Süddeutsche.de v. 18.7.2016, Kramer/Wellmann, „Leiharbeit statt Scheinselbstständigkeit“, Tagesschau online v. 15.9.2016.

¹⁷³ Buschbaum/Klösel, NJW 2012, 1482, 1482; Sunkel, S. 171; Dahl/Riedel, S. 103.

cer über eine konkrete Leistung besteht nicht.¹⁷⁴ Vergütungs- und Gewährleistungsansprüche können dann auch nur zwischen dem Unternehmen und dem Freelancer bestehen.

2. Subcontracting (Holländisches Modell)

Beim sog. Subcontracting, nach der territorialen Verbreitung auch *holländisches Modell*¹⁷⁵ genannt, schließt das Unternehmen mit einem Dritten einen Dienst- oder Werkvertrag über die Erbringung einer konkreten Dienst- oder Werkleistung. Der Dritte, z.B. ein Personaldienstleister, sucht einen qualifizierten Selbstständigen und schließt mit diesem einen entsprechenden Dienst- oder Werkvertrag über die Leistung, die der Personaldienstleister dem Unternehmen schuldet. Zwischen dem Unternehmen und dem Selbstständigen besteht nicht nur kein Arbeitsverhältnis – es wird nach den Verträgen versucht, jegliche Beziehung zu vermeiden.¹⁷⁶ Der Dritte übernimmt gegenüber seinem Vertragspartner die Ergebnisverantwortung bzw. die Gewähr einer ordnungsgemäßen Leistung. Der Freelancer ist wiederum nur seinem Vertragspartner, dem Dritten, verantwortlich. Gewährleistungsrechte muss das Unternehmen folglich gegenüber dem Dritten, dem Personaldienstleister, geltend machen, da nur zu diesem ein Vertragsverhältnis besteht. Der Selbstständige ist als Subunternehmer des Dritten gemäß § 278 BGB dessen Erfüllungsgehilfe. Der Dritte muss im Falle einer Schlechtleistung wiederum den Selbstständigen in Regress nehmen.

In vielen Fällen soll der Dritte aber bereits nach dem Vertrag keine Ergebnisverantwortung bzw. Gewähr für eine ordnungsgemäße Leistung übernehmen.¹⁷⁷ Die Parteien vereinbaren dann einen Gewährleistungsausschluss.¹⁷⁸ Statt eines Werk-/Dienstvertrages liegt dann in Wirklichkeit ein Werk-/Dienstverschaffungsvertrag

¹⁷⁴ Eine vertragliche Verbindung zwischen Freelancer und Drittem kann nur in der Form bereits vorliegen, dass sich der Dritte auch gegenüber dem Freelancer zur Vermittlung verpflichtet hat.

¹⁷⁵ *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482, 1482; *Dahl/Riedel*, S. 103; *Sunkel*, S. 171.

¹⁷⁶ *Wendeling-Schröder*, AuR 2011, 424, 426.

¹⁷⁷ Der dazwischengeschaltete Dritte hat kein Interesse an der aus einem Werkvertrag resultierenden Ergebnisverantwortung gegenüber dem Unternehmen, *Haag/Tiberius*, NZA 2004, 190, 194.

¹⁷⁸ *Van Venrooy*, NZA 2011, 670, 671.

vor.¹⁷⁹ Dieser ist als Vertrag sui generis vom Dienstvertrag abzugrenzen.¹⁸⁰ Auch der Abschluss bestimmter Dienstverschaffungsverträge wird als Contracting bezeichnet.¹⁸¹ Der Dritte verspricht gegenüber dem Unternehmen nicht eine konkrete Leistung, die er nach eigenen betrieblichen Vorstellungen organisieren müsste und für deren Erbringung er als Vertragspartner verantwortlich wäre, sondern er stellt nur die Dienstleistung eines anderen zur Verfügung.¹⁸² Die Organisation der konkreten Leistung überlässt er dem Unternehmen. Ein solcher Dienstverschaffungsvertrag kann sowohl Dienste im Rahmen eines freien Dienstvertrages umfassen, als auch Dienste aus einem Arbeitsverhältnis.¹⁸³ In Abgrenzung zu einer Dienstverschaffung eines Arbeitnehmers (durch einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag), muss die Dienstleistung eines Selbstständigen versprochen werden. Der Dritte schuldet nur die sorgfältige Auswahl des Selbstständigen. Schuldet der Dritte hingegen nach dem Vertrag noch nicht einmal die konkrete Auswahl,¹⁸⁴ sondern nur die Bereitstellung einer „Vorauswahl“, liegt eine reine Vermittlung nach dem „angelsächsischen Modell“ vor. Liegt ein Dienstverschaffungsvertrag vor, haftet der Dritte nur für die Auswahl. Für die Erfüllung der konkreten Arbeitsleistung insbesondere in Bezug auf eine Schlechtleistung des Selbstständigen haftet er nicht. Dieses Substitut muss explizit vereinbart sein.¹⁸⁵

Wenn für ein sog. Contracting charakteristisch ist, dass eine direkte Vertragsbeziehung zwischen Leistendem und Unternehmen nicht besteht, hat das Auswirkungen auf das Leistungsstörungsrecht des Unternehmens in Bezug auf die konkrete Leistung. Handelt es sich bei dem Vertrag zwischen dem Dritten und dem Unternehmen um einen Dienstverschaffungsvertrag, bestehen keine vertraglichen Haftungsansprüche gegen den Leistenden: Gegenüber dem Dritten besteht kein Anspruch auf die konkrete Leistung, da dieser lediglich die Ver-

¹⁷⁹ *Van Venrooy*, NZA 2011, 670, 671; *Niklas/Schauß*, BB 2014, 2805, 2807.

¹⁸⁰ Palandt/*Weidenkaff*, Einf v § 611 Rn. 25.

¹⁸¹ ErfK/*Wank*, AÜG, § 1 Rn. 25.

¹⁸² BGH v. 8.11.1978, NJW 1979, 2636, 2637

¹⁸³ MüKo/*Müller-Glöge*, § 611 Rn. 37.

¹⁸⁴ *Van Venrooy*, NZA 2011, 670, 671.

¹⁸⁵ MüKo/*Grundmann*, § 278 Rn. 27 f.; BeckOK-BGB/*Unberath*, § 278 BGB Rn 16.

schaffung, also die Auswahl, schuldet, gegenüber dem Selbstständigen besteht kein Anspruch, da es an einer Vertragsbeziehung fehlt.¹⁸⁶

Im Ergebnis unterscheidet sich das Contracting im Sinne einer Vermittlung von einem (Sub-)Contracting in der Frage, ob Personal oder eine Dienstleistung vermittelt wird und welche Haftung übernommen wird.

IV. „Lieferantenmodell“

Unter dem Lieferantenmodell (*Third Party Management*) versteht man die Steuerung verschiedener Lieferanten durch einen Dienstleister.¹⁸⁷ Die Entwicklung hin zu flexibleren Arbeitsformen verdeutlicht, dass die Vielzahl verschiedener Vertragskonstruktionen zu mehr Unübersichtlichkeit für die Unternehmen führt. Verschiedene Personen sind als Arbeitnehmer, als Selbstständige oder als Fremdfirmenpersonal in der eigenen Betriebsstätte tätig. Dieses Geschäftsfeld für Personaldienstleister wächst, je mehr Unternehmen einzelne Leistungen fremdvergeben („*Multivendor-Leistungsbezug*“¹⁸⁸). Um die rechtlichen Rahmenbedingungen einzuhalten, werden sog. Personalführungsgesellschaften¹⁸⁹ gegründet bzw. Personaldienstleister bieten die Koordination der Verträge an. Das bedeutet, dass das Unternehmen nicht mehr individuell mit jedem Beschäftigten/Auftragnehmer Verträge aushandelt, sondern einen Rahmenvertrag über den Einsatz des Personals mit dem Dritten abschließt.¹⁹⁰ Das Unternehmen selbst hat dann nur noch einen Ansprechpartner, die Personal- und Dienstleistungsbeschaffung wird über den Einkauf organisiert. Der Dritte übernimmt als Dienstleister die Koordination der Arbeitskräfte bei verschiedenen Projekten (*workforce management*). Vertragsinhalt

¹⁸⁶ Es ist zu überlegen, ob es zu einem konkludenten Vertragsschluss zwischen Leistendem und Unternehmen kommt, siehe unter 5. Teil, B., II., 2.

¹⁸⁷ Ähnlichkeiten bestehen zum Generalübernehmer aus dem Baubereich, Staudinger/*Peters/Jacoby*, § 631 BGB Rn. 41. Dieser rückt in die Stellung des Unternehmers als Besteller und übernimmt die Planung, Staudinger/*Peters/Jacoby*, § 631 BGB Rn. 40. Dann obliegt es ihm die einzelnen Teilleistungen an Subunternehmer zu übertragen und Einsatz zu koordinieren.

¹⁸⁸ Bräutigam/*Küchler*, Teil 1 Rn. 44.

¹⁸⁹ Boemke/*Lembke/Boemke*, § 1 Rn. 26.

¹⁹⁰ Becker, *Employability*, S. 21. Neben den koordinativen und organisatorischen Vorteilen übernimmt der Dritte ein finanzielles Risiko des Unternehmens, in dem er die Zwischenfinanzierung übernimmt. Dritte helfen des Weiteren, den Unternehmen eine *Preferred Partner Matrix* mit zuverlässigen Dienstleistern aufzubauen.

zwischen Unternehmen und Personaldienstleister ist die Koordination der verschiedenen Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern des Unternehmens. Es handelt sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag.¹⁹¹ Die konkrete Leistungserbringung des Leistenden gegenüber dem Unternehmen wird dadurch nicht berührt: Je nach Ausprägung der jeweiligen Hauptpflicht des Leistenden finden im Verhältnis von Unternehmen und Drittem die Regelungen des Dienst- oder Werkvertrages Anwendung.

V. Gesellschaftsrechtliche Konstruktionen

Teilweise erfolgt der Einsatz der Leistenden im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen. Diese werden teilweise dazu verwendet, den Status des Leistenden zu verschleiern und insbesondere Rechte eines Arbeitnehmers zu verkürzen.

Um eine Arbeitnehmerstellung zu verhindern, werden z.B. Scheingesellschaften gegründet.¹⁹² Die tätig werdende Person ist dann Organ einer Ein-Person-Gesellschaft. Die Unabhängigkeit eines Organs ist mit der Arbeitnehmerstellung nicht vereinbar.¹⁹³ Ist ein Einsatz über einen freien Vertrag, wie z.B. einen Werkvertrag, nicht möglich, kann es dazu kommen, dass der Leistende eine eigene Verleihfirma gründet und sich selbst an das leistungsempfangende Unternehmen überlässt.¹⁹⁴ Die Stellung als Geschäftsführer verhindert eine Arbeitnehmerüberlassung.¹⁹⁵ Ein Selbstverleih scheidet regelmäßig an der Personenidentität zwischen vermeintlichem Leiharbeiter und Verleiher. Es fehlt an einem Leiharbeitsverhältnis.

Eine Mischung aus gesellschaftsrechtlicher Konstruktion und Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn Arbeitnehmer einer Gesellschaft innerhalb eines

¹⁹¹ Vergleichbar sog. Baubetreuungsverträgen, MüKo/*Heermann*, § 675 BGB Rn. 92.

¹⁹² ArbG Oldenburg v. 8.7.2015, 2 Ca 16/15, juris; siehe dazu *Lembke*, NZA 2013, 1312, 1314. Teilweise wird dies noch angeraten: *Matzner/Stubenvoll/Zahrnt*, IT-FL, S. 488 f.; Die Gründung einer Firma, die als Werkunternehmer/Dienstleister auftritt, schützt nach der Durchführung jedoch nicht vor einem Arbeitsverhältnis, ArbG Oldenburg v. 8.7.2015, 2 Ca 16/15, juris.

¹⁹³ BAG v. 28. 11. 1990, NZA 1991, 392; *Reufels/Schmülling*, Personal-DL, B. Rn. 71.

¹⁹⁴ LAG Schleswig-Holstein v. 1.12.2015, BB 2016, 180.

¹⁹⁵ BAG v. 6. 5. 1998, NZA 1998, 939; zuletzt: LAG Schleswig-Holstein v. 1.12.2015, BB 2016, 180.

Unternehmens einer anderen Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden. Die Arbeitnehmer haben Arbeitsverträge mit einer Tochtergesellschaft geschlossen und werden dann an die Muttergesellschaft überlassen. Hierbei handelt es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung. Sie ist jedoch gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG privilegiert.¹⁹⁶ Die Privilegierung gilt jedoch nur, wenn der Leiharbeiter nicht zur Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer nur einen begrenzten Teil der Zeit für eine andere Gesellschaft arbeiten darf.¹⁹⁷

Auch die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebes ist als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung und zu Werkverträgen nur in engen Grenzen denkbar.¹⁹⁸ Das BAG hat anerkannt,¹⁹⁹ dass bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann: Es fehlt am Betriebszweck des Entleihers, den der Leiharbeiter fördern könnte, zudem wird im Rahmen eines Gemeinschaftsbetriebes gleichsam der Betriebszweck des Verleihers gefördert. Der Leiharbeiter wird nicht vollständig eingegliedert beim Entleiher.²⁰⁰ Ein Gemeinschaftsbetrieb liegt vor, wenn in einem Gesellschaftsvertrag eine sog. Führungsvereinbarung geregelt ist, woraus sich ein einheitlicher Leistungsapparat und ein gemeinsamer Betriebszweck, der zugleich auch ein eigener Betriebszweck eines jeden beteiligten Betriebes ist, ergeben.²⁰¹ Entscheidend ist vor allem der gemeinsame Leistungsapparat, der alle personellen Entscheidungen trifft. Ein Gemeinschaftsbetrieb liegt nicht vor, wenn sich in der Praxis herausstellt, dass ein Betrieb nur Personal stellt.²⁰²

¹⁹⁶ Zur Europarechtswidrigkeit der in der Leiharbeitsrichtlinie nicht vorgesehenen Privilegierung, siehe *Wank*, RdA 2010, 193, 203; *Ulber*, AuR 2010, 412, 414; *Lembke*, DB 2011, 414, 415; zu konzerninternen Verleihunternehmen, *Schüren*, BB 2007, 2346 ff.

¹⁹⁷ Siehe dazu ausf. *Schüren/Fasholz*, BB 2016, 1375, 1378 f.

¹⁹⁸ Die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebes zur Vermeidung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen wird angeraten von *Schönhöft/Oelze*, BB 2016, 565; *Lipinski*, NZA 2013, 1245, 1247; *Niklas/Schauß*, BB 2014, 2805, 2809; siehe dazu *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 64.

¹⁹⁹ BAG v. 3.12.1997, NZA 1998, 876 ff.

²⁰⁰ BAG v. 3.12.1997, NZA 1998, 876, 878.

²⁰¹ BAG v. 11.12.2007, NZA-RR 2008, 298, 299.

²⁰² ArbG Osnabrück v. 17.3.2015, 1 Ca 174/14, juris.

C. Vertragliche Gestaltungsspielräume in der IT-Praxis

Die Vertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG schützt verfassungsrechtlich neben der Entscheidung, ob und welches (Fremd-)Personal im Unternehmen eingesetzt wird (Vertragsabschlussfreiheit), auch die Ausgestaltung der Verträge im Einzelfall (Vertragsinhaltsfreiheit).²⁰³ Die bereits dargestellten Vertragstypen des BGB richten sich nach dem vereinbarten Vertragsgegenstand. Dieser richtet sich nach den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten. Diese können die zu erbringende Leistung definieren, Vereinbarungen über Haftung und Leistungsstörung treffen sowie die Anzahl der Beteiligten bestimmen. Die Ausgestaltung des Vertragsgegenstandes ermöglicht im Ergebnis, dass eine gewünschte Vertragsform gewählt wird. Verbreitet ist es, die Leistungen eines Anbieters nicht nur einmalig, sondern wiederholt in Anspruch zu nehmen. Um die Vertragsgestaltung möglichst einfach zu halten (zu standardisieren), schließen die Unternehmen dann mit dem Anbieter einen Rahmenvertrag ab, der Grundsätze der Vertragsbeziehung beinhaltet.²⁰⁴ In Bezugnahme auf diesen Rahmenvertrag werden dann Einzelverträge geschlossen, die sich konkret auf die jeweils zu erbringende Leistung beziehen.

I. Selbstständigkeit als verbreitete Alternative zur Festanstellung

Gerade im IT-Bereich hat sich die Selbstständigkeit neben der Festanstellung etabliert. Die IT-Branche ist für Freelancer attraktiv. Höchstqualifizierte Freelancer können in einer wachsenden IT-Branche ihren Wissensvorsprung teuer verkaufen und sind aus diesem Grund nicht bereit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen.²⁰⁵ Die Selbstständigkeit ist für diese Fachkräfte eine Alternative zur

²⁰³ MüKo/Busche, Vor § 145 Rn. 2 f., 10, 24 f. Art. 12 Abs. 1 GG ist bzgl. der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG vorrangig, BVerfG v. 21.10.1984, NJW 1985, 1385 ff.; v. 7.9.2010, NJW 2011, 1339 ff.; v. 12.12.2006, NJW 2007, 979 ff.

²⁰⁴ Die Rahmenvereinbarung beinhaltet selbst noch keine konkrete Verpflichtung, es handelt sich also nicht um einen freien Dienst-/Arbeitsvertrag, vgl. BAG v. 15.2.2012, NZA 2012, 733, 735; v. 31.7.2002, AP Nr. 1 zu § 12 TzBfG.

²⁰⁵ Siehe auch Steigerung des erwirtschafteten Marktvolumens, Lünendonk-Studie 2015, S. 5, 9.

Festanstellung, da eine echte Wahlmöglichkeit besteht. Diese Leistenden würden Unternehmen, wenn sie die Möglichkeit hätten, gerne festanstellen. Die Entscheidung zur Selbstständigkeit trifft der Freelancer in diesen Fällen selbst. Es gibt aber auch Fälle, in denen das leistungsempfangende Unternehmen nicht bereit ist, Arbeitsverträge zu schließen und auf eine Selbstständigkeit des Leistenden drängt.²⁰⁶ Die Option, einen Leistenden als Selbstständigen tätig werden zu lassen, scheidet aus. Eine Selbstständigkeit ist in diesen Fällen nicht durchführbar, da aufgrund geringer Qualifikation ein ernsthaftes Auftreten als Selbstständiger am Markt nicht möglich ist.

In vielen Fällen ist es den Beteiligten freigestellt, ob sie über die Leistung des Freelancers einen Dienst- oder Werkvertrag abschließen.²⁰⁷ Erfordert die konkrete Aufgabe keinen typischen Vertragstyp, entscheidet sich die Vertragsart danach, ob die Aufgabe erfolgs- oder lediglich leistungsbezogen ausgestaltet wurde.

1. Unternehmen bevorzugen Werkvertrag

Für das Unternehmen bietet regelmäßig der Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB die vorzugswürdigere Vertragsvariante.

a. Risikoverteilung

Liegt ein Werkvertrag vor, muss der Werkunternehmer für den versprochenen Leistungserfolg einstehen. Für das Tätigwerden schuldet das Unternehmen keine Vergütung, bei Teilleistungen nur im eingeschränkten Maße. Das Risiko der Leistungserbringung trägt der Leistende, nicht das Unternehmen.

b. Vermeidung abhängiger Beschäftigung

Der Vorteil freier Verträge gegenüber einem Arbeitsvertrag ist die Möglichkeit, den Einsatz des Freelancers kurzfristig zu beenden. Ein konjunkturelles

²⁰⁶ Brenke, DIW Wochenbericht 7/2013, S. 15.

²⁰⁷ So kann z.B. die Implementierung einer neuen Software erfolgsbezogen ausgestaltet sein (dann Werkvertrag) oder es soll lediglich das Tätigwerden geschuldet sein (dann Dienstvertrag).

Schwankungsrisiko kann so auf den Freelancer übertragen werden. Eindeutige Merkmale eines Arbeitsvertrages, wie z.B. Haftungsfreistellungen, Nebentätigkeitsbeschränkungen, spezielle Wettbewerbsverbote oder strikte Arbeitszeitvorgaben, die eine Selbstständigkeit des Leistenden in Frage stellen, werden bei der Ausgestaltung der Verträge im IT-Bereich zunehmend vermieden.

Unternehmen bevorzugen Werkverträge, da der Status des Leistenden als Werkunternehmer eine abhängige Beschäftigung verhindert.²⁰⁸ Dahinter steht auch der Gedanke, dass bei Vereinbarung eines Dienstvertrages der Verdacht eher auf einen Arbeitsvertrag fallen könnte, da dieser ein Unterfall des Dienst- und nicht des Werkvertrages ist. Durch die Wahl der Vertragsform des Werkvertrages und die Ausgestaltung des Vertragstextes soll der Verdacht einer missbräuchlichen Konstruktion und eines Arbeitsverhältnisses vermieden werden.²⁰⁹

Ein Werkvertrag setzt voraus, dass der konkret zu erbringende Erfolg im Vorfeld bereits abgrenzbar ist.²¹⁰ Wer einen Erfolg schuldet, ist nicht Arbeitnehmer, sondern Werkunternehmer.²¹¹ Nach dem Grundsatz der Privatautonomie sind die Parteien in der Umschreibung des Leistungsgegenstandes frei. Die Tätigkeit muss sich rechtlich verselbstständigen lassen.²¹² Dies ist vertraglich nahezu grenzenlos möglich, da sich fast jede Tätigkeit in Einzelteile aufspalten lässt, sog. Atomisierung²¹³. Dann kann jede Tätigkeit erfolgs- oder nur tätigkeitsbezogen geschuldet sein, was im Ergebnis dazu führt, dass die Art der Tätigkeit für sich allein nicht mehr aussagekräftig ist.²¹⁴ Die Möglichkeit einer grenzen-

²⁰⁸ Das Vorliegen eines Werkvertrages schließt einen Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages und damit eine Stellung als Arbeitnehmer aus. Wer Werkunternehmer ist, ist selbstständig, BAG v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348.

²⁰⁹ Matzner/Stubenvoll/Zahrnt, IT-FL, S. 412.

²¹⁰ Siehe unter 2. Teil, A., II., 3., a.

²¹¹ BAG v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348, 1350; MüArbR/Richardi, § 16, Rn. 14.

²¹² LAG Köln v. 30.6.1995, AP Nr. 80 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; Däubler, KJ 2013, 134, 137. In vielen Fällen ist das unproblematisch: Je nachdem, ob man mit einem Baggerführer vereinbart, dass eine bestimmte Zeit oder eine Kubikmeteranzahl bewegter Erde geschuldet sein soll, handelt es sich um einen Werk- oder einen Dienstvertrag, OLG Nürnberg v. 30.4.1996, NJW-RR, 1997, 19 ff.

²¹³ Hamann, NZA-Beilage 2014, 3, 8.

²¹⁴ Boemke, FS v. H-H, S. 50; Greiner, RdA 2015, 218.

losen Atomisierung führt dazu, dass diese missbräuchlich eingesetzt werden kann. Es muss eine Grenze gezogen werden.²¹⁵

Problematisch ist, wenn typische Dienstleistungen, wie z.B. Serviceleistungen, durch eine Aufspaltung der Leistungen zu einem Werkvertrag gemacht werden sollen.²¹⁶ Die Charakteristik typischer Serviceleistungen im IT-Bereich ist, dass sich die Leistungserbringung nach dem jeweiligen Bedarf im Unternehmen richtet. Die konkrete Leistungsbestimmung erfolgt nicht bereits bei Vertragsabschluss, sondern erst, wenn der Bedarf tatsächlich angefallen ist. Serviceleistungen fallen oftmals in hoher Anzahl mit kurzer Leistungsdauer an. Teilweise wird versucht, die einzelnen konkreten Leistungen bereits im Vorfeld aufzugliedern und diese vertraglich durch einen Werkvertrag mit einzelnen Erfolgen zu regeln.²¹⁷ Missbräuchlich ist eine Aufgliederung, wenn dadurch einzelne Weisungen kaschiert werden. Dies kann vorkommen, wenn eine Steuerung des leistungsempfangenden Unternehmens durch arbeitsbezogene Weisungen verschleiert werden soll, indem die Weisungen nicht direkt ausgeübt werden, sondern durch eine enge vertragliche Formulierung in den Vertrag verlagert werden.²¹⁸ Vordergründig fehlt es mangels Weisungen an einer Abhängigkeit.²¹⁹ Allerdings verbleibt dem vermeintlichen Werkunternehmer kein eigener Entscheidungsspielraum.²²⁰ Grundsätzlich muss die Grenze einer missbräuchlichen Atomisierung da gezogen werden, wo ein einheitlicher Vorgang künstlich aus-

²¹⁵ Im Übrigen widerspricht eine grenzenlose Atomisierung der Rechtsprechung des BAG (v. 16.3.1994, NZA 1994, 1132, 1134).

²¹⁶ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 113 mit Hinweis auf BAG v. 14.8.1985, EzAÜG Nr. 42 zu § 10 AÜG – Fiktion.

²¹⁷ Siehe zur Bewertung eines sog. Ticket-Systems unter 3. Teil, B., IV., 3., a.

²¹⁸ Vgl. BAG v. 30.9.1998, NZA 1999, 374, 376 f.; *Zumkeller*, BB-Kommentar BB 2014, 2809, 2816. *Hamann*, NZA-Beilage, 3, 8; *Schliemann*, RdA 1997, 322, 327. Prinzipiell ist für Unternehmen der Werkvertrag auch insofern vorteilhaft, als dass im Rahmen des Werkvertrages die Einflussnahme durch Weisungen weitreichender möglich ist. Zwar kann sowohl im Rahmen eines Werkvertrages als auch im Rahmen eines Dienstvertrages eine Weisung in Bezug auf die Leistung ergehen. Anders als die Leistung in Bezug auf das Tätigwerden im Rahmen eines Dienstvertrages, ist eine Weisung im Rahmen eines Werkvertrages gegenstandsbezogen. Die Abgrenzung einer gegenstandsbezogenen Weisung gegenüber einer leistungsbezogenen Weisung in Bezug auf eine arbeitsbezogene Weisung ist leichter zu treffen. Die Gefahr eines Arbeitsverhältnisses aufgrund Weisungserteilung ist geringer.

²¹⁹ Vgl. BAG v. 13.11.1991, AP Nr. 60 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 30.10.1991, AP Nr. 59 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

²²⁰ *Hamann*, NZA-Beilage 2014, 3, 8.

einandergerissen wird. Besteht keine sachliche Rechtfertigung für das Aufspalten eines einheitlichen Vorgangs, deutet dies auf eine missbräuchliche Umgehung hin.²²¹ Dies führt dann folgerichtig dazu, dass das Auferlegen einer Erfolgsgarantie aus einem Arbeitnehmer keinen Werkunternehmer macht.²²²

2. Freelancer bevorzugen Dienstverträge

Für den Freelancer ist der Abschluss eines Werkvertrages mit dem Risiko der Ergebnisverantwortung verbunden. Freelancer schließen aus diesem Grund in der Praxis zumeist Dienstverträge ab.²²³ Durch diesen verpflichten sie sich, eine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen, haften aber nicht für den Erfolg. Gerade im IT-Bereich besteht aufgrund der rasanten technischen Entwicklung ein erhöhtes Risiko, dass bei komplexen Projekten ein fehlerfreier Erfolg nicht möglich ist.²²⁴ Im Übrigen kann bei umfassenden IT-Projekten die Erstellung eines detaillierten Pflichtenheftes aufwendig sein. Bei ungewissem Ablauf und Ausgang eines Projektes treten Freelancer in erheblichem Maße in Vorleistung. Eine Erfolgsverantwortung kann in vielen Fällen den wirtschaftlichen Ruin bedeuten.

II. Einschaltung Dritter

Der Dritte kann sowohl vom Freelancer als auch vom Unternehmen eingeschaltet werden. Die Vermittlung von Arbeitnehmern oder die Arbeitnehmerüberlassung haben im IT-Bereich eher eine untergeordnete Rolle.

²²¹ So auch Hoeren/*Preis*, Telearbeit, Rn. 28. Logisch ist auch, dass, wenn ein einheitlicher Vorgang in viele Einzelleistungen aufgegliedert wird, Gewährleistungsfälle nicht ausbleiben können. Je mehr Einzelerfolge geschuldet sind, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Erfolg ausbleibt. Dies muss sich dann zwingend in der Abwicklung zeigen. Die Haftung/Gewährleistung stellt ein eindeutiges Kriterium der Identifizierung dar, *Schüren*, FS Däubler, S. 97 f.; so auch BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455 ff.

²²² ErfK/*Preis*, BGB § 611 Rn. 13.

²²³ Auch für den Bereich des Interim Managements gilt der Werkvertrag als nicht praktikabel, *Sunkel*, S. 178; Werkverträge kommen vor allem bei standardisierten Aufgaben vor, bei denen es in der Regel zu einem erfolgreichen Abschluss des Projektes kommt.

²²⁴ Viele Projekte scheitern, *Schneider*, EDV, D Rn. 13. Z.B. ist die Erstellung einer fehlerfreien Software nicht immer möglich und auch im Vorfeld nicht absehbar. Würde sich der Freelancer aber dazu verpflichten, den Erfolg zu erbringen, könnten Forderungen nach dauerhafter Nachbesserung die Folge sein. Auch wenn die Rechtsprechung den Ausführungsmaßstab reduziert hat, ändert das nichts an der Risikoverteilung.

Für geringqualifizierte Leistende bietet sich, wenn sie keine Festanstellung bei einem leistungsempfangenden Unternehmen finden, eine Arbeitnehmerüberlassung an. Je höher die Qualifikation des Leistenden ist, umso geringer ist die Bereitschaft, Arbeitnehmer zu sein. Dies zeigt sich auch daran, dass sich wenig hochqualifizierte Leistende in einer Arbeitnehmerüberlassung befinden.²²⁵ Für höchstqualifizierte Fachkräfte im IT-Bereich stellt die Arbeitnehmerüberlassung keine Alternative dar, da sie mit der Selbstständigkeit eines Freelancers unvereinbar ist und dem Selbstverständnis höchstqualifizierter Fachkräfte widerspricht. Mangels der Bereitschaft Hochqualifizierter, den Status als Selbstständiger aufzugeben, kann eine Arbeitnehmerüberlassung nur für einfache Arbeiten, wie etwa Unterstützungsleistungen, vereinbart werden.²²⁶ Vorteile, die sich für Hochqualifizierte aus einer Arbeitnehmerüberlassung ergeben können, wie z.B. die Akquise der leistungsempfangenden Unternehmen durch den Verleiher, können kostengünstiger über eine Vermittlung erfolgen.²²⁷ Personaldienstleister bieten diese Vermittlung von Projekten an. Unternehmen und Freelancer werden dann durch den Vermittler zusammengeführt. Neben Personaldienstleistern, die eine Vermittlung anbieten, greifen Freelancer zunehmend auch auf unabhängige Projektportale im Internet zurück.²²⁸ Diese teils kostenpflichtigen Portale ermöglichen es dem Freelancer, neue Vertragspartner zu finden. Auch Unternehmen beauftragen Personaldienstleister. Diese können je nach gewünschter Qualifikation das passende Personal finden, sog. *recruiting*. Hierzu greifen sie auf eigens eingerichtete Datenbanken zurück. Der Zeitaufwand für Unternehmen reduziert sich dadurch maßgeblich.²²⁹

Für Unternehmen steht die Vermeidung direkter vertraglicher Verbindungen zu den Leistenden im Vordergrund.²³⁰ Unternehmen greifen aber nicht auf die Ar-

²²⁵ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Grünen, BT-Drs. 18/7661, S. 6 und Anhang Tabelle zu Frage 6. Demnach waren < 1 % im IT-Bereich tätig.

²²⁶ Der Vorteil für Unternehmen liegt darin, dass sie diese Arbeitskräfte für einen begrenzten Zeitraum wie eigene Arbeitnehmer behandeln können.

²²⁷ Die Gewinnmarge des Verleihers erhöht die Kosten des Unternehmens und schmälert die Vergütung des Leistenden.

²²⁸ Z.B. *Gulp, freelance.net, twago.de, stepstone.com*, siehe auch Lünendonk, Pressemitteilung v. 13.8.2013.

²²⁹ Lünendonk-Studie 2015, S. 6.

²³⁰ Diese „indirekte Beauftragung“ steigt weiterhin, Lünendonk-Studie 2015, S. 3, 5, 39. Diese Entwicklung von der Festanstellung zu einem freien Mitarbeiterverhältnis, zu ei-

beitnehmerüberlassung zurück, sondern schließen freie Dienst- oder Werkverträge ab. Dies erfolgt im IT-Bereich über das Contracting. Das Unternehmen wendet sich nicht direkt an den Freelancer, sondern schließt einen freien Vertrag mit einem Dritten. Dieser Dritte, z.B. ein IT-Unternehmen oder ein Personaldienstleister, schließen wiederum einen Dienst-/Werkvertrag mit einem Freelancer ab, der bereit ist, die Leistung zu erbringen. Unternehmen erreichen so eine hohe Flexibilität durch einen zeitlich begrenzten, vereinfacht zu beendenden Einsatz. Das Unternehmen vermeidet ein Arbeitsverhältnis und kann trotzdem auf die spezielle Expertise des Leistenden zurückgreifen. Das spart Kosten. Nachteilige Konsequenzen ergeben sich bei dieser Konstruktion für das Unternehmen, wie bereits dargestellt, wenn es zu Leistungsstörungen kommt. Darüber hinaus bevorzugen Freelancer eine direkte Anbindung an ein Unternehmen.²³¹ Im Wettbewerb um hochqualifizierte Kräfte kann die Vermeidung direkter Verbindung ein Nachteil für Unternehmen sein, die auf bestimmte Fachkräfte angewiesen sind.

D. Ergebnis

In der Vergangenheit beschäftigten Unternehmen IT-Fachkräfte zumeist über Dienst- oder Werkverträge, wenn sie bereits über eine eigene EDV-Abteilung verfügten und diese nur partiell durch externes Know-how erweitern wollten. Outsourcing von IT-Abteilungen sowie steigende Anzahl von Freelancern in der IT-Branche führen dazu, dass vermehrt freie Verträge direkt mit Freelancern geschlossen werden.

Das Gesetz sieht für bestimmte Tatbestände der Abwicklung einer Leistungsbeziehung bestimmte Regelungen vor. Auch im IT-Bereich können dadurch die jeweiligen Besonderheiten, wie z.B. die Ortsungebundenheit oder moderne Formen der Zusammenarbeit, erfasst werden. Im Rahmen dieser Regelungen des BGB ist die konkrete Ausgestaltung der Verträge Sache der Vertragsparteien. Dies ist verfassungsrechtlich geschützt. Die Parteien können entscheiden, ob eine Leistung im Rahmen einer Zwei- oder Drei-Personen-Beziehung er-

ner Drei-Personen-Konstellation, ist nicht neu, vgl. BAG v. 26.11.1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

²³¹ „Preferred-Supplier-Modelle sind kritisch“, Computerwoche v. 24.4.2013.

bracht wird. Auch ist innerhalb einer Rechtsbeziehung die Wahl eines bestimmten Vertragstypen insofern möglich, als dass die zu erbringende Leistung angepasst wird. Eine Möglichkeit der Anpassung ist durch die Art der Leistung bedingt. Im IT-Bereich spielen die Leistungsbeschreibung und die daran anknüpfenden Haftungsfragen eine besondere Rolle. Sie sind Teil des Risikomanagements der Freelancer, der Unternehmen und der gegebenenfalls beteiligten Dritten.

3. Teil Die Problematik der (Schein-) Selbstständigkeit in der praktischen Durchführung

Eine Gesamtbewertung rechtlicher Beziehungen ist nur möglich, wenn die einzelnen Leistungsbeziehungen der Beteiligten zueinander eindeutig identifiziert werden. Im Mittelpunkt der Bewertung steht der Status desjenigen, der die auf dem Markt nachgefragte Leistung, erbringt. An diese Beurteilung knüpfen dann die wesentlichen Rechtsfolgen an. Der Leistende kann Arbeitnehmer oder Selbstständiger sein. In einer Zwei-Personen-Konstellation sind die Rechtsfolgen eindeutig. Ist der Leistende Arbeitnehmer, knüpfen an das bestehende Arbeitsverhältnis die speziellen Arbeitnehmerschutzrechte an. Diese Rechte stehen einem Selbstständigen nicht zu. Die Bestimmung des Status des Leistenden hat darüber hinaus auch Bedeutung für die Einordnung einer Drei-Personen-Konstellation. In dieser kann der Leistende Arbeitnehmer des leistungsempfangenden Unternehmens, Arbeitnehmer des Dritten oder Selbstständiger sein.

A. Beurteilungsmaßstab

Der Status des Leistenden richtet sich grundsätzlich nach dem Willen der Beteiligten. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht ein Vertrag. Durch ihn regeln die Beteiligten den Austausch von Vermögensgütern und somit die rechtlichen Beziehungen zueinander. Der Vertrag bildet den Rahmen gegenseitiger Rechte und Pflichten. Er besteht aus den übereinstimmenden Willenserklärungen der Beteiligten und ist somit Ausdruck der Selbstbestimmung. Grundsätzlich steht es den Beteiligten nach dem Grundsatz der Privatautonomie frei, was sie wie regeln.²³²

²³² MüKo/*Busche*, Vor § 145 Rn. 11. Einen bestimmten Vertragstypen des BGB müssen die Parteien nicht vor Augen haben. Insofern gilt die schuldrechtliche Typenfreiheit. Für die rechtliche Bewertung kommt es dann aber zur Anwendung des jeweiligen Vertragstypen des BGB. Durch diese Anwendung ist auch eine rechtliche Behandlung zuvor nicht individuell-vertraglich geregelter (Konflikt-)Fälle gewährleistet.

I. Die Bezeichnung des Vertrages

Zu Beginn der Vertragsbeziehung setzen die Parteien einen Vertragstext auf, der Grundlage der Rechtsbeziehung sein soll. Die rechtliche Einordnung dieses Vertragstextes kann sich nicht aus der Bezeichnung des Vertrages („Überschrift“) ergeben,²³³ da in der Praxis die Vertragsbezeichnung nicht immer in Kongruenz mit den gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen erfolgt. Es kommt zum Teil zu unjuristischer Bezeichnung und zu fehlerhafter rechtlicher Einordnung.²³⁴

II. Der Vertragstext als solcher

In Betracht kommt aber eine Bewertung anhand des Inhalts des Vertragstextes. Dieser muss gemäß §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Einzelne Rechte und Pflichten können analysiert werden und so kann eine Zuordnung zu einem Vertragstyp erfolgen.

Problematisch ist, dass der Vertragstext, ähnlich wie die Vertragsbezeichnung, keine sichere Aussage darüber zulässt, in welcher Form die Leistung tatsächlich erbracht wird. Entweder handelt es sich um Zielvorgaben der Zusammenarbeit oder aber um eine manipulative Lenkung der rechtlichen Bewertung. Dies ist der Fall, wenn Unternehmen im Rahmen eines freien Vertrages ausdrücklich festhalten, dass der Leistende „kein Arbeitnehmer des Unternehmens“ sei. Derartige Formulierungen in freien Verträgen sind nicht nur unnötig, sie erregen vielmehr den Verdacht, dass die tatsächliche Durchführung der Titulierung widerspricht.

²³³ St. Rspr., BAG v. 8.6.1967, NJW 1967, 1982; v. 13.11.1991, NZA 1992, 1125.

²³⁴ Der Vertrag wird nicht immer als Dienst- oder Werkvertrag, sondern auch als Auftrag, Rahmen-, Wartungs-, Service-, Bewachungs- oder Montagevertrag bezeichnet, Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 203; Beispiele sind auch die Bezeichnung als „Contracting“ oder als „Projektvertrag“ (vgl. unter 2. Teil, A., II., 3., c.) oder die fälschliche Bezeichnung eines Dienstvertrages als Werkvertrag. Erfolgt die Falschbezeichnung bewusst, kann von einer „Vertragstypenvernebelung“ (*Beuthien/Wehler*, Anm. zu BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit) gesprochen werden.

III. Vorrang der tatsächlichen Durchführung

Der Inhalt der Vertragsbeziehung manifestiert sich nicht nur im schriftlich niedergelegten Vertragsinhalt. Auch die tatsächliche Durchführung der Vertragsbeziehung kommt als Maßstab für die rechtliche Einordnung in Betracht.

Zunächst muss der schriftlich vereinbarte Vertragsinhalt analysiert und die Vertragsform danach bestimmt werden.²³⁵ Stimmt die tatsächliche Durchführung mit dem Vertragstext überein, ist der objektive Vertragsinhalt bestimmt. Danach richten sich Rechte und Pflichten der Beziehung.²³⁶

Probleme ergeben sich, wenn der Inhalt des schriftlichen Vertragstextes nicht mit der tatsächlichen Vertragsdurchführung übereinstimmt. Das Vorrangverhältnis zwischen vertraglich festgelegter Form und tatsächlicher Durchführung muss dann bestimmt werden.

1. Durchführung als Ausdruck wirklichen Willens

Die Leistung steht im Mittelpunkt. Eine Vertragsbeziehung wird nur eingegangen, um einen Leistungsaustausch zu ermöglichen. Der wirkliche Wille zeigt sich in der Abwicklung des Leistungsaustausches. Durch die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB wird der objektive Geschäftsinhalt der Vertragsbeziehung festgestellt, nach dem sich die Vertragsform dann richtet. Einzubeziehen sind neben schriftlichen Erklärungen auch sonstige Willensäußerungen. Eine Willenserklärung kann konkludent durch tatsächliche Handlungen zum Ausdruck kommen. Handeln Unternehmen und Leistender übereinstimmend in einer dem schriftlichen Vertrag widersprechenden Weise, spiegelt sich darin der wirkliche Wille wider. Ein im Vorfeld niedergelegter Vertragstext entspricht dann nicht der Realität und tritt zurück. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Rechtsfolgen der gesetzlichen Regelung Anwendung finden, die für den Tatbestand geschaffen wurden. Durch

²³⁵ BAG v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348, 1350.

²³⁶ Siehe dazu BAG v. 9.4.2014, NZA-RR 2014, 522.

eine Bewertung anhand tatsächlicher Gegebenheiten ist es einer Partei verwehrt, zwingende gesetzliche Regelungen abzubedingen.²³⁷

Dass nicht allein der schriftlich festgelegte Vertragsinhalt maßgeblich sein kann, ergibt sich auch aus § 117 Abs. 1 BGB. Liegt ein sog. Scheingeschäft vor, wollen die Parteien in Wirklichkeit den Vertragsinhalt nicht. Auf beiden Seiten fehlt es am Rechtsbindungswillen, der Vertrag hat keine Wirksamkeit. Ebenso kommt es nicht auf den geschriebenen Vertragstext an, wenn die Parteien übereinstimmend eine falsche Bezeichnung gewählt haben. Es gilt das subjektiv übereinstimmend Erklärte, sog. *falsa demonstratio non nocet*.²³⁸

Widersprechen sich gewählte Vertragsform und tatsächliche Durchführung, ist die tatsächliche Durchführung als sichtbarer Ausdruck des wirklichen Willens entscheidend.²³⁹ Eine solche Klarstellung findet sich auch in dem neu geschaffenen § 611a Abs. 1 S. 6 BGB.

2. Kein Einzelfall

Eine abweichende Vertragspraxis kann aber nur angenommen werden, wenn es sich nicht lediglich um untypische Einzelercheinungen handelt, sondern eine durchgehend geübte Vertragspraxis zum Ausdruck kommt.²⁴⁰ Dies ist insofern problematisch, als dass im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen Unterstützungsleistungen erbracht werden, die zu einer (legalen) Vermischung der Ver-

²³⁷ St. Rspr.: zuletzt BAG v. 25.10.2013, NZA 2013, 1348; MüArbR/*Richardi*, § 17 Rn. 2, der ausführt, dass Sozialschutz nicht dadurch abbedungen werden kann, dass die Arbeitnehmereigenschaft vertraglich ausgeschlossen wird.

²³⁸ ErfK/*Preis*, BGB, § 611, Rn. 37

²³⁹ St. Rspr., vgl. BAG v. 14.7.1983, 2 AZR 549/81, juris; zuletzt v. 11.8.2015, NZA-RR 2016, 288; v. 25.0.2013, NZA 2013, 1348; v. 29.8.2012, NZA 2012, 1433; v. 15.2.2012, NZA 2012, 731; v. 20.5.2009, NZA-RR 2010, 172; ErfK/*Preis*, BGB, § 611, Rn. 48. Bei Zweifeln der Einordnung nach der Durchführung ist die Parteivereinbarung in einer Abwägung zu berücksichtigen, BAG v. 11.8.2015, BeckRS 2015, 73319; v. 9.10.2010, NZA 2010, 877, 879; a.A. MüArbR/*Richardi*, § 17 Rn. 4, der davon ausgeht, dass die Vereinbarung entscheidend ist, wenn der Status objektiv nicht zu klären ist, ebenso Boemke/Lembke/*Boemke*, § 1 Rn. 71. Das OLG Frankfurt v. 12.7.1989 (BB 1990, 778, 779) geht davon aus, dass die geschlossenen Verträge im Gegensatz zur Durchführung entscheidend seien.

²⁴⁰ BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, 19, 23; v. 6.8.2003, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG, zuletzt v. 11.8.2015, BeckRS 2015, 73319.

tragstypen führen können.²⁴¹ Entscheidend ist dann der Umfang der einzelnen Handlungen. Haben vertragsfremde Elemente einen überwiegenden Einfluss auf die Tätigkeit, sind diese für die Beurteilung maßgeblich.²⁴² Handelt es sich um eine durchgängige Praxis, wird dadurch konkludent der wahre Vertragsinhalt deutlich.²⁴³

B. Abgrenzung: Abhängige Beschäftigung

Erweist sich die Tätigkeit de facto – entgegen dem schriftlichen Vertrag – als unselbstständige Arbeit, besteht der Status als Selbstständiger nicht. Plakativ wird von „Scheinselbstständigkeit“ gesprochen.²⁴⁴ Es handelt sich um eine Beschäftigung, die nach dem Vertrag wie Selbstständigkeit behandelt werden müsste, tatsächlich jedoch wie abhängige Beschäftigung behandelt wird.²⁴⁵ Die Selbstständigkeit erfolgt nur zum Schein, um arbeitsrechtliche Schutzvorschriften (z.B. Kündigungsschutz, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall) zu umgehen oder um Sozialversicherungsbeiträge oder Lohnsteuer zu hinterziehen.²⁴⁶ Rechtlich betrachtet gibt es die Scheinselbstständigkeit nicht. Entweder ist die Person selbstständig oder sie ist abhängig beschäftigt.

I. Vorgehen der Rechtsprechung

Die Abgrenzung erfolgt durch die Feststellung, ob die Arbeitnehmereigenschaft vorliegt.²⁴⁷ Durch die Einführung des § 611a BGB zum 1.4.2017 wurde der Arbeitsvertrag erstmals gesetzlich geregelt. Auch wenn nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitsvertrag definiert wird, ergeben sich daraus für die Praxis keine Besonderheiten. Der Status als Selbstständiger ist unvereinbar mit der abhängigen, fremdbestimmten Arbeit eines Arbeitnehmers. Da die Abgrenzung

²⁴¹ Vgl. *Maschmann*, FS v. H-H, S. 309, der als Beispiel die Lohnbuchhaltung bei einem Steuerberaterinsatz nennt.

²⁴² *Maschmann*, FS v. H-H, S. 309.

²⁴³ Es muss sich dabei aber um eine übereinstimmende Willensausübung handeln. Handelt nur eine Partei entgegen der Vereinbarung, kommt es auf die Kenntnis und Billigung der anderen Partei an, um auf eine übereinstimmende Willensausübung schließen zu können, vgl. BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, 19, 23.

²⁴⁴ *Dzida*, Anm. zu BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874; *Schaub/Vogelsang*, § 8 Rn. 54.

²⁴⁵ *Schaub/Vogelsang*, § 8 Rn. 54.

²⁴⁶ *Palandt/Weidenkaff*, Einf § 611 Rn. 11a.

²⁴⁷ *MüKo/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 170.

gesetzlich nicht geregelt war, wurde die Abgrenzung durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geprägt. Zur Abgrenzung wurde ein Arbeitnehmerbegriff herangezogen, der auf eine Definition von *Alfred Hueck* zurückgeht. Arbeitnehmer ist, „*wer aufgrund eines privatrechtlichen oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienst eines andern zur Arbeit verpflichtet ist*“²⁴⁸. Die Rechtsprechung greift auf diese Definition zurück, wenn sie den Arbeitnehmer als jemanden definiert, der „*aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages einem anderen gegenüber verpflichtet ist, eine fremdbestimmte, abhängige und weisungsgebundene Tätigkeit auszuüben*“²⁴⁹. Die Definition in § 611a BGB ist daran angelehnt.

1. Verpflichtung zur „Arbeit“ aufgrund privatrechtlichen Vertrages

Voraussetzung einer Arbeitnehmerstellung ist das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages. Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber muss ein Dienstvertrag gemäß § 611 BGB vorliegen, denn der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrages.²⁵⁰ Der Vertrag muss nicht schriftlich gefasst sein, maßgeblich ist, ob ein Vertrag dieses objektiven Inhalts nach der tatsächlichen Durchführung als vorliegend anzusehen ist. Liegt nach der schriftlichen Vereinbarung ein Werkvertrag vor, besteht die privatrechtliche Grundlage. Die Beteiligten haben sich übereinstimmend über den Austausch von Leistungen geeinigt. Der Leistende verpflichtet sich vertraglich nicht zur „Arbeit“, sondern zu einem Erfolg. Ein Arbeitsvertrag kann sich dann aber aus der tatsächlichen Durchführung ergeben.

²⁴⁸ Vgl. BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; Hueck/Nipperdey, 1. Aufl., S. 33: „Arbeitnehmer sind die auf Grund privatrechtlichen Vertrages im Dienst eines andern zur Arbeit verpflichteten Personen“.

²⁴⁹ St. Rspr., BAG v. 10.4.1991, AP Nr. 54 zu § 611 BGB – Abhängigkeit, zuletzt BAG v. 17.9.2014, NZA 2014, 1293.

²⁵⁰ H.M. in Rspr. und Lit., siehe nur ErfK/Preis, § 611 Rn. 3; a.A. Greiner, RdA 2015, 218, 218 f.

2. „Im Dienst eines anderen“

Anders als bei einem freien Dienstvertrag muss der Leistende „im Dienst eines andern“²⁵¹ stehen und für diesen „fremdbestimmte, abhängige und weisungsgebundene“²⁵² Dienstleistungen erbringen. Ein Selbstständiger hingegen kann seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen, vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Die Abgrenzung des Arbeitnehmerstatus zu einer Beschäftigung als Selbstständiger erfolgt nach überwiegender Ansicht anhand des Merkmals der persönlichen Abhängigkeit.²⁵³ Um eine persönliche Abhängigkeit festzustellen, greift die Rechtsprechung auf eine Vielzahl von Kriterien zurück, die sie je nach Einzelfall in einer Gesamtwürdigung unterschiedlich gewichtet.²⁵⁴ Dies führt im Ergebnis zwar zu einer hohen Einzelfallgerechtigkeit, bietet aber *ex ante* für die Beteiligten wenig Rechtssicherheit. Als entscheidende Indizien stellt die Rechtsprechung auf die Weisungsgebundenheit sowie eine Eingliederung in die Organisation des Vertragspartners ab.²⁵⁵

II. Anwendbarkeit der Kriterien im IT-Bereich

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt immer auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.²⁵⁶ Unterschiedliche Kriterien sind bei unterschiedlichen Leistungen verschieden zu gewichten. Eine Bewertung kann immer nur unter Rücksichtnahme auf die speziellen Tätigkeiten im IT-Bereich vorgenommen werden. Die Aufgaben im IT-Bereich sind geprägt von unterschiedlicher Komplexität, verschiedenem Umfang und anderen Vorgehensweisen. Die Aussage, dass eine Tätigkeit immer selbstständig oder unselbstständig erbracht

²⁵¹ Hueck/Nipperdey, 1. Aufl., S. 33

²⁵² St. Rspr., BAG 10.4.1991, AP Nr. 54 zu § 611 BGB – Abhängigkeit

²⁵³ St. Rspr. BAG v. 28.2.1962, AP Nr. 1 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; zuletzt BAG v. 11.8.2015, BeckRS 2015, 73319; v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, auf die das Reichsarbeitsgericht noch abgestellt hatte, vgl. RAG, Benschlgl. 4, 143, sei nicht maßgeblich, BAG v. 9.6.1995, AP Nr. 66 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

²⁵⁴ Es handelt sich um eine typologische Vorgehensweise, st. Rspr., BAG v. 28.2.1962, AP Nr. 1 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

²⁵⁵ St. Rspr., BAG v. 20.8.2003, NZA 2004, 39; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 78 ff.

²⁵⁶ St. Rspr., BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; aus der neueren Rspr., BAG v. 11.8.2015, BeckRS 2015, 73319; v. 21.7.2015, BeckRS 2016, 65025; v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348, 1350; MüArbR/Richardi, § 18 Rn. 1 ff.

wird, ist zu pauschal.²⁵⁷ Grundsätzlich kann jede Tätigkeit im Rahmen eines freien Dienstvertrages oder im Rahmen eines Arbeitsvertrages erbracht werden.²⁵⁸ Zu untersuchen ist die individuell vertraglich zugesagte Dienstleistung.²⁵⁹ Sicherlich gibt es aufgrund der versprochenen Tätigkeit eindeutige Fälle, die unzweifelhaft für eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Software-Entwickler von zuhause aus (in eigener Betriebsstätte) mit oder ohne eigene Arbeitnehmer Programme für den Absatzmarkt erstellt und diese selbst vermarktet.²⁶⁰ Während eine solche Tätigkeit eine selbstständige Leistungserbringung eher unproblematisch ermöglicht, gibt es im IT-Bereich andere Aufgaben, die nicht immer eindeutig und einzelfallabhängig sind. Dies betrifft in erster Linie Serviceleistungen, insbesondere bei Vereinbarung einer sog. Vollpflege der IT-Systeme.

1. Eingliederung

Indiz für eine abhängige Beschäftigung soll die Eingliederung sein. Der Begriff ist unbestimmt und muss mit Inhalt gefüllt werden. Unzweifelhaft kann auf eine Eingliederung in den Betrieb nicht schon dann geschlossen werden, wenn der Leistende die Tätigkeit vor Ort im Unternehmen erbringt.²⁶¹ Dies gilt auch für eine dauerhafte bzw. längere Tätigkeit vor Ort. Übernimmt ein Softwarehersteller z.B. auch noch Supportleistungen vor Ort, wird er gegebenenfalls längerfristig vor Ort im Unternehmen tätig werden.

„Eingliederung“ muss also über eine physische Anwesenheit hinausgehen. Es muss festgestellt werden, ob der Leistende in der Funktion eines Arbeitnehmers im Betrieb tätig wird. Dazu kommen verschiedene Faktoren in Betracht. Keine

²⁵⁷ So *Haag/Tiberius* (NZA 2004, 190, 194), die ausführen, dass Aufgaben aus klassischen Einsatzbereichen eines Interim Managers immer dafür sprechen würden, dass die Tätigkeit selbstständig erbracht wird. Ebenso hat sich die Rspr. (BAG v. 17.4.2013, NZA 2013, 903ff.) inzwischen von der Ansicht verabschiedet, dass nicht programmgestaltende Tätigkeiten im Rundfunkbereich nur von Arbeitnehmern vorgenommen werden (so z.B. BAG v. 30.11.1994, NZA 1995, 622, 623).

²⁵⁸ *ErfK/Preis*, § 611 Rn. 10; Für eine pauschale Abgrenzung fehlt es im Übrigen an Kriterien, die unzweifelhaft deutlich machen, dass die Tätigkeit nur durch Arbeitnehmer ausgeübt werden kann, so *Uffmann*, *ZfA* 2013, 1, 28; siehe auch unter 2. Teil, C., I., 1., b.

²⁵⁹ *MüArbR/Richardi*, § 18 Rn. 32.

²⁶⁰ Beispiel von *MüArbR/Heenen*, § 316 Rn. 15.

²⁶¹ BAG v. 23. 4. 1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

Aussagekraft haben formale Faktoren, wie z.B. die (Nicht-)Eintragung in Organigramme, Telefon- und Urlaubslisten. Diese Faktoren bestehen unabhängig vom Verhalten des Leistenden und lassen so alleinig keinen Rückschluss auf die Funktion des Leistenden zu.²⁶² Für die Praxis ist die Relevanz dieser Indizien im Übrigen gering, da derartige formale Anhaltspunkte vermieden werden und auch in Grenzfällen nur noch selten vorkommen.

Eine Eingliederung soll vorliegen, wenn der Leistende auf die Stellung von Arbeitsmitteln des leistungsempfangenden Unternehmens angewiesen ist.²⁶³ So läge z.B. bei der Telearbeit eine Eingliederung vor, wenn die sachliche Ausstattung des Unternehmens, z.B. durch einen Rückgriff auf den Hauptrechner, genutzt wird.²⁶⁴ Im Umkehrschluss fehlt es an einer Eingliederung, wenn der Leistende eigene Arbeitsmittel nutzt.²⁶⁵

Die Verwendung von Arbeitsmitteln des leistungsempfangenden Unternehmens ist als Kriterium für eine Eingliederung ungeeignet. Die IT-Dienstleistungen werden maßgeblich vom Wissen der Freelancer geprägt und sind daher oftmals arbeitsmittelarm. In vielen Fällen wird nur der Zugriff auf das System benötigt. Die IT-Infrastruktur des Unternehmens selbst ist darüber hinaus zumeist weniger Arbeitsmittel, als vielmehr Gegenstand der Arbeitsleistung. Es kann aber auch vorkommen, dass der Freelancer Arbeitsmittel des Unternehmens, z.B. Rechner samt Software, nutzt. Dies kann der Fall sein, wenn der Freelancer einmalig ein spezielles Programm verwendet, dessen Anschaffung für ihn ansonsten sehr teuer wäre. Die Rechtsprechung hat für diese Fälle schon anerkannt, dass es dann nicht auf die Nutzung von Arbeitsmitteln ankommen kann.²⁶⁶ Zu beachten ist auch, dass das Unternehmen die Verwendung bestimm-

²⁶² Darüber hinaus kann es auch durchaus sinnvoll sein, Externe in solche Listen mitaufzunehmen.

²⁶³ ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 70; BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

²⁶⁴ Hoeren/Preis, Telearbeit Rn. 31.

²⁶⁵ Wedde, Telearbeit, Rn. 139; Hoeren/Preis, Telearbeit Rn. 31.

²⁶⁶ „In der Praxis dürfte das jedoch kaum vorkommen, weil die anfallenden Kosten zu hoch wären. Das Angewiesensein auf [...] Einrichtungen des Senders kann daher nicht als Umstand gewertet werden, der auf eine Eingliederung [...] schließen lässt“, BAG v. 19.1.2000, NZA 2000, 1102, 1105. Im Fall des BAG v. 25.9.2013 (NZA 2013, 1348 ff.) stellte dieses darauf ab, dass der Leistende eine bestimmte Fachsoftware auf dem Rechner des Leistungsempfängers verwenden musste und deutete dies als Zeichen der Ab-

ter eigener Arbeitsmittel aus datenschutzrechtlichen Gründen vorschreiben kann, umso die Einwirkungsmöglichkeiten von Dienstleistern auf die hoch sensiblen (u.a. personenbezogenen) Daten des Unternehmens im Überblick behalten zu können.

Die Verwendung von Arbeitsmitteln als Identifikationsmerkmal ist auch nicht vor missbräuchlichen Gestaltungen gewahrt. Die betriebseigenen Arbeitsmittel können beispielsweise vorübergehend an den Leistenden vermietet werden.²⁶⁷ Ein Rückschluss auf eine abhängige Beschäftigung kann sich daraus dann nicht ergeben.

Die Zusammenarbeit des Leistenden mit Mitarbeitern des Unternehmens kann ein Indiz für eine Eingliederung sein.²⁶⁸ Oberflächlich betrachtet entsteht durch eine enge Zusammenarbeit eine Einheit der im Betrieb Beschäftigten. Dies ist Ausdruck einer Eingliederung. Für die Abgrenzung, ob der Leistende seiner Funktion nach abhängig ist, kann die Zusammenarbeit nicht herangezogen werden, wenn sie aus einem Sachzwang resultiert.

Eine Zusammenarbeit innerhalb gemischter Teams ist Voraussetzung moderner Projektentwicklungsmethoden. Würde man in diesen Fällen die Eingliederung als Ausdruck einer abhängigen Beschäftigung ansehen, wäre eine Mitarbeit von Freelancern in Projekten nicht möglich. Spezielles Wissen könnte nicht punktuell für Projekte genutzt werden. Ein so interpretierter Eingliederungsbegriff käme einem Verbot bestimmter Tätigkeiten gleich und widerspricht den Interessen der Parteien.²⁶⁹ Der Eingliederungsbegriff muss sich der Praxis anpassen, nicht die Praxis dem Eingliederungsbegriff. Wie bereits dargelegt, unterliegen IT-Projekte aufgrund der Ungewissheit des Erfolgseintritts oftmals einem Wandel. Dieser Wandel setzt eine erhöhte Kommunikation und enge Zusammenarbeit im Team voraus. Davon hängt der Erfolg des gesamten Projektes

hängigkeit (BAG, aaO., 1351). Dies ist insofern zweifelhaft, als das die Verwendung der Fachsoftware ein Sachzwang ist, der sich aus der konkreten Leistungserbringung ergibt.

²⁶⁷ *Hinck/Boewe*, Mitbestimmung 7+8/2015, 10, 13.

²⁶⁸ „*Notwendigkeit der ständigen Zusammenarbeit mit den übrigen Mitarbeitern*“, BAG v. 22.6.1977, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

²⁶⁹ *Redeker*, ITRB 2013, 165, 167.

ab. Aus diesem Sachzwang kann nicht auf Eingliederung im Sinne einer abhängigen Beschäftigung geschlossen werden.

Weder die Abhängigkeit von Arbeitsmitteln des Unternehmens, noch die Zusammenarbeit in gemischten Teams können als Ausdruck einer Eingliederung zur Abgrenzung herangezogen werden.²⁷⁰

Es stellt sich die Frage, welchen Mehrwert eine Eingliederung als Abgrenzungsmerkmal noch darstellt. Nach der Rechtsprechung muss der Leistende die Leistung in einer vom leistungsempfangenden Unternehmen bestimmten Arbeitsorganisation erbringen.²⁷¹ Das Kriterium der „Eingliederung“ versucht dies abzubilden. Der abhängig Beschäftigte ist Teil der arbeitsorganisatorischen Einheit, die neben den angestellten Personen auch die Vermögensgüter umfasst. Eine Arbeitsorganisation entsteht durch die Lenkung des Arbeitgebers, der die Abläufe beherrscht und so die Vermögensgüter und das Personal bestmöglich einsetzen kann. Unterwirft sich der Leistende dieser Macht, integriert er sich in die Arbeitsorganisation. Ein Selbstständiger hingegen, der nicht auf die Organisation bezüglich der Ausgestaltung der konkreten Leistung durch das Unternehmen angewiesen ist, muss sich nicht unterwerfen. Teil der bereits bestehenden Arbeitsorganisation wird der Leistende folglich nur, wenn er vom Arbeitgeber dazu gemacht wird. Das wird aber typischerweise sichtbar durch die Ausübung von Weisungen. Eine „Eingliederung“ bildet folglich nur eine Unterordnung des Leistenden ab, durch die er zum Ausdruck bringt, dass er seine Leistung nicht eigenständig, sondern in Abhängigkeit erbringt. Eine Eingliederung ist Folge der Weisungserteilung und hat somit als eigenständiges Kriterium keinen Mehrwert.²⁷²

²⁷⁰ Dies hat das BAG (v. 30.11.1994, NZA 1995, 622, 624) für den Rundfunkbereich bereits festgestellt.

²⁷¹ BAG v. 20.7.1994, NZA 1995, 161, 162.

²⁷² MüArbR/Richardi, § 16 Rn. 25; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 52; Hamann, NZA-Beilage 2014, 3, 4; Boemke, ZfA 1998, 285, 311; Preis/Wieg, AuR 2016, 313, 323.

2. Weisungen

Das Weisungsrecht stellt nach der Rechtsprechung den wichtigsten Unterschied zwischen einem freien Dienstvertrag und einem Arbeitsvertrag dar.²⁷³ Anders als bei freien Verträgen unterliegt der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, welches durch den Arbeitsvertrag begründet wird. Aus § 106 GewO ergibt sich, dass der Arbeitgeber durch sein Weisungsrecht in zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Hinsicht über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers disponieren kann.²⁷⁴ Der Arbeitgeber kann durch die Ausübung dieses Weisungsrechtes den Arbeitseinsatz koordinieren und durch einseitige Weisungen näher konkretisieren.²⁷⁵ Durch das Weisungsrecht übt der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer eine Macht aus. Für die rechtliche Beurteilung ist nicht die Ausübung des Weisungsrechts, sondern die tatsächliche Unterwerfung entscheidend. Aus dieser korrespondierenden Unterwerfung resultiert die Schutzwürdigkeit des Leistenden.²⁷⁶

a. Örtliche Weisungsgebundenheit

Die örtliche Weisungsgebundenheit findet ihren Ausdruck darin, dass der Arbeitgeber den Ort der Arbeitsleistung bestimmen darf. Während früher in den ganz überwiegenden Fällen die Leistungserbringung nur auf dem Betriebsge-

²⁷³ BAG v. 30.11.1994, NZA 1995, 622; ErfK/Preis, BGB, § 611 Rn. 64; Auch nach EU-Recht ist entscheidend, ob der Beschäftigte seine Arbeit nach Weisung ausübt, EuGH v. 17. 7. 2008 – Ranccanelli, NZA 2008, 995. Teilweise hat die Rechtsprechung eine Arbeitnehmerstellung angenommen ohne dass eine fachliche, örtliche oder zeitliche Weisungsgebundenheit vorlag, vgl. BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Das BAG (aaO.) stellte lediglich auf die Fremdbestimmtheit der Leistung ab. Dies ist insoweit problematisch, als dass das Merkmal einer Fremdbestimmtheit bzw. Fremdnützigkeit kein trennscharfes Abgrenzungskriterium ist, denn auch der Selbstständige, der aufgrund eines freien Vertrages tätig wird, tut dies nicht ausschließlich aus Eigennutz.

²⁷⁴ Greiner (NZA 2013, 697, 701) bezeichnet dies als die für den Arbeitsvertrag typische Dispositionskompetenz.

²⁷⁵ BAG v. 7. 12. 2000, NZA 2001, 780. Grenzen findet diese Ausübung durch den Arbeitsvertrag (*Hromadka*, FS v. H-H, S. 156; insbesondere im Vertrag festgelegten Berufsbild, *Raif*, ArbRAktuell 2015, 1, 1) bzw. im billigen Ermessen, gemäß § 106 GewO. Das Weisungsrecht als Leistungsbestimmungsrecht fällt unter § 315 Abs. 3 BGB, BAG v. 22.2.2012, NZA 2012, 858.

²⁷⁶ *Wendeling-Schröder*, AuR 2011, 424, 429; Wird die Ausgestaltung der Arbeit nicht einseitig festgelegt, fehlt es an der Schutzwürdigkeit.

lände möglich war, erfordert die Leistungserbringung inzwischen oftmals keine physische Anwesenheit auf dem Betriebsgelände.²⁷⁷ Aufgrund technischer Gegebenheiten ist die Bedeutung einer örtlichen Gebundenheit heute gering. In vielen Bereichen besteht für Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Tätigkeiten im sog. *homeoffice* zu erbringen. Erfolgt die Leistungserbringung regelmäßig außerhalb der Betriebsstätte, handelt es sich um Telearbeit. Das Fehlen einer physischen Anwesenheitspflicht suggeriert, dass die Tätigkeit „freier“ ausgeübt werden könnte. Dies muss aber nicht zwingend der Fall sein. Auch wenn die Tätigkeit nicht im Betrieb ausgeübt wird, kann es örtliche Vorgaben geben.²⁷⁸ Dies ist z.B. der Fall, wenn der auswärtige Arbeitsplatz des Leistenden mit Gerätschaften des Arbeitgebers ausgestattet wird.²⁷⁹

Nicht nur Arbeitnehmer können ihre Tätigkeiten sowohl im Betrieb als auch außerhalb des Betriebes erbringen, auch die Leistung von Selbstständigen kann sowohl vor Ort als auch von außerhalb erbracht werden. Wird die Leistung von Selbstständigen vor Ort erbracht, z.B. infolge des sog. Inhouse-Outsourcings,²⁸⁰ können sich Abgrenzungsprobleme ergeben. Während früher Reparaturen an Maschinen durch Dienstleister vor Ort vorgenommen werden mussten, ermöglichen technische Entwicklungen, wie die Verbindung über Netzwerke, einen Zugriff auf die Systeme des Unternehmens von außerhalb. Auf diese Weise kann eine Fehlerbehebung vorgenommen werden. Durch die Cloud entfällt ein räumlicher Bezug zu einem Arbeitsplatz. Sowohl Arbeitnehmer in Telearbeit als auch Dienstleister können einen Zugriff von außerhalb auf die Unternehmenssysteme nutzen. Die Arbeit wird nicht mehr auf dem Betriebsgelände erbracht, sondern kann über Netzwerkverbindungen von überall erfolgen. Es kommt zu einer Dezentralisierung der Arbeit, mit dem Netzwerk als „neuem

²⁷⁷ Ein Beispiel ist der Fall, wenn ein EDV-Arbeitsplatz eine Online-Verbindung zu einem Unternehmen (auch im Ausland) ermöglicht und so auch auf den Produktbereich des Unternehmens zugegriffen werden kann, vgl. LAG Saarland v. 26.3.2014, ArbRAktuell 2014, 341.

²⁷⁸ Hoeren/*Preis*, Telearbeit, Rn. 29.

²⁷⁹ *Wank*, Telearbeit, Rn. 310; *Wedde*, Telearbeit, Rn. 152. Inzwischen besteht die Tendenz, dass Arbeitnehmer Heimarbeitsplätze selbst ausstatten, *Meyer*, Mitbestimmung 12/2015, 23 f.

²⁸⁰ *Schüren*, FS Wank, S. 571, 572.

Betriebsgelände“.²⁸¹ Im herkömmlichen Betrieb laufen nur noch die Ergebnisse der Arbeit zusammen.

Wenn die Arbeit an jedem beliebigen Ort erbracht werden kann, kommt es zu einer Unabhängigkeit von Ort, Zeit und Endgerät.²⁸² Eine Weisungsgebundenheit muss sich dann aus anderen Faktoren ergeben.²⁸³

b. Zeitliche Weisungsgebundenheit

Dem Arbeitgeber steht es zu, den zeitlichen Rahmen der Arbeitsleistung vorzugeben. Er hat die Dispositionsbefugnis über Beginn und Ende der Arbeitszeit. Selbstständige sind in der Gestaltung der Arbeitszeit frei, vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Gerade, wenn eine örtliche Weisungsgebundenheit ausscheidet, kann sich eine persönliche Abhängigkeit aus einer zeitlichen Bindung ergeben. Dies ist der Fall, wenn z.B. ein Zugriff auf das Unternehmensnetzwerk nur zu bestimmten Zeiten möglich ist und somit die geschuldete Leistung nur zu eng bestimmten Zeiten erbracht werden kann.²⁸⁴ Maßgeblich ist dann nicht, dass der Leistende auf die IT-Einrichtungen des Unternehmens angewiesen ist, sondern die zeitliche Begrenzung der Leistungszeit. Der Arbeitgeber gibt dann den zeitlichen Rahmen vor.²⁸⁵ Je enger der Zeitraum ist, umso eher spricht dies für eine abhängige Beschäftigung. Die Rechtsprechung lässt für eine selbstständige Tätigkeit eine Leistungszeit bis zu 24 Stunden zu.²⁸⁶ Die Eintragung in den Dienstplan allein ist nicht ausreichend, um eine zeitliche Vorgabe durch den Leistungsempfänger anzunehmen.²⁸⁷ Maßgeblich ist, dass der Leistende keinen Einfluss auf die Einteilung hat, der Dienstplan also einseitig bindend vorgegeben ist.²⁸⁸

In der Praxis besteht die größte Gefahr, eine abhängige Beschäftigung zu begründen, in der Ausübung einer solchen zeitlichen Weisungsgebundenheit. Das

²⁸¹ „*Virtuelle Betriebe*“, Matzner/Stubenvoll/Zahrnt, IT-FL, S. 481.

²⁸² Hilber/Weiss, Teil 1 A, Rn. 22.

²⁸³ So auch Freckmann, DB 2013, 459, 462.

²⁸⁴ Vgl. Hoeren/Preis, Telearbeit, Rn. 30.

²⁸⁵ MüArbR/Richardi, § 16 Rn. 33.

²⁸⁶ BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874.

²⁸⁷ Für die Eintragung in den Dienstplan als „*starkes Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft*“, BAG v. 16.2.1994, AP Nr. 15 zu § 611 – Rundfunk.

²⁸⁸ Uffmann, ZfA 2013, 1, 23.

Vorliegen einer zeitlichen Weisungsgebundenheit kompensiert das Nicht-Vorliegen anderer Indizien.²⁸⁹ Der Vorteil einer Beurteilung anhand einer zeitlichen Bindung besteht darin, dass dieses Kriterium sowohl eine Aussagekraft in Bezug auf Selbstständige als auch auf Arbeitnehmer hat und dies unabhängig von der auszuübenden Tätigkeit oder der Verwendung bestimmter Arbeitsmittel.

c. Inhaltliche/Fachliche Weisungsgebundenheit

Die Leistungserbringung eines Arbeitnehmers wird durch den Arbeitgeber gesteuert. Die Leistung ist im Arbeitsvertrag nur umrissen. Als Ausdruck seiner Macht kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer frei nach seinen Vorstellungen einsetzen und ihm Aufgaben zuweisen. Auf diese Weise gestaltet er den Inhalt der konkreten Tätigkeit situationsbedingt aus. Dies erfolgt durch inhaltsbezogene/fachliche Weisungen. Im IT-Bereich kann sich die Weisungsgebundenheit z.B. auf Arbeitsinhalte und zu verwendende Software beziehen. Handelt es sich um Telearbeit und arbeiten die Mitarbeiter über Netzwerke mit dem Unternehmen verbunden, erfolgt die Weisungserteilung zumeist digital.²⁹⁰

Inhaltliche Weisungen können auch „verdeckt“ ausgeübt werden. Das ist der Fall, wenn zwar in der tatsächlichen Durchführung keinerlei Weisungen auftreten, diese aber auch nicht nötig sind, da bereits im Vertrag das einzelne Vorgehen derart kleinschrittig vorgegeben ist, dass nicht mehr von einem freien Vertrag auszugehen ist.²⁹¹ Die für einen freien Vertrag typische Eigenverantwortlichkeit besteht dann nicht mehr.

aa. Inhaltliche Weisungen bei steigender Qualifikation des Leistenden

Die Intensität von fachlichen Weisungen hängt maßgeblich von der Qualifikation des Leistenden ab. In der Regel ist davon auszugehen, dass je geringer die Qualifikation ist, umso stärker fachliche Weisungen ausgeprägt sind. Höchstqualifizierte hingegen, wie z.B. Chefärzte²⁹², arbeiten zumeist weisungsfrei.

²⁸⁹ Uffmann, ZfA 2013, 1, 18 ff.

²⁹⁰ Hoeren/Preis, Telearbeit, Rn. 28.

²⁹¹ Siehe unter 2. Teil, C., I., 1., b.

²⁹² BAG v. 27.7.1961, NJW 1961, 2085 ff.

Das bedeutet, dass je qualifizierter der Mitarbeiter ist, er umso größere Freiheit bei Ausübung der Tätigkeit genießt.²⁹³ Das Kriterium der fachlichen Weisungsgebundenheit kann dann keine Aussagekraft haben, es ist auf andere Indizien abzustellen.²⁹⁴ Im Rahmen eines freien Dienstvertrages organisiert der Leistende seine Leistungserbringung eigenständig, auf Weisungen seitens des Auftraggebers ist er nicht angewiesen. In den überwiegenden Fällen wird der Auftraggeber dem Auftragnehmer auch keine fachlichen Weisungen erteilen können, da er den Auftragnehmer gerade wegen des Fehlens von eigenem Know-how beauftragt. Dies ist z.B. der Fall, wenn einem Freelancer ein Projektmanagement übertragen wurde. Der Freelancer steuert das IT-Projekt eigenständig, ohne Einfluss des Unternehmens. Auch wenn sich der Freelancer an die Gegebenheiten und Vorgaben des Unternehmens halten muss, obliegt ihm allein die fachliche Ausgestaltung.²⁹⁵

Je qualifizierter der Dienstverpflichtete ist und je komplizierter die zu erbringende Tätigkeit, umso schwieriger wird es, inhaltliche Weisungen zu erteilen. Im IT-Bereich haben oftmals selbst geringqualifizierte IT-Kräfte gegenüber der übrigen Belegschaft und den Führungsebenen einen Wissensvorsprung. Das resultiert daraus, dass die Einführung der technischen Systeme schneller vonstattenging, als die Weiterbildung des Personals.²⁹⁶ Eine fachliche Bindung fehlt.

bb. Inhaltliche Weisungen im Rahmen freier Verträge

Eine Identifikation anhand inhaltlicher Weisungen wird dadurch erschwert, dass auch im Rahmen von freien Verträgen inhaltliche Weisungen erteilt werden können.²⁹⁷ Wie sich aus § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, hat der Werkbesteller die Möglichkeit, den Werkerfolg des Werkunternehmers durch werkbezoge-

²⁹³ Vgl. BAG v. 20.7.1994, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

²⁹⁴ MüArbR/*Richardi*, § 16 Rn. 28.

²⁹⁵ Für die Identifikation in der Praxis könnte das Kriterium der fachlichen Weisungsgebundenheit eher in einem umgekehrten Sinn eingesetzt werden: Für eine Selbstständigkeit spricht, wenn der Leistende in Bezug auf die konkrete Tätigkeit (hypothetisch) festangestellte Mitarbeiter aufgrund seines Wissensvorsprungs anleiten könnte.

²⁹⁶ Oftmals fehlt auch das Interesse, sich mit den neuartigen Problematiken auseinanderzusetzen. Das ist auch der Grund, warum IT-Services eine so große Bedeutung haben: Alles hängt an der IT – nur wenige kennen sich aus.

²⁹⁷ *Boemke*, FS v. H-H, S. 46; *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2, 4.

ne Weisungen zu beeinflussen.²⁹⁸ Dieses werkvertragliche Anweisungsrecht ist abzugrenzen vom arbeitsrechtlichen Direktionsrecht.²⁹⁹ Während sich das arbeitsrechtliche Weisungsrecht personenbezogen auf Ort, Zeit und Inhalt der Leistungserbringung bezieht, ist das werkvertragliche Weisungsrecht objektbezogen, gerichtet auf das Ergebnis der Leistungserbringung und nicht auf die vorgelagerten Arbeitsschritte. Wird der Gegenstand der Werkleistung durch die Weisung überhaupt erst bestimmt, bezieht sich die Weisung nicht auf ein bereits festgelegtes Werk. Dies ist der Fall, wenn die Arbeitsleistung nach Bedarf erbracht und somit erst im Einzelfall ausgestaltet wird. Es handelt sich um eine inhaltliche, arbeitsbezogene Weisung.³⁰⁰ Ändert eine Weisung den Leistungsgegenstand (bzw. begründet einen neuen), kommt es zu einer Veränderung der Vertragsart.³⁰¹ Dies ist der Fall, wenn sich Projektziele während des Projektes verändern (sog. *moving targets*).

Ist das geschuldete Werk vertraglich festgelegt, können sich Anweisungsbefugnisse i.S.v. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben.³⁰² Es kann sich um ein projektbegleitendes Qualitätsmanagement handeln, bei dem die Verwirklichung des Projekterfolges im Mittelpunkt steht.³⁰³ Das leistungsempfangende Unternehmen will bereits während des Projektes sicherstellen, dass der Erfolg am Ende auch eintritt.³⁰⁴ Inhaltliche Kontrollhandlungen unterfallen also nicht per se einem

²⁹⁸ Im Rahmen eines Dienstvertrages ergibt sich die Möglichkeit, die Dienstleistung zu beeinflussen aus §§ 675 Abs. 1, 665 BGB, so *Brauneisen/Ibis*, RdA 2014, 213, 219.

²⁹⁹ BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, 19, 23.

³⁰⁰ BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, 19, 23.

³⁰¹ Eine Weisungserteilung führt nicht zwangsläufig zu einem Arbeitsvertrag. Aus einem Werkvertrag kann sich auch ein Dienstvertrag ergeben, LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2014, NZA 2013, 1017, 1021; *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427, 429; *Koch*, ITRB 2010, 114, 119; *Schneider*, ITRB 2010, 18, 20; a.A. OLG Karlsruhe v. 16.8.2002, CR 2003, 95, das an einem Werkvertrag festhält, wenn es zu einer Anpassung an betriebliche Besonderheiten kommt.

³⁰² „Dagegen läßt sich aus Weisungen des Dritten, durch die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte verschiedener oder gleichartiger Werkleistungen im Rahmen der zuvor vereinbarten Werkgegenstände festgelegt werden, nicht auf Arbeitnehmerüberlassung schließen, soweit sie nur bezogen auf das konkrete Werk erteilt werden“, BAG v. 30.1.1991, NZA 1992, 19, 23.

³⁰³ *Schüren*, FS Däubler, S. 94 f.; *Ders.*, FS Wank, S. 571; *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 174.

³⁰⁴ Anders als bei einem Arbeits- oder freien Dienstvertrag muss das leistungsempfangende Unternehmen bei einem Werkvertrag grundsätzlich nicht schon während des Projektes dafür Sorge tragen, dass die Leistung ordnungsgemäß erfüllt wird. Liegt ein Werkver-

arbeitsbezogenen Weisungsrecht. Der Bezugspunkt der Weisung muss festgestellt werden, was nicht einfach ist. Weisungen können sowohl personenbezogen als auch objektbezogen sein. Es handelt sich um sog. doppelfunktionale Weisungen.³⁰⁵ Problematisch ist, wenn sich eine personenbezogene Weisung auch auf den Gegenstand beziehen lässt. Dies führt dazu, dass die Einordnung der Weisung Schwierigkeiten bereitet, da die Weisungsart „materiell betrachtet austauschbar ist“³⁰⁶.

Die Abgrenzung der Weisungsarten wird auch dadurch erschwert, dass nicht immer festgestellt werden kann, ob es sich überhaupt um eine Weisung handelt. Agile Projektentwicklungsmethoden setzen eine effiziente Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer voraus. Im Rahmen eines IT-Projektes verschwinden streng hierarchische Strukturen.³⁰⁷ An ihre Stelle tritt ein Austausch von internen und externen Kräften auf Augenhöhe. Projektmethoden werden ohne Weisungsrechte abgewickelt.³⁰⁸

3. Zwischenergebnis

Die Kriterien der Rechtsprechung beziehen sich auf die konkret ausgeübte Tätigkeit. Äußere, von der konkreten Tätigkeit losgelöste Umstände haben nur eine sekundäre Bedeutung.³⁰⁹ Während eine Eingliederung als eigenständiges Abgrenzungskriterium nicht taugt, schwindet auch die Bedeutung von Weisungen als Kriterium einer Abgrenzung von abhängiger zu selbstständiger Tätigkeit. Zwar können die Eingliederung und die Weisungsgebundenheit für eine theoretische Abgrenzung herangezogen werden, für eine Identifikation in der Praxis eignen sie sich jedoch nur in Grenzen.³¹⁰ Maßgeblichen Einfluss haben

trag vor, haftet der Werkunternehmer vollumfänglich für den Eintritt des versprochenen Leistungserfolges.

³⁰⁵ Siehe Beispiele bei *Hamann*, Erkennungsmerkmale, S. 126 ff.; *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 134.

³⁰⁶ *Brauneisen/Ibis*, RdA 2014, 213, 220.

³⁰⁷ *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 130.

³⁰⁸ *Heise/Friedl*, NZA 2015, 129, 134.

³⁰⁹ „Äußere Umstände“ meint nicht das „Wann“ und „Wo“ der Leistungserbringung, sondern bezieht sich auf die Umstände, die sich in Bezug auf den Leistenden und sein Umfeld ergeben, z.B. Marktaktivität.

³¹⁰ Siehe zu Unterscheidung von Abgrenzung und Identifikation: *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 107.

technische Entwicklungen, die eine Verbindung zwischen Leistendem und Leistungsempfänger ortsunabhängig und ohne zeitliche Beschränkungen möglich machen. In Bezug auf inhaltliche Weisungen stellt sich vor allem das Problem, wann eine Regelung eine arbeitsbezogene Weisung darstellt. Veränderte Vorgehensweisen der Leistungserbringung lassen die Bedeutung weiter schwinden. Weisungen und Eingliederung sind Ausdruck einer Unterwerfung des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber. Diese Unterordnung muss sichtbar werden, anderenfalls fehlt es an einer Steuerung des Arbeitseinsatzes. Je höher die Qualifikation des Freelancers ist, umso weniger sichtbar wird eine arbeitsrechtliche Über- bzw. Unterordnung.

III. Alternative Abgrenzung

Neben der Vorgehensweise der Rechtsprechung gibt es weitere Ansätze einer Abgrenzung.³¹¹ Aus der Literatur hat besonders der Vorschlag von *Wank* Anerkennung gefunden.³¹²

1. Unternehmensrisiko

*Wank*s verstärkt am Telos orientierter Ansatz stellt primär auf das Unternehmensrisiko ab.³¹³ Ausgehend von einem dualen System, in dem der Leistende entweder Arbeitnehmer oder Selbstständiger ist (sog. Alternativmodell)³¹⁴, erfolgt die Unterscheidung danach, wer das wirtschaftliche Risiko zu tragen hat.³¹⁵ Anhand des Kriteriums des Unternehmensrisikos kann bestimmt werden, wer die Möglichkeit hat, Gewinnchancen zu nutzen und im Gegenzug auch Verlustrisiken zu tragen hat.³¹⁶ Der Selbstständige ist sowohl persönlich als auch wirtschaftlich unabhängig vom Auftraggeber. Er hat die Chance, frei über die eigene Arbeitskraft zu verfügen und maximalen Gewinn am Markt zu erzielen. Dies setzt freilich voraus, dass der Selbstständige seine Leistung auch auf

³¹¹ Siehe dazu *Wank*, AN und Selbstständige, S. 122 ff.; *Lieb*, RdA 1977, 210, 215; *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 1, 5.

³¹² *Wank*, AN und Selbstständige, S. 127 ff.

³¹³ *Wank*, AN und Selbstständige, S. 122 ff.; *Wank*, EuZA 2016, 143 ff.

³¹⁴ *Wank*, S. 117 ff.; Im Unionsrecht wird auch nur zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen unterschieden, vgl. *Lunk*, NZA 2015, 917, 920.

³¹⁵ *Wank*, AN und Selbstständige, S. 127 ff.

³¹⁶ *Wank*, AN und Selbstständige, S. 129.

dem Markt anbietet und mit Wettbewerbern in Konkurrenz tritt. Tritt er nicht nach außen am Markt auf, sondern leistet er nur für einen Auftraggeber, soll dies für eine Arbeitnehmerstellung sprechen.³¹⁷ Wird die Leistung über Netzwerke erbracht, handelt es sich in vielen Fällen um Telearbeit. Nach *Wank* ist der Telearbeiter Arbeitnehmer, wenn er vom Arbeitgeber zumindest wirtschaftlich abhängig ist und nicht selbstständig am Markt auftritt.³¹⁸ Ein Arbeitnehmer erhält seine Vergütung, auch wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Arbeit zuweisen kann. Das Unternehmensrisiko trägt der Arbeitgeber. Ein Selbstständiger hingegen trägt das Risiko der Nichtbeschäftigung und somit auch das Unternehmensrisiko selbst.

Das Unternehmensrisiko trägt derjenige, der über eine eigene Betriebsorganisation samt eigenen Betriebsmitteln und eigenem Kapital verfügt.³¹⁹ Ein Arbeitnehmer muss darüber gerade nicht verfügen. Gemäß § 613 S. 2 BGB ist eine Arbeitnehmerstellung ausgeschlossen, wenn der Leistende eigene Mitarbeiter beschäftigt. Demnach kommt *Wank* zu dem Ergebnis, dass derjenige ein Arbeitnehmer ist, der eine auf Dauer angelegte Arbeit nur für einen Auftraggeber in eigener Person, ohne Mitarbeiter, im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und im Wesentlichen ohne eigene Organisation ausübt.³²⁰

2. Kritik

Wanks Vorschlag ist auf Kritik gestoßen.³²¹ Die Existenz arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger werde verdrängt. Eine Selbstständigkeit könne auch bei wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegen.³²² Daneben wird deutlich gemacht, dass eine nur wirtschaftliche Abhängigkeit nicht ausreiche, um den Status eines Arbeitnehmers zu begründen.³²³

³¹⁷ *Wank*, AN und Selbstständige, S. 165.

³¹⁸ *Wank*, Telearbeit, Rn. 382.

³¹⁹ *Wank*, AN und Selbstständige, S. 162.

³²⁰ *Wank*, DB 1992, 90, 91.

³²¹ MüArbR/*Richardi*, § 16 Rn. 40; ErfK/*Preis*, § 611 Rn. 58; *Hromadka*, NZA 1997, 1249 ff., *Griebeling*, NZA 1998, 1137, 1142 f.

³²² MüArbR/*Richardi*, § 16 Rn. 40.

³²³ BAG v. 15.2.2012, NZA 2012, 733, 735; MüArbR/*Richardi*, § 16 Rn. 19; ErfK/*Preis*, § 611 Rn. 58; *Uffmann*, ZfA 2013, 1, 23; *Rommé*, ZfA 1997, 251, 267 f.; *Boemke*, ZfA 1998, 285, 312 f.

Zumindest problematisch ist an dem Vorgehen Wanks, dass sich der unbestimmte Begriff des „Unternehmensrisikos“ wiederum nur an einer Vielzahl von Indizien bestimmen lässt. Die Gewichtung und Bedeutung der einzelnen Kriterien ist nicht eindeutig. Auch das Kriterium des Unternehmensrisikos muss sich veränderten Gegebenheiten anpassen. Nicht jeder Selbstständige verfügt über eigenes Kapital oder eigene Arbeitnehmer. In vielen Fällen steht nicht die personelle oder sachliche Ausstattung im Vordergrund, sondern das eigene Wissen des Leistenden. Dies gilt ganz besonders für Freelancer im IT-Bereich.³²⁴

Auch wenn sich der Vorschlag von Wank nicht durchsetzen konnte,³²⁵ taucht er immer wieder in der rechtspolitischen Diskussion auf. Für eine Abgrenzung im IT-Bereich können wesentliche Grundgedanken nutzbar gemacht werden.

IV. Bewertung

Die Problematik der (Schein-)Selbstständigkeit dreht sich um Kern um zwei Fragestellungen. Zum einen geht es um die generelle Frage, welche Kriterien für eine Abgrenzung im IT-Bereich maßgeblich sind. Zum anderen geht es aber auch um die Frage, was es rechtfertigt, einen schriftlich niedergelegten Vertrag, der durch eine Einigung zustande gekommen ist, zu durchbrechen.

1. Identifikation anhand von Kriterien

Die Abgrenzung anhand von Kriterien dient dazu, den Status des Leistenden zu bestimmen. Es handelt sich um Grenzfälle, in denen keinerlei offensichtliche Merkmale einer bestimmten (vertraglichen) Gestaltung vorliegen.³²⁶

³²⁴ Becker, Employability, S. 22; „Freelancer werden für Unternehmen wichtiger“, BITKOM, FD-ArbR 2013, 349006.

³²⁵ Als Hilfskriterium haben sich Elemente des Unternehmensrisikos durchgesetzt. In der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung spielt das Unternehmensrisiko hingegen eine entscheidendere Rolle, „Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet“, BSG v. 28.5.2008, BeckRS 2008, 54573.

³²⁶ Siehe unter 2. Teil. Dies meint insbesondere die Behandlung von Gewährleistungs-/Haftungsfällen. Die Haftung/Gewährleistung stellt ein eindeutiges Kriterium der Identifizierung dar, vgl. Schüren, FS Däubler, S. 97 f. für die Abgrenzung von Werkunter-

a. Bestehende Rechtsunsicherheit

Die Rechtsprechung versucht mit einer Vielzahl von Kriterien das Gesamtbild eines Leistenden zu zeichnen, dessen Abhängigkeit es rechtfertigt, arbeitsrechtliche Regelungen anzuwenden.

aa. Typologische Vorgehensweise und Gesamtabwägung

Die bereits dargestellten Unsicherheiten und Unzulänglichkeiten der einzelnen Kriterien machen deutlich, dass es den Prototypen eines Arbeitnehmers, wie ihn die Kriterien abbilden sollen, so nicht mehr gibt. Dies gilt insbesondere für den IT-Bereich.³²⁷ Im Laufe der Zeit wurden die Tätigkeiten komplexer, die Art der Aufgabe und die Abwicklung änderten sich. Diese Entwicklung zu neuen Wirtschaftsformen verändert das Arbeitsumfeld.³²⁸ Es wird schwierig, die Ausgestaltung der konkreten Tätigkeit als typisch „abhängig“ bzw. „selbstständig“ zu charakterisieren. Eine Geltungsbereichsabgrenzung wird dadurch erschwert.³²⁹ Dies gilt nicht nur für das Arbeitsrecht, sondern auch für andere Rechtsgebiete, die an den Status des Arbeitnehmers bzw. Selbstständigen bestimmte Rechte knüpfen.³³⁰

Die Rechtsprechung hält mit einer wachsenden Anzahl von Kriterien an ihrer typologischen Herangehensweise fest.³³¹ Kriterien sind teilweise nur ein Indiz, wenn sie vorliegen.³³² Bei Nicht-Vorliegen kann allerdings nicht zwangsläufig

nehmereinsatz und Arbeitnehmerüberlassung; so auch BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455 ff.

³²⁷ So bereits *Schlegel*, NZS 2000, 421, 425.

³²⁸ *Wank*, DB 1992, 90, 91.

³²⁹ *Hoeren/Preis*, Telearbeit, Rn. 143.

³³⁰ Insbesondere die sozialversicherungsrechtliche Bestimmung einer Beschäftigung i.S.v. § 7 SGB IV verläuft in weiten Teilen parallel zu der arbeitsrechtlichen Bestimmung. „Beschäftigung“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinn ist der „Vollzug eines auf Erbringung von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gerichteten Rechtsverhältnisses“, BSG v. 11.3.2009, NJOZ 2010, 195, 197.

³³¹ Nach *Hamann* (Erkennungsmerkmale, S. 71 ff.) sind es bis zu 20 Haupt- und Hilfskriterien. Teilweise ist unklar, was genau unter einem Kriterium zu fassen ist, „*Leerformelhaftigkeit*“, *Uffmann*, ZfA 2013, 1, 35.

³³² *Hamann*, NZA-Beilage 2014, 3, 4; *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1308.

auf eine Selbstständigkeit geschlossen werden.³³³ Teilweise haben Kriterien trotz Vorliegens keine Aussagekraft.³³⁴ Das Fehlen sicherer Indizien, die in jedem Fall eine eindeutige Aussage zulassen, versucht die Rechtsprechung darüber hinaus durch eine Gesamtabwägung in jedem Einzelfall zu kompensieren. Nur aus dem Zusammenspiel der Vielzahl von Kriterien ergibt sich, ob es sich um eine selbstständige oder abhängige Beschäftigung handelt. Der Rechtsprechung eröffnet sich so ein weiter Spielraum. Die Vielzahl der Kriterien und eine unterschiedliche Gewichtung im Einzelfall führen aber auch dazu, dass eine rechtliche Bewertung der Konstellation oftmals *ex ante* nicht möglich ist. Der Ausgang einer richterlichen Abgrenzung ist nicht vorhersehbar und führt zu Rechtsunsicherheit.³³⁵

Eine „Gesamtabwägung im Einzelfall“ dient dazu, Raum für atypische Besonderheiten zu schaffen. Sie dient als Korrektiv unzureichender Kriterien, die sich zunehmend von der Arbeitsrealität entfernen.

bb. Rechtssicherheit durch Kriterienkataloge

Als Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit ist es Aufgabe des Staates, Rechtssicherheit für die Bürger zu schaffen.³³⁶ Eine gesetzliche und somit verbindliche Ko-

³³³ So ist z.B. Ausdruck einer Selbstständigkeit, dass Aufträge abgelehnt werden können (Vertragsabschlussfreiheit im Rahmen des § 611 BGB, siehe auch BAG v. 22.6.1977, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit). Werden jedoch Aufträge abgelehnt, kann daraus nicht per se auf eine Selbstständigkeit geschlossen werden, BAG v. 30.11.1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Auch fachliche Weisungen haben nur eine Aussagekraft, wenn sie vorliegen, BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³³⁴ Dies muss bzgl. einer Eingliederung bei Honorarärzten gelten, wenn man die Eingliederung i.S.d. der Rechtsprechung verwendet, *Uffmann*, ZfA 2013, 1, 16.

³³⁵ „*Relativ undifferenziertes Gesamtbildkalkül*“, *Mayer-Maly*, Anm. zu AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; „*Zufälligkeit des gefundenen Ergebnisses*“, *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 133; „*Muster ohne Wert*“, *MüHbArb/Richardi*, § 16 Rn. 45. Die Unsicherheit in Bezug auf Kriterien und eine beiderseitige Fehleinschätzung zeigen auch die (sozialversicherungsrechtlichen) Verfahren, in denen sich nicht nur das Unternehmen, sondern auch der Freelancer gegen eine abhängige Beschäftigung richtete (vgl. LSG Baden-Württemberg v. 30.7.2014, L 5 R 3157/13, juris, BeckRS 2014, 72689; SG München v. 19.1.2012, S 56 R 978/10, juris; SG Wiesbaden v. 15.6.2010, S 8 R 367/07, juris).

³³⁶ BVerfG v. 1.7.1953, NJW 1995, 1137, 1138.

difizierung bestimmter Kriterien schafft Rechtssicherheit.³³⁷ Bestehen Kriterien, bei deren Vorliegen die Rechtsprechung an ein bestimmtes Ergebnis gebunden ist, können die Beteiligten bestimmte Einsätze im Vorfeld planen und auch während der Durchführung den Einsatz des Leistenden bewerten. Das erleichtert die betriebsinterne Compliance. Ein „funktionierender“ Kriterienkatalog dient als Richtschnur und stärkt somit die Rechtssicherheit.

Gesetzliche Kriterienkataloge sind immer wieder Teil der politischen Diskussion. Die wenigsten Entwürfe schaffen es jedoch, Gesetz zu werden³³⁸ bzw. lange Gesetz zu bleiben³³⁹.

Das liegt daran, dass ein gesetzlicher Kriterienkatalog nur funktioniert, wenn es allgemeingültige Kriterien gibt. Allgemeingültig meint, dass die Kriterien für die überwiegende Anzahl typischer Arbeitsverhältnisse im Grenzbereich Anwendung finden müssen. Kann dies nicht gewährleistet werden, führt das dazu, dass Arbeitnehmer nicht als solche erkannt oder aber Selbstständige fälschlicherweise als Arbeitnehmer eingestuft werden.³⁴⁰ Die weitergehende Folge ist dann der genau gegenteilige Effekt eines Kriterienkatalogs: Es steigt die Ungewissheit der Anwender, ob sich die ausgeübte Tätigkeit unter die Kriterien des Katalogs subsumieren lässt.

Kann der Prototyp abhängiger Arbeit nicht mit allgemeingültigen Kriterien abgebildet werden und stimmen Kriterien eines gesetzlichen Katalogs nicht mit der Realität überein, hat eine gesetzliche Regelung keinen praktischen Nutzen. Aus einem fehlerhaften System kann sich keine Rechtssicherheit ergeben.

³³⁷ Interne Kriterienkataloge, wie z.B. Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit oder Rundschreiben der Sozialversicherungsträger, erhöhen zwar die Rechtssicherheit, mangels Bindungswirkung schaffen sie aber keine gänzliche Rechtssicherheit.

³³⁸ Siehe AÜG-Referentenentwurf zur Einführung des AÜG; Erster AÜG-Referentenentwurf zur Änderung des AÜG, November 2015; Vorschläge verschiedener Fraktionen, vgl. BT-Drs. 17/7220, S. 2 oder BT-Drucks. 17/12378, S. 6.

³³⁹ Vgl. die Entwicklung des Vermutungstatbestandes in § 7 SGB IV a.F. Dieser sah vor, dass bei Vorliegen von 2 von 4 Kriterien (später 3 von 5) ein Versicherungsverhältnis vermutet wurde. Die Regelung trat am 1.1.1999 in Kraft (BGBl. I, S. 3843), wurde aber bereits im Zuge der Hartz-Reformen (Hartz II) zum 1.1.2003 wieder gestrichen (BGBl. I, S. 4621), dazu ausf. Sommer, NZS 2003, 169, 172.

³⁴⁰ Schüren, BB 2016, 234, 236; Maschmann, NZA 2013, 1305, 1311.

b. Verstärkte Berücksichtigung äußerer Umstände

Eine Rechtssicherheit für die Beteiligten lässt sich schaffen, indem Merkmale gefunden werden, die sowohl für eine selbstständige als auch für eine abhängige Tätigkeit relevant sind.³⁴¹ Das schließt Sachzwänge, die sich aus der speziellen Leistungserbringung ergeben, als Kriterium zur Begründung einer Arbeitnehmerstellung aus.³⁴²

Überlegungen zur Abgrenzung von Arbeitnehmern zu Selbstständigen bewegen sich immer zwischen „persönlicher Abhängigkeit“, dem „Unternehmensrisiko“ und der „sozialen Schutzbedürftigkeit“. Während Indizien der persönlichen Abhängigkeit sich maßgeblich aus den Umständen der konkreten Leistungserbringung ergeben und die soziale Schutzbedürftigkeit – losgelöst von der konkreten Tätigkeit – allein auf äußere Umstände abstellt, verbindet das Unternehmensrisiko die konkrete Leistungserbringung mit äußeren Umständen. Auf diese Weise wird ein einzelner Einsatz in Zusammenhang mit der Selbstständigkeit als Ganzes gesetzt.³⁴³ Die Schwierigkeit, mit bestehenden Kriterien die neuartigen Tätigkeiten und Formen der Zusammenarbeit zu erfassen, sollte dazu führen, sich verstärkt von der Vielzahl bisheriger Kriterien zu lösen. Lässt sich die konkrete Leistungserbringung durch Kriterien nicht adäquat erfassen, ist es vorzugswürdig, äußere Umstände verstärkt zur Abgrenzung mit einzubeziehen.³⁴⁴ Das bedeutet, dass begutachtet werden muss, welche Auswirkungen die Risikoverteilung eines konkreten Leistungsaustausches auf die Person des Leistenden und sein wirtschaftliches Handeln auch außerhalb der konkreten Leistungsbeziehung hat.³⁴⁵

aa. Zeitliche Bindung als Ausdruck der Unterordnung

Maßgebliches Abgrenzungskriterium muss in Zweifelsfällen die zeitliche Bindung sein. Anders als eine örtliche oder fachliche Bindung kann eine zeitliche

³⁴¹ So bereits *Wank*, DB 1992, 90, 92.

³⁴² *Beuthien/Wehler*, Anm. zu BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁴³ Vgl. für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung, *Porten*, NZS 2016, 456, 462.

³⁴⁴ Siehe auch *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 1, 5. Siehe zum Beschäftigungsrisiko im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung als äußerer Umstand unter 4. Teil, B., I., 2., b., bb.

³⁴⁵ Diesen wesentlichen Gedanken hat *Wank* geprägt, in dem er auf das Unternehmensrisiko abstellt, *Wank*, AN und Selbstständige, S. 122 ff.

Bindung nicht durch technische Mittel oder einen Wissensvorsprung kompensiert werden und verliert somit auch nicht seine Tauglichkeit als Identifikationskriterium.³⁴⁶ Eine zeitliche Bindung hat, ausgehend von der konkreten Tätigkeit, Einfluss auf äußere Umstände. Es bestimmt das berufliche Fortkommen außerhalb der konkreten Tätigkeit. Der Dienstleister, der eine Leistung erbringt, muss die Erledigung seiner Aufträge selbstständig organisieren. Diese Freiheit muss sich objektiv in der Praxis abbilden. Keine Aussagekraft hat diesbezüglich die Feststellung, ob der Leistende als Selbstständiger über eigenes Kapital verfügt oder wie viele Auftraggeber er hat.³⁴⁷ Dies liegt zum einen daran, dass im IT-Bereich nicht die personelle oder sachliche Ausstattung im Vordergrund steht, sondern das Wissen des Leistenden.³⁴⁸ Auch die Anzahl der Auftraggeber ist wenig aussagekräftig. Im Verantwortungsbereich eines leistungsempfangenden Unternehmens kann es nur darum gehen, wie viele Aufträge der Leistende hypothetisch haben könnte. Die einzige Verantwortung, die das Unternehmen diesbezüglich trifft, ist die Frage, inwieweit das Unternehmen aus einer Machtposition heraus seine Befugnisse überschreitet und sich Rechte anmaßt, wodurch dann die (hypothetische) Möglichkeit des Freelancers zu weiteren Aufträgen eingeschränkt wird.

Die Marktaktivität ist ein Indiz, ob der Freelancer ernsthaft wirtschaftliche Chancen wahrnehmen will.³⁴⁹ Fehlt die Marktaktivität, wird insbesondere in Fällen der sog. Neuen Selbstständigkeit deutlich, dass der Leistende das Beschäftigungsrisiko übernommen hat, selbst aber keinerlei Chancen hat, aus der Selbstständigkeit Gewinne zu erzielen.³⁵⁰ Das Abstellen auf eine fehlende Marktaktivität des Freelancers als Indiz zur Begründung einer Arbeitnehmer-

³⁴⁶ Dass die Weisungserteilung – zumindest in zeitlicher Hinsicht – weiterhin von Bedeutung bleibt, ist auch im Einklang mit dem europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff: „Das Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des EuGH darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“, EuGH v. 10.9.2014, EuZW 2014, 946; v. 17.7.2008 – Racanelli, NZA 2008, 995, 998.

³⁴⁷ Auch dies sind Kriterien, die ein Unternehmensrisiko begründen, Wank, S. 160 ff.

³⁴⁸ Becker, Employability, S. 22; „Freelancer werden für Unternehmen wichtiger“, BITKOM, FD-ArbR 2013, 349006.

³⁴⁹ Vgl. Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2745, wenn beurteilt werden muss, ob ein Dritter eine über die Strohmannrolle hinausgehende Funktion ausübt.

³⁵⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 248; Die Tätigkeit in der konkreten Form ist dann nur für dieses eine Unternehmen sinnvoll ist, vgl. MüArbR/Heenen, § 316 Rn. 5.

stellung ist insofern problematisch, als dass es sich dem Verantwortungsbereich des Unternehmens entzieht. Im Rahmen der Abgrenzung würde dem leistungsempfangenden Unternehmen eine Tatsache zum Nachteil gereichen, auf die er keinen Einfluss hat. Maßgeblich kann nur sein, inwieweit das Unternehmen durch sein Verhalten eine Marktaktivität des Freelancers verhindert.

Eine ständige Abrufbereitschaft führt dazu, dass das Unternehmen sich eine Dispositionsbefugnis über die Leistungsfähigkeit des Leistenden anmaßt. Gleichzeitig unterwirft sich der Leistende dem Unternehmen. Durch die Unterwerfung unter den ständigen Zugriff des Unternehmens verliert der Leistende seine Selbstständigkeit.³⁵¹ Selbstständigkeit ist davon geprägt, dass der Leistende nach eigenem Belieben auf dem Markt tätig wird, um sich so eine Existenz zu sichern. Selbstständigkeit setzt eine Planung voraus, die aber nur möglich ist, wenn Planungssicherheit besteht. Für den Selbstständigen muss klar sein, an welchen Tagen er welchen Auftrag in welchem Umfang zu erledigen hat, damit er die übrige Zeit wirtschaftlich sinnvoll nutzen kann. Planungssicherheit besteht nicht, wenn ein Unternehmen willkürlich über die Zeit der Leistung bestimmen kann. Diese Willkür ist Ausdruck von Macht, die eine Partei über eine andere ausübt. Eine Abrufbereitschaft, die über das vertraglich zulässig Vereinbarte hinausgeht, beeinflusst die Zeiten, die einem Selbstständigen für andere Tätigkeiten zur Verfügung stehen. Unterwirft der Freelancer sich diesem System, wird deutlich, dass es ihm nicht darauf ankommt, die freie Zeit nach eigenen wirtschaftlichen Vorstellungen zu nutzen, sondern, dass es ihm ausreicht, für nur ein Unternehmen tätig zu werden.³⁵² Das Unternehmen hingegen macht deutlich, dass Bedarf nach spontaner Leistungserbringung besteht und somit in Wirklichkeit eine in Abhängigkeit stehende Arbeitskraft benötigt wird.

³⁵¹ „[...] *Arbeitsverhältnis zu bejahen, wenn der Sender innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann*“, BAG v. 9.6.1993, NZA 1994, 169, 179. Für die Abgrenzung ist entscheidend, dass es zu einer tatsächlichen Unterwerfung und nicht nur zu einer Erwartungshaltung kommt (so aber BAG v. 22.6.1977, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit). Die reine Erwartungshaltung des Leistenden, dass es ständig zu einer Inanspruchnahme kommen kann, ist allenfalls ein schwaches Indiz.

³⁵² Eine strikte Orientierung an zeitlichen Bindungen, die die Dispositionsmöglichkeiten des Selbstständigen in der Form beschränken, dass eine Planbarkeit der Selbstständigkeit nicht mehr möglich ist, führen i.E. zu einer Angleichung an die Herangehensweisen in Bezug auf das Unternehmensrisiko, vgl. *Wank*, AN und Selbstständig, S. 122 ff.

Daraus ergibt sich, dass eine gelebte Selbstständigkeit über eine Leistungserbringung in einem konkreten Fall hinausgeht.³⁵³ Neben dem konkreten Einsatz ist für eine Selbstständigkeit eine darüberhinausgehende Planung sinnbildlich. Nur wer dies erfolgreich schafft, trägt auch die Verantwortung für sein Handeln.

(1) Etablierte Grenzen

Das Abstellen auf die zeitliche Grenze orientiert sich an einer der wenigen gesetzlichen Vorgaben (vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB). Die Rechtsprechung hat die zeitlichen Grenzen modifiziert.³⁵⁴

Die Dauer eines Werkvertrages richtet sich nach der Zeit, die für die Erstellung des Werkerfolges benötigt wird. Ein Dienstvertrag richtet sich nach der Dauer der vereinbarten Leistung. Das bedeutet, dass auch freie Verträge den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses haben können.³⁵⁵ Die längere Dauer an sich hat somit keine Aussagekraft über arbeitsrechtlich relevante, zeitliche Bindungen.³⁵⁶ Für die Ableistung einer Dienstleistung oder eines Werkerfolges wird der Endzeitpunkt und somit die Dauer in den überwiegenden Fällen absehbar bzw. vereinbart sein. Ablieferungstermine bzw. ein fester Zeitrahmen der Auf-

³⁵³ Es geht darum, wer die Verantwortung für die Verwertung der Arbeitskraft trägt. In einem Arbeitsverhältnis ist dies der Arbeitgeber, BAG v. 8.10.1975, AP Nr. 18 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Dieses Kriterium soll jedoch für die Abgrenzung keine Aussagekraft haben, da auch ein Arbeitnehmer die Möglichkeit habe, nach einem abgeschlossenen „Auftrag“ in seinem Arbeitsverhältnis, das Arbeitsverhältnis zu beenden und eine andere Tätigkeit aufzunehmen, BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 25 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Der Unterschied ist jedoch, dass eine sofortige Loslösung nur im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber möglich ist. Ein Selbstständiger steht nicht mehr in einem Rechtsverhältnis zu dem Empfänger der Leistung, wenn der Auftrag beendet ist.

³⁵⁴ Siehe v.a. die Rspr. zu den Rundfunkmitarbeitern: BAG v. 21.9.1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 11.3.1998, NZA 1998, 705 ff.; v. 20.7.1994, NZA 1995, 161 ff.; v. 14.3.2007, NZA-RR 2007, 424 ff.

³⁵⁵ Ein IT-Projekt dauert in der Regel länger als 6 Monate, ein Drittel der Projekte dauert sogar über ein Jahr, Flink-Projekt, S. 10. Verbreitet ist es, den Freelancer für mehrere Projekte zu beschäftigen. Dies kann zu Beschäftigungszeiten von über einem Jahr führen, Flink-Projekt, S. 9. Von einem zeitlichen Rahmen über 2 Jahre wird abgeraten, Bräutigam/Küchler, Teil 1 Rn. 46.

³⁵⁶ BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874; v. 15.3.1978, AP Nr. 25 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

tragsausführung sind nicht ungewöhnlich,³⁵⁷ eine zeitliche Bindung ist also auch den freien Verträgen nicht fremd.

Im Rahmen eines freien Dienstvertrages muss die Leistung im Vorfeld festgelegt sein. Viele Einzelbeschäftigungen sind unproblematisch im Rahmen freier Verträge.³⁵⁸ Handelt es sich aber um mehrere Termine, müssen diese im Vorfeld festgelegt sein.³⁵⁹ Änderungen am Vertragsgegenstand während der Ausführung bedürfen einer Vertragsänderung durch die Parteien. Im Gegensatz dazu muss die Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis nicht im Vorfeld festgelegt worden sein. Die konkrete Verpflichtung kann sich aus Weisungen ergeben.³⁶⁰ Dies hat den Vorteil für den Arbeitgeber, dass er situationsbezogen, flexibel auf den jeweiligen Arbeitsanfall reagieren kann.³⁶¹

Enge vertragliche Vorgaben oder eine Vielzahl zeitlicher Weisungen führen dazu, dass dem Leistenden kein zeitlicher Spielraum eingeräumt wird.³⁶² Gestalten Weisungen die konkrete Leistung aus, ist für den Leistenden nicht immer absehbar, wann diese Weisungen erfolgen. Die Folge ist, dass er sich in einer ständigen Bereitschaft halten muss. Eine ständige Dienstbereitschaft, unter Aufgabe eigener Dispositionsmöglichkeiten, kennzeichnet eine Arbeitnehmereigenschaft.³⁶³ Der Arbeitgeber kann innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens die Arbeitskraft des Arbeitnehmers nutzen.³⁶⁴

³⁵⁷ Z.B. an einem bestimmten Wochentag, BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874; v. 21.9.1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Ebenso ist es üblich, dass der Selbstständige sich an die Gegebenheiten, wie z.B. Öffnungszeiten, beim jeweiligen Auftraggeber anpassen muss, BAG v. 21.7.2015, BeckRS 2016, 65025.

³⁵⁸ BAG v. 22.4.1998, AP Nr. 96 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁵⁹ BAG v. 22.8.2001, AP Nr. 109 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Hat der Leistende kein Mitspracherecht, z.B., wenn das Unternehmen eigenmächtig die Einsätze in den Dienstplan einträgt, spricht dies für eine Arbeitnehmereigenschaft, BAG v. 22.4.1998, NZA 1998, 1275 ff.

³⁶⁰ BAG v. 15.2.2012, AP Nr. 122 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁶¹ Vgl. BAG v. 15.2.2012, AP Nr. 122 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 9.6.1993, NZA 1994, 169, 170.

³⁶² BAG v. 17.4.2013, AP Nr. 125 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁶³ BAG v. 19.1.2000, NZA 1102, 1104; v. 9.6.1993, NZA 1994, 169, 170; BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 BAG v. 7.5.1980, AP Nr. 35 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; BAG v. 22.6.1977, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁶⁴ BAG v. 19.1.2000, NZA 1102, 1104; v. 9.6.1993, AP Nr. 66 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Aber auch dieser Dispositionsmöglichkeit sind Grenzen gesetzt. Wird die Arbeit in einem Teilzeitarbeitsverhältnis nur nach Bedarf erbracht, handelt es sich um Ab-

Kann sich der Leistende hingegen die Zeit zwischen Beginn und vereinbartem Ende frei einteilen, ist er kein Arbeitnehmer.³⁶⁵ Das gleiche gilt, wenn jegliche zeitliche Bindung fehlt.³⁶⁶

Problematisch sind die Fälle, in denen ein Ablieferungstermin sehr nah an der Auftragserteilung liegt,³⁶⁷ denn dann wird die Unterscheidung zwischen der Ausübung eines arbeitsrechtlichen Direktionsrechtes und einem Angebot zum Abschluss eines Dienstvertrages schwierig. Dies liegt daran, dass in den meisten Fällen bereits Rahmenverträge vorliegen, die wesentliche Vertragsbedingungen der Zusammenarbeit regeln. Das bedeutet, dass die konkrete Auftragserteilung nicht mehr sämtliche *essentialia negotii* enthalten muss. Ein Unterschied ist, ob der Leistende die Auftragserteilung ablehnen kann. Hat er dies jedoch nicht getan, hilft dieses Kriterium nicht für die Abgrenzung. Entscheidend ist die Dispositionsfähigkeit des Leistenden, die diesem erhalten bleiben muss. Nach der Rechtsprechung verbleibt dem Leistenden kein Raum zur Disposition, wenn „Aufträge für das Frühmagazin am späten Nachmittag des Vortages und für das Mittagmagazin morgens zwischen 8.00 Uhr und 8.30 Uhr“³⁶⁸ erteilt werden.³⁶⁹ Zeitnahe Ablieferungstermine (unter ca. 4 Stunden) sind daher Ausdruck eines Arbeitsvertrages. Dies kann nur gelten, wenn es sich um sich ständig wiederholende Tätigkeiten handelt. Handelt es sich nicht um sich ständig wiederholende Tätigkeiten, wie z.B. in bestimmten Notfällen, ist es

rufarbeit i.S.d. § 12 TzBfG, BAG v. 7.12.2005, NZA 2006, 423, 425. Für die Anwendbarkeit über die Vereinbarung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses hinaus, *Bieder*, RdA 2015, 388, 392. Über § 12 TzBfG sollen die Folgen einer Umgehung des § 615 S. 3 BGB kompensiert werden.

³⁶⁵ BAG v. 21.9.1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 22.8.2001, AP Nr. 109 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; v. 31.7.2002, AP Nr. 114 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁶⁶ Dem widerspricht *Rommé* (ZfA 1997, 251, 294 mit Hinweis auf BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit), da es auch Arbeitsverhältnisse ohne zeitliche Bindung gebe. Vereinbaren die Parteien einen Arbeitsvertrag, kann dieser so ausgestaltet sein, dass eine zeitliche Bindung fehlt. Dies sagt aber nichts über die Identifikation aus. Vereinbaren die Parteien einen freien Vertrag und wird dieser überprüft, dann kann die fehlende zeitliche Bindung Ausdruck der Selbstständigkeit sein.

³⁶⁷ Bei der Auftragserteilung muss das Werk erst umrissen werden. Nicht ausreichend ist die Modifizierung eines bereits vollständig definierten Werkes. Eine geringfügige Modifizierung, die das Wesen des Werkes nicht ändert, schränkt den Leistenden nicht in seiner Disposition ein.

³⁶⁸ BAG v. 7.5.1980, AP Nr. 35 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁶⁹ BAG v. 7.5.1980, AP Nr. 35 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

auch kurzfristig möglich, einen freien Vertrag zu schließen. Dies werden aber Einzelfälle sein.

Etwas anderes kann nur gelten, wenn sich der Leistende in Bezug auf wiederholende Tätigkeiten zu kurzfristigen Einsätzen bereit erklärt. Eine Planbarkeit ist aber nur dann gegeben, wenn ein System besteht, in dem der Umfang der Aufgaben im Vorfeld festgelegt ist.³⁷⁰

Handelt es sich nicht um einen Notfall und besteht kein System, sind kurze Abgabefristen Ausdruck eines arbeitsrechtlichen Weisungsrechtes. Ein Arbeitsvertrag liegt vor. Da sich der Vertrag dann aus der Rahmenvereinbarung und der jeweiligen Beauftragung ergibt, ist von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen.³⁷¹ Es handelt sich um ein Arbeitsverhältnis über die gesamte Dauer und nicht um eine Vielzahl von Einzelarbeitsverhältnissen.³⁷² Eine Einzelbeauftragung, die aufgrund der strengen zeitlichen Bindung als Weisung anzusehen ist, ist dann Ausdruck eines Vertragsverhältnisses. Grundlage des Vertragsverhältnisses ist die Rahmenvereinbarung in Verbindung mit der tatsächlichen Praxis, die die *essentialia negotii* des Vertrages deutlich macht. Ist die Rahmenvereinbarung von vornherein nur für eine bestimmte Zeit gültig, handelt es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis.³⁷³

(2) Flankierend: Kontrolle und Zugang

Kontrollmechanismen und die Möglichkeiten des Zugangs zum Unternehmensnetzwerk sind Indizien einer zeitlichen Bindung. Werden zeitliche Vorgaben, die an sich zulässig sind, mit einer ständigen Kontrolle kombiniert, sodass daraus eine ständige Abrufbereitschaft resultiert, liegt ein Arbeitsverhältnis vor.³⁷⁴ Kontrolle und ständige Erreichbarkeit sind Ausdruck einer ständigen Abrufbereitschaft. Eine Kontrolle kann sich daraus ergeben, dass sich der Leistende zu

³⁷⁰ Siehe unter 3. Teil, B., IV., 3., a.

³⁷¹ Dies gilt erst-recht, wenn bereits mehrfach Leistungen erbracht wurden, BAG v. 22.6.1977, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

³⁷² BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Zu den rechtlichen Schwierigkeiten, die bestehen, wenn eine Vielzahl von Einzel-Arbeitsverträgen angenommen wird, siehe *Bieder*, RdA 2015, 388, 389 f.

³⁷³ BAG v. 2.6.1976, AP Nr. 20 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2, 7.

³⁷⁴ BAG v. 19.11.1997, NZA 1998, 364, 365.

bestimmten Zeiten, gegebenenfalls unter Angabe des Standes der Bearbeitung, zurückmelden muss.³⁷⁵ Auch kann die Verwendung einer bestimmten Soft- oder Hardware Ausdruck dieser Kontrolle sein, wenn sie nicht aus Sachzwängen legitimiert ist. Ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn das Unternehmen die Arbeitszeit des Leistenden elektronisch erfasst. Dies kann in der Form erfolgen, dass der Leistende die Arbeitszeit selbst eintragen muss, oder aber das System erfasst automatisch die Arbeitszeit des Leistenden.³⁷⁶

Zeichen einer dauerhaften zeitlichen Verfügbarkeit kann auch ein dauerhafter Zugriff des Leistenden auf die Ressourcen des Unternehmens sein. Dies kann z.B. bei einer stillen Fernwartung der Fall sein, wenn der Leistende jederzeit von außerhalb auf das System Zugriff nehmen kann. Erfolgt die Leistung über Netzwerke, muss der Leistende Zugang zu den Kapazitäten des Unternehmens haben – spätestens, wenn er seine Leistung abliefert. Hierin unterscheidet sich ein Dienstleister, der aufgrund eines freien Vertrages tätig wird, nicht von einem Arbeitnehmer. Unterschiede können sich aber aus den einzelnen Zugangsmöglichkeiten ergeben. Angestellte Mitarbeiter haben weitergehende Zugangsmöglichkeiten, z.B. im Intranet. Dort können interne Veranstaltungen, Kontaktdaten etc. abgerufen werden. Die weitgehenden Zugriffsmöglichkeiten, die intern bestehen können, werden über Verschwiegenheitsklauseln im Arbeitsvertrag abgesichert. Der Arbeitnehmer willigt gleichsam in die interne Nutzung der Daten ein. Ein Zugang auf interne Daten ist für Externe, die nur eine begrenzte Leistung selbstständig erbringen, nicht notwendig.³⁷⁷ Sollten Externe bei Leistung ihrer Arbeit zwingend anderweitige Kontakte benötigen,

³⁷⁵ Vgl. BAG v. 19.11.1997, NZA 1998, 364, 366; MüArbR/*Richardi*, § 17 Rn. 30.

³⁷⁶ Das Unternehmen kann einen detaillierten Arbeitszeitnachweis (z.B. durch eine Excel-Tabelle) des Leistenden anfordern. Teilweise erfassen aber auch Datenbanken die Arbeitszeit der Leistenden. Eine solche automatische Überwachung ist auch bei eigenen Arbeitnehmern nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig, vgl. LAG Köln v. 29.9.2014, NZA-RR 2015, 128. Die Überwachung von Arbeitnehmern muss § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG gerecht werden. Darüber geschützt werden auch die Daten arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger, § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG.

³⁷⁷ Anders als bei der Telearbeit durch eigene Arbeitnehmer handelt es sich beim Einsatz von Selbstständigen um eine Auftragsdatenverarbeitung bzw. um eine Wartungs- und Pflegeleistung, die gemäß § 11 Abs. 5 BDSG der Auftragsdatenverarbeitung gleichgestellt ist. Der Auftraggeber hat dann besondere Vorkehrungen zu treffen, um den Schutz der Daten gegenüber Auftragnehmern und Dritten zu wahren, vgl. dazu BDSG-K/*Gola/Klug/Körffler*, § 11 Rn. 10, 14 ff., *Däubler/Wedde*, BDSG, § 11 Rn. 13, 73 ff.

ist es Aufgabe des Unternehmens als Auftraggeber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten, den Auftragnehmer mit formalen Informationen zu versorgen. Eine Generaleinwilligung des Unternehmens gegenüber dem Auftragnehmer bezüglich des Zugriffes auf die Daten im Intranet ist nicht möglich. Auch wenn ein genereller Zugriff auf das gesamte Firmennetzwerk für eine jederzeitige Fehlerbehebung förderlich ist, da nicht vor jedem Zugang eine Erlaubnis erteilt werden muss, geht sie datenschutzrechtlich aber zu weit, da die Angestellten des Unternehmens regelmäßig nicht darin eingewilligt haben werden, dass Drittunternehmen ein genereller Zugriff auf das interne Datenmaterial gestattet wird.³⁷⁸ Dass die Möglichkeit generell auf das System zugreifen zu können, geschaffen wurde, spricht dafür, dass dies durch den wiederholten, spontanen Abruf der Leistung des Leistenden auch erfolgt.

(3) Zwischenergebnis

Zeigt sich in der tatsächlichen Durchführung, dass der Leistende sich engen zeitlichen Vorgaben des Unternehmens unterwirft, ist er nicht mehr selbstständig.³⁷⁹ Eine enge zeitliche Inanspruchnahme verhindert eine Planung des Leistenden, die für eine Selbstständigkeit zur Sicherung der Existenz wesentlich ist.

Das Unternehmen kann also entweder darlegen, dass zur Erfüllung der Aufgaben ein ausreichendes Zeitfenster eingeräumt wurde oder, wenn es sich um eilbedürftige Handlungen handelt, dass ein dies ermöglichendes System besteht. Kann das Unternehmen dies darlegen, hat es deutlich gemacht, dass der Einfluss den Selbstständigen nicht so weit einschränkt, als dass er das Unternehmensrisiko nicht selbst tragen würde. Das Unternehmen kann nur das darlegen, was in seinem Erkenntnisbereich liegt. Dies sind das eigene Verhalten und die Einflussnahme auf den Leistenden. Weitergehende Informationen, wie z.B. über den Kapitaleinsatz des Leistenden, eine marktfähige Unternehmensorganisation etc., hat das Unternehmen im Übrigen auch nicht. Auch kann es nicht auf

³⁷⁸ Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften führen nicht nur zu erheblichen Bußgeldern gemäß § 43 BDSG, sondern auch zu strafrechtlichen Ermittlungen in Bezug auf eine Strafbarkeit nach § 203 StGB.

³⁷⁹ Der EuGH stellt ebenfalls maßgeblich auf die Unterordnung des Leistenden gegenüber einem Unternehmen als Arbeitgeber ab, EuGH v. 9.7.2015 – Balkaya, NZA 2015, 861 ff.; v. 11.11.2010 – Danosa, NZA 2011, 143 ff.; v. 27.6.1996, NJW 1996, 2921 ff.

die privaten Vermögensverhältnisses des Leistenden ankommen.³⁸⁰ Es liegt zudem außerhalb des Erkenntnisbereiches des Unternehmens, ob der Auftragnehmer noch weitere Auftraggeber hat oder ob 1/3 der Einkünfte von einem Auftraggeber stammen (vgl. § 12a TVG). Entscheidend für das Unternehmen ist nur, ob es den Leistenden selbst in einer Form einbindet, die eine weitere unternehmerische Tätigkeit unmöglich macht.

bb. Vergütungsgrenzen

Das Arbeitsverhältnis ist dadurch geprägt, dass eine Seite strukturell unterlegen ist.³⁸¹ Diese Seite ist zum einen auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft zur Existenzsicherung angewiesen und zum anderen ist diese Verwertung auf das Arbeitsverhältnis beschränkt, da sie rechtlich und tatsächlich von der anderen Seite abhängig ist. Das Arbeitsrecht soll diese Personen vor Ausbeutung schützen. Der Arbeitgeber ist in einer stärkeren Position, da die Person des Arbeitnehmers austauschbar ist. Aus dem Risiko der Austauschbarkeit resultiert das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers. Er ist auf die Tätigkeit angewiesen und verdient dadurch seinen Lebensunterhalt. Zwar übt der Selbstständige seine Tätigkeit auch aus, um sich seinen Lebensunterhalt zu verdienen und sich somit einen Existenzschutz aufzubauen. Im Gegensatz zu einem Selbstständigen sind die Möglichkeiten für den Arbeitnehmer stark beschränkt.³⁸² In den meisten Fällen ist er nur zu fremdbestimmter Arbeit in der Lage. Einem Selbstständigen geht es dagegen nicht darum, seine Arbeitskraft dauerhaft nach dem Willen eines Arbeitgebers einzusetzen. Er möchte seine Arbeitskraft bestmöglich einsetzen, um so für sich selbst den größtmöglichen Gewinn zu erzielen. Aus diesem Grund verpflichtet er sich vertraglich, die Leistung eigenverantwortlich zu erbringen. Scheinselbstständigkeit tritt dann auf, wenn der Leistende nicht in der

³⁸⁰ Vgl. *Wank* (AN und Selbstständige, S. 135 f.), der ausführt, dass dies allenfalls in Grenzfällen ein Indiz sein kann, ob ein Selbstständiger Risiken abfangen kann.

³⁸¹ BVerfG v. 29.12.2004, NZA 2005, 153, 155; BVerfG v. 23.11.2006, NJW 2007, 286, 287f. Diese Unterordnung hebt auch der EuGH besonders hervor, EuGH v. 9.7.2015, NZA 2015, 861, in Fortführung von EuGH v. 11.11.2010, NZA 2011, 143), wenn er nicht auf die Weisungsfreiheit des Fremdgeschäftsführers einer GmbH in Bezug auf die Ausübung der konkreten Tätigkeit abstellt, sondern darauf, dass ein Unterordnungsverhältnis vorliegt, wodurch es zu einer permanenten Abberufung kommen kann, vgl. *Lunk*, NZA 2015, 917, 917.

³⁸² Vgl. *Wiedemann*, Austauschverhältnis, S. 19.

Lage ist, die Selbstständigkeit eigenständig und eigenverantwortlich zu organisieren. In vielen Fällen der Scheinselbstständigkeit geht es dann um Existenzschutz und letztlich um Entgeltgerechtigkeit.³⁸³

(1) Grad der Qualifikation

Die Schutzbedürftigkeit richtet sich in der Praxis nach der Qualifikation. Die Unabhängigkeit vom Vertragspartner als Ausdruck eines freien Vertrages erfordert eine Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Leistenden. Verfügt ein selbstständiger Dienstleister über so spezielle Kenntnis, ist es ihm leicht möglich, diese Kenntnis am Markt zu verkaufen. Er kann entsprechende Vergütungen verlangen und somit seinen Lebensunterhalt selbst finanzieren. Auf den konkreten Unternehmer als dauerhaften Abnehmer der Leistung in Form eines Arbeitgebers, ist er nicht angewiesen. Je höher der Wissensvorsprung des Leistenden gegenüber dem Leistungsempfängers ist, umso eher ist eine Unabhängigkeit gewährleistet.³⁸⁴

Es fällt schwer, in der Praxis die Qualifikation zu bestimmen. Schul-, Hochschulabschlüsse oder Zertifikate haben nur eine begrenzte Aussagekraft.³⁸⁵ Zum einen geht mit einem höheren Bildungsabschluss nicht auch zwangsläufig eine höhere Qualifikation in der praktischen Tätigkeit einher. Qualifikation meint nicht nur die Theorie, sondern aufgrund der Vielschichtigkeit einer Selbstständigkeit z.B. auch organisatorisches Talent sowie die Fähigkeit stets Informationen über aktuelle Entwicklungen einzuholen.³⁸⁶ Im IT-Bereich ist es im Übrigen

³⁸³ Schliemann, FS Wank, S. 531, 543.

³⁸⁴ Dies ergibt sich auch der Diskussion um die Mitarbeiter im Rundfunkbereich (zuletzt BAG v. 17.4.2013, NZA 2013, 903 ff.). Das BAG nahm an, dass programmgestaltende Mitarbeiter eher unabhängig und somit selbstständig sind. Im Umkehrschluss seien nicht-programmgestaltende Mitarbeiter regelmäßig Arbeitnehmer (BAG v. 30.11.1994, NZA 1995, 622, 623, widersprochen durch BAG v. 17.4.2013, NZA 2013, 903, 905); den Typen eines Berufes zur Abgrenzung zog auch das LAG Schleswig Holstein v. 1.12.2015 (1 Sa 439 b/14, juris) heran, indem es ausführt, dass ein Kameramann „kein programmgestaltender Mitarbeiter“ und somit ein Arbeitnehmer sei. Dahinter steht zumindest der zutreffende Gedanke, dass mit steigender Qualifikation die Unabhängigkeit eher gewährleistet werden kann.

³⁸⁵ Siehe „abgebrochenes Informatikstudium“, SG München, v. 19.1.2012, S 56 R 978/10, juris.

³⁸⁶ Die Aussage des ArbG Köln v. 3.3.1993 (NZA-RR 1993, 1207, 1208) ist nach wie vor aktuell.

auch gut möglich, auch ohne klassischen Bildungsabschluss erfolgreich zu sein. Zum anderen steht ein formaler Bildungsabschluss nicht in Zusammenhang zu Angebot und Nachfrage der Tätigkeit am Markt. Dies ist aber insofern relevant, als dass sich eine Qualifikation besser vermarkten lässt, je mehr das Know-how des Leistenden ein Alleinstellungsmerkmal darstellt. Der Leistende bietet eine Leistung an, die der Empfänger der Leistung dringend benötigt und sich anderweitig nicht gleichwertig beschaffen kann. Die für die Abgrenzung entscheidende Qualifikation stellt sich folglich als Wissensvorsprung dar.

(2) Honorargrenze

Die Höhe der Vergütung, die der Leistungsempfänger als Interessent der Leistung dem Leistenden als Gegenwert anbietet, lässt eine Aussage darüber zu, wie hoch die Qualifikation ist bzw. welchen Wert diese hat. In der Praxis ist die Vergütung als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft also ein Indiz für die Wertigkeit der individuellen Arbeitsleistung des Leistenden.³⁸⁷ Dies zeigt sich auch darin, dass für Dienste höherer Art im Sinne des § 627 Abs. 1 BGB, die ein „*überdurchschnittliches Maß an Fachkenntnissen, Kunstfertigkeit oder wissenschaftlicher Bildung, eine hohe geistige Phantasie oder Flexibilität*“³⁸⁸ voraussetzen, in der Regel eine höhere Vergütung gezahlt wird.³⁸⁹ Auch wenn bei diesen Diensten oftmals nicht nach Zeit, sondern nach der konkreten Leistung vergütet wird, ist vorliegend zur Vergleichbarkeit auf eine Stundenvergütung als kleinste Einheit abzustellen.³⁹⁰

Eine bestimmte Vergütungshöhe ist also Ausdruck einer bestimmten Qualifikation und somit Ausdruck der Möglichkeit eines Leistenden seine Existenz überhaupt durch eine Selbstständigkeit zu sichern.

³⁸⁷ Vgl. MüKo/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 696.

³⁸⁸ MüKo/Henssler, § 627 BGB Rn. 20

³⁸⁹ Die Leistung stellt einen solchen Mehrwert dar, dass nicht nach Zeit, sondern nach der konkreten Leistung abgerechnet wird, BAG v. 22.2.2012, NZA 2012, 861, 862 f.

³⁹⁰ Auf diese Weise verbleibt das Risiko des Nicht-Tätigwerdens beim Selbstständigen, da es um die hypothetische Möglichkeit der Existenzsicherung geht.

Eine Vergütungshöhe als rechtlich relevante Grenze ist immer wieder Teil der politischen Diskussion und der Rechtsordnung grundsätzlich nicht fremd.³⁹¹ Für Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber die Problematik von Existenzsicherung und Entgeltgerechtigkeit erkannt und durch Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) geregelt.³⁹²

Zur Bestimmung der Höhe kommen verschiedene gesetzliche Grenzen in Betracht. Der Mindestlohn aus dem Mindestlohngesetz stellt das Mindestentgelt, also die unterste Vergütungsgrenze, eines Arbeitnehmers dar. Die ab 1.1.2017 geltende Grenze von 8,84 EUR (brutto) pro Stunde gemäß § 1 Abs. 2 MiLoG ist für einen Selbstständigen zu gering. Nach der Mindestlohndokumentationspflichtverordnung (MiLoDokV) zum Mindestlohngesetz (MiLoG) entfällt eine Aufzeichnungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 MiLoDokV ab einem Einkommen von 2.959,00 EUR (brutto).³⁹³ Eine monatliche Vergütung von 2.959,00 EUR entspricht einem Stundenlohn von 17,07 EUR.³⁹⁴ Ab einer solchen Höhe wird die Missbrauchsgefahr als gering bzw. als vernachlässigbar angesehen.

Weitere gesetzliche Anhaltspunkte können sich aus den Pfändungsfreigrenzen gemäß § 850c ZPO ergeben.³⁹⁵ Gemäß § 850c Abs. 2 S. 2 ZPO ist das Ein-

³⁹¹ Im Sozialversicherungsrecht gibt es bereits seit Längerem die Diskussion, ob eine Versicherungspflicht nicht nach der Höhe des Einkommens zu bestimmen sei, vgl. *Schlegel*, NZS 2000, 421, 422; *Brand*, NZS 1997, 552, 556.

³⁹² BT-Drs. 18/1558, S. 28; Düwell/Schubert/*Schubert*, MiLoG, Einl. Rn. 2 f. Das Argument, dass es auch Arbeitsverhältnisses gebe, die nicht zur Existenzsicherung reichen (vgl. *Kreuder*, AuR 1996, 386, 390), verfängt darum nicht mehr. Die Grenze des Mindestlohns dient u. a. dazu, die Sozialsysteme zu entlasten, die andernfalls oftmals durch „Aufstockungsleistungen“ Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor unterstützen mussten, vgl. *Lakies*, AuR 2013, 69, 73; Düwell/Schubert/*Schubert*, MiLoG, Einl. Rn. 46.

³⁹³ Die Grenze gilt gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 MiLoDokV, wenn der Arbeitgeber nachweislich in den letzten 12 Monaten ein Entgelt von mindestens 2.000,00 EUR gezahlt hat.

³⁹⁴ 4,33 Wochen/Monat, 5 Tage/Woche, 8 Stunden/Tag.

³⁹⁵ Aktuell liegt die Pfändungsfreigrenze bei 1.073,88 EUR pro Monat, siehe Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung 2015 v. 14.4.2015, BGBl. I, S. 618. Daraus resultiert eine Stundenvergütung von 6,20 EUR (netto). Die Mindestlohngesetz-Grenze orientiert sich an dieser Grenze, BT-Drs. 18/1558, S. 28, was deutlich wird, wenn man ca. 20 % (Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung) aufschlägt, um den Bruttolohn zu errechnen, vgl. *Seifert/Amlinger/Keller*, WSI-Diskussionspapier, 7/2015, S. 10. Die in § 850c ZPO vorgegebenen Grenzen werden jedes zweite Jahr angepasst. Dies geschieht gemäß § 850c Abs. 2a S. 2 ZPO durch das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz. Der Betrag orientiert sich wiederum am Grundfreibetrag nach § 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG.

kommen, das 3.292,09 EUR übersteigt, voll pfändbar. Dies entspricht einem Stundenlohn von 18,99 EUR. Das bedeutet, dass ab dieser Grenze der Lebensunterhalt auch für Familienmitglieder bestritten werden kann.

Auch in der Rechtsprechung wird auf überdurchschnittliche Vergütungen von Arbeitnehmern Bezug genommen. Eine Vergütung ist überdurchschnittlich hoch, wenn das Entgelt die Betragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.³⁹⁶ Die Beitragsbemessungsgrenze zur gesetzlichen Rentenversicherung liegt bei 74.400 EUR pro Jahr (2016). Daraus ergibt sich ein Stundenlohn von 35,77 EUR (brutto). Geht man davon aus, dass ein Selbstständiger nicht die üblichen 8 Arbeitsstunden eines Arbeitnehmers nach § 3 S. 1 ArbZG, sondern eher 10 Stunden am Tag arbeitet,³⁹⁷ beträgt der Stundenlohn 28,62 EUR. Der Gesetzgeber gibt dadurch zum Ausdruck, dass ab dieser Grenze unzweifelhaft eine Eigenvorsorge möglich ist, die es nicht rechtfertigt, auf die Solidargemeinschaft zurückzugreifen.³⁹⁸ Die Beitragsbemessungsgrenze zur Sozialversicherung wird jedes Jahr vom Bundeskabinett durch die Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung neu bestimmt. Somit passt sie sich flexibel den Gegebenheiten an.

Die bisher aufgezeigten Entgeltgrenzen betreffen ein Bruttoentgelt. Der Nettolohn eines Arbeitnehmers dient dazu, den aktuellen Lebensunterhalt zu bestreiten. Alles was darüber hinausgeht – bei einem Arbeitnehmer die Lohnnebenkosten – dient der Existenzsicherung. Im Bruttoentgelt eines Arbeitnehmers sind auch die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung enthalten.³⁹⁹ Ziel der genannten Entgeltgrenzen ist jeweils der Existenzschutz eines Arbeitnehmers. Diese Vergütungsgrenzen sind übertragen auf einen Selbstständigen noch zu niedrig. Der Selbstständige hat im Vergleich zu einem Arbeitnehmer deutlich höhere Kosten. Dies betrifft zum einen die soziale Absicherung. Das Bruttoentgelt eines Arbeitnehmers ist nicht übertragbar, da z.B. eine private

³⁹⁶ BAG v. 22.2.2012, NZA 2012, 861, 862 f. Dies war in einem Fall relevant, in dem es um die Vergütungserwartung in Bezug auf Mehrarbeit ging.

³⁹⁷ Vgl. auch Sachverhalt SG München v. 21.11.2013, S 15 R 1528/11, juris.

³⁹⁸ Diese Arbeitnehmer „ragen aus der Sozialgemeinschaft aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten heraus“, BAG v. 22.2.2012, NZA 2012, 861, 862 f.

³⁹⁹ Ein Bruttogehalt setzt sich aus Steuern (Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag, ggf. Kirchensteuer) und Sozialabgaben (Renten-, Arbeitslosen-, Pflege-, Unfall- und Krankenversicherung) zusammen.

Krankenversicherung für Selbstständige teurer ist als die gesetzliche Krankenkasse. Zum anderen fallen für die Organisation der Selbstständigkeit Kosten an, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeber trägt, so z.B. Kosten für eine eigene Verwaltung, für Arbeitsmittel und für eigene Räumlichkeiten. Arbeitsmittel, soweit sie im IT-Bereich überhaupt benötigt werden, sind teilweise teuer. Darüber hinaus entstehen Kosten für eine ständige Weiterbildung. Haftungsfälle müssen durch eine Haftpflichtversicherung abgesichert werden und Vorsorge für Krankheit und Urlaub betrieben werden. Dies alles muss der Selbstständige mit seinem „Nettogehalt“ bestreiten können. Für die Beurteilung einer Vergütungsgrenze ist die jeweilige Branche also von entscheidender Bedeutung. Dies ergibt sich auch aus dem Gesetz. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, richtet sich die Vergütung gemäß § 612 Abs. 2 BGB nach der üblichen Vergütung. Nach der Rechtsprechung gilt, ein „*objektive[r] Maßstab unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander*“⁴⁰⁰. Der Vergleich richtet sich dann nach dem jeweiligen Wirtschaftsgebiet.⁴⁰¹

Der Bundesverband Informationstechnologie für Selbstständige e.V. (DBITS) schlägt eine Grenze von 42,50 Euro (netto) pro Stunde vor.⁴⁰² Dies entspricht dem Fünffachen des gesetzlichen Brutto-Mindestlohns. Diese Grenze liegt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze zur Sozialversicherung. Eine Vergütung von 42,50 Euro je Stunde liegt deutlich über dem Entgelt, welches tarifvertraglich in vielen Wirtschaftsbranchen im Schnitt gezahlt wird. Die Entgelte variieren dort je nach Entgeltgruppe und Betriebszugehörigkeit durchschnittlich zwischen 15 und 30 Euro pro Stunde.⁴⁰³ Sie liegt so hoch, dass eine eigene Existenzsicherung durch eine Selbstständigkeit möglich ist.

Ein Vergleich mit den durchschnittlichen Vergütungssätzen im IT-Bereich zeigt, dass die Grenze nicht zu hoch ist. Zwar variieren auch in diesem Bereich die

⁴⁰⁰ St. Rspr., BAG v. 17.11.1966, NJW 1967, 413; v. 11.10.2000, NZA, 2001, 458, 460.

⁴⁰¹ Eine Vergleichbarkeit ergibt sich z.B. aus Tarifverträgen, die im Wirtschaftsbereich für vergleichbare Tätigkeiten gelten, BAG v. 17.8.2011, NZA 2011, 1335, 1337.

⁴⁰² Positionspapier, DBITS, S. 3; ebenso für eine Gebührenregelung zur Existenzsicherung für Selbstständige, Schliemann, FS Wank, S. 531, 543.

⁴⁰³ Vgl. WSI, „Tarifliche Lohn-, Gehalts- und Entgelttabellen 2016“, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4428.htm (Stand: 18.11.2016).

Vergütungen selbstständiger IT-Dienstleister.⁴⁰⁴ Nach einer Umfrage des Personaldienstleisters und Portalbetreibers *Gulp* lag die durchschnittliche Vergütung der IT-Freelancer bei 76 Euro pro Stunde.⁴⁰⁵

Je höher die Qualifikation des Leistenden ist, umso höher ist auch der Tagessatz. Geht man von der Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung, einer erhöhten Arbeitszeit von mindestens 10 Stunden pro Tag sowie von weiteren branchentypisch erhöhten Kosten aus, ergibt sich ein Stundenlohn um die 40,00 EUR. Dieser Wert liegt auch im Bereich strittiger Grenzfälle, die die Rechtsprechung zu entscheiden hatte.⁴⁰⁶ Eine Vergütung unterhalb der Grenze lässt an der Fähigkeit zur eigenen Daseinsvorsorge zweifeln.⁴⁰⁷

(3) Verbesserung des Rechtsschutzes

Das Problem der Scheinselbstständigkeit ist also im Kern ein Problem der Qualifikation. Da die Missbrauchsgefahr bei Geringqualifizierten hoch ist, muss deren Schutz verbessert werden. Effektiv sind Schutzmechanismen nur, wenn sie in der Praxis auch durchgesetzt werden können. Es stellt sich die Frage, in welcher Form die Vergütungshöhe nutzbar gemacht werden kann. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses an eine starre gesetzliche Vergütungsgrenze zu knüpfen, ist zu weitgehend. Eine Fiktion ist stets ein Eingriff in die Vertragsfreiheit der Beteiligten und muss verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Problematisch ist, dass eine Fiktion dem Gegenbeweis nicht zugänglich ist. Atypische

⁴⁰⁴ Generell ist die Diskrepanz der Einkommen Selbstständiger größer als die von Arbeitnehmern, vgl. *Fritsch/Kritikos/Sorgner*, DIW Wochenbericht Nr. 7/2015, 134, 137, 140. Dies gilt auch für den IT-Bereich, wobei sehr geringe Einkommen nicht so häufig vorkommen.

⁴⁰⁵ *Gulp*, Stundensatz-Auswertung 2014, abrufbar unter: <https://www.gulp.de/knowledgebase/stundensaetze/stundensatz-der-it-engineering-freelancer-steigt-das-fuenfte-jahr-in-folge.html> (Stand: 18.11.2016).

⁴⁰⁶ In dem Fall, den das LSG Nordrhein-Westfalen (v. 16.1.2007, L 11 (16) KR 16/04, juris) zu entscheiden hatte, sollte der vermeintlich Selbstständige eine Vergütung von 700 DM pro 8-stündigem Arbeitstag erhalten. Dies entspricht einem Tagessatz von 357,91 EUR (unwiderrufl. Wechselkurs 1,95583 DM = 1 EUR) und somit einem Stundenlohn von 44,74 EUR. Im Fall des SG München v. 19.1.2012 (S 56 R 978/10, juris) wurde ein Tageshonorar von 640 Euro pro Tag vereinbart. Im Fall des Hessischen LAG (v. 13.3.2015, 10 Sa 575/14, juris) war eine Vergütung von 37,50 EUR vereinbart.

⁴⁰⁷ Siehe zur Daseinsvorsorgeunfähigkeit, *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2, 5.

Fälle, in denen aufgrund besonderer Umstände von der Fiktionswirkung abzuweichen wäre, können nicht erfasst werden.

(aa) Beweislast/Beweiserleichterung

Als milderes Mittel kommt in Betracht, die Vergütungshöhe mit einer gesetzlichen Vermutungsregelung zu verknüpfen. Teilweise wird vertreten, eine Vermutung an den vereinbarten Vertragstyp anzuknüpfen.⁴⁰⁸ Diese Ansicht verkennt aber den Schwerpunkt der Schutzwürdigkeit. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein freier Vertrag gegen den Willen des Leistenden geschlossen wird, ist wesentlich höher, als dass ein Arbeitsverhältnis gegen seinen Willen geschlossen wird. Eine solche Anknüpfung würde den Schutz der Leistenden verschlechtern. Anknüpfungspunkt könnte die Ausübung der Tätigkeit in der fremden Betriebsorganisation sein.⁴⁰⁹ Dies ist jedoch nicht zielführend, solange nicht geklärt ist, wie der unbestimmte Begriff der Eingliederung in die Betriebsorganisation zu verstehen ist. Dies gilt insbesondere, wenn man von einer funktionsspezifischen Aufgabe des Eingliederungsbegriffs ausgeht.⁴¹⁰

Tatsachen, die der gesetzlichen Vermutung unterliegen, sind nicht beweisbedürftig.⁴¹¹ Eine Vermutungsregelung führt also zu einer Beweislastumkehr, wenn der Leistende ein Arbeitsverhältnis geltend macht. Der Vorteil einer Vermutungsregelung ist, dass die Unsicherheit der Gewichtung der einzelnen Kriterien dann nicht der Leistende trägt, sondern das Unternehmen. Das Unternehmen muss gemäß § 292 S. 1 ZPO den Gegenbeweis antreten und trägt somit die Beweislast. Kritisiert wird an gesetzlichen Vermutungsregelungen, dass sie Werk- und Dienstverträge unter Generalverdacht stellen würden.⁴¹² Grundsätzlich gilt, wer einen freien Vertrag ordentlich durchführt, wird den Gegenbeweis auch erbringen können. In den Grenzfällen aber verschiebt sich die Beweislast zu Gunsten des vermeintlich Schwächeren. Dies geht mit einem Mehraufwand für das Unternehmen einher. Zweifel und Kritik sind nicht gegenüber einer ge-

⁴⁰⁸ *Uffmann*, ZfA 2013, 1, 14 mit Verweis auf AG Eisenach v. 7.2.2007, 1 Ca 1275/06, n.v.

⁴⁰⁹ *Brors/Schüren*, Gutachten, S. 12 f. für die Parallelproblematik der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung.

⁴¹⁰ *Uffmann*, ZfA 2013, 1, 25.

⁴¹¹ *Zöller/Greger*, Vor § 284 Rn. 10.

⁴¹² *Francken*, NZA 2014, 1064, 1065. Der „Generalverdacht“ ist weniger juristisches Argument, als vielmehr Ausdruck rechtspolitischer Interessenpolitik.

setzlichen Vermutungsregelung angebracht, sondern vielmehr gegenüber den Kriterien. Die Hürden für die Einführung einer Vermutungsregelung sind hoch, insbesondere fehlt es am politischen Willen, eine gesetzliche Vermutungswirkung einzuführen.

Auch ohne Veränderung der Beweislast durch gesetzlichen Vermutungstatbestand kann der Rechtsschutz für Leistende erleichtert werden. Dies ist geboten, wenn der Kläger Umstände beweisen muss, die sich seinen Einsichtsmöglichkeiten entziehen. Den Beklagten trifft dann die sekundäre Darlegungslast.⁴¹³ Dies ist nur in absoluten Ausnahmefällen möglich, da grundsätzlich jede Partei die Tatsachen darlegen und beweisen muss, die für sie günstig sind. Aufklärungspflichten der Gegenseite bestehen nicht.⁴¹⁴ Gerechtfertigt bzw. sogar geboten⁴¹⁵ ist eine sekundäre Darlegungslast also nur, wenn sich Tatsachen dem Wahrnehmungsbereich des Klägers entziehen.⁴¹⁶ Daran fehlt es zumeist, wenn der Leistende ein direktes Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen geltend macht. Die Eingliederung und Weisungsgebundenheit wird unmittelbar im Verhältnis zwischen Unternehmen und Leistendem sichtbar, so dass eine sekundäre Darlegungslast nicht erforderlich ist.⁴¹⁷

Eine Erleichterung im prozessrechtlichen Sinne könnte die Anerkennung eines Anscheinsbeweises für die Fälle sein, dass eine bestimmte Vergütung gezahlt wird. Der Anscheinsbeweis gründet darauf, dass bestimmte Erfahrungssätze als

⁴¹³ „In bestimmten Fällen ist es aber Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert zu äußern. Eine solche sekundäre Darlegungslast, die die Verteilung der Beweislast unberührt lässt, setzt voraus, dass die nähere Darlegung dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen“, BGH v. 10.2.2015, NZG 2015, 645 ff.

⁴¹⁴ Zöller/Greger, Vor § 284 Rn. 34.

⁴¹⁵ BVerfG v. 6.10.1999, NZA 2000, 110, 111.

⁴¹⁶ Zöller/Greger, Vor § 284 Rn. 34.

⁴¹⁷ Nur, wenn eine Drei-Personen-Konstellation vorliegt und der Leistende eine illegale Arbeitnehmerüberlassung und eine Fiktion nach §§ 9, 10 AÜG geltend macht, entzieht sich das Verhältnis zwischen Drittem und Unternehmen seinem Kenntnisbereich. Eine Änderung der Beweislast (Brors/Schüren, Gutachten, S. 12 f.) oder ein Abstellen auf die sekundäre Darlegungslast (Francken, NZA 2013, 985, 987; Ders. NZA 2014, 1064, 1066) erscheint angebracht (a.A. Ulrici, NZA 2015, 456, 459). Zu beachten ist aber, dass in diesen Fällen der Leistende in einem (verbleibenden) Abhängigkeitsverhältnis zum Dritten stehen muss, siehe unter 4. Teil, B., I., 3.

zulässige Erkenntnisquelle anerkannt sind.⁴¹⁸ Für reale Sachverhalte gilt jedoch, dass diese nur durch eine freie Würdigung von Indizien und nicht mittels Anscheinsbeweises bewiesen werden können.⁴¹⁹

(bb) Vergütung als Indiz

Vorzugswürdig ist es, die Höhe der Vergütung als Indiz zu etablieren. Gerechtfertigt ist dies durch den Wirkverlust althergebrachter Kriterien und die verstärkte Hinzuziehung äußerer Umstände. Es besteht der Erfahrungsgrundsatz, dass eine Selbstständigkeit eine bestimmte Vergütung erfordert, die es ermöglicht, die Selbstständigkeit auch wirklich auszuüben. Das Kriterium der Vergütung steht neben dem Kriterium der zeitlichen Bindung. Es kann nur herangezogen werden, wenn keine eindeutigen Abgrenzungsmerkmale sichtbar werden. Besondere Bedeutung kommt der Abwicklung von Haftungs- und Gewährleistungsfällen zu.⁴²⁰ Die Vergütung als Indiz kommt nur in Zweifelsfällen in Betracht, in denen ein freier Vertrag geschlossen wurde.⁴²¹ Von einem Indiz der Vergütung kann auch das Unternehmen profitieren. Durch eine Vergütungsgrenze sind die unproblematischen Fälle aus der Diskussion genommen. Für die Beteiligten, insbesondere die Einsatzunternehmen, besteht Rechtssicherheit – wenn auch gegebenenfalls zu einem hohen Preis.

2. Vertragsdurchbrechung

Unternehmen berufen sich auf die Privatautonomie und verlangen Rechtssicherheit in Bezug auf die Planung der zu vergebenden Tätigkeiten. Für die Leistenden geht es um Schutzbedürftigkeit. Teilweise berufen auch sie sich auf

⁴¹⁸ Zöller/Greger, Vor § 284 Rn. 29.

⁴¹⁹ Zöller/Greger, Vor § 284 Rn. 31.

⁴²⁰ Treten keine Konfliktfälle auf, muss zunächst untersucht werden, ob eine dauerhafte Überwachung des Leistenden durch das Unternehmen, z.B. durch Datenschatten, vorliegt (vgl. *Linnenkohl*, BB 1998, 45, 48). Hierbei kann es sich um ein Qualitätsmanagement handeln oder wenn es sich um personenbezogene Weisungen handelt, um Indizien einer Scheinselbstständigkeit. Die Abgrenzung ist schwierig (siehe unter 3. Teil, B., II., 2., c., bb.) und im Ergebnis unergiebig. An dieser Stelle setzt dann die Vergütung als Indiz ein.

⁴²¹ Siehe unter 3. Teil, B., IV., 2.

ihre Privatautonomie und fehlende Rechtssicherheit.⁴²² Es muss eine Lösung gefunden werden, die einerseits die Privatautonomie achtet, wenn es an der Schutzbedürftigkeit de facto fehlt, und andererseits den Leistenden schützt, wenn dieser des Schutzes bedarf.

a. Abschluss eines "Arbeitsvertrages"

Unstreitig ist, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt, wenn die Parteien einen solchen vereinbart haben – auch, wenn in der tatsächlichen Durchführung dann ein Dienstvertrag anzunehmen wäre.⁴²³ Es wird der privatautonomen Entscheidung der Parteien Rechnung getragen. Soll ein Arbeitsvertrag in ein freies Mitarbeiterverhältnis umgewandelt werden, bedarf es einer expliziten Vertragsänderung und der Ablauf der Tätigkeit muss sich unterscheiden.⁴²⁴ Die hier zu behandelnden Probleme spielen sich also nicht in den Fällen ab, in denen ein Arbeitsvertrag ausdrücklich oder durch Vorliegen bestimmter eindeutiger Merkmale schriftlich vereinbart wurde.

Das bedeutet: Entscheiden sich die Parteien für einen Arbeitsvertrag, so gilt dieser, auch wenn sich aus der Durchführung das Vorliegen eines freien Vertrages ergeben sollte.⁴²⁵

b. Privatautonomie im Rahmen freier Verträge

Problematisch ist der umgekehrte Fall, wenn die Parteien keinen Arbeitsvertrag, sondern einen freien Vertrag vereinbaren. Privatautonomie als Ausdruck der Vertragsfreiheit setzt eine freie Willensbetätigung voraus. Im Grundsatz ist

⁴²² Das geschieht hauptsächlich in Fällen vor dem Sozialgericht, wenn es um die Nachzahlung von Rentenversicherungsbeiträgen geht, SG München v. 19.1.2012, S 56 R 978/10, juris.

⁴²³ Vgl. BAG v. 12.9.1996, AuR 1996, 403; Dies wird auch deutlich, wenn das BAG (v. 21.9.1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB – Abhängigkeit) in einem Abgrenzungsfall auf einen vergleichbaren Mitarbeiter verweist, dessen Tätigkeit nach der tatsächlichen Bewertung eine selbstständige Tätigkeit ist, ihm aber der Arbeitnehmerstatus aus „*sozialen Gründen eingeräumt wurde*“.

⁴²⁴ BAG v. 12.9.1996, AP Nr. 89 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁴²⁵ Das muss konsequenterweise dazu führen, dass das (ernsthafte) Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages eine Indizwirkung gegen eine abhängige Beschäftigung hat, siehe 5. Teil, B., II., 2., b., dd.

davon auszugehen, dass übereinstimmende Willenserklärungen auf einem freien Willen beruhen. Schließen die Beteiligten freie Dienst- oder Werkverträge, ist dies in der Praxis Nachweis einer privatautonomen Entscheidung. Allerdings muss dieser Vertragsschluss nicht immer Ausdruck eines freien Willens beider Parteien sein.

aa. Arbeitnehmerschutz bei gestörter Vertragsparität

Wenn man dem Grunde nach davon ausgeht, dass eine Tätigkeit sowohl in Form eines Arbeitsvertrages als auch in Form eines Dienstvertrages erbracht werden kann, muss es eine besondere Rechtfertigung geben, die die strengeren Regelungen des Arbeitsvertrages zur Anwendung kommen lässt.

Die Rechtsprechung kommt zur Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften, wenn sich ein Arbeitsverhältnis aus der tatsächlichen Durchführung ergibt. Die Durchführung ist Ausdruck des wirklichen Willens. Dies gilt aber auch, wenn beide Parteien einen anderen Willen äußern oder im Vorfeld geäußert haben. Dahinter steht der Gedanke, dass die strukturelle Unterlegenheit des Leistenden einen freien Willen im Sinne einer privatautonomen Äußerung nicht ermöglicht. Da es an der Verhandlungsgleichheit fehlt, hat sich der einseitige Wille einer Partei durchgesetzt. Diese Fremdbestimmung widerspricht der Privatautonomie.⁴²⁶ Die vermeintlich privatautonome Entscheidung der Parteien wird zugunsten höherrangiger Rechte entwertet.

Unfrei ist der Wille des Leistenden, wenn er aus äußeren Zwängen resultiert. Dies ist der Fall, wenn der Leistende in eine Position gedrängt wird, die nicht seinem Interesse entspricht.⁴²⁷ In der Praxis bedeutet das für die Leistenden entweder einen freien oder gar keinen Vertrag abschließen.⁴²⁸ Eine Festanstel-

⁴²⁶ MüKo/Säcker, Allg. Teil, Einl, Rn. 36.

⁴²⁷ Vgl. BAG v. 14.2.1974, AP Nr. 12 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; Waltermann, RdA 2010, 162, 163; Kreuder, AuR 1996, 386, 389. Dass eine Selbstständigkeit nicht immer dem wirklich „freien Willen“ des Leistenden entspricht, lässt sich auch an den Arbeitsmarktstatistiken ableiten. Ist die Arbeitsmarktlage gut, steigt auch die Zahl der Arbeitnehmer; die Zahl der Selbstständigen nimmt ab, vgl. Brenke, DIW Wochenbericht Nr. 36/2015, S. 795; BA, Arbeits- und Ausbildungsmarkt, S. 44.

⁴²⁸ „take it or leave it“, MüKo/Busche, Vor § 145 Rn. 7; Reinecke, NZA-RR 2016, 393, 399.

lung und somit der Schutz eines Arbeitsverhältnisses steht nicht zur Wahl.⁴²⁹ Die Schutzbedürftigkeit kann sich anhand der Verdienstmöglichkeiten zeigen.⁴³⁰ Geringe Vergütungen lassen Zweifel daran aufkommen, ob eine Selbstständigkeit auch wirklich besteht. Von einer Parität kann nicht ausgegangen werden, wenn der Leistende nicht in der Lage ist, seine Existenz zu sichern. Daraus folgt, dass bei geringen Vergütungshöhen nicht per se davon ausgegangen werden kann, dass die Vereinbarung eines freien Vertrages auf einer freien, privatautonomen Entscheidung beruht. Diese gestörte Parität rechtfertigt die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften.⁴³¹ In diesem Fall „dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen, Vertrag ist Vertrag“⁴³².

bb. Bestehende Parität bei freiem Vertrag

Die Parität ist gewahrt, wenn sich die Vertragspartner auf Augenhöhe begegnen. Der Unternehmer benötigt die Erledigung einer speziellen Aufgabe, der Dienstleister hat besondere Kenntnisse und will dafür angemessen vergütet werden. Das Unternehmen ist auf die Leistung des bestimmten Leistenden angewiesen. Ein Austausch des Leistenden ist für den Arbeitgeber nicht einfach

⁴²⁹ In Fällen missbräuchlicher Befristungsabreden wird darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer eine privatautonome Entscheidung getroffen habe, als er einen (weiteren) befristeten Arbeitsvertrag mit einem Verleiher schloss, *Greiner*, NZA 2014, 284, 287. Eine privatautonome Entscheidung erscheint zweifelhaft, da die Alternative „kein Arbeitsvertrag“ ist. Eine Festanstellung sollte gerade vermieden werden. Die Rspr. hat in den Fällen der Ehegattenbürgschaften Personen (im Nachhinein) die Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Entscheidung abgesprochen, was zur Unwirksamkeit des Vertrages (§ 138 BGB) führte, BVerfG v. 19.10.1993, NJW 1994, 36, 39 ff.; v. 5.8.1994, NJW 1994, 2749 ff. Dies ist beachtenswert, da die Ehegatten im maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung voll geschäftsfähig waren und somit eigentlich in freiem Willen, privatautonom, handelten.

⁴³⁰ BAG v. 21.2.2007, NZA 2007, 699, 700.

⁴³¹ Palandt/*Weidenkaff*, Einf § 611 Rn. 3. Das Arbeitsverhältnis ist der „Schlüssel zu weiten Teilen des Arbeitsrechts“, *Groeger*, ZtR 2014, 379. Daraus folgt, dass Regelungen des Arbeitsrechts keine Anwendung finden, wenn die Parität nicht gestört ist, es sich also nicht um Arbeitnehmer, sondern um freie Mitarbeiter handelt, Palandt/*Weidenkaff*, Einf § 611 Rn. 9 f.

⁴³² BVerfG v. 19.10.1993, NJW 1994, 36, 39.

möglich. Die selbst gewählte Selbstständigkeit des Freelancers soll Bestand haben.⁴³³

Eine Entscheidung des Leistenden, einen freien Vertrag abzuschließen, ist zu akzeptieren, wenn das Unternehmen dem Leistenden im Vorfeld einen Arbeitsvertrag explizit angeboten hat. Macht der Leistende dennoch – bei unveränderter Abwicklung der Vertragsbeziehung – ein Arbeitsverhältnis geltend, ist dies rechtsmissbräuchlich.⁴³⁴

Im Übrigen ist ab einer bestimmten Vergütungshöhe davon auszugehen, dass eine Zwangslage, begründet durch die fehlende Möglichkeit der Existenzsicherung, nicht besteht.⁴³⁵ Es kann nicht mehr von einer gestörten Parität ausgegangen werden. Ist es dem Leistenden möglich, mit seiner Tätigkeit eine so hohe Stundenvergütung zu erzielen, spricht das dafür, dass seine Leistung eine bestimmte Wertigkeit auf dem Markt hat, die es ihm ermöglicht, auf Augenhöhe mit Unternehmen als Vertragspartner zu agieren.

Die Verträge werden dann so behandelt, wie sie auch geschlossen wurden. Damit wird der Forderung in der Praxis Rechnung getragen, dass sich auch viele Leistende im IT-Bereich auf eine Selbstständigkeit berufen. Gerade Höherqualifizierte haben oftmals kein Interesse daran, eine Festanstellung einzugehen. Ihrem Selbstverständnis nach wollen sie selbstständig sein.⁴³⁶ Diesem Willen wird Rechnung getragen, indem an eine Vergütungsgrenze angeknüpft wird. Im Rahmen einer paritätischen Rechtsbeziehung kann es einem Softwareentwickler gleichgültig sein, ob er neben dem vereinbarten Projekt noch Serviceleistungen erbringt, solange die Höhe der Stundenvergütung gleichbleibend ist.

⁴³³ Es wird besonders hervorgehoben, dass das besondere Selbstverständnis, der „Wunsch nach Selbstständigkeit“, den Charakter eines Freelancers präge, BDA kompakt, Oktober 2014, Werkverträge, S. 1.

⁴³⁴ Siehe BAG v. 11.12.1996, NZA 1997, 818.

⁴³⁵ Die Orientierung an einer Vergütungsgrenze hat den Vorteil, dass die Abgrenzung greifbar wird. Dies ist nicht der Fall, wenn man nur pauschal auf ein Berufsbild abstellt (Interim Manager), vgl. Manager, *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482 oder auf die Erfahrung der Geschäftspartner, BAG v. 2.2.2006, EzAÜG Nr. 10 zu § 611 BGB – Abgrenzung.

⁴³⁶ Es sind aber grundsätzliche hohe Anforderungen an einen solchen Wunsch zu stellen, die sich durch objektive Tatsachen in der Praxis abbilden müssen, vgl. BAG v. 5.6.2002, AP Nr. 188 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *Uffmann*, ZfA 2013, 1, 6, 12 zur privatautonomen Entscheidung eines Honorararztes.

Auch einfache, womöglich sogar weisungsgebundene Aufgaben, können von einem Freelancer übernommen werden, denn er wird ja hinreichend für seine Tätigkeit entlohnt. Zahlt der Auftraggeber eine Mindestvergütung von 42,50 Euro pro Stunde, ist es das Risiko des Auftraggebers, wenn er den Freelancer mit einfachen Tätigkeiten betraut und ihn zu hoch vergütet. Diese Handhabung führt auch nicht zu einer Durchbrechung des Grundsatzes, dass der arbeitsrechtliche Rechtsformzwang unabhängig vom Willen des Leistenden Anwendung findet.⁴³⁷ Rechtsformzwang besteht nur, wenn die Parität gestört ist. Ab einer bestimmten Höhe der Vergütung ist davon nicht mehr auszugehen.⁴³⁸ Besteht die Parität zwischen den Parteien, ist eine privatautonome Entscheidung für einen bestimmten Status zulässig. Besteht keine Schutzbedürftigkeit, muss die Vereinbarung gegen einen Arbeitsvertrag und für ein freies Dienstverhältnis akzeptiert werden. Dies führt im Ergebnis dazu, dass Rechtssicherheit für die Beteiligten besteht, da auf die im Vorfeld abgeschlossenen Verträge abgestellt werden kann.

cc. Zwischenergebnis

Es handelt sich in den problematischen Konstellationen um Fälle, in denen freie Verträge geschlossen wurden und fraglich ist, ob diese Ausdruck einer privatautonomen Entscheidung sind. Wird eine Vergütung von über 42,50 Euro gezahlt, spricht dies dafür, dass die Entscheidung des Leistenden, einen freien Vertrag zu schließen, seiner privatautonomen Entscheidung unterlag. Die Parität der Beteiligten ist gewahrt, für eine einschränkende Anwendung durch Arbeitnehmerschutzvorschriften ist kein Raum.

⁴³⁷ BAG v. 14.2.1974, AP Nr. 12 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Der Wille, der durch die schriftliche Parteivereinbarung geäußert wird, soll nach der Rechtsprechung erst Beachtung finden, wenn aufgrund der Kriterien sowohl eine abhängige als auch eine selbstständige Tätigkeit in Betracht kommen, BAG v. 8.6.1967, NJW 1967, 1982.

⁴³⁸ Auch der Staat als Träger der Sozialversicherung ist nicht Leidtragender einer solchen Entscheidung. Ab der Vergütungsgrenze ist der Leistende in der Lage, eine eigenständige Versorgung vorzunehmen. Im Übrigen ist zu überlegen, inwieweit Selbstständige verpflichtet werden sollten, in die Sozialkassen einzuzahlen, siehe unter 6. Teil, B., I., 1., c.

3. Konkrete Auswirkungen auf die Praxis

Kommt es auf eine Vergütungsgrenze und eine zeitliche, über das Vereinbarte hinausgehende Bindung an, kann dies auf aktuelle Problemfälle übertragen werden. Dies trifft vor allem auf Serviceleistungen auf Zuruf, sog. Projektverträge und das sog. Crowdfunding zu.

a. „Zuruf“-Projekte

Der Begriff des „Zuruf“-Projektes bringt zum Ausdruck, dass die Leistung nach Bedarf erbracht werden soll. Eine solche ständige Abrufbereitschaft kann es bei externen Fachkräften aber gerade nicht geben. Sie ist Ausdruck einer zeitlichen Weisungsgebundenheit.⁴³⁹

Rechtlich problematisch ist die Bewertung vor allem, wenn Serviceleistungen im IT-Bereich erbracht werden.⁴⁴⁰ Diese Wartungs- und Pflegeleistungen erfordern zumeist – im Vergleich zu anderen Tätigkeiten im IT-Bereich – kein besonderes Know-how, sodass in diesen Bereichen oftmals Fachkräfte tätig werden, die ein Honorar unterhalb der 42,50 Euro erhalten. Die Gefahr einer Scheinselbstständigkeit ist dann besonders groß. Hinzu kommt, dass Serviceleistungen im Unternehmen eine besondere Bedeutung haben. Die voranschreitende Verbreitung von informationstechnischen Systemen führt dazu, dass Unternehmen von der Funktionalität der Systeme gänzlich abhängig sind. Selbst kleinste Fehler im IT-System können den Arbeitsablauf lahm legen.⁴⁴¹ Eine schnelle Fehlerbeseitigung ist notwendig. Da viele Unternehmen über keine eigene IT-Abteilung mehr verfügen, sind sie zur schnellen Fehlerbeseitigung gänzlich auf Externe angewiesen. Neben personellen Engpässen⁴⁴² können

⁴³⁹ LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2014, NZA 2013, 1017, 1022.

⁴⁴⁰ Die Gefahr einer Scheinselbstständigkeit besteht vor allem im Bereich der IT-Beratung. Serviceleistungen dienen dazu, den laufenden Betrieb aufrecht zu erhalten. Ihre rechtliche Einordnung ist schwieriger, als wenn es sich um einzelne – aus der Natur der Sache – abgrenzbare Projekte handelt. Diese Abgrenzung (laufender Sendebetrieb – einzelne abgrenzbare Projekte) wurde auch deutlich in den Rundfunk-Urteilen des BAG, vgl. BAG v. 22.6.1977, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁴⁴¹ Siehe „IT-Sicherheit: Computervirus legt Krankenhäuser lahm“, Spiegel Online v. 15.2.2016; „IT-Problem legt Arbeitsagenturen lahm“, FAZ v. 20.4.2015.

⁴⁴² Maschmann, NZA 2013, 1305, 1310.

auch Veränderungen innerhalb einer Projektabwicklung zu Zuruf-Projekten führen.⁴⁴³

In der Praxis besteht die Gefahr, dass eine Leistungserbringung auf Abruf entsteht, besonders in den Fällen, in denen neben der eigentlichen Leistung, also z.B. der Implementierung eines IT-Systems, noch zusätzliche Unterstützungsleistungen durch den Freelancer erbracht werden. Diese Unterstützungsleistungen, die spontan nach Bedarf bestehen, können dazu führen, dass aus einer selbstständigen Tätigkeit eine abhängige Beschäftigung wird. Zuruf-Projekte entstehen insbesondere bei Serviceleistungen. Serviceleistungen in Bezug auf eine bestimmte Software werden oftmals durch den Softwarehersteller mitübernommen.⁴⁴⁴ Das ist unproblematisch, solange dieser Support im Vorfeld vereinbart wurde. Auch die Abwicklung einer reinen Serviceleistung auf Dauer kann vertraglich vereinbart werden. Durch ein sog. Ticket-System⁴⁴⁵ kann ein bestehendes IT-System auch durch externe Fachkräfte gepflegt werden.⁴⁴⁶ Mitarbeiter des Unternehmens können bei Problemen mit den IT-Systemen (z.B. bei einer Störung/*Incident* oder anderen Anfragen/*Service Request*) elektronisch ein Ticket lösen. Diese werden in einer Funktionsstelle gesammelt und an die jeweiligen Bearbeiter weitergeleitet. Diese externen Fachkräfte arbeiten dann der Reihe nach die Tickets ab. Eine Direktbeauftragung einzelner Fachkräfte ist nicht möglich.⁴⁴⁷ Ein solches System ist Ausdruck eines freien Vertrages, da durch das Ticketsystem die Leistung abgrenzbar wird. Das Ticketsystem gibt

⁴⁴³ Lapp, ITRB 2010, 69, 69, der von „chaotischen Zurufprojekten“ spricht.

⁴⁴⁴ Dies hat für den Softwareanbieter den Vorteil, dass eine weitere Einnahmequelle besteht, (technische) Einblicke in das Untern möglich sind und die Kundenbindung gestärkt wird, Hoeren, IT- Recht, S.123.

⁴⁴⁵ Es handelt sich um ein Issue-Tracking-System. Die bei der Funktionsstelle eingehenden Tickets werden Personen bis zur erfolgreichen Bearbeitung (*closed ticket*) zugewiesen.

⁴⁴⁶ Vgl. LAG Baden-Württemberg, NZA 2013, 1017 ff.; ArbG Oldenburg v. 8.7.2015, 2 Ca 16-15, juris; SG München v. 21.11.2013, S 15 R 1528/11, juris.

⁴⁴⁷ Vgl. LAG Baden-Württemberg, NZA 2013, 1017, 1021. Insofern macht es schon einen Unterschied, ob das vorgegebene Ticket-System verwendet wird oder ob Mitarbeiter sich direkt – auf dem kurzen Dienstweg – an die IT-Kräfte wenden. Der Vorteil eines Issue-Tracking-Systems ist, dass die Abläufe transparent bleiben. Auch im Nachhinein ist nachvollziehbar, wann welcher Auftrag von wem wie bearbeitet wurde. Die Transparenz dieses Systems macht den Unterschied zu einem Arbeitsvertrag sichtbar, bei dem beliebige Weisungen die konkrete Arbeitsleistung ausgestalten.

der Erfüllung der Leistungen einen Rahmen.⁴⁴⁸ Vergleichbar ist das Ticketsystem mit festgelegten Tourenplänen. Ein Tourenplan spricht per se nicht gegen eine Selbstständigkeit.⁴⁴⁹ Maßgeblich ist, in wieweit der Leistende einen eigenen Spielraum hat.⁴⁵⁰ Das kann sich wiederum auch aus der Natur der Sache ergeben.⁴⁵¹ Im Rahmen des Ticketsystems kann der Leistende die Aufgaben frei abarbeiten und sich seine Zeit frei einteilen. Welches Ticket wann wie bearbeitet wird, muss ebenfalls der Dispositionskompetenz des Auftragnehmers, der IT-Fachkraft, unterliegen. Es muss der ungefähre Umfang der zu bearbeitenden Tickets festgelegt sein, damit der Leistende planen kann, wie er seine Selbstständigkeit darüber hinaus organisiert. Der Auftragnehmer ist sich vorher bewusst, worauf er sich einlässt. Nur unter dieser Bedingung ist ein solches System zulässig und wahrt die Selbstständigkeit.

Ein funktionierendes Issue-Tracking-System hat den Vorteil, dass auch der Zugang zu internen Daten des Unternehmens überwacht werden kann. Externe erhalten nur in bestimmtem Umfang Zugang. Im Übrigen ist ihr Vorgehen auch im Nachhinein noch nachvollziehbar.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Fraglich ist, ob es sich bei einem Ticket-System um einen Werkvertrag oder um einen Dienstvertrag handelt. Ein Werkvertrag erfordert, dass der Werkerfolg im Vorfeld definiert und abgrenzbar ist, BAG v. 25.9.2013, AP Nr. 126 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Man könnte annehmen, dass jedes einzelne Ticket einen einzelnen Werkerfolg oder die Bewerkstelligung des gesamten Ticketsystems den zu erbringenden Erfolg darstellt. In jedem Fall wäre die Vergütung abhängig von einer Abnahme, gemäß § 640 BGB. Die Annahme vieler einzelner Werkerfolge erscheint gekünstelt (vgl. LAG Hessen v. 13.3.2015, 10 Sa 575/14, juris, das davon ausgeht, dass eine Vielzahl von Werkverträgen neben einer Vielzahl von Beraterverträgen konstruiert wirkt). Im Übrigen müsste eine hohe Anzahl an Werkerfolgen zwangsläufig Gewährleistungsfälle nach sich ziehen, die in der Praxis im Rahmen der Vergütung sichtbar werden müssten. Vorzugswürdig ist es, einen Dienstvertrag anzunehmen, so wohl auch LAG Baden-Württemberg, NZA 2013, 1017, 1021.

⁴⁴⁹ BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874.

⁴⁵⁰ BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874; v. 19.11.1997, NZA 1998, 364, 366.

⁴⁵¹ BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2872, 2874.

⁴⁵² Was für einen externen Anbieter von Vorteil ist, kann zu erheblichen datenschutzrechtlichen Problemen führen, wenn ein Issue-Tracking-System im Rahmen bestimmter betriebsinterner Projekte eingesetzt wird. Auf diese Weise kann es zu einer ständigen Überwachung der Arbeitnehmer kommen.

Durch das Ticket-System sind auch relativ kurzfristige Einsätze denkbar. Dies setzt aber voraus, dass der Leistende sich im Vorfeld dazu bereit erklärt, auf Abruf bereitzustehen. Er muss seine Bereitstellung planen können.

Bei der Ausgestaltung des Ticketsystems ist es möglich, ein System der Priorisierung einzurichten. Bestimmte Anfragen können dann vorrangig bearbeitet werden. Dies muss aber im Vorfeld feststehen. Es kann sich nur um „Notfälle“ handeln, die die Ausnahme bilden. Eine sofortige Behebung der IT-Probleme jeglicher Art ist nicht möglich. Drohen ganze Arbeitsprozesse durch sich wiederholende Risiken auszufallen, muss eine solche Fehlerbeseitigung im Vorfeld explizit vereinbart werden. Andernfalls hat der Selbstständige keinen eigenen Spielraum zur Organisation der Arbeitsleistung.

In der Praxis werden die IT-Fachkräfte in diesen Fällen am Ticketsystem vorbei nach Bedarf eingesetzt.⁴⁵³ Der Leistende übernimmt dann Aufgaben über das Vereinbarte hinaus.⁴⁵⁴

Werden Aufträge am System vorbei erteilt, verliert der Selbstständige den Überblick über die zu erbringende Leistung. Es entsteht eine ständige Abrufbereitschaft,⁴⁵⁵ die durch einen ständigen Bereitschaftsdienst sichtbar wird.⁴⁵⁶ Das Unternehmen unterläuft die Dispositionsmöglichkeiten des Selbstständigen, sodass die Selbstständigkeit nicht mehr praktikabel ist. Insofern macht es einen Unterschied, ob das vorgegebene Ticket-System verwendet wird oder ob Mitarbeiter sich direkt – auf dem kurzen Dienstweg – an eine spezielle IT-Kraft wenden.⁴⁵⁷ Der Vorteil eines Issue-Tracking-Systems ist, dass die Abläufe

⁴⁵³ LAG Baden-Württemberg, NZA 2013, 1017, 1022; *Schwind/Roth-Neuschild*, ITRB 2015, 40, 42.

⁴⁵⁴ Aufgaben über das eigentlich Vereinbarte hinaus zu übernehmen, wird als ein Bestandteil der Employability der Freelancer angesehen, vgl. *Becker*, Employability, S. 6.

⁴⁵⁵ Die IT-Aufgaben müssen schnell erledigt werden. Eine ständige Bereitschaft ist dann „noch verpflichtender als feste Arbeitszeiten“, BAG v. 7.5.1980, AP Nr. 35 zu § 611 BGB – Abhängigkeit mit Verweis auf das Berufungsgericht.

⁴⁵⁶ ArbG Oldenburg v. 8.7.2015, 2 Ca 16-15, juris.

⁴⁵⁷ Zutreffend ist, dass das Verhalten des Unternehmens für die rechtliche Bewertung ausschlaggebend ist und es eine Zurechnung geben muss, vgl. BAG v. 20.7.1994, NZA 1995, 161, 164. Das Verhalten einzelner Arbeitnehmer des Unternehmens ist dem Unternehmen zumeist zurechenbar. Mitarbeiter können als Vertreter handeln. Eine Vollmacht kann sich kraft Rechtsschein ergeben. Der Arbeitgeber als Vertretener muss die Vertragsdurchführung kennen und billigen und der Beschäftigte muss nach Treu und

transparent bleiben. Auch im Nachhinein ist nachvollziehbar, wann welcher Auftrag von wem wie bearbeitet wurde. Diese Transparenz macht den Unterschied zu einem Arbeitsvertrag deutlich, bei dem einzelne (zeitliche) Weisungen erteilt werden können, ohne dass es auf die Erkennbarkeit im Nachhinein ankäme.

Zahlt das Unternehmen eine Vergütung über 42,50 EUR, kann hingegen davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen seinerseits die Voraussetzungen einer Selbstständigkeit des Leistenden gewahrt hat. Erbringt der Leistende auf „Zuruf“ Leistungen über das Vereinbarte hinaus, ändert dies nichts an seiner Selbstständigkeit. Es ist davon auszugehen, dass ein solches Vorgehen dann nicht auf einer Zwangslage, sondern auf der freien Entscheidung des Leistenden beruht.

b. „Projektverträge“

In der Praxis werden zum Teil sog. Projektverträge geschlossen.⁴⁵⁸ Bei dieser unspezifischen Bezeichnung handelt es sich oftmals um Dienst- oder Werkverträge. Im Kern geht es aber darum, dass eine externe Fachkraft für eine bestimmte Zeit, nämlich für die Dauer des Projektes, für ein Unternehmen tätig wird. An diesem Projekt arbeiten zumeist sowohl Angestellte des Unternehmens als auch Selbstständige. Die enge Zusammenarbeit und der gegenseitige Austausch ergeben sich aus einem Sachzwang. Sie sind zulässig, da sie notwendig sind. Sie können nicht ausschlaggebend für eine bestimmte Bewertung sein.⁴⁵⁹ Lediglich spezifische Tätigkeiten herauszunehmen, die sich aufgrund ihrer Komplexität und ihres hohen Anforderungsprofils von ständigen Aufgaben eines Unternehmens unterscheiden, ist nicht ausreichend.⁴⁶⁰ Wiederum ist

Glauben davon ausgehen, dass der Vertretene dies tut, BAG (aaO.). Besteht in einem Unternehmen keine eigene IT-Abteilung bzw. ist diese unterbesetzt, kann davon ausgegangen werden, dass eine Vollmacht vorliegt. Der Vertretene muss wissen, dass bei IT-Problemen externe Hilfe – auch sehr zeitnah – angefordert wird. Die Zurechnung ist zu bejahen.

⁴⁵⁸ Siehe unter 2. Teil, A., II., 3., c.

⁴⁵⁹ So bereits *Beuthien/Wehler*, Anm. zu BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁴⁶⁰ *Lieb* (RdA 1977, 210, 216f.) vertrat die Auffassung, dass bestimmte Tätigkeiten (künstlerische und journalistische Tätigkeiten im Rundfunkbereich) derart spezialisiert und individualisiert seien, dass bei einer Beschäftigung für die Dauer eines Projektes die

auf die Vergütungsgrenze abzustellen. Oberhalb der Grenze ist von einer freien Willensentscheidung auszugehen. Die Selbstständigkeit des Leistenden ist gewahrt. Demnach steht eine bestimmte Qualifikation, sichtbar durch die Vergütungsgrenze, der Annahme eines Arbeitsverhältnisses entgegen.⁴⁶¹ Leistende werden für einen eng umgrenzten Zeitraum beschäftigt, ohne Arbeitnehmer zu sein. Eine Steuerung über ein arbeitsbezogenes Weisungsrecht wäre in diesem speziellen Fall möglich. Statt einer „Beschäftigung auf Produktionsdauer“ könnte man vorliegend einen Projektvertrag als eigenständigen Vertragstypen in Betracht ziehen. Einschlägig wäre dieser Vertragstyp, wenn zwar eine persönliche Abhängigkeit aufgrund der Weisungserteilung und Eingliederung, nicht aber eine wirtschaftliche Abhängigkeit vorliegt. Indiz müsste die Höhe der Vergütung sein. Dieser Projektvertrag als eigenständiger Vertragstyp könnte die Fälle abfangen, in denen rechtlich eine Arbeitnehmerüberlassung einschlägig wäre (Unternehmen will Leistung steuern, aber keine arbeitsrechtliche Beziehung), die Bereitschaft des Freelancers als Leiharbeitnehmer i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG tätig zu werden, aber nicht besteht.⁴⁶²

Unterhalb der Vergütungsgrenze ist, ähnlich wie im Rahmen von Ticketsystemen, auf die zeitliche Bindung abzustellen. Der Einsatz des Leistenden muss für diesen planbar sein. Zu beachten ist, dass einer engen Zusammenarbeit im Rahmen einer agilen Projektentwicklung immanent ist, dass die eigenständige Koordination der konkreten Tätigkeit für den Selbstständigen erschwert ist. Im Rahmen von IT-Projekten wird die zeitliche Bindung durch technische Gegebenheiten geprägt. Die Leistung des Leistenden kann gegebenenfalls nur zu bestimmten Zeiten erbracht werden, da nur dann eine Integration in das System möglich ist. Bestimmte Ablieferungstermine sind aber freien Verträgen nicht fremd. Als Ausdruck der Planbarkeit muss dem Selbstständigen aber im Vorfeld der zeitliche Rahmen bewusst sein, in dem er eingesetzt wird. Nur so kann er seine Selbstständigkeit planen.

Selbstständigkeit gewahrt sei, da der Leistende seine Dispositionsmöglichkeit nicht auf Dauer übertrage (a.A. *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2, 9).

⁴⁶¹ Insofern ergeben sich doch Parallelen zu einer „Beschäftigung auf Produktionsdauer“, *Lieb*, RdA 1977, 210 ff.

⁴⁶² Dieses Selbstverständnis des Freelancers rechtfertigt es auch, ihn nicht auf die Befristung eines Arbeitsvertrages zu verweisen, vgl. in Bezug auf die „Beschäftigung auf Produktionsdauer“, *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2, 9.

c. Crowdfunding

Der Einsatz der Crowd in verschiedenen Lebensbereichen ist Folge einer weltweit vernetzten, jedermann zugänglichen Internetwelt.⁴⁶³ Zunehmend finden Formen des sog. *crowdfunding* Verbreitung.⁴⁶⁴ Im Unterschied zu Projektverträgen, die ein komplexes, unternehmensspezifisches IT-Problem zum Inhalt haben, spielt das Crowdfunding besonders bei einfachen Tätigkeiten eine Rolle. Portale, wie z.B. *Gulp* oder *Twago*,⁴⁶⁵ werden dazu genutzt, einzelne Teilaufgaben über das Internet an Externe zu vergeben. Diese Personen arbeiten dann an einem frei gewählten Ort und stellen ihre Arbeitsleistung über eine Netzwerkverbindung zur Verfügung. Es kann sich so ein weltweiter Wettbewerb um die Leistungserbringung ergeben. Das drückt die Preise und damit auch die Bedingungen, unter denen die Leistungen erbracht werden.⁴⁶⁶ Teilweise werden diese Personen als „digitale Tagelöhner“⁴⁶⁷ bezeichnet.

Zumeist sind die Projekte in viele vereinzelte Funktionen untergliedert. Auf diese Weise arbeitet eine Vielzahl verschiedener Personen an einem Projekt.⁴⁶⁸ Das Unternehmen als Auftraggeber muss die einzelnen Teile zu dem Gesamtprojekt zusammenführen. Crowdfunding ist ein transparentes System der Auftragsakquise. Für Unternehmen ist es nicht sinnvoll, jede Tätigkeit durch

⁴⁶³ „Crowd“ bezeichnet die (breite) Masse. Im Internet kann die „Masse“ der Nutzer eingesetzt werden, um z.B. eine Inhaltskontrolle von Inhalten vorzunehmen. Nach dem *notice and takedown*-Verfahren können Hostprovider informiert und gesetzeswidrige Inhalte dann gelöscht werden, vgl. BGH v. 25.10.2011, GRUR 2012, 311. Auch wird die Crowd gerne genutzt, um Produktneuheiten vor Markteinführung zu testen, sog. *crowdtesting*. Beliebte ist es auch, die Masse zur Finanzierung zu nutzen, sog. *crowdfunding*.

⁴⁶⁴ Siehe zu Zahlen der Verbreitung, *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 ff. mwN.

⁴⁶⁵ Siehe weitere Beispiele bei *Klebe*, AuR 2016, 277; *Däubler*, SR Sonderausgabe 7/2016, 1, 8 f.

⁴⁶⁶ Selbstverständlich hat das Crowdfunding auch Vorteile für die Leistenden. Die Ortsungebundenheit ermöglicht eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie, es besteht die Möglichkeit des Selbstmarketings etc. (siehe die weiteren Beweggründe bei *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4). Durch den erhöhten Wettbewerb vor allem bei einfachen Tätigkeiten kommt es aber zu geringen Löhnen (Vgl. Angaben bei *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4, 5; *Klebe*, AuR 2016, 277, 278), die die Schutzbedürftigkeit der Leistenden deutlich machen.

⁴⁶⁷ *Thielemann*, Mitbestimmung 1+2/2015, 25, 27.

⁴⁶⁸ Crowdworke können sich auch zusammenschließen und gegenüber dem Auftraggeber als ein Dienstleister/Werkunternehmer auftreten, „communities of practice“, *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1030.

Crowdworker ausführen zu lassen. Vertrauliche Aufgaben können nicht an die Crowd weitergegeben werden.⁴⁶⁹ Je mehr Kompetenzen ausgegliedert und durch Crowdworking erbracht werden, umso mehr gerät das Unternehmen in Abhängigkeiten zu Externen. Dies ist für Unternehmen gefährlich.

Crowdworking kann auf verschiedenen Vertragsgrundlagen zustande kommen. Das Verhältnis zwischen dem Leistenden und der Plattform ist ein Vermittlungsverhältnis, welches durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) geregelt wird.⁴⁷⁰ Unternehmen und Leistender schließen in der Regel einen Dienst- oder Werkvertrag. Das Angebot zum Vertragsschluss liegt in dem Ergebnisvorschlag eines Leistenden.⁴⁷¹ Es wird dann also nur derjenige vergütet, der die Leistung als erster erfolgreich bereitstellt. Im Gegensatz zur herkömmlichen Leistungserbringung kommt es bei Einsatz der Crowd dann zu einer Verschiebung der Risikobereiche. Das Unternehmen ist nicht mehr auf einen im Vorfeld festgelegten Vertragspartner (Arbeitnehmer, Dienstleister, Werkunternehmer) fixiert, sondern vergütet erst denjenigen aus der Masse, der die konkrete Leistung in der gewünschten Zeit erbracht hat. Die Unsicherheit, ob der im Vorfeld gewählte Vertragspartner in der Lage ist, die Leistung fristgemäß, in der gewünschten Form zu erbringen, entfällt. Nicht das Unternehmen, sondern Einzelne aus der Crowd, die ohne Erfolg an der Ausschreibung teilnehmen, tragen das Risiko.⁴⁷² Für die Unternehmen bedeutet dies im Ergebnis, dass sie auf eine breite Wissens-Ressource zurückgreifen, die Arbeit beschleunigen und vor allem Kosten sparen können.⁴⁷³

⁴⁶⁹ *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1030.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu und zur Inhaltskontrolle, *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1037 f., 1041, die sich auch zur besseren Durchsetzbarkeit für ein Verbandsklagerecht aussprechen.)

⁴⁷¹ *Hötte*, MMR 2014, 795, 797. Es handelt sich nicht um eine Auslobung, *Söbbing*, ITRB 2011, 206.

⁴⁷² Für den Einsatz eines Arbeitnehmers oder eines Dienstleisters ist dies, mangels Koppelung der Vergütung an den konkreten Erfolg, einleuchtend. Aber auch im Rahmen eines Werkvertrages wird die geänderte Risikoverteilung deutlich. Auch der vertraglich versprochene Erfolg eines Werkunternehmers ist keinesfalls sicher. Dies gilt besonders bei hochkomplexen IT-Projekten, vgl. 1. Teil, B., II. Scheitert der Werkunternehmer, stehen dem Auftraggeber zwar Gewährleistungsrechte zu, den konkreten Erfolg erhält er nicht. Er wird nicht im Vorfeld bereits verschiedene Werkunternehmer beauftragt haben, da er ansonsten bei mehrfachem Werkerfolg mehrfach vergütungspflichtig ist. Es bietet sich dann nur ein begleitendes Qualitätsmanagement an.

⁴⁷³ *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4.

Die prekären Verhältnisse, in denen Crowdworker teilweise tätig werden, werfen die Frage auf, ob ein Schutz nicht über den Arbeitnehmerbegriff gefunden werden kann. Unproblematisch sind die Fälle, in denen über eine Plattform eine Leistungserbringung gesucht wird, die mit mind. 42,50 EUR pro Stunde vergütet wird. Wird jedoch eine – wie in den meisten Fällen – geringere Vergütung gezahlt, muss sich die Abgrenzung anderweitig ergeben. Die Leistung muss deutlich abgrenzbar sein. Dies wird in den meisten Fällen durch die Aufgliederung der Funktionen der Fall sein. Entscheidend ist dann wiederum die zeitliche Bindung. Damit sind nicht bestimmte Abgabetermine gemeint, sondern die Verpflichtung zu ständiger Bereitschaft und somit zur Unterordnung. Die Unterordnung zeigt sich auch in der Form, dass dem Auftraggeber netzwerkbasiert eine ständige Kontrolle über Arbeitsschritte ermöglicht wird.⁴⁷⁴ In vielen Fällen des Crowdfunding wird eine zeitliche Bindung in der Form nicht bestehen. Dem Leistenden dennoch Schutz zukommen zu lassen, muss auf anderem Wege geklärt werden.⁴⁷⁵ Ein sinnvoller Vorschlag ist sicherlich ein Referenzsystem für Anbieter.⁴⁷⁶ Der Nutzen einer breiten Masse kann so den Unternehmen auch zum Nachteil gereichen. Die Vielfalt an Auftragnehmern kann zugleich auch ein vernichtendes *feedback* über die Bedingungen der Leistungserbringung abgeben.⁴⁷⁷ Unternehmen können sich so ihre Chancen am Markt verspielen.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Z.B. durch Datenschatten, *Linnenkohl*, BB 1998, 45.

⁴⁷⁵ Siehe zur Ausweitung sozialversicherungsrechtlichen Schutzes für Selbstständige mit geringem Einkommen unter 6. Teil, B. I., 1., c.

⁴⁷⁶ So *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1041.

⁴⁷⁷ Die vernichtende Kraft der Crowd wird in anderen Lebensbereichen deutlich. Vermittlungs- und Bewertungsportale (wie z.B. *jameda*, *AirBnB*, *Tripadvisor*, *Uber* etc.) ranken die Anbieter. Schlechte Kritiken können dann existenzvernichtend sein. Bewertungen im Internet beschäftigen auch zunehmend die Gerichte, vgl. OLG München v. 28.10.2014, MMR 2015, 410.

⁴⁷⁸ Das greift wiederum nur dann, wenn die Leistung aufgrund ihrer Komplexität für die Unternehmen nicht anderweitig zu beschaffen ist. Bei einfachen Tätigkeiten und einem globalen Markt wird sich jedoch immer jemand finden lassen, der die (einfache) Arbeit für geringen Lohn erbringt. Ein Referenzsystem, wenn es sich denn durch die Teilnahme einer Vielzahl von Auftragnehmern etabliert hat, hilft nur im Vorfeld. Während eines Einsatzes bietet es keinen Schutz für den konkreten Crowdworker.

C. Ergebnis

Die Vertragsbezeichnung gibt Aufschluss über die rechtliche Einordnung, wenn die Parteien auf Augenhöhe agieren. Es kann davon ausgegangen werden, dass ab einer gewissen Höhe der Honorarsätze eine Parität besteht. In den übrigen Fällen liegt es nahe, dass der Status des Selbstständigen missbräuchlich eingesetzt wird. Im Rahmen einer Identifikation muss in den problematischen Fällen auf die zeitliche Bindung abgestellt werden. Auf diese Weise übt der Auftraggeber über die konkrete Tätigkeit mittelbar Einfluss auf das wirtschaftliche Weiterkommen des Leistenden aus und beeinflusst somit die gesamte unternehmerische Tätigkeit des Selbstständigen. Eine enge Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Leistenden begründet zwar nicht zwingend eine wirtschaftliche Abhängigkeit zu genau diesem Unternehmen. Es bedeutet aber, dass de facto eine eigene Marktaktivität nicht möglich ist.

4. Teil Einordnung der Drei-Personen-Konstellation in der Praxis

In der Praxis handelt es sich oftmals um eine Konstellation mit drei Beteiligten: Neben dem Leistenden und dem Empfänger der Leistung wird noch ein Dritter in die Abwicklung eingebunden. Ein grundlegendes Unterscheidungsmerkmal einzelner Konstellationen ist der Status desjenigen, der tätig wird. Ist geklärt, ob der Leistende selbstständig oder in Abhängigkeit tätig wird, kann nach dem Verhalten des Dritten eine Bewertung der gesamten Drei-Personen-Konstellation vorgenommen werden.

A. Leistungserbringer wird selbstständig tätig

Der Selbstständige hat entweder mit dem leistungsempfangenden Unternehmen oder mit dem Dritten einen freien Vertrag über die Leistung abgeschlossen. Je nach Ausgestaltung der Verträge ist der Dritte entweder Vermittler, Dienst-/Werkverschaffer oder Dienstleister/Werkunternehmer.⁴⁷⁹

I. Dritter ist Vermittler

Der Dritte ist Vermittler, wenn der Leistende für ein Unternehmen eine Tätigkeit selbstständig ausübt und im Vorfeld der Vertrag durch den Dritten vermittelt worden ist. Der Dritte kann sowohl von dem Selbstständigen als auch von dem Unternehmen eingeschaltet worden sein. Eine Vermittlung liegt in der Praxis vor, wenn sich der Leistende und das Unternehmen vor Einschreiten des Dritten nicht bekannt waren. Der Dritte führt das Unternehmen und den Selbstständigen zum Vertragsschluss zusammen. Ein wirksamer Vertragsschluss beendet das Schuldverhältnis zum Dritten und führt zur Vergütung. Es handelt sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis, sondern um eine einmalige

⁴⁷⁹ Im Folgenden wird zugunsten der besseren Lesbarkeit in Bezug auf Verschaffungsverträge von Dienstverschaffungsverträgen und in Bezug auf Dienst- und Werkverträge von Werkverträgen gesprochen. Zwischen den einzelnen Vertragsarten bestehen zwar wesentliche Unterschiede, eine begriffliche Unterscheidung wird aber nur dann vorgenommen, wenn Unterschiede relevant werden.

Leistung. Eine Haftung des Dritten für die konkret zu erbringende Leistung resultiert daraus nicht.

Im IT-Bereich ist die Vermittlung verbreitet. Sie ist mit verhältnismäßig wenig Aufwand zu betreiben. Für Personaldienstleister ist sie jedoch weniger lukrativ. Je mehr Aufwand der Personaldienstleister betreiben muss, umso mehr Stunden kann er auch abrechnen. Die Gewinnmarge ist bei Contracting-Konstruktionen oder einer Arbeitnehmerüberlassung höher. Eine reine Vermittlung erfolgt zunehmend über unabhängige Plattformen und Portale im Internet.⁴⁸⁰

II. Dritter ist Dienstverschaffer

Der Dritte kann auch Dienstverschaffer sein. Im Rahmen eines Dienstverschaffungsvertrages verspricht der Dritte einem anderen die Verschaffung von Diensten. Es kann sich um abhängige Dienste oder um die Verschaffung von selbstständigen Diensten handeln.⁴⁸¹ Verpflichtet sich ein IT-Freelancer gegenüber dem Dritten, einem Unternehmen selbstständige Dienste zu erbringen, liegt ein Contracting (sog. holländisches Modell) vor. Der Dritte schließt mit dem Unternehmen einen Dienstverschaffungsvertrag ab.

Die Dienstverschaffung unterscheidet sich von der Vermittlung nur unwesentlich. Den wahren Vertragsinhalt in der Praxis zu erkennen, ist schwierig. In beiden Fällen kommt der Kontakt zwischen Leistendem und Unternehmen durch den Dritten zustande. Im Rahmen einer Dienstverschaffung verpflichtet sich der Dritte aber darüber hinaus, dem Unternehmen einen geeigneten Kandidaten zu beschaffen. Er übernimmt die Gewähr für die Eignung des Leistenden.⁴⁸² Weichen schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Praxis voneinander ab, zeigt sich das Vorliegen eines Dienstverschaffungsvertrages nur in der Abwicklung von Gewährleistungsfällen. Eignet sich der vorgeschlagene Kandidat nicht, kommt der Hauptvertrag gar nicht erst zustande und der Anspruch auf die Vergütung entsteht nicht. Anders als bei der Vermittlung entfällt der Anspruch auf ein Entgelt auch, wenn sich die Ungeeignetheit erst nach Vertragsschluss

⁴⁸⁰ Dieses Modell entspricht der „Idealvorstellung“ eines Crowdworkings, siehe 3. Teil, B., IV., 3., c. und *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1033 f.

⁴⁸¹ Palandt/*Weidenkaff*, Einf v § 611 Rn. 25.

⁴⁸² BGH v. 9.3.1971, NJW 1971, 1129; Palandt/*Weidenkaff*, Einf v § 611 Rn. 25.

herausstellt. Im Gegensatz zu einer Vermittlung wird der Dienstverschaffer von dem Unternehmen eingeschaltet, das die bestimmten Dienste benötigt.

III. Dritter ist Werkunternehmer

Der Dritte kann Werkunternehmer sein. Dazu muss er einen Vertrag mit dem Unternehmen über die Erbringung eines Werkerfolges abgeschlossen haben.⁴⁸³ Anders als in den üblichen Fällen, in denen der Werkunternehmer durch eigene Mitarbeiter vor Ort im Unternehmen tätig wird, reicht er die geforderte Leistung an den Selbstständigen als Subunternehmer weiter. Dies ist rechtlich möglich.⁴⁸⁴ Die Weitergabe der Leistung setzt voraus, dass zunächst die Vertragsbeziehung zwischen Unternehmen und Drittem bestand und es erst dann zum Vertragsschluss mit dem Leistenden kommt.⁴⁸⁵

Bei der Einschaltung von Subunternehmern müssen Unternehmensstrukturen bestehen, die eine Koordination der Teilleistungen ermöglichen.⁴⁸⁶ Die Koordination der Subunternehmer ist Teil der unternehmerischen Freiheit, die einem Generalunternehmer zusteht.

Wann eine solche Drei-Personen-Konstellation in der Praxis vorliegt, zeigt sich wiederum im Haftungsfall. Entscheidend ist, dass der Dritte alleine gegenüber dem Unternehmen für die ordnungsgemäße Leistungserbringung haftet.⁴⁸⁷ Der

⁴⁸³ Kommt es zu einem Outsourcing der kompletten IT-Abteilung, kann sich der Werkunternehmer verschiedener Subunternehmer bedienen, die Teilleistungen übernehmen, Bräutigam/Küchler, Teil 1, Rn. 52.

⁴⁸⁴ Staudinger/Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 32; MüKo/Busche, § 631 Rn. 35. Eine Subunternehmerschaft kommt vor allem im Baubereich, aber auch in der IT-Branche vor. Zumeist geht es darum, durch den Einsatz von Werkverträgen Kosten zu sparen oder das spezielle Wissen der Subunternehmer zu nutzen.

⁴⁸⁵ Dies lässt sich in der Praxis konstruieren. Das Unternehmen möchte die Leistung einer bestimmten Fachkraft, aber keine direkte Vertragsbeziehung. Ein Dritter wird als „Vertragspartner“ eingeschaltet. Die Nähe der Projektabwicklung zu einer abhängigen Beschäftigung soll vermieden werden; siehe zur Bewertung, wenn der Leistende dann abhängig tätig wird, 4. Teil, B., II., 2.

⁴⁸⁶ Redeker, IT-Recht, Rn. 488. Er ist gegenüber dem Subunternehmer der Besteller, dem die Planung obliegt, Staudinger/Peters/Jacoby, § 631 Rn. 40. Er haftet für eigenes sowie über § 278 BGB für das Planungsverschulden des leistungsempfangenden Unternehmens.

⁴⁸⁷ Anders ist dies nur, wenn die Möglichkeit einer Substitution ausdrücklich vereinbart wurde. Dem Unternehmen und dem Dritten muss bewusst sein, dass die Leistung wei-

Selbstständige wird als Erfüllungsgehilfe tätig, sodass dem Dienstleister/Werkunternehmer die Tätigkeit des Selbstständigen gemäß § 278 BGB zugerechnet wird. Bei einer Substitution darf der Haftungsumfang des Leistenden gegenüber dem Dritten nicht geringer sein als der Haftungsumfang des Dritten gegenüber dem Einsatzunternehmen. Der Dritte wird das Werk Leistenden erst abnehmen wollen, wenn das Unternehmen das Werk des Werkunternehmers abgenommen hat.

Solange die Selbstständigkeit des Leistenden während der Abwicklung des Projektes gewahrt bleibt, ist eine solche Konstruktion unproblematisch. Es ist dann die eigene Entscheidung des Unternehmens auf (direkte) Ansprüche gegen den Selbstständigen zu verzichten und sich nur an den Dritten zu halten.⁴⁸⁸

IV. Zwischenergebnis

Ergibt sich aus der Vereinbarung, dass der Dritte eine konkrete Leistung erbringen muss, handelt es sich um einen Subunternehmereinsatz im Rahmen eines Werkvertrages. Schuldet der Dritte lediglich die Eignung eines Selbstständigen für eine konkret zu erbringende Tätigkeit, handelt es sich um eine Dienstverschaffung. Führt der Dritte einen Selbstständigen mit einem Unternehmen zusammen und kommt es zu einem Vertragsschluss, handelt es sich, unabhängig von der Eignung, um eine Vermittlung.

B. Leistungserbringer wird abhängig tätig

Ist vertraglich eine Selbstständigkeit des Leistenden vereinbart, ergibt sich eine abweichende rechtliche Bewertung, wenn in der Praxis die Selbstständigkeit des Leistenden nicht besteht.

tergereicht wird. Beide müssen damit einverstanden sein, dass der Werkunternehmer nicht für die Leistung, sondern nur für die Eignung haftet, MüKo/*Grundmann*, § 278 Rn. 44.

⁴⁸⁸ Der Dritte hat zwar möglicherweise selbst keine Fachkenntnis, ist aber womöglich ein solventerer Vertragspartner als der Solo-Selbstständige. Ab einer Vergütungshöhe von 42,50 EUR pro Stunde ist davon auszugehen, dass die Parität nicht gestört ist, sodass auf die abgeschlossenen Verträge abgestellt werden kann. In diesem Fall ist die Konstruktion auch wirksam, wenn dem Unternehmen keine Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Selbstständigen zustehen.

Der Dritte kann Verleiher, Vermittler oder Werkunternehmer sein. Um die jeweiligen Drei-Personen-Konstellationen unterscheiden zu können, muss dargelegt werden, zu wem eine Abhängigkeit bestehen muss und wie sich die Abhängigkeit in der Praxis zeigt. Im Gegensatz zu einer Selbstständigkeit ist für die Abhängigkeit ein Bezugspunkt notwendig. Die Abgrenzung orientiert sich am Status des Leistenden und den Rechtsbeziehungen der Beteiligten untereinander.

I. Der Dritte als Verleiher

Der Dritte ist Verleiher, wenn es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt.

1. Rechtliche Einordnung der Beziehung Verleiher – Leistender

Zu untersuchen ist, ob zwischen Verleiher und Leistendem ein Arbeitsverhältnis bestehen muss oder ob es auch ausreicht, wenn der Leistende im Betrieb des Unternehmens abhängige Arbeit leistet – im Verhältnis zum Dritten aber ein freier Vertrag vorliegt. Formulierungen in der Rechtsprechung deuten darauf hin, dass entscheidend sei, dass vor Ort abhängige Arbeit geleistet wird. Nach der Rechtsprechung liegt zwischen dem Dritten und dem Beschäftigten eine Arbeitnehmerüberlassung vor, *„wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen“*⁴⁸⁹. Diese Definition deutet darauf hin, dass es nach der Rechtsprechung nur auf die Eingliederung der „Arbeitskräfte“ beim Entleiher ankommt.⁴⁹⁰ Auf die Beziehung des Leistenden zum Dritten wird nicht explizit eingegangen. Ausreichend sei es, wenn der Verleiher die Arbeitskräfte lediglich zur Verfügung stellt. Ob sie Arbeitnehmer oder freie Dienstleister im Verhältnis zum ihm sind, lässt sich der Definition der Rechtsprechung nicht entnehmen. Das führt dazu, dass bei der

⁴⁸⁹ So zuletzt BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455, 458. Diese Formulierung findet sich auch in anderen Entscheidungen: Vgl. BAG v. 13.8.2008, AP Nr. 19 zu § 9 AÜG; v. 10.10.2007, AP Nr. 20 zu § 10 AÜG; v. 6.8.2003, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; v. 25.10.2000, AP Nr. 15 zu § 10 AÜG; aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, siehe LSG Nordrhein-Westfalen v. 19.12.2012, BeckRS 2013, 65841; v. 21.7.2011, BeckRS 2011, 76177; SG München, 21.11.2013, BeckRS 2014, 65212; LSG München v. 4.12.2013, BeckRS 2013, 74843.

⁴⁹⁰ Vgl. auch BA, Geschäftsanweisung, S. 8; Ulber/J. Ulber, § 1 Rn. 167.

Bewertung einer Drei-Personen-Konstellation lediglich der Einsatz als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werkvertragesinsatzes oder eine Arbeitnehmerüberlassung in Betracht gezogen werden.⁴⁹¹

Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leistendem ist, wie sich aus einem europäischen Vergleich ergibt, nicht zwingend. Es kann zwischen einem entleiherbetriebsbezogenem und einem verleiherbetriebsbezogenem Ansatz unterschieden werden.⁴⁹² Für die Bewertung der Sachverhalte, die in den Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes fallen, ist entscheidend, welches Modell diesem zugrunde liegt und ob Abweichungen davon zulässigerweise vorgenommen werden können.

a. Entleiherbetriebsbezogenes Modell

In einigen europäischen Ländern liegt auch dann eine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn Arbeitskräfte kurzfristig auf vorübergehende Arbeitsplätze vermittelt werden.⁴⁹³ Es handelt sich um einen entleiherbetriebsbezogenen Ansatz.⁴⁹⁴ Das Arbeitsverhältnis entsteht zwischen dem Leiharbeiter und dem entleihenden Unternehmen. Das entleihende Unternehmen wird durch die Ausübung von Arbeitgeberrechten Arbeitgeber des Leiharbeiters.⁴⁹⁵ In Großbritannien unterliegt die Leiharbeit keinen strengen Regularien. Das Vorliegen der Leiharbeit ist nicht an das Bestehen eines Leiharbeitsvertrages zwischen Verleiher und Leiharbeiter geknüpft. Die zu verleihende Person kann sowohl als Arbeit-

⁴⁹¹ Vgl. LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2013 (NZA 2013, 1017), das die Arbeitnehmereigenschaft des Leistenden ohne nähere Begründung annahm und im Folgenden den Schwerpunkt auf die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkunternehmereinsatz legte. Ob im Verhältnis zwischen dem leistenden IT-Freelancer und seinem direkten Vertragspartner ein Leiharbeitsverhältnis vorlag, thematisierte das Gericht nicht. Demnach war es auch nach dieser Entscheidung für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung ausreichend, dass der (vermeintliche) Freelancer abhängige Arbeit im Unternehmen ableistete (LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2013, NZA 2013, 1017, 1024), siehe auch SG München v. 21.11.2013, S 15 R 1528/11,- juris.

⁴⁹² *Blanke*, Umsetzung der EU-LeiharbeitsRL, S. 42; Unterschiede der Modelle werden auch bei *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 7 f. u. *Wank*, Neufassung AÜG, S. 24 deutlich.

⁴⁹³ *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745, 2747: international als „temporary work“ bezeichnet.

⁴⁹⁴ *Schüren/Hamann/Riederer von Paar*, Einl. Rn. 626; vgl. auch *Lembke*, NZA 2013, 1312, 1314: „entleiherbezogene“ Betrachtungsweise.

⁴⁹⁵ *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745, 2747.

nehmer als auch als freier Mitarbeiter beschäftigt werden.⁴⁹⁶ Die Überlassung eines freien Mitarbeiters unterfällt demnach auch der Arbeitnehmerüberlassung.

Eine etwas andere Regelung, die zwar einen Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leistendem voraussetzt, aber dennoch entleiherbetriebsbezogen ist, besteht in Frankreich. Wie sich aus Artikel L 1242-1 Code du Travail ergibt, ist die Arbeitnehmerüberlassung in Frankreich von vornherein nur zugelassen, wenn ein vorübergehender Bedarf an Arbeitskräften, der sich auf spezielle Aufgaben bezieht, vorliegt.⁴⁹⁷ Es muss ein Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bestehen.⁴⁹⁸ Dieser Leiharbeitsvertrag darf jedoch nur für die Dauer des Arbeitseinsatzes abgeschlossen werden (sog. Synchronisationsgebot)⁴⁹⁹ und lediglich ein Mal verlängert werden.⁵⁰⁰ Diese Form der Arbeitnehmerüberlassung rückt in die Nähe der Vermittlung,⁵⁰¹ denn der Arbeitsvertrag beginnt und endet mit der Überlassung. Teilweise wird diese Gestaltung auch als Vermittlung bezeichnet.⁵⁰² Wenn allerdings bereits in diesen Fällen, in denen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsvertrag besteht, eine Vermittlung vorliegen soll, ist eine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung anhand des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich.

Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltungen der europäischen Rechtsordnungen zur Leiharbeit setzt die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 (Leiharbeits-RL) keinen Arbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Leiharbeitsunternehmen voraus. Zwischen dem „Arbeitnehmer“ und dem „Leiharbeitsunternehmen“ kann gemäß Art. 1 Abs. 1 der Leiharbeits-RL ein „Arbeitsvertrag geschlossen“ oder „ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen“ werden. Ausreichend ist auch, wie sich auch aus den Begriffsbestimmungen des Art. 3 Abs. 1 b), c) der Leiharbeits-RL ergibt, ein

⁴⁹⁶ *Schüren*, AÜG, 2. Aufl. 2003, Einl. Rn. 528.

⁴⁹⁷ Sandmann/Marschall, Einl. Rn. 39.

⁴⁹⁸ *Vanselow/Weinkopf*, HBS Arbeitspapier 182, S. 16; *Wank*, RdA 2003, 1, 3; *Blanke*, Umsetzung der EU-LeiharbeitsRL, S. 42.

⁴⁹⁹ *Schüren*, AÜG, 2. Aufl. 2003, Einl. Rn. 520; *Frik*, NZA 2005, 386, 388.

⁵⁰⁰ Sandmann/Marschall, Einl. Rn. 39.

⁵⁰¹ *Wank*, RdA 2003, 1, 3.

⁵⁰² *Wank*, Neufassung AÜG, S. 24.

sonstiges „Beschäftigungsverhältnis“. Dies kann in Form eines freien Dienstvertrages vorliegen.

b. Verleiherbetriebsbezogenes Modell

Das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung ist anders gestaltet.⁵⁰³ Der Leiharbeiter ist arbeitsrechtlich dem Verleiher zugeordnet.⁵⁰⁴ Aus § 1 Abs. 1 AÜG ergibt sich, dass der Verleiher den Leiharbeiter „als Arbeitgeber“ einem anderen zur Arbeitsleistung überlässt. Klarstellend wurde nunmehr in § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG eingefügt, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur zulässig ist, „soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht“.⁵⁰⁵ Ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher wiederum ist ausgeschlossen.⁵⁰⁶ Dies ergibt sich auch aus den Regelungen der §§ 9, 10 AÜG, die nur im speziellen Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses vorsehen.

Die grundsätzliche Ausgestaltung des AÜG ist die Folge zweier Urteile des Bundesverfassungsgerichts und des Bundessozialgerichts.⁵⁰⁷ Entscheidend war die Feststellung des BVerfG, dass die bis dahin der gewerblichen Arbeitsvermittlung untergeordnete Arbeitnehmerüberlassung nicht per se unzulässig ist und ein generelles Verbot gegen Art. 12 GG verstößt.⁵⁰⁸ Das BVerfG stellte fest, dass die Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeiter anders als

⁵⁰³ Schüren/Hamann/Riederer von Paar, Einl. Rn. 626; Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2747.

⁵⁰⁴ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 111; Schüren/Wank, RdA 2011, 1, 9; Ramm, ZfA 1973, 263, 282.

⁵⁰⁵ Vgl. Gesetzesänderung AÜG zum 1.4.2017.

⁵⁰⁶ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 107, 114; Walker, AcP 1994, 295, 307. Auch kann die gesetzliche Regelung nicht so verstanden werden, dass es nur darauf ankommt, dass der Leistende durch seine Tätigkeit beim Entleiher Arbeitnehmer wird (vgl. Formulierung in BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572, 573). Die systematische Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ergibt, dass der Verleiher „Arbeitgeber“ des Leiharbeiters sein muss. Das Arbeitsverhältnis muss in dieser Beziehung bestehen. Nicht ausreichend ist es, nur die tatsächliche Leistungserbringung bei einem Entleiher zu betrachten, so aber Ulber/J. Ulber, § 1 Rn. 167.

⁵⁰⁷ BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261 ff. und BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235 ff.; siehe ausf. Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 47 ff.; Sandmann/Marschall, Einl. Rn. 11 ff.

⁵⁰⁸ BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 267.

bei einer Vermittlung von Dauer ist.⁵⁰⁹ Daran anknüpfend stellte das Bundessozialgericht darauf ab, in welchem Verhältnis der Schwerpunkt arbeitsrechtlicher Beziehungen liegt.⁵¹⁰ Eine arbeitsrechtliche Beziehung liege zu demjenigen vor, der die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen ausübe und insbesondere das Arbeitgeberrisiko trage.⁵¹¹ Fehle es an einer arbeitsrechtlichen Beziehung des vermeintlich freien Mitarbeiters zum Dritten, läge eine gewerbliche Arbeitsvermittlung vor.⁵¹² Eine Arbeitnehmerüberlassung setzt also nach sog. Schwerpunkttheorie des Bundessozialgericht voraus, dass die arbeitsrechtliche Beziehung zum Dritten besteht.⁵¹³ Diesem Modell ist der Gesetzgeber durch das AÜG gefolgt.⁵¹⁴ Aufgrund der arbeitsrechtlichen Beziehung des Leiharbeitnehmers zum Verleiher kann dieses Modell als verleihbetriebsbezogenes Modell bezeichnet werden.⁵¹⁵ Diese gegenüber dem europäischen Recht strengere Regel ist, wie sich aus Art. 9 Abs. 1 der Leiharbeits-RL ergibt, zulässig.⁵¹⁶ Der soziale Schutz des Leiharbeitnehmers steht im Vordergrund. Der Leistende soll die Möglichkeit haben, auch bei nur kurzzeitigen Einsätzen, durch eine dauerhafte Bindung an den Verleiher Rechte, wie z.B. Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsansprüche aufzubauen.⁵¹⁷

Vermeint wird darauf hingewiesen, dass eine Abkehr vom verleihbetriebsbezogenen Modell auch im deutschen Recht zu erkennen ist.⁵¹⁸ Durch die Einführung eines Anspruchs auf *equal pay/treatment* und der damit einhergehenden

⁵⁰⁹ BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 268.

⁵¹⁰ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 242 f.

⁵¹¹ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 245.

⁵¹² BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 244 f.

⁵¹³ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 244.

⁵¹⁴ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 52; Wank, RdA 2003, 1, 3 f.; Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2747.

⁵¹⁵ Wank, RdA 2003, 1, 3; Schüren/Hamann/Riederer von Paar, Einl. Rn. 626; Lembke, NZA 2013, 1312, 1314: „verleiherbezogene Betrachtungsweise“.

⁵¹⁶ Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher und andere Privilegierungen sind immer vorzugswürdig gegenüber einer Befristung (vgl. Art. 5 Abs. 2 der RL).

⁵¹⁷ BT-Drs. 6/2303, S. 9.

⁵¹⁸ Wank, RdA 2003, 1, 3; Blanke, S. 43. Dahingehend kann auch die Formulierung des BAG v. 13.8.2008 (AP Nr. 10 zu § 10 AÜG) verstanden werden, wonach Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, „wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen“.

Angleichung an die Verhältnisse im Entleiherbetrieb ist der Fokus verstärkt auf den Betrieb des Entleihers und nicht auf den des Verleihers gerichtet.⁵¹⁹ Für eine stärker entleiherbetriebsbezogene Sichtweise spricht auch die Entwicklung in der Rechtsprechung in Bezug auf einen Betriebsübergang nach § 613a BGB. Nach einer Entscheidung des EuGH sollen auch die Arbeitsverhältnisse der Leiharbeitnehmer auf denjenigen übergehen, der vom Entleiher den Betriebsteil erwirbt, in dem die Leiharbeiter tätig sind.⁵²⁰ Der Schutzzweck des § 613a BGB soll gerade in den Fällen, in denen die Arbeitnehmerüberlassung de facto zeitlich unbegrenzt eingesetzt wird, eine solche Anwendung gebieten.⁵²¹ Die Unterscheidung zwischen vertraglichem und nicht-vertraglichem Arbeitgeber gibt es im AÜG aber nicht.

2. (Leih-)Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leistendem

Der Wortlaut der geltenden gesetzlichen Regelung ist eindeutig: Die Eingliederung bzw. die Abhängigkeit des Leistenden zum Leistungsempfänger ist allein nicht ausreichend, es muss ein (Leih-)Arbeitsvertrag des Leistenden zu einem Dritten, dem Verleiher, bestehen.⁵²² Folglich kann ein Selbstständiger nicht zur Arbeitsleistung überlassen werden.⁵²³ Dies ergibt sich auch aus § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, der explizit von „Arbeitnehmern“ spricht. Fehlt dieses Arbeitsverhältnis, ist der Tatbestand nicht gegeben und somit der Anwendungsbereich des AÜG nicht eröffnet.

Wird ein (Leih-)Arbeitsvertrag nicht explizit festgelegt, muss die tatsächliche Durchführung den objektiven Geschäftsinhalt eines Leiharbeitsvertrages erge-

⁵¹⁹ Seit den Änderungen im Jahr 2011 steht das Gleichbehandlungsgebot, insbesondere der Grundsatz des *equal pay* nach einer bestimmten Zeit (inzwischen in § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG geregelt), im Vordergrund, vgl. *Brauneisen/Ibis*, RdA 2014, 213, 217.

⁵²⁰ EuGH v. 21. 10. 2010 – Albron Catering, NZA 2010, 1225 ff.

⁵²¹ *Kühn*, NJW 2011, 1408 ff., der deutlich macht, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht nur Auswirkung auf konzerninterne Überlassungen hat, sondern das deutsche Modell gesamt betrifft; so auch *Forst*, RdA 2011, 228 ff.; aA. *Bauer/v. Merten*, NZA 2011, 20, 22 f.

⁵²² BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572, 575; OLG Frankfurt v.12.7.1989, BB 1990, 778, 779; zuletzt: LAG Schleswig-Holstein v. 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14,- juris; *Ramm*, ZfA 1973, 263, 282. Ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher hingegen entsteht nicht, *Walker*, AcP 1994, 295, 307. Daran ändert auch eine am Telos der Richtlinie orientierte Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs (vgl. *Maties*, FS Wank, S. 338 ff.) nichts.

⁵²³ *Henssler/Kalb*, AÜG, § 1 Rn. 10.

ben. Die Charakteristika eines Leiharbeitsvertrages müssen festgestellt werden. Nur dann ist eine Identifikation möglich.

a. **Drittbegünstigung**

Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Beschäftigtem ist ein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB.⁵²⁴ Die Hauptleistungspflicht des Leiharbeitnehmers ist von Anfang an darauf gerichtet, die Leistung gegenüber dem Entleiher zu erbringen.⁵²⁵ Eine Abtretung des Anspruches auf die Arbeitsleistung nach § 398 BGB, wodurch es zu einem Austausch des Empfängers der Arbeitsleistung kommen würde, ist nicht möglich.⁵²⁶ Es fehlt ein Forderungsrecht des Verleihers in Bezug auf die konkrete Arbeitsleistung, welches übertragen werden könnte.⁵²⁷ Im Unterschied zum Normalarbeitsvertrag wurde ein solches Forderungsrecht nicht dem Arbeitgeber eingeräumt. Bei einem Leiharbeitsvertrag ist nicht vorgesehen, dass der Arbeitgeber auch Empfänger der konkreten Arbeitsleistung ist. Der Leiharbeitnehmer arbeitet nicht im Betrieb des Arbeitgebers. Zu einer dortigen Eingliederung kommt es nicht, da Weisungen, die sich auf Ort, Zeit und Inhalt der konkret auszuübenden Tätigkeit beziehen, nicht Arbeitgeber, sondern vom Entleiher ausgeübt werden.⁵²⁸ Insofern ist das Leiharbeitsverhältnis ein Spezialfall eines Normalarbeitsverhältnisses.

Der Vertrag zugunsten Dritter ist kein besonderer eigenständiger Vertrag,⁵²⁹ sondern nur eine atypische inhaltliche Gestaltung.⁵³⁰ Charakteristisch für den (echten) Vertrag zugunsten Dritter ist, dass durch einen Vertrag ein Dritter begünstigt wird, in dem er – ohne an dem Vertrag beteiligt zu sein – einen unmittel-

⁵²⁴ Walker, AcP 1994, 295, 313; Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 168 f., 175.

⁵²⁵ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 168.

⁵²⁶ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 168.

⁵²⁷ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 168.

⁵²⁸ Bei einem Leiharbeitsverhältnis besteht eine „*typische gelockerte Anbindung des Leiharbeitnehmers [...] im Vergleich zum Normalarbeitsverhältnis*“, Hamann, Erkennungsmerkmale, S. 138.

⁵²⁹ MüKo/Gottwald, § 328 Rn. 4.

⁵³⁰ BayOLG v. 11.7.2002, NJW-RR 2003, 4, 5; Teilweise wird angenommen, es handele sich um ein „*Grundgeschäft mit Fremdklausel*“, Bayer, VzD, S. 211 ff.

telbaren Leistungsanspruch erhält.⁵³¹ Der Vertrag zugunsten Dritter ermöglicht es dem Entleiher, die Leistung des Leiharbeitnehmers zu fordern und auch im Weiteren zu modifizieren. Eine Ausgestaltung der konkreten Tätigkeit erfolgt dann über ein Weisungsrecht, welches nur dem Entleiher zusteht.

Ob ein echter Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.⁵³² Es muss als sog. Deckungsverhältnis ein Vertrag zwischen Versprechendem (Leiharbeitnehmer) und Versprechensempfänger (Verleiher) vorliegen. Dieses Deckungsverhältnis regelt als Grundlage des Vertrages zugunsten Dritter alle (weiteren) Rechtsbeziehungen. Entscheidend für das Vorliegen eines Vertrages zugunsten Dritter ist, dass der Schuldner sich als Versprechender dazu verpflichtet, die Arbeitsleistung nicht für seinen Vertragspartner, sondern für einen Dritten zu erbringen. Der Vertrag muss auf den Einsatz bei einem Dritten gerichtet sein. Die Parteien müssen einen hinreichend bestimmbareren Dritten durch Einräumung einer Anspruchsberechtigung begünstigen.⁵³³ Charakteristisch für das verleihbetriebsbezogene Modell ist, dass im Vorfeld der Dritte gerade noch nicht bekannt ist.⁵³⁴ Im Vertrag wird sich eine allgemeine Formulierung finden, die sich nicht auf einen konkreten Entleiher bezieht. Dies steht einer hinreichenden Bestimmtheit nicht entgegen.⁵³⁵ Die konkrete Festlegung auf ein leistungsempfangendes Unternehmen kann auch später erfolgen.⁵³⁶ Im Vertrag muss aber festgelegt sein, dass der Verleiher den Entleiher bestimmen kann. Die Begünstigung eines durch den Verleiher zu bestimmenden Entleihers liegt dann auch im Interesse des Leistenden und die Fremdbestimmung der Arbeitsleistung ist durch den Parteiwillen legitimiert.⁵³⁷

⁵³¹ In diesem Fall ist der Entleiher der „Dritte“ im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter. Im übrigen Kapitel wird der Verleiher, Vermittler, Werkunternehmer als „Dritter“ bezeichnet.

⁵³² Walker, AcP 1994, 295, 309.

⁵³³ MüKo/Gottwald, § 328 BGB Rn. 24.

⁵³⁴ In der Praxis beginnt das Leiharbeitsverhältnis zumeist mit Beginn des ersten Einsatzes. Die weiteren Entleiher und Einsatzorte sind aber noch nicht bekannt.

⁵³⁵ Eine *ex ante*-Bestimmung des Entleihers im Arbeitsvertrag steht im Widerspruch zu der gesetzlichen Intention, die gerade keine Synchronisation zu Entleihereinsätzen vorsieht. Der Verleiher wird nicht bereits im Vorfeld für einen unbestimmten Zeitraum wechselnde Entleiher benennen können, an deren Belange er den Arbeitsvertrag anpassen könnte.

⁵³⁶ OLG Karlsruhe v. 5.3.1997, WM 1997, 1476, 1477.

⁵³⁷ Walker, AcP 1994, 295, 312 f.

Um das Forderungsrecht als Rechtsfolge eines Vertrages zugunsten Dritter bei einem Unternehmen entstehen zu lassen, muss die Drittbestimmung durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag erfolgt sein.⁵³⁸

b. Abhängigkeit zum Arbeitgeber

Die arbeitsrechtliche Beziehung zum Dritten rechtfertigt es, statt einer Vermittlung eine Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen. Der Dritte muss eine besondere wirtschaftliche Funktion ausüben.⁵³⁹ Wie auch beim Normalarbeitsverhältnis ist das Leiharbeitsverhältnis als arbeitsrechtliche Beziehung durch eine Abhängigkeit geprägt. Aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine enge Bindung zwischen Leiharbeiter und Verleiher wollte.⁵⁴⁰ Auch wenn es sich nicht um ein klassisches Normalarbeitsverhältnis handelt, muss der Verleiher eine Arbeitgeberfunktion ausüben.

aa. Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen

Durch einen Arbeitsvertrag rückt der Arbeitgeber in eine Machtposition (Rechte) bei gleichzeitiger Verantwortung für den Arbeitnehmer (Pflichten). Die Arbeitgeberfunktionen sind zweigliedrig aufgebaut. Funktionen beziehen sich unmittelbar auf eine konkrete Tätigkeit und daneben auch auf äußere Umstände: Der Arbeitgeber übt seine Machtposition als „Bestimmer“ durch ein Weisungsrecht in Bezug auf Ort, Inhalt und Zeit der Arbeitsleistung aus. Gleichzeitig übernimmt er das Beschäftigungsrisiko des Leistenden und trägt die Verantwortung dafür.

⁵³⁸ Walker, AcP 1994, 295, 311.

⁵³⁹ BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 268 f.: „Offenbar ist der Raum, innerhalb dessen sie die wirtschaftliche Funktion der Arbeitsvermittlung ersetzen könnten, sehr begrenzt; sie sind überhaupt nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn ein Betrieb aus gewissen Gründen, z. B. wegen des Ausfalls eines ständigen Arbeitnehmers infolge Urlaubs, Krankheit oder Kündigung oder wegen vorübergehender, aber dringender Arbeiten mit den eigenen Arbeitskräften nicht auskommt. Dafür, daß in Betrieben längere Zeit hindurch fremde Arbeitnehmer tätig sind, die ihnen von anderen Unternehmern überlassen sind, weiterhin nur zu diesen Unternehmern in Rechtsbeziehungen stehen und der Weisungsbefugnis des Unternehmers, in dessen Betrieb sie tatsächlich arbeiten, nicht unterstehen, spricht kaum eine Lebenserfahrung“.

⁵⁴⁰ Hamann, Erkennungsmerkmale, S. 134.

Durch die Drittbegünstigung wird aus einem Normalarbeitsverhältnis als Vertrag zugunsten Dritter ein Leiharbeitsverhältnis. Der Dritte erhält ein eigenes Forderungsrecht und korrespondierend dazu ein Weisungsrecht. Dieses Weisungsrecht aus § 106 S. 1 GewO gestaltet über die generelle Festlegung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag hinaus die konkrete Leistung aus.⁵⁴¹ Arbeitgeberfunktionen, die Ort, Inhalt und Zeit der konkreten Ausübung der Tätigkeit betreffen, übt nicht mehr der Verleiher, sondern der Entleiher aus. Unmittelbaren Einfluss auf die konkrete Tätigkeit hat der Verleiher nicht.⁵⁴² Durch den Vertrag zugunsten Dritter entsteht also ein Weisungsrecht bei einem Entleiher, der nicht Vertragspartner des (Leih-)Arbeitnehmers ist. Durch die Drittbegünstigung kommt es aber nicht zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberstellung, denn diesbezüglich ist der Gesetzeswortlaut eindeutig: Der Verleiher bleibt weiterhin Arbeitgeber. Es kommt aber zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen.⁵⁴³

bb. Verbleibendes Arbeitgeberisiko des Verleihers

Der Vertrag zugunsten Dritter begründet eine Machtposition einer nicht am Vertrag beteiligten Person. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn die „Kehrseite“ (Verantwortung) durch den Verleiher als Vertragspartner abgesichert ist. Aus § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 AÜG wird deutlich, dass eine Abhängigkeit zu einem Verleiher mehr erfordert, als die Ausübung oder Weitergabe von Weisungsrechten. Arbeitgeberfunktionen im Rahmen der Leiharbeit gehen über die Gestaltung eines konkreten Einsatzes hinaus. Beim Verleiher als Arbeitgeber verbleibt das Beschäftigungsrisiko des Leiharbeitnehmers.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ BAG v. 19.5.2010, NZA 2010, 1119, 1120.

⁵⁴² Der Verleiher hat mittelbaren Einfluss, da das Weisungsrecht des Entleihers aus dem Forderungsrecht resultiert, welches wiederum erst durch die Vereinbarung zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher entsteht. Das Weisungsrecht ist durch den Vertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher und die inhaltliche Ausgestaltung des Forderungsrechts vorgezeichnet.

⁵⁴³ *Ramm*, ZfA 1973, 263, 291; a.A. *Mayer-Maly*, ZfA 1972, 1, 23 f.; der EuGH macht dies inhaltlich in der Albron-Entscheidung (v. 21. 10. 2010 – Albron Catering, NZA 2010, 1225 ff.) auch deutlich, indem er zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekten unterscheidet. Allerdings wird der Entleiher entgegen dem EuGH nicht zum „wirtschaftlichen Arbeitgeber“.

⁵⁴⁴ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 245; *Blanke*, S. 43.

Dem Verleiher wird vertraglich das Recht eingeräumt, die generelle Tätigkeit durch Weisungen in Bezug auf Ort, Inhalt und Zeit zu bestimmen. Das Beschäftigungsrisiko beinhaltet die Verantwortung für die über den konkreten Einsatz hinausgehende, längerfristige Anbindung des Arbeitnehmers. Die Übernahme des Beschäftigungsrisikos durch den Arbeitgeber ist nur möglich, wenn dieser eine unternehmerische Freiheit hat. Zu Fällen mittelbarer Arbeitsverhältnisse hat die Rechtsprechung entschieden, dass es sich um einen Rechtsmissbrauch handelt, wenn der Dritte keinerlei unternehmerische Freiheit hat.⁵⁴⁵ Ein Arbeitgeber muss diese Freiheit aber haben.⁵⁴⁶ Hat der Dritte hingegen eine eigenständige unternehmerische Freiheit, scheidet ein direktes Arbeitsverhältnis zum Hintermann aus.⁵⁴⁷ Es bedarf also eines Sachgrundes für das Dazwischenschalten des Dritten.⁵⁴⁸ Im Falle der Arbeitnehmerüberlassung findet dies Ausdruck im Verbleiben des Beschäftigungsrisikos beim Verleiher.

Der Verleiher trägt das Beschäftigungsrisiko für den gesamten Zeitraum, für den ein Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer eingegangen wurde. Andernfalls kommt nur eine Vermittlung in Betracht.⁵⁴⁹ Sichtbar wird die Übernahme des Beschäftigungsrisikos durch § 615 S. 1 BGB. Befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug, da er keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer hat, bleibt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers erhalten. Dieses Risiko verbleibt auch im Fall der Arbeitnehmerüberlassung beim Verleiher.

Da der Verleiher als Arbeitgeber regelmäßig keinen eigenen Arbeitsplatz für den Leiharbeiter hat, durch den er die Verantwortung des Beschäftigungsrisikos kompensieren könnte, steht ihm aus dem Arbeitsvertrag das Recht zu, gemäß § 335 BGB bestimmen zu dürfen, bei welchem Entleiher der Leiharbeiter zu arbeiten hat.⁵⁵⁰ Dies ist die entscheidende Macht, die der Verlei-

⁵⁴⁵ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645, 646.

⁵⁴⁶ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645, 646.

⁵⁴⁷ BAG v. 26.11.1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁵⁴⁸ *Windbichler*, Konzern, S. 196.

⁵⁴⁹ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 245.

⁵⁵⁰ Schüren/Hamann/*Schüren*, Einl. Rn. 169, 309. Die beschränkten Einsatzmöglichkeiten sprechen auch dafür, dem Verleiher die Möglichkeit einzuräumen, den Leiharbeiter auch an andere Verleiher weiter zu verleihen, sog. Kettenverleih, siehe Boemke/Lembke/*Boemke*, § 1 Rn. 12; Schüren/Hamann/*Schüren*, Einl. Rn. 331.

her als „Bestimmer“ gegenüber dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher hat. Diese Macht, die Befugnis zur konkreten Drittbestimmung, resultiert aus dem Willen der Beteiligten.⁵⁵¹

3. Identifikation in der Praxis

Werden Drei-Personen-Konstellationen wie die Arbeitnehmerüberlassung und die Vermittlung offen praktiziert, ergeben sich keine Abgrenzungsprobleme.⁵⁵² Unproblematisch sind auch die Fälle, in denen der Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer als solcher bezeichnet ist.⁵⁵³ Der Leistende ist Leiharbeitnehmer des Verleihers.

a. Vertragskonstruktion und abweichende Vertragspraxis

Komplizierter ist die Identifikation, wenn Vertragskonstruktion und Vertragspraxis nicht übereinstimmen.⁵⁵⁴ Auch nach Änderung des AÜG zum 1.4.2017 bleibt die Identifikation in der Praxis relevant. Damit die Privilegierungen des AÜG (legale Arbeitnehmerüberlassung) greifen, muss die Arbeitnehmerüberlassung die in § 1 Abs. 1, Abs. 1b niedergelegten Grundsätze wahren. Eine Arbeitnehmerüberlassung, die diesen Grundsätzen nicht entspricht, ist illegal und führt zu weitreichenden Konsequenzen. Voraussetzung einer Sanktionierung ist aber, dass eine Arbeitnehmerüberlassung tatbestandlich überhaupt vorliegt. Die Abgrenzung zu einer Vermittlung ist also weiterhin von Bedeutung.

aa. Zeitpunkt des Vorliegens eines Leiharbeitsvertrages

Für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung muss ein Leiharbeitsvertrag im konkreten Zeitpunkt vorliegen.⁵⁵⁵ Grundsätzlich muss der Leiharbeitsvertrag

⁵⁵¹ Walker, AcP 1994, 295, 312 f.

⁵⁵² MüArbR/Schüren, § 317 Rn. 21.

⁵⁵³ Unerheblich ist dann auch, ob nach tatsächlicher Durchführung ein freier Vertrag vorliegt, siehe unter 3. Teil, B., IV., 2., a.

⁵⁵⁴ Daran ändert auch nichts, dass der Gesetzgeber zum 1.4.2017 verlangt, dass die Arbeitnehmerüberlassung offengelegt werden muss. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG muss die Überlassung im Vertrag zwischen Unternehmen und Verleiher als solche bezeichnet werden.

⁵⁵⁵ BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572, 575.

vor dem Einsatz des Leiharbeitnehmers beim Entleiher geschlossen worden sein.⁵⁵⁶ Dies gilt auch, wenn kein ausdrücklicher Vertrag geschlossen wurde, sondern ein Vertragsschluss in der Praxis konkludent erfolgt. Dagegen könnte sprechen, dass das Gesetz in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG die konzerninterne Überlassung nur privilegiert, wenn der „*Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt*“ wird. Im Umkehrschluss könnte man daraus ableiten, dass ein Leiharbeitnehmer zum Zweck der Überlassung *eingestellt* sein muss.⁵⁵⁷ Es handelt sich bei der Formulierung „*eingestellt und beschäftigt*“ um ein Redaktionsversehen.⁵⁵⁸ Maßgeblich muss die „Beschäftigung“ sein. Auf die Einstellung, den Beginn der Rechtsbeziehung, abzustellen, kann zu missbräuchlichem Verhalten verleiten. Für die Fälle der sog. echten Leiharbeit und der konzerninternen Leihe ist anerkannt, dass die Einwilligung in die Übertragung der Dienste zwar nach dem Abschluss des Arbeitsverhältnisses, spätestens jedoch vor der Übertragung auf den Entleiher vorliegen muss.⁵⁵⁹

Daraus kann gefolgert werden, dass ein Leiharbeitsvertrag nicht zu Beginn einer Vertragsbeziehung, aber vor der Arbeitsleistung vereinbart worden sein muss. Es handelt sich dann um eine nachträgliche Vertragsänderung. Aus dieser kann auch ein Vertrag zugunsten Dritter resultieren.⁵⁶⁰ In der Praxis kommt es vor allem durch einen Wandel in der Vertragsabwicklung zu einer konkludenten Vertragsänderung, z.B. wenn der Freelancer im Rahmen von Zuruf-Projekten seine Selbstständigkeit verliert.

Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass eine Arbeitsleistung, die in Abhängigkeit erbracht wird, nicht die Leistung eines Leiharbeitnehmers ist, wenn in dem Zeitpunkt noch kein Leiharbeitsverhältnis vereinbart worden war.

⁵⁵⁶ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 175.

⁵⁵⁷ So Willemsen/Mehrens (NZA 2015, 897, 899), die dies aus der Richtlinie ableiten.

⁵⁵⁸ Lembke, BB 2012, 2497, 2499; zutreffend hätte es „oder“ heißen müssen. Im Übrigen ist zu überlegen, ob der Begriff der Einstellung nicht weit auszulegen ist. In Bezug auf die „Einstellung“ i.S.d. § 99 BetrVG hat das BAG (v. 5.5.1992, NZA 1992, 1044, 1045) anerkannt, dass es nicht auf das Rechtsverhältnis ankommt, in dem die Leistenden zum Arbeitgeber stehen, sondern auf die tatsächliche Eingliederung und Weisungsgebundenheit der Tätigkeit.

⁵⁵⁹ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 175.

⁵⁶⁰ MüKo/Gottwald, § 328 Rn. 3.

bb. Missbräuchlicher Contracting-Einsatz

In der Praxis kann es vorkommen, dass ein sog. (Sub-)Contracting (holländisches Modell) dazu eingesetzt wird, den Status des Leistenden zu verschleiern.⁵⁶¹ Das Unternehmen schaltet bewusst einen Dritten ein, um einen Leistenden zu beschäftigen. Das Einsatzunternehmen und der Dritte wirken kollusiv zusammen. Das bedeutet, dass eine IT-Fachkraft, die lediglich Serviceleistungen für ein Unternehmen erbringen soll, nicht mehr direkt mit einem freien Vertrag bei dem Unternehmen beschäftigt wird, sondern über einen Dritten, z.B. einem IT-Systemhaus oder einem Personaldienstleister. Stellt sich nun die Erbringung der Arbeit des Freelancers in der tatsächlichen Durchführung als abhängige Arbeit heraus, z.B. durch zeitliche Weisungen im Rahmen von Zuruf-Projekten, weicht die Durchführung maßgeblich von der Vereinbarung ab. Um eine Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen, muss sich das Verhältnis zum Dritten als Leiharbeitsverhältnis herausstellen. Da es an einer expliziten Bezeichnung fehlt, muss auf die tatsächliche Wirkungen abgestellt werden, die ein Leiharbeitsverhältnis offenbaren.⁵⁶²

b. Beschäftigungsrisiko verbleibt beim Dritten (Verleiher)

Als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers trägt der Verleiher das Beschäftigungsrisiko während der gesamten Vertragsbeziehung. Am deutlichsten wird dies nach einem konkreten Einsatz.

⁵⁶¹ Dies muss nicht zwangsläufig vorsätzlich geschehen. Auch wenn die Parteien das Vorliegen eines Leiharbeitsvertrages nicht in Betracht gezogen haben, kann sich in der Praxis ein solcher ergeben. Sind geschützte Belange des Arbeitnehmers betroffen, ist zugunsten des Arbeitnehmerschutzes die Intention der Parteien nachrangig.

⁵⁶² Das gilt m.E. auch für die Situation in den Fällen, in denen Vereinsmitglieder ihre volle Arbeitskraft einer Schwesternschaft zur Verfügung stellen (vgl. dazu EuGH-Vorlage: BAG v. 17.03.2015, BAGE 151, 131). Zwar besteht kein Arbeitsvertrag, trotzdem erklären sich die Vereinsmitglieder von Anfang an dazu bereit, weisungsabhängige Arbeit zu leisten. Die Arbeit wird entweder direkt bei der Schwesternschaft oder über Gestellungsverträge bei Dritten erbracht. Für die Entscheidung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist nicht formal darauf zu achten, ob ein als „Leiharbeitsvertrag“ bezeichneter Vertrag geschlossen wurde, sondern ob de facto die Wirkungen, die für einen Leiharbeitsvertrag charakteristisch sind, vorliegen.

aa. Weiterbeschäftigung nach Beendigung eines Einsatzes

Da nach dem verleihbetriebsbezogenen Ansatz des AÜG das Beschäftigungsrisiko beim Verleiher und nicht beim Leiharbeitnehmer liegen soll, muss das Leiharbeitsverhältnis den Einsatz beim Entleiher überdauern.⁵⁶³ Nur so kann die soziale Absicherung, der das AÜG dient, erfüllt werden. Handelt es sich jedoch lediglich um eine Scheinkonstruktion, wird mit Beendigung des Bedarfs beim Entleiher auch das vermeintliche Leiharbeitsverhältnis mit dem Verleiher enden.⁵⁶⁴ Zwar kann auch das Leiharbeitsverhältnis ordentlich bzw. außerordentlich gekündigt werden. Für eine außerordentliche Kündigung bedarf es eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB. Eine ordentliche Kündigung muss im Anwendungsbereich des KSchG sozial gerechtfertigt sein und unterliegt auch sonst den Grenzen des § 242 BGB.⁵⁶⁵ Die Beendigung des Einsatzes, wenn also ein Entleiher keinen Bedarf mehr für die Arbeitsleistung hat, rechtfertigt eine betriebsbedingte Kündigung nur unter bestimmten Umständen.⁵⁶⁶ Insofern wird in den überwiegenden Fällen einer Synchronisation von einer Scheinkonstruktion auszugehen sein.

⁵⁶³ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235; *Sandmann/Marschall*, Einl. Rn. 14; In der Ursprungsfassung des AÜG befand sich in § 3 Abs. 1 die Nr. 5, die besagte, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher den ersten Arbeitseinsatz bei einem Entleiher überdauern müsse, da andernfalls von einer Vermittlung auszugehen sei, vgl. BT-Drucks. VI 2303, S. 12. Dass der Verleiher das Beschäftigungsrisiko tragen muss, wird auch daran deutlich, dass eine Verrechnung der Minusstunden in Nicht-Einsatz-Zeiten nicht möglich ist, LAG Berlin-Brandenburg v. 17.12.2014, BB 2015, 829. Denn auf diese Weise würde das Beschäftigungsrisiko auf die Arbeitnehmer übertragen.

⁵⁶⁴ *Brors/Schüren*, BB 2014, 2745, 2746.

⁵⁶⁵ BVerfG v. 21.6.2006, NZA 2006, 913 ff.

⁵⁶⁶ Umstritten ist, wann eine betriebsbedingte Kündigung möglich ist. Der Verleiher muss eine Prognose anstellen. Teilweise wird vertreten, dass ein erneuter Einsatz innerhalb der nächsten 3 Monate nicht absehbar sein darf (*Schüren/Hamann/Schüren*, Einl. Rn. 279; *Boemke/Lembke/Boemke*, § 11 Rn. 126; für einen Zeitraum von bis zu einem halben Jahr: *Urban-Crell/Germakowski*, § 11 Rn. 131). Nach *Ulber* (*Ulber/J. Ulber*, § 1 Rn. 116) darf die Prognose erst nach 3 Monaten getroffen werden („Mindestwartezeit“). Die Beschäftigungsmöglichkeit des Leiharbeitnehmers hängt maßgeblich von der Aktivität und somit vom Willen des Verleihers ab. Durch den Zeitraum von 3 Monaten wird der Verleiher dazu angehalten, ernsthaft nach Anschlussbeschäftigungen zu suchen. Eine andernfalls de facto jederzeit mögliche betriebsbedingte Kündigung (in vielen Fällen wird die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG von 6 Monaten noch nicht erfüllt sein) wird so verhindert.

Für den Verleiher macht eine Weiterbeschäftigung, wie sie das AÜG durch den Leiharbeitsvertrag vorsieht, nur Sinn, wenn er die Möglichkeit hat, den Leiharbeitnehmer auch nach dem ersten beendeten Einsatz weiter zu verleihen. Andernfalls hat der Verleiher für den Leiharbeitnehmer keine Verwendung – er kostet nur. Der Leiharbeitnehmer muss an andere Entleiher verliehen werden. Dafür erforderlich ist, dass der Verleiher ernsthaft am Markt aktiv ist und einen Kundenstamm hat,⁵⁶⁷ denn andernfalls besteht, unabhängig von der tatsächlichen Durchführung, nicht einmal die Möglichkeit eines Folgeverleihs.⁵⁶⁸ Ein Indiz für die Übernahme des Beschäftigungsrisikos ist die Tatsache, dass der Dritte auch nach einem Einsatz weiterhin dem Leistenden eine Vergütung zahlt.

Für eine Identifikation einer tatsächlichen Durchführung in der Praxis bedeutet das: Endet das Vertragsverhältnis des Leistenden mit dem Dritten zeitgleich mit Ende des Einsatzes in einem Unternehmen, spricht dies gegen eine Arbeitnehmerüberlassung. Es ist von einer reinen Vermittlung – nach französischem Modell – auszugehen. Das Beschäftigungsrisiko trägt dann der Leistende und nicht der Dritte.

bb. Beschäftigungsrisiko während eines Einsatzes

Arbeitet der (vermeintliche) Leiharbeitnehmer erstmalig beim Entleiher, kann noch nicht beurteilt werden, ob ein Weiterverleih erfolgen wird.⁵⁶⁹ Eine Identifikation eines Leiharbeitsverhältnisses ist während eines konkreten Einsatzes schwierig.

⁵⁶⁷ Dies ist bei extra gegründeten Verleih-Tochterunternehmen (sog. konzerneigenen Verleihern) nicht der Fall; siehe *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745, 2746; *Schüren*, BB 2007, 2346, 2348.

⁵⁶⁸ Als Identifikationskriterium kommt die Marktaktivität jedoch kaum in Betracht. In den überwiegenden Fällen werden Personaldienstleister als (vermeintliche) Verleiher tätig. Diese Unternehmen bieten eine Vielzahl verschiedener Arten des Fremdpersonaleinsatzes an (sog. Mischunternehmen) und verfügen über einen großen Kundenstamm. Sie sind am Markt aktiv und haben die (zumindest potentielle) Möglichkeit, die Freelancer auch nach dem Einsatz weiteren Unternehmen zu überlassen.

⁵⁶⁹ Verhandlungen des Verleihers über einen folgenden Einsatz mit anderen Entleihern während eines Einsatzes des Leiharbeitnehmers helfen bei der Identifikation nicht weiter. Unklar ist, wie ernsthaft die Verhandlungen geführt werden. Auch kann es immer sein, dass sich Anschlussüberlassungen spontan oder auch erst nach einer verleihfreien Zeit ergeben.

Eine Arbeitgeberpflicht ist die Zahlung der Vergütung, die als Leistungspflicht der Erbringung der Arbeitsleistung gegenüber steht.⁵⁷⁰ Die Höhe der Vergütung orientiert sich gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG an der Vergütung, die gleichrangige Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb erhalten (sog. *equal pay*). Vordergründig spricht die Tatsache, dass der Dritte die Vergütung zahlt, gegen eine Vermittlung. Allein die Tatsache, dass der Beschäftigte seine Vergütung vom vermeintlichen Verleiher erhält, ist jedoch nicht ausreichend, um eine Arbeitnehmerüberlassung zu identifizieren. Es kann sich um eine Strohmännchen-Konstruktion handeln, bei der der Verleiher lediglich als Zahlstelle für den Entleiher fungiert.⁵⁷¹ Die Lohnzahlung ist kein zuverlässiges Kriterium für eine eindeutige Identifikation eines Leiharbeitsverhältnisses während eines Einsatzes.⁵⁷²

Durch das Beschäftigungsrisiko trägt der Verleiher auch während eines Einsatzes die Verantwortung für den Leistenden. Dies äußert sich in einer „fortdauernden Steuerungsmöglichkeit“⁵⁷³. Sichtbar wird diese Steuerung, wenn der Verleiher einen Leiharbeitnehmer, der bei einem Entleiher tätig wird, austauscht. Gegenüber dem Entleiher ist er nur verpflichtet, während der Überlassungszeit einen Leiharbeitnehmer „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 Abs. 1 BGB analog⁵⁷⁴) bereit zu stellen. Er kann also einen Leiharbeitnehmer, der auf eine andere Einsatzmöglichkeit besser passt, abziehen und anderweitig einsetzen.⁵⁷⁵ Dadurch nutzt er die Leistungspotentiale seiner Leiharbeitnehmer wirtschaftlich sinnvoll.⁵⁷⁶ Der Austausch eines Leiharbeitnehmers ist Ausdruck der Übernahme des Beschäftigungsrisikos des Verleihers.

Ein Unterschied zur Vermittlung wird auch deutlich, wenn der Leiharbeitnehmer die Leistung verweigert. Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Leih-

⁵⁷⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 72.

⁵⁷¹ BSG v. 29.7.1970, BSGE 31, 235, 245; v. 18.3.1987, NZA 1987, 500, 501; BayObLG v. 14.5.1981, DB 1981, 1460; Schüren, BB 2007, 2346, 2348; Ulber/J. Ulber, § 1 Rn. 201c.

⁵⁷² Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2745.

⁵⁷³ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 309.

⁵⁷⁴ BAG v. 20.6.2013, NZA 2013, 837, 839. Es kommt nur eine analoge Anwendung in Betracht. Leiharbeitnehmer unterfallen nicht §§ 243, 90 BGB, Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 315.

⁵⁷⁵ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 322.

⁵⁷⁶ Dies kann sich auch in Restriktionen gegenüber dem Leiharbeitnehmer äußern, wenn ihm z.B. Nebentätigkeitsverbote auferlegt werden.

Arbeitnehmer nur in begründeten Fällen, in den Grenzen des § 242 BGB, zu.⁵⁷⁷ Eine grundlose Verweigerung ist nicht möglich.⁵⁷⁸ Bei der Vermittlung steht es dem Beschäftigten frei, den vermittelten Arbeitsplatz anzunehmen und für das Unternehmen tätig zu werden. Er kann das Angebot annehmen oder ablehnen. Eine Vergütung wird, je nachdem ob die Vermittlung oder nur der Nachweis einer Möglichkeit geschuldet war, von demjenigen fällig, der den Vermittler eingeschaltet hat. Da es sich bei der Vermittlung um ein einmaliges Schuldverhältnis handelt, ist das Geschehen nach dem Vertragsschluss für den Vermittler irrelevant. Bleibt der Leiharbeiter aber der Arbeit im Betrieb des Entleihers fern, so hat der Verleiher dem Entleiher Ersatz zu stellen. Der Verleiher schuldet gegenüber dem Entleiher zwar nicht die Leistungserbringung an sich, aber dafür die Auswahl und Überlassung des Leiharbeitnehmers.⁵⁷⁹ Der Leiharbeiter verletzt den Vertrag mit dem Verleiher.⁵⁸⁰ Dies zieht eine Haftung des Leiharbeitnehmers nach sich. Eine solche Haftung des Leistenden gegenüber dem Vermittler kann nicht bestehen. Arbeitet der vermittelte Leistende nicht, ist das ein Risiko, das das Unternehmen zu tragen hat. Eine gelebte Haftung des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Verleiher zeigt ein Leiharbeitsverhältnis.⁵⁸¹ Stellt sich heraus, dass der verliehene Leiharbeiter für die Tätigkeit im Entleihbetrieb gänzlich ungeeignet ist, hat der Verleiher den Vertrag mit dem Entleiher verletzt und muss den Leiharbeiter abziehen und durch einen anderen ersetzen.

In den genannten Konfliktfällen muss der Verleiher in Form seines verbleibenden Dispositionsrechts tätig werden. Ein Konfliktfall setzt zwingend eine Handlung des Verleihers in Gang, die bei einer Vermittlung ausbleibt.

⁵⁷⁷ Schüren/Hamann/*Schüren*, Einl. Rn. 194 ff.

⁵⁷⁸ Diese Gründe können aus der Sphäre des Entleihers oder aus der Sphäre des Verleihers stammen, z.B. ausbleibende Vergütungszahlungen des Verleihers, Arbeitsbedingungen beim Entleiher, Ulber/*J. Ulber*, § 1 Rn. 68 ff.

⁵⁷⁹ BGH v. 9.3.1971, NJW 1971, 1129.

⁵⁸⁰ Schüren/Hamann/*Schüren*, Einl. Rn. 381, 479.

⁵⁸¹ Dieser Grundsatz der Abgrenzung (*Schüren*, FS Däubler, S. 97 f.; BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455 ff.) gilt also auch im Verhältnis zwischen Leistendem und Dritten.

cc. Zwischenergebnis

Ob der Dritte das Beschäftigungsrisiko des Leistenden übernimmt, kann sich nach Beendigung eines Einsatzes zeigen und somit im Vorfeld eines neuen Einsatzes. Auch während eines konflikträchtigen Einsatzes wird deutlich, wer das Beschäftigungsrisiko trägt. Handelt es sich um den ersten Einsatz eines Leistenden für ein Unternehmen unter Beteiligung des Dritten und ist es bislang nicht zu Komplikationen in der Abwicklung gekommen, ist fraglich, wann ein Leiharbeitsvertrag und somit eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Tatsächliche Berührungspunkte zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer sind während des Einsatzes rar. Dies zeigt die Nähe und erschwert die Abgrenzung zur Vermittlung, bei der nach der Kontaktvermittlung regelmäßig keinerlei Berührungspunkte bestehen.

c. Identifikation bei erstmaligem Einsatz ohne „Konflikt“

Weisungen des Unternehmens sind sichtbar. Übt das Unternehmen Weisungsrechte aus, liegt entweder ein Arbeitsverhältnis zum Unternehmen vor oder es handelt sich um eine Arbeitnehmerüberlassung. Im ersten Fall ist das Weisungsrecht angemessen, im zweiten Fall ist es Folge eines Leiharbeitsvertrages.

Es muss also der Ursprung des ausgeübten Weisungsrechts untersucht werden.

Eine Arbeitnehmerüberlassung ist nur dann möglich, wenn die Weisungen des Einsatzunternehmens, die die Selbstständigkeit des Freelancers in Frage stellen, auf einen Leiharbeitsvertrag zurückzuführen sind. Durch den Vertrag zugunsten Dritter zwischen Leistendem und Drittem erwirbt das Unternehmen gemäß § 328 Abs. 1 BGB unmittelbar das Recht die Leistung zu fordern. Aus diesem Forderungsrecht ergibt sich korrespondierend das Recht, die Leistung durch Weisungen zu modifizieren. In welchem Maße Weisungen in Bezug auf die konkrete Arbeitsleistung ausgeübt werden können, wird also maßgeblich von der Vereinbarung zwischen Leistendem und Drittem bestimmt. Weisungen des Unternehmens, die über den zwischen Leistendem und Dritten vereinbarten Rahmen hinausgehen, sprechen gegen eine Arbeitnehmerüberlassung.⁵⁸² Kann

⁵⁸² Dies ist z.B. der Fall, wenn Aufgabenbereiche übertragen werden, die nicht zum Anforderungsprofil des Leistenden gegenüber dem Dritten gehören oder wenn Arbeitszeiten

das Weisungsrecht nicht aus dem Vertrag zwischen Leistendem und Dritten abgeleitet werden, ist es angemäßt. Eine Arbeitnehmerüberlassung scheidet aus.

Es müssen also die Voraussetzungen des Tatbestandes eines Vertrages zugunsten Dritter vollständig vorliegen. Dies setzt neben der (generellen) Drittbegünstigung und dem Entschluss des Leistenden, abhängige Arbeit zu leisten, auch die konkrete Drittbestimmung durch den Dritten voraus.

aa. Wille zur Drittbegünstigung

Formal könnte das Vorliegen einer Rahmenvereinbarung zwischen Leistendem und Drittem für ein Leiharbeitsverhältnis sprechen. Durch einen Rahmenvertrag werden nicht die einzelnen Aufträge geregelt, sondern nur grundlegende Vereinbarungen über die Zusammenarbeit getroffen. Ein Rahmenvertrag könnte darauf hinweisen, dass von vornherein eine Vielzahl von einzelnen Einsätzen intendiert ist, die dann im Folgenden, wenn der konkrete Einsatz bei einem Entleiher feststeht, durch Einzelverträge präzisiert werden. Es kann jedoch wiederum nicht auf die Verträge abgestellt werden, da aufgrund der sich herausstellenden Störung der Parität diese missbräuchlich verschleiern eingesetzt werden können. Im Übrigen ist es auch bei Geschäftsverbindungen – basierend auf freien Verträgen – üblich, Rahmenverträge abzuschließen. Provider vereinbaren mit IT-Freelancern Rahmenverträge, um die Abwicklung der einzelnen Aufträge zu vereinfachen. Des Weiteren sagt ein Rahmenvertrag noch nichts darüber aus, ob es auch tatsächlich zu wiederholten Einsätzen kommt.

Die Tätigkeit eines Leiharbeitnehmers ist darauf gerichtet, bei einem anderen, dem Entleiher, abhängige Arbeit zu leisten.⁵⁸³ Eine darauf gerichtete Willensübereinstimmung muss deutlich werden. Eine dementsprechende explizite Formulierung kann sich auch in freien Dienstverträgen oder Werkverträgen finden, wenn vereinbart wird, dass die Leistung nicht dem Vertragspartner,

elementar überschritten werden. Der Leistende kann z.B. einen Leiharbeitsvertrag in Teilzeit abgeschlossen haben. Dies ist rechtlich möglich (vgl. BAG v. 20.1.2015, NZA 2015, 816), solange darin nicht ein Verstoß gegen § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG zu sehen ist, Ulber/J. Ulber, § 1 Rn. 57. Beansprucht der Entleiher den Leistenden dann aber in Vollzeit, rührt diese zeitliche Weisung nicht aus einem Leiharbeitsvertrag.

⁵⁸³ Walker, AcP 1994, 295, 312 f., der jedoch den Fall untersucht, dass der Leistende von Anfang an als Leiharbeitnehmer und nicht als Selbstständiger tätig wird.

sondern als Subunternehmer einem Dritten zu Gute kommen soll. Gibt es keine ausdrückliche Formulierung, kann sich die Drittbestimmung gemäß § 328 Abs. 2 BGB auch aus den Umständen ergeben. Auch in Drei-Personen-Konstellationen, die zum Schein eingesetzt werden, wird ein übereinstimmender Willen der Parteien (ggf. konkludent) vorliegen. Der Freelancer weiß, dass er nicht für seinen Vertragspartner, sondern für einen Dritten die Leistung erbringt, und der Dritte weiß, dass das Unternehmen die Leistung erhalten soll. Auch im Rahmen einer Vermittlungsvereinbarung zwischen einem Vermittler und dem Leistenden ist es den Beteiligten bewusst, dass die konkrete Leistung für einen Dritten erbracht wird.

bb. Entscheidung gegenüber dem Verleiher

Im Gegensatz zur Vermittlung muss aber darüber hinaus der Wille bestehen, dass der Leistende rechtlich in Abhängigkeit zum Dritten – und nicht zum Unternehmen – steht. Anders als bei den üblicherweise unter dem Schlagwort „Missbrauch von Werkverträgen“ gefassten Problemen eines Werkunternehmereinsatzes mit (vermeintlich) eigenen Arbeitnehmern muss der Leistende bereits im Verhältnis zum Dritten seine Selbstständigkeit einbüßen. Es kommt also zu einer Unterwerfung, nicht gegenüber dem weisungserteilenden Entleiher, sondern gegenüber dem Verleiher. Aus diesem Grund ist es auch nicht ausreichend, lediglich das Verhältnis zwischen Dritten und dem Unternehmen zu betrachten, um auf ein Leiharbeitsverhältnis zu schließen.⁵⁸⁴

Um festzustellen, ob ein Leiharbeitsvertrag als Grundlage des Weisungsrechts in Betracht kommt, können die Berührungspunkte im Vorfeld untersucht werden. Formulierungen in den geschlossenen freien Verträgen, die ausdrücklich deutlich machen, dass der Leistende „selbstständig tätig wird“, sprechen gegen eine Abhängigkeit. Eine Aussagekraft haben solche Formulierungen jedoch nur, wenn von einer Parität der Parteien auszugehen ist. Dass der im Vertrag geäußerte Wille auf einer freien Entscheidung des Leistenden basiert, kann durch eine bestimmte Vergütungshöhe indiziert sein.⁵⁸⁵ Wird diese Vergütungshöhe nicht erreicht, kann nicht per se davon ausgegangen werden, dass der Vertrag

⁵⁸⁴ So aber wohl LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.8.2013, NZA 2013, 1017 ff.

⁵⁸⁵ Siehe 3. Teil, B., IV., 2., b., bb.

frei geschlossen wurde. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass der Leistende beim Einsatzunternehmen letztlich abhängige Arbeit leistet. Der Vertrag kann aber mittelbar darüber Aufschluss geben, inwiefern eine Abhängigkeit bereits im Verhältnis zum Dritten besteht.⁵⁸⁶ Zum Beispiel können sich in dem – eigentlich als „frei“ titulierten – Vertrag eng umgrenzte zeitliche Vorgaben finden, die unvereinbar mit einer Selbstständigkeit sind.⁵⁸⁷ Der Leistende kann dem Dritten auch das Recht eingeräumt haben, ihm jederzeit neue Leistungsempfänger suchen und zuweisen zu können. Dann ist zwar noch nicht erwiesen, dass der Leistende abhängige Arbeit für ein Unternehmen leisten muss, durch die „jederzeitige Verfügbarkeit“ ist aber die Selbstständigkeit bereits im Verhältnis zum Dritten eingeschränkt.

cc. Konkrete Bestimmung des Drittbegünstigten

In der Vereinbarung zwischen Leistendem und Dritten muss eine generelle Drittbegünstigung veranlagt sein. Das Recht, das leistungsempfangende Unternehmen zu bestimmen, muss der Leistende dem Dritten anvertraut haben. Durch den Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages bestimmt der Dritte dann das konkrete Unternehmen, welches durch den Vertrag zugunsten Dritter begünstigt wird. Eine Funktion des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist insofern die konkrete Drittbestimmung, die vorliegen muss, um den Tatbestand zu erfüllen, der dann das Forderungsrecht als Rechtsfolge herbeiführen kann. In der Praxis werden in der Contracting-Konstellation diese Vorausset-

⁵⁸⁶ Ist der Vertragsinhalt trotz anderweitiger Bezeichnung („Dienstvertrag“) bereits auf eine Abhängigkeit gerichtet („ständige Abrufbereitschaft“), gebietet es die Schutzbedürftigkeit des Leistenden, die Entscheidung zu abhängiger Arbeit bereits in dieser Beziehung zu akzeptieren, vgl. 3. Teil, B. IV., 2., a.

⁵⁸⁷ Vgl. BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572 ff.: Bereits nach der Vereinbarung zwischen dem Programmierer und dem Dritten, der G-GmbH, lag eine Arbeitnehmerstellung des Programmierers vor. Der Programmierer war u.a. zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet, musste Bürozeiten einhalten, als Repräsentant der G-GmbH auftreten und es bestand ein ständiges Überprüfungsrecht (BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572, 574). Auch im Fall des LAG Baden-Württemberg (v. 1.8.2013, NZA 2013, 1017 ff.) liegt wohl auf diese Weise ein Leiharbeitsverhältnis vor. Die Vorgaben der Vertragspartner der vermeintlich Selbstständigen waren bereits so „eng“, dass die Selbstständigkeit bereits in diesem Verhältnis nicht mehr bestand („*Bereits die Einzelbeauftragungen der Kl. durch E sehen jedoch einen bestimmten Einsatzort bei der Bkl. in einem bestimmten Projekt mit max. 220 Personentagen im Jahr vor.*“, LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2013, NZA 2013, 1017, 1020).

zungen vorliegen. Dritter und Unternehmen haben einen Vertrag geschlossen. Eine Drittbestimmung liegt vor, denn der Vertragspartner ist – unabhängig vom Vertragsinhalt – eindeutig.

d. Spezialfall: Durchreichen von Vertragsinhalten

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Dritte zwar einen engen zeitlichen Rahmen setzt und womöglich noch weitere spezielle Vorgaben macht, diese Vorgaben aber inhaltsgleich mit dem Vertragsinhalt des Vertrages zwischen Dritten und Unternehmen sind.⁵⁸⁸ Problematisch ist, ob die Vorgaben dann noch eine Abhängigkeit zum Dritten begründen können oder ob durch das „Durchreichen“ der Vorgaben nicht vielmehr allein eine Abhängigkeit zum Unternehmen entsteht.

Vordergründig besteht eine enge vertragliche Beziehung des Leistenden zum Dritten. Hat das Unternehmen eine enge zeitliche Bindung vorgesehen und wird diese durchgereicht, dann gilt diese aufgrund der Vertragslage zwischen Leistendem und Dritten. Der Leistende verpflichtet sich gegenüber dem Dritten. Auch in der tatsächlichen Durchführung hält sich der Leistende an die engen zeitlichen Vorgaben. Die Folge wäre das Bestehen eines Leiharbeitsverhältnisses.⁵⁸⁹

Teilweise ist das Durchreichen von Vorgaben auch notwendig und kein Alleinstellungsmerkmal einer besonderen Vertragsart. Dies gilt z.B. für datenschutzrechtliche Vorgaben.⁵⁹⁰ Problematisch ist jedoch, wenn die wesentlichen Vertragspflichten durchgereicht werden.

⁵⁸⁸ Vgl. Sachverhalt SG München v. 21.11.2013, S 15 R 1528/11, juris.

⁵⁸⁹ Kontrollüberlegung: Eine Drittbegünstigung besteht, da der Vertrag auf den Einsatz bei einem Unternehmen gerichtet ist und den Beteiligten bewusst ist, dass der Leistende nicht beim Vertragspartner die Leistung erbringt. Durch den Vertrag zwischen Dritten und Unternehmen wird die Drittbestimmung vorgenommen. Die engen zeitlichen Vorgaben stellen eine Abhängigkeit des Leistenden gegenüber dem Vertragspartner, dem Dritten, her.

⁵⁹⁰ Werden Prüfungs- und Wartungsleistungen von Datenverarbeitungssystemen an Externe vergeben, finden gemäß § 11 Abs. 5 BDSG die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 Abs. 1 – 4 BDSG Anwendung. Grundlage der Prüf- und Wartungsarbeiten muss ein „Auftrag“ i.S.d. BDSG sein. Entscheidend ist, dass eine verantwortliche Stelle i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG Datenverarbeitungsaufgaben an einen Dienstleister

Ausdruck der Macht des Verleihers ist es, Leiharbeitnehmer nach eigenen wirtschaftlichen Vorstellungen einzustellen. Auch der Leiharbeitnehmer entscheidet sich bewusst für einen Verleiher. Er vertraut sein Beschäftigungsrisiko einem seriösen Anbieter an. Das Unternehmen, bei dem der Leistende tätig werden soll, hat ein berechtigtes Interesse daran, dass der Leistende die ausreichende Qualifikation für die Aufgabe hat. Der Entleiher tritt im Vorfeld an den Verleiher heran und benennt die gewünschte Qualifikation des Leistenden.⁵⁹¹ Der Verleiher nimmt dann die Auswahl und Bereitstellung von geeignetem Personal vor.⁵⁹² Hierzu greift er auf einen *Pool* an Leiharbeitnehmern zurück. Eine (erneute) vertragliche Fixierung der genauen Qualifikationen des Leiharbeitnehmers muss vor einem konkreten Einsatz nicht erfolgen, denn durch den bereits bestehenden Leiharbeitsvertrag hat der Verleiher das Recht dem Leiharbeitnehmer, ohne erneute vertragliche Fixierung, die Arbeit bei einem Entleiher zuzuweisen. Da das Leiharbeitsverhältnis darauf angelegt ist, dass der Leiharbeitnehmer bei verschiedenen Entleihern tätig wird, sind die Verpflichtungen des Arbeitnehmers in dem Vertrag nur generell formuliert.⁵⁹³ Auf dieser Basis kann der Verleiher eine Planung der Verwertung der Arbeitskraft des Leistenden vornehmen. Um Planungssicherheit gewährleisten zu können, muss eine zeitliche Abfolge in der Form vorliegen, dass der Kontakt zwischen dem Leistenden und dem Dritten vor dem Hinzutreten des Unternehmens besteht.

übergibt bzw. im Falle von Wartungsarbeiten der Dritte als Auftragnehmer technische Einwirkungs- und Zugangsmöglichkeiten auf personenbezogene Daten hat. Um die strengen datenschutzrechtlichen Vorgaben, die der Auftragnehmer gegenüber seinem Auftraggeber auch im Falle des Einsatzes von Subunternehmern sicherzustellen hat, wird angeraten, die datenschutzrechtlichen Vorgaben an den Sub-Auftragnehmer durchzureichen (BDSG-K/*Gola/Klug/Körffler*, § 11 Rn. 18e). Auch im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung muss der Verleiher als Auftragnehmer i.S.d. BDSG sicherstellen, dass die eigenen (Leih-)Arbeitnehmer die datenschutzrechtlichen Vorgaben beachten.

⁵⁹¹ Zunächst unverbindlich in Form einer *invitatio ad offerendum*. Erst wenn der Dritte einen geeigneten Kandidaten ausfindig machen kann, kommt es zum Vertragsschluss.

⁵⁹² An dieser Stelle unterscheidet sich die Vermittlung nicht von einer Arbeitnehmerüberlassung. Auch der Unternehmer, der den passenden Arbeitnehmer vermitteln haben möchte, wird seine genauen Vorstellungen detailliert gegenüber dem Vermittler festlegen.

⁵⁹³ Auf diese Weise kann der Leistende flexibel bei verschiedenen Entleihern eingesetzt werden. Würde das Leiharbeitsverhältnis bereits auf einen bestimmten Entleiher zugeschnitten, würde dies bei anderen Einsätzen Probleme nach sich ziehen. So wären bei Mehrarbeitsstunden, die über die vereinbarte Zeit hinaus anfallen, Aufschläge vom Verleiher an den Entleiher zu zahlen. Gibt der Entleiher vor, was vereinbart werden soll, greift er mittelbar in die Wirtschaftlichkeitskalkulation des Dritten ein.

In vielen Fällen beginnt das Leiharbeitsverhältnis mit dem ersten Einsatz beim Entleiher. Ist das Unternehmen auf der Suche nach besonderen Fähigkeiten, hat es ein besonderes Interesse an einer eigenen Auswahl des Personals.⁵⁹⁴ Dies kann dazu führen, dass *de facto* das Unternehmen bestimmt, welchen Leiharbeitnehmer der Verleiher einzustellen hat. An einer Unterwerfung des Leiharbeitnehmers unter den Willen des Verleihers fehlt es, wenn die Macht nicht vom Verleiher, sondern vom Entleiher mittelbar ausgeübt wird. Dies ist der Fall, wenn die Einstellung des Leiharbeitnehmers nur nach den Vorstellungen des Entleihers erfolgt. Ein Indiz für ein solches Vorgehen kann sein, dass der Vertragsinhalt des Vertrages zwischen Verleiher und Entleiher deckungsgleich mit dem Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ist. Eine Verfügung über Ort, Zeit und Inhalt der generellen Tätigkeit trifft dann nicht mehr der Verleiher. Auch die generellen Vorgaben, die eine längerfristige Beziehung von Leistendem und Drittem betreffen, richten sich nach den Vorstellungen, die ein Entleiher in Bezug auf eine konkrete Tätigkeit hat. Die Unabhängigkeit des Leiharbeitsvertrages vom Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist nicht mehr gewahrt. Bei einer Arbeitnehmerüberlassung muss sich der Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages in den vorgegeben Grenzen des Leiharbeitsvertrages bewegen. Ein Verleiher kann sich nur zu dem verpflichten, was er auch leisten kann. Eine Bezugnahme des Leiharbeitsvertrages auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag hingegen besteht nicht.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ Dies kann verschiedene Gründe haben: Zum einen kann über eine Arbeitnehmerüberlassung der gewünschte Leistende ohne direkte vertragliche Bindung (und somit ohne vertragliche Risiken) beim Unternehmen tätig werden. Zum anderen dient die genaue Umschreibung der Qualifikation der haftungsrechtlichen Absicherung. Das Unternehmen wird im Vertrag mit dem Dritten die Qualifikation des Leistenden genau festlegen. Es ist Risiko des Unternehmens, wenn die angeforderte Qualifikation nicht zum Erreichen des gewünschten Erfolges ausreicht. Entspricht hingegen der Leistende nicht der angeforderten Qualifikation, haftet der Verleiher.

⁵⁹⁵ Dies unterscheidet die Arbeitnehmerüberlassung von einem Generalunternehmereinsatz mit Subunternehmern, bei dem das Durchreichen von Vertragsinhalten typisch ist. In diesen Fällen orientiert sich der Vertrag zwischen dem Dritten (Generalunternehmer) und dem Leistenden (Subunternehmer) an dem Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer. Für den Dritten ist es sinnvoll, sich gegenüber dem Leistenden insoweit abzusichern, wie er gegenüber dem Unternehmen haftet. Bestimmt also das Unternehmen, welcher Leistende Vertragspartner des Dritten werden soll, ist dies mit einem Generalunternehmereinsatz nicht zu vereinbaren. Der Generalunternehmer (als Werkunternehmer) hat selbst für den Erfolg einzustehen. Wie er den Erfolg herbei-

Ein Durchreichen der Vertragsvorgaben deutet darauf hin, dass der Leiharbeiter aufgrund der spezifischen Anforderungen nur für den Einsatz bei dem Entleiher eingestellt wird. Ein solches Vorgehen, bei dem das Unternehmen einem Dritten diktiert, wen es einzustellen hat, ist mit der Übernahme des Beschäftigungsrisikos durch einen Verleiher unvereinbar. Die unternehmerische Freiheit, die ein Verleiher als Arbeitgeber ausüben können muss, ist durch, für einen Einsatz bei einem bestimmten Unternehmen zugeschnittene, Vorgaben stark eingeschränkt. Ein Leiharbeitsverhältnis liegt mangels Abhängigkeit zum Dritten nicht vor. In Verbindung mit der Ausübung von Weisungsrechten durch das Unternehmen besteht einzig und allein zu diesem eine Abhängigkeit. Es handelt sich um eine Vermittlung.

4. Funktionen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag hat mehrere Funktionen: Neben der Drittbestimmung im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter regelt er auch das Verhältnis zwischen Dritten und Unternehmen. Es werden die Hauptleistungspflichten des Vertrages ausgestaltet. Entscheidend ist, dass das Unternehmen das Personalbeschaffungsrisiko an den Dritten delegiert. Auch wird festgelegt, in welchem Umfang das Unternehmen im Verhältnis zum Dritten das Weisungsrecht, welches aus dem Forderungsrecht entstanden ist, ausüben darf.⁵⁹⁶ Der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Unternehmen muss nach tatsächlicher Durchführung auf die Verschaffung von Leiharbeitnehmern gerichtet sein.⁵⁹⁷ Aus dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ergibt sich die Dauer eines Einsatzes.

führt, wie viele Arbeitnehmer oder Subunternehmer er einsetzt oder welche Qualifikation das Personal hat, ist allein Angelegenheit des Werkunternehmers, vgl. *Greiner*, NZA 2013, 697, 701.

⁵⁹⁶ Der grundsätzliche Umfang wird durch die Vereinbarung des Leistenden zum Dritten festgelegt. Allerdings kann es auch zu Beschränkungen seitens des Dritten gegenüber dem Unternehmen kommen. Der Entleiher darf durch Weisungsrechte nur in dem Rahmen auf den Leistenden Einfluss nehmen, den er auch gegenüber dem Dritten vergütet.

⁵⁹⁷ Dies ist nicht der Fall, wenn das Unternehmen den Leistenden bestimmt und erst dann der Dritte eingeschaltet wird.

a. Bedeutung für die Abgrenzung

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist der maßgebliche Abgrenzungsgegenstand bei der Abgrenzung zwischen einem Werkunternehmereinsatz mit eigenen Arbeitnehmern und einer Arbeitnehmerüberlassung.⁵⁹⁸ In diesen Fällen ist die Arbeitnehmereigenschaft des Leistenden unproblematisch. Auch wenn auf das Vorliegen eines Leiharbeitsvertrages grundsätzlich verzichtet wird, ist zur Identifikation nur noch auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abzustellen.⁵⁹⁹ Ein solches Vorgehen steht aber mit der gesetzlich zugewiesenen Rolle des Verleihers als Arbeitgeber in Widerspruch. Es ist nicht ausreichend, dass lediglich beim Unternehmen abhängige Arbeit geleistet wird. Ein Leiharbeitsverhältnis und somit eine Arbeitgebereigenschaft des Verleihers setzt mehr voraus als die reine Kontaktvermittlung, da andernfalls die Grenze zur Vermittlung verschwimmt.

b. Kenntnis und Billigung

Teilweise wird vertreten, dass es zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung ausreiche, wenn der Dritte dem Leistenden den Betrieb des Entleihers zuweise, er Kenntnis von den Weisungen des Unternehmens gegenüber dem Leistenden habe und dies billige.⁶⁰⁰

Durch die Gesetzesänderung zum 1.4.2017 haben sich die Rechtsfolgen einer solchen Annahme verändert. Nach der alten Fassung des AÜG lag auch dann eine legale Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn diese nicht offengelegt wurde, der Dritte aber eine Verleiherlaubnis „in Reserve“ hatte.⁶⁰¹ Die mittelbare Anerkennung eines Leiharbeitsverhältnisses aufgrund Kenntnis und Billigung hatte dann weitreichende Folgen für den Dritten: Aus einem reinen Vermittler, der seinen Leistungsanspruch erfüllt hat, konnte zu ihm als Verleiher ein Dauerschuldverhältnis, in Form eines Arbeitsverhältnisses, entstehen. Und dies nur, weil das Einsatzunternehmen Weisungen erteilt. Nach der Gesetzesänderung

⁵⁹⁸ BAG v. 6.8.2003, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; zuletzt: BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455 ff.; LAG Hessen v. 9.4.2013, BeckRS 2013, 70445.

⁵⁹⁹ Reufels/*Schmülling*, Personal-DL, B Rn. 78.

⁶⁰⁰ Reufels/*Schmülling*, Personal-DL, B Rn. 78; *Niklas/Schauß*, BB 2014, 2805, 2807; *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 255.

⁶⁰¹ Schüren, NZA 2013, 176.

handelt es sich in diesen Fällen nunmehr um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung, da in den Fällen in denen es auf Kenntnis und Billigung ankommt, der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG regelmäßig nicht als solcher bezeichnet ist. Die Folge ist gemäß §§ 10, 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG ein Arbeitsverhältnis zum entleihenden Unternehmen.

Fraglich ist hingegen, ob Billigung durch den Verleiher ausreichen kann, um eine Arbeitnehmerüberlassung zu begründen.⁶⁰² Eine Billigung liegt vor, wenn der Dritte das Verhalten des Unternehmens kennt und trotz dieser Kenntnis nicht dagegen einschreitet. Er unterlässt es folglich, die Ausübung der Weisungen seitens des Unternehmens zu unterbinden. Durch die Billigung soll sich der Dritte einverstanden zeigen, dass sein Vertragspartner entgegen der Absprache nicht selbstständig, sondern als Leiharbeiter tätig wird.

Diese Vorgehensweise geht aber von der unzutreffenden Prämisse aus, dass der Leistende sich bereits im Verhältnis zum Dritten zu abhängiger Arbeit entschieden hat. Kenntnis und Billigung beziehen sich auf ein ausgeübtes Weisungsrecht. Der Begriff „Billigung“ setzt voraus, dass ein Mitspracherecht bzw. eine Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeit besteht. „Billigung“ suggeriert, dass der Dritte das Weisungsrecht übertragen hat und folglich die Ausübung durch das Unternehmen billigt.⁶⁰³ Eine Übertragung setzt aber voraus, dass der Dritte ein Weisungsrecht hat, welches übertragen werden kann.

Für die unter dem Schlagwort „Missbrauch von Werkverträgen“ gefassten Probleme eines Werkunternehmereinsatzes mit eigenen Arbeitnehmern mag dieser Ansatz zutreffen. Dem Werkunternehmer steht gegenüber seinem Arbeitnehmer ein Weisungsrecht aus dem Arbeitsvertrag zu. Kenntnis und Billigung sind dann konkludenter Ausdruck einer Übertragung des Weisungsrechtes.⁶⁰⁴ Aus dem Normalarbeitsverhältnis ist ein Leiharbeitsverhältnis entstanden – der

⁶⁰² Reufels/*Schmülling*, Personal-DL, B. Rn. 78; Niklas/*Schauß*, BB 2014, 2805, 2808.

⁶⁰³ Das Gleiche gilt, wenn man davon ausgeht, dass in der Billigung die Übertragung liegt bzw. die konkludente Ermächtigung des Unternehmens durch den Dritten zur Weisungserteilung.

⁶⁰⁴ Daran ändern auch vertragliche Bestimmungen nichts (so aber Reufels/*Schmülling*, B. Rn. 61), die festschreiben, dass das Unternehmen dem Dritten keinerlei Weisungen erteilen oder anderweitig auf ihn einwirken darf, um die Selbstständigkeit zu wahren. Maßgeblich ist, ob es in der Praxis zu einer Billigung kommt und nicht wie der vertraglich festgeschriebene Inhalt aussieht.

Werk- oder Dienstvertrag zwischen Drittem und Unternehmen stellt sich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag heraus. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein IT-Systemhaus eigene Arbeitnehmer einem Unternehmen für eine Projektstätigkeit zur Verfügung stellt und es dann im Rahmen der engen Zusammenarbeit zu zeitlichen Weisungen seitens des Unternehmens kommt. Billigt das IT-Systemhaus die Weisungserteilung durch das Unternehmen, handelt es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung.

Anders ist dies jedoch, wenn der Leistende im Verhältnis zum Dritten zunächst als Selbstständiger auftritt. Ein Weisungsrecht, welches übertragen werden könnte, besteht zunächst nicht. Der Leiharbeitsvertrag, aus dem als Rechtsfolge ein Forderungsrecht samt Weisungsrecht entsteht, muss sich erst (konkludent) ergeben. Es geht also nicht wie bei einem (missbräuchlichen) Werkunternehmereinsatz mit eigenen Arbeitnehmern um die Übertragung eines bestehenden Rechts, sondern um die Entstehung eines neuen Rechts. Die Billigung des Dritten in Bezug auf Weisungen des Unternehmens reicht nicht aus, um den Dritten zum Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers werden zu lassen. Ein Arbeitsverhältnis mit weitergehenden Verpflichtungen des Dritten kann nur in Form eines Leiharbeitsverhältnisses entstehen. In keinem anderen Verhältnis ist es denkbar, dass ein Arbeitsverhältnis zu einer Person besteht, arbeitsbezogene Weisungen aber eine andere Person ausübt. Das Leiharbeitsverhältnis kann grundsätzlich nicht ohne Willenserklärung des Dritten entstehen, die darauf gerichtet ist, gegenüber dem Leistenden das Beschäftigungsrisiko zu übernehmen.⁶⁰⁵ Aus einer Billigung lässt sich keine (konkludente) Willenserklärung auf Übernahme des Beschäftigungsrisikos ableiten. Die Weisungserteilung des Unternehmens und die Unterwerfung des Leistenden unter die Weisungen führen nicht zu einem Leiharbeitsvertrag. Es liegt eine Vermittlung in eine abhängige Beschäftigung vor.

⁶⁰⁵ Geht man davon aus, dass das Weisungsrecht aufgrund einer Abtretung oder einer Ausübungsermächtigung auf das Unternehmen übergehen soll, ist auch in diesem Fall die Einwilligung des Leistenden als Schuldner notwendig – zumal es sich bei der Arbeitsleistung des Leistenden als Leiharbeitnehmer um eine höchstpersönliche Pflicht im Sinne des § 613 S. 2 BGB handelt, deren Abtretung ausgeschlossen ist. Es bedarf also zwingend der Einwilligung des Schuldners.

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag führt nicht zur Entstehung eines Weisungsrechts, sondern allenfalls zur Ausgestaltung bzw. Übertragung eines bestehenden Rechts. Beim Einsatz eines (vermeintlich) Selbstständigen kommt dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur eine subsidiäre Rolle zu.

II. Der Dritte als Vermittler

Eine Vermittlung liegt vor, wenn ein Dritter, der Vermittler, einen Arbeitnehmer und einen Arbeitgeber zur Erbringung der Arbeit zusammenführt.

1. Einmaliges Wirken

In der tatsächlichen Durchführung bestehen Ähnlichkeiten zwischen einem Maklervertrag und einem Dienstverschaffungsvertrag in Form eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Dem Dritten obliegt es, eine den Wünschen des Einsatzunternehmens entsprechende Arbeitskraft ausfindig zu machen. Der Umfang des Leistungsgegenstandes ist in beiden Fällen geringer als bei einem Werkvertrag, bei dem der Dritte auch für einen Erfolg einstehen muss. Die Leistung eines Vermittlers ist anders als bei einem Verleiher nur auf ein einmaliges Wirken begrenzt.⁶⁰⁶ Der Verleiher bleibt als Personalgesteller hingegen über eine längere Dauer in der Verantwortung. Der Dritte ist Vermittler, wenn zu dem Leistenden kein Arbeitsverhältnis besteht. Der Leistende ist im Verhältnis zum Dritten selbstständig und somit unabhängig, wenn es in der Praxis keinerlei Berührungspunkte gibt. Erfolgt dann die Arbeitsleistung des Leistenden im Unternehmen in Abhängigkeit, z.B. durch eine eigenmächtige Weisungserteilung durch das Unternehmen und einer Unterordnung des Leistenden unter diese, liegt eine Arbeitsvermittlung vor. Da diese den im Vorfeld geschlossenen Verträgen widerspricht, handelt es sich um eine verdeckte Arbeitsvermittlung.

⁶⁰⁶ BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 268; Schüren/Hamann/*Schüren*, Einl. Rn. 314. Zwar ist die Vermittlung eine einmalige Leistung und kein Dauerschuldverhältnis, oftmals wird aber zur Verdeckung eine Vermittlung in Verbindung mit einer Strohmännchenrolle vorliegen, Schüren/Hamann/*Schüren*, § 1 Rn. 382.

2. Bewertung eines Contracting als Vermittlung

Zeigt sich in der Durchführung, dass der Leistende abhängige Arbeit erbringt, haben die im Rahmen eines Contractings (holländisches Modell) abgeschlossenen freien Verträge keinen Bestand. Die Bewertung der Konstruktion richtet sich dann nach der rechtlich relevanten Eigenständigkeit des Dritten.

Nach der Vertragsgestaltung müsste der Dritte als Werkunternehmer einen konkreten Erfolg in eigener Organisation und Verantwortlichkeit zustande bringen. Die Erbringung einer konkreten Werkleistung geht über das Bereitstellen von Personal hinaus.⁶⁰⁷ Ein Werkvertrag liegt bereits dann nicht vor, wenn bei Vertragsschluss das Werk noch nicht festgelegt ist und es spontan, je nach Abruf, definiert wird.⁶⁰⁸ Das Werk wird dann erst zwischen Unternehmen und Leistendem bestimmt. Der Dritte ist nicht Werkunternehmer, da im Verhältnis zu ihm kein abgrenzbares Werk vorliegt. Daneben wird sichtbar, ob der Dritte einen konkreten Erfolg schuldet, wenn er die Verantwortung für ein Werk übernimmt. Die Verantwortung übernimmt der Dritte, wenn er in Haftungsfällen, die in der Regel nicht ausbleiben, den werkvertraglichen Gewährleistungspflichten nachkommt.⁶⁰⁹ Keinen Unterschied macht es, ob er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit (§ 278 BGB) eigener Arbeitnehmer oder Subunternehmer bedient.

Darüber hinaus ist nur derjenige Werkunternehmer, der über eine entsprechende Unternehmensstruktur verfügt. Eine eigene Unternehmensstruktur ist notwendig, um Werkverträge in unternehmerischer Freiheit durchführen zu können. Beim Einsatz eigener Arbeitnehmer wird die unternehmerische Freiheit eines Arbeitgebers deutlich, wenn der Werkunternehmer den Einsatz der Arbeitneh-

⁶⁰⁷ BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572, 575 mit Verweis auf BAG v. 5.5.1992, NZA 1992, 1044; v. 1.12.1992, BeckRS 1992, 30743366.

⁶⁰⁸ BAG v. 25.9.2013, NZA 2013, 1348, 1350.

⁶⁰⁹ Das Gewährleistungsrecht ist das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung, siehe unter 2. Teil, A., II., 2. Bei einer Substitution darf der Haftungsumfang des Leistenden gegenüber dem Dritten nicht geringer sein als der Haftungsumfang des Dritten gegenüber dem Einsatzunternehmen. Ein Durchreichen der Haftungsgrenzen ist insoweit förderlich. Im Rahmen von Werkverträgen spielt die Abnahme eine wichtige Rolle. Der Personaldienstleister wird das Werk gegenüber dem Leistenden (Subunternehmer) erst abnehmen wollen, wenn das Unternehmen das Werk dem Personaldienstleister abgenommen hat.

mer durch Weisungen steuert.⁶¹⁰ Reicht er lediglich die Vorgaben des leistungsempfangenden Unternehmens an den Leistenden weiter, fehlt es an der unternehmerischen Freiheit.⁶¹¹ Deutlich wird dies auch, wenn der Werkunternehmer selbst keine Fachkenntnis für die konkrete Leistungserbringung besitzt. Grundsätzlich ist das Fehlen eigener Fachkenntnis kein Ausschlusskriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages,⁶¹² z.B. bei Vergabe einzelner Teilleistungen an Subunternehmer. Eigene Fachkenntnis ist aber notwendig, um die Leistung eigener Arbeitnehmer zu steuern.⁶¹³

Eine Stellung des Dritten als Werkunternehmer scheidet zwangsläufig aus, wenn sich herausstellt, dass arbeitsbezogene Weisungen, insbesondere eine zeitliche Bindung, vom leistungsempfangenden Unternehmen ausgehen. Ist der Leistende Subunternehmer, dürfen gar keine arbeitsbezogenen Weisungen erteilt werden. Ist der Leistende Arbeitnehmer, dürfen arbeitsbezogene Weisungen nicht vom Unternehmen erteilt werden.

Fehlt es an einer konkreten Leistungserbringung, kann nach der Durchführung das Bereitstellen von geeignetem Personal Inhalt des Contractings sein.

Eine Arbeitnehmerüberlassung scheidet ebenfalls aus: Zwar muss der Dritte als Hauptleistungspflicht keine Erfolgsgarantie für die konkrete Leistung übernehmen, das BVerfG machte aber deutlich, dass sich der Mehrwert des Dritten als Verleiher gegenüber einer Vermittlung nur dann ergebe, wenn besonderer wirtschaftlicher Nutzen vorliege.⁶¹⁴ Eine Arbeitnehmerüberlassung setzt aber mehr voraus als lediglich die Herstellung des Kontaktes. Beschränkt sich der Dritte darauf, Vertragsinhalte durchzureichen, lässt sich ein ausgeübtes Weisungsrecht des Unternehmens nicht vom Vertrag zwischen Leiharbeiternehmer

⁶¹⁰ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645 ff.; v. 26.11.1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁶¹¹ Siehe unter 4. Teil, B., I., 3., d.

⁶¹² Vgl. BAG v. 1.12.1992, EzA Nr. 110 zu § 99 BetrVG 1972. Fehlt es an der Qualifikation, führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, sondern ggf. zu Anfechtungsmöglichkeiten und Schadensersatzansprüchen, Staudinger/Peters/Jacoby, § 631 BGB Rn. 21.

⁶¹³ BAG v. 9.1.1994, BB 1995, 1293 ff.; Hamann (Erkennungsmerkmale, S. 206 f.) macht zutreffend deutlich, dass ein Werkunternehmer andernfalls nicht in der Lage sei, gegenüber eigenen Arbeitskräften inhaltsbezogene Weisungen zu erteilen. Aber auch werkbezogene Weisungen, die ein Werkbesteller gegenüber einem Werkunternehmer erteilen kann, sind dann nicht möglich.

⁶¹⁴ BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 268 f.

und Verleiher ableiten. Es handelt sich dann um eine reine Vermittlung. Der Dritte übernimmt nicht das Personalbeschaffungsrisiko, denn das Personal hat das Unternehmen zuvor selbst „beschafft“.⁶¹⁵ Nicht ausreichend ist es im Übrigen, wenn der Dritte nur die Koordination der Einsätze der Leistenden übernimmt.⁶¹⁶ Er trägt dann nicht das Beschäftigungsrisiko des Leistenden.

In vielen Fällen stellt ein Contracting in der Praxis weder einen Werkunternehmereinsatz, noch eine Arbeitnehmerüberlassung dar. Dies ist der Fall, wenn der Dritte keine eigenständige Aufgabe in der Konstellation übernimmt. Es liegt dann lediglich eine Vermittlung vor.

3. Zwischenergebnis

Eine Vermittlung lässt sich leicht identifizieren. Ein Vermittler tritt einmalig, nur vor Abwicklung der konkreten Leistungserbringung, in Erscheinung. Hat der Werkunternehmer keinerlei Fachkenntnis und übernimmt er keine Haftung, fehlt es an einer Leistung, die über die bloße Vermittlung eines Leistenden hinausgeht. Bestehen keine Berührungspunkte zum Leistenden, wird auch keine unternehmerische Freiheit ausgeübt – der Dritte ist nicht Arbeitgeber. Der Dritte dient dann nur als „Durchgangsstation“ der Vertragsbeziehung zwischen Leistendem und Unternehmen und fängt arbeitsrechtliche Risiken ab. Ein Contracting (holländisches Modell) stellt nach tatsächlicher Durchführung eine Form der Vermittlung dar.

III. Der Dritte als Werkunternehmer

Der Dritte kann nur Werkunternehmer sein, wenn der Leistende zu ihm in Abhängigkeit steht. Der Dritte steuert dann als Arbeitgeber die Leistung des Leistenden. Rechtlich handelt es sich um eine Zwei-Personen-Konstellation. Ist dies von Anfang an klar und kommt es dann jedoch zu Abweichungen in der tatsächlichen Durchführung, muss dann eine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkunternehmereinsatz mit eigenen Arbeitnehmern vor-

⁶¹⁵ In diesen Fällen wird es sich noch nicht einmal um einen Vermittler, sondern um einen Strohmännchen handeln.

⁶¹⁶ Vgl. Lieferantenmodell, 2. Teil, B., IV.

genommen werden.⁶¹⁷ Die Haftung/Gewährleistung stellt ein eindeutiges Kriterium der Identifikation dar.⁶¹⁸ Steht der Leistende allerdings nicht in Abhängigkeit zu dem Dritten, sondern zum leistungsempfangenden Unternehmen, scheidet ein Werkunternehmereinsatz aus. Ein Substitut an einen abhängig Beschäftigten, der nicht zum Schuldner in Abhängigkeit steht, ist nicht möglich.

IV. Ergebnis

Für den Ablauf und die konkrete Leistungserbringung ist die Beteiligung eines Dritten oftmals nicht notwendig. Dennoch ist es durchaus üblich, neben Leistendem und Leistungsempfänger einen Dritten hinzuzuziehen. Damit dies nicht nur aus arbeitsrechtlichem Kalkül erfolgt, muss die Rolle des Dritten bestimmt werden.

Ist die Selbstständigkeit in der Durchführung gewahrt, bestimmt sich die Rolle des Dritten insbesondere nach einer Kombination aus Zeitmoment (einmaliges Wirken, dauerhafte Verpflichtung) und Übernahme der Leistungspflicht (Kontaktvermittlung, Personalbeschaffung, Leistungsübernahme). Empfängt der Leistende in der Durchführung Weisungen des Unternehmens und unterwirft sich diesen, leistet er abhängige Arbeit. Oftmals wird vorschnell die Anwendbarkeit des AÜG angenommen oder aufgrund einer Verfehlung des Schutzzweckes pauschal abgelehnt.⁶¹⁹ Damit werden aber einzelne Tatbestandsmerkmale außer Betracht gelassen. Der Dritte ist Verleiher, wenn zwischen ihm und dem Leistenden ein Leiharbeitsverhältnis besteht. Wesentlich ist, dass der Leistende bereits im Verhältnis zum Dritten in rechtlicher Abhängigkeit steht. Dies kommt zum Ausdruck, wenn er sich bereits im Verhältnis zum Dritten gegen eine Selbstständigkeit entscheidet und sein Beschäftigungsrisiko auf diesen überträgt. Nicht ausreichend ist es, wenn der Dritte lediglich die Koordination der Tätigkeiten übernimmt. Übernimmt der Dritte das Beschäftigungsrisiko nicht, fehlt es an einem Leiharbeitsverhältnis, eine Arbeitnehmerüberlassung

⁶¹⁷ Siehe dazu die Rechtsprechung (z.B. BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455) und die ausführliche Diskussion in der Literatur: Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 113 ff.; Ulber/*J. Ulber*, Einl. C. Rn. 34 ff.; Boemke/Lembke/Boemke, § 1 Rn. 84 ff.; Urban-Crell/*Germakowski/Bissels*, § 1 Rn. 132 ff.; Schüren, FS Wank, S. 571; Ders., FS Däubler, S. 90 ff.; Maschmann, NZA 2013, 1305 ff.; Greiner, NZA 2013, 697 ff.

⁶¹⁸ Schüren, FS Däubler, S. 97 f.; so auch BAG v. 18.1.2012, NZA-RR 2012, 455 ff.

⁶¹⁹ Matzner/Stubenvoll/Zahrnt, IT-FL, S. 427.

scheidet aus. In Fällen, in denen der Dritte gezielt vom Unternehmen eingesetzt wird, um Rechte des Leistenden zu begrenzen, handelt es sich nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung, sondern um eine Vermittlung bzw. um einen Strohmannesinsatz.

5. Teil Rechtsfolgen einer dem Vertrag widersprechenden Praxis

Weicht die Vertragspraxis von den im Vorfeld geschlossenen Verträgen ab, bestehen auch andere als die gewollten Rechtsfolgen. Sind die einzelnen Beziehungen zwischen den Beteiligten identifiziert (Tatbestand), stellt sich die Frage, welche Konsequenzen aus der jeweiligen Konstellation resultieren (Rechtsfolge).⁶²⁰ Dies ist in der Praxis oftmals unklar.⁶²¹

Für die Anwendung arbeits- und sozialrechtlicher Normen ist entscheidend, ob der Leistende nach der tatsächlichen Durchführung der Vertragsbeziehung selbstständig ist oder ob er abhängige Arbeit leistet.

A. Selbstständigkeit

Ist der Freelancer selbstständig tätig, greifen mangels Schutzbedürftigkeit die Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht. Eine arbeitsrechtlich relevante Beziehung zum Leistungsempfänger mit den entsprechenden Rechtsfolgen besteht nicht.

I. Sozialversicherung

Der Status des Leistenden ist für die Anwendbarkeit bestimmter sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften relevant. Die Abgrenzung selbstständiger von abhängiger Beschäftigung ist dafür entscheidend, ob der Leistende sich dem System staatlicher Vorsorge unterwerfen muss oder freiwillig private Vorsorge betreibt.⁶²² Anknüpfungspunkt ist in Abgrenzung zur Selbstständigkeit die „Beschäftigung“ i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV.⁶²³

⁶²⁰ Die Identifikation des Tatbestandes wurde im 4. Teil vorgenommen. Dieser 5. Teil widmet sich den Rechtsfolgen. Neben den rechtlichen Folgen, die in der Theorie eindeutig zu benennen sind, sind für die Beteiligten auch die wirtschaftlichen Konsequenzen relevant. Diese werden im 6. Teil angesprochen.

⁶²¹ Zur Unwissenheit der Freelancer: Matzner/Stubenvoll/Zahrnt, IT-FL, S. 477.

⁶²² Schlegel, NZS 2000, 421, 421.

⁶²³ Siehe zum Begriff der Beschäftigung 5. Teil, B., I., 2.

Als Selbstständiger unterliegt der Leistende nicht der Versicherungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung.⁶²⁴ Es besteht gemäß § 9 SGB V die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung. Auf diese Weise können sich Selbstständige in bestimmten Grenzen des § 9 SGB V vor erdrückenden privaten Krankenkassenbeiträgen schützen, wenn das Einkommen gering ist.⁶²⁵

Ein Selbstständiger unterliegt nicht der an die gesetzliche Krankenversicherung anknüpfenden gesetzlichen Pflegeversicherung, gemäß §§ 1 Abs. 2 S. 1, 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI. Ein Selbstständiger, der privat krankenversichert ist, muss gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 SGB XI eine private Pflegeversicherung abschließen.

Eine Pflicht zum Beitritt in die gesetzliche Arbeitslosenversicherung knüpft nach §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 SGB III auch an den Begriff der Beschäftigung an.⁶²⁶ Wann eine Pflicht zur gesetzlichen Unfallversicherung besteht, ergibt sich aus § 2 Abs. 1 SGB VII. Handelt es sich nicht um einen Beschäftigten, kann eine Verpflichtung dennoch vorliegen, wenn der Selbstständige die besonderen, in § 2 SGB VII aufgeführten Voraussetzungen erfüllt. Auch eine freiwillige Versicherung auf Antrag ist möglich, § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

Zwar sieht das SGB VI in Bezug auf eine Pflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung auch vor, dass gemäß § 1 S. 1 Hs. 1 SGB VI eine Beschäftigung vorliegen muss. Darüber hinaus werden aber auch bestimmte Selbstständige ge-

⁶²⁴ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 5 SGB V. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V knüpft an die Beschäftigung des § 7 SGB IV bzw. an Normen, die eine Beschäftigung fingieren („gelten“), wie z.B. für Heimarbeiter § 12 Abs. 2 SGB IV. Zu beachten ist § 5 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, wonach (selbstständige) Künstler und Publizisten nach den Bestimmungen des Künstlersozialversicherungsgesetzes versicherungspflichtig sein können.

⁶²⁵ Der Vorteil der gesetzlichen Krankenversicherung ist, dass sich der Beitrag für Selbstständige nach dem Einkommen richtet. Mit sinkendem Einkommen sinkt also auch der Beitrag. Die private Krankenversicherung kann für Selbstständige schnell zum Problem werden, wenn Aufträge ausbleiben und kein hohes Einkommen mehr besteht. Nach einer Studie der Ortskrankenkassen (WidO) bildet der Beitrag zur Privaten Krankenversicherung für 140 000 Selbstständige 58 % des Einkommens, vgl. „Überforderte Selbstständige“, Handelsblatt v. 15.1.2016, S. 11.

⁶²⁶ Daneben kann der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung – auch wenn keine „Beschäftigung“ vorliegt – durch Antrag nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III beigetreten werden, wenn eine Person mindestens 15 Stunden wöchentlich eine Selbstständigkeit ausübt. Aufgrund der Voraussetzungen in Abs. 2 kann es sich jedoch nur um Existenzgründer handeln, Knickrehm/Berchtold, SGB III, § 28a Rn. 6.

mäß § 2 SGB VI erfasst. Es muss sich um sog. arbeitnehmerähnliche Selbstständige handeln. Im IT-Bereich ist insbesondere die Regelung des § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI von Bedeutung. Der Selbstständige darf keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen (lit. a)) und muss auf Dauer im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sein (lit. b)). Ist dies der Fall, hat der „arbeitnehmerähnliche“ Selbstständige gemäß § 169 Nr. 1 SGB VI die Beiträge selbst zu tragen.⁶²⁷ Auch eine freiwillige Versicherung gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 SGB VI ist möglich.

Die gesetzliche Sozialversicherung ist als Zwangsversicherung ausgestaltet, um so die Allgemeinheit vor unterlassener Risikoversorgung Einzelner zu schützen.⁶²⁸ Die grundsätzliche Befreiung der Selbstständigen von den Sozialkassen ist nicht unproblematisch. Vor allem Solo-Selbstständige, die ein geringes Einkommen erzielen, nutzen nicht die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung.

II. Haftung des Dritten

Ist die Selbstständigkeit des Leistenden gewahrt, ist für das Einsatzunternehmen die Rolle des Dritten von erheblicher Bedeutung. Aufgrund der Selbstständigkeit besteht zwar nicht die Gefahr, dass das Unternehmen Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis ausgesetzt ist. Für das Unternehmen geht es aber darum, wer im Falle einer Schlecht- oder Nichtleistung haftet. Dies spielt insbesondere in der IT-Branche eine Rolle. Da die IT das gesamte Unternehmen vernetzt, können fehlerhafte Leistungen Folgeschäden nach sich ziehen und somit erhebliche Kosten verursachen.

⁶²⁷ Die Beiträge werden nicht wie bei Beschäftigten gemäß § 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI hälftig von Arbeitnehmer und Arbeitgeber getragen.

⁶²⁸ BSG v. 10.8.2000, NJW 2001, 1965; *Schlegel*, NZA-Beilage 1/2016, 13; *Waltermann*, Sozialrecht, Rn. 108, auf diese Weise wird auch die „Breite der Risikogemeinschaft“ (*Waltermann*, aaO.) gewährleistet; in der Praxis kommt es vor allem vor, dass Selbstständige selbst keine ausreichende Vorsorge betreiben und dann im Alter auf Sozialhilfe aus den Sozialkassen angewiesen sind, wodurch letztlich die Allgemeinheit die fehlende Voraussicht Einzelner kompensieren muss. Aus diesem Grund besteht in bestimmten Bereichen selbstständiger Tätigkeit eine Pflichtversicherung, z.B. Künstlersozialkasse.

1. Der Dritte als Vermittler

Der Dritte haftet als Vermittler nicht für die konkrete Leistung. Auch bei Nichtleistung hat der Vermittler keinen Ersatz zu beschaffen, da das Schuldverhältnis mit dem einmaligen Zusammenführen erfüllt ist.

2. Der Dritte als Dienstverschaffer

Als Dienstverschaffer haftet der Dritte zwar nicht für eine Schlechtleistung, wohl aber für die entsprechende Qualifikation des Leistenden. Bei Ausfall des Leistenden muss er Ersatz beschaffen. Kann er dies nicht, haftet er wegen Nichtleistung aus dem Schuldverhältnis nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB bzw. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB. Je mehr das Unternehmen bei der Auswahl mitwirkt (und je weniger der Dritte das Personalbeschaffungsrisiko also wirklich trägt), umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Haftung des Dritten in Betracht kommt. Haftungsfälle ergeben sich vor allem, wenn der Leistende die Leistung nicht ordnungsgemäß erbringt. Es geht um vertragliche Ansprüche. Mangels vertraglicher Pflicht der Dritten zur Erbringung der konkreten Arbeitsleistung muss sich das Unternehmen an den Selbstständigen direkt halten. Dieser ist es auch, der die Leistung erbringt. Eine vertragliche Beziehung wurde im Vorfeld vermieden.⁶²⁹ Ist der Dritte Dienstverschaffer, entsteht – auch wenn dies nicht explizit im Vorfeld vereinbart wurde – ein Vertragsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Unternehmen. Aus diesem Vertragsverhältnis ergibt sich der Anspruch des Unternehmens auf die ordnungsgemäße Leistungserbringung und korrespondierend dazu die Haftung bei Schlechtleistung. Ein vertraglicher Anspruch ergibt sich also aus einem (konkulent) geschlossenen Vertrag mit dem Einsatzunternehmen.

⁶²⁹ Eine direkte Vertragsbeziehung wurde versucht zu vermeiden, siehe 2. Teil, B., III., 2. Mit diesem Argument kann man auch einen konkludenten Vertragsschluss ablehnen. Das führt dann dazu, dass das Unternehmen keinerlei vertragliche Ansprüche in Bezug auf die konkrete Leistung hat. Bei außervertraglichen Ansprüchen ist zu beachten, dass reine Vermögensschäden nur in Ausnahmefällen (§ 823 Abs. 2, § 826 BGB) berücksichtigt werden.

3. Der Dritte als Werkunternehmer

Als Werkunternehmer schuldet der Dritte dem Unternehmen den konkreten Leistungserfolg. Tritt dieser Erfolg nicht wie gewünscht ein, haftet er.⁶³⁰ Ist der Dritte Werkunternehmer, wird ihm die Leistung des Leistenden gemäß § 278 BGB zugerechnet. Gegenüber dem Unternehmen ist nur der Dritte, nicht aber der Leistende direkt für die Leistungserbringung verantwortlich. Er haftet dem Dritten vertraglich aus §§ 633 ff. BGB.⁶³¹ Wird also ein Contracting (holländisches Modell) in der Praxis ordnungsgemäß, wie in den Verträgen vereinbart, durchgeführt, hat das Einsatzunternehmen gegenüber dem Selbstständigen keinerlei Haftungs- oder Erfüllungsansprüche. Realistisch ist ein solcher Verzicht auf direkte Ansprüche nur, wenn der Dritte als Gewährleistungsschuldner womöglich eine höhere Liquidität aufweist.

B. Arbeitsverhältnis bei abhängiger Arbeit

In einer Zwei-Personen-Konstellation kann sich das Abhängigkeitsverhältnis nur zum leistungsempfangenden Unternehmen ergeben. In einer Drei-Personen-Konstellation kann das Abhängigkeitsverhältnis zu einem Dritten oder zu dem leistungsempfangenden Unternehmen bestehen. Der vermeintliche Freelancer steht dann in einem Arbeitsverhältnis zum Unternehmen oder zum Dritten. Aus dem Tatbestand eines Arbeitsverhältnisses ergeben sich spezielle Rechte und Pflichten.

I. Rechtliche Folgen eines Arbeitsverhältnisses

Zunächst ist festzustellen, welche Auswirkungen die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses für die Parteien hat.

⁶³⁰ Beauftragt ein Unternehmen mehrere Werkunternehmer haften diese ggf. als Gesamtschuldner, vgl. zuletzt OLG Düsseldorf v. 23.10.2015, NJW 2016, 168.

⁶³¹ Bei einer Nebenpflichtverletzung haftet der Dritte aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 631 BGB. Handelt es sich um freie Dienstverträge, sind die Haftungsvorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts anwendbar.

1. Arbeitsrechtliche Folgen

Das Arbeitsrecht sieht Regelungen zum Schutz der Leistenden vor. Der Leistende, der seine Selbstständigkeit in Bezug auf eine Arbeitsleistung und damit auch seine Unabhängigkeit in Bezug auf die Gestaltung seines Arbeitslebens aufgibt, soll für diese Einschränkungen Kompensation erhalten. Besteht ein Arbeitsverhältnis, finden die Regelungen des Gesetzes über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) Anwendung. Anders als ein Selbstständiger, der nur vergütet wird, wenn er auch leistet, hat ein Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs. 1 EFZG einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Auch hat er gemäß § 1 BUrlG Anspruch auf bezahlten Urlaub. Einem Arbeitnehmer kommt, wenn die Voraussetzungen gemäß §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG erfüllt sind, der Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes zugute. Der Arbeitgeber kann dann das Arbeitsverhältnis nicht nach dem Grundsatz der freien Kündigung – unter Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß § 622 BGB – kündigen, sondern muss darlegen, dass die Kündigung i.S.d. § 1 Abs. 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist. Gerade die Einschränkung der freien Kündigungsmöglichkeit kann für ein Unternehmen große (finanzielle) Auswirkungen haben. Kündigungen, die lediglich auf Kosteneinsparungen beruhen und nicht ausreichend begründet sind, sind rechtsunwirksam.⁶³² Weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen sind die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß AGG und Regelungen, die aus betrieblicher Übung resultieren.⁶³³ Als Arbeitnehmer besteht ein Anspruch auf Tariflohn.⁶³⁴ Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, anstatt der „geplanten“ Selbstständigkeit eines Freelancers, hat für ihn jedoch nicht nur Vorteile. Stellt sich heraus, dass der Freelancer nicht selbstständig, sondern Arbeitnehmer des

⁶³² Der Arbeitgeber muss einen Produktionsrückgang oder eine Reduzierung des Arbeitsvolumens geltend machen, wodurch es zu einem dauerhaften Überhang von Arbeitskräften kommt. Eine unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers ist dann nur dahingehend überprüfbar, ob sie „*offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich*“ ist, BAG v. 23.2.2012, BeckRS 2012, 72167. Kurzfristige Auftragslücken sind nicht ausreichend, ArbG Solingen v. 20.2.2014, LAGE Nr. 12 zu § 10 AÜG. Von der unternehmerischen Freiheit gedeckt, ist die Entscheidung IT-Arbeitsplätze abzubauen, wenn die Leistung in Zukunft von der Firmenzentrale oder externen Dienstleistern erbracht werden soll, LAG Hamm v. 10.3.2011, BeckRS 2011, 71772.

⁶³³ Des Weiteren kann ein Arbeitnehmer Einfluss auf die Betriebsverfassung nehmen.

⁶³⁴ BAG v. 27.7.2010, BB 2011, 572 ff.

Einsatzunternehmens ist, kann sich seine Vergütung verringern.⁶³⁵ Die Vergütung eines Arbeitnehmers wird dann an die tarifvertraglich übliche Vergütung angepasst⁶³⁶ oder an die, die Arbeitnehmer erhalten, die eine vergleichbare Tätigkeit ausüben.⁶³⁷

2. Sozialversicherungsrechtliche Folgen

In Konstellationen, in denen die Beteiligten von einer Selbstständigkeit des Leistenden ausgegangen sind, kann eine veränderte Durchführung weitreichende sozialversicherungsrechtliche Folgen nach sich ziehen.⁶³⁸

Die Beitragspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung knüpft an die „Beschäftigung“ i.S.d. § 7 SGB IV an.⁶³⁹ Gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV muss es sich um „nichtselbstständige Arbeit“ handeln. In Satz 2 werden als Anhaltspunkte „eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“ genannt. Entscheidend sind die tatsächlichen Verhältnisse, aus denen sich eine Eingliederung ergeben muss.⁶⁴⁰ In den meisten Fällen verlaufen die sozialversicherungsrechtliche und die arbeitsrechtliche Bewertung parallel. Wie sich aus Satz 1 (2. Teil) ergibt, handelt es sich um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung u.a. dann, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt.⁶⁴¹

Während ein Freelancer keine sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung ausübt, ist ein Arbeitnehmer ein sozialversicherungsrechtlich entgeltlich Be-

⁶³⁵ BAG v. 21.1.1998, NZA 1998, 594, 595.

⁶³⁶ *Freckmann*, DB 2013, 459, 463.

⁶³⁷ *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, 169, 176.

⁶³⁸ Vgl. aktuell *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 210 ff.; *Dies.*, NZS 2015, 251 ff.; *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914 ff.

⁶³⁹ Die „Beschäftigung“ ist für jeden Zweig der Sozialversicherung gesondert zu bestimmen, BSG v. 11.3.2009, NJOZ 2010, 195, 197.

⁶⁴⁰ BSG v. 16.3.1972, BSGE 34, 111, 113; v. 24.5.1972, AP Nr. 9 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; BGH v. 4.9.2013, NSTZ 2014, 321, 322; *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 252.

⁶⁴¹ Es liegt jedoch nicht jeder Beschäftigung ein Arbeitsverhältnis zugrunde („insbesondere“, S. 1). Es können sich also Unterschiede zwischen einer arbeitsrechtlichen und einer sozialversicherungsrechtlichen Bewertung ergeben. Ein solcher Fall ist das fehlerhafte Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeiter im Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, *Schüren/Hamann/Schüren*, § 10 Rn. 144 ff. Siehe zu den weiteren Fällen, in denen eine Beschäftigung, aber kein Arbeitsverhältnis vorliegt, *Müller-Gugenberger/Thul*, § 38 Rn. 40 ff.

schäftigter gemäß §§ 7 Abs. 1, 14 Abs. SGB IV und folglich sozialversicherungspflichtig. Als dann abhängig Beschäftigter ist der Leistende gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V krankenversicherungspflichtig. Daran schließt sich gemäß §§ 1 Abs. 2, 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI die Pflegeversicherungspflicht an. Die Rentenversicherungspflicht für den Beschäftigten ergibt sich aus § 1 S. 1 Nr. 1 Hs. 1 SGB VI.⁶⁴² Als Beschäftigter im Sinne des § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III besteht eine Versicherungspflicht für die Arbeitslosenversicherung gemäß § 24 Abs. 1 SGB III. Unfallversicherungspflichtig ist der Leistende gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

Stellt sich der Status des Leistenden entgegen der Vereinbarung als Beschäftigter im Sinne des § 7 SGB IV heraus, kann dies für den „neuen“ Arbeitgeber die Folge haben, dass er gemäß § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen hat.⁶⁴³ Dies kann als Arbeitgeber das Unternehmen oder den Dritten treffen.⁶⁴⁴ Liegt ein Leiharbeitsverhältnis vor und handelt es sich somit um eine Arbeitnehmerüberlassung, ist nach der Gesetzesänderung zum 1.4.2017 nicht mehr der Dritte als Verleiher der Arbeitgeber, sondern gemäß §§ 10, 9 Abs. 1 Nr. 1a, 1 Abs. 1 Nr. 5 AÜG das Unternehmen als Entleiher. Es besteht nicht mehr nur die subsidiäre Haftung nach § 28e Abs. 2 S. 1 SGB IV, sondern eine direkte Beitragshaftung.⁶⁴⁵ Daran ändert gemäß § 9 Abs. 3 S. 4 AÜG auch eine etwaige Festhaltungserklärung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1b a.E. nichts. Die Nachzahlungspflicht des Gesamtsozialversicherungsbeitrages stellt ein hohes Kostenrisiko dar.⁶⁴⁶ Bemessungsgrundlage ist das Entgelt aus der

⁶⁴² Ist der Leistende Arbeitnehmer des Unternehmens, können sich auch Ansprüche aus einem betrieblichen Rentensystem ergeben, *Freckmann*, DB 2013, 459, 463.

⁶⁴³ Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag setzt sich gemäß § 28d S. 1 SGB IV aus den Beiträgen zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung zusammen. Er umfasst sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil. Bei ordnungsgemäßer Durchführung führt der Arbeitgeber beide Anteile ab und zieht folglich den Arbeitnehmeranteil vom Lohn des Arbeitnehmers ab.

⁶⁴⁴ Zumeist handelt es sich um eine Gesellschaft, eine juristische Person, die zur Nachzahlung verpflichtet ist. Es kann sich aber auch eine persönliche Haftung ergeben. Ein Geschäftsführer haftet dann nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266a, 14 Abs. 1 StGB.

⁶⁴⁵ Daneben haftet der Verleiher gesamtschuldnerisch nach § 28e Abs. 2 S. 3, 4 SGB IV, soweit er Entgelt an den Leistenden zahlt.

⁶⁴⁶ SG Berlin v. 9.7.2015, S 143 KR 1920/12, juris. Dies gilt vor allem, wenn sich die Contracting-Konstruktion als illegale Arbeitnehmerüberlassung herausstellt (dazu *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 257) oder eine Vermittlung in der Form vorliegt, dass der Dritte lediglich Strohmännchen ist. In beiden Fällen wird der Dritte keine Beiträge zur Sozialversicherung ge-

versicherungspflichtigen Tätigkeit.⁶⁴⁷ Hinzu kommen Säumniszuschläge gemäß § 24 Abs. 1 SGB IV.⁶⁴⁸

Keine sozialversicherungsrechtliche, aber dennoch eine finanziell einschneidende Folge können Steuernachzahlungen sein. Bei Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit ist gemäß § 38 Abs. 1 EStG Lohnsteuer zu zahlen. Schuldner der Lohnsteuer ist zwar der Arbeitnehmer gemäß § 38 Abs. 2 EStG. Die Lohnsteuer wird aber vom Arbeitgeber einbehalten. Behält er die Lohnsteuer nicht ein, haftet er gemäß § 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG dafür. Auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gesamtschuldner sind (§ 42d Abs. 3 S. 1, 2 EStG), wird das Finanzamt im Zweifel auf das finanzstarke Unternehmen zurückgreifen. Das Einsatzunternehmen haftet dann für die Lohnsteuer, obwohl nach der Vertragsgestaltung davon ausgegangen war, dass der Leistende selbstständig ist und seine Steuerpflichten selbst zu erfüllen hat.⁶⁴⁹ Stellt sich die Konstellation als Arbeitnehmerüberlassung heraus, haftet neben dem Verleiher als Arbeitgeber auch der Entleiher gemäß § 42d Abs. 6 S. 1, 4, 5 EStG als weiterer Gesamtschuldner.⁶⁵⁰ Die

zahlt haben. Eine gesamtschuldnerische Befreiung gemäß § 28e Abs. 2 S. 3, 4 SGB IV durch Zahlung eines Verleihers liegt dann nicht vor. Auch fehlt es in der Strohmännchen-Konstruktion an einem „Verleiher“ i.S.d. § 28e Abs. 2 S. 3, 4 SGB IV. Der gesamte Beitrag muss vom Unternehmen nachgezahlt werden.

⁶⁴⁷ BGH v. 16.04.2014, NJW 2014, 1975, 1977. Handelt es sich um ein „illegales Beschäftigungsverhältnis“ i.S.d. § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV (liegt vor, wenn die Vertragskonstruktion zumindest bedingt vorsätzlich gewählt wurde, um Beiträge zu hinterziehen, *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 254) kommt es zu einer Hochrechnung des vereinbarten Nettoentgeltes, BGH, aaO. Siehe zur Berechnung der Beitragsschuld *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 254; *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1916. Im Falle einer legalen Arbeitnehmerüberlassung ist zu beachten, dass der Leiharbeiter gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG (vormals gemäß § 10 Abs. 4 AÜG) einen Anspruch auf *equal pay* bzw. ggf. auf ein tarifvertraglich geregeltes Entgelt hat, BSG v. 16.12.2015, AuR 2016, 84. Dieses Entgelt ist zu ermitteln und dann der Berechnung der Beitragsschuld zugrunde zu legen, siehe dazu *Müller-Wenner*, Anm. zu BSG v. 16.12.2015, AuR 2016, 84 f.; *Schlegel*, NZA 2011, 380, 385; *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 255 f.

⁶⁴⁸ *Lanzinner/Nath*, NZS 2015, 251, 254. Pro Jahr werden Säumniszuschläge in Höhe von 12 % der Beitragsschuld fällig. Dies führt zu einer erheblichen Steigerung der Beitragsschuld. Beitragsschulden in Millionenhöhe sind bei einer Vielzahl von beitragsfrei Beschäftigten keine Seltenheit, siehe Berechnung bei *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1916 f., der auch daraus hinweist, dass Insolvenzdelikte die Folge sein können.

⁶⁴⁹ In vielen Fällen – v.a. bei geringer Vergütung – wird der Leistende dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sein, vgl. *Schüren/Riederer von Paar*, Anm. zu BGH v. 25.6.2002, SAE 2004, 61.

⁶⁵⁰ Dies gilt, wenn zwar eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt, der Entleiher aber seinen Mitwirkungspflichten nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 lit. d EStG nicht nachgekommen ist.

derzeitige Ausnahme, das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 42d Abs. 6 S. 1 EStG, muss dahingehend erweitert werden, dass auch die weiteren Voraussetzungen einer legalen Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1, 1a, 1b AÜG vorliegen, um eine Haftung des Entleihers zu verhindern.

3. Sanktionierung rechtlichen Fehlverhaltens

Wird eine Konstellation missbräuchlich eingesetzt, können eine Verletzung von strafrechtlichen Vorschriften oder ein Verstoß gegen Ordnungswidrigkeitstatbestände vorliegen.

Enthält der Arbeitgeber Beiträge zur Sozialversicherung der Einzugsstelle vor, kann eine Strafbarkeit gemäß § 266a StGB vorliegen.⁶⁵¹ Da es sich um ein echtes Sonderdelikt handelt, kommt als Täter nur der „Arbeitgeber“ in Betracht.⁶⁵² Eine Pflicht zur Zahlung von Beiträgen zur Sozialversicherung (vgl. § 28e Abs. 1 SGB IV) obliegt nur dem Arbeitgeber, der Arbeitgeber nach dem Sozialrecht ist. Der Arbeitgeberbegriff in § 266a StGB ist also akzessorisch zum Sozialrecht.⁶⁵³ Nach dem Sozialrecht ist Arbeitgeber „*derjenige, für den in persönlicher Abhängigkeit Dienste erbracht werden*“⁶⁵⁴. Es kommt also darauf an, ob der Leistende im Verhältnis zum Arbeitgeber eine abhängige Beschäftigung ausübt. Da diese „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ vorliegt (§ 7 Abs. 1 S. 1, 2. Teil SGB IV), ist es verständlich, dass mittelbar (auch) auf die arbeits-

Den Entleiher trifft aber nur eine subsidiäre Haftung gemäß § 42d Abs. 6 S. 6 EStG, wenn die Vollstreckung in das Vermögen des Arbeitgebers erfolglos war oder nicht erfolgsversprechend ist. Liegt eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor, haftet der Entleiher als Arbeitgeber und der Verleiher als Gesamtschuldner (§ 42d Abs. 6, 7 EStG).

⁶⁵¹ § 266a StGB beinhaltet die gravierendste Rechtsfolge eines Beitragsverstoßes. Enthält der Arbeitgeber gemäß § 266a Abs. 1 StGB Arbeitnehmeranteile der Einzugsstelle vor, kann es zu einer Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren kommen. Das Gleiche gilt gemäß § 266a Abs. 2 StGB auch, wenn der Arbeitgeber im Täuschungsfall eigene Beiträge nicht abführt. In besonders schweren Fällen kann es gemäß § 266a Abs. 4 S. 1 StGB sogar zu einer Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren kommen. In der Praxis sind Haftstrafen selten, siehe aber LG Oldenburg v. 8.7.2004, wistra 2005, 117 ff. (bei vorenthaltenen Arbeitnehmeranteilen i.H.v. 2.439.458,07 EUR).

⁶⁵² Bzw. eine dem Arbeitgeber gleichgestellte Person (Abs. 5), *Fischer*, § 266a Rn 3.

⁶⁵³ BGH v. 16.4.2014, NJW 2014, 1975, 1976; *Fischer*, § 266a Rn. 9a; *Greeve*, NSTZ 2013, 588, die betont, dass die Akzessorietät zum Sozial- und nicht zum Arbeitsrecht besteht; ebenso Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 40.

⁶⁵⁴ BSG v. 16.3.1972, AP Nr. 9 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

rechtliche Bewertung abgestellt wird.⁶⁵⁵ Liegt nach der tatsächlichen Durchführung ein Arbeitsverhältnis zum Dritten oder zum Unternehmen vor, ist auch eine sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung gegeben. Der Dritte oder das Unternehmen ist dann Arbeitgeber im Sinne des § 266a StGB.

Die Arbeitgeberstellung ist im strafrechtlichen Verfahren eigenständig zu ermitteln. Auch wenn eine Sozialrechtsakzessorietät besteht, ist ein Rückgriff auf die Entscheidung der Sozialgerichte oder das Ergebnis eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV nicht möglich. Diese Entscheidungen haben keine Bindungswirkung.⁶⁵⁶

Arbeitgeber wird in der Regel eine juristische Person sein. Als Täter (oder Teilnehmer) einer Straftat kommt die Gesellschaft nicht in Betracht. Eine strafrechtliche Handlungsfähigkeit haben nur natürliche Personen.⁶⁵⁷ Gemäß § 14 Abs. 1 StGB ist § 266a StGB jedoch auch auf den Vertreter der Gesellschaft anzuwenden.⁶⁵⁸ Hieraus resultiert eine persönliche Verantwortlichkeit.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Vgl. Formulierung „Wer Arbeitgeber iSv § 266 a StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das seinerseits diesbezüglich auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt“, BGH v. 16.4.2014, NJW 2014, 1975, 1976.

⁶⁵⁶ Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 17. In der Praxis kommt der Tätigkeit der Rentenversicherung entscheidende Bedeutung zu. Nachforschungen der Rentenversicherungen sind regelmäßig der Ausgangspunkt strafrechtlicher Ermittlungen, Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 23. Eine Strafbarkeit muss aber ausscheiden, wenn ein höchstinstanzliches sozialgerichtliches Urteil vorliegt, welches die Sozialversicherungspflicht verneint. Da es sich bei § 266a StGB um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, muss die Erfüllung der Handlungspflicht dem Täter möglich sein, *Fischer*, § 266a Rn. 14. Hat das BSG entschieden, dass die Sozialversicherungspflicht nicht besteht, kann diese auch nicht erfüllt werden. Ist Anlass der Ermittlungen eine Entscheidung der Rentenversicherung oder ein Urteil der Sozialgerichte, ist darin kein Verstoß gegen die „Unschuldsvermutung“ zu sehen, so aber *Tuengerthal/Geißer*, BB 2014, 1845, 1847. Selbst wenn sich aus einer Entscheidung ein Anfangsverdacht ergibt, muss die Strafjustiz selbstständig ermitteln. Bis zur Verurteilung gilt die Unschuldsvermutung.

⁶⁵⁷ Lackner/*Kühl/Kühl*, § 14 Rn. 1a.

⁶⁵⁸ BGH v. 16.4.2014, NJW 2014, 1975 ff.; Dies gilt auch für einen faktisch verantwortlichen Geschäftsführer, str., so BGH v. 28.5.2002, NStZ 2002, 548, 549; *Fischer*, § 266a Rn. 5 f., nicht aber für den Schein-Geschäftsführer, der keine tatsächlichen Befugnisse hat, OLG Hamm v. 10.2.2000, NStZ-RR 2001, 173, 174; dieser kann Mittäter sein, Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 32.

⁶⁵⁹ So kann sich z.B. der Geschäftsführer einer GmbH gemäß §§ 266a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 35 GmbHG des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen strafbar gemacht haben.

Der Arbeitgeber bzw. der Vertreter muss vorsätzlich im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handeln. Vorsatz ist gegeben, wenn der Täter die Umstände kennt, die den objektiven Tatbestand begründen. Ihm müssen die Tatsachen bekannt sein, die eine Arbeitgeberstellung im Sinne des § 266a StGB begründen.⁶⁶⁰ In Einzelfällen kommt bei einer falschen rechtlichen Bewertung ein Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB in Betracht.⁶⁶¹ Ein Verbotsirrtum verhindert eine Strafe jedoch nur, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Ein Unternehmen kann sich jederzeit Rechtsrat einholen, sodass ein Irrtum in den allermeisten Fällen vermeidbar ist.⁶⁶²

Der neue Arbeitgeber kann sich des Betruges gemäß § 263 StGB strafbar gemacht haben, wenn dem Leistenden der Nettolohn nicht ausgezahlt wurde.⁶⁶³ Handelt es sich um Schwarzarbeit, kommt eine Strafbarkeit nach § 370 AO in Form der Steuerhinterziehung in Betracht. Das Gleiche gilt, wenn die Lohnsteuer nicht ordnungsgemäß gezahlt wird. Des Weiteren befinden sich spezielle Straftatbestände in § 15 AÜG, §§ 10, 11 SchwarzArbG und §§ 404 ff. SGB III.

Auch der Leistende kann strafrechtlich belangt werden. Wirkt er wohlwissend an einer Konstruktion mit, die zu einem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen führt, kann er als Teilnehmer (§§ 26, 27 StGB) bestraft werden. In Betracht kommt aber auch eine Strafbarkeit aufgrund eines Sozialversicherungsbetruges nach § 263 StGB, wenn der Status gegenüber dem Sozialhilfeträger nicht richtig angezeigt wird und daraufhin Sozialleistungen erbracht werden.

Neben der persönlichen Haftung der Straftatbestände spielen für die Unternehmen insbesondere die (hohen) Bußgelder eine Rolle. Handelt es sich bei der

⁶⁶⁰ BGH v. 4.9.2013, NStZ 2014, 321, 322. Dies ist der Fall, wenn eine Vertragskonstruktion nur gewählt wurde, um die eigentliche Arbeitgeberstellung zu verschleiern.

⁶⁶¹ BGH v. 7.10.2009, NStZ 2010, 337, 338.

⁶⁶² Unvermeidbar ist ein Irrtum jedoch, wenn eine von der strafrechtlichen Bewertung abweichende Bewertung durch ein Sozialgericht oder die Rentenversicherung vorliegt. Insofern kommt es im Ergebnis doch zu einer Bindung sozialversicherungsrechtlicher Entscheidungen, Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 17. Eine vorsätzliche Falschberatung durch Rechtsanwälte etc. kann dazu führen, dass die Berater nicht nur zivilrechtlichen Schadensersatzforderungen ausgesetzt sind, sondern auch Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) zu einer Beitragshinterziehung leisten. Siehe zu den erheblichen Risiken der Berater, Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 241.

⁶⁶³ Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 11b.

praktizierten Konstellation um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung, finden die Ordnungswidrigkeitstatbestände des § 16 AÜG Anwendung. Dies kann gemäß § 16 Abs. 2 AÜG zu Geldbußen bis zu 500.000 EUR führen. Ein Verstoß gegen die Meldepflichten des Arbeitgebers (§ 28a SGB IV⁶⁶⁴), können als Ordnungswidrigkeit gemäß § 111 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB IV zu einem Bußgeld von 25.000 EUR führen. Hat weder das Unternehmen noch der Leistende Sozialversicherungsbeiträge oder sonstige Steuern abgeführt, hat der Leistende Schwarzarbeit gemäß § 1 Abs. 2 SchwarzArbG geleistet. Dies kann zu einem Bußgeld bis zu 300.000 EUR führen, § 8 Abs. 3 SchwarzArbG.

Stellt sich heraus, dass der Leistende als abhängig Beschäftigter tätig wird, gibt es folglich einen Arbeitgeber. Für diesen kann diese Feststellung weitreichende finanzielle Folgen haben.

II. Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen

Für den Arbeitnehmer ergeben sich aus einem Arbeitsverhältnis weitreichende Rechte, insbesondere wenn das Unternehmen aufgrund seiner Größe mehr Sicherheit bietet, z.B. im Hinblick auf Arbeitsplatzstabilität aufgrund gesicherter wirtschaftlicher (Vermögens-)Verhältnisse oder Arbeitsbedingungen durch Anwendung spezieller Gesetze und tariflicher Regelungen. Für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung hat die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses den Vorteil, dass auf eine Beschäftigung geschlossen werden kann (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1, 2. Teil SGB IV).

Ein Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen ist denkbar, wenn der Dritte als Verleiher einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung oder als Vermittler auftritt. In beiden Fällen ermöglicht er es einem Unternehmen, auf die unselbstständigen Dienste eines Arbeitnehmers zuzugreifen.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ Siehe Verweise in § 200 I SGB V, §§ 190 ff., 281c SGB VI.

⁶⁶⁵ Thüsing/*Waas*, § 1 Rn. 88.

1. Illegale Arbeitnehmerüberlassung

Handelt der Dritte als Verleiher und liegt eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor, besteht aufgrund der gesetzlichen Fiktion der §§ 9, 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen.

Erfolgt ein Einsatz des Leistenden im Rahmen einer Drei-Personen-Konstellation, wird in vielen Fällen beabsichtigt, dass zwischen dem Leistenden und dem leistungsempfangenden Unternehmen gerade keine arbeitsvertragliche Beziehung entsteht. Dennoch setzt das Unternehmen den Leistenden wie einen eigenen Arbeitnehmer nach seinen Vorstellungen ein. Um die Rechtsfolgen des AÜG anwenden zu können, muss der Tatbestand einer Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Aus der tatsächlichen Durchführung muss sich das Vorliegen eines Leiharbeitsvertrages und eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ergeben. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sieht einen gesetzlich geregelten Fall vor, in dem trotz Fehlen eines Arbeitsvertrages kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger zustande kommt. Gemäß § 10 Abs. 1 AÜG wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer fingiert, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 AÜG unwirksam ist. Nach Änderung des AÜG zum 1.4.2017 ist dies nicht mehr nur der Fall, wenn der Verleiher nicht über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 AÜG verfügt (§ 9 Nr. 1 AÜG), sondern auch dann, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nicht offengelegt (§ 9 Nr. 1a AÜG) oder die zulässige Höchstüberlassungsdauer überschritten wurde (§ 9 Nr. 1b AÜG). Für diese speziellen Fälle sieht das Gesetz eine gesetzliche Fiktion vor. Es kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zustande, welches in der Regel auf die Dauer der Überlassung befristet sein wird.⁶⁶⁶

Durch die Gesetzesänderung hat sich auch die Diskussion erübrigt, ob eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung mit vorsorglich eingeholter Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der illegalen Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt werden sollte, sodass die entsprechende Rechtsfolge der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1

⁶⁶⁶ Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 728.

AÜG a.F. gegriffen hätte.⁶⁶⁷ Nach alter Rechtslage gab es keine Handhabung für derartige Fälle.⁶⁶⁸ Eine direkte Anwendung der gesetzliche Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG schied aus, da die Norm nur an die Unwirksamkeit der Verträge aufgrund fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 9 Nr. 1 AÜG a.F. anknüpfte.⁶⁶⁹ Eine vorsorglich eingeholte Überlassungserlaubnis lag aber in den meisten Fällen vor⁶⁷⁰ und war auch nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen wirksam.⁶⁷¹ Dennoch erschien es widersprüchlich, dass Unternehmen sich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis einholten, nach der Vertragsgestaltung gerade keine Arbeitnehmerüberlassung praktizierten und sich erst dann auf die Arbeitnehmerüberlassung und die Erlaubnis beriefen, wenn sich die gewählte, scheinbar gelebte Konstruktion unter keinen Umständen mehr als tragbar erwies. Durch die Einführung der Pflicht zur Offenlegung (§ 1 Abs. 1 S. 5, 6

⁶⁶⁷ So vertreten von LAG Baden-Württemberg v. 3.12.2014, NZA-RR 2015, 177 ff.; v. 22.11.2012, BeckRS 2013, 67254; *Düwell*, ZESAR 2011, 449; *Brose*, DB 2014, 1739 ff.

⁶⁶⁸ *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449 ff.; *Schüren*, Gemeinsame Anm. zu LAG Baden-Württemberg v. 3.12.2014, LAGE Nr. 14 zu § 10 AÜG und LAG Baden-Württemberg v. 7.5.2015, LAGE Nr. 15 zu § 10 AÜG; *Baeck/Winzer*, NZA 2015, 269 ff.; *Ulrici*, BB 2015, 1209 ff.; *Bissels/Falter*, DB 2015, 1842 ff.; *Seier*, DB 2015, 494 ff.

⁶⁶⁹ Darüber hinaus war die Erlaubnis auch nicht nur auf eine vorübergehende Überlassung beschränkt, BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196, 197; a.A. LAG Berlin-Brandenburg v. 9.1.2013, NZA-RR 2013, 234 ff. Eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 AÜG schied ebenfalls aus, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlte, *Hamann/Rudnik*, NZA 2015, 449, 451; *Schüren*, Gem. Anm. zu LAG Baden-Württemberg v. 3.12.2014, LAGE Nr. 14 zu § 10 AÜG und LAG Baden-Württemberg v. 7.5.2015, LAGE Nr. 15 zu § 10 AÜG. Bezüglich einer Analogie kann auf die Ausführungen des BAG zu einer nicht vorübergehenden Überlassung (BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196; v. 29.4.2015, AP Nr. 37 zu § 1 AÜG) verwiesen werden, ArbG Stuttgart v. 8.4.2014, BB 2014, 1980, 1982.

⁶⁷⁰ *Schüren*, NZA 2013, 176 ff. In der Regel drängten die leistungsempfangenden Unternehmen darauf, dass die Verleiher sich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis einholten (bzw. Berater empfehlen es, *Niklas/Schauß*, BB 2014, 2805, 2806; *Scharff*, Anm. zu ArbG Stuttgart v. 8.4.2014, BB 2014, 1980, 1983) oder es handelte sich um sog. Mischunternehmen, die bereits eine Erlaubnis erteilt bekommen hatten, vgl. *Schüren/Hamann/Hamann*, § 1 Rn. 114.

⁶⁷¹ Eine materiell-rechtlichen Durchbrechung der formalen Wirksamkeit der bestehenden Erlaubnis gemäß § 242 BGB (vgl. LAG Baden-Württemberg v. 3.12.2014, NZA-RR 2015, 1774 ff.) widersprach sowohl verwaltungsrechtlichen als auch überlassungsrechtlichen Grundsätzen. Auch eine verdeckten Arbeitnehmerüberlassung unterfiel dem Sanktionssystem des AÜG, das nicht nur aus dem Widerruf (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG) bestand, sondern auch Bußgelder (vgl. § 16 AÜG) und Gleichstellungsansprüche (§ 10 IV AÜG) beinhaltete, vgl. *Schüren*, Gemeinsame Anm. zu LAG Baden-Württemberg v. 3.12.2014, LAGE Nr. 14 zu § 10 AÜG und LAG Baden-Württemberg v. 7.5.2015, LAGE Nr. 15 zu § 10 AÜG.

AÜG) und der daran anknüpfenden Rechtsfolge (§§ 10 Abs. 1, 9 Nr. 1a AÜG) verhindert der Gesetzgeber nunmehr dieses widersprüchliche Verhalten.

2. Vermittlung

Wird eine Vermittlung offen praktiziert, kommt es nach der Vermittlungshandlung des Dritten zum Abschluss eines Arbeitsvertrages. Schwieriger gestaltet sich die Situation jedoch, wenn sich eine Vermittlung erst aufgrund der tatsächlichen Durchführung ergibt. Ausdrückliche Vertragsbeziehungen bestehen dann nur zwischen dem Leistenden und dem Dritten sowie dem Dritten und dem Unternehmen.

Ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem leistungsempfangenden Unternehmen bedarf einer dogmatischen Begründung.⁶⁷² Es kann sich aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, eines Vertrages oder durch § 242 BGB ergeben.

a. Gesetzliche Grundlage

Vorrangig zu untersuchen ist, ob sich ein Arbeitsverhältnis aus dem Gesetz ergibt. Fingiert das Gesetz zwingend ein Arbeitsverhältnis, ist diese Fiktion gegenüber Individualabreden vorrangig. Gestützt wird dieses Vorrangverhältnis von der Tatsache, dass Privatautonomie nur in den Grenzen der rechtlichen Ordnung ausgeübt werden kann.⁶⁷³ Gesetzliche Regelungen, die zur Begrün-

⁶⁷² Im Falle einer verdeckten Vermittlung besteht kein originäres Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis muss rechtlich begründet werden. Vielfach wird auf die dogmatische Begründung des Arbeitsvertrages nicht weiter eingegangen (vgl. *Van Venrooy*, NZA 2011, 670, 672: Ein Arbeitsgericht werde „unabhängig vom Vorliegen einer AÜG-Problematik das Arbeitsverhältnis annehmen“; *Behrend*, BB 2001, 2641, 2643: „...Arbeitsverhältnis zum Einsatzunternehmen, z.B. mit dem erstmaligen Einsatz des Leistenden bei diesem vorliege“; *Schüren/Hamann/Schüren*, Einl. Rn. 14: „Bei einer Arbeitsvermittlung kommt stets ein Arbeitsverhältnis zustande“; vgl. auch *Ulber/J. Ulber*, Einl. D Rn. 47; *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745; *Behrend/Schüren*, NZA 2003, 521, 526. Es wird wohl überwiegend von einem konkludenten Vertragsschluss ausgegangen (dazu 5. Teil, B., II., 2. b.). Dies ist nicht unproblematisch, da es sich vordergründig um eine Drei-Personen-Konstellation handelt. Neben einem Rechtsformzwang spielt der Wechsel des Vertragspartners eine Rolle.

⁶⁷³ *Lorenz*, S. 16, 19.

dung eines Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen, sind § 1 Abs. 2 AÜG, § 10 AÜG, § 117 Abs. 2 BGB.⁶⁷⁴

aa. § 1 Abs. 2 AÜG

Um die rechtliche Beziehung zwischen dem Leistenden und dem Leistung empfangenden Unternehmen als Arbeitsvertrag einzuordnen, könnte § 1 Abs. 2 AÜG herangezogen werden. Begrifflich bietet sich die Norm an, da sie ausdrücklich Bezug auf eine Arbeitsvermittlung nimmt. Aus der Norm wird die Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Vermittlung deutlich. Derjenige, der nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten und das Arbeitgeberrisiko trägt, ist ein Vermittler. Es kann vorliegend nur der Rechtsgedanke der Norm Anwendung finden. Nach den Verträgen hat der Dritte als Vertragspartner des vermeintlichen Freelancers keinerlei Arbeitgeberpflichten zu erfüllen. § 1 Abs. 2 AÜG ist für die Fälle konzipiert, in denen eine Arbeitnehmerüberlassung auf dem Papier vorliegt.⁶⁷⁵ Dem vermeintlichen Verleiher oblagen folglich Arbeitgeberfunktionen, die nach heutiger Konstruktion gerade nicht bestehen sollen. Der Rechtsgedanke kommt zum Tragen, wenn sich aus der tatsächlichen Durchführung ergibt, dass eine Vermittlung gelebt wird, da der Dritte keine Arbeitgeberfunktionen ausübt.

Einen Nutzen für die Beurteilung tatsächlicher Gegebenheiten hat die Norm jedoch nur, wenn sich aus ihr – bzw. in Verbindung mit einer anderen Norm – eine konkrete Rechtsfolge ableiten lässt. In Betracht kommt, dass sich aus § 1 Abs. 2 AÜG eine gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses ergibt. Die ältere Rechtsprechung leitete eine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leistenden und dem Unternehmen aus § 1 Abs. 2 AÜG i.V.m. § 13 AÜG a.F. ab.⁶⁷⁶ Nach Streichung des § 13 AÜG entfiel nach Ansicht der Rechtsprechung

⁶⁷⁴ Nicht näher eingegangen wird auf eine Fiktion über § 612 BGB, vgl. *Hanau*, AcP 165, 220, 265, die i.E. abzulehnen ist, *Walker*, JA 1995, 138, 147.

⁶⁷⁵ Die Beweggründe waren andere: Aufgrund des Verbotes der privaten Arbeitsvermittlung (vgl. § 291 SGB III a.F.) wurde eine Arbeitnehmerüberlassung zum Schein vereinbart.

⁶⁷⁶ § 13 AÜG a.F. wurde 1997 aus dem AÜG gestrichen. Die Norm beinhaltete mittelbar die Aussage, dass bei einer Vermittlung der Leistende Arbeitnehmer ist und der Leistungsempfänger Arbeitgeber. Es handelte sich nach der Fiktion aus § 10 AÜG um die zweite Fiktionswirkung aus dem AÜG, siehe dazu ausf. *Schüren*, AÜG, 1. Aufl., § 13 Rn. 79 ff.

auch die Fiktionswirkung.⁶⁷⁷ Ein Arbeitsverhältnis kann aus § 1 Abs. 2 AÜG nicht mehr konstruiert werden.⁶⁷⁸

Im Zuge der Diskussion um eine nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung wurde in Betracht gezogen, ob nicht bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in Wirklichkeit eine Vermittlung vorliegt und somit ein Arbeitsverhältnis besteht.⁶⁷⁹ Begründet wurde dies damit, dass die Streichung des § 13 AÜG die arbeitsrechtlichen Wirkungen unberührt lässt und § 1 Abs. 2 AÜG eine ergänzende Fiktionswirkung zu § 10 AÜG entfalten sollte.⁶⁸⁰ Ein Vergleich zu § 10 AÜG, der eine Fiktionswirkung ausdrücklich vorsieht, macht deutlich, dass aus systematischen Gründen § 1 Abs. 2 AÜG keine Fiktionswirkung zukommen kann.⁶⁸¹ Es handelt sich bei § 1 Abs. 2 AÜG um eine Beweislastregel, die ein vertragliches Arbeitsverhältnis identifizieren kann.⁶⁸² Über die Herleitung dieses Arbeitsverhältnisses sagt die Regelung aber nichts aus. Auf den Fall der vorliegenden zu untersuchenden Vermittlung bezogen, ergibt sich, dass sich aus § 1 Abs. 2 AÜG keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses ergeben kann.

bb. § 10 AÜG (direkt)

§ 10 Abs. 1 AÜG sieht eine gesetzliche Fiktion ausdrücklich vor. Um diese Rechtsfolge anwenden zu können, muss der Anwendungsbereich der Norm (Tatbestand) vorliegen. In der vorliegenden Konstellation ist dies nur denkbar, wenn der Tatbestand in Bezug auf den Leiharbeitsvertrag sehr weit ausgelegt wird. Nach einem entleiherbetriebsbezogenem Modell müsste es ausreichen, wenn der Dritte dafür sorgt, dass der Leistende vor Ort im Unternehmen (beim

⁶⁷⁷ Schüren/Hamann/Schüren, 3. Aufl., § 1 Rn. 405.

⁶⁷⁸ BAG v. 28.6.2000, NZA 2000,1160; zuletzt v. 10.12.2013, NZA 2014, 196.

⁶⁷⁹ LAG Baden-Württemberg v. 22.11.2012, BeckRS 2013, 67254.

⁶⁸⁰ *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 453. Die überwiegende Ansicht lehnt eine Fiktionswirkung aus § 1 Abs. 2 AÜG ab, Boemke/Lembke/Boemke, § 1 Rn. 168, der in den Fällen des § 1 Abs. 2 AÜG nicht von einer Vermittlung, sondern von einer regelwidrig durchgeführten Überlassung ausgeht. Ebenso Thüsing/Waas, § 1 Rn. 154a; ErfK/Wank, AÜG, § 1 Rn. 46; Reufels/Reufels/Dietrich, Personal-DL, A. Rn. 79.

⁶⁸¹ Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 364.

⁶⁸² *Behrend*, BB 2001, 2641, 2642 f.; *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521, 526: Die Vermutung des § 1 Abs. 2 AÜG ist widerlegbar. Der Verleiher muss eine Marktaktivität und die Übernahme des Arbeitgeberrisikos nachweisen.

Entleiher) abhängige Arbeit leistet. Mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 9 Nr. 1, 1a, 1b AÜG würde dann die Fiktion des § 10 AÜG greifen. Allerdings spricht gegen eine solche weite Auslegung der Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, wonach „Arbeitnehmer“ überlassen werden. Dies setzt voraus, dass die Arbeitnehmerstellung bereits vor Durchführung, z.B. durch einen Arbeitsvertrag, feststeht. Ein im Verhältnis zum Dritten Selbstständiger, der erst durch die Durchführung beim Einsatzunternehmen abhängige Arbeit leistet, unterfällt nicht den Regelungen einer Arbeitnehmerüberlassung. In der Gesetzesbegründung wurde auch noch einmal klargestellt, dass die Einführung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht zu einer Änderung der Rechtslage führen sollte.⁶⁸³

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 10a AÜG, der die Anwendung der §§ 9, 10 AÜG für die Fälle anordnet, in denen eine andere Person als der Arbeitgeber die Arbeitnehmer überlässt. Die Norm korreliert mit § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG, sodass eine „andere Person“ im Sinne des § 10a AÜG eine Person ist, die nicht arbeitsvertraglich mit dem Leistenden verbunden ist. Daraus könnte man schließen, dass auch der Dritte, der einem Selbstständigen den Kontakt zum Einsatzunternehmen vermittelt, als „andere Person“ im Sinne des § 10a AÜG anzusehen ist. Die Folge wäre dann auch, dass die Folgen einer Arbeitsvermittlung gesetzlich fixiert wären. Das hat der Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Auch § 10a AÜG geht davon aus, dass sich der Leistende bereits zu einem Dritten über einen Arbeitsvertrag zu abhängiger Arbeit verpflichtet hat. Der Gesetzgeber will durch diese Regelung sicherstellen, dass nur der vertragliche Arbeitgeber Leiharbeiternehmer verleiht und somit vor allem einen Kettenverleih verhindern.⁶⁸⁴

⁶⁸³ Vgl. Beratung Ausschuss für Arbeit und Soziales, BT.-Drs. 18/10064, S. 14.

⁶⁸⁴ „Mit der Regelung in Satz 3 wird sichergestellt, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter nur von ihrem vertraglichen Arbeitgeber verliehen werden dürfen. Entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit ist damit ein Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih untersagt, bei dem ein Entleiher die ihm von einem Verleiher überlassenen Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter seinerseits anderen Entleihern zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt“, Begründung Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT.-Drs. 18/9232 S. 19.

cc. § 10 AÜG analog

Mangels Leiharbeitsvertrages und fehlender Arbeitgeberstellung des Dritten scheidet eine direkte Anwendung des § 10 Abs. 1 AÜG aus. In Betracht kommt nur eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 AÜG. Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, die bei vergleichbarer Interessenlage eine Gleichbehandlung als notwendig erscheinen lässt.⁶⁸⁵

Zweifel bestehen bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Besonders seit Abschaffung des § 13 AÜG a.F. besteht die Diskussion, wie bei einer Vermittlung ein Arbeitsverhältnis fingiert werden kann. Auch im Zuge der erneuten Reform der Arbeitnehmerüberlassung insbesondere unter der Zielsetzung, den Missbrauch von Werkverträgen zu verhindern, wurde die Problematik nicht geregelt. Aufgrund der Untätigkeit des Gesetzgebers ist eine Planwidrigkeit auszuschließen.⁶⁸⁶ Weiter ist auch fraglich, ob die verdeckte Arbeitsvermittlung bezüglich der Interessenlage mit der Konstellation des § 10 AÜG vergleichbar ist. Die Interessenlage müsste die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in der Form gebieten, dass der damit einhergehende Eingriff in Art. 12, 2 Abs. 1 GG (Negative Abschlussfreiheit als Ausgestaltung der Vertragsfreiheit) zu rechtfertigen ist. Die Fiktion tritt unabhängig vom Willen der Beteiligten ein. Die verfassungsrechtlichen Bedenken einer solchen willensunabhängigen Fiktion sind größer, wenn die Schutzbedürftigkeit nicht besteht, wie es insbesondere bei Höherqualifizierten der Fall ist.⁶⁸⁷ Ein Lösungsansatz für diese Konstellation hochqualifizierter Leistender ist ein Wahlrecht, ob ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzunternehmen fingiert werden soll.⁶⁸⁸ Darüber hinaus knüpft § 10 Abs. 1

⁶⁸⁵ Ausf. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202.

⁶⁸⁶ Zumal es diesbezüglich Vorschläge und eine (rechtspolitische) Diskussion gab. Aus dem gleichen Grund wird auch eine analoge Anwendung in Bezug auf eine nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung abgelehnt, BAG v. 12.12.2013, NZA 2014, 196, 198.

⁶⁸⁷ Dies ist z.B. der Fall, wenn ein IT-Spezialist über die vereinbarten Aufträge hinaus, den Weisungen des Unternehmens Folge leistet. Erhält er jedoch eine hohe Vergütung, so fehlt es an der Schutzbedürftigkeit, vgl. 3. Teil, B., IV., 3., a.

⁶⁸⁸ *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 455. Ein ähnliches Wahlrecht findet sich auch in Form einer Freistellungserklärung in § 9 Abs. 2, 3 AÜG. Im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ist ein solches Widerspruchsrecht kritisch zu sehen, da ein in der Regel geringqua-

S. 1 AÜG an die Regelung des § 9 AÜG an und kompensiert im Ergebnis die Rechtsfolge, die sich speziell aus § 9 Nr. 1, 1a, 1b AÜG ergibt.⁶⁸⁹ Aus § 10 AÜG ergibt sich, dass der Leiharbeitnehmer dann überhaupt noch in einem Arbeitsverhältnis steht.⁶⁹⁰ Bei der hier zu untersuchenden Vermittlung besteht aber zunächst gar kein Leiharbeitsverhältnis, sodass der Leistende als vermeintlich Selbstständiger nicht darauf vertraut, in einem Arbeitsverhältnis zu stehen. Die Kompensationswirkung kann keine Wirkung entfalten. Da § 10 AÜG nur für diesen speziellen Fall gilt, hat die Norm einen Ausnahmecharakter, sodass eine Analogie nicht in Betracht kommt.⁶⁹¹

dd. § 117 Abs. 2 BGB

Ein Arbeitsverhältnis könnte sich aus § 117 Abs. 2 BGB ergeben. Liegt ein Scheingeschäft vor, das nach § 117 Abs. 1 BGB unwirksam ist, gelten gemäß § 117 Abs. 2 BGB die Regelungen des verdeckten Geschäfts. Unabhängig davon, ob im hier zu bewertenden Fall ein Scheingeschäft vorliegt,⁶⁹² kann § 117 Abs. 2 BGB nur herangezogen werden, wenn sich aus der Norm als Rechtsfolge die Fiktion eines Rechtsverhältnisses ergibt.

Fraglich ist, ob § 117 Abs. 2 als Folge eine gesetzliche Fiktion beinhaltet oder ob die Regelung nur der Klarstellung dient. Nach dem Wortlaut des § 117 Abs. 2 BGB gelten im Falle einer Verdeckung durch das Scheingeschäft die für das verdeckte Geschäft geltenden Vorschriften. Demnach setzt die Regelung voraus, dass (auch) ein verdecktes Rechtsgeschäft besteht. Denn nur dann können die jeweiligen Regelungen gemäß § 117 Abs. 2 BGB angewendet werden. § 117 Abs. 2 BGB ist Ausdruck der Privatautonomie.⁶⁹³ Wenn ein Rechtsgeschäft verdeckt wird, entspricht es dem übereinstimmenden Willen der Partei-

lifizierter Leiharbeitnehmer schutzbedürftig ist, sodass der vermeintliche Eingriff in Art. 12, 2 Abs. 1 GG, wenn überhaupt, als eher gering anzusehen ist.

⁶⁸⁹ Die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages (§ 9 Nr. 1 AÜG) wird durch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher kompensiert (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG). Dies gilt unabhängig davon, welchen Zweck § 10 AÜG erfüllt (Sanktionswirkung: Schüren/Hamann/Schüren, § 10 Rn. 2; daneben Kontrollfunktion: Thüsing/Mengel, § 10 Rn. 2; ErfK/Wank, § 10 Rn. 1; Kompensationswirkung: *Ulrici*, BB 2015, 1209, 1210).

⁶⁹⁰ BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196, 199.

⁶⁹¹ MüArbR/Schüren, § 317 Rn. 18.

⁶⁹² Siehe unter 6. Teil, B., II., 2., b., dd., (1).

⁶⁹³ Staudinger/Singer, § 117 Rn. 1.

en, dass das dissimulierte Geschäft gelten soll.⁶⁹⁴ Es kann auf die übereinstimmenden Willenserklärungen der beteiligten Parteien zurückgegriffen werden, soweit sie bestehen. In einer Zwei-Personen-Konstellation ist das unproblematisch. Die Vertragsparteien des Scheingeschäftes sind auch gleichzeitig die Vertragsparteien des verdeckten Geschäftes. Übereinstimmende Willenserklärungen liegen vor. Der wirkliche Wille muss durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont ermittelt werden. Dann kann der genaue Inhalt des vorliegenden Vertrages bestimmt werden. Eine Fiktion ergibt sich für diesen Fall nicht.

Auch in Drei-Personen-Konstellationen findet § 117 BGB Anwendung. Die Rechtsfolge des § 117 Abs. 1 BGB (Nichtigkeit) besteht immer nur zwischen den Vertragsparteien. Problematisch ist, wenn die (nichtige) Rechtsbeziehung ein Rechtsgeschäft einer anderen Vertragsbeziehung verdeckt. Teilweise finden sich Formulierungen in der Rechtsprechung, dass in den Fällen eines Scheingeschäftes der Hintermann Vertragspartner des Erklärenden geworden ist und sich das aus 117 Abs. 2 BGB ergibt.⁶⁹⁵ Dies könnte so zu verstehen sein, dass das Rechtsverhältnis durch § 117 Abs. 2 fingiert wird. Problematisch ist dies jedoch, wenn ein Rechtsverhältnis zu einem Dritten fingiert wird, der selbst nicht Vertragspartner ist. Dies stellt einen Eingriff in die negative Abschlussfreiheit als Ausdruck der Vertragsfreiheit/Privatautonomie des Dritten dar. Um eine Fiktionswirkung zu beinhalten, bedarf die Norm einer hinreichenden Bestimmtheit. Über das Entstehen des (verdeckten) Rechtsgeschäfts sagt die Norm jedoch nichts aus. Die Fiktion eines bislang nicht bestehenden Rechtsverhältnisses beinhaltet § 117 Abs. 2 BGB nicht. Ähnlich wie die Formulierung bei § 1 Abs. 2 AÜG (im Vergleich zu § 10 AÜG) gegen eine Fiktion spricht,⁶⁹⁶ ist auch die Formulierung des § 117 Abs. 2 BGB nicht eindeutig genug, um eine Fiktionswirkung samt weitreichender Folgen anzunehmen. Das bedeutet für die Fälle der Drei-Personen-Konstellation, dass sich die Rechtsbeziehung nicht aus § 117 Abs. 2 BGB ableitet, sondern dass diese Norm lediglich klarstellt,

⁶⁹⁴ Staudinger/*Singer*, § 117 Rn. 1.

⁶⁹⁵ BAG v. 22.9.1992, NJW 1993, 2767; OLG Karlsruhe v. 28.10.1970, NJW 1971, 619. Rechtlich verpflichtet wird dann nur der Hintermann, BGH v. 4.4.2007, NJW-RR 2007, 1209, 1210.

⁶⁹⁶ Schüren/Hamann/*Schüren*, § 1 Rn. 364.

dass die Vorschriften in Bezug auf ein (bereits bestehendes) Rechtsverhältnis anzuwenden sind.⁶⁹⁷

b. Vertragliche Grundlage

Der Vertrag ist Ausdruck eines übereinstimmenden Willens. Aus ihm ergeben sich die Rechte und Pflichten der Parteien. Stellt sich in einer Zwei-Personen-Konstellation heraus, dass der Leistende nicht, wie nach dem Vertragstext vereinbart, selbstständig ist, liegt statt eines freien Vertrages ein Arbeitsvertrag vor.⁶⁹⁸ Nicht das Zustandekommen des Vertrages durch Willenserklärungen ergibt sich aus der tatsächlichen Durchführung, sondern der wahre Inhalt des bereits geschlossenen Vertrages. In einer Drei-Personen-Konstellation liegt zunächst kein Vertrag zwischen den entscheidenden Parteien vor, dessen Inhalt sich durch die tatsächliche Durchführung ändern könnte.

aa. Erwirkung oder Eingliederung nicht ausreichend

Ein Vertrag zwischen Leistendem und leistungsempfänglichem Unternehmen könnte entbehrlich sein, wenn man tatsächliche Berührungspunkte für das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausreichen lässt.⁶⁹⁹

Durch eine Erwirkung kann im Ausnahmefall ein Recht nach einer gewissen Zeit aufgrund eines Vertrauenstatbestandes entstehen.⁷⁰⁰ Will man die Entstehung des Rechts mit einer Erwirkung begründen, muss sich ein bestimmtes Verhaltensmuster als Umstandsmoment ergeben. Das Verhaltensmuster muss geeignet sein, ein entsprechendes Vertrauen hervorzurufen. Kommt dann noch

⁶⁹⁷ In dem Sinne lässt sich das Urteil vom OLG Karlsruhe v. 28.10.1970 (NJW 1971, 619, 620) verstehen, wenn das Gericht am Ende auf das Verhalten der Parteien abstellt.

⁶⁹⁸ *Hohmeister*, NZA 1999, 1009 ff.; *Ders.*, NZA 2000, 408 ff.; *Keller*, NZA 1999, 1311 ff.

⁶⁹⁹ Damit ist an dieser Stelle nicht gemeint, dass die tatsächlichen Berührungspunkte Ausdruck konkludenter Willenserklärungen sind, siehe dazu unter 5. Teil, B., II., 2., b., dd.

⁷⁰⁰ Die sog. Erwirkung ist, als Gegenstück zur Verwirkung, ein im Rahmen des § 242 BGB anerkanntes Institut, das als Unterfall des Grundsatzes *venire contra factum proprium* auf einen Vertrauensgewinn abstellt, MüKo/*Schubert*, § 242 Rn. 388; nach a.A., Staudinger/*Olzen/Looschelders*, § 242 Rn. 317, handelt es sich bei der sog. Erwirkung um einen konkludenten Vertragsschluss. Diskutiert wird die sog. Erwirkung vor allem in den Fällen der Betrieblichen Übung, vgl. dazu BAG v. 5.2.1971, NJW 1971, 1422 ff.; v. 12.1.1994, NZA 1994, 694 ff.; v. 18.3.2009, NZA 2009, 601 ff.

ein Zeitmoment, also eine mehrmalige Wiederholung des Verhaltensmusters hinzu, kann ein Recht durch tatsächliches Verhalten entstehen. Eine Erwirkung ist nur in Ausnahmefällen denkbar, wenn es zu einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten gekommen ist.⁷⁰¹ Bei der Abwägung spielt insbesondere die soziale Schutzbedürftigkeit des Leistenden eine Rolle.⁷⁰² Geht es um die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses durch Erwirkung, drängt sich der Vergleich zur Eingliederungstheorie auf.⁷⁰³ Das tatsächliche, vertrauensbegründende Verhalten seitens des Unternehmens ist die Eingliederung und Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem Leistenden. Nach diesem Vorgehen, insbesondere wenn man die besondere Schutzbedürftigkeit des Leistenden beachtet, kann ein Arbeitsverhältnis durch das bloße Verhalten des Unternehmens entstehen. Nach der im Sozialrecht geltenden Eingliederungstheorie reicht es zur Begründung einer Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV aus, wenn der Leistende kraft tatsächlicher Durchführung im Betrieb des Einsatzunternehmens eingegliedert ist.⁷⁰⁴ Auf den Willen der Parteien kommt es nicht an.⁷⁰⁵ Auch der EuGH macht deutlich, dass für die Frage, wer Arbeitgeber ist, den tatsächlichen Gegebenheiten eine größere Bedeutung zukomme. In der *Albron Catering*-Entscheidung stellte der EuGH maßgeblich darauf ab, wo der Leistende faktisch tätig bzw. dauerhaft abgestellt wurde, indem es untersuchte, wer die wirtschaftliche Verantwortung für die Tätigkeit übernommen hat.⁷⁰⁶ Neben einem vertraglichen Arbeitgeber soll es demnach auch einen nicht-vertraglichen Arbeitgeber geben.⁷⁰⁷ Auch in ähnlichen Fällen der Veräußerung von Unternehmensteilen und dem damit einhergehenden Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB wurde bereits früher diskutiert, ob nicht ein Durchgriff auf den nicht-mehr-vertraglichen Ar-

⁷⁰¹ MüKo/Schubert, § 242 Rn. 421.

⁷⁰² MüKo/Schubert, § 242 Rn. 421.

⁷⁰³ Die „Eingliederungstheorie“ wurde vor allem von *Nikisch* (§ 16 III, S. 81 f.) vertreten.

⁷⁰⁴ BSG v. 18.3.1987, NZA 1987, 500, 501; v. 12.12.1990, NZA 1991, 907.

⁷⁰⁵ Dies erinnert an die Lehre vom sozialtypischen Verhalten, wonach der Wille ebenfalls nicht entscheidend war: „Der Verpflichtungsgrund bestehe in der allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß derjenige, der sich in der angegebenen Weise sozialtypisch verhalte, nämlich eine Leistung wissentlich und willentlich in Anspruch nehme oder gebrauche, schon dadurch eine rechtliche Bindung eingehe ohne Rücksicht darauf, ob er den Willen, sich in dieser Weise zu binden, gehabt und geäußert habe oder nicht“, BGH v. 16.12.1964, NJW 1965, 387, 388.

⁷⁰⁶ EuGH v. 21.10.2010 – *Albron Catering*, NZA 2010, 1225.

⁷⁰⁷ EuGH v. 21.10.2010 – *Albron Catering*, NZA 2010, 1225, 1226.

beitgeber anzunehmen sei.⁷⁰⁸ Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nähert sich eher dem Beschäftigtenbegriff als dem strengen Arbeitnehmerbegriff an.⁷⁰⁹ Auch in den Fällen einer missbräuchlichen Befristungsabrede⁷¹⁰ wird diskutiert, ob es nicht sachnäher ist, nicht auf den letzten Vertragsarbeitgeber, sondern auf den steuernden Hintermann abzustellen, der den Beschäftigungsbedarf hat.⁷¹¹ Es sei also nicht streng dogmatisch auf denjenigen abzustellen, der letzter Vertragspartner ist, sondern auf denjenigen, bei dem der Leistende tätig wird. Maßgeblich ist also das tatsächliche Verhalten, die Eingliederung und Weisungsgebundenheit, durch die das Unternehmen den Beschäftigungsbedarf offen zeigt.

bb. Vorliegen eines Vertrages als Voraussetzung

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur lehnt die Eingliederungstheorie zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ab. Im Arbeitsrecht findet die Vertragstheorie Anwendung.⁷¹² Durch Einführung des § 611a BGB zum 1.4.2017 wurde dies nun auch klarstellend in das BGB aufgenommen. § 611a BGB definiert nunmehr den Arbeitsvertrag als Grundlage abhängiger Arbeit.⁷¹³

Demnach bedarf es eines privatrechtlichen Vertrages.⁷¹⁴ Ein Arbeitsverhältnis, das allein aus faktischen Berührungspunkten – ohne vertragliche Grundlage –

⁷⁰⁸ Vgl. dazu *Fink*, S. 186 ff.

⁷⁰⁹ *Klein/Hlava*, Anm. zu EuGH v. 9.7.2015 – *Balkaya*, AuR 2016, 76, 78.

⁷¹⁰ Besteht nach Ablauf der zwei Jahre (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG) zwar der Beschäftigungsbedarf weiterhin beim Unternehmen, nicht aber die Bereitschaft zur Festanstellung, wird dem Arbeitnehmer ein Vertragsschluss mit einem Verleiher angeraten. Dieser leiht den Arbeitnehmer dann wiederum an das Unternehmen aus, vgl. BAG v. 23.9.2014, ArbRAktuell 2015, 48; v. 19.3.2014, NZA 2014, 840; v. 4.12.2013, NZA 2014, 483; v. 15.5.2013, NZA 2013, 1214.

⁷¹¹ LAG Köln v. 25.3.2011, BeckRS 2011, 76740 (Vorinstanz zu BAG v. 15.5.2013, NZA 2013, 1214 ff.); *Ascheid/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 400b; *Boemke*, Anm. zu BAG v. 18.10.2006, AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG – Verlängerung; *Greiner*, NZA 2014, 284, 286.

⁷¹² BSG v. 18.3.1987, NZA 1987, 500, 501.

⁷¹³ In den Gesetzesentwürfen zur Einführung des § 611a BGB wurde zunächst nicht der Arbeitsvertrag, sondern der Arbeitnehmer („Arbeitnehmer ist...“), definiert.

⁷¹⁴ *Hueck/Nipperdey*, § 9 III 2, S. 37 ff.; vgl. zuletzt BAG v. 11.8.2015, BeckRS 2015, 73319. Die Aussage, dass statt eines privatrechtlichen Vertrages auch ein „gleichgestelltes Verhältnis“ bestehen kann (*Hueck/Nipperdey*, § 9 III 2, S. 37 ff.), ist nicht im Sinne der Eingliederungstheorie zu verstehen, sondern zielt nur darauf ab, dass auch bei Un-

resultiert, ist eine Umgehung der Rechtsgeschäftslehre und verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.⁷¹⁵ Niemand soll gegen seinen Willen den Rechtsfolgen ausgesetzt sein, die sich aus einem bestimmten Vertrag ergeben.⁷¹⁶ Eine bloße Eingliederung ist demnach nicht ausreichend.⁷¹⁷ Auch ist eine Entstehung von Rechten nur durch Vertrauen ausgeschlossen. Eine Erwirkung in dem Sinne gibt es nicht. Es handelt sich in diesen Fällen um eine präzise Anwendung der Vertragstheorie. Das Verhalten des Unternehmens ist nicht als „vertrauens-erweckend“ zu bezeichnen, sondern stellt eine konkludente Willenserklärung dar.⁷¹⁸ Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass der Leistende freiwillig Dienste für einen anderen leistet und der Arbeitgeber bereit ist, diesen zu beschäftigen.⁷¹⁹ Durch die Vertragsfreiheit kann jeder selbst entscheiden, zu wem er eine vertragliche Beziehung eingeht und somit rechtlich berechtigt und verpflichtet wird. Ein Vertragspartner wird bewusst ausgesucht.

wirksamkeit des geschlossenen Vertrages die Qualifizierung des Leistenden als Arbeitnehmer nicht entfällt, *Hueck/Nipperdey*, § 9 III 2 a.E., S. 41; *Schaub/Vogelsang*, § 8 Rn. 11. Es sind die Fälle gemeint, in denen ein faktisches Arbeitsverhältnis besteht. *Griebe-ling* (RdA 1998, 208, 211) spricht von einer „freien Bereitschaft“. Auch wenn die Arbeitsleistung einvernehmlich erbracht wird, bedarf es dennoch in jedem Fall eines Vertragsschlusses zwischen den Parteien, vgl. BAG 30.4.1997, NZA 1998, 199; v. 16.2.2000, NZA 2000, 385; v. 26.9.2007, NZA 2007, 1422; *MüKo/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 158.

⁷¹⁵ *Walker*, JA 1985, 138, 139.

⁷¹⁶ *Koller*, Anm. zu BAG v. 20.7.1982, AP Nr. 5 zu § 611 BGB – Mittelbares Arbeitsverhältnis. Dies gilt jedoch nur, soweit nicht zwingendes Schutzrecht umgangen wird. In diesen Fällen können auch verfassungsrechtliche Eingriffe gerechtfertigt sein, LAG Berlin v. 16.8.1983, AP Nr. 44 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; *MüArbR/Richardi*, § 17 Rn. 1.

⁷¹⁷ LAG Baden-Württemberg v. 7.5.2015, NZA-RR 2015, 520, 521; v. 18.12.2014, NZA-RR 2015, 177, 181.

⁷¹⁸ St. Rspr., BAG v. 5.2.1971, NJW 1971, 1422 ff.; *Staudinger/Olzen/Looschelders*, § 242 Rn. 317. Auch in Fällen missbräuchlicher Befristungsabreden kommt das BAG zu dem – zumindest dogmatisch nachvollziehbaren – Ergebnis, dass nicht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Arbeitgeber entsteht, sondern dass lediglich die Befristungsabrede nach § 242 BGB unwirksam ist, BAG v. 15.5.2013, NZA 2013, 1214ff.; v. 4.12.2013, NZA 2014, 483 ff. Rechtsfolge ist dann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit dem letzten Vertragsarbeitgeber, BAG, aaO.

⁷¹⁹ *Hueck/Nipperdey*, § 9 III 2 unter Fn. 9), S. 37; *Schaub/Vogelsang*, § 8 Rn. 11.

Es müssen zwei inhaltlich übereinstimmende, korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, vorliegen (§§ 145 ff. BGB).⁷²⁰ Diese können ausdrücklich oder konkludent erfolgen.

cc. Ausdrücklicher Vertragsschluss

Ziel einer Verdeckung der Vermittlung ist es, den Arbeitsvertrag zum leistungsempfangenden Unternehmen zu vermeiden. Es fehlt an ausdrücklichen Willenserklärungen zwischen dem Leistenden und dem Unternehmen.⁷²¹

Denkbar wäre es, dass der Dritte als Vertreter des leistungsempfangenden Unternehmens den Vertrag mit dem Leistenden schließt und dieser Vertragsschluss somit die Vertragsgrundlage der Rechtsbeziehung ist. Der Dritte müsste gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zum Vertragsschluss eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen mit Vertretungsmacht abgegeben haben. Unproblematisch hat der Dritte eine eigene Willenserklärung abgegeben. Das dies in fremdem Namen geschehen ist, kann sich gemäß § 164 Abs. 1 S. 2 BGB auch aus den Umständen ergeben. Entscheidend ist der objektive Empfängerhorizont, §§ 133, 157 BGB. Denkbar ist es, dass der Dritte die Vorstellungen des Unternehmens dem Leistungsbereiten vorstellt (Handeln für ein Unternehmen, dort dann abhängige Arbeit, Fremdbestimmung etc.) und diese auch vertraglich mit ihm vereinbart.⁷²² In diesem Fall kann sich die Situation so darstellen, dass der Dritte nur im Namen des Unternehmens handle.⁷²³ Ein Handeln in fremdem Namen ist aber ausgeschlossen, wenn ausdrücklich erklärt wird, dass der Dritte in eigenem Namen handelt.⁷²⁴ Der Dritte tritt dann selbst als Vertragspartner auf.

⁷²⁰ Zuletzt BAG v. 9.4.2014, NZA-RR 2014, 522, 523.

⁷²¹ Schweigen kommt kein Erklärungswert zu, solange dies nicht explizit gesetzlich angeordnet wird (vgl. § 108 Abs. 2 S. 2 BGB, § 177 Abs. 2 S. 2 BGB, § 455 S. 2 BGB), vgl. BAG v. 18.3.2009, NZA 2009, 601 ff.

⁷²² In Abgrenzung zum Vertrag zugunsten Dritter ist entscheidend, wer Vertragspartner des Leistenden werden soll. Bei einer Stellvertretung wird der Vertretene voll umfänglich Vertragspartner des Leistenden. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter hingegen erhält er nur ein Forderungsrecht bzgl. einer bestimmten Leistung, MüKo/Gottwald, § 328 Rn. 12.

⁷²³ Diese Argumentation könnte auch von einer sozialstaatlichen Auslegung gestützt werden, siehe Ramm, ZfA 1973, 263, 274, der dies im Hinblick auf ein mittelbares Arbeitsverhältnis überlegt. Das Problem einer sozialstaatlichen Interpretation ist jedoch, dass dies zu unbestimmt ist. Ergebnisse nach Billigkeit wären die Folge.

⁷²⁴ BAG v. 20.7.1982, AP Nr. 5 zu § 611 – Mittelbares Arbeitsverhältnis.

Des Weiteren setzt eine Stellvertretung gemäß § 164 Abs. 1 BGB das Vorliegen einer Vertretungsmacht voraus. Ausdrücklich wird eine Vertretungsmacht nicht erteilt worden sein. In Betracht kommt eine konkludente Erteilung. Das Erteilen einer Vertretungsmacht muss von der bloßen Beauftragung abgegrenzt werden. In der Regel wird das Unternehmen dem Vermittler ein bestimmtes Anforderungsprofil genannt haben. Dies ist ausreichend, um eine Vermittlung erfolgreich durchzuführen. Daneben kann das Unternehmen dem Vermittler auch noch Rahmenbedingungen zu Arbeitszeit, Arbeitsort, Vergütung etc. nennen. Maßgeblich muss sein, wen das Unternehmen und der Dritte im Vorfeld (bei Abschluss des Vertrages) als Vertragspartner des Leistenden vor Augen gehabt haben. Dies ist der Dritte. Eine ausdrückliche oder konkludente – vom Willen getragene – Bevollmächtigung des Dritten liegt nicht vor. Ein Vertragsschluss aufgrund einer Stellvertretung i.S.d. § 164 Abs. 1 BGB durch den Dritten scheitert am gegenteiligen Willen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

dd. Konkludenter Vertragsschluss

Ein Vertragsschluss kann durch Realofferte und konkludente Annahme erfolgen.⁷²⁵ Aus dem Verhalten des Leistenden und des Unternehmens müssten sich nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB übereinstimmende (konkludente) Willenserklärungen ergeben, die auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages gerichtet sind.⁷²⁶ Diese Willenserklärungen müssen eine Übereinstimmung bezüglich der *essentialia negotii* eines Arbeitsvertrages zum Ausdruck bringen.

⁷²⁵ BAG v. 17.4.2013, NZA 2013, 903 ff.; v. 9.4.2014, NZA-RR 2014, 522 ff.: „Haben Parteien zB über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verbunden zu sein“.

⁷²⁶ Es handelt sich um den Abschluss eines neuen Vertrages und nicht um eine Vertragsänderung oder -anpassung. Die – im Vorfeld einer Drei-Personen-Konstellation – geschlossenen Verträge können nicht Grundlage einer Vertragsänderung sein, da für diese der Dritte beteiligt werden müsste. Ein Austausch des Vertragspartners ist ohne Beteiligung des Dritten nicht möglich.

Merkmale einer Willenserklärung sind der Handlungswille, der Rechtsbindungswille und der Geschäftswille.⁷²⁷ Konkludente Willenserklärungen müssen übereinstimmend den Erklärungswert haben, dass der Leistende abhängige Arbeit leisten und das Unternehmen Arbeitgeber werden soll.

Die Bereitstellung der Leistung und die Entgegennahme der Leistung können Realofferte und konkludente Annahme darstellen.⁷²⁸ Die Erbringung der Leistung wird durch die Anmaßung von Weisungsrechten zu einer abhängigen Leistungserbringung. Die konkludente Willenserklärung des Unternehmens liegt dann in der Entgegennahme der Arbeitsleistung, die aus der Eingliederung resultiert.⁷²⁹ Dies kann als eine „bewusste Übernahme einer Rolle“⁷³⁰ gedeutet werden. Es fehlt folglich zwar an einem ausdrücklichen Vertragsschluss, dieser erfolgt aber konkludent durch die Arbeitsaufnahme.⁷³¹

(1) Abweichender Parteiwille

Fraglich ist jedoch, ob hier die Parteien nicht eindeutig zum Ausdruck bringen, gerade keine vertragliche Beziehung zwischen ihnen zu wollen, denn eine ausdrückliche vertragliche Beziehung wird im Vorfeld, obwohl sie prinzipiell möglich wäre, vermieden. In ähnlichen Konstellationen der Rechtsprechung finden

⁷²⁷ Der Rechtsbindungswille wird in subjektiver Hinsicht als Erklärungsbewusstsein bezeichnet, *Wolf/Neuner*, § 32 Rn. 1, 20. Für die Wirksamkeit der Willenserklärung muss ein Handlungswille sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht vorliegen. Eines Geschäftswillens bedarf es weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht. Für die Wirksamkeit einer Willenserklärung bedarf es keines Erklärungsbewusstseins, BGH v. 7.6.1984, NJW 1984, 2279 ff., zuletzt BGH v. 11. 6. 2010, NJW 2010, 2873 ff., *Lorenz*, S. 216; a.A. *Wolf/Neuner*, § 32 Rn. 23. Dies gilt auch für konkludente Willenserklärungen, BGH v. 2.11.1989, NJW 1990, 454, 456; a.A. *Canaris*, Anm. zu BGH v. 7.6.1984, NJW 1984, 2279, 2281 f. Der Rechtsbindungswille muss hingegen gegeben sein. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn eine Statusbeurteilung der Krankenkasse eingeholt wird. Darin ist keine (konkludente) Willenserklärung auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu sehen, LAG Hessen, v. 13.3.2015, 10 Sa 575/14, juris.

⁷²⁸ Zur Realofferte siehe BGH v. 2.7.2014, NJW 2014, 3148 ff.

⁷²⁹ Im vorliegenden Fall kann das Angebot auf Abschluss eines Vertrages entweder in der Weisungserteilung durch das Unternehmen oder in der Bereitstellung der Leistung zu sehen sein. Unerheblich ist, wer von beiden das Angebot i.S.d. § 145 BGB und wer die Annahme i.S.d. §§ 147 ff. BGB erklärt. Dies ist in der Praxis oft schwer zu bestimmen, *MüKo/Busche*, Vor § 145 Rn. 4.

⁷³⁰ So *Koller*, Anm. zu BAG v. 20. 7. 1982, AP Nr. 5 zu § 611 BGB – Mittelbares Arbeitsverhältnis.

⁷³¹ BAG v. 20.7.1982, AP Nr. 5 zu § 611 BGB – Mittelbares Arbeitsverhältnis.

sich Formulierungen, dass der Wille auf eine Drei-Personen-Konstellation gerichtet sei und das Unternehmen gerade nicht Arbeitgeber werden wolle.⁷³² Dies könnte dazu führen, dass mangels Einigung über die Vertragsgrundlage ein offener Dissens (vgl. § 154 BGB) vorliegt.⁷³³ Es fehlt dann an einem (konkludenten) Vertragsschluss.

Auch konkludente Willenserklärungen müssen danach ausgelegt werden, wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte.⁷³⁴ Es muss der wahre Wille ermittelt werden, wie er sich nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB zeigt. Als Bestandteil des äußeren (objektiven) Tatbestandes einer Willenserklärung muss ein Rechtsbindungswille deutlich werden. Sowohl Leistender als auch Unternehmen müssen durch die Weisungserteilung und die Entgegennahme der Arbeitsleistung zu erkennen geben, dass sie sich rechtlich binden wollen.

Vordergründig ist der Wille auf eine Drei-Personen-Konstellation gerichtet. Ein dementsprechender Rechtsbindungswille fehlt aber, wenn die Willenserklärungen nur zum Schein abgegeben wurden.⁷³⁵

(aa) Drei-Personen-Konstellation zum Schein

Sind die Verträge innerhalb einer Drei-Personen-Konstellation nur zum Schein geschlossen worden, ergibt sich die Unwirksamkeit der Konstruktion aus § 117

⁷³² LAG Baden-Württemberg v. 18.12.2014, NZA-RR 2015, 177, 181: „Die Eingliederung selbst ist auch nicht Ausdruck eines konkludenten Vertragsbindungswillens der Bekl. Die Bekl. wünschte vielmehr – auch für den Kl. erkennbar – eine Dreiecksbeziehung mit dem Dienstleistungsunternehmen als ihrem Vertragspartner“; ArbG Stuttgart v. 8.4.2014, BB 2014, 1980 ff.; in Bezug auf eine nicht-vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung, BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196, 199; siehe auch BAG v. 9.4.2014, NZA-RR 2014, 522, 524.

⁷³³ BAG v. 9.4.2014, NZA-RR 2014, 522, 524. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Leistende davon ausgeht, dass er auf Grundlage eines (konkludenten) Arbeitsvertrages zum Unternehmen tätig wird, das Unternehmen aber von einer Arbeitnehmerüberlassung.

⁷³⁴ Palandt/*Ellenberger*, § 133 Rn. 11.

⁷³⁵ Ein sog. Scheingeschäft liegt vor, wenn „die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäft hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundene Rechtswirkung nicht eintreten lassen wollen“, st. Rspr., BGH v. 25.10.1961, NJW 1962, 295, 297; BAG v. 22.9.1992, NJW 1993, 2767.

Abs. 1 BGB.⁷³⁶ Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die rechtlichen Folgen nicht beim Erklärungsempfänger eintreten sollen. Bezüglich des Scheingeschäftes fehlt der Rechtsbindungswille,⁷³⁷ der wahre Wille ist nämlich auf ein dissimuliertes Geschäft gerichtet. Sowohl der Erklärungsempfänger als auch der Erklärende gehen dann davon aus, dass der Hintermann verpflichtet werden soll. Ihn treffen die rechtlichen und die wirtschaftlichen Folgen des Rechtsgeschäfts.

Das Scheingeschäft ist abzugrenzen von einem sog. Strohmannesgeschäft.⁷³⁸ In beiden Fallgruppen schließt der Leistende einen Vertrag mit einer dazwischengeschalteten Person ab. Im Gegensatz zu einem Scheingeschäft sollen bei einem Strohmannesgeschäft die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Wirkungen (zumindest teilweise) auch tatsächlich eintreten.⁷³⁹ Die wirtschaftlichen Risiken hingegen soll aber ein Hintermann tragen. Nur durch ein wirksames Rechtsgeschäft erwirbt der Strohmann ein Recht, das er auf den Hintermann übertragen kann.⁷⁴⁰ Der Erklärende und der Erklärungsempfänger handeln mit Rechtsbindungs- und Geschäftswillen.⁷⁴¹ Sie geben wirksame Willenserklärungen ab. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zum Scheingeschäft ist also, ob die rechtlichen Wirkungen zwischen den Vertragspartnern ernstlich gewollt sind.⁷⁴²

Die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung nach tatsächlicher Durchführung setzt zwingend ein wirksames Rechtsverhältnis zwischen Leistendem und Drittem voraus. Der Leistende muss sich gegenüber dem Dritten wirksam verpflichten, damit der Dritte als Verleiher dann aus der so gewonnenen Rechtsposition ein Unternehmen als Empfänger der Leistung bestimmen kann. Die Ar-

⁷³⁶ Eine Nichtigkeit der Konstellation nach anderen Normen (§§ 134, 138 BGB, § 9 Nr. 1 AÜG) spricht nicht dagegen, dass der Wille des Unternehmens auf eine Drei-Personen-Konstellation gerichtet ist. Auch ein gesetzes- oder sittenwidriges Rechtsgeschäft ist gewollt.

⁷³⁷ Palandt/*Ellenberger*, § 117 Rn. 3 f.

⁷³⁸ BGH v. 4.4.2007, NJW-RR 2007, 1209, 1210; BAG v. 22.9.1992, NJW 1993, 2767; MüKo/*Armbrüster*, § 117 Rn. 14.

⁷³⁹ BGH v. 4.4.2007, NJW-RR 2007, 1209, 1210; BAG v. 22.9.1992, NJW 1993, 2767: „Dagegen liegt ein wirksames fiduziarisches Rechtsgeschäft vor, mitunter in der Form des sogenannten Strohmannesgeschäftes, wenn die Bet. die Wirksamkeit des nicht in allen Folgen gewollten Geschäfts für ihr Ziel benötigen“.

⁷⁴⁰ BGH v. 6.12.1994, NJW 1995, 727, 728.

⁷⁴¹ BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 117 BGB Rn. 14.

⁷⁴² St. Rspr., BGH v. 9.10.1956, NJW 1957, 19, 20; zuletzt v. 12.12.2012, NJW-RR 2013, 687.

beitnehmerüberlassung weist diesbezüglich eine Parallele zu einer Strohmänn-Konstruktion auf. Die rechtlichen Wirkungen sind gewollt, den wirtschaftlichen Nutzen (der Arbeitskraft) hat aber der Hintermann.

Wenn das Unternehmen den Dritten im Vorfeld mit dessen Einverständnis als eine Art „Puffer“ zur Verhinderung eines direkten Arbeitsvertrages eingesetzt hat, dann kann dieser Dritte Strohmänn sein. Dieser Wille, als Strohmänn und somit als Vertragspartner eines wirksamen Vertrages aufzutreten, muss sich dann aber auch in der tatsächlichen Durchführung zeigen. Dies wird in den Fällen eines Contracting nicht der Fall sein, da es nach der Durchführung an Berührungspunkten mit dem Dritten gänzlich fehlt. Der Dritte übt keinerlei Funktion aus.⁷⁴³ Es handelt sich dann um ein „Scheingeschäft eines Strohmannes“⁷⁴⁴ bzw. um ein „vorgetäushtes Strohmännengeschäft“⁷⁴⁵. Dies ist der Fall, wenn eine Person zwar als Strohmänn eingeschaltet wird, die Rechtswirkungen aber nicht in der Person des Erklärungsempfängers entstehen sollen. Das bedeutet, dass in dieser Drei-Personen-Konstellatation sowohl die rechtlichen als auch die wirtschaftlichen Folgen den Hintermann und nicht den Strohmänn treffen sollen. Dies zeigt sich anhand der Durchführung. Es handelt sich dann im Ergebnis um ein Scheingeschäft, welches nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist.⁷⁴⁶ Handeln die Beteiligten vorsätzlich, sind mangels Ernstlichkeit sowohl der Vertrag zwischen Leistendem und Drittem sowie der Vertrag zwischen Drittem und Unternehmen nichtig. Rechtsverhältnisse sind in diesen Beziehungen nicht ernstlich gewollt. Der Wille ist auf das dissimulierte Geschäft gerichtet. Dieses besteht aber nicht in der jeweiligen Beziehung der Beteiligten untereinander, sondern nur im Verhältnis von Leistendem zu leistungsempfangendem Unternehmen. Der Rechtsbindungswille ist nicht auf eine Drei-Personen-Konstellatation gerichtet. Er besteht aber zwischen Leistendem und leistungsempfangendem Unternehmen. Der Bindungswille des Unternehmens ergibt sich aus der Sicht

⁷⁴³ Siehe 4. Teil, B., II., 2.

⁷⁴⁴ Staudinger/Singer, § 117 Rn. 17 mit Hinweis auf BGH v. 9.10.1956, NJW 1957, 19 ff.

⁷⁴⁵ BeckOK-BGB /Wendtland, § 117 BGB Rn. 5.

⁷⁴⁶ Auch eine Strohmänn-Konstruktion kann im Ergebnis aufgrund einer Gesetzesumgehung nichtig sein. Für die vorliegende Untersuchung ist aber entscheidend, ob die Verträge gerade wegen einer fehlerhaften Willenserklärung nichtig sind. Dies findet in § 117 Abs. 1 BGB ihren Ausdruck.

des Leistenden.⁷⁴⁷ Die Ausübung von Weisungsrechten und die damit einhergehende Eingliederung können bei – auch für den Leistenden – offenkundiger Strohmännrolle des Dritten nur Ausdruck des Willens sein, die abhängige Arbeit selbst entgegenzunehmen.⁷⁴⁸

Daraus folgt, dass der Einwand, der Wille sei auf eine Drei-Personen-Konstellation gerichtet, nicht geltend gemacht werden kann, wenn der Dritte vorsätzlich „installiert“ wurde und nach der Durchführung keinerlei Funktion ausübt.

(bb) Drei-Personen-Konstellation nicht zum Schein

Anders könnte die Konstellation zu bewerten sein, wenn der Dritte nicht vorsätzlich als Strohmänn eingesetzt wurde. Das Unternehmen könnte geltend machen, dass es nach der tatsächlichen Durchführung von einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen und der Wille somit auf eine Drei-Personen-Konstellation gerichtet sei. Eine konkludente Willenserklärung durch die Erteilung von Weisungen oder die Entgegennahme der Leistung sei Ausdruck des Weisungsrechts eines Entleihers. Ein Vertragsschluss mit dem Dritten läge dadurch nicht vor.

Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden, wenn das Unternehmen Kenntnis davon hatte, dass in der Beziehung zwischen Leistendem und Drittem kein (Leih-)Arbeitsverhältnis besteht. Weiß das Unternehmen, dass nicht nur nach dem im Vorfeld abgeschlossenen Vertrag, sondern auch nach der tatsächlichen Durchführung kein Leiharbeitsverhältnis besteht, ist es nicht möglich, sich auf eine Drei-Personen-Konstellation zu berufen. Die einzige Drei-Personen-Konstellation, in der der Leistungsempfänger Weisungen ausüben kann ohne Arbeitgeber zu werden, ist die Arbeitnehmerüberlassung. Die Berufung darauf, dass ein anderer Wille besteht, ist nach dem Grundsatz *protestatio facto contraria* unbeachtlich.⁷⁴⁹ Nimmt das Unternehmen die abhängige Leistung des Leis-

⁷⁴⁷ BAG v. 13.5.2015, NZA 2015, 992.

⁷⁴⁸ Ebenso ist das Verhalten des Leistenden in Bezug auf den Vertragspartner auszulegen, vgl. BGH v. 2.7.2014, NJW 2014, 3148, 3149. Ist der Dritte nur Strohmänn und bestehen keinerlei Berührungspunkte, ist das tatsächliche Handeln des Leistenden nur auf einen Arbeitsvertrag zu dem leistungsempfangenden Unternehmen gerichtet.

⁷⁴⁹ Dieser Grundsatz beruht auf dem Grundsatz *venire contra factum proprium* (Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 55) und führt dazu, dass es auf einen bestimmten (anderslauten-

tenden an, kann es sich nicht auf einen anderen Willen berufen, wenn das Verhalten nur als Ausdruck eines bestimmten Willens verstanden werden konnte.⁷⁵⁰

Fraglich ist, ob sich die Situation anders darstellt, wenn das Unternehmen geltend macht, dass es vom Fehlen des Leiharbeitsverhältnisses zwischen Leistendem und Dritten ebenso wenig gewusst habe, wie von der Tatsache, dass der Dritte auch nach tatsächlicher Durchführung seine (verbleibenden) Arbeitgeberfunktionen vernachlässigt. In der Rechtsbeziehung zwischen dem Leistenden und dem Dritten ist dann in jedem Fall ein Rechtsverhältnis gewollt (§ 117 Abs. 2 BGB). Der Wille ist dann auf eine Drei-Personen-Konstellation gerichtet. Der Einwand, man sei von einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen, ist nach neuer Rechtslage ab 1.4.2017 überhaupt nur dann glaubhaft, wenn der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Unternehmen gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet ist. Fehlt es an der Offenlegung gemäß § 1 Abs. 1 S. 5, 6 AÜG, greift die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 Abs. 1, 9 Nr. 1a AÜG. Das Unternehmen muss also darlegen, dass der Dritte ihm gegenüber als Verleiher aufgetreten ist. Dies kann der Fall sein, wenn der Dritte vorgibt, einen Leiharbeitsvertrag mit dem Leistenden geschlossen zu haben.⁷⁵¹ Gegen diesen Einwand kann die *protestatio facto contraria* nicht geltend gemacht werden. Das Verhalten des Unternehmens kann nämlich nicht nur „als Ausdruck eines bestimmten Willens“⁷⁵² interpretiert werden. Das Verhalten kann nicht nur eine konkludente Willenserklärung in Bezug auf einen Arbeitsvertrag darstellen, sondern auch Ausdruck der Befugnis des Entleihers zur Ausübung von Weisungsrechten sein.

den) Willen nicht ankommt. Liegt die Willenserklärung in der Inanspruchnahme einer Leistung „kommt es deshalb auf den Willen des einzelnen nicht mehr an. Er setzt sich in Widerspruch mit seinem eigenen tatsächlichen Verhalten (sogenannte *protestatio facto contraria*) und hat durch sein eigenes Verhalten die Geltendmachung einer anderweitigen Auslegung verwirkt“, BGH v. 16.12.1964, NJW 1965, 387, 388.

⁷⁵⁰ „Zeigt jemand ein Verhalten, das nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur als Ausdruck eines bestimmten Willens aufgefaßt werden kann, so ist seine wörtliche Verwahrung gegen eine entsprechende Deutung des Verhaltens unbeachtlich“, BGH v. 16.12.1964, NJW 1965, 387, 388.

⁷⁵¹ Keinen Einfluss auf den Willen des Unternehmens hat die Frage, ob der Dritte seinen Aufklärungspflichten nach § 11 Abs. 2 AÜG nachgekommen ist.

⁷⁵² BGH v. 16.12.1964, NJW 1965, 387, 388.

Ist der Wille des Unternehmens auf eine Arbeitnehmerüberlassung gerichtet, geht der Leistende aber davon aus, dass es durch die Weisungserteilung und die Ableistung abhängiger Arbeit zu einem Arbeitsvertrag komme, einigen sich Parteien nicht über die *essentialia negotii* des Vertrages (Vertragsgegenstand, Vertragspartei).⁷⁵³ Nach dem objektiven Empfängerhorizont liegen keine übereinstimmenden Willenserklärungen vor, wenn sich beide Parteien auf eine unterschiedliche Konstruktion berufen.⁷⁵⁴ Ein konkludenter Vertragsschluss liegt dann nicht vor.

(2) Weitere Einwände

Gegen einen konkludenten Vertragsschluss sind noch weitere Einwände denkbar.

(aa) Kein Erklärungsbewusstsein bei Verhalten

Das Unternehmen könnte gegen eine wirksame Willenserklärung einwenden, dass es ihm nicht bewusst gewesen sei, durch die Entgegennahme der Arbeitsleistung überhaupt eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben. Abzustellen ist auf das Verhalten vertretungsberechtigter Personen.⁷⁵⁵ Handeln diese nicht persönlich, kann eine Zurechnung erfolgen, wenn vertretungsberechtigte Personen das Verhalten nicht-vertretungsberechtigter Personen kennen und billigen bzw. es fahrlässig nicht kennen.⁷⁵⁶

Für eine wirksame Willenserklärung ist in subjektiver Hinsicht ausreichend, wenn der Erklärende neben dem generellen Handlungswillen mit potentielltem Erklärungsbewusstsein handelt.⁷⁵⁷ Der Handelnde muss zumindest erkennen können, dass er etwas rechtlich Relevantes erklärt.⁷⁵⁸ Maßgeblich ist also, ob

⁷⁵³ Es handelt sich auch nicht um eine Willenserklärung, bei der nur der Geschäftswille in Bezug auf den Vertragspartner fehlt. Ein Identitätsirrtum (§ 119 Abs. 1 BGB) scheidet aus, da Wille und Erklärung nicht voneinander abweichen.

⁷⁵⁴ BAG v. 9.4.2014, NZA-RR 2014, 522, 524.

⁷⁵⁵ BAG v. 20.7.1994, NZA 1995, 161, 164.

⁷⁵⁶ BAG v. 20.7.1994, NZA 1995, 161, 164.

⁷⁵⁷ BGH v. 7.6.1984, NJW 1984, 2279 ff.; v. 12.11.1989, NJW 1990, 454, 456; a.A. *Neuner/Wolf*, § 32 Rn. 23 f.

⁷⁵⁸ BGH v. 7.6.1984, NJW 1984, 2279, 2280; v. 12.11.1989, NJW 1990, 454, 456; v. 11.6.2010, NJW 2010, 2873, 2875.

das Unternehmen durch die Entgegennahme der Leistung (bzw. die Weisungserteilung) hätte erkennen können, dass es konkludent eine rechtlich relevante Willenserklärung abgibt.

Sind die im Vorfeld geschlossenen Verträge unwirksam und ist dies auf ein Verhalten des Unternehmens zurückzuführen („Installation eines Strohmannes“), muss es sich dem Unternehmen aufdrängen, dass kein vertragsloser Zustand besteht, sondern das Verhalten nach dem objektiven Empfängerhorizont eine rechtserhebliche Erklärung darstellt. Das Gleiche gilt, wenn das Unternehmen um das Fehlen eines Leiharbeitsvertrages weiß. Eine Berufung auf die im Vorfeld geschlossenen, freien Verträge ist rechtsmissbräuchlich.⁷⁵⁹ Durch sein Verhalten setzt sich das Unternehmen in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten (*venire contra factum proprium*).⁷⁶⁰ Wer bei der Gegenseite ein entsprechendes Vertrauen hervorgerufen hat, muss die Folgen eines gesetzten Rechtsscheins tragen.⁷⁶¹ Durch das Verhalten, die den freien Verträgen widersprechende (angemaßte) Weisungserteilung, schafft das Unternehmen beim Leistenden fahrlässig ein Vertrauen.⁷⁶² Eine Berufung auf fehlendes (potentielles) Erklärungsbewusstsein ist dem Unternehmen dann nach § 242 BGB verwehrt. Das Unternehmen hätte somit erkennen können bzw. hat fahrlässig nicht erkannt, dass es etwas rechtlich Relevantes erklärt. Es handelt sich nicht um die Anwendung einer Eingliederungstheorie, sondern um eine modifizierte Anwendung der Vertragstheorie. Die Beteiligten handelten mit potentielltem Erklärungsbewusstsein. Das der Eingliederungstheorie zugrunde liegende Vertrauen findet insofern Beachtung, als dass eine Annahme der konkludenten Willenserklärung nur dann vorliegt, wenn diese ernsthaft vorgenommen wird.⁷⁶³ Dies

⁷⁵⁹ Die Verwerflichkeit dieses individuellen Rechtsmissbrauchs ergibt sich aus einem tatsächlichen Verhalten einer Partei oder dem „Unwerturteil aus einer speziellen Rechtsbeziehung“, MüKo/Roth/Schubert, § 242 Rn. 205. Aus § 242 BGB ergibt sich auch, dass die Rechte der Gegenpartei nicht vorsätzlich vereitelt werden dürfen (Rechtsgedanken zu § 162 BGB).

⁷⁶⁰ Staudinger/Olzen/Looschelders, § 242 Rn. 284; MüKo/Roth/Schubert, § 242 Rn. 319. Dieser Grundsatz ist Ausdruck des Grundgedankens der gegenseitigen Rücksichtnahme, Staudinger/Olzen/Looschelders, § 242 Rn. 286.

⁷⁶¹ Staudinger/Olzen/Looschelders, § 242 Rn. 286.

⁷⁶² BGH v. 29.11.1994, NJW 1995, 953.

⁷⁶³ BAG v. 4.9.1985, AP Nr. 22 zu § 242 – Betriebliche Übung; Fink, S. 222.

setzt zwangsläufig das Vertrauen des Leistenden in die (konkludente) Willenserklärung des Unternehmens voraus.

Zwar liegt nicht immer, wenn ein Rechtsbindungswille vorliegt, auch ein Erklärungsbewusstsein vor. Da aber für die Frage, ob potentiell Erklärungsbe-
wusstsein besteht, auf die Vermeidbarkeit abgestellt wird, verläuft die Argu-
mentation parallel. Nur in den Fällen, in denen das Unternehmen von einer Ar-
beitnehmerüberlassung ausgegangen ist – was nach der Gesetzesänderung zu-
mindest einen offengelegten Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nach § 1 Abs. 1
S. 5 AÜG voraussetzt, fehlt es auch am Erklärungsbewusstsein.

(bb) Keine Realofferte des Leistenden

Auch das Verhalten des Leistenden muss nach den Umständen ausgelegt werden. Das Unternehmen könnte geltend machen, dass in der tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung keine Willenserklärung des Leistenden liegt. Dem Leistenden könnte es verwehrt sein, sich darauf zu berufen, dass sein Wille auf ein direktes Arbeitsverhältnis zum Unternehmen gerichtet ist,⁷⁶⁴ wenn der Leistende selbst missbräuchlich gehandelt hat (*tu quoque*).⁷⁶⁵ Nicht ausreichend ist der Verweis auf die im Vorfeld geschlossenen Verträge. Ein eigenes widersprüchliches Verhalten des Leistenden liegt aber vor, wenn dem Leistenden im Vorfeld ein direktes Arbeitsverhältnis angeboten wurde und er dieses ablehnte.⁷⁶⁶

c. Arbeitsverhältnis aus § 242 BGB

Liegen in einer Drei-Personen-Konstellation Scheingeschäfte oder „Scheingeschäfte eines Strohmanns“ vor, besteht ein direktes Arbeitsverhältnis. Teilweise

⁷⁶⁴ Nicht ausreichend ist der Verweis auf die im Vorfeld geschlossenen Verträge, denn die hält das Unternehmen auch nicht ein. Auch wenn die Konstruktion zum Schein gewählt wurde und der Leistende davon weiß, kann er sich auf einen Willen in Bezug auf ein direktes Arbeitsverhältnis berufen. Aufgrund einer Paritätsstörung wird der Leistende, wenn er auf die Tätigkeit angewiesen ist, diese im Zweifel erst einmal annehmen und sich dann aus einer gesicherten Position heraus, um Rechtsschutz bemühen.

⁷⁶⁵ Der Grundsatz besagt, dass die Geltendmachung eines Rechts ausgeschlossen ist, wenn demjenigen, der das Recht geltend macht, selbst ein vertrags- oder gesetzwidriges Verhalten zur Last gelegt werden kann, Staudinger/*Olzen/Looschelders*, § 242 Rn. 250.

⁷⁶⁶ BAG v. 11.12.1996, NJW 1997, 2617 ff.

wird in diesen Fällen auf § 242 BGB abgestellt.⁷⁶⁷ Richtigerweise liegen in diesen Fällen aber konkludente Willenserklärungen vor, sodass das Arbeitsverhältnis rechtsgeschäftlich begründet ist. Relevant wird § 242 BGB aber, wenn es an übereinstimmenden Willenserklärungen fehlt und ein Vertrag nach der Vertragstheorie nicht zustande kommt. Das ist der Fall, wenn sich die Konstellation objektiv als Vermittlung darstellt, das Unternehmen aber im Glauben war, im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung zu handeln. Dies gilt nunmehr nur noch, wenn der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als solcher offengelegt wurde.⁷⁶⁸ Es geht dann um die Offenlegung und Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu einem Nicht-Vertragspartner, der, ohne Entleiher zu sein, die Arbeitskraft eines Leistenden selbst entgegennimmt.

In den Fällen, in denen ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen dem Unternehmen und dem Dritten vorliegt, der Dritte sich als Verleiher darstellt, in Wirklichkeit aber kein Leiharbeitsverhältnis mit dem Leistenden abgeschlossen hat, könnte es gerechtfertigt sein, ein Arbeitsverhältnis zum Dritten zu begründen. Dieser ist es schließlich, der den falschen Glauben des Unternehmens hervorruft. Auch wenn eine Anwendung des § 10a AÜG ausscheidet, so ergibt sich aus der Norm doch zumindest die Wertung, dass das Einsatzunternehmen das Risiko dafür trägt, dass ein Arbeitsverhältnis zum verleihenden Dritten nicht besteht. § 10a AÜG verweist explizit auf §§ 9, 10 AÜG. Daraus lässt sich ableiten, dass es im Risikobereich des Entleihers liegt, sicherzustellen, dass sein Vertragspartner, wenn er schon nicht formal aufgrund eines Arbeitsvertrages Arbeitgeber ist, zumindest die Arbeitgeberpflichten erfüllt.

Ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem Leistenden kann sich aus § 242 BGB ergeben.⁷⁶⁹ Problematisch ist, dass die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses durch die Rechtsprechung ohne explizite gesetzliche Grund-

⁷⁶⁷ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645; BGH v. 22.11.2006, NJW 2007, 759; MüKo/Roth/Schubert, § 242 Rn. 277. Es handelt sich dann um einen individuellen Rechtsmissbrauch. Dieser liegt vor, wenn ein „*Vertragspartner eine rechtlich mögliche Vertragsgestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise*“ verwendet, „*um sich zum Nachteil eines anderen Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm/des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind*“, BAG v. 18.7.2012, NJW 2013, 1254, 1259.

⁷⁶⁸ Siehe unter 5. Teil, B., II., 2., b., dd., (1), (bb).

⁷⁶⁹ Staudinger/Olzen/Looschelders, § 242 BGB Rn. 346 ff.; Teichmann, S. 50; MüKo/Roth/Schubert, § 242 Rn. 198 f., die darauf hinweisen, dass die rechtschaffende Funktion gegenüber der „destruktiven“ Funktion im Hintergrund steht.

lage eine unzulässige Rechtsfortbildung darstellen kann.⁷⁷⁰ Als Ausdruck des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) steht die Gesetzgebungskompetenz dem Gesetzgeber und nicht der Rechtsprechung zu. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) darf eine gesetzlich nicht angeordnete Rechtsfolge in der Regel nicht über § 242 BGB herbeigeführt werden.⁷⁷¹ Dies setzt voraus, dass dem Gesetzgeber der Fall bewusst ist und er wohlwissend nicht eingeschritten ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies auch, dass es der Rechtsprechung möglich sein muss, in Ausnahmefällen eine gesetzlich nicht vorgesehene Rechtsfolge anzuordnen, wenn es andernfalls zu grob unbilligen Ergebnissen kommt.

Die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses über § 242 BGB ist nur gerechtfertigt, wenn gleichwertiger Schutz nicht über die einzelne Anwendung von Schutzgesetzen erfolgen kann. Die Anwendbarkeit ergibt sich aus dem Telos der jeweiligen Norm. Aus einzelnen Kompensationsvorschriften kann sich keine dauerhafte Beschäftigung ergeben. Insofern ist die punktuelle Kompensation der Anwendung des § 242 BGB nicht vorrangig.⁷⁷² Auch die Überlegung dem Leistenden Schadensersatz aufgrund einer sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB zuzusprechen,⁷⁷³ stellt keine gleichwertige Alternative zu einem Arbeitsverhältnis dar, da § 826 BGB lediglich *ex post* auf Kompensation gerichtet ist.⁷⁷⁴ Die rechtliche Absicherung eines Arbeitnehmers ist durch die be-

⁷⁷⁰ BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196, 198 mit Verweis auf BVerfG v. 11.7.2012, NJW, 3081, 3085: „Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintenanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein“.

⁷⁷¹ BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196, 200; LAG Baden-Württemberg v. 8.9.2015, 15 Sa 90/14, juris.

⁷⁷² MüKo/Roth/Schubert, § 242 Rn. 220. In den meist diskutierten Fällen steht der Leistende bereits in einem (gesicherten) Arbeitsverhältnis. Es geht dann nur um die Frage, ob ihm zusätzliche Ansprüche, z.B. auf *equal pay*, über § 242 BGB zugesprochen werden, vgl. Hamann/Rudnik, NZA 2015, 449.

⁷⁷³ MüKo/Wagner, § 826 Rn. 4; Fink, S. 233 ff. Die Hürde ist höher als bei rechtsmissbräuchlicher Umgehung und einer Durchgriffshaftung, Fink, S. 234, 236. Im Übrigen muss sich der Vorsatz auf den Schaden beziehen.

⁷⁷⁴ Auch eine entsprechende Anwendung des § 28e SGB IV (in doppelter Analogie), um das Unternehmen auf Lohnzahlungen haften zu lassen, bietet keinen umfassenden Schutz, dazu Hamann/Rudnik, NZA 2015, 449, 452 f. Auch die Begründung einer Generalunternehmerhaftung, wie z.B. in § 13 MiLoG, bedarf einer gesetzlichen Grundlage.

gründungsaufwendige Anwendung einzelner Normen nicht umfassend gesichert. Gegen die bloße Anwendung einzelner Rechte über § 242 BGB spricht auch, dass in einer Zwei-Personen-Konstellation und einer sich zeigenden Scheinselbstständigkeit nicht lediglich einzelne Rechte, sondern ein umfassendes Arbeitsverhältnis begründet wird.⁷⁷⁵

In Ausnahmefällen können sich aus § 242 BGB auch unmittelbare Vertragsbeziehungen ergeben.⁷⁷⁶ Im Arbeitsrecht besteht ein Rechtsformzwang. Derjenige, der abhängige Arbeit leistet, steht in einem Arbeitsverhältnis. In einer Zwei-Personen-Konstellation ergibt sich dies bereits aus der tatsächlichen Durchführung. Der Vertragspartner ändert sich nicht, der Inhalt des Vertrages, wie er sich nach tatsächlicher Durchführung darstellt, unterliegt einem Rechtsformzwang, der nicht dispositiv ist. Ein Arbeitsverhältnis liegt vor. In einer Drei-Personen-Konstellation ist die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht so einfach. Denn es geht nicht nur um den Rechtsformzwang im Hinblick auf ein bestehendes Rechtsverhältnis, sondern um den Austausch der Vertragspartner. Es könnte sich um eine Umgehung handeln.⁷⁷⁷ Die Drei-Personen-Konstellation wird gewählt, um die arbeitsrechtliche Beziehung zwischen Leistendem und Unternehmen zu verschleiern. Die Rechtsprechung hat ein direktes Arbeitsverhältnis sogar in den Fällen angenommen, in denen eigentlich ein gesichertes Arbeitsverhältnis des Leistenden bestand.⁷⁷⁸

Maßgeblich muss die Funktion des Dritten sein. Empfängt das Unternehmen die Leistung, muss die Verlagerung der Arbeitgeberpflichten auf einen Dritten gerechtfertigt sein. Es muss ein Sachgrund für das Dazwischenschalten vorliegen.⁷⁷⁹ Bei der Arbeitnehmerüberlassung besteht dieser Sachgrund in der Über-

Zu einer Auftraggeberhaftung für Verleiher in Bezug auf Arbeitsbedingungen siehe *Hamann*, jurisPR-ArbR 9/2015 Anm. 1 und jurisPR-ArbR 2/2015 Anm. 3.

⁷⁷⁵ BAG v. 17.4.2013, NZA 2013, 903, 905 f.

⁷⁷⁶ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645; BGH v. 22.11.2006, NJW 2007, 759, 760.

⁷⁷⁷ Bis zur Kodifizierung des Arbeitsvertrages in § 611a BGB zum 1.4.2017 konnte man nicht von der Umgehung eines „Gesetzes“, sondern nur von der Umgehung „gewohnheitsrechtlich anerkannter Grundsätze“ ausgehen.

⁷⁷⁸ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645 ff. Für die Annahme einer Umgehung ist es nicht ausreichend, dass ein direktes Arbeitsverhältnis zu einer bloßen Besserstellung führt, Weber, Arbeitsverhältnis, S. 94; *Windbichler*, Konzern, S. 195.

⁷⁷⁹ BAG v. 14.2.1974, AP Nr. 12 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; *Windbichler*, Konzern, S. 196.

nahme des Beschäftigungsrisikos. Daran fehlt es hier. Die Rechtsprechung hat für die Fälle mittelbarer Arbeitsverhältnisse entschieden, dass neben der Übernahme von Arbeitgeberpflichten der Dritte als Arbeitgeber eine unternehmerische Freiheit haben muss.⁷⁸⁰ Der Dritte hat die Möglichkeit, die Arbeitnehmer nach seinem Interesse einzusetzen. Wer hingegen keine unternehmerische Freiheit in Bezug auf seine Arbeitskräfte hat, ist – auch wenn er vordergründig Arbeitgeberrechte ausübt – nicht Arbeitgeber.⁷⁸¹ Das Gleiche gilt, wenn der Dritte keinerlei Funktion ausübt. Dann unterscheidet sich die Drei-Personen-Konstellation nicht von einer Zwei-Personen-Konstellation. In beiden Fällen erfolgt die tatsächliche Abwicklung zwischen dem Leistenden und dem Unternehmen. Tatsächliche Berührungspunkte bestehen nur zwischen ihnen. Die Existenz eines untätigen Dritten kann nicht ein Arbeitsverhältnis zum Unternehmen versperren. Die Folge wäre sonst, dass der Leistende eine abhängige Beschäftigung ausüben würde, ohne aber die korrespondierenden Rechte zu erhalten.

Diese Wertung ergibt sich aus dem Grundgedanken der § 1 Abs. 2 AÜG und aus dem Schutzzweck des AÜG.⁷⁸² Geht man vom Grundsatz aus, dass das Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen besteht, sind hohe Anforderungen an eine Ausnahme zu stellen. Das Auseinanderfallen von Leistungsempfänger und Arbeitgeber ist nur gerechtfertigt, wenn der Schutzstandard des Leistenden gewahrt bleibt.⁷⁸³ Das Leiharbeitsverhältnis stellt ein voll-

⁷⁸⁰ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645 ff.; v. 26.11.1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB – Abhängigkeit; *Konzen*, ZfA 1982, 259, 295.

⁷⁸¹ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645 ff. Das Fehlen unternehmerischer Freiheit resultiert aus einer besonderen Nähebeziehung des Dritten zum Unternehmen. Eindeutig liegt eine solche Nähebeziehung vor, wenn Unternehmen und Dritter in einem Konzernverbund stehen. Liegt keine gesellschaftsrechtliche Verflechtung vor, kann eine Nähebeziehung auch in den Verträgen angelegt sein, z.B. wenn Vorgaben lediglich durchgereicht werden. Auf eine Nähebeziehung kann geschlossen werden, wenn eine Gesamtbetrachtung ergibt, dass eine „*eher zufällige und gestaltbare Aufteilung der Arbeitsbeziehungen auf unterschiedliche Verantwortliche, die wirtschaftlich und rechtlich eng miteinander verbunden sind*“ (*Greiner* NZA 2014, 284, 288) vorliegt.

⁷⁸² Die Einführung des AÜG diene dazu, die Verhältnisse zu regeln und insbesondere „*eine Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer auszuschließen*“, BT-Drs. 6/2303, S. 9 f.

⁷⁸³ Dies zeigt insbesondere die Einführung des *equal pay*-Grundsatzes als Antwort auf die Liberalisierung der Leiharbeit. Siehe auch die hohen Anforderungen, die das BVerfG an die Zulässigkeit einer Arbeitnehmerüberlassung stellte, BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 268 f.

wertiges Arbeitsverhältnis dar. In den Fällen des § 1 Abs. 2 AÜG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 AÜG vernachlässigt der Dritte seine Pflichten. § 1 Abs. 2 AÜG weist dann zutreffend daraufhin, dass nicht mehr eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, sondern eine Vermittlung.⁷⁸⁴

Der Schutz, der dem Arbeitnehmer zugutekommt, kann im Übrigen nicht vom Kenntnisstand des leistungsempfangenden Unternehmens abhängen. Der Rechtsformzwang greift unabhängig vom Willen der Beteiligten. Eine Konstruktion, die ein direktes Arbeitsverhältnis zwischen Leistendem und leistungsempfangendem Unternehmen unterbindet und somit objektiv zu einer Verkürzung der Arbeitnehmerschutzrechte des Leistenden führt, stellt eine Umgehung dar. Eine Umgehungsabsicht ist dann nicht notwendig.⁷⁸⁵ Gerechtfertigt ist die Zurechnung eines direkten Arbeitsverhältnisses durch das dem Vertrag widersprechende Verhalten des Unternehmens.⁷⁸⁶ Diese faktischen Berührungspunkte rechtfertigen ein originäres Arbeitsverhältnis aus § 242 BGB.⁷⁸⁷

Der Rechtsformzwang führt dazu, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Unternehmen zustande kommt.⁷⁸⁸ Eine stetige Beschäftigung führt dann zu einem Dauerarbeitsverhältnis.⁷⁸⁹ Es entsteht ein neues Vertragsverhältnis zu einem neuen Vertragspartner. Im Ergebnis führt dies dazu,

⁷⁸⁴ Vgl. *Schüren/Brors*, BB 2004, 2745, 2746; ablehnend: *Thüsing/Waas*, § 1 Rn. 102 ff.; *Boemke/Lembke/Boemke*, § 1 Rn. 74, *ErfK/Wank*, § 1 Rn. 45.

⁷⁸⁵ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645, 646; *MüKo/Roth/Schubert*, § 242 Rn. 208.

⁷⁸⁶ Diese „aktive Einflussnahme“ (*Windbichler*, Konzern, S. 193) reicht für eine Zurechnung aus. Ist der Dritte gegenüber dem Unternehmen als Verleiher aufgetreten, ohne diese Funktion in Wirklichkeit auszuüben, kann das Unternehmen den Dritten in Regress nehmen. Den Schaden, der dem Unternehmen daraus resultiert, dass ein Arbeitsverhältnis zum Leistenden entsteht, muss der Dritte bei vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB ersetzen.

⁷⁸⁷ Die Anwendbarkeit des § 242 BGB setzt zwar nicht das Bestehen eines vorherigen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien voraus (*Staudinger/Olzen/Looschelders*, § 242 Rn. 347, 127). Der Ausnahmecharakter eines Rechtsverhältnisses originär aus § 242 BGB setzt aber voraus, dass eine tatsächliche Sonderverbindung besteht, *MüKo/Roth/Schubert*, § 242 Rn. 213.

⁷⁸⁸ BAG v. 20.7.1982, NJW 1983, 645 ff.

⁷⁸⁹ BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit. Ist ein zeitlicher Rahmen festgelegt, kann es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis handeln. Eine einfache Lösungsmöglichkeit für die Zukunft (vgl. *Hohmeister*, NZA 2000, 408, 409) ist nicht notwendig. Durch die tatsächliche Durchführung in der Vergangenheit haben die Parteien deutlich gemacht, in welcher Form sie ihre Vertragsbeziehung leben. Eine Beendigung des Arbeitsvertrages richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.

dass derjenige, der abhängige Arbeit leistet, auch in einem Arbeitsverhältnis steht. Es kommt zu einer Zusammenführung von Arbeitsleistung und Arbeitsverhältnis. Das Auseinanderfallen von Leistungsempfänger und Arbeitgeber ist nur gerechtfertigt, wenn die strengen Anforderungen eingehalten werden, die die Existenz eines Leiharbeitsverhältnisses rechtfertigen. Derjenige, der die Arbeitsleistung vom Leistenden empfängt und dem es gegebenenfalls um die dauerhafte Nutzung der Arbeitskraft geht, ist auch der Arbeitgeber.⁷⁹⁰

d. Zwischenergebnis

Aus dem in § 242 BGB verankerten Prinzip der gegenseitigen Rücksichtnahme ergibt sich das Verbot eines strategischen Einsatzes eines Modells, um die Rechte der strukturell unterlegenen Gegenseite zu beschränken. Widerspricht das Verhalten der Parteien den Verträgen, ist die Rolle des Dritten zu betrachten. Steht dieser in einer Nähebeziehung zum leistungsempfangenden Unternehmen und übt selbst keine unternehmerische Freiheit aus, scheidet eine Berufung auf eine gewollte Drei-Personen-Konstellation aus. Ein Vertrag ergibt sich aus übereinstimmenden Willenserklärungen. Liegen keine übereinstimmenden Willenserklärungen vor, ergibt sich ein direktes Arbeitsverhältnis aus § 242 BGB zur Durchsetzung des Rechtsformzwanges in einer Drei-Personen-Konstellation. Das Arbeitsverhältnis liegt *ex tunc* vor.⁷⁹¹

III. Arbeitsverhältnis zum Dritten

Es sind tatsächliche Durchführungen der Vertragsbeziehungen denkbar, bei denen ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Dritten zustande kommt. Der Leistende ist dann Arbeitnehmer des Dritten, erbringt seine Leis-

⁷⁹⁰ Hueck/Nipperdey (§ 78, S. 795) hielten es für eine Selbstverständlichkeit, dass derjenige, der bei sich arbeiten lässt, auch der Arbeitgeber sein muss. Dies wird auch deutlich, wenn vor Kodifikation des AÜG davon ausgegangen wurde, dass, wenn ein Dienstverschaffungsvertrag vorliegt, durch konkludente Willenserklärungen ein direktes Arbeitsverhältnis entsteht (Hueck/Nipperdey § 78, S. 795). Eine Abweichung davon ist nur möglich, wenn die spezielle Ausnahme des Tatbestandes des AÜG vorliegt.

⁷⁹¹ Der Leistende hat dann nicht nur einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages (sog. Anspruchslösung, vgl. Hamann, NZA 2015, 904, 908), sodass er das Unternehmen verklagen müsste, sein Angebot auf Abschluss eines Vertrages anzunehmen (ggf. Annahmefiktion durch das Gericht gemäß § 894 S. 1 ZPO).

tung aber bei einem anderen Unternehmen (vor Ort bzw. unter Einbeziehung in das Netz des Unternehmens). Rechtlich liegt dann eine legale Arbeitnehmerüberlassung oder eine Tätigkeit als Arbeitnehmer eines Werkunternehmers, der einen Auftrag bei einem Dritten erbringt, vor.

1. Legale Arbeitnehmerüberlassung

Ein Arbeitsverhältnis zum Dritten besteht, wenn es sich bei der Drei-Personen-Konstellation um eine legale Arbeitnehmerüberlassung handelt. Der Dritte muss gegenüber dem Leistenden die Arbeitgeberfunktionen ausüben, die für einen Arbeitgeber in einem Leiharbeitsvertrag charakteristisch sind.⁷⁹² Daraus ergibt sich dann ein Leiharbeitsvertrag kraft tatsächlicher Durchführung. In dieser Konstellation stellt sich die Problematik der fehlenden Willenserklärungen, die zu einem Verstoß gegen die negative Vertragsfreiheit führen könnten, nicht. Als vertragliche Grundlage dient der Werk- bzw. Dienstvertrag zwischen Leistendem und Dritten. Eine legale Arbeitnehmerüberlassung setzt des Weiteren voraus, dass der Dritte als Verleiher über eine wirksame Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG verfügt, die Höchstüberlassungsdauer gemäß § 1 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 1 Abs. 1b AÜG nicht überschritten wird und die Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 S. 5, 6 AÜG offengelegt wird. Nicht mehr möglich ist es, die Überlassungserlaubnis vorsorglich einzuholen.⁷⁹³

2. Arbeitnehmer eines Werkunternehmers

Selten vorkommen wird der Fall, dass sich nach der tatsächlichen Durchführung ergibt, dass der Leistende Arbeitnehmer des Dritten ist und keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Das bedeutet nicht nur, dass der Dritte sämtliche Arbeitgeberfunktionen alleine ausübt, sondern auch, dass das Unternehmen keinerlei (arbeitsbezogenen) Einfluss auf die Arbeitsleistung nimmt. Der Dritte und nicht das Unternehmen steuert den Einsatz. Als Arbeitgeber muss der Dritte die aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Rechte gewährleisten. Das Unternehmen wird nur insofern in Verantwortung genommen, als dass es als Auf-

⁷⁹² Siehe 4. Teil, B., I., 2. und 3.

⁷⁹³ Siehe zur alten Rechtslage: *Schüren*, NZA 2013, 176 ff.

traggeber gemäß § 13 MiLoG i.V.m. § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz dafür haftet, dass der Auftragnehmer seinen Arbeitnehmern den Mindestlohn zahlt.⁷⁹⁴

C. Ergebnis

Ist der Tatbestand geklärt, sind die Rechtsfolgen zumeist eindeutig. Das gilt für die arbeitsrechtliche, die sozialversicherungsrechtliche und die strafrechtliche Behandlung. Problematisch ist in speziellen Fällen die Rechtsfolge einer Vermittlung, wenn ein Vertrag nicht durch Realofferte und konkludente Annahme zustande kommt. Abhilfe kann hier letztlich § 242 BGB schaffen.

⁷⁹⁴ Siehe zur Auftraggeberhaftung Düwell/Schubert/*Reinfelder*, § 13 Rn. 11 ff.

6. Teil Ausblick

A. Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit bestimmter Modelle

Die rechtliche Einordnung wirkt sich auf die Wirtschaftlichkeit bestimmter Geschäftsmodelle in der Praxis aus.

I. Unternehmen

Der Einsatz von Werk- und Dienstverträgen lohnt sich für die leistungsempfangenden Unternehmen nur, wenn die Verträge ordentlich durchgeführt werden. Eine missbräuchlich eingesetzte Drei-Personen-Konstellation führt zu einem Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen. Dies ist die Konsequenz, wenn es an einem Arbeitsverhältnis des Leistenden zu einem Dritten fehlt, wie z.B. in Contracting-Konstruktionen, der Leistende aber abhängige Arbeit im Verhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen erbringt. Das Unternehmen wird Arbeitgeber des Leistenden mit allen Rechten und Pflichten. Dies kann nur verhindert werden, wenn entweder von vornherein eine Arbeitnehmerüberlassung vereinbart wird oder das Unternehmen auf eine Weisungserteilung verzichtet. Um dies unternehmensintern sicherzustellen, spielt die Compliance eine wichtige Rolle.⁷⁹⁵ Innerhalb des Unternehmens müssen die Verhaltensweisen in Bezug auf Externe deutlich kommuniziert und angewendet werden. Nur auf diese Weise können durch faktisches Handeln entstandene Arbeitsverhältnisse vermieden werden.

Stellt sich heraus, dass nach der Praxis der Dritte nicht die eigentlich vereinbarte Rolle (Dienstleister/Werkunternehmer) übernimmt, entfällt der Dritte auch als Haftungsschuldner. Das Unternehmen muss dann direkt den Arbeitnehmer in Anspruch nehmen, dem allerdings der innerbetriebliche Schadensausgleich

⁷⁹⁵ Siehe zu den betriebsinternen Folgen bei Verstößen, wie z.B. der Kündigung von Mitarbeitern, die missbräuchliche Konstruktionen instruieren, *Eufinger*, DB 2016, 471, 473. Im Übrigen ist auch eine Haftung in Bezug auf Schadensersatzpflichten des Unternehmens möglich, da die Konstruktion zumeist vorsätzlich eingeführt wurde, *Eufinger*, DB 2016, 471, 475.

zugutekommt. Auch steigt das Risiko des Unternehmens insofern, als dass das Insolvenzrisiko des Einzelnen regelmäßig größer ist als das des Dritten.

Unternehmen sollten in Zweifelsfällen von vornherein Arbeitsverträge mit den Leistenden abschließen.⁷⁹⁶ Das erspart nicht nur Gerichts- bzw. Vergleichskosten, sondern verhindert auch die Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. Einfache Tätigkeiten, die die IT betreffen, werden auch weiterhin in jedem Unternehmen benötigt. Wird auf Festanstellungen verzichtet, dann können einfache Tätigkeiten, die im Vorfeld nicht vertraglich abzugrenzen sind, nur von Leiharbeitnehmern übernommen werden. Dies ist nur für einen vorübergehenden Zeitraum, z.B. bei Auftragsspitzen oder der Einführung eines neuen Systems, denkbar. Nach neuer Gesetzeslage darf die Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG, soweit kein Tarifvertrag greift, 18 Monate nicht überschreiten. Übernimmt ein hochqualifizierter Freelancer über die vertragliche Vereinbarung hinaus auch einfache Tätigkeiten, so ändert sich der Status nicht, wenn eine bestimmte Vergütungsgrenze eingehalten wird. Ab dieser Vergütungsgrenze ist ein Missbrauch auszuschließen, sodass sich die Problematik der Scheinselbstständigkeit, insbesondere auf dem Markt der IT-Beratung und IT-Pflege, erledigt.

Auch wenn die Konstellation rechtlich eindeutig beurteilt wird, bedeutet dies noch nicht zwangsläufig, dass Änderungen in der Praxis vorgenommen werden. Ob sich das Verhalten der Unternehmen ändert, hängt maßgeblich davon ab, zu welchem Ergebnis das Risikomanagement des Unternehmens kommt. Neben der Einhaltung betriebsinterner Compliance-Vorschriften ist entscheidend, wie hoch das Risiko ist, dass die wahre Konstellation offen gelegt wird und konkrete Sanktionen aus einer fehlerhaften rechtlichen Einordnung resultieren. Dies hängt maßgeblich von der Kontrolldichte der Exekutive ab.⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Für projektbezogene Einsätze kann eine Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG in Betracht kommen, BAG v. 24.9.2014, NZA 2015, 301, 302.

⁷⁹⁷ 82 % der Unternehmen schätzen das Risiko, mit Sanktionen konfrontiert zu werden, als gering ein, EY-Studie, S. 15.

II. Freelancer

Wurde der Leistende in die Selbstständigkeit gedrängt und hatte er keine Wahlmöglichkeit, die Tätigkeit in abhängiger Beschäftigung auszuüben, verbessert sich die Situation durch eine rechtliche Klarstellung. Er verliert die Unabhängigkeit der Selbstständigkeit, die de facto nie bestanden hat, und erhält eine Vielzahl von Rechten gegenüber seinem Arbeitgeber. Der soziale Schutz des Arbeitsrechts greift. Die Situation geringqualifizierter (Schein-)Selbstständiger kann durch ein Indiz der Vergütungshöhe verbessert werden. Daneben sollte die zeitliche Bindung eine maßgebliche Rolle spielen.

Derzeit besteht die Gefahr, dass ein Leistender, der die Selbstständigkeit freiwillig gewählt hat und die vertragliche Konstruktion samt der abweichenden Durchführung toleriert, gegen seinen Willen als Arbeitnehmer des Unternehmens eingestuft wird. Dem kann entgegengewirkt werden, wenn die privatautonome Entscheidung des Leistenden respektiert wird. Je höher qualifiziert der Leistende ist, umso eher ist von einem freien Willen auszugehen. Die Qualifizierung höchstqualifizierter Freelancer zeigt sich in der Praxis anhand der Vergütung. Ab einer bestimmten Vergütungshöhe sollte akzeptiert werden, dass der Vertragsschluss eines freien Vertrages – auch bei abweichender Praxis – von einem freien (privatautonomen) Willen getragen wurde. Die Selbstständigkeit bleibt bestehen.

III. Dritte

Für die Dritten zerschlägt sich ein Geschäftsmodell. Ein Contracting bei dem Personaldienstleister den Inhalt von selbst abgeschlossenen Werk- und Dienstverträgen nur weiterreichen und welches dann in der Praxis abweichend von den Verträgen durchgeführt wird, lohnt sich für Unternehmen nicht. Bewertete man das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Leistenden als Leiharbeitsverhältnis, so ermöglichte nach alter Rechtslage die (Vorrats-)Erlaubnis des Dritten die Verhinderung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Unternehmen. Wurde die Konstruktion gerade darauf angelegt, kaufte das Unternehmen dem Dritten die Übernahme dieses Risikos ab. Der Dritte konnte so eine ordentliche Gewinnmarge erzielen. Aufgrund der Offenlegungspflicht nach neuer Rechtslage zum 1.4.2017 ist dies nicht mehr möglich. Aber auch bei zutreffender Bewertung der Contracting-Konstruktion als Vermittlung durch den Dritten, scheidet ein Ar-

beitsverhältnis zum Dritten und somit mangels Leiharbeitsverhältnisses auch die Anwendbarkeit des AÜG aus. Durch das entstehende direkte Arbeitsverhältnis wird der Dritte für den Leistungsaustausch irrelevant. Der Dritte kann nur noch eine Funktion für das Unternehmen ausüben, die eine wirtschaftliche Existenz ermöglicht, soweit er als Verleiher das Beschäftigungsrisiko übernimmt und eine Arbeitnehmerüberlassung offen praktiziert. Darüber hinaus muss er sich auf die Vermarktung der Leistenden als Vermittler beschränken. Die Vermittlungstätigkeiten der Dritten können optimiert werden.⁷⁹⁸ Sie ermöglichen allerdings geringere Gewinnmargen als ein Contracting. Hinzu kommt die Konkurrenz durch unabhängige Projektportale, die eine Plattform für eine Vielzahl verschiedener Anbieter bieten. Diese Portale sind für Freelancer oftmals eine kostengünstigere Möglichkeit der Vermittlung. Um sich gegen unabhängige Portale durchzusetzen, müssen die Dritten einen Mehrwert für die beauftragenden Unternehmen schaffen. Dritte können die Koordination der verschiedenen Vertragspartner übernehmen und somit den Organisationsaufwand der Unternehmen reduzieren.

IV. Staat

Der Status eines Leistenden ist für den Staat als Träger der Sozialversicherung von Bedeutung. Je mehr Leistende als Selbstständige am Markt aktiv sind, umso weniger Arbeitnehmer gibt es, für die Beiträge in die Sozialkassen abgeführt werden. In der Praxis besteht das Problem, dass Selbstständige nicht selbst Vorsorge treffen und in die Sozialkassen einzahlen, im Alter aber oftmals auf Leistungen aus den Sozialkassen angewiesen sind.⁷⁹⁹ Der Staat hat also ein Interesse daran, den wahren Status des Leistenden offenzulegen. Die Sozialkassen profitieren dann von Beitragsnachzahlungen. Bislang scheiterte die Offenlegung missbräuchlicher Konstruktionen in erster Linie an mangelnder Personal- und Ressourcenausstattung der Kontrollbehörden.⁸⁰⁰

⁷⁹⁸ Z.B. durch den Ausbau webbasierter Portale, die Angebote von Projektanbietern und Projektvermittlern zusammenführen, Lünendonk, Pressemitteilung v. 13.8.2013.

⁷⁹⁹ *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, 169, 169.

⁸⁰⁰ *Müller-Gugenberger/Thul*, § 38 Rn. 11b.

B. Änderungsbedarf

Um die Situation gering- und hochqualifizierter Leistender zu verbessern, ist der Staat in der Verantwortung. Daneben kann durch Formen der Organisation eine Verbesserung der Situation erreicht werden.

I. Staatliche Verantwortung

Der Staat ist in der Verantwortung, diejenigen zu schützen, die des Schutzes bedürfen und den anderen durch Rechtssicherheit die Ausübung der Tätigkeiten zu ermöglichen. Ziel ist es, den Schutz bei kleinen IT-Dienstleistungen zu verbessern und die Abwicklung großer IT-Projekte ohne staatliche Einmischung zu gewährleisten.

1. Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber

Es ist Aufgabe der Legislative, durch gesetzliche Regelungen missbräuchliche Konstruktionen zu verhindern und die Grundlage zu schaffen, Fehlverhalten sanktionieren zu können. Durch die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 1.4.2017 hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, missbräuchliche Umgehungsstrategien zu verhindern.⁸⁰¹ Diese Zielsetzung ergab sich in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung explizit aus Art. 5 Abs. 5 der Leiharbeits-Richtlinie.⁸⁰²

a. Änderung des AÜG

In Bezug auf missbräuchliche Umgehungsstrategien sind die Änderungen im AÜG zu begrüßen. Insbesondere die Pflicht zur Offenlegung einer Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG führt dazu, dass sich der Dritte und das leistungsempfangende Unternehmen nicht mehr erst im Nachhinein auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung berufen können. Der Gesetzgeber reagiert damit auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, welches die Wirksamkeit einer auch nur "auf Vorrat" eingeholten Erlaubnis bestätigt hat-

⁸⁰¹ Vgl. Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD, S. 69.

⁸⁰² Vgl. dazu *Hamann*, NZA 2015, 904, 907.

te.⁸⁰³ Rechtliche Unsicherheiten bei einer Vielzahl von nicht ordnungsgemäß durchgeführten (Schein-)Werkverträgen werden durch diese Gesetzesänderung beseitigt. Der bei einem Dritten festangestellte IT-Mitarbeiter wird aufgrund der Fiktion des § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG im Falle einer Weisungserteilung durch das Unternehmen dessen Arbeitnehmer. Daran wird in den allermeisten Fällen auch das Widerspruchsrecht gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a a.E. AÜG, welches aus verfassungsrechtlichen Gründen im Hinblick auf Art. 12 GG eingeführt wurde,⁸⁰⁴ nichts ändern. Nachdem im Gesetzgebungsprozess zunächst vorgesehen war, dass das Widerspruchsrecht auch gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher ausgeübt werden konnte, sieht die gesetzliche Regelung nunmehr vor, dass der Widerspruch gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AÜG gegenüber der Bundesagentur für Arbeit erklärt werden muss. Darüber hinaus kann ein Widerspruch gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 AÜG nicht vor Fristbeginn erfolgen. Der Beginn der Frist richtet sich nach dem jeweiligen Unwirksamkeitsbestand (Nr. 1, 1a, 1b). Das Widerspruchsrecht kann somit in der Praxis auch keinen Ersatz für die Vorratserlaubnis darstellen. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 a.E. AÜG kann auch bei Fehlen der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis durch den Widerspruch des Leistenden das Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen verhindert werden. Die Missbrauchsgefahr, die darin gesehen wurde,⁸⁰⁵ dass der Leistende bereits im Vorfeld einen Widerspruch unterschreibt und dem Ver- oder Entleiher aushändigt, entfällt aber dadurch, dass die Erklärung gegenüber der Bundesagentur erst nach Fristbeginn abgegeben werden kann. Auch beinhaltet die Freistellungserklärung gemäß § 9 Abs. 3 S. 2 AÜG weder eine Legalisierung der gesetzeswidrigen Durchführung für die Vergangenheit noch für die Zukunft.⁸⁰⁶

Die Einführung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sowie der daran anknüpfende Bußgeldtatbestand in § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG verstärken den Eindruck, dass der Gesetzgeber zu einem entleiherbetriebsbezogenen Modell tendiert, indem er

⁸⁰³ BAG v. 10.12.2013, NZA 2014, 196 ff.

⁸⁰⁴ Dazu kritisch Hamann, AuR 2016, 136, 140; Brors, NZA 2016, 672, die zutreffend darauf hinweist, dass in der Praxis keine Fälle auftreten, in denen „der Leiharbeiter gezwungen wird, beim Scheinwerkbesteller zu bleiben, wenn die illegale Konstruktion auffliegt“.

⁸⁰⁵ Brors, NZA 2016, 672; Schüren, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

⁸⁰⁶ BT.-Drs. 18/10064, S. 16.

maßgeblich auf die Eingliederung und Weisungserteilung beim Unternehmen abstellt. Die Einführung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG soll aber keineswegs zu einer Änderung der Rechtslage führen.⁸⁰⁷ Das bedeutet, dass für die Anwendung der Sanktionen des AÜG auch weiterhin nicht auf ein Leiharbeitsverhältnis verzichtet werden kann. Andernfalls würde dies z.B. dazu führen, dass der Bußgeldbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG den Betreiber einer Crowdfunding-Plattform trifft, der einen Leistenden nur vermittelt. Stellt sich dann nach tatsächlicher Durchführung heraus, dass der Leistende abhängige Arbeit leistet, muss der Plattformbetreiber ein Bußgeld zahlen, obwohl er keinerlei Einfluss auf das Verhältnis zwischen Leistendem und Unternehmen hat. Fehlt ein Leiharbeitsverhältnis, handelt es sich auch weiterhin nicht um eine fehlerhafte Überlassung, sondern um einen Fall der Vermittlung.

b. Einführung des § 611a BGB

Seit dem 1.4.2017 ist der Arbeitsvertrag in § 611a BGB gesetzlich geregelt. Nachdem in den Entwürfen zuvor versucht wurde, die Person des Arbeitnehmers zu definieren, entschloss sich der Gesetzgeber, letztlich systemkonform, den Vertrag zu definieren. Allerdings führt die gesetzliche Festlegung im Ergebnis wohl kaum zu einer Verbesserung der Rechtssicherheit. Zwar ist es zutreffend, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Die gesetzliche Definition in § 611a BGB wurde der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes entnommen.⁸⁰⁸ Da diese allerdings selbst derart unbestimmt und auslegungsbedürftig ist, ergibt sich aus ihr kein Mehrwert.⁸⁰⁹ Auch wird kritisiert, dass weiterhin das Merkmal der Eingliederung Bestandteil der Definition ist.⁸¹⁰

Der erste Entwurf zur Einführung des § 611a in das BGB sah einen Kriterienkatalog vor.⁸¹¹ Dieser Kriterienkatalog scheiterte am Vorliegen allgemeingülti-

⁸⁰⁷ BT.-Drs. 18/10064, S. 14.

⁸⁰⁸ Vgl. nur BAG v. 11.8.2015, NZA-RR 2016, 288 ff.

⁸⁰⁹ *Hamann*, AuR 2016, 136; *Uffmann*, NZA-Beilage 1/2016, 5, 12; *Reinecke*, NZA-RR 2016, 393, 394 f.

⁸¹⁰ *Preis/Wieg*, AuR 2016, 313, 322 f. *Preis/Wieg* (aaO.) machen selbst einen Vorschlag für eine Fassung des § 611a BGB, der insbesondere auch eine widerlegbare Vermutung beinhaltet.

⁸¹¹ Siehe zur Kritik: *Thüsing/Schmidt*, ZIP 2016, 54, 55; *Uffmann*, NZA-Beilage 1/2016, 5, 10.

ger Kriterien. Insbesondere wurde keine Rücksicht auf bestimmte Sachzwänge genommen, die sich aus bestimmten Tätigkeiten ergeben. Durch einen Kriterienkatalog hätte sich insbesondere die Situation hochqualifizierter Freelancer verschlechtert. Die Rechtsunsicherheit wäre durch unzutreffende Kriterien gestiegen und diese Rechtsunsicherheit hätte durch Auftragsrückgänge zu wirtschaftlichem Schaden geführt. Davon wären auch hochqualifizierte Freelancer betroffen gewesen.

Auch die sich im ersten Referentenentwurf befindende widerlegbare Vermutung gemäß § 611a Abs. 3 BGB-E, dass ein Arbeitsverhältnis besteht, wenn die Deutsche Rentenversicherung ein solches in einem Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV festgestellt hat,⁸¹² wurde gestrichen. Der Grundgedanke, eine Vermutungswirkung an die im Sozialversicherungsrecht im Vordergrund stehenden tatsächlichen Berührungspunkte zu knüpfen, ist bedenkenswert. Denn gerade in Fällen des sog. Contracting ergibt sich der konkludente Vertragsschluss mangels ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung aus den tatsächlichen Berührungspunkten. Problematisch an der in § 611a Abs. 3 BGB-E vorgesehenen Verknüpfung des Arbeits- mit dem Sozialrecht ist aber, dass es auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung an eindeutigen Kriterien fehlt. Eine auf unpassenden Kriterien aufbauende Gesamtabwägung im Einzelfall führt dann zu Rechtsunsicherheit.

c. Weiterer Reformbedarf

aa. Vermittlungsrechtsfolge und Rückführung der Arbeitnehmerüberlassung

Die Schwierigkeit, einen Arbeitsvertrag anzunehmen, wenn die Beteiligten in ihrer Rechtsbeziehung keinen ausdrücklichen Vertrag geschlossen haben, kann dadurch erleichtert werden, dass die Rechtsfolge einer Vermittlung gesetzlich geregelt wird. Das betrifft die Fälle, in denen der Dritte nicht Arbeitgeber ist und es somit an einem Leiharbeitsverhältnis fehlt. Auf diese Weise könnte auch

⁸¹² § 611a BGB-E: „(3) Das Bestehen eines Arbeitsvertrages wird widerleglich vermutet, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch insoweit das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat.“

die, sich weiterhin im AÜG befindende, Vermittlungsvermutung gemäß § 1 Abs. 2 AÜG mit einer Rechtsfolge verbunden werden.

Auch wenn die Änderungen des AÜG im Hinblick auf die §§ 10 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1b AÜG zu begrüßen sind, stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis nicht auch mit weniger Gesetzesänderung und komplizierten Gesetzesregelungen denkbar ist. Bezugspunkt für die Bewertung und Sanktionierung missbräuchlicher Konstruktionen sollte das Normalarbeitsverhältnis sein. Arbeitgeber des Leistenden ist das leistungsempfangende Unternehmen. Die Rechtfertigung dafür, dass das leistungsempfangende Unternehmen ausnahmsweise nicht Arbeitgeber des Leistenden ist, besteht darin, dass der Leistende in einem vollwertigen Arbeitsverhältnis zum Verleiher steht. Der Schutzzumfang dieses Arbeitsverhältnisses darf in keiner Weise gegenüber einem vergleichbaren Arbeitsverhältnis bei dem leistungsempfangenden Unternehmen vermindert sein. Die Drei-Personen-Konstellation darf nicht dazu führen, dass die Rechte des Leistenden als Arbeitnehmer verkürzt werden. Aus diesem Grund sieht § 1 Abs. 2 AÜG auch vor, dass der Verleiher seinen Arbeitgeberpflichten vollumfänglich nachkommen muss. Rechtfertigung für das Auseinanderfallen von Arbeitgeber und Leistungsempfänger ist nicht die Bedürftigkeit des Leistenden, sondern der vorübergehende Bedarf nach einer bestimmten Leistung.⁸¹³ Besteht bei einem Unternehmen ein vorübergehender Mehrbedarf an Arbeitskräften, dann kann er diesen Mehrbedarf über einen Verleiher sicherstellen.⁸¹⁴ Da ein Mehrbedarf in den überwiegenden Fällen, z.B. bei Auftragsspitzen oder der Einführung eines neuen technischen Systems, dem Unternehmen wirtschaftlich zugutekommt, muss er auch die Kosten der flexiblen Arbeitskraft tragen. Das bedeutet, der Leiharbeiter muss einen Anspruch auf *equal pay* ab dem ersten Tag ha-

⁸¹³ Hinter der Arbeitnehmerüberlassung steht der Grundgedanke, dass die Übernahme bestimmter Tätigkeiten nur für einen begrenzten Zeitraum in einem Unternehmen anfällt (vgl. BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 268). Aus diesem Grund lohnt sich eine dauerhafte Anstellung eines Arbeitnehmers nicht. Da aber verschiedene Unternehmen einen vorübergehenden Bedarf für die gleiche Tätigkeit haben, lohnt es sich hingegen für einen Verleiher, nur für diese Fälle Personal einzustellen. Die Wiedereingliederung eines Leistenden in den Arbeitsmarkt stellt lediglich einen Nebeneffekt dar (vgl. BVerfG v. 4.4.1967, BVerfGE 21, 261, 269).

⁸¹⁴ Die pauschale Annahme, eine Arbeitnehmerüberlassung sei vorübergehend, wenn sie 18 Monate nicht überschreite (vgl. § 1 Abs. 1b AÜG), sagt nichts darüber aus, inwieweit im konkreten Fall eine Leistung tatsächlich „vorübergehend“ benötigt wird.

ben. Dadurch wird deutlich, dass ein vorübergehender Bedarf besteht, der es dem Unternehmen wert ist, ihn mit externen Fachkräften abzudecken. Arbeitnehmerüberlassung wird durch die Gewinnmarge der Verleiher teuer für die Unternehmen. Wenn aber wirklich ein erhöhter vorübergehender Bedarf besteht, sind es die Mehrkosten wert. Leiharbeit ist dann nur noch ein Instrument einer wahren Flexibilisierung.⁸¹⁵

bb. Mindestarbeitsbedingungen

Im Ergebnis wird dies dazu führen, dass sich die Anzahl der Leiharbeitnehmer verringern wird. Gleichzeitig ist dann wiederum ein Anstieg von Scheinverträgen zu befürchten. Der Gesetzgeber könnte die Schutzbedürftigkeit einer bestimmten Gruppe von Leistenden zum Anlass nehmen, bestimmte Mindestarbeitsbedingungen festzulegen. Als Vorbild könnte die Regelung in § 92a HGB dienen. Demnach können durch Verordnung Mindestarbeitsbedingungen für Handelsvertreter erlassen werden. Der Gesetzgeber hat durch diese Norm die Möglichkeit geschaffen, dass das Justizministerium in Absprache mit dem Wirtschaftsministerium Mindestbedingungen festlegen darf. Bislang wurde von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht.⁸¹⁶ Auch wäre eine Gebührenordnung denkbar (vgl. RVG). Aus dieser könnte sich eine Mindestvergütung ergeben.⁸¹⁷ Problematisch ist es, den Anwendungsbereich der Gebührenordnung zu definieren. An einen bestimmten Bildungsabschluss kann nicht angeknüpft werden. Vorzugswürdig ist es, im Übrigen die Ausgestaltung der konkreten Arbeitsbedingungen den Vereinbarungen zwischen Verbänden und Unternehmen zu überlassen. Generell ist die Ausbreitung von Scheinverträgen weniger ein

⁸¹⁵ *Brors/Schüren*, Gutachten, S. 8. Die Verbreitung atypischer Beschäftigung mit „Flexibilisierung“ zu begründen, hat sich in vielen Fällen als nicht tragfähig erwiesen. Teilweise ist den gesetzlichen Modellen nicht mehr zu entnehmen, ob es sich um ernsthafte Flexibilisierung handelt oder um reine Kosteneinsparung. Eine Inkonsequenz in Bezug auf einzelne Flexibilisierungsinstrumente führt zu missbräuchlichen Gestaltungen.

⁸¹⁶ *Baumbach/Hopt/Hopt*, § 92a Rn. 2; *BeckOK-ArbR/Hagen*, § 92a HGB Rn. 2.

⁸¹⁷ Die Festlegung eines Mindestentgeltes durch den Gesetzgeber ist nicht abwegig. Durch §§ 1, 3 MiLoG besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Mindestlohn bereits für Arbeitnehmer. Für IT-Freelancer besteht der Vorteil, dass sie sich an Mindestvergütungen orientieren können, wenn sie bestimmte Honorare für ihre Tätigkeit verlangen, „*Wie Freiberufler den eigenen Preis bestimmen*“, Computerwoche v. 30.12.2015.

Problem der bestehenden Gesetzeslage als vielmehr ein Problem der Aufdeckung und Verfolgung durch die Exekutive.

cc. Projektvertrag

Die Situation hochqualifizierter Freelancer ließe sich verbessern, wenn ein Vertrag geschaffen würde, der eine enge Zusammenarbeit und einen ständigen Austausch ermöglicht. Dies ist zwar im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen möglich, die Beurteilung ist aber teilweise schwierig. Selbstständige befolgen des Öfteren Weisungen der Unternehmen – ohne dass sie ihre Selbstständigkeit einbüßen wollen. Ein „Projektvertrag“ könnte ab einer bestimmten Vergütungshöhe eine Weisungserteilung und Eingliederung zulassen. Es würde für Unternehmen die gleiche Situation wie im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung geschaffen werden. Gerechtfertigt ist dies darin, dass das Nichtzustandekommen der Arbeitnehmerüberlassung durch den Freelancer begründet ist, der nicht bereit ist, als Leiharbeitnehmer tätig zu werden.

dd. Einbeziehung in Sozialversicherung

Die Höhe der Vergütung lässt den Rückschluss auf die Schutzbedürftigkeit des Leistenden zu. Von der Vergütung muss der Selbstständige seinen Lebensunterhalt bestreiten und Vorsorge betreiben. Ist die Vergütung gering, bleibt oftmals nur Geld für den täglichen Bedarf – Vorsorge wird nicht betrieben. Hat man zeitlebens als Selbstständiger keine Vorsorge betrieben, ist man im Alter auf staatliche Hilfe durch die Grundsicherung angewiesen. Durch eine Ausweitung der Sozialversicherungspflicht, insbesondere der Einzahlungspflicht in die gesetzliche Rentenversicherung für alle Selbstständigen, könnte eine Belastung des Staatshaushalts verhindert werden.⁸¹⁸ Über eine solche Einbindung in die Sozialversicherung sichert sich der Staat gegenüber denjenigen ab, die bewusst kein Arbeitsverhältnis abschließen. Der Schutz geringqualifizierter Selbststän-

⁸¹⁸ Vgl. Grünbuch des BMAS, S. 80; *Waltermann*, RdA 2010, 162, 166 f., der deutlich macht, dass auch in anderen europäischen Ländern Selbstständige in ein allgemeines System der Altersvorsorge eingebunden werden.

diger erfolgt dann nicht nur über das Arbeitsrecht, sondern auch über die Ausweitung des Sozialversicherungsrechts.⁸¹⁹

Ein weiterer Vorteil der Ausweitung der Versicherungspflicht ist, dass die Abgrenzung von Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit entfiere.⁸²⁰ Auch weitgehende Kontrolltätigkeiten durch die Deutsche Rentenversicherung wären nicht mehr notwendig. Eine abweichende statusrechtliche Beurteilung durch die Deutsche Rentenversicherung würde nicht mehr zu Rechtsunsicherheit führen.⁸²¹ Dies gilt dann insbesondere auch für den Fall, dass man die (privatautonome) Entscheidung, die Selbstständigkeit auch bei abweichender Durchführung beizubehalten, akzeptiert. Maßgeblicher Vorteil einer Versicherungspflicht wäre auch, dass Schäden und illegale Gewinne in Bezug auf die Sozialversicherungsbeiträge ausbleiben würden.⁸²² Für Unternehmen hätte dies den Vorteil, dass konzerninterne Compliance-Vorschriften in Bezug auf das Sozialversicherungsrecht entfallen könnten.⁸²³

Im Ergebnis führen Versicherungspflichten nur für die Selbstständigen zu Mehrkosten, die bislang keinerlei Vorsorge betrieben haben. Daneben ist, z.B. bei Öffnung der gesetzlichen Krankenversicherung und Einführung einer Versicherungspflicht, mit Kosteneinsparungen zu rechnen. Derzeit ergeben sich für geringqualifizierte Freelancer erhebliche Belastungen aus der privaten Krankenversicherung.⁸²⁴

⁸¹⁹ *Beuthien/Wehler*, RdA 1978, 2.

⁸²⁰ Eine Befreiung aus einer Versicherungspflicht könnte an ein bestimmtes Einkommen geknüpft werden, wie dies bereits bei der gesetzlichen Krankenversicherung für Angestellte ab einem Einkommen von derzeit 4.687,50 EUR möglich ist.

⁸²¹ Es wurde kritisiert, dass die Prüftätigkeit der DRV anhand von Kriterien zu Rechtsunsicherheiten führe. Bei einer Versicherungspflicht kann auf die Prüftätigkeit verzichtet werden.

⁸²² *Müller-Gugenberger/Thul*, § 38 Rn. 11b.

⁸²³ Zu Compliance in Bezug auf das Sozialversicherungsrecht; *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1917.

⁸²⁴ Nach einer Studie der Ortskrankenkassen (WIDO) können sich von 3,7 Mio. Selbstständigen ein Fünftel regulären Versicherungsschutz nur mit fremder Hilfe leisten, „Überforderte Selbstständige“, Handelsblatt v. 15.1.2016, S. 11.

ee. Mitbestimmung

Übernehmen höchstqualifizierte Freelancer Daueraufgaben in Unternehmen, müssen die Regelungen der Mitbestimmung angepasst werden. Die privatautonome Vereinbarung zwischen Selbstständigem und Unternehmen darf nicht zu einer Einschränkung der Rechte der Stammarbeitnehmer führen, wenn z.B. in einem Kleinbetrieb nicht die ausreichende Anzahl von Arbeitnehmern gemäß § 23 KSchG besteht oder mitbestimmungsrechtliche Schwellenwerte nicht erreicht werden.⁸²⁵ Um einerseits den selbst gewählten Status des Selbstständigen und andererseits die Rechte der Stammarbeitnehmer zu stärken, müssen Mitbestimmungsrechte flexibel nach dem Telos der Norm ausgestaltet sein. Gemäß § 80 Abs. 2, 2. Hs. BetrVG steht dem Betriebsrat ein Informationsrecht zu. Der Betriebsrat muss unterrichtet werden, wenn Aufgaben von Leistenden durchgeführt werden, die wie Selbstständige nicht in einem Arbeitsverhältnis zu Unternehmen stehen. Es ist zu überlegen, ob nicht ein Zustimmungsverweigerungsrecht dem Betriebsrat zugestanden werden sollte, wenn es sich bei den Aufgaben um Daueraufgaben handelt.⁸²⁶

2. Geeignete Kriterien der Rechtsprechung und Sanktionierung

Die Judikative muss geeignete Abgrenzungskriterien anwenden. Die Scheinselbstständigkeit muss durch zeitliche Bindungen, flankiert durch Netzwerkzugang und Kontrollmechanismen, bestimmt werden. Eine einheitliche Linie der Rechtsprechung trägt maßgeblich dazu bei, dass Rechtssicherheit geschaffen wird.⁸²⁷ Voraussetzung ist, dass es Fälle gibt, die höchstrichterlich entschieden werden.⁸²⁸ Nach wie vor ist es für Unternehmen kostengünstiger, in Zweifelsfällen eine außergerichtliche Einigung zu erzielen als eine höchstrichterliche Entscheidung zu riskieren.

⁸²⁵ *Beuthien/Wehler*, Anm. zu BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

⁸²⁶ Siehe *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1311, der ein Zustimmungsverweigerungsrecht für den Einsatz von Werkunternehmern anspricht.

⁸²⁷ Es bedarf dann auch keines Positivkatalogs, dazu *Henssler*, RdA 2016, 18, 22.

⁸²⁸ Es gibt inzwischen vermehrt ausländische Urteile, die Arbeitsverhältnisse in Fällen der on-demand-economy festgestellt haben, vgl. „*Warum ein Urteil Ubers Milliarden-Bewertung torpediert*“, Manager Magazin v. 17.6.2015.

In Fällen missbräuchlicher Anwendung von Drei-Personen-Konstellationen müssen die Gerichte die vorhandenen Strafenkataloge ausschöpfen. Die Angst, insbesondere vor einer persönlichen Inanspruchnahme nach §§ 266a, 14 StGB, ist groß – Urteile gibt es jedoch selten. Eine durchgreifende Linie der Rechtsprechung dient der Abschreckung und kann dazu führen, dass zweifelhafte Konstruktionen weniger attraktiv werden.

3. Kontrolle durch die vollziehende Gewalt

Die Wirksamkeit gesetzlicher Regelungen hängt maßgeblich von der Tätigkeit der Exekutive ab. Die Einhaltung bestehender gesetzlicher Regelungen erfolgt durch die Bundesagentur für Arbeit als Erlaubnisbehörde im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes,⁸²⁹ die Zollbehörde, die Deutsche Rentenversicherung oder die Staatsanwaltschaft bzw. die Polizei als deren Ermittlungspersonen (§ 152 GVG). Die Verbesserung der Situation geringqualifizierter Selbstständiger in Drei-Personen-Konstellationen ließe sich durch flächendeckende Kontrollen verbessern.⁸³⁰ Die Untätigkeit und die Handlungsunfähigkeit der Behörden, auf die oftmals hingewiesen wird,⁸³¹ ließe sich durch eine bessere Personalausstattung vermeiden. Besser als neue Gesetzesinitiativen ist die Bereitstellung von mehr Mitteln zur Ausstattung der Behörden. Eine erhöhte Kontrolldichte samt der Verhängung von Bußgeldern hat auch mittelbar den Effekt der Abschreckung.

Für die Prüftätigkeit der Deutschen Rentenversicherung ist entscheidend, dass geeignete Kriterien verwendet werden, die nicht im Widerspruch zur arbeitsgerichtlichen Abgrenzung stehen. Dies führt sonst auch zu Rechtsunsicherheit. Die Einführung einer Versicherungspflicht würde die Problematik aufheben.

⁸²⁹ *Sandmann/Marschall/Schneider*, Handbuch Zeitarbeit, Rn. 630 ff.

⁸³⁰ Kontrollen der Bundesagentur für Arbeit zur Einhaltung des AÜG finden in den seltensten Fällen unangekündigt statt, siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/7661, S. 8. Siehe zu den Kontrolltätigkeiten der Zollbehörde bzgl. Mindestlohn und Lohnuntergrenze die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/7405.

⁸³¹ *Schüren*, Gem. Anm. zu LAG Baden-Württemberg v. 3.12.2014, LAGE Nr. 14 zu § 10 AÜG und LAG Baden-Württemberg v. 7.5.2015, LAGE Nr. 15 zu § 10 AÜG, S. 14 ff.

Da ein Sachverhalt oftmals für mehrere Verfolgungsbehörden von Bedeutung ist, ist zu überlegen, ob die Bündelung der Behörden zu einer Verbesserung der Situation führen würde.⁸³² Dies könnte in Form einer gemeinsamen Behörde, die Vorgänge in der Arbeitswelt untersucht, Gestalt annehmen.⁸³³ Eine solche Behörde wäre zumindest ein eindeutiges Zeichen, dass wirklich etwas gegen missbräuchliche Konstruktionen unternommen wird.

II. Nichtstaatliche Verantwortung

Der Staat ist verfassungsrechtlich verpflichtet, schutzbedürftigen Leistenden einen Mindestschutz zu gewähren. Die Verantwortung für die weitere Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen jenseits dieses Grundschutzes obliegt den Tarifvertragsparteien. Einer Übermacht des Arbeitgebers in Bezug auf Arbeitsbedingungen kann der einzelne Leistende entgegenwirken, indem er sich organisiert. Auch für Freelancer im IT-Bereich gibt es vereinzelt Zusammenschlüsse.⁸³⁴ Die Schaffung von Berufsverbänden sollte ausgebaut werden.⁸³⁵ Diese Zusammenschlüsse sind verfassungsrechtlich über Art. 9 Abs. 1 GG geschützt.⁸³⁶ Sie bieten eine gemeinsame Interessenvertretung und schaffen daneben Informationsmöglichkeiten für Selbstständige. Die Beratung Selbstständiger wird vor allem durch Verbände oder Gewerkschaften erbracht.⁸³⁷

⁸³² Dazu Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 25b.

⁸³³ „Arbeitsinspektion“, Müller-Gugenberger/*Thul*, § 38 Rn. 25b.

⁸³⁴ Ein Verband, der sich für Selbstständige und Gründer einsetzt, ist der Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland e.V. (VGSD). Im IT-Bereich bestehen Verbände vor allem für IT-Unternehmen (z.B. für den IT-Mittelstand: BITMi; für IT-Sachverständige und Gutachter: BISG). Daneben besteht der Branchenverband BITKOM. Eine Interessenvertretung speziell für IT-Freelancer sollte ausgebaut werden. Der bisherige Bundesverband Selbständiger in der IT e.V. (BVSI) wurde inzwischen aufgelöst und durch den Bundesverband Informationstechnologie für Selbstständige e.V. (DBITS) ersetzt. Siehe zu einer europäischen Freelance-Bewegung unter: <http://www.fuer-gruender.de/blog/2014/06/freelancer-manifesto/> (Stand: 18.11.2016).

⁸³⁵ Vgl. Deutscher Journalisten-Verband (<https://www.djv.de/>), in dem auch freie Journalisten sich organisieren können. Der DJW Baden-Württemberg wirkte auch an einem Tarifvertrag zwischen dem Südwestrundfunk (SWR) als Arbeitgeber und der Gewerkschaft Ver.di zu Mindestarbeitsbedingungen im Rundfunk mit.

⁸³⁶ Däubler/*Peter*, TVG, § 12a Rn. 12.

⁸³⁷ Z.B. <http://www.mediafon.net> der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Zu allen Fragen rund um eine Solo-Selbstständigkeit werden Mitglieder kostenfrei und Nicht-Mitglieder gegen eine Gebühr beraten.

Freelancer können von Betriebsvereinbarungen profitieren, die Regelungen für den Einsatz von Werkunternehmern und Dienstleistern im Unternehmen beinhalten. Um eine Verdrängung von Stammarbeitnehmern durch geringqualifizierte Selbstständige, wie z.B. einfache Tätigkeiten durch Crowdworker, zu verhindern, sollten Unternehmen auf freiwilliger Basis mit den Betriebsräten Betriebsvereinbarungen schließen.⁸³⁸ Daneben sollten Freelancer sich gewerkschaftlich organisieren. Gemäß § 12a TVG können sich Tarifverträge auch auf arbeitnehmerähnliche Selbstständige beziehen. Arbeitnehmerähnliche Personen können Mitglied einer bestehenden Gewerkschaft sein.⁸³⁹ Dass Tarifverträge für Freelancer bislang nicht verbreitet sind, hängt damit zusammen, dass der kollektivrechtliche Gedanke bei Selbstständigen nicht verankert ist. Die Verhandlungsmacht einzelner Freelancer, auch im Rahmen eines Crowdworkings, ließe sich durch Zusammenschlüsse verbessern.

Die Durchsetzung tarifrechtlicher Regelungen für Freelancer wird leichter, je wichtiger diese für die Unternehmen sind. Die technische Entwicklung und Ausstattung der Unternehmen wird die Abhängigkeit von IT-Systemen noch verstärken. Pflegedienstleistungen werden nicht entfallen. Hinzu kommt eine derzeit gute Konjunktur und wirtschaftliche Stärke sowie die Prognose, dass es in Zukunft an Fachkräften mangeln wird.⁸⁴⁰ Die Verhandlungsposition (arbeitnehmerähnlicher) Selbstständiger verbessert sich. In den Bereichen, in denen Freelancer wichtig sind, wie z.B. im Rundfunk, gibt es bereits tarifvertragliche Regelungen.⁸⁴¹ Dies könnte auch für IT-Freelancer eine Möglichkeit zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen sein. Eine Geltung tarifvertraglicher Regelungen für geringqualifizierte Freelancer ergibt sich bereits aus § 12a TVG. Um auch den Schutz derer zu verbessern, die nicht mehr unter die Definition der „arbeitnehmerähnlichen Person“ fallen, kann durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag im Werk- oder Dienstvertrag des Freelancers die Einhaltung bestimmter Mindestbedingungen eingehalten werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen für Crowdworker könnten eine solche Bezugnahme enthalten.

⁸³⁸ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1041.

⁸³⁹ *Däubler/Peter*, TVG, § 2 Rn. 38 und § 12a Rn. 10; siehe für Selbstständige als Gewerkschaftsmitglied das Portal <https://selbststaendige.verdi.de/> (Stand: 18.11.2016).

⁸⁴⁰ BA, MINT-Berufe, S. 17 f.; Grünbuch des BMAS, S. 26.

⁸⁴¹ *Wiechmann*, ZUM 2010, 496, 498.

C. Ergebnis

Die Auswirkungen einer rechtlichen Bewertung auf die Praxis hängen maßgeblich von der Kontrolldichte der Exekutive ab. Werden flächendeckend Kontrollen durchgeführt, beeinflusst dies das Risikomanagement der Unternehmen und verändert so die Vertragsmodelle. Tätigkeitsfelder der Dritten wandeln sich. Veränderungen müssen im nichtstaatlichen Verantwortungsbereich vorangetrieben werden. Dazu braucht es keine Gesetzesänderungen.

7. Teil Endergebnis der Untersuchung

A. Fazit

Die Digitalisierung der Arbeitswelt und die Verbreitung informationstechnischer Systeme werden auch weiterhin dazu führen, dass Fachkräfte aus dem IT-Bereich für Unternehmen wichtiger werden. Freelancer sind ein wesentlicher Bestandteil dieses Wirtschaftszweiges.

Die Entscheidung, sein Fachwissen als Selbstständiger selbst am Markt zu verkaufen, muss der Leistende selbst treffen. Sie kann ihm nicht von einem leistungsempfangenden Unternehmen abgenommen werden. Je höher der Wissensvorsprung des Freelancers ist, umso leichter lässt sich eine Selbstständigkeit durchführen. Die Herausforderungen, vor denen staatliche Regulierung im Hinblick auf IT-Freelancer steht, lassen sich nach dem Grad der Qualifikation unterscheiden.

Für höchstqualifizierte Freelancer stellt sich die Frage, auf welche Kriterien bei einer Abgrenzung abzustellen ist und wie eine Scheinselbstständigkeit verhindert werden kann. Die aus dieser Frage resultierende Rechtsunsicherheit führt mittelbar zu Auftragsrückgängen. Dies ist insofern kritisch, als dass die Leistung der Freelancer für die Unternehmen von enormer Bedeutung ist und sie sich die spezifische Leistung nicht anderweitig beschaffen können. Mehr Rechtssicherheit lässt sich schaffen, wenn lediglich auf wenige – aussagekräftige – Kriterien abgestellt wird. In den Grenzfällen sollte die zeitliche Einflussnahme des Unternehmens im Vordergrund stehen. Fehlt es an dieser, ist die Selbstständigkeit gewahrt. Daneben kann die Vergütungshöhe betrachtet werden. Dahinter steht der Gedanke, dass eine funktionierende Selbstständigkeit einen bestimmten Preis hat. Daraus folgt dann aber auch, dass bei einer vom Vertrag abweichenden Durchführung an der Selbstständigkeit festgehalten werden kann, wenn Unternehmen Freelancern wesentliche Bedingungen gewährleisten. Unternehmen könnten dies – vergleichbar dem Rundfunkbereich – durch tarifvertragliche Regelungen sicherstellen. Einem weitergehenden Schutzbedürfnis der Freelancer und des Staates ist über die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht Rechnung zu tragen.

Geringqualifizierte Freelancer werden oftmals über Dritte tätig. Arbeitsrechtliche Risiken kann ein dazwischengeschalteter Dritter dem Unternehmen in der Regel nicht abnehmen. Es kommt nach der Vertragstheorie (bzw. einer Anwendung des Rechtsformzwanges in einer Drei-Personen-Konstellation) zu einem direkten Arbeitsverhältnis zwischen Leistendem und leistungsempfangenden Unternehmen. Allenfalls bei Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung kann das Unternehmen arbeitsrechtliche Risiken auf den Dritten übertragen. Diese liegt jedoch nicht vor, da es nach der praktischen Durchführung regelmäßig an der unternehmerischen Freiheit fehlt, die ein Verleiher als Arbeitgeber in Bezug auf seinen Leiharbeitnehmer hat. Es reicht insbesondere nicht aus, dass der Dritte den Leistenden lediglich vermittelt oder im Rahmen eines Lieferantenmodells den Einsatz des Leistenden koordiniert. Er muss das Beschäftigungsrisiko des Leistenden tragen. In Zukunft sollten Unternehmen die gute wirtschaftliche Lage nutzen und in Grenzfällen Arbeitsverhältnisse direkt mit den Leistenden abschließen. Auch die Arbeitnehmerüberlassung kann eine Alternative sein. Um qualifizierte Fachkräfte für die Arbeitnehmerüberlassung gewinnen zu können, müsste aber die Vergütung dementsprechend angepasst werden.

Staatliche Regulierung läuft in Zeiten der Informationsgesellschaft Gefahr, gesellschaftliche Veränderungen nicht adäquat abzubilden. Einschränkende Regulierung sollte dann zurückhaltend eingesetzt werden. Um missbräuchliche Konstellationen zu verhindern, ist die Anwendung bestehender Regelungen durch die Exekutive wichtiger als die Schaffung neuer Regelungen durch die Legislative.

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Informationstechnische Systeme haben Einfluss auf die Arbeitswelt, indem sie zum einen bestehende Aufgabenfelder verändern und zum anderen neue Beschäftigungsfelder schaffen. Für Unternehmen hat die dauerhafte Funktionsfähigkeit der IT-Systeme überragende Bedeutung. Der IT-Markt ist im Wachstum. Für eine Solo-Selbstständigkeit ist der IT-Bereich geeignet, da das Wissen des Freelancers im Mittelpunkt steht. Tätigkeiten sind arbeitsmittelarm und verlangen einen verhältnismäßig geringen Organisationsaufwand.

2. Ein wesentlicher Teil der IT-Dienstleistungen bezieht sich auf die Pflege und Wartung von IT-Systemen. Netzwerke ermöglichen Dienstleistern einen Fernzugriff auf die Systeme. Neuartige Vorgehensweisen der Projektabwicklung verdrängen die klassischen, statischen Modelle. Sie führen allerdings zwangsläufig zu einer engen Zusammenarbeit der Arbeitnehmer des Unternehmens mit externen Fachkräften. Die hohe Komplexität führt dazu, dass der Ablauf eines Projektes im Vorfeld nicht sicher vorhergesagt werden kann.
3. Um die Problemfelder in Bezug auf IT-Freelancer zu erfassen, kann nach der Qualifikation unterschieden werden. Für hochqualifizierte Freelancer steht die Frage der Abgrenzung zu einer Scheinselbstständigkeit durch Kriterien im Vordergrund. Für geringqualifizierte Freelancer stellt sich die Frage, wie missbräuchliche Drei-Personen-Konstellationen verhindert werden können.
4. Die Erbringung von IT-Dienstleistungen kann in Zwei- oder Mehr-Personen-Verhältnissen erbracht werden. Eine Leistung wird intern erbracht, wenn der Leistende in einem Arbeitsverhältnis zum Unternehmen steht. Verfassungsrechtlich geschützt ist auch die Fremdvergabe über freie Verträge an Externe. Die Abgrenzung der einzelnen Vertragsarten (Leistungsgegenstand, Gewährleistung) ist im Gesetz eindeutig angelegt. Beratungs- und Unterstützungsleistungen werden über Dienstverträge erbracht. Ein Dienstleister kann sich zur Erbringung der Leistung Erfüllungsgehilfen bedienen. Arbeiten dessen Arbeitnehmer vor Ort beim Unternehmen (z.B. bei einer Projektstätigkeit), wird die Nähe zu einer Drei-Personen-Konstellation deutlich.
5. Die Gestaltung der Verträge ist verfassungsrechtlich geschützt. Aufgrund der unterschiedlichen Haftung bevorzugen Unternehmen den Abschluss von Werkverträgen, Freelancer bevorzugen Dienstverträge. Um direkte Verbindungen zum Freelancer zu verhindern, werden Dritte eingeschaltet und der Leistende wird im Rahmen eines sog. Contracting tätig. Unternehmen erreichen so eine erhöhte Flexibilität (erleichterte Personalbeschaffung, zeitlich begrenzter Einsatz, kein Kündigungsschutz) und Kostenersparnis (geringere Vergütung des Fremdpersonals).

6. Einen eigenständigen Vertragstypen „Projektvertrag“ gibt es nicht. Es handelt sich zumeist um einen Dienst-, Werk- oder einen typengemischten Vertrag.
7. Die im Vorfeld geschlossenen Verträge stimmen nicht immer mit der tatsächlichen Durchführung überein. Widersprechen sich tatsächliche Durchführung und im Vorfeld festgelegter Vertragstext, ist die Durchführung maßgeblich, weil sie allein Rückschluss auf den wirklichen Willen gibt.
8. Die herkömmlichen Kriterien der Rechtsprechung zur Abgrenzung Arbeitnehmer – Selbstständiger versuchen den Typus eines Arbeitnehmers abzubilden, der so in der Realität nicht mehr existiert. Die Realität einer vernetzten Arbeitswelt wird nicht ausreichend erfasst. Ein daran anknüpfender Kriterienkatalog kann nicht funktionieren.
9. Eine „Gesamtabwägung im Einzelfall“ der Rechtsprechung dient dazu, Raum für atypische Besonderheiten zu schaffen. Sie dient als Korrektiv unzureichender Kriterien, die sich zunehmend von der Arbeitsrealität entfernen.
10. Die Abgrenzung dreht sich um die Begriffe „persönliche Abhängigkeit“, „Unternehmensrisiko“ und „soziale Schutzbedürftigkeit“. Es sind verstärkt Kriterien heranzuziehen, die sich nicht allein aus der konkreten Tätigkeit ableiten (wie es bei der persönlichen Abhängigkeit der Fall ist), sondern auch äußere Umstände miteinbeziehen.
11. Im Rahmen der Abgrenzung ist vermehrt auf die zeitliche Bindung abzustellen. Das Kriterium hat auch im IT-Bereich eine Aussagekraft. Eine ständige Abrufbereitschaft widerspricht einer Selbstständigkeit.
12. Das Problem der Scheinselbstständigkeit ist ein Problem der Qualifikation. Wer hochqualifiziert ist, kann seine Leistung am Markt selbstständig anbieten und damit seine Existenz sichern. Schwierig ist, wie sich die Qualifikation am Markt abbildet. Als Indiz für eine Selbstständigkeit sollte eine bestimmte Vergütungshöhe herangezogen werden.
13. Ab einer bestimmten Vergütungshöhe ist davon auszugehen, dass – mangels Zwangslage – eine privatautonome Entscheidung vorliegt, sodass auch

auf die im Vorfeld abgeschlossenen Verträge abgestellt werden kann. Der Leistende bleibt dann selbstständig.

14. Handelt es sich um eine Drei-Personen-Konstellation, muss, bevor auf Rechtsfolgen eingegangen werden kann, zunächst der Tatbestand festgestellt werden. Steht fest, ob der Leistende selbstständig oder abhängig tätig wird, ist die Rolle des Dritten entscheidend, der zwischen dem Leistenden und dem leistungsempfangenden Unternehmen steht.
15. Ist die Selbstständigkeit in der Durchführung gewahrt, bestimmt sich die Rolle des Dritten insbesondere nach einer Kombination aus Zeitmoment (einmaliges Wirken, dauerhafte Verpflichtung) und Übernahme der Leistungspflicht (Kontaktvermittlung, Personalbeschaffung, Leistungsübernahme).
16. Übt das leistungsempfangende Unternehmen zeitliche Weisungen aus, kann der Dritte Vermittler oder Verleiher sein. Der Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung, der Voraussetzung der Anwendbarkeit des AÜG ist, liegt nur vor, wenn sich in der Praxis ein Leiharbeitsvertrag zeigt. Maßgeblich ist, dass vor dem konkreten Einsatz bei einem leistungsempfangenden Unternehmen zwischen dem Leistenden und dem Dritten eine Übereinkunft über eine Drittbegünstigung besteht. Des Weiteren muss das Beschäftigungsrisiko, als Arbeitgeberisiko, beim Dritten verbleiben. Der Leistende unterwirft sich rechtlich dem Dritten – nicht dem leistungsempfangenden Unternehmen.
17. Bieten sich in Bezug auf die Übernahme des Beschäftigungsrisikos keine ausreichenden Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Leiharbeitsvertrages, muss der Ursprung des Weisungsrechts untersucht werden. Eine Arbeitnehmerüberlassung setzt zwingend voraus, dass dieses Weisungsrecht im Leiharbeitsvertrag begründet ist. Das Weisungsrecht korrespondiert mit einem Forderungsrecht, welches Rechtsfolge eines Vertrages zugunsten Dritter ist. Die Voraussetzungen des Vertrages zugunsten Dritter, des Leiharbeitsvertrages, müssen vollständig vorliegen. Dies setzt neben der generellen Drittbegünstigung und dem Entschluss, abhängige Arbeit zu leisten, auch die konkrete Drittbestimmung durch den Dritten voraus. Dies muss im Vorfeld des Einsatzes erfolgen.

18. Das Durchreichen kompletter Vertragsinhalte aus dem Vertrag zwischen dem Unternehmen und dem Dritten in das Verhältnis des Dritten mit dem Leistenden ist ein Indiz für das Vorliegen einer Vermittlung. Die konkrete Drittbestimmung erfolgt dann nicht durch den Dritten, sondern nur durch das Unternehmen. Im Übrigen ist das Durchreichen ein starkes Indiz dafür, dass das Beschäftigungsrisiko durch den Dritten nicht übernommen wird. Der vermeintliche Leiharbeitsvertrag ist inhaltlich auf ein Entleih-Unternehmen abgestimmt. Ein Contracting erfüllt den Tatbestand einer Vermittlung.
19. Auf Rechtsfolgenseite steht bei einer gewährten Selbstständigkeit die Haftung/Gewährleistung im Vordergrund. Der Dritte haftet, wenn er selbst Werkunternehmer/Dienstleister ist. Als Vermittler und Dienstverschaffer entfällt der Dritte als Anspruchsgegner in Bezug auf die konkrete Leistungserbringung. In dieser Konstellation ergibt sich ein konkludenter Vertrag zwischen dem Leistenden und dem leistungsempfangenden Unternehmen. Aus diesem ergeben sich dann vertragliche Ansprüche des Unternehmens. Lehnt man ein direktes (konkludentes) Vertragsverhältnis ab, bleiben nur nicht-vertragliche Ansprüche.
20. Ergibt sich aus der tatsächlichen Durchführung eine Arbeitgeberstellung, hat dies für den Arbeitgeber weitreichende Folgen. Besonders Nachzahlungen zur Sozialversicherung stellen ein hohes Kostenrisiko dar. Daneben können Bußgelder anfallen. Vertreter der jeweiligen Gesellschaften können persönlich in die Verantwortung gezogen werden.
21. Ein Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen ist gesetzlich in den Fällen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung vorgesehen. Für die Vermittlung ergibt sich weder in direkter noch in analoger Anwendung eine Rechtsfolge aus dem AÜG. Im Falle einer Vermittlung kommt es zu einem Vertragsschluss durch Realofferte und konkludente Annahme. Lediglich in den Fällen, in denen objektive Anhaltspunkte gemäß der §§ 133, 157 BGB (Offenlegung nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG, Auftreten des Dritten als Verleiher) dafür sprechen, dass das Unternehmen von einer Drei-Personen-Konstellation in Form einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen ist, kann sich ein Arbeitsvertrag nicht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen ergeben.

22. In diesen Fällen ergibt sich ein Arbeitsvertrag aus § 242 BGB. Anders als in einer Zwei-Personen-Konstellation handelt es sich nicht nur um eine Anwendung des Rechtsformzwangs, sondern um eine Neubegründung eines Vertragsverhältnisses mit einem neuen Vertragspartner. Die Schutzbedürftigkeit desjenigen, der abhängige Arbeit leistet, rechtfertigt in einer Drei-Personen-Konstellation eine unmittelbare Leistungsbeziehung aus § 242 BGB in Form eines Arbeitsvertrages. Letztlich führt dies zur Zusammenführung von Arbeitsleistung und Arbeitsverhältnis. Derjenige, der die Arbeitsleistung vom Leistenden empfängt, ist auch Arbeitgeber.
23. Die Kontrolldichte der Exekutive zur Aufdeckung missbräuchlicher Konstruktionen muss erhöht werden. Dies hat dann auch Auswirkungen auf das Risikomanagement und insbesondere die Compliance innerhalb der Unternehmen.
24. Die zum 1.4.2017 eingeführten Änderungen des AÜG zur Verhinderung von missbräuchlichen Umgehungsstrategien, wie z.B. die Einführung der Offenbarungspflicht, sind zu begrüßen. Sie greifen jedoch nur, wenn ein Arbeitsvertrag zwischen dem Leistenden und dem Dritten besteht. Fehlt es an einem Leiharbeitsvertrag, kann es sich um eine Vermittlung handeln. Eine gesetzliche Klarstellung wäre begrüßenswert. Die Einführung des § 611a BGB führt nicht zu mehr Rechtssicherheit.
25. Der Schutz geringqualifizierter Freelancer ergibt sich durch eine stringente Anwendung der bestehenden gesetzlichen Regelungen. Verbessert werden kann der Schutz durch einen Ausbau personeller und materieller Ressourcen der Kontrollbehörden. Darüber hinaus sollten geringqualifizierte Selbstständige in die Sozialversicherung einbezogen werden. Daneben ist auch die Anwendbarkeit von Tarifverträgen, ähnlich wie teilweise im Rundfunkbereich, in Betracht zu ziehen. Rechtspolitisch lässt sich die Situation hochqualifizierter Freelancer durch eine Organisation in Verbänden verbessern.

Literaturverzeichnis

- Ascheid, Reiner/
Preis, Ulrich/
Schmidt, Ingrid
(Hrsg.)* Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten
Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4.
Auflage, 2012
[zit. *Ascheid/Bearbeiter*, § Gesetz Rn.]
- Baeck, Ulrich/
Winzer, Thomas* Drittpersonaleinsatz: Risiko der Fiktion eines Ar-
beitsverhältnisses mit dem Auftraggeber, NZA 2015,
269-274
- Bamberger, Heinz G./
Roth, Herbert
(Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Edition,
Stand: 1.8.2016
[zit. *BeckOK-BGB/Bearbeiter*, § Gesetz Rn.]
- Bauer, Jobst-Hubertus* Vorhaben der "GroKo" zu Leiharbeit und Werkverträgen:
Befürchtungen aus Arbeitgebersicht!, DB 2014, 60-62
- Bauer, Jobst-Hubertus/
v. Medem, Andreas* § 613a BGB: Übergang von Leiharbeitsverhältnissen bei
Übertragung des Entleiherbetriebs?, NZA 2011, 20-23
- Bauer, Jobst-Hubertus/
Diller, Martin/
Lorenzen, Stefanie* Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“, NZA
1999, 169-177
- Baumbach, Adolf/
Hopt, Klaus J.* Handelsgesetzbuch Kommentar, 37. Auflage, 2016
[zit. *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*, § Rn.]
- Bayer, Walter* Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995
[zit. *Bayer*, VzD, S.]
- Becker, Johannes* Employability von IT-Freelancern, Diss. 2013
[zit. *Becker*, Employability, S.]
- Behrend, Britta* Neues zum Scheinwerkvertrag: Die vermutete Arbeits-
vermittlung im AÜG, BB 2001, 2641-2646

- Beuthien, Volker/
Wehler, Thomas* Anm. zu BAG v. 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB –
Abhängigkeit
- Beuthien, Volker/
Wehler, Thomas* Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeits-
recht, RdA 1978, 2-10
- Bischof, Eike* Formen der Zusammenarbeit im IT-Projekt, ITRB
2014, 117-118
- Bissels, Alexander/
Falter, Kira* In Stuttgart steht es 2:1 für die "Fallschirmlösung", DB
2015, 1842-1843
- Blanke, Thomas* Welche Änderungen des deutschen Gesetzgebers erfor-
dert die Umsetzung der EU-RL Leiharbeit?, Rechtsgut-
achten 2010
[zit. *Blanke*, Umsetzung der EU-LeiharbeitsRL, S.]
- Boemke, Burkhard* Anm. zu BAG v. 18.10.2006, AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG –
Verlängerung
- Boemke, Burkhard* Arbeitnehmerüberlassung oder Fremdfirmeneinsatz im
Rahmen von Werkverträgen, in: Boemke, Burkhard/
Lembke, Mark/Linck, Rüdiger, Festschrift für von
Hoyningen-Huene, S. 47-58
[zit. *Boemke*, FS v. H-H, S.]
- Boemke, Burkhard* Neue Selbstständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA
1998, 285-326
- Boemke, Burkhard/
Lembke, Mark (Hrsg.)* Kommentar AÜG, 3. Auflage, 2013
[zitiert als *Boemke/Lembke/Bearbeiter*, § Rn.]
- Brand, Jürgen* Die Behandlung des Problems "Scheinselbständigkeit"
durch die Sozialgerichte, NZS 1997, 552-558
- Brand, Jürgen* SGB III – Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung Kom-
mentar, 7. Auflage, 2015
[zit. *Brand/Bearbeiter*, § Rn.]

- Brauneisen, Kai T./
Ibis, Julius W.* Der Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung, RdA 2014, 213-222
- Bräutigam, Peter* IT-Outsourcing und Cloud-Computing, 3. Auflage 2013 [zit. Bräutigam/*Bearbeiter*, Teil, Rn.]
- Brenke, Karl* Allein tätige Selbständige: starkes Beschäftigungswachstum, oft nur geringe Einkommen, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Wochenbericht 7/2013, 3-16
- Brenke, Karl* Selbständige Beschäftigung geht zurück, DIW Wochenbericht Nr. 36/2015, 790-796
- Brenke, Karl* Home Office: Möglichkeiten werden bei weitem nicht ausgeschöpft, DIW Wochenbericht 5/2016, 95-105
- Brors, Christiane* AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672-675
- Brors, Christiane/
Schüren, Peter* Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung zur Kostensenkung, BB 2004, 2745-2752
- Brors, Christiane/
Schüren, Peter* Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, Arbeitsrechtliches Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Februar 2014 [zit. *Brors/Schüren*, Gutachten, S.]
- Brose, Wiebke* Die Wirkung einer vorsorglichen Verleiherlaubnis im AÜG, DB 2014, 1739-1743
- Buschbaum, Jörg/
Klösel, Daniel* Interim Management aus Sicht der arbeitsrechtlichen Vertragspraxis, NJW 2012, 1482-1486

- Canaris, Claus-Wilhelm* Anm. zu BGH v. 7.6.1984, NJW 1984, 2281-2281
- Collardin, Marcus* Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, 1995
[zit. *Collardin*, Telearbeit, S.]
- Dahl, Holger/
Riedel, Andreas* Praxishandbuch Interim Management, 2008
[zit. *Dahl/Riedel*, S.]
- Däubler, Wolfgang* Der Arbeitgeber – ein Fixpunkt des Arbeitsrechts?, KJ 2013, 134-144
- Däubler, Wolfgang* Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?, SR 2014, 45-65
- Däubler, Wolfgang* Digitalisierung und Arbeitsrecht, SR 2016, 2-44 (Sonderausgabe)
- Däubler, Wolfgang* Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, AuR 2016, 325-334
- Däubler, Wolfgang
(Hrsg.)* Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2012
[zit. *Däubler/Bearbeiter*, § Rn.]
- Däubler, Wolfgang/
Klebe, Thomas* Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, 1032-1041
- Däubler, Wolfgang/
Klebe, Thomas/
Wedde, Peter/
Weichert, Thilo* Bundesdatenschutzgesetz, Kompaktcommentar zum BDSG, 5. Auflage, 2016
[zit. *Däubler/Bearbeiter*, BDSG, § Rn.]
- Diederich, Kay* Typisierung von Verträgen nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 473-480
- Düwell, Franz Josef* Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449-454

- Düwell, Franz Josef/
Schubert, Jens* Mindestlohngesetz Handkommentar, 2. Auflage, 2016
[zit. *Düwell/Schubert/Bearbeiter*, MiLoG, § Rn.]
- Dzida, Boris* Anmerkung zu BAG v. 13.3.2008, NJW 2008, 2874-
2875
- Eufinger, Alexander* Personelle Selbstreinigung nach Compliance-Verstößen,
DB 2016, 471- 476
- Fink, Hans-Christian* Der Arbeitgeberwechsel als Möglichkeit zur Tarifflicht,
Diss. 1999
[zit. *Fink*, Tarifflicht, S.]
- Fischer, Thomas* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 63. Auflage, 2016
[zit. *Fischer*, § Rn.]
- Forst, Gerrit* Leiharbeiternehmer im Betriebsübergang, RdA 2011,
228-236
- Francken, Johannes P.* Die Darlegungs- und Beweislast bei der Abgrenzung
der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienst-
verträgen, NZA 2013, 985-988
- Francken, Johannes P.* Erforderliche Nachbesserungen im Arbeitnehmerüber-
lassungsgesetz, NZA 2013, 1192-1195
- Francken, Johannes P.* Neuregelung der Darlegungs- und Beweislast in Ver-
fahren nach §§ 9, 10 AÜG, NZA 2014, 1064-1066
- Frank, Christian* Bewegliche Vertragsgestaltung für agiles Programmieren,
CR 2011, 138-144
- Freckmann, Anke* Freie Mitarbeit wieder im Trend, DB 2013, 459-464
- Frik, Roman* Die Befristung von Leiharbeitsverträgen nach dem
Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2005, 386-390

- Fritsch, Michael/
Kritikos, Alexander S./
Sorgner, Alina* Verdienen Selbstständige tatsächlich weniger als Angestellte?, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Wochenbericht Nr. 7/2015, 134-141
- Fritzemeyer, Wolfgang* Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918-2922
- Fuchs, Anke/
Meierhöfer, Christine/
Morsbach, Jochen/
Pahlow, Louis* Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht? Unterschiede zu den „klassischen“ Softwareentwicklungsprojekten, MMR 2012, 427-433
- Gola, Peter/
Schomerus, Rudolf* BDSG – Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 12. Auflage, 2015
[zit. BDSG-K/Bearbeiter, § Rn.]
- Greiner, Stefan* Erfolgsbezogene Vergütungen im Arbeitsverhältnis – oder: der Arbeitsvertrag als spezieller Werkvertrag?, RdA 2015, 218-221
- Greiner, Stefan* Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 211 (2011), 221 – 261
- Greiner, Stefan* Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697-704
- Greiner, Stefan* Zwischen Kücük, Albron Catering, Della Rocca und Cartesio – Die Entscheidung des BAG vom 15.5.2013 (NZA 2013, 1214) als europarechtlicher Mikrokosmos, NZA 2014, 284-290
- Griebeling, Gert* Der Arbeitnehmerbegriff und das Problem der "Scheinselbständigkeit", RdA 1998, 208-216
- Groeger, Axel* Der Rechtsstatus von Rotkreuz-Schwestern, ZtR 2014, 379-395

- Günther, Jens/
Böglmüller, Matthias* Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025-1031
- Haag, Oliver/
Tiberius, Victor A.* Interimsmanagement – rechtliche Aspekte und Einordnung, NZA 2004, 190-194
- Hamann, Wolfgang* Einsatz von Fremdpersonal innerhalb der eigenbetrieblichen Organisation, jurisPR-ArbR 2/2015 Anm. 3
- Hamann, Wolfgang* Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Diss. 1995
[zit. *Hamann*, Erkennungsmerkmale, S.]
- Hamann, Wolfgang* Fremdpersonal im Unternehmen – Industriedienstleistung statt Leiharbeit?, NZA-Beilage 2014, 3-10
- Hamann, Wolfgang* Unzulässiger Rückgriff auf (Vorrats-)Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung, jurisPR-ArbR 9/2015 Anm. 1
- Hamann, Wolfgang* „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze“ vom 17.02.2016, AuR 2016, 136-141
- Hamann, Wolfgang/
Rudnik, Tanja* Scheinwerkvertrag mit Überlassungserlaubnis- Ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2015, 449-455
- Hanau, Peter* Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165 (1965), 220-284
- Happ, Daniel/
van der Most, Marijke* Die Höchstüberlassungsdauer im AÜG – eine „vorübergehende“ Idee?, BB 2015, 565-571
- Heise, Dietmar/
Friedl, André* Flexible ("agile") Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung- das Ende von Serum?, NZA 2015, 129-137

- Hengstler, Arndt* Gestaltung der Leistungs- und Vertragsbeziehung bei Scrum-Projekten, ITRB 2012, 113-116
- Henssler, Martin* Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, 18-24
- Henssler, Martin/
Willemsen, Heinz J./
Kalb, Heinz-Jürgen* Arbeitsrecht Kommentar, 7. Auflage, 2016
[zit. Henssler/Bearbeiter, § Gesetz Rn.]
- Hilber, Marc (Hrsg.)* Handbuch Cloud Computing, 2014
[zit. Hilber/Bearbeiter, Teil Rn.]
- Hinck, Gunnar/
Boewe, Jörn* Warum wir ein Gesetz brauchen, Mitbestimmung 7+8/2015, 10-14
- Hoeren, Thomas* IT-Recht, Skript, Stand: Oktober 2016,
abrufbar unter: <https://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/lehre/materialien> (Stand: 18.11.2016)
[zit. Hoeren, IT-Recht, S.]
- Hoeren, Thomas/
Sieber, Ulrich/
Holznagel, Bernd (Hrsg.)* Handbuch Multimedia-Recht, Loseblatt, 43. Ergänzungslieferung, Juli 2016
[zit. Hoeren/Bearbeiter, Teil, Rn.]
- Hohmeister, Frank* Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen eines vom Arbeitnehmer gewonnenen Statusprozesses – Fehlerhafte Rechtsformenwahl bei Begründung eines Mitarbeiterverhältnisses, NZA 1999, 1009-1016
- Hohmeister, Frank* Letztmals: Zur Abgrenzung zwischen Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft bei vorsätzlich falscher Rechtsformenwahl, NZA 2000, 408-410
- Hötte, Daniel A.* Crowdsourcing – Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR 2014, 795-798

- Hromadka, Wolfgang* Versetzung durch Weisung – Zu § 106 GewO und zu den §§ 315, 275 Abs. 2 BGB, in: Boemke, Burkhard/Lembke, Mark/Linck, Rüdiger, Festschrift für von Hoyningen-Huene, S. 145-156
[zit. *Hromadka*, FS v. H-H, S.]
- Hromadka, Wolfgang* Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997, 1249-1256
- Hueck, Alfred/
Nipperdey, Hans C.* Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Erster Band, 1. Auflage, 1928
[zit. Hueck/Nipperdey, 1. Aufl. S.];
Erster Band, 7. Auflage, 1963
[zit. *Hueck/Nipperdey*, § Rn.]
- Intveen, Michael* Verträge über die Vermietung und Pflege von Software, ITRB 2012, 93-95
- Kaiser, Stefan/
Kozica, Arjan/
Bonss, Ulrike* Hochqualifizierte externe Mitarbeiter als Wissensquelle – Warum und wie Unternehmen von diesen profitieren können, Industrie Management 3/2012, 79-82
- Keller, Harald* Faktisches Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts?, NZA 1999, 1311-1313
- Klebe, Thomas* Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?, AuR 2016, 277-281
- Klebe, Thomas/
Neugebauer, Julia* Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?, AuR 2014, 4-7
- Klein, Thomas/
Hlava, Daniel* Anm. zu EuGH v. 9.7.2015 – Balkaya, AuR 2016, 76-80
- Knickrehm, Sabine/
Kreikebohm, Ralf/
Waltermann, Raimund
(Hrsg.)* Kommentar zum Sozialrecht, 4. Auflage, 2015
[zit. Knickrehm/*Bearbeiter*, § Rn.]

- Koch, Frank A.* Agile Softwareentwicklung – Dokumentation, Qualitätssicherung und Kundenmitwirkung, ITRB 2010, 114-119
- Koller, Ingo* Anm. zu BAG v. 20.7.1982, AP Nr. 5 zu § 611 BGB – Mittelbares Arbeitsverhältnis
- Konzen, Horst* Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259-310
- Kremer, Sascha* Gestaltung von Verträgen für die agile Softwareerstellung, ITRB 2010, 283-289
- Kreuder, Thomas* Arbeitnehmereigenschaft und neue Selbstständigkeit im Lichte der Privatautonomie, AuR 1996, 386 – 394
- Kühn, Thomas* Der Betriebsübergang bei Leiharbeit, NJW 2011, 1408-1411
- Lackner, Karl/
Kühl, Kristian* Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, 2014
[zit. Lackner/Kühl/Bearbeiter, § Rn.]
- Lakies, Thomas* Gesetzlicher Mindestlohn: Zur Legitimation der Staatsintervention gegen Niedriglöhne, AuR 2013, 69-74
- Lanzinner, Denis/
Nath, Rafael* Beitragsrechtliche Folgen der verdeckten Überlassung von Scheinselbständigen, Teil I, NZS 2015, 210-214; Teil II, NZS 2015, 251-259
- Lapp, Thomas* Interaktion und Kooperation bei IT-Projekten, ITRB 2010, 69-71
- Larenz, Karl/
Canaris, Claus-Wilhelm* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, 1995
[zit. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S.]
- Lassmann, Wolfgang
(Hrsg.)* Wirtschaftsinformatik, Nachschlagewerk für Studium und Praxis, 2006
[zit. Lassmann, Wirtschaftsinformatik, Teil Rn.]

- Lejeune, Matthias* Kooperationsverträge zur Entwicklung von Softwareprodukten: Vertragspflichten und Nutzungsrechte, ITRB 2012, 89-92
- Lembke, Mark* Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, BB 2012, 2497-2505
- Lembke, Mark* Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312-1318
- Lembke, Mark* Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414-420
- Leupold, Andreas/
Glossner, Silke* Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, 3. Auflage, 2013
[zit. Leupold/Glossner/*Bearbeiter*, Teil, Rn.]
- Lieb, Manfred* Beschäftigung auf Produktionsdauer – Selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit?, RdA 1977, 210-219
- Liesegang, Wolfgang* IT-Recht 2020 – Technik als Triebkraft, ITRB 2014, 108-109
- Linnenkohl, Karl* Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, BB 1998, 45-50
- Lipinski, Wolfgang* Die Konsequenzen des Zeitarbeit-Beschlusses des BAG für die Praxis, NZA 2013, 1245-1248
- Lorenz, Stephan* Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, Habil. 1997
[zit. *Lorenz*, S.]
- Lunk, Stefan* Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917-920

- Mai, Christoph-Martin/
Marder-Puch, Katharina* Selbstständigkeit in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Juli 2013, 482-496
[zit. *Mai/Marder-Puch*, Selbstständigkeit, S.]
- Marly, Jochen* Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage 2014
[zit. *Marly*, Softwarerecht, Teil Rn.]
- Maschmann, Frank* Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, 1305-1312
- Maties, Martin* Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, in: Henssler, Martin/ Jousen, Jacob/ Maties, Martin/ Preis, Ulrich, FS Wank, S. 323-342
[zit. *Maties*, FS Wank, S.]
- Matzner, Thomas/
Stubenvoll, Ruth* IT-Freelancer, 2013
[zit. *Matzner/Stubenvoll/Bearbeiter*, IT-FL, S.]
- Mayer-Maly, Theo* Anmerkung zu AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Abhängigkeit
- Mayer-Maly, Theo* Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, 1-34
- Meyer, Steffen Daniel* Risiken moderner Heimarbeit, Mitbestimmung 12/2015, 23-24
- Müller-Glöge, Rudi/
Preis, Ulrich/
Schmidt, Ingrid* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, 2017
[zit. *ErfK/Bearbeiter*, § Rn.]
- Müller-Gugenberger,
Christian (Hrsg.)* Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch des Wirtschafts- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 6. Auflage, 2015
[zit. *Müller-Gugenberger/Bearbeiter*, § Rn.]
- Müller-Hengstenberg,
Claus D.* Vertragstypologie der Computersoftwareverträge, CR 2004, 161-166

- Müller-Hengstenberg, Claus D./ Kirn, Stefan* Vertragscharakter des Application Service Providing-Vertrags, NJW 2007, 2370-2373
- Müller-Wenner, Dorothee* Anmerkung zu BSG v. 16.12.2015, AuR 2016, 84-85
- Nikisch, Arthur* Arbeitsrecht, Band 1, 1. Auflage, 1951
[zit. *Nikisch*, § Rn.]
- Niklas, Thomas/ Schauß, Lena-Marie* Die Arbeitnehmerüberlassung ist endlich – was kommt dann?, BB 2014, 2805-2810
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, 2016
[zit.: *Palandt/Bearbeiter*, § Rn.]
- Porten, Stephan* Zur Sozialversicherungspflicht von ärztlichen "Freelancern" im Rettungsdienst, NZS 2016, 456-463
- Preis, Ulrich/ Wieg, Florian* Weisungsrecht nach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung in einer mobilen Arbeitswelt, AuR 2016, 313-325
- Raif, Alexander* Die Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag – kurz und knapp oder doch eher weit?, ArbRAktuell 2015, 1-4
- Ramm, Thilo* Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen (Leiharbeitsverhältnis, mittelbares Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmerüberlassung und Gesamthafenarbeitsverhältnis), ZfA 1973, 263-295
- Redeker, Helmut* IT-Recht, 5. Auflage, 2012
[zit. *Redeker*, IT-Recht, Teil Rn.]
- Redeker, Helmut* Vertragsrechtliche Einordnung von Softwarelieferverträgen: Einzelprobleme, ITRB 2013, 165-167
- Reinecke, Gerhard* Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerstatus – Eine kritische Bestandsaufnahme, NZA-RR 2016, 393-400

- Reufels, Martin (Hrsg.)* Personaldienstleistungen, 2012
[zit. *Reufels/Bearbeiter*, Personal-DL, Teil Rn.]
- Rixen, Stephan* Das neue Sozialrecht der Arbeitsvermittlung nach der Reform der Bundesanstalt für Arbeit, NZS 2002, 466-474
- Rolfs, Christian/
Giesen, Richard/
Kreikebohm, Ralf/
Udsching, Peter* Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 41. Edition, Stand: 1.9.2016
[zit. *BeckOK-ArbR/Bearbeiter*, § Gesetz Rn.]
- Rommé, Oliver* Unternehmerrisiko, ZfA 1997, 251-301
- Säcker, Franz J. (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage, 2015,
Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 7. Auflage, 2016,
Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611-704, 6. Auflage, 2012
[zit. *MüKo/Bearbeiter*, § Rn.]
- Sandmann, Georg/
Marschall, Dieter/
Schneider, Tobias* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar mit Handbuch Zeitarbeit, Loseblatt, 73. Aktualisierung, 2016
[zit. *Sandmann/Marschall*, § Rn.]
- Scharff, Bettina* BB-Kommentar zu ArbG Stuttgart v. 8.4.2014 – 16 BV 121/13, BB 2014, 1980-1984
- Schaub, Günter (Hrsg.)* Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Auflage, 2015
[zit. *Schaub/Bearbeiter*, § Rn.]
- Scheytt, Sefan* Abschied von der Präsenzkultur, Mitbestimmung, 12/2015, 10-14
- Schlegel, Rainer* Wen soll das Sozialrecht schützen? – Zur Zukunft des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs im Sozialrecht, NZS 2000, 421- 429

- Schlegel, Rainer/
Voelzke, Thomas* juris PraxisKommentar SGB III – Arbeitsförderung, 2014
[zit. Schlegel/Voelzke/Bearbeiter, § Rn.]
- Schliemann, Harald* Flucht aus dem Arbeitsverhältnis – falsche oder echte
Selbstständigkeit?, RdA 1997, 322-326
- Schliemann, Harald* Zum Schutz wirtschaftlich schwacher Solo-Dienst-
und Werkvertragsunternehmer – Ein Zwischenruf, in:
Henssler, Martin/Joussen, Jacob/Maties, Martin/Preis,
Ulrich, FS Wank, S. 531-543
[zit. Schliemann, FS Wank, S.]
- Schneider, Jochen* Handbuch EDV-Recht, 4. Auflage, 2009
[zit. Schneider, EDV, Teil Rn.]
- Schneider, Jochen* „Neue“ IT-Projektmethoden und "altes" Vertragsrecht,
ITRB 2010, 18-23
- Schneider, Jochen/
Graf von Westphalen,
Friedrich* Software-Erstellungsverträge, 2. Auflage, 2014
[zit. Schneider/G. v. Westphalen/Bearbeiter, Teil Rn.]
- Schöttler, Ingo/
Diekmann, Christian* Typische Haftungsklauseln in IT-AGB, ITRB 2012,
84-89
- Schuhmann, Ralph* Vom rechtssicheren zum effizienten Projektvertrag,
ZfBR 2012, 9-14
- Schüren, Peter* Abgrenzung und Identifikation von (Schein-)
Werkverträgen – Eine Skizze, in: Klebe, Thomas/
Wedde, Peter/Wolmerath, Martin (Hrsg.), FS Däubler,
S. 90 – 99
[zit. Schüren, FS Däubler, S.]
- Schüren, Peter* Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1.
Auflage, 1995
[zit. Schüren/Bearbeiter, 1. Aufl., § Rn.]

- Seifert, Hartmut/
Amlinger, Marc/
Keller, Berndt* Selbstständige als Werkvertragsnehmer – Ausmaß,
Strukturen und soziale Lage, WSI-Diskussionspapier
Nr. 201, 7/2015
- Söbbing, Thomas* Agile Projekte in der IT-rechtlichen Praxis, ITRB 2014,
214-219
- Söbbing, Thomas* Nacherfüllung bei IT-Beratungsverträgen, ITRB 2007,
217-219
- Söbbing, Thomas* Nutzungsrechteübertragung bei ASP und SaaS, ITRB
2015, 147-150
- Söbbing, Thomas* Open Innovation und Crowdsourcing – Rechtliche Fra-
gen offener Innovationsprozesse, ITRB 2011, 206-208
- Söbbing, Thomas/
Limbacher, Stefan* Schatten-IT – Rechtliche Fragestellungen beim Betrieb
einer eigenen IT-Infrastruktur durch Firmenmitarbeiter,
ITRB 2013, 110-113
- Sommer, Thomas* Das Ende der Scheinselbstständigkeit? Zur Neufassung
des § 7 Abs. 4 SGB IV ab 1. 1. 2003 als Folge der „Ich-
AG“ nach § 421 I SGB III, NZS 2003, 169-175
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüh-
rungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 2, Schuld-
recht, Neubearbeitung 2015,
[zit.: Staudinger/Bearbeiter, § Rn.]
- Sunkel, Uwe* Praxishandbuch Interim Management, 2014
[zit. Sunkel, S.]
- Taeger, Jürgen* Die Entwicklung des IT-Rechts 2014, NJW 2014,
3759-3765
- Taeger, Jürgen* Die Entwicklung des IT-Rechts 2013, NJW 2013,
3698-3704

- Taeger, Jürgen* Die Entwicklung des IT-Rechts 2012, NJW 2013, 19-25
- Teichmann, Arndt* Die Gesetzesumgehung, 1962
[zit. *Teichmann*, Gesetzesumgehung, S.]
- Thielemann, Ulrich* Die Zeit ist ein faires Maß, Mitbestimmung 1+2/2015, 25-27
- Thüsing, Gregor (Hrsg.)* Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, 2012
[zit. *Thüsing/Bearbeiter*, § Rn.]
- Thüsing, Gregor/
Schmidt, Maximilian* Rechtssicherheit zur effektiveren Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, ZIP 2016, 54-65
- Tuengerthal, Hansjürgen/
Geißer, Janine* Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht, und man ist verstimmt!, BB 2014, 1845-1852
- Uffmann, Katharina* Vertragstypenzuordnung zwischen Rechtsformzwang und Privatautonomie im Bereich der „Neuen Selbstständigkeit“ – dargestellt am Beispiel der Honorarärzte, ZfA 2013, 1-36
- Uffmann, Katharina* Beschäftigte versus Selbstständige – Bindung staatlicher Schutzmechanismen an den Beschäftigtenbegriff – Deutsches Arbeitsrecht, NZA-Beilage 1/2016, 5-12
- Ulber, Jürgen* Regierungsentwurf zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2010, 412-416
- Ulber, Jürgen (Hrsg.)* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage, 2011
[zit. *Ulber/Bearbeiter*, § Rn.]
- Ulrici, Bernhard* Darlegungs- und Beweislast bei Abgrenzung von Leiharbeit und sonstigem Fremdpersonaleinsatz, NZA 2015, 456-460

- Ulrici, Bernhard* Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung und Vorratserlaubnis, BB 2015, 1209-1212
- Urban-Crell, Sandra/
Germankowski, Gudrun/
Bissels, Alexander/
Hurst, Adrian (Hrsg.)* Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2013
[zit. *Urban-Crell/Bearbeiter*, § Rn.]
- Van Venrooy, Gerd J.* Missbrauch des Dienstverschaffungsvertrags – Selbständigen-„Contracting“ – ein Irrweg, NZA 2011, 670-672
- Vanselow, Achim/
Weinkopf, Claudia* Zeitarbeit in europäischen Ländern, Lehren für Deutschland?, Arbeitspapier 182, Hans Böckler-Stiftung, 2009
[zit. HBS, Arbeitspapier 182, S.]
- Walker, Wolf-Dietrich* Der Vollzug des Arbeitsverhältnisses ohne wirksamen Arbeitsvertrag, JA 1995, 138-149
- Walker, Wolf-Dietrich* Rechtsverhältnisse bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und Schadensersatzansprüche des Entleihers wegen Schlechtleistung, AcP 1994, 295-318
- Walser, Manfred* Homeoffice in den Niederlanden, AuR 2016, 338-341
- Waltermann, Raimund* Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme Kleiner Selbstständigkeit, RdA 2010, 162-170
- Waltermann, Raimund* Sozialrecht, 12. Auflage 2016
[zit. *Waltermann*, Sozialrecht, Rn.]
- Wank, Rolf* Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, RdA 2010, 193-207
- Wank, Rolf* Arbeitnehmer und Selbstständige, 1996
[zit. *Wank*, AN und Selbstständige, S.]

- Wank, Rolf* Die „neue Selbstständigkeit“, DB 1992, 90-93
- Wank, Rolf* Die Neufassung des AÜG, Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 49, 2012, S. 23–40
[zit. *Wank*, Neufassung AÜG, S.]
- Wank, Rolf* Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, EuZA 2016, 143-170
- Wank, Rolf* Neue Entwicklungen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2003, 1-11
- Wank, Rolf* Telearbeit, 1997
[zit. *Wank*, Telearbeit, S.]
- Wank, Rolf* Telearbeit, NZA 1999, 225-235
- Weber, Christoph* Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, Diss. 1992
[zit. *Weber*, Arbeitsverhältnis, S.]
- Wedde, Peter* Chance und Risiko, AiB 6/2015, 10-14
- Wedde, Peter* Telearbeit, 2002
[zit. *Wedde*, Telearbeit, Rn.]
- Wendeling-Schröder, Ulrike* Drittpersonaleinsatz – aktuelle Entwicklungen, AuR 2011, 424-429
- Wiechmann, Peter* Urhebtarifrecht für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter im öffentlich-rechtlichen Rundfunk -Anpassungsbedarf für die digitale Medienwelt?, ZUM 2010, 496-506
- Wiedemann, Herbert* Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966
[zit. *Wiedemann*, Austauschverhältnis, S.]

- Willemsen, Heinz J./
Mehrens, Christian* Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes – Mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, 897-903
- Windbichler, Christine* Arbeitsrecht im Konzern, Habil. 1989
[zit. *Windbichler*, Konzern, S.]
- Wlotzke, Otfried/
Richardi, Reinhard/
Wißmann, Hellmut/
Oetker, Hartmut (Hrsg.)* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht,
Band 1, Individualarbeitsrecht, 3. Auflage, 2009,
Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auf-
lage, 2009
[zit. *MüArbR/Bearbeiter*, § Rn.]
- Wolf, Manfred/
Neuner, Jörg* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage,
2016
[zit. *Wolf/Neuner*, § Rn.]
- Zieglmeier, Christian* Die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung –
ein unterschätztes Compliancerisiko, NJW 2015, 1914-
1920
- Zöller, Richard* Zivilprozessordnung Kommentar, 31. Auflage, 2016
[zit. *Zöller/Bearbeiter*, § Rn.]
- Kirchner, Hildebert* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage,
2015

Statistiken und Studien

Bundesagentur für Arbeit

„Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht Dezember und Jahr 2015“, Statistik, Arbeitsmarktberichterstattung, Januar 2016, abrufbar unter: <https://www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mjcx/~edisp/l6019022dstbai802172.pdf>, Stand: 18.11.2016, [zit. BA, Arbeits- und Ausbildungsmarkt, S.]

„Der Arbeitsmarkt in Deutschland – MINT-Berufe“, Statistik, Arbeitsmarktberichterstattung, März 2016, abrufbar unter: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Berufe/generische-Publikationen/Broschuere-MINT.pdf>, Stand: 18.11.2016, [zit. BA, MINT-Berufe, S.]

„Der Markt für IT-Fachleute in Deutschland“, Statistik, Arbeitsmarktberichterstattung, März 2016, abrufbar unter: <http://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Arbeitsmarktberichte/Akademiker/Akademiker-Nav.html>, Stand: 20.4.2016, [zit. BA, IT-Fachleute, S.]

„Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)“, Stand Januar 2016, abrufbar unter: <https://www.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Veroeffentlichungen/Weisungen/Unternehmen/Detail/index.htm?dfContentId=L6019022DSTBAI485468>, Stand: 18.11.2016, [zit. BA, Geschäftsanweisung, S.]

Bundesministerium für Bildung und Forschung

„IT-Freelancer als Phänomen einer Arbeitswelt im Wandel“, Ergebnisse einer Online-Befragung im Forschungsprojekt „Freelancer zwischen Flexibilisierung und Stabilisierung (FlinK)“, Winter 2011, abrufbar unter: http://www.flink-projekt.de/tl_files/flink/publikationen/Studie_FlinK_IT_Freelancer_als_Phaenomen_einer_Arbeitswelt_im_Wandel.pdf, Stand: 18.11.2016, [zit. Flink-Studie, S.]

Deutscher Bundesverband Informationstechnologie für Selbstständige e.V.

„Positionspapier zu den Rahmenbedingungen für Selbstständige in der Informationstechnologie (IT)“, abrufbar unter: <https://www.dbits.it/wp-content/uploads/Positionspapier-DBITS.pdf>, Stand: 18.11.2016, [zit. Positionspapier, DBITS, S.]

Ernst & Young GmbH

„Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“, Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Dezember 2015, abrufbar unter: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-studie-scheinselbstandigkeit-2015/\\$FILE/ey-studie-scheinselbstandigkeit-2015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-studie-scheinselbstandigkeit-2015/$FILE/ey-studie-scheinselbstandigkeit-2015.pdf), Stand: 18.11.2016, [zit. EY-Studie, S.]

Hays AG

„Management und Sourcing externer IT-Spezialisten in Deutschland 2009“, Report, abrufbar unter: <https://www.hays.de/documents/10192/118775/hays-studie-management-sourcing-2009.pdf/2d7376f6-5ecd-48ce-8c52-de60bb7b206b>, Stand: 18.11.2016, [zit. Hays-Report]

Lünendonk GmbH

„Der Markt für IT-Beratung und IT-Service in Deutschland“, Lünendonk-Studie 2014, abrufbar unter: <http://lunenendok-shop.de/Lunenendok-Studien/>, Stand: 18.11.2016, [zit. Lünendonk-Studie 2014, S.]

„Der Markt für Rekrutierung, Vermittlung und Steuerung von IT-Freelancern in Deutschland“, Lünendonk-Marktsegmentstudie 2015, [zit. Lünendonk-Studie 2015, S.]

Die Problematik der Scheinselbstständigkeit bei IT-Freelancern unter besonderer Berücksichtigung von Drei-Personen-Konstellationen

Johannes Brand

Für Unternehmen spielt die Funktionsfähigkeit ihrer informationstechnischen Systeme eine bedeutende Rolle. Die insbesondere durch die Instandhaltung entstehenden Kosten werden zunehmend durch Modifizierung der Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern reduziert. Arbeitsverträge als Grundlage der dauerhaften Erbringung von Leistungen erscheinen Unternehmen zu teuer (u.a. § 615 BGB, Kündigungsschutz), stattdessen werden mit den Leistenden als Freelancer freie Verträge abgeschlossen. Insbesondere bei Leistung auf Abruf besteht die Gefahr der Scheinselbstständigkeit. Um den Verdacht der Scheinselbstständigkeit nicht entstehen zu lassen, werden Dritte in die Vertragsbeziehung miteinbezogen.

Der Verfasser setzt sich mit dieser Entwicklung kritisch auseinander. Unter Berücksichtigung der Qualifikation der Freelancer sowie IT-typischer Besonderheiten werden Kriterien der Scheinselbstständigkeit diskutiert. Darüber hinaus stehen die abstrakten Unterschiede einzelner Vertragsmodelle (wie z.B. Contracting, Arbeitnehmerüberlassung), die Identifikation missbräuchlicher Drei-Personen-Konstellationen in der Praxis und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen im Vordergrund.

22,30 €

ISBN 978-3-8405-0169-2

