

Kapitel 5.5

Arbeitnehmerüberlassung

(1) Problemstellung

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn Mitarbeiter des Auftragnehmers nicht als dessen Erfüllungsgehilfen tätig werden, um vom Auftragnehmer geschuldete Leistungen zu erbringen, sondern wenn sich die Leistung des Auftragnehmers darauf beschränkt, die Mitarbeiter mit (fast) ihrer ganzen Arbeitszeit zur Verfügung zu stellen, so dass sie wie Mitarbeiter des Auftraggebers bei diesem tätig werden [ausführlicher unter (3)].

Es stellen sich häufig die Fragen, ob IT-Fachleute, die als freie Mitarbeiter beschäftigt werden, wirklich frei sind [siehe hier Kapitel 5.6] und ob angestellte Programmierer, wenn sie bei einem Dritten eingesetzt werden, an diesen ausgeliehen werden. Die Fragen können auch kombiniert auftreten, wenn freie Mitarbeiter bei einem Dritten eingesetzt werden. Was das ist, darüber kann man streiten.

Seit dem 1.1.2004 gibt es keine maximale Ausleihzeit mehr. Die Überlassung darf aber gemäß § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) nur „vorübergehend“ erfolgen.

Jedes ordentliche Beratungsunternehmen kann sich heute die Erlaubnis für das Ausleihen beschaffen. Während sonst die illegale Arbeitnehmerüberlassung im Ruch steht, Steuerhinterziehung und Beitragsbetrug und mit den dadurch möglichen Dumpingpreisen verderbliche Konkurrenz zu fördern, liegt es hier anders: Die „externen“ Softwerker sind sehr teuer. Von Steuerbetrug und Beitragshinterziehung ist im „Body-Leasing-Geschäft“ dieser Branche fast nichts bekannt geworden. Es widerspricht nur dem Selbstverständnis mancher Beratungsunternehmen und wohl auch mancher Auftraggeber, nicht Dienstverträge über Beratung, sondern Verträge über Arbeitnehmerüberlassung zu schließen.

(2) AÜG

Schließt ein Auftragnehmer Verträge über die Überlassung von Mitarbeitern gewerbsmäßig, sind diese nach dem AÜG erlaubnispflichtig.

Bei gewerbsmäßiger Überlassung *ohne Erlaubnis* sind die Verträge zwischen Verleiher und Mitarbeiter bzw. Verleiher und Entleiher unwirksam; die Mitarbeiter des Verleihers werden vom AÜG geschützt, indem sie als solche des Entleihers gelten (§ 10 AÜG). Nach dem Willen der Mitarbeiter wird nicht gefragt. – Außerdem hat der Mitarbeiter Schadensersatzansprüche gegen den Verleiher. Jeder der drei Beteiligten kann sich auf die Unwirksamkeit und auf die Fiktion berufen. Der Verleiher kann jederzeit die Beendigung des unwirksamen Verhältnisses erklären.

In beiden Fällen können diejenigen wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße belegt werden, die für das Ausleihen bzw. das Entleihen verantwortlich sind. Weiterhin können auch die jeweiligen Vertragspartner – auch wenn sie juristische Personen sind – in der Weise bestraft werden, dass der Gewinn aus dem Geschäft abgeschöpft wird. Für den Entleiher von IT-Beratern ist kaum anzunehmen, dass diese ihn billiger als fest angestellte Mitarbeiter kommen, dass der Entleiher also einen Gewinn macht. Der Verleiher muss aber damit rechnen, dass ihm die Differenz zwischen Umsatz mit dem Entleiher und Personalkosten, abzüglich einer geringen Verwaltungskostenpauschale, als Gewinn angesetzt wird.

Der Mitarbeiter kann sich nach jetzigem Recht auf die jeweils günstigeren Vertragsbedingungen berufen, die er bei seinem bisherigen (angeblichen) Vertragspartner hatte bzw. die der neue Arbeitgeber üblicherweise einräumt.

(3) Abgrenzung allgemein

Ausgangspunkt für die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Dienst- oder zu Werkverträgen ist der Vertrag. Maßgeblich ist nicht die Bezeichnung der Leistung, sondern die tatsächlich vereinbarte Leistung. Der Vertrag ist objektiv zu würdigen, da es um die Interessen des tätig werdenden Mitarbeiters geht. Was wirklich gewollt ist, kann insbesondere aus der Art der Durchführung des Vertrags erschlossen werden. Diese wird deswegen auf der zweiten Stufe geprüft. Widersprechen sich schriftliche Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung, ist die praktische Durchführung maßgeblich.

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn die Mitarbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeiten nach dessen Weisungen ausführen. Um das beurteilen zu können, muss eine Gesamtwürdigung vorgenommen werden. Die Rechtsprechung ist zurückhaltend, Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen. Die Abgrenzung lässt sich ansatzweise nach einer der folgenden, sich weitgehend überschneidenden Fragen vornehmen:

- Erfüllen die Mitarbeiter Aufgaben, die üblicherweise von der Stammebelegschaft eines solchen Auftraggeberbetriebes erledigt werden? Dabei ist zu beachten, dass die Aufgabe Programmerstellung u.a.m. auch Aufgabe der Stammebelegschaft eines Softwarehauses ist.

Indiz für Arbeitnehmerüberlassung: Der Datenbankadministrator sammelt und ordnet kontinuierlich die Datentypen eines Unternehmens.

- Sind die Mitarbeiter in den Betrieb des Auftraggebers (= Entleihers), d.h. in dessen Organisation und Betriebsablauf, stärker eingegliedert, als das bei einem Dienst- oder Werkvertrag erforderlich ist?

Indiz für Arbeitnehmerüberlassung: Die Mitarbeiter sollen die beim Auftraggeber vorgeschriebenen Arbeitszeiten und die Betriebsordnung einhalten.

- Sind die Mitarbeiter über das hinaus weisungsunterworfen, was an Weisungsrecht zum Dienst- oder Werkvertrag gehört? Dabei schadet es nichts, wenn Weisungen, die gegenüber dem Auftragnehmer zulässig sind, der Praktikabilität wegen direkt gegenüber dem zuständigen Mitarbeiter abgegeben (und dann auch gleich erläutert) werden.

Indiz für Arbeitnehmerüberlassung: Der Projektleiter des Auftraggebers wünscht eine bestimmte Vorgehensweise, weil ihm das so „passe“.

Zu berücksichtigen ist, dass Anweisungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung auf dem Gelände des Auftraggebers gegenüber allen Anwesenden erforderlich sind, also auch gegenüber Fremdfirmen, die zweifelsfrei Dienst- oder Werkverträge durchführen. Also stellen sie keine Indizien dar.

(4) Durchführungsanweisungen der Bundesanstalt für Arbeit

Die Bundesanstalt für Arbeit hat eine „Durchführungsanweisungen (DA) zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) – (Teil-DA zu § 1 AÜG)“ zur „Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes“ nach Genehmigung durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung gemäß § 17 AÜG herausgegeben, und zwar in überarbeiteter Form mit Runderlass 72/86 vom 5.5.86 und mit Ergänzung zu Ziffer 1.9 vom 21.10.91. Diese Durchführungsanweisungen sind von Mitgliedern der Selbstverwaltungskörperschaften (unter Mitwirkung der Verwaltung) erarbeitet worden. Man darf also nicht jedes Wort auf die juristische Goldwaage legen. Die Rechtsprechung hat nicht alle Verdachtsgründe als Indizien für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung akzeptiert.

Die Durchführungsanweisungen leiten die Abgrenzung unter dem Stichpunkt „Wertende Gesamtbetrachtung“ wie folgt ein:

„... darf nicht schematisch vorgegangen werden ... Im Hinblick auf die Vielfalt der denkbaren Vertragsgestaltungen gibt erst eine (qualitative) Gewichtung der maßgeblichen Abgrenzungskriterien ... im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zuverlässigen Aufschluss über die Zuordnung ...“. Einige Sätze sind auch sehr vorsichtig formuliert und weisen auf Umstände hin, die die Indizien entkräften können.

Die Anlage zu diesem Dokument enthält eine ausführliche Checkliste, wie im Vertrag Indizien für Arbeitnehmerüberlassung vermieden werden können und wie bei der Durchführung vorgegangen werden sollte, um der Arbeitnehmerüberlassung möglichst wenig nahe zu kommen.

Dabei gibt es echte Indizien, also Formulierungen in Richtung Arbeitnehmerüberlassung, und Pseudoidizien. Das sind Formulierungen, die in einem normalen Werk- oder Dienstvertrag nicht verwendet werden. Sie besagen: „Es soll bestimmt nicht Arbeitnehmerüberlassung vereinbart werden.“ Sie weisen darauf hin, dass die Parteien Arbeitnehmerüberlassung als gegeben oder zumindest nahe liegend ansehen.

Beispiel: „Der Auftragnehmer ist für das Abführen der Lohnsteuer und der Sozialabgaben für seine Mitarbeiter verantwortlich. Die Mitarbeiter des Auftragnehmers unterliegen ausschließlich dessen Weisungen.“

(5) IT-spezifische Abgrenzung bei Werkverträgen

In der Praxis ist die Abgrenzung meist gar nicht so schwer; der echte Graubereich ist relativ klein. Denn es gibt ein Kriterium, das die meisten Fälle ziemlich eindeutig einordnet, nämlich wie das Projektteam besetzt ist. Bei Werkverträgen muss die Leistung des Auftragnehmers von dem Gesamtergebnis, das der Auftraggeber erreichen will, abgrenzbar sein. Die sonst üblichen Kriterien eignen sich hier kaum bzw. nur erheblich modifiziert.

(5.1) Besetzung des Projektteams

Bei der Erstellung von Programmen kann das Projektteam entweder nur aus einem Softwerker oder aus mehreren bestehen. Dementsprechend sind im folgenden zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

Erstellung durch mehrere Entwickler: Alle Entwickler müssen von einem Auftragnehmer entsandt sein; denn nur dann kann dieser für das Programm als Werk/Ergebnis verantwortlich sein. Wenn diese Bedingung erfüllt ist, ist der Auftragnehmer so stark in die Erstellung involviert, dass mit sehr großer Wahrscheinlichkeit echte Werkverträge vorliegen (je mehr Mitarbeiter eingesetzt werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit). Ausnahmsweise kann ein Dienstvertrag vorliegen [vgl. (6)]. – Unschädlich ist der Fall, dass Mitarbeiter des Auftraggebers in das Team des Auftragnehmers integriert werden, um das Programmsystem kennen zu lernen und es dann später pflegen zu können. Es ergibt sich in diesen Fällen in der Praxis aus der Art von deren Tätigkeit, dass es sich eindeutig um ein Team des Auftragnehmers handelt.

In der Spezifikationsphase müssen die Mitarbeiter des Auftragnehmers intensiv mit Mitarbeitern des Auftraggebers zusammenarbeiten, um die Anforderungen im Detail zu ermitteln/die Aufgabenstellung zu konkretisieren [siehe Buch Kapitel 9.1]. Das schadet nichts, wenn die Spezifikationsphase von den weiteren Phasen getrennt wird. Danach müssen die Mitarbeiter des Auftragnehmers den Entwurf selbständig erarbeiten und die Realisierung selbständig durchführen. Vorgaben [siehe Buch Kapitel 9.1.5: Entwicklungs- und Dokumentationsrichtlinien] können gemacht werden, aber schon im Vertrag selber. Eine intensive Kontrolle seitens des Auftraggebers spricht nicht gegen einen Werkvertrag. Qualität muss ins Programm hineinkonstruiert werden; ob das geschieht, soll laufend kontrolliert werden; Qualitätssicherung (QS) ist eine projektbegleitende Aufgabe. Der Auftraggeber ist der geborene zweite Kontrolleur (neben dem QS-Team des Auftragnehmers), der *zusätzliche* Aufgaben hat.

Erstellung durch einen Entwickler: Der allein tätige Entwickler muss – wie für das Team dargestellt – selbständig arbeiten. In Betracht kommt, dass dessen formal abgrenzbarer Anteil an ei-

nem Gesamtprojekt so gering ist, dass man von einer vorgeschobenen Abgrenzung sprechen muss. In solchen Fällen kann das zeitliche Moment bei der Abgrenzung helfen: Bei kleinen Programmen liegt es nahe, dass der Mitarbeiter nacheinander mehrere Programme erstellt. Sind diese alle Teile eines Programmkomplexes, liegt Arbeitnehmerüberlassung nahe. Dienen sie nur demselben Aufgabengebiet, kann auch eine Reihe von Werkverträgen vorliegen.

(5.2) Konkret bestimmtes Werkergebnis

Die Durchführungsanweisungen verlangen (zu Recht) für die Abgrenzbarkeit, dass das Werk so genau beschrieben sein muss, dass ein Maßstab für die Abnahme bestehen muss, wenn es wirklich um Werkerstellung geht. Bei Werkverträgen über Programmerstellung braucht die Aufgabenstellung allerdings bei Vertragsschluss noch nicht als Maßstab für das geschuldete Werk konkretisiert zu sein [vgl. *Buch Kapitel 9 am Anfang und 9.1*]. Es reicht aus, dass der Auftragnehmer sie – schwerpunktmäßig zu Beginn der Vertragsdurchführung – konkretisiert.

(5.3) Unternehmerische Dispositionsfreiheit

Wenn die Bundesanstalt „Dispositionsfreiheit auch in zeitlicher Hinsicht“ verlangt, kann es nur um die Freiheit innerhalb der vom Auftraggeber vorgegebenen und fortzuschreibenden Gesamtplanung gehen.

(5.4) Zahl/Qualifikation der Mitarbeiter

Eine gewisse Einflussnahme des Auftraggebers auf die Zahl und die Qualifikation der Mitarbeiter des Auftragnehmers entspricht vernünftig geplanten Werkverträgen über Programmerstellung. Bei der Erstellung von Programmen kommt es maßgeblich auf die Erfahrung der einzusetzenden Mitarbeiter an. Ein routinierter Mitarbeiter kann das Mehrfache dessen schaffen, was ein Mitarbeiter mit nur geringer Erfahrung schafft. Viele Aufgaben können überhaupt nur von Leuten mit viel Erfahrung erledigt werden. Insofern wird häufig von Auftraggeberseite auf die Auswahl der Mitarbeiter Einfluss genommen. – Der Auftraggeber hat auch bei Werkverträgen hinsichtlich der Zahl der einzusetzenden Mitarbeiter ein, wenn auch gegenüber der Frage der Qualifikation geringeres, Interesse an der Einflussnahme.

(5.5) Arbeitsmittel

In Ziffer 1.41.4 der Durchführungsanweisung heißt es vorsichtiger, dass der Einsatz *eigener* Arbeitsmittel regelmäßig gegen Arbeitnehmerüberlassung spricht; und in Ziffer 1.41.3 wird der Einsatz von Arbeitsmitteln des *Auftraggebers* vorsichtig unter dem Kriterium des „werksvertragsfähigen“ Unternehmers abgehandelt: „Ist z.B. die auftragnehmende Vertragspartei in ihrer unternehmerischen Eigenverantwortung und Dispositionsfreiheit dadurch stark eingeschränkt, dass nur der Besteller über die für die Erfüllung des Vertrages wesentlichen Betriebsmittel verfügt, so spricht dieser Umstand eher für einen ANÜ-Vertrag.“ Richtigerweise spricht das nur dann dafür, wenn erwartet werden kann, dass der Auftragnehmer eigene Arbeitsmittel einsetzt (Bundesarbeitsgericht).

(5.6) Weisungsrecht/Eingliederung

Zuzustimmen ist 1.43.2 der Durchführungsanweisungen, dass das Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern ein taugliches Abgrenzungsmerkmal ist, d.h. beim Werkvertrag nicht eingeschränkt ist. Dann besteht auch kaum die Gefahr der Eingliederung.

Es gehört zum Werkvertrag, dass der Auftraggeber *werkbezogene* Weisungen an den Auftragnehmer erteilen kann. Angesichts des Lernprozesses, den der Auftraggeber während der Programmentwicklung durchläuft, wird er hier besonders viele Weisungen geben [siehe *Buch Kapitel 9.2.2*]. Ebenso wird es viele Fehlermeldungen geben und Rückkoppelungen im Rahmen der Qualitätssicherung [siehe *unter (5.1)*]. Sinnvollerweise wird in der Praxis so vorgegangen, dass diese

werkvertraglichen Weisungen denjenigen Erfüllungsgehilfen mitgeteilt werden, die sachlich und örtlich zuständig sind.

Weisungen im nicht werkbezogenen Bereich: Hinsichtlich der Arbeitszeiten ergibt sich bei einem Werkvertrag nahezu automatisch, dass sich die Mitarbeiter des Auftragnehmers an den Arbeitszeiten des Auftraggebers ausrichten. Das liegt nicht nur daran, dass sie Informationen und oft auch Zugang zum Entwicklungssystem beim Auftraggeber benötigen. Das liegt auch daran, dass sie sinnvollerweise möglichst nur für ein einziges Projekt auf einmal eingesetzt werden. Wenn sie ihrem Arbeitgeber ihre volle Arbeitszeit zur Verfügung stellen (müssen), wird dieser sie auch entsprechend umfangreich zu normalen Arbeitszeiten, die auch die von Auftraggebern sind, einsetzen. – Weisungen in diesem Bereich sind ein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung.

(5.7) Ergebnisbezogene Vergütung

Nach der Rechtsprechung ist Vergütung nach Aufwand kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung. Bei der Erstellung von Programmen ist Vergütung nach Aufwand eine äußerst sinnvolle Vergütungsform. Dies gilt häufig auch, wenn zwar die Aufgabenstellung jeweils gut umrissen ist, der Aufwand aber nicht kalkuliert werden kann. Die Durchführungsanweisungen gehen darauf in Ziffer 1.44 ein: „Dies schließt die Abrechnung nach Stundensätzen ... nicht aus ..., wenn objektiv feststellbare Tatsachen vorliegen, die einer Kalkulierbarkeit entgegenstehen“. Bei Programmerstellung ist das weitgehend so.

(5.8) Unternehmerrisiko/Haftung für Mängel (früher: Gewährleistung)

Bei Festpreisen ist das Unternehmerrisiko aus Haftung für Mängel offensichtlich. Bei Vergütung nach Aufwand hat der Auftraggeber grundsätzlich auch den Aufwand für die Fehlerbeseitigung zu bezahlen [siehe Buch Kapitel 9.5.2 (3)]. Also kann das kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sein. Soweit Vergütung nach Aufwand sinnvoll ist, kann die Vereinbarung von Planterminen kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sein.

(6) IT-spezifische Abgrenzung bei Dienstverträgen

Bei dieser Abgrenzung entfallen die Kriterien, die an das Arbeitsergebnis anknüpfen. Maßgeblich ist dann die Ausübung des Weisungsrechtes.

Die Dienstleistungen müssen gegenständlich unterscheidbar sein; ihre Ausführung darf nicht zu einer Integration der Mitarbeiter in die Betriebsorganisation des Auftraggebers führen.

Auch wenn ein Mitarbeiter eines Auftragnehmers Projektleiter ist, kann Arbeitnehmerüberlassung vorliegen, dann nämlich, wenn der Projektleiter selber ausgeliehen ist und als Funktionsträger des Auftraggebers Weisungen an die Teammitglieder erteilt.

Nach den Durchführungsanweisungen sind Dienstverträge „nur in den aufgezeigten engen Grenzen möglich“. Bereits deren Ansatz ist falsch, dass ein Dienstvertrag nur vorliege, wenn der Auftragnehmer „die Dienste unter eigener Verantwortung ausführt (Organisation der Dienstleistung, zeitliche Disposition, Zahl ... Eignung der Erfüllungsgehilfen)“. Selbstverständlich gibt es Dienste, die typischerweise vom Auftragnehmer alleine und dementsprechend in eigener Verantwortung erbracht werden. Ebenso gibt es aber auch Dienste, die in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber geleistet werden. Bei echten Dienstleistungen im Softwarebereich geht es sehr häufig um Beratung, insbesondere um den Transfer von Know-how innerhalb eines gemeinsam geführten Projektes. Also bedarf es weitgehend eines *gemeinsamen* Plans der Vertragspartner hinsichtlich Organisation, Vorgehen und Zeitplan. Die Teamgröße muss gemeinsam festgelegt werden. Solche Verträge können höhere Dienste gemäß § 627 BGB zum Gegenstand haben. Dann kann es kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sein, wenn der Auftraggeber bei der Auswahl der einzusetzenden Mitarbeiter mitreden will.

Klarzustellen ist, dass Dienstverträge im Beratungsbereich in der Regel gegen Vergütung nach Aufwand geschlossen werden. Diese Vergütungsform kann also kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung sein.

Programmerstellung mit zwei Zentren: Es gibt in der Praxis sehr wohl auch – größere – Projekte im Bereich Programmerstellung mit gemischten Teams, die als Dienstverträge einzuordnen sind (nicht als Werkvertrag wegen des gemeinsam angestrebten Erfolgs). Sie schlagen nicht in Arbeitnehmerüberlassung um, weil ganz deutlich beide Partner das Gesamtprojekt organisieren. Jeder ist dann für seine Teilaufgaben weitgehend oder vollständig alleine verantwortlich, der Auftragnehmer z.B. für das Datenbankkonzept und die Realisierung der Datenbank, der Auftraggeber für die Qualitätssicherung, die Benutzerdokumentation und die Benutzerschulung.

(7) Überlassung eines freien Mitarbeiters

Vorauszuschicken ist, dass Verträge mit freien Mitarbeitern in der IT-Praxis häufig echte Arbeitsverträge sind, z.B. weil in ihnen häufig das Verbot enthalten ist, für andere Auftraggeber tätig zu werden. Wenn im folgenden von freien Mitarbeitern gesprochen wird, so wird vorausgesetzt, dass keine Scheinselbständigkeit vorliegt [vgl. hier Kapitel 5.6].

Zur Beantwortung der Frage, ob die Überlassung freier Mitarbeiter unter das AÜG fällt, gibt es zwei unterschiedliche Ansätze: Der erste geht dahin, dass der Auftragnehmer anscheinend die Macht hat, die Eingliederung des „freien“ Mitarbeiters beim Auftraggeber zu bewirken. Deswegen wirkt die Tatsache, dass der Auftragnehmer den Verliehenen formal als freien Mitarbeiter beschäftigt, nicht dem entgegen, dass Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann.

Die Beschäftigung eines freien Mitarbeiters bedeutet, dass der Auftragnehmer nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten übernimmt (weil er nach dem Vertrag nichts zu zahlen braucht, wenn es keine Arbeit gibt). Dann wird gemäß § 1 Abs. 2 AÜG vermutet, dass der Auftragnehmer Arbeitsvermittlung betreibt. Da der Auftragnehmer die üblichen Arbeitgeberpflichten tatsächlich nicht übernimmt, wird die Vermutung nicht widerlegt. Zu den Rechtsfolgen siehe unter (9).

Der zweite Ansatz berücksichtigt, dass Auslöser für die Situation ist, dass der freie Mitarbeiter frei sein will. Deswegen sollte er nicht gegen seinen Willen geschützt werden [vgl. hier Kapitel 5.6]]. Wenn er sich in seinem sozialen Status von Mitarbeitern des Auftraggebers unterscheidet, kann er nicht – trotz arbeitsmäßiger Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers – als Arbeitnehmer angesehen werden. Für diesen Ansatz spricht der Wortlaut des AÜG. Dieser Ansatz ist m.E. zumindest dann richtig, und ist der Wille des freien Mitarbeiters zu respektieren, wenn der freie Mitarbeiter finanziell gesehen einen hohen Status hat. Das neue Recht zur Scheinselbständigkeit dürfte daran nichts unmittelbar ändern. Denn es würde zu einem Arbeitsvertrag mit dem Hauptauftragnehmer führen; das aber würde dem AÜG widersprechen. Inwieweit und wie sein Grundgedanke zur Auslegung des AÜG herangezogen wird, ist noch unklar.

(8) Gewerbsmäßigkeit

Gewerbsmäßigkeit ist gegeben, wenn der Auftragnehmer im Rahmen seines Unternehmens unabhängig von dessen Gegenstand Arbeitskräfte anderen in der Absicht überlässt, sich dadurch eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und von einigem Umfang zu verschaffen.

(9) Arbeitsvermittlung

Bei Überlassung eines Mitarbeiters, ohne dass der Auftragnehmer die üblichen Arbeitgeberpflichten übernimmt, wird nach § 1 II AÜG vermutet, dass Arbeitsvermittlung vorliegt. Die Vermutung ist widerlegbar (die andere gesetzliche Alternative für die Vermutung setzt voraus, dass der Arbeitgeber seine gesetzlichen Arbeitgeberpflichten nicht erfüllt; das spielt in der IT-Branche keine Rolle – nur formal bei Überlassung in der Kette, weil dann der erste Auftragnehmer statt des zweiten diese Pflichten übernimmt).

Letztlich ist die Einordnung mehr akademischer Natur, weil das Ergebnis weitgehend gleich ist: Beide Verträge sind nichtig: der zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber wegen § 134 BGB i.V.m. § 4 AFG, der zwischen Mitarbeiter und Arbeitgeber (= Auftragnehmer) entsprechend §§ 10 und 13 AÜG. Gewinnabschöpfung droht gemäß § 228 i.V.m. § 13 AFG.

Wird ein freier Mitarbeiter „ausgeliehen“, kommt eine Ordnungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen das AÜG nicht in Betracht. Zwar mag zivilrechtlich über die Vermutung nach § 1 II AÜG Arbeitsvermittlung mit den eben dargelegten Rechtsfolgen anzunehmen sein. Eine Ordnungswidrigkeit – hier wegen Verstoßes gegen das AFG – scheidet aber m.E. dann aus, wenn der freie Mitarbeiter den sozialen Status eines freien Mitarbeiters behält [vgl. (7)]. Er sucht nicht Arbeit. Eine extensive Interpretation des Begriffs Arbeitssuche scheidet im Ordnungswidrigkeitenrecht aus.

Anlage: Checkliste zur Vermeidung von Indizien für Arbeitnehmerüberlassung

Checkliste, primär für den Auftragnehmer, wie im Vertrag Indizien für Arbeitnehmerüberlassung vermieden werden können und wie bei der Durchführung vorgegangen werden sollte, um der Arbeitnehmerüberlassung möglichst wenig nahe zu kommen.

AN = Auftragnehmer

AG = Auftraggeber

(1) Vorgehen allgemein

Arbeitnehmerüberlassung ist grundsätzlich zu vermeiden, wenn keine Erlaubnis vorliegt. Wird dann ein Mitarbeiter ausnahmsweise überlassen, ist das ohne Erlaubnis zulässig. In diesem Fall dürfen die sonst verwendeten AGB nicht verwendet werden. Es reicht dann auch:

AN stellt AG... Mitarbeiter für die Zeit vom bis/vom... an/zur Verfügung./Jeder Vertragspartner kann den Vertrag mit einer Frist von ... Wochen (zum Monatsende) kündigen. Die Haftung von AN aus der Zurverfügungstellung wird/soweit gesetzlich wirksam auf ...% des Auftragswerts beschränkt/ausgeschlossen.

Wenn Arbeitnehmer nicht nur ausnahmsweise überlassen werden, sollen die Verträge mit den Kunden auf jeden Fall so abgeschlossen werden, dass sie keine Indizien für Arbeitnehmerüberlassung enthalten. Unvermeidbar steigt der Verwaltungsaufwand beim Auftragnehmer an.

- Keine Probezeit vereinbaren, auch wenn das sinnvoll ist. Die Bundesanstalt für Arbeit sieht das als Indiz für Arbeitnehmerüberlassung an. Lieber ein kurzes Anfangsprojekt vereinbaren.
- Dem Kunden keine Verlängerungsoption einräumen. Das ist ein deutliches Indiz für Arbeitnehmerüberlassung. Unter (2) wird vorgeschlagen, dass die Parteien bei größeren Projekten einen Projekthauptvertrag schließen. Dieser kann einverständlich verlängert werden, wenn das Projekt das erfordert. Alternativ zur bestimmten Laufzeit kann der Projekthauptvertrag mit einem maximalen Budget vereinbart werden.
- Es darf im Vertrag nicht formuliert werden, dass die Arbeitszeiten beim Kunden "einzuhalten" sind. Wenn unbedingt nötig (wobei sich das nahezu von alleine ergibt und also kaum regelungsbedürftig ist):

Die Mitarbeiter von AN werden sich, soweit für die Auftragsdurchführung erforderlich, an den Arbeitszeiten von AG ausrichten.

- Wenn der Mitarbeiter ins Telefonverzeichnis des Kunden aufgenommen wird, sollte das mit dem Zusatz "Auftragnehmer" erfolgen. Besser sind getrennte Telefonverzeichnisse für eigene Mitarbeiter und für solche von Beratungsunternehmen. Bei Einsatz von Electronic Mail sollte die "Rufnummer" von Mitarbeitern des Auftragnehmers entsprechend gekennzeichnet werden. Das Hauptproblem liegt hier aber in der Kanalisierung des Schriftverkehrs: Dieser sollte im

wesentlichen über den Projektleiter des Auftragnehmers laufen. Brauchen die einzelnen Mitarbeiter des Auftragnehmers wirklich eigene "Rufnummern"? Wohl nur intern!

- Der Kunde soll nicht das Recht haben, Überstunden anzuordnen. Überstunden sind mit dem Auftragnehmer abzusprechen. Bei Bedarf soll formuliert werden:

Überstunden sind mit AN abzusprechen.

- Urlaub ist nur auf Projektplanungsebene mit dem Kunden zu besprechen (keine Regelung im Vertrag!). Es soll nicht vereinbart werden, dass Urlaubsanträge beim Kunden eingereicht werden.
- Sofern Dienstreisen genehmigungspflichtig sind, dürfen sie nicht auf solchen Formularen des Kunden beantragt werden, die auch von dessen Mitarbeitern genutzt werden. Der Projektleiter des Auftragnehmers soll einen Antrag für die Dienstreise des Mitarbeiters stellen. Die Reisekosten dürfen auch nicht auf solchen Formularen abgerechnet werden, die von Mitarbeitern des Kunden verwendet werden.
- Krankmeldungen eines Mitarbeiters sollen über den Auftragnehmer erfolgen, nicht direkt durch den Mitarbeiter.
- Die Mitarbeiter des Auftragnehmers dürfen Stundennachweise nicht auf Formularen des Kunden führen, sondern nur auf solchen ihres Arbeitgebers. Stechuhren sind nur für Mitarbeiter des Kunden da! Unbeschadet dessen kann der Projektleiter des Auftragnehmers Projektkontrollformulare des Kunden ausfüllen (oder diese Tätigkeit delegieren). Letzteres ist im Vertrag nicht unter "Vergütung", sondern unter "Vorgehen/Projektorganisation" zu regeln.

Bei Vergütung nach Aufwand wird AN die Mitarbeiter Stundenlisten führen lassen. Daneben wird AN die Arbeitszeit für das Projektplanungs- und -verfolgungssystem von AG entsprechend den dafür geltenden Regeln erfassen.

- Rechnungen sollen pro Projekt (=Einzelauftrag) geschrieben werden. Stunden verschiedener Mitarbeiter für dieselbe Aufgabe (Kriterium: Schlüssel für Art der Tätigkeit) sollen zusammengefasst werden.
- Der Auftragnehmer soll so viele eigene Arbeitsmittel wie kostenmäßig vertretbar einsetzen.
- Die Rechte an den Arbeitsergebnissen sollen nicht automatisch an den Kunden übertragen werden.
- Der Auftragnehmer soll keine Verträge mit anderen Beratungsunternehmen als Kunden schließen, die ihrerseits Verträge mit Endkunden schließen, sondern direkt den Vertrag mit dem Endkunden schließen und die Marge intern teilen [siehe auch (5)].
- Mitarbeiter des Auftragnehmers sollen nicht an Fortbildungskursen des Kunden teilnehmen (wohl aber in gemeinsamen projektspezifischen Kursen durch andere Auftragnehmer).

Die Verträge sollen aber auch nicht das ausdrücklich verbieten, was nicht geschehen soll. Z.B. soll nicht geregelt werden, dass Krankmeldungen nicht direkt erfolgen dürfen. Denn niemand, der einen normalen Werk- oder Dienstvertrag formuliert, nimmt eine solche Regelung auf. Also liegt die Vermutung nahe, dass der, der das tut, Probleme mit der Arbeitnehmerüberlassung hat.

(2) Vermeidungsstrategie bei Werk(lieferungs)verträgen

Das Folgende sollte getan bzw. vereinbart werden:

- Die Aufgabenstellung soll im (Einzel-)Vertrag definiert werden. Bei Bedarf kann sie schrittweise definiert und kann für jeden Schritt ein gesonderter Vertrag geschlossen werden.

– Kleinere Nebenleistungen können in die Aufgabenstellung pauschal einbezogen werden: Es wird die Aufgabenstellung für den Kern beschrieben; dafür sollte ein Festpreis (einschließlich Reisekosten) vereinbart werden. Für den Rest wird ein Budget vorgesehen. Die Summe aus Festpreis und Budget sollte größer (!) als die zur Verfügung stehende Arbeitszeit sein. Das zusätzliche Budget sollte maximal 25 % des Festpreises betragen.

AN wird _____ erstellen.

Außerdem wird AN ergänzende Beratung und Unterstützung zur Erstellung von _____ leisten.

Die Vergütung für die Erstellung von _____ beträgt pauschal EUR ____.

Die ergänzenden Leistungen werden nach Aufwand vergütet. Dafür wird ein maximales Budget in Höhe von EUR ----- (einschl. Reisekosten) vereinbart.

– Aufgaben sollen nicht auf Zuruf zugewiesen werden, sondern durch Zusammenfassung der Aufgaben für einige Monate in jeweils einem Vertrag (nicht: „1. Januar bis 31. Dezember“) [siehe auch (3)].

– Plantermine sollen aufgabenbezogen vereinbart werden, damit das Arbeitsende sich nach der Aufgabe und nicht nach dem Kalender richtet.

– Der Auftragnehmer soll eine erst einmal grobe Aufgabenstellung nachträglich konkretisieren und die Spezifikation genehmigen lassen.

– Ideal ist es, bei Programmerstellung phasenweise vorzugehen (mit vorgelagertem Dienstvertrag für die Spezifikationsphase).

- Der Auftragnehmer soll teilweise das Vergütungsrisiko übernehmen: Dann kann ein Festpreis für die Realisierung vereinbart werden, wenn der Aufwand dafür kalkuliert werden kann. Vorsicht vor Verträgen, die formal als Werk(lieferungs)vertrag ausgestaltet sind, ohne dass die Aufgabenstellung geklärt ist und es abgesichert ist, dass der Festpreis den wahrscheinlichen Aufwand einschließlich eines Sicherheitszuschlages deckt; d.h. in Fällen, in denen der Kunde mündlich erklärt, dass nur bis zum festgelegten Termin gearbeitet werden bräuchte (der im Vertrag definierte Liefertermin sei also gar kein echter Liefertermin; bei Bedarf müsse der Vertrag eben verlängert werden). Wenn der Vertrag erst einmal aus Budgetgründen zeitlich beschränkt wird, kann der Auftragnehmer dahingehend abgesichert werden, dass der Vertrag über die ganze Leistung geschlossen wird, der Kunde aber ein Kündigungsrecht erhält, um ggf. aus Budgetgründen kündigen zu können:

AN erstellt folgende Programme ...

Es wird nach Aufwand vergütet. Die Vertragspartner schätzen den Aufwand nach derzeitigem Kenntnisstand auf ____ Manntage/-wochen/-monate. AN wird diese Schätzung ____ (monatlich) fortschreiben.

AG ist berechtigt, mit einer Frist von ... Wochen den Vertrag zu kündigen, wenn droht, dass die Schätzung um mehr als ____ % überschritten werden wird. Außerdem kann AG stets eine Abänderung der Aufgabenstellung dahingehend verlangen, dass der geschätzte Aufwand um nicht mehr als ____ % überschritten wird.

– Der Auftragnehmer soll einen Zeit- und Arbeitsplan aufstellen und fortschreiben.

– Der Auftragnehmer soll einen echten Projektleiter einsetzen (der vor Ort leitend tätig wird).

– Der Kontakt zwischen den Vertragspartnern wird über die Ansprechpartner des Anwenders abgewickelt: Der Ansprechpartner des Auftragnehmers informiert sein Gegenüber über alles Wichtige und lässt ihn den Kontakt zwischen den Mitarbeitern des Auftragnehmers und denen des Anwenders anbahnen oder Vorgaben/Informationen genehmigen.

– Aufträge werden je Projekt und nicht je Mitarbeiter des Auftragnehmers vorbereitet; also soll ein Auftrag vorgesehen werden, wenn zwei oder mehr Mitarbeiter an einem Projekt(-teil) arbei-

ten sollen. An diesem Projekt(-teil) dürfen keine Mitarbeiter des Anwenders (oder eines anderen Auftragnehmers) außer für originäre Aufgaben der Instanz Anwender (wie Lieferung von Informationen über den Betrieb des Anwenders, Stellung von Testdaten, Qualitätssicherung) arbeiten.

- Die Mitarbeiter des Auftragnehmers, die beim Anwender tätig werden, möglichst getrennt von den eigenen Mitarbeitern unterbringen.
- Die Mitarbeiter des Auftragnehmers möglichst Teile der Arbeit im Büro des Auftragnehmers durchführen lassen (z.B. Kodierphase).
- Ein Mitarbeiter, der möglicherweise überlassen wird, soll möglichst bei zwei Kunden parallel eingesetzt werden (bei zweien kann er kaum zugleich in deren Betrieb eingeordnet sein).
- Um die Zahl kritischer Fälle zu beschränken, soll bei Überlassung über 24 Monate hinaus wenn möglich wie folgt vorgegangen werden: 24 Monate, 25 % Pause, noch einmal maximal 24 Monate. Die bisherige Praxis der Arbeitsbehörden toleriert das (wenn eine Erlaubnis vorliegt).
- Alles Normale tun, was ein normaler Werk(lieferungs)vertrag mit sich bringt:
- Änderungen der Aufgabenstellung schriftlich vereinbaren (bei Vergütung nach Aufwand nur die wesentlichen).
- Eine Abnahmeprüfung durchführen und die Abnahme erklären.
- Fehler ordnungsgemäß melden.

Daneben ist im Vertrag und bei der Durchführung alles zu unterlassen, was zu einer - gar nicht nötigen! - Eingliederung führt, insb. bei Vergütung nach Aufwand [siehe unter (1)].

(3) Vermeidungsstrategie bei Dienstverträgen

Es macht keinen Sinn, Dienstverträge überhaupt auf der Grundlage zu vermeiden, dass Verträge als "Werkverträge" abgeschlossen werden, weil diese angeblich weiter weg von Arbeitnehmerüberlassung wären als Dienstverträge. Im Gegenteil weist ein "Werkvertrag", in dem Dienste definiert sind (um die es ja gehen darf), darauf hin, dass er gar nicht ernst gemeint ist. Also legt eine solche Bezeichnung oder Einkleidung nahe, dass die Parteien in Wirklichkeit Arbeitnehmerüberlassung wollen.

(3.1) Dienstverträge sind in Fällen, die in Richtung Überlassung gehen, möglichst deutlich als solche zu *gestalten*: Der Auftragnehmer schuldet die Dienste und nicht die Bereitstellung von IT-Fachleuten. Jeglicher Hinweis darauf, dass Vorschriften des Kunden, die für dessen Mitarbeiter gelten, auch für Mitarbeiter des Auftragnehmers gelten, ist zu vermeiden (soweit es nicht um Sicherheitsvorschriften geht).

Werden mehrere Mitarbeiter eingesetzt, die beim Kunden (mit ihrer vollen Arbeitskraft) tätig werden, ist klarzustellen:

AN benennt einen Projektleiter, der die Arbeit der Mitarbeiter von AN koordiniert. Die Mitarbeiter von AN unterliegen den Weisungen von AN.

Wird nur ein Mitarbeiter laufend beim Kunden eingesetzt, kann dieser selber Projektleiter auf Seiten des Auftragnehmers sein. Es kann aber auch formuliert werden:

AN bespricht mit AG regelmäßig die anstehenden Arbeiten. Der eingesetzte Mitarbeiter organisiert seine Arbeit soweit möglich eigenverantwortlich. Er unterliegt den Weisungen von AN.

Ein Satz, dass Fehlzeiten (Krankheit usw.) nicht bezahlt werden, soll nicht aufgenommen werden, weil das bei einem Dienstvertrag selbstverständlich ist. Das gilt erst recht für den Satz, dass der Auftragnehmer für die Zahlung von Lohnsteuer und Sozialabgaben zuständig ist.

(3.2) Der Vertrag ist auch als Dienstvertrag durchzuführen, weil es nach der Rechtsprechung maßgeblich auf das tatsächliche Erscheinungsbild ankommt. Aus diesem ist darauf zu schließen, was die Parteien wirklich gewollt haben.

Das bedeutet, dass der Arbeitseinsatz auch tatsächlich möglichst weitgehend vom Auftragnehmer organisiert werden soll. Wird nur ein Mitarbeiter eingesetzt, kann der dazu in der Lage sein. Anderenfalls soll der Auftragnehmer regelmäßig mit dem Kunden Kontakt aufnehmen und die anstehenden Arbeiten besprechen; das kann ggf. auch telefonisch erfolgen. Die Arbeitsaufträge sollen formell an den Auftragnehmer gerichtet werden.

Die Mitarbeiter des Auftragnehmers sollen periodisch auch einmal einen Arbeitstag beim Auftragnehmer verbringen (z.B. für Schulung).

Wird mit einem Projekthauptvertrag und Einzelaufträgen gearbeitet, ist darauf zu achten, dass unterschiedliche Tätigkeiten je Einzelauftrag definiert werden (und nicht dieselbe Tätigkeit jeweils für ein paar Monate).

(4) Verhalten gegenüber Kunden

Wünscht ein Kunde, Arbeitnehmerüberlassungsverträge zu schließen, ist es grundsätzlich unvermeidbar, dagegen anzugehen:

- Auf das rechtliche Risiko hinweisen (der Verantwortliche des Kunden steht persönlich in der Gefahr, einen Bußgeldbescheid zu bekommen). Aber: Das Risiko ist für den Auftragnehmer viel höher! Denn eine Gewinnabschöpfung kommt praktisch nur auf Auftragnehmer-Seite in Betracht.
- Die Verantwortlichen des Kunden allmählich an saubere Verträge gewöhnen und an saubere Durchführung. Das eigentliche Problem dürfte sein, den Kunden dazu zu bringen, sich zu bequem, die sachlichen Voraussetzungen für den Abschluss von Werk(lieferungs)verträgen zu schaffen.
- Vorschlagen, Berater (bei Dienstverträgen) von Kunde zu Kunde wechseln lassen bzw. die Aufgaben bei mehreren Kunden auf mehrere jeweils teilweise tätigen Mitarbeiter aufteilen zu lassen.

(5) Vermittlung und Provision

(5.1) Vermittlung einer anderen Unternehmensberatung

In (3) wird empfohlen, soweit angebracht, dass der Auftragnehmer keine Verträge mit anderen Beratungsunternehmen als Kunden schließt, die ihrerseits Verträge mit Endkunden schließen, sondern das direkt mit dem Endkunden tut und die Marge intern mit dem Beratungsunternehmen teilt. Das gilt andersherum ebenso für Verträge mit Beratungsunternehmen oder mit freien Mitarbeitern, die tätig werden sollen. Diese sollten ebenfalls direkt mit dem Endkunden abschließen und die Marge intern teilen.

Die folgende Formulierung stellt darauf ab, dass der Auftragnehmer einen Auftrag eines Endkunden an den Partner vermittelt.

Vereinbarung

1. AN wird sich bemühen, einen Auftrag des Endkunden AG an PARTNER zu vermitteln. Wird dieser Auftrag geschlossen, erhält AN für die Dauer dieses Auftrages je von PARTNER fakturierter Arbeitsstunde eine Provision von EUR zzgl. MWSt.

** Dies gilt mindestens bis zum _____, also auch für Folgeaufträge.*

** Dies gilt höchstens bis zum _____.*

** Dies gilt nicht für Folgeaufträge bei diesem Endkunden und nicht für Aufträge bei anderen Endkunden.*

* 2. Für Folgeaufträge

* 2. Für alle Leistungen nach dem

gilt ein Provisionssatz von EUR ____ zzgl. MWSt. pro Stunde, und zwar bis ____ . Provision ist auch dann zu zahlen, wenn der Auftrag, der nach 1. dieser Vereinbarung vermittelt werden sollte, nicht zustande gekommen ist, wohl aber ein anderer.

Dies gilt auch dann, wenn PARTNER mittelbar für AG tätig wird, ebenso, wenn er für eine Konzerngesellschaft von AG

** im Bereich ____*

tätig wird.

3. PARTNER ist auskunftspflichtig. Eine vollständige Auskunft über alle Tätigkeiten braucht PARTNER nur einem von der IHK am Sitz von AN bestimmten Wirtschaftsprüfer zu erteilen.

4. PARTNER wird für jeden Monat, in dem PARTNER provisionspflichtige Leistungen erbracht hat, innerhalb von 25 Tagen nach Monatsende Rechnung legen

** und innerhalb von 50 Tagen zahlen.*

** unverzüglich nach Zahlung durch den Endkunden zahlen.*

Verschweigt PARTNER eine provisionspflichtige Tätigkeit mehr als 60 Tage nach Ende eines Monats, zahlt PARTNER eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR ____ neben der Provision.

Wenn der Partner einen Auftrag an AN vermittelt sind die Parteien auszutauschen:

- „AN“ wird „AN“.

- „PARTNER“ wird „AN“.

(5.2) Vermittlung eines freien Mitarbeiters

Der freie Mitarbeiter kann an ein anderes Beratungsunternehmen oder an einen Endkunden vermittelt werden. Im ersten Fall zahlt der freie Mitarbeiter oder das andere Beratungsunternehmen die Provision, im zweiten Fall der freie Mitarbeiter. Zahlt das andere Beratungsunternehmen die Provision, ist mit dem freien Mitarbeiter trotzdem ein Wettbewerbsverbot zu schließen.

Formulierung bei Vermittlung an ein anderes Beratungsunternehmen, wenn dieses die Provision zahlt:

Vereinbarung

zwischen _____ und

1. AN vermittelt an PARTNER einen freien Mitarbeiter, der

** für PARTNER (direkt tätig werden soll).*

** für PARTNER den Auftrag mit dem Endkunden durchführen soll.*

** für PARTNER am Auftrag mit dem Endkunden mitwirken soll.*

2. AN erhält ...