



# Fremdpersonaleinsatz im IT-Sourcing

Umsetzungshilfe zur Novelle des  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes  
Leitfaden

## Herausgeber

Bitkom e. V.

Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.

Albrechtstraße 10 | 10117 Berlin | Tel.: 030 27576-0 | [bitkom@bitkom.org](mailto:bitkom@bitkom.org) | [www.bitkom.org](http://www.bitkom.org)

## Ansprechpartner

Adél Holdampf-Wendel | Bereichsleiterin Arbeitsrecht und Arbeit 4.0

T 030 27576-202 | [a.holdampf@bitkom.org](mailto:a.holdampf@bitkom.org)

## Verantwortliches Bitkom-Gremium

AK Personal und Arbeitsrecht

## Satz & Layout

Svenja Moje | Bitkom e. V.

## Titelbild

© unsplash.com

## Copyright

Bitkom 2017

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im Bitkom zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen.

# Fremdpersonaleinsatz im IT-Sourcing

Umsetzungshilfe zur Novelle des  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes  
Leitfaden

# Inhaltsverzeichnis

Danksagung an die Autoren	4
<b>1 Einführung</b>	<b>6</b>
<b>2 Entscheidungshilfe: Überblick über die möglichen vertraglichen Gestaltungsformen</b>	<b>8</b>
2.1 Typische Sachverhalte von IT-Sourcing	8
2.1.1 Beratung	8
2.1.2 Software	8
2.1.3 Hardware	9
2.1.4 Betreuung von IT-Infrastruktur (SLA)	9
2.1.5 Temporäre Aushilfe (Überbrückung oder Personalverstärkung)	9
2.2 Mögliche Gestaltungsformen	10
2.2.1 Eingliederung / Integration der Mitarbeiter?	10
2.2.2 Erfolg geschuldet?	10
<b>3 Vertragsformen</b>	<b>12</b>
3.1 Arbeitnehmerüberlassung	12
3.1.1 Überblick über die AÜG-Neuerungen	12
3.1.2 Vertragliche Gestaltung	15
3.1.3 Umsetzungshilfe (Checklisten)	17
3.2 Werkverträge	19
3.2.1 Vertragliche Gestaltung	19
3.2.2 Umsetzungshilfe (Checklisten)	25
3.3 Dienstverträge	27
3.3.1 Vertragliche Gestaltung	27
3.3.2 Umsetzungshilfe (Checklisten)	31
<b>4 Einsatz von IT-Contractors / freien Mitarbeitern</b>	<b>34</b>
4.1 Überblick	34
4.1.1 Allgemeiner Teil	34
4.1.2 Risiko der Scheinselbstständigkeit	35
4.2 Vertragsgestaltung – Vermeidung der Einbindung in die interne Organisation	40
4.3 Ein-Mann Gesellschaft (GmbH, UG)	41
4.4 Einsatz	41
4.4.1 Allgemeiner Teil	41
4.4.2 Besondere Praxishinweise für die Projektdurchführung aus Sicht des Providers / Vermittlers	42
4.5 Umsetzungshilfe (Checklisten)	42
4.5.1 Checkliste als »Selbstauskunft« von Selbstständigen und als Anlage zum Vertrag	42
4.5.2 Checkliste zur Risikoeinschätzung - Scheinselbstständigkeit von Freelancern / externen Mitarbeitern	43
4.5.3 Checkliste für Provider / Vermittler bei der Verpflichtung von Freelancern / Interim Managern	46

<b>5</b>	<b>Spezieller Anwendungsfall: Agile Softwareentwicklung nach Scrum</b>	<b>49</b>
5.1	Charakteristika und Anwendungsfelder von agiler Softwareentwicklung nach Scrum	49
5.1.1	Traditionelle Projektplanung	49
5.1.2	Agile Softwareentwicklung im Allgemeinen	50
5.1.3	Scrum im Besonderen	51
5.1.3.1	Scrum Team	51
5.1.3.2	Scrum Ereignisse	53
5.2	Scrum vs. Vermeidung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung – ein unauflösbarer Widerspruch?	54
5.2.1	Erhöhtes Risiko der Eingliederung bei Scrum-Projekten?	54
5.2.2	Selbstorganisation statt Weisungsgebundenheit	55
5.3	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	55
5.3.1	Allgemeines	55
5.3.2	Werkvertrag	57
5.3.3	Dienstvertrag	62
5.3.4	Fazit und Praxistipps	64
5.4	Betriebsrat und Scrum – Welche Risiken gibt es und was ist zu beachten?	64
<b>6</b>	<b>Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat</b>	<b>66</b>
<b>7</b>	<b>Konsequenzen illegaler Arbeitnehmerüberlassung / Möglichkeiten zur Klärung</b>	<b>69</b>
7.1	Konsequenzen fehlerhafter Vertragsgestaltung bzw. Durchführung (illegale Arbeitnehmerüberlassung)	69
7.1.1	Fiktion Arbeitsverhältnis	69
7.1.2	Bußgeld	69
7.1.3	Sonstige Konsequenzen	71
7.1.4	Rechtliche Abhilfe - Festhaltenserklärung	72
7.1.5	Besondere Praxishinweise für Entleiher	74
7.2	Konsequenzen fehlerhafter Vertragsgestaltung bzw. Durchführung (Scheinselbstständigkeit)	74

## Tabellenverzeichnis

<b>Tabelle 1: Überblick über die AÜG-Neuerungen</b>	<b>12</b>
---	-----------

# Danksagung an die Autoren

Der vorliegende Praxisleitfaden Fremdpersonaleinsatz im IT-Sourcing ist eine Publikation des Bitkom-Arbeitskreises Personal und Arbeitsrecht. Der Arbeitskreis besteht aus Experten der Bitkom-Mitgliedsunternehmen und befasst sich mit aktuellen Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung sowie Trends im Bereich Personal und Arbeitsrecht.

Für die Mitarbeit an diesem Leitfaden danken wir folgenden Personen, die mit ihrer Expertise und wertvollen praktischen Erfahrung die Erstellung des vorliegenden Leitfadens möglich gemacht haben:

- Till Basfeld, DLA Piper UK LLP
- Ulrich Bäumer, Osborne Clarke
- Daniel Beyer, Rohde & Schwarz GmbH & Co. KG
- Norman Damaske, Roever Broenner Susat Mazars Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- Dr. Michele Dilenge, Atreus GmbH
- Eva Einfeldt, DLA Piper UK LLP
- Dr. Melanie Figge, ZF Friedrichshafen AG
- Almuth Floto, DLA Piper UK LLP
- Thomas Graf, WKG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- Fabian Hafenbrädl, DLA Piper UK LLP
- Frank Hoefl, TÜV Rheinland Cert GmbH
- Adél Holdampf-Wendel, Bitkom e.V.
- Dr. Andreas Imping, DLA Piper UK LLP
- Kruno Ivacic, Controlware GmbH
- Dr. Timo Karsten, Osborne Clarke
- Pascal R. Kremp, DLA Piper UK LLP
- Janine Krupa, DLA Piper UK LLP
- Samuel Marseaut, Deutsche Telekom AG
- Ulrich Mohr, Roever Broenner Susat Mazars Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- Dr. Zsófia Nagyné Körmendy, SALT Solutions AG
- Guido Osterheider, Computacenter AG & Co. oHG
- Kathrin Reitner, WKG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- Martin Schweinoch, SKW Schwarz Rechtsanwälte
- Bernd Siebers, DLA Piper UK LLP
- Dr. Sabine von Oelffen, Osborne Clarke
- Dr. Christian Weitzel, HARDER Rechtsanwälte
- Thomas Wiedmann, DLA Piper UK LLP
- Dr. Viktoria Winstel, Osborne Clarke

# 1 Einführung

# 1 Einführung

Unternehmen sind in verschiedenen Bereichen auf die Unterstützung externer IT-Spezialisten angewiesen. In der IT-Branche selbst und in Start-ups werden externe IT-Experten insbesondere in der Softwareentwicklung und -programmierung sowie in der IT-Beratung eingesetzt. Die digitale Transformation erhöht den Bedarf an IT-Fachwissen aber auch in den sogenannten Anwenderbranchen, z. B. im Maschinenbau oder bei Banken- und Versicherungen. Die Bedeutung externer IT-Spezialisten nimmt für die Unternehmensstrategie und -entwicklung im Zuge von Industrie 4.0 und der damit einhergehenden Anforderungen an Flexibilität und Innovation stetig zu.

Bisher haben Unternehmen Personalengpässe in IT-Projekten oftmals mit dem kurzzeitigen Einsatz von Fremdpersonal überbrückt. Seit dem 1. April 2017 hat sich nun die gesetzliche Grundlage dafür geändert. Mit der Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) beabsichtigte der Gesetzgeber den Missbrauch von Leiharbeit und Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und prekären Arbeitsverhältnissen vorzubeugen. Das Gesetz gilt allerdings nicht nur für Problem-Branchen mit Lohndumping, sondern auch für die Digitalwirtschaft. Dort arbeiten hoch qualifizierte Spezialisten mit einer Vergütung weit oberhalb des Niveaus des Niedriglohnssektors.

Eine im Gesetzestext verankerte Bereichsausnahme für die IT-Branche wird es dennoch vorerst nicht geben. Unternehmen mussten ihre Personalplanung bis zum Inkrafttreten des Gesetzes umstellen und laufende Verträge auf Konformität prüfen. Dieser Leitfaden soll Unternehmen bei der Umsetzung des neuen Gesetzes unterstützen und hands-on Praxishinweise geben. Er dient zur Orientierung, kann dennoch den besonderen Umständen jedes Einzelfalles nicht Rechnung tragen. Insbesondere müssen Unternehmen selbst prüfen, welche Vertragsform zu ihrem konkreten Vorhaben passt, und wie sie im Einzelfall das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung oder einer Scheinselbstständigkeit minimieren.

## 2 Entscheidungshilfe: Überblick über die möglichen vertraglichen Gestaltungsformen

# 2 Entscheidungshilfe: Überblick über die möglichen vertraglichen Gestaltungsformen

## 2.1 Typische Sachverhalte von IT-Sourcing

Bei der Beschaffung (»Sourcing«) von IT-Leistungen ist oft die Rede von »Services« oder »Dienstleistungen«. Ob es sich um eine Dienstleistung im rechtlichen Sinne handelt, ist damit nicht gesagt. Was für ein Vertragstyp für die jeweilige Beschaffung zulässig oder geeignet ist, hängt vom zu regelnden Sachverhalt ab.

In der Folge sind typische Sachverhalte aufgezählt, die im Alltag von IT-Unternehmen ständig vorkommen:

### 2.1.1 Beratung

- Analyse/Konzepte
- Untersuchung der bestehenden IT-Infrastruktur, der Schnittstellen und der einzubeziehenden Umgebung
- Untersuchung der Möglichkeiten zur technischen Umsetzung
- Ablaufdiagramme, Lösungs- oder Designkonzepte
- Erstellung von Spezifikationen
- Anforderungen (»Requirements«, »Functional Specification«, »Lastenheft«)
- Funktionale Spezifikation (Umsetzungsbeschreibung, »Pflichtenheft«)
- Designkonzept (gestalterisch)
- Technisches Konzept (Systemdesign, Architektur, technische Spezifikation)
- Projektbegleitung/Qualitätssicherung
- Testplanung, -durchführung oder -überwachung
- Projektsteuerung
- Externes Projektmanagement
- Mitwirkung bei Beratung
- Bloße Unterstützung des Kunden bei der Erstellung von Analysen, Spezifikationen o. ä. (keine Verantwortung für das Ergebnis)

### 2.1.2 Software

- Erstellung von Software
- Codierung, also Programmierung und Lieferung des Programmcodes nebst Dokumentation zu vorgegebenen Anforderungen
- Anpassung/Überarbeitung von Software
- Änderung oder Verbesserung bestehender, vom Kunden zugieferter Software

- Mitwirkung bei der Erstellung von Software
- Bloße Unterstützung der Entwickler beim Kunden oder externer Entwickler bei der Codierung (keine Verantwortung für das Ergebnis)

### 2.1.3 Hardware

- Erstellung von Hardware
- Bau von Hardware nach Vorgaben
- Kombination von zugekaufter Hardware mit eigenen Entwicklungen
- Mitwirkung bei der Erstellung von Hardware
- Bloße Unterstützung des Kunden oder dessen externer Entwickler bei der Erstellung von Hardware (keine Verantwortung für das Ergebnis)

### 2.1.4 Betreuung von IT-Infrastruktur (SLA)

- Hosting/Housing
  - Hosting: Betrieb von IT-Infrastruktur (Computer, Server, Speicher etc.) für den Kunden in einem Rechenzentrum
  - Housing: Bereitstellung von Rechenzentrums-Infrastruktur zur Aufstellung und Versorgung (Strom, Klima, Netzwerk) von dem Kunden gehörender IT-Infrastruktur in einem Rechenzentrum
- Kundendienst
  - Bereitstellung einer »Hotline« in Form eines »Call Centers«, der Anfragen von Kunden beantwortet oder weiterleitet
  - Vorbeugende oder laufende Wartung, Störungsbeseitigung, Fehlerbehebung
- RZ-Betrieb
  - Bereitstellung von Personal, um die IT-Infrastruktur des Kunden in einem vom Kunden bereitgestellten Rechenzentrum zu betreiben und zu betreuen

### 2.1.5 Temporäre Aushilfe (Überbrückung oder Personalverstärkung)

- Interims-Management einer Abteilung/eines Bereichs
- Ergänzung eines Teams

## 2.2 Mögliche Gestaltungsformen

Wesentlicher Aspekt bei dem Einsatz von externen IT-Spezialisten ist in den meisten Fällen, dass diese nicht als Arbeitnehmer im Unternehmen, welches die Spezialisten benötigt, eingestellt werden sollen oder wollen. Dies lässt sich über verschiedene Vertragsgestaltungen realisieren. In Betracht kommen eine Arbeitnehmerüberlassung, ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag. Welches der richtige Vertragstyp ist, entscheidet sich im Wesentlichen danach, was vom IT-Spezialisten gewollt ist und wie die entsprechende Leistung zu erbringen ist. Da seit dem 1. April 2017 ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausdrücklich als solcher gekennzeichnet werden muss, ist dringend zu empfehlen, dass – egal, welcher Vertragstypus gewählt wird – dieser entsprechend gekennzeichnet wird. Hierdurch werden die Vertragsparteien bereits vor Vertragsschluss gezwungen, sich darüber klar zu werden, auf welcher Grundlage der Einsatz der IT-Spezialisten erfolgen soll.

### 2.2.1 Eingliederung / Integration der Mitarbeiter?

Ein entscheidendes Kriterium für die Wahl des richtigen Vertragstypus ist die Frage, ob der IT-Spezialist beim Empfänger der Leistung eingegliedert sein soll. Eine solche Eingliederung liegt im Wesentlichen vor, wenn für einen Außenstehenden nicht mehr erkennbar ist, ob der IT-Spezialist im Einsatzbetrieb selbst angestellt ist oder nicht. Anhaltspunkte hierfür sind z. B.:

- Einbindung in die Arbeitsabläufe beim Einsatzbetrieb;
- Nutzung der technischen Ausstattung des Einsatzbetriebes;
- Dauerhafte Präsenz im Einsatzbetrieb;
- Namensschild, E-Mail-Adresse, Telefonnummer des Einsatzbetriebes und Aufnahme in dessen interne Verzeichnisse;
- Erhalt von Arbeitsanweisungen von Mitarbeitern des Einsatzbetriebes und Erteilen von Arbeitsanweisungen an Mitarbeiter des Einsatzbetriebes.

Ist eine solche Eingliederung gewollt oder kann diese auf Grund des Projektes nicht vermieden werden, kommt lediglich ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag in Betracht.

### 2.2.2 Erfolg geschuldet?

Ist keine Eingliederung geplant, entscheidet sich der Vertragstypus danach, ob lediglich eine Leistungserbringung geschuldet werden soll oder ob auch ein bestimmter Leistungserfolg geschuldet ist. Ist z. B. lediglich eine Beratungs- oder Betreuungsleistung geschuldet, ist die richtige Vertragsform der Dienstvertrag. Ist dagegen z. B. mit der Softwareentwicklung auch die Lieferung eines bestimmten Erfolges (Produktes) gefordert, ist ein Werkvertrag abzuschließen.

# 3 Vertragsformen

# 3 Vertragsformen

## 3.1 Arbeitnehmerüberlassung

### 3.1.1 Überblick über die AÜG-Neuerungen

Zunächst ein Überblick über die praxisrelevantesten Neuerungen im AÜG sowie eine knappe Darstellung der wesentlichsten Rechtsfolgen (ergänzend hierzu wird auf die Ausführungen unter Kapitel 7 verwiesen).

Neuerungen	Rechtsfolge bei Verstoß für Verleiher	Rechtsfolgen bei Verstoß für Entleiher
<p>1) 18 Monate Höchstüberlassungsdauer (§ 1 I 4, Ib AÜG n. F.)</p> <p>Die vorhergehende Fassung des AÜG forderte, dass die Überlassung »vorübergehend« erfolge. Eine klare zeitliche Begrenzung fehlte. Als Rechtsfolge bei einem Verstoß kam nur ein Entzug der ANÜ-Erlaubnis des Verleihers in Betracht.</p> <p>Die neue Fassung begrenzt die Überlassungsdauer eines Arbeitnehmers an denselben Entleiher auf 18 Monate. Voreinsatzzeiten bei demselben Entleiher durch einen anderen Verleiher, die nicht länger als 3 Monate zurückliegen, werden angerechnet (»Verleiher-Rondell« ausgeschlossen, »Entleiher Rondell« bleibt möglich).</p> <p>Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden nicht berücksichtigt. Die Höchstüberlassungsdauer wird also frühestens mit Ablauf des 30. September 2018 erreicht.</p> <p>Tarifverträge der Einsatzbranche können die Höchstüberlassungsdauer unbegrenzt erhöhen oder verringern, solange eine bestimmte Höchstüberlassungsdauer festgelegt wird. Für Entleiher im Geltungsbereich eines Tarifvertrags der Einsatzbranche ist teilweise auch eine Übernahme oder sogar eigenständige Festlegung der Höchstüberlassungsdauer durch Betriebsvereinbarung möglich. In welchem Umfang hängt von Tarifbindung des Entleihers und Öffnungsklausel des Tarifvertrags ab.</p>	<p>Arbeitsvertrag Verleiher/Leiharbeitnehmer unwirksam (§ 9 I Nr. 1b AÜG n. F.)</p> <p>Versagung der ANÜ-Erlaubnis oder ihrer Verlängerung oder Widerruf droht (§ 3 I Nr. 1 AÜG n. F.)</p> <p>Ordnungswidrigkeit (§ 16 I Nr. 1e AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 30.000</p>	<p>Fiktion Arbeitsverhältnis Leiharbeitnehmer/Entleiher (§ 9 I Nr. 1b, 10 I AÜG n. F.)</p> <p>Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates zum Einsatz des Leiharbeitnehmers denkbar (§ 99 I, II Nr. 1 BetrVG)</p> <p>Keine Ordnungswidrigkeit für Entleiher nach Wortlaut und Gesetzesbegründung</p>

Neuerungen	Rechtsfolge bei Verstoß für Verleiher	Rechtsfolgen bei Verstoß für Entleiher
<p>2) Zwingendes Equal Pay (§ 8 I AÜG n. F.)</p> <p>Gegenüber der vorhergehenden Fassung wurden die in der Praxis ausgiebig genutzten Abweichungsmöglichkeiten von Equal Pay durch Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche eingeschränkt. Nur für die ersten 9 Monate ist eine Abweichung uneingeschränkt möglich.</p> <p>D. h. für die bisher durch abweichende Tarifverträge erfassten Arbeitnehmerüberlassungen greift ab 1. Januar 2018 zwingendes Equal Pay (9 Monate nach 1. April 2018).</p> <p>Sofortiges Equal Pay steht Leiharbeitnehmern zu, die innerhalb der letzten sechs Monate im Entleiherkonzern angestellt waren.</p>	<p>Vereinbarungen, die Leiharbeitnehmer schlechter stellen, sind unwirksam (§ 9 I Nr. 2 AÜG n. F.)</p> <p>Nachzahlung Lohndifferenz an Leiharbeitnehmer, Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, Säumniszuschläge und Zinsen</p> <p>Versagung der ANÜ-Erlaubnis oder ihrer Verlängerung oder Widerruf droht (§ 3 I Nr. 3 AÜG n. F.)</p> <p>Ordnungswidrigkeit (§ 16 I Nr. 7a, Nr. 7b AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 500.000</p>	<p>Haftung für Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e II SGB IV)</p>
<p>3) Kennzeichnungspflicht des Vertrages zwischen Verleiher und Entleiher als ANÜ Vertrag (§ 1 I 5 AÜG n. F.),</p> <p>Konkretisierung des Leiharbeitnehmers vor Überlassung (§ 1 I 6 AÜG n. F.).</p> <p>Bisher war es möglich, einen Vertrag als Werk- oder Dienstvertrag zu bezeichnen, und für den Fall einer Beurteilung als Arbeitnehmerüberlassung eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorzuhalten. Diese »Vorratserlaubnis« bzw. »Fallschirmlösung« verhindert nun nicht mehr die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses.</p> <p>Informationspflicht gegenüber Leiharbeitnehmer (§ 11 II 4 AÜG n. F.).</p> <p>Der Verleiher muss den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.</p>	<p>Arbeitsvertrag Verleiher/Leiharbeitnehmer unwirksam (§ 9 I Nr. 1a AÜG n. F.)</p> <p>Versagung der ANÜ-Erlaubnis oder ihrer Verlängerung oder Widerruf wegen Unzuverlässigkeit droht (§ 3 I Nr. 3 AÜG n. F.)</p> <p>Ordnungswidrigkeit bei fehlender Kennzeichnung oder Konkretisierung (§ 16 I Nr. 1c und Nr. 1d AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 30.000</p> <p>Ordnungswidrigkeit bei fehlender Information (§ 16 I Nr. 8 AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 1.000 bei fehlender Information des Leiharbeitnehmers</p>	<p>Fiktion Arbeitsverhältnis Leiharbeitnehmer/Entleiher bei fehlender Kennzeichnung und Konkretisierung (§ 9 I Nr. 1a, 10 I AÜG n. F.)</p> <p>Ordnungswidrigkeit bei fehlender Kennzeichnung oder Konkretisierung (§ 16 I Nr. 1c und Nr. 1d AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 30.000</p>

Neuerungen	Rechtsfolge bei Verstoß für Verleiher	Rechtsfolgen bei Verstoß für Entleiher
<p>4) Ketten-, Zwischen- Weiterverleihverbot (§ 1 I 3 AÜG n. F.)</p> <p>Ein Verleiher darf einen Leiharbeitnehmer nur überlassen, wenn zwischen beiden ein Arbeitsverhältnis besteht. Es ist daher nicht möglich, als Entleiher einen Leiharbeitnehmer an einen Unterentleiher weiter zu verleihen.</p>	<p>Arbeitsvertrag Erstverleiher/Leiharbeitnehmer unwirksam (§ 10a, § 9 I Nr. 1 - 1b, § 10 I AÜG n.F.)</p> <p>Versagung der ANÜ Erlaubnis oder ihrer Verlängerung oder Widerruf wegen Unzuverlässigkeit droht.</p>	<p>Fiktion Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und letztem Unterentleiher, bei welchem der tatsächliche Einsatz erfolgt (§ 10a, §§ 9 I Nr. 1 - 1b, § 10 AÜG n. F.)</p> <p>Versagung der ANÜ Erlaubnis (falls vorhanden) des Entleihers (= Unterverleihers) oder ihrer Verlängerung oder Widerruf droht</p> <p>Ordnungswidrigkeit sowohl für Entleiher als auch für Unterentleiher (§ 16 I Nr. 1b AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 30.000</p>
<p>5) Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern bei Streik (§ 11 V AÜG n. F.)</p> <p>Leiharbeitnehmer dürfen nicht eingesetzt werden, um durch streikende Arbeitnehmer verursachten Arbeitsausfall zu kompensieren.</p>		<p>Ordnungswidrigkeit (16 I Nr. 8a AÜG n. F.)</p> <p>Geldbuße bis EUR 500.000</p>
<p>6) Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten nach BetrVG, DrittbG, MitbestG (§ 14 II 4, 5 AÜG n. F.)</p> <p>Bei der Berechnung von Schwellenwerten zählen Leiharbeitnehmer mit.</p>		<p>Rechtsfolgen bei Missachtung ergeben sich aufgrund derjenigen Vorschrift, die aufgrund falscher Berechnung der Schwellenwerte missachtet wurde (z. B. Ordnungsgeld § 23 III BetrVG oder Geldbuße § 121 BetrVG).</p>
<p>7) Widerspruchsmöglichkeit des Leiharbeitnehmers gegen die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (Festhaltenserklärung) (§ 9 I Nr. 1, 1a, 1b, II AÜG n. F.)</p> <p>Bei Überlassung ohne Erlaubnis, Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer oder fehlender Kennzeichnung und Konkretisierung kann der Leiharbeitnehmer einmalig innerhalb eines Monats nach dem Verstoß die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher verhindern, indem er erklärt, an seinem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten zu wollen. Die Festhaltenserklärung muss persönlich bei der Agentur für Arbeit erfolgen. Wird der Verstoß hiernach fortgesetzt, ist eine erneute Festhaltenserklärung unwirksam. Vor einem Verstoß kann keine Festhaltenserklärung eingeholt werden.</p>	<p>Mit wirksamer Festhaltenserklärung bleibt das Arbeitsverhältnis zu dem Verleiher trotz Verstoß gegen die Erlaubnispflicht, die Höchstüberlassungsdauer und die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht bestehen.</p>	<p>Mit wirksamer Festhaltenserklärung tritt keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher ein.</p>

Tabelle 1: Überblick über die AÜG-Neuerungen

## 3.1.2 Vertragliche Gestaltung

### Allgemeiner Teil

Die mit der Reform gesetzlich neu kodifizierte Definition der Arbeitnehmerüberlassung lautet:

»Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.« (§ 111, 2 AÜG n.F.)

Damit weicht sie – anders als in der Gesetzesbegründung behauptet – von der vom Bundesarbeitsgericht (BAG) entwickelten Definition ab. Das BAG verlangte bisher, dass Leiharbeiter »voll« in den Betrieb des Verleihers eingegliedert sind und »allein« nach dessen Weisungen »und Interessen ausführen«.

Es bleibt abzuwarten, ob und wie sich dieser Unterschied auswirken wird.

Die zwei wesentlichen Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung bleiben jedoch nach wie vor:

1. Eingliederung der Arbeitnehmer des Verleihers in die Arbeitsorganisation des Entleihers und
  2. Weisungsunterworfenheit der Arbeitnehmer des Verleihers gegenüber dem Entleiher
- Inhalte im Vertrag Entleiher-Verleiher (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag)
    - Zwingend erforderlich ist nach dem neuen Gesetz die ausdrückliche Kennzeichnung des schriftlichen Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Dies gilt insbesondere auch für Altverträge, die vor dem 1. April 2017 geschlossen wurden. Der Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages muss die tatsächlich gelebte Arbeitnehmerüberlassung beschreiben und darf nicht faktisch z. B. einen Werkvertrag beschreiben. Andernfalls drohen auch hier die Folgen wie in 3) der Übersicht im Abschnitt 3.1.1. beschrieben.
    - Es bleibt weiterhin möglich, die Arbeitnehmerüberlassungsverträge als Rahmenüberlassungsverträge über ein Arbeitskräftekontingent auszugestalten. Jedoch muss dann die namentliche Konkretisierung rechtzeitig vor jeder Einzelüberlassung erfolgen. Es spricht einiges dagegen, dass neben dem Rahmenüberlassungsvertrag auch die Konkretisierung schriftlich erfolgen muss. Praxisfreundlich schließt sich dem die Bundesagentur für Arbeit in ihren fachlichen Weisungen an. Die Konkretisierung soll nach der Agentur für Arbeit dann nicht dem Schriftformerfordernis unterliegen, wenn der Leiharbeiter erst im Zuge der Erfüllung des Überlassungsvertrags durch den Verleiher unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag namentlich benannt wird. Explizit wird hier der Fall aufgeführt, dass der Überlassungsvertrag als Rahmenvertrag über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet ist. Es sei allerdings ein geeigneter Nachweis über die Konkretisierung z. B. in Textform zu den Geschäftsunterlagen zu nehmen und aufzubewahren. Der Textform genügt z. B. eine Kommunikation per E-Mail.

- Wie nach bisheriger Rechtslage auch, ist es darüber hinaus sinnvoll, Position, Berichtsweg beim Entleiher (insbesondere bei hochqualifizierten Leiharbeitnehmern), Einsatzort, Aufgaben und Verantwortungsbereiche, Anforderungen und Qualifikationen etc. hinsichtlich der Leiharbeitnehmer festzulegen. Außerdem bleiben Regelungen zu folgenden Inhalten nach wie vor sinnvoll: Vorlage- und Informationspflichten über die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (als Anlage beifügen), für den Fall, dass diese widerrufen oder nicht verlängert wird; Haftungsverteilung; Leistungsstörungen; Laufzeit und Kündigung; Modalitäten eventueller Übernahme des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher; und Übertragung von geistigem Eigentum (§ 11 VII AÜG n. F.).
- Befristungsgrund: Sofern der Arbeitskräftebedarf beim Entleiher wegen eines sachlich rechtfertigenden Grundes i. S. v. § 14 I TzBfG (z. B. Projektbefristung, Vertretung eines Arbeitnehmers o. ä.) nur befristet besteht, sollte dieser sachlich rechtfertigende Grund in dem Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher oder separat dokumentiert werden. Denn im Falle eines unbeabsichtigten Verstoßes gegen Bestimmungen des AÜG würde in diesem Fall nur ein befristetes Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert (§ 10 I 2 AÜG n. F.).
- Optimierung des Vertragsmanagements: Es sollte sichergestellt werden, dass ordnungsgemäßer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (bzw. Rahmenüberlassungsvertrag und Einzelüberlassungsvertrag) vor dem Einsatz des Leiharbeitnehmers unterzeichnet werden.

#### Besondere Praxishinweise für Entleiher

- Es ist ratsam, vertragliche Zusicherung und Nachweis des Verleihers einzufordern, dass Equal Pay und Unterverleihverbot befolgt werden. D. h. konkret soll man die Vorlage eines Abrechnungsnachweises und des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer verlangen.
- Es sollten Möglichkeiten geprüft werden, bei den nächsten Tarifvertragsverhandlungen des Entleihers bzw. der Entleiherbranche eine Erhöhung der Höchstüberlassungsdauer in den Tarifvertrag aufzunehmen.

#### Besondere Praxishinweise für Verleiher

- Abweichungsmöglichkeit von Equal Pay durch Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche  

Es sollte geprüft werden, ob Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche anwendbar sind, die zeitweise Abweichung von Equal Pay erlauben. Des Weiteren sollten Möglichkeiten geprüft werden, auf ggf. erforderliche Anpassungen der Tarifvertragsregelungen zur Abweichung von Equal Pay bei den nächsten Tarifvertragsverhandlungen hinzuwirken.
- Inhalte im Vertrag Verleiher - Leiharbeitnehmer
  - Wie nach bisheriger Rechtslage, ist in dem Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer auch ausdrücklich zu regeln, dass ein Einsatz des Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer bei einem Dritten möglich ist.
  - Neben den in Arbeitsverträgen üblichen Regelungen sollte Folgendes zusätzlich vereinbart werden: die Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen des Entleihers, die

Pflicht zur Übersendung von Tätigkeitsnachweisen des Leiharbeitnehmers mit Bestätigung des Entleiher, sowie ggf. Befristung mit Möglichkeit ordentlicher Kündigung.

- Equal Pay Grundsatz
  - Bisher wurde in der Praxis vielfach versucht, dauerhaft von dem Equal Pay Grundsatz mittels Tarifvertrag (und ggf. Bezugnahmeklausel in Arbeitsverträgen hierauf) abzuweichen. Aufgrund der Einführung des § 8 IV AÜG n. F. wird dieser Grundsatz nun regelmäßig nach Ablauf der 9 Monate, d. h. ab 1. Januar 2018 zwingend Bedeutung erlangen (ggf. auch erst nach 15 Monaten ab 1. Juli 2018). Für den Verleiher ist es daher wichtig, zu erkennen, dass er sämtliche Arbeitsbedingungen und Leistungen welche der Entleiher an eigene Mitarbeiter erbringt, ab diesem Zeitpunkt auch seinen bei dem entsprechenden Entleiher eingesetzten Leiharbeitnehmern gewähren muss. Berücksichtigt werden muss dabei etwa das Jahreszieleinkommen, variable Vergütungsbestandteile, Firmenwagen, Sachleistungen, Sonderzuwendungen wie Weihnachtsgeld, aber auch Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung. Grundsätzlich besteht bei Sachbezügen die Möglichkeit, an Stelle dieser einen Wertausgleich in Euro zu gewähren (§ 8 I 3 AÜG n. F.).
  - Zur Bestimmung der zu gewährenden wesentlichen Arbeitsbedingungen sollten die wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleiherbetrieb im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher festgehalten werden. Auch eine Probeabrechnung für einen vergleichbaren Arbeitnehmer durch den Entleiher kann hier sinnvoll sein. Insbesondere kann der Verleiher hiermit im Falle einer Regelüberprüfung durch die Agentur für Arbeit seine Zuverlässigkeit dokumentieren

### 3.1.3 Umsetzungshilfe (Checklisten)

#### Allgemeiner Teil

- Man soll den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausdrücklich als solchen bezeichnen und dessen Inhalt nicht einem anderen Vertragstyp (z. B. Dienst- oder Werkvertrag) annähern. Altverträge müssen ebenfalls entsprechend angepasst werden.
- Ein Befristungsgrund – falls vorhanden – soll im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag oder separat dokumentiert werden.
- Eine namentliche Konkretisierung der Leiharbeitnehmer sollte vor jeder Überlassung (grundsätzlich in Schriftform) vorgenommen werden.
- Ein kontinuierliches Vertragsmonitoring ist empfehlenswert. Dabei wären
  - die tatsächliche Einsatzdauer bei den einzelnen Entleihern genau zu überwachen;
  - die tatsächlich gewährten Arbeitsbedingungen (insbesondere Vergütung) der Leiharbeitnehmer zu prüfen und kontinuierlich zu überwachen (Equal Pay);
  - ein gemeinsames Kontrollsystem und Reaktionsschema von Verleiher und Entleiher für den Fall von Gesetzesverstößen zu entwickeln.

- Alle existierenden Vertragsverhältnisse zu externen Dienstleistern (insbesondere Dienst- und Werkverträge) sollten daraufhin überprüft werden, ob nicht tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Diese Prüfung schließt sowohl die Vertragsinhalte aber insbesondere auch die tatsächliche Umsetzung ein. Zudem sollen Sachverhalte, bei denen bisher auf »Fallschirm-lösung« vertraut wurde, identifiziert und die Risiken bewertet werden. Insbesondere all jene Vertragsverhältnisse sollten einer Prüfung unterzogen werden, bei denen Arbeitnehmer des Dienstleisters häufiger in den Betrieb des Auftraggebers »entsandt« werden.
- Es ist ratsam, kurzfristig Hilfestellung für Leiharbeitnehmer bereitzuhalten, falls eine »Festhaltenserklärung« erforderlich wird.

#### Besondere Praxishinweise für Entleiher

- Es ist wichtig, eine Neuberechnung der Schwellenwerte nach BetrVG, DrittbG, MitbestG vorzunehmen. Insbesondere sollen Größe des Betriebsrates, Zahl der Freistellungen, bestehen von Beteiligungsrechten unter Hinzuzählung der Leiharbeitnehmer ermittelt werden. Überdies muss neu beurteilt werden, ob unter Berücksichtigung aller Leiharbeitnehmer mit längerer Einsatzdauer als 6 Monate, die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrates erforderlich ist.
- Führungskräfte sollen darüber geschult werden, bei welchen Arbeitskräften es sich um Leiharbeitnehmer und bei welchen um Freelancer handelt und welche im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen mit Dritten eingesetzt sind. Die Schulung der Führungskräfte soll sich darauf konzentrieren, worauf bei den jeweiligen Arbeitskräften zu achten ist, d. h.
  - bei Leiharbeitnehmern: Höchstsüberlassungsdauer beachten
  - bei Freelancern und sonstigen externen Arbeitskräften: Keine arbeitsvertraglichen Weisungen erteilen (bzgl. Arbeitszeit, -inhalt, -ort, -dauer, Urlaubsgenehmigung etc.), keine Eingliederung in Betrieb d. h. größtmögliche Trennung zwischen eigenen und fremden Arbeitskräften (insbes. kein eigenes Büro, keine Leistungen/Vergünstigungen, keine Nutzung von Betriebsmitteln etc.).
- Der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Gegenmaßnahme zu Streiks muss aus dem Repertoire gestrichen werden. Ein Einsatz von Leiharbeitnehmern ist nur im Rahmen von § 1 III AÜG n. F. möglich, d. h. insbesondere innerhalb des Konzerns.
- In Bezug auf Kettenverleihverbot muss beachtet werden, dass nur der Entleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag den Leiharbeitnehmer auch tatsächlich einsetzt. Ausnahmen gelten soweit das AÜG gemäß § 1 III AÜG n. F. keine Anwendung findet (z. B. Konzernprivileg); in diesem Rahmen ist Kettenverleih zulässig.
- Es soll angestrebt werden, die Höchstüberlassungsdauer im Tarifvertrag des Entleihers bzw. der Entleiherbranche zu erhöhen.

#### Besondere Praxishinweise für Verleiher

- Es ist ratsam, eine Probeabrechnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihbetriebs vom Entleiher erstellen zu lassen.

- Es sollte eine Klausel in den Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer aufgenommen werden, dass ein Einsatz als Leiharbeitnehmer möglich ist.
- Man soll anwendbare Tarifverträge bzgl. Equal Pay prüfen und ggf. auf deren Anpassung hinwirken.
- In den Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer soll eine Klausel auf den Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche Bezug nehmen, um vom Equal Pay Grundsatz wenigstens für 9 Monate abweichen zu können.
- Leiharbeitnehmer müssen vor jeder Überlassung informiert werden, dass sie als Leiharbeitnehmer tätig werden (§ 11 II 4 AÜG n.F.).
- Leiharbeitnehmer sollen darüber geschult werden, von wem sie Weisungen bzgl. Ort, Zeit, Dauer, etc. der Arbeitsleistung entgegennehmen dürfen, und bei wem sie Urlaub zu beantragen haben usw.

## 3.2 Werkverträge

### 3.2.1 Vertragliche Gestaltung

#### Allgemeiner Teil

- Rechtliche Grundlagen
  - Bei einem Werkvertrag verpflichten sich eine Vertragspartei zur Herstellung eines Werkes und die andere Vertragspartei zur Zahlung einer Vergütung. Geregelt ist der Werkvertrag in den §§ 631 ff. BGB.
  - Das Werk kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. In Abgrenzung zum Dienstvertrag wird folglich nicht nur die Tätigkeit als solche geschuldet, sondern der vereinbarte Erfolg. Ist der nicht hinreichend definiert, scheidet die Einstufung als Werkvertrag!
  - Zu beachten ist, dass auf Verträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, die kaufrechtlichen Regelungen Anwendung finden, sog. Werklieferungsverträge. Die Auswirkungen sind gravierend, beim Kauf gibt es keine Abnahme! Im Bereich der IT wird diese Regelung durch die Rechtsprechung jedoch nur selten angewendet.
- Vertragsgegenstand
  - Eine Vielzahl von Sachverhalten kann durch Werkverträge gestaltet werden. Gesetzlich vorgegeben ist nur, dass der Auftragnehmer das Ergebnis seiner Tätigkeit, also den Erfolg schuldet. Der Konkretisierung des Erfolgs kommt besondere Bedeutung für die Abnahme zu und ob das Werk mangelfrei erbracht ist. Insbesondere bei aufwändigen Werken werden

Leistungsbeschreibungen oder Leistungsverzeichnisse bzw. Pflichten-/Lastenhefte vereinbart.

- Typische »Werke« beim IT-Sourcing sind technische Analysen und Konzepte, Spezifikationen wie Lasten- und Pflichtenheft, die Erstellung von Software oder die Entwicklung von Hardware.
- Reine Betreuung oder Beratung ohne abgrenzbares Ergebnis lassen sich indes nicht als »Werk« vereinbaren. Projektmanagement, Projektsteuerung oder Qualitätssicherung lassen sich daher nicht mit einem Werkvertrag einkaufen.
- Bei der Vertragsgestaltung sind z. B. Rahmenverträge denkbar, unter denen mehrere Einzelverträge abgeschlossen werden. Zudem können Teilerfolge vereinbart werden. Es bietet sich an, bei umfangreichen Projekten oder wenn das Endprodukt noch nicht genau feststeht, den Gesamterfolg in mehrere Zwischenschritte aufzuteilen. Dadurch sind auch gestaffelte Abnahmen realisierbar. Möglich ist auch, dass mehrere Unternehmer parallel und unabhängig voneinander an der Projektdurchführung beteiligt sind und dabei jeweils Teilerfolge vereinbart oder von einem Auftragnehmer weitere Subunternehmer zur Vertragserfüllung eingesetzt werden.
- Der Auftragnehmer wird zur Erfüllung des Vertrages in den meisten Fällen Erfüllungsgehilfen einsetzen. Dies umfasst häufig eigene Arbeitnehmer und/oder Subunternehmer. Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung wählt ausschließlich der Auftragnehmer die Erfüllungsgehilfen aus und entscheidet über die Anforderungen und Qualifikationen. Der Vertrag sollte eine entsprechende Regelung enthalten, nach der deutlich wird, dass der Einsatz und die Auswahl von Erfüllungsgehilfen im Ermessen des Auftragnehmers stehen. In Bezug auf den Einsatz von Subunternehmern empfiehlt sich eine ausdrückliche Vereinbarung, nach der der Auftraggeber dem Einsatz zustimmt.
- Mitwirkungspflichten des Einkäufers/Auftraggebers
  - Bei der Umsetzung bedarf es häufig der Unterstützung durch den Auftraggeber. Als Mitwirkungshandlungen kommen bspw. die Bereitstellung und Übermittlung von Informationen über die betrieblichen/organisatorischen Erfordernisse, die vorhandenen Strukturen, die Systemumgebung, Schnittstellen und Geschäftsprozesse, der Zugang zu den Räumlichkeiten und der IT-Infrastruktur sowie die Unterstützung bei Testdurchläufen in Betracht.
  - Bei der Vertragsgestaltung ist darauf zu achten, dass konkrete Aktivitäten verbunden mit dem jeweiligen Zeitpunkt vereinbart werden. Dieser Aspekt gewinnt auch vor dem Hintergrund von zeitlichen Verzögerungen und Vertragsstrafen an Bedeutung. Die vertragsgemäße Leistung des Auftragnehmers hängt häufig von der Erfüllung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers ab. Kann ein Termin seitens des Auftragnehmers nicht eingehalten werden, weil der Auftraggeber die notwendige Mitwirkungshandlung nicht erbracht hat, sind auch die diesbezüglichen Konsequenzen wie z. B. eine Hinweispflicht des Auftragnehmers und eine angemessene Verlängerung des Zeit- und Fristenplans zu regeln. Dies bezieht sich ebenso auf den Fall, dass die Mitwirkungshandlung vollständig ausbleibt. Scheitert der Vertrag, dann ist

eine Regelung zur Vergütung und Entschädigung des Auftragnehmers sinnvoll.

- Change Management
  - Da der Werkvertrag häufig längerfristig angelegt ist, erfordern die entstehenden tatsächlichen Umstände nicht selten nachträgliche Vertragsanpassungen. Der Auftraggeber kann nach Vertragsschluss Anweisungen erteilen. Entfernen diese sich aber vom festgelegten Erfolg, erfordert dies eine Vertragsergänzung.
  - Die Parteien können und sollten bereits im Vertrag eine Handlungsanweisung treffen, wie mit Änderungssituationen umzugehen ist. Rein organisatorisch betrifft dies z. B. die Vereinbarung, dass Änderungsanfragen zu Dokumentations- und Nachweiszwecken schriftlich erfolgen. Änderungen haben häufig Auswirkungen auf den Aufwand, die Umsetzung und auf vereinbarte Termine. Der Auftragnehmer muss zuerst überprüfen, ob sich die Änderungen mit den ursprünglichen Leistungen in Einklang bringen lassen und den Mehraufwand ermitteln. Für die Zeit während der Prüfung der Änderungen sollte festgelegt werden, wie und ob das Projekt in der Zwischenzeit weiterläuft. Für den Prüfungsaufwand selbst kann ggf. erheblicher Mehraufwand entstehen, der eine zusätzliche Vergütung auslöst. Dabei ist zu empfehlen, den Aufwand für die nachträglichen Änderungen zu dokumentieren. Die Handlungsanweisung kann für diesen ersten Schritt z. B. die Zustimmung des Auftraggebers und Fristen für die Reaktionen der Beteiligten vorsehen.
- Möglichkeiten zur Termin- und Qualitätssicherung
  - Eine Termin- und Qualitätssicherung erfolgt durch Antizipieren von Risiken und durch präzise Ermittlung von:
    - Projektzielen und des Leistungsumfangs sowie die vorausschauende Bestimmung der Konditionen;
    - der Leistungs- und Mitwirkungspflichten;
    - der zeitlichen Struktur des Projekts, seiner Meilensteine und Synchronisationspunkte zwischen Teilprojekten;
    - des Ressourcenbedarfs;
    - der Projektrisiken und Gegenmaßnahmen.
  - Absicherungsmechanismen können die Untergliederung des Projekts in Teilprojekte oder die Definition von Meilensteinen/Projektphasen verbunden mit Zwischenabnahmen sein. In diesem Fall können Mängel oder Abweichungen der unterschiedlichen Vorstellungen gerade bei komplexen Vertragsgegenständen frühzeitig erkannt und diesen möglicherweise abgeholfen werden.
  - Die Terminsicherung kann auch durch Androhungen von Vertragsstrafen oder pauschalierte Schadensersatzansprüche erreicht werden. Ist eine solche Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelt, sind die strengen gesetzlichen Vorgaben insbesondere hinsichtlich der Höhe der Strafe bzw. des Schadensersatzes zu prüfen und zu beachten.

- Weisungsfreiheit / Einsatz von Erfüllungsgehilfen
  - Der Auftragnehmer handelt unternehmerisch selbstständig und trägt die Gesamtverantwortung für die Durchführung des Vertrags. Er unterliegt nicht den Weisungen des Auftraggebers. Die Organisation der Erfüllung seiner Verpflichtungen erfolgt auf eigenes Risiko.
  - Dies umfasst insbesondere auch die Entscheidung, mit wie vielen Erfüllungsgehilfen und mit welchem Zeitaufwand das Werk hergestellt wird. Im Hinblick auf den Einsatz von Erfüllungsgehilfen im Betrieb des Auftraggebers und dem Risiko einer verdeckten illegalen Arbeitnehmerüberlassung ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Erfüllungsgehilfen nicht in dessen Betrieb eingegliedert werden und nur der Auftragnehmer berechtigt ist, seinen Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen. Letzteres bezieht sich auf Weisungen, die die Art und Weise der Arbeitsleistung (Inhalt, Zeit, Ort, Tempo, Ausführung) betreffen, also den Gegenstand der Leistung bestimmen. Davon zu unterscheiden sind werkbezogene Anweisungen des Auftraggebers im Sinne des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB, die sich z. B. auf bestimmte Fertigungsmethoden, Qualitätsanforderungen, Reihenfolge oder Stückzahl beziehen. Solche Anweisungen indizieren keine Arbeitnehmerüberlassung. Da die Abgrenzung zwischen Weisungen und Anweisungen aber schwierig ist, sollte die Zusammenarbeit ausdrücklich vertraglich geregelt werden. Empfehlenswert ist die Festlegung von Ansprechpartnern, über die die Kommunikation ausschließlich ablaufen sollte.
- Vergütung
  - Vertraglich können die Parteien verschiedene Möglichkeiten der Vergütung vereinbaren. Es kommen Pauschalsummen oder Berechnungen nach Einheitspreisen oder Stundenlohnsätzen des Auftragnehmers in Betracht. Ferner gibt es Vergütungsmodelle, die auf die Komplexität der Leistung oder den Aufwand mit Zahlung nach Projektfortschritt oder Meilensteinen abstellen.
  - Mit der Abnahme oder mit der Vollendung des Werks wird die Vergütungsforderung des Auftragnehmers fällig. Anderes gilt nur, wenn der Auftraggeber sich grundlos weigert, in notwendiger Weise mitzuwirken oder das Werk abzunehmen. Werden Teilabnahmen vereinbart, wird die Teilvergütung entsprechend der Abnahme der einzelnen Teile fällig. Möglich sind auch Abschlagszahlungen für teilweise erbrachte Leistungen, die zu einem Wertzuwachs bei dem Auftragnehmer führen und selbstständig abrechenbar sind oder Vorauszahlungen.
  - Buchhalterisch hat ein langlaufender Werkvertrag einen Nachteil: Alle bis zur Abnahme geleisteten Zahlungen dürfen nur als Vorauszahlung mit (bei Jahreswechsel) korrespondierender Drohverlustrückstellung bei Nichtabnahme verbucht werden. Eine Buchung der Zahlungseingänge als »Umsatz« ist erst nach der Abnahme zulässig.
- Abnahme
  - Gemäß § 641 Abs. 1 BGB ist die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers an die Abnahme des Werkes durch den Auftraggeber geknüpft. Unter Abnahme versteht man die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß. Die Abnahmekriterien sollten bereits vertraglich festgehalten werden. Dies betrifft insbesondere Vereinbarungen zu dem

Testsystem, den Testdaten und Testfällen, der Inbetriebnahme und zur unterbrechungsfreien Erprobung ohne Mängel und Nachbesserungen.

- Bei einer Teilabnahme entfällt die Verpflichtung zur Zahlung einer Teilvergütung, wenn die Vergütung nur für das Gesamtwerk vereinbart worden ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Im Übrigen steht es der Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB gleich, wenn der Auftraggeber das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Werkunternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Abnahme gemäß § 644 BGB die Gefahrtragung verändert, die Ansprüche wegen Mängel abschneidet, die Vergütung fällig werden lässt (§ 641 BGB) und die Verjährungsfrist nach § 634 a BGB auslöst.
- Haftung
  - Nach der Abnahme des IT-Projektes greifen die Gewährleistungsrechte, sodass der Auftragnehmer bei Mängeln zunächst gemäß § 635 BGB »nacherfüllen« muss. D. h. er ist verpflichtet, die vereinbarte Leistung nunmehr wie geschuldet zu erbringen, also zum Beispiel den Softwarefehler zu beheben. Der Auftraggeber hat zudem Minderungsansprüche und ist daher berechtigt, die vereinbarte Vergütungszahlung zu reduzieren oder Geld zurückzufordern. Der Auftraggeber kann des Weiteren von einem IT-Projekt, das aufgrund einer oder mehrerer Pflichtverletzungen des Auftragnehmers schief läuft, zurücktreten.
  - Vor der Abnahme richtet sich der Rücktritt nach §§ 631, 323, 346 BGB, nach der Abnahme nach §§ 631, 634, 323, 346 BGB. Tritt der Auftraggeber zurück, wird er zusätzlich neben den Rückzahlungsansprüchen auch Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB fordern, was bei guter Dokumentation der ihm entstandenen Aufwände zu hohen Finanzbeträgen führen kann. Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber kommen insbesondere bei Verletzung der Mitwirkungspflichten in Betracht.
  - Während dem Auftragnehmer im Werkvertragsrecht kein Recht zur ordentlichen Kündigung des IT-Projektes zusteht, kann der Auftraggeber ein werkvertraglich gestaltetes IT-Projekt gemäß § 649 Satz 1 BGB jederzeit kündigen. Dies gilt auch bei der Nichteinhaltung von Terminen. Allerdings ist zu beachten, dass der Auftragnehmer dann gemäß § 649 Satz 2 BGB Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich dessen hat, was er sich infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Der Auftraggeber ist zudem berechtigt, das IT-Projekt außerordentlich zu kündigen.
  - Die Vertragsparteien können die Haftung im Rahmen eines IT-Projektes unter anderem auf Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit, Arglist, Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz beschränken. Die Haftung kann auch reduziert werden, indem vertragliche Mitwirkungspflichten und Verantwortungsbereiche des Auftraggebers festgelegt werden. Ein vollständiger Haftungsausschluss kann dagegen nicht wirksam vereinbart werden.

### Besondere Praxishinweise für den Einkauf/Auftraggeber

- Konkrete Festlegung des Vertragsgegenstands
  - Die Bezeichnung als »Werkvertrag« oder das Umreißen des geschuldeten Werks mit wenigen Stichworten nutzt nichts. Nur wenn die geforderten Eigenschaften des Werks genau beschrieben sind, kann eine detaillierte Abnahmeprüfung stattfinden. Sonst muss der Besteller ein Werk »mittlerer Art und Güte« abnehmen und vergüten, auch wenn es seine – leider nicht ausformulierten – Anforderungen verfehlt.
  - Bei der Entwicklung von Hardware oder Software muss der Besteller nicht die technische Umsetzung vorgeben! Die obliegt dem Hersteller, der meist größere Sachkunde hat. Deshalb sollte der Besteller sich auf die Vorgabe funktionaler Anforderungen beschränken. Die können aber nie detailliert genug sein!
  - Eine gute Spezifikation ist Grundvoraussetzung für einen echten Werkvertrag, zum Beispiel zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen. Der Besteller kann dadurch mehrere qualitativ hochwertige Angebote von verschiedenen Lieferanten erhalten. Freihändige Vergaben sollen nach Möglichkeit vermieden werden.
- Abnahmebedingungen bei Vertragsschluss
  - Der Lieferant versucht naturgemäß, die Abnahme so leicht wie möglich zu erhalten. Die erstmalige Festlegung oder nachträgliche Änderung der Abnahmebedingungen stellt eine Vertragsänderung dar. Die ist nach Unterschrift des Vertrages nur schwer zu erlangen.
  - Der Besteller sollte daher bereits im Vertrag (typischerweise in einer Anlage) die Abnahmebedingungen genau festlegen. Das geschieht meist in einem Prüfkatalog von zahlreichen Kriterien.
- Regelungen zur praktischen Zusammenarbeit
  - Es sollte einen »Single Point of Contact« auf beiden Seiten vereinbart werden. Sonst könnte es vorkommen, dass der Besteller mit unterschiedlichen Mitarbeitern des Lieferanten Änderungen bespricht, die der Besteller letztlich gar nicht benötigt oder bezahlen will.
  - Es sollte strategisch überlegt werden, welche Nicht-Kernkompetenzen von Lieferanten zu beziehen wären. Die Bedarfe sollten nach Möglichkeit gebündelt werden, um z. B. die unternehmerischen Freiheiten zu erhöhen und interne Leistungen schärfer abgrenzen zu können.
  - Dem Auftragnehmer sollten so wenig wie möglich Betriebsmittel für die Erstellung seines Werkes überlassen werden, z. B. Notebooks / PCs, Softwaretools, Testgeräte, Drucker, Schreibtisch.
  - Es sollte dafür gesorgt werden, dass der Auftragnehmer von der Auftraggeber-Abteilung zumindest räumlich getrennt arbeitet. Je größer der Anteil der Leistung ist, die der Auftragnehmer in seinen eigenen Räumlichkeiten erbringt, desto besser. Aus Gründen der Verbindlichkeit und zur Kalkulation der Kosten empfiehlt es sich, diese Bedingungen vorab in der Spezifikation bzw. im Lastenheft festzulegen.

- Zudem sollte sichergestellt werden, dass ein Lieferverzug, den der Auftragnehmer zu vertreten hat, auch die vertraglich festgelegten Pönale bzw. Vertragsstrafen nach sich zieht und das Werk an dieser Stelle nicht aufgeweicht wird.

#### Besondere Praxishinweise für den Vertrieb/Auftragnehmer

- Konkrete Festlegung des Vertragsgegenstands, ggfs. Teilerfolge
  - Der Vertrieb sollte die Definition des Werks nicht dem Besteller überlassen, sondern selbst geeignete Vorschläge unterbreiten. Sind die Vorschläge des Bestellers zu vage, droht später Streit über die Auslegung der Anforderungen. Die Konkretisierung kann durch weitere Anlagen zum Vertrag erfolgen.
- Vertragliche Gestaltung der Arbeitsabläufe
  - Kommunikationswege: Es ist ratsam, einen Single Point of Contact auf beiden Seiten zu vereinbaren und Eskalationsmechanismen festzulegen.
  - Weisungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer dürfen keinesfalls disziplinarischer Art sein, sondern nur fachlicher Art.

### 3.2.2 Umsetzungshilfe (Checklisten)

#### Allgemeiner Teil

- Trennscharfe, abnahmefähige Beschreibung des Werks
- Prüfbare, ausreichend genaue Abnahmebedingungen
- Durchführung des Werkvertrages
  - Bei der Durchführung des Werkvertrags ist auf die Arbeitsabläufe besonders zu achten, wenn Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers im Betrieb des Bestellers tätig werden. Gerade bei längerfristigen Vertragsbeziehungen sollten Maßnahmen ergriffen werden, um eine äußere Unterscheidbarkeit von Arbeitnehmern des Auftraggebers und Arbeitnehmern des Auftragnehmers zu gewährleisten. Folgende Kriterien können dabei von Bedeutung sein:
    - Kleidung
    - Eigene E-Mail Adressen
    - Eigenes Büro
    - Eigene Betriebsmittel
  - Die Personalhoheit liegt beim Werkunternehmer, d. h. der Einkäufer verfügt über kein Weisungsrecht. Die Personalhoheit des Auftragnehmers umfasst folgende Aspekte:
    - Entscheidung über Einsatz und Anzahl der Mitarbeiter
    - Ansprechpartner
    - Arbeitszeiten, Überstunden
    - Urlaubsgewährung und Abmeldung bei Krankheit

- Weicht die Vertragsdurchführung von dem ursprünglich Vereinbarten ab, dann kann dies dazu führen, dass eine andere rechtliche Einordnung erfolgt. Dabei sind einzelne Vorgänge nur dann zur Einordnung des Vertragsinhalts geeignet, wenn es sich nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Zudem muss die abweichende Vertragspraxis den Vertragspartnern bekannt gewesen und von ihnen zumindest geduldet worden sein.

#### Besondere Praxishinweise für den Einkauf/Auftraggeber

- Personal- und arbeitsbezogene Weisungen seitens des Auftraggebers an den Auftragnehmer sollten vermieden werden. Bei personalbezogenen Weisungen (Arbeitszeit, Urlaub, letzte Details zur Umsetzung) droht Uminterpretation des Vertragsverhältnisses in Arbeitnehmerüberlassung.
- Die Kommunikation soll ausschließlich über die vereinbarte Kontaktperson des Werkunternehmers erfolgen.
- Zur gegenseitigen Einhaltung der o. g. Regeln sollen interne Kunden geschult und Lieferanten verpflichtet werden. Es empfiehlt sich außerdem stichprobenweise Audits über die gelebte Praxis durchzuführen, insbesondere dann, wenn die Leistung größtenteils auf dem Werksgelände des Auftraggebers erbracht wird.
- Bei werkändernden Weisungen sollte sichergestellt werden, dass diese in einem schriftlichen Change Request Prozess dokumentiert und wirksam vereinbart werden. Es sollte zudem geprüft werden, ob der Änderungsauftrag (»Change Request«) kostenneutral oder kostenpflichtig ist. Ebenfalls zu prüfen ist, ob der Änderung nicht ein Mangel in der Ausführung zugrunde liegt. Sollte dies zutreffen, wäre die Änderung als Mangelbehebung geltend zu machen.
- Je länger das Projekt dauert, umso wichtiger wird Projektmanagement auch auf Seiten des Bestellers. Da hilft es nicht, das Projektmanagement mit zur Beschreibung des geschuldeten Werks zu nehmen. Ein Teil dieser Aufgabe verbleibt immer beim Besteller, wenn der Wert auf Fertigstellung des Projektes »on time, in quality and budget« legt.
- Stets bedarf es einer Projektüberwachung durch den Besteller. Je früher Abweichungen erkannt werden, desto eher gelingt noch die Anpassung. Werden Abweichungen erst nach 70% der Projektlaufzeit erkannt, ist es in aller Regel viel zu spät oder zu teuer, um noch gegenzusteuern. Sinnvoll ist es daher mit dem Auftragnehmer eine Vereinbarung zu treffen, dass dieser unverzüglich schriftlich anmeldet, sobald das Projekt nach seiner Einschätzung nicht rechtzeitig oder in der geforderten Güte fertiggestellt werden wird.
- Schließlich sollte es im Unternehmen prozessual sichergestellt werden, dass ohne unterschriebenes Abnahmeprotokoll keine Zahlung erfolgt.

### Besondere Praxishinweise für den Vertrieb/Auftragnehmer

- Strikte Einhaltung von Change Management
  - Eine Einordnung des Änderungsauftrags (»Change Request«) als Mangel sollte vermieden werden. Der Besteller rügt oft Änderungswünsche als »Mangel«. Das erfordert Überzeugungs- und Erziehungsarbeit seitens der Auftragnehmer.
  - Ohne genaue Beschreibung des Werkes (s. o.) lässt sich kaum argumentieren, ob ein Änderungswunsch vorliegt oder nicht. Jeder Änderungswunsch ist die Beschreibung eines Werkes und muss genau so exakt beschrieben und dokumentiert werden wie im ursprünglichen Vertrag.
  - Die meisten Verträge enthalten eine Schriftformklausel. Dann nützt es nichts, Änderungswünsche per Mail abzustimmen! Letztlich muss ein Änderungsauftrag auf Papier unterschrieben werden.
- Mit Blick auf Kommunikationswege ist es empfehlenswert, nur über den vereinbarten Single Point of Contact zu kommunizieren.

## 3.3 Dienstverträge

### 3.3.1 Vertragliche Gestaltung

#### Allgemeiner Teil

- Definition eines Dienstvertrages

Der Dienstvertrag ist entsprechend der in § 611 Abs. 1 BGB getroffenen Regelung ein auf den Austausch von Dienstleistung und Vergütung gerichteter schuldrechtlicher Vertrag. Im Rahmen des Dienstvertrages ist in Abgrenzung zum Werkvertrag nicht ein konkretes Werk, sondern ein Bemühen geschuldet. Der Dienstleister erbringt Dienste für einen Auftraggeber unter eigener Verantwortung. Diese erstreckt sich insbesondere auf die Organisation, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeitsausübung. In der Regel handelt es sich dabei um Dienste mit hoher Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit. Die Dienstleistung kann durch Erfüllungsgehilfen des Dienstleisters im Sinne des § 278 BGB erbracht werden. Diese eingesetzten Erfüllungsgehilfen unterliegen in Ausübung ihrer Tätigkeit allein den Weisungen des Dienstleisters.

- Konkretisierungs- und Kennzeichnungspflicht zur Abgrenzung einer Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 5 und Abs. 6 AÜG

Eine übersichtsartige Darstellung zur Konkretisierungs- und Kennzeichnungspflicht finden Sie unter Abschnitt 3.1.1. sowie weitere Ausführungen unter Abschnitt 3.1.2.

- Notwendigkeit einer abgrenzbaren Dienstleistungsbeschreibung zur Vermeidung von Arbeitnehmerüberlassungsindizien

Zur Klarstellung des intendierten Dienstverhältnisses ist die konkrete Beschreibung der ver-

einbarten Dienstleistung durch die Parteien notwendig. Fehlt es an einer konkreten Tätigkeit des Dienstleisters, die sich erkennbar von der Tätigkeit der weisungsgebundenen Arbeitnehmer abgrenzen lässt, liegen Indizien vor, die auf eine Arbeitnehmerüberlassung schließen lassen könnten. Denn ohne vertragliche Vereinbarung der zu leistenden Tätigkeit, wird sich der Empfänger der Dienstleistung regelmäßig in der Berechtigung sehen, durch Anweisungen den Gegenstand der Leistung selbst zu bestimmen. Folge ist, dass es in den Händen des Dienstleistungsempfängers liegt, Arbeit und Einsatz des Dienstleistenden oder seiner Erfüllungsgehilfen zu organisieren. Diese über die gemäß § 645 BGB auch für Dienstleistungsverhältnisse anerkannte bloße Anweisung hinausgehende Stellung entspricht dann derjenigen des Entleihers, der im Wege des Direktionsrechts nach § 106 GewO typischerweise Weisungen vornimmt.

- Folgen der Nichtbeachtung

Mit dem Inkrafttreten der Änderungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zum 01.04.2017, soll auf die sanktionsfreie Umgehung von Arbeitnehmerüberlassung mittels Scheindienst- und Werkverträgen durch Transparenz umfassend eingewirkt werden. Der neu gefasste § 1 des AÜG sieht durch die zwingende Bezeichnung des Vertragstyps als Arbeitnehmerüberlassung sowie der Benennung der Person des Leiharbeitnehmers, bestimmte Offenlegungspflichten vor.

Handelt es sich bei dem vertraglich vereinbarten Dienstverhältnis in Wahrheit um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, ist der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer im Regelfall nichtig. An dessen Stelle tritt gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein fingiertes Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer.

§ 9 Nr. 1 a) AÜG sieht jedoch für den Leiharbeitnehmer vor, dass er innerhalb eines Monats nach dem vorgesehenen Überlassungsbeginn schriftlich erklären kann, an dem Vertrag festhalten zu wollen (Festhaltenserklärung).

Sowohl dem Entleiher als auch dem Verleiher kann gemäß § 16 Abs. 2 AÜG n. F. im Falle einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ein Bußgeld in Höhe von bis zu EUR 30.000,00 auferlegt werden.

Darüber hinaus besteht für den Entleiher die Gefahr einer Strafverfolgung wegen der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB. Als Arbeitgeber muss der Entleiher Gesamtsozialversicherungsbeiträge für den Arbeitnehmer an die Einzugsstellen gemäß den §§ 28d ff. SGB IV zahlen, die er wegen der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung in der Vergangenheit typischerweise unterlassen hat. Der betroffene Entleiher kann sich dabei nicht dadurch entlasten, dass er über die Einordnung des Vertragstyps im Irrtum war, da die Kenntnisse über die tatsächlichen Umstände des Fremdpersonaleinsatzes regelmäßig ausreichen.

- Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Der Dienstleister lässt sich dadurch von einem Leiharbeitnehmer abgrenzen, dass dieser die Erbringung der Dienstleistung eigenständig organisiert und durchführt. Er ist regelmäßig weisungsfrei bezüglich Ort, Zeit und Ausführung der Tätigkeit und trägt dabei sein eigenes Unternehmensrisiko. Beim Einsatz von Erfüllungsgehilfen, unterliegen diese allein den Weisungen des Dienstleisters, nicht jedoch denen des Kunden und Auftraggebers. Ein alleiniges Abstellen auf die Weisungsfreiheit als Abgrenzungskriterium ist dabei jedoch zunächst nicht ausreichend.

Gemäß § 645 BGB, der auch für Dienstverhältnisse gilt, kann der Kunde für den Dienstleister oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen bezüglich der Ausführung der Tätigkeit erteilen. Daraus folgt, dass der Kunde eine inhaltliche Einwirkungsmöglichkeit im Hinblick auf die Konkretisierung der Leistung hat. Er kann durch die Anweisung bestimmte Anforderungen an das Maß der auszuführenden Tätigkeit stellen, jedoch wird die Tätigkeit im Kern dabei durch den Dienstleister selbst bestimmt. Das eigenständige Weisungsrecht ist also dann als taugliches Abgrenzungskriterium heranzuziehen, wenn der Dienstleister durch die Anweisung in dessen Entscheidungsspielraum weiterhin frei bleibt. Hierin spiegelt sich auch erneut die Notwendigkeit einer konkreten Dienstleistungsbeschreibung wieder, um Arbeitnehmerüberlassungsindizien zu vermeiden.

Die Weisungsfreiheit des Dienstleisters in Abgrenzung zum Leiharbeitnehmer folgt daraus, dass der Dienstleister typischerweise über eine besondere Sachkunde verfügt. Dem Kunden selber wird es an den in diesem Bereich erforderlichen Kenntnissen fehlen, sodass er sich notwendigerweise des Dienstleisters zur Erbringung der Dienste bedient. Die Höherwertigkeit der Dienste sollte sich deshalb in einer im Vergleich zur Arbeitnehmerüberlassung höheren Vergütung widerspiegeln. Die Höhe der Vergütung kann gemessen am jeweiligen Dienst, nach Material- und Zeitaufwand in Stunden- oder Tagessätzen (Time&Material) erfolgen. Eine klare Abgrenzung erfordert außerdem, dass der Dienstleister zur Belegschaft des Kunden getrennt tätig wird und nicht in den Betrieb eingegliedert wird. Die Einführung verschiedener organisatorischer Maßnahmen kann dabei der Vermeidung von Scheindienstverträgen dienen.

#### Besondere Praxishinweise für den Einkauf

- Einleitung Statusfeststellungsverfahren innerhalb der Monatsfrist

Zur rechtssicheren Einordnung eines Vertragsverhältnisses kann gemäß § 7a SGB IV schriftlich eine Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund (im Folgenden: »DRV«) über die Frage, ob die Tätigkeit des externen Mitarbeiters im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird, beantragt werden. Der Antrag kann vom Auftraggeber oder Auftragnehmer, unter automatischer Hinzuziehung der jeweils anderen Partei, sowie direkt von beiden Parteien gemeinsam gestellt werden.

In Zweifelsfällen sollte der Antrag innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt werden, da in diesem Fall die Versicherungspflicht unter den weiteren Voraussetzungen des § 7a Abs. 6 SGB IV erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund eintritt. Neben der Einhaltung der Monatsfrist muss der Beschäftigte dafür

- dem späteren Eintritt der Versicherungspflicht zustimmen, und
- für den Zeitraum bis zur Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund eine Absicherung gegen das Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen haben.

Wird der Antrag nach Ablauf eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, so beginnt die Versicherungspflicht rückwirkend ab Beginn der Tätigkeit und nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge sind vollständig nachzuentrichten.

Wird zum Zeitpunkt der Aufnahme der Beschäftigung an die Einzugsstelle eine Meldung abgegeben aus der sich ergibt, dass der oder die Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers ist, so leitet die Einzugsstelle von Amts wegen ein Statusfeststellungsverfahren ein. Gleiches gilt, wenn der Einzugsstelle die Beschäftigung eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemeldet wird.

- Sicherzustellen ist die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Auftragnehmers vom Auftraggeber, insbesondere bei Freiberuflern. Minimalanforderung ist hier die 5/6-Regel, das heißt mittelfristig sind mindestens 1/6 der Umsätze mit anderen Auftraggebern zu realisieren.
- Beim Einsatz von »Freien Mitarbeitern« und Leiharbeitnehmern sollten vertragliche Informationspflichten mit Vetorecht für den Auftraggeber vereinbart werden.
- Beim Dienstvertrag wird kein Erfolg geschuldet, sondern das Bemühen. Umso wichtiger ist es, dass genau beschrieben wird, welche Form der Dienstleistung erwartet wird. Hierzu gehören insbesondere: Service Level, Reaktionszeiten, Entstörzeiten, Erreichbarkeit, Dokumentation, zu übergebende Protokolle etc.
- Es sollten Regelungen getroffen werden, wie Non-Performance festgestellt wird und welche Eskalationsschritte ergriffen werden.
- Dienstleistungen sollten nicht vor Ort beim Auftraggeber erbracht werden. Falls nicht anders möglich, ist besondere Vorsicht geboten. Zumindest Zugangs- und Zugriffsrechte sollten sehr weit eingeschränkt werden. Zudem sollte die Praxis stichprobenweise überprüft werden.

#### Besondere Praxishinweise für den Vertrieb

- Briefing von Erfüllungsgehilfen

Da Erfüllungsgehilfen ebenso wie Leiharbeitnehmer weisungsgebunden sind, bedarf es zur Einhaltung einer klaren Trennung dieser beiden Einsatzformen, eines besonderen Briefings durch den einsetzenden Dienstleister. Die selbstständige Organisation und Durchführung der Dienstleistung sollte stets beachtet werden. Wichtig ist dabei, dass die Erfüllungsgehilfen erkennbar nur Weisungen des Dienstleisters annehmen. Bei Unklarheit, ob es sich um eine Weisung oder lediglich um eine für die Ausführung erteilte Anweisung nach § 645 BGB handelt, ist eine Rücksprache mit dem Dienstleister für den Erfüllungsgehilfen stets empfehlenswert. Um die Eingliederung in den Betrieb des Kunden zu vermeiden, sollten Erfüllungsgehilfen nicht an Events und internen Meetings beim Kunden teilnehmen. Erfüllungsgehilfen sollten auch darauf achten, dass sie keinesfalls E-Mail-Adressen oder Visitenkarten des Kunden verwenden, die gegebenenfalls auf eine Zurechnung zur Kundenbelegschaft hindeuten könnten.

- Briefing des Kunden zur Vermeidung von Risiken bei Arbeitnehmerüberlassung und Dienstverträgen

Kunden, die sich Dienstleistern bedienen, sollten darauf achten, dass die Abgrenzung zur Stammbesellschaft stets gewährleistet ist. Dies kann zum Beispiel geschehen durch die Bereitstellung von separaten Räumlichkeiten für den Dienstleister und dessen Erfüllungsgehilfen oder durch einen entsprechenden Hinweis auf Dienstausweisen. Kunden sollten insbesondere darauf achten, dass Dienstleister und ihre Erfüllungsgehilfen tatsächlich andere Tätigkei-

ten als die Stammebelegschaft ausführen, die eine besondere Sachkunde erfordern und dadurch die Höherwertigkeit der Dienstleistung widerspiegeln. Keinesfalls sollten Überstunden sowie Urlaub durch den Kunden überwacht werden. Dem Kunden sollte klar sein, dass er keinen Einfluss auf Qualifikationen der eingesetzten Mitarbeiter hat, sodass er zumindest keine detaillierten Lebensläufe fordern kann. Ergeben sich Zweifel für den Kunden über die vertragliche Einordnung, sollte zur Klarstellung die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens erfolgen.

### 3.3.2 Umsetzungshilfe (Checklisten)

- Checklisten, die den Grad der Integration beurteilen helfen (ANÜ+Festanstellung ODER DV+WV)

Die nachfolgende Checkliste hilft dem Auftraggeber bei der Beurteilung, ob die tatsächlichen Umstände der Beschäftigung eines externen Mitarbeiters für ein seinerseits bestehendes Weisungsrecht und/oder für eine Integration der externen Mitarbeiter in seinen Betrieb sprechen. Mit »Ja« beantwortete Fragen erhöhen jeweils – vorbehaltlich einer Prüfung im Einzelfall – die Wahrscheinlichkeit, dass ein Weisungsrecht des Auftraggebers besteht, bzw. die externen Mitarbeiter in seinen Betrieb integriert sind.

1. Tritt der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) nach außen hin erkennbar im Namen der Auftraggeberin auf (z. B. interne/externe E-Mail Korrespondenz, etc.)?

JA  NEIN

2. Legt der Auftraggeber den Ort fest, an dem der Auftragnehmer (bzw. deren Mitarbeiter) die Tätigkeit erbringen müssen?

JA  NEIN

3. Legt der Auftraggeber die Arbeitszeit fest, innerhalb der der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) die Tätigkeit erbringen müssen?

JA  NEIN

4. Übt der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) Tätigkeiten aus, die zuvor von Arbeitnehmern des Auftraggebers ausgeführt wurden? Übt der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) die Tätigkeit für den Auftraggeber bereits über einen besonders langen Zeitraum aus?

JA  NEIN

5. Wird der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) in die Tätigkeit eingearbeitet bzw. finden laufende Schulungen statt?

JA  NEIN

6. Werden die Leistungen des Auftragnehmers (bzw. seiner Mitarbeitern) laufend kontrolliert? Muss über die Leistungen laufend Bericht an den Auftraggeber erstattet werden?

JA  NEIN

7. Finden regelmäßige Besprechungen oder sonstige Schritte zur Organisation des laufenden Fortschritts der Tätigkeiten des Auftragnehmers (bzw. seiner Mitarbeiter) statt?

JA  NEIN

8. Sind vom Auftraggeber direkt oder aufgrund der betrieblichen Organisation Regelungen bezüglich der Aufnahme, Unterbrechung und Beendigung der Tätigkeit des Auftragnehmers (bzw. seiner Mitarbeiter) vorgegeben, z. B. sich bei dem Auftraggeber an-/abzumelden oder die An-/Abwesenheit im Rahmen einer Selbstdokumentation festzuhalten?

JA  NEIN

9. Muss der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) im Falle einer Leistungsverhinderung (z. B. Krankheit, Notfälle, etc.) besonders gegenüber dem Auftraggeber ankündigen oder nachweisen?

JA  NEIN

10. Nutzt der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) zur Ausübung seiner Tätigkeit Arbeitsmittel des Auftraggebers (z. B. Werkzeug, EDV-Hard-/Software, KFZ, etc.) bzw. werden benötigte Arbeitsmittel seitens des Auftraggebers durch Kostenbeteiligung/-erstattung teil-/finanziert?

JA  NEIN

11. Werden Reisekosten und/oder Spesen des Auftragnehmers (bzw. seiner Mitarbeiter) von dem Auftraggeber erstattet?

JA  NEIN

12. Arbeitet der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) in den Räumlichkeiten des Auftraggebers mit den Mitarbeitern räumlich nicht getrennt zusammen (z. B. Büros, Gemeinschaftsarbeitsplätze, etc.)? Hat der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) Zutrittsrechte, die auch einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Auftraggebers eingeräumt werden?

JA  NEIN

13. Benutzt der Auftragnehmer (bzw. seine Mitarbeiter) ein allgemeines Zeiterfassungssystem des Auftraggebers, welches auch von den Arbeitnehmern des Auftraggebers genutzt wird?

JA  NEIN

14. Werden dem Auftragnehmer (bzw. dessen Mitarbeiter) Vorteile für Arbeitnehmer des Auftraggebers eingeräumt, z. B. die unentgeltliche/vergünstigte Nutzung der Parkplätze, der Druck- und Kopiermaschinen, der Büromaterialien?

JA  NEIN

- Checklisten, die die (Schein)Selbstständigkeit eines Unternehmers prüfen

Eine ausführliche Checkliste zur Prüfung der Scheinselbstständigkeit eines Unternehmers finden Sie im Abschnitt 4.5.

# 4 Einsatz von IT-Contractors / Freien Mitarbeitern

# 4 Einsatz von IT-Contractors / Freien Mitarbeitern

## 4.1 Überblick

### 4.1.1 Allgemeiner Teil

Der Einsatz von »Freelancern« ist in der IT-Industrie gang und gäbe. Zum Teil braucht es ein bestimmtes Know-how nur zeitweise, so dass kaum ein Unternehmen hochgradig spezialisierte Fachleute dauerhaft anstellt. Zum anderen Teil sind manche IT-Fachleute echte Freigeister, die eine Festanstellung scheuen.

Gerade hier drohen rechtliche Risiken, wenn solche »Freelancer« langfristig und ausschließlich beschäftigt werden.

Zahlreiche Unternehmen setzen sozialversicherungsrechtlich (vermeintlich) selbstständige »IT-Contractors«, d. h. sogenannte freie Mitarbeiter ein. Freie Mitarbeiter sind sozialversicherungsrechtlich Selbstständige im Sinne von § 7 SGB IV, die vom Auftraggeber nicht abhängig beschäftigt werden und keine Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB n.F. sind. Vielmehr erfolgt ihre Beschäftigung auf der Grundlage von Dienstverträgen oder Werkverträgen.

Gerade wenn es sich bei den vermittelten IT-Fachkräften um sogenannte »Solo-Selbstständige« handelt, ist die Abgrenzung zu vermittelten Leiharbeitnehmern oder eigenen Arbeitnehmern des Unternehmens jedoch oft schwierig und es besteht das erhöhte Risiko, tatsächlich Scheinselbstständige zu beschäftigen. Im Einzelfall ist stets zu prüfen, ob der eingesetzte vermeintlich »freie Mitarbeiter« in Wahrheit nicht als abhängig Beschäftigter arbeitet.

Dieses Risiko besteht auch, wenn die Anwerbung dieser IT-Fachkräfte über Agenturen auf Basis eines Dienstverschaffungsvertrages erfolgt. Dabei soll nach der Vorstellung der Parteien weder die vermittelnde Agentur, noch das Einsatzunternehmen als Arbeitgeber des selbstständigen IT-Contractors fungieren. IT-Contractors werden in der Praxis auch in Form von Ein-Mann-Gesellschaften tätig.

In diesem Zusammenhang ist auch das häufige Missverständnis aufzuklären, dass diese IT-Contractors »Freiberufler« seien und bereits diese Eigenschaft eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer ausschließe. Freiberufliche Tätigkeiten sind gemäß § 18 EStG solche Tätigkeiten, die wissenschaftlicher, künstlerischer, erzieherischer sowie schriftstellerischer Natur sind und nicht der Gewerbeordnung unterliegen. Charakteristisch für den steuerrechtlichen Status als freier Beruf ist nach § 1 Abs. 2 PartGG die Erbringung von Dienstleistungen höherer Art in eigenverantwortlicher und fachlich unabhängiger Weise. Freiberufler sind aufgrund ihrer besonderen beruflichen Qualifikation privilegiert und müssen keine Gewerbesteuer zahlen, da sie kein gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 2 GewStG führen. Freiberufler können ihre Tätigkeit als Selbstständige oder in einem Angestelltenverhältnis ausüben. Auch IT-Fachkräfte können jedoch als Freiberufler eingestuft werden, wenn sie z. B. als Programmierer Software entwickeln, bei der es sich nicht um Trivialsoftware handelt, also nicht um Software, die für einen brei-

ten Kundenkreis entwickelt wird. Maßgeblich für die Abgrenzung soll nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup> sein, ob zur Programmierung der Software eine klassische ingenieurmäßige Vorgehensweise angewendet wurde, die regelmäßig die Planung, Konstruktion und Überwachung beinhaltet. Als Freiberufler ist somit zumindest der als Ingenieur qualifizierte Programmierer anzusehen, der für seinen Auftraggeber individuelle Software plant und entwickelt sowie das zugehörige Projekt überwacht. Entwickelt hingegen ein gelernter Programmierer ohne eigene Planungsleistung Software oder Softwarebausteine für ein Produkt, das einem breiten Kundenkreis zugänglich gemacht wird, so ist er eindeutig als Gewerbetreibender und nicht als Freiberufler einzustufen.

Grundsätzlich sollte vor jedem Einsatz der Auftrag mit seinen Zielen und Ergebnissen genau geklärt werden. Daraus leiten sich die Wahl des Einsatzmodells und damit die geeignete vertragliche Gestaltung ab. Ein vorheriges Clearing – insbesondere, ob eine Einbindung in die betriebliche Organisation sowie in die innerbetriebliche Weisungskette vorliegt –, ist unabdingbar. Eine pauschale Zuordnung wird es nicht immer zweifelsfrei geben. Daher ist eine Prüfung des Einzelfalls immer erforderlich, ebenso eine regelmäßige Kontrolle während des Einsatzes und ggf. die Anpassung/Änderung des Vertragsmodells, entsprechend den tatsächlichen Gegebenheiten. Im Falle einer Überprüfung durch die Deutsche Rentenversicherung oder das zuständige Hauptzollamt ist alleine entscheidend, wie der jeweilige Einsatz vor Ort tatsächlich gelebt wird.

#### 4.1.2 Risiko der Scheinselbstständigkeit

Scheinselbstständigkeit ist gegeben, wenn Erwerbstätige nach der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen und nach entsprechender vertraglicher Vereinbarung als Selbstständige bezeichnet werden, in Wahrheit jedoch wie abhängig Beschäftigte im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV arbeiten. Danach liegen Anhaltspunkte für eine nichtselbstständige Tätigkeit vor, wenn die Tätigkeit weisungsgebunden ausgeübt wird und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation erfolgt. Für Scheinselbstständige besteht aufgrund dieser besonderen Eingliederung in die Arbeitsorganisation dieselbe soziale Schutzbedürftigkeit wie bei anderen Beschäftigten, insbesondere denjenigen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Unternehmen stehen. Der Einsatz von Scheinselbstständigen kann auf der Grundlage von Scheinwerkverträgen und Scheindienstverträgen erfolgen oder im Falle der Vermittlung vermeintlich freier IT-Contractors durch Agenturen als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung.

##### ▪ Merkmale der Scheinselbstständigkeit

Bei der Beurteilung, ob eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, erfolgt eine Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände im Einzelfall. Anhaltspunkte hierfür sind entsprechend § 7 Abs. 1 SGB IV die tatsächliche Weisungsgebundenheit gegenüber dem Kunden sowie die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Kann der Kunde demnach Zeit, Dauer, Ort und Art der Leistungserbringung durch den vermeintlich Selbstständigen weiterhin frei bestimmen, handelt es sich um eine nur vermeintlich selbstständige Tätigkeit.

<sup>1</sup> BFH, Urteil vom 04. Mai 2004 - XI R 9/03

Dafür, dass ein freier Mitarbeiter kein echter Selbstständiger, sondern nur scheinbar selbstständig ist, sprechen folgende Kriterien:

- die uneingeschränkte Verpflichtung, allen Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten;
- die Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten;
- die Verpflichtung, dem Auftraggeber regelmäßig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen;
- die Verpflichtung, in den Räumen des Auftraggebers oder an von ihm bestimmten Orten zu arbeiten;
- die Verpflichtung, bestimmte Hard- und Software zu benutzen, sofern damit insbesondere Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind;
- das Unternehmen (freier IT-Contractor) besitzt kein Firmenschild oder keine eigenen Geschäftsräume. Es hat kein eigenes Briefpapier oder eigene Visitenkarten;
- das Unternehmen (freier IT-Contractor) hat keine regelmäßig Beschäftigten (450,- € Beschäftigtenverhältnisse werden nicht anerkannt);
- Tätigkeit auf Dauer (mehr als ein Jahr) und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber. (Bei der Auslegung des Begriffs »im Wesentlichen« gehen die Sozialversicherungsträger von einem Anteil von fünf Sechsteln des Umsatzes mit einem Auftraggeber aus. Es genügt nicht, vertraglich die Zulässigkeit weiterer Auftragsverhältnisse festzustellen, sondern die Auftraggeber müssen tatsächlich nachgewiesen werden.);
- der Auftraggeber hat Beschäftigte, die dieselben Tätigkeiten verrichten wie der Selbstständige;
- der oder die Selbstständige hat die Tätigkeit beim Auftraggeber zuvor als dessen Arbeitnehmer verrichtet.

Derartige Verpflichtungen (Merkmale) eröffnen dem Auftraggeber Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten, denen sich ein echter Selbstständiger nicht unterwerfen muss.

Wer dagegen tatsächlich selbstständig ist, trägt das unternehmerische Risiko in vollem Umfang selbst und kann seine Arbeitszeit frei gestalten. Der Erfolg des finanziellen und persönlichen Einsatzes ist dabei ungewiss und hängt nicht von dritter Seite ab.

Wichtig für die Beurteilung, ob ein freier Mitarbeiter selbstständig ist, ist vor allem die Ausgestaltung von Verträgen mit seinen Geschäftspartnern. Aber nicht immer sind die Worte auf dem Papier deckungsgleich mit der Realität. Es kommt auf die tatsächlichen Verhältnisse im beruflichen Alltag an. Maßgeblich ist die Gesamtsituation.

Wird die Scheinselbstständigkeit festgestellt, so kann der Scheinselbstständige seinen Arbeitnehmerstatus einklagen. Ist dies der Fall, so ist der Scheinselbstständige nun Angestellter und ihm stehen sämtliche Rechte wie z. B. Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch oder Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall zu.

- Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen der Scheinselbstständigkeit

Erfüllt der Fremdpersonaleinsatz die zuvor beschriebenen Kriterien einer Scheinselbstständigkeit, so kann im Rahmen einer sozialversicherungsrechtlichen Prüfung festgestellt werden, dass die externen Mitarbeiter scheinselbstständig und daher abhängig Beschäftigte im Sinne von § 7 SGB IV sind. Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen der Scheinselbstständigkeit sind für den Kunden deutlich weitreichender. Er hat als Arbeitgeber die üblichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die gesetzlichen Krankenkassen gemäß den §§ 28 d) ff. SGB IV abzuführen. Ferner muss er den Scheinselbstständigen als Arbeitnehmer zur Sozialversicherung anmelden.

Der Scheinselbstständige war für die gesamte Zeit seiner Tätigkeit grundsätzlich pflichtversichert in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung. Im sozialversicherungsrechtlichen Sinne wird der Vertragspartner für den gesamten Zeitraum, innerhalb dessen eine abhängige Beschäftigung vorlag, als Arbeitgeber behandelt, womit dieser den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Deutsche Rentenversicherung Bund zu zahlen hat. Zwar gilt grundsätzlich in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der sogenannte Halbtteilungsgrundsatz, der Arbeitnehmeranteil zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag muss jedoch im Monat der Gehaltszahlung vom Arbeitsentgelt des Beschäftigten abgezogen werden. Im Falle der Beschäftigung eines Scheinselbstständigen darf der Abzug der Arbeitnehmeranteile jedoch nur mit den nächsten drei Gehaltsabrechnungen und unter Beachtung der jeweils anwendbaren Pfändungsfreigrenzen nachgeholt werden.

Im Ergebnis muss der Arbeitgeber bis hin zur Grenze der sozialversicherungsrechtlichen Verjährung von vier Jahren oder, im Falle der vorsätzlichen Nichtentrichtung, für 30 Jahre den größten Teil oder gar den vollen Gesamtsozialversicherungsbeitrag zuzüglich etwaiger Säumniszuschläge in Höhe von einem Prozent pro Monat nachzahlen. Ebenfalls droht eine Haftung für nicht abgeführte Lohnsteuer. Im schlimmsten Falle droht damit die Insolvenz des Unternehmens und zu allem Übel noch eine Strafbarkeit wegen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a Strafgesetzbuch (StGB). Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken sind daher durch eine rechtssichere Vertragsgestaltung im Einzelfall bestmöglich zu minimieren.

- Die arbeitsrechtlichen Folgen der Scheinselbstständigkeit

In den Fällen, in denen sozialversicherungsrechtlich tatsächlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nach § 7 SGB IV besteht, werden auch die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen für ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611a BGB n.F. erfüllt sein. Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist wiederum eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Dem vermeintlich Selbstständigen kommen dann als Arbeitnehmer die regelmäßigen arbeitsrechtlichen Ansprüche zugute. Besonders wichtig sind hierbei der besondere Kündigungsschutz für Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz, der Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub sowie der Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall.

- Zusatzrisiken im Falle der Beauftragung externer Provider

Für den Fall, dass das Risiko des Einsatzes (schein-)selbstständiger Einzelunternehmer durch Zwischenschaltung eines Providers umgangen werden soll, bestehen nach den Bestimmungen des neuen AÜG erhebliche Zusatzrisiken. Hier wird nicht direkt der Einzelunternehmer, sondern eine externe Firma beauftragt, die vereinbarte Dienstleistung unter Einsatz ihrer Mitarbeiter zu erbringen. Bedient sich der Provider hierzu eigens scheinselfständiger (Sub-)Unternehmer, so besteht die abhängige Beschäftigung grundsätzlich zum Provider, nicht zum Unternehmen, bei dem sie tatsächlich eingesetzt wurden. Es besteht dann das Risiko, dass der Provider als Verleiher eingeordnet ist, der dem Einsatzunternehmen den scheinselfständigen (Sub-)Unternehmer verleiht.

In der Vergangenheit konnten Unternehmen den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Risiken der Scheinselbstständigkeit somit wirksam vorbeugen, indem sie externes Personal auf Grundlage eines Vertrags mit einem zwischengeschalteten Provider angefragt haben. Auch die tatsächliche Überlassung des angefragten Personals gleich einem Arbeitnehmer (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung) war jedenfalls für den Auftraggeber rechtlich unproblematisch, wenn der Provider im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungslizenz nach § 1 AÜG war. Die rechtliche Zulässigkeit der sogenannten »Fallschirmlösung« nach altem AÜG hat das Bundesarbeitsgericht noch zuletzt bestätigt.

Wie bereits im Kapitel 3.1. aufgeführt, wurde die »Fallschirmlösung« durch die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG n.F. abgeschafft. Eine Überlassung von Arbeitnehmern ist nur zulässig, wenn diese im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich und unter Konkretisierung der Leiharbeitnehmer bezeichnet wurde und dem Provider eine Arbeitnehmerüberlassungslizenz erteilt wurde. Gerade aber, wenn der Provider seine Leistungen unter Einsatz von eigens beauftragten scheinselfständigen Freelancern oder (Sub-)Unternehmern erbringt, wurde weder ausdrücklich eine Arbeitnehmerüberlassung vereinbart, noch die überlassenen Arbeitnehmer konkret bezeichnet. In Folge dessen können Provider und Einsatzunternehmen die Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung gemäß der neuen Vorschriften des AÜG treffen, insbesondere die gesamtschuldnerische Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge, die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzunternehmen sowie die etwaige Verhängung von Bußgeldern.

Zum gleichen Ergebnis führt weiterhin der Einwand, dass zwischen den scheinselfständigen Freelancern und/oder (Sub-)Unternehmern und dem Provider kein Arbeitsverhältnis besteht, dessen Bestehen jedoch Voraussetzung für eine Arbeitnehmerüberlassung ist. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG n.F. ist die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Einwand, dass das vom Provider überlassene Personal zu diesem in keinem Arbeitsverhältnis steht, führt sodann gemäß § 10a, §§ 9 Abs. 1 Nr. 1-1b, § 10 AÜG n.F. zum gleichen Ergebnis wie die Überlassung von Arbeitnehmern unter Verstoß gegen die Vorschriften

des AÜG. Zusammengefasst betrachtet ist daher ebenfalls besondere Vorsicht angeraten, wenn Vertragspartner sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen eigens beauftragter Freelancer oder (Sub-)Unternehmer bedienen und diese im Einsatzbetrieb wie Leiharbeitnehmer behandelt oder eingesetzt werden.

Auch die Bundesagentur für Arbeit hat vorstehenden Fall bereits in den neuen fachlichen Weisungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz<sup>2</sup> abgebildet und aus der neuen Regelung des § 10a AÜG folgenden Schluss gezogen: »Die Regelung des § 10a stellt sicher, dass die Rechtsfolgen der §§ 9 und 10 nicht umgangen werden können, indem ein anderes Unternehmen ohne arbeitsvertragliche Beziehung zum Leiharbeitnehmer zwischengeschaltet wird«.

- Das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV

Sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber können auf Antrag bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund gemäß § 7a SGB IV innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit ein Anfrageverfahren einleiten – es sei denn, es ist bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung durch die Einzugsstelle oder einen anderen Versicherungsträger ein Verfahren zur Feststellung des Beschäftigungsverhältnisses eingeleitet worden. Im Rahmen dieses sogenannten Statusfeststellungsverfahrens soll verbindlich geklärt werden, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht. Nach § 7a Abs. 3 SGB IV gibt die Rentenversicherung den Beteiligten schriftlich auf, unter angemessener Frist Angaben zu machen und Unterlagen vorzulegen, die für die Entscheidung benötigt werden. Liegen alle Unterlagen vor, entscheidet die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a Abs. 2 SGB IV auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände. Vor der endgültigen Entscheidung wird den Beteiligten unter Mitteilung der beabsichtigten Entscheidung nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, um gegebenenfalls Tatsachen für diese Entscheidung widerlegen zu können.

Grundsätzlich tritt die Sozialversicherungspflicht mit Beginn der Beschäftigung ein. Wird jedoch das Statusverfahren innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit durch die Beteiligten beantragt, bestimmt § 7a SGB IV, dass die Versicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung eintreten kann. Dies hätte den Vorteil, dass das Unternehmen eine Beitragsnachzahlungspflicht nicht rückwirkend bereits ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Beschäftigung trifft. Voraussetzung ist allerdings, dass der Beschäftigte der Entscheidung zustimmt und für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und Altersversorgung getroffen hat, die den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

Widerspruch und Klage gegen die Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund haben aufschiebende Wirkung. Eine Klärung des Status in der Form, dass eine Scheinselbstständigkeit von der Deutschen Rentenversicherung Bund verneint wird, bietet Rechtssicherheit bis zu einer eventuell anderen Beurteilung. Diese neue Beurteilung kann aber nicht rückwirkend erfolgen. Beitragsnachforderungen für die Vergangenheit sind in diesen Fällen grundsätzlich ausgeschlossen.

---

2 Fachliche Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) S. 9, 10

## 4.2 Vertragsgestaltung – Vermeidung der Einbindung in die interne Organisation

Der Freelancer / Interim Manager sollte regelmäßig darauf achten, jede Einbindung in die interne Organisation zu vermeiden. Vertraglich lässt sich dies bei Beachtung der nachstehenden Punkte gestalten.

Für den vereinbarten (Beratungs)auftrag verpflichtet sich das Kundenunternehmen zur Einhaltung der folgenden Punkte:

- Der Freelancer wird rein beratend tätig (Planung, Organisation, Coaching, Redesign von Prozessen).
- Der externe Berater wird keine operativen Aufgaben und Funktionen wahrnehmen, die üblicherweise von einem angestellten Linienmitarbeiter wahrgenommen werden (z. B. Kaufmännische Leitung, HR Manager, Sachbearbeitung, Leitung IT-Operations, Funktionen in Vertrieb und Marketing etc.).
- Der externe Berater wird keine operative Umsetzung der von ihm entwickelten Maßnahmen vornehmen.
- Der externe Berater wird nicht in die betriebliche Organisation eingebunden, insbesondere durch
  - Aufnahme in das interne Organigramm;
  - Ausgabe von eigenen Namensschildern (Ausnahme: Zugangskontrolle);
  - Nutzung eines eigenen Büroraumes (Ausnahme: Projektbüro);
  - Nutzung von betriebsinternen Kommunikationsmitteln (PC, Telefon, Diensthandy);
  - Nutzung einer kundeneigenen E-Mail-Adresse, ohne Hinweis als externer Dienstleister (z. B. max.mustermann.ext@company.com);
  - Ausgabe von Visitenkarten des Unternehmens;
  - Nutzung der gleichen Sozialräume wie interne Mitarbeiter;
  - Einbindung in die innerbetrieblichen Abläufe (z. B. regelmäßige Meetings).
- Der externe Berater wird nicht Teil der innerbetrieblichen Weisungskette:
  - Er empfängt keine Weisungen (außer im Rahmen seines rein projektbezogenen Auftrages), insbesondere keine disziplinarischen Weisungen (Zeit, Ort, Umfang seines Einsatzes, Urlaub etc.);
  - Er erteilt keine Weisungen an Mitarbeiter (außer im Rahmen der Erfüllung seines rein projektbezogenen Auftrages), insbesondere keine disziplinarischen Weisungen.

## 4.3 Ein-Mann Gesellschaft (GmbH, UG)

Um das Risiko einer Scheinselbstständigkeit zu reduzieren, gründen IT-Contractors eine Kapitalgesellschaft – in der Regel eine GmbH oder haftungsbeschränkte Unternehmensgesellschaft (UG) – und werden mit dieser Rechtsform am Markt tätig. Charakteristisch für derartige Ein-Mann-Gesellschaften ist, dass sich alle Geschäftsanteile in der Hand einer natürlichen Person befinden, die zudem als Geschäftsführer der Gesellschaft fungiert und selbst die vertraglich geschuldete Leistung gegenüber dem Kunden erbringt.

Durch die Beauftragung der Ein-Mann-Gesellschaft soll die Entstehung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zum Kunden vermieden werden, da ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis an sich nur mit einer natürlichen und nicht mit einer juristischen Person zustande kommen kann. Die Spitzenverbände der Sozialversicherung sehen in dieser Fallgestaltung jedoch eine unzulässige Umgehung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. Liegt der alleinige Zweck der Gründung der Ein-Mann-GmbH in der Verhinderung einer Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV, kommt es für die Frage eines sozialversicherungspflichtigen Verhältnisses allein auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles an. Entscheidend ist, ob und inwieweit der Gesellschafter-Geschäftsführer weisungsgebunden in die Arbeitsorganisation des Kunden eingegliedert ist.

Das Risiko einer Scheinselbstständigkeit kann der Kunde im Ergebnis also nicht sicher durch den Vertragsschluss mit einer Ein-Mann-GmbH ausschließen.

Auch die Selbstüberlassung eines Beraters an ein Einsatzunternehmen bzw. einen Entleiher durch seine eigene Gesellschaft ist von der Rechtsprechung bereits als Umgehungstatbestand anerkannt worden<sup>3</sup> und daher unzulässig.

## 4.4 Einsatz

### 4.4.1 Allgemeiner Teil

Nicht immer ist vor Beginn des Einsatzes absehbar, ob der freie IT-Contractor rein beratend tätig wird oder tatsächlich in die betriebliche Organisation des Unternehmens eingegliedert wird. Im letzteren Fall würde der externe Berater als Arbeitnehmer auf Seite des Einsatzunternehmens gelten. Unabhängig von allen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und Checklisten, die im Vorfeld bearbeitet werden: Entscheidend ist im Rahmen einer Überprüfung durch die Deutsche Rentenversicherung oder die Hauptzollämter, wie der Einsatz tatsächlich gelebt wird. Die nachfolgenden Hinweise können nur eine Orientierung geben. Eine Einzelfallprüfung sowie eine ständige Kontrolle des Einsatzes sind für alle Beteiligten unerlässlich.

---

3 vgl. LAG Schleswig-Holstein vom 1. Dezember 2015 – 1 Sa 439 b/14

## 4.4.2 Besondere Praxishinweise für die Projektdurchführung aus Sicht des Providers / Vermittlers

Der Provider sollte vor jedem Einsatz ein eingehendes Clearing durchführen und das entsprechende Einsatzmodell wählen. Entweder im Rahmen eines Dienstvertrages, wenn es sich um eine rein projektbezogene Aufgabe handelt –keine Einbindung in die betriebliche Organisation, keine Einbindung in die betriebliche Weisungskette, keine Vakanzüberbrückung einer Funktion, die bereits im Unternehmen besteht (Krankheit, Fluktuation), Erbringung von Diensten höherer Art, die außerhalb des Tagesgeschäfts liegen und das erforderliche Know-how nicht im Unternehmen erhältlich ist (Beratung, Prozessoptimierung) – oder im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung. Das letztere Konstrukt ist ausnahmslos zu wählen, wenn der Dienstbringer eine Vakanz für eine reguläre Linienfunktion ausfüllen soll, die aktuell im Unternehmen entstanden ist (Krankheit, Fluktuation, Nachbesetzung etc.).

Besonderer Tipp: Von einem Clearing des Einsatzes bzw. des einzusetzenden Dienstbringers durch die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung (DRV) sollte Abstand genommen werden. Die DRV bescheidet regelmäßig Anfragen seitens eines Providers negativ. Auch das Vorgehen der DRV im Rahmen einer Prüfung und die Schwerpunktsetzung bei einer Ermessensabwägung entziehen sich jeder Kenntnis und sind nicht berechenbar.

## 4.5 Umsetzungshilfe (Checklisten)

### 4.5.1 Checkliste als »Selbstauskunft« von Selbstständigen und als Anlage zum Vertrag

Problemstellung: Die deutsche Sozialversicherung unterscheidet im Wesentlichen zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen. Viele Unternehmen beschäftigen Personen »auf selbstständiger Basis«. Zunehmend werden solche Beschäftigungsverhältnisse bei Betriebsprüfungen als Arbeitsverhältnisse qualifiziert, u. a. mit der Folge, dass Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen sind.

Diese Checkliste dient dazu, festzustellen, ob im konkreten Einzelfall Handlungsbedarf besteht oder nicht:

»Die angeforderten Informationen sind wichtig für unseren Lieferantenauswahlprozess.

(Bitte kreuzen Sie zu jeder Aussage entsprechend »JA« oder »NEIN« an.)

1. Ich beschäftige selber versicherungspflichtige Arbeitnehmer, die für meinen eigenen Betrieb tätig sind.

JA  NEIN (Bei »Ja« besteht ein geringeres Risiko)

2. Ich bin auch für weitere Auftraggeber tätig und beziehe mehr als 1/6 meiner Einkünfte von jenen anderen Auftraggebern.

JA  NEIN (Bei »Nein« besteht ein hohes Risiko)

3. Meine Tätigkeit besteht in eigenverantwortlicher, kreativer, freiberuflicher Leistung.

JA  NEIN (Bei »Nein« besteht ein hohes Risiko)

4. Ich betreibe Eigenwerbung bzw. trete unternehmerisch am Markt auf (eigenes Briefpapier und eigene Geschäftsräume, Firmenschild, Visitenkarten, Werbungen).

JA  NEIN (Bei »Nein« besteht ein hohes Risiko)

Hiermit bestätige ich die Vollständigkeit und Richtigkeit der oben gemachten Angaben zum aktuellen Zeitpunkt.

---

Selbstständige bzw. Auftragnehmer

Ort, Datum«

#### 4.5.2 Checkliste zur Risikoeinschätzung – Scheinselbstständigkeit von Freelancern / externen Mitarbeitern

Das Bestehen einer abhängigen, sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung wird nach den von der Deutschen Rentenversicherung Bund und den zuständigen Einzugsstellen entwickelten Grundsätzen auf der Basis einer parallelen Begutachtung der maßgeblichen Vertragswerke einerseits und andererseits deren eigentlichen Umsetzung im Einzelfall ermittelt. Dabei erfolgt die Prüfung stets einzelfallbezogen. Selbst ähnlich gelagerte Fälle können aufgrund weniger tatsächlicher Abweichungen bei der tatsächlichen Durchführung des Auftragsverhältnisses aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht jeweils unterschiedlich beurteilt werden.

Vor diesem Hintergrund kann die Auswertung der folgenden Frageliste keine pauschale Beurteilung mehrerer Auftragsverhältnisse aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ermöglichen, jedoch eine Indizwirkung entfalten.

Die Fragen haben insbesondere den Zweck, das Augenmerk auf Konstellationen und tatsächliche Umstände zu lenken, welche typisch für Selbstständige sind. Mit »Nein« beantwortete Fragen erhöhen jeweils – vorbehaltlich einer Prüfung im Einzelfall – die Wahrscheinlichkeit, dass eine faktisch abhängige und daher sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne der »Scheinselbstständigkeit« besteht.

1. Ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft (z. B. eine Personengesellschaft: GbR, OHG, KG, GmbH & Co.KG oder eine Kapitalgesellschaft: GmbH, Ein-Mann-GmbH, UG, Ltd. etc.)?

JA  NEIN

2. Ist der Auftragnehmer in das Handelsregister eingetragen?

JA  NEIN

3. Wenn der Auftragnehmer eine Privatperson ist, hat dieser ein eigenes Gewerbe angemeldet?

JA  NEIN

4. Ist der Auftragnehmer nachweislich gleichzeitig auch für andere Auftraggeber tätig? Machen diese Tätigkeiten nachweislich einen mehr als nur geringfügigen Teil seines Umsatzes aus?

JA  NEIN

5. Beschäftigt der Auftragnehmer eigene, sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer, gegenüber welchen er umfassende Weisungsbefugnis hinsichtlich Zeit, Ort und Art und Weise der Arbeitsleistung hat (z. B. Büroassistenten, Putzkräfte etc.)?

JA  NEIN

6. Hat der Auftragnehmer zum Zwecke seiner selbstständigen Tätigkeit nachweislich eigene Büroräumlichkeiten, welche er auch eigenständig finanziert (Miete, Möbel, Technik etc.)?

JA  NEIN

7. Besteht nachweislich eine selbstständige Finanzierung einer privaten Kranken- und Alterssicherung durch den Auftragnehmer?

JA  NEIN

8. Ist die Vergütung des Auftragnehmers erfolgsabhängig?

JA  NEIN

9. Verliert der Auftragnehmer den Vergütungsanspruch, wenn er seine Tätigkeit nicht rechtzeitig oder mangelhaft erbringt?

JA  NEIN

10. Ist der Auftragnehmer verpflichtet, etwaige Mängel auf eigene Kosten und auf eigene Rechnung außerhalb der für das Projekt vorgesehenen Zeit zu beheben?

JA  NEIN

11. Ist nach Ihrer objektiven Einschätzung für Kunden des Auftraggebers und sonstige Dritte eindeutig erkennbar, dass der Auftragnehmer nicht im Namen des Auftraggebers, sondern im eigenen Namen nach außen auftritt (z.B. interne/externe E-Mail Korrespondenz etc.)?

JA  NEIN

12. Unterhält der Auftragnehmer nachweislich eine ständige Marktpräsenz, um neue Auftraggeber anzuwerben (eigenfinanzierte Webseite, eigene Werbeflyer, eigenfinanzierte Werbeanzeigen in einschlägigen Zeitschriften oder online, Visitenkarten und Briefpapier, aktive und stets aktuelle Profile auf Xing/LinkedIn und anderen branchenrelevanten Anbietern mit Hinweis auf laufende und vergangene Projekte und Erfolge)?

JA  NEIN

13. Legt der Auftragnehmer eigenständig und ohne Vorgaben des Auftraggebers oder dessen Mitarbeiter fest, an welchem Ort seine Tätigkeit erbracht werden muss?

JA  NEIN

14. Legt der Auftragnehmer seine Arbeitszeit im Rahmen der tatsächlichen Leistungserbringung eigenständig fest?

JA  NEIN

15. Übt der Auftragnehmer die Tätigkeit ohne Einarbeitung bzw. laufende Schulungen aus?

JA  NEIN

16. Gibt es ausschließlich eine Endabnahme der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungen, d. h. (Zwischen-)Ergebnisse werden nicht laufend kontrolliert und der Auftragnehmer muss nicht laufend Bericht an den Auftraggeber erstatten?

JA  NEIN

17. Organisiert der Auftragnehmer die Tätigkeiten eigenständig, d. h. ohne regelmäßige Besprechungen über laufenden Fortschritt oder weitere Schritte bei dem Auftraggeber oder bei Kunden?

JA  NEIN

18. Kann, bzw. darf der Auftragnehmer die geschuldeten Tätigkeiten durch seine gleichqualifizierten Kollegen, Angestellten, Partner oder Unterbeauftragten ausführen lassen, ohne ausdrückliche Genehmigung des Auftraggebers?

JA  NEIN

19. Wenn ja, hat er von dieser Möglichkeit in der Regel Gebrauch gemacht?

JA  NEIN

20. Kann, bzw. darf der Auftragnehmer die Aufnahme, Unterbrechung und Beendigung der Tätigkeit frei gestalten, d. h. ohne sich bei dem Auftraggeber an-/abzumelden oder im Rahmen einer Selbstdokumentation festzuhalten?

JA  NEIN

21. Kann, bzw. darf der Auftragnehmer für den Fall einer Leistungsverhinderung (z. B. Krankheit, Notfälle, etc.) zu einem anderen Zeitpunkt erbringen, ohne dies besonders gegenüber dem Auftraggeber ankündigen oder nachweisen zu müssen?

JA  NEIN

22. Nutzt der Auftragnehmer zur Ausübung seiner Tätigkeit ausschließlich eigens angeschaffte Arbeitsmittel (z. B. Werkzeug, EDV-Hard-/Software, KFZ, etc.), d. h. keine benötigten Arbeitsmittel werden seitens des Auftraggebers zur Verfügung gestellt oder durch Kostenbeteiligung/-erstattung finanziert?

JA  NEIN

23. Trägt der Auftragnehmer jegliche Reisekosten und Spesen selbst, d. h. keine Kosten werden durch den Auftraggeber erstattet?

JA  NEIN

24. Darf der Auftragnehmer sich ausschließlich in eigens für externe Mitarbeiter geschaffenen Räumlichkeiten aufhalten und hält er diese Verpflichtung auch tatsächlich ein, d.h. nutzt er tatsächlich keine Räumlichkeiten (z. B. Büros, Gemeinschaftsarbeitsplätze, etc.) des Auftraggebers, die von Mitarbeitern des Auftraggebers genutzt werden?

JA  NEIN

25. Erfasst der Auftragnehmer An- und Abwesenheitszeiten eigenverantwortlich zum Zwecke der Rechnungsschreibung, d. h. er benutzt kein allgemeines Zeiterfassungssystem des Auftraggebers?

JA  NEIN

26. Sind jegliche Vorteile für Mitarbeiter des Auftraggebers, z. B. die unentgeltliche/vergünstigte Nutzung der Parkplätze, der Druck- und Kopiermaschinen, der Büromaterialien, der Kantine oder der Pausenräume für den Auftragnehmer rechtlich und tatsächlich ausgeschlossen?

JA  NEIN

### 4.5.3 Checkliste für Provider / Vermittler bei der Verpflichtung von Freelancern / Interim Managern

Provider sollten in regelmäßigen Abständen (i. d. R. alle sechs Monate) von ihren Freelancern, mit denen sie regelmäßig zusammenarbeiten, folgende Erklärung einholen:

1. Seit wann sind Sie selbstständig bzw. freiberuflich tätig?

· Datum: \_\_\_\_\_

· Datum der Beendigung der letzten unselbstständigen Beschäftigung: \_\_\_\_\_

2. Wie viele Auftraggeber (Unternehmen, denen Sie eine Rechnung stellen konnten) hatten Sie in den letzten zwölf Monaten?

Anzahl: \_\_\_\_\_

3. Haben Sie beim Finanzamt Ihres Hauptwohnsitzes Ihre selbstständige Tätigkeit angezeigt?

Datum der Anmeldung an das Finanzamt bzw. der letzten Steuererklärung mit Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit: \_\_\_\_\_

4. Benutzen Sie für die Durchführung Ihrer Interim-Mandate eigene Arbeitsmaterialien (z. B. PC/ Notebook, Checklisten und eigene Vorgehensweisen und Methoden)?

JA  NEIN

5. Rechnen Sie die selbstständige Tätigkeit als freiberuflicher Manager oder über eine andere Rechts-/Gesellschaftsform ab (z. B. eine GmbH)?

- Name, Sitz der Gesellschaft: \_\_\_\_\_
- Hat die abrechnende Gesellschaft Mitarbeiter (neben den Organfunktionen?) Wenn ja, wie viele? \_\_\_\_\_ MA
- Führt die abrechnende Gesellschaft Sozialbeiträge für Sie ab?  JA  NEIN

6. Haben Sie sich selbst freiwillig sozialversichert?

- Krankenversicherung: gesetzlich  privat
- Unfallversicherung:  JA  NEIN
- Gesetzliche Rentenversicherung:  Private Altersvorsorge:

7. Haben Sie für sich selbst eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen?

JA  NEIN

Ort, Datum: \_\_\_\_\_

Vorname, Name: \_\_\_\_\_ Unterschrift: \_\_\_\_\_

# 5 Spezieller Anwendungsfall: Agile Softwareentwicklung nach Scrum

# 5 Spezieller Anwendungsfall: Agile Softwareentwicklung nach Scrum

Agile Projektmethoden erfreuen sich zunehmender Beliebtheit. Sie zeichnen sich durch eine enge Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aus. Vor dem Hintergrund der in den vorstehenden Kapiteln herausgearbeiteten Kriterien lohnt sich daher ein Blick darauf, ob und wie agile Projektmethoden unter Vermeidung einer Arbeitnehmerüberlassung angewendet werden können. Die Rechtsauffassungen gehen darüber auseinander, in welcher Vertragsform die Anforderungen des neuen AÜG am besten umgesetzt werden können. Insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit die abnahmefähige Beschreibung des Gewerks bei einem Werkvertrag (s. Abschnitte 3.2.1 und 5.3.2) bzw. die konkrete Beschreibung der vereinbarten Dienstleistung bei einem Dienstvertrag (s. Abschnitte 3.3.1 und 5.3.3) unter Verwendung agiler Methoden vorab festgehalten werden können. Aus Sicht des Auftraggebers stellt sich darüber hinaus die Frage, ob er ein Scrum-Projekt in Reinform, oder nur begrenzte agile Elemente umsetzen möchte. Bereits an dieser Stelle muss daher betont werden, dass es bei der Wahl der Vertragsform keinen Königsweg gibt. Es kommt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an, welche vertragliche Gestaltungsoption für das (agile) Projektvorhaben des Unternehmens am besten passt und inwieweit diese in der Praxis auch gelebt werden kann.

## 5.1 Charakteristika und Anwendungsfelder von agiler Softwareentwicklung nach Scrum

### 5.1.1 Traditionelle Projektplanung

Traditioneller Projektplanung und auch Softwareentwicklung liegt das sogenannte Wasserfallmodell zu Grunde. Das Wasserfallmodell beschreibt eine lineare Vorgehensweise, die mit einer Anforderungsanalyse beginnt und mit der Auslieferung des Projektergebnisses endet.

Das Vorgehen ist stark dokumentgetrieben. Als Ergebnis der Anforderungsanalyse wird ein Lastenheft erstellt, auf dessen Grundlage ein Pflichtenheft entwickelt wird. Die Inhalte des Pflichtenhefts werden sodann programmtechnisch umgesetzt und dokumentiert.

Jedes Ergebnis einer Phase stellt wie bei einem Wasserfall immer die Vorgabe für die nächste Phase dar. Jede Phase muss also beendet sein, bevor die nächste beginnen kann. Insbesondere muss die Planung des Projekts abgeschlossen sein, bevor die Implementierung beginnen kann.

Nachträgliche Änderungen der Ergebnisse einer bereits abgeschlossenen Phase sind im Vorgehensmodell nicht vorgesehen. In der Praxis erfolgen sie über zeitaufwändige und für den Auftraggeber oft kostenintensive Änderungsanträge oder Change Requests.

Das Wasserfallmodell eignet sich insbesondere für Projekte, bei denen sich Anforderungen, Leistungen und Abläufe in der Planungsphase relativ präzise beschreiben lassen und keine oder nur

wenige Änderungen erforderlich sein werden. Bei Handeln unter Zeitdruck, kurzen Innovationszyklen und kontinuierlich wechselnden Anforderungen an die Software hat das Wasserfallmodell aber Schwächen.

## 5.1.2 Agile Softwareentwicklung im Allgemeinen

Agiler Softwareentwicklung liegt die These zu Grunde, dass Software nicht ingenieurmäßig konstruiert werden kann, sondern ein kreativer Prozess hierfür notwendig ist.

Dieser andere Ansatz der Softwareentwicklung kann als Mindset bzw. Methodologie bezeichnet werden und geht auf das sogenannte »Agile Manifest« aus dem Jahr 2001 zurück (<http://agilemanifesto.org/>).

Individuen und Interaktionen	zählt mehr als (nicht: anstatt)	Prozesse und Werkzeuge
Funktionierende Software		umfassende Dokumentation
Zusammenarbeit mit dem Kunden		Vertragsverhandlung
Reagieren auf Veränderung		Befolgen eines Plans

Leitgedanken dabei sind die frühe Einsetzbarkeit der Software und eine offene Planung zu Beginn des Projektes. Änderungen der Software während des Entstehungsprozesses sind der Regelfall, nicht die Ausnahme. Ein gesonderter Change Request Prozess, wie er in klassischen Projekten regelmäßig vereinbart wird, ist daher nicht erforderlich. Agile Projektmethoden verabschieden sich von der Illusion, dass der Projekterfolg erschöpfend im Voraus definiert werden kann.

Das Ergebnis wird vielmehr über iterative und inkrementelle, also aufeinander aufbauende Schritte entwickelt. Hierbei stehen Zusammenarbeit und Interaktion von Auftraggeber und Auftragnehmer im Vordergrund. Notwendige Zwischenschritte sind oft nicht im Voraus erkenn- und planbar, sondern ergeben sich aus der fortschreitenden Arbeit. Das Projekt hat einen variablen Inhalt und Umfang.

Umso wichtiger sind die Beschreibung von Prozeduren, Abläufen und Verantwortlichkeiten sowie ein Management, welches deren Einhaltung sicherstellt. Diese sind sozusagen der feste Anker, der dem Projekt Stabilität gibt, obwohl der Inhalt, also die konkret zu erstellende Software, einem steten Wandel unterliegt.

Agile Entwicklungsmethoden können ihre Vorteile insbesondere aufzeigen, wenn Zeitdruck herrscht und wenn die Anforderungen des Auftraggebers zu Beginn des Projektes noch unklar sind.

### 5.1.3 Scrum im Besonderen

Scrum kann heute als Standardvariante agiler Projektmethoden bezeichnet werden. Es basiert auf empirischer Prozesssteuerung, also auf Transparenz, Überprüfung und darauffolgender Anpassung. Scrum gibt somit den institutionellen Rahmen vor, es definiert klare Rollen, Ereignisse/Meetings und Artefakte. Jeder der Beteiligten trägt für die Erfüllung der ihm bei Scrum zugeschriebenen Rolle die volle Verantwortung. Diese strikt einzuhalten, stellt dabei letztlich wohl die größte Herausforderung dar.

Im Folgenden wird das für das Verständnis von Scrum Wichtigste in Kürze beschrieben. Für eine ausführlichere Beschreibung wird auf den Scrum Guide von Schwaber und Sutherland<sup>4</sup> verwiesen, auf den regelmäßig Bezug genommen wird.

Wir orientieren uns im Folgenden an der Reinform von Scrum, wie sie von Schwaber und Sutherland<sup>4</sup> beschrieben wird. In der Praxis existieren viele Varianten der Projektsteuerung, die nur Teile von Scrum umsetzen. Da Scrum eine in sich abgeschlossene Methodik ist, können diese Varianten streng genommen nicht die Bezeichnung »Scrum« für sich in Anspruch nehmen.<sup>5</sup>

#### 5.1.3.1 Scrum Team

- Product Owner

Der Product Owner ist für die Wertmaximierung des Produktes und der Arbeit des Entwicklungsteams verantwortlich.<sup>6</sup> Der Product Owner definiert eine Produktvision und verantwortet die strategische Entwicklung samt Konzeption. Er trägt damit die Gesamtverantwortung für den Erfolg des Projekts. Die Rolle des Product Owners verdeutlicht, dass Scrum kein Mittel sein kann, um das Risiko für das Scheitern des Projektes auf den Auftragnehmer abzuwälzen. Im Gegenteil: Der Auftraggeber spielt bei Scrum immer eine aktive, projektbestimmende Rolle.

Dem Product Owner steht als Steuerungsinstrument das Product Backlog zur Verfügung. Das Product Backlog ist eine geordnete Liste von allem, was in dem Produkt enthalten sein kann. Der Product Owner ist für seine Inhalte sowie den Zugriff darauf und die Priorisierung der Einträge verantwortlich.<sup>7</sup>

Das Product Backlog ist dabei stets veränderlich und erhebt auch keinen Anspruch auf Vollständigkeit.<sup>8</sup> Laufend kommen neue Einträge hinzu, andere werden gestrichen (da sie umgesetzt wurden oder die Umsetzung als nicht mehr notwendig angesehen wird) oder verändert. Das Product Backlog ist folglich nicht mit einem Pflichten- bzw. Lastenheft vergleichbar. Was in letzteren abschließend festgehalten wird, um es justiziabel (gerichtlich überprüfbar) zu machen, soll im

4 Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/>.

5 Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 17.

6 Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 5.

7 Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 14.

8 Vgl. Schneider, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2013, C, Rz. 154.

Product Backlog gerade wandelbar bleiben und jeweils nur einen Status quo widerspiegeln.<sup>9</sup>

Die Rolle des Product Owners, die regelmäßig von einem Vertreter des Auftraggebers eingenommen wird, stellt hohe Anforderungen an die zeitliche Verfügbarkeit und Entscheidungskompetenz. Der Product Owner muss in der Lage und vom Auftraggeber ermächtigt sein, kurzfristig verbindliche Entscheidungen zu fällen. Er benötigt dafür erhebliches Know-how. Ist der Auftraggeber nicht in der Lage, die Rolle des Product Owners adäquat auszufüllen und kann bzw. will er kein fremdes Know-how beispielsweise über Arbeitnehmerüberlassung heranziehen, so steht die Wahl von Scrum insgesamt in Frage. Der Auftraggeber ist dann wahrscheinlich besser beraten, eine traditionelle Projektmethodik wie das oben beschriebene Wasserfallmodell zu wählen. Das gleiche gilt, wenn es der Auftraggeber beabsichtigt, dem Auftragnehmer die Verantwortung für den Erfolg des Projekts zu übertragen. Er muss dann allerdings den Aufwand der Vorabplanung auf sich nehmen.

- Entwicklungsteam

Das Entwicklungsteam soll aus bis zu neun gleichwertigen Mitgliedern bestehen und hat die Aufgabe, während eines Sprints an der Herstellung eines Produktinkrements zu arbeiten.<sup>10</sup> Die Mitglieder haben das Informatik-Know-how, um die Software zu erstellen. Das Entwicklungsteam entscheidet selbst, wie es das Produktinkrement erstellen möchte.<sup>11</sup> Daher organisiert es sich vollständig selbst und hat die alleinige Gestaltungsmacht über den Arbeitsprozess. Das Entwicklungsteam steht in enger Abstimmung mit dem Product Owner. Dabei kann der Product Owner dem Entwicklungsteam fachliche Anweisungen i.S.d. § 645 BGB in Bezug auf die jeweiligen Produktanforderungen über Einträge im Product Backlog kommunizieren. Allgemeine arbeitsrechtliche Weisungen (z. B. hinsichtlich Arbeitszeit und -ort) darf er den Teammitgliedern aber nicht erteilen.

- Scrum Master

Der Scrum Master unterstützt das Entwicklungsteam in organisatorischer Hinsicht. Er ist der »Herr der Prozesse«. Er dient dem gesamten Entwicklungsteam und soll Hindernisse bei der Entwicklung der Software beseitigen. Dem Product Owner hat er fortlaufend die Scrum Methode zu vermitteln und auf eine optimierte Erstellung des Product Backlog hinzuwirken. Dazu hat er das Entwicklungsteam zur Selbstorganisation zu coachen und die Einhaltung der Scrum-Regeln sicherzustellen. Letzteres stellt die zentrale Aufgabe dar. Der Scrum Master verfügt weder gegenüber den externen Mitarbeitern, noch gegenüber dem Product Owner über ein arbeitsvertragliches Weisungsrecht. Durch seine Funktion kann er jedoch sicherstellen, dass keine Weisungen gegenüber den externen Mitarbeitern erteilt werden und somit das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung minimiert wird.<sup>12</sup>

---

9 Vgl. Schneider, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2013, C, Rz. 154; Hengstler, ITRB 2012, 113, 114.

10 Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 6.

11 Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 10.

12 Vgl. Litschen/Yacoubi, NZA 2017, S. 487.

### 5.1.3.2 Scrum Ereignisse

- Sprint Planning Meeting

Das Sprint Planning Meeting findet zu Beginn eines jeden Sprints statt. Teilnehmer sind Product Owner, Scrum Master und das Entwicklungsteam. Es erfolgt die Auswahl der zu erledigenden Funktionalitäten aus dem Product Backlog und deren »Zuschneiden« zu einer Arbeitseinheit, dem Sprint Backlog. Die Zusammenstellung des Sprint Backlogs wird determiniert durch die Priorisierung der einzelnen Aufgaben oder Funktionalitäten sowie die Schätzung des Aufwands für deren Implementierung durch das Entwicklungsteam und durch die verfügbare Entwicklerkapazität.

Das Sprint Backlog ist also eine Prognose des Entwicklungsteams darüber, welche Funktionalität im nächsten Inkrement enthalten sein soll, ebenso wie über die erforderliche Arbeit, um diese Funktionalität zu liefern.<sup>13</sup> Weder das Product Backlog, noch das Sprint Backlog können im Sinne eines Lasten- oder Pflichtenhefts verstanden werden, denn es fehlt jeweils an einer Verpflichtung zur Realisierung aller Einträge sowie an der Bestimmtheit hierfür.<sup>14</sup> Eine solche Verpflichtung würde dem Entwicklungsprozess die erforderliche Flexibilität nehmen und damit agilen Prinzipien zuwiderlaufen. Das Versprechen eines konkreten Leistungserfolgs wird vielmehr ersetzt durch größtmögliche Transparenz im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit, das Sprint-Ziel zu erreichen.<sup>15</sup>

- Sprint

Der Sprint ist die Entwicklungsphase eines oder mehrerer Softwareinkremente. Der Zeitraum dafür ist unveränderlich festgelegt und sollte nicht mehr als einen Monat betragen. Ein Sprint folgt direkt dem nächsten. Während eines Sprints arbeitet das Entwicklungsteam das Sprint Backlog autonom ab. Der Product Owner hat keine Einwirkungsmöglichkeiten auf die inhaltliche Arbeit. Insbesondere kann der Product Owner das Sprint Backlog während des laufenden Sprints nicht eigenmächtig verändern. In Extremfällen kann der Sprint vom Product Owner abgebrochen werden. Es findet dann eine erneute Sprintplanung statt. In einem Sprint muss keine Realisierung aller Einträge des Sprint Backlogs erfolgen, vielmehr kann auch festgestellt werden, dass einzelne Einträge nicht umsetzbar sind oder einer anderen Art der Umsetzung bedürfen.

- Daily Scrum

Der Daily Scrum findet täglich am Morgen statt und dauert ca. 15 Minuten. Es ist ein interner Austausch zwischen den Mitgliedern des Entwicklungsteams. Scrum Master oder Product Owner haben kein Rederecht. Weisungen können folglich nicht erteilt werden. Es wird besprochen, was am vorigen Tag getan wurde, welche Probleme auftraten und was am folgenden Arbeitstag gemacht wird.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 15.

<sup>14</sup> Vgl. Schneider in Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2013, C, Rz. 154.

<sup>15</sup> Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 16.

<sup>16</sup> Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 11-12.

- Sprint Review

Im Sprint Review werden die Ergebnisse eines Sprints überprüft. Das Inkrement wird dem Product Owner bzw. dem Auftraggeber präsentiert. Der Product Owner erklärt, welche Einträge des Product Backlogs erledigt oder »done« sind und welche nicht.<sup>17</sup> Wurden Vorgaben des Sprint Backlogs nicht erfüllt, so werden diese wieder in das Product Backlog aufgenommen.<sup>18</sup>

Daraus folgt, dass während eines Sprints – je nach Ausgestaltung des Scrum-Projektes – unter Umständen kein konkretes, an Programmiererergebnissen messbares Ergebnis rechtlich verbindlich zu erstellen ist. Ob die Backlog-Einträge fertigzustellen sind, ist Gegenstand der nächsten Sprintplanung. Dabei kann sich etwa ergeben, dass bestimmte nicht erledigte Einträge z. B. über gewünschte Funktionalitäten niedriger priorisiert werden und die Bearbeitung anderer Einträge, z. B. die Entwicklung anderer Funktionsentitäten, vorgezogen werden.

## 5.2 Scrum vs. Vermeidung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung – ein unauflösbarer Widerspruch?

Nach dem neu gefassten § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sind die Eingliederung der Arbeitnehmer des Verleihers in die Arbeitsorganisation des Entleihers sowie die Weisungsunterworfenheit der Arbeitnehmer des Verleihers gegenüber dem Entleiher die maßgeblichen Kriterien für eine Arbeitnehmerüberlassung.

Die enge Zusammenarbeit und der ständige Austausch der Beteiligten eines Scrum-Projekts lassen Scrum auf den ersten Blick als einen besonders problematischen Fall erscheinen. Enge Zusammenarbeit und räumliche Nähe der Projektbeteiligten wird häufig empfohlen, um Interaktionen und das gegenseitige Verständnis zu fördern. Direkte Kommunikation ist unabdingbar. Dies schließt auch die direkte Kommunikation zwischen Mitarbeitern des Auftragnehmers und denen des Auftraggebers ein. Umständliche Berichtswege zur Vermeidung eines direkten Austauschs sind daher keine Option.

### 5.2.1 Erhöhtes Risiko der Eingliederung bei Scrum-Projekten?

Da Scrum-Projekte regelmäßig über einen längeren Zeitraum und nicht selten beim Auftraggeber vor Ort erfolgen, sind sowohl in der vertraglichen Ausgestaltung als auch in der praktischen Durchführung die in den Abschnitten 3.2 und 3.3 empfohlenen Maßnahmen zur Vermeidung einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers umzusetzen. Ob es bei Scrum ein im Vergleich zu anderer projektbezogener Arbeit beim Auftraggeber spezifisch erhöhtes Risiko für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung gibt, ist für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen.

Zur Vermeidung einer Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers sollten Mitarbeiter des Auftragnehmers daher unter anderem äußerlich von Mitarbeitern des Auftraggebers unterscheidbar

---

<sup>17</sup> Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 12

<sup>18</sup> Vgl. Balzert, Lehrbuch für Softwaretechnik. Softwaremanagement, 2. Aufl. 2008, S. 672.

sein (z. B. durch einen entsprechenden Hinweis auf Dienstaussweisen), eigene E-Mail-Adressen verwenden und in separaten Räumlichkeiten mit eigenen Betriebsmitteln arbeiten.

## 5.2.2 Selbstorganisation statt Weisungsgebundenheit

Begriffe wie Weisungsgebundenheit bzw. Über- und Unterordnung sind agilen Methoden fremd. Scrum ist eine selbstorganisierte Vorgehensweise, die die herkömmliche hierarchische Arbeitsorganisation auflöst.<sup>19</sup> Jedes Projektmitglied füllt eine genau definierte Rolle aus und übernimmt darin Eigenverantwortung. Weisungen im arbeitsrechtlichen Sinne sind nicht vorgesehen. Dieses Grundprinzip von Scrum mindert zugleich das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung.<sup>20</sup>

Aus der Beschreibung der Prinzipien von Scrum im Abschnitt 5.1 wird deutlich, dass es sich bei einem Scrum-Projekt keineswegs um Arbeit auf Zuruf handelt. Daher erhöht die direkte Kommunikation auch nicht zwangsläufig die Gefahr der Erteilung arbeitsrechtlicher Weisungen durch Repräsentanten des Auftraggebers. Vielmehr sind die Einflussmöglichkeiten des Product Owners als Vertreter des Auftraggebers klar umgrenzt. Denkbar sind allenfalls »Anweisungen« i. S. d. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB, die jedoch arbeitsrechtlich unschädlich sind (siehe zu dieser Unterscheidung oben Abschnitte 3.2.1 und 3.3.1). Zudem existiert in Gestalt des Scrum Masters eine Art »Schiedsrichter«, der über die Einhaltung der Spielregeln von Scrum wacht.

In der Vertragsgestaltung ist daher besonders darauf zu achten, dass die Art und Weise der Arbeitsorganisation und insbesondere das Prinzip der Weisungsfreiheit entsprechend den Scrum-Grundsätzen klar geregelt wird. Dazu geben die Abschnitte 5.3.2 und 5.3.3 praktische Hinweise.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass agile Softwareentwicklungsmethoden wie Scrum bei strikter Einhaltung der jeweiligen Regeln das Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung nicht etwa erhöhen, sondern im Gegenteil reduzieren.

## 5.3 Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

### 5.3.1 Allgemeines

Wie bereits zum Beginn des Kapitels 5 erwähnt, gibt es keine Universallösung für die vertragliche Gestaltung eines Projekts mit agiler Vorgehensweise. Es kommt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an, welche Vertragsform und Umsetzung für das agile Projektvorhaben des Unternehmens am besten passt. Hierbei sind u. a. die Besonderheiten der Branche, des Projektvorhabens sowie das Vorhandensein von Know-how in Bezug auf agile Vorgehensweisen und einer entsprechenden Unternehmenskultur im Unternehmen des Auftraggebers zu berücksichtigen. Bei

<sup>19</sup> Vgl. Heise/Friedl, NZA 2015, 129, 130.

<sup>20</sup> Vgl. Heise/Friedl, NZA 2015, 129, 137.

der Wahl der vertraglichen Gestaltung muss darüber hinaus die Risikoevaluation für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung in jedem Einzelfall vorgenommen werden.

Soll ein Vertrag für ein agiles (Scrum-)Projekt als Werk- und/oder Dienstvertrag ausgestaltet werden, so gilt es, bei der Vertragsgestaltung die Charakteristika eines Scrum-Projekts mit den für einen Werk- und/oder Dienstvertrag sprechenden Regelungen in Einklang zu bringen. Zugleich gilt es aber auch, die Risiken für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung so weit wie möglich zu reduzieren. Die rechtliche Abbildung des Projektes als Werk- und/oder Dienstvertrag kann im Einzelfall dazu führen, dass in der Praxis eine neue Form der agilen Projektsteuerung entsteht, welche sich zwar einige wesentlichen Elemente von Scrum zu eigen macht, tatsächlich aber kein Scrum-Projekt in Reinform mehr darstellt. Alleine von der vertraglichen Ausgestaltung und den Projektgegebenheiten im Einzelfall hängt die rechtliche Klassifizierung von IT-Vertrag und agilem (Scrum-)Projekt am Ende ab.

Ausgangspunkt der Vertragsgestaltung für ein agiles (Scrum-)Projekt ist daher die Frage, welche Partei die Gesamtverantwortung für das Projekt tragen soll und welche Rollen (Product Owner, Scrum Master und Entwicklungsteam) von welcher Partei übernommen werden. Denkbar ist dabei auch die Bildung »gemischter« Entwicklungsteams mit auftraggeber- und auftragnehmerseitigen Mitgliedern. Ob ein »gemischtes« Entwicklungsteam mit auftraggeber- und auftragnehmerseitigen Mitgliedern gebildet wird, oder ob das Entwicklungsteam ausschließlich aus auftragnehmerseitigen Mitgliedern bestehen soll, richtet sich nach den Projektgegebenheiten im Einzelfall. Eine wichtige Vorüberlegung in diesem Zusammenhang ist auch die Frage, ob der Auftragnehmer die Rollen mit eigenen Arbeitnehmern oder mit Solo-Selbstständigen besetzen möchte. Da die Gerichte bei der Beurteilung, ob ein Dienst- und/oder Werkvertrag oder eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, sehr genau darauf abstellen, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird, sollte der Vertrag so ausgestaltet werden, dass er die von den Parteien intendierten Projektgegebenheiten wahrheitsgemäß widerspiegelt. Während des gesamten Zyklus des agilen (Scrum-)Projekts ist wiederum darauf zu achten, dass die Parteien die vertraglichen Regelungen »leben«.

Möchte (und kann!) der Auftraggeber wegen seines eigenen Know-hows insbesondere in Bezug auf agile Vorgehensweisen und der eigenen verfügbaren Ressourcen in erheblichem Maß Kontrolle ausüben und kann die Gesamtverantwortung für das Projekt deshalb auch bei ihm verbleiben, spricht einiges dafür, dass der Vertrag (tatsächlich) dem Dienstvertragsrecht unterliegt und daher diesem auch vertraglich zu unterstellen ist.

Möchte bzw. muss der Auftraggeber hingegen (z. B. mangels (agilem) Know-how oder wegen Mangel an eigenen Ressourcen) die Gesamtverantwortung dem Auftragnehmer übertragen, spricht dies dann – zusammen mit anderen Faktoren – für eine werkvertragliche Ausgestaltung des Vertrags und des Projekts.

Der Vertragsgestaltung voraus gehen sollte die Ermittlung, wie hoch das Risiko ist, dass ein Gericht zu der Auffassung gelangt, dass eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Wird das Risiko für das Vorliegen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung als signifikant eingestuft, könnte frühzeitig die Ausgestaltung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bei einer Projektdau-

er von bis zu achtzehn Monaten erwogen werden, um den strengen deutschen Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung Rechnung zu tragen.

Zusätzlich zu den untenstehenden Aspekten sollten die Verfahren und Prinzipien, nach denen das agile (Scrum-)Projekt ausgestaltet werden soll, im Vertrag abgebildet werden.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf Scrum-Projekte, entfalten aber jedenfalls dem Grundgedanken nach auch bei Verwendung anderer agiler Methoden Geltung.

### 5.3.2 Werkvertrag

Soll ein Projekt mit agilen bzw. Scrum-Elementen in Form eines Werkvertrags durchgeführt werden, gilt es, diese Charakteristika der Scrum-Methode mit den Kernelementen des Werkvertragsrechts in Einklang zu bringen.

- Festlegung des unter dem Werkvertrag geschuldeten Erfolgs:

Scrum zeichnet sich u. a. aus durch

- iteratives Vorgehen in Sprints,
- ständige Änderungen der Kundenanforderungen während des Projekts und
- ein zumindest zu Beginn des Projekts nicht (klar) definiertes Projektergebnis.

Demgegenüber ist eine vorab erfolgende Festlegung des unter dem Werkvertrag geschuldeten Erfolgs ein Kernelement des Werkvertrags. Die Gesamtverantwortung für die Erreichung des geschuldeten Erfolgs ist dabei dem werkvertraglichen Leitbild entsprechend dem Auftragnehmer zuzuweisen. Eine detaillierte Vorabfestlegung des geschuldeten Erfolgs könnte somit in Gegensatz zu der Verwendung der Scrum-Methodik stehen.

Bei der Vertragsgestaltung ist es zudem eine Herausforderung, das werkvertragliche Mängelrecht mit Scrum zu kombinieren. Im Rahmen der Sprint Review werden zwar die Ergebnisse des Sprints überprüft, eine werkvertragliche Abnahme findet allerdings – ohne eine entsprechende vertragliche Regelung – nicht statt.

Die Konsequenz der Feststellung, dass bestimmte Backlog-Einträge nicht »erledigt« sind, ist lediglich die Wiederaufnahme in das Product Backlog. Solche Backlog-Einträge werden nicht als mangelhaft bewertet mit der Folge, dass eine Nacherfüllung oder Mängelbeseitigung geschuldet wäre. Denn dies würde eine kontraproduktive Vorweg-Festlegung der Inhalte des nächsten Sprints darstellen. Außerhalb der Sprints ist eine Nacherfüllung oder Mängelbeseitigung ebenfalls kaum möglich, denn Scrum in Reinform schließt ausdrücklich aus, vom Entwicklungsteam zu verlangen, Anforderungen außerhalb des Product Backlogs zu bearbeiten.<sup>21</sup>

Bei **echtem** Scrum muss dem Besteller daher klar sein, dass eine Vielzahl von Arbeitspaketen vereinbart wird, wobei jedes Arbeitspaket ein Teilwerk und das Scrum-Projekt als solches das Rahmenwerk darstellt. Jeder Sprint ist ein Arbeitsauftrag, der durch das Product Backlog definiert

---

<sup>21</sup> Vgl. Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2016, S. 6

wird. Was hat das zur Folge? Scrum führt dazu, dass die konkret zur Abnahme herangezogenen Anforderungen an die Software erst in der laufenden Zusammenarbeit entwickelt werden und nicht zu Vertragsbeginn (abschließend) feststehen.

Ob nach »Abnahme« jedes Sprints Raum für eine »Gesamtabnahme« ist, hängt vom Einzelfall ab. Sind die unter den einzelnen Sprints zu erstellenden Arbeitspakete abgenommen, kann es sein, dass der Besteller das Gesamtergebnis auch dann akzeptieren muss, wenn ihm das Ergebnis am Ende der vielen Sprints nicht gefällt. Um derartige Situationen zu vermeiden, ist es wichtig, den unter dem nächsten Sprint zu erzielenden (Zwischen-) Erfolg mit Bedacht zu definieren.

Für die Vertragsgestaltung bieten sich daher folgende Vorgehensweisen an:

- Es ist dem Auftraggeber **im Einzelfall** möglich, zu Projektbeginn das geschuldete Arbeitsergebnis (evtl. auch abstrakt) genau zu spezifizieren, wobei für den Auftragnehmer lediglich der Weg offenbleibt, wie er zu dem vordefinierten (abstrakten) Arbeitsergebnis kommt. Die Rechtsauffassungen gehen allerdings darüber auseinander, inwieweit in diesem Fall eine rechtssichere Abnahme des Werkes erfolgen kann.
- Es wird in einem Rahmen(projekt-)vertrag zunächst der unter dem Werkvertrag geschuldete Erfolg abstrakt beschrieben. Unter dem Rahmenvertrag schließen die Parteien zu Beginn jedes Sprints Einzelaufträge ab, in denen der in dem jeweiligen Sprint zu erzielende (Zwischen-)Erfolg so konkret wie möglich festgelegt wird.

Stellen die Parteien während des Sprints fest, dass aus technischer und/oder operativer Sicht eine Abkehr von dem bisher angestrebten (Zwischen-)Erfolg notwendig ist, so kann dieser durch einen Change Request (einvernehmlich) geändert werden (vgl. Abschnitt 5.1.1). Um der für Software-Projekte typischen Vielzahl an Änderungsanforderungen des Kunden Rechnung zu tragen, sollte im Vertrag ein schneller und wenig bürokratischer Change Request Prozess verankert werden.

In beiden Fällen liegt jedoch die Beschreibung eines zu liefernden Arbeitsergebnisses vor, was den – einvernehmlich vereinbarten – werkvertraglichen Charakter dieses Projekts unterstreicht.

- Lastenheft trotz Scrum?

Wird das Projekt in Form der klassischen Wasserfallmethode durchgeführt, wird das vom Auftraggeber vorab erstellte Lastenheft häufig als Anlage Vertragsbestandteil. Im Lastenheft beschreibt der Auftraggeber die aus seiner Sicht bestehenden Anforderungen an den Auftragnehmer. Der Auftragnehmer beschreibt sodann im Pflichtenheft, wie er die Anforderungen des Auftraggebers im Projekt zu lösen vermag. Bei Scrum-Projekten stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, ein Lastenheft ähnliches Dokument (sofern dieses bereits beim Auftraggeber vorhanden ist) zum Vertragsbestandteil zu machen. In der Praxis dürfte sich hier das Problem ergeben, dass das zu entwickelnde Produkt sich im Verlauf des Scrum-Projekts immer weiter von den ursprünglich in dem Lastenheft festgelegten Anforderungen entfernt und somit gegen Ende des Projektes nicht mehr von hohem Nutzen ist. Auf der anderen Seite unterstreicht nur die vertragliche Festlegung hinreichend konkreter Anforderungen an das Produkt durch den Auftraggeber den werkvertraglichen Charakter. Zudem ist es von Vorteil, wenn sich der Auftraggeber vor Projektbeginn intern über die von seiner Seite bestehenden Anforderungen klar wird. Somit ist es auch bei Verwendung von Scrum-inspirierten Methoden empfehlenswert, jedenfalls einen »Anforderungsska-

talog« Vertragsbestandteil werden zu lassen. Der Detaillierungsgrad des Anforderungskatalogs sollte dabei an den Projektgegebenheiten ausgerichtet werden. Für die Annahme einer werkvertraglichen Erfolgsbeschreibung können dabei bereits funktionale Beschreibungen genügen<sup>22</sup>, was dafür spricht, dass der Anforderungskatalog auf eine Beschreibung des Produkts in den Grundzügen beschränkt sein kann. Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine funktionale Beschreibung zu einer Risikoverteilung der Vollständigkeit zum Auftragnehmer führen kann.

Der Anforderungskatalog sollte sich daher qualitativ von einem Lastenheft unterscheiden. Er sollte möglichst nicht nur oberflächlich eine Handlung beschreiben, sondern etwas detaillierter darlegen, was genau vorzunehmen ist, ohne jedoch jede einzelne Vornahme im kleinsten Detail aufzuschlüsseln. Scrum sieht vor jedem Sprint die Erstellung des Product Backlogs vor. Es ist davor zu warnen, die Vorgehensweisen von »Wasserfall« mit einem umfassenden Lastenheft mit echtem Scrum zu vermischen. Eine solche Kombination beider Methoden würde zu Lasten der Effizienz und der jeweiligen Vorteile gehen.

Der Auftragnehmer kann demgegenüber dazu verpflichtet werden, im Verlauf des Projekts eine Dokumentation zu erstellen, die als Maßstab für die vorläufigen (Zwischen-)Abnahmen und die finale Gesamtabnahme dient. Zudem können im Einzelfall Inline-Dokumentationen, Online-Dokumentationen und Dokumentationen der Abstimmungsprozesse sinnvoll sein.<sup>23</sup>

#### ▪ Vergütungsmodelle

In der Praxis favorisieren die Parteien häufig auch beim Werkvertrag eine Vergütung auf Basis von »Time & Material«. <sup>24</sup> Dies stellt aus arbeitsrechtlicher Sicht jedoch häufig ein Indiz für verdeckte Arbeitnehmerüberlassung dar. Gegen die Vereinbarung eines Festpreises zu Beginn des Scrum-Projekts spricht jedoch, dass die Parteien den Gesamtaufwand zu diesem Zeitpunkt häufig noch nicht abschätzen können. Ein alternatives Vergütungsmodell, welches den werkvertraglichen Charakter unterstreicht und zugleich dem bei Scrum-Projekten bestehenden Bedarf an Flexibilität Rechnung trägt, ist ein Vergütungsmodell, welches jeder im Rahmen eines Sprints zu erledigenden Aufgabe eine bestimmte Komplexität zuordnet. Die geschuldete Vergütung bemisst sich dann nach der Komplexität der jeweiligen Aufgabe und wird nach sog. Storypoints berechnet. In der Praxis erfolgt die Festlegung der Storypoints vor einem Sprint häufig im Rahmen einer Schätzklausur, an der alle Fachkundigen beider Parteien teilnehmen und mit Hilfe mathematischer Verfahren für möglichst realistische Werte sorgen. Jeder Sprint hat dann seinen eigenen »Festpreis«, der sich nach der Anzahl der Storypoints bemisst. Je freier der Auftragnehmer in der Festlegung der Storypoints (des zugrundeliegenden »Festpreises« für den Sprint) ist, desto mehr spricht für die Annahme eines Werkvertrags.

<sup>22</sup> BGH NJW 1997, 1772

<sup>23</sup> dazu Kremer, ITRB 2010/12, 283, 287

<sup>24</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere das jüngste Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (Az. 5 U 152/16 vom 17.08.2017). Der Senat hat einer Klageforderung stattgegeben, die sich auf eine nach Stunden erbrachte Leistung gerichtet hat. Dabei hat das Gericht die Frage offen gelassen, ob der streitgegenständliche Scrum-Projektentwicklungsvertrag ganz oder teilweise als Dienst- oder Werkvertrag einzustufen sei.

- Mietvertragliche Regelung der Raumnutzung

In dem Vertrag sollten Regelungen getroffen werden, die geeignet sind, einer Eingliederung von Erfüllungsgehilfen (eigenen Arbeitnehmern des Auftragnehmers und Solo-Selbstständigen) in den Betrieb des Auftraggebers entgegenzuwirken (vgl. Kapitel 3 und 4). Da die dauerhafte Tätigkeit von Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers in Räumlichkeiten des Auftraggebers ein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ist, sollte der Vertrag eine Regelung enthalten, wonach der Auftragnehmer die für die Arbeit des Entwicklungsteams und die Durchführung der Scrum-Meetings benötigten Räumlichkeiten von dem Auftraggeber anmietet. Der Mietvertrag sollte einem Drittvergleich standhalten und dem Werkvertrag als Anlage beigefügt werden. Die von dem Auftragnehmer angemieteten Räumlichkeiten sollten – aus Sicht des Auftraggebers – optisch eindeutig als Räumlichkeiten von Externen gekennzeichnet sein, beispielsweise durch entsprechende Türschilder.

- Regelung der Zusammenarbeit des Entwicklungsteams

- Prüfung und Festlegung der Rollenverteilung

Eine Aufgabe bei der werkvertraglichen Gestaltung eines Software-Projekts mit Scrum-Elementen ist, für die Zusammenarbeit innerhalb des Entwicklungsteams eine Regelung zu treffen, die dem Charakter des Scrum-Projekts gerecht wird und gleichzeitig das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung soweit wie möglich reduziert. Bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses sollte geprüft werden, ob die zu verteilenden Rollen (Product Owner, Scrum Master, Entwicklungsteam) so zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aufgeteilt werden können, dass dem werkvertraglichen Charakter (Erfolgsverantwortung beim Auftragnehmer; lediglich Erbringung von Mitwirkungsleistungen durch den Auftraggeber) Rechnung getragen werden kann. Gibt es klare Zeitpunkte und definierte Stellen, an denen der Auftragnehmer die Verantwortung übernimmt und seine (Teil-)Ergebnisse dem Auftraggeber zur Prüfung und Abnahme vorlegt, spricht fast alles für einen Werkvertrag.

- Festlegung der Mitglieder des Entwicklungsteams

Die Verantwortung für die Anzahl und Auswahl der Mitglieder des Entwicklungsteams sollte im Werkvertrag dem Auftragnehmer zugewiesen werden. Wird eine werkvertragliche Ausgestaltung intendiert, so sollte das Entwicklungsteam aus Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers bestehen, da »gemischte« Entwicklungsteams, die aus auftragnehmer- und auftraggeberseitigen Mitgliedern bestehen, das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung signifikant erhöhen. Ist diese Vorgabe nicht praktikabel, sollte über die Ausgestaltung der Zusammenarbeit in Form eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags nachgedacht werden. Gleiches gilt, wenn ein gemischtes Entwicklungsteam aus Arbeitnehmern des Auftragnehmers und »Solo-Selbstständigen« geplant ist. Wird der Einsatz von Solo-Selbstständigen erwogen, ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass belegbar ist, dass die Solo-Selbstständigen sich im Vergleich zu den Arbeitnehmern des Auftragnehmers und des Auftraggebers durch »höheres Wissen« auszeichnen. Diese – arbeitsrechtlich gebotene – Notwendigkeit steht jedoch teilweise im Widerspruch mit dem Leitbild fehlender Hierarchien im Entwicklungsteam. »Höheres Wissen« liegt dabei nicht schon dann vor, wenn die betreffende Partei über Personal mit gleichem Wissensstand verfügt, dieses aber für das konkrete Projekt nicht verfügbar ist, sondern nur dann, wenn die jeweilige Partei selbst gar nicht über Res-

sourcen mit dem betreffenden Know-how verfügt, es also mangels Know-how und/oder eigenen Ressourcen nicht selber »abarbeiten« könnte.

- Vertragliche Regelung der Scrum-Meetings

Unter einem Werkvertrag organisiert der Auftragnehmer den Einsatz seiner Erfüllungsgehilfen eigenverantwortlich. Die terminliche Planung sämtlicher Scrum-Meetings, insbesondere Sprint Planning Meetings und Sprint Review Meetings, sollte daher im Vertrag dem Auftragnehmer zugewiesen werden.

Ebenfalls in den Vertrag aufzunehmen sind Regelungen zum Ablauf der Scrum-Meetings. Die Regelungen sind so auszugestalten, dass eine Eingliederung der Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers in den Betrieb des Auftraggebers möglichst verhindert wird. Der Vertrag sollte daher eine Regelung enthalten, wonach die Scrum-Meetings ausschließlich in den vom Auftragnehmer angemieteten Räumlichkeiten stattfinden.

- Vertragliche Regelung der Kommunikationswege

Bei der werkvertraglichen Gestaltung eines Software-Projekts mit Scrum-Elementen sollten in der in Projektverträgen üblichen Klausel zu Eskalation und Governance die Kommunikationswege detailliert geregelt werden. Auftragnehmer und Auftraggeber sollten jeweils eine Kontaktperson benennen, die als einziger Ansprechpartner für die andere Partei fungiert. Auftraggeberseitig bietet sich hierfür der Product Owner an. Auftragnehmerseitig kann die Rolle der Kontaktperson – zusätzlich zu seiner Scrum-Funktion als fachliche/organisatorische Schnittstelle zwischen dem Product Owner und dem Entwicklungsteam – gegebenenfalls auch vom Scrum Master ausgeübt werden.<sup>25</sup> Die Kontaktpersonen treffen gemeinsam alle für den Verlauf des Projekts wesentlichen Entscheidungen und kommunizieren diese intern an ihre Teammitglieder.

Zudem empfiehlt sich bei einer werkvertraglichen Gestaltung, jeder Kontaktperson des Auftragnehmers die alleinige Weisungsbefugnis für ihre Teammitglieder zuzuweisen; für den Auftraggeber sollte zudem ein ausdrückliches Verbot der Erteilung von Weisungen an Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers in den Vertrag aufgenommen werden. Hingegen ist es unschädlich, wenn der Product Owner werkbezogene Anweisungen im Sinne des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB erteilt.<sup>26</sup> Auch das Recht zur Gewährung von Urlaub oder der Anordnung von Überstunden sollten klar der jeweiligen Kontaktperson oder einer anderen, für die jeweilige Partei tätigen Person zugeordnet werden. Sofern der Projektverlauf eine Abstimmung der Urlaubszeiten der auftragnehmer- und auftraggeberseitigen Entwicklungsteam-Mitglieder erforderlich macht, ist die Abstimmung zwischen den Kontaktpersonen bzw. den dafür separat bestimmten Personen vorzunehmen.

Zusammenfassend lässt sich mit Blick auf eine werkvertragliche Gestaltung Folgendes feststellen:

Geschieht die eigentliche Softwareerstellung am Ende ohne die Eingliederung der Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers in den Betrieb des Auftraggebers und unter der Aufsicht des Auftrag-

---

<sup>25</sup> Vgl. Litschen/Yacoubi, NZA 2017, S. 488

<sup>26</sup> Heise/Friedl, NZA 2015, 129, 133

nehmers, spricht einiges dafür, dass eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vermieden werden kann und ein Werkvertrag vorliegt. Den Auftragnehmer kann dann wegen der Kontrolle über das Arbeitsergebnis bei entsprechender vertraglicher Risikoübernahme auch eine Erfolgsverantwortung treffen und er hat sich dann aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung und der – entsprechend seinen höheren Beiträgen auch – höheren Vergütung ebenso darauf eingelassen. Am Ende entscheidet unter anderem die Antwort auf die Frage, wer die eigentliche Gesamtverantwortung über die Softwareentwicklung innehat, darüber, welche Rechtsnatur der Projektvertrag hat. Liegt der überwiegende Anteil dieser Kontrolle beim Auftragnehmer, so spricht dies für einen Werkvertrag.

### 5.3.3 Dienstvertrag

Bei agilen Projekten wird das Ergebnis in einem iterativen Prozess entwickelt, in dem Auftraggeber und Auftragnehmer laufend interagieren und eng zusammenarbeiten. Zudem kann eine – wie beispielsweise bei einem Werkvertrag notwendige – »Konkretisierung des Erfolges«, also des endgültigen Softwareproduktes, und eine »trennscharfe, abnahmefähige Beschreibung« dessen (vgl. Abschnitte 3.2.1 und 3.2.2 sowie 5.3.2.) nicht in jedem Fall im Voraus erfolgen. Deshalb kann bei agilen Projekten zu überlegen sein, auf eine dienstvertragliche Gestaltung zurückzugreifen.<sup>27</sup>

Da die bei Scrum-Projekten übliche enge Zusammenarbeit von Auftragnehmer und Auftraggeber das Risiko einer Erteilung von arbeitsrechtlichen Weisungen und damit einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung erheblich erhöht und die dienstvertragstypische Vergütung nach »Time & Material« von der Rechtsprechung im Einzelfall als weiteres Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung gewertet werden könnte, scheint eine dienstvertragliche Ausgestaltung eines Scrum-Projekts nur empfehlenswert und möglich, wenn die Scrum-Methodik strikt eingehalten wird. Die dienstvertragliche Ausgestaltung bringt den Nachteil mit sich, dass keine Abnahme erfolgt und dem Auftraggeber keine spezifischen Gewährleistungsansprüche zustehen. Dafür kann im Gegenzug von der Effizienz von Scrum profitiert werden.

- Vertragliche Festlegung der geschuldeten Dienstleistung

Die im Zuge des Scrum-Projekts zu erbringenden Dienstleistungen sollten im Vertrag spezifiziert werden. Organisation und Durchführung der Dienstleistung sind dabei ausdrücklich dem Auftragnehmer zuzuweisen. Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber anderen Verträgen, die als Dienstvertrag und nicht als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausgestaltet werden sollen (vgl. Abschnitte 3.3.1 und 3.3.2).

- Gesamtverantwortung für das Projekt

Anders als beim Werkvertrag trägt bei einem Dienstvertrag der Auftraggeber die Gesamtverantwortung für das Scrum-Projekt und will diese Verantwortung auch tragen. Diese Verantwortung

---

<sup>27</sup> vgl. Hengstler, ITRB 2012, 113, 116 am Beispiel Scrum

kann der Auftraggeber aber nur übernehmen, wenn er zu Projektbeginn auch über das notwendige Know-how in Bezug auf agile Vorgehensweisen und die erforderlichen Ressourcen verfügt. Entscheiden sich die Parteien daher für eine (rein) dienstvertragliche Ausgestaltung, so sollte der Vertrag die Tragung des Erfolgsrisikos durch den Auftraggeber klar hervorheben. Eine dienstvertragliche Ausgestaltung scheint daher vor allem dann sinnvoll, wenn der Auftraggeber und insbesondere der von ihm eingesetzte Product-Owner über ein hohes Maß an Spezialwissen verfügt, welches für den Erfolg des Scrum-Projekts entscheidend ist.

- Regelung der Zusammenarbeit der Parteien

Unter dem Gesichtspunkt der Reduzierung des Risikos einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung sollten die von dem Auftragnehmer eingesetzten Erfüllungsgehilfen (Arbeitnehmer und Solo-Selbstständige) über ein sogenanntes »höheres Wissen« verfügen. Problematisch ist insoweit, dass unter einem Dienstvertrag dem Auftraggeber die Projektsteuerung und -verantwortung sowie das vollständige Risiko für die Fertigstellung des zu entwickelnden Produkts zufällt.<sup>28</sup> Diese Aufgabe wird der Auftraggeber nur erfüllen können, wenn er selbst hohe Kompetenz und Spezialwissen in der betreffenden Materie hat. Verfügt der Auftraggeber (beispielsweise in der Rolle des Product Owners) jedoch auch über das für die Projektsteuerung und -verantwortung benötigte Spezialwissen, könnte die vertragliche – und unter dem Aspekt der Reduzierung des Risikos für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung auch gebotene – Herausstellung des »höheren Wissens« von dem seitens des Auftragnehmers zu stellenden Entwicklungsteam und Scrum Master Schwierigkeiten bereiten.

Aus Praxissicht ist gleichwohl anzumerken, dass die Kompetenzanforderungen an den Product Owner und das Entwicklungsteam in der Regel unterschiedlich ausfallen. Der Product Owner muss in erster Linie ein umfangreiches Wissen über die Geschäftsprozesse haben, die softwaretechnisch umgesetzt werden; eigene Programmierkenntnisse muss er dennoch nicht zwingend aufweisen. Die Mitglieder des Entwicklungsteams haben vor allem das Informatik-Know-how, um die Software zu erstellen. Diese Sachkunde bzw. dieses »höhere Wissen« möchte der Auftraggeber nutzen, was typischerweise einer dienstvertraglichen Ausgestaltung entspricht.

Das Entwicklungsteam steht in enger Abstimmung mit dem Product Owner. Dabei kann der Product Owner dem Entwicklungsteam fachliche Anweisungen i. S. d. § 645 BGB in Bezug auf die jeweiligen Produkthanforderungen über Einträge im Product Backlog kommunizieren. Allgemeine arbeitsrechtliche Weisungen (z. B. hinsichtlich Arbeitszeit und -ort) darf er als Auftraggeber den Teammitgliedern als Auftragnehmern aber nicht erteilen. Eine entsprechende Regelung ist auch in den Vertrag aufzunehmen. Dem Product Owner steht als Steuerungsinstrument das Product Backlog zur Verfügung. Der Auftraggeber hat somit – wie dies bei einem Dienstvertrag üblich ist – inhaltliche Einwirkungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Konkretisierung der Leistung.

- Vergütung

Das für den Dienstvertrag typische Vergütungsmodell »Time & Material« kann auch im Rahmen von Scrum-Projekten vereinbart werden. Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten zu anderen Projekten im IT-Sourcing. Sofern sich das »höhere Wissen« der Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers trotz des unter Umständen hohen Wissensstands des Auftraggebers bzw. Product Owners glaubhaft begründen lässt, sollte sich dieses auch bei Scrum-Projekten in der Höhe der Vergütung widerspiegeln.

---

<sup>28</sup> Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427 ff.

### 5.3.4 Fazit und Praxistipps

Zusammenfassend muss erneut darauf hingewiesen werden, dass es bei der Wahl der Vertragsform keinen Königsweg gibt. Es kommt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an, welche Vertragsform und Umsetzung für das agile Projektvorhaben des Unternehmens am besten passt. Obwohl eine dienstvertragliche Ausgestaltung für sich genommen den Anforderungen der Scrum-Methode in puncto Flexibilität entgegenkommt, kann diese an den Vorgaben des reformierten Gesetzes zur Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) und an dem fehlenden Know-how sowie der mangelnden Verfügbarkeit eigener Ressourcen des Auftraggebers scheitern. Bei einer werkvertraglichen Ausgestaltung eines Projekts mit Scrum-Elementen kann das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung gesenkt werden und es stehen dem Auftraggeber Gewährleistungsansprüche zu.<sup>29</sup> Allerdings ist eine werkvertragliche Durchführung – mit Blick auf die stetig wandelnden Anforderungen an das zu entwickelnde Produkt – auch weniger anpassungsfähig. Stellen die Parteien in der Planungsphase vor Start des Scrum-Projekts fest, dass die werk- und/oder dienstvertragliche Ausgestaltung des Projektvertrags aufgrund der Projektgegebenheiten Schwierigkeiten bereitet, bietet sich als Alternative der Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags an.

## 5.4 Betriebsrat und Scrum – Welche Risiken gibt es und was ist zu beachten?

Bei der Einführung von agilen Entwicklungsmethoden, wie z. B. Scrum, sind auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten.

So bestimmt der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG bei den Grundsätzen über die Durchführung von Gruppenarbeit mit. Gruppenarbeit liegt nach der Legaldefinition dann vor, wenn »im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe im Wesentlichen eigenverantwortlich erledigt«. Hierunter fallen entsprechend Entwicklungsteams, die im Rahmen des Scrum weisungsfrei arbeiten. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezieht sich dabei lediglich auf die Art und Weise der Durchführung. Die Entscheidung darüber, ob überhaupt Gruppenarbeit durchgeführt wird, trifft jedoch der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei. Der Betriebsrat kann deshalb nicht die Einführung von Gruppenarbeit verlangen. Vom Mitbestimmungsrecht erfasst ist zum Beispiel das Aufstellen von Kriterien, nach denen die Gruppe gebildet wird, jedoch nicht die tatsächliche Zusammensetzung der Gruppe. Das Mitbestimmungsrecht umfasst auch Kriterien zur Wahl eines Gruppensprechers sowie zum Abhalten von Gruppengesprächen und die Konfliktlösung innerhalb der Gruppe sowie außerhalb der Gruppe mit der übrigen Belegschaft.

---

<sup>29</sup>Vgl. zu Gewährleistungsansprüchen Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (Az. 5 U 152/16 vom 17.08.2017).

# 6 Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat

## 6 Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat

Bereits nach bisheriger Rechtslage sah das Betriebsverfassungsgesetz für die Fälle des Fremdpersonaleinsatzes Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat vor.

Gemäß § 14 Abs. 3 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG war der Betriebsrat im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung stets über den geplanten Einsatz eines Leiharbeitnehmers durch den Entleiher zu unterrichten und die Zustimmung vor dem Einsatz des Leiharbeitnehmers einzuholen.

Außerdem war der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben bereits nach § 80 Abs. 2 BetrVG a.F. rechtzeitig und umfassend über die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, zu unterrichten. Der Betriebsrat konnte hierzu auch verlangen, dass ihm jederzeit die zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden.

§ 92 Abs. 1 BetrVG a.F. sah zudem eine rechtzeitige und umfassende Unterrichtspflicht des Arbeitgebers an den Betriebsrat über alle Maßnahmen der Personalplanung vor.

Mit der Reform zur Arbeitnehmerüberlassung werden die bereits bestehenden Informations- und Unterrichtspflichten gegenüber Betriebsräten konkretisiert. Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 14 Abs. 3 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG bleibt weiterhin bestehen. § 80 Abs. 2 S.1 BetrVG n.F. ergänzt den bisherigen Wortlaut dahingehend, dass die Unterrichtspflicht über die Beschäftigung von Personen, die keine Arbeitnehmer sind, »insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben« umfasst. Betroffen sind Fälle, in denen Arbeitgeber Dienstleister, Werkunternehmer und insbesondere auch Leiharbeitnehmer im Unternehmen einsetzen.

§ 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG n.F. bestimmt den Begriff der erforderlichen Unterlagen näher und stellt klar, dass zu diesen »auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen« zählen.

§ 92 Abs. 1 BetrVG n.F. erweitert schließlich die Informationspflicht über Maßnahmen der Personalplanung und schließt wie § 80 Abs. 2 S.1 BetrVG n.F. Personen mit ein, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

Die Neufassung der §§ 80 Abs. 2 und 92 Abs. 1 BetrVG soll nach der Gesetzesbegründung dem Betriebsrat die Wahrnehmung seiner Aufgaben erleichtern.<sup>30</sup> Dem Betriebsrat soll es ermöglicht werden, in eigener Verantwortung zu überprüfen, ob und inwieweit sich Aufgaben im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ergeben und ob er im Einzelfall tätig werden muss. So muss er etwa überprüfen können, ob es sich bei dem geplanten Fremdpersonaleinsatz um Arbeitnehmerüberlassung handelt, damit das Beteiligungsrecht nach § 14 Abs. 3 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG nicht unterlaufen wird. Die Konkretisierungen in den §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 BetrVG n.F. entsprechen größtenteils der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.

<sup>30</sup>Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, S.14-15

Für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung bedeuten die Regelungen, dass Arbeitgeber im Rahmen ihrer Informationspflicht nunmehr besonders darauf achten müssen, gemäß § 1 Abs. 1 AÜG n.F. bezeichnete Verträge dem Betriebsrat vorzulegen und über Fremdpersonaleinsatz rechtzeitig und umfassend zu informieren.

Rechtzeitig und umfassend meint sinngemäß, dass der Betriebsrat so frühzeitig alle erforderlichen Informationen erhält, um seine Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehmen zu können. Da der Betriebsrat vor Übernahme eines Leiharbeitnehmers nach § 14 Abs. 3 AÜG und § 99 BetrVG zu beteiligen ist, dürfte die Unterrichtung erst unmittelbar vor Beginn des Einsatzes verspätet sein.

Die Informations- und Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers bezieht sich nach der Gesetzesbegründung nicht auf »Personen, die nur kurzfristig im Betrieb eingesetzt werden, wie zum Beispiel Handwerker, die eine Reparatur (zum Beispiel einer defekten Stromleitung und Sanitärablage) durchführen«.<sup>31</sup> Die Grenze des Auskunftsanspruchs von Betriebsräten liegt dort, wo offensichtlich Beteiligungsrechte nicht in Betracht kommen und keine Aufgaben im Sinne von § 80 Abs. 2 BetrVG vom Betriebsrat wahrzunehmen sind. Es ist jedoch nicht geregelt, wann ein Einsatz als kurzfristig anzusehen ist und somit keine Informationspflicht gegenüber Betriebsräten besteht. Vorsorglich sollte daher der Arbeitgeber in Zweifelsfällen den Betriebsrat entsprechend informieren.

---

31 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, S.32

# 7 Konsequenzen illegaler Arbeitnehmerüberlassung / Möglichkeiten zur Klärung

# 7 Konsequenzen illegaler Arbeitnehmerüberlassung / Möglichkeiten zur Klärung

## 7.1 Konsequenzen fehlerhafter Vertragsgestaltung bzw. Durchführung (illegale Arbeitnehmerüberlassung)

### 7.1.1 Fiktion Arbeitsverhältnis

Das AÜG sieht die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer in insgesamt drei Konstellationen vor. Wie bereits nach alter Rechtslage wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert, wenn der Verleiher keine Verleiherlaubnis besitzt. Dieselbe Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn gegen die Offenlegungspflichten verstoßen wurde oder der Leiharbeitnehmer länger als die zulässige Überlassungshöchstdauer beschäftigt wird.

### 7.1.2 Bußgeld

Zusätzlich zur vorbeschriebenen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher und den damit verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Folgen droht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz die Verhängung von empfindlichen Bußgeldern, die je nach Verstoß eine Höhe von bis zu 500.000,00 Euro erreichen können.

Insbesondere – jedoch nicht abschließend – handeln Unternehmen ordnungswidrig, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig

- Arbeitnehmer einem Dritten überlassen oder tätig werden lassen, ohne dass dem Verleiher die hierfür nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis erteilt wurde,
- Arbeitnehmer einem Dritten überlassen oder tätig werden lassen, ohne dass zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht,
- die Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig als solche bezeichnen,
- Verleiher und Entleiher nicht die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag konkretisieren, oder
- vorbehaltlich einer tarifvertraglich verlängerten Höchstüberlassungsdauer, einen Leiharbeitnehmer für einen Zeitraum von mehr als 18 Monaten überlassen.

Ordnungswidrigkeiten werden mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 Euro bestraft. Die Bundesagentur für Arbeit hat in ihren Fachlichen Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) klargestellt, dass eine Ordnungswidrigkeit auch geahndet werden kann, wenn der Arbeitnehmer eine wirksame Festhaltenserklärung abgibt.

Schlimmer ist darüber hinaus die Bußgeldandrohung von bis zu 500.000,00 Euro, wenn ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig

- einen ausländischen Leiharbeiter, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigen, oder eine Arbeitsgenehmigung-EU für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedstaaten nicht besitzt, tätig werden lässt,
- einem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung nicht die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt,
- nicht die etwaig tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen gewährt,
- durch Rechtsverordnung verbindlich bestimmten Mindestentgelte nicht oder nicht rechtzeitig bezahlt, oder
- einen Leiharbeiter tätig werden lässt, wenn dessen Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.

Letztere Strafandrohung soll dagegen nicht gelten, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeiter keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden oder ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben. Das Verbot der Beschäftigung von Leiharbeitern auf unmittelbar und mittelbar bestreikten Arbeitsplätzen wird unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten heftig kritisiert, da Arbeitgebern hierdurch faktisch das einzig wirksame Mittel gegen einen Streik genommen wird.

Zusätzlich können bestreikte Arbeitgeber in der Regel nicht einschätzen, welche Arbeitsplätze »mittelbar« durch einen Streik betroffen sind und unterliegen daher im Falle eines Streiks stets dem Risiko, bestreikte Arbeitsplätze mit Leiharbeitern zu besetzen. Im Ergebnis führt somit das Verbot der Streikbeschäftigung sowie die massive Strafandrohung eines Bußgelds von bis zu 500.000,00 Euro dazu, dass zu Lasten der Arbeitgeber einseitig in die Waffengleichheit der Tarifvertragsparteien eingegriffen wird.

Bis zur gerichtlichen Klärung der Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beschäftigung von Leiharbeitern auf bestreikten Arbeitsplätzen wird hier leider eine große Unsicherheit seitens der betroffenen Unternehmen verbleiben. Bis dahin gebietet der Einsatz von Leiharbeitern in bestreikten Unternehmen jedoch eine rechtliche Überprüfung des Arbeitseinsatzes im Einzelfall.

### 7.1.3 Sonstige Konsequenzen

- Entzug AÜ-Erlaubnis

Ebenfalls ist die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers zu entziehen, wenn dieser nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, insbesondere weil

- er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, über die Arbeitsvermittlung, über die Anwerbung im Ausland oder über die Ausländerbeschäftigung, die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält, oder
- er dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher nicht die nach § 8 AÜG zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt.

Nach den Fachlichen Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) der Bundesagentur für Arbeit kann der Verstoß gegen arbeitsrechtliche Vorschriften auch dann zum Entzug der Erlaubnis führen, wenn der Arbeitnehmer eine wirksame Festhaltenserklärung abgegeben hat. Zudem sind erlaubnisrechtliche Konsequenzen über die Zuverlässigkeitsprüfung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1) in Betracht zu ziehen, wenn dem Verleiher bekannt war (bzw. Hinweise für die Kenntnis vorliegen), dass die überlassenen Leiharbeiter in einem bestreikten Betrieb als Streikbrecher eingesetzt werden.

- Vergaberechtliche Konsequenzen

Last but not least sind Unternehmer bis zu einer Dauer von drei Jahren von der Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschließen, wenn – jedoch nicht abschließend aufgezählt – dessen Vertretungsberechtigte

- ohne Genehmigung ausländische Leiharbeiter unter Verletzung von § 15 AÜG überlassen oder unter Verletzung von § 15a AÜG entliehen haben,
- unter Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG Leiharbeiter ohne Erlaubnis überlassen haben,
- unter Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1c. AÜG die Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig als solche bezeichnet haben,
- unter Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1d. AÜG Verleiher und Entleiher die Person des Leiharbeiters nicht unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag konkretisiert haben,

und deshalb zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von wenigstens 2.500,00 Euro belegt worden sind.

### 7.1.4 Rechtliche Abhilfe - Festhaltenserklärung

Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1a und Nr. 1b AÜG n.F. wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter grundsätzlich in den folgenden drei Fällen fingiert:

- Der Verleiher besitzt keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG n.F.).
- Verleiher und Entleiher kennzeichnen die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche und konkretisieren diese nicht (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG).
- Die Überlassungshöchstdauer wird überschritten (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG n.F.).

Der Arbeitnehmer kann einen (ggf. unfreiwilligen) Arbeitgeberwechsel durch die Abgabe einer sog. Festhaltenserklärung vermeiden. Danach kommt ein fingiertes Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher dann nicht zustande, wenn der Leiharbeiter schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen dem Verleiher und dem Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Entleiher festhält (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 1, Hs. 2 AÜG).

Gemäß § 9 Abs. 2 AÜG n.F. ist eine solche Festhaltenserklärung nur wirksam, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Persönliche Vorlage der Erklärung durch den Leiharbeiter in einer Agentur für Arbeit vor deren Abgabe gegenüber dem Ver- oder Entleiher
- Ergänzung des Datums des Tages der Vorlage durch die Agentur für Arbeit sowie der Hinweis, dass die Identität des Leiharbeiters festgestellt wurde, und
- Zugang der Erklärung beim Ver- oder Entleiher spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit.

Der Leiharbeiter kann die Erklärung bei einer beliebigen Agentur für Arbeit vorlegen. Er ist für die Wahrung der einzuhaltenden Monatsfrist selbst verantwortlich. Der fristgerechte Zugang wird durch die Datumsangabe der Agentur für Arbeit nicht ersetzt. Nicht geregelt ist der Fall, dass die Frist aus Gründen, die der Leiharbeiter nicht zu vertreten hat, überschritten wird (bspw. plötzliche schwere Krankheit). In der Gesetzesbegründung wird nach derartigen Konstellationen nicht differenziert, sodass es bei der Unwirksamkeit der Festhaltenserklärung verbleibt.

Gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 AÜG n.F. kann die Erklärung frühestens bei einer Agentur für Arbeit vorgelegt werden, wenn die Monatsfrist bereits angelaufen ist. Hierdurch soll eine Umgehung des Schutzzwecks der Norm zu Lasten des Leiharbeiters durch »Vorratserklärungen« vermieden werden.

Die Bestimmung des Zeitpunkts des Beginns der Monatsfrist wird in der betrieblichen Praxis regelmäßig Schwierigkeiten bereiten. Unproblematisch sind dabei die Fälle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung und dem Überschreiten der Überlassungshöchstdauer. Sofern die Arbeitnehmerüberlassung nicht als solche bezeichnet und konkretisiert wird, beginnt die Frist gemäß dem Wortlaut von § 9 Abs. 1, Nr. 1a AÜG mit dem Beginn des Zeitpunktes der vorgesehenen Überlassung. Sofern die Überlassungshöchstdauer überschritten wird, beginnt die Frist gemäß dem Wortlaut von § 9 Abs. 1, Nr. 1b AÜG mit dem Zeitpunkt der Überschreitung.

Schwierig sind die Fälle zu beurteilen, in denen ein Einsatz von Arbeitnehmern zunächst auf Basis eines Werkvertrages erfolgt und sich dieser im Laufe der Vertragsbeziehung in eine illegale Arbeitnehmerüberlassung verwandelt. Dies kann beispielsweise im Rahmen bestimmter Projekte durch eine zunehmende Eingliederung der (Fremd-)Arbeitnehmer in die betriebliche Struktur des Entleihers und eine entsprechend ausgestaltete Weisungsstruktur der Fall sein. Das Gesetz sieht in § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG für solche Fälle vor, dass die Monatsfrist erst mit Eintritt der Unwirksamkeit des Werkvertrages beginnt. Es wird daher auf den Zeitpunkt der Begründung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung abgestellt. Diesen Zeitpunkt exakt festzustellen, ist jedoch problematisch, da sich derartige Fälle in der Regel oft »schleichend« und über einen längeren Zeitraum ereignen. Die Feststellung des exakten Zeitpunktes des Fristbeginns wird zusätzlich durch den Umstand erschwert, dass es nach der Gesetzesbegründung – entgegen dem eigentlichen Gesetzeswortlaut – auf eine subjektive Kenntnis des jeweiligen Arbeitnehmers ankommt. Danach entspricht es dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes, dass die Erklärung erst während des Laufs der Monatsfrist, somit in Kenntnis der alternativen Vertragspartner, abgegeben werden kann.<sup>32</sup>

Die wirksame Festhaltenserklärung bewirkt, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher unverändert fortbesteht. Gemäß § 9 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 führt die Fortführung einer rechtswidrigen Überlassung trotz einer entsprechenden Festhaltenserklärung nicht zu einem Fortbestand des ursprünglichen Arbeitsvertrages. Es wird daher in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher fingiert. Eine erneute Festhaltenserklärung ist in diesem Fall unwirksam. In diesem Zusammenhang ist auch der seit dem 1. April 2017 geltenden Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG zu entnehmen, dass die Abgabe einer Festhaltenserklärung nur zivilrechtliche Folgen hat und eine rechtswidrige Überlassung somit weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft legalisieren kann. Verstöße gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, Satz 5 und 6 oder Abs. 1b AÜG können demzufolge auch bei Abgabe einer Festhaltenserklärung mit einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden und erlaubnisrechtliche Maßnahmen begründen.

Beruft sich ein Leiharbeiter auf die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, trägt er grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung. Der Entleiher hat dann die Rechtzeitigkeit und Wirksamkeit der Festhaltenserklärung darzulegen und zu beweisen.

#### Empfehlung:

Verleiher und Entleiher, die ein erhebliches Interesse an der Abgabe der Festhaltenserklärung haben, können dies durch einen Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit oder eine klare und eindeutige Vorformulierung der Erklärung fördern. Letztere könnte wie folgt lauten:

»Mir ist bekannt, dass nach dem Gesetz ein Arbeitsverhältnis zwischen mir und der X-AG als zustande gekommen gilt. Ich widerspreche der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Y-AG. Ich erkläre, dass ich stattdessen an meinem bisherigen Arbeitsvertrag mit der X-AG festhalte.«

<sup>32</sup> Bundestag-Drucksache 18/9232, S. 26

### 7.1.5 Besondere Praxishinweise für Entleiher

Im Hinblick auf die einschneidenden Sanktionen muss insbesondere auf die Überprüfung der Person des Leiharbeitnehmers und die Einhaltung der Höchstüberlassungsdauer geachtet werden. Dazu ist ein systemseitiges Kontroll- und Warnsystem empfehlenswert.

Werden Werk- oder Dienstvertragskonstellationen gewählt, sollte besonderes Augenmerk auf die Vertragsgestaltung wie auch auf die Durchführung des Vertrags gelegt werden, wenn Erfüllungsgehilfen des Vertragspartners im eigenen Betrieb tätig werden.

Bei Arbeitnehmerüberlassungsverträgen bzw. bei Werk- oder Dienstverträgen, bei denen die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung gewisse Risiken beinhalten, ist die Vereinbarung einer Freistellungsklausel zu empfehlen, die die finanziellen Konsequenzen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung regelt, so dass der Verleiher/IT-Dienstleister/Auftragnehmer verpflichtet wird, die beim Entleiher entstehenden Personalkosten im Fall der Fiktion des Arbeitsverhältnisses zu übernehmen. Zu beachten ist, dass die Freistellung nur begrenzt möglich ist, weil das Haftungssystem des AÜG nicht umgangen werden kann. Insbesondere in AGB ist eine Freistellungsklausel nur dann wirksam, wenn sie sich auf Pflichtverletzungen des Verleihers bezieht.

## 7.2 Konsequenzen fehlerhafter Vertragsgestaltung bzw. Durchführung (Scheinselbstständigkeit)

Eine ausführliche Darstellung der rechtlichen Konsequenzen der Scheinselbstständigkeit finden Sie unter Abschnitt 4.1.2.

Bitkom vertritt mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.700 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 400 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.

**Bundesverband Informationswirtschaft,  
Telekommunikation und neue Medien e.V.**

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin  
T 030 27576-0  
F 030 27576-400  
bitkom@bitkom.org  
[www.bitkom.org](http://www.bitkom.org)

**bitkom**