

Silke Becker, RAin, und Prof. Dr. Hansjuergen Tuengerthal, RA

# Auch ohne Blick in die Ferne: Externe – ein Leitfaden für den Einsatz von Fremdpersonal im eigenen Unternehmen

Mit dem Begriff „Externe“ sind Personen gemeint, die für ein Unternehmen Leistungen erbringen ohne Arbeitnehmer dieses Unternehmens zu sein. Der Großteil der deutschen Unternehmen setzt Externe ein. In der Regel erfolgen die Einsätze auf Basis von Arbeitnehmerüberlassungs-, Werk- oder Dienstverträgen. In allen Fällen gibt es zahlreiche rechtliche Vorgaben und Anforderungen, die eingehalten werden müssen. Verstöße können gravierende Konsequenzen arbeits-, sozial- und strafrechtlicher Art haben. Hinzukommt eine sich stetig ändernde Rechtslage, welche Rechtsunsicherheit für das Unternehmen mit sich bringt. So wird zurzeit der Regierungsentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) mit neuen Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung, Werk- und Dienstverträgen heftig diskutiert. Das geplante Gesetz könnte Auswirkungen auf alle vorgenannten Beauftragungsformen für Externe haben. Aus den oben beschriebenen Gründen ist es für Unternehmen wichtig zu wissen, welche Externen wo und unter welchen Bedingungen Leistungen erbringen, und dafür zu sorgen, dass die Beauftragung von Externen kontrolliert und gesteuert erfolgt. Nur so können rechtliche Vorgaben eingehalten, folgenschwere Verstöße vermieden und gesetzliche Änderungen umgesetzt werden. Gerade bei Einsätzen außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung, also auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen, sind klare Unternehmensvorgaben essentiell, denn einige dieser Einsätze bewegen sich in einem Graubereich, in dem die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung bzw. zum Arbeitsverhältnis nicht immer einfach ist. In diesen Fällen wird häufig zu Unrecht von den Überprüfungsbehörden von sogenannter „Scheinselbständigkeit“ oder „Scheinwerkverträgen“ gesprochen. Dieser Artikel erläutert die unterschiedlichen Beauftragungsformen für Externe sowie deren rechtliche Anforderungen und zeigt dann auf, welche Möglichkeiten Unternehmen haben, den Einsatz der Externen besser zu steuern und sicherer zu gestalten.

## 1. Beauftragungsformen für Externe

### 1. Unterschiedliche Beschäftigungsformen

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Beauftragung auf Basis von Dienst- oder Werkverträgen. Wesentlicher Unterschied ist, dass bei einer Arbeitnehmerüberlassung der Externe vom Einsatzunternehmen wie ein eigener Arbeitnehmer behandelt werden darf. Er unterliegt dem arbeitsvertragstypischen Weisungsrecht, welches die Bestimmung über Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung umfasst und kann in die Arbeitsorganisation eingegliedert werden. Bei Externen, die außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung tätig werden, ist das nicht möglich.

### 2. Arbeitnehmerüberlassung

Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung überlässt das Zeitarbeitsunternehmen dem Einsatzbetrieb Arbeitnehmer. Für die Dauer des

Einsatzes kann der Einsatzbetrieb diese Zeitarbeitnehmer behandeln und einsetzen wie eigene Arbeitnehmer. Die Pflicht des Zeitarbeitsunternehmens endet mit der Überlassung des Arbeitnehmers.

Bei der Arbeitnehmerüberlassung sind zahlreiche Anforderungen und Regelungen einzuhalten, wie z. B. das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), verschiedene Tarifverträge sowie arbeitsrechtliche Vorschriften. Sie haben Auswirkung auf Durchführung und Gestaltung der Einsätze, die Vergütung der Zeitarbeitnehmer, ihre Arbeitszeiten, die Dauer der Einsätze etc. Zudem trifft den Einsatzbetrieb eine Subsidiärhaftung in Bezug auf Sozialversicherungsbeiträge. Hat also das Zeitarbeitsunternehmen die Sozialversicherungsbeiträge trotz Mahnung nicht bzw. nicht in voller Höhe abgeführt, ist der Einsatzbetrieb zur Zahlung verpflichtet (z. B. bei Insolvenz des Zeitarbeitsunternehmens). Auch bei Fehlen oder Wegfall der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis treffen den Einsatzbetrieb Konsequenzen, denn der Zeitarbeitnehmer ist dann als Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes anzusehen. Verstöße gegen das AÜG können zu hohen Geldbußen führen. In Zukunft ist mit weiteren Regulierungen zu rechnen. Der Regierungsentwurf vom 1.6.2016 enthält z. B. neue Regelungen zum Equal Pay sowie zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten. Bei der Überlassungshöchstdauer sind unter bestimmten Voraussetzungen Abweichungen auf Basis von Betriebsvereinbarungen möglich und im Geltungsbereich eines Branchenzuschlagstarifvertrages sind insbesondere in den ersten 15 Monaten Abweichungsmöglichkeiten vom strikten Equal Pay vorgesehen.<sup>1</sup>

Das alles sollte für Unternehmen Grund genug sein, den Einsatz von Zeitarbeitnehmern genau im Blick zu haben.

## 3. Dienst- und Werkverträge

### a) Erforderliche Unterscheidung nach Dienst- und Werkvertrag

Beim Einsatz von Externen ist wiederum zu unterscheiden zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag. Gegenüber der Arbeitnehmerüberlassung (2.) ist beiden Vertragsformen gemeinsam, dass kein arbeitsrechtliches Weisungsrecht und keine Integration in die Betriebsorganisation des Bestellers erfolgt. Geschieht dies doch, gehen die Überwachungsbehörden von sogenannter „Scheinselbständigkeit“ oder „Scheinwerk- bzw. Scheindienstvertrag“ aus. Im Kern geht es immer um die Frage, ob der Externe nicht doch als Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs einzustufen ist. Im Übrigen aber sind die Rechtsfolgen von Werk- und Dienstverträgen verschieden.

<sup>1</sup> Motz, „UPDATE: Referentenentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“, 2016, [http://www.motz-law.com/download/160606\\_update\\_gesetzentwurf\\_aeug-reform\\_1.6.2016.pdf](http://www.motz-law.com/download/160606_update_gesetzentwurf_aeug-reform_1.6.2016.pdf).

## b) Vertrag über externe Dienstleistung

### aa) Erbringung einer Dienstleistung

Gegenstand des Dienstvertrages ist eine Dienstleistung nach §§ 611 ff. BGB. Der Dienstleister erbringt diese Dienstleistung selbständig. Anders als beim Arbeitsvertrag hat der Auftraggeber kein arbeitsrechtliches Weisungsrecht und kann den Dienstleister nicht in seine Betriebsorganisation eingliedern. Der Dienstleister kann die Leistung entweder durch eigenes Personal, das zu ihm in einem Arbeitsverhältnis steht, erbringen oder Subunternehmer mit der Leistung beauftragen.

Setzt der Dienstleister eigene Arbeitnehmer ein, so sind diese gegenüber dem Besteller Erfüllungsgehilfen des Dienstleisters. Sie stehen in keinem Vertragsverhältnis zum Besteller. Dispositionshoheit und Steuerung liegen ausschließlich beim Dienstleister. Er entscheidet darüber, welche Personen wie eingesetzt werden.

Beauftragt der Dienstleister dagegen Subunternehmer mit der Leistung, sind diese ebenfalls Erfüllungsgehilfen des Dienstleisters, allerdings unterliegen sie nicht dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Dienstleisters. Zwischen dem Subunternehmer und dem Dienstleister besteht zwar ein Vertragsverhältnis (in der Regel ein Dienstvertrag), aber gerade kein Arbeitsvertrag. Zwischen dem Subunternehmer und dem Auftraggeber hingegen besteht kein Vertrag. Unabhängig davon, wie das Vertragsverhältnis zwischen dem Dienstleister und dem Subunternehmer zu bewerten ist, ändert sich an dem Dienstvertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister nichts.

### bb) Zur Frage der Selbstständigkeit des Dienstleisters und seiner Erfüllungsgehilfen in Bezug auf den Auftraggeber

Im Einzelfall können Zweifel bestehen, ob der Dienstleister bzw. seine Erfüllungsgehilfen gegenüber dem Besteller wirklich selbständig sind oder vom Besteller wie Arbeitnehmer behandelt werden. Erbringt der Dienstleister die Vertragsleistung in eigener (natürlicher) Person, geht es dabei um die Frage, ob der abgeschlossene Vertrag ein Arbeitsvertrag ist und der Dienstleister damit als Arbeitnehmer des Bestellers anzusehen ist. Setzt der Dienstleister Erfüllungsgehilfen ein und werden diese vom Besteller wie Arbeitnehmer behandelt, liegt unerkannte (ggfs. auch unerlaubte) Arbeitnehmerüberlassung vor.<sup>2</sup>

## c) Werkverträge

### aa) Erforderliche klare werkvertragliche Regelung

Die andere Einsatzform von Externen ist die vertragliche Abwicklung im Rahmen eines werkvertraglichen Verhältnisses. Dies setzt zunächst einen Vertrag voraus, der eindeutig als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB gefasst ist, wobei die geschuldete Leistung auf einen Erfolg – das Werk – gerichtet ist, das der Werkunternhmen in eigener Kompetenz erbringt und für deren Erfolg er haftet. Eine Regelung der Erbringung der Werkvertragsleistung örtlich im Betrieb des Bestellers und mit dessen Sachmitteln schadet nicht. Gerade die vom Besteller „eingekaufte“ externe Kompetenz des Werkunternhmers macht den Werkvertrag aus.

### bb) Erfordernis der werkvertraglichen Umsetzung

Ganz entscheidend ist weiter, dass der Werkvertrag auch so wie er formuliert ist, tatsächlich umgesetzt wird. Hierbei ist bedeutsam, dass dabei die Selbstständigkeit des Werkunternhmers gesichert ist und seine Arbeitnehmer nicht vollständig in die Betriebsorganisation des Auftraggebers integriert und ausschließlich seinen Weisungen unter-

worfen sind. In diesen Fällen gehen ansonsten die Überprüfungsbehörden und Gerichte davon aus, dass sich aus der praktischen Abwicklung ergibt, dass hier kein werkvertragliches Verhältnis zugrunde liegt. Die faktische Erbringung der Werkvertragsleistung örtlich im Betrieb des Bestellers und mit dessen Sachmitteln schadet nicht.<sup>3</sup>

### cc) Zum Personaleinsatz des Werkunternhmers und Tätigwerden von Subunternehmern

Der Werkunternhmer kann für die Erbringung der Werkvertragsleistung seinerseits Personal einsetzen, das zu ihm in einem Arbeitsverhältnis steht. Diese Personen stehen zum Werkbesteller in keinem Rechtsverhältnis und sind diesem gegenüber Erfüllungsgehilfen des Werkunternhmers. Sie unterliegen der Dispositionshoheit des selbständigen Werkunternhmers – er wählt sie aus und setzt sie ein.

Der Werkunternhmer kann ferner einen Subunternehmer zur (partiellen) Erfüllung der werkvertraglichen Verpflichtung einsetzen. Dieser Subunternehmer steht nur zu ihm in einem Rechtsverhältnis, nicht zu dem Werkbesteller. Er ist gegenüber dem Werkbesteller Erfüllungsgehilfe des Werkunternhmers. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Werkunternhmer und dem Subunternehmer hat auf den Werkvertrag keinen Einfluss.

### dd) Die in der Praxis bestehende Abgrenzungsproblematik

In der Praxis stellen sich zwei Abgrenzungsprobleme. Zum einen kann zwischen dem Besteller der Leistung und dem Anbieter der Leistung strittig sein, ob ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt. Dann müssen die entsprechenden Kriterien der §§ 611 ff., 631 ff. BGB angelegt werden. Ist der Anbieter der Leistung aber auf jeden Fall selbständig, hat dies keine weiteren arbeits- oder sozialrechtlichen Folgen. Das andere Problem ist die Abgrenzung des Werkvertrages zur Arbeitnehmerüberlassung. Liegt ein Werkvertrag vor, ist der Werkunternhmer per se selbständig; die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer sind in der Tat seine Arbeitnehmer und nicht diejenigen des Werkbestellers. Erfüllt der Vertrag – sei es wegen der vertraglichen Ausgestaltung selbst, sei es wegen der praktischen Durchführung – nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des Werkvertrages und werden die vom Werkunternhmer eingesetzten Personen vom Besteller wie eigene Arbeitnehmer behandelt, kann Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Hierfür müssen dann aber Voraussetzungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gegeben sein und es treten die arbeits- und sozialrechtlichen Folgen ein.

### d) Selbständige (Freelancer)

Sowohl Werk- als auch Dienstverträge können vom Einsatzunternhmen (also dem Werkbesteller oder dem Auftraggeber der Dienstleistung) direkt mit einem Selbständigen abgeschlossen werden, ohne dass ein weiteres Unternehmen dazwischen geschaltet ist. Die vorstehenden Ausführungen zu Dienst- und Werkverträgen gelten dann entsprechend, allerdings mit folgendem Unterschied: Wird der Selbständige vom Einsatzunternhmen wie ein eigener Arbeitnehmer behandelt, kommt keine Arbeitnehmerüberlassung in Betracht, denn es gibt kein Unternehmen, das als Verleiher angesehen werden könnte. In einem solchen Fall kann daher ein direktes Arbeitsverhältnis zwi-

<sup>2</sup> Vgl. hierzu allg. Becker, DB 2015, 2267 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Tuengerthal/Rothenhöfer, Die Wandlung der Rechtsprechung bei Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung, Teil 3, BD 2013, 412013 S. 6.

schen dem Einsatzunternehmen und dem Selbständigen als sogenannter „Scheinselbständiger“ vorliegen.

- e) **Kernfrage: Ist der Externe als Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens anzusehen?**  
 aa) **Zur Abgrenzung des Einsatzes der Arbeitnehmer des Externen**

Hinsichtlich der arbeits- und sozialrechtlichen Folgen geht es in den vorgenannten Vertragskonstellationen um die Frage, ob der Externe als Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens einzustufen ist. Ist das der Fall und handelt es sich bei dem Externen um einen Selbständigen, der direkt vom Einsatzunternehmen beauftragt wurde, ist ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Externen und dem Einsatzunternehmen anzunehmen. Die Folge ist die Anwendung sämtlicher arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, die Abführung von Sozialabgaben etc. Sollte der Externe über einen Auftragnehmer eingesetzt werden, der nicht im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist, wäre ebenfalls ein Arbeitsverhältnis zwischen Einsatzunternehmen und Externen anzunehmen. Besitzt der Auftragnehmer jedoch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, treffen die Arbeitgeberpflichten den Lieferanten.<sup>4</sup>

#### bb) Die Grauzone

Nun gibt es Fälle, in denen sich nicht ohne weiteres feststellen lässt, ob jemand als Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens einzustufen ist oder nicht, denn das Gesetz bedient sich nicht eines tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, der eine einfache Subsumtion ermöglicht. Vielmehr handelt es sich beim Begriff des Arbeitnehmers um die Rechtsfigur des Typus. Es wird nicht im Detail definiert, wann der Status Arbeitnehmer zu bejahen ist. Stattdessen wird der Arbeitnehmer, ausgehend vom Normalfall, in der Form eines Typus beschrieben. Er kann also nur durch eine größere und unbestimmte Zahl von Merkmalen beschrieben werden, so dass für den jeweiligen Einzelfall eine wertende Gesamtschau aller relevanten Kriterien erforderlich wird.<sup>5</sup> Dass das eine gewisse Unsicherheit mit sich bringt und eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausschließen kann, hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1996 festgestellt.<sup>6</sup> Dennoch möchte sich nun die Bundesregierung an der gesetzlichen Definition des Arbeitnehmerbegriffes in dem geplanten § 611a BGB versuchen,<sup>7</sup> was einige Probleme mit sich führen würde.

#### cc) Abgrenzungsmerkmale

Hauptkriterien für die Abgrenzung zwischen Externen und Arbeitnehmern ist das arbeitsvertragstypische Weisungsrecht und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Ob und inwieweit diese Merkmale vorliegen, lässt sich nicht einfach abfragen, sondern nur anhand von Indizien festmachen. Beispiele für solche Indizien sind Vorgaben bzgl. Zeit und Ort, fachliche Vorgaben, Nutzung von Arbeitsmitteln des Einsatzbetriebs sowie das unternehmerische Risiko des Werkunternehmers bzw. Dienstleisters. Die Liste der möglichen Indizien ist lang. Die Wertung kann je nach Einzelfall und Gericht unterschiedlich sein. So wird z. B. die Nutzung der IT-Systeme des Kundenunternehmens in einigen Fällen als starkes Indiz für Arbeitnehmereigenschaft bzw. Arbeitnehmerüberlassung gewertet<sup>8</sup> und in anderen als irrelevant angesehen, solange die Nutzung in der Natur der Sache liegt.<sup>9</sup> Ähnlich verhält es sich mit anderen Merkmalen z. B. der Vergütung nach Zeitaufwand,<sup>10</sup> der Vor-Ort-Tätigkeit beim Einsatzun-

ternehmen,<sup>11</sup> dem fehlenden Kapitaleinsatz des Werkunternehmers bzw. Dienstleisters<sup>12</sup> oder dem Fehlen einer detaillierten Leistungsbeschreibung.<sup>13</sup>

#### dd) Rechtliche Unsicherheit

Es gibt also eine Vielzahl von Merkmalen, die je nach Einzelfall und Gericht unterschiedlich gewertet werden können. Hinzukommt, dass die Rechtsprechung eine schematische und schablonenhafte Abwägung nicht erlaubt.<sup>14</sup> Es ist daher nicht immer einfach, praktikable und rechtssichere Unternehmensvorgaben für den Einsatz von Externen aufzustellen. Eine hundertprozentige Rechtssicherheit könnte nur erreicht werden, wenn jedes Merkmal, das jemals in einem Urteil als Indiz gegen Werk- oder Dienstverträge bzw. Selbständigkeit gewertet worden ist, Ausschlussgrund für die Beauftragung von Externen wäre. Das aber wäre zum einen realitätsfremd und zum anderen nicht im Sinne der Rechtsordnung. Werk- und Dienstverträge sowie die selbständige Tätigkeit sind seit jeher wichtiger Teil unserer Vertragslandschaft. Außerdem ist – wie bereits oben dargestellt – gemäß der Rechtsprechung die Abgrenzung von Werk- und Dienstverträgen zu Arbeitsverträgen bzw. Arbeitnehmerüberlassung gerade nicht an nur einem Merkmal festzumachen. Selbst das schematische Gegenüberstellen der Indizien ist nicht gewollt.

#### ee) Aktuelles Gesetzesvorhaben zu Arbeitnehmerüberlassung, Werk- und Dienstverträgen

Hinzukommt ein aktuelles Gesetzesvorhaben, das auch Werk- und Dienstverträge betrifft und auf die oben beschriebene Abgrenzungsthematik abzielt. Hintergrund ist folgender Passus im Koalitionsvertrag: „Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“<sup>15</sup> Hier offenbart sich bereits die Schwierigkeit, wenn nicht sogar die Unmöglichkeit, dieses Vorhabens. Wie bereits dargelegt, hat die Rechtsprechung eben keine klaren, einfach abfragbaren Kriterien entwickelt, sondern verlangt eine Betrachtung und Wertung im Einzelfall. Die schablonenhafte und schematische Abwägung, die ein solcher Kriterienkatalog nach sich ziehen

4 Durch das aktuelle Gesetzesvorhaben wird sich dies ändern.

5 BVerfG 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, juris; BFH, 22.2.2012 – X R 14/10, juris; BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R, juris.

6 BVerfG, 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, juris.

7 Regierungsentwurf vom 1.6.2016.

8 LSG Nordrhein-Westfalen, 4.12.2013 – L 8 R 296/10, juris; LSG Baden-Württemberg, 9.4.2014 – L 5 R 2000/13, juris.

9 LSG Baden-Württemberg, 14.5.2013 – L 11 KR 1396/12, juris; LAG Düsseldorf, 29.9.2014 – 9 Sa 31/14, juris.

10 Als Indiz für Arbeitsvertrag bzw. ANÜ: LSG Bayern, 28.5.2013 – L 5 R 863/12 juris und LSG Baden-Württemberg, 24.2.2015 – L 11 R 5165/13, juris; als nicht relevantes Merkmal: BAG, 3.11.1991 – 7 AZR 31/91, BB 1992, 1860 Ls, und LSG Baden-Württemberg, 14.5.2013 – L 11 KR 1396/12, juris.

11 Als Indiz für Arbeitsverhältnis bzw. ANÜ: LSG Nordrhein-Westfalen, 4.12.2013 – L 8 R 296/10, juris; als nicht aussagekräftig für Status: BAG, 21.7.2015 – 9 AZR 484/14, juris.

12 Als Indiz für Arbeitsverhältnis bzw. ANÜ: LSG Baden-Württemberg, 30.7.2014 – L 5 R 3157/13, juris und LSG Baden-Württemberg, 21.10.2014 – L 11 KR 487/13; als nicht relevant: LSG Berlin-Brandenburg, 15.7.2011 – L 1 KR 206/09, juris und BAG vom 25.05.2005 – 5 AZR 347/04, juris.

13 Als Indiz für Arbeitsverhältnis bzw. ANÜ: LSG Baden-Württemberg vom 14.12.2012 – L 11 KR 3007/11 juris und LSG Baden-Württemberg, 30.7.2014 – L 5 R 3157/13, juris; generelle, abstrakte Leistungsbeschreibung auch in Dienst- und Werkverträgen möglich: LSG Berlin-Brandenburg, 15.7.2011 – L 1 KR 206/09, juris und LAG Mecklenburg-Vorpommern, 30.9.2014 – 2 Sa 76/14, juris.

14 BSG, 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R, juris.

15 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode (S. 49); hierzu auch *Tuengerthal/Andorfer*, Zum Referentenentwurf des BMAS, Einführung von § 611a BGB, Arbeit und Arbeitsrecht, Heft 2 und 3, 2016.

würde, steht im Widerspruch zur aktuellen Rechtsprechung. Was hier im Koalitionsvertrag festgelegt wurde, ist schlichtweg nicht möglich, denn damit würde die aktuelle Rechtslage stark verändert werden. Eine solche Änderung ist vom Koalitionsvertrag nicht gedeckt.

Trotzdem wurde dies im ersten Referentenentwurf des BMAS vom 11.11.2015 versucht. Der Entwurf enthielt einen neuen § 611a BGB, der acht Kriterien<sup>16</sup> nannte, die für die Gesamtschau maßgeblich sein sollten. Im Regierungsentwurf vom 1.6.2016 ist immer noch ein § 611a BGB geplant, allerdings sind diese acht Kriterien entfallen. Stattdessen findet sich nun dort eine recht allgemeine Beschreibung des Arbeitnehmerbegriffs, die den Leitsätzen höchstrichterlicher Rechtsprechung entspricht.<sup>17</sup> Damit wird der Vorgabe Genüge getan, nur die Rechtsprechung schriftlich niederzulegen und gerade nicht die Rechtslage zu verändern. Allerdings kann die Frage gestellt werden, welchen praktischen Nutzen ein solcher § 611a BGB bringt.

Der Entwurf wird weiter heftig diskutiert. Wann und in welcher Form er verabschiedet wird, lässt sich zurzeit nicht absehen. Der Referentenentwurf vom 17.2.2016 sah ein Inkrafttreten des Entwurfs zum 1.1.2017 vor.

Eine weitere Änderung dieses Gesetzesvorhabens betrifft die sogenannte „Fallschirmwirkung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis“. Wird ein als Werk- oder Dienstvertrag bezeichneter Vertrag als Arbeitnehmerüberlassung eingestuft und hat aber der Lieferant (also der Werkunternehmer oder der Dienstleister) eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, wird unerkannte Arbeitnehmerüberlassung angenommen und der Externe als Arbeitnehmer des Lieferanten eingestuft. Das aktuelle Gesetzesvorhaben will diese Wirkung der ANÜ-Erlaubnis verhindern mit der Folge, dass der Externe in diesen Fällen als Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens anzusehen ist.

## f) Die verschiedenen Beauftragungsformen im Licht der Grundrechte

### aa) Werkvertrag

Wie vorstehend dargelegt, ist die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag bzw. Arbeitnehmerüberlassung nicht immer eindeutig und von vielen, im Einzelfall zu bewertenden Kriterien abhängig. Unter den Abgrenzungskriterien hat der Wille der Vertragspartner entscheidende Bedeutung. Ausdruck des Willens der Parteien ist der Vertrag. Bei unklarem Vertragsinhalt ist nach anerkannten juristischen Auslegungsmethoden der Wille der Vertragspartner zu erforschen und der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zulegen. Dies muss auch für die Frage gelten, ob die Parteien einen Werkvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung gewollt haben. Nun ist aber gerade diese Frage von arbeits- und sozialrechtlichen Interessen überlagert: In der Praxis kommt es gar nicht vorrangig darauf an, was die Vertragspartner vereinbart haben, sondern welche arbeits- und sozialrechtlichen Folgen eintreten sollen. Arbeits- und Sozialrecht bestimmen die Vertragsauslegung. Eine derartige Fremdbestimmung der Privatautonomie mag, da es ja in der Tat um die sozialen Folgen privatautonomer Rechtsetzung geht, in gewissem Umfang berechtigt sein. Vollständig verdrängen aber darf die arbeits- und sozialrechtliche Interessenlage Dritter die Vertragsfreiheit der Unternehmen nicht. Dies ist also ein Gesichtspunkt, der in der gerichtlichen Auseinandersetzung argumentativ vorzuzubringen ist.

Die auf diese Weise zur Geltung gebrachte Privatautonomie lässt sich auch grundrechtlich begründen. Unternehmen haben die Grundrech-

te der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 und auf Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG). Ebenso steht ihnen das Grundrecht auf Privatautonomie, das heißt das Recht auf freien Vertragsabschluss mit beliebigem Inhalt und mit frei gewählten Partnern, nach Art. 2 Abs. 1 des GG zu. Diese Grundrechte gelten selbstverständlich nicht uneingeschränkt und unterliegen sozialen Bindungen. Sie dürfen aber hinter den sozialen Bindungen nicht gleichsam verschwinden. Sie lassen sich beim Verständnis und bei der Auslegung von Verträgen hervorholen: Es muss den Vertragspartnern unbenommen sein, einen Vertragsinhalt frei zu bestimmen und bei der Auslegung einen autonomen Willen zur Geltung zu bringen. Dies heißt: Was Vertragsinhalt ist, bestimmen auch im Falle der Auslegung im Kern die Vertragspartner selbst, nicht aber eine fremde Instanz und nicht das Gericht. Aus einer Gesamtschau der Grundrechte nach Art. 2, Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG ergibt sich ein gerichtsfester Kern autonomer Vertragsbestimmung. Der Wille, einen Werkvertrag abzuschließen und damit die Entscheidung darüber, worin das „Werk“ oder der „Erfolg“ bestehen soll, bleibt maßgebliches Auslegungskriterium. Eine derartige grundrechtlich aufgeladene Vertragsauslegung könnte im gerichtlichen Verfahren hilfreich sein.<sup>18</sup>

### bb) Dienstvertrag

Die gleichen Grundsätze gelten bei der Vereinbarung eines Dienstvertrages. Es besteht für die Parteien der gleiche, grundrechtlich geschützte gerichtsfeste Kern autonomer Vertragsbestimmung, so dass auch hier dem Parteiwillen entscheidende Bedeutung zukommt. Die Parteien können selbst bestimmen welches Vertragsverhältnis sie eingehen wollen, ob sie also einen Dienstvertrag oder einen Arbeitsvertrag (ggfs. einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) abschließen. Dem können zwar Grenzen gesetzt sein, allerdings sind an diese – wie bei Grundrechtseinschränkungen üblich – hohe Anforderungen zu stellen. So setzt die Einschränkung der Vertragsfreiheit ein fundamentales und strukturelles Ungleichgewicht voraus.<sup>19</sup> Fehlt es daran, so sollte in der oben beschriebenen Grauzone, in der eine klare und eindeutige Zuordnung nicht möglich ist, der Parteiwille den Ausschlag geben. Dies umso mehr, da kein Vorrangverhältnis des Arbeitsvertrages vor dem freien Dienstvertrag besteht, sondern es sich um gleichrangige Vertragsformen handelt.<sup>20</sup> Dieser Aspekt ist gerade bei der Einstufung von Erwerbstätigen als „selbständig“ oder „abhängig beschäftigt“ entscheidend. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips. Zwar strahlt dieses auf das Privatrecht aus und kann die Korrektur völlig ungleichgewichtiger

16 Die acht Kriterien des geplanten § 611a BGB (stichwortartig): eine freie Gestaltung von Zeit, Leistung und Ort / überwiegende Leistungserbringung in Räumen von Anderen / Nutzung von Arbeitsmitteln Anderer / Zusammenarbeit mit Anderen / ausschließlich oder überwiegend für einen andere tätig (bzw. nur ein Auftraggeber) / keine eigene betriebliche Organisation / kein Arbeitsergebnis oder – erfolg geschuldet / keine Gewährleistung.

17 Wortlaut des geplanten § 611a BGB: „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund 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 Arbeit 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 Arbeitnehmerzugehörigkeit ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung des Vertrages nicht an.“

18 Diesen Gedanken haben erstmals formuliert *Hennecke/Tuengerthal*, BB 2015, 1269, 1275.

19 *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 2, Rn. 23.

20 *Uffmann*, Interim Management, 2015, S. 203 m. v. N.

Verträge erzwingen.<sup>21</sup> Ohne ein solches Ungleichgewicht kann die Vertragsfreiheit hier aber nicht beschränkt werden.

### g) Exkurs: Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV

#### aa) Grundsatz des Statusfeststellungsverfahrens

In der Praxis kann zur Abgrenzung von Selbständigkeit zur Nichtselbständigkeit und zur Herstellung von Rechtssicherheit ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV durchgeführt werden. In diesem Verfahren geht es darum für die Sozialversicherung festzustellen, ob eine Person, die gewerbliche Arbeitsleistungen erbringt, als Selbständiger anzusehen ist, der einer gesetzlichen Sozialversicherung nicht unterliegt oder als Nichtselbständiger, für den die gesetzliche Sozialversicherung gilt. Die gesetzliche Sozialversicherung ist Ausdruck sozialpolitischer Fürsorge. Dies gilt in einem doppelten Sinne: Die Fürsorge besteht individuell zugunsten des Werk tätigen, dem ein Versicherungsschutz gewährt wird und der vor Notlagen bewahrt werden soll, und kollektiv zugunsten aller Werk tätigen, die eine leistungsfähige Solidargemeinschaft bilden sollen. Die sozialgesetzliche Fürsorge bedeutet aber andererseits, dass in dem Maße Freiheit genommen wird wie Fürsorge gewährt wird. Die Einbeziehung in die Sozialversicherung hat daher immer einen Freiheitsverlust zur Folge. Daher sind die gesetzlichen Tatbestände, die eine Einbeziehung in die Sozialversicherung begründen als Eingriffe in grundrechtliche Freiheiten anzusehen. Als Freiheitseingriffe sind derartige Tatbestände grundsätzlich restriktiv anzuwenden. Diese Tatbestände sind zwar in erheblichem Maße sozialpolitisch überlagert, verlieren indes ihren Eingriffscharakter nicht vollständig. Sie bleiben an die Wertungsmaßstäbe der freiheitsgewährenden Grundrechte gebunden. In Betracht kommen die Grundrechte nach Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG.

In Anwendung von § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV müsste daher im Zweifelsfalle eine Tendenz zur Annahme von Selbständigkeit bestehen. „Schutzwirkung“ und „Solidargemeinschaft“ als Eingriffsgründe müssten im Lichte der Freiheitsgrundrechte interpretiert werden. Eine solche Interpretation sollte umso mehr Platz greifen, als die Sozialversicherung selbst zugleich Herr und Partei des Verfahrens ist.

Die Vorstellung des Gesetzgebers, dass diejenige Einrichtung, die an der Beitragsleistung des Antragstellers auf das Statusverfahren interessiert ist, neutral entscheiden soll, ob es bei dem Antragsteller um einen künftigen Beitragszahler oder Nichtbeitragszahler geht oder gehen soll, ist im Grunde kaum nachvollziehbar.

#### bb) Konsequenzen der Fehleinschätzung

Eine falsche Statusbeurteilung – also Fälle von sogenannter Scheinselbständigkeit, Scheinwerk- bzw. Dienstverträgen – kann gravierende Konsequenzen haben, insbesondere in arbeitsrechtlicher, steuerrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht. Wird festgestellt, dass es sich bei dem Externen doch um einen Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens handelt, finden die arbeitsrechtlichen Vorschriften Anwendung. Das betrifft z. B. Kündigungsschutz, Arbeitszeiten, Urlaubsregelungen etc. Steuerrechtlich geht es vor allem um Umsatzsteuer und Lohnsteuer. Ein geltend gemachter Vorsteuerabzug muss zurückgezahlt werden und Lohn- statt Einkommenssteuer müssen gezahlt werden. Besonders schwerwiegend sind die Folgen in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht.<sup>22</sup> Es kann zu erheblichen Nachforderungen der Sozialversicherungsträger kommen. Handelt es sich um den direkten Einsatz eines Selbständigen oder besitzt der

Auftragnehmer, über den der Externe tätig war, keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, treffen diese Nachforderungen das Einsatzunternehmen. Das Einsatzunternehmen ist dann für den Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil verantwortlich. Der Arbeitnehmeranteil kann nur in sehr geringem Maß vom Arbeitnehmer/Externen zurückverlangt werden. Sozialversicherungsbeiträge können für einen Zeitraum von vier Jahren nachgefordert werden, bei Vorsatz sogar für 30 Jahre. Hinzukommt, dass die Nicht-Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen gem. § 266a StGB auch strafrechtliche Relevanz hat, die insbesondere Geschäftsführer und Vorstände treffen kann.

## II. Risikominimierung durch Steuerung und Kontrolle des Externeneinsatzes

### 1. Erforderliche Kenntnis der Situation der Externen im Unternehmen

Der Einsatz von Externen ist also stark reguliert. Verstöße können schwerwiegende Konsequenzen nach sich ziehen. Deswegen ist es für Unternehmen wichtig zu wissen, welche Externe wie eingesetzt werden, und dafür zu sorgen, dass die rechtlichen Anforderungen erfüllt werden. Gerade bei Externen, die über Werk- und Dienstverträge eingesetzt werden, gibt es eine Grauzone mit rechtlicher Unsicherheit. Solche Grauzonen bieten Raum für Missbrauch und erfordern deswegen klare Unternehmensvorgaben.

### 2. Erster Schritt: Überblick über die Externen

Im ersten Schritt sollten sich Unternehmen einen Überblick über die bei ihnen eingesetzten Externen verschaffen. Das klingt trivial, ist es aber nicht. Die Praxis zeigt, dass viele Unternehmen nicht genau wissen, wieviele Externe sie im Einsatz haben, geschweige denn, wo und wie diese tätig werden.

#### a) Nicht alle Unternehmen haben einen Überblick über die bei ihnen eingesetzten Externen

Ein Grund für den mangelnden Überblick liegt in der Vielfaltigkeit der Einsatz- und Beauftragungsformen. Die Bandbreite der Einsätze reicht von einfachen Tätigkeiten z. B. in den Bereichen Produktion, Logistik und Montage bis zu wissensintensiveren Leistungen beispielsweise in der IT, dem Ingenieurs- oder Finanzumfeld. Beratungsleistungen aller Art und selbst Managementaufgaben werden an Externe vergeben. Externe können Teil einer als Gesamtpaket beauftragten Leistung sein oder Einzelleistungen erbringen, also Leistungen, die durch eine einzelne Person erbracht werden können.

Genauso vielfältig sind die Beauftragungsformen. Externe werden auf der Basis von Werk- oder Dienstverträgen oder im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung tätig. Sie können Arbeitnehmer eines Auftragnehmers sein oder selbständig tätig werden. Als Selbständige können Sie direkt oder über einen Dritten/Lieferanten beauftragt werden. Dadurch unterscheiden sich auch die Beauftragungsprozesse. Arbeitnehmerüberlassung wird in der Regel über die Personalabteilung abgewickelt. Name und Tätigkeit des Zeitarbeitnehmers werden erfasst. Anders ist es bei Beauftragungen auf der Basis von Werk- oder Dienstverträgen. Diese werden meist über den Einkauf und die Fachabteilungen abgewickelt. Oft wird nur die beauftragte Leistung in das

<sup>21</sup> Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20, Rn. 27.

<sup>22</sup> S. hierzu Ziegler, NJW 2015, 1914 ff.

System eingepflegt, um eine Bestellung auszulösen. Die Leistungsbeschreibung kann dabei oberflächlich und rudimentär sein. Die auf Basis dieser Bestellungen tätigen Personen werden zum Teil nicht erfasst; desgleichen wird oft auch nicht die Art des Einsatzes erfasst. Zumindest eine Erfassung, die es ermöglicht auszuwerten, welche Personen, wie lange, in welchem Umfang und wofür eingesetzt werden, ist oft nicht vorhanden.

## b) Externe in Unternehmen – Zahlen

Nun könnte man annehmen, der mangelnde Überblick über Externe sei auf eine geringe Bedeutung des Themas für die Praxis zurückzuführen. Dem ist nicht so. Aussagekräftige und verlässliche Zahlen über die in Unternehmen eingesetzten externen Mitarbeiter zu erhalten, ist schwierig. Dies liegt unter anderem an der Vielfältigkeit der Einsatzformen. Es gibt jedoch einige Studien und Erhebungen, aus denen sich Zahlen entnehmen lassen:

Eine Studie von Hays und PAC zur Personalbedarfsplanung und -beschaffung ergab, dass 90 % der befragten Unternehmen externe Mitarbeiter einsetzen.<sup>23</sup> Laut einer aktuellen Studie von Ernst & Young beauftragen Unternehmen im Verhältnis zu ihrer Stammbesellschaft im Durchschnitt 9 % als Externe.<sup>24</sup>

Für Arbeitnehmerüberlassung lassen sich Zahlen ermitteln, denn die Anzahl der Zeitarbeitnehmer wird in den Statistiken der Bundesagentur für Arbeit aufgeführt. Demnach waren im Juli 2014 824 000 Personen in Zeitarbeit beschäftigt und der Anteil dieser Personen an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten bewegte sich bei rund 2,5 %.<sup>25</sup>

Hinsichtlich der Externen, die auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen eingesetzt werden, ist zu unterscheiden zwischen Arbeitnehmern des Auftragnehmers und Selbständigen. Zu den Arbeitnehmern lassen sich keine verlässlichen Zahlen finden. So stellt das Institut der deutschen Wirtschaft Köln fest, dass es nach wie vor an empirischen Befunden zur Gruppe der abhängig Beschäftigten mangelt, die mit der Erfüllung von Werkverträgen von ihrem Arbeitgeber beauftragt sind.<sup>26</sup> Das Gleiche gilt für Arbeitnehmer des Lieferanten, die auf Basis anderer Vertragsformen tätig werden.

In Bezug auf Selbständige bzw. Freelancer gibt es einige Studien und Erhebungen, jedoch mit zum Teil unterschiedliche Angaben. Laut DIW-Bericht aus 2013 beläuft sich die absolute Zahl der Solo-Selbstständigen auf 2,36 Mio.<sup>27</sup> Der Verband BITKOM berichtete Ende 2014 sogar von knapp 5 Mio. Freelancern.<sup>28</sup>

Auch wenn sich nur bedingt Zahlen über die in Unternehmen tätigen Externen ermitteln lassen, wird deutlich, dass die meisten Unternehmen von dieser Thematik betroffen sind und dass ein Großteil der Externen außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung tätig wird.

## c) Zwischenergebnis

Vielen Unternehmen fehlt ein genauer Überblick über die eingesetzten Externen – dies sowohl in Bezug auf die eingesetzten Personen als auch über die Art der von ihnen erbrachten Tätigkeiten. Das betrifft vor allem Externe, die außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung tätig werden. Im ersten Schritt müssen sich Unternehmen zunächst diesen Überblick verschaffen. Aufgrund der oben beschriebenen Vielfältigkeit und Komplexität ist es allerdings nicht immer einfach, verlässliche Daten über die im Unternehmen tätigen Externen zu erhalten. Daher kann es schon in diesem ersten Schritt empfehlenswert sein, externe Berater hinzuzuziehen, die Kenntnis darüber haben, wie Unternehmen Externe in der Praxis einsetzen und beauftragen. Gemeinsam mit diesen können Ansatz-

punkte gefunden werden, um Daten, die nicht auswertbar erfasst sind, zu generieren und um zu erkennen, welche Daten relevant sind bzw. ob die bereits erfassten Daten alle Externen und alles Wesentliche umfassen. Bereits bei diesen Überlegungen ist Rechtsexpertise bezüglich der Fremdpersonaleinsätze sehr hilfreich.

## 3. Zweiter Schritt: Prüfung des Externeneinsatzes

### a) Unterscheidung nach der Art der Beauftragung

Besteht ein Überblick über die Externen, sollten deren Einsätze im Hinblick auf das Einhalten rechtlicher Anforderungen, ein eventuell verbleibendes Restrisiko sowie Maßnahmen zur Risikominimierung inklusive möglicher alternativer Einsatzformen geprüft werden. Dazu kann zunächst nach den Beauftragungsformen unterschieden werden.

### b) Arbeitnehmerüberlassung

Da Zeitarbeitnehmer vom Einsatzunternehmen wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt werden können, ist die tatsächliche Durchführung unproblematischer als bei Einsätzen auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen. Aber auch die Arbeitnehmerüberlassung unterliegt den unter I. 2. und I. 3. e) ee) beschriebenen starken Regulierungen. Einsatzunternehmen sollten daher ihre Lieferanten sorgfältig auswählen, denn vor allem das Zeitarbeitsunternehmen ist für die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen zuständig. In diesem Zusammenhang spielt die Subsidiärhaftung des Einsatzunternehmens eine Rolle. Führt das Zeitarbeitsunternehmen keine bzw. zu geringe Sozialversicherungsbeiträge ab, z. B. weil das Gehalt nicht den tariflichen Vorgaben entspricht und wird es dann zahlungsunfähig, haftet das Einsatzunternehmen für die ausstehenden Sozialabgaben. Hat das Einsatzunternehmen keine Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung bzw. verliert es diese, hat das ebenfalls Konsequenzen für das Einsatzunternehmen. Der Zeitarbeitnehmer ist dann als Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens anzusehen. Weiter gibt es Vorgaben, die vom Einsatzunternehmen einzuhalten sind, wie der Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder betriebsverfassungsrechtliche Regelungen. Setzen Unternehmen Externe auf Basis von Arbeitnehmerüberlassung ein, sollten sie die wesentlichen Anforderungen kennen und ihre Lieferanten diesbezüglich sorgfältig auswählen.

### c) Werk- und Dienstverträge

Die zentrale Frage, die sich bei Werk- und Dienstverträgen stellt ist, inwieweit ein Risiko besteht, den Externen als Arbeitnehmer des Einsatzunternehmens einzustufen bzw. wie hoch dieses Risiko zu bewerten ist. Zu prüfen ist insbesondere die tatsächliche Durchführung, aber auch die Vertragsgestaltung ist von Bedeutung, wobei bei Widersprüchen die tatsächliche Durchführung ausschlaggebend ist.

23 Hays plc. / PAC Pierre Audoin Consultants, „Personalbedarfsplanung und -beschaffung in Unternehmen“, 2014, S. 30.

24 Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“, 2015, S. 6.

25 Bundesagentur für Arbeit, „Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen“, Juli 2015, S. 4, 6.

26 Institut der deutschen Wirtschaft Köln, „Selbstständige als Auftragnehmer von Werkverträgen“, 2015, S. 28; Ebenso die Studie der Hans Böckler Stiftung, Werkverträge im Betrieb: Eine empirische Untersuchung, 2015, S. 13; zur Schwierigkeit der Datengewinnung bzgl. Beschäftigter, die über Werkverträge eingesetzt werden siehe Machbarkeitsstudie zur Erfassung der Verbreitung und Problemlagen der Nutzung von Werkverträgen, Forschungsbericht Nr. 432 des BMAS erstellt vom Zentrum für europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), 2012.

27 Behnke, DIW Wochenbericht Nr. 7/2013, S. 3.

28 Bitkom, PM vom 1.12.2014, [www.bitkom.org/de/presse/81149\\_80897.aspx](http://www.bitkom.org/de/presse/81149_80897.aspx).

Hierbei ist zunächst zu prüfen, welche Einsätze sich in der oben beschriebenen Grauzone bewegen. In diese Grauzone fallen vor allem Externe, die ihre Leistungen auch auf dem Gelände des Einsatzunternehmens erbringen, sich regelmäßig mit den Mitarbeitern des Einsatzunternehmens abstimmen und dessen Arbeitsmittel nutzen.

Einsätze in dieser Grauzone sind in der Regel mit Rechtsunsicherheit verbunden (s.o.). Wer absolute Rechtssicherheit möchte, darf sich nur im „weißen Bereich“ aufhalten, muss also die Grauzone verlassen. Das ist in vielen Fällen jedoch nicht umsetzbar bzw. praxisfremd.<sup>29</sup> Daher sollten Einsätze in der Grauzone unter Berücksichtigung der folgenden Aspekte geprüft und bewertet werden:

- Anzahl und Gewicht der Risikofaktoren
- Konsequenz der Fehleinschätzung
- mögliche Maßnahmen zur Risikominimierung
- Inhalt der Externenleistung
- Beauftragungsalternativen (z.B. Arbeitnehmerüberlassung oder Festanstellung)
- Bedeutung der Externenleistung für das Einsatzunternehmen
- unternehmerische Auswirkungen bei Verzicht auf Beauftragungen in Grauzone (Lieferfähigkeit, Funktionsfähigkeit der Fachabteilung, Flexibilität, Kosten etc.)

Auf Basis dieser Betrachtung kann dann eine Clusterung der Externeneinsätze erfolgen. Das heißt, es werden Gruppen gebildet und diese Gruppen werden hinsichtlich des weiteren Vorgehens separat betrachtet. So kann es Gruppen geben, in denen die Anzahl der Risikofaktoren so hoch ist, dass eine weitere Beauftragung auf der alten Basis abzulehnen ist. Für andere Gruppen mag es alternative und praktikable Beauftragungsformen geben. Bei anderen wiederum können Maßnahmen zur Risikominimierung eingeführt und umgesetzt werden. Ferner kann es Leistungen geben, die für den Unternehmenserfolg und Lieferfähigkeit notwendig sind, sich am Markt aber kaum anders beschaffen lassen. In den meisten Fällen wird es eine Mischung aus mehreren der vorgenannten Punkte sein. Unternehmen sollten alle Aspekte genau gegeneinander abwägen und auf dieser Basis eine Entscheidung treffen, wie in Bezug auf den Externeneinsatz zu verfahren ist und unter welchen Voraussetzungen er zukünftig erfolgen soll. Hilfestellung kann dabei eine unternehmensexterne Prüfung der Risikofaktoren durch Experten geben, um eine adäquate Lösung zu finden.

#### 4. **Dritter Schritt: Aufstellen klarer Unternehmensvorgaben zur Beauftragung von Externen**

##### a) **Erforderliche Unternehmensvorgaben**

Auf Grundlage der in Schritt 2 erfolgten Prüfung und Abwägung sollte das Unternehmen klare Vorgaben aufstellen, wann Externe eingesetzt werden dürfen – für welche Leistungen, unter welchen Voraussetzungen und auf welcher Vertragsbasis. Dies ist insbesondere im Hinblick auf Einsätze in der Grauzone essentiell. Denn eine Grauzone lässt Spielraum für Missbrauch, dem mit klaren Unternehmensvorgaben entgegengewirkt werden kann. Da das Thema so vielschichtig und komplex ist, kann nachfolgend das mögliche Verfahren hinsichtlich dieser Vorgaben nur grob skizziert werden.

##### b) **Arbeitnehmerüberlassung**

Die oben beschriebene Grauzone bezieht sich nicht auf Arbeitnehmerüberlassungen. Das erleichtert das Aufstellen von Unternehmensvor-

gaben, sobald die einzuhaltenden Anforderungen sowie die Konsequenzen eines Verstoßes herausgearbeitet sind (s.o. I. 2.). Die Vorgaben stellen die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen sicher. In diesem Zusammenhang kann es beispielsweise sinnvoll sein, Vorgaben bzgl. Lieferantenauswahl und deren regelmäßiger Qualitätssicherung zu machen, sowie klar zu definieren, in welchen Fällen das Unternehmen auf Arbeitnehmerüberlassung zurückgreift.

##### c) **Werk- und Dienstverträge**

Bei Werk- und Dienstverträgen geht es vor allem darum, die Grauzone zu erkennen und ein Vorgehen innerhalb dieser Grauzone zu definieren. Grundlage hierfür sind die im Rahmen der Prüfung gebildeten Cluster und die für diese erfolgte Risikoabwägung (s. II. 3. c)). Für die verschiedenen Cluster können daher unterschiedliche Vorgaben definiert werden.

Schwierig am Aufstellen dieser Unternehmensvorgaben ist, dass die Rechtslage keine einfach abfragbaren Kriterien vorsieht, sondern eine Bewertung im Einzelfall verlangt und eine schablonenhafte Abwägung sogar ablehnt. Das ist wenig praktikabel. Hinzukommt, dass selbst bei Experten und Gerichten die Einschätzungen auseinandergehen können.<sup>30</sup> Das differenzierte Betrachten der einzelnen Cluster kommt einer individuellen Bewertung allerdings näher. Statt also in jedem Einzelfall eine abwägende Gesamtschau aller relevanten Kriterien vorzunehmen, könnte dies für die jeweiligen Cluster geschehen.

Zum Beispiel können für bestimmte Cluster die zulässigen Beauftragungsformen vorgegeben werden. So kann es Cluster geben, bei denen die Definition eines Ergebnisses und damit der Abschluss eines Werkvertrages schon aufgrund der zugrundeliegenden Leistung nicht möglich ist oder die eine so starke Einbindung und Weisungsabhängigkeit erfordern, dass sie nur auf Basis von Arbeits- bzw. Arbeitnehmerüberlassungsverträgen erbracht werden können. Dann wiederum kann es Cluster geben, in denen der Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen sinnvoll ist.

Denkbar ist auch für Externe bestimmter Cluster Laufzeitbegrenzungen vorzusehen, um zu verhindern, dass eine lange Einsatzdauer zu einem ungewollten Verwischen der Grenzen zwischen internen und externen Mitarbeitern und zu einer Integration in die Arbeitsorganisation führt. Weitere Anknüpfungspunkte können z.B. Vorgaben zu Nutzung von Arbeitsmitteln, Umfang der zulässigen Vor-Ort-Tätigkeit und der zeitlichen Einbindung sein.

Auch Anforderung an Vertragsgestaltung und Vertragsgegenstand können definiert werden. Daneben sollte sichergestellt werden, dass der Vertrag dann auch so gelebt wird. In diesem Zusammenhang können Regeln zum Umgang mit Externen helfen sowie die Sensibilisierung der verantwortlichen Ansprechpartner oder auch Schulungen der eigenen Mitarbeiter, denn diese sind für die tatsächliche Durchführung des Vertrages verantwortlich. Wenn ein Abteilungsleiter z.B. bei einem krankheitsbedingten Engpass den Externen um Hilfe bittet und dieser dann seine eigentliche Vertragsleistung hintenanstellt und „aushilft“, könnte dies als Indiz eines Arbeitsverhältnisses eingestuft werden. Oder es werden plötzlich Weisungen zu Arbeitsort und Arbeitszeit erteilt oder Urlaubsscheine und Attest bei Krankheit angefordert etc.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu Becker, DB 2015, 2267, 2270.

<sup>30</sup> Becker, DB 2015, 2267, 2269, 2270.

Des Weiteren können Konstellationen definiert werden, die nicht oder nur unter besonderen Prüf- und Freigabeerfordernissen zulässig sind, z.B. wenn ein ehemaliger Arbeitnehmer auf Basis eines freien Dienst- oder Werkvertrages tätig werden soll oder wenn Externe, die zuvor im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung tätig waren, zukünftig in Werk- und Dienstverträgen eingesetzt werden sollen.

In jedem Fall ist darauf zu achten, dass die Unternehmensvorgaben zum Einsatz von Externen für alle Beteiligten klar verständlich und nachvollziehbar sind und dass es einfache Möglichkeiten gibt, die Einhaltung dieser Vorgaben zu kontrollieren.

### III. Fazit

Ein Großteil der deutschen Unternehmen setzt Externe bzw. Fremdpersonal ein. Diese Einsätze sind stark reguliert und Verstöße können schwerwiegende Folgen haben. Aus diesem Grund sollte der Einsatz von Externen kontrolliert und gesteuert erfolgen. Dies gilt insbesondere bzgl. der sogenannten „Grauzone“, die es beim Einsatz auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen geben kann und die die Abgrenzung von internen und externen Mitarbeitern erschwert. Trotzdem scheinen viele Unternehmen mit diesem Thema noch recht sorglos umzugehen. Auch im Hinblick auf das geplante Gesetz zur Regulierung

der Arbeitnehmerüberlassung sowie der Werk- und Dienstverträge sollten sich Unternehmen einen genauen Überblick über die bei ihnen tätigen Externen verschaffen. Denn nur so werden sie in der Lage sein, die Konsequenzen möglicher Gesetzesänderungen abzuschätzen und umzusetzen.

**Silke Becker** ist Rechtsanwältin und freiberufliche Beraterin mit Schwerpunkt Fremdpersonaleinsatz. Sie hat lange Jahre in Unternehmen gearbeitet, zuletzt 14 Jahre für die Hays AG. Dort war sie verantwortlich für den Bereich Recht, insbesondere für Aufbau und Leitung der Rechtsabteilung. Seit 2014 ist sie als selbständige Rechtsanwältin mit Sitz in Heidelberg tätig.



**Prof. Dr. Hansjuergen Tuengerthal**, RA, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ), Mannheim, Of-Counsel der Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal, Andorfer, Greulich & Prochaska. Er berät Unternehmen zu allen Fragen des Fremdpersonaleinsatzes.



## BAG: Berufsunfähigkeitsrente – versicherungsförmige Lösung vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**BAG**, Urteil vom 19.5.2016 – 3 AZR 794/14

ECLI:DE:BAG:2016:190516.U.3AZR794.14.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2016-2035-2](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### AMTLICHE LEITSÄTZE

**Das Verlangen des Arbeitgebers nach der versicherungsförmigen Lösung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG kann bereits vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers wirksam erklärt werden. Erforderlich ist jedoch, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung beim Arbeitnehmer und bei der Versicherung bereits ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit einer konkret bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.**

BetrAVG § 1b Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 5, § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3; BGB §§ 104ff., 130ff.; SGB VI § 43 in der bis zum 31. Dezember 1995 geltenden Fassung, § 43 in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung, § 44 in der bis zum 31. Dezember 1995 geltenden Fassung, § 102 Abs. 2 Satz 1

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin eine betriebliche Berufsunfähigkeitsrente zu zahlen.

Die im April 1958 geborene Klägerin war vom 1. Januar 1978 bis zum 30. September 2008 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der M GmbH, in F beschäftigt.

Die betriebliche Altersversorgung der Klägerin richtet sich nach der Betriebsvereinbarung zur Versorgungsordnung vom 30. Dezember 1994.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten schloss nach dem – von der Klägerin mit Nichtwissen bestrittenen – Vorbringen der Beklagten den Kollektivversicherungsvertrag mit der Gruppennummer 00G 330 mit der G AG vom 7./19. März 2007.

Im Oktober 2007 schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der bei ihr bestehende Betriebsrat einen Interessenausgleich und einen Sozialplan. Von der geplanten Betriebsänderung war auch der Arbeitsplatz der Klägerin betroffen. Die Klägerin vereinbarte am 31. Januar 2008 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 30. September 2008 gegen Zahlung einer Abfindung entsprechend den Regelungen des Sozialplans. Gleichzeitig schloss die Klägerin mit der Transfergesellschaft K mbH – Betriebsstätte M einen Transfer-Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. September 2009.

Unter dem 24. Oktober 2008 wandte sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten an die Klägerin.

Der im Schreiben in Bezug genommene Berechnungsbogen enthält unter „VII. Anmerkung“ ua. folgenden Text:

„Hinsichtlich der Anwartschaft auf Erwerbsminderungsrente sowie in Bezug auf das Todesfallkapital gilt die versicherungsvertragliche Lösung. Danach werden Ihnen bzw. Ihren Hinterbliebenen bei Eintritt eines vorzeitigen Versorgungsfalles, spätestens jedoch bei Beginn der Altersrente, die in der Risikoversicherung bis zu Ihrem Ausscheiden angesammelten Überschüsse einmalig ausgezahlt. ...

Das Überschussguthaben beträgt zum 31.12.2007: 348,60 EUR

Um den bisherigen Versicherungsschutz nach Ihrem Ausscheiden auch weiterhin aufrecht zu erhalten, haben Sie die Möglichkeit innerhalb von