

# MERKBLATT



## Der Einsatz von Fremdpersonal für das eigene Unternehmen

- Abgrenzung zu Scheinwerkverträgen/Missbrauch von Werkverträgen -

Ihr Ansprechpartner  
Assessorin Ursula Krauß

E-Mail  
krauss@bayreuth.ihk.de

Tel.  
0921 886-212

Datum/Stand  
April 2017

Von Fremdpersonaleinsatz spricht man, wenn Unternehmen Aufgaben nicht von ihren eigenen Arbeitnehmern (Stammbeschäftigten) ausführen lassen, sondern von Externen. Insbesondere wenn dieses fremde Personal in den eigenen Betriebsräumen tätig wird, gilt es besonderes Augenmerk sowohl auf die Vertragsgestaltung als auch auf die tatsächliche Durchführung zu legen.

Achtung:

**Seit 1. April 2017** gelten wesentliche Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sowie neue Regelungen gegen den Missbrauch von Werkverträgen. Neben einer Höchstüberlassungsdauer und einem zwingenden Equal Pay nach neun bzw. 15 Monaten bei der Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit) wird der Arbeitsvertrag nun im neuen § 611a BGB definiert.

Der Einsatz von Fremdpersonal ist ein häufig gebrauchtes Instrument, um die unternehmerische Flexibilität zu erhöhen oder von externem Know-How zu profitieren. So kann sich das Unternehmen auf die eigene Kernkompetenz konzentrieren. Der Einsatz von Fremdpersonal ist grundsätzlich sowohl in einem Zwei- als auch in einem Dreipersonenverhältnis denkbar. Es gibt jeweils verschiedene Fallkonstellationen.

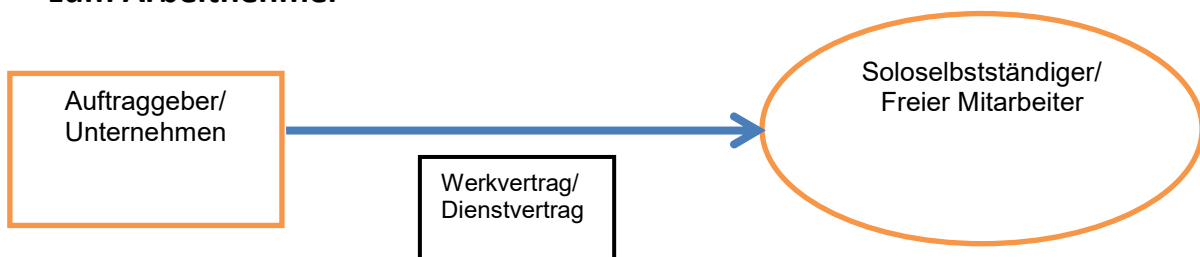
Ein Zweipersonenverhältnis liegt bei der Beauftragung eines Soloselbstständigen, beispielsweise eines freien Mitarbeiters, vor. Hier ist auf die Abgrenzung zum Arbeitnehmer (Scheinselbstständigkeit) zu achten. Siehe im Einzelnen unter I. des Merkblattes.

Ein Dreipersonenverhältnis ist beim Abschluss eines Werk- oder Dienstvertrages mit einem anderen Unternehmen gegeben, das sich zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten seiner Arbeitnehmer bedient, die im Unternehmen des Auftraggebers tätig werden. Bei der Arbeitnehmerüberlassung (Leih- oder Zeitarbeit) arbeiten fremde Beschäftigte im eigenen Betrieb, so dass auch hier ein Dreipersonenverhältnis besteht. Im Dreipersonenverhältnis ist die Abgrenzung zwischen Werk- bzw. Dienstvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung wichtig. Siehe im Einzelnen unter II. des Merkblatts.

Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Gestaltungsmitteln stellt sich in der Praxis häufig als schwierig dar. Für die Abgrenzung kommt es neben dem Vertragsinhalt entscheidend auch auf die tatsächliche Durchführung an. Im Hinblick auf die Konsequenzen einer falschen Einordnung empfiehlt sich in Zweifelsfällen die Hinzuziehung eines spezialisierten Rechtsanwaltes.

## I. EINSATZ VON FREMDPERSONAL IM ZWEIPERSONENVERHÄLTNIS

### – Der Soloselbstständige, insbesondere der freie Mitarbeiter, in Abgrenzung zum Arbeitnehmer –



**Achtung:** Abgrenzung zum eigenen Arbeitnehmer (Scheinselbstständigkeit)

Freie Mitarbeiter sind selbstständige Personen, die auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrages für andere Unternehmen im Wesentlichen persönlich tätig sind. Ob es sich tatsächlich um einen freien Mitarbeiter handelt oder doch eher ein Arbeitsverhältnis und als Konsequenz daraus eine sog. Scheinselbstständigkeit anzunehmen ist, muss unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

**Zum 1. April 2017** wurde § 611a I ins BGB neu eingefügt, der das Arbeitsverhältnis wie folgt definiert: „Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer 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, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist 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.“

Für die Sozialversicherung bestimmt § 7 I 1 SGB IV: „Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Nach der Gesetzesbegründung soll sich inhaltlich durch den neuen § 611a BGB nichts ändern.

Bislang galt: Für eine freie bzw. selbstständige Tätigkeit sprechen im Wesentlichen persönliche Unabhängigkeit, eigenverantwortliches Handeln sowie freie Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit (vgl. § 84 I S. 2 HGB). Von großer Relevanz für die Abgrenzung ist die fehlende Weisungsgebundenheit des freien Mitarbeiters. Allerdings führt nicht bereits jedes Weisungsrecht des Unternehmers zu einer Arbeitnehmereigenschaft. Auch im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags besteht ein sog. Anweisungsrecht des Auftraggebers. Dieses bezieht sich auf die Ausführung des Werkes oder die Dienstleistung, nicht aber auf den Arbeitsvorgang als solchen.<sup>1</sup>

Dagegen sprechen Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung (arbeitsrechtliche Weisung) bzw. Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (vgl. § 106 GewO) für die Arbeitnehmereigenschaft (Scheinselbstständigkeit). Ferner gilt, je mehr der freie Mitarbeiter in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert ist, ggfs. sogar in die Dienstpläne eingebunden oder in Telefon- und Mitarbeiterverzeichnisse aufgenommen wird, desto eher ist im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung davon auszugehen, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung sind als Indizien für eine selbstständige Tätigkeit zudem von Bedeutung, ob der freie Mitarbeiter die Arbeitsleistung mit eigenen Betriebsmitteln erbringt und er ein unternehmerisches Risiko trägt.

---

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12.

Dagegen spricht für die Arbeitnehmereigenschaft die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, persönliche Abhängigkeit, Einbindung in eine fremde betriebliche Arbeitsorganisation, Inanspruchnahme der vollen Arbeitskraft (und somit lediglich ein Auftraggeber existiert), fremdbestimmtes Handeln oder Personengebundenheit der Arbeitsleistung.

#### Hinweis:

Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalles. Die Gerichte und auch die Sozialversicherungsträger weisen daher darauf hin, dass sich abstrakte, für alle Tätigkeiten geltende Kriterien nicht aufstellen lassen. Die Abgrenzungsmerkmale und deren Gewichtung variieren je nach Fallgruppe. Da es entscheidend auf das Gesamtbild der Tätigkeit ankommt, ist auch nicht ausschlaggebend, ob zahlenmäßig mehr Indizien für oder gegen eine Selbstständigkeit sprechen. Der Sachverhalt ist daher in jedem Einzelfall individuell abzuklären.

Lassen die Gesamtumstände keine eindeutige Bestimmung des Vertragsverhältnisses zu, ist der Unternehmer bei dem Einsatz freier Mitarbeiter stets der Gefahr ausgesetzt, faktisch ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Der freie Mitarbeiter ist in einem solchen Fall als Arbeitnehmer zu behandeln. Infolgedessen stehen ihm sämtliche Arbeitnehmerrechte, wie z.B. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsansprüche, zu. Eine Trennung vom Mitarbeiter kommt unter Umständen nur unter Berücksichtigung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem KSchG in Betracht.

Daneben hat der Unternehmer steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen zu befürchten. Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile) sowie Lohnsteuer sind zu entrichten und gegebenenfalls nachzuzahlen. Darüber hinaus kommt regelmäßig eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder Vorenthaltens/ Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) in Betracht. Siehe auch IHK-Merkblatt „Scheinselbstständigkeit“.

#### **Tipp:**

Es besteht die Möglichkeit, den sozialversicherungsrechtlichen Status des Auftragnehmers durch ein sogenanntes Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) feststellen zu lassen. Durch dieses Verfahren, welches innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit bei der DRV beantragt werden sollte, kann der Unternehmer die sozialversicherungsrechtlichen Risiken minimieren. Die DRV entscheidet auf der Grundlage der vom Unternehmer eingereichten Unterlagen im Rahmen einer

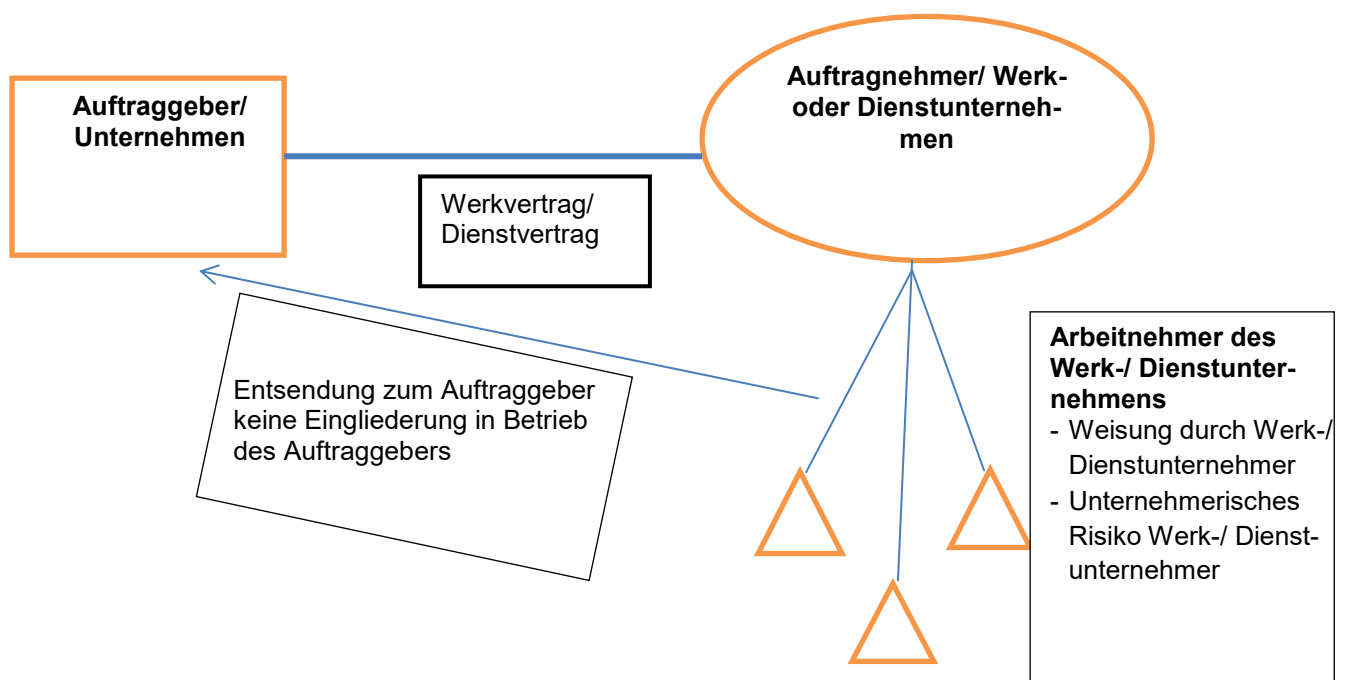
Gesamtwürdigung der Situation darüber, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit oder eine versicherungspflichtige Beschäftigung handelt.

## II. EINSATZ VON FREMDPERSONAL IM DREIPERSONENVERHÄLTNIS

### -Werk- oder Dienstvertrag in Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung –

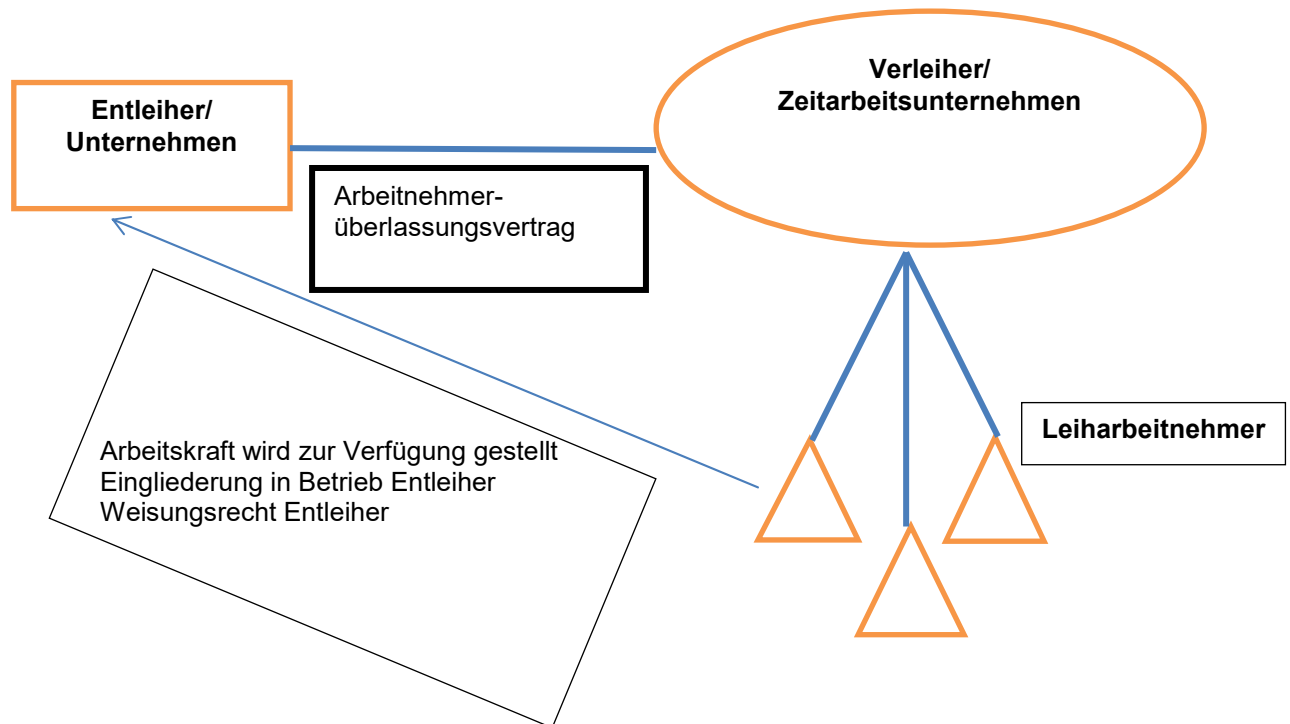
#### 1. Allgemeines

##### Werk- und Dienstvertrag



Es kommt auch der Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen mit einem Dritten (Werk- oder Dienstunternehmer) in Betracht, der sich zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten seiner Mitarbeiter bedient. Bei der Tätigkeit von Arbeitnehmern eines anderen Unternehmens im eigenen Betrieb im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages muss besonderes Augenmerk auf die **Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung** (Zeit- oder Leiharbeit) gelegt werden.

## Arbeitnehmerüberlassung



## 2. Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zu anderen drittbezogenen Personaleinsätzen

Die Abgrenzung eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags vom Fremdpersonaleinsatz im Rahmen eines Werk-, Dienst- oder ähnlichen Vertragsverhältnisses kann im Einzelfall schwierig sein. Angesichts der Rechtsfolgen, die drohen, wenn die als Werk- oder Dienstvertrag geschlossene Vereinbarung tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gewertet wird (Fall der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung durch „Schein-Werkverträge“ oder „Schein-Dienstverträge“), ist die Abgrenzung jedoch von erheblicher Bedeutung. Bei falscher Einordnung droht insbesondere die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem die Arbeitsleistung in Anspruch Nehmenden und dem Fremdpersonal kraft Gesetzes (ausführlich dazu unter II. 3.). Über die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses entscheidet der Geschäftsinhalt, der anhand der vertraglichen Vereinbarung und tatsächlichen Durchführung zu ermitteln ist, wobei die praktische Durchführung letztendlich ausschlaggebend ist.

Hinweis: Dabei verbietet sich mit Blick auf die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten eine schematische Betrachtung. Das heißt, auch hier ist stets eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls angezeigt.

## **a. Abgrenzung Werkvertrag – Arbeitnehmerüberlassungsvertrag**

**Zum 1. April 2017** wurde in § 1 I Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) neu definiert: „Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) 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.“

Dieser Wortlaut ist nicht völlig identisch mit der bisherigen Rechtsprechung. Nach der Gesetzesbegründung und den ab 1.04.2017 geltenden „Fachlichen Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz“ der Bundesagentur für Arbeit soll damit aber die aktuelle Rechtslage wiedergegeben werden.

Bisher galt: Arbeitnehmerüberlassung (Zeit- oder Leiharbeit) liegt vor, wenn ein selbstständiger Unternehmer (Verleiher) einem anderen Unternehmer (Entleiher) vorübergehend einen bei ihm angestellten Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) zur Verfügung stellt, damit dieser ihn in seinem Betrieb wie seinen eigenen Arbeitnehmer für seine Betriebszwecke einsetzen kann. Obwohl Leiharbeitnehmer auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages mit dem Verleiher tätig werden, unterliegen sie während der Überlassung unmittelbar den arbeitsrechtlichen Weisungen des Entleihers, erbringen diesem gegenüber die Arbeitsleistung und werden in dessen betrieblicher Arbeitsorganisation eingegliedert.

Bei einem Werkvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung (vgl. § 631 I BGB). Charakteristisch für einen Werkvertrag ist, dass der Werkunternehmer wirtschaftlich selbstständig unter Einsatz eigener Arbeitsmittel für das Gelingen des geschuldeten Ergebnisses, also hinsichtlich des Eintritts eines konkreten Erfolges, einzustehen hat. Zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten bedient er sich regelmäßig seiner Mitarbeiter. Diese werden dabei aber nicht bzw. dürfen nicht wie bei der Arbeitnehmerüberlassung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert werden. Ebenso verbleibt das arbeitsrechtliche Weisungsrecht beim Werkunternehmer, während es bei der Arbeitnehmerüberlassung durch den Entleiher ausgeübt wird.

Neben der Frage der Eingliederung und des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts sind insbesondere die nachfolgenden Abgrenzungskriterien heranzuziehen. Dabei können für die Annahme eines Werkvertrages sprechen:

- Exakte und detaillierte Beschreibung des herzustellenden Werks im Vertrag
- Eigenverantwortliche Organisation der zur Vertragserfüllung notwendigen Handlungen durch den Werkunternehmer (z.B. Auswahl und Überwachung des Personals, Überwachung der Arbeitsprozesse)
- Unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers
- Tragen des unternehmerischen Risikos durch den Werkunternehmer (insbesondere Haftungs- und Gewährleistungsrisiko)
- Werkunternehmer trägt auch das Risiko des zufälligen Untergangs des Werkes vor Abnahme
- Erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung (z.B. in Form eines Pauschalpreises)

Gegen die Annahme eines Werkvertrages sprechen insbesondere folgende Indizien:

- Vereinbarung eines nicht werkvertragsfähigen Werks (z.B.: Vergabe von Klein- und Kleinstprojekten; Vergabe von nicht erfolgs- oder projektbezogenen Aufgaben, wie z.B. Fließband- oder Lagerarbeiten)
- Fremdpersonal wird ununterscheidbar in den Herstellungsprozess beim Werkbesteller integriert
- Werkunternehmer verfügt weder über die zur Auftragsausführung erforderlichen Betriebsmittel noch über das erforderliche Personal

## **b. Abgrenzung Dienstvertrag – Arbeitnehmerüberlassungsvertrag**

Ein selbstständiger Dienstvertrag in Abgrenzung zum Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist lediglich anzunehmen, wenn der Auftragnehmer (Dienstunternehmer) die versprochenen Dienste in eigener Verantwortung erbringt und die Erfüllungsgehilfen (Mitarbeiter), derer er sich zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten bedient, jedenfalls nicht den arbeitsrechtlichen Weisungen des Auftraggebers unterliegen.<sup>2</sup> Im Übrigen muss auch beim Dienstvertrag die zu erbringende Leistung derart genau beschrieben sein, dass der Auftragnehmer (Dienstunternehmer) sie selbstständig – also ohne Einholung weiterer Anweisungen – erbringen kann. Ferner darf keine Integration der Mitarbeiter des Dienstunternehmers in die Betriebsorganisation des Auftraggebers erfolgen. Die unter II. 2a) genannten Indizien können auch im Rahmen der vorliegenden Abgrenzung herangezogen werden. Dies gilt jedoch nicht für das Kriterium der erfolgsorientierten Abrechnung der Werkleistung und für die Frage, ob aus dem Vertragsverhältnis Gewährleistungsansprüche hergeleitet werden können.

---

<sup>2</sup> BSG, Urt. v. 23.6.1982 - 7 RAr 98/80.



### **3. Rechtsfolgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag)**

Stellt sich heraus, dass es sich bei einer als Werk- oder Dienstvertrag bezeichneten Vereinbarung aufgrund der tatsächlichen Vertragsdurchführung rechtlich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, hat dies weitreichende Konsequenzen. Man spricht in diesen Fällen von verdeckter Arbeitnehmerüberlassung oder Scheinwerk- bzw. Scheindienstverträgen.

**Seit dem 1. April 2017** muss eine Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich als solche im Vertrag bezeichnet werden und die Person des Leiharbeitnehmers vor der Überlassung unter Bezugnahme auf den Vertrag konkretisiert werden (§ 1 I S. 5 und 6 AÜG n. F.). Eine vorsorglich eingeholte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (sog. Vorratserlaubnis oder Fallschirmlösung) hilft daher bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung bzw. einem Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag nach neuer Gesetzeslage nicht weiter.

Ohne die Bezeichnung des Vertrages als Arbeitnehmerüberlassung und ohne Konkretisierung des Leiharbeitnehmers ist der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher (vermeintlicher Auftragnehmer) und Leiharbeitnehmer unwirksam (§ 9 I Ziff. 1a AÜG n.F.) und es entsteht kraft Gesetzes und damit unabhängig vom Willen der Beteiligten ein (ggf. befristetes) Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher (vermeintlicher Auftraggeber) und Leiharbeitnehmer (§ 10 I S. 1 AÜG n. F.). Beginn dieses Arbeitsverhältnisses ist der Zeitpunkt, den Verleiher und Entleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehen haben (vgl. § 10 I S. 1 AÜG n. F.). Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses richtet sich nach den im Entleiherbetrieb bestehenden Vorschriften (vgl. § 10 I S. 4 AÜG). Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher, also seinem vermeintlichen Arbeitgeber, vereinbarte Entgelt (vgl. § 10 I S. 5 AÜG). Hat der Leiharbeitnehmer von diesem in der Vergangenheit ein geringeres Entgelt erhalten als vergleichbare Mitarbeiter im Entleiherbetrieb, so sind die Differenzbeträge vom Entleiher nachzuentrichten.

Diese Rechtsfolge tritt nach der Gesetzesänderung **zum 1. April 2017** nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer binnen eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt schriftlich erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit seinem bisherigen Arbeitgeber (Verleiher) festhalten will (§ 9 Abs. 1 Ziff. 1a AÜG n. F.). Diese sogenannte Festhaltungserklärung muss bei der Agentur für Arbeit persönlich vorgelegt und dort abgezeichnet werden und muss danach spätestens am dritten

Tag dem Ver- oder Entleiher zugehen (§ 9 Abs. 2 AÜG n. F.). Eine im vorhinein abgegebene Festhaltungserklärung ist unwirksam (§ 9 III AÜG n. F.).

Daneben bestehen für den Entleiher auch sozialversicherungs- und steuerrechtliche Risiken. Denn Verleiher und Entleiher sind im Falle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge und der Lohnsteuer als Gesamtschuldner anzusehen, sofern der Leiharbeitnehmer zuvor von seinem vermeintlichen Arbeitgeber zumindest einen Teil des Arbeitsentgelts erhalten hat (vgl. § 10 III S. 1, 2 AÜG n. F.). Demnach besteht die Gefahr, dass der Entleiher auch in dieser Hinsicht in Anspruch genommen wird.

Darüber hinaus drohen, je nach Verstoß, Geldbußen von bis zu 30.000 € bzw. 500.000 € (vgl. § 16 I, II AÜG n. F.). Der durch die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung erlangte Vermögensvorteil wird durch eine Geldbuße abgeschöpft (vgl. §§ 30, 17 IV OWiG).

Schließlich muss der Entleiher auch mit strafrechtlichen Konsequenzen rechnen. Hier kommt sowohl eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) als auch wegen Vorenthaltens/Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266 a StGB) in Betracht.

#### **Hinweis:**

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer Kammer – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.

*Abdruck mit freundlicher Genehmigung der IHK für München und Oberbayern.*