

IT-Dienstleistungen durch  
Fremdpersonal 3.0  
Freelancer, **& Bird & Bird**  
Contracting, Werkverträge  
und Zeitarbeit

Dr. Ralph Panzer, Bird & Bird LLP

Fachanwalt für Arbeitsrecht

März 2015

# Themenübersicht IT-Fremdpersonal 3.0

## I. Freelancer

1. Erscheinungsformen
2. Basics
3. Verleih von Freelancern (Contracting)

## II. Werkverträge

1. Grundlagen
2. Brennpunkte

## III. Zeitarbeit

1. Grundlagen
2. Brennpunkte

# I. Freelancer

## 1. Erscheinungsformen

### **Beispiele:**

- als direkten Vertragspartner des Unternehmens (z.B. Systemadministration, Softwareentwicklung)
- als Subunternehmer eines Fremddienstleisters
- als "verliehener" Freelancer ("Subunternehmer") eines Personaldienstleisters

# I. Freelancer

## 2. Basics

1. Arbeitsrecht
2. Sozialversicherungsrecht
3. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

- 
4. Urheberrechte
  5. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote
  6. Steuerrecht

# I. Freelancer

## 2. Basics

### 2.1 Arbeitsrecht

- v.a. Kündigungsschutz nach KSchG – Entlassung teuer
- Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Urlaubsansprüche

# I. Freelancer

## 2. Basics

### 2.2 Sozialversicherungsrecht

- Sozialversicherungspflicht/Beitragszahlung für die Zukunft: AG/AN zu jeweils 50 %
- Sozialversicherungspflicht/Beitragszahlung für die Vergangenheit: AG alleine
  - AG zahlt AG-Beiträge und AN-Beiträge (i.d.R. Verjährung vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem Fälligkeit liegt – bei Vorsatz 30 Jahre!)
  - Verrechnungsmöglichkeiten bei AN begrenzt (3 kommende Gehälter)
  - ggf. Strafbarkeit des AG (Vorenthalten von Beiträgen zur Sozialversicherung)
  - Keine aufschiebende Wirkung bei Widerspruch gegen Beitragsbescheid, § 86a Abs. 2 SGG

# I. Freelancer

## 2. Basics

### 2.3 Risiko: Arbeitnehmerüberlassung (1)

- Situation: freier MA wird beim Kunden eingesetzt
  - freier MA erhält Weisungen vom Kunden (Ausübung Direktionsrecht)
  - freier MA macht z. T. gleiche Tätigkeit wie AN des Kunden
  - Eingliederung in Betrieb des Kunden

# I. Freelancer

## 2. Basics

### 2.3 Risiko: Arbeitnehmerüberlassung (2)

- Rechtsfolge:

- Arbeitnehmerüberlassung = AÜG
- AÜ bedarf Erlaubnis der BA
- AÜ ohne Erlaubnis:

Fiktion Anstellungsverhältnis zwischen Entleiher und AN = Haftung für Gesamtsozialversicherungsbeitrag sowie RF vorne



# I. Freelancer

## 2. Basics

### 2.4 Abgrenzungskriterien Freelancer <-> AN

- Maßstab:

- Tatsächliche Ausübung der Vertragsbeziehung - vertragliche Bezeichnung, aber gewisses Indiz
- Feststellung des "Grades der persönlichen Abhängigkeit" (BSG)
- § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV: "Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers."
- § 84 Abs. 1 S. 2 HGB: "Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann." Stichwort: Weisungsfreiheit → Zeit, Dauer, Ort, Art, Inhalt

# I. Freelancer

## 2. Basics

### 2.4 Abgrenzungskriterien Freelancer <-> AN

#### ● Beispiele

- kann für mehrere Unternehmen tätig werden
- muss Kosten der Tätigkeit, Urlaub, Krankheitsrisiko selbst tragen
- Gewährleistungsrisiko – leben!
- Tätigkeit für nur einen Auftraggeber (>5/6 der Tätigkeit)
- Unternehmerisches Auftreten am Markt (z.B. durch Werbung, eigene Internetseite, etc.)
- Angestellte
- Rechtsform (i.d.R. nicht bei GmbH)
- Dauer der laufenden Zusammenarbeit

# I. Freelancer

## 3. Verleih von Freelancern - Contracting

### 3.1 Normale Konstruktion



# I. Freelancer

## 3. Verleih von Freelancern - Contracting

### 3.2 Umbrella-Konstruktion

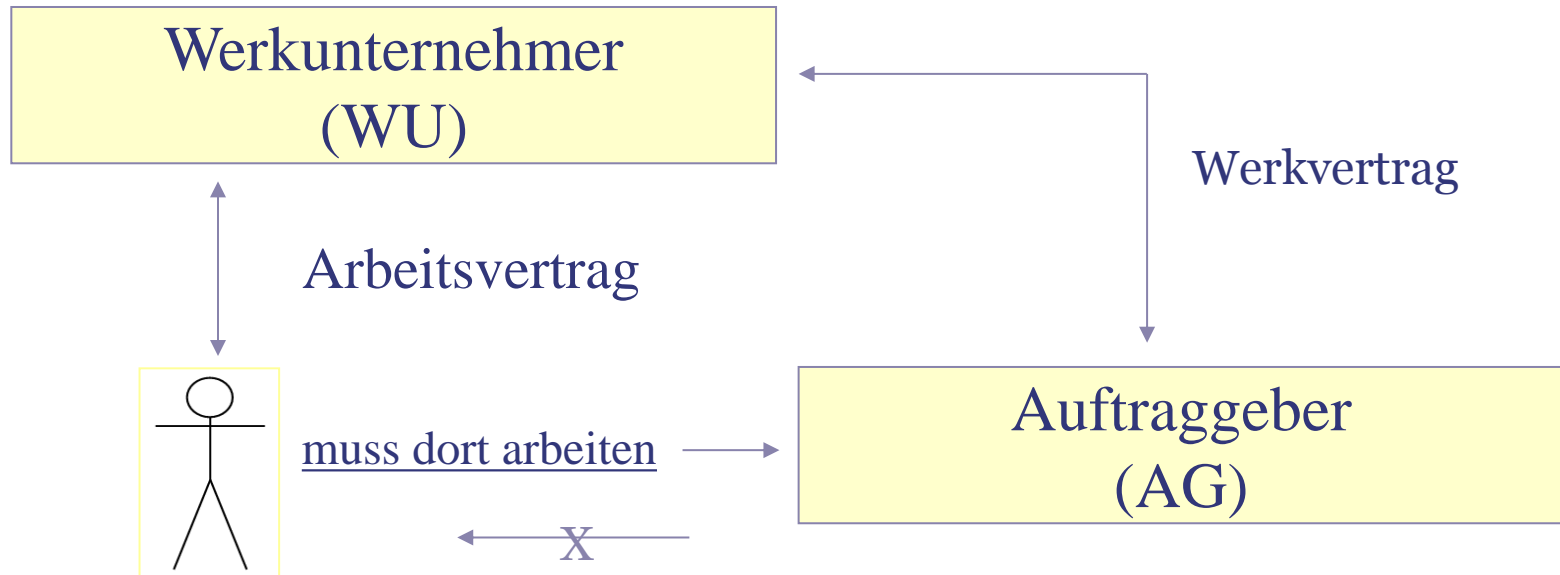


**Risiken? Vgl. nachfolgend Werkverträge**

# II. Werkverträge

## 1. Grundzüge

- Schaubild – Werk- / Dienstvertrag (im Fremdunternehmen)



kein Arbeitsvertrag

- AG erteilt keine Weisungen (kein Direktionsrecht)
- keine Eingliederung bei AG

# II. Werkverträge

## 1. Grundzüge

### 1.1 Inhalte des Werkvertrages

- Vereinbarung eines qualitativ individualisierbaren Werkergebnisses
- Unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller
- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern (Erfüllungsgehilfen)
- Das Tragen des unternehmerischen Risikos, insbesondere der Gewährleistung durch Werkunternehmer

# II. Werkverträge

## 1. Grundzüge

### 1.2 Beispiele von Werkverträgen im Fremdbetrieb

- IT-Dienstleister bei Kunden vor Ort
- Werkverträge in der Automobilindustrie – Gebäudereinigung, Werkschutz, Kantinenservice, Spedition, aber auch: in Produktion wie FuE, Montage- und Zulieferarbeiten am Fließband (in einigen Werken angeblich bis 30% vor Ort Fremdfirmen)

# II. Werkverträge

## 2. Brennpunkte

### 2.1 Aktuelle Diskussion – Auslagerung auf Werkverträge?

- Großes Gewerkschaftsthema – angeblich Ersatz von Stammbeschaften, ggf. auch Zeitarbeit; verdi, NGG, IG Metall: "Löhne drücken – Kosten senken"
- Kein gesichertes Zahlenmaterial
- Gesetzesentwurf (28.10.2013, BT-DS 18/14)
- ArbG Berlin vom 04.09.2013 LAG Baden-Württemberg vom 01.08.2013  
(Werkverträge → ANÜ!)
- LAG Baden-Württemberg vom 03.12.2014  
(ANÜ-Erlaubnis keine Wirkung)



# II. Werkverträge

## 2. Brennpunkte

### 2.2 Potentielle Motive für Auslagerung auf Werkverträge?

- Stärkere Regulierung der Zeitarbeit
- Kostensenkung: Personalkosten zu Sachkosten / LeihTV-frei / Zugang von Leiharbeitern zu Gemeinschaftseinrichtungen, § 13b AÜG / Vermeidung Problem Vorrangkündigung Zeitarbeiter
- Verwaltungsgründe: Weitgehende Vermeidung Beteiligung BR, kein Personalkostenbudget

# II. Werkverträge

## 2. Brennpunkte

### 2.3 Potentielle Risiken bei Auslagerung auf Werkverträge

- Tatsächlich illegale Arbeitnehmerüberlassung
- Zivilrechtliche Haftungsrisiken gegenüber Einsatzunternehmen (Gewährleistung "geschuldeter Erfolg", Vertragsstrafen in Werkverträgen, Schadensersatz "Stillstand des Fließbandes")
- Weniger flexibel als Zeitarbeit ?
- Kalkulationsrisiken (s.o.: Transaktionskosten, Gewährleistung/Fehlerkosten, Vertragsstrafen, Mitarbeiterfluktuation/Anlernkosten, Rechtsunsicherheit)

# II. Werkverträge

## 2. Brennpunkte

### 2.4 Abgrenzungskriterien Zeitarbeit / (Schein-)Werkvertrag (1/3)

- Gesamtbetrachtung
- Praxis contra Papierlage
- Prüfungsverfahren:
  - i. Prüfung Vereinbarungen im Vertrag
  - ii. Prüfung tatsächlicher Durchführung
  - iii. Abschließende Gesamtbetrachtung

# II. Werkverträge

## 2. Brennpunkte

### 2.4 Abgrenzungskriterien Zeitarbeit / (Schein-)Werkvertrag (2/3)

- Ausübung von Weisungsrechten
  - Weisungsrecht nur des Werkunternehmers gegenüber AN
  - aber: § 645 BGB: "für die Ausführung erteilten Anweisung"
- Keine Eingliederung in Arbeitsabläufe / Produktionsprozesse (z.B. keine Planung / Organisation durch Auftraggeber / unternehmerische Dispositionsfreiheit, eigene Entscheidung über Einarbeitung, Arbeitszeit, Urlaub, Überwachung)
- [Bestimmtheit der Werkleistung / Vereinbarung konkr. Werkergebnis]

# II. Werkverträge

## 2. Brennpunkte

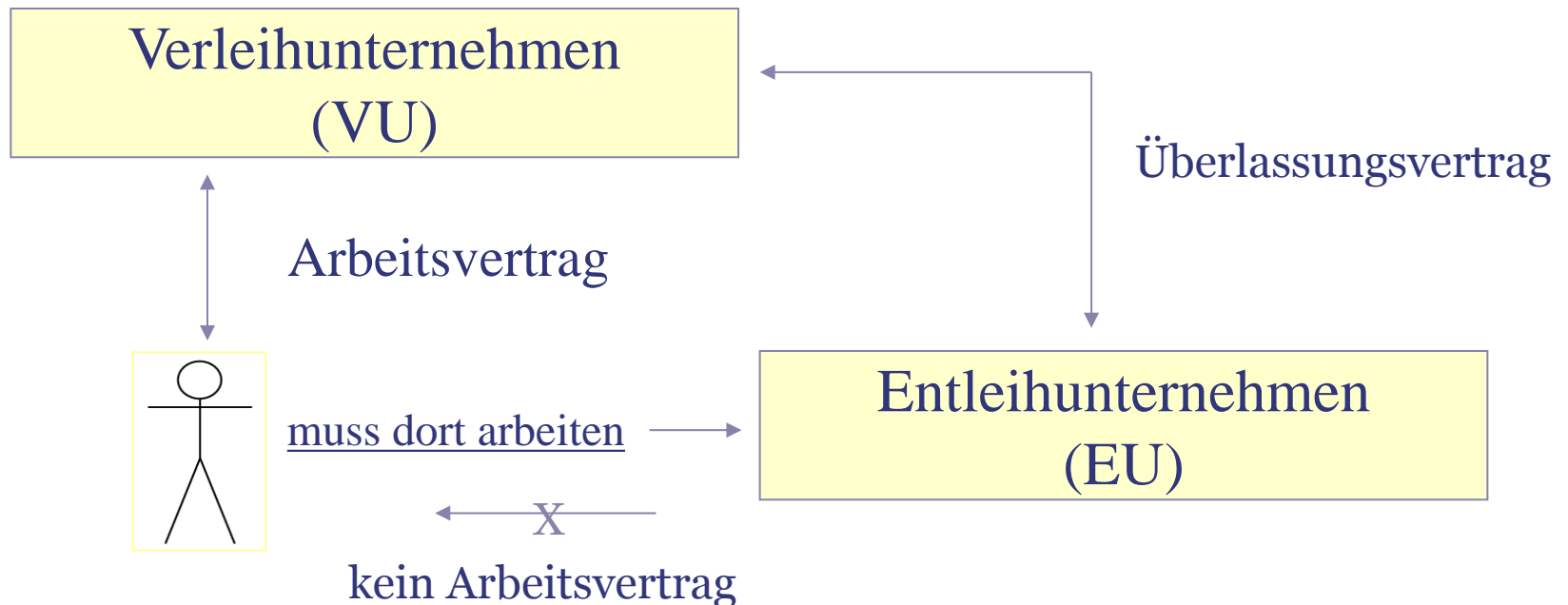
### 2.4 Abgrenzungskriterien Zeitarbeit / (Schein-)Werkvertrag (3/3)

- Ergebnisbezogene Vergütung
- Erfolgshaftung / Übernahme von Gewährleistung /  
Nachbesserung (leben!) – zu starke vertragliche Einschränkung  
problematisch
- Keine Ausstattung mit Betriebsmitteln des Auftraggebers
- Keine Gemeinsame Nutzung Sozialräume

# III. Zeitarbeit

## 1. Grundzüge

- Schaubild Arbeitnehmerüberlassung



- Aber: EU erteilt Weisungen (Direktionsrecht)
- Eingliederung in EU-Betrieb

# III. Zeitarbeit

## 1. Grundzüge

### 1.1 Grundsätzlich Erlaubnispflicht der BA, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG

(z.T. Ausnahmen / Erlaubnisfreiheit)

# III. Zeitarbeit

## 1. Grundzüge

### 1.2 Equal Pay und Equal Treatment, § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG

- i. Grundsatz: im Wesentlichen gleiche Arbeitsbedingungen wie Stammbesellschaft
- ii. Ausnahme (Regelfall): Arbeitsbedingungen für Zeitarbeiter in TV geregelt (Tarifgebundenheit/Verweisung auf TV); Rückausnahme: "Drehtürklausel" (6 Monatsgrenze)



# III. Zeitarbeit

## 2. Brennpunkte - Rechtsfolgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung, §§ 9, 10 AÜG (häufigste Erscheinungsform: Scheinwerkvertrag)

- i. Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung, § 9 Nr. 1 AÜG
  - Leiharbeitsvertrag unwirksam (kein Arbeitsverhältnis AN/VU)
  - Verleihvertrag unwirksam (VU/EU)

# III. Zeitarbeit

## 2. Brennpunkte - Rechtsfolgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung, §§ 9, 10 AÜG

### ii. Fiktion Arbeitsverhältnis AN/EU, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG (Formelle Arbeitgeberstellung EU)

- Bzgl. Arbeitszeit: Wie AV VU/AN, § 10 Abs. 1 S. 3 AÜG
- Darüber hinaus: Arbeitsbedingungen Betrieb EU, § 10 Abs. 4 S. 1 AÜG
- Nachzahlung Vergütungsdifferenz, § 10 Abs. 1 S. 5, Abs. 2-4 AÜG
- Geltung Betriebsvereinbarungen EU
- Ggf. erworbener Bestandsschutz nach KSchG (evtl. greift Befristung)

# III. Zeitarbeit

## 2. Brennpunkte - Rechtsfolgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung, §§ 9, 10 AÜG

### iii. Haftung Entleiher und Verleiher

- Für Sozialversicherungsbeiträge, § 28e Abs. 2 SGB IV
- (ggf. Nachzahlung für Vergütungsdifferenzen, z. B. auch unwirksame ZeitarbeitsTV, Scheinwerkvertrag)
- Ggf. Nachzahlung nicht entrichteter Lohnsteuer, § 42d Abs. 6 EStG
- Ordnungswidrigkeit: § 16 AÜG bis EUR 500.000,00
- Strafrecht, §§ 15, 15a AÜG, § 266a StGB

## IV. Fazit – IT-Fremdpersonal 3.0

1. Abgrenzungskriterien weiterhin vage
2. Aktives Vertragsmanagement pflegen
3. Abgrenzungskriterien ernst nehmen
4. Contracting und Werkverträge als Chance flexibler Beschäftigung

Vielen Dank & Bird & Bird

Dr. Ralph S. Panzer

Counsel

Bird & Bird LLP

Maximiliansplatz 22

80333 München

Direct: +49 (0)89 3581 6122

Fax: +49 (0)89 3581 6011

[ralph.panzer@twobirds.com](mailto:ralph.panzer@twobirds.com)