

---

# ABGRENZUNGS- KRITERIEN

---

ARBEITNEHMER ÜBER  
ZEITARBEIT ODER  
ÜBER WERKVERTRÄGE  
RICHTIG EINSETZEN

# Was für welche Form spricht

**CHECKLISTE.** In der Praxis bestehen unterschiedliche Arten, fremdes Personal im Betrieb einzusetzen. Wie Werkverträge und Zeitarbeit rechtlich abzugrenzen sind.

Von **Sebastian Maiß**

Die zunehmende Digitalisierung der Arbeit bringt immer neue Formen des Fremdpersonaleinsatzes zum Vorschein. „Crowdworking“, „Scrum“, „Clickworking“, „Turker“ sind hierfür nur einige Beispiele. Fremdes Personal wird neben den eigenen Mitarbeitern des Auftraggebers nicht nur im Wege der Arbeitnehmerüberlassung, sondern auch auf der Grundlage von Dienst- und Werkverträgen tätig. Dieser Personaleinsatz kann zudem im Zwei- sowie im Dreipersonenverhältnis erfolgen: Der Auftraggeber schließt entweder mit einer natürlichen Person (Solo-Selbstständiger) oder einer juristischen Person einen Vertrag ab, die zur Leistungserbringung bei ihr beschäftigte Arbeitnehmer oder auch Selbstständige einsetzt. Die Gestaltungsvarianten sind ebenso zahlreich wie die hierfür verwendeten Begriffe („Contracting“, „Subcontracting“, Freelancer, Berater-, Projektverträge et cetera).

Wie aber lassen sich diese verschiedenen Formen voneinander abgrenzen? Die gesetzliche Neuregelung des § 611a BGB bringt keine Erleichterung. Sie regelt allein den Begriff des Arbeitsvertrags, also die Statusbewertung des Solo-Selbstständigen beim Abschluss eines Dienst- oder Werkvertrags. Die in der Praxis schwierige Abgrenzung im Dreipersonenverhältnis ist hingegen gesetzlich auch weiterhin nicht geregelt. Zudem fasst § 611a BGB lediglich in komprimierter Form die bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen einer selbstständigen und abhängigen Tätigkeit zusammen. Die Grenzziehung zwischen den Formen des Fremdpersonaleinsatzes muss daher auch künftig anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien erfolgen.

Danach liegt eine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn Arbeitgeber als Verleiher bei ihnen beschäftigte Arbeitnehmer an einen Dritten überlassen. Dies ist dann das geeignete Instrument zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes, wenn

der Auftraggeber nur Personal benötigt und dieses nach eigenen Weisungen einsetzen und in seine Betriebsabläufe integrieren möchte. Werkverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber einen bestimmten Erfolg einkaufen möchte, für den der Auftragnehmer auch haften soll: Beispielsweise die Implementierung eines neuen Softwaretools innerhalb einer bestimmten Frist. Im Gegensatz dazu schuldet der Auftragnehmer bei einem Dienstvertrag lediglich seine Tätigkeit, nicht einen bestimmten Erfolg. Typische Dienstleistungsverträge sind Beraterverträge.

Die Abgrenzung richtet sich nach der Gestaltung des Vertragsverhältnisses sowie der tatsächlichen Vertragsdurchführung – anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände. Die Bewertung kann anhand einzelner Indizien erfolgen. ■

**DR. SEBASTIAN MAISS** ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei der Arbeitsrechtskanzlei Vangard in Düsseldorf.



## ABGRENZUNGSKRITERIEN

Indizien ...	Werkvertrag (WV) oder Dienstvertrag (DV)	Arbeitsverhältnis (AV) oder Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ)
... bei der Vertragsgestaltung	<i>Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen einer erforderlichen Gesamtabwägung zu berücksichtigen (BAG, Az. 5 AZR 332/09).</i>	
Vertragsbezeichnung	Über die rechtliche Einordnung eines als WV oder DV bezeichneten Vertragsverhältnisses entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die gewünschte Rechtsfolge.	Wird eine Vereinbarung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet, stellt dies ein starkes Indiz für eine ANÜ dar.
Persönliche Pflicht zur Leistungserbringung	Der DV ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftragnehmer die Leistungen persönlich erbringt.	Beim WV stellt diese Pflicht ein Indiz für ANÜ dar. Die Personalisierung des abgerufenen Personals sollte daher unterbleiben. Etwas anderes gilt nur, soweit es für die Vertragserfüllung auf die Qualifikation des eingesetzten Personals ankommt.
Konkretisierung des Leistungsgegenstands	Die inhaltliche und gegebenenfalls zeitliche Konkretisierung des Leistungsgegenstands stellt ein starkes Indiz für das Vorliegen eines WV/DV dar. Je klarer die von dem Auftragnehmer geschuldete Werk- oder Dienstleistung definiert ist, desto eher spricht dies dafür, dass der Auftraggeber nur (fachliche) Anweisungen für die Ausführung des WV/DV erteilen muss (BAG, Az. 3 AZR 395/11).	Führt der Auftragnehmer Tätigkeiten für den Auftraggeber aus, die nicht Gegenstand des Vertragsverhältnisses sind, spricht dies für eine ANÜ (LAG Hamm, Az. 3 Sa 1749/12). Die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen richten sich dann allein nach dem Bedarf des Auftraggebers, der von ihm nach Inhalt, Durchführung, Zeit, Ort und Dauer durch (arbeitsrechtliche) Weisungen konkretisiert werden muss (BAG, Az. 10 AZR 282/12).
Abrechnung (Festpreis, erfolgsabhängig oder nach Stunden)	Die Abrechnung nach Festpreisen beziehungsweise auf Grundlage einer erfolgsabhängigen Vergütung stellt ein Indiz für das Vorliegen eines WV/DV dar (BAG, Az. 7 ABR 21/88). Die Abrechnung nach Stunden ist kein Indiz für eine ANÜ.	
Berechtigung des Auftragnehmers zur Unterbeauftragung der Leistungen	Die Berechtigung stellt ein starkes Indiz für das Vorliegen eines WV/DV dar (BGH, Az. X ZR 83/00). Wichtig für Dreiecksverhältnisse mit der Unterbeauftragung an Solo-Selbstständige: Handelt es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und dem unterbeauftragten Solo-Selbstständigen nach Maßgabe des § 611a BGB um einen echten Dienstvertrag, scheidet eine ANÜ an den Auftraggeber aus (BAG, Az. 7 AZR 217/94; LAG Düsseldorf, Az. 3 Sa 6/15).	
Zeitliche Dauer der Zusammenarbeit	Dies stellt für sich genommen kein Indiz für ANÜ dar. Arbeitsaufgaben können dauerhaft auf Dritte mittels WV/DV übertragen werden (BAG, Az. 7 AZR 284/91).	
Übertragung des Weisungsrechts auf Auftraggeber		Die vertragliche Übertragung eines umfassenden Weisungsrechts (fachlich und disziplinarisch) auf den Auftraggeber stellt ein starkes Indiz für eine ANÜ dar (BAG, Az. 9 AZR 735/15).
Gewährleistung und Haftung	Die vertragliche Vereinbarung von Haftungsregelungen stellt ein starkes Indiz für einen WV/DV dar (BAG, Az. 9 AZR 735/15). Laut LAG Baden-Württemberg (Az. 2 Sa 6/13) muss die Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten in der Praxis auch gelebt werden (Kein Werkvertrag ohne Abnahme und Gewährleistung).	
... bei der Vertragsdurchführung	<i>Das Kriterium für die Statusbewertung ist die Integration des Auftragnehmers in die Organisation des Auftraggebers. Entscheidend ist, ob der Auftraggeber die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz des Fremdpersonals trifft (BAG, Az. 1 ABR 50/12).</i>	
Tatsächliche Ausübung des Weisungsrechts durch Auftraggeber	Es ist zwischen den werk- oder projektbezogenen fachlichen und den arbeitsrechtlichen Weisungen zu unterscheiden. Fachliche Weisungen stehen dem Auftraggeber nach § 645 Abs. 1 BGB zu. Es handelt sich um solche, die die Inhalte der im DV/WV vereinbarten Leistung regeln, zum Beispiel Qualitätsvorgaben, Größenangaben, Stückzahl, Fertigungsmethoden. Diese Weisungen sind zulässig (BAG, Az. 7 AZR 723/10). Etabliert haben sich Repräsentanten- oder Ticketsysteme, über die der Abruf der vertraglichen Leistung gesteuert wird.	Unzulässig sind arbeitsrechtliche Weisungen, durch die der Einsatz der Fremdarbeiter nach Inhalt, Zeit und Ort konkretisiert wird. Sie stellen ein starkes Indiz für das Vorliegen einer ANÜ dar.
Überlassung von Betriebsmitteln	Auch bei WV/DV kann der Auftraggeber Betriebsmittel stellen (BAG, Az. 7 AZR 723/10)	Dies stellt nur ein schwaches Indiz für ANÜ dar. (zur Bekleidung für Messehostessen, LSG NW, Az. L 8 R 278/14).
Enge räumliche Zusammenarbeit mit Auftraggeber	Die enge räumliche Zusammenarbeit zwischen Fremdpersonal und Personal des Auftraggebers ist insbesondere im Projektgeschäft und bei standortgebundenen Leistungen (etwa im Sicherheitsgewerbe) der Normalfall und kein Indiz für ANÜ. Onsite-Werk- oder Dienstverträge ohne eine weisungsgebundene Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers sind daher zulässig (BAG, Az. 9 AZR 98/14).	Die enge räumliche Zusammenarbeit stellt nur dann ein Indiz für eine ANÜ dar, wenn ein derartiges Zusammenwirken durch die Natur des Werks oder der Dienstleistung nicht erforderlich ist.
Vorgaben des Auftraggebers zur Arbeitszeit		Solche Vorgaben zum Zeitpunkt der Leistungserbringung stellen nur ein Indiz für eine ANÜ dar, wenn diese durch die Natur des Werks oder der Dienstleistung nicht erforderlich sind.

Die Übersicht zeigt, wie die unterschiedlichen Formen des Fremdpersonaleinsatzes voneinander abzugrenzen sind. Genannt sind Indizien, die entweder für die Durchführung auf Grundlage von Werk- oder Dienstverträgen sprechen oder für Zeitarbeit stehen.

QUELLE: SEBASTIAN MAISS, VANGARD

---

## Über Haufe

„Der größte Hebel für wirtschaftlichen Erfolg sind Menschen, die das Richtige tun“. Unter diesem Motto steht Haufe für ein Management, das den Menschen – und nicht Prozesse – ins Zentrum unternehmerischen Denkens und Handelns stellt. Denn Menschen sind es, die gemeinsam Strukturen und Prozesse mit Leben füllen, die mit ihrem Wissen die treibende Kraft für Erfolg sind und durch ihre Motivation und ihre Energie Unmögliches möglich machen.

Diese Überzeugung prägt alle Aktivitäten von Haufe und ist Grundphilosophie für ein einzigartiges integriertes Portfolio aus Software, Inhalten, Weiterbildung und Beratung.

Die **Haufe Suite** vernetzt als quellenübergreifendes Portal für Wissensproduktivität internes Mitarbeiterwissen mit bewährtem, rechtssicherem Fachwissen von Haufe.

Die **Haufe Office Line** ist die Reihe marktführender Fachinformationsdatenbanken für Unternehmen, Kanzleien und öffentliche Organisationen, in denen Inhalte, Arbeitshilfen und Tools praxisgerecht aufbereitet werden.

Die **Haufe Akademie** bietet passgenaue Lösungen und Services für die kontinuierliche Kompetenzerweiterung von Fach- und Führungskräften und damit für die Zukunftsgestaltung von Unternehmen.

Die Software **umantis Talent Management** verbessert drei wesentliche erfolgsrelevante Prozesse in Unternehmen: das Gewinnen der gewünschten Mitarbeiter, das Leisten der richtigen Arbeit und das Entwickeln der persönlichen Kompetenzen.

Über fünf Millionen Nutzer in rund 75.000 Unternehmen und Organisationen aller Branchen arbeiten erfolgreich mit Lösungen von Haufe. Zu den Kunden zählen unter anderem tesa, flyeralarm, Edeka, Stadt Karlsruhe, BMW Group, Deutsche Telekom und Siemens.

Haufe ist neben der Haufe Akademie und Lexware eine Marke der Haufe Gruppe. Das Unternehmen mit Hauptsitz in Freiburg wurde bereits 1951 gegründet und beschäftigt heute über 1.500 Mitarbeiter im In- und Ausland. Die Unternehmensgruppe konnte im Geschäftsjahr 2014 (Juli 2013 bis Juni 2014) einen Umsatz von über 266 Mio. Euro erzielen (Vorjahr: über 251 Mio. Euro).