



**PROBLEM UNGEWOLLTE
ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG UND
SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT:
EXTERNE PROJEKTMITARBEIT STEUERN**

Dr. Andreas Knaus



Ganzheitliche Beratung, Analyse und Software zur Steuerung von IT-Dienstleistungen



Preise und Kosten transparent gestalten



Prozesse, vom Vertrieb bis zur Delivery, optimieren



Technologie wertschöpfend nutzen



Portfolio bedarfs- und marktgerecht gestalten

für interne und externe IT Service Provider

Agenda



- Problem ungewollte Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbstständigkeit
- Vertragsformen: Zwischen Dienst- und Werkvertrag
- Zusammenarbeit: Lieferleistungen und Vergütungsmodelle



Beispiele

- Abdeckung von Arbeitsspitzen
- Planung neuer IT-Systeme
- Wartung der IT-Systemlandschaft
- Realisierung eines in Auftrag



Externe Mitarbeiter

- Gründe und Vorteile beim Einsatz
 - Personalsubstitution
 - Ressourcen
 - Arbeitsspitzen
 - Know-how
 - Externe erhalten keine
 - Sozialversicherungspflicht
 - gesetzliche Kündigungsschutz
 - Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
 - Urlaubsvergütung

Risiken



- Scheinselbstständigkeit
 - Arbeitnehmer wird fälschlich als freier Mitarbeiter beschäftigt
- Nicht genehmigte Arbeitnehmerüberlassung
 - dauerhaften Überlassung eines Mitarbeiters
- Vertrag
 - Werk- oder als Dienstvertrag

Scheinselbstständigkeit und Arbeitnehmerüberlassung



- Dienstvertrag mit
 - natürlichen Personen: Gefahr der Scheinselbstständigkeit
 - mit juristischen Person: Gefahr der Arbeitnehmerüberlassung



Scheinselbstständigkeit

- Definitionen
 - Selbstständige
 - Arbeitnehmerähnliche Selbstständige (Rentenversicherungspflichtige Selbstständige)
 - Nicht persönlich aber wirtschaftlich abhängig
 - Selbstständig, unterliegt aber der Rentenversicherungspflicht
 - Keine Angestellten, aber Urlaubsanspruch
 - Im wesentlichen nur einen Kunden (5/6-Reglung)
 - Ausnahmen (Gründer, >58 Jahre, geschäftsführender Gesellschafter)
 - Scheinselbstständige:
 - Erwerbstätiger tritt formal als Selbstständiger auf, ist tatsächlich aber abhängig beschäftigt
- Prüfung durch
 - Deutsche Rentenversicherung
 - Nimmt selbst Tätigkeit auf
 - Statusfeststellungsverfahren (§7a I SGB IV) - innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit
 - Finanzamt
 - Nicht an DRV gebunden



Scheinselbstständigkeit - Folgen

- Sozialversicherungsrechtliche Folgen
 - Auftraggeber muss Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die gesetzlichen Krankenkassen abzuführen
 - Arbeitnehmer muss angemeldet werden
 - ggfls. muss Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge für die letzten vier Jahre nachzahlen, darf aber vom Arbeitnehmer nur drei Monate einbehalten
- Arbeitsrechtliche Folgen
 - Scheinselbstständige kann seinen Arbeitnehmerstatus einklagen
 - Folge: Selbstständige kann zum Angestellten werden
Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall und Sozialversicherungspflicht
- Steuerrechtliche Folgen
 - Finanzämter sind nicht an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung gebunden
 - Möglichkeit Anrufungsauskunftsverfahren (§ 42 e EStG)
 - Steuerrechtliche Nachbewertung
 - Scheinselbstständige sind als Arbeitnehmer den lohn-/einkommensteuerrechtlichen Regelungen unterworfen; erzielen keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb
 - ggfls. Vorsteuerabzug nicht mehr möglich; Berichtigung der Rechnung uU möglich
 - Haftung Gesamtschuldnerisch (beide können herangezogen werden)
- Gewerberechtliche Folgen
 - Unternehmerische Tätigkeit für das betriebene Gewerbe endet: Gewerbe muss abgemeldet werden
 - Gesetzliche Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer und die gesetzliche Verpflichtung zur Mitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft enden
- Rentenversicherungspflicht

Scheinselbstständigkeit - Kriterien



- Kriterien (Prüfung einfallbezogen)
 - Nur für eine Auftraggeber tätig (5/6 Regelung)
 - Keine eigenen versicherungspflichtigen Beschäftigten (inkl. geringfügig Beschäftigte)
 - Tätigkeiten ausführt, für die der Auftraggeber anderweitig Arbeitnehmer beschäftigt
 - Tätigkeit, die Dienstleister vorher als Arbeitnehmer für den Auftraggeber erledigt hat
 - Leistung nicht am Markt unternehmerisch angeboten
- Kriterien DRV
 - Uneingeschränkte Verpflichtung, allen Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten
 - Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten
 - Verpflichtung, dem Auftraggeber regelmäßig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen
 - Verpflichtung, in den Räumen des Auftraggebers oder an von ihm bestimmten Orten zu arbeiten
 - Verpflichtung, bestimmte Hard- und Software zu benutzen, sofern damit insbesondere Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind

Scheinselbstständigkeit - 2017



- **Gesetzentwurf 2017**
 - Nicht frei Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder Arbeitsort zu bestimmen
 - Geschuldete Leistung wird überwiegend in Räumen eines anderen erbracht
 - Zur Erbringung der geschuldeten Leistung werden regelmäßig Mittel eines anderen genutzt
 - Geschuldete Leistung werden in Zusammenarbeit mit Personen erbracht, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind
 - Ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig
 - Keine eigene betriebliche Organisation
 - Leistungen, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses / Arbeitserfolges gerichtet sind
 - Kein Gewähr für das Ergebnis der Tätigkeit

Scheinselbstständigkeit - Fragen



- Ist der Dienstleister weisungsgebunden?
- Ist der Dienstleister in den Betrieb des Arbeitgebers eingebunden
 - an feste Arbeitszeiten gebunden
 - in Dienstpläne eingeteilt
 - zur Teilnahme an internen Besprechungen verpflichtet
 - im Firmentelefonverzeichnis mit einer eigenen Nummer aufgeführt
- Arbeitet der Dienstleister in den Räumen des Auftraggebers?
- Hat der Dienstleister dort einen festen Arbeitsplatz ?
- Bekommt der Dienstleister das Arbeitsgerät vom Auftraggeber gestellt ?
- Kann der Dienstleister Aufträge nicht ohne weiteres ablehnen?
- Hat der Dienstleister mehrerer Auftraggeber?

Arbeitnehmerüberlassung

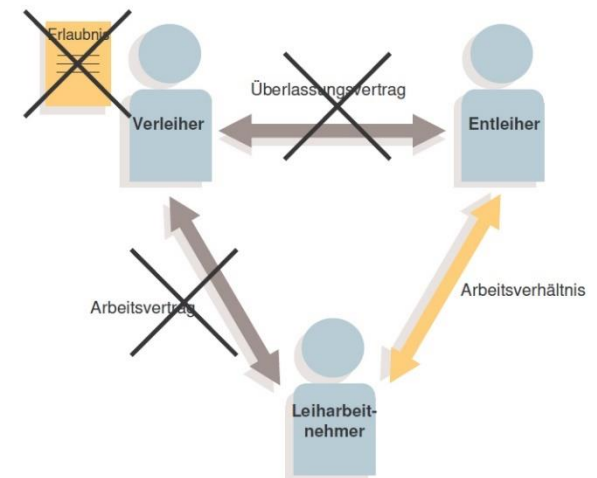


■ Definition

- Arbeitnehmer wird von seinem Arbeitgeber an einen Dritten vorübergehend oder dauernd „ausgeliehen“
- Echtes und unechtes Leiharbeitsverhältnis (einem Dienst- oder Werkleistungsvertrag)

■ Gefahr

- Verstoß gem. § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
- Bußgeld
 - Verleih
 - bis 30.000 Euro
 - bei ausl. MA Straftat
 - Entleih
 - bis 500.000 Euro
 - bei >5 ausl. MA Straftat)
- Gewinnabschöpfung
- Fiktion



Arbeitnehmerüberlassung - Kriterien



- Werkvertrag
- Dienstvertrag
 - Eingliederung des Mitarbeiters in den Betrieb
 - Weisungsrecht des Auftraggebers
 - personen- und verhaltensbedingte Weisungen
 - fachlichen und technischen Weisungen
 - Kaskadierung der Weisungsbefugnis
 - Einsatz nach betrieblichen Erfordernissen des Auftraggebers

Agenda



- Problem ungewollte Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbstständigkeit
- Vertragsformen: Zwischen Dienst- und Werkvertrag
- Zusammenarbeit: Lieferleistungen und Vergütungsmodelle



Vertragstypen

Kaufvertrag

Mietvertrag

Dienstvertrag

**Werk- bzw
Werkliefer-
vertrag**



Vertragstypen

Dienstvertrag

Werkvertrag

Name unerheblich

Keine Erfolgsverantwortung

- Auftragnehmer unterstützt Auftraggeber
- Dienstleistung mittlerer Art und Güte
- Bloßes Wirken vertraglich geschuldet

Erfolgsverantwortung

- Auftragnehmer ist für Erfolg verantwortlich
- genaue Spezifizierung des Werkes bzw. der Leistung
- Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren Arbeitsergebnisses vertraglich geschuldet

- Bedingungen nicht erfüllt: Vertrag wird automatisch zum Dienstvertrag
- 80 bis 90 Prozent aller Werkverträge mit IT-Selbstständigen sind in Wirklichkeit Dienstverträge

Unterscheidung Werk- / Werklieferervertrag



Unterscheidung Werk- / Werkliefervertrag

- Schuldrechtsreform (01.01.2002) Anwendungsbereich des Kaufrechts erheblich auf Kosten des Werkvertragsrechts ausgedehnt
- Anwendung des Kaufrechts (§651 BGB):
 - Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. (es sei denn sie sind auf besondere Wünsche des AG erstellt worden nicht vertretbare Sachen)
- Werkvertrag
 - Herstellung unbeweglicher Sachen (Bauwerke)
 - Instandsetzungsverträge
 - Herstellung nichtkörperlicher Werke (z. B. Software (siehe Folie Individualsoftware), Gutachten, Baupläne)
- Unterschied zwischen Werkvertragsrecht und Kaufrecht:
 - Abnahme statt Lieferung (Vertrag wird durch Lieferung erfüllt), Abnahmeprozedur stark vereinfacht
 - Mängel
 - Beweislast über das Vorliegen von Mängeln trägt ab Lieferung der Auftraggeber
 - Werkvertrag: Auftragnehmer trägt Beweislast für die ordnungsgemäße Fertigstellung bis zur Abnahmeerklärung
 - Verjährung von Mängelansprüchen beginnt bereits mit Lieferung (nicht erst mit Abnahme)
- Auftraggeber Kaufmann
 - Kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht (§377 HGB)
 - Leistung bei Lieferung untersuchen und sämtliche Mängel ab Kenntnis unverzüglich rügen, sonst Verlust der Rechte in Bezug auf diese Mängel



AGB oder Individualvertrag

- Bei AGB gelten andere Wirksamkeitsvoraussetzungen
- Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 BGB)
 - vorformulierten Vertragsbedingungen
 - können auch in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen worden sein
 - liegen nicht vor, wenn Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurden
- Inhaltskontrolle (§307 BGB)
 - Verstoß gegen Treu und Glauben (unangemessene Benachteiligung)
 - Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 II BGB im Zweifel dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit
 - (wesentliche) Verletzung gesetzlicher Regelung
 - Einschränkung von Rechten und Pflichten die Erreichung des Vertragszweckes gefährden



Individualsoftware

Individualsoftware: Werkvertrag oder Kaufvertrag

- Unterschiedliche Sichtweise:
 - Anbieter: Kaufrechts
 - Beschaffer / Auftraggeber: Werkvertragsrecht
 - Literatur: eher Werkvertragsrecht
- Individuelle Regelung
 - Typ besser vertraglich konkretisieren
 - Individuelle Absprachen dem Werkvertragsrecht oder dem Kaufvertragsrecht zuordnen)

Agenda



- Problem ungewollte Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbstständigkeit
- Vertragsformen: Zwischen Dienst- und Werkvertrag
- Zusammenarbeit: Lieferleistungen und Vergütungsmodelle

Pflichten aus dem Werkvertrag



- Hauptpflicht: Herstellung des Werkes
 - vertragsgemäß, d.h. rechtzeitig und vor allem mangelfrei, d.h. ohne Sach- und Rechtsmängel
 - persönliche Herstellung kann nicht erwartet werden; Möglichkeit (soweit nicht anders vertraglich bestimmt) Dritter mit der Herstellung zu beauftragen
- Gegenstand eines Werkvertrages (§ 631 Absatz 2 BGB)
 - Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg
 - Merkmal des "Erfolges" ist das wichtige Abgrenzungskriterium zum Dienstvertrag
- Rechtliche Besonderheiten:
 - Erfüllung des Vertrages durch Abnahme
 - Mängel
 - Beweislast für Mängel trägt Auftragnehmer bis zur Abnahme
 - Verschuldensunabhängige Sachmängelhaftung für Mängel, die bei der Abnahme nicht erkannt wurden
 - Haftung auch für unwesentliche Mängel
 - Folgen
 - Nacherfüllungskosten trägt Auftragnehmer
 - Selbstvornahme
 - Rücktritt (nur bei wesentlichem Mangel)
 - Minderung
 - Schadensersatz bei Verschulden
 - Verjährung: 2 Jahre ab Abnahme , 3 Jahre bei Planungsleistungen

Pflichten aus dem Dienstvertrag



- Hauptpflicht: Erbringung der vereinbarten Dienstleistung im vereinbarten Zeitraum (nicht ein konkreter Erfolg)
 - Projekt- und Erfolgsverantwortung beim Beschaffer / Auftraggeber; Dienstleistung ist bloße Unterstützung des Auftragnehmers
 - persönliche Herstellung kann erwartet werden
- Leistungsqualität
 - Qualität / Ausbildung der Berater
 - Stand der Technik (Sorgfalt, Sicherheit, Technik, ...)
 - Leistung nicht zufriedenstellend
 - Keine Abnahme
 - Dienstverpflichteter erhält grundsätzlich den Anspruch auf das Entgelt
 - Kündigungsrecht des AG (§§620ff. BGB)
 - gegebenenfalls Schadensersatzansprüche (§§ 280ff. BGB)
- Rechtliche Besonderheiten
 - Erfüllung des Vertrages durch Leistung der geschuldeten Dienste (keine Erfolgsschuld)
 - Haftung bei schuldhafter Pflichtverletzung
 - Schadensersatz bei Verschulden des Dienstleistenden
 - Beweislast für Vorliegen der Pflichtverletzung trägt Auftraggeber
 - Beweislast für die Frage des Verschuldens trägt Auftragnehmer
 - Verjährung der Haftung in der regelmäßigen Dreijahresfrist
 - Kündigung nach Abmahnung

Pflichtverletzung von Freiberuflern



- Werkvertrag
 - Voraussetzung: Mangel bei Abnahme
 - Ansprüche
 - Nacherfüllungsanspruch
 - Selbstvornahme (nur im Werkvertragsrecht)
 - Rücktritt
 - Minderung
 - Schadensersatz statt der Leistung
 - Aufwendungsersatz
 - Verjährung: idR 2 Jahre
- Dienstvertrag (Schlechtleistung)
 - Keine verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche
 - Kein Recht zur Minderung der Vergütung
 - Schadensersatzansprüchen (§§ 280 ff. BGB)
 - gegen Vergütung aufrechenbar
 - Verjährung idR drei Jahre
 - Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)

Vergütung



- Vergütungsart
 - Vergütung nach Aufwand
 - Einzelpreise (Zeit, Material)
 - Leistungsnachweis
 - Auftraggeber Genehmigung
 - Auftragnehmer Genehmigungsfiktion (z.B. falls innerhalb von 15 Kalendertagen keine schriftlichen Einwände...)
 - mögliche Obergrenze
 - Ggfls. über AGB unwirksam
 - Ab Erreichen der Obergrenze wie Pauschalvergütung
 - Erreichen der vereinbarten Leistung (Herausforderung Dienstleistung)
 - Pauschalvergütung
 - Festbetrag mit dem vertragliche Leistung abgegolten ist
 - Änderungsrisiko bei Auftragnehmer
 - Anpassung bei wesentlicher Änderung (Leistungsänderung > 20%)
 - Festpreisvereinbarung
 - Vergütungsänderung ausgeschlossen
 - Festpreis im Sinne eines eigenen Garantieversprechend
 - Preisanpassung nur über unverschuldeten Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

Fälligkeit



- Fälligkeit
 - Dienstvertrag
 - Sofort nach Erbringen der Leistung
 - Vertragliche Regelung (monatlich nachträglich und durch Vorlage einer prüfbaren Rechnung / genehmigten Leistungsnachweises)
 - Werkvertrag
 - Abnahme des Werkes
 - Abschlagzahlungen bei Teillieferungen (§ 632a BGB)

Laufzeit



- Werkvertrag
 - Endet mit Lieferung
 - Kündigung
 - durch Auftragnehmer
 - Grundlage
 - Aus wichtigem Grund
 - Vertragliche Regelung
 - AG kommt der Aufforderung zur Leistung eines Sicherheit für Restaufwand nicht nach
 - idR Anspruch auf Vergütung der bisherigen Leistung
 - Aber Vertrauensschaden
 - durch Auftraggeber
 - Grundlage
 - Aus wichtigem Grund (dauerhafte Schlechtleistung)
 - Ohne Angabe von Gründen (§ 649 BGB)
 - Vollständige Bezahlung unter Anrechnung der Einsparung (Aufwand, Material, Opportunitäten)
- Dienstvertrag
 - Befristete Dienstverhältnis endet mit Ablauf des vereinbarten Zeitraums (§ 620 Abs. 1 BGB)
 - Unbefristete oder nicht bis zu einer bestimmten Zweckerreichung geschlossene Dienstverhältnis
 - Kündigung mit Kündigungsfristen (§§ 620 ff, 621 BGB) idR nach Vergütungsintervallen
 - Aus wichtigem Grund (fristlos)
 - Fristlosen Kündigung :Anspruch auf Teilvergütung ggfl. gegen Schadenersatz
 - Einvernehmlichen Aufhebungsvertrag (bedarf eigentlich nicht der Schriftform)



Nutzungsrechte

- Urheberrechte
 - Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst für ihre Werke den Schutz des UrhG
 - Verwertungsrechte
 - Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG)
 - Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG)
 - Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG)
 - Einräumung von Nutzungsrechten
 - Einfaches Nutzungsrecht
 - Ausschließliches Nutzungsrecht
 - Zeitliche Begrenzung
 - Räumliche Begrenzung
- Rechtseinräumungen im Dienst- oder Werkvertrag
 - Ohne konkrete Regelung
 - Zweckübertragungstheorie (enge Auslegung: einfaches, nicht übertragbares, unkündbares Nutzungsrecht)
- Regelungen für Computerprogramme (§ 69a UrhG)
 - für Dienstleister vertraglich regeln

Kontakt



Dr. Andreas Knaus

Landwehrstr. 61

80336 München

aknaus@linjal.de

01523 1860455