

# Umgehungsstrategie Soloselbstständigkeit

Prof. Dr. Christiane Brors  
Carl von Ossietzky Universität  
Oldenburg

# Fragen:

- I. Gründe für eine Umgehung?**
- II. Welche Rechtsfolgen hat ein Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag?**
- III. Wie wird der Arbeitsvertrag vom Werk- oder Dienstvertrag eines Soloselbstständigen rechtlich korrekt abgegrenzt?**
- IV. Hilft die AÜG- Reform dabei?**
- V. Worauf muss der BR nach neuer (und alter Gesetzeslage) achten?**

# I. Anreize zum Einsatz von Soloselbständigen

Aus Sicht Einsatzunternehmen:

- **Keine arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften**, wie z.B.:
- Kein Mindestlohn, keine Sozialabgaben
- Keine Anwendung TV des Einsatzbetriebs
- Kein Kündigungsschutz
- Keine Zuständigkeit des BR
- Keine Berücksichtigung bei Wahlen BR und Bestimmung Größe des BR
- Spaltung der Belegschaft, keine Zugehörigkeit zum Einsatzbetrieb. Folge: keine Solidarität, abnehmender Organisationsgrad.

## II. Rechtsfolgen Scheinwerk- /Scheindienstvertrag

„Soloselbständiger“ A wird im Betrieb des B tätig –  
rechtlich ist er Arbeitnehmer

z.B.:

- Anspruch auf Bruttolohn (Mindestlohn, TV etc.),
- möglich § 266a StGB (Beitragshinterziehung)
- alle arbeitsrechtlichen Schutzgesetze greifen (z.B. Kündigungsschutz)
- Zuständigkeit des BR
- Mitzählen bei Schwellenwerten des BetrVG

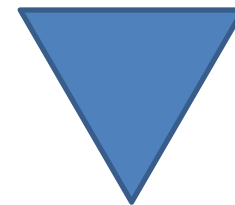
# III. Abgrenzung

## Drei Varianten:

- **Arbeitnehmerüberlassung** (Arbeitsvertrag zum Verleiher, arbeitsvertragliche Weisungsrechte und damit Steuerung beim Entleiher)
- **Werkvertrag/Dienstvertrag mit Subunternehmer** (Arbeitsvertrag zum Subunternehmer, zwar werkvertragliche Weisungsrechte beim Unternehmer, aber arbeitsrechtliche Steuerung beim Subunternehmer)
- **Soloselbständiger** (Dienst- oder Werkvertrag zum Einsatzunternehmer)

# Unterschied zur Abgrenzung Leiharbeit

- Abgrenzung Fremdpersonaleinsatz aufgrund Dienst- oder Werkvertrag mit Subunternehmer zur Leiharbeit: Frage der Zuordnung zu einem Arbeitgeber, dass ein Arbeitsverhältnis besteht ist klar – nur zu wem? (Arbeitgeber des Einsatzbetriebs oder Subunternehmer?)



# Unterschied zur Abgrenzung Leiharbeit

Bei Abgrenzung Soloselbstständigkeit Frage, ob Arbeitnehmer oder Selbständiger,

d.h. die Frage ist hier, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis besteht

# 1. Erster Schritt –

## **KLASSISCHE ABGRENZUNG** **arbeitsrechtliches Weisungsrecht**



z.B. LAG Düsseldorf 29.10.2012 – 9 Sa  
1168/12:

*„Typisch für den AN ist insbesondere die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Wer seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt, ist AN. **Dabei ergibt sich diese Eingliederung im Wesentlichen aus der Auslegung des Weisungsrechtes hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit.** AN ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann...“*

## 2. Zweiter Schritt –

# **DAS PROBLEM: „Weisung“**

Beispiel:

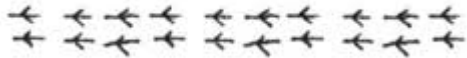
Der in der IT tätige A wird vom Betriebsleiter des Einsatzbetriebs angewiesen, innerhalb von bestimmten Intervallen die IT-Sicherheit zu überprüfen.

Wie kann man dann bestimmen, ob es sich um eine arbeitsrechtliche Weisung oder eine werk- oder dienstvertragliche Weisung handelt?

1. Schritt

Anhand **dieser** Vorgabe nicht

# Nur anhand der „Vertragsspuren“ Abgrenzung möglich (juristisch übersetzt Umstände der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB)



# Wer war es?



Brors - Soloselbständigkeit als  
Umgehungsstrategie zur Vermeidung des  
Mindestlohns

# **Übersetzt: Welche Umstände sprechen für welche Vertragsform – welche Charakteristika haben die unterschiedlichen Vertragsformen?**

Signifikante „Abdrücke“

ergeben sich bei dem jeweils unterschiedlichen Zusammenhang von Steuerung und Haftung bei einem Vertrag mit einem Selbständigen und bei einem Arbeitsvertrag.

# Arbeitsvertrag

Da Eigensteuerung des Einsatzpersonals eigene und keine fremde Haftung, milde Haftung des AN (innerbetrieblicher Schadensausgleich, Betriebshaftpflicht)



# Werk- oder Dienstvertrag

Abgabe der eigenen Personalsteuermöglichkeit an den Fremdunternehmer, der als Soloselbständiger auf dem Markt tätig ist. Der Soloselbständige haftet als steuernder Unternehmer selbst, keine Abwicklung über eigene Betriebshaftpflicht, Gewährleistungsansprüche beim Werkvertrag überhaupt fassbare werk- oder dienstvertragliche „Aufgabe“ und nicht Überlassung von Arbeitskraft

**Selbständige Tätigkeit auf dem Markt und Einsatz als eigene selbstverantwortliche Einheit (als Soloselbständiger) im Einsatzbetrieb**

# Abgrenzung in der Rechtsprechung

## 1. Spuren

- Abgrenzbarkeit der Leistung
- Abgabe Personalhoheit
- Haftung
- Eigene Markttätigkeit

## 2. Darlegungs- und Beweislast

# Abgrenzbare Werk-/Dienstleistung BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12

*„Fehlt es an einem **abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk**, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht....*

*Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen **nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers**, so kann auch darin ein **Indiz gegen eine werk-** und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen....“*

# Folgend und einen selbständigen Vertrag verneinend:

- **ArbG Stuttgart 5.11.2014 – 11 Ca 8426/13**  
(Versuchsfahrer)
- **LSG Baden Württemberg 9.4.2012 – L 5 R**  
2000/13 (IT Mitarbeiter in Automobilindustrie,  
ungenauere Auftragsfassung, Angabe von  
„Stundenvolumen“)

# Kirchengerichtshof 25.8.2014 – II-0124/W10-14: Problem Einordnung von Servicekräften

Da sich Zweck „Patientengesundheit“ nur **im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit den unmittelbaren Beschäftigten der Dienststelle erreicht werden kann und eine ständige Koordination der Arbeitsbereiche der Servicekräfte, der Pflegekräfte und des ärztlichen Bereichs notwendig ist: Arbeitsvertrag.**

## **Kirchengerichtshof 25.8.2014 – II-0124/W10-14:**

**Unerheblich ist, dass nach Darlegung der Dienststelle die unmittelbaren Weisungen durch eine Mitarbeiterin der Firma erfolgen. Diese ist vergleichbar einer Pflegedienstleitung und unmittelbar in die Erfüllung des arbeitstechnischen Zweckes der Dienststelle eingebunden; sie kann die Serviceleistungen nicht unabhängig von den Erfordernissen der Behandlung und Pflege und ohne Abstimmung mit den jeweiligen Fachabteilungen organisieren.“**

## Abgabe Personalhoheit – zur Frage § 99 BetrVG BAG

13.5.2014 - 1 ABR 50/12 (Dienstpläne bei Einsatzarbeitgeber für eigenes und „werkvertragliches“ Personal)

***Die Arbeitgeberin hat vielmehr mit den von ihr erstellten Dienstplänen teilweise das Direktionsrecht in Bezug auf Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung verbindlich gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern der LDI ausgeübt. Dieser Umstand spricht für die Annahme einer betriebsverfassungsrechtlich relevanten Arbeitgeberstellung der Arbeitgeberin gegenüber den von der LDI eingesetzten Arbeitnehmern.“***

## **Keine Abgabe der Personalhoheit:**

- **BGH 16.4.2014 – 1 StR 516/13** (Ausführung von Transporten durch „dazwischen geschalteten“ Subunternehmer)
- **ArbG Berlin 5.9.2013 – 33 Ca 5347/13** (wenn Unternehmer schon gar keine Einflussmöglichkeit hat)
- **LAG Baden Württemberg 1.8.2013 – 2 Sa 6/13** (Zusammenarbeit mit anderen Stammarbeitnehmern, Konkretisierung der Aufgabe durch „Besteller“ direkt)
- **LAG Berlin Brandenburg 6.5.2013 – 21 Sa 2286/12** (Produktionshelfer in Druckindustrie – kein eigener organisatorischer Spielraum, keine Haftung für Schlechtleistung der AN)



# Haftung

so BAG 18.1.2012 – 7 AZR 723/10:

„Die in § 11 des Durchführungsvertrags vorgesehene Haftungsregelung und die dort vereinbarte Pflicht der F GmbH, eine verkehrsübliche Haftpflichtversicherung abzuschließen, sprechen gegen Arbeitnehmerüberlassung und für einen auf die Leistung von Sicherheitsdiensten gerichteten Dienstvertrag, zu dessen Erfüllung sich die F GmbH eines eigenen Personals als Erfüllungsgehilfen iSv. § 278 BGB bediente (vgl. BAG 31. März 1993 - 7 AZR 338/92 - zu II 3 der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 2 = EzA AÜG § 10 Nr. 5).“

# **Auch wenn auf dem Papier Haftung vereinbart:**

BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12 – Rz. 20:

„ Dass Ziff. ... Regelungen zur Gewährleistung und zur werkvertraglichen Nachbesserung enthält ... macht den Vertrag im Hinblick auf die gelebte Vertragspraxis nicht zu einem Werkvertrag; auch ist nicht ersichtlich, dass die Nachbesserungsklausel einen realen Hintergrund hatte und je zur Anwendung gekommen ist.“

# Eigene Markttätigkeit

BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12 Rz. 23:

*„konnte er nur zu den vorgegebenen Dienstzeiten arbeiten ...; es war ihm nicht möglich, seine Arbeitsleistung in nennenswertem Umfang anderen Auftraggebern anzubieten.“*

SG Darmstadt 16.11.2015 – S 8 KR 54/14 Rz. 79:

*„Außerdem spricht für eine abhängige Beschäftigung ..., dass er sich nicht um eine Vertretung ... kümmern musste...“*

## 2. Beweislast

... spielte in den aufgeführten Entscheidungen keine Rolle zu Gunsten des Entleihers,  
weil

- es sich um dem „Soloselbständigen“ bekannte Umstände handelte,
- die Gerichte bei den Umständen, die außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des AN liegen eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast angenommen haben oder
- Amtsermittlung galt.

# In welchen Entscheidungen wird die Beweislast auf AG verlagert?

**z.B. LAG BaWü 1.8.2013 – 2 Sa 6/13; ArbG Berlin 5.9.2013 – 33 Ca 5547/13**

„Da viele auf eine AÜ hindeutende Tatsachen (vertragliche Vereinbarungen zwischen Drittem und vermeintlichem Werkunternehmer, Weisungsstruktur: auf wen gehen Weisungen letztlich zurück?, faktische Geltendmachung von Gewährleistungsrechten) außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Arbeitnehmers liegen, droht ihm eine eklatante Darlegungs- und Beweisnot.

Deshalb ist dem Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast die Möglichkeit einzuräumen, sich zunächst auf die Darlegung und den Beweis solcher Umstände zu beschränken, die seiner Wahrnehmung zugänglich sind und die auf eine Zuordnung zum Arbeitnehmerüberlassungsrecht sprechen. Sache des beklagten Arbeitgebers ist es dann die für das Gegenteil sprechenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen, wonach die Abgrenzungskriterien Weisungsstruktur und Risikotragung auch in der gelebten Vertragsdurchführung werkvertragstypisch ausgestaltet sind.“

Aber anders z.B. LAG Nds 20.5.2015 – 2 Sa 944/14

Das ist beim Soloselbständigen einfacher, der diese Umstände kennt!

Aber Achtung dafür kennt der BR diese Umstände wieder nicht...

# Zwischenergebnis

WENN:

- Keine Abgrenzbarkeit der Leistung
- Keine Abgabe der Personalhoheit
- Keine Haftung nach der „angeblich“ übernommenen Verantwortung
- Keine eigene Marktteilnahme z.B. Einsatz von eigenem Personal, wer vertritt?

kann sich der angebliche Werk- oder Dienstvertrag als Arbeitsvertrag herausstellen.



# IV. Änderungen durch AÜG-Reform?

Koalitionsvertrag:

„Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und im ausreichenden Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren.“

**Sinnvoll wäre für eine Beweislastumkehr gewesen, stattdessen**

„§ 611a: Arbeitnehmer ist, wer auf Grund 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 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 der Arbeitnehmereigenschaft 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.“

## Gibt es neue Rechte für den BR?

### § 80 BetrVG

I. Der BR hat folgende allgemeine Aufgaben...

II. Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen **und umfasst insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen. Zu den erforderlichen Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen.**

Und § 92 ergänzt

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen **einschließlich der geplanten Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen** und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.

# Ergebnis Reform

Nichts Neues...

## V. Worauf muss der BR nach neuer (und alter Gesetzeslage) achten?

- Abgrenzbarkeit der Leistung
- Abgabe der Personalhoheit
- Haftung nach der übernommenen Verantwortung
- Tätigkeit am Markt (Vertretung möglich?)

# An welcher Stelle?

z.B. § 99 BetrVG

BR muss wissen ob es sich bei Einsatz um Soloselbständigen oder abhängig Beschäftigten handelt.

Informationsanspruch gegen Arbeitgeber siehe oben § 80 Abs. 2 BetrVG

Was kann abgefragt werden?

**insbesondere** den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen. Zu den erforderlichen Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen.



Genannten Kriterien wie Verträge, zeitlicher  
Umfang, Ort, Aufgaben

oftmals nicht keine interessanten Informationen  
für die Abgrenzung, **aber**  
da die Aufzählung nicht abschließend ist

kann der BR „zur Wahrnehmung seiner Aufgaben“ - also auch für § 99 – die anderen Abgrenzungskriterien in einer laufenden Vertragsabwicklung abfragen  
also

- Abgrenzbarkeit der Leistung
- Abgabe der Personalhoheit
- Haftung nach der übernommenen Verantwortung
- Tätigkeit am Markt (Vertretung möglich, wer organisiert Vertretung?)

# Wichtig:

Diese Informationen können auch während der Vertragsdurchführung abgefragt werden, da ein als Selbständiger begonnener Vertrag zu einer abhängigen Beschäftigung werden kann.

# VI. Zusammenfassung

- I. Anreize zum Einsatz von Soloselbständigen hoch, um Mindeststandards wie Mindestlohn zu umgehen
- II. Problem der AÜG Reform: Keine Beweislastumkehr für die Abgrenzung zur Leiharbeit, Soloselbständigen sind Umstände der Vertragsabwicklung bekannt
- III. Anders im BetrVG, BR kennt weder bei Abgrenzung zur Leiharbeit noch bei Abgrenzung zur Scheinselbständigkeit Umstände der Vertragsabwicklung
- IV. (Mühsame) Möglichkeit im BetrVR: Abfrage der relevanten Abgrenzungskriterien durch Informationsanspruch