

# Inhaltsverzeichnis

1. Teil Einführung.....	1
A. Einleitung .....	1
I. Interesse des Unternehmens als Leistungsempfänger .....	1
II. Freelancer als Anbieter der Leistung .....	5
B. IT-spezifische Besonderheiten der Leistungserbringung.....	8
I. Ortsungebundenheit durch Netzwerkstrukturen .....	8
II. Besonderheiten der Projektabwicklung .....	10
C. Problemaufriss.....	15
D. Gang der Darstellung .....	18
2. Teil Modelle einer vertraglichen Anbindung der IT-Dienstleister in Theorie und Praxis.....	21
A. Zwei-Personen-Konstellation.....	21
I. Interner Leistungserbringer.....	21
II. Externer Leistungserbringer.....	24
1. Fremdvergabe verfassungsrechtlich geschützt .....	24
2. Besonderheiten der freien Verträge.....	25
a. Abgrenzung Werk-/Dienstvertrag.....	26
b. Abgrenzung freier Dienst-/Arbeitsvertrag.....	28
3. (Freie) Verträge bei IT-Leistungen.....	29
a. Vertragliche Einordnung von Einzelleistungen nach Vertragstypen des BGB.....	29
b. IT-Systemvertrag.....	32
c. „Projektvertrag“ .....	32
B. Drei-Personen-Konstellation.....	34
I. Vermittlung.....	34
1. Vermittlung von Arbeitnehmern .....	34
2. Vermittlung von Selbstständigen .....	35
II. Arbeitnehmerüberlassung .....	36
1. Leiharbeitsverhältnis.....	37

2. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.....	37
III. Contracting .....	38
1. Contracting i.S.e. Vermittlung (Angelsächsisches Modell) .....	38
2. Subcontracting (Holländisches Modell).....	39
IV. „Lieferantenmodell“ .....	41
V. Gesellschaftsrechtliche Konstruktionen .....	42
C. Vertragliche Gestaltungsspielräume in der IT-Praxis .....	44
I. Selbstständigkeit als verbreitete Alternative zur Festanstellung .....	44
1. Unternehmen bevorzugen Werkvertrag.....	45
a. Risikoverteilung .....	45
b. Vermeidung abhängiger Beschäftigung .....	45
2. Freelancer bevorzugen Dienstverträge .....	48
II. Einschaltung Dritter.....	48
D. Ergebnis .....	50
 3. Teil <i>Die Problematik der (Schein-)Selbstständigkeit in der praktischen Durchführung</i> .....	53
A. Beurteilungsmaßstab .....	53
I. Die Bezeichnung des Vertrages .....	54
II. Der Vertragstext als solcher .....	54
III. Vorrang der tatsächlichen Durchführung .....	55
1. Durchführung als Ausdruck wirklichen Willens .....	55
2. Kein Einzelfall .....	56
B. Abgrenzung: Abhängige Beschäftigung.....	57
I. Vorgehen der Rechtsprechung .....	57
1. Verpflichtung zur „Arbeit“ aufgrund privatrechtlichen Vertrages .....	58
2. „Im Dienst eines anderen“ .....	59
II. Anwendbarkeit der Kriterien im IT-Bereich .....	59
1. Eingliederung .....	60
2. Weisungen .....	64
a. Örtliche Weisungsgebundenheit.....	64
b. Zeitliche Weisungsgebundenheit.....	66

c. Inhaltliche/Fachliche Weisungsgebundenheit.....	67
aa. Inhaltliche Weisungen bei steigender Qualifikation des Leistenden.....	67
bb. Inhaltliche Weisungen im Rahmen freier Verträge.....	68
3. Zwischenergebnis.....	70
III. Alternative Abgrenzung.....	71
1. Unternehmensrisiko .....	71
2. Kritik .....	72
IV. Bewertung.....	73
1. Identifikation anhand von Kriterien.....	73
a. Bestehende Rechtsunsicherheit.....	74
aa. Typologische Vorgehensweise und Gesamtabwägung .....	74
bb. Rechtssicherheit durch Kriterienkataloge.....	75
b. Verstärkte Berücksichtigung äußerer Umstände.....	77
aa. Zeitliche Bindung als Ausdruck der Unterordnung.....	77
(1) Etablierte Grenzen .....	80
(2) Flankierend: Kontrolle und Zugang .....	83
(3) Zwischenergebnis .....	85
bb. Vergütungsgrenzen.....	86
(1) Grad der Qualifikation.....	87
(2) Honorargrenze .....	88
(3) Verbesserung des Rechtsschutzes.....	92
(aa) Beweislast/Beweiserleichterung.....	93
(bb) Vergütung als Indiz.....	95
2. Vertragsdurchbrechung .....	95
a. Abschluss eines "Arbeitsvertrages" .....	96
b. Privatautonomie im Rahmen freier Verträge .....	96
aa. Arbeitnehmerschutz bei gestörter Vertragsparität .....	97
bb. Bestehende Parität bei freiem Vertrag .....	98
cc. Zwischenergebnis .....	100
3. Konkrete Auswirkungen auf die Praxis .....	101
a. „Zuruf“-Projekte .....	101

b. „Projektverträge“ .....	105
c. Crowdfunding .....	107
C. Ergebnis .....	110
4. Teil <i>Einordnung der Drei-Personen-Konstellation in der Praxis</i> .....	111
A. Leistungserbringer wird selbstständig tätig.....	111
I. Dritter ist Vermittler.....	111
II. Dritter ist Dienstverschaffer .....	112
III. Dritter ist Werkunternehmer .....	113
IV. Zwischenergebnis .....	114
B. Leistungserbringer wird abhängig tätig.....	114
I. Der Dritte als Verleiher.....	115
1. Rechtliche Einordnung der Beziehung Verleiher – Leistender .....	115
a. Entleiherbetriebsbezogenes Modell .....	116
b. Verleiherbetriebsbezogenes Modell .....	118
2. (Leih-)Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leistendem .....	120
a. Drittbegünstigung .....	121
b. Abhängigkeit zum Arbeitgeber .....	123
aa. Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen.....	123
bb. Verbleibendes Arbeitgeberberrisiko des Verleihers.....	124
3. Identifikation in der Praxis .....	126
a. Vertragskonstruktion und abweichende Vertragspraxis .....	126
aa. Zeitpunkt des Vorliegens eines Leiharbeitsvertrages .....	126
bb. Missbräuchlicher Contracting-Einsatz .....	128
b. Beschäftigungsrisiko verbleibt beim Dritten (Verleiher) .....	128
aa. Weiterbeschäftigung nach Beendigung eines Einsatzes .....	129
bb. Beschäftigungsrisiko während eines Einsatzes .....	130
cc. Zwischenergebnis .....	133
c. Identifikation bei erstmaligem Einsatz ohne „Konflikt“ .....	133
aa. Wille zur Drittbegünstigung .....	134
bb. Entscheidung gegenüber dem Verleiher .....	135
cc. Konkrete Bestimmung des Drittbegünstigten .....	136

d. Spezialfall: Durchreichen von Vertragsinhalten .....	137
4. Funktionen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages .....	140
a. Bedeutung für die Abgrenzung .....	141
b. Kenntnis und Billigung.....	141
II. Der Dritte als Vermittler.....	144
1. Einmaliges Wirken.....	144
2. Bewertung eines Contracting als Vermittlung .....	145
3. Zwischenergebnis.....	147
III. Der Dritte als Werkunternehmer .....	147
IV. Ergebnis.....	148
 5. Teil <i>Rechtsfolgen einer dem Vertrag widersprechenden Praxis</i> .....	151
A. Selbstständigkeit .....	151
I. Sozialversicherung .....	151
II. Haftung des Dritten.....	153
1. Der Dritte als Vermittler.....	154
2. Der Dritte als Dienstverschaffer .....	154
3. Der Dritte als Werkunternehmer .....	155
B. Arbeitsverhältnis bei abhängiger Arbeit .....	155
I. Rechtliche Folgen eines Arbeitsverhältnisses.....	155
1. Arbeitsrechtliche Folgen.....	156
2. Sozialversicherungsrechtliche Folgen .....	157
3. Sanktionierung rechtlichen Fehlverhaltens.....	160
II. Arbeitsverhältnis zum leistungsempfangenden Unternehmen .....	163
1. Illegale Arbeitnehmerüberlassung .....	164
2. Vermittlung.....	166
a. Gesetzliche Grundlage .....	166
aa. § 1 Abs. 2 AÜG.....	167
bb. § 10 AÜG (direkt).....	168
cc. § 10 AÜG analog .....	170
dd. § 117 Abs. 2 BGB .....	171
b. Vertragliche Grundlage .....	173

aa. Erwirkung oder Eingliederung nicht ausreichend.....	173
bb. Vorliegen eines Vertrages als Voraussetzung .....	175
cc. Ausdrücklicher Vertragsschluss .....	177
dd. Konkludenter Vertragsschluss .....	178
(1) Abweichender Parteiwille .....	179
(aa) Drei-Personen-Konstellation zum Schein.....	180
(bb) Drei-Personen-Konstellation nicht zum Schein.....	183
(2) Weitere Einwände.....	185
(aa) Kein Erklärungsbewusstsein bei Verhalten.....	185
(bb) Keine Realofferte des Leistenden .....	187
c. Arbeitsverhältnis aus § 242 BGB.....	187
d. Zwischenergebnis .....	193
III. Arbeitsverhältnis zum Dritten .....	193
1. Legale Arbeitnehmerüberlassung.....	194
2. Arbeitnehmer eines Werkunternehmers .....	194
C. Ergebnis .....	195
 6. Teil <i>Ausblick</i> .....	 197
A. Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit bestimmter Modelle .....	197
I. Unternehmen .....	197
II. Freelancer .....	199
III. Dritte .....	199
IV. Staat .....	200
B. Änderungsbedarf .....	201
I. Staatliche Verantwortung.....	201
1. Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber .....	201
a. Änderung des AÜG .....	201
b. Einführung des § 611a BGB.....	203
c. Weiterer Reformbedarf.....	204
aa. Vermittlungsrechtsfolge und Rückführung der Arbeitnehmerüberlassung.....	204
bb. Mindestarbeitsbedingungen .....	206

cc. Projektvertrag.....	207
dd. Einbeziehung in Sozialversicherung .....	207
ee. Mitbestimmung.....	209
2. Geeignete Kriterien der Rechtsprechung und Sanktionierung .....	209
3. Kontrolle durch die vollziehende Gewalt .....	210
II. Nichtstaatliche Verantwortung.....	211
C. Ergebnis.....	213
 7. Teil <i>Endergebnis der Untersuchung</i> .....	 215
A. Fazit.....	215
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	216
 <i>Literaturverzeichnis</i> .....	 XI