

Inhaltsverzeichnis

<i>1. Teil Einführung</i>	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. Ortsgebundenheit durch Netzwerkstrukturen	8
II. Besonderheiten der Projektabwicklung	10
C. Problemaufriss.....	15
D. Gang der Darstellung	18
<i>2. Teil Modelle einer vertraglichen Anbindung der IT-Dienstleister in Theorie und Praxis</i>	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
II. 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. Crowdworking.....	107
C. Ergebnis	110
4. Teil Einordnung der Drei-Personen-Konstellation in der Praxis	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 Arbeitgeberrisiko des Verleiher.....	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
<i>7. Teil Endergebnis der Untersuchung.....</i>	<i>215</i>
A. Fazit.....	215
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	216
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>XI</i>