

Recht

# Drittpersonaleinsatz und Statusfeststellungsverfahren

Info Recht  
Stand: Juli 2026

Die bayerische Wirtschaft

vbw



## Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage [www.vbw-bayern.de/InfoRecht](http://www.vbw-bayern.de/InfoRecht).

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

## Vorwort

### Drittpersonaleinsatz rechtssicher gestalten

Durch den Einsatz von Drittpersonal erhalten Unternehmen für ihre Personalplanung mehr Flexibilität und Handlungsspielraum. So können sie schwankende Auftragslagen abfedern – was aufgrund des überregulierten deutschen Arbeitsrechts auf anderem Wege kaum möglich ist. Vor allem die Zeitarbeit ist dabei ein unverzichtbares Instrument, um die Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft zu sichern.

Mit dieser Broschüre informieren wir Sie über die rechtlichen Möglichkeiten des Drittpersonaleinsatzes durch Zeitarbeit oder Werk- und Dienstverträge sowie über die Rahmenbedingungen des Statusfeststellungsverfahrens. Wir zeigen insbesondere die einzelnen Regelungen zur Statusfeststellung auf und gehen detailliert auf die rechtliche Abgrenzung von selbstständiger und abhängiger Beschäftigung ein.

Die Neuauflage dieser Broschüre bildet aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur ab. Sie berücksichtigt neben den Änderungen durch das sogenannte Vierte Bürokratieentlastungsgesetz auch die aktuellen Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

Bertram Brossardt  
30. Juli 2026



# Inhalt

|          |                                                                           |           |
|----------|---------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>Einführung</b>                                                         | <b>1</b>  |
| <b>2</b> | <b>Abgrenzung von Zeitarbeit und Werk- bzw. Dienstverträgen</b>           | <b>2</b>  |
| 2.1      | Grundsätze                                                                | 2         |
| 2.2      | Vertragstypen für den Drittpersonaleinsatz                                | 3         |
| 2.2.1    | Zeitarbeit/Arbeitnehmerüberlassung                                        | 3         |
| 2.2.2    | Werkvertrag/Werklieferungsvertrag                                         | 4         |
| 2.2.3    | Selbständiger Dienstvertrag                                               | 4         |
| 2.2.4    | Freie Mitarbeit                                                           | 4         |
| 2.3      | Vorgehen bei Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages                        | 5         |
| 2.4      | Auseinanderfallen von Vertrag und tatsächlicher Durchführung              | 6         |
| 2.5      | Abgrenzung durch die Bundesagentur für Arbeit                             | 6         |
| 2.5.1    | Weisungsbefugnis des Werk- und Dienstunternehmers                         | 7         |
| 2.5.2    | Genauere Beschreibung des herzustellenden Werks oder der Tätigkeit        | 9         |
| 2.5.3    | Werk- bzw. dienstvertragsfähige Leistung                                  | 9         |
| 2.5.4    | Fachliche Kompetenz des Fremdunternehmers                                 | 9         |
| 2.5.5    | Gestaltung von Arbeitsmitteln und -materialien durch das Fremdunternehmen | 10        |
| 2.5.6    | Selbstständige Organisation des Arbeitsablaufs durch das Fremdunternehmen | 10        |
| 2.5.7    | Unternehmerrisiko                                                         | 11        |
| 2.5.8    | Personalstellung durch das Fremdunternehmen als Nebenleistung             | 11        |
| 2.5.9    | Personalstellung durch das Fremdunternehmen als Folgeleistung             | 12        |
| 2.5.10   | Kriterien, die nur auf Werkverträge anzuwenden sind                       | 12        |
| <b>3</b> | <b>Besonderheiten im Sozialversicherungsrecht</b>                         | <b>14</b> |
| 3.1      | Beschäftigungsbegriff                                                     | 14        |
| 3.2      | (Solo-)Selbstständige bzw. Scheinselbstständigkeit                        | 15        |
| 3.3      | Die tatsächlichen Verhältnisse                                            | 16        |
| 3.4      | Überblick der wichtigsten Abgrenzungskriterien                            | 17        |
| 3.5      | Amtsermittlungsgrundsatz                                                  | 18        |
| 3.6      | Verwaltungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund            | 19        |
| 3.7      | Das Statusfeststellungsverfahren (sog. Clearingverfahren)                 | 19        |

|       |                                                                                    |           |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.7.1 | Reform seit 01. April 2022                                                         | 19        |
| 3.7.2 | Das Verfahren                                                                      | 21        |
| 3.7.3 | Zuständigkeit/Clearingstelle                                                       | 24        |
| 3.7.4 | Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags bei einem Antragsverfahren        | 24        |
| 3.7.5 | Aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage                                    | 25        |
| 3.8   | Folgen einer Scheinselbstständigkeit                                               | 25        |
| 3.8.1 | Schuld des Gesamtsozialversicherungsbeitrags                                       | 25        |
| 3.8.2 | Versäumnis bei Meldepflicht                                                        | 26        |
| 3.8.3 | Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen                                      | 26        |
| 3.9   | Beispiele: Bewertung verschiedener Berufsgruppen                                   | 28        |
| 3.9.1 | Ärzte                                                                              | 28        |
| 3.9.2 | Diplomanden und Doktoranden                                                        | 28        |
| 3.9.3 | IT-Spezialist/EDV-Berater                                                          | 29        |
| 3.9.4 | Freie Berufe und freie Mitarbeiter                                                 | 29        |
| 3.9.5 | Handelsvertreter § 84 HGB                                                          | 30        |
| 3.9.6 | Stipendiat                                                                         | 30        |
| 3.9.7 | Telearbeit                                                                         | 30        |
| 3.10  | Ansprechpartner DRV                                                                | 31        |
| 4     | <b>Hinweise zur Zeitarbeit</b>                                                     | <b>32</b> |
| 4.1   | Änderungen durch die Reform 2017                                                   | 32        |
| 4.2   | Erlaubnis des Verleihers                                                           | 32        |
| 4.2.1 | Erlaubnispflicht                                                                   | 33        |
| 4.2.2 | Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AÜG und der Erlaubnispflicht                   | 33        |
| 4.3   | Rechtsfolge bei Verstoß gegen Voraussetzungen für eine rechtmäßige Zeitarbeit      | 35        |
| 4.3.1 | Grundsatz: Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzunternehmen               | 35        |
| 4.3.2 | Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses                                   | 37        |
| 4.3.3 | Arbeitsbedingungen                                                                 | 38        |
| 4.3.4 | Haftung für Sozialversicherungsbeiträge                                            | 39        |
| 4.3.5 | Haftung für Lohnsteuer                                                             | 39        |
| 4.3.6 | Ordnungswidrigkeiten, Straftaten                                                   | 40        |
| 4.4   | Betriebliche Mitbestimmung im Einsatzbetrieb                                       | 41        |
| 4.5   | Grenzüberschreitende Zeitarbeit                                                    | 42        |
| 4.6   | Verleih innerhalb EU/EWR: Keine Fiktion des Arbeitsverhältnisses bei Unwirksamkeit | 42        |
| 4.7   | Verleiher aus Drittstaaten                                                         | 43        |

|          |                                                                     |           |
|----------|---------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>5</b> | <b>Hinweise zum Einsatz im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen</b> | <b>44</b> |
| 5.1      | Vorgehen bei Abschluss von Werk- und Dienstverträgen                | 44        |
| 5.1.1    | Vertragsgestaltung                                                  | 45        |
| 5.1.2    | Interne Prozesse                                                    | 45        |
| 5.1.3    | Schulungskonzept                                                    | 46        |
| 5.1.4    | Praktische Fehlerquellen vermeiden                                  | 46        |
| 5.2      | Mitwirkungsrecht des Betriebsrats                                   | 46        |
| 5.2.1    | § 80 BetrVG                                                         | 47        |
| 5.2.2    | § 90 BetrVG                                                         | 50        |
| 5.2.3    | § 92 BetrVG                                                         | 50        |
| 5.2.4    | § 92a BetrVG                                                        | 51        |
| 5.2.5    | § 106 BetrVG                                                        | 51        |
| 5.2.6    | §§ 111 ff. BetrVG                                                   | 51        |
| 5.3      | Arbeitssicherheit                                                   | 52        |
| 5.3.1    | Verantwortlicher                                                    | 52        |
| 5.3.2    | Verkehrssicherungspflichten                                         | 52        |
| 5.3.3    | Zusammenarbeit                                                      | 52        |
| 5.3.4    | Verpflichtungserklärung                                             | 53        |
| 5.4      | Ausländerbeschäftigung                                              | 53        |
| 5.5      | Hinweise für den Fall behördlicher Ermittlungen                     | 54        |
| <b>6</b> | <b>Übersicht zur Abgrenzung</b>                                     | <b>56</b> |
| <b>7</b> | <b>Werkvertrag – Checkliste</b>                                     | <b>58</b> |
| <b>8</b> | <b>Werkvertrag – Merkblatt für betriebliche Vorgesetzte</b>         | <b>59</b> |
|          | Anhang                                                              | 61        |
|          | Ansprechpartner/Impressum                                           | 63        |

# 1 Einführung

## Zeitarbeit oder Werk- bzw. Dienstvertrag

Drittpersonaleinsatz kann grundsätzlich in

- Dienstverschaffung im Rahmen von Zeitarbeit (Arbeitnehmerüberlassung) bzw.
- Einsatz im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen

unterschieden werden.

Diese Formen des Drittpersonaleinsatzes unterliegen jeweils unterschiedlichen rechtlichen Regeln. Im Falle von Fehlern bei der Vertragsgestaltung oder -durchführung drohen erhebliche Sanktionen durch die Aufsichtsbehörden und Folgen für das falsch umgesetzte Rechtsverhältnis bis hin zum Entstehen eines Arbeitsverhältnisses im Einsatzunternehmen.

Für die Praxis ist es deshalb wichtig, die jeweils geltenden Regelungen strikt einzuhalten. Hierfür ist zunächst zu klären, welche Form zum Einsatz kommen soll. Die Unterscheidung betrifft dabei nicht allein die unterschiedlichen Vertragsvereinbarungen, sondern auch die praktische Umsetzung der jeweiligen Einsatzform. Das heißt, Zeitarbeit ist nach den dafür geltenden Regelungen tatsächlich umzusetzen und Werk- und Dienstverträge sind nach den hierfür geltenden Regelungen tatsächlich durchzuführen.

In Zweifelsfällen sollten Sie eine Beratung zur Klärung Ihrer Abgrenzungsfragen bei den Einsatzformen über Ihren zuständigen Verband in Anspruch nehmen.

## 2 Abgrenzung von Zeitarbeit und Werk- bzw. Dienstverträgen

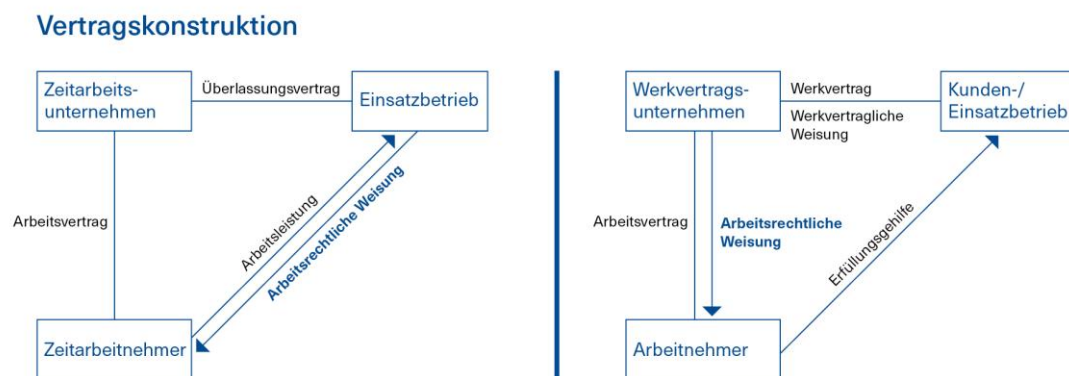
Die Personalhoheit entscheidet

### 2.1 Grundsätze

Für Arbeiten im Unternehmen, für die eigene Beschäftigte nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden sollen, muss geprüft werden, auf welchem Weg ein Einsatz von Drittpersonal möglich und zweckmäßig ist:

- Durch Überlassung von fremden Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung nach arbeitsrechtlichen und fachlichen Weisungen des Auftraggebers unter Eingliederung in die Organisation des Einsatzunternehmens (Anwendungsfall des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG).
- Durch Beauftragung eines fremden Unternehmers im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages mit von diesem gestelltem Personal. Das eingesetzte Personal unterliegt dann allein den arbeitsrechtlichen Weisungen des fremden Unternehmers und wird nicht in die Organisation des Einsatzunternehmens eingegliedert. (Rechte und Pflichten richten sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch – BGB.)

Abbildung 1  
Vertragsvarianten



Quelle: bayme vbm

## 2.2 Vertragstypen für den Drittpersonaleinsatz

### 2.2.1 Zeitarbeit/Arbeitnehmerüberlassung

Seit der Neufassung des Gesetzes zur Arbeitnehmerüberlassung vom 01. April 2017 ist in § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung gesetzlich definiert:

„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Demzufolge ist der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerüberlassung (auch Leiharbeit/Zeitarbeit) eröffnet, wenn die fremden Arbeitskräfte wie eigene Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert werden, um sie vor allem nach Weisung des betrieblichen Vorgesetzten arbeiten zu lassen. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist daher die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Seine Vertragspflicht ist erfüllt, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

Stehen der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und die Vertragsdurchführung im Widerspruch zueinander, ist die tatsächliche Durchführung für die rechtliche Einordnung entscheidend, vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die fremden Arbeitnehmer weiterhin nur von einem Unternehmen entliehen werden dürfen, welches die für Arbeitnehmerüberlassung erforderliche behördliche Erlaubnis (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) besitzt.

#### Hinweis

---

Detaillierte Informationen zur Zeitarbeit finden Sie in unserer Info Recht Broschüre [Einsatz von Zeitarbeitskräften – Der Rechtsrahmen](#).

#### Hinweis

---

Sobald Weisungsrechte im Einsatzunternehmen (Auftraggeber bzw. Entleiher) bestehen und der DrittArbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Einsatzunternehmens eingegliedert wird, ist zunächst von Zeitarbeit auszugehen.

---

### 2.2.2 Werkvertrag/Werklieferungsvertrag

Soll ein anderer Unternehmer mit Hilfe seiner Arbeitnehmer selbstständig für den Auftraggeber ein Arbeitsergebnis herbeiführen (im juristischen Sprachgebrauch „ein Werkteil bzw. ein ganzes Werk herstellen“), ist ein Werkvertrag/Werklieferungsvertrag<sup>4</sup> gewollt. Der Fremdunternehmer organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich.

Gegenstand eines solchen Vertrages muss entweder die teilweise oder komplette Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer herbeizuführender Erfolg, also ein konkretes Arbeitsergebnis, sein. Die fremden Arbeitnehmer (zum Beispiel auf dem Betriebsgelände) sind dann im juristischen Sinne sog. Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers gemäß § 278 BGB.

### 2.2.3 Selbständiger Dienstvertrag

Soll ein anderer Unternehmer mit Hilfe seiner Arbeitnehmer selbstständig eine Dienstleistung unter eigener Verantwortung und nach eigenem Plan erbringen, ohne dass seine Arbeitnehmer in die Organisation des Einsatzunternehmens integriert werden müssen, so ist ein selbständiger Dienstvertrag gewollt. Der Dienstvertrag unterscheidet sich vom Werkvertrag dadurch, dass kein Erfolg herbeigeführt bzw. kein Werk hergestellt werden muss.

#### Beispiel

---

Ein selbständiger Dienstvertrag (und damit keine Arbeitnehmerüberlassung) ist in der Regel der Einsatz von Wachmännern eines Bewachungsunternehmens.

---

### 2.2.4 Freie Mitarbeit

Freie Mitarbeit ist die selbstständige unternehmerische Tätigkeit einer Einzelperson für ein fremdes Unternehmen auf werk- oder dienstvertraglicher Grundlage. Im Sprachgebrauch werden freie Mitarbeiter häufig auch als Soloselbstständige bezeichnet.

Freie Mitarbeiter sind von den Arbeitnehmern des Unternehmens abzugrenzen, für das sie tätig werden.

Arbeitnehmer werden durch ihren Arbeitsvertrag verpflichtet, im Dienste eines anderen, weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu leisten. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen.

Weisungsgebunden ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; dabei hängt der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Es ist eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Im Zweifel entscheidet die tatsächliche Durchführung und nicht die vertragliche Bezeichnung; weicht die tatsächliche Durchführung von einer vertraglich als selbstständig umschriebenen Tätigkeit ab, kann ein Fall von Scheinselbstständigkeit vorliegen (§ 611a BGB, der am 01. April 2017 in Kraft getreten ist). Jedoch kommt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der vertraglichen Gestaltung dann besondere Bedeutung zu, wenn weder mehr Indizien für ein Arbeitsverhältnis noch für ein anderes Rechtsverhältnis sprechen.

### Hinweis

---

Die Überlassung eines Leiharbeitnehmers als „freier Mitarbeiter“ ist nicht möglich. Die Eingliederung in den Betrieb des Entleihers als Leiharbeitnehmer, insbesondere die dortige Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort sowie Art und Weise der Arbeitsleistung ist mit dem Status eines freien Mitarbeiters unvereinbar.

Anders als die Überlassung kann die bloße Vermittlung von „freien Mitarbeitern“ dann in Betracht gezogen werden, wenn eine Eingliederung und die Weisungsgebundenheit dieser Person sicher ausgeschlossen werden können. Es ist jedoch eine genaue Prüfung in der Praxis notwendig, da besonders hohe sozialversicherungsrechtliche Risiken entstehen können. Der „Vermittler“ führt für den freien Mitarbeiter weder den Arbeitgeber- noch den Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag ab. Wird der freie Mitarbeiter aufgrund der Eingliederung und der Weisungsgebundenheit als Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes angesehen, können unter anderem auf diesen hohe Nachforderungen der Sozialversicherungsträger zukommen.

---

## 2.3 Vorgehen bei Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages

Dem Unternehmer steht die Entscheidung frei, welche Arbeiten er mit eigenen Arbeitnehmern erledigen möchte und für welche Tätigkeit er sich der Angebote anderer Firmen bedient. Dabei kann sowohl die aufgrund eines Dienstleistungsvertrages geschuldete Dienstleistung erbracht als auch das aufgrund eines Werkvertrages zu erbringende Werk auch im Betrieb des Arbeitgebers erstellt werden.

Soll ein Auftrag vergeben werden, der zum Einsatz fremder Arbeitnehmer auf dem Betriebsgelände zur Verrichtung von Montage-, Reparatur-, Wartungs- oder sonstigen Arbeiten führt, ist die Abgrenzung insbesondere zur Arbeitnehmerüberlassung arbeitsrechtlich dringend geboten.

Es empfiehlt sich, eine erste Überprüfung anhand der nachfolgend dargestellten Abgrenzungskriterien und die Checkliste im Anhang zu verwenden. Eine Regelung des

Gesetzgebers in Bezug auf die bislang herangezogenen Abgrenzungskriterien erfolgte auch im Rahmen der AÜG-Reform 2017 letztlich nicht. Folglich kommt es auch weiterhin auf die durch die Rechtsprechung entwickelten, zahlreichen und unterschiedlich gewichteten Abgrenzungskriterien an.

## 2.4 Auseinanderfallen von Vertrag und tatsächlicher Durchführung

Allein eine „saubere“ vertragliche Gestaltung des Einsatzes von Fremdpersonal ist nicht ausreichend. Auch die tatsächliche Durchführung ist von erheblichem Gewicht. § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG stellt klar, dass für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung und nicht nur die vertragliche Gestaltung „auf dem Papier“ maßgebend ist.

Die Vertragsparteien können sich dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht durch entsprechende Vertragsgestaltung entziehen.

Das BAG hat auch im Nachgang der Reform fortgeführt und klargestellt, dass es auf den Vertragsinhalt und die praktische, durchgehend geübte Vertragsdurchführung ankommt.

Fallen Vertrag und tatsächliche Durchführung auseinander, ist Letztere entscheidend. Ergibt hingegen bereits die Auslegung der ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen, dass das Rechtsverhältnis der kooperierenden Unternehmen als Arbeitnehmerüberlassung ausgestaltet ist, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne dass es auf die praktische Handhabung der Vertragsbeziehung ankommt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Entleiher das ihm übertragene Weisungsrecht gegenüber dem überlassenen Arbeitnehmer in der betrieblichen Praxis tatsächlich ausübt.

Daraus folgt, dass in der betrieblichen Praxis die Durchführung der Vertragsverhältnisse fortlaufend geprüft und Führungskräfte regelmäßig geschult werden sollten.

## 2.5 Abgrenzung durch die Bundesagentur für Arbeit

Über wesentliche Gesichtspunkte für die Unterscheidung in der Praxis informiert auch das im Anhang beigefügte Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit zur „Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Einsatz von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbstständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes“. Es empfiehlt sich, in der betrieblichen Praxis von den im Merkblatt dargelegten Grundsätzen auszugehen, weil die Bundesagentur für Arbeit zusammen mit der Zollverwaltung nach § 17 AÜG dafür zuständig ist, die Einhaltung der bei der Zeitarbeit zu beachtenden Regeln durchzusetzen.

Die [Fachlichen Weisungen der Bundesagentur zum AÜG](#) enthalten ebenfalls Hinweise zur Abgrenzung und sollten daher in Zweifelsfällen ergänzend berücksichtigt werden.

Bei der Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag zur Zeitarbeit sind vor allem die nachfolgenden Kriterien maßgebend, wobei jedoch nicht einzelne Gesichtspunkte, sondern das Gesamtbild den Ausschlag gibt.

Zu beachten ist, dass einige der Kriterien nur auf Werkverträge, nicht jedoch auf Dienstverträge anwendbar sind.

Auch nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze ist davon auszugehen, dass die folgend aufgeführten Kriterien weiter herangezogen werden können. In der Gesetzesbegründung heißt es ausdrücklich, dass die Leitsätze der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung wiedergegeben werden.

### 2.5.1 Weisungsbefugnis des Werk- und Dienstunternehmers

Bei einem Werk- bzw. Dienstvertrag dürfen die Drittarbeitnehmer Weisungen in Bezug auf die Art und Weise, also wie und wo sie arbeiten, grundsätzlich nur von ihrem Arbeitgeber (dem Werkunternehmer) erhalten. Der Auftraggeber (Besteller) darf Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse gegenüber den Drittarbeitnehmern nicht ausüben. Unschädlich sind aber betriebsspezifische Hinweise zur Gefahr- oder Schadenvermeidung (z. B. wegen besonderer Gefahrenquellen im Betrieb) und gegenstandsbezogene Ausführungsanweisungen, die sich auf die Ausführung des Werkes beziehen (z. B. Art, Reihenfolge und Einzelinhalte verschiedener oder gleichartiger Werkleistungen).

Der Auftraggeber darf arbeitsrechtliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse gegenüber den Fremdarbeitnehmern nicht ausüben. Soweit der Auftraggeber ihm überlassene Arbeitskräfte einsetzt, die er nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt, liegt unabhängig von der formalen Bezeichnung des Vertrags eine Arbeitnehmerüberlassung mit den gesamten Rechtsfolgen des AÜG vor.

Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung zu unterscheiden. Letztere ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Es beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und auch die Motivation des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.

Wird ein Werk- oder Dienstvertrag abgeschlossen, obwohl es sich tatsächlich um gewerbmäßige Zeitarbeit handelt, wirkt der Auftraggeber an unerlaubter Zeitarbeit mit. Dies hat für ihn selbst weitreichende Konsequenzen (vgl. unten).

## Hinweis

---

Unschädlich als werksbezogene Weisungen sind somit betriebsspezifische Hinweise (z. B. wegen besonderer Gefahrenquellen im Betrieb) und Anweisungen, die sich ausschließlich auf die Ausführung des Werkes beziehen, z. B. Umfang der vorzunehmenden Reparatur, und nicht auf die Art und Weise der Arbeit.

Da die Unterscheidung zwischen arbeitsvertraglichen Weisungen und werkbezogenen Anweisungen in der Praxis schwierig sein kann, sollten Wünsche oder Anforderungen, die die vereinbarte Leistung konkretisieren, nur direkt an die Leitung der Fremdfirma oder deren im Betrieb anwesenden Bevollmächtigten, nicht aber unmittelbar an einen Fremdarbeitnehmer gerichtet werden. Ein solches Repräsentantenprinzip sollte bereits im Vertrag vereinbart und im Betrieb etabliert werden.

Gleiches gilt für die Erteilung von Einzelaufträgen bei der Durchführung einer Rahmenvereinbarung. Bereits bei Vertragsabschluss sollte der Ansprechpartner benannt werden. Im Rahmen von IT-Dienstleistungen beispielsweise ist ein sog. Ticket-System zu empfehlen, um Einzelanweisungen durch Mitarbeiter des Auftraggebers zu vermeiden.

Ebenfalls sollte bei der Durchführung von Werk-/Dienstverträgen die namentliche Anforderung bestimmter Personen, z. B. bei Ingenieuren oder Informatikern, vermieden werden.

---

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen in Bezug auf das Weisungsverhalten stellen sich bei der Durchführung von sog. agilen Projekten unter Einsatz von Fremdpersonal, etwa im Bereich der Softwareentwicklung. Diese Einsätze erfolgen im Regelfall nicht durch fremde Werkunternehmen, sondern oftmals durch Einsatz von IT-Freelancern und damit Soloselbstständigen. Diese speziellen Fallgestaltungen werden daher im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht weiter vertieft.<sup>20</sup> Ähnliche Problemstellungen ergeben sich auch bei dem Einsatz von sog. Interim-Managern, die ebenfalls im Regelfall durch den Einsatz von Freelancern abgedeckt werden.

Etwaige Abgrenzungsprobleme können sich zudem auch in Bezug auf das Thema „Crowdworking“ ergeben, wenn der Crowdworker wiederholt und ggf. gezielt für denselben Kunden der dahinterstehenden Crowdworking-Plattform tätig wird. In einem so entstehenden Drei-Personen-Verhältnis ist eine Eingliederung des Crowdworkers in die Arbeitsorganisation des Kunden der Crowdworking-Plattform zumindest möglich, einschließlich der damit rechtlich verbundenen Folgen des AÜG. Im Regelfall dürfte es aber auch hier vorrangig zu einem direkten Einsatz von einzelnen Crowdworkern kommen, so dass sich dann allenfalls die Frage nach einer Abgrenzung von Selbständigkeit und Arbeitnehmereigenschaft stellt.

## 2.5.2 Genaue Beschreibung des herzustellenden Werks oder der Tätigkeit

Unbestimmte Vertragsinhalte (z. B. Kabelarbeiten, Montage, Schweißen) sprechen für Arbeitnehmerüberlassung. Denn sie erschweren es, festzustellen, welches Werkergebnis bzw. welche Dienstleistung dem Auftragnehmer zuzuordnen ist und für wen dessen Arbeitnehmer tätig geworden sind. Deshalb muss dann, wenn der Auftrag bei Vertragsabschluss im Einzelnen nicht genau beschrieben wird, weil für die einzelnen Realisierungsschritte Leistungszeitpunkt, -inhalt oder -umfang noch nicht bestimmbar sind (z. B. bei Erstellung eines Personalabrechnungssystems, Reparaturarbeiten an einer Anlage), wenigstens das Ergebnis als Ziel klar definiert sein (z. B. Reparatur der Anlage für ... im Werk ... der Schulung der Meister zum Thema Arbeitssicherheit; nicht aber: Überlassung von zwei Monteuren für Reparaturarbeiten oder Schulung im Allgemeinen).

Eine bis ins Detail gehende Aufgabenbeschreibung, die kaum eigenen Gestaltungsspielraum für den Auftragnehmer lässt, spricht nicht gegen einen Werk-/Dienstvertrag.

## 2.5.3 Werk- bzw. dienstvertragsfähige Leistung

Ein Werk- bzw. Dienstvertrag ist nur möglich, wenn die zu erbringende Leistung für die Vergabe im Rahmen eines solchen Vertrages überhaupt geeignet ist. Daran kann es z. B. fehlen, wenn eine Fülle von Kleinstaufträgen (z. B. Schweißnähte, Verputzarbeiten geringen Umfangs im Leistungslohn) oder einfache nicht erfolgsbezogene Arbeiten (z. B. Schreifarbeiten, Botendienste, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingabe) vergeben werden; in vielen dieser Fälle wird der Vertrag auf die bloße Überlassung von Arbeitskräften gerichtet sein.

Andererseits muss ein Werk- bzw. Dienstvertrag nicht umfangreiche und komplizierte Arbeiten zum Gegenstand haben. So können werk- oder dienstvertragsfähige Leistungen z. B. auch sein: Reinigen von Maschinen, Montieren kleiner Baugruppen, Putzen von Gussteilen, Lackieren von auszuliefernden Maschinen oder Anfertigen von Verpackungskisten. Ob die Drittarbeitnehmer diese Arbeiten auf der Basis eines Werk- bzw. Dienstvertrages oder im Rahmen von Zeitarbeit verrichten sollen, ist unter Berücksichtigung der sonstigen Abgrenzungskriterien mit Blick auf die vorgesehene Gestaltung und Abwicklung des Vertragsverhältnisses zu beurteilen.

## 2.5.4 Fachliche Kompetenz des Fremdunternehmers

Ein Werk- bzw. Dienstvertrag setzt in der Regel voraus, dass das Fremdunternehmen über die betriebliche und personelle Ausstattung verfügt, um die vereinbarte Leistung selbstständig planen, organisieren, durchführen und überwachen zu können.

### 2.5.5 Gestaltung von Arbeitsmitteln und -materialien durch das Fremdunternehmen

Beim Werk- bzw. Dienstvertrag ist es üblich, dass die Arbeitskräfte des fremden Unternehmens das benötigte Werkzeug und die Arbeitsmaterialien selbst mitbringen. Auf der anderen Seite ist es aber kein Indiz für Zeitarbeit, wenn der Auftraggeber nur für den Auftrag benötigtes Spezialwerkzeug oder Spezialmaterialien zur Verfügung stellt. Auf Zeitarbeit kann dagegen hindeuten, wenn die Arbeitskleidung vom Auftraggeber gestellt wird.

#### Praxishinweis

---

Ist es für die Vertragsdurchführung aus verschiedenen Gründen sinnvoller, dass der Auftragnehmer auch Arbeitsmaterialien des Einsatzbetriebes nutzt, so ist bei der Vertragsgestaltung zu empfehlen, Regelung zur Nutzungsgebühr und insbesondere zu Haftungsfragen nach den zivilrechtlichen Grundsätzen zu regeln.

---

### 2.5.6 Selbstständige Organisation des Arbeitsablaufs durch das Fremdunternehmen

Notwendiges Merkmal des Werk- und Dienstvertrages ist, dass der fremde Unternehmer Art, Ablauf und Einteilung der Arbeiten selbst bestimmt. Typischerweise umfasst dies die Auswahl der eingesetzten Arbeitnehmer (Zahl, Qualifikation und Person), die Ausbildung und Einarbeitung, die Bestimmung der Arbeitszeit und die Anordnung von Überstunden, die Gewährung von Urlaub und Freizeit, die Durchführung der Anwesenheitskontrolle und die Überwachung des Arbeitsablaufs.

Dagegen spricht die organisatorische Eingliederung der Drittarbeitnehmer in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Einsatzunternehmens grundsätzlich für Zeitarbeit. Eine solche organisatorische Eingliederung ist aber nicht schon allein deshalb gegeben, weil die Drittarbeitnehmer besondere, nur für das Unternehmen des Auftraggebers geltende Sicherheitsvorschriften beachten müssen oder weil die Arbeiten auf den Betriebsablauf abgestimmt werden, um Störungen soweit wie möglich zu vermeiden (z. B. bei Instandhaltungsarbeiten oder Anlagenerweiterungen).

Gegen einen Werk- bzw. Dienstvertrag spricht auch nicht, dass die eigenen und die Drittarbeitnehmer vergleichbare Arbeiten durchführen, sofern die Ergebnisse voneinander abgrenzbar sind (z. B. Softwareerstellung durch eigene und Drittarbeitnehmer für verschiedene Projekte). Für eine Arbeitnehmerüberlassung soll hingegen sprechen, wenn die Fremdbeschäftigten Aufgaben übernehmen, die früher von eigenen Beschäftigten des Einsatzbetriebes ausgeführt wurden.

## Hinweis

---

Die Bildung gemeinsamer Arbeitsgruppen oder die gemeinsame Benutzung derselben Räume bei vergleichbaren Tätigkeiten (z. B. eigene und fremde Konstrukteure im selben Büro; nicht aber Montagearbeit eines fremden Elektrikers im Konstruktionsbüro) kann für Arbeitnehmerüberlassung sprechen und sollte vermieden werden.

Des Weiteren sprechen die Ausstattung der fremden Arbeitnehmer mit Telefonnummern und E-Mail-Adressen des Auftraggebers sowie die Aufnahme in die jeweiligen Telefon-/Mailverzeichnisse für Arbeitnehmerüberlassung. Von einer solchen betrieblichen Handhabung ist dringend abzuraten.

---

### 2.5.7 Unternehmerrisiko

Typisch für einen Werk- bzw. Dienstleistungsunternehmer ist auch, dass er sich in der Regel gegen Haftungs- und Gewährleistungsrisiken absichert (Versicherung, Rückstellungen).

## Praxishinweis zur Vertragsgestaltung

---

Daher sollte ein wesentliches Merkmal auf der Vertragsgestaltung liegen, etwa durch die Verpflichtung zum Nachweis einer verkehrsüblichen Haftpflichtversicherung.

---

### 2.5.8 Personalgestellung durch das Fremdunternehmen als Nebenleistung

Wird als Nebenleistung eines Kauf- oder Mietvertrages über Anlagen, Geräte, Systeme oder Programme Bedienungs-, Wartungs-, Montage- oder Einweisungspersonal überlassen (z. B. Computer und Programme mit Einweisungspersonal, Spezialbaumaschine mit Fahrer, Flugzeug mit Pilot), ist in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen.

Die Personalgestellung muss allerdings eindeutig als Nebenleistung anzusehen sein. Maßgebend ist dafür, ob nach Sinn und Zweck des Vertrages die Gebrauchsüberlassung des Gerätes im Vordergrund steht und die Zurverfügungstellung des Personals nur die Funktion hat, den Einsatz des Gerätes erst zu ermöglichen (dann Nebenleistung), oder ob der Vertrag schwerpunktmäßig auf die Verschaffung der Arbeitsleistung des Personals gerichtet ist und die Überlassung des Gerätes nur untergeordnete Bedeutung hat (dann im Regelfall Arbeitnehmerüberlassung). Bei der Vermietung eines Asphaltkochers mit dem entsprechenden Bedienpersonal hat das BAG eine Arbeitnehmerüberlassung verneint. Bei der Vermietung eines Laptops mit Schreibkraft dürfte hingegen in der Regel Arbeitnehmerüberlassung vorliegen, ebenso das Führen eines gemieteten LKW durch Fremdpersonal.

Die Personalgestellung muss eindeutig als Nebenleistung anzusehen sein. Bei der Vermietung eines Computers mit Schreibkraft wird daher in der Regel Zeitarbeit vorliegen.

### 2.5.9 Personalgestellung durch das Fremdunternehmen als Folgeleistung

Soweit ein Fremdunternehmen eigenes Personal als Folgeleistung stellt, ist in der Regel nicht von Zeitarbeit auszugehen.

#### Beispiele

---

Eine Fremdfirma, die technische Produktionsanlagen, Einrichtungen oder Systeme herstellt und errichtet, entsendet eigenes Stammpersonal zu einem Betreiber derartiger Anlagen, Einrichtungen oder Systeme, um typische Revisions-, Beratungs-, Reparatur-, Änderungs-, Erweiterungsarbeiten oder Ingenieurleistungen daran durchzuführen. Voraussetzung ist, dass die Fremdfirma das Unternehmerrisiko trägt und ihre unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist.

Ein Unternehmen stellt eigenes Personal zum Einbau der gelieferten Teile oder Komponenten bereit, weil dies zur vertraglich vereinbarten Gesamtleistung gehört. Voraussetzung ist, dass der wirtschaftliche Wert der einzubauenden Teile denjenigen der Arbeitsleistung erheblich übersteigt.

Ein Unternehmen, das Software-Programme herstellt, stellt einem Anwender eigene Mitarbeiter zur Verfügung, um ein solches Programm auf dessen Anlagen ablauffähig zu machen oder zu entwickeln. Auch hier ist Voraussetzung, dass das Software-Unternehmen das Unternehmerrisiko trägt und seine unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist.

---

### 2.5.10 Kriterien, die nur auf Werkverträge anzuwenden sind

#### **Gewährleistung**

Zu einem Werkvertrag gehört, dass die gesetzlichen Gewährleistungspflichten des Werkunternehmers nicht vertraglich abbedungen und dass sie, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, auch tatsächlich durchgesetzt werden. Modifikationen der gesetzlichen Gewährleistung durch „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, durch die „Verdingungsordnungen für Bauleistungen – VOB“, durch die „Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI“ o. ä. sind unschädlich.

### **Erfolgsorientierte Abrechnung**

Auch die Art der Abrechnung kann im Rahmen der Bewertung der Gesamtumstände von Bedeutung sein.<sup>36</sup> Bei Werkverträgen wird in der Regel ein Pauschalpreis oder die Berechnung der Vergütung nach Einheitspreisen für Material- und Zeitaufwand, Aufmaß, Regiekosten oder ähnlichem vereinbart. Die Abrechnung nach Stundensätzen kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn objektiv feststellbare Tatsachen vorliegen, die einer Kalkulierbarkeit entgegenstehen oder wenn im Rahmen bestimmter Regelungswerke (z. B. HOAI) die Abrechnung nach Stundensätzen zugelassen wird. Auch in diesen Fällen deutet es aber auf Arbeitnehmerüberlassung hin, wenn nicht projektbezogen, sondern personenbezogen und periodisch (z. B. monatlich) abgerechnet wird.

## 3 Besonderheiten im Sozialversicherungsrecht

### Sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsbegriff – Abgrenzung von Vertragstypen

Nicht nur in der arbeitsrechtlichen Abgrenzung, sondern auch in der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung spielt die Abgrenzung verschiedener Vertragstypen eine wichtige Rolle. Bei fehlerhafter Einordnung oder vom Vertrag abweichender tatsächlicher Durchführung kann es zum Einsatz von sogenannten Scheinselbstständigen kommen. Oft wurden dann z. B. zu Unrecht keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt, was unter Umständen eine Strafbarkeit mit sich bringt.

Es kommt insbesondere darauf an, ob ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt.

#### 3.1 Beschäftigungsbegriff

Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Bereits die Formulierung „... insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ zeigt, dass der Beschäftigungsbegriff weiter ist als der des Arbeitsverhältnisses. Ein Arbeitsverhältnis wiederum stellt in jedem Fall auch ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis dar.

Im Übrigen folgt auch die sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung einem Kriterienkatalog, wobei eine Gesamtschau der Kriterien unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung maßgebend ist und – bei einem Abweichen der tatsächlichen Durchführung von der vertraglichen Gestaltung – die tatsächliche Umsetzung den Ausschlag gibt. Zu den Kriterien kann grundsätzlich auf die Darstellung in Kapitel 2.3 dieser Broschüre zurückgegriffen werden.

#### Rundschreiben der Sozialversicherungsträger

---

Besondere Bedeutung kommt der Sichtweise der Verwaltung zu, da zunächst die Sozialversicherungsträger darüber entscheiden, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Ihre Sichtweise hat die Verwaltung in einem [Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes „Statusfeststellung von Erwerbstätigen“](#), der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit vom 21. März 2019 niedergelegt.

In Anlagen zu dem Rundschreiben hat die Verwaltung Kriterienkataloge für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von besonders relevanten Berufsgruppen veröffentlicht, z. B. von Handelsvertretern und Fremdgeschäftsführern. Auszugsweise finden Sie die praxisrelevantesten Beispiele unter 3.9.

Die Verwaltung prüft die Merkmale der Weisungsgebundenheit und der betrieblichen Eingliederung nicht zwingend kumulativ. Vielmehr könne das Weisungsrecht z. B. bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Auch zeige sich der Grad persönlicher Abhängigkeit nicht nur an dem Weisungsrecht des Vertragspartners zu Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort und sonstigen Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit, sondern er könne sich auch aus einer detaillierten und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben.

Schließlich ist die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu berücksichtigen.

---

### 3.2 (Solo-)Selbstständige bzw. Scheinselbstständigkeit

Das Beschäftigungsverhältnis unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers oder Werkvertragsnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit bei der Erledigung der Dienst- oder Werkleistung. Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

Bei der Frage, ob es sich tatsächlich um eine Beschäftigung im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit handelt, muss zunächst geprüft werden, ob die einzelne (Sub-)Unternehmer nicht doch abhängig beschäftigt im Betrieb sind. Grundsätzlich sind Arbeitnehmer versicherungspflichtig in der Sozialversicherung. Entscheidend für die Versicherungspflicht ist, dass tatsächlich eine abhängige Beschäftigung ausgeübt wird. Unter einer abhängigen Beschäftigung ist jede nicht selbstständige Arbeit zu verstehen.

Mancher Unternehmer ist nur auf dem Papier selbstständig. Wird der Beschäftigte von den Geschäftspartnern vertraglich als selbstständig bezeichnet, handelt aber wie ein Arbeitnehmer im Beschäftigungsverhältnis, gilt er als scheinselbstständig.

Als scheinselbstständige Arbeitnehmer werden Personen bezeichnet, die formal wie selbstständig Tätige (Auftragnehmer) auftreten, tatsächlich jedoch abhängig Beschäftigte im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV sind. Der Auftraggeber hat – wie auch sonst jeder Arbeitgeber bei seinen Mitarbeitern – zu prüfen, ob ein Auftragnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder für ihn selbstständig tätig ist. Ist ein Auftraggeber der Auffassung, dass im konkreten Einzelfall keine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist zwar formal von ihm nichts zu veranlassen. Er geht jedoch das Risiko ein, dass bei einer Betriebsprüfung der Sachverhalt anders bewertet und dadurch die Nachzahlung von GSV-Beiträgen erforderlich wird.

In Zweifelsfällen sollte der Auftraggeber daher das besondere Anfrageverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV nutzen.

Der sogenannte Scheinselbstständige ist im Sinne der Rentenversicherung nicht selbstständig tätig, sondern abhängig beschäftigt. Er unterliegt dann der Sozialversicherungspflicht.

Merkmale für eine Scheinselbstständigkeit sind insbesondere:

- Scheinselbstständige sind verpflichtet, allen Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten;
- bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten;
- dem Auftraggeber regelmäßig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen;
- in den Räumen des Auftraggebers oder an von ihm bestimmten Orten zu arbeiten;
- bestimmte Hard- und Software zu benutzen, sofern damit insbesondere Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind.

Derartige Verpflichtungen eröffnen dem Auftraggeber Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten, denen sich ein echter Selbstständiger nicht unterwerfen muss. Wer tatsächlich selbstständig ist, trägt das unternehmerische Risiko in vollem Umfang selbst und kann seine Arbeitszeit frei gestalten. Der Erfolg des finanziellen und persönlichen Einsatzes ist dabei ungewiss und hängt nicht von dritter Seite ab.

Für die Beurteilung, ob ein Beschäftigter selbstständig ist, ist im ersten Schritt vor allem die Ausgestaltung von Verträgen wichtig. Weicht der berufliche Alltag allerdings vom Vertrag ab, kommt es im zweiten Schritt auf die tatsächlichen Verhältnisse an.

Falls Zweifel bestehen, ob es sich um eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit handelt, kann bei der sogenannten Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund der sozialversicherungsrechtlichen Status geprüft werden. Weitere Informationen zum Verfahren finden Sie unter 3.7.

### 3.3 Die tatsächlichen Verhältnisse

Der hinreichende Grad persönlicher Abhängigkeit zeigt sich nicht nur daran, dass der Beschäftigte einem Direktionsrecht seines Vertragspartners unterliegt, welches Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort oder sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit betreffen kann, sondern kann sich auch aus einer detaillierten und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben.

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit wird auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit bestimmt. Insoweit lassen sich abstrakte, für alle Tätigkeiten geltende Kriterien nicht aufstellen.

Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses als auch im Rahmen freier Dienst- oder Werkverträge erbracht werden, andere regelmäßig nur im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses. Aus Art und Organisation der Tätigkeit kann auf das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses zu schließen sein.

Dabei sind für die Abgrenzung in erster Linie die tatsächlichen Umstände der Leistungserbringung von Bedeutung, nicht aber die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben oder gar die von ihnen gewünschte Rechtsfolge. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Dieser wiederum folgt aus den getroffenen Vereinbarungen und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist.

### 3.4 Überblick der wichtigsten Abgrenzungskriterien

Um die Frage der persönlichen Abhängigkeit (Nichtselbstständigkeit) korrekt beantworten zu können, sind die folgenden Merkmale zu berücksichtigen und der Gesamtbetrachtung zugrunde zu legen:

- Weisungsgebundenheit (kann sich bei Hochqualifizierten und Spezialisten in einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess ausdrücken)
- Eingliederung in den Betrieb
- Keine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft; die Fremdbestimmtheit der Tätigkeit kennzeichnet das Beschäftigungsverhältnis
- Keine eigene Betriebsstätte
- Keine im Wesentlichen freigestaltete Arbeitstätigkeit: Die Merkmale der freien Gestaltung der Tätigkeit finden sich in § 84 Abs. 1 S. 2 Handelsgesetzbuch (HGB) für den Begriff des Handelsvertreters: „Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“ Die Rechtsprechung des BSG hat die zum HGB normierten Tatbestandsmerkmale als einen allgemeinen Rechtsgedanken zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit gewertet.
- Kein Tragen des Unternehmerrisikos: Ein Unternehmerrisiko trägt, wer eigenes Kapital oder eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts einsetzt.
- Wirtschaftliche Abhängigkeit
- Vereinbarung, Lohnabzüge vornehmen zu lassen
- Vereinbarung von Urlaub

Zusätzlich zu den genannten Abgrenzungskriterien kann zur Beurteilung des Gesamtbilds einer Beschäftigung oder Tätigkeit auch die steuerliche Behandlung der erzielten Einkünfte Indiz für die versicherungsrechtliche Beurteilung der ausgeübten Tätigkeit sein.

Das BSG hat darüber hinaus weitere Kriterien entwickelt, die bei der Abgrenzung der Selbstständigkeit von der Abhängigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung aller die jeweilige Tätigkeit prägenden Umstände herangezogen werden können:

- Besteht seitens des Auftragnehmers Entscheidungsfreiheit darüber, wann und wie viel Betriebsmittel/Transportmittel/Produktionsmittel angeschafft werden und wie die Anschaffung finanziert wird?
- Liegt Entscheidungsfreiheit des Auftragnehmers über die Zahlweise der Kunden (z. B. sofortiger Bareinzug, Stundungsmöglichkeiten usw.) vor?
- Besteht Dokumentationspflicht des Auftragnehmers über seine Arbeit (detaillierte Berichtspflicht)?
- Existiert Entscheidungsspielraum des Auftragnehmers bezüglich Preiskalkulation sowie Aufbau von Vertrauen unter Geschäftsleuten?
- Sind beim Auftragnehmer eigene Betriebsmittel (z. B. Pkw) vorhanden?
- Setzt der Auftragnehmer eigenes Betriebskapital ein?
- Werden die Leistungen ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht?
- Ist dem Auftragnehmer eigene Kundenakquisition erlaubt?
- Haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber bei Schäden an der Produktion oder Produktionsgütern bzw. Produktionsmitteln, wenn der Auftraggeber von einem Kunden in Anspruch genommen wird?
- Sind Auftragsvertrags- und Überwachungssysteme so ausgestaltet, dass eine laufende Kontrolle (z. B. über ein Betriebs-Funksystem) für den Auftraggeber jederzeit möglich ist?
- Hat der Auftragnehmer eigene Werbemöglichkeiten?
- Unterhält der Auftragnehmer eigene Geschäftsräume?
- Führt der Auftragnehmer Geschäftsbücher?
- Benutzt der Auftragnehmer eigene Firmenbriefbögen?
- Bezieht der Auftragnehmer festes Gehalt oder ist er vor allem am Umsatz beteiligt?
- Wie werden die Einkünfte durch das Finanzamt bewertet?
- Erzielt der Auftragnehmer erheblich höhere Einkünfte als ein vergleichbar Beschäftigter und ist dadurch eine soziale Absicherung in Eigenvorsorge möglich?
- Die Honorarhöhe ist Ausdruck des Parteiwillens und spielt nur dann eine Rolle, wenn sich die Argumente für eine abhängige Beschäftigung ansonsten gegenseitig aufheben

### 3.5 Amtsermittlungsgrundsatz

Ist zur Beurteilung der Erwerbstätigkeit, also des Erwerbsstatus, ein Verwaltungsverfahren anhängig, gilt der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 20 SGB X). Treffen Merkmale, die für die Beschäftigteneigenschaft sprechen, mit Merkmalen zusammen, die auf Selbstständigkeit hindeuten, hat der Sozialversicherungsträger nach Aufklärung des Sachverhalts im Rahmen der Gesamtwürdigung zu prüfen, in welchem Bereich der Schwerpunkt der Tätigkeit liegt, und auf der Grundlage des § 7 Abs. 1 SGB IV zu entscheiden.

### 3.6 Verwaltungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund

Nach Abschluss der Ermittlungen und vor Erlass ihrer Entscheidung hat die Deutsche Rentenversicherung Bund die Beteiligten anzuhören. Sie erteilt anschließend den Beteiligten (Auftragnehmer und Auftraggeber) einen rechtsbehelfsfähigen begründeten Bescheid. In einem etwaigen Widerspruchsverfahren haben die Beteiligten ab 01. April 2022 das Recht, nach vorheriger schriftlicher Begründung des Widerspruchs eine mündliche Anhörung zu beantragen, die unter Teilnahme aller Beteiligter erfolgen soll. Entscheidet die Deutsche Rentenversicherung Bund im Einzelfall auf selbstständige Tätigkeit, prüft der zuständige Rentenversicherungsträger, ob Rentenversicherungspflicht als Selbstständiger eintreten kann.

### 3.7 Das Statusfeststellungsverfahren (sog. Clearingverfahren)

Nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet (sog. optionales Verfahren).

#### 3.7.1 Reform seit 01. April 2022

Die wesentlichen Neuregelungen sind vorerst bis 30. Juni 2027 befristet. Die Deutsche Rentenversicherung Bund hat dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) bis 31. Dezember 2025 einen Bericht über die Erfahrungen bei der Anwendung der Neuregelungen vorzulegen. Danach werden die Änderungen verlängert oder eben revidiert.

##### 3.7.1.1 Nur Elementenfeststellung des Erwerbsstatus (keine Versicherungspflicht mehr)

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (z. B. Urteil vom 26. Februar 2019, B 12 R 8/18 R) konnte bisher in den Verfahren nach § 7a SGB IV nicht über das Vorliegen einer Beschäftigung/selbstständigen Tätigkeit isoliert entschieden werden, sondern ausschließlich über die Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Durch die Rechtsänderung wird dies nun möglich. Die Feststellung einer Versicherungspflicht obliegt zukünftig allein der Einzugsstelle und bei einer Betriebsprüfung dem Rentenversicherungsträger.

Es wird nun eben nicht mehr am Ende des Statusfeststellungsverfahrens ein Bescheid vorliegen, der die Versicherungspflicht des Arbeitnehmers klärt, wenn dieser den Erwerbsstatus bescheinigt bekommen hat. Die Versicherungspflicht muss sodann einzeln durch die jeweiligen Träger bzw. die Einzugsstelle erfolgen.

### 3.7.1.2 Statusfeststellung auch bei Tätigkeit für Dritte möglich

Bei Einsatz von Fremdpersonal in Unternehmen kommt es häufig zur Beteiligung von mehr als zwei Parteien, zum Beispiel, wenn ein Dienstleister (Auftraggeber) dem Unternehmen (Dritter) projektbezogen einen Spezialisten (Auftragnehmer) zur Verfügung stellt. In diesen Fällen sind für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht nur die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu betrachten, sondern auch die zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber (z. B. BSG-Urteil vom 14. März 2018, B 12 KR 12/17 R).

Bisher konnten solche Dreiecksverhältnisse nicht abschließend geklärt werden, sondern immer nur jeweils ein Zweipersonenverhältnis. Gegebenenfalls mussten zwei Statusfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Durch die Rechtsänderung erhält die DRV Bund die Kompetenz, solche Tätigkeiten umfassend zu beurteilen.

### 3.7.1.3 Prognoseentscheidung

Seit 01. April 2022 können Beteiligte auf Antrag bereits vor Aufnahme der Tätigkeit – und damit frühzeitiger als bisher – Rechtssicherheit über den Erwerbsstatus erlangen. Die Beteiligten haben dabei die tatsächlichen Umstände der Tätigkeit vorwegzunehmen. Ermöglichen die angegebenen Umstände keine abschließende Beurteilung, kann die DRV Bund den Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus vor Aufnahme der Tätigkeit ablehnen oder eine Entscheidung erst nach deren Aufnahme treffen.

Ändern sich die Vereinbarungen oder Umstände der Vertragsdurchführung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit, haben dies die Beteiligten der DRV Bund unverzüglich mitzuteilen. Grundsätzlich erfolgt dann die Abänderung der Entscheidung mit Wirkung für die Zukunft. Lediglich bei einem Verstoß gegen die Mitteilungspflichten wird die Entscheidung rückwirkend aufgehoben.

Treten die Änderungen erst im Laufe der Durchführung des Auftragsverhältnisses ein oder war die Prognoseentscheidung bereits bei ihrem Erlass rechtswidrig, gelten die allgemeinen Rechtsvorschriften der §§ 44 ff SGB X.

Für Tätigkeiten bei Dritten (s. 1.2.1.2) sind Prognoseentscheidungen nicht vorgesehen.

### 3.7.1.4 Gruppenfeststellungen

Bisher waren für jedes Auftragsverhältnis gesonderte Statusfeststellungsverfahren erforderlich. Auch dann, wenn ein Auftraggeber gegenüber unterschiedlichen Auftragnehmern im Wesentlichen einheitliche Bedingungen für eine Vielzahl von Auftragsdurchführungen vorgibt und diese auch weitgehend identisch umgesetzt werden sollen. Künftig wird ermöglicht, eine gutachterliche Äußerung für derartige gleiche Auftragsverhältnisse einzuholen.

Formell sind die Sozialversicherungsträger nicht an die gutachterliche Äußerung gebunden. Jedoch geht der Gesetzgeber davon aus, dass der einmal geprüfte Sachverhalt nicht anlasslos einer erneuten Prüfung unterzogen und anders beurteilt wird. Sollte dies doch ausnahmsweise der Fall sein (z. B. im Rahmen einer Betriebsprüfung), tritt die ggf. vorliegende Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe des entsprechenden Bescheides ein. Dies gilt aber nur für Auftragsverhältnisse, die innerhalb von zwei Jahren seit Zugang der gutachterlichen Äußerung geschlossen werden.

Um dem Auftragnehmer bei gleichen Auftragsverhältnissen Kenntnis und damit Klarheit über seinen Erwerbsstatus zu verschaffen, hat ihm der Auftraggeber bei Vertragsschluss eine Kopie der gutachterlichen Stellungnahme auszuhändigen.

Für Tätigkeiten bei Dritten (s. 1.2.1.2) sind Gruppenentscheidungen nicht vorgesehen.

### 3.7.2 Das Verfahren

Die Verfahrensschritte eines Anfrageverfahrens sind weitgehend bereits gesetzlich festgelegt in § 7a Abs. 1, 3 und 4 SGB IV.

#### 3.7.2.1 Sonderregelung für Statusanträge innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit (§ 7a Abs. 5 S. 1 und 2 SGB IV)

Stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund im Rahmen eines Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV fest, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, so beginnt die Versicherungspflicht (erst) mit Bekanntgabe der Entscheidung, wenn

- der Antrag nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wird,
- der Arbeitnehmer dem späteren Beginn der Versicherungspflicht zustimmt und
- der Arbeitnehmer für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (§ 7a Abs. 5 S. 1 und 2 SGB IV). Bei der Gruppenfeststellung gelten gesonderte Regelungen.

Die Anwendbarkeit dieser Sonderregelung ist auf Fälle begrenzt, bei denen das Anfrageverfahren innerhalb von einem Monat nach Aufnahme der Beschäftigung eingeleitet worden ist.

Die Berechnung der Monatsfrist erfolgt nach den §§ 187 Abs. 2 S. 1 und 188 Abs. 2, welche gemäß § 26 Abs. 1 SGB X anwendbar sind. Danach beginnt die Monatsfrist mit dem Tag, der auf den Tag der Aufnahme der Tätigkeit folgt.

Nach einem Monat endet die Frist mit Ablauf des Tages, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht.

### Beispiel Fristberechnung

---

Aufnahme der Tätigkeit am 14. März 2026

Beginn der Monatsfrist: 15. März 2026 00:00 Uhr

Ende der Monatsfrist: 14. April 2026 23:59 Uhr

---

Liegen die in § 7a Abs. 6 S. 1 SGB IV geforderten Voraussetzungen kumulativ vor, beginnt die Versicherungspflicht mit Bekanntgabe der Entscheidung, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt.

Die Entscheidung gilt mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (§ 37 Abs. 2 SGB X), unabhängig davon, ob dieser Tag auf einen Sonnabend, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt (siehe auch GRA zu § 37 SGB X, Abschnitt 4 und GRA zu § 64 SGG). Dies gilt nicht, wenn die Entscheidung nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Im Zweifel hat die Deutsche Rentenversicherung Bund den Zugang und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen.

Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird – abweichend von § 23 Abs. 1 SGB IV – zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine abhängige Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist, § 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV. Zu diesem Zeitpunkt sind die Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Zeit ab Beginn der Sozialversicherungspflicht fällig.

#### 3.7.2.2 Beginn der Versicherungspflicht bei Statusfeststellungen bei allen anderen Antragsverfahren

Die besonderen Regelungen zum Beginn der Versicherungspflicht und zur Fälligkeit nach § 7a Abs. 6 SGB IV beziehungsweise § 7a Abs. 5 SGB IV gelten nicht, wenn eine Einzugsstelle im Rahmen des § 28h Abs. 2 SGB IV oder ein Rentenversicherungsträger bei der Betriebsprüfung über die Versicherungspflicht entschieden hat.

Die Versicherungspflicht beginnt in diesen Fällen mit dem Beginn der Beschäftigung. Die Sozialversicherungsbeiträge werden nach den allgemeinen Regelungen fällig. Dies gilt auch dann, wenn die Antragstellung bei der Clearingstelle verspätet, das heißt nach Ablauf der Monatsfrist des § 7a Abs. 6 SGB IV, erfolgt ist.

Im optionalen Statusfeststellungsverfahren entscheidet die Clearingstelle nicht nur über den Status einer Person, sondern auch über die Versicherungspflicht bzw. Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung.

### 3.7.2.3 Antragstellung

Für Anträge auf Statusfeststellung können schriftlich oder elektronisch abgegeben werden. Dazu haben die Beteiligten einen Antrag auszufüllen, der bei der Deutschen Rentenversicherung Bund angefordert werden kann. Der Antragsvordruck kann außerdem aus dem [Internet](#) abgerufen werden.

### 3.7.2.4 Antragsberechtigte

Antragsberechtigt sind nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV die Beteiligten. Beteiligte des Statusfeststellungsverfahrens sind nach der amtlichen Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/1855) die Partner der Beziehungen, in deren Rahmen die zu beurteilende Tätigkeit ausgeübt wird; faktisch also im Regelfall Arbeitgeber beziehungsweise Auftraggeber und Arbeitnehmer beziehungsweise Auftragnehmer. Die Antragsberechtigung ist aber nicht auf die Partner privatrechtlicher Beziehungen beschränkt, da das Arbeitsverhältnis nur ein möglicher rechtlicher Rahmen von Beschäftigung ist. Die Erbringung abhängiger Erwerbsarbeit ist ebenso im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse möglich (vergleiche Urteil des BSG vom 15. Juli 2009, AZ: B 12 KR 1/09 R).

Für die Wirksamkeit eines Statusfeststellungsantrages ist nicht erforderlich, dass beide Beteiligten den Antrag stellen. Soweit der Antrag auf Statusentscheidung nur von einem Beteiligten (zum Beispiel: Auftraggeber) gestellt worden ist, ist der andere Beteiligte (im Beispiel: Auftragnehmer) zu dem Verfahren hinzuzuziehen (§ 12 SGB X).

### 3.7.2.5 Ermittlungsgrundsätze

Für die von der Clearingstelle durchzuführenden Ermittlungen ist gesetzlich die Schriftform vorgeschrieben (§ 7a Abs. 3 S. 1 SGB IV).

Ist anhand der gegebenenfalls mit dem Antrag vorgelegten Unterlagen eine Feststellung nicht möglich, hat die Clearingstelle den Beteiligten mitzuteilen, welche weiteren Angaben und Unterlagen für die Entscheidung benötigt werden. Beachtlich ist dabei, dass der Entscheidung eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu Grunde zu legen ist.

Die Clearingstelle setzt den Beteiligten eine angemessene Frist, innerhalb welcher diese ihre Angaben zu machen und die erforderlichen Unterlagen vorzulegen haben. Für die Bemessung der Frist ist beachtlich, dass nach § 7a Abs. 7 S. 2 SGB IV Klage auf Erlass einer Statusentscheidung bereits nach Ablauf von drei Monaten zulässig ist.

### 3.7.2.6 Anhörung

§ 7a Abs. 4 SGB IV sieht vor, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund

- den Beteiligten mitteilt, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt,
- die Tatsachen bezeichnet, auf die die Entscheidung gestützt werden soll und
- den Beteiligten Gelegenheit gibt, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Danach ist in Anfrageverfahren regelmäßig eine Anhörung durchzuführen. Eine Anhörung ist jedoch nicht erforderlich, wenn die Statusentscheidung der Intention beider Beteiligter entspricht, also „antragsgemäß“ ergeht (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X).

Ist eine Anhörung durchzuführen, ist den Beteiligten im Hinblick auf § 7a Abs. 7 S. 2 SGB IV auch für die Äußerung auf die Anhörung eine angemessene Frist (drei Wochen) zu setzen.

### 3.7.2.7 Ausschlussgründe

Eine Statusfeststellung kann nach dem Wortlaut von § 7a Abs. 1 S. 1 2. HS SGB IV nicht beantragt werden, wenn bereits die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger im Zeitpunkt der Antragstellung ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet hat. Dies vermag aber nicht zu verhindern, dass trotz Vorliegens von Ausschlussgründen Statusfeststellungsanträge gestellt werden, die regelmäßig ein Verwaltungsverfahren in Gang setzen (§ 18 S. 2 Nr. 1 SGB X). Die Regelung des § 7a Abs. 1 S. 1 2. HS SGB IV ist daher dahingehend zu verstehen, dass bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes das durch einen Antrag eingeleitete Verfahren nicht zu einer Statusklärung führt, sondern der Antrag wegen des Ausschlussgrundes abzulehnen ist.

Entscheidend ist, dass das im Rahmen des Anfrageverfahrens zur Überprüfung gestellte Vertragsverhältnis konkret von dem anderweitigen Verfahren erfasst wird.

### 3.7.3 Zuständigkeit/Clearingstelle

Für die Durchführung eines Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 S. 1 wie auch S. 2 SGB IV ist allein die Deutsche Rentenversicherung Bund zuständig (§ 7a Abs. 1 S. 3 SGB IV). Bei dieser wurde zur Durchführung des Anfrageverfahrens eine bundesweite Clearingstelle eingerichtet. Das Verfahren wird von der Deutschen Rentenversicherung Bund, Clearingstelle, 10704 Berlin, geführt.

### 3.7.4 Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags bei einem Anfrageverfahren

Im Rahmen eines Anfrageverfahrens nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV gilt eine von § 23 Abs. 1 SGB IV abweichende Fälligkeit.

Nach § 7a Abs. 5 S. 3 SGB IV wird die Fälligkeit der Beiträge auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, zu dem die Statusentscheidung unanfechtbar wird. Da in diesen Fällen für die zurückliegende Zeit wegen fehlender Fälligkeit ein Lohnabzug nach § 28g SGB IV unterblieben ist, ist der Abzug der Arbeitnehmeranteile durch den Arbeitgeber nicht auf die letzten drei Monate begrenzt.

### 3.7.5 Aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage

Widerspruch und Klage gegen Statusentscheidungen haben abweichend von § 86a SGG aufschiebende Wirkung (§ 7a Abs. 6 S. 1 SGB IV). Soweit Statusentscheidungen der Deutschen Rentenversicherung Bund im Rahmen von § 7a SGB IV durch Widerspruch oder Klage angefochten sind, geht demnach von ihnen (vorerst) keine Rechtswirkung aus.

Folge ist, dass der Arbeitgeber zunächst keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge hinsichtlich der festgestellten Beschäftigung zu zahlen und der Einzugsstelle keine Meldung zu erstatten hat. Andererseits haben die Sozialversicherungsträger vorerst keine Leistungspflicht aus der festgestellten Beschäftigung.

Die aufschiebende Wirkung führt weiterhin zu einer Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung (§ 25 Abs. 2 S. 1 SGB IV in Verbindung mit § 204 BGB).

### Mündliche Anhörung im Widerspruchsverfahren

---

Im Widerspruchsverfahren und wenn der Widerspruch zuvor bereits schriftlich begründet wurde, haben die Beteiligten probeweise seit 01. April 2022 bis zum 30. Juni 2027 das Recht, eine mündliche Anhörung zu beantragen. Sie soll gemeinsam mit den anderen Beteiligten erfolgen, damit die entscheidungserheblichen Tatsachen in einem Dialog gemeinsam herausgearbeitet werden können; eine Pflicht zur Teilnahme ergibt sich für die Beteiligten durch die Vorschrift nicht. Die Einführung einer mündlichen Anhörung soll die Akzeptanz bei den Beteiligten steigern.

---

## 3.8 Folgen einer Scheinselbstständigkeit

### 3.8.1 Schuld des Gesamtsozialversicherungsbeitrags

Wird die Tätigkeit als versicherungspflichtige Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn qualifiziert, so schuldet der Arbeitgeber den Sozialversicherungsträgern den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nach § 28e SGB IV. Bei der Berechnung ist zunächst von einer sog. „Bruttolohnvereinbarung“ auszugehen.

Nach § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV ist von einer sog. „Nettolohnvereinbarung“ nur bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen auszugehen; dazu bedarf es mit Blick auf die Verletzung von Arbeitgeberpflichten zumindest eines bedingten Vorsatzes (die Nichtzahlung von Beiträgen muss zumindest billigend in Kauf genommen worden sein, das heißt, der Arbeitgeber hätte wissen müssen, dass Beiträge zu zahlen waren bzw. sein Nichtwissen resultierte aus der unterbliebenen Einholung von Auskünften oder Entscheidungen bei den Einzugsstellen bzw. den Trägern der Rentenversicherung).

Ansprüche auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag verjähren in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind, § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Bei Vorsatz beträgt die Verjährungsfrist 30 Jahre, § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV.

Ein Rückgriff auf den Arbeitnehmer ist nur begrenzt möglich. Der Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbetrag ist ohnehin vom Arbeitgeber zu tragen. Der Arbeitnehmeranteil nach § 28g S. 1 SGB IV ist nur in den Grenzen des § 28g Sätze 2 und 3 SGB IV als Abzug vom Arbeitsentgelt geltend zu machen. Das heißt es gilt eine zweifache Beschränkung

- auf eine Nachholung bei den nächsten drei Entgeltzahlungen nach der jeweiligen Entgeltzahlung ohne Abzug,
- darüber hinaus, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist.

Bei dem Abzugsverfahren hat der Arbeitgeber die Pfändungsgrenzen der §§ 850 ff. ZPO zu beachten (§ 394 S. 1 BGB).

### 3.8.2 Versäumnis bei Meldepflicht

Der Arbeitgeber hat der Einzugsstelle bei Beginn einer versicherungspflichtigen Beschäftigung Meldung zu erstatten, § 28a Abs. 1 SGB IV. Nach § 6 DEÜV ist die Meldung mit der ersten folgenden Lohn- und Gehaltsabrechnung, spätestens innerhalb von sechs Wochen nach ihrem Beginn vorzunehmen.

Wird die Meldung vorsätzlich oder leichtfertig nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet, so droht ein Bußgeld bis zu 25.000,00 Euro (§ 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB IV).

### 3.8.3 Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen

Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, § 266a Abs. 1 StGB. Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber

- der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder

- die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt

und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, § 266a Abs. 2 StGB.

In besonders schweren Fällen beträgt die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, § 266a Abs. 4 StGB.

#### Hinweis

---

Es ist in Zweifelsfällen dringend zu empfehlen, eine Entscheidung der Einzugsstelle nach § 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV bzw. der Deutschen Rentenversicherung Bund nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV einzuholen.

#### Steuerrecht

---

Auch im Bereich des Einkommensteuerrechts wirkt sich eine festgestellte Scheinselbstständigkeit aus.

Schuldner der Lohnsteuer ist der Arbeitnehmer, § 38 Abs. 2 S. 1 EStG. Nach § 38 Abs. 3 S. 1 EStG hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer für Rechnung des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung vom Arbeitslohn einzubehalten. Für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat, haftet der Arbeitgeber nach § 42d Abs. 1 Nr. 1 EStG. Er ist insoweit zusammen mit dem Arbeitnehmer Gesamtschuldner, § 42d Abs. 3 S. 1 EStG, und kann vom Finanzamt zur Zahlung in voller Höhe in Anspruch genommen werden. Es obliegt dann dem Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer in Regress zu gehen.

Hinzukommt, dass im Rahmen der Umsatzsteuer bei festgestellter Scheinselbstständigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 UStG die Unternehmereigenschaft versagt wird.

In Zweifelsfällen sollte unbedingt ein Steuerberater hinzugezogen werden.

---

## 3.9 Beispiele: Bewertung verschiedener Berufsgruppen

### 3.9.1 Ärzte

Ärzte unterliegen in ihren eigentlichen ärztlichen Tätigkeiten keinen Weisungen.

Daher kommt es entscheidend darauf an, inwieweit der Arzt in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist. Diese Eingliederung kann nach ständiger Rechtsprechung des BSG insbesondere bei Diensten höherer Art – wie zweifelsfrei ärztlichen Tätigkeiten – zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess des Arbeitgebers verfeinert sein.

Vor diesem Hintergrund sind die Tätigkeiten von Ärzten zum Beispiel in einem Explantationsteam, als Hubschrauberarzt, als Notarzt oder als Notdienstarzt regelmäßig als Beschäftigungsverhältnis zu qualifizieren. Gemein ist diesen Tätigkeiten, dass die Arbeitsorganisation, an deren Arbeitsprozess der Arzt funktionsgerecht dienend teilnimmt, von Dritten vorgegeben ist. Diese Einschätzung gilt auch in Fällen, in denen ein Arzt eine entsprechende Tätigkeit lediglich als Nebentätigkeit, etwa neben einer freiberuflichen Tätigkeit oder einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, ausübt. Die Ärzte liquidieren dafür nicht nach der Gebührenordnung für Ärzte, weshalb diese Tätigkeiten nicht dem Bereich einer – gegebenenfalls daneben noch ausgeübten – freiberuflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann.

Von der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation ist auch auszugehen, wenn ein Arzt auf der Grundlage eines Honorarvertrages, gegebenenfalls durch Vermittlung eines Dienstleistungsunternehmens, als sog. Honorararzt in einer stationären Einrichtung tätig ist (Urteil des LSG Mecklenburg-Vorpommern vom 23. Januar 2013, AZ: L 7 R 78/11; Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 17. April 2013, AZ: L 5 R 3755/11; Urteile des LSG Niedersachsen-Bremen vom 16. Dezember 2015, AZ: L 2 R 515/14 und AZ: L 2 R 516/14).

### 3.9.2 Diplomanden und Doktoranden

Bestimmte Studien- und Prüfungsordnungen sehen die Anfertigung einer Diplomarbeit vor; dies gilt ebenso im Rahmen von Bachelor- oder Masterstudiengängen. Da Unternehmen oftmals Interesse an den inhaltlichen Ergebnissen derartiger Studienabschlussarbeiten haben, werden den Studenten zur Anfertigung ihrer Arbeit die betrieblichen Einrichtungen zur Verfügung gestellt. Gegenstand einer „Diplomandenvereinbarung“ ist regelmäßig, dass die Studienabschlussarbeit zur weiteren Verwendung dem Unternehmen überlassen wird; unter Umständen werden auch Vergütungen beziehungsweise Honorare gezahlt.

Personen, die sich allein zur Erstellung der für den Studienabschluss erforderlichen Arbeit in einen Betrieb begeben und in dieser Zeit neben der Studienabschlussarbeit keine für den Betrieb verwertbare Arbeitsleistung erbringen, gehören nicht zu den abhängig Beschäftigten; Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherungspflicht kommt deshalb für sie nicht in Betracht.

### 3.9.3 IT-Spezialist/EDV-Berater

Durch die Installierung und den Betrieb von EDV-Anlagen in Wirtschaftsunternehmen sowie häuslichen Arbeitsbereichen nimmt auch der Bedarf an Fachpersonal zu, das diese Anlagen wartet und pflegt und gegebenenfalls eine fachliche Beratung bei technischer Erweiterung übernimmt. Die Aufgaben werden von sogenannten EDV-Beratern wahrgenommen. Ob die EDV-Berater selbstständig tätig oder abhängig beschäftigt sind, richtet sich danach, in welchem Maße sie in die Unternehmensstrukturen eingebunden sind und einem direkten Weisungsrecht unterliegen. Ist die Ausgestaltung ihrer Arbeitsleistung nach Art, Umfang und Möglichkeiten, am Markt unternehmerische Chancen wahrzunehmen, begrenzt, so liegt in der Regel ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor.

Im Bereich der Informationstechnologie (IT) existiert eine Vielzahl von Dienstleistungsunternehmen, die als Werkunternehmer IT-Projekte für unterschiedlichste Wirtschaftsunternehmen durchführen. Von diesen werden auch Personen als freie Mitarbeiter eingesetzt.

Bei derartigen „Dreiecksverhältnissen“, bei denen ein Beteiligter selbst seine Dienstleistungen im Rahmen eines zwischen seinem Auftraggeber und einem Dritten abgeschlossenen Vertrages erbringt, hat sich als gewichtiges Indiz erwiesen, ob der Beteiligte im Rahmen eines bestehenden Werkvertrages Teilleistungen erbringt, die vertraglich soweit präzisiert sind, dass auf dieser Grundlage die Dienstleistung ohne weitere Weisungen in eigener Verantwortung erbracht werden kann, oder ob die vereinbarten Tätigkeiten ihrerseits vertraglich nicht als Werk klar abgegrenzt beziehungsweise abgrenzbar sind.

Nach den vom BAG zum Recht der Arbeitnehmerüberlassung erarbeiteten Grundsätzen liegt eine Tätigkeit als Arbeitnehmer vor, wenn die geschuldete Leistung derart unbestimmt ist, dass sie erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird. Dieser Gesichtspunkt ist nach berufungsinstanzlicher Rechtsprechung auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Statusbestimmung bedeutsam (Urteile des LSG Baden-Württemberg vom 14. Februar 2012, AZ: L 11 KR 3007/11, und LSG Baden-Württemberg vom 30. Juli 2014, AZ: L 5 R 1944/13).

### 3.9.4 Freie Berufe und freie Mitarbeiter

Zu den freien Berufen gehören wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erziehende Tätigkeiten.

Zu den Angehörigen der freien Berufe zählen

- Ärzte (vergleiche auch den gleichnamigen Abschnitt), Zahnärzte, Dentisten, Tierärzte,
- Heilpraktiker, Physiotherapeuten/Krankengymnasten, Ergotherapeuten,
- Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte,
- Architekten, Ingenieure, Vermessungsingenieure, Handelschemiker,
- Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, beratende Volks- oder Betriebswirte,

- vereidigte Buchprüfer (vereidigte Bücherrevisoren), Finanzbuchhalter (vergleiche hierzu Urteile des BSG vom 22. Juni 1966, AZ: 3 RK 103/63, und BSG vom 01. April 1971, AZ: 2 RU 48/68),
- Journalisten, Bildberichterstatler, Dolmetscher, Übersetzer,
- Gutachter, Makler, Lotsen, Programmierer und ähnliche Berufe wie Beratungsstellenleiter von Lohnsteuerhilfvereinen.

Allein die Zugehörigkeit zu den freien Berufen reicht aber nicht aus, um bei diesem Personenkreis Selbstständigkeit zu erkennen. Maßgeblich ist die im Einzelfall vorzunehmende Gesamtbetrachtung, bei der festzustellen ist, ob der Einzelne in das Unternehmen des Auftraggebers eingegliedert und dadurch Arbeitnehmer ist.

Die Bezeichnung freier Mitarbeiter sagt noch nichts über den sozialversicherungsrechtlichen Status aus und stellt für sich kein Kriterium für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit dar. Die Beurteilung ist im Wege der Gesamtbetrachtung nach den allgemeinen Kriterien vorzunehmen.

### 3.9.5 Handelsvertreter § 84 HGB

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben Grundsätze zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Handelsvertretern erarbeitet und als Anlage 2 i. d. F. vom 08. November 2017 zum [Gemeinsamen Rundschreiben dieses Gremiums zur Statusfeststellung Erwerbstätiger vom 21. März 2019](#) veröffentlicht.

### 3.9.6 Stipendiat

Zur Förderung ihrer wissenschaftlichen und künstlerischen Aus- oder Weiterbildung können Personen ein Stipendium erhalten. Der Bezug des Stipendiums für sich begründet regelmäßig kein abhängiges und demzufolge versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Stipendium zur Bestreitung des Lebensunterhalts des Empfängers oder für den durch die Aus- oder Fortbildung verursachten Aufwand bestimmt ist.

Voraussetzung ist jedoch, dass ein solches Stipendium uneigennützig gegeben wird, der Empfänger sich also nicht zu einer unmittelbaren Arbeitnehmertätigkeit verpflichten muss.

### 3.9.7 Telearbeit

Als Telearbeit definiert die arbeitsrechtliche Literatur eine auf multimediale programmgesteuerte Arbeitsmittel gestützte Tätigkeit an einem Arbeitsplatz, der vom Arbeit- bzw. Auftraggeber räumlich getrennt, aber mit ihm durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden ist.

Telearbeit wird im besonderen Maße in der Texterfassung bei der Erstellung von Programmen, in der Buchhaltung und in der externen Sachbearbeitung eingesetzt. In der Praxis gibt es mehrere Organisationsformen der Telearbeit. Sie kann durch Mitarbeiter zu Hause oder an einem von ihnen ausgewählten Ort ausgeübt werden. Verbreitet ist beispielsweise das Erfassen von Texten im Auftrag von Verlagen im heimischen Umfeld, wobei die Mitarbeiter keinen Arbeitsplatz mehr im Unternehmen haben.

Die Telearbeit ist auch im Bereich des modernen Außendienstes gebräuchlich (vergleiche dazu Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 26. Juni 2012, AZ: L 11 KR 2770/10). Dabei sind Mitarbeiter durch einen Online-Anschluss mit dem Unternehmen verbunden, um Geschäftsvorfälle (Aufträge, Rechnungen) an das Unternehmen weiterzuleiten. Vielfach handelt es sich hierbei lediglich um einen ausgelagerten Arbeitsplatz. In diesen Fällen ist von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, weil es nicht rechtserheblich ist, wo der Beschäftigte seine Tätigkeit verrichtet (BSG vom 27. September 1972, AZ: 12 RK 11/72).

Die Beurteilung der Frage, ob die Telearbeit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt, richtet sich im Übrigen danach, inwieweit die Mitarbeiter in die Betriebsorganisation der Unternehmen eingegliedert sind. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt trotz räumlicher Abkoppelung dann vor, wenn eine feste tägliche Arbeitszeit – auch in einem Zeitkorridor – vorgegeben ist, seitens des Auftraggebers Rufbereitschaft angeordnet werden kann und die Arbeit von dem Mitarbeiter persönlich erbracht werden muss. Dies gilt auch dann, wenn die Telearbeit als Teilzeitarbeit konzipiert ist.

### 3.10 Ansprechpartner DRV

Das Team der [Clearingstelle](#) besteht aus Rentenberatern und Rechtsanwälten und berät kostenfrei und unverbindlich – telefonisch unter 0800 1 622 622.

#### [Kontakt DRV Bayern Süd für unsere Arbeitgeber](#)

---

Gerne können Sie sich als Arbeitgeber auch an unseren Kontakt aus der DRV Bayern Süd wenden:

Josef Weinzierl (Sozialpolitischer Referent im Bereich Grundsatz und Service der Abteilung), Rentenversicherung, Tel. 0871 81-2151, E-Mail: [josef.weinzierl@drv-bayernsued.de](mailto:josef.weinzierl@drv-bayernsued.de)

---

## 4 Hinweise zur Zeitarbeit

### Überblick

Über die kurze Darstellung im Folgenden hinaus finden Sie detaillierte Informationen in unserer [Info Recht Broschüre „Einsatz von Zeitarbeitskräften – Der Rechtsrahmen“](#).

#### 4.1 Änderungen durch die Reform 2017

Die Arbeitnehmerüberlassung wird im AÜG umfassend und weitgehend abschließend geregelt. Durch die letzte AÜG-Reform im Jahr 2017 wurden die Regelungen verschärft und die Anforderungen an eine Arbeitnehmerüberlassung teils erheblich erhöht. Seitdem muss unter anderem besonders beachtet werden,

- dass Verleiher und Entleiher die Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich als solche im Überlassungsvertrag zu bezeichnen haben, bevor sie den Leiharbeitnehmer tätig werden lassen (Bezeichnungspflicht in § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG);
- dass vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Vertrag konkretisiert werden muss (Konkretisierungspflicht in § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG);
- dass für die Überlassung zudem eine gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nach § 1 Abs. 1b AÜG gilt und von dieser nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen durch Tarifvertrag oder darauf basierend in einer Betriebsvereinbarung abgewichen werden kann;
- dass direkt zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis bestehen muss, ein sog. Kettenverleih nun gesetzlich untersagt ist;
- dass trotz Anwendung eines Entgelttarifvertrages der Zeitarbeitsbranche grundsätzlich gemäß § 8 AÜG nach neun Monaten der sog. Equal Pay Grundsatz gilt und davon nur durch Branchenzuschlagstarifverträge unter bestimmten Voraussetzungen zeitlich unbegrenzt abgewichen werden kann.

#### 4.2 Erlaubnis des Verleihers

Durch die AÜG-Reform 2017 wurden die Voraussetzungen für die Arbeitnehmerüberlassung erhöht und die Sanktionen ausgeweitet. Die Einhaltung der folgenden Voraussetzungen für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung sollte daher stets sorgfältig und fortlaufend überprüft werden. Wichtige Voraussetzungen zur Erlangung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis sind in §§ 2, 2a und 3 AÜG geregelt.

#### 4.2.1 Erlaubnispflicht

Nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Zeitarbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, einer Erlaubnis. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verleiher Erwerbszwecke verfolgt.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vor, wenn Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen. Dies hat zur Folge, dass auch Verleiher, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen (z. B. karitative Unternehmen) sowie konzerninterne Verleiher, die Arbeitnehmer zum Selbstkostenpreis überlassen – also ohne Gewinnerzielungsabsicht ausschließlich ihre Kosten konzernintern in Rechnung stellen – vom AÜG grundsätzlich erfasst werden.

Die Erlaubnis muss vor dem ersten Verleih vorliegen. Sie ist bei den Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen.

#### 4.2.2 Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AÜG und der Erlaubnispflicht

Bestimmte Fallgestaltungen werden von der Erlaubnispflicht sowie von anderen Vorschriften des AÜG ganz oder teilweise ausgenommen.

##### **§1 Abs. 1a AÜG – Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE)/Kollegienhilfe**

So liegt nach § 1 Abs. 1a AÜG keine Zeitarbeit vor, wenn

- die Abordnung zu einer zur Herstellung eines Werks gebildeten Arbeitsgemeinschaft erfolgt (ARGE),
- der Arbeitgeber Mitglied dieser Arbeitsgemeinschaft ist,
- für alle Mitglieder die Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und
- alle Mitglieder zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind.

Die Ausnahme greift ferner dann nicht, wenn ein Mitglied keine Vertragsleistungen zur Arbeitsgemeinschaft erbringt. Die Verpflichtung zur selbstständigen Erbringung von Werkvertragsleistungen muss daher tatsächlich erfüllt werden. Die vertragliche Verpflichtung gegenüber der Arbeitsgemeinschaft darf sich daher nicht allein in dem Überlassen von Arbeitnehmern erschöpfen, es muss darüber hinaus vielmehr das Erbringen eines Teiles des der Arbeitsgemeinschaft obliegenden Werkes geschuldet werden.<sup>242</sup> Eine alleinige Personalgestellung durch einen Gesellschafter der ARGE wird von der Erlaubnisfreiheit nach § 1 Abs. 1a Satz 1 AÜG somit nicht erfasst.

Für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft müssen Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten. Damit soll ausgeschlossen werden, dass Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf den Verleih von Arbeitnehmern beschränkt, als Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft

die Bestimmungen des AÜG umgehen können, denn Verleihunternehmen gehören einem besonderen Wirtschaftszweig an. Unter Wirtschaftszweig ist entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch ein entsprechend großer Teilbereich der Gesamtwirtschaft wie z. B. das Baugewerbe, die Chemische Industrie oder die Metallindustrie gemeint. Maßgeblich soll dabei die Zuständigkeit der nach dem Industrieverbandsystem des DGB organisierten Einzelgewerkschaften bzw. der einzelnen Arbeitgeberverbände sein.

Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes enthält § 1 Abs. 1a AÜG eine Besonderheit. Für diesen Arbeitgeber ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Zeitarbeit, wenn für ihn die deutschen Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a AÜG erfüllt. Für die Zugehörigkeit zum selben Wirtschaftszweig kommt es nicht darauf an, in welchem Wirtschaftszweig sich der ausländische Betrieb im Inland betätigt, sondern darauf, zu welchem Wirtschaftszweig er nach seiner Gesamttätigkeit im Europäischen Wirtschaftsraum gehört.

### **Ausnahmen nach § 1 Abs. 3 AÜG**

Darüber hinaus findet nach § 1 Abs. 3 AÜG das Gesetz mit Ausnahme für das Baugewerbe und für die Vorschriften zu Ordnungswidrigkeiten, zur Durchführung und zur Zusammenarbeit von Behörden keine Anwendung

- bei Zeitarbeit zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,
- zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 Aktiengesetz, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
- zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
- zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und auf Grund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird,
- zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden, oder
- in das Ausland, wenn der Zeitarbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.

### 4.3 Rechtsfolge bei Verstoß gegen Voraussetzungen für eine rechtmäßige Zeitarbeit

Im Falle von Zeitarbeit ohne Erlaubnis oder einer unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung drohen sowohl dem Verleiher als auch dem Entleiher gravierende Konsequenzen.

Einleitend lässt sich zusammenfassen, dass sich die Rechtsfolgen, unabhängig davon welche Voraussetzung nicht eingehalten wird, in folgende Kategorien einordnen lassen:

- Die grundsätzliche Rechtsfolge der Fiktion eines vollwertigen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und Leiharbeitnehmer aufgrund der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer.
- Als Ausnahme die Möglichkeit der Abgabe einer sog. Festhaltungserklärung durch den Leiharbeitnehmer, um trotz eigentlicher Unwirksamkeit des Vertrages in bestimmten Fällen weiterhin an diesem festhalten zu können.
- Unwirksamkeit einer bestimmten Vereinbarung, ohne dass dies zu einem fingierten Arbeitsverhältnis führt.
- Anderweitige Auswirkungen und Sanktionen wie beispielsweise Geldbußen.

#### 4.3.1 Grundsatz: Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzunternehmen

Im Falle von Zeitarbeit ohne erforderliche Erlaubnis wird der Zeitarbeitnehmer automatisch und rückwirkend mit allen rechtlichen Konsequenzen Arbeitnehmer des Entleihers, § 10 Abs. 1 AÜG. Hiervon erfasst sind auch die Fälle illegaler Zeitarbeit in Form von Scheinwerk- und -dienstverträgen.

Der Arbeitsvertrag des Zeitarbeitnehmers mit dem Verleiher ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG unwirksam, ebenso der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher. Die Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn der Verleiher seine Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Zeitarbeitnehmer korrekt erfüllt. Eine nachträgliche Erteilung der Erlaubnis hat keinen Einfluss auf das zuvor kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Irrelevant ist auch der Wille bzw. die Kenntnis der Beteiligten, d. h. die Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG tritt selbst dann ein, wenn die Beteiligten der Auffassung sind, es handle sich um einen Werk- oder Dienstvertrag und nicht um unerlaubte Zeitarbeit.

#### Praxishinweis

---

Zur Vermeidung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung empfiehlt es sich, vom Verleiher den Nachweis der Erlaubnis durch Vorlage der Originalurkunde oder Aushändigung einer beglaubigten Kopie zu verlangen. In Zweifelsfällen – etwa bei Vorlage nur einer unbeglaubigten Kopie – sollte bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit nachgefragt werden.

[Hinweise zur Zeitarbeit](#)

In jedem Fall muss der Verleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausdrücklich bestätigen, dass er die Erlaubnis besitzt (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Er hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten (§ 12 Abs. 2 AÜG).

Verfügt der Verleiher nur über eine befristete Erlaubnis und sollen nach Ablauf der Frist erneut Arbeitnehmer von ihm entliehen werden, muss darauf geachtet werden, dass er zuvor die Verlängerung der Erlaubnis nachweist. Für im Zeitpunkt des Erlöschens der Erlaubnis bereits abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt die Erlaubnis während einer Dauer von 12 Monaten als fortbestehend, wenn der Antrag auf Verlängerung abgelehnt wurde (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG). Kein oder ein verspäteter Verlängerungsantrag ist wie ein Neuantrag zu behandeln, sodass im Falle der Verspätung die zwölfmonatige Abwicklungsfrist des § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG keine Anwendung findet.

---

Bei einem nachträglichen Wegfall der Erlaubnis während des bereits laufenden Einsatzes beim Entleiher beginnt das fingierte Arbeitsverhältnis unmittelbar mit dem Eintritt der Unwirksamkeit der Verträge gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG.<sup>195</sup> Fehlt dem Verleiher die erforderliche Erlaubnis aufgrund einer Rücknahme oder eines Widerrufs, bleiben sowohl der Leiharbeitsvertrag als auch der Überlassungsvertrag bis zum Ende der maximal zwölfmonatigen Abwicklungsfrist wirksam (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 5 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG). Erfolgt innerhalb dieser Frist weder eine Beendigung der Arbeitnehmerüberlassung noch der Erwerb einer neuen Verleiherlaubnis, tritt die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses erst mit Ablauf dieser Abwicklungsfrist ein.

Eine nachträgliche Erteilung der Erlaubnis hat keinen Einfluss auf die Unwirksamkeit und das kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnis zum Entleiher.

#### [Hinweis ausländischer Zeitarbeitnehmer und Verleiher](#)

---

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat jedoch entschieden, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Kundenunternehmen und einem Zeitarbeitnehmer nicht fingiert wird, wenn ein ausländischer Personaldienstleister seinen Zeitarbeitnehmer ohne Erlaubnis einem inländischen Kunden überlässt und der Arbeitsvertrag ausländischem Recht untersteht (BAG, Urteil vom 26. April 2022, Az.: 9 AZR 228/21).

Grundsätzlich benötigen zwar auch ausländische Personaldienstleister eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Ein Verstoß hiergegen führt aber nicht zu einem fingierten Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmer und (inländischem) Kundenunternehmen, wenn der Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht geschlossen wurde. Denn für ein fingiertes Arbeitsverhältnis müsse der Arbeitsvertrag zwischen dem Zeitarbeitnehmer und dem ausländischen Personaldienstleister unwirksam sein. Für einen nach ausländischem Recht geschlossenen Arbeitsvertrag ordnet das deutsche AÜG diese Rechtsfolge aber nicht an.

---

Allerdings kann der Zeitarbeitnehmer gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklären, dass er an seinem Vertrag mit dem Verleiher festhält und somit ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher verhindern (§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1b und Abs. 2 AÜG). Dazu muss er binnen eines Monats nach dem „für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt“ gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Entleiher schriftlich erklären, dass er an seinem bisherigen Arbeitsverhältnis zum Zeitarbeitsunternehmen festhält (Festhaltungserklärung). Ein im Voraus erklärte Festhaltungserklärung, etwa in einer arbeitsvertraglichen Klausel oder einer schriftlichen Erklärung des Zeitarbeitnehmers, ist unwirksam, § 9 Abs. 3 AÜG.

Tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher auf, beispielsweise weil dem Verleiher die Überlassungserlaubnis nachträglich entzogen wird, so beginnt die Frist für den Widerspruch des Zeitarbeitnehmers mit Eintritt der Unwirksamkeit.

Die Festhaltungserklärung ist nur wirksam, wenn folgende Formalitäten eingehalten werden (§ 9 Abs. 2 AÜG):

- Der Zeitarbeitnehmer muss diese vor ihrer Abgabe persönlich in einer Agentur für Arbeit vorlegen,
- die Agentur für Arbeit muss die Erklärung mit dem Vorlage-Datum und dem Hinweis versehen, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat und
- die Erklärung muss spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Ver- oder Entleiher zugehen.

Damit soll verhindert werden, dass Festhaltungserklärungen auf Vorrat abgegeben werden.

Eine erneute Festhaltungserklärung ist unwirksam.

#### Hinweis

---

Die Festhaltungserklärung muss dem Verleiher oder Entleiher innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist zugehen. Andernfalls ist sie unwirksam.

---

### 4.3.2 Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Das fingierte Arbeitsverhältnis beim Entleiher läuft grundsätzlich unbefristet. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wonach ein befristetes Arbeitsverhältnis nur dann fingiert wird, wenn auch der vorherige Einsatz befristet vorgesehen war und ein die Befristung sachlich rechtfertigender Grund vorlag. Zwar werden die Einsätze der Leiharbeitnehmer wegen der gesetzlichen oder tariflichen Überlassungshöchstdauer immer befristet vorgesehen sein. Maßgeblich ist allerdings, ob neben diesem Umstand zusätzlich ein Sachgrund vorlag. Die Prüfung des Sachgrundes knüpft dabei an die Tatbestände des § 14 Abs. 1 TzBfG an. Die Überlassungshöchstdauer als solche ist hierbei als Sachgrund nicht ausreichend.

## Hinweis

---

Da ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher rückwirkend fingiert wird, ist häufig die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) abgelaufen, so dass eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein muss.

Ist die Wartezeit noch nicht abgelaufen, besteht kein allgemeiner Kündigungsschutz, so dass eine Kündigung grundsätzlich möglich ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist eine etwaige Einsatzzeit als Leiharbeitnehmer dabei grundsätzlich irrelevant für die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG. Lediglich beim Vorliegen besonderer Umstände oder Vereinbarungen kann ausnahmsweise eine Anrechnung der Einsatzzeit als Leiharbeitnehmer auf die Wartezeit erfolgen.<sup>203</sup> Unklar ist allerdings, ob eine Kündigung in der Wartezeit nach § 612a BGB als unzulässige Maßregelung bewertet werden könnte.<sup>204</sup> Von einer Kündigung in unmittelbarer Nähe zur Aufforderung des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher, das fingierte Arbeitsverhältnis anzuerkennen, ist daher eher abzuraten, auch wenn die Frage bis-lang – soweit ersichtlich – noch nicht geklärt ist.

Aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit kommt ein Aufhebungsvertrag in Betracht, wenn auch der Zeitarbeitnehmer kein Interesse an einem Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzbetrieb hat.

---

### 4.3.3 Arbeitsbedingungen

Der Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses, insbesondere die Höhe des Arbeitsentgelts, richtet sich nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (§ 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG) richten. Der Arbeitnehmer hat hierbei mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt (§ 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG).

Dabei ist der Begriff des Arbeitsentgelts weit zu verstehen. Darunter fallen Entgelt, Urlaubsgeld, Provision und Auslösung sowie Sachleistungen.

Die für den Entleiherbetrieb geltenden tariflichen Entgeltregelungen sind anzuwenden, wenn Leiharbeitnehmer und Entleiher tarifgebunden sind (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Ohne tarifvertragliche Regelung bemisst sich das Gehalt nach dem, was ein Stammarbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit im Betrieb erhält, ansonsten nach dem Arbeitsentgelt von Stammarbeitnehmern in vergleichbaren Betrieben. Ist in dem Entleiherbetrieb die Anwendung der tariflichen Arbeitsbedingungen über eine sog. Bezugnahmeklausel üblich, so ist die tarifliche Vergütung auch ohne beiderseitige Tarifbindung maßgeblich.

Ebenso kommen alle jeweils einschlägigen Betriebsvereinbarungen zur Anwendung und etwaige Ansprüche aufgrund betrieblicher Übung im Entleiherbetrieb bestehen ebenfalls.

## Hinweis

---

In der Regel geht es um Entgeltdifferenzansprüche, da der Verleiher dem Zeitarbeitnehmer bereits ein Entgelt ausgezahlt hat. Rückwirkend muss ggf. eine Differenz zwischen dem bereits durch den Verleiher gezahlten Entgelt und dem tatsächlich einem Stammarbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit zustehenden Entgelt bezahlt werden.

---

### 4.3.4 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

In Fällen der erlaubten Zeitarbeit haftet der Entleiher neben dem Verleiher gesamtschuldnerisch für die Sozialversicherungsbeiträge, § 28e Abs. 2 Sätze 3 und 4 Viertes Buch Sozialgesetzbuch – SGB IV.

Bei illegaler Zeitarbeit ist der Entleiher der Arbeitgeber. Mit dem Zustandekommen des Arbeitsvertrages zwischen Entleiher und Zeitarbeitnehmer entsteht ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV. Damit ist der Entleiher zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verpflichtet, § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV. Aus § 10 Abs. 3 S. 2 AÜG ergibt sich eine gesamtschuldnerische Haftung von Entleiher und Verleiher für die vereinbarte Vergütung, wenn der Verleiher das Entgelt zahlt. Der Entleiher haftet im Übrigen auch für die Umlage zur Unfallversicherung.

Macht der Zeitarbeitnehmer von dem Instrument der Festhaltungserklärung Gebrauch, führt diese sozialversicherungsrechtlich nicht zum Wegfall der gesamtschuldnerischen Haftung von Verleiher und Entleiher für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge (§ 9 Abs. 2 AÜG i. V. m. § 28e Abs. 2 S. 4 SGB IV).

### 4.3.5 Haftung für Lohnsteuer

Grundsätzlich haftet der Entleiher ersatzweise neben dem Verleiher für rückständige Lohnsteuer der Zeitarbeitnehmer (§ 42d Abs. 6 Einkommensteuergesetz – EStG). Es handelt sich um eine nachrangige Ausfallhaftung. Der Entleiher kann erst dann in Anspruch genommen werden, wenn die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Verleihers fehlgeschlagen ist oder keinen Erfolg verspricht.

## Ausnahmen

---

- Gemäß § 42d Abs. 6 S. 2 EStG haftet der Entleiher nicht, wenn der inländische Verleiher eine Erlaubnis zur Zeitarbeit hat.
- Bei einem Entleih von ausländischen Verleihern können zusätzlich für den Entleiher gem. § 42d Abs. 6 S. 2 EStG Mitwirkungspflichten nach § 51 Abs. 1 Nr. 2d EStG entstehen, die allerdings den Abschluss von Doppelbesteuerungsabkommen voraussetzen.

Soweit das bisher nicht geschehen ist, genügt zum Wegfall der Lohnsteuerhaftung, wenn der ausländische Verleiher im Besitz einer inländischen Verleiherlaubnis ist.

- Die Haftung auf Zahlung der rückständigen Lohnsteuer entfällt, wenn der Entleiher über das Vorliegen von Zeitarbeit ohne Verschulden irrte (§ 42d Abs. 6 S. 3 EStG). Allerdings werden an das Fehlen des Verschuldens hohe Anforderungen gestellt, so dass diese Befreiungsmöglichkeit in der Praxis kaum greift.

---

Bei Scheinwerkverträgen und fehlender Überlassungserlaubnis beim Verleiher haftet der Entleiher selbst für die Abführung der Lohnsteuer der dann ihm zuzurechnenden Arbeitnehmer.

#### 4.3.6 Ordnungswidrigkeiten, Straftaten

Im Einsatzunternehmen drohen empfindliche Geldbußen und ggf. auch Strafen, je nachdem gegen welche Tatbestände verstoßen wird. Beispielsweise kann die Geldbuße beim Einsatz eines Leiharbeitnehmers ohne die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bis zu 30.000 Euro betragen.

Entsprechende Regelungen finden sich z. B. im AÜG, im Strafgesetzbuch (insbesondere bei Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) oder bei Zusammenarbeit mit ausländischen Unternehmen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

Diese Sanktionen drohen sowohl den unmittelbar Verantwortlichen im Entleihbetrieb als auch dem Betriebsinhaber, den Mitgliedern des Vorstandes oder der Geschäftsführung, den vertretungsberechtigten Gesellschaftern (einer Personengesellschaft) oder sonstigen für den Personaleinsatz verantwortlichen Führungskräften, wenn ihnen eine Verletzung der Aufsichtspflicht vorgeworfen werden kann.

Zudem wird der von dem Unternehmen durch die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung erlangte Vermögensvorteil durch eine Geldbuße abgeschöpft, was teilweise aufgrund drastischer Schätzungen geschieht und daher zu empfindlichen wirtschaftlichen Einbußen führen kann.

Außerdem erfolgt eine Eintragung in das Gewerbezentralregister. Eine solche Eintragung kann zur Folge haben, dass die Firma keine öffentlichen Aufträge mehr erhält.

Unter Umständen kann der Tatbestand des § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) verwirklicht sein, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht. Nach § 266a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorsätzlich vorenthält. Nach § 266a Abs. 2 StGB wird der Arbeitgeber ebenso bestraft, wenn er der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen vorsätzlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Nr. 1) oder die zuständige Stelle

pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt (Nr. 2). Auch eine straf-rechtliche Sanktion wegen eines Verstoßes gegen §§ 370, 380 AO kann in diesem Fall einschlägig sein.

## Hinweis

---

Zur Vermeidung bestimmter Risiken empfiehlt es sich, vom Vertragsunternehmen (vorsorglich) den Nachweis einer Überlassungserlaubnis durch Vorlage der Originalurkunde oder Aushändigung einer beglaubigten Kopie zu verlangen. In Zweifelsfällen sollte bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit nachgefragt werden. Bei geplanter Zeitarbeit muss der Verleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausdrücklich bestätigen, dass er die Erlaubnis besitzt, § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG. Er hat den Entleiher ggf. unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten, § 12 Abs. 2 AÜG.

Verfügt der Verleiher nur über eine befristete Erlaubnis und sollen nach Ablauf der Frist erneut Arbeitnehmer von ihm entliehen werden, muss darauf geachtet werden, dass er zuvor die Verlängerung der Erlaubnis nachweist. Für im Zeitpunkt des Erlöschens der Erlaubnis bereits abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt die Erlaubnis während einer Dauer von zwölf Monaten als fortbestehend, § 2 Abs. 4 S. 4 AÜG.

---

## 4.4 Betriebliche Mitbestimmung im Einsatzbetrieb

Vor dem Einsatz eines Zeitarbeitnehmers ist der Betriebsrat nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu beteiligen. Dies auf Grund des § 14 Abs. 3 AÜG sogar unabhängig von der Anzahl der Beschäftigten im Entleihbetrieb.

Im Weiteren greifen z. B. Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG.

Grundsätzlich erhalten Zeitarbeitnehmer auch im Einsatzbetrieb bestimmte betriebsverfassungsrechtliche Rechte, da sie in den Betrieb eingegliedert sind. So sind sie beispielsweise nach § 14 Abs. 2 S. 2 AÜG berechtigt, die Sprechstunden der Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an Betriebsversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen. Sie gelten aber nicht uneingeschränkt als Betriebsangehörige des Einsatzbetriebs.

Mit der Neuregelung des AÜG wird ab 01. April 2017 in § 14 Abs. 2 S. 5 AÜG klargestellt, dass Zeitarbeitnehmer künftig mit Ausnahme des § 112a BetrVG bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten auch im Entleiherbetrieb mitzuzählen sind. Sehen also Vorschriften des BetrVG und der Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern vor, umfassen sie grundsätzlich auch die Zeitarbeitnehmer.

## 4.5 Grenzüberschreitende Zeitarbeit

Das AÜG folgt dem Territorialitätsprinzip und gilt nur für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die Erlaubnis ist, soweit keine der oben genannten Ausnahmen vorliegt, damit auch dann erforderlich, wenn Arbeitnehmer ins Ausland oder aus dem Ausland an einen Entleiher im Inland verliehen werden.

Keine Erlaubnis der deutschen Behörden ist bei einem reinen Auslandssachverhalt erforderlich, also wenn ein ausländischer Verleiher ausländische Arbeitnehmer an ein deutsches Unternehmen mit Sitz im Ausland überlässt.

### Hinweis

---

Ausländische Verleiher, die Arbeitnehmer an Unternehmen in Deutschland verleihen wollen, bedürfen neben einer ggf. erforderlichen Erlaubnis ihres Heimatstaates auch der Erlaubnis der deutschen Arbeitsverwaltung. Ist die Überlassung aus Deutschland heraus ins Ausland geplant, müssen eventuelle Beschränkungen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Zeitarbeit im Einsatzstaat berücksichtigt werden.

---

Im Übrigen ist beim Einsatz ausländischer Zeitarbeitnehmer in Deutschland das deutsche Ausländerrecht zu beachten.

### Hinweis

---

Entleiher, die ausländische Zeitarbeitnehmer ohne erforderliche Genehmigung einsetzen, drohen hohe Geldbußen, in besonderen Fällen auch Freiheits- oder Geldstrafe. Zudem haftet der Entleiher für die Kosten der Ab- oder Zurückschiebung des Ausländers, wenn der Verleiher nicht eine erforderliche Überlassungserlaubnis besitzt.

---

Vom Verleiher muss deshalb Auskunft über die Staatsangehörigkeit der Zeitarbeitnehmer und ggf. der Nachweis der Genehmigung nach deutschem Ausländerrecht oder der Nachweis der Voraussetzungen für die Befreiung von der Genehmigungspflicht gefordert werden.

## 4.6 Verleih innerhalb EU/EWR: Keine Fiktion des Arbeitsverhältnisses bei Unwirksamkeit

Ein in einem EU-Mitgliedstaat ansässiger Verleiher bedarf einer Erlaubnis, wenn er Leiharbeitnehmer an einen Entleiher in Deutschland überlässt. Diese Erlaubnis wird unter den

gleichen Voraussetzungen erteilt wie bei inländischen Unternehmen (§ 3 Abs. 4 AÜG). Selbiges gilt für die Vertragsstaaten des EWR (Island, Liechtenstein, Norwegen).

Findet das AÜG auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt Anwendung und werden dessen Voraussetzungen durch einen im Ausland ansässigen Verleiher bzw. einen deutschen Entleiher nicht beachtet (z. B. fehlen einer erforderlichen Verleiherlaubnis nach dem AÜG), kommt es – anders als bei nationalen Sachverhalten – nicht zu der Rechtsfolge der Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem (deutschen) Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union unterliegt.

Grund hierfür ist, dass nach zutreffender Auffassung des BAG (BAG Urteile vom 26. April 2022 – 9 AZR 139/21 und 9 AZR 228/21) die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG a. F. auch bei einem Auslandsbezug zwingend voraussetzt, dass der zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer geschlossene Arbeitsvertrag infolge einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung unwirksam ist. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG a. F. sei aber nicht anwendbar, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliege, und gelte auch nicht vorrangig, da es sich bei § 10 Abs. 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. nicht um eine Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 AEntG handelt. Zudem ist § 9 Abs. 1 Nr. AÜG a. F. auch keine international zwingende Regelung i. S. d. Art. 9 Rom-I-VO, die unabhängig von dem geltenden Recht bei internationalen Sachverhalten anzuwenden sind. Daher wird beispielsweise durch die Verletzung der Erlaubnispflicht nach dem AÜG der ausländische Leiharbeitsvertrag nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, wenn dieser ausländischem Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU unterliegt.

#### 4.7 Verleiher aus Drittstaaten

Grundsätzlich ist Verleiher aus sog. Drittstaaten<sup>300</sup> die Erlaubnis zum Verleih von Leiharbeitnehmern zu versagen (§ 3 Abs. 2 AÜG). Allerdings erfolgt eine Gleichstellung zu deutschen Staatsangehörigen und deutschen Gesellschaften bzw. juristischen Personen dann, wenn sich diese aufgrund eines internationalen Abkommens<sup>301</sup> in Deutschland niederlassen und hierbei sowie bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als deutsche natürliche und juristische Personen (§ 3 Abs. 5 AÜG).

## 5 Hinweise zum Einsatz im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen

Auf die richtige Umsetzung kommt es an

### 5.1 Vorgehen bei Abschluss von Werk- und Dienstverträgen

Der Abschluss von Werk- und Dienstverträgen ist selbstverständlicher Bestandteil unternehmerischen Handelns. Der Unternehmer entscheidet, welche Arbeiten er mit eigenen Arbeitnehmern erledigen möchte und für welche Tätigkeiten er sich der Angebote anderer Firmen bedient.

Dabei kann sowohl die aufgrund eines Dienstvertrages geschuldete Dienstleistung als auch das aufgrund eines Werkvertrages zu erstellende Werk im Betrieb des Auftraggebers erbracht bzw. hergestellt werden.

Arbeitsrechtlich unproblematisch sind in der Regel Werkleistungen, die ein Dritter außerhalb des Betriebsgeländes des Auftraggebers erbringt.

In Anspruch genommene Dienstleistungen stehen häufig im Bezug zum Betriebsgelände des Auftraggebers (z. B. Werkschutz).

Soll ein Auftrag vergeben werden, der zum Einsatz von Drittarbeitnehmern auf dem Betriebsgelände des Auftraggebers oder zur Verrichtung von Montage-, Reparatur-, Wartungs- oder sonstigen Arbeiten auf einer auswärtigen Arbeitsstelle des Auftraggebers führt, ist die Abgrenzung insbesondere zur Zeitarbeit besonders sensibel.

Es empfiehlt sich, eine erste Überprüfung anhand der oben dargestellten Abgrenzungskriterien und der im Weiteren folgenden Checkliste. Soweit nicht alle Fragen positiv beantwortet werden können, bedarf es einer eingehenderen Prüfung. Wenden Sie sich ggf. an Ihren zuständigen Verband.

#### Hinweis

---

Bleiben nach Abwägung aller Umstände Bedenken, sollte vom Abschluss eines Werk- bzw. Dienstvertrages Abstand genommen werden; in jedem Fall sollte aber nur dann ein Werk- bzw. Dienstvertrag abgeschlossen werden, wenn die Fremdfirma zur Sicherheit eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt. Eine Alternative wäre, Arbeitskräfte von einem behördlich zugelassenen Verleiher anzufordern.

Aufgrund der Konkretisierungs- und Bezeichnungspflicht bei Zeitarbeit hilft es für alte und neue Werk-/Dienstverträge nicht, wenn die Fremdfirma zur Sicherheit bzw. auf Vorrat eine

gültige Arbeitnehmerüberlassungs-erlaubnis besitzt. Es drohen eine Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb sowie Bußgelder. Eine vorherige Beratung durch Ihren zuständigen Verband wird daher in Zweifelsfällen dringend empfohlen.

---

Ein Werk- bzw. Dienstvertrag muss nicht nur die Merkmale dieser Vertragsart aufweisen, sondern auch tatsächlich nach den vereinbarten Regelungen durchgeführt werden. Widersprechen sich Vertragsinhalt und tatsächliche Durchführung, so ist die tatsächliche Umsetzung maßgebend.

Bei der tatsächlichen Durchführung muss vor allem darauf geachtet werden, dass das arbeitsrechtliche Weisungsrecht nicht von eigenen Mitarbeitern ausgeübt wird.

#### Hinweis

---

Die Schulung der eigenen Mitarbeiter und der Führungskräfte hat eine zentrale Bedeutung. Alle betrieblichen Führungskräfte sollten entsprechende Hinweise erhalten.

---

In der betrieblichen Praxis empfehlen sich folgende Umsetzungsschritte:

#### 5.1.1 Vertragsgestaltung

Alle Formulierungen, die auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeuten könnten, sind bei der Vertragsgestaltung zu unterlassen. Ergibt bereits die Auslegung der ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen, dass das Rechtsverhältnis der kooperierenden Unternehmen als Arbeitnehmerüberlassung ausgestaltet ist, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne dass es auf die praktische Handhabung der Vertragsbeziehung ankommt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Entleiher das ihm übertragene Weisungsrecht gegenüber dem überlassenen Arbeitnehmer in der betrieblichen Praxis tatsächlich ausübt.<sup>413</sup> Etwaige Musterverträge sind dementsprechend zu prüfen und bei Bedarf anzupassen.

#### 5.1.2 Interne Prozesse

Für diese Aufgaben sollten im Unternehmen klare Prozessverantwortlichkeiten geschaffen werden. Die Kompetenzen insbesondere zwischen dem Einkauf, der Personalabteilung und den Fachabteilungen sollte geklärt werden. Die zuständigen Mitarbeiter sollten durch eine entsprechende Nähe zu den betrieblichen Umständen über Kenntnisse zu den jeweiligen Einsatzgebieten und Einsatzaufgaben verfügen. Für einen klaren Ablauf der Entscheidungsprozesse sollten eindeutige Anweisungs- und Entscheidungsbefugnisse festgelegt und kommuniziert werden. Ergänzend sollten dann fortlaufende Kontrollmechanismen für die Prozessverantwortung geschaffen werden.

### 5.1.3 Schulungskonzept

Für eine rechtlich einwandfreie Durchführung der Werk-/Dienstverträge mit Fremdpersonal auf dem Betriebsgelände sind Kenntnisse der Führungskräfte über die rechtlichen Rahmenbedingungen unerlässlich. Es sollten daher der Schulungsbedarf ausgehend vom Umfang solcher Vertragskonstellationen und die notwendigen Schulungsebenen festgelegt werden. Inhaltlich sollten in den Schulungen auf folgende Punkte eingegangen werden:

- Ziel der Schulung benennen (Bewusstsein für die Rechtsrisiken schaffen);
- gesetzliche Grundlagen;
- Voraussetzungen eines rechtskonformen Einsatzes von Werk-/Dienstverträgen;
- Rechtsfolgen für das Unternehmen bei rechtswidriger Handhabung;
- ggf. arbeitsrechtliche Konsequenzen für die Verantwortlichen.

Diese Schulungen sollten regelmäßig wiederholt werden. Interne Ansprechpartner für die Führungskräfte bei Fragen aus dem betrieblichen Alltag zum Umgang mit dem Fremdpersonal sollten etabliert und bekannt gemacht werden. Ein Merkblatt kann den alltäglichen Umgang mit dem Fremdpersonal ebenfalls erleichtern (Muster eines Merkblatts für betriebliche Vorgesetzte, Anlage).

### 5.1.4 Praktische Fehlerquellen vermeiden

Besonders in Bezug auf die Ausübung des Weisungsrechts haben sich für die praktische Umsetzung sog. Repräsentantensysteme oder sog. Ticketsysteme bewährt.

- Bei einem Repräsentantensystem stellt der Werkunternehmer einen „Repräsentanten“ als direkten Ansprechpartner im Einsatzbetrieb zur Verfügung, der ständig anwesend ist und die arbeitsrechtlichen Weisungen gegenüber dem Fremdpersonal erteilt.
- Das Ticket-System ermöglicht es, dass einzelne Arbeitnehmer über eine IT-Plattform Arbeitsaufträge dem Werk-/Dienstleister übermitteln, dieser gibt diese anschließend an seine Arbeitnehmer weiter und übt sein arbeitsrechtliches Weisungsrecht aus.

Dem Fremdpersonal sollten – soweit sinnvoll und umsetzbar – separate Arbeitsräume zur Verfügung gestellt werden. Zudem sollten diesem keine hausinternen E-Mail-Adressen zugewiesen werden oder der Anschluss an das Telefonsystem erfolgen. Ferner sollten sie auf keinen Fall in das hausinterne Arbeitszeiterfassungs-, Fehlzeiten- und Urlaubsmanagement eingebunden werden.

## 5.2 Mitwirkungsrecht des Betriebsrats

Die Tätigkeitsaufnahme von Drittpersonal im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen im Einsatzbetrieb ist grundsätzlich mitbestimmungsfrei.

Betriebsverfassungsrechtlich sind diese Arbeitnehmer ausschließlich dem Betrieb ihres Arbeitgebers zugeordnet. Es bestehen im Einsatzbetrieb jedoch Informations- und Beratungspflichten.

### 5.2.1 § 80 BetrVG

Der Betriebsrat kann verlangen, dass der Arbeitgeber ihn über alle Personen unterrichtet, die in irgendeiner Form im Betrieb beschäftigt sind, auch ohne dass diese betriebsangehörige Arbeitnehmer sind. Die Unterrichtung umfasst gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG „insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen“. Ausgenommen sind hier aber nach der Gesetzesbegründung solche Personen, die nur kurzfristig im Betrieb beschäftigt sind (z. B. der Elektriker, der eine kaputte Lampe im Betrieb reparieren soll). Das ist auch konsequent, da § 80 BetrVG nur in Frage kommt, wenn Beteiligungsrechte des Betriebsrats möglich erscheinen.

§ 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG erfasst jegliches Fremdpersonal, also auch im Betrieb eingesetzte Erfüllungsgehilfen von Werk- und Dienstleistungsunternehmen. Der Betriebsrat soll in eigener Verantwortung prüfen können, ob und inwieweit sich Aufgaben im Sinne des BetrVG ergeben und er zu ihrer Wahrnehmung tätig werden muss.<sup>418</sup> Der Betriebsrat muss jedoch darlegen, dass er die begehrte Auskunft zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben benötigt. § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG dient aber allein der Klarstellung des Personenkreises, auf den sich die Unterrichtungsverpflichtung bezieht. Die Voraussetzungen für den allgemeinen Auskunftsanspruch werden dadurch weder relativiert noch die Zuständigkeit des Betriebsrats auf das im Betrieb eingesetzte Fremdpersonal erweitert. Folglich verlangt der auf Fremdpersonal bezogene Unterrichtsanspruch, dass ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der betriebszugehörigen Arbeitnehmer in Betracht kommt.

Der Betriebsrat kann gem. § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auch die Vorlage des Vertrages mit dem Drittunternehmer verlangen, um überprüfen zu können, ob es sich nicht doch um Leiharbeit handelt und Beteiligungsrechte in Betracht kommen.

Dem Betriebsrat müssen nur diejenigen Unterlagen vorgelegt werden, die der Arbeitgeber zur Zeit des Verlangens auch tatsächlich besitzt. Einen Anspruch, nicht vorhandene Unterlagen erst zu erstellen oder zu beschaffen, kennt das Gesetz nicht.

Der Betriebsrat muss jedoch darlegen, dass er die begehrte Auskunft zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben benötigt. Missbräuchliche oder unbegründete Auskunftsverlangen sind ausgeschlossen. Trotz der Ergänzung des § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG im Rahmen der AÜG-Reform 2017 gilt weiterhin, dass diese Rechtsprechung des BAG Anwendung findet und den Einsatzbetrieb auch keine Beschaffungspflicht trifft.

Tabelle 1

## Informationsumfang in der Praxis über alle Fremdbeschäftigten

|                                                               |      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------------------------------------|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ... mit Auflistung der Einsatz-<br>tage und der Einsatzzeiten | JA   | Nach der Rechtsprechung des BAG muss der Arbeitgeber an den Werktoeren geführte (d. h. bereits vorhandene) Kontrolllisten, aus denen sich die Einsatztage und die Einsatzzeiten der einzelnen Fremdarbeitnehmer ergeben, dem Betriebsrat auf Verlangen zur Verfügung stellen. Denn der Betriebsrat könne im Rahmen seiner Beteiligung bei der Personalplanung auch vorschlagen, gegenwärtig von Fremdfirmen verrichtete Arbeiten durch Arbeitnehmer des Betriebes, ggf. auch durch neu einzustellende Arbeitnehmer, verrichten zu lassen (§ 92 Abs. 2 BetrVG). |
| ... nach Einsatzbereichen (Auf-<br>gabenbeschreibung)         | JA   | Allgemeine, personenunabhängige Benennung der Einsatzbereiche, da im Rahmen der Personalplanung der Betriebsrat auch vorschlagen kann, gegenwärtig von Fremdfirmen verrichtete Arbeiten durch Arbeitnehmer des Betriebes, ggf. auch durch neu einzustellende Arbeitnehmer, verrichten zu lassen (§ 92 Abs. 2 BetrVG).                                                                                                                                                                                                                                          |
| ... gegliedert nach der Häufig-<br>keit des Einsatzes         | NEIN | Auswertung bzw. Kategorisierung der Informationen sind Aufgabe des Betriebsrates.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| ... unter Benennung des jewei-<br>ligen Vertragsverhältnisses | NEIN | Auswertung bzw. Kategorisierung der Informationen sind Aufgabe des Betriebsrates.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |

Tabelle 2

## Vorlage der vertraglichen Vereinbarungen

|                                                        |      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|--------------------------------------------------------|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ... mit Werkvertragsunternehmen (anderen Arbeitgebern) | JA   | Nach der Rechtsprechung kann der Betriebsrat auch die Vorlage des Vertrages mit dem Drittunternehmer verlangen, um überprüfen zu können, ob es sich nicht doch um Arbeitnehmerüberlassung handelt und Beteiligungsrechte in Betracht kommen.                                                               |
| ... mit Auftragnehmern (Solo-selbstständige)           | JA   | Ein Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG stünde dem Betriebsrat auch dann zu, wenn es sich um den Einsatz eines Scheinselbstständigen handelt. Das muss er prüfen können.                                                                                                                                    |
| ... mit Subunternehmen                                 | NEIN | Der Arbeitgeber muss nur vorhandene Unterlagen vorlegen; bei diesen Verträgen ist der Arbeitgeber gar nicht Vertragspartner.                                                                                                                                                                               |
| ... mit Hinweis, wem das Weisungsrecht zusteht         | JA   | Ein pauschaler Hinweis auf das Weisungsrecht des Werkvertragsunternehmens oder ggf. Verweis auf die vertragliche Regelung ist sinnvoll, da für die Frage, ob es sich um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung oder Scheinselbstständigkeit handelt, die Frage des Weisungsrechts eine vorrangige Rolle spielt. |

Tabelle 3

## Angabe über soziale Standards

|                                              |      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------------------------------|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ... Höhe des Entgelts des Fremdpersonals     | NEIN | Die Höhe des an den Auftraggeber zu zahlenden Entgeltes braucht, auch wenn es bekannt sein sollte, nicht offen gelegt zu werden, da der Betriebsrat nur Auskunft über die im Zusammenhang mit der geltend gemachten Überwachungsaufgabe oder einer anderen Betriebsratsaufgabe verlangen kann. |
| ... die bei der Vergabe von Aufträgen gelten | NEIN | Arbeitsbedingungen in fremden Betrieben gehören nicht zum Aufgabengebiet eines Betriebsrates.<br><b>Praxishinweis:</b> Soweit solche aber beachtet werden, kann dies bei der Erörterung mit dem Betriebsrat vorteilhaft sein.                                                                  |
| ... und wie diese geprüft werden             | NEIN | Arbeitsbedingungen in fremden Betrieben gehören nicht zum Aufgabengebiet eines Betriebsrates.<br><b>Praxishinweis:</b> Soweit solche Prüfungen erfolgen, kann dies bei der Erörterung mit dem Betriebsrat vorteilhaft sein.                                                                    |

## 5.2.2 § 90 BetrVG

Nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 hat der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtzeitig und unter Vorlage erforderlicher Unterlagen über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen zu informieren. So trifft den Arbeitgeber eine Informationspflicht z. B. auch bei Auslagerung der Datenverarbeitung. An die zeitlich vorgelagerte Unterrichtung des Betriebsrats schließt sich die rechtzeitige Beratung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die vorgesehenen Maßnahmen und ihre Auswirkungen nach § 90 Abs. 2 BetrVG an.

## 5.2.3 § 92 BetrVG

Auch in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wurde mit der Änderung ab dem 1. April 2017 aufgenommen, dass der Arbeitgeber die Unterrichtung des Betriebsrats über die Personalplanung auf die geplante Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, erstrecken muss.

Der Arbeitgeber muss im Rahmen von § 92 BetrVG dem Betriebsrat nur Einblick in die Unterlagen gewähren, auf die er seine Personalplanung stützt. Er ist anders als in § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht verpflichtet, dem Betriebsrat die Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Weitere Informationspflichten können sich aus §§ 92a und 106 BetrVG ergeben. Mitbestimmungsrechte können sich aus §§ 111, 112 BetrVG ergeben, wenn die (mitbestimmungsfreie) unternehmerische Entscheidung, betriebliche Aufgaben zukünftig durch Fremdpersonal ausführen zu lassen, im Rahmen der Umsetzung zu einem Abbau der Beschäftigung im Einsatzbetrieb führt.

#### 5.2.4 § 92a BetrVG

Das Vorschlagsrecht des Betriebsrats zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung umfasst in § 92a Abs. 1 S. 2 BetrVG ausdrücklich Alternativen zur Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen.

#### 5.2.5 § 106 BetrVG

Der in Unternehmen mit regelmäßig mehr als 100 ständig Beschäftigten gem. § 106 Abs. 1 BetrVG zu bildende Wirtschaftsausschuss hat die Aufgabe, mit dem Unternehmer über wirtschaftliche Angelegenheiten zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten.

Zu den Beratungsgegenständen gehören z. B. Änderungen der Betriebsorganisation, also des bestehenden Ordnungsgefüges für die Verbindung von Betriebszweck im Betrieb arbeitender Menschen und Betriebsanlagen mit dem Ziel der optimalen Erfüllung der Betriebsaufgaben. Darunter fallen schlicht alle Vorhaben und Vorgänge, die die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können.

#### 5.2.6 §§ 111 ff. BetrVG

Plant der Unternehmer eine Betriebsänderung, so muss er in Unternehmen mit regelmäßig mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern gem. § 111 S. 1 BetrVG den Betriebsrat informieren, wenn wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft drohen. In einem formalisierten Verfahren ist ein so genannter Interessenausgleich wenigstens zu versuchen. Darüber hinaus ist regelmäßig ein so genannter Sozialplan über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile für die betroffenen Arbeitnehmer abzuschließen.

Mit einer Betriebsänderung können dabei auch Maßnahmen von Outsourcing, also eine Fremdvergabe von Arbeiten, verbunden sein.

## 5.3 Arbeitssicherheit

### 5.3.1 Verantwortlicher

Die Verantwortung für die Arbeitssicherheit, insbesondere für die Durchführung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Unfallverhütungsvorschriften, hat der Auftragnehmer als Arbeitgeber des Drittpersonals. Etwas anderes gilt für den Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern. Hier trägt der Entleiher gemäß § 11 Abs.6 AÜG die arbeitsschutzrechtliche Verantwortung für die ihm überlassenen Leih-/Zeitarbeitnehmer.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, im Einzelnen zu überwachen, ob der Auftragnehmer die sich für ihn daraus ergebenden Verpflichtungen einhält und die sonstigen zum Schutz der Drittarbeitnehmer geltenden Vorschriften (z. B. die des Arbeitszeitgesetzes) beachtet. Sind für ihn jedoch Verstöße erkennbar, sollte er, nicht zuletzt, um eine Gefährdung auch der eigenen Arbeitnehmer zu verhindern, auf Abhilfe durch den Auftragnehmer hinwirken.

Er muss sich aber je nach Art der Tätigkeit vergewissern, dass das Drittpersonal hinsichtlich der von der Arbeitsstätte und den vorhandenen Einrichtungen ausgehenden Gefahren für Sicherheit und Gesundheit angemessene Anweisungen erhalten hat, § 8 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG). Damit der Auftragnehmer diesen Pflichten nachkommen kann, muss der Auftraggeber ihm die hierfür notwendigen Informationen zur Verfügung stellen. In Einzelfällen kann auch eine Begehung vor Ort erforderlich werden.

Auch wird die zivilrechtliche Pflicht zur gefahrfreien Arbeitsplatzgestaltung aus § 618 BGB auf den Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen analog angewendet, wenn der Besteller des Werkes Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften bereitzustellen hat.

### 5.3.2 Verkehrssicherungspflichten

Den Auftraggeber können darüber hinaus Verkehrssicherungspflichten gegenüber den Drittarbeitnehmern treffen. Er muss die Arbeitnehmer der Fremdfirma durch geeignete Maßnahmen (z. B. durch Absperrungen, Sicherungsmaßnahmen, Einweisungen, Warnungen) vor Gefahren im Betrieb schützen.

### 5.3.3 Zusammenarbeit

Werden Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig, sind die Arbeitgeber verpflichtet, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsbestimmungen zusammenzuarbeiten (§ 8 Abs. 1 ArbSchG). Soweit erforderlich, haben sich die Arbeitgeber gegenseitig und ihre Beschäftigten über die mit den Arbeiten verbundenen Gefahren zu unterrichten und Maßnahmen zur Verhütung dieser Gefahren abzustimmen.

Über die Pflicht zur arbeitsschutzrechtlichen Kooperation hinaus besteht für den Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeit zudem die Pflicht, sich bezüglich der ordnungsgemäßen Unterweisung der Fremdfirmenbeschäftigten zu vergewissern (§ 8 Abs. 2 ArbSchG). Diese Vergewisserungspflicht dient dem Schutz der eigenen Beschäftigten als auch dem Schutz der Beschäftigten anderer Arbeitgeber vor Gefahren, die von der Arbeitsstätte und den vorhandenen Einrichtungen ausgehen.

Bei möglicher gegenseitiger Gefährdung muss der Auftraggeber einen Koordinator bestellen, der die Arbeiten aufeinander abstimmt (§ 6 Abs. 1 Unfallverhütungsvorschrift, Grundsätze der Prävention, DGUV Vorschrift 1). Der Koordinator muss zur Durchführung seiner Aufgabe die hierfür erforderlichen übergreifenden Weisungsbefugnisse sowohl gegenüber den Arbeitnehmern des Auftraggebers als auch gegenüber den im Betrieb tätigen Arbeitnehmern der Fremdfirma haben. Insoweit tritt er an die Stelle der jeweiligen Vorgesetzten.

Der Auftraggeber hat dafür zu sorgen, dass der Koordinator seine Aufgabe erfüllen kann. Ist der Koordinator ein Arbeitnehmer des Auftraggebers oder ein Dritter, sollte deshalb die Weisungsbefugnis gegenüber den Arbeitnehmern der Fremdfirma im Werk- bzw. Dienstvertrag festgelegt werden.

#### 5.3.4 Verpflichtungserklärung

Ist Gegenstand des Werkvertrages die Planung, Herstellung, Änderung oder Instandsetzung von Einrichtungen oder die Planung oder Gestaltung von Arbeitsverfahren, muss der Auftraggeber den Auftragnehmer schriftlich verpflichten, dass dabei die für den Auftraggeber geltenden staatlichen Arbeitsschutzvorschriften und die Unfallverhütungsvorschriften sowie die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsschutzes i. S. v. § 4 ArbSchG und insbesondere das staatliche und berufsgenossenschaftliche Regelwerk beachtet werden (§ 5 DGUV Vorschrift 1).

### 5.4 Ausländerbeschäftigung

Ausländische Leiharbeitnehmer aus sog. Drittstaaten außerhalb der Europäischen Union (ausgenommen Island, Liechtenstein und Norwegen als Mitglieder des EWR) dürfen in der Bundesrepublik grundsätzlich ohne Genehmigung keine Beschäftigung ausüben. Die Entscheidung, welche Arbeitnehmer grenzüberschreitend verliehen werden können, richtet sich dabei grundsätzlich nach den Bestimmungen des Arbeitserlaubnisrechts.

Das ehemals doppelt ausgestaltete Genehmigungsverfahren für die Aufenthaltsgenehmigung (Ausländerbehörde) einerseits und die Arbeitsgenehmigung (Arbeitsverwaltung) andererseits ist weggefallen und wurde durch ein konzentriertes Verwaltungsverfahren ersetzt (sog. one-stop-shop-Verfahren). Die §§ 285 und 286 SGB III wurden dazu aufgehoben. Stattdessen hat die Ausländerbehörde nun mit der Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnis auch zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit nach

den Vorgaben des Aufenthaltsgesetzes und der Verordnungen gem. § 42 AufenthG erlaubt wird.

Von dem Genehmigungserfordernis ausgenommen sind Ausländer, die eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung besitzen, und Ausländer, für die aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen oder aufgrund von besonderen Rechtsvorschriften eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist.

Seit dem 06. August 2019 können Asylbewerber und geduldete Personen in Deutschland generell in Leiharbeit beschäftigt werden. Das grundsätzliche Leiharbeitsverbot für diese Gruppe der Drittstaatsangehörigen war bereits im Jahr 2015 befristet in den meisten Agenturbezirken der Bundesagentur für Arbeit gelockert worden. Frühestens nach einer Wartefrist von drei Monaten können sie daher jede Beschäftigung auch in Leiharbeit aufnehmen. Die Pflicht zur Vorrangprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit ist dafür bundesweit entfallen. Eine Erlaubnis durch die Ausländerbehörde ist aber für alle Beschäftigungen weiterhin erforderlich. Es bleibt auch bei der Pflicht zur Prüfung der Arbeitsbedingungen und der erforderlichen Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse.

Ein generelles Beschäftigungsverbot besteht zudem in den ersten sechs Monaten, wenn der Ausländer verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Für Geduldete besteht ggf. ein gesetzliches Beschäftigungsverbot, z. B. wenn sie ihre Mitwirkungspflichten zur Ausreise (insbesondere Vorlage von Ausweisdokumenten) verletzt haben. Arbeitsverbote gelten zudem für Personen aus sicheren Herkunftsstaaten, für Personen mit als offensichtlich unbegründet oder unzulässig abgelehnten Asylanträgen sowie für Personen, die über ihre Identität getäuscht haben.

Der Entleiher, der einen ausländischen Leiharbeitnehmer beschäftigt, dem die erforderliche Genehmigung nicht erteilt worden ist, kann mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 Euro belegt werden, in besonderen Fällen drohen auch Freiheits- und Geldstrafen. Außerdem haftet der Entleiher für die Kosten der Ab- oder Zurückschiebung des Ausländers (§ 66 Abs. 4 AufenthG), wenn der Verleiher nicht die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt.

## 5.5 Hinweise für den Fall behördlicher Ermittlungen

Zuständig für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem AÜG sind einerseits die Bundesagentur für Arbeit und andererseits die Behörden der Zollverwaltung.

Verstöße nach dem Mindestlohngesetz prüft die Zollverwaltung.

Anlass für Ermittlungen gegen Betriebe, die Arbeitnehmer fremder Firmen beschäftigen, ist häufig, dass sich gegen den Werkunternehmer in irgendeinem Zusammenhang der Verdacht des Verstoßes gegen das AÜG ergeben hat. Beispielsweise kann die Gewerbeaufsicht ohne Verdachtsmomente zu jeder Tages- und Nachtzeit unangekündigt Besichtigungen und Prüfungen während des Betriebs vornehmen (§ 139b Abs. 4 GewO). Sie darf zwar nur

kontrollieren, ob die Bestimmungen der Gewerbeordnung eingehalten werden; stößt sie dabei aber auf Anhaltspunkte für unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, benachrichtigt sie die Arbeitsverwaltung bzw. die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls, die dann die Ermittlungen aufnehmen. In solchen Fällen werden im Allgemeinen sämtliche Vertragsbeziehungen dieser Firma einer Überprüfung unterzogen.

Auslöser für Ermittlungen können aber auch Anzeigen von Drittpersonal oder Hinweise von Betriebsräten im Einsatzbetrieb sowie Anzeigen oder Hinweise von anderen Behörden, etwa der Gewerbeaufsicht, sein.

Im Falle von Ermittlungen sollte unbedingt Folgendes beachtet werden:

- Einsatz des Drittpersonals im Betrieb sofort beenden; bis zur endgültigen Klärung der Vorwürfe auch keine anderen Arbeitnehmer der Fremdfirma im Betrieb tätig werden lassen; Fremdfirma ggf. veranlassen, eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu beantragen
- Unmittelbar den zuständigen Verband hinzuziehen; Stellungnahme gegenüber der Ermittlungsbehörde ggf. erst nach einer rechtlichen Beratung abgeben
- Zu einer Durchsuchung unbedingt einen Rechtsanwalt hinzuziehen
- Rechtzeitig (d. h. vor Abschluss der Ermittlungen) Kontakt mit der Ermittlungsstelle aufnehmen und an objektiver Aufklärung des Sachverhaltes mitwirken; auf diese Weise lassen sich die Interessen der Firma und der Betroffenen am besten vertreten
- Vor Anfechtung eines Bußgeldbescheids sorgfältig die Erfolgsaussichten prüfen

## 6 Übersicht zur Abgrenzung

Kriterien für die richtige Einordnung der Einsatzform

Tabelle 4

Arbeitsvertrag – Zeitarbeit – Werk- bzw. Dienstvertrag

|                                         | Arbeitsvertrag                                               | Zeitarbeit                                                                   | Werkvertrag                                                                                 | Dienstvertrag                                                      |
|-----------------------------------------|--------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| <b>Vertragsgegenstand</b>               | Leistung von Arbeit; kein Erfolg vereinbart                  | Überlassung von Arbeitnehmern für Betrieb des Entleihers zur Arbeitsleistung | Herstellung eines vorher vereinbarten Werks/Herbeiführung eines vorher vereinbarten Erfolgs | Leistung der vereinbarten Dienste; kein Erfolg vereinbart          |
| <b>Eingesetztes Personal</b>            | Arbeitnehmer ist persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet | Vertraglich festgelegte (Anzahl) Zeitarbeitnehmer                            | Im Ermessen des Werkunternehmers als dessen Erfüllungsgehilfen                              | Im Ermessen des Dienstverpflichteten als dessen Erfüllungsgehilfen |
| <b>Eingliederung im Einsatzbetrieb</b>  | Eingliederung                                                | Eingliederung                                                                | Keine Eingliederung                                                                         | Keine Eingliederung                                                |
| <b>Arbeitsrechtliches Weisungsrecht</b> | Arbeitgeber                                                  | Entleiher                                                                    | Werkunternehmer                                                                             | Dienstverpflichteter                                               |
| <b>Risiko der Leistung</b>              | Arbeitgeber                                                  | Entleiher; Verleiher haftet allenfalls für richtige Personalauswahl          | Werkunternehmer für Gewährleistung (Nacherfüllung, Selbstvornahme, Minderung Rücktritt)     | Dienstverpflichteter für Verzug und Unmöglichkeit                  |
| <b>Abrechnung der Werkleistung</b>      | Vereinbarte Vergütung                                        | In der Regel nach den tatsächlichen Arbeitsstunden                           | erfolgsorientiert                                                                           | Vereinbarte Vergütung                                              |

[Übersicht zur Abgrenzung](#)

Quelle: bayme vbm

## 7 Werkvertrag – Checkliste

### Prüfen Sie Ihre betriebliche Umsetzung

Wenn Sie folgende Fragen mit „ja“ beantworten können, liegt mit hoher Wahrscheinlichkeit ein korrekter Werkvertragsseinsatz vor:

- Aufgabe der Fremdfirma vor der Auftragsdurchführung klar definiert?
- Herstellung eines Werkes bzw. Herbeiführung eines Erfolgs vereinbart?
- Abrechnung nach Festpreis/Leistungsverzeichnis?
- Arbeitsorganisation ausschließlich Sache der Fremdfirma?
- Arbeitsanweisungen erteilt ausschließlich die Fremdfirma an ihre Mitarbeiter?
- Eigene Fachkenntnis der Fremdfirma zur Erledigung des Auftrags?
- Benötigtes Werkzeug und erforderliche Arbeitsmittel von der Fremdfirma gestellt?
- Arbeit des Drittpersonals getrennt von eigenen Mitarbeitern?
- Auftragsausführung ohne Bindung an Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs?
- Werden Gewährleistungsrechte bei Werkmängeln geltend gemacht?

## 8 Werkvertrag – Merkblatt für betriebliche Vorgesetzte

### Informieren Sie Vorgesetzte regelmäßig

Der Einsatz fremder Arbeitnehmer im Betrieb kann im Wege von Leiharbeit (sogenannte Arbeitnehmerüberlassung bzw. Zeitarbeit) oder im Rahmen eines Werkvertrages oder Dienstvertrages erfolgen.

Zwischen beiden Formen des Einsatzes muss sowohl bei der vertraglichen Gestaltung als auch bei der tatsächlichen Umsetzung sorgfältig unterschieden werden.

Das gilt besonders, wenn mit der Fremdfirma ein Werk-/Dienstvertrag abgeschlossen wird. Werk- und Dienstverträge unterliegen gänzlich anderen rechtlichen Bedingungen als die Leiharbeit. Wenn diese Rahmenbedingungen nicht beachtet werden, kann es sich in Wirklichkeit um Leiharbeit handeln (sog. Scheinwerk-/dienstvertrag).

Beim Werkvertrag wird eine andere Firma verpflichtet, mit Hilfe ihrer Arbeitnehmer selbstständig ein konkretes Arbeitsergebnis herbeizuführen („ein Werk herzustellen“); bei einem selbstständigen Dienstvertrag wird sie verpflichtet, eine Dienstleistung unter eigener Verantwortung und ohne Eingliederung ihrer Arbeitnehmer in die fremde Betriebsorganisation zu erbringen.

Um Leiharbeit handelt es sich immer dann, wenn fremde Arbeitskräfte im Betrieb wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt werden, sie dort insbesondere nach den Weisungen der betrieblichen Vorgesetzten arbeiten.

Aufgrund strenger gesetzlicher Restriktionen drohen bei einem Scheinwerk-/dienstvertrag folgende Sanktionen für den Einsatzbetrieb:

- Fiktion eines grundsätzlich unbefristeten Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb
- Bußgeld von bis zu 30.000 Euro sowie ein Eintrag in das Gewerbezentralregister
- Haftung für Sozialversicherungsbeiträge sowie Ausfallhaftung für die Lohnsteuer
- Mögliche Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 oder Abs. 2 StGB

Da ein Werkvertrag oder selbstständiger Dienstvertrag, um als solcher anerkannt zu werden, nicht nur eindeutig die Merkmale dieser Vertragsart aufweisen, sondern auch tatsächlich gemäß den vereinbarten Regeln durchgeführt werden müssen, sind hinsichtlich der im Betrieb tätigen fremden Arbeitnehmer, sofern sie nicht Leiharbeiter sind, unbedingt die folgenden Regeln zu beachten:

- Die fremden Arbeitskräfte dürfen nicht in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess eingegliedert werden (keine hausinterne Telefonnummer, E-Mail-Adresse u. ä.).

- Ihnen dürfen keine Weisungen in Bezug auf die Art und Weise, wie sie arbeiten, sowie auf ihren Arbeitseinsatz (Arbeitszeit, Überstunden, Urlaub, Freizeit, Anwesenheitskontrolle) erteilt werden. Ausnahme: betriebsspezifische Hinweise (z. B. wegen besonderer Gefahrenquellen im Betrieb) und Hinweise zur Auftragsausführung (z. B. zum Umfang der vorzunehmenden Reparatur).
- Ergänzungen oder Änderungen des Auftrages oder etwaige Mängelrügen dürfen nur unmittelbar mit der Fremdfirma oder deren Bevollmächtigten im Betrieb abgestimmt werden.
- Die Fremdfirma muss das für die Ausführung des Auftrags typischerweise benötigte Werkzeug und die Arbeitsmaterialien selbst mitbringen. Ausnahmsweise können ihr für den Auftrag benötigtes Spezialwerkzeug zur Verfügung gestellt werden.
- Die fremden Arbeitskräfte dürfen nicht mit eigenen Arbeitnehmern zu gemeinsamen Arbeitsgruppen zusammengefasst werden. Soweit ihre Tätigkeiten mit denjenigen eigener Arbeitnehmer vergleichbar sind, sind sie räumlich getrennt unterzubringen.

## Anhang



### Merkblatt

#### **zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Einsatz von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes**

Die Tätigkeit von Arbeitnehmern bei Dritten kann auf unterschiedlichen Vertragsbeziehungen wie z.B. Arbeitnehmerüberlassungsverträgen, Werkverträgen, selbständigen Dienstverträgen, Dienstverschaffungsverträgen etc. beruhen. Für die Beurteilung sind grundsätzlich die zwischen den Beteiligten getroffenen vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den (schriftlichen) Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Durchführung des Vertrages, so kommt es auf die tatsächliche Durchführung an (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG); Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 15.06.1983 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, Seite 2912). Deshalb kann die Art der vertraglichen Beziehung nur aufgrund ihrer Durchführung festgestellt werden.

#### **1. Arbeitnehmerüberlassung**

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt, diese in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und dessen Weisungen unterliegen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG). Sie erschöpft sich also im bloßen Zurverfügungstellen geeigneter Arbeitskräfte, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzt.

Hinweise für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung liefern ab 01.04.2017 Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten: Arbeitgeber (Verleiher) und Dritter (Entleiher) sind bei der Vertragsgestaltung zur Überlassung von Arbeitnehmern gesetzlich dazu verpflichtet, den Gegenstand ihres Vertrags explizit und vorab als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen. Diese sog. **Offenlegungspflicht** gilt sowohl für den Verleiher als auch für den Entleiher (vgl. § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG). Die Vertragsparteien müssen zudem vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers konkretisieren (sog. **Konkretisierungspflicht**). Die Konkretisierung durch namentliche Benennung der zu überlassenden Person kann im Überlassungsvertrag oder unter Bezugnahme auf diesen Vertrag erfolgen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG). Erfüllen Verleiher und Entleiher in ihrem Vertragsverhältnis diese Pflichten nicht, hat dies u. a. Folgen für den Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers: der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist nichtig und es entsteht ein Arbeitsverhältnis mit dem Dritten (Entleiher). Diese gesetzliche Fiktion kann der Arbeitnehmer durch Ausübung seines Widerspruchsrechts beseitigen, in dem er eine form- und fristgerechte Festhaltungserklärung gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Dritten abgibt (vgl. §§ 9, 10 AÜG).

Ergänzend können dokumentierte Informationen des Arbeitgebers im Vertragsverhältnis zum Arbeitnehmer auf Arbeitnehmerüberlassung hinweisen: Dem Arbeitgeber (Verleiher) obliegt ab dem 01.04.2017 eine gesetzliche **Informationspflicht** gegenüber seinem Arbeitnehmer. Er muss diesen vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 S. 4 AÜG).

## 2. Werkvertrag

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (vgl. § 631 BGB). Geschuldet ist damit ein bestimmter Erfolg wie z.B. die erfolgreiche Reparatur einer Sache.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind grundsätzlich für einen Werkvertrag folgende Merkmale maßgebend:

- Vereinbarung und Erstellung eines konkret bestimmten Werkergebnisses bzw. Veränderung einer Sache;
- Eigenverantwortliche Organisation aller sich der Übernahmeverpflichtung ergebenden Handlungen durch den Werkunternehmer (unternehmerische Dispositionsfreiheit, auch in zeitlicher Hinsicht; keine Einflussnahme des Bestellers auf Anzahl und Qualifikation der am Werkvertrag beteiligten Arbeitnehmer; in der Regel eigene Arbeitsmittel);
- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern; keine Eingliederung in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Bestellerbetriebes;
- Tragen des Unternehmerrisikos durch den Werkunternehmer, insbesondere Gewährleistung für Mängel des Werkes, Erlöschen der Zahlungspflicht des Bestellers bei zufälligem Untergang des Werkes;
- Ergebnisbezogene Vergütung, grundsätzlich keine Abrechnung nach Zeiteinheiten.

## 3. Selbständiger Dienstvertrag

Ein selbständiger Dienstvertrag liegt nur vor, wenn der dienstleistende Unternehmer die Dienste unter eigener Verantwortung ausführt (Organisation der Dienstleistung, zeitliche Disposition, Zahl der Erfüllungsgehilfen, Eignung der Erfüllungsgehilfen usw.). Das bedeutet insbesondere, dass die Erfüllungsgehilfen in Bezug auf die Ausführung der zu erbringenden Dienstleistung im wesentlichen frei von Weisungen seitens des Arbeitsgeberrepräsentanten des Drittbetriebes sind und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können (Urteil des BSG vom 23.06.1982 = Soz. Recht 4100 § 13 Nr. 6).

## 4. Dienstverschaffungsvertrag

Ein Dienstverschaffungsvertrag ist dann gegeben, wenn ein Vertragspartner die Verpflichtung übernimmt, dem anderen Vertragspartner nicht eine Arbeitsleistung, sondern eine selbständige Dienstleistung eines Dritten zu verschaffen. Voraussetzung dafür ist, dass der Dritte in wirtschaftlicher und sozialer Selbständigkeit und Unabhängigkeit die Dienste leistet.

**Hinsichtlich der konkreten Abgrenzung im Einzelfall unter Berücksichtigung der tatsächlichen Durchführung wird auf die Beratung durch Angehörige der rechtsberatenden Berufe sowie durch berufsständische Vereinigungen verwiesen.**

## Ansprechpartner/Impressum

---

### **Katharina Hörmann**

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-236

katharina.hoermann@vbw-bayern.de

### **Impressum**

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

### **Herausgeber**

#### **vbw**

Vereinigung der Bayerischen  
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5  
80333 München

[www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de)

© vbw Juli 2026