

KLEINER

R E C H T S A N W Ä L T E

InterimsManagement, Contracting – Gefahren der Scheinselbständigkeit

Vortrag am 10. Februar 2010 Landeskongress des iGZ e.v. - Bremen

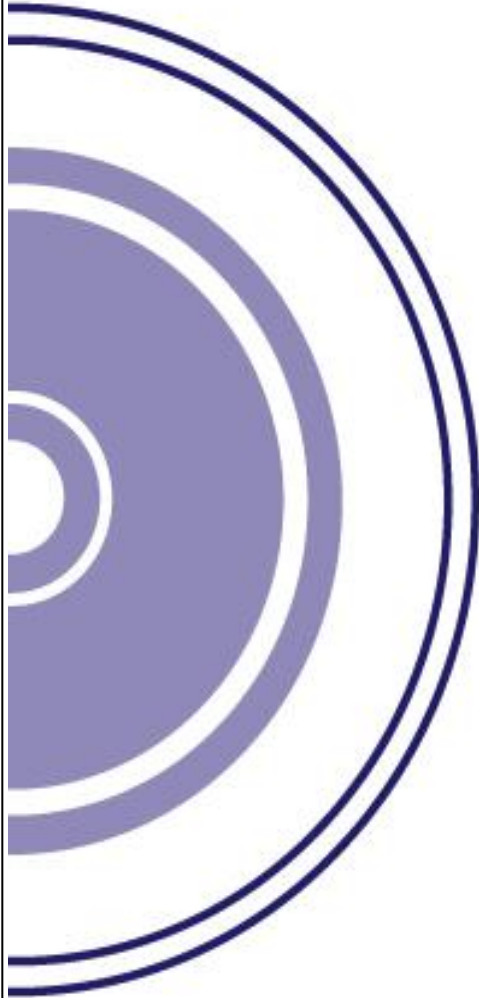
KLEINER

R E C H T S A N W Ä L T E



© Dr. Oliver Bertram

Einsatz von Freelancern / Interims-Managern



- bloße Vermittlungsleistung
 - kein eigenständiges Vertragsverhältnis über die Leistungspflichten im Projekt, nur Vermittlungsleistung
 - nur Vermittlungshonorar, zwingend degressiv da Leistungserfolg nur begrenzt fortwirkt
 - Erweiterung der Leistungsbeziehung möglich (Abrechnung; Inkasso)
- Durchführung einer Vertragskette = sog. Contracting
 - weiterer Vortragsinhalt

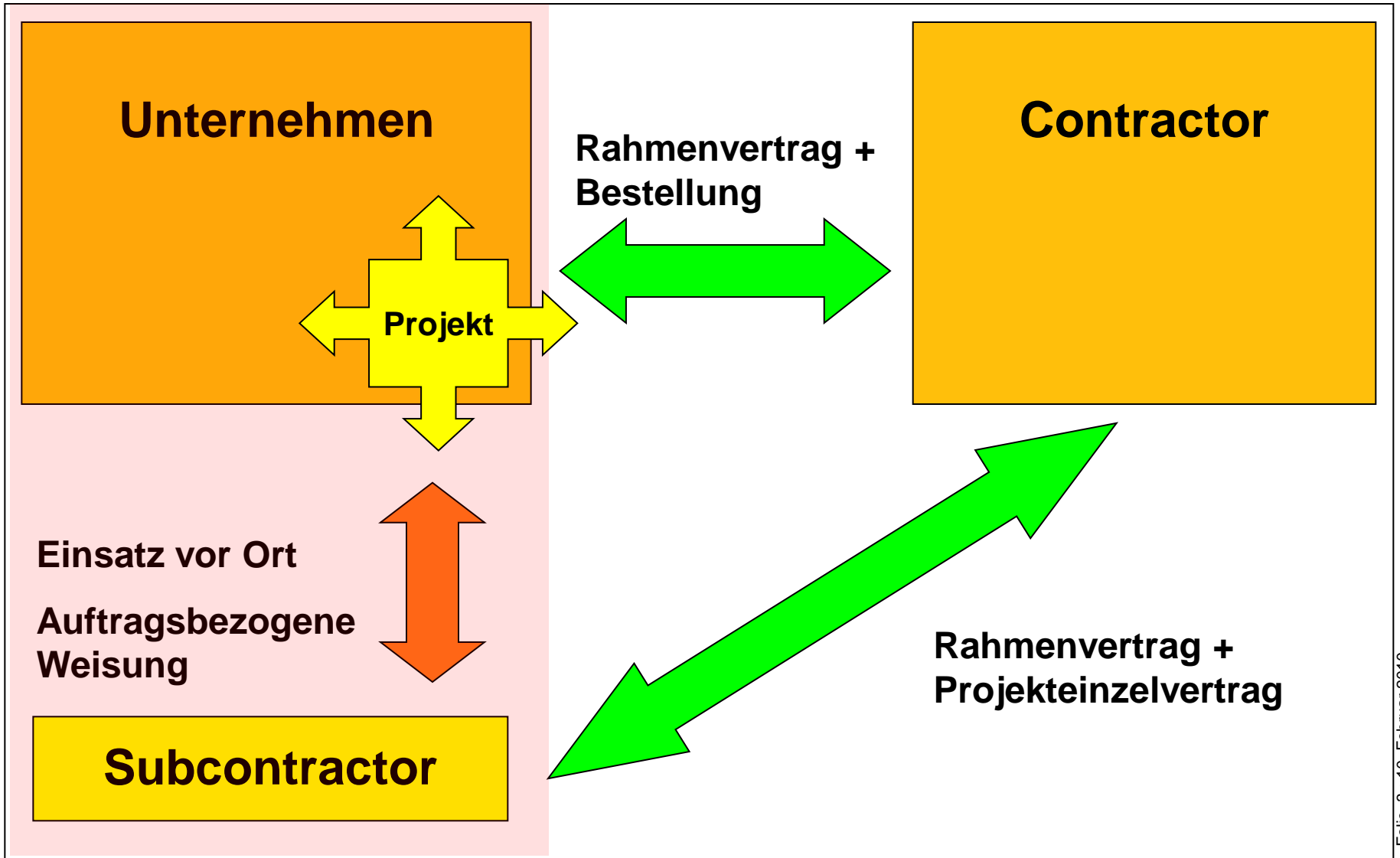


Übersicht

- A. Was ist Contracting?
- B. Gestaltung des Contracting
- C. Problemfelder
- D. Prüfungsfolge
- E. Werkvertrag
- F. Dienstvertrag
- G. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung
- H. Indizien für Contracting



A. Was ist Contracting ?



B. Gestaltung des Contracting



- Durchreichung des Leistungsumfangs
- Berichtswesen
- Geheimhaltungspflichten
- Schutzrechte
- Wettbewerbs- und Abwerbeverbote



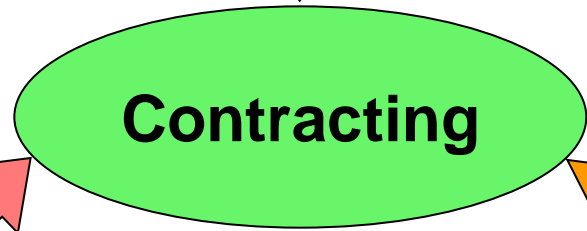
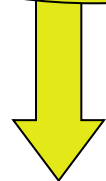
B. Gestaltung des Contracting (2)



- Erbringung der geschuldeten Dienstleistung
- Tätigkeit nach Aufwand (Stunden/Manntage)
- Change Request Management
- Haftung für Pflichtverletzungen



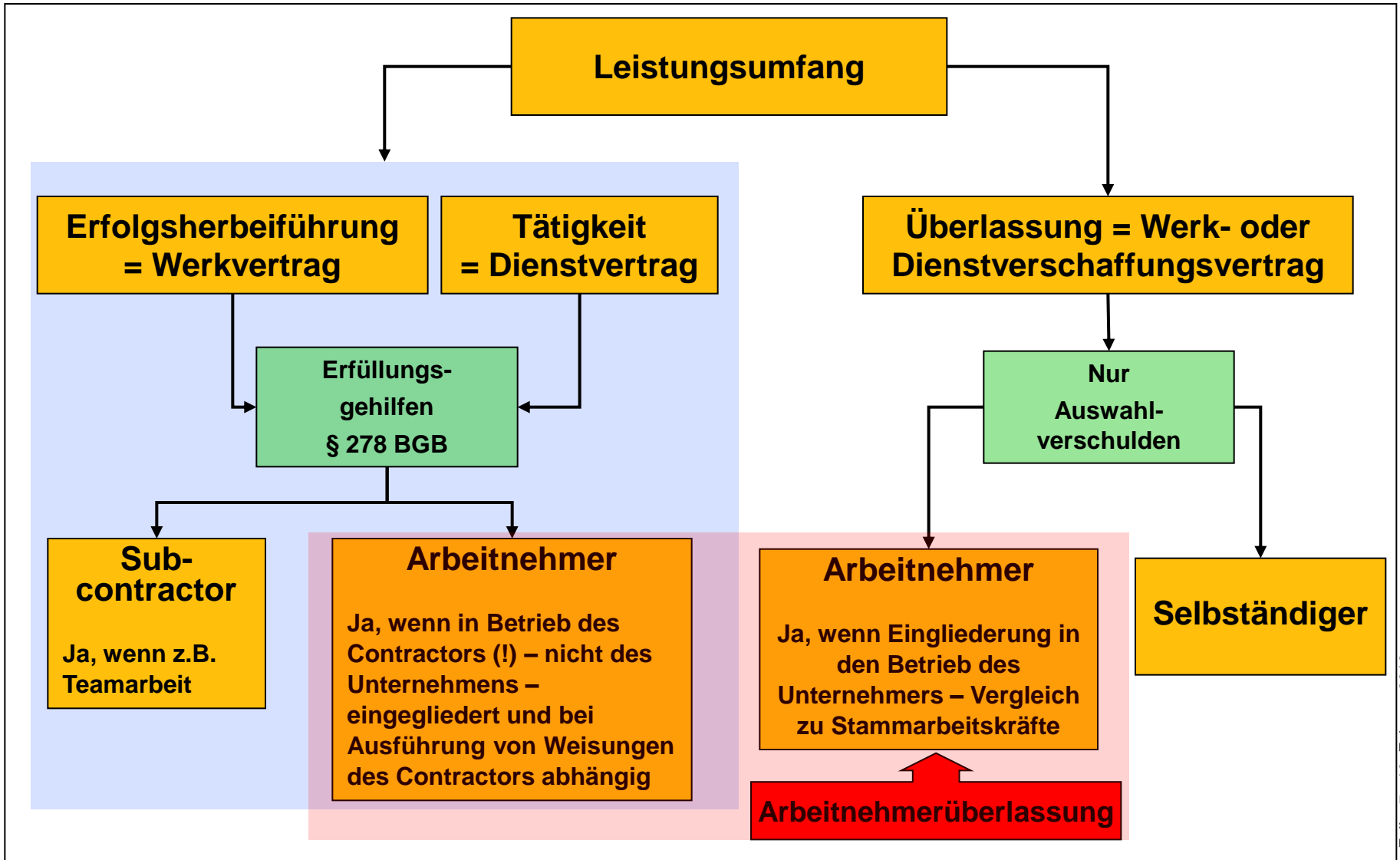
C. Problemfelder



Folie 6 • 10. Februar 2010



D. Prüfungsfolge



E. Werkvertrag

§ 633 Abs. 2 BGB

(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

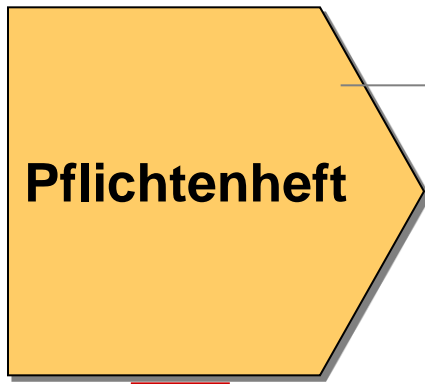
1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst

2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist

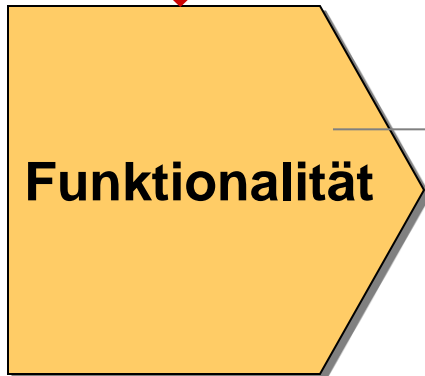
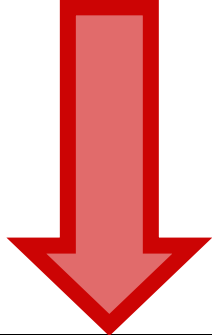
und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.



E. Werkvertrag - Projektinhalt

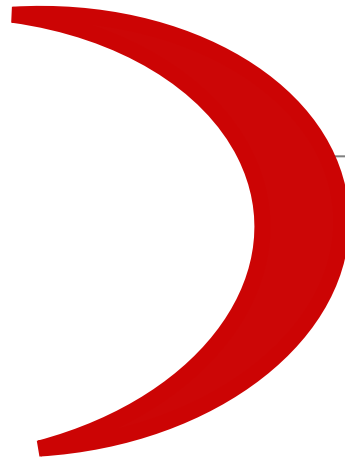


**Pflichtenheft vom Besteller
geschuldet**

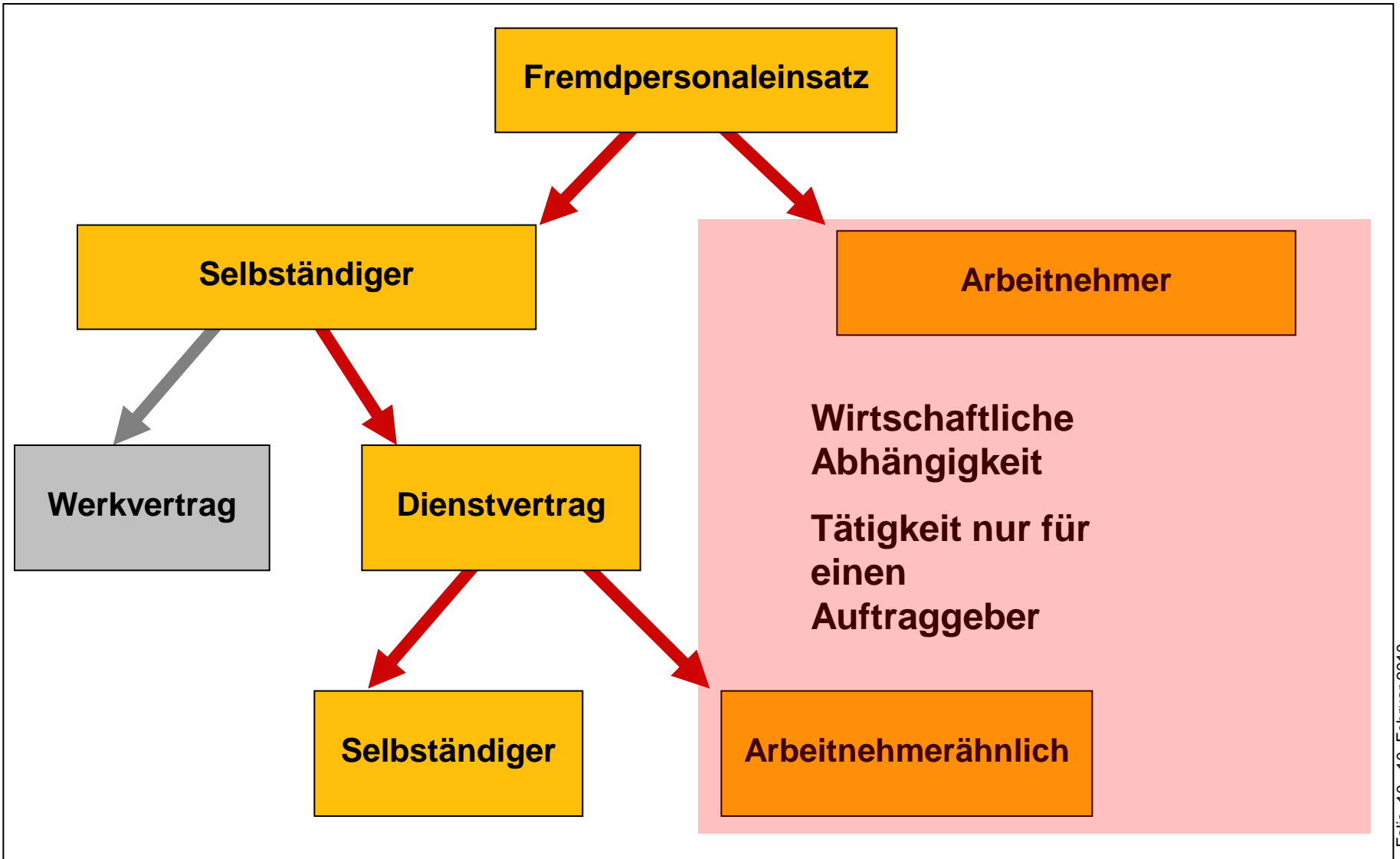


**Funktionalität vom Unternehmer
geschuldet**

**Abgleich der Ist-
Beschaffenheit von der
Soll-Beschaffenheit**



F. Dienstvertrag - Abgrenzungen



F. Dienstvertrag - Arbeitnehmerähnliche Selbständige

§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI

- „9. Personen, die
 - a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 Euro im Monat übersteigt, und
 - b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.“



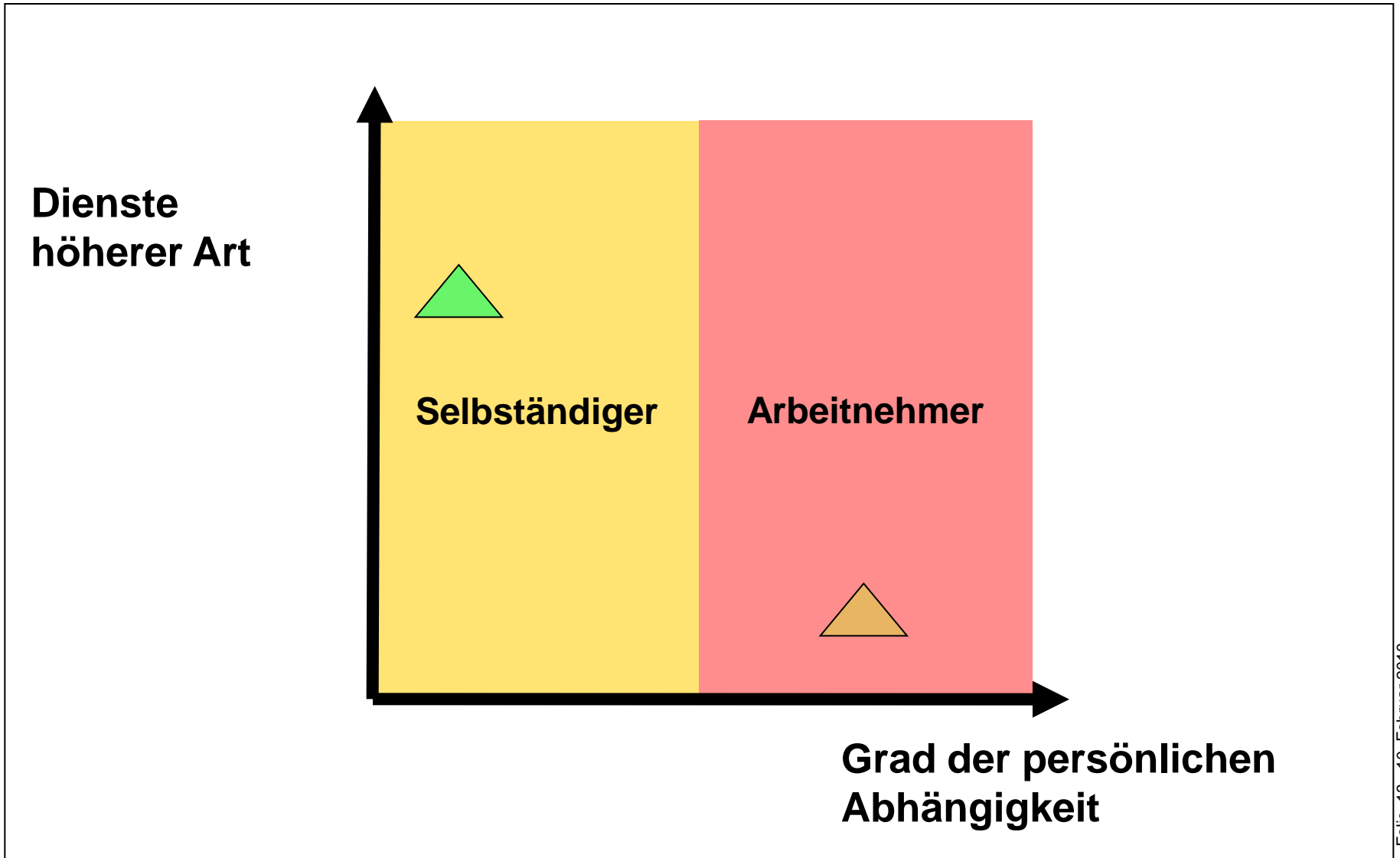
F. Dienstvertrag - Arbeitnehmerähnliche Selbständige i.s.d. Rspr.



- Tatsächliche Abhängigkeit ist ausreichend
- Es genügt die regelmäßige Wiederholung eines zeitlich begrenzten Auftragsverhältnisses mit demselben Auftraggeber
- Für Ansprüche aus dem Rahmenvertrag und dem Projekteinzervertrag sind die Arbeitsgerichte zuständig, § 5 Abs. 1 ArbGG



F. Dienstvertrag - Typologie



F. Dienstvertrag - Weisungsrecht

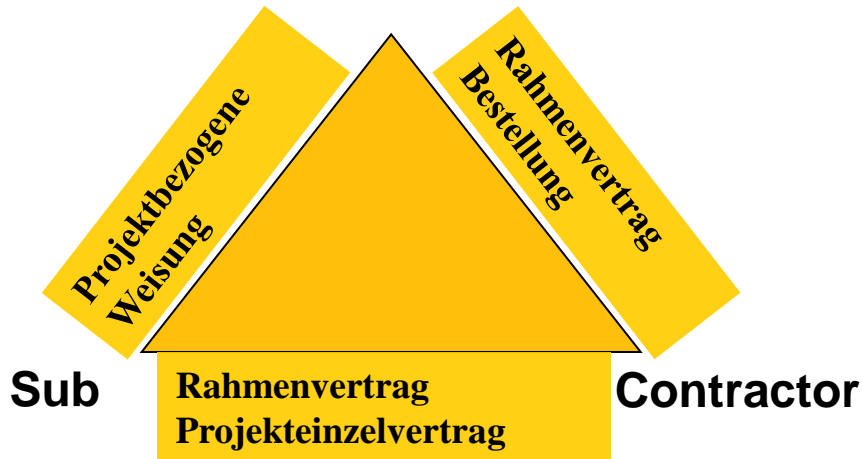
- Die für eine abhängige Beschäftigung charakteristische Weisungsgebundenheit liegt nicht vor, wenn der Vertragspartner tatsächlich Weisungen erteilt. Entscheidend ist vielmehr, dass ihm aufgrund vertraglicher Abmachungen das Recht zusteht und er aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten auch die Möglichkeit hat, die gesamte Durchführung der Beschäftigung zu bestimmen.
- Weisungsfrei sind in der Regel solche Tätigkeiten, bei denen dem Ausübenden nur die Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben sind, während es seiner Entscheidung überlassen bleibt, die Art und Weise zu bestimmen, wie er diese Ziele erreicht.



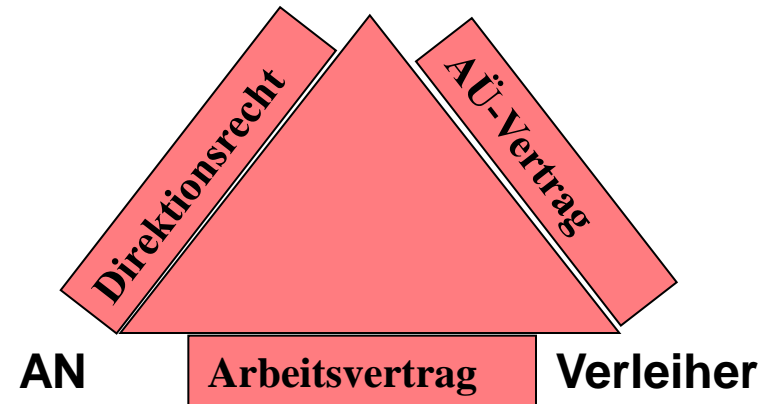
G. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung



Unternehmer



Entleiher



G. Indizien für Arbeitnehmerüberlassung

- Integration in Arbeits- und Betriebsorganisation
- Übernahme von Tätigkeiten bisheriger Arbeitnehmer
- Zusammenarbeit mit AN des Unternehmers
- Weisung, andere als geschuldete Arbeiten durchzuführen
- Bindung an feste Arbeitszeiten
- Pflicht zum regelmäßigen Erscheinen
- Führung von Personalunterlagen
- Urlaubsgewährung
- Contractor kann Vertrag mit Einsatz eigener AN nicht erfüllen



G. Risiken illegaler Arbeitnehmerüberlassung



- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Sub und Unternehmen, § 10 AÜG
- Unwirksamkeit des Rahmen- und Projekteinzervertrages zwischen dem Sub und dem Contractor
- Contractor haftet als Gesamtschuldner auf rückständige sozialversicherungsbeiträge für die gesamte Zeit des Einsatzes, § 10 Abs. 3 AÜG
- Schadenersatzpflicht gegenüber dem Unternehmen, § 10 Abs. 2 AÜG
- Straftaten nach § 16 AÜG und § 266 a StGB



H. Indizien für Contracting



- Keine Eingliederung in einen Betrieb
- Haftung des Contractors und des Sub für die Qualität
- Wille des Contractors und des Sub
- Auf Wirksamkeit des Status wird vertraut
- Befugnis, sich bei Ausübung der Tätigkeit durch Dritte vertreten zu lassen
- Einsatz von eigenem Kapital
- Anmeldung der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit beim Finanzamt, Einkommensteuer und Umsatzsteuer



H. Indizien für Contracting

- Eigene Geschäfts-/Betriebs-/Büroeröffnung mit eigenen Geschäfts- bzw. Büroräumen, eigenem Türschild, Telefonbucheintrag, Eintrag in die Gelben Seiten, eigenem Fax, ggf. E-Mail, eigene Entscheidung über Beschaffung wesentlicher Arbeitsmittel, Tragung von sämtlichen Betriebskosten wie Miete, Strom, Wasser, Telefon etc. Betriebskonto, keine Vermengung mit privaten Kontenbewegungen
- Kein Vorgesetzter, der das Arbeitsverfahren regelt oder Einzelanordnungen erteilt



H. Indizien für Contracting



- Die für eine abhängige Beschäftigung charakteristische Weisungsgebundenheit liegt nicht vor, wenn der Vertragspartner tatsächlich Weisungen erteilt.
Entscheidend ist vielmehr, dass ihm aufgrund vertraglicher Abmachungen das Recht zusteht und er aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten auch die Möglichkeit hat, die gesamte Durchführung der Beschäftigung zu bestimmen
- Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft



H. Indizien für Contracting

- Weisungsfrei sind in der Regel solche Tätigkeiten, bei denen dem Ausübenden nur die Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben sind, während es seiner Entscheidung überlassen bleibt, die Art und Weise zu bestimmen, wie er diese Ziele erreicht
- Arbeitsleistung kann hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung im Wesentlichen selbst bestimmt werden
- Freie Wahl des Arbeitsortes
- Tatsächlich frei gestaltete Arbeitszeit
- Frei gestaltete Arbeitstätigkeit



H. Indizien für Contracting

- Projektbezogener Einsatz
- Keine persönliche Abhängigkeit
- Contractor kann Vertrag mit Einsatz eigener AN erfüllen
- Einkünfte von verschiedenen Auftraggebern (wobei die Sozialversicherungsträger die 5/6 Regelung noch immer anwenden)
- Verpflichtung, bei Krankheit für eine Vertretung zu sorgen



H. Indizien für Contracting

- Vereinbarung von Kündigungsfristen
- Vereinbarung von Zeitvergütung
- Erfolgsabhängige Vergütung
- Beschäftigung von Hilfskräften
- Eigene Beschaffung von Arbeitsmaterial und Arbeitsgeräten
- Tragung der geschäftlichen Unkosten
- Keine Urlaubsvereinbarung



H. Indizien für Contracting

- Gewerbeanmeldung
- Zahlung von Gewerbesteuer
- Handelsregisteranmeldung
- Beantragung einer eigenen Betriebsnummer bei der Agentur für Arbeit zur Beschäftigung von Arbeitnehmern
- Keine Vereinbarung einer regelmäßigen Arbeits- oder Anwesenheitszeit und keine Führung eines Anwesenheitsnachweises



H. Indizien für Contracting



- Kein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall
- Keine Ausschließlichkeitsbindung an einen Auftraggeber
- Beschäftigung eines versicherungspflichtigen Mitarbeiters
- Kein Anspruch auf bezahlten Urlaub
- Arbeit überwiegend in eigenen Büroräumen



H. Indizien für Contracting

- Rechtliche Möglichkeit, sich im Krankheitsfall durch eine Ersatzkraft vertreten zu lassen
- Möglichkeit bei länger andauernder Erkrankung nicht erledigte Aufträge an den Auftraggeber zurückzugeben
- Keine Pflicht, sich bei einem der Auftraggeber krank zu melden
- Mittelpunkt eines eigenen Betriebs mit selbständiger Betriebsorganisation, keine bestimmte Tätigkeit als dienendes Glied einer fremden Betriebsorganisation, insbesondere nicht identische Tätigkeit wie andere Arbeitnehmer desselben Auftraggebers



H. Indizien für Contracting



- Recht, Hilfskräfte zu beschäftigen und sich bei der Ausübung der Tätigkeit vertreten zu lassen, tatsächliche Beschäftigung von Hilfskräften, Mitarbeitern geringfügig Beschäftigten auf € 400,00 Basis
- Eigene Akquisitionsmaßnahmen, Werbung
- Keine Verpflichtung zur Benutzung bestimmter Arbeitsmittel
- Eigene Entscheidung über Beschaffung wesentlicher Arbeitsmittel und/oder Materialien und eigene Kostentragung dafür



H. Indizien für Contracting

- Möglichkeit und Recht, angetragene Aufträge abzulehnen
- Freie Kalkulation
- Bestehen und Tragung eines eigenen Unternehmerrisikos mit vollen unternehmerischen Chancen, Ungewissheit hinsichtlich des Erfolgs der eingesetzten Arbeitskraft
- Erbringung der Leistung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung
- Gewährleistung für eigene Tätigkeit/ggf. Vereinbarung einer Konventionalstrafe



H. Indizien für Contracting



- Eigene berufliche Haftpflichtversicherung
- Eigene betriebliche Unfallversicherung bei der Berufsgenossenschaft
- Vergütung durch Rechnungstellung/
Honorar; Kein Erhalt typischer
Arbeitsgelder, Reise- und
Übernachungskosten, Erstattung von
Auslagen, etc.



KLEINER

RECHTSANWÄLTE

Dr. Oliver Bertram

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Lehrbeauftragter der Heinrich Heine-Universität Düsseldorf

KLEINER RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft
Büro Düsseldorf
Neuer Zollhof 3
40221 Düsseldorf

Telefon: +49 211 302066 17/27
Telefax: +49 211 302066 22
E-Mail: obertram@kleiner-law.com

KLEINER

RECHTSANWÄLTE



© Dr. Oliver Bertram