

## **Kriterien der unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbständigkeit beim Einsatz von Fremdpersonal**

Rechtsanwälte Volker Löhr und Thomas Rüsche, Bonn

In der Veranstaltungsbranche kommt es regelmäßig zu „Rechts-Problemen“ durch den Einsatz von „Scheinselbständigen“ und zu Verstößen gegen die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) durch den Abschluss von „Scheindienst-/ und Schein-Werkverträgen“.

Aktueller Hintergrund für die vorliegende Veröffentlichung ist eine Entscheidung des Strafsenats des Bundesgerichtshofs (Az. 5 StR 275/18). Der strafrechtliche Vorwurf richtete sich gegen einen Technikdienstleister im Bereich Veranstaltungstechnik. Dieser bediente sich zur Erfüllung seiner angebotenen Dienstleistungen insbesondere in den Bereichen Bühnenhelfer („Stagehand“), Gerüst- und Tribünenbau, Traversenmontage, Tontechniker, Videotechniker, Lichttechniker, Gabelstaplerfahrer sowie Messebauer einer größeren Anzahl freier Mitarbeiter.

Aus einem „Pool“ von – vermeintlich – Selbstständigen wurden regelmäßig wiederkehrend entsprechende Leistungen für eine im kommunalen Eigentum stehende Veranstaltungshalle erbracht. Wie erstinstanzlich das Landgericht Göttingen (Urteil vom 24. Januar 2018), als auch der BGH letztinstanzlich entschied, entsprach die Art und Weise des Einsatzes des externen Personals nicht einer selbstständigen Tätigkeit, sondern vielmehr einer „abhängigen Beschäftigung“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Einfach gesagt, die eingesetzten Kräfte wurden von den Gerichten als angestellte Mitarbeiter und nicht als freie Mitarbeiter des Technikdienstleisters bewertet. Hierdurch wurden in erheblichen Umfang Sozialversicherungsbeiträge hinterzogen, was zu einer empfindlichen strafrechtlichen Verurteilung des Geschäftsführers des Technikdienstleisters wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Strafgesetzbuch (StGB) führte.

Das Risiko sich eines Ermittlungs- und Strafverfahrens wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelten nach § 266a StGB auszusetzen, ist in vergleichbaren Konstellationen für Dienstleistungsunternehmen seit dem besonders hoch.

Auf Seiten der Hallenbetreiber kann eine haftungsrechtlich relevante Mitverantwortung zusätzlich entstehen, wenn sie die rechtlich unzulässige Beschäftigung freier Mitarbeiter bei ihrem Dienstleister wissentlich tolerieren, zu ihr anstiften oder durch eigenes Fehlverhalten eine unzulässige Beschäftigungsform sogar herbeiführt. Wie dies möglich ist? Durch eine im Rechtssinne fehlerhafte Organisation des Einsatzes von Fremdfirmen/Dienstleistern in der Versammlungsstätte. Die durch die Rechtsprechung recht klar entwickelten Grundsätze, zur „unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung“ und zur „Scheinselbständigkeit“ gilt es deshalb auf Betreiberseite unbedingt zu beachten.

Insgesamt stellt sich die Situation auf Betreiberseite jedoch anders dar als für deren Servicepartner. Die Betreiber von Versammlungsstätten sind ebenso wie deren Mieter und Veranstalter auf den Einsatz externer Dienstleistungen durch zuverlässige Servicefirmen aber auch durch selbständige Dienstleister in vielen Bereichen angewiesen. Die Beschäftigung von Selbständigen z.B. als Fachkraft oder Meister für Veranstaltungstechnik ist dabei ebenso

möglich wie die Beauftragung qualifizierter Dienstleistungsunternehmen. Auf Betreiberseite sollte allerdings darauf geachtet werden, dass bei der Beauftragung eines Unternehmens die geschuldeten Leistungen grundsätzlich durch den Einsatz von fest angestelltem Personal erbracht werden. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen eine Zusammenarbeit über längere Zeiträume beabsichtigt ist. Allenfalls in Sonderfällen und dann nur mit Zustimmung des Betreibers (Auftraggebers) sollten hiervon Ausnahmen möglich sein. Bei bereits bestehenden Rahmenverträgen gilt es diese Vereinbarung in einem Zusatz nachträglich festzuschreiben.

Die Beauftragung von Einzelunternehmern (bspw. Meister für Veranstaltungstechnik) ist selbstverständlich möglich. Grundlage hierfür müssen allerdings klare vertragliche Regelungen sein, die insbesondere die Eigenständigkeit der Leistungserbringung sowie das notwendige unternehmerische Risiko des Selbständigen konkretisieren.

Nachfolgend geben wir einen Überblick zu den Kriterien der Bewertung von „Scheinselbstständigkeit“ und von „unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung“ sowie verschiedene Handlungsempfehlungen, die bei Beauftragung und Organisation von Fremdpersonal aus Betreibersicht unbedingt beachtet werden sollten.

### **Kriterien einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbstständigkeit**

Der Einsatz von Fremdpersonal kann auf unterschiedlichen Vertragsbeziehungen beruhen (z.B. Arbeitnehmerüberlassungsverträgen, Werkverträgen oder selbständigen Dienstverträgen). Der jeweilige Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den (schriftlichen) Vereinbarungen 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 der Tätigkeit an.**

Dabei können die Grenzen zum Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung oder einer Scheinselbstständigkeit fließend sein. Die Rechtsprechung hat in Bezug auf die „gelebte“ Arbeitsorganisation u.a. die nachfolgenden Kriterien entwickelt, die als Indizien zur Bewertung herangezogen werden:

- **Bestimmung/Regelung der Arbeitszeit** von Fremdfirmen durch den Auftraggeber (*Beispiel: Beauftragung und Abrechnung des Arbeitseinsatzes des Fremdpersonals auf Stundenbasis*)
- **Tätigkeitsbezogene (un-)mittelbare Anweisungen**, durch die der Leistungsumfang maßgeblich bestimmt wird (*Beispiel: Koordinierung und Aufgabenbestimmung, beispielsweise von externem Technikpersonal, Bestuhlungshelfern oder Sanitärkräften, durch das hauseigene Personal*)
- **Kooperative Arbeit** zwischen Arbeitnehmern der Fremdfirma und des Auftraggebers (*Beispiel: Arbeitsteiliges Zusammenwirken durch gemischte Arbeitsgruppen aus Fremd- und Eigenpersonal*)
- **Fehlende Projektbezogenheit** des Arbeitseinsatzes (*Beispiel: Regelmäßige Übernahme verschiedener hausinterner Aufgaben (Technik, Facility Management etc.) unabhängig von einer bestimmten Veranstaltung*)
- **Gemeinsame Nutzung** von Sozialeinrichtungen, Arbeitsmitteln oder -kleidung (*Beispiel: Nutzung von Pausen- und Umkleebereichen des Stammpersonals auch durch das Fremdpersonal / Das Fremdpersonal besitzt kein eigenes Werkzeug /*

*Einheitliche Arbeitskleidung mit Logo-Aufdruck des Auftraggebers / Einrichtung einer hausinternen Emailadresse)*

Das Zusammenspiel mehrerer der vorgenannten Kriterien kann als **Eingliederung der externen Arbeitskräfte in die Arbeitsorganisation des Betreibers** gewertet werden, wodurch die Grenze zur unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung oder zur Scheinselbstständigkeit in der Regel überschritten wird. Um dies zu verhindern, sind beim Umgang mit Fremdfirmen die folgenden praktischen Maßnahmen dringend zu beachten:

- **Keine mündliche Anweisung der Leistung vor Ort**, sondern schriftliche Beauftragung (e-mail) der Leistung auf Grundlage eines Rahmenvertrags
- **Abnahmefähige (Werk-)Leistungen** beauftragen, soweit die zu erbringende Leistung dies zulässt (z.B. Auftrag Bestuhlung: bereits mit der Beauftragung den aufzubauenden Bestuhlungsplan vorgeben und nicht für x Stunden Personal zum Stühle stellen anfordern)
- **Leistungspakete möglichst zu Festpreisen** beauftragen und nicht nach Stundenaufwand über Stundenzettel
- **Entscheidungsbefugte Ansprechpartner** auf Seiten des externer Service-Partners definieren („Aufsichtsführenden“)
- **Saubere Kommunikationsstruktur aufbauen** (möglichst keine direkten Anweisungen bei der Auftragsdurchführung gegenüber dem ausführenden Mitarbeiter geben; Kommunikation erfolgt über den „Aufsichtsführenden“ der Fremdfirma.

**Beispiel:** Werden zeitgleich mehrere Veranstaltungstechniker durch eine Fremdfirma eingesetzt, benennt diese einen „Aufsichtsführenden“, der die Leitung und Aufsicht für den jeweiligen Auftrag vor Ort in der Versammlungsstätte wahrnimmt. Erforderliche Abstimmungen während der Auftragsdurchführung, mit dem Personal des Betreibers und mit dem technischen Personal des jeweiligen Veranstalters, erfolgen ausschließlich über den benannten „Aufsichtsführenden“. Die Erteilung von Anweisungen durch Mitarbeiter des Betreibers oder durch den jeweiligen Veranstalter gegenüber dem sonstigen Personal der Fremdfirma ist grundsätzlich nicht gestattet. Verstöße hiergegen sind dem Betreiber unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Ausnahmen bestehen nur im Rahmen von Einzelanweisungen zur Bestimmung werk-/ und dienstvertraglich geschuldeter Leistungen.

### **Kriterien der erlaubten Arbeitnehmerüberlassung**

Es gibt auch die „**erlaubte Arbeitnehmerüberlassung**“, bei der das (entlehene) Fremdpersonal in die Arbeitsorganisation des Betreibers (als Entleiher) eingegliedert wird und den Weisungen des Personals des Betreibers unterliegt. Hierfür müssen allerdings u.a. folgende Kriterien stets beachtet werden:

- Vorliegen einer **Erlaubnis** zur Arbeitnehmerüberlassung auf Seiten des Verleihbetriebs
- Ausdrücklich als „**Arbeitnehmerüberlassungsvertrag**“ benannter Vertrag
- **Konkretisierungspflichten** durch namentliche Nennung des Leiharbeitnehmers sowie dessen Funktion im Rahmen des Leiharbeitsverhältnis und – soweit möglich – Bezifferung eines Lohnanspruchs für vergleichbare Tätigkeiten im Haus
- Beachtung der **Höchstüberlassungsdauer** von 18 Monaten

- Beachtung des „**Gleichstellungs-Grundsatzes**“ hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts
- Einhalten des **3-Monate-Unterbrechungszeitraums**, um die Fristen neu beginnen zu lassen (ansonsten Einstellung des Leiharbeitnehmers)

**Zu beachten ist:** Bei einem Verstoß gegen eine der vorbezeichneten Pflichten, liegt wiederum ein Fall **unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung** vor. Insbesondere in Bezug auf die Höchstüberlassungsdauer **von 18 Monaten** sollten Listen mit den eingesetzten Leiharbeitnehmern geführt sowie deren Arbeitseinsätze nachgehalten werden.

### **Anweisungsbefugnis im Rahmen von Arbeits- und Gesundheitsschutz**

Für den Fall, dass bei einer Veranstaltung **Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber** an einem Arbeitsplatz tätig werden (bspw. gemeinsamer Aufbau veranstaltungstechnischer Einrichtungen durch Fremdpersonal sowie Personal des Betreibers) bestimmen die **Vorschriften des § 8 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) sowie § 6 DGVV-V1**, dass die Arbeitgeber verpflichtet sind, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmungen zusammenzuarbeiten.

Soweit dies für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Tätigkeit erforderlich ist, haben sich die Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeiten insbesondere

- gegenseitig und ihre Beschäftigten über die mit der Arbeit verbundenen Gefahren für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten zu **unterrichten**
- und Maßnahmen zur Verhütung dieser Gefahren **abzustimmen**

Der Betreiber muss beispielsweise darauf hinwirken, dass das Fremdpersonal, hinsichtlich der Gefahren für Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit **angemessene Anweisungen** erhalten haben (vgl. **§ 8 Abs. 2 ArbSchG**). Der Begriff „angemessene Anweisungen“ bedeutet, dass mindestens ein entscheidungsbefugter Vertreter der Fremdfirma („Aufsichtsführender“) selbst schriftliche Arbeitsschutzanweisungen erhält oder an einer entsprechenden Unterweisung vor Ort teilnimmt. Dies gilt maßgeblich für die **Schnittstelle** zwischen den gebäudetechnischen Einrichtungen des Betreibers und den eingebrachten technischen Einrichtungen einer Fremdfirma.

Durch diese Vorgabe des Arbeitsschutzgesetzes ist der Betreiber in der Lage zumindest im Hinblick auf die Arbeitssicherheit angemessenen Anweisungen an das Fremdpersonal weiterzugeben. Die Aufsicht und direkte Anweisungsbefugnis für das Fremdpersonal verbleibt ansonsten bei der Fremdfirma als Arbeitgeber. Der Betreiber darf nur eingreifen, wenn er

- **Kenntnis** von Verstößen oder Mängeln in Bezug auf die Arbeitssicherheit erlangt oder
- die Verstöße oder Mängel **offensichtlich** sind.

**Zu beachten ist:** Anweisungen/Unterweisungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz fallen nicht unter das Kriterium der **tätigkeitsbezogenen (un-)mittelbaren Anweisungen**, durch die der Leistungsumfang maßgeblich bestimmt wird. Damit werden sie von der Rechtsprechung

auch nicht zur Bewertung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung oder einer Scheinselbstständigkeit herangezogen.

*Für die Prüfung und Ausarbeitung geeigneter Vertragsmodelle sowie für Workshops und Schulungen im Bereich des „Einsatz von Fremdfirmen“ stehen Ihnen Rechtsanwalt Volker Löhr und Rechtsanwalt Thomas Rüsche gerne jederzeit zur Verfügung.*