

Dr. Daniel Klösel, RA, und Dr. Thilo Mahnhold, RA/FAArbR

Contractor Compliance im neuen AÜG

Zurechenbarkeit als (vernachlässigter) Ansatzpunkt bei der Gestaltung von Werk- und Dienstvertragsmodellen

Die Gestaltung von Fremdpersonaleinsätzen auf Basis von Werk- und Dienstverträgen („Outsourcing“) bildet das Paradedrama für eine – viele Jahre vernachlässigte – arbeitsrechtliche Compliance. Immense Risiken rechtlicher und nicht-rechtlicher Art gepaart mit zahlreichen öffentlichkeitswirksamen Skandalfällen aus der jüngeren Vergangenheit bilden den Nährboden für eine zunehmend bedeutender werdende Contractor Compliance. Soweit hierbei die Gestaltung der letztlich entscheidenden Vertragspraxis im Mittelpunkt steht, ist dies im Ansatz richtig, führt aber oftmals zu einem zu kritischen Blick auf die Möglichkeiten rechtlich zulässiger Gestaltungen. Dies geht zurück auf einen verbreiteten rechtlichen Irrtum, denn die zweifelslos fehleranfällige Vertragspraxis ist nicht ausnahmslos entscheidend, vielmehr muss sie hierfür auch eine gewisse *Typizität* aufweisen und letztlich auch bestimmten Personen innerhalb des Unternehmens zurechenbar sein. Dies liefert hilfreiche Ansatzpunkte für Compliance-Konzepte im Zusammenhang mit der Gestaltung von Werk- und Dienstverträgen, aber auch gute Verteidigungsargumente, wenn das „Kind in den Brunnen gefallen“ zu sein scheint.

I. Einleitung

Fremdpersonaleinsätze auf Basis von Werk- und Dienstverträgen, ganz gleich ob mit Solo-Selbstständigen oder Werk- bzw. Dienstunternehmen mit eigenen Mitarbeitern, sind mittlerweile Gang und Gäbe. Was in arbeitsteiligen Marktwirtschaften ohnehin niemals wegzudenken war, wird durch neuartige Trends im Zusammenhang mit „Arbeiten 4.0“¹ oder der Regulierung der klassischen Leiharbeit durch die Rechtsprechung und zuletzt den Gesetzgeber zusätzlich verschärft.² Sog. „alte“ und „neue Werkverträge“ erfassen längst viele Neben-, aber auch Kernbereiche unternehmerischer Dienstleistungs- und Wertschöpfungsprozesse und sind in einigen Branchen – nicht nur in der zuletzt im AÜG-Gesetzgebungsverfahren prominent gewordenen IT- und Beraterbranche – kaum mehr weg zu denken.³

So sehr die betriebliche Realität ohne Werk- und Dienstverträge kaum mehr vorstellbar erscheint, so sehr ist ein Rückgriff auf Fremdpersonal aber auch mit zahlreichen Risiken verbunden. Egal ob beim Einsatz von Solo-Selbstständigen oder Werk- bzw. Dienstunternehmern mit eigenen Mitarbeitern, die Unternehmen und die relevanten Entscheidungsträger sind – unabhängig von einigen Imagekratzern, wie nicht zuletzt einige prominente Fälle aus der jüngeren Vergangenheit gezeigt haben – mit zahlreichen rechtlichen Risiken konfrontiert, die – je nach Konstellation – von strafrechtlichen Sanktionen (§ 266a StGB) über eine arbeitsrechtliche Fiktion der Scheinwerk- und -dienstverträge in Arbeitsverträge (ggf. über §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG) und eine ggf. existenzbedrohende Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 28e SGB VII) bis hin zu der persönlichen Haftung der Entscheidungsträger (§§ 823 BGB, 266a StGB) reichen kön-

nen.⁴ Ergänzend kommt hinzu, dass das Vorenthalten von Sozialversicherungsabgaben, neuerdings aber auch AÜG-Verstöße zu einem Eintrag in das zentrale Wettbewerbsregister und somit zum Ausschluss von öffentlichen Aufträgen führen können. Diese Risiken hat der Gesetzgeber zuletzt noch ein wenig verschärft, indem er den Unternehmen durch die Einführung einer Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 S. 5, 6 AÜG) die recht komfortable Möglichkeit des sog. „Fallschirms“, also der Möglichkeit einer vorsorglichen AÜ-Erlaubnis für Werk- und Dienstvertragsmodelle, genommen hat.⁵

Dies macht deutlich, dass Werk- und Dienstverträge ganz aktuell das wohl bedeutendste Thema der arbeitsrechtlichen Compliance bilden.⁶ Besonderes Augenmerk gilt hierbei – neben dem Vertragsmanagement und anderen Gesichtspunkten – vor allem dem Gesichtspunkt der Vertragsdurchführung. Denn die meisten Statusverfehlungen resultieren weniger aus einer gezielten Umgehung arbeits- bzw. sozialrechtlicher Schutzvorkehrungen als aus einer Vertragsdurchführung, die dem vertraglichen Rahmen enteilt. Contractor Compliance verfolgt dagegen das Ziel, die Vertragsdurchführung mittels geeigneter Maßnahmen derart zu gestalten und zu überwachen, dass der vertraglich vorgesehene Rahmen gewahrt bleibt. An dieser Stelle kommt es in der Praxis aber immer wieder zu einigen Irritationen, denen ein verbreitetes rechtliches Missverständnis zugrunde liegt. Denn nicht jedes Enteilen vom Vertrag führt automatisch bereits zu einer Statusverfehlung. Ganz im Gegenteil, so ist es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung angelegt, müssen sie hierfür auch eine gewisse *Typizität* aufweisen und letztlich auch bestimmten Personen innerhalb des Unternehmens zurechenbar sein.

Dieser Fokus auf die Kategorien *Typizität* und *Zurechnung* führt dazu, einen zu kritischen Blick bei der Einführung von Werkvertragsmodellen zu vermeiden, was diese entweder verhindert oder sogar in risikoreichere Fremdpersonalmodelle mündet. Zudem ergeben sich hieraus neue Ansätze für wirksame Compliance-Strategien, aber auch für die gerichtliche Verteidigung von Fremdpersonaleinsätzen vor den Arbeits-, Sozial- oder Strafgerichten.

¹ Vgl. vorerst *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 ff.; zum Interim Management vgl. *Buschbaum/Klösel*, NJW 2012, 1482, jeweils m. w. N.

² Vgl. zusammenfassend *Lembke/Ludwig*, NJW 2014, 1329 ff.; *Lembke*, NZA 2017, 1 ff. jeweils m. w. N.

³ BT-Drs. 18/10064, 13.

⁴ Ausführlich hierzu *Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold*, Contractor Compliance, 2016, S. 161–233; zuletzt *Vogel/Simon*, CB 2017, 193.

⁵ *Ulrici*, HK-AÜG, 2017, § 1 AÜG, Rn. 130–138 m. w. N.; vgl. zuvor noch anders BAG, 12.7.2016 – 9 AZR 352/15, BB 2016, 2686.

⁶ *Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold*, Contractor Compliance, 2016; zuvor bereits vereinzelt bei *Ziegler*, NJW 2015, 1914.

II. Zunehmendes Gewicht der Vertragsdurchführung im neuen AÜG?

Den Grund, weshalb das Hauptaugenmerk der Contractor Compliance auf der Vertragsdurchführung liegt, liefert die ständige Rechtsprechung der Arbeits- und sonstigen zuständigen Gerichte, wonach es – wenn die Vertragspraxis den vereinbarten Werk- oder Dienstverträgen enteilt – entscheidend auf die gelebte Vertragspraxis und nicht die vertraglichen Vereinbarungen ankommen soll.⁷ Das prominenteste Beispiel für eine derart enteilende Vertragspraxis liefert der Fall *Daimler*. Im Bereich des IT-Supports war hier ein sog. Ticketsystem – sozusagen als institutionalisiertes Repräsentantenmodell – vertraglich fixiert, um die Kernbelegschaft des Auftraggebers (die IT-spezifische Leistungen nachfragte) und die IT-Mitarbeiter des Auftragnehmers (die diese IT-spezifischen Leistungen erbrachten) von einander zu separieren und arbeitsbezogene Weisungen im Rahmen des Beauftragungsprozesses zu verhindern. In der Praxis belegten aber zahlreiche Fälle, dass dieses Ticketsystem jedenfalls nicht durchgehend gelebt wurde, sodass das zuständige Gericht aufgrund dieser enteilenden Vertragspraxis trotz eines bestehenden Werk- bzw. Dienstvertrags eine illegale Arbeitnehmerüberlassung annahm.⁸

Ein erster Blick auf zwei Kernregelungen des neuen AÜG verleitete dann einige Stimmen zu der Annahme, dass dieser (enteilenden) Vertragspraxis in Zukunft ein noch größeres Gewicht zukommen soll.⁹ Denn zum einen enthält § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG eine Legaldefinition des Leiharbeitnehmers, die lediglich voraussetzt, dass „Arbeitnehmer (...) in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen“. Von einer „vollen“ Eingliederung und einer „alleinigen“ Weisungsabhängigkeit, so wie es in den üblichen Wendungen der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung angelegt war, ist hier also nicht mehr die Rede.¹⁰ Zum anderen stellt nunmehr auch § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG unmissverständlich klar: „Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrags die tatsächliche Durchführung maßgebend.“ Von einer zusätzlichen Kenntnis und/oder Billigung der enteilenden Vertragspraxis seitens der zum Vertragsschluss berechtigten Personen, so wie es vor allem in der Rechtsprechung des BAG regelmäßig eingefordert wurde, ist hier ebenfalls keine Rede mehr.¹¹

Hieraus aber abzuleiten, dass bereits eine einzige unautorisierte Weisung eines unwissenden oder gar bewusst schädigend vorgehenden Mitarbeiters auf einer beliebigen Hierarchiestufe des Auftraggebers für sich allein zu einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung führt, geht ersichtlich zu weit. Würde jeder Einzelfall einer solchen „Eingliederung“ zu derartigen Rechtsfolgen führen, wären Werk- und Dienstverträge, immerhin beides Relikte aus den Kindertagen des BGB und auch über 100 Jahre später noch immer unverändert notwendige Elemente jeder arbeitsteiligen Marktwirtschaft, schlicht „tot“. Konsequenterweise hat dann auch der Gesetzgeber noch vor Erlass des AÜG auf die zahlreichen namhaften Kritiker reagiert und klargestellt, dass die gegenwärtige Rechtslage durch die gesetzlichen Neuregelungen nicht geändert werden solle.¹²

Es bleibt also – auch wenn nicht gänzlich frei von Missverständnissen – dabei, egal ob bei der Abgrenzung von Werk-/Dienstverträgen zu Scheinwerkverträgen bei Solo-Selbstständigen im Zweipersonenverhältnis (§ 611a BGB) oder zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung bei Werk-/Dienstunternehmern im Dreipersonenverhältnis (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG), es kommt noch immer auf eine wertende Gesamtbetrach-

tung zahlreicher Kriterien – vor allem einer bestehenden Weisungsabhängigkeit und einer betrieblichen Eingliederung – an, wobei mit Blick auf das Vorliegen dieser Kriterien der praktischen Vertragsdurchführung wenn auch keine veränderte, aber noch immer eine entscheidende Bedeutung zukommt.¹³

III. Die Vertragsdurchführung im Zwei- und Dreipersonenverhältnis

Soweit es bei dem maßgeblichen Korrektiv der Vertragsdurchführung bleibt, ist hinsichtlich deren konkreter Rechtsfolgen zwischen den unterschiedlichen praktischen Konstellationen des Fremdpersonaleinsatzes zu unterscheiden.

1. Klassische Konstellationen: Scheinwerkvertrag und illegale AÜ

In Bezug auf die zwei klassischen Konstellationen ergeben sich zunächst einmal wenig Probleme. Stellt sich im Fall eines (vermeintlich) Solo-Selbstständigen, der auf Basis eines (vermeintlichen) Werk- oder Dienstvertrags für den Auftraggeber tätig wird, unter Zugrundelegung der maßgeblichen Vertragsdurchführung heraus, dass er hierbei dessen Weisungen unterliegt und in dessen betriebliche Organisation eingegliedert ist, handelt es sich hierbei um einen Scheinwerk- bzw. Scheindienstvertrag, der in Wahrheit als Arbeitsvertrag zu bewerten ist.¹⁴ Gleiches gilt im Grundsatz im Dreipersonenverhältnis. Wenn der (vermeintliche) Werkunternehmer oder Dienstnehmer mit eigenen Arbeitnehmern auf Basis eines (vermeintlichen) Werk- oder Dienstvertrags für den Auftraggeber tätig wird, diese Arbeitnehmer aber den Weisungen des Auftraggebers unterliegen und in dessen betriebliche Organisation eingegliedert sind, handelt es sich in Wahrheit um eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung, deren Rechtsfolgen in §§ 9, 10 AÜG (Unwirksamkeit des AÜ-Vertrags, fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher) geregelt sind.¹⁵

2. Das Problem der Fiktion beim Selbstständigen Contracting

Bei einem dritten, in der Praxis mittlerweile sehr häufig vorkommenden Modell ist es dagegen schon etwas schwieriger zu beurteilen, ob dieses im Zweipersonenverhältnis oder nach Maßgabe der AÜG-Regelungen im Dreipersonenverhältnis gelöst wird. Hierbei geht es um die Konstellation des Selbstständigen-Contracting, das aus Auftraggeber-sicht ein gegenüber dem Einsatz von Solo-Selbstständigen vorzugswürdiges Modell war und im Grundsatz nach wie vor ist, und im Regelfall den Dreipersonenverhältnissen zugeordnet wird. Beim Selbstständigen-Contracting im sogenannten holländischen Modell verspricht der Auftragnehmer („Provider“/Vermittler) gegenüber dem Auftraggeber

7 St. Rspr. BAG, 29.8.2012 – 10 AZR 499/11, BAGE 143, 77 m. w. N.

8 LAG Baden-Württemberg, 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, BB 2013, 2809 m. BB-Komm. *Zumkeller*, BB 2013, 3136 Ls m. BB-Komm. *Krüger*.

9 *Tuengerthal/Andorfer*, BB 2016, 1909, 1911; *Siebert/Novak*, ArbRAktuell 2016, 391.

10 St. Rspr. BAG, 14.8.1985 – 5 AZR 225/84, Rn. 20.

11 Zuletzt BAG, 20.9.2016 – 9 AZR 735/15, BB 2017, 123 m. BB-Komm. *Kamann* m. w. N.

12 BT-Drs. 18/10064, 13; ausführlich hierzu *Henssler*, in: *Henssler/Grau*, *Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge*, 2017, S. 74 ff.; *Lembke*, NZA 2017, 1, 2.

13 St. Rspr. BAG, 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288.

14 St. Rspr. BAG, 25.9.2013 – 1 AZR 282/12.

15 BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455; LAG Baden-Württemberg, 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, BB 2013, 2809 m. BB-Komm. *Zumkeller*, BB 2013, 3136 Ls m. BB-Komm. *Krüger*.

(Einsatzunternehmen) zumeist einen Dienst bzw. ein Werk, den/das der Auftragnehmer sodann durch Selbstständige erbringt.¹⁶

Die Konstellation ähnelt mithin den Werk- und Dienstvertragsmodellen, in denen Arbeitnehmer des Auftragnehmers als Erfüllungsgehilfen tätig werden. Und tatsächlich erfasst das BAG diese Konstellation bereits mit Entscheidung vom 9.11.1994¹⁷ – trotz des fehlenden Arbeitsvertrags im Verhältnis des Auftragnehmers zu dem (vermeintlich) Selbstständigen – aus dem Blickwinkel der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. Es fragt danach, ob die dem Dreiecksverhältnis Auftraggeber/Auftragnehmer/Selbstständiger zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse ihrem Geschäftsinhalt nach auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet sind. Es bedarf eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem vorgeblich „Selbstständigen“ und dem Auftragnehmer einerseits, andererseits eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

Diese Perspektive zeigt sich nunmehr auch an einer Entscheidung des BAG vom 17.1.2017¹⁸ zur „Selbstüberlassung“ eines Geschäftsführers einer Verleih-GmbH. Solange der Geschäftswillen der Beteiligten auf das zwischen Verleiher und Entleiher (vorliegend zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber) geschlossene Rechtsverhältnis gerichtet ist, kommt kein Vertrag zwischen dem „Entleiher“ und dem Geschäftsführer (vorliegend dem Selbstständigen) außerhalb des Dreiecksverhältnisses zustande. Damit verfolgt das BAG einen „verleiherbezogenen“, keinen „entleiherbezogenen“ Ansatz.¹⁹

IV. Zurechenbarkeit und Typizität als maßgebliche Kategorien einer enteilenden Vertragsdurchführung

Ausgehend von diesen beiden Grundkonstellationen gilt der Blick nunmehr den inhaltlichen Anforderungen, unter denen eine enteilende Vertragsdurchführung entscheidend zu einer Statusverfehlung führt und die insoweit den Anknüpfungspunkt für geeignete Compliance-Maßnahmen bilden. Hierbei ist die Perspektive des BAG zwar eine andere als die des BSG oder auch des BGH in Strafsachen. Zentral bleiben aber stets zwei Voraussetzungen, nämlich die *Typizität* von Problemfällen und die *Zurechenbarkeit* einer abweichenden Vertragsdurchführung an die Vertragsschließenden.

1. Arbeitsrecht

Am deutlichsten wird dies mit Blick auf die Rechtsprechung des BAG, die in zahlreichen Entscheidungen gerade aus der jüngeren Vergangenheit einem konsistenten rechtsgeschäftlichen Ansatz folgt. Danach eignen sich „*einzelne Vorgänge*“ nur dann zur Feststellung eines „*vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts ... , wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt*“.²⁰ Compliance muss also gar nicht jede (vermeintlich) arbeitsrechtliche Weisung verhindern. Es geht um die Vermeidung einer Typizität.²¹ Solange das gelingt, lässt sich aus der Vertragsdurchführung weder im Zwei- noch im Dreipersonenverhältnis ein vom Vertragswortlaut abweichender Geschäftswille ableiten. Darüber hinaus ist ein effektives, gelebtes Compliance-Konzept für sich genommen schon Ausdruck des tatsächlich gewollten Geschäftsinhalts. Problemfälle in der Vertragsdurchführung lassen sich dann umso weniger als Indizien für einen vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalt interpretieren.

Der Nutzen einer Contractor Compliance zeigt sich auch an einer zweiten Komponente der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich da-

rin, dass eine abweichende Vertragsdurchführung den Vertragsschließenden auch zurechenbar sein muss, um eine Scheinselbstständigkeit bzw. verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu begründen.²² Bereits mit Entscheidung vom 20.7.1994 betont das BAG für das Zweipersonenverhältnis, dass die praktische Handhabung nur dann maßgeblich sei, wenn sie den Vertragsschließenden auch zurechenbar sei. Es seien insoweit die „*Grundsätze der Duldungs- und Rechtscheinvollmacht anzuwenden*“.²³ Das Kriterium der Zurechenbarkeit hat das BAG mit Entscheidung vom 29.9.2016 jüngst auch noch einmal für das Dreipersonenverhältnis betont. Die Vertragspraxis lasse „*nur dann Rückschlüsse auf den wirklichen Geschäftswillen der Vertragspartner zu, wenn die zum Vertragsschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie zumindest billigen*“.²⁴ Schon mit Entscheidung vom 9.11.1994 arbeitet das BAG das Erfordernis der Zurechenbarkeit für das Dreiecksverhältnis heraus, formuliert gegenüber jüngeren Entscheidungen aber noch etwas weiter: Die Zurechenbarkeit sei anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu bestimmen.²⁵

Wie bereits oben angedeutet, stehen dieser rechtsgeschäftlichen Betrachtungsweise auch die am 1.4.2017 in Kraft getretenen Neuerungen zum AÜG nicht entgegen. Für das Zweipersonenverhältnis betont § 61a BGB lediglich, dass die Bezeichnung des Vertrages irrelevant ist, wenn sich das Vertragsverhältnis in der tatsächlichen Durchführung als Arbeitsverhältnis erweist. Das soll die bisherige Rechtslage abbilden, wie der Gesetzgeber ausdrücklich hervorhebt und durch Verweis u. a. auf eine Entscheidung des BAG v. 29.8.2012²⁶ dokumentiert.²⁷ Für das Dreipersonenverhältnis indes ist die neue Rechtslage weniger eindeutig. Laut § 12 AÜG ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages (Verleiher – Entleiher) die tatsächliche Durchführung maßgebend, wenn sich Vertrag und tatsächliche Durchführung widersprechen. Dieser Wortlaut ist verunglückt. So lässt sich diese verkürzte Rezension der bisherigen Rechtsprechung doch auch so auslegen, als gehe die faktische Vertragsdurchführung dem übereinstimmenden Parteiwillen schlicht vor.²⁸ Die rechtsgeschäftliche Betrachtungsweise würde durch eine rein faktische abgelöst, für das Erfordernis der Zurechenbarkeit bliebe kein Raum.

Allerdings steht eine solche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dem erklärten Willen des Gesetzgebers entgegen. § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG soll laut den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich der bisherigen Rechtsprechung entsprechen. Auf die Entscheidung des BAG vom 15.4.2014²⁹ wird in den Gesetzgebungsmaterialien verwiesen. Dann liest sich § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG aber nur als ein verkürztes Zitat aus der Entscheidung vom 15.4.2014. Im vollständigen Satzzusammenhang wird klar, dass die Vertragsdurchführung maßgebend sein soll, um den „*wirkliche(n) Willen der Vertragsparteien*“ zu bestimmen. Ohnehin wäre eine rein faktische Betrachtungsweise wohl kaum

16 Im Einzelnen Mahnhold, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 342 ff. m. w. N.

17 BAG, 9.11.1994 – 7 AZR 217/94, BAGE 78, 252 ff., BB 1995, 1293.

18 BAG, 17.1.2017 – 9 AZR 76/16, NZA 2017, 572.

19 Lembke, NZA 2017, 1, 2; ferner Lembke, NZA 2013, 1312, 1314 ff.; Hoch, BB 2016, 1658 ff.

20 BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455, 458.

21 Mahnhold, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 246.

22 Ebd. 242 ff.

23 BAG, 20.7.1994 – 5 AZR 628/93.

24 BAG, 20.9.2016 – 9 AZR 735/15, BB 2017, 123 m. BB-Komm. Kamann.

25 BAG, 9.11.1994 – 7 AZR 217/94, BB 1995, 1293.

26 BAG, 20.9.2016 – 9 AZR 735/15, BB 2017, 123 m. BB-Komm. Kamann.

27 BT-Drs. 18/9232, 32.

28 Henssler, RdA 2017, 83, 86.

29 BAG, 15.4.2014 – 3 AZR 395/11.

mit der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Privatautonomie vereinbar, wobei die vorliegende Fragestellung ohnehin stark an den überkommenen arbeitsrechtlichen Grundlagenstreit um Vertragstheorie und Eingliederungstheorie erinnert.³⁰

2. Sozialversicherungsrecht und Strafrecht

Diese aus arbeitsrechtlicher Sicht wesentlichen Ansatzpunkte für eine Contractor Compliance, nämlich die Vermeidung von *Typizität* und *Zurechenbarkeit*, werden jedenfalls im Kern auch durch einen Blick auf die sozialgerichtliche und strafgerichtliche Rechtsprechung bestätigt.

Im Vergleich zur Rechtsprechung des BAG sind entsprechende Referenzen zwar weitaus spärlicher, aber vorhanden. So stellt das BSG in einer jüngeren Entscheidung vom 29.8.2012³¹ grundsätzlich klar, dass „zur Feststellung des Gesamtbildes den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungssetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Verhältnissen zukommt“. In der Folge teilt das BSG dann aber den rechtsgeschäftlichen Ansatz des BAG, wenn es die Anforderungen an eine Korrektivfunktion der Vertragspraxis negativ wie folgt definiert: „Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist.“ Soweit die vertraglichen Bestimmungen sogar dazu geeignet sein sollen, eine fehlende Abdingbarkeit der werk- bzw. dienstvertraglichen Elemente zu begründen, wird der rechtsgeschäftliche Ansatz des BAG um ein weiteres Element ergänzt. Die zentralen Begriffe von *Typizität* und *Zurechnung* bleiben aber die zentralen Voraussetzungen, unter denen – auf der Basis eines rechtsgeschäftlichen Ansatzes – der Vertragspraxis überhaupt eine Korrektivfunktion gegenüber den vertraglichen Verhältnissen zukommen kann.

Mit Blick auf das Strafrecht finden sich ebenfalls Anhaltspunkte für einen rechtsgeschäftlichen Ansatz. Zum einen resultiert dies bereits daraus, dass die strafrechtliche Vorschrift des § 266a StGB ohnehin an die sozialrechtlichen Wertungen anknüpft, darüber hinaus wird aber auch hier der „Wille der Vertragsparteien“ für grundsätzlich „ausschlaggebend“ erachtet.³²

V. Compliance-Strategien

Soweit die Kategorien der *Zurechenbarkeit* und *Typizität* die maßgeblichen inhaltlichen Anforderungen an eine maßgebliche (enteilende) Vertragsdurchführung definieren, liefern sie auch gleichzeitig den rechtlichen Anknüpfungspunkt für präventive Compliance-Maßnahmen.

1. „Nichts-Tun“ als Compliance-Konzept?

Eine naheliegende Antwort könnte jedenfalls mit Blick auf den Zurechnungsaspekt zunächst schlicht darin zu sehen sein, die Vertragsdurchführung einfach „laufen zu lassen“ und auf jedwede Compliance-Maßnahmen zu verzichten, um sich so zumindest dem Vorwurf einer „Kenntnis und Billigung“³³ der zum Vertragsschluss Berechtigten gar nicht erst auszusetzen. Was diese nicht kontrollieren, können sie schließlich auch nicht wissen und schon gar nicht billigen.

Dies wäre aber etwas zu einfach. Hierfür spricht bereits der Umstand, dass die außergerichtlichen Akteure, namentlich Zoll und DRV, kaum einen derart diffizilen rechtsgeschäftlichen Ansatz teilen dürften. In den für die Prüfungspraxis des Zolls maßgeblichen „Fachlichen Wei-

sungen AÜG“ der BA vom 20.3.2017 wird jedenfalls nicht ausdrücklich auf derartige Gedankenspiele der Rechtsprechung Bezug genommen.³⁴ Ein derartiges Vorgehen wäre zudem aber auch praxisfern, da ein Laufenlassen auch unter dem Gesichtspunkt der *Typizität* eine enteilende Vertragspraxis gerade begünstigt, sodass die anschließende Darlegung, hiervon vorgeblich keinerlei Kenntnis gehabt zu haben, in vielen Fällen äußerst unglaubhaft erscheinen mag.

Der entscheidende Gesichtspunkt ergibt sich aber mit Blick auf den rechtsgeschäftlichen Ansatz selbst. Allein aus der knappen und formelhaften Bezugnahme auf „Kenntnis“ und „Billigung“ abzuleiten, dass eine maßgebliche (enteilende) Vertragspraxis tatsächlich positive Kenntnis und aktive Billigung der zum Vertragsschluss Berechtigten einfordert, dürfte den rechtsgeschäftlichen Ansatz ersichtlich überinterpretieren. Auch wenn das BAG dessen Ursprünge aus dem Denken der Anscheins- und Duldungsvollmacht nicht mehr ausdrücklich wiederholt, bleibt es unter Zugrundelegung eines konsequenten rechtsgeschäftlichen Ansatzes dabei, dass auch ein bloßes Kennenmüssen und ein daraus abzuleitendes generelles Dulden derartiger Zustände ausreicht.³⁵

2. Ganzheitlicher Compliance-Ansatz

In Folge dessen geben die Kriterien *Typizität* und *Zurechenbarkeit* die Stoßrichtung vor, die bei einem ganzheitlichen Compliance-Konzept zu berücksichtigen ist. Mit Blick auf die *Typizität* gilt es, mögliche Problemfälle – zumeist resultierend aus einem Kontakt der verschiedenen Mitarbeitergruppen – bereits im Vorfeld zu regulieren und anschließend konkrete Problemfälle im betrieblichen Alltag zu erkennen, um sie auflösen und somit isolieren zu können. Mit Blick auf die *Zurechenbarkeit* kommt es darauf an, bei den an der Vertragsdurchführung Beteiligten den Eindruck zu vermeiden, eine Statusverfehlung werde gebilligt. Hieraus begründen sich die Elemente einer Contractor Compliance sowohl „nach außen“ gegenüber dem Vertragspartner als auch „nach innen“ gegenüber den eigenen Mitarbeitern.³⁶

a) Compliance „nach außen“: Durchführungsvereinbarungen

Als wesentlicher Baustein einer Contractor Compliance „nach außen“ bieten sich vor allem die Aufnahme entsprechender vertraglicher Verpflichtungen bspw. in Form einer sog. Durchführungsvereinbarung an, in der Auftraggeber und Auftragnehmer verbindliche Vorgaben für die Vertragsdurchführung regeln.

In inhaltlicher Hinsicht lässt sich hier der jeweilige Vertragsgegenstand bspw. im Fall von klassischen Werkverträgen mit eigenen Arbeitnehmern als eigenständige Operation festschreiben, den der Auftragnehmer mittels einer eigenständigen betrieblichen Organisation einschließlich einer eigenständigen Personalplanung und -steuerung sowie weitestgehend eigenen Betriebsmitteln erbringt.³⁷ Soweit es zu einem Kontakt zwischen den verschiedenen Mitarbeitergruppen kommt, sind weitere Regelungen zu einer Kontaktsteuerung aufzu-

30 Mahnhold, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 246 f.

31 BSG, 29.8.2012 – B 12 KR 25/10, BB 2013, 894 m. BB-Komm. *Bischopink*.

32 BGH, 24.6.2015 – 1 StR 76/15, NStZ 2015, 648; vgl. umfassend Klötzer-Assion, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 192–198.

33 Vgl. zuletzt BAG, 20.9.2016 – 9 AZR 735/15, BB 2017, 123 m. BB-Komm. *Kamann*.

34 FW AÜG, S. 15 ff., 96.

35 Vgl. ausführlich Mahnhold, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 242 ff.

36 Zur Unterscheidung siehe Mahnhold, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 252 ff.

37 Vgl. BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455, 458.

nehmen, bspw. durch „persönliche Repräsentantenmodelle“ in Form der Festlegung bestimmter Mitarbeiter in leitender Funktion zur erforderlichen werkbezogenen Abstimmung der Prozesse oder durch „institutionalisierte Repräsentantenmodelle“ in Form von Ticketsystemen o.Ä., die die gleiche Funktion erfüllen und arbeitsbezogene Weisungen zwischen den verschiedenen Mitarbeitergruppen ausschließen sollen.³⁸

Ziel solcher Durchführungsvereinbarungen ist (auch), die an der Vertragsdurchführung Beteiligten an das vertraglich Gewollte zu erinnern. Wird im Zuge dessen klar definiert, wer zu Vertragsänderungen berechtigt ist, kann das der Zurechnung einer abweichenden Vertragspraxis an die Vertragsschließenden entgegenstehen und eine Statusverfehlung vermeiden.³⁹

b) Compliance „nach innen“: Leitlinien, Schulungen etc.

Wie aber bereits der Fall *Daimler* gezeigt hat, genügen derartige Maßnahmen „nach außen“ nicht, sondern müssen durch weitere Maßnahmen „nach innen“ flankiert werden, um die Überführung einer derartigen Vertragsdurchführung auch in den betrieblichen Alltag zu gewährleisten.

Eine erste wesentliche Maßnahme können Leitlinien sein, die idealerweise aus zwei Komponenten bestehen: Zum einen – je nach Konstellation – aus inhaltlichen Weisungen oder vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den eingesetzten Mitarbeitern, die in der Durchführungsvereinbarung geregelten Maßnahmen im betrieblichen Alltag umzusetzen, d.h. bspw. aus Auftraggebersicht keine arbeitsbezogenen Weisungen außerhalb bestehender Kontaktsteuerungsmodelle (Ticketsystem, Benennung von Repräsentanten etc.) auszusprechen oder aus Auftragnehmersicht keine derartigen Weisungen anzunehmen. Zum anderen sollte ein Kontrollmechanismus installiert werden, indem bspw. ausgewählte Führungskräfte angewiesen werden, die Einhaltung der genannten inhaltlichen Weisungen jedenfalls stichprobenartig zu kontrollieren und dies entsprechend zu dokumentieren. Sind derartige Maßnahmen umgesetzt, spricht vieles dafür, dass sich die Fälle einer enteilenden Vertragspraxis bereits unter dem Gesichtspunkt der *Typizität* auf ein hinreichendes Mindestmaß reduzieren lassen, darüber hinaus aber auch infolge einer fehlenden Kenntnis und Billigung der relevanten Personen *nicht zurechenbar* sind.

Sofern sich die Leitlinien auf derartige arbeitsbezogene Weisungen zum Umgang mit Fremdpersonal und darauf bezogene Kontrollmaßnahmen beschränken, betreffen sie auch lediglich die arbeitsvertraglichen Pflichten der mit Aufgaben im Zusammenhang mit Fremdpersonal befassten Mitarbeiter und sind deshalb dem (mitbestimmungsfreien) Arbeits- und nicht dem (mitbestimmungsrelevanten) Ordnungsverhalten der Mitarbeiter zuzuordnen, in Folge dessen sie keine Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auslösen.⁴⁰

Um der *Typizität* und *Zurechnung* weiter vorzubeugen, empfehlen sich häufig auch ergänzende Maßnahmen wie bspw. „Schulungen“ jedenfalls der Arbeitnehmer an den Schnittstellen der unternehmerischen Zusammenarbeit. Diese verfolgen im Kern den gleichen Zweck wie die vorstehend genannten Leitlinien. Auf eine sorgsame Dokumentation von Schulungsgegenstand und Teilnehmern ist zu achten. Je nach Umfang der Schulungsprogramme können diese sonstige Bildungsmaßnahme i.S.d. § 98 Abs. 6 BetrVG sein; im Regelfall dürften insoweit aber mitbestimmungsfreie Unterrichtungen über die Art der Tätigkeit der Arbeitnehmer i.S.d. § 81 Abs. 1 BetrVG genügen, um die Arbeitnehmer hinreichend zu informieren.

VI. Fazit

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung den Weg für ganzheitliche Konzepte einer Contractor Compliance weist. Auch wenn die Vertragsdurchführung als maßgebliches Korrektiv unerlässlich bleibt, sollte – im Übrigen auch rechtsgebietsübergreifend – Einigkeit jedenfalls insoweit bestehen, dass nicht jede einzelne abweichende Vertragsdurchführung den Weg in die Scheinselbstständigkeit oder illegale Arbeitnehmerüberlassung weisen kann. Mit Blick auf eine notwendige Eingrenzung einer insoweit „maßgeblichen“ Vertragspraxis kommt demnach den Kategorien der *Typizität* und *Zurechnung* eine zentrale Bedeutung zu. Mit den genannten Maßnahmen „nach außen“ (bspw. Durchführungsvereinbarungen) und „nach innen“ (bspw. Leitlinien, Schulungen etc.) spricht aber vieles dafür, eine enteilende Vertragspraxis unter dem Gesichtspunkt der *Typizität* auf (nicht relevante) Einzelfälle zu beschränken und unter dem weiteren Gesichtspunkt der *Zurechenbarkeit* gute Ansatzpunkte zu liefern, dass die relevanten Personengruppen eine derartige Vertragspraxis jedenfalls zu keinem Zeitpunkt gebilligt haben.

Für Unternehmen sollte dies zunächst eine gute Nachricht sein, denn es zeigt, dass hieran anknüpfende ganzheitliche Compliance-Konzepte in der Lage sind, einen effektiven Schutz vor den umfassenden rechtlichen Risiken im Zusammenhang mit einer Scheinselbstständigkeit oder illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu liefern. Dagegen zeigt auch ein ergänzender Blick auf die neueste Rechtsprechung, dass anderweitige „einfache“ Ansätze wie bspw. die bloße Dazwischenschaltung einer GmbH keine tauglichen Alternativen zu derart ganzheitlichen Strategien liefern. Dies hat das BAG in seiner jüngeren Rechtsprechung klargestellt, indem es in diesem Zusammenhang die Grenzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs sehr ausdrücklich betont und konturiert hat.⁴¹ Ein ganzheitliches Konzept einer Contractor Compliance bedeutet in der Praxis dagegen auch zumeist einen jedenfalls überschaubaren Aufwand, der sich im Lichte der umfassenden Risiken im Zusammenhang mit einer Scheinselbstständigkeit oder illegalen Arbeitnehmerüberlassung aber lohnt und schlicht unerlässlich bleibt.

Dr. Daniel Klösel ist Rechtsanwalt bei JUSTEM Rechtsanwälte in Frankfurt a.M. Er vertritt Unternehmen in allen Fragen des Arbeitsrechts mit Schwerpunkt bei Restrukturierungen und Compliance-Themen im Zusammenhang mit Fremdpersonal, internen Ermittlungen und Datenschutz einschließlich der damit zusammenhängenden Prozessführung.



Dr. Thilo Mahnhold, RA/FAArbR, ist Partner bei JUSTEM Rechtsanwälte in Frankfurt a.M. Er berät und vertritt Unternehmen in der gesamten Bandbreite des Arbeitsrechts mit Schwerpunkt in der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung und hat zudem einen besonderen Fokus auf Compliance und Beschäftigtendatenschutz.



³⁸ Vgl. LAG Baden-Württemberg, 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, BB 2013, 2809 m. BB-Komm. *Zumkeller*, BB 2013, 3136 Ls m. BB-Komm. *Krüger*.

³⁹ *Mahnhold*, in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, S. 261.

⁴⁰ Grundlegend BAG, 23.10.1984 – 1 ABR 2/83, BAGE 47, 96; zum Kontrollaspekt BAG, 9.12.1980 – 1 ABR 1/78.

⁴¹ BAG, 17.1.2017 – 9 AZR 76/16, NZA 2017, 572.