

## Scheinselbstständigkeit, Arbeitnehmerüberlassung, Rechte am Arbeitsergebnis - ausgewählte arbeitsrechtliche Konsequenzen hybrider Projektmethoden

Klaus Gennen<sup>1</sup>

**Abstract:** Agile und hybride Projektvorgehensmethoden führen i.d.R. zu einer Vermischung der Verantwortungssphären der an dem Projekt Beteiligten. Dies gilt insbesondere, wenn und soweit in mixed teams bzw. gemeinschaftlich an demselben Artefakt gearbeitet wird. Eine solche Zusammenarbeit hat in verschiedener Hinsicht Auswirkungen in den Bereichen des Arbeits- und des Sozialversicherungsrechts (und des Steuerrechts) sowie des Arbeitnehmerüberlassungs- und Arbeitnehmererfinderrechts. Arbeitsrechtlich problematisch sind die Phänomene der Scheinselbstständigkeit sowie der Arbeitnehmerüberlassung, weil eine gemeinschaftliche Zusammenarbeit in der Praxis oft dazu führt, dass eine arbeitsrechtlich gewünschte Trennung von Bereichen, in denen rechtsunschädlich das Direktionsrecht ausgeübt werden kann und Bereichen, die frei von Direktionsrecht sind, schwerlich aufrechterhalten werden kann. Entscheidend ist dabei nicht in erster Linie, wie der Vertrag zwischen den Projektbeteiligten ausgeprägt ist, sondern die tatsächliche Handhabung bei der Durchführung. Mit Blick auf das Recht des geistigen Eigentums stehen bei der Zusammenarbeit unter hybriden PVM gemeinschaftliche Schöpfungen im Vordergrund. In den Verträgen mit den Beteiligten, einschließlich der Arbeitsverträge, sind Regelungen vorzusehen, die eine hinreichend deutliche und umfassende Zuweisung von Rechten an den Arbeitsergebnissen vorsehen, sofern nicht aus Sicht der Beteiligten die wenigen gesetzlichen Vorgaben ausreichend erscheinen.

**Keywords:** Arbeitnehmerüberlassung, Eingliederung in die Betriebsorganisation, Arbeitnehmerurheberrecht, Mitunternehmerschaft, Arbeitnehmererfinderrecht, Miterfinderschaft

### 1 Einleitung

Digitalisierungsprojekte werden unter Nutzung traditioneller, zunehmend auch unter Nutzung agiler bzw. hybrider Projektvorgehensmethoden (PVM) durchgeführt. Entwicklungskomplexe werden an externe Auftragnehmer übertragen, die durch ihre Spezialisierung in der Lage sind, Teile der notwendigen Entwicklung agiler, schneller und ggf. auch kostengünstiger durchzuführen als im Unternehmen des Auftraggebers selbst. Schnellere Reaktionen auf Änderungen an Anforderungen, die unter traditionellen PVM als Change Request im Anschluss an die Ausplanung des Projekts anzusehen wären, Produktivitätszuwachs, kurze Entwicklungszyklen und mehr Transparenz in Bezug auf die verrichteten Entwicklungstätigkeiten sind dabei die gewünschte Effekte hybrider PVM.

In Projekten finden sich, abhängig auch von der gemäß der PVM anwendbaren Rollenverteilung sowie deren Umsetzung in der Praxis, Projektteams auf Zeit zusammen. Diese sind oft gemischt, z.T. paritätisch, jedenfalls unternehmensübergreifend zusammengesetzt, sodass Mitarbeiter des Auftragnehmers und/oder Mitarbeiter des Auftraggebers gemeinsam bzw. in sog. „mixed teams“ – erläutert am Beispiel eines Softwareentwicklungsprojekts

---

<sup>1</sup> Rechtsanwalt u. Partner der Kanzlei LLR, Köln, Fachanwalt für IT-Recht und für Arbeitsrecht, ext. Datenschutzbeauftragter, zugl. ordentl. Professor (Teilzeit) an der TH Köln, klaus.gennen@llr.de.

– Anforderungen ermitteln und umsetzen, kodieren und/oder Dokumentation erstellen. Was dabei fachlich (und rechtlich) unter „gemeinsam“ zu verstehen ist, ist eine Frage des Einzelfalls, abhängig von der jeweiligen PVM und von der Gestaltung des Vertrages.

Die Projektarbeit erfolgt ggf. auch unter Beteiligung sog. „**Freelancer**“, d. h. freier Mitarbeiter, mit denen Dienst- oder Werkverträge (§§ 611 ff BGB, §§ 631 ff BGB) geschlossen werden. Solche Dritten, die keine besondere Unternehmensform haben, sondern als natürliche Personen auftreten, können wiederum Unterauftragnehmer des Auftragnehmers sein oder Personen, die eine aus Sicht des Auftraggebers zu erbringende Beistellung für diesen erledigen.

Zu denken ist ferner an eine Konstellation einer **Entwicklungskooperation** in dem Sinne, dass es keinen Auftraggeber gibt, der einen Entwicklungsauftrag erteilt und mithin ein bestimmtes Arbeitsergebnis erwartet, für das er eine Vergütung zahlt, sondern bei der von mehreren an der Kooperation beteiligten Unternehmen jeweils Personalressourcen abgestellt werden, die gemeinsam die anstehenden Entwicklungsaufgaben erledigen, ggf. sich hierneben auch Freelancer daran beteiligen.

Alle diese Formen der Zusammenarbeit in Projekten können Folgen haben für die beteiligten Unternehmen bzw. Personen in ihrer Eigenschaft als **Organisationstruktur**, für **Beschäftigungsverhältnisse** und auch für die **Personalführung**. Damit sind arbeitsorganisatorische und insbesondere arbeitsrechtliche Fragen und **Fragen des geistigen Eigentums**<sup>2</sup> angesprochen.

Geht man von dem Leitbild einer traditionellen PVM in einem Softwareentwicklungsprojekt aus, bei der ein erarbeitetes und freigegebenes Feinkonzept an den Auftragnehmer übergeben wird, damit dieser das Feinkonzept in Code umsetzt, während der Auftraggeber, sofern in der Umsetzungsphase noch notwendig, bei der Umsetzung mitwirkt (§§ 642, 643 BGB, z.B. die Tests im Rahmen einer Abnahme durchführt), der Auftragnehmer aber allein leistungs verpflichtet bleibt, ist abstrakt eine **Trennung zwischen den Arbeits- und Verantwortungssphären des Auftraggebers einerseits und des Auftragnehmers andererseits** möglich. Ist die PVM jedoch von vornherein strukturell auf eine Vermischung dieser Verantwortungssphären angelegt, weil man **in gemischten Teams an denselben Aufgaben arbeitet, teilweise dieselben Artefakte bearbeitet**, taucht z.B. die banale Frage auf, welche Person (Vorgesetzte/r) aus welchem Unternehmen welchem Teammitarbeiter fachliche Anweisungen erteilen darf bzw. den Inhalt der Tätigkeit bestimmt, auch im Hinblick auf die Zeit und die Lage der Arbeitszeit und/oder den Arbeitsort. Eine solche Vermischung ergibt sich insbesondere, wenn der Projektleiter auf Auftraggeberseite einem Mitarbeiter des Auftragnehmers unmittelbar eine fachliche Anweisung erteilt. Das kann dazu führen, dass auf Zeit vernetzte, ggf. parallel arbeitende Teams nicht mehr von jeweils einem Vorgesetzten auf jeder Teamseite geführt werden, sondern **aufgrund der angesprochenen Vermischung disziplinarische (Arbeitgeber) und fachliche Führung (Projektsteuerung) zusammenfallen bzw. von derselben Person ausgeübt werden, sich jedenfalls überschneiden**. Das hat **arbeitsrechtliche Konsequenzen**. Es stellt sich zudem die Frage, ob beim Einsatz Externer (Hauptauftragnehmer, Freelancer und andere)

<sup>2</sup> Nachstehend angesprochen werden ausschließlich das Arbeitnehmerurheberrecht und das Arbeitnehmererfinderrech. Andere Schutzstatuten wie zum Beispiel Designs, Marken und andere, werden als im Zusammenhang mit IT – Projekten nachrangig relevant außen vorgelassen. Eine gesonderte Betrachtung des Know-how-Schutzes würde den Rahmen der Darstellung sprengen.

unter Umständen eine (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung oder ein Scheinwerkvertrag vorliegen.

Unabhängig hiervon stellt sich auch die Frage, wem die Rechte an dem im Rahmen solcher Entwicklungsprozesse entstehenden geistigen Eigentum zustehen, insbesondere mit Blick auf das Urheberrecht sowie auf technische Schutzrechte (Patente, Gebrauchsmuster).

## 2 Rechtsfragen der Arbeitnehmerüberlassung und der Scheinselbstständigkeit

### 2.1 Grundlegende Anmerkungen zum Vertragsverhältnis

Die hier angesprochene Grundkonstellation ist die eines **Softwareerstellungsjprojekts**, bei dem eine Partei Auftraggeber ist und die andere Auftragnehmer<sup>3</sup>.

2.1.1 Zu der Frage, welchen **Einfluss in einem solchen Projekt die gewählte PVM auf die Rechtsnatur des Vertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hat**, ist im Tagungsband 2016 bereits Stellung genommen worden (vgl. Gennen, in: Engstler et al. [Hrsg.], Projektmanagement und Vorgehensmodelle 2016, S. 37 ff). Die rechtliche Einordnung ist demnach fallweise problematisch, wobei im Grundsatz Werkvertrag und Dienstvertrag oder etwa individuell vereinbarte Mischformen zur Auswahl stehen. Das gilt ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem Auftragnehmer um ein Unternehmen oder um einen Freelancer handelt – wobei beim Freelancer, je nach Durchführung des Projekts, die Gefahr der Scheinselbstständigkeit bestehen kann.

Hingewiesen sei noch einmal darauf, dass es im Falle einer Auseinandersetzung für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses nicht auf die Bezeichnung des Vertrages als Dienstvertrag oder Werkvertrag ankommt und auch nicht allein auf die getroffenen vertraglichen Regelungen, sondern **in erster Linie darauf, wie die Parteien das Projekt tatsächlich durchgeführt haben**. Wer als Auftraggeber einen Werkvertrag mit einem Unternehmen oder einem Freelancer vereinbart, im Laufe des Vertragsverhältnisses aber dazu übergeht, die Vergütungszahlung vollständig von einem etwa zu erreichenden Erfolg zu entkoppeln, Abnahmen nicht durchführt, Mängel nicht geltend macht, einzelnen Arbeitnehmern des Auftragnehmers oder dem Freelancer unmittelbar Weisungen erteilt und andere Verhaltensweisen zeigt, die eher von einem Werkvertrag fortweisen und zugleich eine Eingliederung der o. a. Personen in die eigene Arbeitsorganisation nahelegen, wird im Falle einer späteren Auseinandersetzung, jedenfalls unter dem Gesichtspunkt von Treu

---

<sup>3</sup> Die Sonderkonstellation der in der Einleitung erwähnten, von vornherein auf Gleichwertigkeit angelegten Softwareentwicklungskooperation zwischen gleichberechtigten Parteien, von denen keine eine Auftraggeberrolle hat, bleibt aus Platzgründen hier außen vor. Eine solche Konstellation dürfte in aller Regel vorwiegend gesellschaftsrechtlichen Regelungen folgen, weil man von einer Entwicklungsgemeinschaft im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgehen muss (§§ 705 ff BGB). Natürlich sind auch Mischformen denkbar, beispielsweise in der Form, dass ein großer Kunde mit eigener Softwareentwicklungsabteilung einen Anbieter einer Standardsoftware identifiziert, dessen Software bei ihm eingesetzt werden soll, an diesen herantritt um ihm anzutragen, die bisherige Standardsoftware für Zwecke des Kunden gemeinschaftlich, also unter Gestellung von Personalressourcen auch des Kunden, weiter zu entwickeln und die solchermaßen weiterentwickelte Standardsoftware nach Implementierung beim Kunden auch an Dritte gemeinschaftlich zu vertreiben.

und Glauben (§ 242 BGB), Schwierigkeiten haben, Rechte aus einem Werkvertrag herzu-  
leiten. Die Wirklichkeit übersteuert also stets rechtlich das Vereinbarte.

2.1.2 Als Alternative zum Dienst- oder Werkvertrag kann in Softwareentwicklungsprojekten auch eine **reine Personalüberlassung („body leasing“)** nach dem **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)** vereinbart werden, vgl. auch nachstehend Ziff. 2.3. Diese gesetzlich legitimierte Form der Arbeitnehmerüberlassung ist in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG legaldefiniert: Arbeitgeber, die in ihrer Eigenschaft als reiner Verleiher Dritten (= Entleiher) Arbeitnehmer (= Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen, betreiben Arbeitnehmerüberlassung und bedürfen hierzu einer Erlaubnis<sup>4</sup>. Arbeitnehmer werden nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in diesem Sinne zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. In einer solchen Konstellation ist der Verleiher lediglich verpflichtet, dem Entleiher fachlich geeignetes Personal zu stellen, jedoch wird die Aufgabenstellung, der das zu überlassende Personal im Projekt unterliegen wird, nicht im engeren Sinne Vertragsgegenstand sein.

Die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG soll zur Abgrenzung zwischen dem Einsatz einer Person als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung einerseits und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- und Dienstvertrages andererseits dienen. Danach ist der Fremdpersonaleinsatz auf der Grundlage eines Werk-/Dienstvertrages dadurch geprägt, dass das arbeitgeberseitige Direktionsrecht beim Arbeitgeber des fremd eingesetzten Personals bleibt, also beim Auftragnehmer. Bei der Arbeitnehmerüberlassung soll und wird es beim Entleiher liegen. Somit ist für eine Arbeitnehmerüberlassung neben der Eingliederung in den fremden Betrieb charakteristisch, dass der Betriebsinhaber/Entleiher (Auftraggeber des Softwareentwicklungsprojekts) in Ausübung seines Direktionsrechts Weisungen an das in seinem Betrieb beschäftigte Fremdpersonal erteilt, während dies beim Dienstvertrag der Arbeitgeber des eingesetzten Fremdpersonals ist (Auftragnehmer des Softwareerstellungprojekts). Allein dieses Kriterium unterscheidet den Fremdpersonaleinsatz auf Grund Arbeitnehmerüberlassung vom Dienst- bzw. Werkvertrag. Und diese Unterscheidung ist auch für die Abgrenzung in der Projektpraxis bedeutsam.

Wer Arbeitnehmer in dem o.a. Sinne verleiht, ohne die notwendige Erlaubnis zu haben, kann mit dem Auftraggeber (= Entleiher) keine wirksamen Überlassungsverträge schließen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG). Eine Folge des unwirksamen Überlassungsvertrages ist dann nach § 10 Abs. 1 AÜG, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen gilt.

2.1.4 Wegen der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Zusammenarbeit unter hybriden PVM und insbesondere in gemischten Teams ist es demnach besonders wichtig, ein **Auseinanderdriften von vertraglicher Ausgestaltung und tatsächlicher Vertragsdurchführung zu verhindern**. Wer also als Auftraggeber einen Dienst-/Werkvertrag schließen und durchführen will, darf in der praktischen Projektdurchführung hernach auch

<sup>4</sup> Sonderkonstellationen wie beispielsweise zur Arbeitnehmerüberlassung im Konzern oder die vorübergehende Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft, die einen Werkvertrag durchführt (z.B. Arge im Baubereich) bleiben in dieser Darstellung außen vor.

keine Eingliederung der Personen in den eigenen Betrieb durchführen und diesen Personen gegenüber kein (arbeitsrechtliches) Direktionsrecht ausüben. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Personaleinsatz als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung gewertet wird oder es zum Einsatz sog. Scheinselbständiger kommt. Sowohl die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung als auch der Einsatz sog. Scheinselbständiger ist mit erheblichen rechtlichen Konsequenzen für Unternehmen verbunden, die es zu vermeiden gilt, um den eigentlichen gewollten Nutzen der hybriden Vorgehensweise nicht zu unterlaufen.

## 2.2 Gefahr der Scheinselbständigkeit – Einsatz sog. Freelancer

2.2.1 Unter „Freelancern“ werden für Zwecke dieser Darstellung Personen verstanden, die keine eigenen Arbeitnehmer haben, von ihrem Selbstverständnis her **steuerlich, arbeits- und sozialversicherungsrechtlich Selbstständige** („freie Mitarbeiter“) sind, ggf. unter Einschluss der sog. **arbeitnehmerähnlichen Personen**. Mit diesen Personen werden Dienst- oder Werkverträge in dem o. a. Sinne abgeschlossen; nicht gemeint ist hier die Arbeitnehmerüberlassung.

Der Einsatz von Freelancern birgt jedoch, weil diese nicht über eine eigene Arbeits- oder Projektorganisation verfügen, sondern bei der Zusammenstellung von Teams oft einfach unter die eigenen Arbeitnehmer des Auftragnehmers gemischt werden, die Gefahr, dass bei deren Eingliederung in gemischte Teams bei modernen PVM, insbesondere unter Aufgabenteilung mit den Arbeitnehmern des Auftraggebers in mixed teams, die arbeitsrechtlichen Grenzen zur abhängigen Beschäftigung nicht eingehalten werden.

Somit besteht hier das Risiko einer sog. Scheinselbstständigkeit.

2.2.2 **Scheinselbstständigkeit** ist gegeben, wenn die Parteien ihre Rechtsbeziehung als Rechtsverhältnis zwischen Selbstständigen bezeichnen (Dienst-/Werkvertrag), obwohl dem Inhalt nach ein Arbeitsverhältnis (bzw., soweit es um die sozialversicherungsrechtliche Einordnung geht, eine **abhängige Beschäftigung** i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV) vorliegt.

Ob arbeitsrechtlich ein Arbeitsverhältnis vorliegt, bestimmt sich nach dem gesetzlichen Arbeitnehmerbegriff danach, ob der Dienstverpflichtete bei der Ausübung seiner Tätigkeit **Weisungen** des Dienstverpflichteten unterliegt. Dabei kommt es maßgeblich auf den wirklichen (gelebten) Inhalt der Vereinbarung an. Dabei spricht eine **zeitliche und fachliche Weisungsgebundenheit einschließlich der Bestimmung über Zeit und Ort der Arbeitsleistung** für die Arbeitnehmereigenschaft. Für eine Selbstständigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht spricht hingegen, wenn der Leistungsverpflichtete (auch) eigene Erfüllungsgehilfen (eigene Arbeitnehmer oder Dritte) einsetzen darf und über eine eigene Arbeitsorganisation verfügt, eigene Arbeitsmittel einsetzt, oder ihm die Einteilung der zu erbringenden Leistung und der Arbeitsort freigestellt sind. Andere Abgrenzungskriterien, wie die wirtschaftliche Abhängigkeit, die Modalitäten der Entgeltzahlung und formale Aspekte haben indes arbeitsrechtlich keine Bedeutung. Das ist aber bei Freelancern ohne eigene Arbeitsorganisation aber oft gerade nicht der Fall, so dass hier ein besonderes Risiko für Scheinselbstständigkeit besteht.

Ob eine Person in persönlicher Abhängigkeit oder als (selbstständiger) freier Mitarbeiter für den Auftraggeber tätig wird, muss somit **stets im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände nach der Gesamtsituation beurteilt werden**. Auf die

Tätigkeitsbezeichnung der Parteien kommt es dabei nicht an. Vielmehr wird auf die tatsächliche Vertragsgestaltung und –durchführung abgestellt.

Wichtiges Abgrenzungskriterium ist dabei die **persönliche Abhängigkeit**, die insbesondere durch das sog. Weisungsrecht (Direktionsrecht) konkretisiert wird (vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB). Der Arbeitnehmer ist dem Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit unterworfen und kann seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht frei gestalten oder seine Arbeitszeit bestimmen. Der Unternehmer hingegen wird selbständig tätig. Er organisiert bei einem Werkvertrag die für die Erreichung des wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich, § 631 Abs. 2 BGB<sup>5</sup>. Eine organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers ist ein weiteres wichtiges Indiz für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit<sup>6</sup>. Diese ist vor allem gegeben, wenn der Arbeitnehmer die betrieblichen Einrichtungen nutzt, ihm ein fester Arbeitsplatz zugewiesen wurde und er organisatorisch und hierarchisch in Arbeitsabläufe einbezogen ist. Das bloße Angewiesensein auf technische Einrichtungen (z.B. bestimmte Softwareentwicklungswerkzeuge) oder Mitarbeiter des Auftraggebers kann für sich genommen jedoch noch keine persönliche Abhängigkeit begründen<sup>7</sup>.

2.2.3 Wenn also im Rahmen der Nutzung einer hybriden PVM mixed teams gebildet werden und ein von dem Auftraggeber stammender Teamleiter in regelmäßigen Zyklen die zu erledigende Arbeit verteilt (also z.B. beim daily sprint morgens mitteilt, wer welche Tätigkeit zu verrichten hat), ferner von dem Beschäftigten verlangt wird, dass er beim Auftraggeber vor Ort, in einem gemeinsamen Büro mit Arbeitnehmern des Auftraggebers und mit dessen Betriebsmitteln (an dessen Rechnern) arbeitet und in zeitlicher Hinsicht Anwesenheitspflicht hat, insbesondere, weil er täglich mit den anderen Teammitgliedern gemeinsam arbeiten soll, dann sprechen diese Indizien sehr deutlich für eine arbeitsrechtliche Einordnung als Arbeitnehmer. Wer aber z.B. von daheim aus mit eigenen Betriebsmitteln arbeitet, zwar bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat (das ist unter jedem Vertragsverhältnis vonnöten), aber nur das geschuldete Arbeitsergebnis abzuliefern hat, außerhalb regelmäßiger, nicht zu engmaschiger Teamsitzungen keine Anwesenheitspflicht hat, seine Arbeitszeit frei einteilen kann, weil er nur einen Abgabetermin einzuhalten hat, aber nicht ununterbrochen anwesend sein muss oder arbeiten muss, der dürfte arbeitsrechtlich eher selbstständig sein.

In der Praxis erfolgen – auch im Rahmen hybrider PVM – vielfach die Bereitstellung eines Arbeitsplatzes und die Einbindung in die Unternehmensstrukturen. So werden oft unternehmensinterne Vorteile auch an die „Freelancer“ vergeben (z.B. Essenskarten, Parkkarten, Aufnahme in das interne Telefonverzeichnis etc.). Zudem ist die Tätigkeit der Freelancer tatsächlich oftmals ortsgebunden und findet in Räumen des Unternehmens gemeinsam mit internen Kräften statt. All diese Kriterien sprechen für eine abhängige Beschäftigung und können den Verdacht auf den Abschluss eines Scheinwerkvertrags lenken. Will man diese Probleme vermeiden, darf in der Praxis diese Vermischung nicht erfolgen und darf insbesondere der Auftraggeber keine fachlichen Weisungen unmittelbar erteilen.

<sup>5</sup> BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348.

<sup>6</sup> BAG 12.9.1996 – 5 AZR 1066/94, NZA 1997, 194.

<sup>7</sup> BAG 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102; BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348.

2.2.4 Probleme ergeben sich insbesondere dann, wenn die Parteien den tatsächlich vorliegenden **Arbeitnehmerstatus verkannt** haben. Haben die Parteien fälschlicherweise einen Vertrag über ein freies Mitarbeiterverhältnis als Werkvertrag geschlossen, obwohl in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis vorliegt bzw. durchgeführt wird, so hat dies neben sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Konsequenzen auch Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Beziehung zwischen den Vertragspartnern. Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, und zwar auch in steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, ergeben sich vielfältige Problemlagen, weil sich die steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung beider Arten von Beschäftigungsverhältnissen unterscheiden:

- Der freie Mitarbeiter stellt Rechnungen zzgl. Umsatzsteuer. Der Auftraggeber kann diese Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend machen. Der Arbeitnehmer erhält eine Bruttovergütung ohne Umsatzsteuer, wobei der Arbeitgeber die Lohnsteuer bereits abführt. Diese steuerliche Lage muss beseitigt werden, wenn sich das angebliche Verhältnis als freier Mitarbeiter/Freelancer im Nachhinein als Arbeitsverhältnis herausstellt.
- Der freie Mitarbeiter hat für seine eigene sozialversicherungsrechtliche Absicherung zu sorgen. Der Arbeitnehmer ist (gesetzlich) rentenversichert, ggf. entsprechend kranken-, arbeitslosen- und unfallversichert. Hierbei ist der Arbeitgeber im gesetzlichen Umfang an dem Sozialversicherungsbeitrag beteiligt und führt diesen ab. Auch diese unterschiedliche sozialversicherungsrechtliche Situation muss begründet werden, wenn sich das als freier Mitarbeiter/Freelancer angesehene Verhältnis als Arbeitsverhältnis entpuppt.

Das sei am Beispiel des Sozialversicherungsrechts erläutert:

Der Arbeitgeber haftet gegenüber den Sozialversicherungsträgern für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge (§§ 28 d, 28 e SGB IV). Er kann seinen Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf Zahlung des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag nur durch Abzug vom Lohn geltend machen, § 28 g SGB IV. Diese Abzugsmöglichkeit ist jedoch bei unterlassenem Abzug beschränkt auf die nächsten drei Lohnzahlungen, es sei denn, dass der Abzug ohne Verschulden unterblieben ist, § 28 g S. 3, 4 SGB IV. Bei größeren Beträgen haftet der Arbeitgeber daher häufig im wirtschaftlichen Ergebnis allein.

Die Beitragsansprüche verjähren grundsätzlich in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind, § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Bei vorsätzlichem Verhalten verjähren die Beitragsansprüche indes erst in 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Bedingter Vorsatz ist insoweit ausreichend und wird bereits bejaht, wenn die Beteiligten des Vertragsverhältnisses nur damit rechnen mussten, dass das Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist und sie dieses billigend in Kauf nahmen. Eine Berufung auf die verkürzte Verjährungsfrist ist daher nur in sehr wenigen Fällen möglich.

Die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen kann auch unmittelbar eine Geldbuße nach § 130 OWiG gegen das Unternehmen zur Folge haben. Unterbleibt die Abführung von Arbeitnehmeranteilen am Gesamtsozialversicherungsbeitrag vorsätzlich, macht sich der Geschäftsführer oder Vorstand zudem strafbar gem. §§ 266 a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

2.2.5 Mit etwaiger gerichtlicher Anerkennung des Arbeitnehmerstatus ist die Person zu dem in den Geltungsbereich des Arbeitsrechts einbezogen. Sie kann sich somit insbesondere auf Regelungen des Kündigungsschutzes, auf das Betriebsverfassungsrecht, das Entgeltfortzahlungsgesetz, das Bundesurlaubsgesetz, das Mutterschutzgesetz, Arbeitsschutzregelungen und auf das Mindestlohngesetz berufen. Alle Arbeitnehmerschutzrechte gelten somit auch für den ursprünglich bzw. irrtümlich als Freelancer beauftragten Arbeitnehmer – und das womöglich nur, weil man eine bestimmte PVM gewählt und bei deren Durchführung nicht auf arbeitsrechtliche Grundanforderungen zur Abgrenzung verschiedener Arten von Beschäftigungsverhältnissen geachtet hat.

### 2.3 Arbeitnehmerüberlassung und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Eine weitere Möglichkeit des drittbezogenen Personaleinsatzes im Rahmen moderner PVM und mixed teams besteht, wie in Ziff. 2.1.2 bereits erwähnt, in der sog. Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG.

2.3.1 Vorteil der Arbeitnehmerüberlassung ist, dass die externen Kräfte ohne die vorstehend unter Ziff. 2.2 genannten Nachteile bzw. Folgen vollständig in die Unternehmensabläufe integriert werden, insbesondere weisungsgebunden eingesetzt werden können. Dieser Vorteil ist jedoch damit verbunden, dass die geltenden Rechte zum Schutz der Arbeitnehmer auch für das Fremdpersonal einzuhalten wären. Zu denken sei dabei primär an die nach § 8 AÜG geltenden Grundsätze über „Equal Pay“ und „Equal Treatment“, vorbehaltlich etwaiger tarifvertraglicher Abweichungen in § 8 Abs. 2 bis 5 AÜG. Der Verleiher ist nach § 8 Abs. 1 AÜG verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz). Dazu gehört insbesondere ihn gemäß § 8 Abs. 4 AÜG in Bezug auf das Arbeitsentgelt der Stammbesellschaft des Entleihers gleichzustellen. Bilanziert man Vor- und Nachteile der Arbeitnehmerüberlassung im Verhältnis zum Einsatz eigenen Personals, ergibt sich für den Auftraggeber im Grunde nur, dass die als Leiharbeiter eingesetzte Person nach einer längeren Dauer als sechs Monate nicht den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz genießt, den ein eigener Arbeitnehmer bei Neueinstellung hätte.

2.3.2 Auch wenn sich die Beteiligten bisher eher selten für eine Gestellung von Drittkräften in Form der Arbeitnehmerüberlassung entscheiden, sei an dieser Stelle auf die Gefahren der sog. **verdeckten Arbeitnehmerüberlassung** hinzuweisen. Bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung handelt es sich tatsächlich um einen Fall der Arbeitnehmerüberlassung, der unter dem Deckmantel eines (Dienst- oder) Werkvertrages gelebt wird. Denn statt eines konkreten Werkerfolgs erbringen die „Erfüllungsgehilfen“ in vielen Fällen tätigkeitsbezogene Leistungen, sind den Weisungen des Entleihers unterstellt und in dessen arbeitsteiligen Prozess eingegliedert. So nutzen sie z.B. Arbeitsmittel des Entleihers, essen gemeinsam mit der Stammbesellschaft in der Kantine (unter Umständen unter Verwendung einer unternehmensinternen Essenskarte) und nehmen an betrieblichen Veranstaltungen (Weihnachtsfeier) teil. Sämtliche Organisationsverantwortung liegt in dieser Konstellation tatsächlich beim Entleiher, nicht beim eigentlichen Arbeitgeber, d.h. dem Verleiher. Die Personen sind demnach fremde Arbeitnehmer, die jedoch wie eigene be-

handelt werden. Handelt es sich um eine verbotene Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere, weil dem Verleiher die nach dem AÜG erforderliche Erlaubnis fehlt, drohen sowohl dem Verleiher als auch dem Entleiher weitreichende Konsequenzen: Der Verleiher, der auf dem Papier Werkunternehmer oder Dienstleister ist, kann sich bei vorsätzlicher Handlung nach § 266a StGB strafbar machen. Eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG kommt sogar bei Fahrlässigkeit in Betracht. Die wohl härteste Rechtsfolge der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ist jedoch die bereits erwähnte Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG): Der Entleiher wird Arbeitgeber des „Erfüllungsgehilfen“, der faktisch Arbeitnehmer des Entleihers ist.

2.3.3 Bis zum April 2017 konnten diese ungewollten Rechtsfolgen einfach vermieden werden durch eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis „auf Vorrat“. Bei Abschluss eines Werk- oder Dienstvertrags verlangten dabei die Unternehmer (i.E. Entleiher) von den Anbietern des Fremdpersonals (i.E. Verleiher), dass diese zusätzlich über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach dem AÜG verfügen. Die Vertragsgestaltung blieb gleichwohl ein Werk- oder Dienstvertrag. Wurde deutlich, dass der vermeintliche Werkvertrag tatsächlich als Personalüberlassungsvertrag gelebt wurde, weil der Unternehmer arbeitsrechtliche Weisungsrechte gegenüber den eingesetzten Arbeitnehmern ausübte, konnte der vermeintliche Werkunternehmer (i.E. Entleiher) die auf Vorrat vorgehaltene Verleiherlaubnis vorlegen, um das Eingreifen der im AÜG vorgesehenen Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, zu verhindern (sog. Fallschirmlösung).

Diese Möglichkeit, die Arbeit in gemischten Teams mit gemeinsamer Aufgabenstellung sozusagen zu tarnen, besteht seit Inkrafttreten der Neuerungen im AÜG zum 1.4.2017 nicht mehr. Der vermeintliche Werkunternehmer bzw. Dienstleister und sein Auftraggeber sollen durch die Änderung des AÜG zukünftig auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein als derjenige, der ohne die erforderliche Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Arbeitnehmerüberlassung soll deshalb nach der Neuregelung gem. § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG zwingend offengelegt erfolgen und die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung sanktioniert werden.

Man mag kritisieren, dass diese Konstellationen in der Praxis regelmäßig auftreten und das Gesetz keine Rücksicht auf Usancen in bestimmten Branchen nimmt, aber es entsprach dem gesetzgeberischen Willen so vorzugehen.

2.3.4 Um die ungewollten Rechtsfolgen des AÜG zu vermeiden, ist demnach die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden. Daher sollte im Rahmen der Tätigkeit in gemischten Teams daher darauf geachtet werden, dass den externen Mitarbeitern, sofern nicht dezidiert eine AÜG-Verleihkonstellation vereinbart und gewollt ist, keine arbeitsrechtlichen Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsausführung erteilt werden. Insbesondere sollten keine feste und namentliche Einbindung der Drittkräfte in die Unternehmensorganisation des Auftraggebers erfolgen. Dazu zählt beispielsweise, dass diese weder in unternehmensinterne Organigramme oder Zeiterfassungssystem aufgenommen werden sollten. Auch wenn die externen Mitarbeiter ihre Tätigkeit innerhalb der Räume des Unternehmens ausführen, sollte ihnen weder eine interne Telefonnummer noch ein unternehmenseigener E-Mail-Account zugewiesen werden.

### 3 Arbeitnehmerurheberrecht/-erfinderrecht

#### 3.1 Grundlegende Problematik Teil 1: Schutzfähigkeit, Überleitung von Rechten

3.1.1 Schutzgegenstand des **Urheberrechts** ist das urheberrechtlich schutzfähige Werk, z.B. ein Computerprogramm (§ 69a UrhG) oder eine Dokumentation hierzu wie z.B. ein Endbenutzerhandbuch (§ 2 UrhG). Geschützt sein können auch, je nach Ausgestaltung als Teil des Computerprogramms oder als gesondertes Werk, Materialien, die im Zusammenhang mit Konzipierung und Entwurf des Computerprogramms entstehen. Werden Daten strukturiert zusammengetragen, kann, je nach Einzelfall und Werkhöhe, eine gestützte Datenbank nach § 87a UrhG vorliegen oder ein Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG. Geschützt ist im Urheberrecht grundsätzlich nur die konkrete Ausdrucksform eines Werks. Ist jemand also in der Lage, z.B. ein Rechtschreibprüfungsprogramm anders zu kodieren als dies bisher durch andere Hersteller von Rechtschreibprüfungsprogrammen erfolgt ist, verletzt das jüngere Rechtschreibprüfungsprogramm im Grundsatz nicht das Urheberrecht der Hersteller der älteren Programme. Kopieren von Programmteilen oder sehr engmaschiges Paraphrasieren dürften aber zu einer solchen Rechtsverletzung führen.

3.1.2 Schutzgegenstand des **Patentrechts** und des **Gebrauchsmusterrechts** (im Folgenden nur Patentrecht) ist die technische Erfindung, also eine „*Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges*“<sup>8</sup>. Die technische Erfindung ist also eher die abstrakte, schützbar Idee bzw. Lehre, gleichsam „hinter“ der konkreten Ausdrucksform. Computerprogramme „*als solche*“ sind vom Patentschutz ausgeschlossen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 PatG), computerimplementierte Erfindungen, die sich nicht im Computerprogramm als solchem erschöpfen, sind jedoch patentrechtlich schützbar. Auf die reichhaltige Rechtsprechung hierzu kann nicht eingegangen werden. Solche Erfindungen sind oft sog. Verfahrenserfindungen.

3.1.3 Urheberrecht und Patentrecht gehen vom **Schöpferprinzip** aus, also davon, dass das Urheberrecht am Werk bzw. das Recht auf die Erfindung (sowie auf das Patent bzw. Gebrauchsmuster) dem Schöpfer bzw. Erfinder gebührt. Das ist nach deutschem Recht stets eine natürliche Person, i.d.R. der Arbeitnehmer, und nicht etwa ein Unternehmen bzw. der jeweilige Arbeitgeber der jeweils beteiligten Arbeitnehmer. Im Bereich der Freelancer, die keine eigenen Arbeitnehmer haben, sondern unmittelbar persönlich tätig sind, fällt allerdings beides zusammen.

Der angestellte Schöpfer ist aber aufgrund seines Arbeitsvertrages verpflichtet, eine bestimmte Leistung zu erbringen und erhält vom Arbeitgeber als Gegenleistung den vereinbarten Lohn. **§ 950 BGB weist das Arbeitsergebnis dem Arbeitgeber zu.** Damit fallen die Betrachtung nach dem Schutzstatut (nach dem Schöpferprinzip gehört das Ergebnis der Schöpfung dem Schöpfer) und die nach dem Arbeitsrecht (hiernach gehört das Arbeitsergebnis dem Arbeitgeber) auseinander.

Sowohl das Urheberrecht (§§ 43, 69b UrhG) wie auch das Patentrecht (über das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen bzw. ArbEG) stellen allerdings sicher, dass es aus Sicht des Arbeitgebers **Mechanismen gibt, über die die beim jeweiligen Arbeitnehmer**

<sup>8</sup> BGH v. 27.03.1969 - X ZB 15/67, GRUR 1969, 672 – Rote Taube.

**rechtlich liegende Schöpfung bzw. der Teil der Schöpfung auf den Arbeitgeber übergeht**, jedenfalls, sofern es sich um eine Schöpfung handelt, die im Rahmen einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung oder nach einer Anweisung des Arbeitgebers entstanden ist bzw., bei der technischen Erfindung, maßgeblich auf Erfahrungen des Unternehmens des Arbeitgebers beruht:

- Das Urheberrecht weist aufgrund § 69b UrhG dem Arbeitgeber im Wege einer **gesetzlichen ausschließlichen Lizenz** die Rechte an einem im Arbeitsverhältnis entstandenen Computerprogramm (zum Begriff vgl. § 69a UrhG) vollständig zu. Nach § 87b UrhG gebühren die Rechte an einer Datenbank demjenigen, der die Investitionen getätigt hat (Leistungsschutzrecht). Soweit urheberrechtlich geschützte Werke vorliegen, die nicht in Computerprogrammen bestehen, bestimmt § 43 UrhG zwar, dass die Vorschriften des Urheberrechts im Grundsatz weiter gelten. Ungeachtet der Auffassung, dass eine Rechtsübertragung am Arbeitsergebnis auch durch Übergabe desselben an den Arbeitgeber erfolgen kann, besteht die arbeitsvertragliche Möglichkeit, die Rechte an urheberrechtlich geschützten Arbeitsergebnissen dem Arbeitgeber zuzuweisen. Hiervon wird arbeitgeberseits standardmäßig Gebrauch gemacht.
- Für technische Erfindungen gibt es das **Gesetz über Arbeitnehmererfindungen** (ArbEG). Nach § 5 ArbEG muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine sogenannte Diensterfindung **melden**. Der Arbeitgeber hat sodann nach § 6 ArbEG die Möglichkeit, diese Diensterfindung **in Anspruch zu nehmen**, d. h. alle vermögenswerten Rechte an der Diensterfindung auf sich über zu leiten.

Wenn diese Mechanismen eingehalten werden, steht einer Überleitung der Rechte auf den jeweiligen Arbeitgeber nichts im Wege. Die weitere Verwertung steht dann i.d.R. im Belieben des Arbeitgebers.

3.1.4 Zu beachten ist jedoch, dass **die vorstehenden Normen (mit Ausnahme von § 87b UrhG) nur im Arbeitsverhältnis gelten**. Werden also in gemischten Teams im Rahmen hybrider PVM Personen beschäftigt, die keine Arbeitnehmer sind, zum Beispiel Freelancer, greifen diese Normen zur Zuordnung von Rechten an Arbeitsergebnissen nicht und es muss – sieht man es aus Auftraggebersicht – darauf geachtet werden, dass der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Freelancer ausreichende und vor allen Dingen wirksame Regelungen zur Überleitung der entsprechenden Rechte auf den Auftraggeber enthält. Fehlen solche Regelungen, sind zumeist Schwierigkeiten vorprogrammiert, im urheberrechtlichen Bereich z.B. dann, wenn der Auftraggeber das Arbeitsergebnis zu anderen Zwecken nutzen will als nach dem Vertrag zwischen ihm und dem Auftragnehmer zunächst (stillschweigend) vorausgesetzt (sog. Zweckübertragungsgrundsatz, § 31 Abs. 5 UrhG) oder wenn der Auftraggeber versucht, alle Rechte für alle bekannten und unbekanntem Nutzungsarten zu erhalten, ohne dafür eine gesonderte Vergütung zumindest zuzulassen (§§ 31a Abs. 4, 32 Abs. 3, 32a Abs. 3 UrhG).

Eine Besonderheit gilt es zu beachten, wenn es sich um technische Erfindungen von Leiharbeitnehmern handelt, d.h. auch in Fällen der sog. verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. In diesen Fällen gilt arbeitsrechtlich der Entleiher als Arbeitgeber, sodass dieser die Rechte daran in Anspruch nehmen darf.

### 3.2 Grundlegende Problematik Teil 2: Miturheberschaft und Miterfinderschaft

Interessant ist die für die Praxis in gemischten Teams und/oder bei hybriden PVM sehr bedeutsame Fallgestaltung der Miturheberschaft und Miterfinderschaft. Damit ist eine Gestaltung gemeint, bei der mehrere natürliche Personen in Bezug auf dasselbe Werk bzw. dieselbe technische Erfindung Schöpfer sind.

3.2.1 Für das Urheberrecht regelt dies § 8 Abs. 1 UrhG. Die Norm lautet:

*„Haben mehrere ein Werk gemeinsam geschaffen, ohne daß sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, so sind sie Miturheber des Werkes.“*

Voraussetzung ist hier also, dass ein einheitliches Werk entsteht, dessen Anteile sich nicht trennen lassen. Ist die Zusammenarbeit des Teams so angelegt, dass jede einzelne Person sich ausschließlich mit einem in sich lauffähigen Modul von Software befasst und die Module werden hernach über definierte Schnittstellen miteinander verkoppelt, so würde selbst bei dieser Form der Zusammenarbeit voraussichtlich kein einheitliches Werk entstehen. Dann kann immer noch ein verbundenes Werk entstehen. § 9 UrhG betrifft den damit etwas verwandten Fall der Verbindung von Werken zur gemeinschaftlichen Verwertung und lautet:

*„Haben mehrere Urheber ihre Werke zu gemeinsamer Verwertung miteinander verbunden, so kann jeder vom anderen die Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwertung und Änderung der verbundenen Werke verlangen, wenn die Einwilligung dem anderen nach Treu und Glauben zuzumuten ist.“*

Diese strikte Aufteilung ist aber lebensfremd, sodass man bei mixed teams unter hybriden PVM eher davon ausgehen muss, dass mehrere Personen an ein und demselben Artefakt arbeiten und mithin Miturheberschaft zumindest nicht ausgeschlossen ist.

In der Praxis entstehen jedenfalls dann keine Probleme, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) In Bezug auf die einzelnen Schöpfungsanteile der verschiedenen Miturheber, die z.T. beim Auftragnehmer angestellt sind und z.T. beim Auftraggeber, greift zugunsten des jeweiligen Arbeitgebers eine (arbeits)vertragliche Regelung, die dazu führt, dass die Nutzungs- und Verwertungsrechte an den verschiedenen Schöpfungsanteilen letztlich in der Hand des jeweiligen Arbeitgebers liegen.
- (2) Über einen Vertrag zwischen den Arbeitgebern (Auftraggeber/Auftragnehmer) werden die Rechte auf einer Seite zusammengeführt, i.d.R. beim Auftraggeber.
- (3) Handelt es sich bei dem aus Auftraggebersicht schöpferisch mitwirkenden Dritten nicht um einen Arbeitnehmer des Auftragnehmers, sondern um einen Freelancer/freien Mitarbeiter, so muss die nach Ziff. (2) erforderliche Rechtsüberleitungsregelung natürlich unmittelbar mit diesem mitwirkenden Dritten geschlossen werden.

In dem oben genannten Beispiel des Softwareentwicklungsprojekts würde man versuchen, das in etwa (verkürzte Darstellung) wie folgt zu regeln, wenn man davon ausgeht, dass der Auftraggeber in dem Projekt alle vermögenswerten Rechte an dem Arbeitsergebnis zur ausschließlichen Nutzung erhalten soll:

- In Bezug auf die Schöpfungsanteile der eigenen Arbeitnehmer des Auftraggebers greift, soweit ein Computerprogramm gegeben ist, § 69b UrhG, soweit eine Datenbank gegeben ist, § 87b UrhG und soweit sonstige Werke vorliegen, der (hoffentlich) in entsprechender Weise ausgeprägte Arbeitsvertrag. Jedenfalls ist auf eine entsprechende arbeitsvertragliche Gestaltung Wert zu legen.
- In Bezug auf die Schöpfungsanteile von Arbeitnehmern des Auftragnehmers greifen dieselben Normen zugunsten des Auftragnehmers in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber. Damit liegen die Rechte zunächst beim Auftragnehmer. Jedoch muss der Auftraggeber in dem Vertrag über das Softwareerstellungsjekt Regelungen vorsehen, wonach er von dem Auftragnehmer auf ausschließlicher Ebene sämtliche Nutzungs- und Verwertungsrechte dauerhaft erhält.
- In Bezug auf die Schöpfungsanteile etwa zusätzlich in das Projekt eingebundener Freelancer (Personen ohne eigene Arbeitnehmer) sind im Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Freelancer dieselben Regelungen vorzusehen wie in dem Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer.

Probleme entstehen, wenn in Bezug auf die vorstehend zweitgenannte oder drittgenannte Gruppe Lücken im Recht entstehen. Dann kann es sein, dass im Ausmaß dieser Lücke die Nutzungs- und Verwertungsrechte bei dem Auftragnehmer bzw. dem Freelancer verbleiben und der Auftraggeber, je nach Einzelfall, mit Blick auf die Verwertung des Arbeitsergebnisses auf die Zustimmung des Auftragnehmers bzw. des Freelancer angewiesen ist. In der Praxis äußert sich dies typischerweise einerseits in zusätzliche Vergütung, andererseits in Versuchen von Freelancern, die bei ihnen verbliebenen Nutzungs- und Verwertungsrechte im Verhältnis zu Dritten zu verwerten.

Nachvollziehbar ist dementsprechend auch, dass die Vertragsgestaltung aus Sicht der anderen Beteiligten, im Beispiel namentlich des Auftragnehmers und/oder des Freelancers, anders aussehen sollte. Hier wird ein Interesse daran bestehen, dem Auftraggeber nur diejenigen Rechte zukommen zu lassen, die dieser für seine konkreten, aus dem Softwareerstellungsjekt ersichtlichen Zwecke braucht (Zweckübertragungslehre) und alle anderen Nutzungs- und Verwertungsrechte zurückzubehalten. Will der Auftraggeber in einem solchen Fall später weitergehende Rechte, ist die Diskussion über deren Einräumung und insbesondere über deren Vergütung von neuem eröffnet.

### 3.2.2 Für technische Erfindungen besagen § 6 Sätze 1 und 2 PatG:

*„Das Recht auf das Patent hat der Erfinder oder sein Rechtsnachfolger. Haben mehrere gemeinsam eine Erfindung gemacht, so steht ihnen das Recht auf das Patent gemeinschaftlich zu.“*

Im Patentrecht ist gefordert, dass derjenige, der Miterfinder sein soll, einen mehr als nur einfach-handwerklichen Beitrag zur Lösung des Problems geleistet haben muss. Die Besonderheit im Patentrecht ist, dass die Stellung der technischen Aufgabe, die durch die Erfindung gelöst wird, nicht zu Erfindung gehört. Wer also Mitgliedern eines gemischten Teams die Aufgabe stellt, eine bestimmte, komplexe Funktionalität softwaremäßig abzubilden, hat sich sicherlich Gedanken gemacht über die zugrunde liegende Problematik, ist aber wohl nicht Miterfinder in Bezug auf die Lösung. Das wird in der Praxis oft verkannt.

Ein Beitrag zur Erfindung leistet auch nur derjenige, der nicht rein handwerklich-ausführend tätig ist, obschon er nicht den „Kerngedanken“ der Erfindung beigetragen haben muss.

Die in Bezug auf urheberrechtlich geschützte Ergebnisse vorstehend dargestellte gegebene Trias an Rechtsüberleitungen besteht in Bezug auf technische Erfindungen. Auch hier muss aus Auftraggebersicht unbedingt sichergestellt sein, dass in Bezug auf die einzelnen Erfindungsanteile bei einer Gemeinschaftserfindung eine Rechtsüberleitung erfolgt und die Erfindung auf dinglicher Ebene letztlich in der Hand ein und desselben Unternehmens zusammengeführt werden. Dies sieht in aller Regel wie folgt aus:

- In Bezug auf die Erfindungsanteile der eigenen Arbeitnehmer des Auftraggebers muss dieser für Meldung und Inanspruchnahme (§§ 5, 6 ArbEG) sorgen.
- In Bezug auf die Erfindungsanteile der Arbeitnehmer des Auftragnehmers greifen dieselben Normen zu Gunsten des Auftragnehmers. Jedoch muss der Auftraggeber in dem Vertrag über das Softwareerstellungsjekt Regelungen vorsehen, wonach er auf dinglicher Ebene die Erfindungsanteile erhält, die auf Arbeitnehmer des Auftragnehmers entfallen, typischerweise im Wege der dinglichen Vorausabtretung.
- In Bezug auf die Erfindungsanteile etwa zusätzlich in das Projekt eingebundener Freelancer (Personen ohne eigene Arbeitnehmer) sind im Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Freelancer dieselben Regelungen vorzusehen wie in dem Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer.

Auch hier ergeben sich, wenn man dies nicht streng durchhält, erhebliche Imponderabilien. Die Interessenlage der Beteiligten ist letztlich dieselbe wie bei urheberrechtlichen Werken. Auftragnehmer und Freelancer werden, so sie Einfluss auf die Vertragsgestaltung nehmen können, darauf drängen, dass die Rechte an Schöpfungsanteilen in Bezug auf technische Erfindungen auf dinglicher Ebene bei ihnen verbleiben und der Auftraggeber allenfalls einfach Nutzungsrechte für seine Zwecke erhält. Auch in diesem Fall ist dann die Diskussion, wenn der Auftraggeber weitergehende Rechte wünscht, erneut eröffnet.

## 4 Fazit

Bei der Ausgestaltung der Verträge zum Einsatz von Drittkräften im Rahmen von Projekten, die unter hybriden PVM stehen, sollte besondere Sorgfalt angewandt werden, jedenfalls dann, wenn die PVM arbeitsteiliges Handeln und/oder das Vorgehen in mixed teams vorsieht. Aber auch bei der tatsächlichen Vertragsdurchführung ist Vorsicht geboten. Unternehmen sollten bei der Zusammenarbeit mit externen Kräften die Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung sowie zur Scheinselbständigkeit gewährleisten. Kriterien der Rechtsprechung sind hierbei insbesondere die Eingliederung in den Betrieb sowie die Weisungsbefugnis.

Sofern in solchen mixed teams Arbeitsergebnisse geschaffen werden, die sonderrechtsschutzfähig sind, ist, je nach Interessenlage, besonderer Wert auf die vertragliche Zuweisung von Rechten an Arbeitsergebnissen zu legen. Das betrifft insbesondere Fallgestaltungen, in denen Personen aus verschiedenen Unternehmen bzw. verschiedene am Projekt Beteiligte Miturheber oder Miterfinder sind.