

Rechtskonformer Einsatz von Fremdpersonal im Unternehmen

In der modernen Arbeitswelt arbeiten Stammarbeitnehmer mit selbständigen Dienstleistern oder deren Arbeitnehmern (nachfolgend: Fremdpersonal) häufig in äußerlich nicht unterscheidbarer Weise zusammen. Insbesondere die Anforderungen an die IT-Bereiche machen eine unmittelbare Einbindung hochspezialisierter externer Berater in einheitliche Entwicklungsteams gemeinsam mit Stammarbeitnehmern in vielen Fällen unverzichtbar. Ähnliche Notwendigkeiten ergeben sich auch beim Einsatz externer Vertriebs- und Marketingpartner, um einen einheitlichen Marktauftritt des Unternehmens sicherzustellen, oder im Bereich der "Zentralen Dienste" wie z.B. Kantine, Facility Management, Empfang etc. Nicht selten wird die Komplexität dieser Sachverhalte durch die Verwendung neuer Arbeitsmethoden (agiles Arbeiten z.B. Scrum) und/oder neuer Arbeitsformen (Clickworking, Crowdfunding etc.) weiter erhöht.

Die Einbeziehung von Fremdpersonal in die Betriebsabläufe eines Unternehmens begründet verschiedene rechtliche Risiken, die unter den Schlagworten „Scheinselbständigkeit“ und „unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung“ zusammengefasst sind. Werden die rechtlichen Grenzen verkannt, können sich unerfreuliche arbeits-, sozialversicherungs-, steuer-, straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen für das Unternehmen und sein Management ergeben.

Zur Compliance-Verantwortung der Geschäftsleitung gehört es daher, etwaige beim Einsatz von Fremdpersonal vorkommende Rechtsverstöße zu erkennen, abzustellen und ihre Wiederholung durch die Definition klarer Regeln für den Einsatz unternehmensfremder Personen zu vermeiden.

Dabei setzt die Erarbeitung zufriedenstellender Lösungen nicht nur eine souveräne Kenntnis der rechtlichen Gestaltungsspielräume, sondern auch den Blick für die betrieblichen Notwendigkeiten und die Aufrechterhaltung der operativen Stabilität voraus. Wir haben in zahlreichen Projekten bewiesen, dass wir über beides verfügen und in der Lage sind, gemeinsam mit unseren Mandanten praxistaugliche Modelle zur Behebung und Vermeidung rechtlicher Risiken beim Einsatz von Fremdpersonal zu entwickeln.

Wir würden uns freuen, wenn wir Ihnen unser Können und unsere Erfahrung auch im Rahmen einer Zusammenarbeit bei geeigneten Projekten unter Beweis stellen dürfen.

Sven Löffler

Beim Einsatz von Fremdpersonal besteht das Risiko, dass die Grenzen zur Scheinselbständigkeit oder zur unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung überschritten werden.

A. Scheinselbständigkeit

Scheinselbständigkeit beschreibt ein Vertragsverhältnis, das von den Vertragsparteien als (freies) Dienst- oder Werkvertragsverhältnis bezeichnet wird, bei dem es sich in Wirklichkeit aber um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungs- und/oder arbeitsrechtlichen Sinne handelt. In der Praxis liegt Scheinselbständigkeit nahe, wenn Einzelunternehmer über einen längeren Zeitraum hinweg in erheblichem Umfang für einen bestimmten Auftraggeber tätig werden.

B. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung

Bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung setzt der Auftraggeber die ihm vom Auftragnehmer überlassenen Personen unmittelbar nach eigenen Vorstellungen ein, obwohl mit dem Auftragnehmer ein Dienst-/Werkvertrag vereinbart wurde. Der Auftragnehmer erbringt über die Bereitstellung des Personals hinaus keine eigenen Leistungen. In der Praxis zeigen sich Unsicherheiten insbesondere in Fällen der aktiven Dienstleistungssteuerung sowie der agilen Zusammenarbeit.

C. Risiken für den Auftraggeber

1. Unerkannte Arbeitsverhältnisse mit den eingesetzten Personen (→ Eingreifen des Arbeitnehmerschutzes)
2. Sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse (→ Haftung für Sozialversicherungsbeiträge [§28e SGB IV]; Strafbarkeit [§266a StGB])
3. Lohnsteuerhaftung (§42d Abs. 1 Nr. 1 EStG), unberechtigter Vorsteuerabzug (→ Strafbarkeit wg. Steuerhinterziehung [§370 AO])
4. Ordnungswidrigkeiten/Bußgeldhaftung (§16 AÜG, §8 Abs. 3 SchwarzArbG)
5. Vergabeausschluss/Eintragung in Register (§21 SchwarzArbG, §2 WregG, §149 GewO)
6. Verbot der Ausübung von Leitungsfunktionen (§6 GmbHG, §76 AktG, §35 GewO, §24 VAG, §25c KWG)

Schritt 1: Klassifizierung der Verträge mit Auftragnehmern anhand der Aktenlage nach:

- Beauftragender Abteilung (Bedarfsträger)
- Vertragsgegenstand
- Werk-/Dienst-/Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

Schritt 2: Empirische Überprüfung der Klassifizierung anhand der Aktenlage durch:

- Interviews mit sachverständigen Vertretern von Auftraggeber und ggf. Auftragnehmern
- Spiegelung der Erkenntnisse an Erfahrungen aus vergleichbaren Projekten

Schritt 3: Bildung von Risikoclustern:

- Festgestellte Scheinselbständigkeit/Arbeitnehmerüberlassung („rote Fälle“)
- Festgestellte Dienstleistungs-/Werkverträge („grüne Fälle“)
- Unklare Fälle („gelbe Fälle“)

Schritt 4: Bestimmung und Quantifizierung der Risiken

Für Zwecke der Risikobeseitigung ist sowohl eine rückwärts- als auch eine vorwärtsgerichtete Betrachtung erforderlich:

- Rückwärts:**
1. Inwieweit ist eine Berichtigung früherer Erklärungen oder eine Nachzahlungen erforderlich? „Laufenlassen“ ist keine Option, denn bei fortbestehender Beitragspflicht begründet die verzögerte (Nicht-)Abführung der Beiträge ein strafbares Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§266a StGB).
 2. Inwieweit sind Rückstellungen für in der Vergangenheit begründete Risiken geboten?
 3. Ist die Einschaltung von Behörden (Sozialversicherungsträger/Finanzbehörden/Staatsanwaltschaft/Finanzkontrolle Schwarzarbeit) notwendig? Wie ist sie zu orchestrieren?
 4. Können Vertragspartner hinsichtlich möglicher (Nach-)Zahlungen in Regress genommen werden?
- Vorwärts:**
1. Definition der zur Risikobeseitigung erforderlichen Maßnahmen.
 2. Entscheidung, inwieweit Risiken unternehmerisch tolerabel sind (insbesondere hinsichtlich der „gelben Fälle“) oder eine Risikobeseitigung durch Änderung der Beauftragungspraxis erfolgen muss (etwa: Insourcing von Aufgaben; explizite Ausgestaltung als Arbeitnehmerüberlassung etc.).
 3. Entscheidung über die Sinnhaftigkeit der Einleitung von Verfahren nach §7a SGB IV, insbesondere der verschiedenen „Formen“.
 4. Erarbeitung einer *Best Practice* zur Vermeidung künftiger Risiken (Schulung für Einkäufer/Bedarfsträger; Checklisten; Prüfroutinen mit Eskalationsstufen bei Zweifelsfällen).

Wo haben wir Erfahrungen gesammelt?

Wir haben in einer Vielzahl herausfordernder Mandate im Bereich des Sozialversicherungs- und Arbeitnehmerüberlassungsrechts aktuelle und reichhaltige Erfahrungen gesammelt, die wir gewinnbringend für Sie einsetzen können. Beispielsweise waren wir an folgenden Projekten federführend beteiligt:

- Begleitung eines Telekommunikationsanbieters bei der Entwicklung und Durchführung eines Compliance-Projekts zum regelkonformen Einsatz von Fremdpersonal (mehrere hundert Experten/Berater in verschiedenen Bereichen); einschließlich der Aufarbeitung für die Vergangenheit und der diesbezüglichen Behördeneinbindung (aktuell).
- Begleitung eines deutschen Versicherungskonzerns bei einer Sonderprüfung der Deutschen Rentenversicherung bzgl. des Einsatzes von mehreren hundert IT-Experten und sonstigen Outsourcing-Partnern. Gestaltung sowie Implementierung einer *Best Practice* (Clearingboard, Leitlinien, Schulungskonzept und Schulung) zum Fremdpersonaleinsatz im Konzern (2019-2021).
- Begleitung der Bank eines Automobilherstellers bei der Entwicklung und Implementierung einer *Best Practice* für den Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen (aktuell).
- Strategische Beratung zweier IT-Dienstleister (AG's) bei der Neukonzeption des Einsatzes von Honorarkräften; Durchführung mehrerer Statusverfahren und deren Abwicklung (2018-2021).
- Begleitung eines mittelständischen Lebensmittelunternehmens zur Bewältigung von Risiken im Zusammenhang mit dem Einsatz von Drittarbeitnehmern in der Produktion (2014-heute).
- Erarbeitung und Implementierung einer *Best Practice* zum Einsatz von Drittarbeitnehmern/Soloselbständigen für eine Abwicklungsanstalt und laufende Aktualisierung der Prozesse (2012-heute).
- Begleitung einer marktführenden Krankenkasse im Rahmen einer Betriebsprüfung zur Abwehr der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe mehrerer Millionen Euro wegen des Einsatzes von über einhundert Beratern (2018-2021).
- Verteidigung eines Bauunternehmens gegen den Vorwurf der illegalen Arbeitnehmerüberlassung und die Sozialversicherungshaftung für die eingesetzten Subunternehmer im Rahmen einer Betriebsprüfung (2018-2019).
- Beratung eines Werkzeugherstellers bei der Entwicklung einer Strategie zur möglichst „schonenden“ Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen in Millionenhöhe (2020).
- Strategische Beratung eines etablierten „start-up“ im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Risiken des Geschäftsmodells („Plattformbetreiber“) und Anpassung der AGB's (2017).
- Begleitung/Vertretung verschiedener mittelständischer Unternehmen bei der Betriebsprüfung im Zusammenhang mit Statusfragen und bei der Beantragung einer ANÜ-Erlaubnis.

Wo haben wir Erfahrungen gesammelt?

Übernahme einer Vielzahl von (Einzel-)Fällen im Zusammenhang mit der Statusbeurteilung nach §§7, 7a SGB IV beim Einsatz von Fremdpersonal (Berater, Dienst-/Werkleister und deren Mitarbeiter, Interimsmanger) sowie der Beurteilung des Status und/oder der Versicherungspflicht besonderer Personengruppen (Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, Vorstände einer AG, Mitarbeiter mit berufsständischer Versorgung) mit folgenden Schwerpunkten:

- Beratung zur Frage der Einleitung von Statusverfahren (bei Prüfdienst, Einzugs- oder Clearingstelle)
- Vorbereitung und Einleitung von Statusverfahren bzw. Beratung zur „Abwehr“ eines vom Auftragnehmer eingeleiteten Statusverfahrens
- Vertretung im Verwaltungs- und im Widerspruchsverfahren
- Vertretung vor den Sozial- und Landessozialgerichten und dem Bundessozialgericht
- Konzeption und Abwicklung von Sachverhalten mit nachträglicher „Statusänderung“ insbesondere gegenüber
 - Prüfdiensten und/oder Einzugsstellen im Hinblick auf die Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen (Verjährung, Säumniszuschläge etc.)
 - (ehemaligen) Auftragnehmern im Hinblick auf Rückforderungsansprüche (überzahlte Vergütung, Umsatzsteuer, SV-Beiträge etc.) bzw. Abwehr von Ansprüchen (Urlaub, Arbeitgeberzuschüsse etc.)
 - Finanzamt - mit Steuerrechtlern - im Hinblick auf „Berichtigungen“ (Lohnsteuer, Umsatzsteuer)
 - Staatsanwaltschaft und Zoll (FKS) - mit Strafrechtlern - im Hinblick auf Straftaten und Ordnungswidrigkeiten
 - Dienst-/Werkleistern im Hinblick auf Regressmöglichkeiten

Wie können wir Sie/Ihre Mandanten unterstützen und zu welchen Bedingungen?

- **Wie können wir Sie/Ihren Mandanten unterstützen?**

Die Beratung in Ihrem Projekt verlangt die Expertise hochspezialisierter Anwälte mit langjähriger einschlägiger Berufserfahrung. Mit langen Rechtsgutachten ist Ihnen nicht geholfen, sondern es geht um eine sorgfältige Aufnahme des Sachverhalts und eine klare Beschreibung des rechtlichen Rahmens für Ihre Überlegungen, einschließlich einer Abschätzung der Folgen unter Berücksichtigung der in vergleichbaren Projekten gewonnenen Erkenntnisse, sowie ggf. um die Koordination der Behördenansprachen und die Führung des dafür hinzugezogenen Teams von Spezialisten.

Darüber hinaus erfordert die Beratung in diesem Umfeld ein gehöriges Augenmaß, da auch während einer Aufklärung und der Implementierung neuer Prozesse zum Fremdpersonaleinsatz die operative Stabilität von Bereichen, insbesondere der IT, zu sichern ist. Dies bedeutet, dass viele Fragen oft kurzfristig, telefonisch geklärt werden müssen und die Berater klare, verlässliche Empfehlungen aussprechen.

Hierfür bedarf es in erster Linie umfassender Projekterfahrung, die nach unserer Einschätzung nur auf Partnerebene zu finden ist.

- **Honorar:**

Für unsere Tätigkeit in Ihrem Projekt bieten wir grundsätzlich eine Abrechnung nach Stundensätzen (zzgl. USt.) an. Die konkrete Höhe der Stundensätze wird individuell vereinbart, wobei insbesondere die Aspekte der Komplexität, des Umfangs und der Dringlichkeit des Projekts Berücksichtigung finden.

Gerne sind wir bereit, nach genauerem Kenntnis des Projektumfangs und Konkretisierung der daraus resultierenden Anforderungen Ihnen ein konkretes Angebot zu unterbreiten.

Ihr Ansprechpartner



Sven Löffler

Sven Löffler berät Mandanten in allen Fragen des Arbeitsrechts. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehört die Vertretung von Unternehmen und Führungskräften/Organen bei individualrechtlichen Angelegenheiten. Er besitzt daneben besondere Expertise und Erfahrung bei der Beurteilung und Bearbeitung von Sachverhalten in den Bereichen Arbeitnehmerüberlassung, Werk-/ Dienstvertrag und Scheinselbständigkeit sowie der Vertretung von Unternehmen bei sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfungen. In diesen Zusammenhängen berät und vertritt er regelmäßig auch beim Thema Beraterhaftung (Rechtsanwälte, Steuerberater etc.).

Sven Löffler

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht

F +49 171 1494774

sven.loeffler@loeffler-arbeitsrecht.de

Löffler Arbeitsrecht
Am Wehr 21b
90584 Allersberg

F +49 171 1494774
www.loeffler-arbeitsrecht.de