

## CB-BEITRAG

Jan-Patrick Vogel, LL.M. (Stellenbosch), RA/FAArbR, und Johannes Simon, LL.M. (Durham) RA/FAArbR

# Fremdpersonal-Compliance: Strafbarkeit vermeiden

Nach nahezu zweijähriger Beratungs- und Verhandlungsphase ist das Gesetz zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und verschiedener Nebengesetze mit Wirkung zum 1. April 2017 in Kraft getreten. Die Zeitarbeit wird dadurch deutlich mehr als bereits bisher reguliert. Zeitarbeit ist dadurch komplexer, unflexibler und aufgrund der zahlreichen neuen gesetzlichen Sanktionsmechanismen für Verleiher und Entleiher auch riskanter geworden. Aber auch der Rückgriff auf Werk-/Dienstverträge ist riskant.

## 1. Einleitung

Die Bundesregierung hat – anders als zunächst angekündigt – darauf verzichtet, Werk- und Dienstverträge zur Bekämpfung von „Missbrauchsfällen“ restriktiver zu regeln.<sup>1</sup> Dies mag zunächst den Schluss nahelegen, Werk-/Dienstverträge würden zukünftig ein anwenderfreundlicheres Mittel für Fremdpersonaleinsätze darstellen. Dem ist allerdings nicht so. Denn während konkrete, zur Rechtssicherheit beitragende Regelungen für die Anwendung von Werk-/Dienstverträgen fehlen, hat der Gesetzgeber eher versteckt ein zusätzliches Strafverfolgungsrisiko für die Unternehmensorgane (Geschäftsführer und Vorstände) im Falle der fehlerhaften Abgrenzung von Werk-/Dienstvertrag einerseits und Arbeitnehmerüberlassung andererseits durch das neue AÜG eingeführt. Daher ist es für Unternehmen unvermeidlich, den Beauftragungsprozess für den Einsatz von Fremdpersonal im Lichte der neuen Gesetzesregelungen zu beleuchten und ggf. neu zu gestalten. Zudem sollten auch „Altbeauftragungen“ in diesem Zuge im Hinblick auf mögliche Risiken untersucht werden.

## 2. Die Neuregelungen und Sanktionen des neuen AÜG im Überblick

Das neue AÜG enthält gegenüber dem AÜG a. F. erheblich verschärfte Sanktionen im Falle von Gesetzesverstößen.<sup>2</sup> Diese neuen Sanktionsmechanismen und insbesondere die in vielen Fällen geregelte Mehrfachsanktionierung ist von vielen Seiten scharf kritisiert worden.<sup>3</sup> Überdies sei das Gesetz zum Teil handwerklich unsauber gestaltet und nicht praktikabel.<sup>4</sup> Die wichtigsten Regelungen und die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes sind die Folgenden:

a) Nach § 1 Abs. 1b AÜG gilt eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten. Diese Höchstüberlassungsdauer berechnet sich arbeitnehmerbezogen, nicht arbeitsplatzbezogen. Ein für den jeweiligen Entleiher (Kunden) geltender Tarifvertrag kann jedoch eine abweichende – also eine kürzere oder längere – Höchstüberlassungsdauer vorsehen. Soweit ein Entleiher-seitig geltender Tarifvertrag dies im Wege einer

Öffnungsklausel gestattet, kann die 18-monatige Höchstüberlassungsdauer auch im Wege einer Betriebsvereinbarung modifiziert werden.

Die Einhaltung der Höchstüberlassungsdauer wird dreifach abgesichert.<sup>5</sup> Eine Überschreitung der gesetzlichen oder tariflichen Höchstüberlassungsdauer ist jedoch gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG eine Ordnungswidrigkeit des jeweiligen Verleihers und des Entleihers, die mit bis zu EUR 30.000 je Einzelfall geahndet werden kann. Der Verleiher riskiert bei Nichtbeachtung der Höchstüberlassungsdauer den Entzug oder die Nichtverlängerung seiner AÜ-Erlaubnis im Rahmen seiner Zuverlässigkeitsüberprüfung, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG. Zugleich ordnet § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG an, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmer und Verleiher unwirksam ist, was wiederum nach § 10 Abs. 1 AÜG zur Folge hat, dass der überlassene Zeitarbeitnehmer in ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher (Kunden) einrückt. Hierdurch wird der Kunde zugleich Schuldner der Sozialversicherungsbeiträge, die für den bei dem über die Höchstüberlassungsdauer hinaus eingesetzten Mitarbeiter für den Zeitraum nach Überschreitung dieser zulässigen Einsatzlänge zu zahlen sind (§ 28e Abs. 2 S. 3 SGB IV). Die Nichtabführung dieser Sozialversicherungsbeiträge stellt eine Straftat dar (vgl. § 266a StGB), was das Risiko erheblich auf den Kunden verlagert.

1 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. Dezember 2013, S. 49.

2 Vgl. Förster/Simon in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 367.

3 Vgl. Henssler, RdA 2016, 18, 23; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer v. 20.06.2016, Stellungnahme des Interessenverbandes Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) v. 10.10.2016 jeweils in der Zusammenfassung der schriftlichen Stellungnahmen des Ausschusses für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 18(11)727, 118.

4 Lembke, NZA 2017, 1, 12, insbesondere in Bezug auf die sog. Festhaltenserklärung des Zeitarbeitnehmers.

5 Vgl. Förster/Simon in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 369.

Der ggf. überlassene Zeitarbeitnehmer hat das Recht, binnen eines Monats nach Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Kunden schriftlich zu widersprechen.<sup>6</sup> Ein solcher Widerspruch ändert allerdings nichts an der ordnungsrechtlichen und strafrechtlichen Ahndung eines Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer.<sup>7</sup>

b) Die Überlassung von Zeitarbeitnehmern unterliegt nunmehr nach neun, spätestens aber nach 15 Monaten einem „equal pay“-Gebot<sup>8</sup>, von welchem durch Verleiher-seitige Zeitarbeitstarifverträge für einen Zeitraum von neun Monaten sowie durch Entleiher-seitige Branchenzuschlagstarifverträge für einen Zeitraum von bis zu 15 Monaten abgewichen werden kann, wenn nach sechs Wochen Einsatzdauer an das Vergütungsniveau des Entleihers stufenweise angeglichen wird.<sup>9</sup> Verstöße gegen das Prinzip des „equal pay“ können für den Verleiher mit einem Bußgeld bis zu EUR 500.000 je Einzelfall geahndet werden. Zudem ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG die Erlaubnis zu versagen bzw. zu entziehen.

c) Das neue AÜG sieht vor, dass ein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur dann vorliegt, wenn die Überlassung des (Zeit-)Arbeitnehmers an den Kunden auch ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird. Diese gesetzliche Regelung zielt darauf, den Vertragsparteien die Umdeutung eines Scheinwerk- bzw. Scheindienstvertrages in eine Arbeitnehmerüberlassung unter gleichzeitiger Berufung auf eine dem Auftragnehmer (vorsorglich) erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung – sog. „Vorrats-Erlaubnis“ – unmöglich zu machen.<sup>10</sup> Auf eine von einer AÜ-Erlaubnis gedeckte Arbeitnehmerüberlassung, sollen sich die Vertragsparteien nur dann berufen können, wenn sie die Vertragsbeziehung ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet haben (sog. Offenlegungspflicht).

Ein Verstoß gegen die Offenlegungspflicht stellt für Verleiher und Entleiher eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von bis zu EUR 30.000 je Einzelfall geahndet wird. Zudem ist nach den §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 a, 10 Abs. 1 AÜG der Arbeitsvertrag zwischen Zeitarbeitnehmer und Verleiher unwirksam und es würde ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert.<sup>11</sup>

d) Um einen möglichen Missbrauch von Werk-/Dienstvertragsgestaltungen zusätzlich abzusichern, ist zudem geregelt, dass die konkrete Person des überlassenen (Zeit-)Arbeitnehmers vor der jeweiligen Überlassung zwischen dem Verleiher und dem Entleiher konkret – d. h. namentlich – zu bezeichnen ist. Die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes entsprechen denen im Rahmen der Offenlegungspflicht dargestellten Konsequenzen. Ein Verstoß stellt also auch hier für den Entleiher und Verleiher eine Ordnungswidrigkeit dar.

e) § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG enthält ein Verbot der sog. Kettenüberlassung. Die Bundesagentur für Arbeit vertrat seit jeher die Rechtsauffassung, dass ein Weiterverleih von Arbeitnehmern unzulässig sei.<sup>12</sup> Eine gesetzliche Regelung fand sich hierzu jedoch nicht, sodass die Bundesagentur Verstöße gegen eine Kettenüberlassung auch nahezu nicht sanktionieren konnte. Ein Verstoß gegen dieses Verbot des Kettenverleihs stellt für Entleiher und Verleiher<sup>13</sup> jetzt gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von bis zu EUR 30.000 je Einzelfall bedroht ist.

f) Bislang hat das AÜG einem Zeitarbeitnehmer lediglich das Recht gegeben, im Falle eines Streiks in seinem Einsatzbetrieb seine

Arbeitsleistung zu verweigern. Der Zeitarbeitnehmer sollte nicht als Streikbrecher fungieren müssen, gleichwohl sollte er diese Möglichkeit behalten. Allerdings ist es bereits nach der vor dem 1. April 2017 geltenden Rechtslage solchen Zeitarbeitsunternehmen, die den iGZ- oder BAP-Tarifvertrag zur Anwendung bringen, tariflich untersagt gewesen, diejenigen Zeitarbeitnehmer, für die diese Tarifverträge galten, im Falle eines Streiks im Kundenbetrieb einzusetzen.<sup>14</sup> § 11 Abs. 5 AÜG untersagt es nunmehr dem Entleiher, einen Zeitarbeitnehmer als unmittelbaren oder mittelbaren Ersatz für streikende Arbeitnehmer tätig werden zu lassen. Hinzu kommt weiterhin das bisherige Recht des Zeitarbeitnehmers, einen grundsätzlich zulässigen Einsatz in einem bestreikten Betrieb zu verweigern. Das Streikbrecher-Verbot richtet sich erstmals an den Entleiher und nicht mehr an den Verleiher. Das (umfassende) an den Verleiher gerichtete Verbot aus den iGZ bzw. BAP Tarifverträgen gilt – im Falle von deren Anwendbarkeit – ergänzend. Für jeden Verstoß gegen das Streikbrecher-Verbot gilt zukünftig ein Ordnungswidrigkeiten-Bußgeld je Einzelfall i. H. v. EUR 500.000 (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG).

g) Der Gesetzgeber will die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung durch die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht und den daraus folgenden faktischen Wegfall der Vorrats-Erlaubnis verhindern. Die illegale und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung werden damit gleichgestellt.<sup>15</sup> Die im neuen AÜG vorgesehenen Sanktionen sind bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Begehung sowohl für den Verleiher als auch für den Entleiher eine mit einem Bußgeld bis zu EUR 30.000 bewehrte Ordnungswidrigkeit, die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen eingesetztem Arbeitnehmer und Auftragnehmer sowie die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden. Soweit

6 zur Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher und zur Festhaltungserklärung insgesamt *Bissels* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 276 ff.

7 So ausdrücklich die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Bündnis 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks 18/9944, S. 3: „Das Widerspruchsrecht legalisiert darüber hinaus nicht eine rechtswidrige Einsatzpraxis. Diese bleibt selbst bei einer wirksamen Ausübung des Widerspruchsrechts illegal und bußgeldbewehrt.“

8 „Equal pay/equal treatment“ bedeutet insoweit, dass der eingesetzte Zeitarbeitnehmer in allen Vergütungsbelangen so gestellt wird, wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des jeweiligen Entleihers. Mindestens hat der jeweilige Zeitarbeitnehmer jedoch die arbeitsvertraglich vereinbarte und in den Tarifverträgen der Zeitarbeitsbranche vorgesehene Vergütung zu erhalten. Gesetzlich ist nunmehr zudem vorgesehen, dass für im Entleiher-Betrieb gewährte Sachbezüge (z. B. vergünstigtes Kantinenessen) ein Wertausgleich in Geld erfolgen kann.

9 zu „equal treatment/equal pay insgesamt“ *Bauer/Bertram* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 236 ff.

10 Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 16: „Künftig sollen der vermeintliche Werkvertragsunternehmer und sein Auftraggeber in diesen Fallkonstellationen auch bei Vorlage einer Verleihererlaubnis nicht besser gestellt sein als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt.“

11 Auch hier kann der Zeitarbeitnehmer im Wege der Festhaltungserklärung der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher widersprechen.

12 Vgl. *Förster/Simon* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 373 m. w. N.

13 Vgl. den Wortlaut des § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG: „...entgegen § 1 Abs. 1 S. 3 einen Arbeitnehmer überlässt oder tätig werden lässt“.

14 Vgl. § 12 des Manteltarifvertrages Zeitarbeit des Interessenverbandes Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) und § 17.1 des Manteltarifvertrages Zeitarbeit des Bundesarbeitgeberverbandes der Personaldienstleister e. V. (BAP).

15 *Kainer/Schweipert*, NZA 2017, 13.

zugleich der auch für die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung geltende „equal treatment“ Grundsatz verletzt wird, droht dem Verleiher zudem ein Bußgeld bis zu EUR 500.000 und in vorsätzlichen Fällen sogar eine Strafbarkeit nach § 266a StGB.<sup>16</sup>

### 3. Strafrechtliche Haftung

Das neue AÜG verschärft die strafrechtlichen Folgen eines fehlerhaften Fremdpersonaleinsatzes massiv. Die AÜG Reform schafft im Vergleich zum alten AÜG drei zusätzliche Tatbestände, bei denen kraft gesetzlicher Fiktion (§ 9 AÜG i. V. m. § 10 AÜG) der Kunde zum ungewollten Arbeitgeber des von dem (Personal-)Dienstleister eingesetzten Mitarbeiters wird. Nunmehr ist nicht mehr nur die illegale Arbeitnehmerüberlassung, also ohne Erlaubnis, mit vorbezeichneter ungewollter Arbeitgeberstellung sanktioniert, sondern auch eine Verletzung des Offenkundigkeits-, des Konkretisierungsgebots sowie eine Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer.<sup>17</sup>

a) Durch diese ungewollte und zumeist auch unbemerkte Arbeitgeberstellung ist der Kunde ab dem ersten Tag des (fehlerhaften) Fremdpersonaleinsatzes verpflichtet, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag auf „equal-pay“ Niveau abzuführen. Weitaus drakonischer als diese monetäre Folge ist das damit einhergehende Strafverfolgungsrisiko nach § 266a StGB („Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen“). Dieser Straftatbestand knüpft an die Arbeitgeberstellung an. Nach Auffassung der Straferichte ist der strafrechtliche Arbeitgeberbegriff akzessorisch zum Sozialversicherungsrechtlichen, der seinerseits wiederum auf den Dienstvertraglichen abstellt.<sup>18</sup> Die komplexe Abgrenzung von selbständigen Werk-/Dienstverträgen zu unselbständigen Arbeits-/Arbeitnehmerüberlassungsverträgen nach den kaum noch zu überblickenden arbeits- und sozialrechtlichen Kriterien, bekommt dadurch strafrechtliche Relevanz.

In subjektiver Hinsicht – und das wird oft verkannt – ist für eine Strafbarkeit nach § 266a StGB keine Bereicherungs- oder gar Schädigungsabsicht erforderlich.<sup>19</sup> Der Täter muss nicht „wollen“, dass Sozialversicherungsbeiträge hinterzogen werden. Vielmehr genügt für eine Strafbarkeit, wenn in dem Betrieb des Kunden Kenntnis von den tatsächlichen Umständen besteht, welche die Arbeitgebereneigenschaft begründen.<sup>20</sup> Somit entlastet es die Geschäftsführung nicht, wenn sie über die rechtliche Einordnung des Vertrages irrte – wenn sie also für ein nach objektiven Kriterien gegebenes Arbeitsverhältnis fälschlicherweise einen Werk-/Dienstvertrag als vertragliche Gestaltung gewählt hat. Ein solcher Irrtum wird nach der Rechtsprechung als ein für die Schuld unbeachtlicher Verbotsirrtum infolge fehlerhafter Subsumtion bewertet, der wegen der Möglichkeit bei der Clearing-Stelle der Deutschen Rentenversicherung nach § 7a Abs. 1 SGB IV ein Statusfeststellungsverfahren durchzuführen auch in aller Regel vermeidbar sei.<sup>21</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird in der Literatur und auch teilweise in der Instanzenrechtsprechung kritisiert.<sup>22</sup> Denn auch für den nach bestem Gewissen handelnden Geschäftsführer ist nicht mehr erkennbar, wann er den Boden des legalen Handelns verlässt und die Grenze zur Strafbarkeit überschreitet. Die arbeits- und sozialgerichtliche Kasuistik zur Abgrenzung von Werk-/Dienstverträgen einerseits und Arbeits-/Arbeitnehmerüberlassungsverträgen andererseits ist für den juristischen Laien schlicht nicht mehr zu überblicken.

Insofern besteht für die Geschäftsführung des Kunden ein erhebliches Risiko der Strafverfolgung, wenn Fremdpersonal auf der Grundlage

eines „gewollten“ Werk-/Dienstvertrages mit hoher Personalintegration in dem Betrieb des Kunden eingesetzt wird. Dieses Risiko kann nunmehr auch nicht mehr durch eine vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Providers vom Kunden abgeschirmt werden. Diese jedenfalls von dem Bundesarbeitsgericht<sup>23</sup> nach Rechtslage vor dem 1. April 2017 akzeptierte sog. „Fallschirmlösung“, entfällt durch das in § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG niedergelegte Offenkundigkeitsgebot.<sup>24</sup>

b) Wem der Einsatz von Werk-/Dienstverträgen nun zur risikobehaftet erscheint, dem ist auch mit einem Verweis auf die vermeintlich sichere offene Arbeitnehmerüberlassung als Alternative nicht weiter geholfen. Denn auch hier begründet die AÜG-Reform – eher versteckt – ein Strafbarkeitsrisiko. Auch ein Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer führt zu einem ungewollten Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers mit dem Kunden.<sup>25</sup> Weil bei einer Arbeitnehmerüberlassung von vorneherein bewusst und gewollt ist, dass der eingesetzte Zeitarbeiter in der Betriebsorganisation des Kunden nach dessen Weisungen tätig wird, ist ein Eventualvorsatz bezogen auf die Arbeitgeberstellung des Kunden nach Ablauf der Höchstüberlassungsdauer wohl nicht zu bestreiten. Es ist angesichts der Strafandrohung unvermeidlich, dass die Compliance-Organisation eines Unternehmens ein effektives Überwachungssystem einrichtet, mit dem die Einhaltung der Höchstüberlassungsdauer sichergestellt wird. Dieses Monitoring wird dadurch erschwert, dass unklar ist, nach welcher Frist (§§ 187, 188 BGB oder § 191 BGB) die Höchstüberlassungsdauer zu berechnen ist, nämlich ob die Höchstüberlassungsdauer nach 18 Monaten oder 540 Tagen abläuft.<sup>26</sup> Bis zu einer gerichtlichen Klärung sollte zur Sicherheit von der kürzeren 540 Tage Frist ausgegangen werden.

### 4. Zivilrechtliche Haftung

Die strafrechtliche Verantwortung der Geschäftsführung wird durch eine deliktische Außenhaftung der Geschäftsführung flankiert. Die Geschäftsführung haftet den Sozialversicherungsträgern persönlich für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge. Auch wenn Normadressat von § 266a StGB primär das Unternehmen als Arbeitgeber ist, sieht die Rechtsprechung in § 266a StGB ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB.<sup>27</sup> Der einzelne Geschäftsführer kann sich nicht damit exkulpieren, dass er auf Grund der geltenden Ressortverteilung nicht zuständig war für den ordnungsgemäßen Einsatz von

16 Kainer/Schweipert, NZA 2017, 13, 15; dazu nachfolgend unter 3. a).

17 Vgl. Bissels, NZA 2017, 214 der mit Blick auf den Gesetzeswortlaut vertritt, dass nur eine kumulative Verletzung von Offenkundigkeits- und Konkretisierungsgebot die Fiktion in § 10 AÜG auslöst.

18 BGH, Urteil vom 16.4.2014 – 1 StR 516/13.

19 Radtke in: Münchener Kommentar zum StGB, § 266a StGB, Rn. 89.

20 BGH, Beschluss vom 7.10.2009 – 1 StR 478/09.

21 BGH, Beschluss vom 7.10.2009 – 1 StR 478/09; Gercke in: Gercke/Kraft/Richter (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht, S. 80 m. w. N..

22 Vgl. Smok: FD-StrafR, Anmerkungen zu BGH, Beschluss v. 7.9.2009 – 1 StR 478/09; LG Ravensburg Urteil v. 26.9.2006 – 4 Ns 24 Js 22865/03; Klötzer-Assion in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, S. 197.

23 BAG, Urteil vom 12.07.2016, 9 AZR 352/15, BB 2016, 2686.

24 Vgl. unter 2. c).

25 Vgl. unter 2. a).

26 hierzu Mehrens in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 211.

27 BGH, Urteil vom 14.1.2014 – II ZR 192/13; OLG Saarbrücken, Urteil v. 27.5.2015 – 1 U 89/14.

Fremdpersonal, etwa weil er für Finanzen nicht jedoch für HR und/oder Einkauf verantwortlich war. Denn als Geschäftsführer ist er für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Gesellschaft, zu denen die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge gehört, unabhängig von der internen Zuständigkeitsverteilung verantwortlich (sog. „Legalitätspflicht“).<sup>28</sup> Diese Schadensersatzhaftung kann den Geschäftsführer ruinieren. Denn im Rahmen von § 266a StGB steht vorsätzliches Handeln im Raum, das i. d. R. nicht von seiner D&O Versicherung abgedeckt ist. Im schlimmsten Fall könnte sich der Geschäftsführer nicht einmal durch eine Privatinsolvenz „retten“; denn auch hier ist bei vorsätzlichem Handeln die Restschuldbefreiung nach § 302 Nr. 1 InsO versagt. Schließlich könnte auch das Unternehmen selbst gegen den Geschäftsführer Schadensersatzansprüche wegen der Statusverfehlung geltend machen, möglicherweise die Aktiengesellschaft sogar müssen.<sup>29</sup>

## 5. Implementierung einer effektiven Compliance zur Einschränkung der Haftung

Angesichts der einschneidenden Konsequenzen ist es unvermeidlich, dass sich die Geschäftsführung mit dem rechtssicheren Einsatz von Fremdpersonal im Sinne ordnungsgemäßer Compliance auseinandersetzt. Neben der Haftungsprävention sind wesentliche Motive für die Implementierung einer effektiven Compliance-Organisation in Bezug auf den Fremdpersonaleinsatz auch die Vermeidung von Imageschäden und der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge („Blacklisting“). Mit Blick auf die vielzitierte „Neubürger“ Entscheidung des LG München sowie auf § 130 OWiG dürfte auch eine echte, harte Rechtspflicht der Unternehmensleitung bestehen, eine Compliance-Organisation zu errichten, welche die Vermeidung von Scheinselbstständigkeit/Scheinwerkverträgen bezweckt.<sup>30</sup> Zur Implementierung einer solchen Compliance-Organisation sind die folgenden Schritte nötig:

a) Jede Compliance-Maßnahme beginnt damit, Risikoeigner im Unternehmen zu identifizieren, d. h. diejenigen Personen im Unternehmen ausfindig zu machen, die regelmäßig Fremdpersonal beauftragen. In der Regel werden Werk-/Dienstverträge in den jeweiligen Fachabteilungen des Unternehmens initiiert, in denen ein Bedarf an der Fremdleistung besteht und schließlich im Einkauf des Unternehmens nach Prüfung und Ergänzung der kommerziellen Bedingungen abgeschlossen. Diese Doppelverantwortlichkeit ist nicht zu unterschätzen bei der Einführung der „Freelancer- bzw. Contractor-Compliance“. Denn hier entsteht ein Spannungsfeld im Umsetzungsprozess. Der fachliche Bedarfsträger benötigt „jetzt“ die fachliche Unterstützung, der Einkauf hat „günstig“ und schnell einzukaufen. Rechtliche Bedenken an dem Fremdpersonaleinsatz sind jedenfalls in der Hektik des Arbeitsalltags unerwünscht.

Nach der Identifizierung ist den Risikoeignern eine Beauftragungsrichtlinie für die zukünftige Beauftragung von Werk-/Dienstverträgen auszuhändigen. Mit dieser werden die Risikoeigner erstmals sensibilisiert hinsichtlich der Risiken, die mit einer Fehlabbgrenzung einhergehen. Zudem werden bereits in dieser Frühphase des Compliance-Prozesses Geschäftsfelder im Unternehmen erstmals sichtbar, in denen in der Vergangenheit nicht rechtssicher Werk-/Dienstverträge beauftragt wurden (z. B. IT-Support, Engineering, Werkschutz etc.). Nicht selten führt die Risikosensibilisierung zu einer Eskalation im bisherigen Beauftragungsprozess. Denn die fachlichen Bedarfsträger

und der Einkauf neigen in der Anfangsphase der Implementierung aus Furcht einen (strafbewehrten) Rechtsverstoß zu begehen dazu, erst einmal alle Beauftragungen zu stoppen. Eine solche potentielle Beauftragungsblockade kann und sollte durch die Gründung einer „Task-Force“ im Unternehmen, z. B. in der Rechtsabteilung, überwunden werden, welche die Beauftrager – wenn nötig – entweder dahingehend berät, wie die Beauftragung operativ „werkvertragsfähig“ umgestaltet werden kann oder welche Vertragsform ohne operative Umstellung für die beabsichtigte Leistungserbringung zu wählen ist.

b) Zweiter notwendiger Schritt des Beauftragungsprozesses ist die verpflichtende und revolvierende Schulung aller Risikoeigner in Bezug auf die Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitnehmerüberlassung einerseits und Werk-/Dienstverträgen andererseits. Begleitet werden sollten die Schulungen mit der Ausgabe von Prüfhilfen (Checkliste zur Prüfung des Einzelfalls) und Arbeitshilfen (Musterverträge, Beauftragungsvorlagen etc.).

c) Die aus einer Fehlabbgrenzung resultierenden möglichen strafrechtlichen Folgen treffen gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB primär die vertretungsberechtigten Organe einer Gesellschaft. Weil es in Deutschland trotz intensiver rechtspolitischer Diskussion kein Unternehmensstrafrecht gibt, werden für aus dem Unternehmen heraus begangene „Arbeitgeberstraftaten“ die vertretungsberechtigten Organe strafrechtlich belangt. Dies gilt bereits dann, wenn sie billigend in Kauf nehmend ihren Organisationspflichten in Bezug auf den rechtssicheren Einsatz von Fremdpersonal nicht hinreichend nachkommen. Diese Haftung der Organe, die in der Praxis sicherlich nicht jeden Einsatz von Fremdpersonal kontrollieren können, kann dadurch abgemildert werden, indem die Pflichten für eine abgrenzungssichere Beauftragung von Fremdpersonal zu sorgen, auf den jeweiligen Beauftrager und/oder den Einkäufer übertragen werden (sog. „Übertragung von Unternehmerpflichten“). Die Geschäftsführung müsste sich dann nur noch durch stichprobenhafte Überprüfung revisionsfest vergewissern, ob auf der Ebene der Beauftrager die definierten Prozesse und Kriterien eingehalten werden. Schließlich muss die Delegation durch ein Beratungsangebot für die Beauftrager ergänzt werden.<sup>31</sup>

Um die strafrechtliche Verantwortung der Geschäftsführung zu begrenzen, kommt als Alternative, etwa aus unternehmenskulturellen Gründen, ein dauerhaftes juristisches Monitoring jeder Fremdpersonalbeauftragung in Betracht. Hierfür müsste zunächst eine vom Beauftrager personenverschiedene Stelle als Monitoring-Einheit installiert werden.<sup>32</sup> Dieser Monitoring-Prozess ist aufwändiger als das Delegationskonzept und birgt auch erhebliches Konfliktpotential

28 BGH, Urteil vom 2. 6. 2008 – II ZR 27/07.

29 Vgl. zur Innenhaftung *Reinsch* in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, S. 215.

30 LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10; Mahnhold in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold (Hrsg.), Contractor-Compliance, S. 241; a. A.: Steffen/Stöhr in: RdA, 2017, 44 die vertreten, eine allgemeine Compliance-Pflicht folge nicht aus § 130 OWiG, sondern aus gesellschaftsrechtlichen Vorschriften.

31 Die zunächst als ad-hoc Gremium eingerichtete „Task-Force“ könnte und sollte sich z. B. zu einer dauerhaften unternehmensinternen Serviceeinheit entwickeln, bei der die Beauftrager juristischen Rat sowie Umsetzungsempfehlungen erfragen können.

32 Dies könnte z. B. im Einkauf erfolgen, welcher die Aufgabe hat, insbesondere den tatsächlichen Einsatz des Fremdpersonals zu überwachen und auch revisionsfest zu dokumentieren.

zwischen Beauftragter und Monitoring-Einheit. Denn Auseinandersetzungen sind vorprogrammiert, wenn der Beauftragter dringend fachliche Unterstützung benötigt, die Monitoring-Einheit die Beauftragung wegen rechtlichen Bedenken aber nicht freigibt. Eine Freigabe darf in dem Monitoring Prozess aber ausschließlich erst dann erfolgen, wenn die Monitoring-Einheit die Beauftragung abschließend freigegeben hat.

### 6. Identifikation und Umstellung von laufenden kritischen Fremdpersonalbeauftragungen

Die mit dem zukunftsgerichteten Beauftragungsprozess verbundenen Schulungen und die Festlegung von verbindlichen Abgrenzungskriterien führen dazu, dass die Beauftragten erkennen, dass in aktuell laufenden Beauftragungen (Bestandsfälle) diese Abgrenzungskriterien nicht erfüllt sind. Durch die Implementierung des Beauftragungsprozesses wird somit eine „Bösgläubigkeit“ hinsichtlich der kritischen Bestandsfälle begründet. Dieser Bösgläubigkeit nicht nachzugehen, indem die aktuell laufenden Beauftragungen nicht geprüft werden, würde bezogen auf die Bestandsfälle ein nicht unerhebliches Strafbarkeitsrisiko für die Geschäftsführung bedeuten. Denn die Bestandsfälle wären ja noch nicht von der Übertragung der Unternehmerpflichten und/oder des Monitoring Prozesses abgedeckt. Insoweit führt die Implementierung des Beauftragungsprozesses zur zukünftigen Beauftragung nahezu zwingend dazu, sich auch mit den kritischen Bestandsfällen auseinanderzusetzen. Zur operativ schonenden Umstellung nicht werkvertragskonformer Beauftragungen sollte ein externer Prüfer mit der Identifikation der Bestandsfälle beauftragt werden. Denn würde unternehmensintern ein Umstellungsbedarf ermittelt, so müsste die Beauftragung unverzüglich gestoppt und umgestellt werden. An neuralgischen Punkten im Unternehmen (z. B. IT-Support, Werksschutz) könnte dies zu Ausfällen führen, die nicht aufgefangen werden können. Die Ermittlung durch einen externen Prüfer verlangsamt die Erkenntnis im Unternehmen und führt daher zu einem längeren Zeitfenster für die Umstellungsphase. Wird ein Bestandsfall als kritisch ermittelt und deshalb für die Zukunft entweder beendet oder werkvertragskonform umgestellt, wirft dies die Frage auf, in welcher Höhe Beitragsnachzahlungen zur Sozialversicherung zu leisten sind und welche umsatz- oder lohnsteuerrechtlichen Folgen mit der Identifikation der korrigierten Fehlabbildung verbunden sind. Es sollte deshalb schon frühzeitig eine Verständigung mit den zuständigen Behörden (Deutsche Rentenversicherung, Hauptzollamt, Staatsanwaltschaft und Finanzbehörden) hinsichtlich der Abwicklung etwaiger Nachzahlungen gesucht werden. Hierdurch wird das Risiko einer anlassbezogenen Betriebsprüfung und/oder eines Ermittlungsverfahrens ganz erheblich gemindert bis nahezu ausgeschlossen.

### 7. Ist eine „sozialversicherungsrechtliche Selbstanzeige“ erforderlich?

Wenn die Einführung des oben geschilderten Beauftragungsprozesses sowie die Analyse der Bestandsfälle vermehrt Störfälle zeigen, sollten ebenfalls die bereits abgeschlossenen Fremdpersonalbeauftragungen (Altfälle) dahingehend überprüft werden, ob ein etwaiger Korrekturbedarf in Bezug auf nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge im verjährungsrelevanten (4-Jahre) Zeitraum besteht.

Damit die Vorbereitung einer solchen sozialversicherungsrechtlichen Selbstanzeige angesichts der Masse der zu prüfenden Fälle praktisch umsetzbar bleibt, kann die Identifikation stichprobenorientierter erfolgen und die Höhe der nachzuzahlenden Sozialversicherungsbeiträge anhand verschiedener Schlüssel entsprechend hochgerechnet werden. Bei diesem Vorgehen ist jedoch zwingend vor Beginn der Identifikationsphase eine Verständigung mit der Deutschen Rentenversicherung und der zuständigen Staatsanwaltschaft herzustellen, was die Vorgehensweise der internen Ermittlung und die Berechnungsmethode der etwaigen Nachverbeitragungen anbelangt.<sup>33</sup>

### 8. Fazit

Der Gesetzgeber bringt Unternehmen, in die Bredouille. Er sanktioniert mit den Mitteln des Strafrechts den Einsatz von Scheinwerk- und -dienstverträgen, ohne zu klären, was überhaupt ein „echter“ Werk-/Dienstvertrag ist. Er lässt aber ebenso die Unternehmen im Regen stehen, die angesichts dieser Strafandrohung lieber auf Nummer sicher gehen wollen und den Weg der offenen Arbeitnehmerüberlassung bevorzugen. Denn auch hier schlummern Strafbarkeitsrisiken, insbesondere, wenn die Höchstüberlassungsdauer überschritten wird. Der „ehrbare“ Kaufmann mag sich an die Wahl zwischen Pest und Cholera erinnern fühlen. Es hilft jedoch nichts. Um die Geschäftsführung und Beauftragter vor Strafbarkeitsrisiken abzusichern, müssen Unternehmen einen Compliance-Prozess einführen, der die rechtssichere Beauftragung von Fremdpersonal gewährleistet. Jedenfalls sehen es die Strafverfolgungsbehörden als strafbare Verletzung der Organisations- und Überwachungspflichten der Geschäftsführung an, wenn ein solcher Beauftragungsprozess nicht implementiert wird.

Für einen Werk-/Dienstvertrag sprechende Kriterien („Do’s“)	Gegen einen Werk-/Dienstvertrag sprechende Kriterien („Dont’s“)
- konkrete, aus sich heraus umsetzbare Leistungsbeschreibung	- „offene“ Leistungsbeschreibung, die noch der Ausfüllung durch tätigkeitsbezogene Weisungen bedarf
- Tätigwerden des Externen auf der Basis einer vorab definierten Zielsetzung	- Schleichende Änderung der Leistungsvereinbarung, Austausch der Zielsetzung der Leistungserbringung
- Weisungsfreie Leistungserbringung in Bezug auf das „Wie“, das „Wo“ und das „Wann“ der Leistungserbringung	- Übernahme von Aufgaben, die vormals von eigenen Stamm-/Leiharbeitnehmern des Auftraggebers ausgeübt wurden
- kein arbeitsteiliges Zusammenwirken	- verschränktes Arbeiten mit Internen, hoher Abstimmungsbedarf mit Internen
- Nutzung eigener Betriebsmittel	- Integration in Betriebsorganisation des Auftraggebers
- keine Gleichstellung mit Arbeitnehmern des Auftraggebers	- Teilhabe an Sozialleistungen des Auftraggebers (z. B. Kantine, Waschräume etc.)
- Vergütung auf Basis eines Festpreises	- aufwandsbezogene Vergütung

33 Die Erfahrung in der Praxis hat gezeigt, dass die Ermittlungsbehörden i. d. R. verständigungsbereit sind, solange kein absichtliches Handeln im Raum steht.

**Risiko (Schein-)Werk-/Dienstvertrag – Gravierende Rechtsfolgen von Abgrenzungsfehlern:**

- (Ungewolltes) Arbeitsverhältnis zwischen dem eingesetzten Mitarbeiter und dem Auftraggeber.
- Unwirksamkeit des (Schein-) Werk-/Dienstvertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer (Wegfall der Gewährleistung usw.).
- Lohn-Nachzahlungspflichten auf „equal-pay“-Basis ab Einsatzbeginn.
- Pflicht des Auftraggebers zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, zzgl. Säumniszuschläge.
- Bußgelder bis zu EUR 30.000,00 für Auftraggeber, Auftragnehmer und die jeweiligen Verantwortlichen.
- Risiko der Strafverfolgung nach § 266a StGB wegen Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen.
- Persönliche Haftung des Geschäftsführers für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge.

**AUTOREN**

**Johannes Simon, LL.M. (Durham)** berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts, insbesondere in den Bereichen Fremdpersonaleinsatz, Personalflexibilisierung und innerbetriebliches Outsourcing. Herr Simon tritt regelmäßig als Fach-Referent auf Tagungen zum Thema Compliance und flexibler Personaleinsatz auf.



**Jan-Patrick Vogel, LL.M. (Stellenbosch)** hat sich auf das Arbeitsstrafrecht/HR-Compliance spezialisiert und berät zum Aufbau einer HR-Compliance Organisation sowie zur unternehmensinternen Aufklärung und Korrektur von strafbewehrten Rechtsverstößen mit arbeits-/sozialversicherungsrechtlichem Bezug.

**Hinweis der Redaktion und Praxistipp:**

Im Rahmen von gesetzlichen Neuerungen jeder Art, besteht für Compliance nicht nur die Herausforderung diese im Unternehmen umzusetzen, sondern auch mit den bestehenden Prozessen abzugleichen und in Einklang zu bringen.

Zusätzlich sind insbesondere Schulungen der Fachbereiche als auch die Kommunikation „top down“ gefragt. Hiermit können die Neuerungen im Unternehmen tatsächlich auch von den einzelnen Mitarbeitern berücksichtigt und in Problemfällen bzw. Abgrenzungsfällen dann erkannt werden. Hierbei besteht die Herausforderung die rechtlichen Konsequenzen begreifbar zu machen und damit einen weiteren Schritt in Richtung Risikomanagement zu gehen. Für den Bereich des Risikomanagements ist es dabei unerlässlich, die einzelnen Fachbereiche miteinander zu vernetzen und die Überschneidungen im Rahmen der Prozesse zu beleuchten. Dabei können evtl. bestehende Lücken geschlossen werden.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es eine Art „Compliance-lifecycle“ im Unternehmen geben muss, um derartige Änderungen erfolgreich umzusetzen. Hierzu sollten folgende Schritte bedacht werden:

- Transparenz im Unternehmen bzgl. Neuerungen schaffen,
- Schulungen durchführen,
- interne Kommunikationskanäle und -plattformen nutzen,
- Prozesse prüfen und optimieren,
- Altbestände prüfen (Verträge, Betriebsvereinbarungen etc.),
- fachlichen Review durchführen,
- regelmäßige Kontrollen und Updates installieren.