

Die Zeitbombe tickt...

Der Einsatz von Honorarkräften in Pflegeheimen hat bereits vermehrt zu juristischen Auseinandersetzungen geführt – teilweise mit gravierenden Nachzahlungen und strafrechtlichen Konsequenzen. Kern der Vorwürfe ist der vermeintlich nicht gezahlte Sozialversicherungsbeitrag. Pflegeheime sind deshalb gut beraten, mit Altlasten aufzuräumen und Risiken zu minimieren.

Text: Stephan Porten | Peter Heinrichfreise

Mehrfach haben Altenpflegeheime in diesem Jahr unangemeldet Besuch von der Staatsanwaltschaft und dem Zoll erhalten. Es geht um vermeintlich nicht gezahlte Sozialversicherungsbeiträge für Honorarpflegekräfte. Selbst dort, wo der Zoll noch nicht war, tickt eine Zeitbombe – denn die nächste Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung (DRV) kommt bestimmt und die

nicht. Angesichts der laufenden staatsanwaltlichen Ermittlungen sind wenige Einrichtungen bereit, Angaben hierzu zu machen. Grundsätzlich gilt jedoch, dass jede Pflegeeinrichtung im Rahmen der kommenden Betriebsprüfung durch die Deutsche Rentenversicherung mit einer Prüfung der von ihr eingesetzten Fremdkräfte rechnen muss. Sofern eine Zusammenarbeit mit einer Vermittlungsagentur von Honorarkräften

in Altenpflegeheimen denkbar ist. Eine anderslautende Entscheidung kommt aus Bayern (Urteil vom 24.11.2009 – L 5 R 867/08). Allerdings lag hier eine besondere Fallgestaltung vor, bei der ein Pflegedienst mit mehreren Kräften Vertragspartner geworden war.

Die Deutsche Rentenversicherung folgt in ihrer Prüfpraxis weitgehend der kritischen Rechtsprechung. Bereits jetzt ist absehbar, dass die DRV erhebliche Nachforderungsbescheide zu Sozialversicherungsbeiträgen ergehen lässt, die zunächst einmal sofort vollziehbar sind, d. h. bezahlt werden müssen. Ob in langjährigen Gerichtsverfahren das Heim Recht erhält, bleibt abzuwarten.

Enthftung meint die Minimierung von Risiken aus der vergangenen oder laufenden Beschäftigung von Honorarkräften

Prüfer werden mit hoher Wahrscheinlichkeit ihr Augenmerk auf die Honorarkräfte richten.

Hierbei geht es zwar in erster Linie um Honorarpflegekräfte, aber nicht nur: Auch andere Berufsgruppen können betroffen sein, von Ernährungsberatern über „feste“ IT-Berater bis zu Projektmitarbeitern oder Lehrkräften an Altenpflegesschulen. Im Nachgang solcher Betriebsprüfungen kommt es nicht selten zu Ermittlungen der Staatsanwälte. Es reicht daher nicht, nur für die Zukunft auf Externe zu verzichten. Vielmehr müssen Heime dringend die Altlasten der Vergangenheit aufräumen, bevor es zu unerwünschten Folgen kommt.

Wen dieses Thema betrifft

Zuverlässige Zahlen darüber, wie viele Heime und Einrichtungen von Nachforderungen der Deutschen Rentenversicherung betroffen sein könnten, gibt es

bestand, die in den Fokus der Ermittlungen von Zoll und Staatsanwaltschaft geraten ist, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit selbst Gegenstand von Ermittlungen zu werden.

Wie die Rechtslage ist

Bislang liegt zu Honorarpflegekräften noch keine Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vor. Es gibt aber bereits eine Reihe von negativen Urteilen der Landessozialgerichte. In Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 26.11.2014 – L 8 R 573/12), Hamburg (Urteil vom 10.12.2012 – L 2 R 13/09) und Baden-Württemberg (Urteil vom 19.10.2012 – L 4 R 761/11) haben diese eine Sozialversicherungspflicht von externen Kranken- und Altenpflegekräften bejaht. Hierbei hat die Rechtsprechung sogar grundsätzlich in Zweifel gezogen, ob die Tätigkeit von Honorarpflegekräften überhaupt als selbständige Tätigkeit

Was im Rahmen der Enthftung zu tun ist

Enthftung meint die Minimierung von Risiken aus der vergangenen oder laufenden Beschäftigung von Honorarkräften. Der Umfang einer solchen Enthftung ist unterschiedlich, je nach konkreter Ausgestaltung. Neben den sozialversicherungsrechtlichen Risiken sind steuerliche und strafrechtliche Gefahren zu bedenken.

1. Strafrecht

Angst vor Strafverfolgung ist seit den letzten Durchsuchungswellen inzwischen bei vielen Verantwortlichen in der Heimszene eine ganz reale Sorge. Anknüpfungspunkt ist § 266a StGB. Die Vorschrift ist recht einfach gehalten: Wer als Arbeitgeber Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vorsätzlich vorenthält, wird mit Freiheits-



Honorarpflegekräfte können sozialversicherungspflichtig sein, aber auch andere Berufsgruppen wie Ernährungsberater, feste IT-Berater, Projektmitarbeiter sowie Lehrkräfte an Altenpflegeschulen.

Foto: Heige Krückeberg (Foto gestellt)

strafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Vorsatz liegt nahe, wenn die Heime es für möglich halten mussten, dass die Honorarpflegekräfte doch sozialversicherungspflichtig sein konnten und es billigend in Kauf genommen haben, dass die Beiträge nicht abgeführt werden. Für einen Vorsatz spricht, wenn Heime bereits Bescheide oder Anhörungen der Deutschen Rentenversicherung erhalten hatten und trotzdem weiter Honorarkräfte eingesetzt haben. Auch wer nur so gehandelt hat, um die ausreichende Betreuung der Bewohner sicherzustellen, ist nicht vor Strafe sicher.

Inwieweit der strafrechtliche Aspekt im Mittelpunkt einer Enthaltung stehen sollte, hängt von der Situation vor Ort ab, insbesondere von dem konkreten Entdeckungsrisiko. In der Praxis realisiert sich dies meist auf verschiedenen Wegen: Strafrechtliche Ermittlungen gegen Agenturen bei Beschlag-

nahme der Kundendatei waren es in Schleswig-Holstein. Nicht selten ergeben sich Strafanzeigen durch Dritte (z. B. durch Konkurrenten oder ehemalige Mitarbeiter) oder Presseberichte. Am häufigsten beruhen Ermittlungen des Zolls auf sozialversicherungsrechtlichen oder steuerlichen Betriebsprüfungen oder Kontrollmitteilungen.

Der Weg der Enthaltung über eine „Selbstanzeige“ nach § 266a Abs. 6 StGB ist bereits aufgrund der „endlosen“ Verjährungsfristen kaum möglich. Praktisch hat die Vorschrift daher nur wenig Relevanz. Insoweit verbleibt nur die freiwillige Offenbarung gegenüber der Staatsanwaltschaft. Dieser Weg bedarf der intensiven rechtlichen Vorbereitung und Begleitung. Wer von der Staatsanwaltschaft eine Einstellung begehrt, muss diese davon überzeugen, dass er zuvor alles getan hat, um die Sache wieder gut zu machen. Eine isolierte strafrechtliche Lösung ist daher nicht

möglich. Sie geht immer einher mit einer umfassenden sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtlichen Aufarbeitung der Vergangenheit und schlüssigen Konzepten für die Zukunft.

2. Sozialversicherungsrecht

Viele Heime tun sich schwer, das für sie bestehende potenzielle Nachforderungsrisiko überhaupt zu ermitteln. Nicht selten fehlt es über den Buchungsbeleg hinaus an einer ordentlichen Dokumentation. Verträge sind oft nicht auffindbar und die tatsächlichen Tätigkeitsverhältnisse geraten aufgrund der oft jahrelang zurückliegenden Einsätze in Vergessenheit. Darüber hinaus fehlen oft wichtige Informationen von den Honorarkräften selbst. Waren diese hauptberufliche „Freelancer“ oder andernorts angestellt? Waren diese aufgrund vielfältiger Ausnahmetatbestände möglicherweise in einem Sozialversicherungszweig befreit? Gab es sonstige



Quelle: BDO

verhalten als kurzfristige Beschäftigung bis hin zu Gesprächen über die korrekte Berechnung der Beitragsbemessungsgrenze auf Tagesbasis. Wen die Angst vor dem Strafrecht weniger umtreibt, wird eine maximale Verringerung von Nachforderungsbeiträgen ins Auge fassen. Viele Träger werden allerdings zur Prävention von möglichen Strafverfolgungsmaßnahmen wie Durchsuchungen und Beschlagnahmen einer umfassenderen Aufarbeitung den Vorzug geben.

3. Lohnsteuerrecht

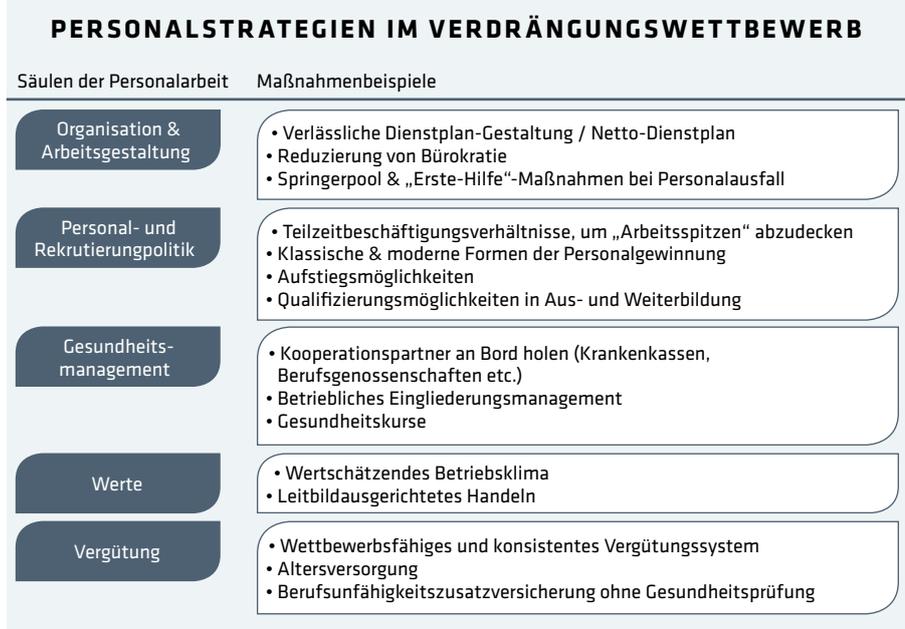
Der Arbeitgeber ist nicht nur für die Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verantwortlich, sondern auch für die Lohnsteuerabführung. Nach § 42d EStG haftet er für die zutreffende Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer. Dies bedeutet insbesondere, dass der Arbeitgeber für sämtliche steuerpflichtigen Leistungen den Lohnsteuerabzug durchzuführen, die Lohnsteuer vorschriftsmäßig zu berechnen und sie fristgemäß einzubehalten, anzumelden und abzuführen hat.

Insoweit besteht bei zu Unrecht als selbständig behandelten Arbeitnehmern auch ein Nachforderungsrisiko hinsichtlich der Lohnsteuer. Zu beachten ist, dass die Finanzbehörden in manchen Fällen hinsichtlich des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses zu einer anderen Einschätzung kommen können als die DRV. Diesbezüglich lohnt sich die Überprüfung des Falles. Steuerliche Nachteile drohen deshalb, weil die Übernahme der Arbeitnehmerbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung durch den Arbeitgeber als geldwerter Vorteil anzusehen ist, so dass weitere steuerliche Nachteile drohen können.

Eine steuerliche Enthaftung knüpft ebenso wie die sozialversicherungsrechtliche Enthaftung an eine gründliche Sachverhaltsermittlung an. Auf dieser baut eine Taktik hinsichtlich der Klärung der Sachverhalte mit den Finanzbehörden auf.

4. Zukunftskonzepte: Personalmanagement als Erfolgsfaktor

Der Fachkräftemangel ist eine gesellschaftliche Herausforderung, der nur



Quelle: BDO

Umstände, die für eine selbständige Tätigkeit sprachen, wie z. B. in dem vom LSG Bayern zu entscheidenden Fall?

Ein erster Schritt zur Enthaftung ist daher die umfassende Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und damit einhergehend die Ermittlung des potenziellen Nachforderungsrisikos. Hierbei sind durchaus Gestaltungen denkbar, bei denen eine rechtliche Prüfung Erfolgsaussichten einer streitigen Klärung ergibt. Missverständnisse treten allerdings immer wieder bei Pflegekräften im Hinblick auf § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI auf. Die Norm besagt, dass Pflegepersonen rentenversicherungspflichtig sind, wenn sie regelmäßig keinen versiche-

rungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen. Das bedeutet aber nicht im Umkehrschluss, dass jede Pflegekraft, die einen Arbeitnehmer beschäftigt, damit schon selbständig ist.

Auf der Grundlage der wirtschaftlichen und rechtlichen Risikoermittlung muss eine Strategie zur sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Enthaftung der Einrichtung entwickelt werden. Hierbei gibt es eine breite Palette von Handlungsmöglichkeiten. Diese reichen von Gesprächen mit der DRV zu Pauschalregelungen für die Vergangenheit bis hin zum Streitig stellen einzelner Sachverhalte. Gerade im Einzelfall ergeben sich oft vielfältige Stellschrauben, sei es von der Deklaration von Sach-

durch gemeinsames Handeln von Politik, Pflegekassen und Einrichtungsträgern wirksam begegnet werden kann. Neben der Ausbildung von Pflegekräften bleibt Pflegeeinrichtungen aktuell nur, sich bestmöglich im Verdrängungswettbewerb um Pflegekräfte aufzustellen. Das strategische Personalmanagement wird weiter an Bedeutung zunehmen.

Bei kurzfristigen Engpässen wird der Einsatz von Honorarkräften kaum mehr möglich sein. Und auch der rechtlich zulässige Einsatz von Leiharbeitern im Wege der Arbeitnehmerüberlassung ist aufgrund der erhöhten Kosten und oftmals geringeren Pflege- und Betreuungsqualität nur in Ausnahmesituationen das letzte Mittel der Wahl. Dennoch gibt es auch weiterhin Möglichkeiten, Personalbedarf kurzfristig zu decken. So lässt das Bundessozialgericht auch langjährige Aushilfenpools bei Beachtung einiger Spielregeln zu.

Auch bei der Anpassung des Betriebsorganisations- und Dienstplansystems bestehen erhebliche Potenziale zur Kompensation von Personalausfällen. Nettodienstplan, Springerpool und Personalausfallkonzept sind nur einige Instrumente, die immer noch nicht durchgehend in allen Pflegeeinrichtungen zum Einsatz kommen.

Potenziale ausschöpfen

Angesichts der laufenden Aktivitäten von Staatsanwaltschaft, Zoll und Rentenversicherung sollten Pflegeeinrichtungen ihren Umgang mit Fremdkräften prüfen und etwaige Risiken bewerten. Je nach Art und Umfang des Honorarkräfteinsatzes empfiehlt es sich eine aktive Rolle bei der Aufarbeitung der Vergangenheit einzunehmen. Interne Potenziale zur kurzfristigen Kompensation von Personalausfall durch Umstellung des Dienstplansystems und Eta-

blierung eines Aushilfen- und Springerpools sind auszuschöpfen.

MEHR ZUM THEMA

Kontakt zu den Autoren:

stephan.porten@bdolegal.de,
peter.henrichfreise@bdo.de



Dr. Stephan Porten ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht bei BDO Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Köln.



Peter Henrichfreise ist Senior Manager und Prokurist bei BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Köln.