

CB-BEITRAG

Markus Lohmeier, RA, und Alexandra Hullot, CFE

Beschäftigt, aber nicht angestellt – Compliance-Risiken und Fallstricke beim Fremdpersonaleinsatz

Der folgende Beitrag thematisiert die fortlaufenden Entwicklungen und Veränderungen im Bereich des internen wie auch externen Ressourcenmanagements. Die damit einhergehenden Risiken stellen neue Herausforderungen an die internen Prozesse und Compliance-Organisation dar. Eine von der Ernst & Young GmbH („EY“) durchgeführte Studie zum Thema „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“ beschreibt die Risikoeinschätzung der Unternehmen sowie etablierte Maßnahmen im Bereich der Reaktion und Prävention gegen Risiken im Bereich des Fremdpersonaleinsatzes.

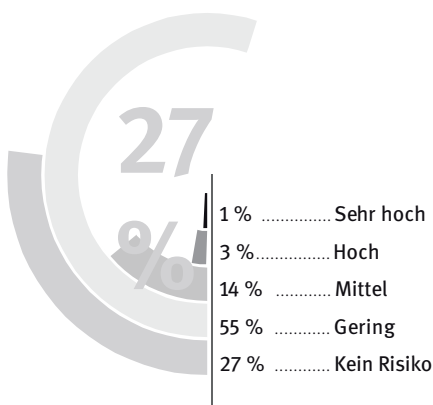
I. Einleitung

Im Spannungsfeld von komplexen rechtlichen Vorgaben, starkem Wettbewerb und schwankenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zählt optimaler Personaleinsatz zu den wesentlichen Erfolgsfaktoren. Leiharbeit und Fremdbeauftragungen sind die Kerninstrumente, um Flexibilität bei Einsatz und Bezahlung zu erreichen. Dabei werden einhergehende Risiken häufig unterschätzt oder gar nicht erst erkannt. Eine von EY durchgeführte Marktforschungsstudie zum Thema „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“ hat sich mit den Risiken beim Fremdpersonaleinsatz auseinander gesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass rund 82% der befragten Unternehmen das Risiko der Scheinselbstständigkeit als gering oder nicht existent einschätzen.¹

Schadenersatzhaftung und Freiheitsstrafen für das Management. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Existenz von Risiken sowie die Einbindung einer Compliance-Organisation in unternehmensinterne Wert- und Kontrollsysteme und v. a. nach der Notwendigkeit und Wirksamkeit von präventiven und detektiven Compliance-Prozessen.

Compliance-Management-Systeme (CMS) stellen nun keine Neuheit dar, sondern zählen vielmehr zum festen Bestandteil sowohl mittelständischer als auch großer Unternehmen². Aber inwieweit sind die Probleme und Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Thema „Fremdpersonaleinsatz“ bereits in den etablierten CMS angekommen bzw. um welche Bestandteile gilt es diese zu erweitern? Diese Fragestellung wird neben der Beschreibung aktueller Entwicklungen und Funktionen der Compliance Governance und Organisation im Folgenden diskutiert.

Abbildung 1: Risikoselbsteinschätzung der befragten Unternehmen



Eine ausbleibende oder fehlerhafte Einstufung kann für Unternehmen und Verantwortliche drastische Konsequenzen nach sich ziehen. Sie reichen von Geldbußen und Beitrags- oder Steuernachzahlungen, kaum zu beziffernden Reputationsschäden bis hin zu persönlicher

II. Entwicklung und steigende Relevanz

Der Anteil von Fremdmitarbeitern (Leiharbeit, Werkverträge oder Solo-Selbstständige) hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen. So stieg die Beschäftigung von Leiharbeitern zwischen Januar 2013 und Juni 2015 laut der Bundesagentur für Arbeit um gut 18 % (150 000)³. Darüber hinaus schlossen im Jahr 2013 laut der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft 18 % (690 000)⁴ der Selbstständigen im Haupterwerb einen Werkvertrag ab. Dabei sind laut der Marktforschungsstudie v. a. die Industrien Transport und Logistik sowie die

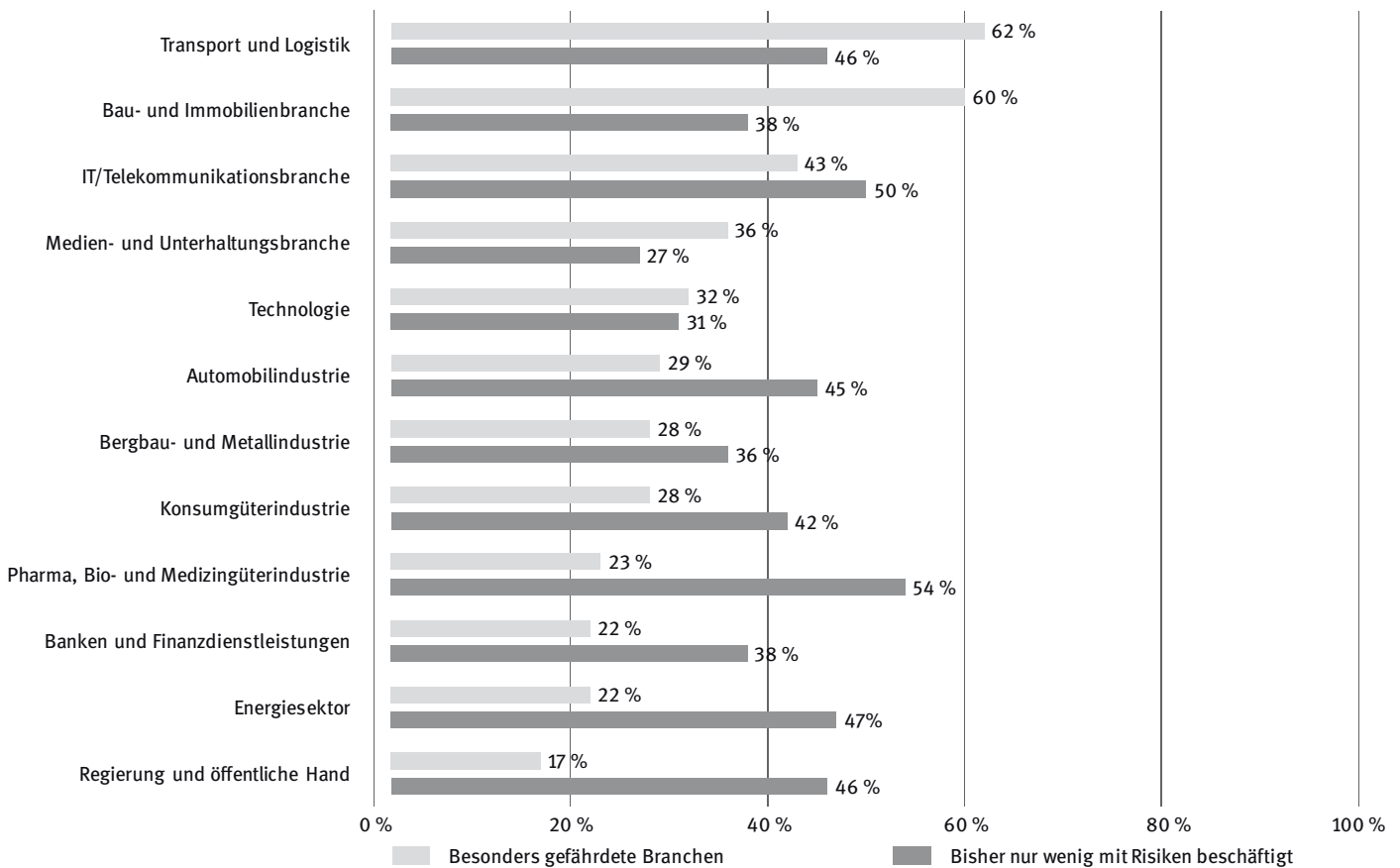
1 Vgl. EY Marktforschungsstudie „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“, 2015, S. 6, 15.

2 Vgl. Pyrczek/Schwarzbartl, Compliance Management, 2012, S. 27 ff.

3 Bundesagentur für Arbeit: Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Januar 2016, S. 7.

4 Vgl. Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft, Werkverträge: Zahlen und Fakten, Ausgabe Oktober 2015.

Abbildung 2: Einschätzung der Gefährdung nach Branchen



Bau- und Immobilienbranche und die IT/Telekommunikationsbranche Gefährdungen durch den Einsatz von Fremdpersonal ausgesetzt. Dieser Aufwärtstrend ist nicht ausschließlich auf die konjunkturelle Entwicklung zurückzuführen. So sollen durch das Beziehen fremder Leistungen Auftragspitzen bedient oder nicht vorhandenes Know-how aufgebaut werden. Diese Kerneigenschaft wird um weitere, für Unternehmen durchaus interessante, Effekte ergänzt.

1. Mindestlohn und Lohnnebenkosten

Einer dieser weiteren Effekte wird durch den Mindestlohn und die Lohnnebenkosten hervorgerufen. Die Kernbelegschaft eines Unternehmens genießt den in Deutschland starken Arbeitnehmerschutz, wird am Unternehmenserfolg beteiligt und kann im Rahmen gewerkschaftlicher Vereinigungen seine Interessen (u. a. Lohnerhöhungen, Betriebsrenten, Urlaubs-/Arbeitszeitregelungen) durchsetzen. Gerade hier ist der zum 1.1.2015 in Kraft getretene Mindestlohn von 8,50 Euro je Zeitstunde zu erwähnen. Für viele Unternehmen steigen hiermit die Lohn- und Lohnnebenkosten, weshalb Beauftragung von Fremdpersonal weiter an Reiz zu gewinnen scheint.⁵ Die Zahlung des Mindestlohns fällt dann der Verleihfirma bzw. dem Selbstständigen zu. Das Unternehmen entgeht so, zumindest zum Teil der Dokumentationspflicht von Arbeitszeit sowie möglichen Strafzahlungen bei Verstößen. Die Übergangsfrist nach § 24 MiLoG sieht noch bis zum 31.12.2017 Unterschreitungen des tariflich vereinbarten Mindestlohns in einigen Branchen und Industrien vor. Danach sind Vorgaben und Konsequenzen endgültig wirksam und müssen umgesetzt werden. Das Fremdpersonal wird gleichermaßen häufig in die Betriebsabläufe eingebunden und ist kaum von Internen zu unterscheiden.

Die zuvor erwähnte Marktforschungsstudie, bei der sowohl Unternehmen als auch Beschäftigte und Auftragnehmer befragt wurden, ergab, dass im Verhältnis zur Stammebelegschaft ca. 9 % Externe zum Einsatz kommen. Bei einem Sechstel der befragten Unternehmen sind es sogar 20 % – sprich einem Verhältnis von 5:1.⁶

2. Wettbewerb und Flexibilität

Die Attraktivität flexibler Beschäftigungsmodelle ist sicher auch durch das bislang noch undurchsichtige regulatorische Umfeld begründet. So bietet der Gesetzgeber zwar die rechtliche Grundlage für die Flexibilität und Anwendbarkeit, definiert aber keine „harten“ Kriterien anhand derer eine zweifelsfreie Umsetzung und Beurteilung möglich ist. Ein Werkvertrag stellt auf die Erbringung von Leistung ab, ohne ein Beschäftigungsverhältnis einzugehen. Dieser wird jedoch häufig unter Rahmenbedingungen umgesetzt, die einem Beschäftigungsverhältnis sehr nahe kommen. Unternehmen scheinen diesen Graubereich erkannt zu haben und binden Fremdpersonal auch längerfristig mit Auftragsvergaben an sich. Nach den Ergebnissen der Marktforschungsstudie wird fast jeder fünfte Externe länger als 18 Monate von einem Unternehmen beauftragt und 10 % der Externen sogar für einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren. Der Vorteil liegt demnach auf dem flexiblen Mitarbeiter Einsatz und einem damit möglicherweise einhergehenden Wettbewerbsvorteil.

5 Vgl. Gebhardt/Eckhardt/Goldbach, Mindestlohn – Grundlagen und Auswirkungen, DWS-Verlag Merkblatt 1|2015, S. 7.

6 Vgl. EY Marktforschungsstudie „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“, 2015, S. 9.

3. Vor- und Nachteile beim Fremdpersonaleinsatz

Die Vorteile von Fremdpersonal im eigenen Unternehmen liegen v. a. in der Gewinnung von Flexibilität und Unabhängigkeit. Durch den Einsatz von Fremdpersonal können sowohl Auftragsspitzen als auch –einbrüche flexibel und kostengünstig gehandhabt und bewältigt werden. So sind beim Abbau von Fremdpersonal keine Abfindungen zu zahlen, der Kündigungsschutz ist für Fremdpersonal des beauftragenden Unternehmens nicht anwendbar und medienwirksame Kündigungswellen werden vermieden. Hinzu kommt, dass Gewerkschaften und Betriebsräte bei der Beauftragung von Fremdpersonal i. d. R. außen vor bleiben und die branchenspezifischen Tarifverträge für das eingesetzte Fremdpersonal nicht gelten. Folglich ergeben sich häufig höhere Wochenarbeitszeiten, niedrige Urlaubsansprüche sowie kein Anrecht auf Sonderzahlungen für das eingesetzte Fremdpersonal. Bedingt durch den heterogenen Mix aus Fremd- und Eigenpersonal ist auch das Risiko von Streiks überschaubarer bzw. kann durch den Einsatz von Fremdpersonal gemindert werden. Weiterhin spart sich das beauftragende Unternehmen zumindest einen Teil der Ausbildungs- und Entwicklungskosten und kann mögliche Fehlbesetzung bei Fremdleistungsbezug (z. B. Defizite in der Qualifikation) einfacher beheben, als im festen Angestelltenverhältnis. Ebenso können auch über diesen Weg potentielle neue Mitarbeiter über einen längeren Zeitraum beobachtet und deren Leistungsfähigkeit beurteilt werden. Ein Weg, um bspw. die gesetzliche Probezeit zu umgehen.

Nachteile bringt der Fremdpersonaleinsatz v. a. durch die erhöhten Kosten der Personalsuche mit sich. Darüber hinaus kann die Leistungszurückhaltung des Fremdpersonals ein Problem sein, da die Identifikation sowie die Leistungsbereitschaft geringer ausfällt als bei regulär Beschäftigten. Ob dabei Qualitätsstandards, wie bspw. im ISO 9001 geregelt, eingehalten werden können, muss im Einzelfall geprüft werden und liegt in der Managementverantwortung. Auch erschwert die erhöhte Mitarbeiterfluktuation eine gesunde Teambildung. Zuletzt ist ein erhöhtes Risiko beim Arbeitsschutz durch Fremdpersonal anzunehmen, da diesen die Arbeitsabläufe, Arbeitsschutzbestimmungen sowie das Arbeitsumfeld häufig unbekannt sind. Auch Stichworte wie Datenschutz i. S. d. „Weitergabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen an Dritte“ sollte beim Einsatz von Fremdpersonal ausreichend Berücksichtigung finden.⁷

4. Gewerkschaften und Arbeitnehmerschutz

Einige Gewerkschaften haben bereits vor Jahren Tarifverträge geschlossen, welche die Arbeitsbedingungen von Zeitarbeitern regeln. Dies wurde nötig, da Gewerkschaften in den Betrieben immer mehr Einflussnahme durch den Einsatz von Fremdpersonal verloren haben. Auch ging es darum, Arbeitsbedingungen von Fremdpersonal analog zu regulär Beschäftigten zu regeln. In den geschlossenen Tarifverträgen wurden u. a. Zuschläge für Leiharbeiter auf den Lohn vereinbart, sodass ein Leiharbeiter das durchschnittliche tarifliche branchenübliche Grundentgelt erreichen kann. Auch wurden zum Teil Vereinbarungen getroffen, dass einem Leiharbeiter nach 24-monatiger Beschäftigung ein Übernahmeangebot vorgelegt werden müsste.

Doch regte sich, gerade durch die zunehmende Ausbootung von regulär Beschäftigten, Widerstand der Gewerkschaften gegen den Fremdpersonaleinsatz. Zusätzlich fordert der DGB ein Gesetz gegen den Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen,⁸ da nicht mehr das Prinzip „gleiche Arbeit – gleicher Lohn“ gelte, sondern der Einsatz von Leiharbeit und Werkverträgen für Lohndumping eingesetzt werde.

III. Abgrenzung Beschäftigung/Scheinselbständigkeit

Um mögliche Risiken unterschiedlicher Beschäftigungsformen zu kennen und einschätzen zu können, sollten Unternehmen diese zwingend voneinander abgrenzen. Doch genau hier liegt die Herausforderung angesichts des komplexen regulatorischen Umfeldes. So kann eine ausbleibende oder fehlerhafte Beurteilung nicht nur arbeits- sondern auch steuer- und strafrechtliche Auswirkungen haben. Daher scheint es ratsam nachfolgend einen kurzen Überblick zur Beschäftigung und Scheinselbstständigkeit zu geben.

1. Beschäftigung (§ 7 SGB IV)

Beschäftigung wird nach § 7 SGB IV als nichtselbstständige Arbeit definiert, die sich insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ausdrückt. Als Anhaltspunkte für eine Beschäftigung gelten u. a. die Weisungsgebundenheit sowie die Eingliederung in die Organisation des Weisungsgebers. Es besteht demnach ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, insbesondere im Rahmen der Weisungsbefugnis, dem Direktionsrecht durch den Arbeitgeber, dessen Grundlage der Arbeitsvertrag ist. Der Arbeitnehmer ist durch den Arbeitsvertrag zur Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet. Die Regelungen hierzu finden sich in § 611 BGB. Weitere Merkmale einer Beschäftigung sind ein geregeltes Entgelt sowie die Anmeldung bei der Sozialversicherung gem. § 28a SGB IV.

Nach § 7a SGB IV besteht die Möglichkeit für Beteiligte einen schriftlichen Antrag auf Entscheidung bzgl. einer potentiellen Beschäftigung zu stellen. Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grundlage einer Gesamtwürdigung des Einzelfalles und räumt ggf. den Beteiligten ein Äußerungsrecht sowie eine Frist zur Widerlegung der Vorwürfe ein. Ein Antrag auf Entscheidung kann nur beantragt werden, solange noch kein Verfahren zur Feststellung zum Zeitpunkt der Antragsstellung eingeleitet worden ist. Etwaige Nachzahlungen von Beiträgen müssen demnach erst entrichtet werden, wenn die Entscheidung über eine Beschäftigung unanfechtbar geworden ist.⁹

2. Scheinselbständigkeit/Scheinwerkverträge

Lässt ein Unternehmen Dienst- oder Werkleistungen ausführen, ohne dabei sozialversicherungsrechtliche Pflichten zu beachten, liegt schnell der Verdacht der Schwarzarbeit nahe. Juristisch können Werkverträge und Beschäftigung noch auseinander gehalten werden, doch wie können Arbeiten und Abläufe auf dem Betriebsgelände so zerlegt werden, dass sich hieraus keine Risiken beim Personaleinsatz ergeben?

Neben gesetzlichen Abgrenzungsmerkmalen sind auch die relevanten Vorgaben der Rechtsprechung zu berücksichtigen. Diese legte bislang großen Wert darauf, dass beim Auftragnehmer ein eindeutiges unternehmerisches Handeln erkennbar ist.¹⁰

Auf dem Betriebsgelände verwässern zunehmend die Grenzen zwischen der Kernbelegschaft und den extern beauftragten Arbeitskräften. Arbeitsabläufe gehen ineinander über, Arbeitsmittel sowie

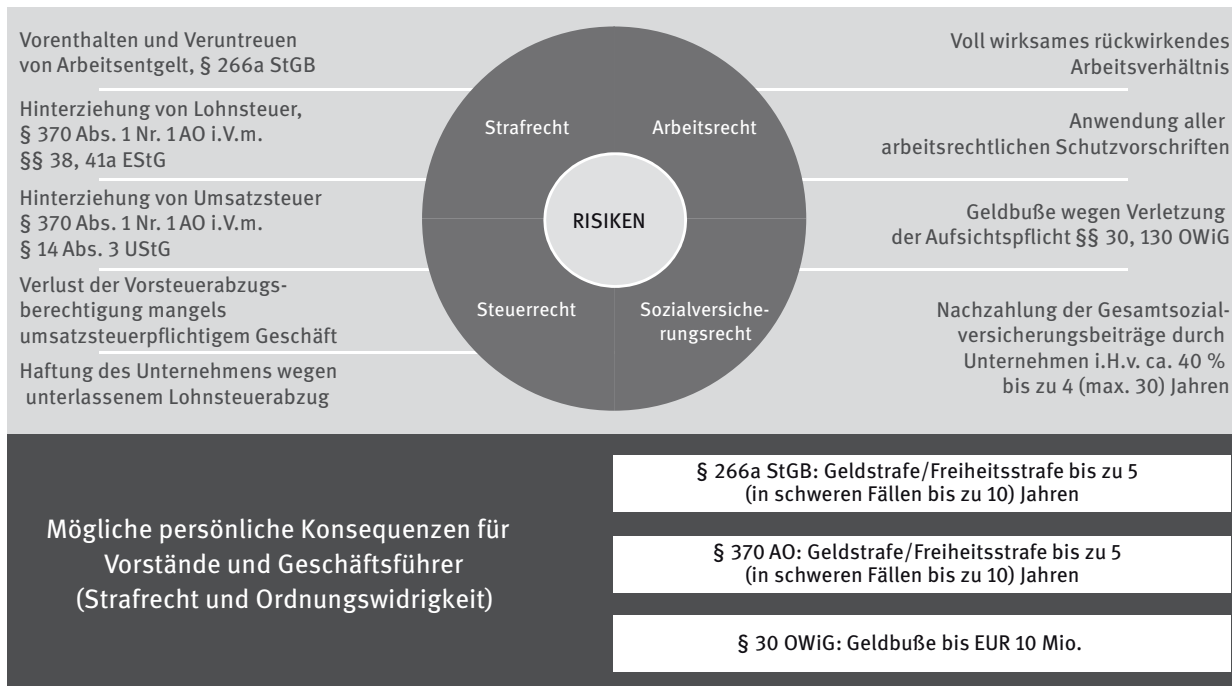
7 Vgl. Nienhüser/Baumhus, in: Martin/Nienhüser (Hrsg.), Neue Formen der Beschäftigung – neue Personalpolitik? 2002, S. 78 ff.

8 Vgl. Aufruf des DGB „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit – den Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen beenden!“ gemäß DGB Homepage, 8.4.2016.

9 Breitkreuz, Sozial Recht – Zeitschrift für Sozialberatung, 2009, 42 ff.

10 Vgl. Definition von „Scheinselbständigkeit“ gem. Industrie- und Handelskammer, Homepage IHK, 8.4.2016.

Abbildung 3: Potenzielle Indikatoren und Haftungsrisiken



Räumlichkeiten stehen zur Verfügung und werden teilweise gemeinsam genutzt bzw. sind nicht trennscharf abgegrenzt. Ferner ist von einem Werkvertragsmissbrauch zu sprechen, wenn ein Vertrag als solcher ausgestaltet ist, jedoch in der Realität ein Abhängigkeitsverhältnis vorherrscht. Dieses kann sowohl in Form einer Eingliederung in das Unternehmen als auch durch Weisungsgebundenheit existieren.

Liegt eine dementsprechende Beschäftigung vor, so müssten Beiträge für vier Jahre nachgezahlt werden, bei Vorsatz sogar 30 Jahre.¹¹ Hier steht insbesondere die Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht im Fokus. Bei lethargischer Risikoeinschätzung oder fehlenden Prozessen zur Vermeidung von Risiken sprechen Juristen mindestens schon von grober Fahrlässigkeit.

3. Beurteilungskriterien Rechtsprechung

Zunächst finden sich zur Abgrenzung nur die Kriterien der Weisungsgebundenheit und der Organisationseingliederung, wie oben bereits dargestellt, in den Gesetzen. Daher ist es ratsam auch zumindest einen kurzen Blick auf die Rechtsprechung diesbezüglich zu werfen. Hier werden v. a. das unternehmerische Handeln, z. B. durch eine eigene Betriebsstätte oder eigene Fahrzeuge und Maschinen, sowie die freie Verfügung über Arbeitszeit und Arbeitskraft als Abgrenzungskriterien herangezogen. Gerade das unternehmerische Risiko durch Haftbarkeit oder Unterhalt von Betriebsmitteln scheint immer wieder zentraler Punkt der Rechtsprechung zu sein.

So entschied das Sozialgericht Düsseldorf (Az. S 45 R 1190/14) entgegen der Beurteilung der Deutschen Rentenversicherung, dass eine als Subunternehmerin tätige Paketzustellerin selbstständig ist. Zwar unterlag die Subunternehmerin klassischen Indizien der Scheinselbstständigkeit, wie Weisungsgebundenheit, Zuteilung eines Zustellgebietes, Kontrolle und Arbeitskleidung, aber sie war vertraglich berechtigt wiederum Dritte mit der Zustellung zu betrauen und Aufträge abzulehnen. Laut Gericht manifestierte sich das unternehmerische Risiko daraus, dass sie für Beschaffung und Unterhalt des

Zustellfahrzeuges selbst verantwortlich war, pro Zustellung und nicht auf Stundenbasis bezahlt wurde und für den Verlust von Sendungen haftete.

IV. Risiken und Haftungsszenarien

Gerade durch die bereits erwähnte fehlende klare Trennung zu Scheinselbstständigkeit, begeben sich Unternehmen auf risikobehaftetes Terrain. Hier ist es unerlässlich, die unternehmensinternen Risikofelder zu evaluieren, einzustufen und deren konkretes Schadenspotential zu kennen. Ebenso sind die Beachtung und Umsetzung relevanter Vorgaben und Gesetze sowie Haftungsszenarien und das Vorgehen der Ermittlungsbehörden bei Verstößen unerlässlich für den Schutz des Unternehmens und seinen haftenden Organen.

1. Rechtsfolgen und Haftung

Die Risiken bei Fremdbeauftragung können sehr vielfältig sein und erhebliche Konsequenzen – sowohl für das beauftragende Unternehmen, als auch für die Externen selbst – nach sich ziehen.

Diese reichen von Straf-, Beitrags- und Säumniszuschlagszahlungen über Eingliederung bis hin zu Freiheitsstrafen. Das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt ist gem. § 266a StGB ein Straftatbestand. Liegt also ein konkreter Anfangsverdacht vor, leitet die Staatsanwaltschaft zwangsläufig ein Ermittlungsverfahren ein. Nicht selten sind solche Ermittlungen in Form von Durchsuchungen durch Polizei und Zoll für die Belegschaft und Außenstehende wahrnehmbar.

Die Praxis zeigt, dass die Risiken im Zusammenhang mit Fremdbeauftragung bislang noch unzureichend eingeschätzt und noch nicht in gängigen CMS als strukturelles Risiko erfasst werden. Im Rahmen der Marktforschungsstudie gaben 82% der befragten Unternehmen

11 Vgl. § 25 Abs. 1 SGB IV.

an, kein oder nur ein geringes Risiko im Zusammenhang mit Fremdbeauftragungen zu haben.¹² Nur 4% aller Unternehmen sehen ein hohes oder sogar sehr hohes Risiko. Zusätzlich ist gut die Hälfte der Befragten überzeugt, dass in ihrem Unternehmen ein Schaden durch Scheinwerkverträge bzw. Scheinselbstständigkeit gar nicht entstehen kann. So gut wie in jedem befragten Unternehmen ist also das Thema und seine Problematik bekannt, aber nur sehr wenige erkennen die damit einhergehenden Risiken und halten Schadensfälle überhaupt für unwahrscheinlich.

2. Prüfungen durch Behörden

In Deutschland wird die Prüfung von potentiell scheinselbstständiger Beschäftigung aus zwei verschiedenen Blickwinkeln geprüft. Zum einen prüft die Deutsche Rentenversicherung Bund das Bestehen von sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung, zum anderen ist der Zoll kraft Gesetz ermächtigt, im Rahmen der Bekämpfung von Schwarzarbeit Prüfungen durchzuführen.

a) Deutsche Rentenversicherung Bund

Die Deutsche Rentenversicherung prüft regelmäßig im Rahmen ihrer Betriebsprüfung genau den Aspekt der Scheinselbstständigkeit. Bei Anzeichen von Unregelmäßigkeiten oder Hinweisen intensivieren die Prüfer ihre Kontrollen. In diesem Zusammenhang haben abgeschlossene Prüfungen ohne Beanstandungen in Punkto Scheinselbstständigkeit keine deklaratorische Wirkung auf die Beurteilung der Beauftragungsverhältnisse. So können nicht beanstandete Beauftragungsverhältnisse aus der Vergangenheit bei erneuter Prüfung aufgedeckt werden. Einen Antrag auf eine Statusfeststellung kann nur erfolgen, sofern die Deutsche Rentenversicherung Bund noch kein Verfahren eingeleitet hat.¹³

b) Ermittlungen durch den Zoll

Die Bekämpfung von Schwarzarbeit und Missbrauch im Bereich Fremdpersonaleinsatz unterliegt beim Zoll dem Bereich Finanzkontrolle Schwarzarbeit „FKS“. Dabei führen sie anlassbezogene und verdachtsunabhängige Prüfungen durch, die auch vergangene Zeiträume umfassen können. Eine Prüfungsverfügung der FKS muss grundsätzlich nicht schriftlich erlassen werden und bedarf keiner vorherigen schriftlichen Ankündigung.

Die Behörden der Zollverwaltung prüfen nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG. Diese Prüfungsaufträge umfassen regelmäßig die Feststellung der Arbeitgeber-, Auftraggeber- oder Arbeitnehmereigenschaft. Daher kann eine Person, die angibt selbstständig tätig zu sein, daraufhin überprüft werden, ob sie tatsächlich abhängig beschäftigt ist.¹⁴

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit prüft ferner, ob in bestimmten Wirtschaftsbereichen tätige Personen (z. B. Baugewerbe, Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe) bei ihrer Tätigkeitsausübung ihren Personalausweis, Pass, Pass- oder Ausweisersatz mitführen (§ 2 Abs. 1 SchwarzArbG) und ob Arbeitgeber dieser Wirtschaftsbereiche ihre Arbeitnehmer auf die Ausweismitführungspflicht nachweislich und schriftlich hingewiesen haben. Dieser Verpflichtung unterliegen übrigens auch Leiharbeiter, sofern sie im Rahmen von Dienst- oder Werkleistungen an eine ausweismitführungspflichtige Branche verliehen werden. Der Hinweis ist der FKS auf Verlangen bei den Prüfungen vorzulegen. Auch Arbeitgeber i. S. v. § 1 AÜG, die Leiharbeiter zur Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen in eine ausweismitführungspflichtige Branche verleihen, unterliegen dieser Hinweispflicht.

V. Unzureichende Prozesse und Kontrollen

Hat sich ein Unternehmen entschieden, präventiv oder durch einen Vorfall alarmiert, in seine Compliance-Strukturen und in das CMS zu investieren und geeignete Maßnahmen zur Risikominimierung bei der Beauftragung Externer zu implementieren, so ist die Definition von geeigneten Prozessen zur Beauftragung, Einsatzbereich und Einkauf sowie deren effektive Kontrollen eine Herausforderung.

1. Compliance Governance

Eine umfassende Risikoanalyse, detaillierte Verträge und Fragebögen sind häufig ein Instrument, um dem Risiko von Scheinselbstständigkeit zu begegnen. Doch hier ist sich die Rechtsprechung einig: Für die Beurteilung sind ausschließlich die tatsächlichen Umstände im Rahmen der Beauftragung maßgeblich – nicht nur die vertraglichen. Auch Arbeitsanweisung oder Richtlinien schützen bestenfalls im Innenverhältnis. Demnach müssen Prozesse und regelmäßige Kontrollen implementiert werden, um eine Compliance-Kultur zu schaffen, die im Umgang mit extern Beauftragten Regelkonformität fördert.

Deshalb ist ein ganzheitlicher Ansatz notwendig, der vom Auswahlprozess bis zur Abnahme der Leistung sowie deren Bezahlung transparent definiert ist und entsprechende Kontrollen beinhaltet. Ein wirksames CMS beinhaltet einen ganzheitlichen Ansatz, um Compliance-Risiken zu begegnen. Jedoch spielen Human Resource-Compliance-Risiken hier bislang eine untergeordnete Rolle.¹⁵

Ein CMS enthält klassischer Weise sieben Grundelemente,¹⁶ die ein regelkonformes Verhalten eines Unternehmens nachhaltig sicherstellen sollen. Das Arbeitsrecht sollte hier integriert und ein fester Bestandteil der Compliance-Regelungen sein. Arbeitsrechtliche Inhalte umfassen u. a.:

- Arbeitsschutz
- Datenschutz
- Persönlichkeitsschutz
- Beschäftigung von Ausländern
- Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht.

Im Rahmen der Sorgfaltspflicht rückt HR-Compliance somit stärker in den Fokus des Managements.

2. Fehlende Prozesse im Fachbereich

Die Weisungsgebundenheit ist ein wesentliches Abgrenzungskriterium der Beschäftigung. Hier sollten Unterschiede zu extern Beauftragten erkennbar sein. Dies liegt in der Verantwortung des Fachbereiches, in dem der Externe eingesetzt wird. So entschied das LAG Baden Württemberg am 1.8.2013 (AZ: 2 Sa 6/13), dass zwei IT-Dienstleister wie Arbeitnehmer behandelt wurden und es sich in diesem Fall um illegale Arbeitnehmerüberlassung und somit um einen Scheinwerkvertrag handelte. Ausschlaggebend waren dabei die tatsächlichen Verhältnisse, in denen die Externen zum Einsatz kamen.

12 Vgl. EY Marktforschungsstudie „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“, 2015, S. 6, 15.

13 Vgl. Broschüre der Deutsche Rentenversicherung Bund, Selbstständig – wie die Rentenversicherung Sie schützt, 11. Aufl. (3/2016) Nr. 502, S. 4f.

14 Vgl. Aufgaben und Befugnisse der Abteilung FKS gem. Zoll, Homepage Zoll, 22.4.2016.

15 Vgl. *Pyrcek/Hans*, Auf die richtige Verzahnung kommt es an – Compliance Management und Human Resources, *Compliancedigital* 1/2016, 25ff.

16 Angelehnt an die sieben Grundelemente nach IDW PS 980, s. a. EY „Der IDW PS 980: Standard zur Prüfung von Compliance Management Systemen“, 2014.

Abbildung 4: Grundelemente eines wirksamen HR-Compliance Managements



Das Gericht kam zu dem Schluss, dass diese u. a. arbeitsvertragliche und Weisungen von Mitarbeitern des Auftraggebers erhielten, wobei es sich nicht um Einzelfälle handelte.

In der Praxis entwickelt sich schnell eine Kollegialität zwischen Externen, Mitarbeitern und Vorgesetzten. Hier fehlen häufig klare Vorgaben sowie Prozesse und Kontrollen, die einem konstruktiven Fremdpersonaleinsatz nicht entgegenstehen, sondern vielmehr Sicherheit im Umgang mit Externen geben und die Risiken somit eingrenzen.

3. Unzureichende Überwachung und Kontrollmechanismen

Oftmals werden vor dem Hintergrund eines akuten Vorfalles Prozesse zur Risikominimierung implementiert. Offensichtlich sind solche Prozesse nur dann wirksam, sinnvoll und eben risikominimierend, wenn sie auch befolgt werden. Daher ist neben der Implementierung und Befolgung von Prozessen auch deren regelmäßige Kontrolle notwendig. Hier sind v. a. Auftragsvergabeprozesse, Prozesse des Einkaufs sowie Prozesse im Fach- und Einsatzbereich risikobehaftet. Aber auch die generelle Kontrolle der Leistungserbringung und Qualität von Externen sollte ein Fokus von Unternehmen sein. Ein gut funktionierendes CMS bildet diesbzgl. eine angemessene Schnittstelle zum unternehmenseigenen Internen Kontrollsystem (IKS). Dieses Kontrollinstrument kann jedoch komplexe rechtliche Anforderungen z. B. an den Datenschutz oder das Mitbestimmungsrecht stellen. Folglich mündet die rechtliche Unsicherheit dann in ein unvollständiges oder unzureichendes Kontrollsetup. 67% von Scheinwerk-/Scheindienstverträgen werden durch Kontrollen im Rahmen des CMS aufgedeckt.¹⁷ Sprich zwei Drittel der Verstöße, die im Unternehmen aufgedeckt werden, sind auf wirksame Kontrollen zurückzuführen. Jedoch wird nach wie vor ein Großteil der Verstöße durch Externe (Behörden oder Anzeigen) aufgedeckt. Dies ist zugleich ein schlechtes Zeugnis für das CMS in Bezug auf Fremdpersonaleinsatz und damit verbundene Risiken. Offensichtlich besteht hier noch großer Handlungsbedarf das CMS als Kontrollinstrument nachzubessern.

Ebenso vor dem Hintergrund der Nachhaltigkeit erscheint ein wirksames CMS im Hinblick auf Fremdpersonal essentiell, schließlich bauen präventive Maßnahmen i. d. R. auf aufgedeckten Verstößen auf.

VI. Ausblick/künftige Relevanz

Die weitere Entwicklung der Thematik „Fremdpersonaleinsatz“ und damit einhergehender Risiken bleibt abzuwarten. Hierbei liegt ein Hauptaugenmerk auf den gesetzlichen Rahmenbedingungen, welche weiterhin unklar sind. Während verbindliche Kriterien und Rahmenbedingungen der deutschen Gesetzgebung weiterhin auf sich warten lassen, setzen sich Nachbarländer bereits intensiver mit der Thematik auseinander. So z. B. Großbritannien mit ihrem sog. „Modern Slavery Act“, der in einem Exkurs vorgestellt wird. Abschließend wird die zukünftige Rolle der Compliance Governance vor dem Hintergrund beschriebener Entwicklungen, Risiken und Herausforderungen im Bereich des Fremdpersonaleinsatzes beleuchtet. Die Compliance-Organisation wird sich dieser Problematik stellen und entsprechende Maßnahmen im Unternehmen etablieren müssen, um die Organisation vor Missbrauch und die Organe vor Haftungsfolgen wirksam und nachhaltig zu schützen.

1. Rechtlicher Ausblick

Abhilfe könnte daher das in der Politik vielfach diskutierte Gesetz zur Regulierung von Zeitarbeit und Werkverträgen bieten. So einigten sich die Koalitionspartner auf einen Gesetzentwurf der klare Regeln für Arbeitnehmer und Arbeitgeber enthält, um den Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen zu bekämpfen. Demnach soll der Lohn für Leiharbeiter angepasst werden, sofern diese die gleichen Tätigkeiten durchführen wie die festangestellten Mitarbeiter. Auch die Arbeitszeiten sollen gedeckelt werden. Zudem ist geplant, die Kontrollstellen durch den Zoll zu verstärken. Der seit längerem geforderte Kriterienkatalog möglicher Missbrauchstatbestände scheint nicht Bestandteil des Gesetzesentwurfs zu sein.

Die Materie ist komplex und undurchsichtig. Es fehlt an exakten rechtlichen Vorgaben¹⁸. Nur durch die langjährige Rechtsprechung haben sich Abgrenzungskriterien zu Arbeitnehmern, Selbstständigen und Arbeitnehmerüberlassung gebildet. In wieweit die Änderung des Gesetzes zur Arbeitnehmerüberlassung bei dem Problem der Abgrenzung von berechtigter Zeitarbeit zu illegaler Arbeitnehmerüberlassung Abhilfe schaffen kann, bleibt angesichts fehlender „harter“ Kriterien, die in einem Kriterienkatalog definiert sind, fraglich.

2. Modern Slavery Act UK

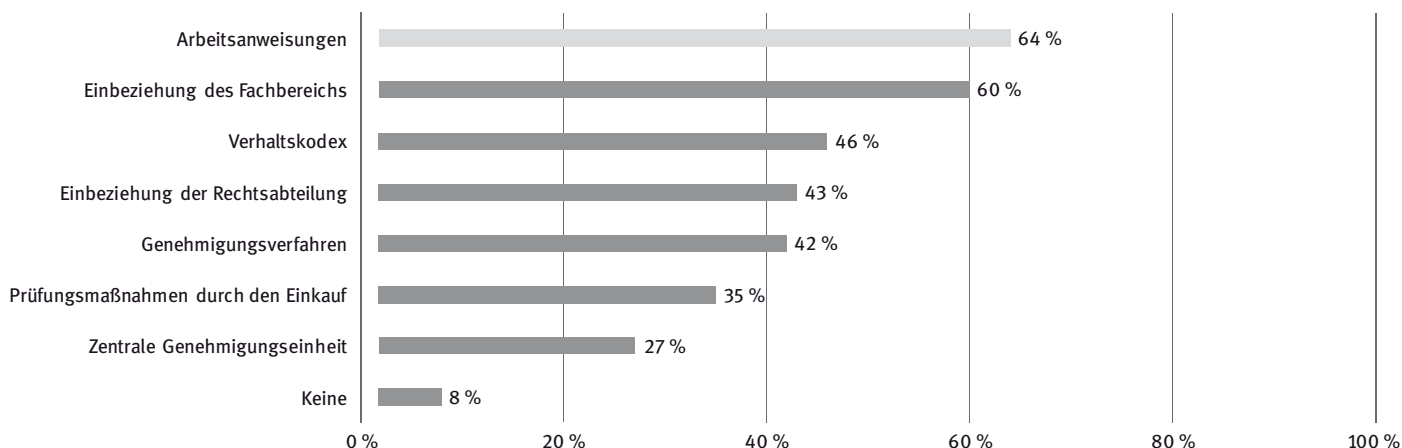
Welche Risiken und Gefahren bei der Beauftragung von Fremdpersonal lauern, lässt sich an den Vorgaben des sog. „Modern Slavery Act“ von Großbritannien erkennen, welcher am 26.3.2015 verabschiedet wurde. Im Modern Slavery Act ist geregelt, dass jedes in Großbritannien tätige Unternehmen mit einem Umsatz über 36 Mio. GBP¹⁹ (entspricht etwa 45 Mio. Euro) ein jährliches sog. „Slavery and Human Trafficking Statement“ vorzulegen hat, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um „Modern Slavery“ in der eigenen Lieferkette zu verhindern. Dabei ist es unerheblich, wie umfangreich die Unternehmensaktivitäten in Großbritannien sind. Durch diese Einbeziehung von ausländischen Unternehmen erreicht der „Modern Slavery Act“ globale Relevanz. So müssen sich auch deutsche Unternehmen mit

17 Vgl. EY Marktforschungsstudie „Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen“, 2015, S. 21.

18 Vgl. EY Broschüre, External Workforce Management – Risiko Scheinselbstständigkeit und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, 2015.

19 Vgl. „Modern Slavery Act 2015“, Section „Transparency in Supply Chains“, Regulations 2/2015.

Abbildung 5: Ausprägung vorhandener Präventionsmaßnahmen



Wirtschaftsaktivitäten in Großbritannien mit einem „slavery and human trafficking statement“ befassen. Andernfalls drohen empfindliche Auseinandersetzungen mit den Behörden und Konsequenzen im Risikobereich Strafzahlung und Reputationsschaden.

3. Zukünftige Rolle der Compliance-Organisation beim Risiko durch Fremdpersonaleinsatz

Wie in diesem Artikel dargestellt, existieren Fallstricke beim Einsatz von Fremdpersonal, in die ein Unternehmen nicht treten möchte. In wieweit sich allerdings die Gesetzgebung verschärfen oder für klare Abgrenzungskriterien sorgen wird, ist angesichts der oben dargestellten Gesetzesvorlage weiterhin unklar. Angesichts der zahlreichen Strafzahlungen in Bezug auf Fremdpersonaleinsatz in den letzten Jahren können Unternehmen jedoch nicht abwarten, sondern müssen von sich aus klare Strukturen im Unternehmen zur Vermeidung von Scheinselbstständigkeit oder Scheinwerkverträgen schaffen. Ebenso entfalten auf Basis einer angemessenen Risikoanalyse neu implementierte Prozesse und Kontrollen erst nach gewisser Anlaufzeit bzw. Feinjustierung ihre volle Wirksamkeit.

Vor diesem Hintergrund ist anzumerken, dass Unternehmen in Deutschland recht durchwachsen tätig sind, was die Risikoprävention im Zusammenhang mit Fremdpersonal angeht. So hat jedes sechste Unternehmen in Deutschland, laut der Marktforschungsstudie, noch keine Maßnahmen zur Prävention von Scheinselbstständigkeit oder illegaler Arbeitnehmerüberlassung getroffen. Darüber hinaus gaben 8% der Befragten Unternehmen an, keine Richtlinien und Anweisungen hinsichtlich Fremdbeauftragung implementiert zu haben.

Gerade durch die beschriebene stiefmütterliche Behandlung des Themas und der weiterhin schwammigen Gesetzeslage, sind Unternehmen angehalten effektive Maßnahmen zu treffen, um Scheinselbstständigkeit und Scheinwerkverträge bei der Beauftragung von Fremdpersonal zu vermeiden. Auch die signifikanten Straf- und Nachzahlungen mögen ein weiterer Anreiz hierfür sein.

Zusammenfassend ist im Hinblick auf die Problematik Scheinselbstständigkeit, Scheinwerkvertrag und Leiharbeit festzuhalten, dass die

Verantwortung zur Einhaltung bestehender Gesetze und Vorgaben bei den Unternehmen liegt. Insbesondere im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht kann sich eine Geschäftsleitung nicht vor den latenten Risiken verschließen, sondern sollte diesen offensiv begegnen. Auch wenn die Thematik in Gänze komplex undurchsichtig erscheint, schützt Unkenntnis und fehlende Thematisierung nicht vor den Folgen.

So müssen den von Gesetzgeber, Deutsche Rentenversicherung Bund sowie Zoll herangezogenen Kriterien im Vorhinein durch ein nachhaltiges und ganzheitliches CMS risikominimierend begegnet und entsprechende Maßnahmen eingeführt werden, um mögliche Verfahren, Strafzahlungen und Haftungsszenarien wirksam vorzubeugen.

AUTOREN



Markus Lohmeier ist Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt Wirtschaftskriminalität. Er ist Partner bei Ernst & Young im Bereich Business Integrity & Corporate Compliance am Standort Düsseldorf. Seine Schwerpunktindustrien liegen im Bereich forensische Sonderuntersuchungen und Compliance Management in den Schwerpunktindustrien Retail and Consumer Products, Energy, Mining and Metals.



Alexandra Hullot ist Betriebswirtin, Wirtschaftsjuristin und CFE. Sie ist Senior Managerin bei Ernst & Young im Bereich Business Integrity & Corporate Compliance am Standort München. Ihre Schwerpunkte liegen im Bereich forensische Sonderuntersuchungen, Anti-Fraud und Compliance Management sowie HR Compliance Services.

CB-BEITRAG

Dipl. Wirtschaftsinformatiker Rüdiger Giebichenstein und Dipl.-Kfm. Karsten Thomas

Referentenentwurf für ein Gesetz zum Schutz vor Manipulationen an digitalen Grundaufzeichnungen veröffentlicht

Dem Bestreben Steuerpflichtiger, durch legale oder illegale Maßnahmen die Steuerlast zu verkürzen, stehen Bemühungen der Finanzbehörden gegenüber, eine Steuerhinterziehung zu verhindern und aufzudecken. Die Verwendung elektronischer Kassensysteme erlaubt aufgrund der maschinellen Auswertbarkeit der gespeicherten Daten bspw. im Rahmen einer Betriebsprüfung grundsätzlich eine hohe Transparenz. Auf der anderen Seite sind bei diesen Systemen bisher Manipulationen möglich, die nur sehr schwer nachzuvollziehen sind. Am 18.3.2016 veröffentlichte das Bundesministerium der Finanzen (BMF) den Referentenentwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Manipulationen an digitalen Grundaufzeichnungen sowie den Entwurf einer Technischen Verordnung zur Durchführung des Gesetzes. Damit soll die Unveränderbarkeit an digitalen Grundaufzeichnungen sichergestellt und die Manipulation erschwert werden.

I. Hintergrund

Bereits 2003 warnte der BGH vor drohenden Steuerausfällen durch die Manipulation an modernen Kassensystemen in Höhe mehrerer Milliarden Euro.¹ Anschließend entwickelten zwei Bund-Länder-Arbeitsgruppen ein Fachkonzept zur Lösung des Problems. Auf der Basis dieses Fachkonzeptes entwickelte die Physikalisch-Technische Behörde (PTB) gemeinsam mit Partnern aus der Industrie eine technische Lösung im Rahmen des INSIKA-Projektes.² INSIKA steht für „Integrierte Sicherheitslösung für messwertverarbeitende Kassensysteme“. Das INSIKA-Verfahren basiert auf digitalen Signaturen, die über eine Chipkarte erzeugt werden und ermöglicht es, an einer Registrierkasse erfasste und gespeicherte Daten so zu schützen, dass Manipulationen sicher erkannt werden können. Das System ist für Kassen und ähnliche Aufzeichnungsgeräte geeignet und wird seit einigen Jahren erfolgreich in Hamburger Taxen eingesetzt.

Eine Gesetzesinitiative im Jahr 2008 zur Einführung der für das System erforderlichen Rahmenbedingungen scheiterte allerdings u. a. an den Bedenken des damaligen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) – obwohl dieses das Projekt gefördert hatte, denn die PTB ist eine wissenschaftlich-technische Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMWi. Die damalige Bundesregierung verzichtete im Anschluss auf weitere Initiativen zur Lösung des Problems.³

In einem 2013 veröffentlichten Bericht bewertete auch die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) das Problem als zunehmend relevant und empfahl den Steuerverwaltungen, eine Strategie zur Bekämpfung der Umsatzverkürzung mittels elektronischer Kassensysteme zu entwickeln.⁴ Nach einer Initiative des Nordrhein-Westfälischen Finanzministers *Norbert Walter-Borjans* und aufgrund eines Beschlusses der Finanzministerkonferenz im Mai

2014 wurde durch eine Arbeitsgruppe ein Maßnahmenpaket gegen den Betrug mit Kassensystemen erarbeitet, allerdings wurde dieser Ansatz aufgrund von Bedenken aus dem Bundesfinanzministerium (BMF) damals nicht weiter verfolgt. Eine branchenübergreifende verpflichtende Einführung des erprobten INSIKA-Konzeptes scheiterte am Widerstand der Wirtschaft, die nach einer Kosten-Nutzen-Abwägung eine zu hohe finanzielle Belastung für den Handel für die Umrüstung der Kassen sah.⁵

Mit dem nun erschienenen Referentenentwurf des Gesetzes zum Schutz vor Manipulation an digitalen Grundaufzeichnungen hat sich der Gesetzgeber nun offenbar endgültig gegen die INSIKA-Lösung entschieden und fordert stattdessen eine Zertifizierung von Kassensystemen. Damit kommt das BMF mit diesem Referentenentwurf nun auch der Forderung der Wirtschaftsverbände nach.

II. Konkretisierung der GoBD

Die in einem BMF-Schreiben vom 14.11.2014 veröffentlichten „Grundsätze zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form

1 Vgl. Bundesrechnungshof – Bemerkungen 2003 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, S. 197.

2 <http://www.insika.de/>.

3 Vgl. BT-Drs. 18/4439.

4 Vgl. OECD-Bericht 2013 – Umsatzverkürzung mittels elektronischer Kassensysteme: eine Bedrohung für die Steuereinnahmen.

5 Vgl. DIHK-Stellungnahme: Bekämpfung von Manipulationen digitaler Grundaufzeichnungen zum BMF vom 19.12.2014.