

Contractor Compliance Update – BAG und BSG zu Scheinselbstständigkeit und Arbeitnehmerüberlassung

NEUES ZUR CONTRACTOR COMPLIANCE

Der rechtssichere Einsatz von Fremdpersonal stellt viele Unternehmen noch immer vor erhebliche Herausforderungen. Im Zusammenhang mit bestehenden oder einzuführenden Konzepten einer **Contractor Compliance** sind einige Detailfragen noch immer nicht geklärt, andere bleiben stetig im Fluss. Umso mehr kommen Unternehmen nicht darum herum, die aktuelle Rechtsprechung stetig im Blick zu behalten und ihre Compliance-Konzepte hierauf einzustellen. Das gilt vor allem dann, wenn sich die höchsten Instanzen mit wesentlichen Detailfragen beschäftigen und der Praxis somit wertvolle Hinweise geben, was geht und was nicht. So geschehen im Fall des Bundesozial- (BSG) und Bundesarbeitsgerichts (BAG) in zwei jüngeren Entscheidungen aus dem Januar und März 2017.

HONORARHÖHE ALS ABGRENZUNGSKRITERIUM (BSG VOM 31.03.2017 – B 12 R 7/15 R)

Die erste Entscheidung des BSG beschäftigt sich mit dem Dauerbrenner, der **Abgrenzungsfrage** zur Scheinselbstständigkeit. Bekanntlich kommt es hier auf eine Vielzahl einzelner Kriterien an, insbesondere auf die Weisungsgebundenheit und die Integration der vermeintlichen Freelancer in die betriebliche Organisation des Auftraggebers.

Das BSG fügt dem mit seiner Entscheidung, die bislang nur in Form einer Pressemitteilung vorliegt, die **Honorarhöhe als weiteres Indiz** hinzu: „Denn liegt das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers (...) und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.“

Dies ist ein Lichtstreif am Horizont. Denn zum einen liefert die Honorarhöhe ein verhältnismäßig **klares Kriterium** im ansonsten weitestgehend durch Wertungsgesichtspunkte geprägten Graubereich der Abgrenzung. Man denke in diesem Zusammenhang nur an die Unterscheidung (unschädlicher) werkbezogener und (schädlicher) arbeitsbezogener Weisungen, die jedenfalls in Grenzfällen kaum rechtssicher beantwortet werden kann. Zum anderen gibt die Entscheidung Hoffnung insbesondere für den großen Bereich der sog. „Wissensarbeiter“, die bspw. in der **IT-, Berater- oder vergleichbaren Branchen** oftmals auf Basis freier Werk- und Dienstverträge tätig werden. Im Ausgangsfall des BSG hatte ein Verdienst von EUR 40,00 bis 41,50 je Betreuungsstunde bereits genügt, da dies deutlich über den Honorarsätzen vergleichbarer sozialversicherungspflichtiger Heilpädagogen liege. In dem Bereich der sog. Wissensarbeit sollte diese Voraussetzung in aller Regel ebenfalls erfüllt sein.

„EIN-MANN-GMBH“ ALS TAUGLICHER SCHUTZ-SCHIRM? (BAG VOM 17.01.2017 – 9 AZR 76/16)

Ebenfalls ein Mehr an Rechtssicherheit – wenn auch in eine andere Richtung – liefert die Entscheidung des BAG, die sich mit der Frage der Zwischenschaltung von juristischen Personen beschäftigte. Die Beauftragung einer „**Ein-Mann-GmbH**“ oder vergleichbare Konstruktionen stellen in der Praxis ein häufig gewähltes Mittel dar, um sich (vermeintlich) gegen die Risiken einer Scheinselbstständigkeit oder illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu schützen.

Das BAG war nunmehr der Ansicht, dass eine solche Zwischenschaltung tatsächlich helfen kann. So jedenfalls in dem Streitgegenständlichen Fall, in dem die „Selbstüberlassung“ des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH **nicht unter das AÜG** fallen soll, jedenfalls wenn die Gesellschaft über eine AÜ-Erlaubnis verfügt und als Verleiherin Dritten auch weitere Leiharbeitnehmer (und nicht nur den Geschäftsführer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt.

Soweit so gut. Wenn die ersten Kommentatoren daraus aber folgern, die Idee der „Ein-Mann-GmbH“ sei insgesamt gerettet, geht das zu weit. Das zeigt bereits das BAG, wenn es sich am Ende der Entscheidung unter dem Stichwort des **institutionellen Rechtsmissbrauchs** ausführlich mit der „Ein-Mann-GmbH“ auseinandersetzt und deutlich macht, dass jedenfalls eine Konzeption, „*deren einziger oder überwiegender Zweck darin bestehen sollte, den Geschäftsführer unter Vermeidung des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses (...) weisungsgebunden beschäftigen zu können*“, rechtsmissbräuchlich wäre.

GANZHEITLICHER ANSATZ NOTWENDIG

Mit Blick auf bestehende oder einzuführende Konzepte einer **Contractor Compliance** bedeutet dies, dass eine ganzheitliche Strategie der einzige Schlüssel zum Erfolg bleibt. Die Erhöhung der Vergütungshöhe oder die Zwischenschaltung von Gesellschaften stellen **keine alleinigen Allheilmittel** dar, können aber wirksame Bausteine eines Gesamtkonzepts liefern, das noch immer sowohl die Verträge als auch weitere Maßnahmen zu deren Umsetzung in der gelebten Praxis zum Gegenstand hat.

Darüber hinaus ist im Einzelfall auch immer Vorsicht geboten. So kann die (rechtsmissbräuchliche) Zwischenschaltung von Gesellschaften neben einigem Verwaltungsaufwand auch **unmittelbare Nachteile** mit sich bringen, vor allem wenn man hier überdreht. Es liegt jedenfalls nahe, dass der dauerhafte Einsatz zahlreicher „Ein-Mann-GmbHs“ und „Ich-AGs“ vor Ort bei dem Auftraggeber eine nicht ganz unbegründete Skepsis bei den Betriebsprüfern hervorruft, was das Prüfungsergebnis maßgeblich beeinflussen kann.

Auf der anderen Seite verbreitet die Entscheidung des BSG aber auch Hoffnung, gerade für den Bereich der sog. „**Wissensarbeit**“. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass in Deutschland über 70 Prozent der ca. 2,5 Mio. Solo-Selbstständigen einer wissenschaftlichen, technischen oder vergleichbaren Tätigkeit nachgehen. Gerade in diesen Bereichen hat die im April in Kraft getretene AÜG-Novelle für einiges an Unsicherheit gesorgt, auf die der Gesetzgeber nur unzureichend reagiert hat. Die aktuelle Entscheidung des BSG geht in die richtige Richtung. Mit Blick auf den allgemeinen Schutzgedanken des Sozialrechts (Schutz der wirtschaftlich und sozial schwächeren Bevölkerungsteile, vgl. § 1 SGB I) ist es auch nur konsequent, **wirtschaftliche Parameter** bei der Abgrenzungsfrage miteinzubeziehen. Unter der Hand haben das insbesondere einige Sozialgerichte ohnehin schon so gemacht. Eine Orientierung an der Beitragsbemessungsgrenze könnte für die Praxis in der Zukunft eine taugliche Orientierungshilfe liefern.

Auch im Bereich gut bezahlter „Wissensarbeit“ gilt aber, dass die Vergütungshöhe nur einen Baustein im Rahmen ganzheitlicher Ansätze liefern kann. Dennoch sollte die Entscheidung ein wenig Sicherheit geben und all denen Mut machen, die angesichts der jüngeren politischen Entwicklungen an der **Zukunftsfähigkeit ihrer Werkvertragsmodelle** gezweifelt haben. Werk- und Dienstverträge bleiben wesentliche Bestandteile arbeitsteiliger Marktwirtschaften und in rechtlicher Hinsicht – ein hinreichendes Compliance-Konzept vorausgesetzt – gestaltbar!

WEITERE INFORMATIONEN

Weitere Informationen zu den Themen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge finden Sie auf unserer Website unter dem Stichwort **Contractor Compliance**.

Gerne nehmen wir Sie auch auf den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters auf, in dem wir regelmäßig auch arbeitsrechtliche Fragen rund um das Thema Vergütung behandeln. Schicken Sie uns zu diesem Zweck gerne einfach eine kurze **Mail**.

ANSPRECHPARTNER



Dr. Thilo Mahnhold
t.mahnhold@justem.de
www.justem.de



Dr. Daniel Klösel
d.kloesel@justem.de