

TaylorWessing  ambass

Fremdpersonal Compliance in Engineering & IT Projekten

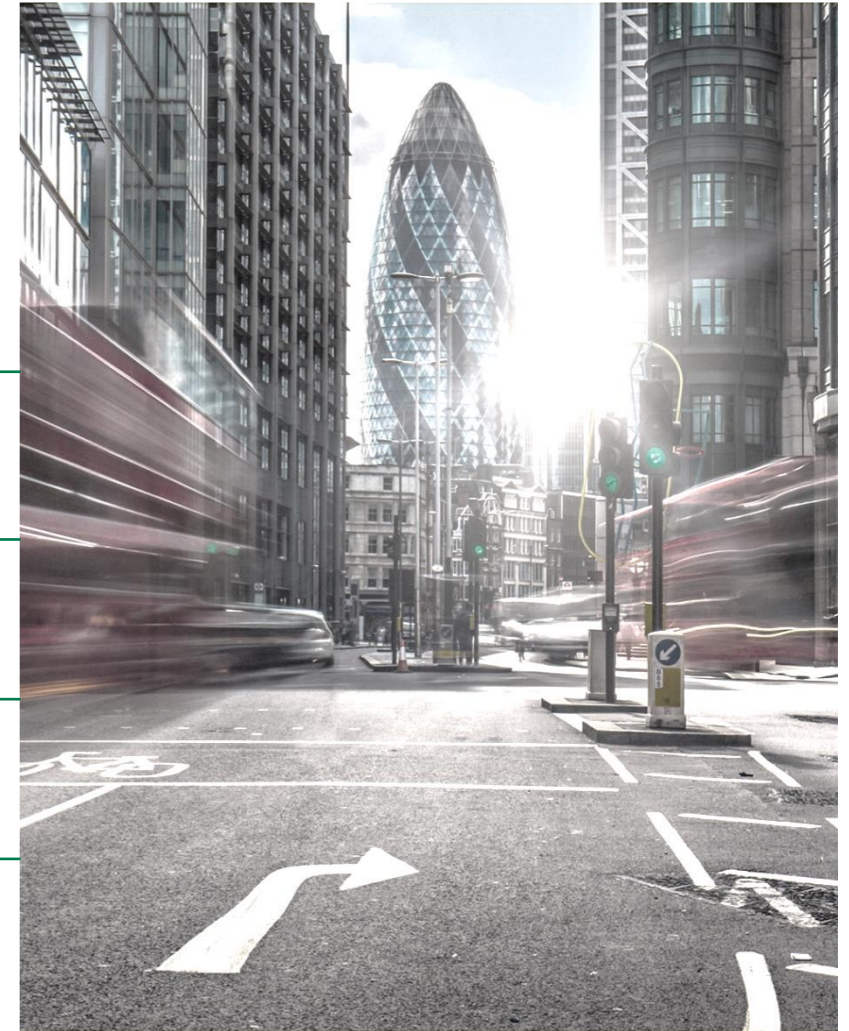
25. November 2020

Dr. Anne Förster, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

Johannes Simon, LL.M. (Durham), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

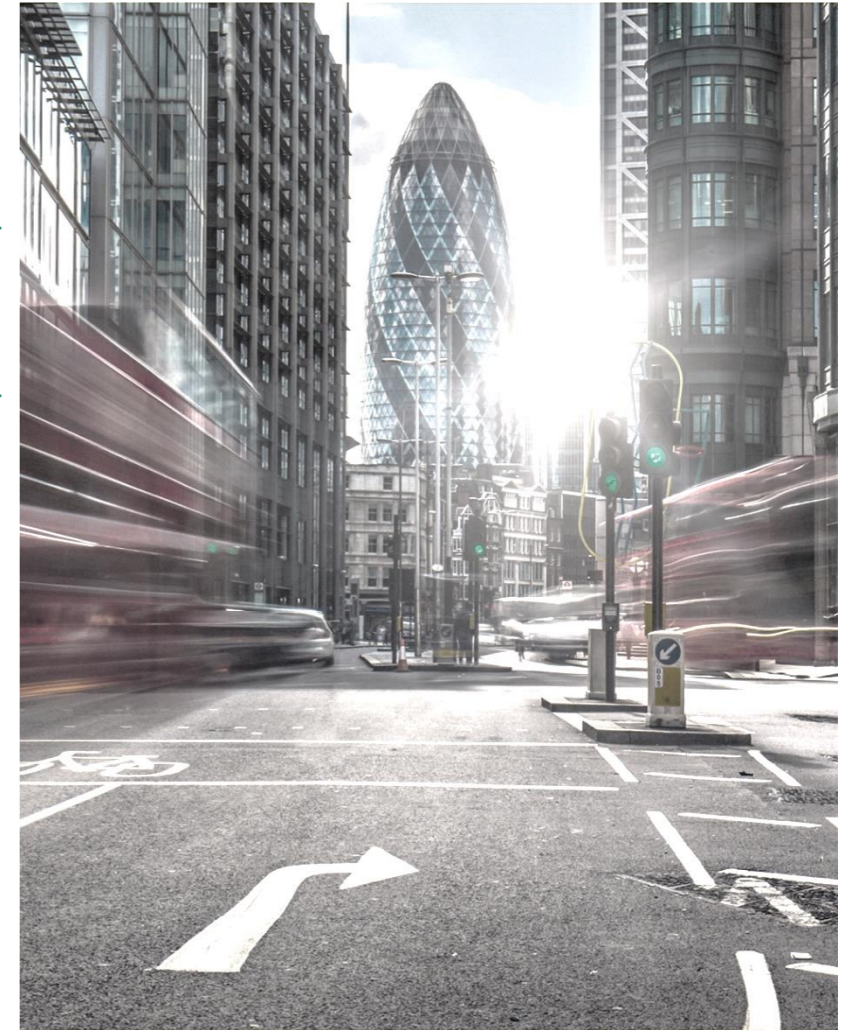
Inhalt

- 1** AÜG-Reform und aktuelle BSG-Rechtsprechung im Überblick
- 2** Anwendung Abgrenzungskriterien
- 3** IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co)
- 4** Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung



Fremdpersonal Compliance in Engineering & IT Projekten

1 AÜG-Reform und aktuelle Rechtsprechung im Überblick



01 AÜG Reform und aktuelle Rechtsprechung im Überblick (1)

➤ Ordnungswidrigkeiten- und Gewerberecht:

▪ **Offenkundigkeits- und Konkretisierungsgebot. Missachtung führt zu:**

- Bußgeld bis zu EUR 30.000 für Verleiher und Entleiher. Im Falle eines Kettenverleihs Erhöhung des Bußgelds um bis zu weitere EUR 30.000
- Unwirksamkeit des Werkvertrages zwischen dem AG und dem AN; Wegfall der Vergütungsansprüche usw.
- Entstehen eines Arbeitsverhältnisses des eingesetzten Spezialisten mit dem Endkunden
- Widerruf der AÜ-Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit eines etwaig beteiligten Zeitarbeitsunternehmens
- Keine Absicherung durch AÜ-Erlaubnis mehr möglich (Wegfall „Fallschirm“)

➤ Abgrenzungsfrage selbständige Werk-/Dienstverträge vs. Arbeitsvertrag/Arbeitnehmerüberlassung daher im Fokus der Prüfbehörden (Hauptzollamt, Deutsche Rentenversicherung (DRV), Staatsanwaltschaften)

01 AÜG Reform und aktuelle Rechtsprechung im Überblick (2)

- Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaften haften – neben der Gesellschaft selbst – persönlich für die Ordnungswidrigkeiten:
 - Bußgelder i.H.v. zumeist 25 - 30% des Unternehmens-Bußgeldes
 - Gewerbezentralregistereintrag -> Unzuverlässigkeit und damit Wegfall der Berechtigung, als Geschäftsführer eines Zeitarbeitsunternehmens, oder sogar insgesamt einer deutschen GmbH o.ä. fungieren zu dürfen
- Über § 14 OWiG kann auch ein Mitarbeiter des Arbeitgebers, der den Auftrag hat, abgrenzungssicher Fremdpersonal einzusetzen, wie der Arbeitgeber haftbar sein
- Für den Vorsatz ist keine Schädigungs-/Bereicherungsabsicht erforderlich (zu möglichem Tatbestandsirrtum vgl. BGH, Urteil v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17)
- Mögliche Straftaten nach § 266a StGB bei (eventual-vorsätzlicher) „equal pay“-Unterschreitung

01 AÜG Reform und aktuelle Rechtsprechung im Überblick (3)

- Erziehungshelfer-Urteil des BSG v. 31.03.2017, Az. B 12 R 7/15 R, nach dem die Vergütungshöhe und die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber allein statusbegründend (als Selbständiger) waren, hat sich in der Folge nicht bestätigt
 - In der Rückschau ist zu konstatieren, dass diese rein personenbezogenen Kriterien aus Sicht des BSG offenbar nur dann zur Anwendung kommen sollen, wenn die (maßgeblichen) tätigkeitsbezogenen Kriterien zu einem ambivalenten Statusergebnis führen
- BSG betont nunmehr endgültig die (rein) tätigkeitsbezogene Betrachtung – und dies selbst in Bezug auf eine Berufsgruppe (Honorarärzte), die kraft Gesetzes weisungsfrei tätig wird und für die sich also allenfalls die Frage der Eingliederung stellen kann
- **Aber:** Strafbarkeits- und Vorsatz-Risiken (Säumniszuschläge etc.) können ausgeschlossen werden, indem eine qualifizierte Prüfung vorab erfolgt

01 AÜG Reform und aktuelle Rechtsprechung im Überblick (4)

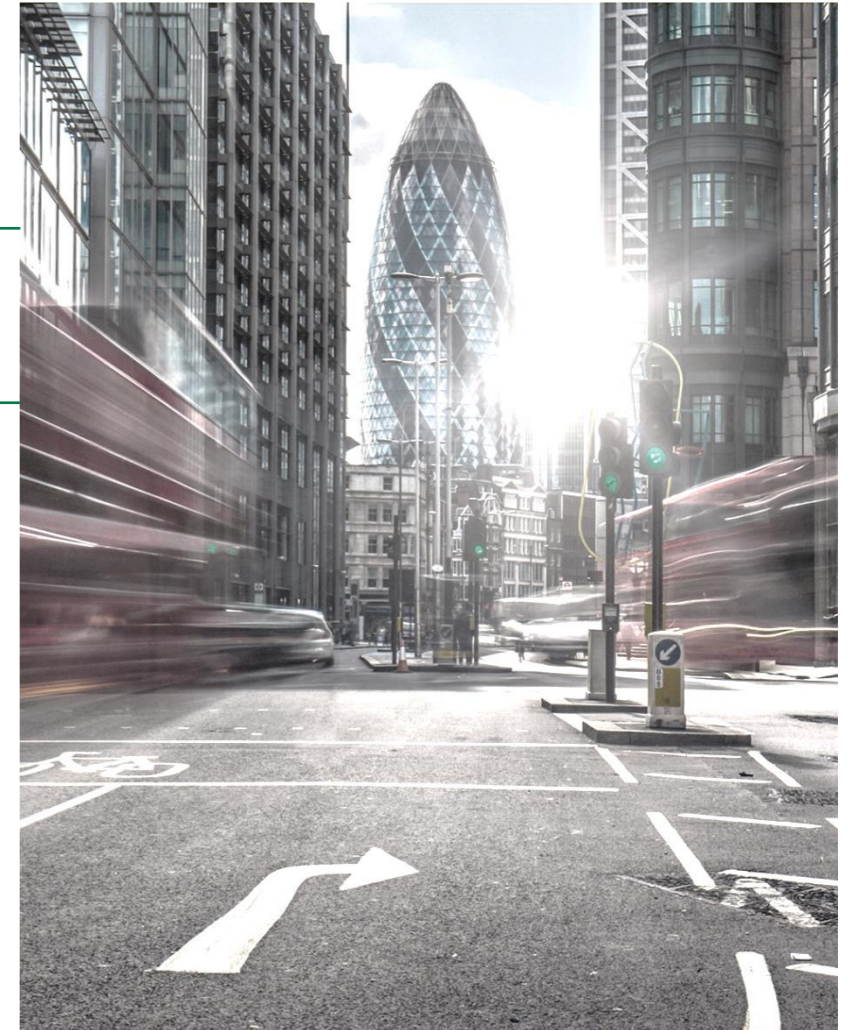
- Bundessozialgericht (BSG) vom 4. Juni 2019 (Az.:12 R 11/18 R): Leiturteile zur Sozialversicherungspflicht
- Aus Sicht des BSG ist (selbst) ein in einem Krankenhaus tätiger Arzt regelmäßig sozialversicherungspflichtig, da typischerweise in die Arbeitsorganisation des jeweiligen Krankenhauses eingebunden und daher abhängig beschäftigt. Festzumachen sei dies – so das BSG – an vier Kriterien:
 - **Keine eigene Betriebsorganisation:** Der Honorararzt sei in einer Organisation tätig, auf deren Ausgestaltung der Arzt keinen unternehmerischen Einfluss habe
 - **Keine eigenen Betriebsmittel:** Er nutze die personellen und sachlichen Ressourcen des Krankenhauses und bringe insoweit keine eigenen Betriebsmittel ein
 - **Gleichstellung mit einem angestellten Arzt:** In die Betriebsabläufe des Krankenhauses sei ein Honorararzt gleichermaßen wie ein bei dem Krankenhaus angestellter Arzt eingebunden
 - **Keine unternehmertypisches Gewinn-/Verlustrisiko:** Der Honorararzt verfüge nicht über unternehmerische Entscheidungsspielräume
- Demgegenüber sei das – gegenüber einem angestellten Arzt oftmals deutlich höhere – Honorar nur ein nachrangiges Kriterium. Im Gegenteil: Die Beitragspflicht in der Sozialversicherung könne nicht außer Kraft gesetzt werden, um eine Steigerung der Attraktivität des Arztberufes durch eine höhere Entlohnung zu ermöglichen

01 AÜG Reform und aktuelle Rechtsprechung im Überblick (5)

- Bundessozialgericht (BSG) vom 7. Juni 2019 (Az.:12 R 6/18 R): Fortführung der Leiturteile zur Sozialversicherungspflicht. Erneut mit den Kriterien:
 - **Eingliederung in die Organisations- und Weisungsstruktur**
 - **Gleichstellung mit einem angestellten Arbeitnehmer**
 - **Keine unternehmertypisches Gewinn-/Verlustrisiko**
- Bloße Freiräume bei der Aufgabenerledigung, zum Beispiel ein Auswahlrecht der zu übernehmenden Aufgaben (hier: zu pflegenden Personen) oder bei der Reihenfolge der einzelnen Aufgaben, reichen laut BSG für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit nicht aus
- „Mangelberuf“ laut BSG kein Argument; Sozialversicherungspflicht könne nicht aufgehoben werden, um eine Steigerung der Attraktivität des Berufs durch eine von Sozialversicherungsbeiträgen "entlastete" und deshalb höhere Entlohnung zu ermöglichen

Fremdpersonal Compliance in Engineering & IT Projekten

2 Anwendung Abgrenzungskriterien



02 Anwendung Abgrenzungskriterien (1)

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber (Verleiher) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Arbeitnehmer (Leiharbeiter) an einen Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt

Kennzeichnend für einen **Werkvertrag** ist die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines bestimmten Werkes. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein

Inhalt des **Dienstvertrages** ist die Erbringung einer bestimmten, von dem Unternehmer selbst zu organisierenden Dienstleistung

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (2)

Abgrenzungsmethodik

- Maßgeblich ist die **gelebte Vertragswirklichkeit**, d.h. wie stellt sich die tatsächliche Zusammenarbeit zwischen dem Kunden und dem Auftragnehmer/Subunternehmer tatsächlich dar
 - Wichtig ist also, wie die „gelebte Praxis“ im Rahmen einer Prüfungssituation durch das Hauptzollamt, Finanzkontrolle Schwarzarbeit / die DRV vorgefunden bzw. wie diese sich im Rahmen einer Zeugenbefragung der Mitarbeiter des Kunden oder Auftragnehmers/Subunternehmers darstellen würde
- Es gibt kein **absolutes** Kriterium, anhand dessen eine Abgrenzung der Vertragsarten erfolgen könnte. Durchzuführen ist eine Gesamtschau der nachfolgend genannten Kriterien, die jeweils bezogen auf die aktuelle Projektstätigkeit erfüllt sein müssen
- Vertragsgrundlagen sind gleichsam wichtig - als Prüfungs-Grundlage und „Erklärungsmodell“ für vorgefundene Vertragswirklichkeit (Konsistenz „Papierform“ und tatsächlich „gelebte“ Durchführung des Vertrages)
 - Verwendung von „Buzz-Words“ wie z.B. „*Unterstützung*“; „*Projektmitarbeit*“; „*Mitwirkung*“ oder „*Gestellung Senior Consultant SAP*“ kann Prüfungsmaßstab des HZA / der DRV verschärfen und Aufdeckungsrisiko fehlabgegrenzter Fälle erhöhen

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (3)

Es gibt **keine** „Bereichsausnahme“ für Beauftragungen von IT-Dienstleistungen; „*Expertenwissen*“ oder „*Dienstleistungen höherer Art*“ schließen verdeckte Arbeitnehmerüberlassung nicht aus.

*"Die Neuregelung solle dem sachgerechten Einsatz von Werk- und Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegenstehen, wie sie zum Beispiel in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen seien. **Auch für solche Einsätze und für die Tätigkeit von Beratern sollen die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkleistungen auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite weiterhin zur Anwendung kommen.**"*

(Gesetzesbegründung <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/100/1810064.pdf>)

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (4)

Bei Beauftragungen von IT- & Engineering Dienstleistungen ist **stets** zu prüfen, ob der Dienstleister

- **weisungsfrei,**
- auf Grundlage einer **abgegrenzten, eigenständigen Leistungsbeschreibung** und
- **ohne Integration** in die Kunden-Arbeitsorganisation

tätig wird.

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (5)

Leistungsbeschreibung

- Die zu erbringende Leistung ist **vollständig** und präzise in dem jeweiligen Projektvertrag oder einer darauf bezugnehmenden Leistungsbeschreibung definiert
- Eine weitergehende Konkretisierung der von dem Auftragnehmer zu erbringenden Leistung durch den Kunden kann durchaus zulässig sein, soweit die jeweiligen Leistungsinhalte bereits in abstrakter Form in der schriftlichen Leistungsbeschreibung genannt sind
- Ein Austausch oder eine Ergänzung der zu erbringenden Leistungen ist ausschließlich dann und insoweit zulässig, als dass vorhergehend eine entsprechende Vertragsänderung oder -ergänzung vereinbart wird („Change Request“). Eine **einseitige Zuweisung** anderer oder zusätzlicher Aufgaben durch den Kunden **scheidet aus**

Do's	Dont's
<ul style="list-style-type: none">– Konkrete Leistungsbeschreibung einschl. Darstellung der einzelnen Arbeitspakete, z.B.<ul style="list-style-type: none">• „Upgrade der Software XY auf das Release 6.0. Die dazu erforderlichen Schritte sind [...] (einzelne Schritte und ggf. zeitliche Umsetzung konkretisieren)“• „Montage von Rohrleitungen in Anlage XY“• „Austausch Ventil an Pumpe Nr. [...], Gebäude XY, 5. Etage, Raum [...]“	<ul style="list-style-type: none">– Offene / Unklare Leistungsbeschreibung oder reine Personalgestellungen, z.B.<ul style="list-style-type: none">• „Projektunterstützung M0685: Gegenstand des Angebotes ist die Unterstützung der Projektleitung durch einen Junior Berater. Dabei werden diverse Aufgaben in der Projektsteuerung übernommen.“• „System Analyst für 8 Stunden täglich“• „Zwei Elektromonteur für drei Manntage“

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (6)

Keine Weisungen bzgl. Art und Weise der Leistungserbringung

- Der Kunde erteilt dem vor Ort eingesetzten Mitarbeiter des Auftragnehmers selbst keinerlei Weisungen in Bezug auf
 - die Form der Vertragsdurchführung,
 - die Wahl etwaiger Arbeitsmethoden oder
 - die Art und Weise seiner Leistungserbringung
- Zulässig sind ergebnisbezogene Vorgaben/Qualitätsanforderungen

Do's	Dont's
<ul style="list-style-type: none">– Vorgabe eines bestimmten Softwaretools zur Verschlüsselung des Datenbestandes nicht zu verwenden– Vorgabe, dass zu installierende Software mit Systemen des Kunden kompatibel sein muss“	<ul style="list-style-type: none">– Trotz vereinbartem Ticketsystem werden Mitarbeiter des DL unmittelbar per E-Mail kontaktiert (z.B.: „Bitte halten Sie sich in der Zeit von 17 bis 19 Uhr für den Failover-Test Treasury Fileserver“ bereit.“)
<ul style="list-style-type: none">– Bereitstellung Software-Guideline, z.B. mit Festlegung der Definitionen für „spezielle Zeichen“, „Standard Zeichen“ etc., um einheitliche Programmierung sicherzustellen– Arbeitssicherheitstechnische Einweisung	<ul style="list-style-type: none">– Fortlaufende Konkretisierung der zu erbringenden Leistungen gegenüber eingesetztem Fremdpersonal durch den Auftraggeber „auf Zuruf“– Vorgabe der Reihenfolge von Arbeitsschritten oder Arbeitsmethoden (z.B. Prüfverfahren) ohne sachlichen Grund

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (7)

Arbeitszeitgestaltung

- Ein wesentliches Merkmal der Selbständigkeit des Auftragnehmers ist das Recht zur **flexiblen** Arbeitszeitgestaltung
- Ganz maßgeblich ist es somit, dass der Mitarbeiter des Auftragnehmers nicht zu einer mit dem Auftragnehmer zuvor ausgehandelten Arbeitszeit eingeteilt und auch nicht der Verpflichtung unterworfen wird, sich bzw. seine Arbeitszeit bei dem Kunden an- oder abzumelden

Do's	Dont's
<ul style="list-style-type: none">– Einhaltung Betriebszeiten,– Einhaltung Fristen, Reaktionszeiten– Time-Sheets Externe für Abrechnungskontrolle– Erfassung der Anwesenheit aus Sicherheitsgründen	<ul style="list-style-type: none">– Anordnung von Überstunden ggü. Mitarbeiter Fremdfirma– Verwendung kunden-interner Zeiterfassung („Steckkarte“)– Einbeziehung Mitarbeiter Fremdfirma in Urlaubsplanung– Vorgabe Arbeitszeiten / Pausen ggü. Mitarbeiter Fremdfirma

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (8)

Arbeitsortflexibilisierung

- Grundsatz: Keine Bindung des Mitarbeiters des Auftragnehmers an einen festen Arbeitsplatz
- Ausnahme:
 - aus dem Inhalt der Tätigkeit heraus ergibt sich zwingend ein bestimmter Arbeitsplatz
 - der Auftragnehmer wählt den Arbeitsort beim Kunden frei und ihm ist die tatsächliche Rechtsmacht eingeräumt, seinen Arbeitsort auch anderweitig zu wählen

Do's	Dont's
<ul style="list-style-type: none">– Fremdfirmengebäude / -container– Eigenes durch Beschilderung gekennzeichnetes Büro bzw. erkennbar getrennter Arbeitsplatz/-bereich	<ul style="list-style-type: none">– Großraumbüro, in welchem eigene Mitarbeiter und Mitarbeiter Fremdfirma ohne erkennbare Trennung „gemischt“ sitzen– Desk-Sharing zwischen internen und externen Mitarbeitern

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (9)

Keine arbeitsteilige Zusammenarbeit „Hand-in-Hand“ mit Dritten

- Als eigenständiger Auftragnehmer wird dieser zur Erfüllung eines **abgegrenzten Auftrags** tätig
- Eine **aufeinander aufbauende, zeitlich aber losgelöst voneinander** stattfindende Tätigkeit an derselben Sache zusammen mit anderen Dienstleistern oder Mitarbeitern des jeweiligen Kunden ist **möglich**
- Aber: keine arbeitsteilige Zusammenarbeit „Hand-in-Hand“ mit den Mitarbeitern des Kunden. Denn darin spiegelt sich ein hohes Maß an Integration in eine von einem Dritten bestimmte Arbeitsorganisation wieder („Verzahnung“)
 - Kritische Formulierungen in Leistungsbeschreibung als Indiz für Integration sind z.B. „Zusammenarbeit“; „Mitwirkung bei der Implementierung (...)“; „gemeinsam mit dem Projektteam“
 - Projektansprechpartner auf beiden Seiten als Schnittstellen für Kommunikation („Brückenkopf“) reduzieren das Integrationsrisiko

Do's	Dont's
<ul style="list-style-type: none">– Mitarbeiter der verschiedenen Support-Levels werden ausschließlich über Schnittstelle („Ticketsystem“) beauftragt und tätig	<ul style="list-style-type: none">– Unmittelbare Zusammenarbeit von Mitarbeitern der verschiedenen Support Levels, um gemeinsam Ticket zu bearbeiten, z.B. Einsatz Fremdfirmen- und Kundenmitarbeiter innerhalb Projekt nebeneinander im 1st Level Support
<ul style="list-style-type: none">– Erstellung der Software erfolgt durch den Dienstleister; Tests erfolgen durch Auftraggeber	<ul style="list-style-type: none">– Zusammenarbeit in gemischten Teams zur Problemlösung z.B. während der „Hypercare- bzw. Go-Live-Phase“
<ul style="list-style-type: none">– Mitarbeiter Kunde montieren Gerüst ab, damit externer Maler Wand streichen kann	<ul style="list-style-type: none">– Mitarbeiter Kunde und externer Maler montieren gemeinsam Gerüst ab

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (10)

Eigenständige Betriebsorganisation

- Die Eigenständigkeit des Auftragnehmers wird auch durch eine eigenständige Betriebsorganisation erkennbar. Soweit seine eigene Hardware oder sonstige Betriebsmittel Verwendung finden, **dokumentiert dies die Eigenständigkeit im Verhältnis zum Kunden**
- Demgegenüber sollten kundenseitige Hard- und Software nur dort und soweit genutzt werden, als dies aus sachlichen **Gründen zwingend** erforderlich ist, z.B.
 - **technische Gründe (z.B. kundenspezifisches Werkzeug, IT Sicherheit)**
 - **datenschutz- oder urheberrechtliche Gründe (Lizenzen etc.)**
- Auch bei Vorliegen zwingender Gründe kann vorsorglich noch eine **Miete / Nutzungspauschale** berechnet und ggf. ein gesonderter **Nutzungsvertrag** geschlossen werden (Mieter erwirbt Rechte an Mietgegenstand, was Integrationsrisiko minimiert)

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (11)

Keine Integration – Vermeidung Gleichstellung mit Mitarbeitern Auftraggebers

- **Keine Urlaubs- oder Krankheitsvertretung** für Arbeitnehmer des Auftraggebers oder von diesem eingesetztes Zeitarbeitspersonal durch Mitarbeiter des Auftragnehmers (Achtung: insbesondere kein Verweis auf Externe als „Vertretung“ in Abwesenheitsnotiz von Kundenmitarbeitern!)
- Keine Krankmeldung ggü. Kunden
- Keine räumlich-technische Integration in die Workforce des Auftraggebers
- Kein Mitarbeiterausweis – soweit für ein Projekt Zugangskarten o.ä. erteilt wird Fremdfirmenzugehörigkeit kenntlich machen!
- Keine Türschilder, Organigramme, Telefon-Verzeichnisse, Visiten-Karten, E-Mail-Signaturen, die den Auftragnehmer als Teil der Organisation des Auftraggebers ausweisen, sondern Kenntlichmachung, z.B. durch Zusatz „extern“ erforderlich, z.B. in E-Mailadresse: name@xyz_GmbH-extern.com)!
- Keine Dienstkleidung des Kunden, es sei denn aus Gründen der Arbeitssicherheit zwingend erforderlich (dann ggf. Kenntlichmachung, Fremdfirmenmitarbeiter durch andersfarbige Warnweste, Armbinde etc.)
- Keine Teilnahme an den Sozialleistungen des Auftraggebers (Teilnahme Weihnachtsfeier, Nutzung Kantine zu Mitarbeiterkonditionen etc.)

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (12)

Vertragstypisches wirtschaftliches Risiko

- Dem Werk- wie dem Dienstvertrag, ist es „wesentypisch“, dass der Werk- oder Dienstleistende das **Kalkulationsrisiko** für seine Vergütung trägt. Dieses vertragstypische wirtschaftliche Risiko schlägt sich am deutlichsten in dem werkvertragstypischen **Festpreis** nieder
- Wird daher auch bei vorab zeitlich kalkulierbaren Projekten gleichwohl eine rein aufwandsbezogene Vergütung nach Stunden- oder Tagessätzen gewählt, fehlt es an der Übernahme eines vertragstypischen wirtschaftlichen Risikos
- Eine „Schwarz-Weiß-Betrachtung“ ist aufgrund der vielen Vergütungsvarianten letztlich nicht möglich und die Rechtsprechung ist insoweit uneinheitlich
 - vgl. z.B. LSG Baden-Württemberg v. 10.6.2016 – L 4 R 3072/15: „Honorar für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden ist neben Festpreis- bzw. Pauschalvereinbarung typische Vergütungsmodalität für Werk-/Dienstvertrag“
- Allerdings ist es nicht vertragstypen-bildend, wenn z.B. wegen eines von vornherein nicht überschaubaren Zeitaufwands im Projekt der Dienstleister die Übernahme des finanziellen Risikos eines Festpreises verweigert

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (13)

Sog. „Switch- oder Shifting-Fälle“

- Ein vorhergehender Einsatz des jeweiligen Spezialisten bei demselben Endkunden im Wege der Arbeitnehmerüberlassung indiziert einen „Scheinwerkvertrag“:
 - Darlegungslast verschiebt sich maximal zulasten des Auftragnehmers
 - Hohes Aufdeckungsrisiko auf zwei Seiten – Verleiherprüfung / Endkundenprüfung
 - Anlassbezogene Umstellung indiziert Umgehungsvorsatz -> Strafbarkeitsrisiken
- Legalisierte Abfolge Temp -> Werkvertrag erfordert Nachweisbarkeit – bezogen auf die tatsächliche Durchführung – eines gänzlich abweichenden „Gewerks“ und einer völlig unzweifelhaften Werkvertrags-Einordnung
- Selbst eine legalisierte Abfolge Temp -> Werkvertrag sollte nicht vor Ablauf von sechs Monaten „Abkühlphase“ umgesetzt werden; Zeitspanne folgt der entsprechenden Anrechnungsgrenzen des AÜG
- **Achtung:** bei einem „Shifting“ eines Kunden-Mitarbeiters in eine Freelancer-Tätigkeit beim (ehemaligen) Arbeitgeber – direkt oder über Agentur – ist es aufgrund der behördlichen Prüfpraxis im Falle der Aufdeckung kaum möglich, das Vorliegen einer Scheinselbständigkeit / verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zu entkräften

02 Anwendung Abgrenzungskriterien (14)

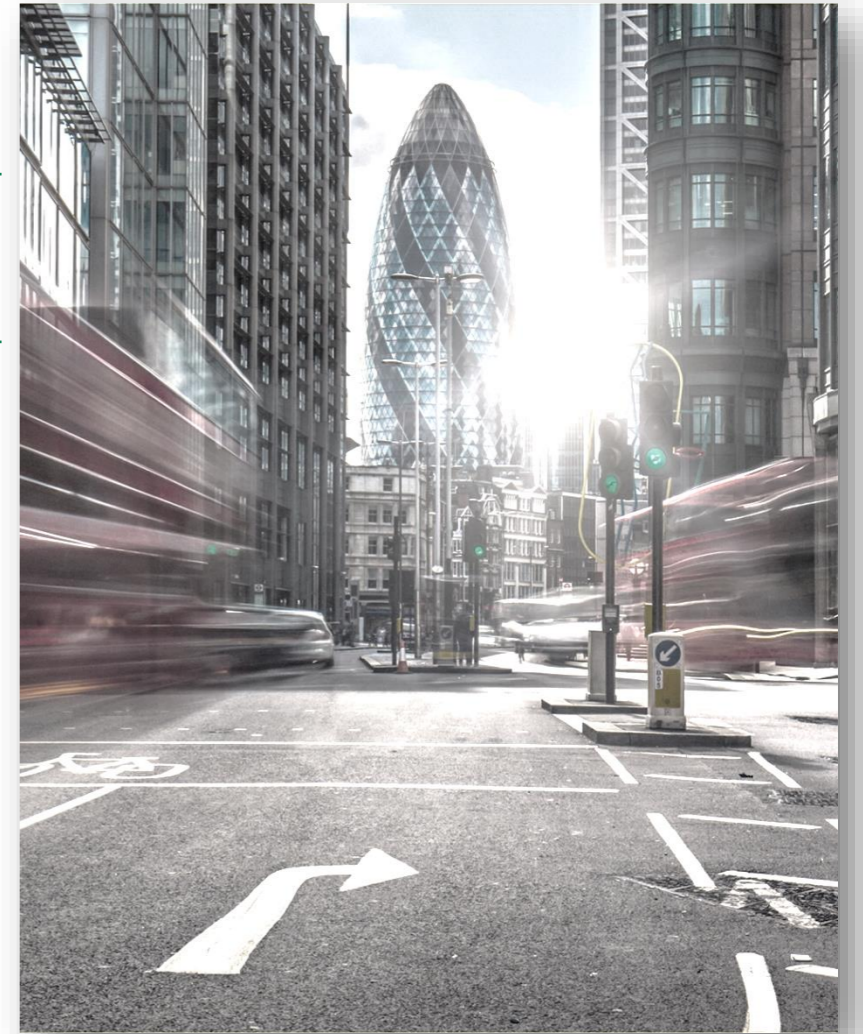
Interne Freigabe entgegen rechtlicher Expertise

- Rechtliche Expertise bewirkt „Bösgläubigkeit“, d.h. die Vermeidbarkeit des jeweiligen rechtlichen Irrtums wird aufgehoben, sodass die entscheidenden Personen nicht einmal mehr „verminderte Schuld“ gelten machen können
- Weder wirtschaftliche Erwägungen noch Überlegungen zur Aufdeckungswahrscheinlichkeit können als „Rechtfertigung“ dienen
- Folge der Nichtbeachtung: je „weiter oben“ die Entscheidung getroffen wird, je gravierender die ordnungswidrigkeiten- und gewerberechtlichen Folgen für das Unternehmen und die handelnden Personen („*das musste „der“ in seiner Position wissen*“)

Fremdpersonal Compliance in Engineering & IT Projekten

3

IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co)



03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (1)

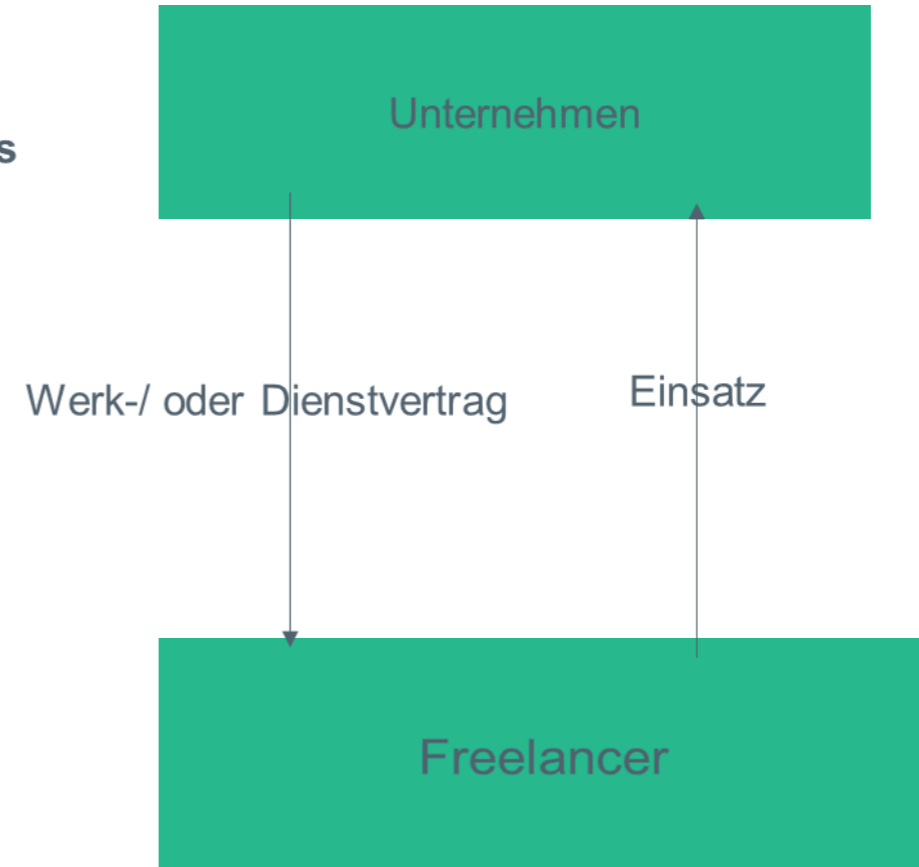


Quelle: Lünendonk & Hossenfelder: Der Markt für Rekrutierung, Vermittlung und Steuerung von IT-Freelancern in Deutschland: Entwicklungen, Themen & Trends

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (2)

Freelancer

- Freelancer bezeichnet einen Selbständigen, der von einem Unternehmen Aufträge im Rahmen eines **Dienst- oder Werkvertrags** erhält.
- Freelancer führen die Leistungen selbstständig und eigenverantwortlich aus.
- Freelancer sind – entgegen eines Arbeitnehmers – nicht in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert.
- Ein Freelancer ist nicht persönlich abhängig von dem Auftraggeber.
- Die modernen Arbeitsformen (Crowdworking, Gigworking, Scrum) basieren auf der Auftragserteilung an Freelancer.



03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (3)

IT-Support – Beispiele aus der Praxis

LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13

- Rahmen-Werkvertrag zwischen Dienstleister und Unternehmen (Kunden) über laufenden IT-Support
- Einsatz des IT-Experten des Dienstleisters vor Ort beim Kunden (getrenntes Büro, Computer des Kunden)
- Einzelaufträge werden über Ticket-System abgewickelt und auf „Zuruf“ der Mitarbeiter des Kunden auch sonstige IT-Aufgaben

Klage des IT-Experten gegen Kunden, dass zwischen ihm und dem Unternehmen ein Arbeitsverhältnis besteht

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (4)

IT-Support – Beispiele aus der Praxis

LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13

- „Ein zwischen einem Werkunternehmen (hier: IT-Dienstleister) und dem Dritten vereinbartes Ticketsystem (EDV-spezifische Aufträge von Arbeitnehmern des Dritten werden nach Eröffnung eines Tickets vom Dritten bearbeitet) ist unproblematisch dem Werkvertragsrecht zuzuordnen. **Wenn allerdings Arbeitnehmer des Dritten außerhalb dieses Ticketsystems in größerem Umfang Beschäftigte des Werkunternehmens direkt beauftragen und unter zeitlich-örtlichen Vorgaben auch personenbezogene Anweisungen erteilen, spricht dies für Arbeitnehmerüberlassung.**“
- „Wenn es sich bei diesen Direktbeauftragungen **nicht um untypische Einzelfälle**, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer **durchgehend geübten Vertragspraxis** handelt, ist von einem Scheinwerkvertrag auszugehen.“

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (5)

Beispiel aus der Praxis – IT-Systemspezialist

LSG Baden-Württemberg 15.05.2015 (L 11 R 4586/12)

- Systemspezialistin war auf der Basis eines Stundenlohns von 77 € für einen IT-Dienstleister tätig. Die Tätigkeit umfasste die „Unterstützung des Teams „System Build“ im Bereich AIX/LINUX-Projekt Planet“
- Die Arbeitspakete wurden in einem Dispatching-Verfahren vergeben, sodass Freelancer selbst steuern konnte, welche und wie viel Pakete sie annimmt
- Freelancer übte die Tätigkeit sowohl von zu Hause aus als auch am Betriebssitz der Kundin aus. Sie rechnete die geleisteten Stunden monatlich mit Umsatzsteuer ab
- Aus Sicherheitsgründen gestattete der Kunde den Zugang zu seinem Intranet nur mit von ihm speziell gehärteten PC-Images und stellte daher ein Leihgerät zur Verfügung
- Eigenen Kapitaleinsatz des Freelancers: dienstlich genutzter Pkw, Telekom, IT-Infrastruktur sowie die kontinuierliche Weiterqualifizierung
- Freelancer gab an, dass bei der Zusammenarbeit mit AG es sich um technische Abklärungen von Funktionsparametern, Klärung von technischen Problemen und Fragestellungen, Klärung von projekterminlichen Fragen gehandelt habe

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (6)

Beispiel aus der Praxis – IT-Systemspezialist

LSG Baden-Württemberg: Keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung

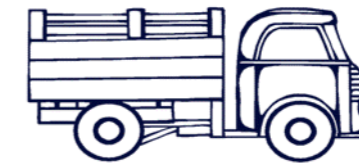
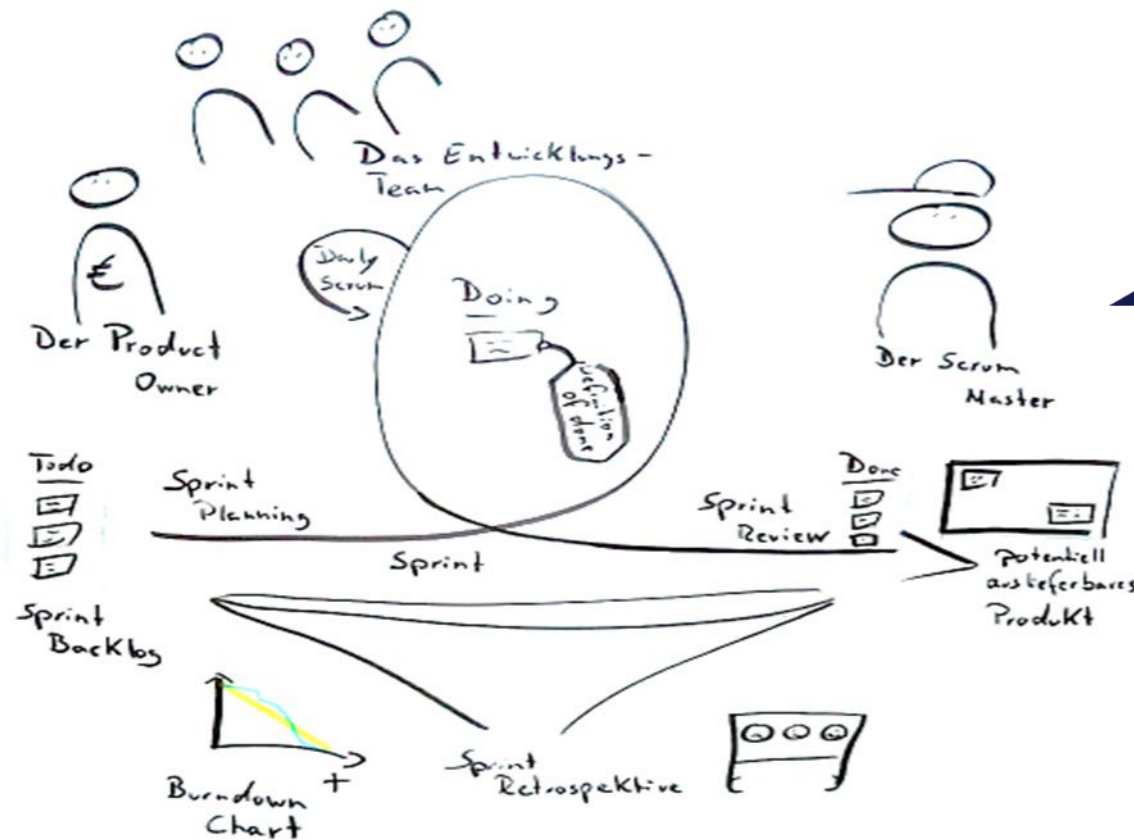
- Fehlende Eingliederung in betriebliche Abläufe und damit die fehlende Weisungsgebundenheit
- Systemspezialistin sei sowohl hinsichtlich ihrer Arbeitszeit als auch des Arbeitsorts weitgehend frei gewesen
- Den Umfang ihrer Tätigkeit und die zeitlichen Rahmenbedingungen habe sie selbst steuern können. Insbesondere habe sie auch selbst darüber entscheiden können, ob und welche der angebotenen Arbeitspakete sie übernahm
- Relativ hoher Stundensatz spricht für eine durch umfangreiche Spezialkenntnisse bedingte Unabhängigkeit (Achtung Urteil erging vor BSG-Entscheidung zu Honorarärzten!)
- Gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit wird schließlich das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko bewertet. Es dürften bei der betriebsmittelarmen Dienstleistungsbranche nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, verweist aber auch auf die eingesetzten Betriebsmittel (Laptop, Homeoffice, betrieblich genutzter Pkw)

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (7)

Agile Projektmethoden v. „alte Welt“

„Neue Welt“: Agile Produktentwicklung

Produktentwicklung in der „alten Welt“



Quelle: <https://www.lean-knowledge-base.de>

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (8)

Agile Arbeitsmethoden (Scrum & Co)

- Ausgangspunkt: komplexe Softwareprojekte/-produkte sind nicht im Voraus zu 100% planbar
(≠ **Wasserfallmethode**)
- Vorgehensweise: iterativ, in enger Abstimmung mit Auftraggeber, unbürokratisch, schnelle Umsetzung von Korrekturen und Anpassungen
- Voraussetzung: ständige Kommunikation aller Beteiligten
- Rechtlicher Rahmen: zumeist Werk-/Dienstvertrag



03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (9)

Agile Arbeitsmethoden (Scrum & Co)

- Die wichtigsten Rollen....
- **Product Owner**
Vertreter des Auftraggebers; verantwortet Konzeption
- **Entwicklungsteam**
Eigenständige Umsetzung der Ziel- Vorgaben; keine Hierarchien
- **Scrum Master**
ist für reibungslosen Prozessablauf verantwortlich; kein Weisungsrecht („Coaching-Funktion“)

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (10)

Agile Arbeitsmethoden (Scrum & Co)

....und die Vorgehensweise:

- Ideen des Auftraggebers („langfristiger Plan“) fließen in das „Product Backlog“ ein;
- Product Backlog wird kontinuierlich verfeinert und verbessert. Der Detailplan (das Sprint Backlog) wird nur für den jeweils nächsten Zyklus (den Sprint) erstellt. Festlegung der Arbeitsaufgaben erfolgt durch das Entwicklungsteam, das sich selbst organisiert;
- Während des Sprints wird das Teilprodukt entwickelt; Daily Scrum dient dem Austausch innerhalb des Entwicklungsteams zum Projektstand.

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (11)

Agile Arbeitsmethoden (Scrum & Co) - Praxisprobleme

- Es besteht (anfangs) kein exakt abgrenzbarer und zu Vertragsbeginn konkretisierbarer Vertragsgegenstand
- Häufig besteht nur eine schemenhafte Beschreibung des zu entwickelnden Softwareprodukts sowie ein Aktivitäten- und Fristenplan, kombiniert mit konkreten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers
- Teilweise Zusammenarbeit in „gemischten“ Entwicklerteams
- Grenzziehung zwischen werkbezogenen und arbeitsbezogenen Weisungen ist in Projektteams schwierig

Achtung: DRV hat Prüffokus auf agile Projektformen erweitert!

03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (12)

Agile Arbeitsmethoden (Scrum & Co) – Vertragsgestaltung

- Besondere Sorgfalt bei der Vertragsgestaltung erforderlich:
 - Erster Anknüpfungspunkt bei Überprüfung durch Behörden/Gerichte sowie „Erklärungsmodell“ für vorgefundene Vertragswirklichkeit
 - Bei „Auffälligkeiten“ weitere Prüfung (Befragung der Mitarbeiter, Durchsicht Unterlagen etc.)
- Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung/Scheinselbständigkeit erfordert Konkretisierung des Leistungserfolges im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen ≠ gerade bei agilen Projekten nicht möglich

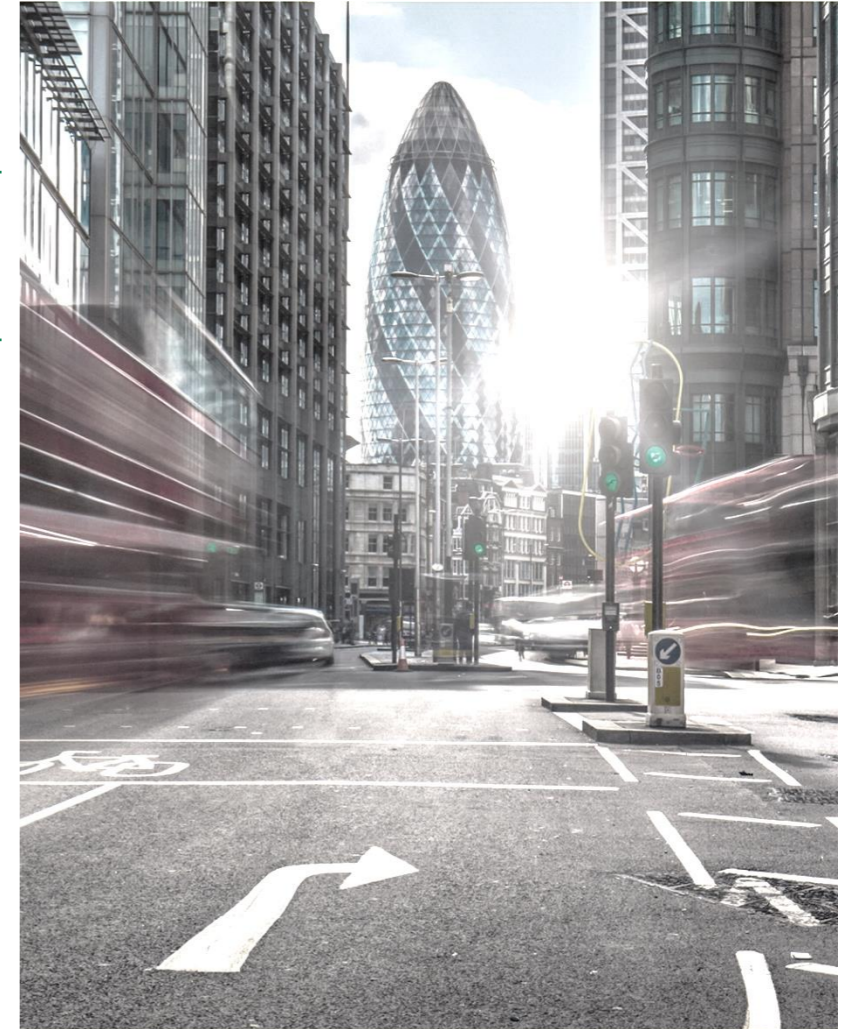
03 IT-Beauftragungen (Support, Entwicklung, Consulting, Scrum & Co) (13)

Agile Arbeitsmethoden (Scrum & Co) – Vertragsgestaltung

- **Daher:** Rahmenvertrag mit allgemeinen Regelungen kann mögliche Leistungsbilder-/phasen zur Auswahl der Parteien stellen
- **Einzelaufträge** konkretisieren wechselseitigen Pflichten
 - Vereinbarung konkreter Leistungen
 - Allenfalls Festlegung auf Qualifikation der Einsatzkräfte
 - Fachliche und disziplinarische Weisungen ggü. einzelnen Mitarbeitern obliegen ausschließlich dem Auftragnehmer (\neq Product Owner)
 - Keine „Hand-in-Hand“-Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des AG
 - Ergebnisorientierte Vergütung, Festpreis nach Abnahme (sofern möglich)
 - Gewährleistung und Haftung des Auftragnehmers festschreiben

Fremdpersonal Compliance in Engineering & IT Projekten

4 Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung



04 Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung (1)

➤ Geschäftsführung als grds. strafrechtlich Verantwortliche

- Vorrangig an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit festzumachen; insoweit sind Beitrags- und Steuerhinterziehung Sonderdelikte, die grds. nur die verantwortlichen Organe des Trägers begehen können
- Strafbarkeit kann sich aber über Beihilfetatbestände oder wegen organisatorischer Übertragung der Verantwortlichkeit auch auf andere Personen erstrecken; bspw. die Rechtsabteilung, Leitung Lohnbuchhaltung, Compliance Officer etc.

04 Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung (2)

➤ Verantwortlichkeitsmaßstab

- Nach neuerer BGH-Rechtsprechung (BGH, Urteil v. 24.01.2018 – 1 StR 331/17 und Beschluss vom 24.9.2019 – 1 StR 346/18) knüpft die Strafbarkeit der Beitrags- und Steuerhinterziehung schon im subjektiven Tatbestand an die Kenntnis von der Arbeitgeberbereiungenschaft und der damit verbundenen Beitrags- und Steuerschuld an
- Daher kann mangelnder Vorsatz wegen nicht vorwerfbarer Unkenntnis von der Arbeitgeberbereiungenschaft strafausschließend geltend gemacht werden
 - **Aber 1:** Die Verwendung von Fragebögen, kann bei unzureichender Fragestellung, nicht wahrheitsgemäßer Beantwortung und/oder nicht ernsthafter Prüfung den Vorsatz begründen (BGH, vom 13.12.2018 – 5 StR 275/18)
 - **Aber 2:** BGH stellt höhere Anforderungen an Strafbarkeit unter eine Organisations- und Prüfpflicht:
„Jedenfalls bei Kaufleuten, die als Arbeitgeber zu qualifizieren sind, sind auch die im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten in Bezug auf die arbeits- und sozialrechtliche Situation in den Blick zu nehmen, weil eine Verletzung einer Erkundigungspflicht auf die Gleichgültigkeit des Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflicht hindeuten kann.“
(BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – 1 StR 346/18 Rn. 26)

04 Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung (3)

➤ Schritt 1: Zukunftsbetrachtung

- Zielsetzung: rechtssichere, d.h. keine Strafbarkeitsrisiken auslösende Beauftragung von Freelancern im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen
- **Notwendige Umsetzungsschritte:**
 1. Beauftragungs- und Freigabeprozess
 2. Bestimmung Prozessverantwortliche, Handlungsanweisung, Kriterien-Check, Arbeits- und Prüfhilfen (z.B. Templates, Leistungsbeschreibung)
 3. Schulungen von Einkaufsmitarbeitern und Beauftragern / Bedarfsträgern
 4. Monitoring (Stichproben-Check der freigegebenen Beauftragungen im laufenden Einkaufsprozess)
 5. ggf. Delegation Unternehmerpflichten

04 Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung (4)

➤ Schritt 2: Gegenwartsbetrachtung

- Identifikation von nicht vollständig rechtssicheren, d.h. Strafbarkeits- oder auch nur Beitragsnachzahlungsrisiken auslösenden, aktuell noch laufenden Beauftragungen von Freelancern
- Umstellung dieser laufenden Fälle hin zu vollständig rechtssicheren Beauftragungen oder deren Beendigung (Out-/Insourcing)

- **Notwendige Umsetzungsschritte:**
 1. Identifikation laufender „Risikobeauftragungen“
 2. Prüfung durch Task-Force
 3. Abstimmung Umstellungsoptionen mit Beauftragern / Bedarfsträgern
 4. Umstellung - Abgrenzungsoptimierung (operativ) vs. Out-/ Insourcing
 5. ggf. Nachverbeitragung/ Nachversteuerung von Risikobeauftragungen

04 Rechtssicherheit in der Fremdpersonal-Beauftragung (5)

➤ Schritt 3: Vergangenheitsbetrachtung

- Identifikation etwaig bestehender sozialversicherungsrechtlicher Nachzahlungspflichten aus dem noch nicht verjährten Zeitraum zwecks Vermeidung einer ggf. strafbaren Nichtumsetzung der Erkenntnisse aus der Umstellung noch laufender Beauftragungen
- Erfüllung der Nachzahlungspflichten per Beitragsnachzahlung und damit Enthftung der Gesellschaftsorgane
- **Notwendige Umsetzungsschritte:**
 1. Behördenabstimmung (DRV, Finanzamt, ggf. Staatsanwaltschaft)
 2. Vorfilterung, Risiko-Cluster (Lieferanten-Cluster, Beauftragungscluster)
 3. Technische Ermittlung der Risikobeauftragungen
 4. Stichprobenprüfung
 5. Erstprüfung Papierbasis und erforderlichenfalls Interview
 6. Stichproben-Prüfung → Hochrechnung auf Beauftragungsvolumen Cluster-Gesamtheit
 7. Berechnung Nachzahlungen / Behördenabstimmung

Ihre Ansprechpartnerin:

Anne Förster ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und berät nationale und internationale Unternehmen in allen Bereichen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Sie fokussiert sich dabei auf den Bereich Arbeitnehmerüberlassung und den rechtskonformen Einsatz von Fremdpersonal. Hier verfügt sie über eine langjährige Branchen-Expertise im IT-Bereich und ist sehr erfahren bei der arbeitsrechtlichen Gestaltung agiler Projekte.

Außerdem verfügt sie über besondere Expertise in Fragen der betrieblichen Mitbestimmungsrechte (einschließlich der Verhandlungen mit Betriebsräten) sowie der Beratung von Unternehmen im Rahmen von Umstrukturierungsprozessen, insbesondere im Zusammenhang mit Betriebsübergängen.

Anne Förster ist regelmäßig als Referentin in Seminaren und Workshops tätig und ist Autorin zahlreicher Fachveröffentlichungen.

Sprachen

- Deutsch, Englisch



Dr. Anne Förster

**Salary Partner
Düsseldorf**

+49 211 8387-118

j.a.foerster@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Arbeitsrecht
- Fremdpersonal Compliance
- Flexibler Personaleinsatz
- Agile Verträge

Ihr Ansprechpartner:

Johannes Simon, Fachanwalt für Arbeitsrecht, ist Partner am Düsseldorfer Standort von Taylor Wessing. Er berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts mit Fokus auf Fremdpersonal-Compliance, Personalflexibilisierung, innerbetriebliches Outsourcing, Restrukturierungen und dem Recht der Unternehmensmitbestimmung.

Zu seinen Mandanten zählen insbesondere Unternehmen aus der Chemie-, Metall-, Elektroindustrie und der Logistik sowie technische Dienstleister, Personaldienstleistungsunternehmen und Finanzinvestoren.

Herr Simon verfügt über langjährige Erfahrung in arbeitsrechtlichen Großprojekten. Er koordiniert komplexe Fremdpersonal-Compliance-Projekte auf Kunden- und Dienstleisterseite sowie Restrukturierungsprojekte.

Johannes Simon teilt seine Expertise regelmäßig als Referent in Seminaren und Workshops sowie in zahlreichen Fachveröffentlichungen.

Sprachen

- Deutsch, Englisch



Johannes Simon, LL.M. (Durham)

**Partner
Düsseldorf**

+49 211 8387-257

j.simon@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Arbeitsrecht
- Fremdpersonal Compliance
- Flexibler Personaleinsatz
- Arbeitsrechtliche Restrukturierungen

Europe > Middle East > Asia

Taylor Wessing 2020

This publication is not intended to constitute legal advice. Taylor Wessing entities operate under one brand but are legally distinct, either being or affiliated to a member of Taylor Wessing Verein. Taylor Wessing Verein does not itself provide services. Further information can be found on our regulatory page at <https://deutschland.taylorwessing.com/en/regulatory>.

taylorwessing.com