



Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Interim Managements

**Markus Schmüling
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht**

Inhaltsübersicht

I. Erscheinungsformen

II. Management auf Zeit

1. Rechtliche Gestaltungsmittel
2. Risiko Scheinselbständigkeit

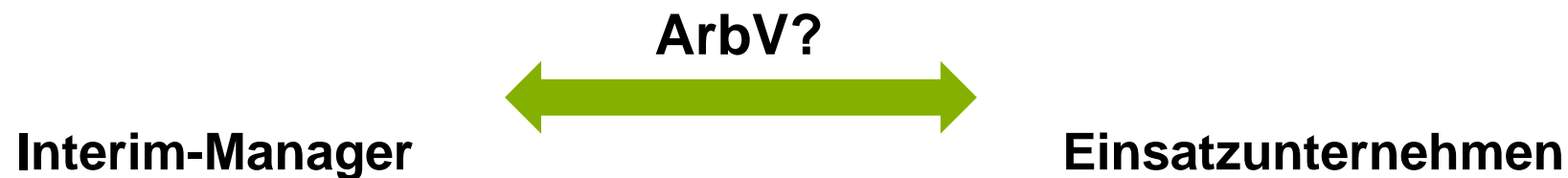
I. Erscheinungsformen

Wesensmerkmale

- Wesentliche Kennzeichen des Interim-Managements (= Management auf Zeit) sind:
 - ein **zeitlich befristeter** Einsatz
 - auf einer **Managementposition**
 - zur Erledigung von Aufgaben mit **besonderem Zweck**
- Anwendungsfälle des Managements auf Zeit sind z.B.:
 - Restrukturierungen und Sanierungen
 - Gründung, Übernahme oder Veräußerung von Unternehmen
 - Produkteinführungen
 - Überbrückung von unvorhersehbaren Vakanzen beim Ausfall einer Führungskraft

I. Erscheinungsformen

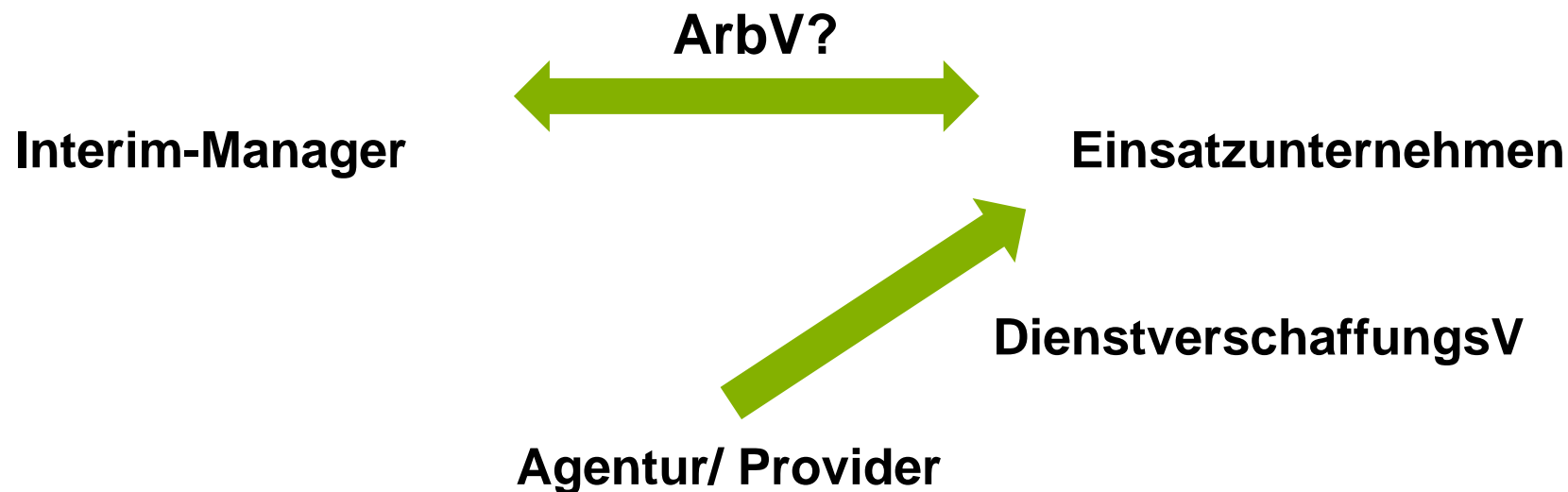
Zweierverhältnis zwischen Interim-Manager und Unternehmen



- Direktes Vertragsverhältnis zwischen dem IM und dem Einsatzunternehmen
- Wesentliche Frage: Arbeitnehmereigenschaft oder Selbständigkeit des IM?
 - Lösung: Nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien (Gesamtabwägung)
 - Kontrolle: Erbringt IM (Sonder-)Projektarbeit (ggfs. sogar mit klar definiertem Erfolg als Vertragsziel) oder ist IM hauptsächlich im regulären Tagesgeschäft tätig?

I. Erscheinungsformen

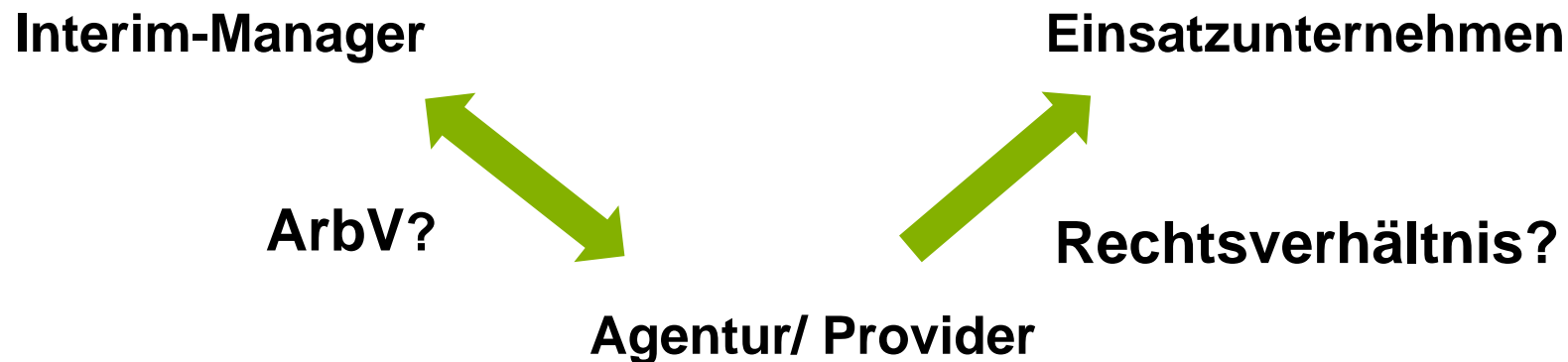
Dreierverhältnis: Vermittlung durch Interim Management Provider



- Kontaktvermittlung zwischen dem IM und dem Einsatzunternehmen durch Provider
- Folge: Direkter Vertragsschluss zwischen dem IM und dem Einsatzunternehmen (sog. angelsächsisches Modell)
- Frage: Arbeitnehmereigenschaft oder Selbständigkeit des IM?

I. Erscheinungsformen

Vertragliches Dreiecksverhältnis (niederländisches Modell)



- Rechtsverhältnis zwischen IM und Provider – Arbeitsverhältnis oder freie Mitarbeit?
- Freies Dienstverhältnis zwischen Provider und Einsatzunternehmen
 - Verpflichtung zur Erbringung von Managementleistungen durch Provider
 - Erbringung mittels IM als Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 BGB
- Keine direkte vertragliche Beziehung zwischen IM und Einsatzunternehmen

Inhaltsübersicht

I. Erscheinungsformen

II. Management auf Zeit

1. Rechtliche Gestaltungsmittel
2. Risiko Scheinselbständigkeit

II. Management auf Zeit – Rechtliche Gestaltungsmittel

Rechtliche Gestaltungsmittel für flexiblen Personaleinsatz

Die Wahl des zur Deckung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs geeigneten Mittels (mitsamt seiner Vor- und Nachteile) obliegt den Unternehmen selbst:

- Einstellung eigener Arbeitnehmer auf Grundlage **befristeter Arbeitsverträge**
(sachgrundlos oder mit Sachgrund gem. § 14 Abs. 1 TzBfG)
- Einsatz von Fremdpersonal als **offene Arbeitnehmerüberlassung**
 - IM ist Arbeitnehmer des Verleihers und wird projektbezogen entliehen
 - Abgrenzung zwischen Dienst- bzw. Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung
- Einsatz von Fremdpersonal als **selbständiger Berater**
 - Vermeintliche Vorteile der Selbständigkeit gegenüber der Arbeitnehmereigenschaft
 - Aber: Risiko der Scheinselbständigkeit in der Anwendungspraxis

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und selbständiger Tätigkeit

- Indizien für eine **Arbeitnehmereigenschaft** (persönliche Abhängigkeit)
 - Eingliederung in fremde betriebliche Ordnung
 - Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit, Dauer und Art der Tätigkeit
 - Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung
- Indizien für eine **selbständige Tätigkeit** im Rahmen eines Dienstverhältnisses
 - Keine persönliche Abhängigkeit bzw. Eingliederung in den Betrieb
 - Weitgehend freie Gestaltung der Tätigkeit und freie Bestimmung der Arbeitszeit
 - Tragen der unternehmerischen Risiken und der unternehmerischen Chancen
 - Ausübung weiterer Tätigkeiten für andere Auftraggeber
- **Einzelfallentscheidung** nach Abwägung der Gesamtumstände (maßgeblich ist die tatsächliche Vertragsdurchführung)

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

§ 611a Arbeitnehmer (n.F. ab 01.01.2017)

Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

➤ In Kraft Treten: 01.01.2017

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Risiken der Parteien bei festgestellter Scheinselbständigkeit

➤ Arbeitsrechtlich

- Risiko für ArbG: Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften
- Risiko für IM: Honorarrückzahlungsanspruch, da bei bestehendem Arbeitsverhältnis (nur) die „übliche Vergütung“ (§ 612 BGB) geschuldet ist

➤ Steuerrechtlich

- IM unterfällt Lohnsteuerpflicht (von ArbG nicht abgeführt, von IM nicht bezahlt)
- Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder Ordnungswidrigkeit wegen Gefährdung der Abzugssteuern (§ 380 AO)

➤ Sozialversicherungsrechtlich

- Risiko für ArbG: Nachentrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages
- Risiko für verantwortliche Manager des ArbG: Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB (Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen)

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Risikominimierung (1/2)

- Absehen vom Einsatz freier Mitarbeiter, sofern nicht klar eine Weisungsunterworfenheit und Eingliederung des Mitarbeiters im Einsatzbetrieb ausgeschlossen werden kann (tatsächliche Vertragsdurchführung maßgeblich)
- Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV – aber: in dubio pro DRV Bund; Zeit
- Gründung einer Einmann-GmbH: Vertragsschluss (z.B. DienstV, WerkV) mit GmbH, die dann ihren alleinigen Gesellschafter-GF in das Einsatzunternehmen schickt
 - Umgehung? (+), wenn gewählte Rechtsform nur die tatsächlichen Gegebenheiten verschleiert (BGH, Beschl. v. 27.09.2011, 1 StR 399/11)
 - Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung? i.E. wohl (-), wenn der GmbH in Bezug auf den Gesellschafter-GF kein Direktionsrecht zusteht („Selbständigenüberlassung“)
- (Wiederkehrende) Kontrolle der Vertragsdurchführung im Einsatzunternehmen

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Risikominimierung (2/2)

Konkretisierung des Willens zum Abschluss eines DienstV durch **Vertragsgestaltung**:

- Verankerung des Parteiwillens in der Präambel/ Bezeichnung als IM, Freelancer o.ä.
- Einsatz des IM und Weisungen durch ArbG nur iRv. projektbezogenen Aufgaben
 - Detaillierte Aufgabenbeschreibung mit klar definiertem Erfolg als Vertragsziel
 - Unterscheidung der (Sonder-)Projektaufgaben von Aufgaben des Tagesgeschäfts
- Größtmögliche Eigenständigkeit und Unabhängigkeit bei der Ausübung der Tätigkeit
 - Weitestgehende Dispositionsfreiheit über eigene Arbeitskraft (zeitl./ örtl.)
 - Erlaubnis zur Wahrnehmung weiterer Aufträge für andere Auftraggeber
 - Recht zur Ablehnung konkreter Tätigkeiten
- Leistungsabhängige Vergütung/ Tagespauschale (soweit praktikabel)
- Tatsächliche **Vertragsdurchführung** bleibt maßgeblich

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Dienst- oder Werkverträge

Fremdpersonaleinsatz im Rahmen von mit externen Gesellschaften abgeschlossenen „Dienst- oder Werkverträgen“

- Problem auch hier: Scheindienst- bzw. Scheinwerkverträge (Gefahr der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung)
- Daher Abgrenzung von Dienst- bzw. Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung erforderlich:
 - Kriterien ähnlich zur Abgrenzung eines Selbständigen von einem Arbeitnehmer
 - Maßgeblich, ob die eingesetzten Mitarbeiter im Rahmen einer Gesamtschau bei der Vertragsdurchführung in die Betriebsorganisation des Einsatzunternehmens eingegliedert sind und den Weisungen des Einsatzunternehmens unterliegen (Abgrenzung s. oben)

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Folgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (1/2)

Handelt es sich um eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 AÜG und liegt keine Überlassungserlaubnis vor, bestehen folgende Risiken:

- Grundsatz: Unwirksamkeit der Verträge zwischen dem Verleiher und dem Entleiher sowie dem Leiharbeiternehmer (§ 9 Nr. 1 AÜG)
 - AÜG-Novelle (neu): Möglichkeit für Leiharbeiternehmer zu erklären, an dem ArbV mit dem Verleiher festzuhalten
 - Von der Erklärung des Leiharbeiternehmers abhängig, ob ein ArbV zwischen dem Leiharbeiternehmer und dem Entleiher besteht (§ 10 Abs. 1 AÜG)
- Ordnungswidrigkeit mit einer angedrohten Geldbuße von bis zu EUR 30.000,00 (§ 16 Abs. 1 Nrn. 1 und 1a, Abs. 2 AÜG)
- Eintragung in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO) – Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen?!

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Folgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (2/2)

Entwurf der Bundesregierung 02.06.2016 (BR-Drs. 294/16)

- **Kennzeichnungsgebot:** Überlassung von Leiharbeitnehmern ist zwischen Verleiher und Entleiher und zwischen Verleiher und AN ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen;
- **Überlassungshöchstdauer:** grds. 18 Monate bei demselben Entleiher, Unterbrechungen von bis zu 6 Monaten sind unbeachtlich (auf Tarifvertrag basierende Abweichungen möglich)
- **Gleichstellungsgrundsatz:** grds. Equal Pay/ Equal Treatment (Abweichung nur für die ersten 9 Monate, längstens für 15 Monate möglich)

II. Management auf Zeit – Risiko Scheinselbständigkeit

Exkurs: Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte

- Bereits die Übertragung von Weisungsrechten und Personalverantwortung kann zu zustimmungspflichtiger Einstellung des IM sowohl bei Einsatz als freier Mitarbeiter als auch bei Tätigkeit als Leiharbeitnehmer iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG führen
- Unterrichtsrecht des Betriebsrates nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG n.F.: Vorlage der Verträge!
- Ausschreibungspflicht nach § 93 BetrVG, wenn IM als Leiharbeitnehmer für mindestens vier Wochen eingesetzt (BAG, Beschl. v. 15.10.2013, 1 ABR 25/12)
- Berücksichtigung von als Leiharbeitnehmer eingesetzten IM bei Schwellenwerten
- Geltung von Betriebsvereinbarungen des Einsatzbetriebes für den IM differenziert zu beurteilen

Referent



Standort Köln

Magnusstraße 13
50672 Köln

E-Mail:

m.schmuelling@heuking.de

Tel.: +49 221 20 52-351

Markus Schmülling

Geboren 1970 in Marl

Ausbildung:

- Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster (1990 - 1995)
 - Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Münster (1995 - 1997)
 - Repetitor bei einem bundesweit tätigen Repetitorium (1996 - 2002)
 - Referendariat beim OLG Düsseldorf (2000 - 2002)
- Zugelassener Rechtsanwalt seit 2003
 - Fachanwalt für Arbeitsrecht

Markus Schmülling ist seit 2003 in der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in einem auf Arbeitsrecht spezialisierten Dezernat tätig. Er berät als Fachanwalt für Arbeitsrecht Unternehmen und Führungskräfte in sämtlichen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Versicherungsbranche und im Vertriebsrecht. Rechtsanwalt Schmülling vertritt seine Mandanten gerichtlich und außergerichtlich.

Rechtsanwalt Schmülling veröffentlicht regelmäßig Beiträge zu aktuellen arbeits- und vertriebsrechtlichen Fragen. Herr Schmülling tritt regelmäßig als Referent zu arbeitsrechtlichen Grundsatzthemen und aktuellen Fragestellungen auf.

**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit**

**Heuking Kühn Lüer Wojtek
www.heuking.de**