

„Alle, die sich mit solchen Fällen befassen, sind sehr froh, dass es den EuGH gibt“

Interview mit dem Werkverträge-Experten Prof. Hansjürgen Tuengerthal

Ausbeutung, Dumpinglöhne, Aushebelung von Tarifverträgen – die Liste der Vorwürfe gegen Werkverträge ist lang. Prof. Hansjürgen Tuengerthal ist ein Spezialist auf diesem Gebiet und bricht eine Lanze für den Werkvertrag. Für Steuerberater ist das wichtig: Sie sollten sich aus Haftungsgründen auch damit befassen.

Herr Prof. Tuengerthal, Sie gelten als Spezialist für Werkverträge. Die Koalition hat den Werkverträgen den Kampf angesagt. Wo liegt denn genau das Problem bei den Werkverträgen?

Im Grunde sind Werkverträge etwas ganz Normales. Sie sind im BGB verankert, und das, was in der Wirtschaft an Werkverträgen vereinbart wird, ist üblicherweise mit dem Gesetz im Einklang. Aber die Situation hat sich mit der Zeit verändert: Heute haben wir viele Unternehmen aus neuen EU-Mitgliedsstaaten, die dieses Instrument nutzen. Die Gewerkschaften kritisieren, dass hier oftmals zu geringe Löhne gezahlt würden. Auch die Unterbringung der Arbeiter wird hinterfragt.

Aber an dieser Stelle stellt sich gleich die Frage der Motivation: Eigentlich interessiert sich die Gewerkschaft gar nicht für die Interessen von Arbeitnehmern aus anderen EU-Staaten, die ja nicht ihre Mitglieder sind, sondern im Gegenteil: Sie will den deutschen Markt vor ihnen abschotten. Die Schilderung

schlechter Arbeitsumstände ist da nur Mittel zu einem ganz anderen Zweck. Dahinter steht der Wunsch, über die Betriebsräte mehr Einfluss darauf nehmen zu können, Werkverträge möglichst weitgehend zu unterbinden, damit möglichst wenig ausländische Arbeitnehmer in Deutschland arbeiten können. Diese Motivation wird nach außen aber leider kaum sichtbar.

Sie vertreten viele Unternehmen, die Probleme mit solchen Werkverträgen haben. Wie ist die Situation hier?

Für sehr viele Arbeiten können Sie gar keine deutschen Arbeitnehmer mehr gewinnen: Schlachtung und Zerlegung in Schlachthöfen zum Beispiel ist ein so harter Job, dass wir froh sein können, dass Leute aus Bulgarien, Rumänien oder anderen Ländern diese Tätigkeiten ausführen. Hätten wir diese Leute nicht, wäre die Fleischversorgung in Deutschland in Gefahr.





Oft wird die Frage aufgeworfen, ob ein Werkvertrag gültig ist, oder ob es sich um andere Formen der Beschäftigung handelt. Welche Folgen hat es für ein Unternehmen, wenn ein Werkvertrag keinen Bestand hat?

Das hat erhebliche rechtliche Konsequenzen für die Unternehmen und ihre Führungskräfte, die dann plötzlich gegen ihren eigentlichen Willen vom Auftraggeber für eine Tätigkeit zum Arbeitgeber für ausländische Arbeitskräfte werden. Dann steht sofort der Vorwurf im Raum, die Sozialabgaben seien nicht bezahlt worden. Denn im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gibt es eine Vorschriftenfolge, §§ 9, 10 AÜG, dort heißt es: Wenn eine Arbeitnehmerüberlassung illegal ist, weil der vermeintliche Werkunternehmer über keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, wird der, der den Werkvertrag nutzen wollte, zum Arbeitgeber. Es ist aber doch die Regel, dass ein Unternehmen, das ein anderes Unternehmen mit einem Werkvertrag bindet, sich nicht um die Überlassungserlaubnis des Vertragspartners kümmert. Wenn so etwas schiefgeht, stehen gleich Geldbeträge in Millionenhöhe und ein Strafmaß von bis zu fünf Jahren im Raum. In der derzeitigen Situation kann man sagen: Ein Unternehmer oder Manager, der von der sinnvollen Möglichkeit eines Werkvertrags Gebrauch macht, steht schon mit einem Bein im Gefängnis.

Wenn die Konsequenzen so weitreichend sind, müsste es doch klare Abgrenzungskriterien geben, die den Unternehmen Rechtssicherheit geben ...

Früher war die Situation noch recht unübersichtlich, aber inzwischen gibt es durchaus zwei klare Kriterien. Die Gerichte haben in den letzten Jahren sehr klare Abgrenzungskriterien geschaffen: Da geht es zum einen darum, ob die Arbeitnehmer des Werkvertragsunternehmens dem Auftraggeber des Werkvertrags gegenüber weisungsgebunden sind, zum anderen darum, ob sie in seinen Betrieb vollständig integriert sind. Verantwortlich für die Überwachung ist auf der Seite des Staats jedoch der Zoll. Man sollte meinen, dass der die Kriterien kennt und anzuwenden weiß. Das ist aber leider nicht so. Da gibt es immer wieder Fälle, bei denen man sich über das Verhalten des Zolls nur wundern kann.

Können Sie das konkretisieren?

Auf der Entsendebescheinigung A 1 bestätigt der Sozialversicherungsträger, dass ein Arbeitnehmer für die Zeit seiner Beschäftigung im Ausland über die Sozialversicherung seines Heimatstaats versichert ist. Wir haben ja in der EU Freizügigkeit und einen Binnenmarkt, der freies Wirtschaften erlaubt. Europaweit ist daher anerkannt: Wenn ein ausländischer Arbeitnehmer im Rahmen eines Werkvertrags nach Deutschland entsendet wird und dabei eine A-1-Bescheinigung mit sich führt, haftet nicht der Auftraggeber für die Sozialversicherungspflicht. Das ist dem Zoll bekannt, und der Bundesgerichtshof hat das auch bestätigt. Und trotzdem gibt es immer wieder Fälle, in denen entsprechende Anschuldigungen erhoben werden, obwohl die betroffenen Arbeitnehmer unzweifelhaft die Bescheinigung bei sich hatten.

Dem deutschen Werkvertrags-Geber wird also trotz korrekt vorgelegter Bescheinigung vorgeworfen, er habe Sozialabgaben nicht abgeführt – eine sehr schwere Anschuldigung! Da stehen dann Geschäftsführer, die sich immer gesetzeskonform verhalten haben, plötzlich am Pranger. Und das ist keine Kleinigkeit: Wenn der Zoll kommt, kommt er gleich mit Durchsuchungsbeschlüssen, und nicht nur für die Geschäftsräume, sondern auch für die Privatwohnungen. Gerade in kleineren Gemeinden führt das zu einem sozialen Stigma, ganz gleich, was ganz am Ende dann von den Gerichten entschieden wird. Das betrifft ganz klar die Grundrechte der Leute, und EU-weit wird das auch durchaus kritisch gesehen, wie das in Deutschland gehandhabt wird.

Woran liegt es Ihrer Meinung nach, dass der Zoll sich so verhält?

Meiner Ansicht nach ist dafür vor allem ein Detail verantwortlich: Wenn der Zoll einen Bußgeldbescheid ausstellt, dann geht das auch in die Kasse des Zolls. Früher hat der Zoll an der Grenze Gepäck kontrolliert, das wird im vereinten Europa immer weniger wichtig, der Zoll sucht neue Aufgaben und will sich bezahlt machen. Es ist aber ein großer Unterschied, ob man in Taschen und Kofferräume schaut, oder komplexe Abgrenzungsfragen entscheidet: Es geht in diesen Fällen um europäisches Sozial-, Arbeits- und Strafrecht. Wir stellen dabei immer wieder

„Ein Unternehmer oder Manager, der von der sinnvollen Möglichkeit eines Werkvertrags Gebrauch macht, steht schon mit einem Bein im Gefängnis.“

RA Prof. Hansjürgen Tuengerthal

fest: Wenn der Zoll sich zu einem Vorgang mal eine Meinung gebildet hat, bleibt er dabei, egal welche Fakten dann noch zutage treten. Mit sachlichen Argumenten können Sie den Zoll nicht dazu bringen, von einer Meinung abzurücken.

Aber die Gerichte haben dabei doch auch mitzureden, ganz früh schon, zum Beispiel beim Erlass des Durchsuchungsbeschlusses, der zur Hausdurchsuchung führt ...

Das sind komplexe Probleme, die auch ein Amtsrichter nicht so einfach entscheiden kann. Auf die Schnelle kann das nicht entschieden werden – und im Zweifel wird eben durchsucht. Man kann leider fast sagen: Wenn der Zoll mal in einem Unternehmen in Erscheinung getreten ist, kann man mit hoher Wahrscheinlichkeit von weiteren Besuchen mit Durchsuchungsbeschlüssen ausgehen. Und das muss man auch aus Sicht der betroffenen Unternehmen sehen: Dann gibt es eine Hausdurchsuchung, die Vorwürfe sind gravierend, und es dauert Jahre, bis die Entscheidungen dann endlich von den Gerichten abschließend gefällt werden. Und die ganze Zeit hängt ein Damoklesschwert über den Beschuldigten, mit hohen Strafandrohungen.

Als Rechtsanwalt vertreten Sie solche Fälle. Das klingt für uns so, als hegten Sie Zweifel daran, dass es dabei immer mit allen rechtsstaatlichen Dingen zugeht ...

Man muss sich in der Tat fragen, ob es aus verfassungsrechtlicher Sicht akzeptabel ist, dass es Vorschriften gibt, die einen Unternehmer per Gesetz zu einem Arbeitgeber von Leuten machen, die er überhaupt nicht kennt. Wir haben die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG. Das BVerfG hat das auch schon einmal geprüft und im vorgelegten Fall für in Ordnung gehalten, die Frage muss man also Ernst nehmen. Der Vorwurf, gegen die Bestimmungen des § 266a StGB verstoßen zu haben, kommt sehr schnell. Natürlich muss vor Gericht dann auch der Vorsatz nachgewiesen werden – aber den Strafprozess muss der Beschuldigte erst einmal durchstehen. Und das Arbeitsministerium der Großen Koalition, geführt von Bundesministerin Andrea Nahles, möchte das alles noch verschärfen: Das Ministerium will bei Arbeitnehmerüberlassungen die Beweislast umkehren. Es soll also der, der einen Werkvertrag abschließt, nachweisen, dass es



sich um keine Arbeitnehmerüberlassung handelt. Das stellt die Prinzipien des Strafrechts auf den Kopf!

Auch sollen Vermutungsregeln eingeführt werden. In der Rechtsprechung ist inzwischen anerkannt, dass man die früher oft angestellte „Handwerker-Überlegung“ nicht mehr anwenden muss: Da ging es darum, dass ein Handwerker, der in eine Wohnung kommt, um einen Auftrag auszuführen, seinen Werkzeugkoffer selbst mitbringt. Das ist doch heute bei einem Unternehmen eine ganz andere Sache: Sollen die Leute die Förderbänder, über die eine Produktstraße läuft, auch selbst mitbringen? Und jetzt soll diese Handwerker-Überlegung wieder die Denkweise bestimmen und wieder die Vermutung angewendet werden, dass Arbeitnehmer ist, wer nicht sein eigenes Werkzeug mitbringt. Das ist absurd! Alles das, was die Rechtsprechung sinnvollerweise entwickelt hat, soll damit zurückgedreht werden, und alles nur, um die Partikularinteressen von Gewerkschaften zu bedienen.

Über Prof. Hansjürgen Tuengerthal:

Hansjürgen Tuengerthal wurde 1936 in Waltershausen/Thüringen geboren. Von 1958 bis 1963 studierte er Jura in Heidelberg und Kiel. Seine Referendarausbildung machte er im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg. 1970 gründete er in Ladenburg bei Heidelberg seine Anwaltskanzlei und zog mit ihr 2003 nach dem nahegelegenen Schriesheim an der badischen Bergstraße um. 1971 wurde er Syndikus des Bundesfachverbands Fleisch e.V., 1980 war er Mitgründer des Instituts für Nationale und Internationale Fleisch- und Ernährungswirtschaft Heidelberg – IFW, jetzt Institut für Nationale und Internationale Wirtschaft. Im Jahr 2000 promovierte Tuengerthal an der Universität Potsdam mit einer Arbeit zum Thema „Umsetzung von EG-Recht in deutsches Recht“. 2006 gründete Tuengerthal die Arbeitsgruppe „Werkverträge Ost“, jetzt „ARGE Werkverträge und Zeitarbeit“. 2007 wurde Tuengerthal Professor an der Internationalen Berufsakademie der F+U Unternehmensgruppe gGmbH, Darmstadt (iba) und wurde in den Beirat des Instituts für Produktqualität GmbH, Berlin (ipf) aufgenommen. Tuengerthal ist verheiratet, lebt in Mannheim und hat vier Kinder.



RA Prof. Hansjürgen Tuengerthal (Mitte) in seinem Mannheimer Büro mit StBMag-Chefredakteur StB Sascha König (links) und CoD Till Mansmann.

Halten Sie die Unternehmer in Deutschland für nicht ausreichend geschützt, auch im Sinne der Grundrechte?

Ich halte das allerdings für ein Problem. Und die Stimmungsmache gegen Werkverträge in der Öffentlichkeit macht das nicht leichter. Ich sehe allerdings auch positive Entwicklungen: Wir haben von der EU einen neuen Grundrechte-Katalog erhalten, da werden auch Unternehmer-Grundrechte geschützt. In Deutschland sah man das durch die Artikel 2 (persönliche Freiheit), Art. 12 (Berufsfreiheit) und Artikel 14 (Grundrecht auf Eigentum) als ausreichend gesichert an. Nach Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gibt es nun auch ein Grundrecht auf unternehmerische Freiheit. Insofern sehe ich durchaus auch Verbesserungen.

Sie sehen also in der Europäischen Union einen Garant der unternehmerischen Rechte?

Ja, und nicht nur in der Grundrechte-Charta: Alle, die sich mit solchen Fällen befassen, sind sehr froh, dass es den EuGH in Luxemburg gibt. Man hat das Gefühl, dass dort Liberalität herrscht. Wir hatten vor dem EuGH schon mehrfach Termine. Man wird dort höflich und fein behandelt, und die Entscheidungen dort sind einleuchtend. Problem ist leider, dass die deutschen Gerichte die Fälle dem EuGH erst einmal vorlegen müssen, damit er sie entscheiden kann. Nur die oberste Instanz ist wirklich dazu verpflichtet, die unteren Instanzen können das tun, machen es aber ungern. Und warum? Meiner Ansicht nach liegt das an den Erfahrungen, die die Richter in ähnlichen Fällen mit dem Bundesverfassungsgericht gemacht haben: Die Richter in Karlsruhe neigen dazu, ihre Kollegen in den unter ihnen arbeitenden Gerichten von oben herab zu behandeln. Das führt

leider dazu, dass viele Richter in Deutschland dem EuGH gegenüber auch solche Vorbehalte haben – obwohl die völlig unberechtigt sind.

Was können Unternehmer und ihre Steuerberater denn tun, um die von Ihnen beschriebenen rechtlichen Auseinandersetzungen um Werkverträge möglichst gleich von Anfang an zu vermeiden?

Berater sollten in Unternehmen, die mit Werkverträgen arbeiten, eine Begehung vor Ort vor durchführen. Man kann dann einen Bericht erstellen, in dem die vorgefundene Situation dargestellt und die Abgrenzung zwischen Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung herausgearbeitet wird. Wenn der Zoll dann eine Überprüfung macht, können die Unternehmen gleich alles vorlegen und sind auf viele Fragen schon vorbereitet. Nach unserer Erfahrung wirkt es sich sehr positiv auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Zoll aus, wenn die Unternehmen gleich alles griffbereit haben. Sinnvoll ist es auch, dem Zoll vorzuschlagen, dass er sich das Unternehmen mal anschaut – aber das geschieht nur ganz selten: In den allermeisten Fällen geht es dem Zoll nur um Unterlagen. Diese Art der Vorbereitung hilft auch dem jeweiligen Steuerberater, der mit diesen Mandanten zusammenarbeitet, weil er dann auch den Zugriff auf diese Unterlagen hat.

Welche Folgen hat das alles denn für die Steuerberater, die mit der entsprechenden Lohnbuchhaltung beauftragt sind?

In der Tat wird bei Durchsuchungen meist auch gleich der Steuerberater aufgesucht. Auch Steuerberater müssen sich also mit der Problematik auseinandersetzen. Es geht hier zuerst um die Sozialversicherung, aber es kommt auch leicht zu steuerrechtli-

nennen: Wer einen Mandanten hat, der mit Werkverträgen arbeitet, muss jederzeit damit rechnen, dass der Zoll kommt und hart ermittelt.

In diesem Zusammenhang geht es auch um eine denkbare zivilrechtliche Haftung der Steuerberater. Da einem Steuerberater für seine Tätigkeit der Einschätzung der steuerlichen Behandlung im Falle werkvertraglicher Abwicklung die Werkverträge seines Mandanten vorliegen müssen, ist es wichtig, dass Steuerberater sich mit diesen Werkverträgen beschäftigen. Hierbei müssen sie überprüfen, ob sich nicht schon aus dem Text eines ihnen vorliegenden Vertrages ergibt, dass es sich hierbei nicht um einen Werkvertrag handeln kann. In derartigen Fällen besteht die Gefahr für die Steuerberater, dass ein Mandant, dem illegale Arbeitnehmerüberlassung vorgeworfen wird und der zur Nachzahlung von erheblichen Beiträgen zur Sozialversicherung verurteilt wird, im Nachhinein seinen Steuerberater verklagt, mit der Behauptung, dass dieser seiner Sorgfaltspflicht ihm gegenüber nicht sachgerecht nachgekommen ist, weil er nicht auf die problematische Fassung des Vertrages und die erforderliche Änderung hingewiesen hat.

Hauptvorwurf in der Politik ist, dass durch Werkverträge Gesetze wie der Arbeitnehmerschutz, Tarifregelungen oder Arbeitszeiten umgangen oder ausgehebelt würden. Ist das Ihrer Meinung nach auch ein Problem? Und mit welchen Regelungen könnte man das verbessern, ohne gleich die Werkverträge im Ganzen unmöglich zu machen?

Es ist in der Tat so: Während bei Leiharbeit tarifliche Regelungen, die für die Branche vereinbart sind, eingehalten werden müssen, ist das bei Werkverträgen nicht der Fall. Aber schauen wir uns die Branchen doch an, wo es besonders viele Werkverträge gibt, wie die Fleischwirtschaft: Dort gibt es doch auch Tarifverträge, und trotzdem finden Sie keine Arbeitskräfte. In diesen Wirtschaftszweigen ist man auf Werkverträge angewiesen. Das Thema wird sich durch den Mindestlohn allerdings entschärfen, denn der wird dann auch für die Arbeitnehmer gelten, die im Rahmen von Werkverträgen tätig werden.

Welche Auswirkungen erwarten Sie durch die Einführung des Mindestlohns?

Ich glaube, dass erst einmal eine schwierige Übergangszeit kommt, weil ich davon ausgehe, dass gerade im Lebensmittelbereich die Preise steigen werden. Die Öffentlichkeit hat immer großes Mitgefühl, wenn von niedrigen Löhnen gesprochen wird, aber wenn das zu Preiserhöhungen führt, wird das schnell wieder relativiert. Für die Abwicklung von Werkverträgen ist das positiv: Da der Mindestlohn auch für diese gelten wird, können entsprechende Anschuldigungen, die ausländischen Arbeitskräfte unterliefen deutsche Regelungen, nicht mehr erhoben werden.

Das Gespräch führten StB Sascha König und Till Mansmann

chen Vorwürfen. Ein ausländisches Unternehmen ist nach einem halben Jahr in Deutschland ja auch verpflichtet, Lohnsteuer zu zahlen. Und auch um die Umsatzsteuer kann es gehen: Wenn eine Rechnung für Werkvertragsleistungen erstellt wird, qualifizieren Zoll bzw. Steuerfahndung das als Scheinrechnung, wenn sie den Vorgang für eine Arbeitnehmerüberlassung halten. Also wird die geltend gemachte Vorsteuer auch nicht anerkannt, und das führt dann zum Vorwurf der Steuerhinterziehung. Die Rechtsprechung hat hier eine sehr vernünftige Position eingenommen: Die Gerichte habe entschieden, dass die Rechnung gültig ist, egal, ob es ein Werkvertrag ist oder nicht. Im Ganzen muss man sagen: Insbesondere die Rechtsprechung der Finanzgerichte, aber auch der Sozialgerichte, ist durchaus vernünftig. Ich muss jedoch leider feststellen: Auch an den Gerichten ändert sich die Stimmung, was ich auf die andauernde öffentliche Stimmungsmache gegen Werkverträge zurückführe.

Inwieweit ergeben sich daraus Risiken für die Steuerberater, die die entsprechende Lohnbuchhaltung verantworten?

Mir ist noch kein Werkvertrag-Fall bekannt, in dem ein Steuerberater der Beihilfe der Steuerhinterziehung oder der Verkürzung von Sozialabgaben beschuldigt wurde.

Aber es geht auch um mögliche zivilrechtliche Ansprüche – der Mandant könnte argumentieren, dass die erbrachte Leistung der Erstellung der Lohnbuchhaltung schlecht wäre, wenn der Steuerberater solche Fälle nicht schon früh erkennt ...

Nach meiner Erfahrung arbeiten auch in schwierigen Fällen die Steuerberater und Mandanten weiterhin eng zusammen: Man ist gemeinsam betroffen und geht nicht aufeinander los. Als Botschaft an Steuerberater kann man aber auf jeden Fall das