

Die erste Seite

Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung durch den Zoll

CDU und SPD haben im Koalitionsvertrag verabredet, die Zoll-Prüftätigkeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit effizienter zu gestalten und personell zu verbessern. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit prüft die Einhaltung sozialversicherungsrechtlicher Normen, u. a. die Erfüllung der Meldepflichten, die illegale Beschäftigung von Ausländern sowie die Einhaltung von Arbeitsbedingungen nach dem AEntG, dem MiArbG und dem AÜG. Auch Werkverträge unterliegen ihrer Kontrolle (§ 2 SchwarzArbG). Bei der Abgrenzung von Werk- und Scheinwerkvertrag werden aber nicht selten Kriterien herangezogen, die vor Gerichten keinen Bestand haben.


Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit
Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen
M7, 3 (Alte Reichsbank)
68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0
Fax +49 621 391 8010-20
info@werkvertrag-zeitarbeit.de
www.werkvertrag-zeitarbeit.de



Zur Erfüllung ihrer Aufgabe haben die Zollbehörden die gleichen Befugnisse wie die Polizeivollzugsbehörden nach StPO und OWiG; ihre Beamten sind Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft.

Ein Beispiel: Ein Durchsuchungsbeschluss enthält den Vorwurf, der Betriebsinhaber habe, anstatt Werkverträge durchzuführen, mit einem Subunternehmen an einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung dadurch mitgewirkt, dass er ein Scheinwerkverhältnis mit einem anderen Unternehmer begründet hat, der ihm, ohne eine Erlaubnis hierfür zu haben, Arbeitnehmer überlassen hat. Wurde der Durchsuchungsbeschluss formell ordnungsgemäß vom zuständigen Amtsgericht erlassen, sind die Zollbeamten nicht nur berechtigt, den betroffenen Betrieb, sondern gleichzeitig auch die Privatwohnung des Betriebsinhabers oder die des Geschäftsführers zu durchsuchen. Bei der Durchsuchung der Wohnung wird ein Beamter der zuständigen Gemeinde mit herangezogen. Nicht selten werden gleichzeitig von den Steuerberatern der Werkauftraggeber Unterlagen zu dem Unternehmen herausverlangt, dem illegale Arbeitnehmerüberlassung vorgeworfen wird.

Typischerweise wird das durchsuchte Unternehmen (U) als Auftraggeber eines Drittunternehmens (D) tätig, das im Betrieb des U outgesourcte Aktivitäten auf Werkvertragsbasis übernimmt. Hierbei geht es etwa um Aktivitäten eines Logistikunternehmens für ein Einzelhandelsunternehmen, die Übertragung der Herstellung von Fleischteilstücken im Rahmen der Zerlegung in einem fleischwirtschaftlichen Betrieb oder um den werkvertraglichen Einsatz eines Drittunternehmens zur Durchführung von Verzinkerleistungen. Aus Sicht des Zolls handelt es sich bei den schriftlich vorliegenden Werkverträgen um „Scheinwerkverträge“. Er meint dann, dass nach den von ihm zugrunde gelegten Kriterien

der Werkvertrag als solcher nicht praktiziert werde, und beurteilt das Tätigwerden des Drittunternehmers D als das eines illegalen Verleihunternehmers, weil D – dem es ja um werkvertragliche Abwicklung geht – keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat. Die Folge ist, dass der Auftraggeber U des angeblichen „Scheinwerkvertrages“ gemäß §§ 9 und 10 AÜG als Arbeitgeber der seitens des Werkunternehmens D tätig gewordenen Arbeitnehmer behandelt wird. Bei Drittunternehmen aus den EU-Mitgliedstaaten wäre somit bei Fehlen einer Entsendebescheinigung deutsches Sozialversicherungsrecht anwendbar mit der weiteren Folge, dass die Sozialversicherungsbeiträge vom Zoll gemäß § 266a StGB als hinterzogen angesehen und die von den Unternehmen (D) für ihre Arbeitnehmer in den Heimatländern gezahlten Beiträge nicht anerkannt würden. Ebenfalls rückwirkend könnte der Auftraggeber U auch die Vorsteuer nicht mehr geltend machen. Die Beitragsnachforderung ist nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG sofort vollziehbar; einstweiliger Rechtschutz dagegen mühsam.

Mit dem Schlussbericht des Zolls kommt auf den Staatsanwalt, der u. U. wenig erfahren mit der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ist, und später auf das zuständige Gericht regelmäßig ein umfangreiches Konglomerat von Unterlagen zu, das die Bearbeitung der Verfahren oft schwer und langwierig macht.

Berater des betroffenen Unternehmers oder Geschäftsführers sollten frühzeitig prüfen und ggf. anhand von Begehungen und Gutachten klären, ob sich der Zoll bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung befindet oder sich auf Kriterien stützt, die von der Rechtsprechung nicht (mehr) vertreten werden, wie etwa die Verwendung von Berufskleidung des Werkauftraggebers durch die Arbeitnehmer des Werkunternehmens oder die Einbeziehung der Arbeitnehmer des Werkunternehmens in die Arbeitszeiterfassung des Werkauftraggebers.

Oftmals geht der Zoll davon aus, dass ein Werkvertrag nicht vorliegt, wenn das – aus dem Vertragsverhältnis Handwerksbetrieb/Privatekunde herrührende – Kriterium des Einsatzes von eigenem Material und Werkzeug nicht vorliegt. Es ist jedoch vom BAG im Brammenflämmerfall aus dem Jahr 1991 anerkannt worden, dass es dem Werkvertragscharakter nicht widerspricht, wenn das in einem Industrieunternehmen U industriell tätig werdende Subunternehmen D Werkzeug und Geräte des auftraggebenden Unternehmens verwendet und dessen Material einsetzt.

Nicht anders das Thema Vergütung. Hier vertritt der Zoll, dass die übliche Vergütung in einem Werkvertrag als Stück- oder Gewichtsvergütung anzusetzen sei. Er übersieht, dass ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung diese Ansicht aufgegeben hat und anerkennt, dass eine Vergütung, die auf die eingesetzten Stundenzeiten der Arbeitnehmer des Subunternehmens abstellt, nicht indiziell gegen eine werkvertragliche Leistung spricht (Bsp.: zeitbezogene Vergütung in Kfz-Betrieb). Der vom Zoll ebenfalls vertretenen Forderung, dass dem Werkunternehmer ein gehöriges Maß an freiheitlicher Gestaltung der werkvertraglichen Abwicklung eingeräumt wird, ist das BAG in der Brammenflämmer-Entscheidung 1991 entgegengetreten. Daneben wird vom Zoll auch die EuGH-Entscheidung Herbosch Kiere aus 2006 nicht beachtet (vgl. auch *Tuengerthal/Rothenhöfer*, Eine Lanze für den Werkvertrag, BB 2014, 53).

*Professor Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Rechtsanwalt,
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, Mannheim*