

CB-BEITRAG

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA

Wenn der Zoll kommt!

– Zum Tätigwerden des Zolls bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung –

CDU und SPD haben im Koalitionsvertrag verabredet, die Prüftätigkeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit effizienter zu gestalten. *Frank Maschmann* sprach vor einiger Zeit in einem Artikel in der FAZ die Überregulierung durch die Finanzbehörden an und machte darauf aufmerksam, dass die sowieso schon 6 400 Zöllner nun noch durch weitere 1 600 Beamten verstärkt werden sollen (FAZ vom 9.7.2014, S. 20). Die Problematik bei Zollkontrollen wird gerade im Bereich der Werkverträge weiter zunehmen, und die zu schildernde Vorgehensweise wird verstärkt. Oft werden bei Zollkontrollen zur Abgrenzung von Werkvertrag und Scheinwerkvertrag Kriterien herangezogen, die einer letztinstanzlichen gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten. Wenn der Zoll nun verstärkt prüft, könnte es dazu noch öfter kommen.

I. Der Fall

Wenn der Zoll in einen Betrieb kommt, führt das nicht selten zu einer bösen Überraschung: Zwanzig Zollbeamte erscheinen mit einem Durchsuchungsbeschluss. Aus dem Durchsuchungsbeschluss wird deutlich, dass dem Betriebsinhaber vorgeworfen wird, statt der Durchführung von Werkverträgen mit einem Subunternehmen an einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung dadurch mitgewirkt zu haben, dass er ein Scheinwerkverhältnis mit einem anderen Unternehmer begründet hat, der ihm, ohne eine Erlaubnis hierfür zu haben, illegal Arbeitnehmer überlassen hat. Formell ist das Vorgehen des Zolls in Ordnung. Es liegt ein vom zuständigen Amtsgericht erlassener Durchsuchungsbeschluss vor, aus dem sich für den Zoll nicht nur die Berechtigung ergibt, den betroffenen Betrieb als solchen zu durchsuchen, sondern gleichzeitig auch die Privatwohnung des Unternehmers, dem der Betrieb gehört, oder des Geschäftsführers des Unternehmens, das den Betrieb betreibt. Da in diesem Zusammenhang bei der Durchsuchung der Privatwohnung ein Beamter der zuständigen Gemeinde mit herangezogen wird, spricht sich schnell in der Wohngemeinde des Unternehmers oder des angesprochenen Geschäftsführers herum, dass hier dem Betroffenen etwas Strafrechtliches vorgeworfen wird. Nicht selten werden bei solchen Aktionen gleichzeitig die Steuerberater der betroffenen Auftraggeber eines Werkverhältnisses mit aufgesucht und auch hier Unterlagen für das betroffene Unternehmen herausverlangt, welchem der Einsatz illegal überlassener Arbeitnehmer vorgeworfen wird.

II. Was war geschehen?

Betrachtet man die Angelegenheit näher, so stellt man fest, dass das durchsuchte Unternehmen als Auftraggeber eines Drittunter-

nehmens tätig geworden ist, das im fraglichen Betrieb gewisse outgesourcte Aktivitäten auf Werkvertragsbasis übernommen hat. In diesen Fällen liegen schriftliche Werkverträge vor. Dem Zoll jedoch, der sich früher an den Außengrenzen mit der Problematik zu beschäftigen hatte, ob eine eingeführte Ware zu verzollen ist oder nicht, erscheint das Vorliegen eines Werkvertrages zweifelhaft. Aus seiner Sicht geht es bei dem schriftlich vorliegenden Werkvertrag um einen „Scheinwerkvertrag“. Er ist der Auffassung, dass bestimmte Kriterien, von denen er ausgeht, dafür sprechen, dass der schriftlich vorliegende Werkvertrag als solcher nicht praktiziert wird. Er sieht vielmehr das Tätigwerden des Drittunternehmers als das eines illegalen Verleihunternehmers an, weil dieser, dem es ja um eine werkvertragliche Abwicklung geht, keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat. Das Ganze wird somit vom Zoll als illegale Arbeitnehmerüberlassung angesehen, was aus dessen Sicht dazu führt, dass gem. §§ 9/10 AÜG der Auftraggeber des von ihm praktizierten angeblichen „Scheinwerkvertrages“ als Arbeitgeber der seitens des Werkunternehmens tätig gewordenen Arbeitnehmer behandelt wird. Dies wiederum hat zur Folge, dass für den Zoll bei Unternehmen aus den Mitgliedstaaten der EU ohne Vorlegen einer Entsendebescheinigung der von den Unternehmen für ihre Arbeitnehmer in den Heimatländern gezahlte Sozialversicherungsbeitrag nicht verbindlich ist und dieser davon ausgeht, dass in Deutschland Sozialversicherungsbeiträge gem. § 266a StGB hinterzogen wurden. Im Zusammenwirken mit der Deutschen Rentenversicherung ermittelt der Zoll daraufhin im Allgemeinen bis zu vier Jahre rückwirkend angeblich gegenüber der Deutschen Rentenversicherung vorbehaltene Sozialversicherungsbeiträge. Dies kann bei Werkunternehmen, die mit 30 Arbeitnehmern eine längere Zeit im Einsatzbetrieb tätig geworden sind, ohne Weiteres zu einem angeblich nicht gezahlten Sozialversicherungsbeitrag im sechs- bis siebenstelligen Bereich führen.

III. Wie sieht die Folge aus?

Die Folgerung des Vorgehens gegen den auftraggebenden Unternehmer ist in mehrfacher Weise für diesen außerordentlich belastend. Abgesehen von der bereits angesprochenen, plötzlich aufgetretenen großen, sofort vollziehbaren Beitragsforderung der Deutschen Rentenversicherung wird parallel dazu gegen den Unternehmer oder den Geschäftsführer des betroffenen auftraggebenden Unternehmens ein Strafverfahren wegen Veruntreuung von Sozialabgaben in der angesprochenen Höhe gem. § 266a StGB eingeleitet.

IV. Wie gestaltet sich der Ablauf?

Sofern sich der Betroffene gegenüber den angesprochenen Folgen zur Wehr setzt, kann das dazu führen, dass die Deutsche Sozialversicherung einen sofort fällig gestellten Beitrag geltend macht, demgegenüber der Betroffene sich nur sehr mühsam im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zur Wehr setzen kann. Parallel dazu läuft gegen ihn ein Strafverfahren nach § 266a StGB, das im schlimmsten Fall mit einer Haftstrafe von fünf Jahren geahndet werden kann. Auf diese Art und Weise kann ein bisher unbescholtener Unternehmer oder Geschäftsführer eines Unternehmens durch das angesprochene Vorgehen des Zolls unberechtigterweise ohne ein kleinstes Quäntchen an Unrechtsbewusstsein plötzlich das Damoklesschwert eines Strafverfahrens mit zunächst ungewissem Ausgang über sich spüren und sich eines unerhört großen Geldanspruchs der Deutschen Rentenversicherung ausgesetzt sehen.

V. Wie kann es dazu kommen?

Festzustellen ist, dass der deutsche Zoll, nachdem ihm die Außen Grenzen weitgehend abhandengekommen sind, seiner ureigenen Aufgabe beraubt, nunmehr als maßgebliche Truppe im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit eingesetzt wird. Die Überlegung ist die, dass der Zoll bei dieser Aktivität zumindest seine Kosten herausarbeitet oder sogar noch etwas für den Staat erwirtschaftet. Man muss daher bei allem zu Grunde legen, dass der Zoll in der angesprochenen Aktivität im Rahmen des Schwarzarbeitbekämpfungsgesetzes eine Aufgabe darin sieht, sich selbst zu finanzieren, und daher seine Zielsetzung auch darauf gerichtet ist, die hier angesprochenen Fälle in seinem Sinne zu sehen, also eine werkvertragliche Abwicklung zu verneinen und von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung auszugehen.

VI. Wieso wirken die Gerichte mit?

Nachdem in Deutschland festgelegt wurde, dass der Zoll im Rahmen des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes zuständig ist, genießt er bei der deutschen Justiz eine entsprechende Reputation. Nicht selten spielen sich die angesprochenen Fälle außerhalb einer Großstadt in einem mehr ländlich geprägten Bereich mit entsprechender Industrie ab. Wenn hier vom Zoll ein entsprechender Verdacht einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung geäußert wird mit der Folge eines Verstoßes gegen § 266a StGB und der Fall an einen zuständigen Staatsanwalt gelangt, der seinerseits wenig Erfahrung bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung hat, ist dieser im

Allgemeinen bereit, einen Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses an das örtlich zuständige Gericht zu stellen. Letzteres hat im Zweifel mit der angesprochenen Problematik auch noch nicht im Einzelnen zu tun gehabt und kommt, wie es den Anschein hat, im Allgemeinen dem Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses nach und erlässt einen solchen mit den eingangs geschilderten Folgen.

Im Rahmen der dann durchgeführten Durchsuchung durch ein meist ziemlich massives Zollaufgebot, werden Festplatten der Computer ausgebaut und es wird eine Menge an schriftlichen Unterlagen beschlagnahmt.

Auf diese Art und Weise kommt dann auf den zuständigen Staatsanwalt mit dem Schlussbericht des Zolls ein teilweise sehr umfangreiches Konglomerat von Ordnern und Unterlagen zu, das demselben die Bearbeitung der Angelegenheit von vorne herein nicht leicht macht. In gleicher Weise sieht sich das später zuständige Gericht mit dem meist sehr umfangreichen Schlussbericht des Zolls und dem erheblichen Beweismaterial nicht unerheblich belastet. Das Ganze führt dazu, dass die Verfahren, die im vorliegenden Zusammenhang eingeleitet werden, oft viele Jahre vom Beginn der Durchsuchung an, oft zwei, drei, vier, ja bis zu sechs Jahre, dauern. Während der ganzen Zeit sieht sich der betroffene Unternehmer oder Geschäftsführer dem Vorwurf eines Vergehens nach § 266a StGB ausgesetzt.

VII. Schaut man aber richtig hin ...

Schaut man nun aber als Rechtsvertreter des betroffenen Unternehmers oder Geschäftsführers richtig hin, lässt sich aus dem Schlussbericht des Zolls relativ schnell erkennen, dass sich der Zoll im Rahmen der von ihm vorgenommenen Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung nicht selten auf Kriterien stützt, die im Allgemeinen von der Rechtsprechung, die sich detailliert mit der Fragestellung beschäftigt, nicht mehr vertreten werden.

1. Zur antiquierten Forderung an Werkunternehmen, eigenes Werkzeug und Material einzusetzen

Dazu gehört zunächst, dass sich eine vollkommene Veränderung der werkvertraglichen Aktivität aus dem ursprünglich werkvertraglichen Tätigwerden eines Handwerksbetriebes für Privatkunden gegenüber dem Einsatz von Unternehmen für andere Unternehmen ergeben hat. So war und ist es sicherlich Usus, dass der handwerkliche Unternehmer, der bei einem Privatkunden eine Wasserleitung reparierte, hierzu sein eigenes Werkzeug und auch sein eigenes Material mitbrachte, um damit seine Werkleistung zu erfüllen. Somit hatte sich ursprünglich für die Beurteilung eines handwerklich werkvertraglichen Einsatzes die Vorstellung entwickelt, dass bei diesem Werkvertrageinsatz der Handwerker sein eigenes Werkzeug und sein eigenes Material zur Verfügung stellt.

In der gegenwärtigen Zeit bei Tätigwerden eines industriellen Unternehmens für ein anderes Industrieunternehmen sieht die Situation völlig anders aus. Es wäre absurd, wenn eine Verzinkerei, die ihrerseits von einem Werkunternehmen in ihren Betriebsräumen die Durchführung der Verzinkung auf werkvertraglicher Basis abwickeln lässt, von ihrem Subunternehmen verlangen würde, die gesamten für die Durchführung des Verzinkens erforderlichen Becken und Geräte etwa gar aus dem EU-Ausland mitzubringen, wie auch die einzusetzenden Chemikalien, um damit dann rechtswirksam für die Verzinkerei die Verzinkung der zu verzinkenden Eisenteile auf werkvertraglicher Basis

herbeiführen zu können. Es ist somit von der Rechtsprechung anerkannt, dass es dem werkvertraglichen Charakter nicht widerspricht, wenn das in einem Unternehmen tätig werdende Subunternehmen Werkzeug und Geräte des auftraggebenden Unternehmens verwendet und auch deren Material einsetzt.

Gleichwohl geht der Zoll davon aus, dass wegen fehlendem Einsatz von eigenem Werkzeug und Material in den angesprochenen Fällen das Kriterium „Einsatz von eigenem Material und Werkzeug“, was für einen Werkvertrag sprechen würde, nicht gegeben ist, somit ein Argument für die illegale Arbeitnehmerüberlassung zu konstruieren ist.

2. Abwegige Folgerungen aus der Vergütung der Werkleistungen nach Stundensätzen

Nicht anders sieht es bei der Vergütung der werkvertraglichen Leistung aus. Hier steht der Zoll auf dem Standpunkt, der früher teilweise von der Rechtsprechung vertreten wurde, dass die übliche Vergütung in einem werkvertraglichen Verhältnis als Stück- oder Gewichtsvergütung anzusetzen ist, da es bei der Durchführung werkvertraglicher Leistung um einen Erfolg geht, und der Erfolg letztlich durch Stück- oder Gewichtsvergütung zu honorieren ist.

Auch hier übersieht der Zoll, dass mittlerweile ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung völlig einleuchtend anerkennt, dass auch im Rahmen werkvertraglicher Abwicklung die Vergütung basierend auf den eingesetzten Stundenzeiten der Arbeitnehmer des Subunternehmens durchaus nicht gegen werkvertragliche Leistung spricht. Diese Situation hat die Rechtsprechung anerkannt, sodass man entgegen der im Allgemeinen geäußerten Beurteilung des Zolls hieraus kein Argument gegen die Durchführung werkvertraglicher Leistung herleiten kann, wenn im Rahmen der Vergütung der werkvertraglichen Tätigkeit auf die angefallenen Tätigkeitsstunden der Arbeitnehmer des Werkunternehmens abgestellt wird und somit eine Stundenvergütung hinsichtlich der werkvertraglichen Tätigkeit vereinbart wird.

Es ist einleuchtend, dass auch bei werkvertraglichem Einsatz der Auftraggeber auf Stundenbasis kalkuliert, soweit er bisher die nunmehr outgesourcete Tätigkeit mit eigenen Arbeitnehmern durchführen lassen hat. Dies hat inzwischen auch der EuGH anerkannt, der in seinem Urteil *Martin Meat*¹ im Ergebnis den insoweit überzeugenden Ausführungen der Generalanwältin *Sharpston*² gefolgt ist.

3. Keine Auswirkung der vertraglich eng beschränkten Gestaltungsmöglichkeit des Werkunternehmers auf die Beurteilung der werkvertraglichen Abwicklung

Ebenso wird nicht selten vom Zoll argumentiert, dass es zur Abwicklung werkvertraglicher Tätigkeit gehöre, dass dem Werkunternehmer ein gehöriges Maß an freiheitlicher Gestaltung der werkvertraglichen Abwicklung eingeräumt wird. Dieser Forderung ist bereits das Bundesarbeitsgericht in der äußerst wichtigen und überzeugend begründeten *Brammenflämmer*-Entscheidung aus dem Jahre 1991 entgegengetreten.³ Das Bundesarbeitsgericht hat klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass der Werkauftraggeber dem Werkunternehmer im Einzelnen vorschreiben kann, wie die Gestaltung der werkvertraglichen Abwicklung zu erfolgen hat.

4. Sonstige nicht mehr maßgebliche Kriterien

Daneben verwendet der Zoll nach wie vor Kriterien, die im Rahmen der Abgrenzung werkvertraglicher Tätigkeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung von der Rechtsprechung zurückgewiesen werden, wie etwa Verwendung von Berufskleidung des Werkauftraggebers durch die Arbeitnehmer des Werkunternehmens, Einbeziehung der

Arbeitnehmer des Werkunternehmens in die Arbeitszeiterfassung des auftraggebenden Unternehmens sowie Abstimmung hinsichtlich Urlaub und Krankheit mit dem auftraggebenden Unternehmen.

VIII. Was ist zu tun?

Primär sollten die betroffenen Unternehmen die vereinbarten Werkverträge fachlich überprüfen lassen.

Aufgrund der wesentlichen EuGH-Entscheidung „*Herbosch Kiere*“⁴, welche bestätigt, dass die im Rahmen von Werkverträgen entsandten Arbeitnehmer aus der EU auf der Basis der E101, jetzt A1 Bescheinigung, welche in ihrem Heimatland sozialversicherungspflichtig sind, in diesem Mitgliedstaat für den Zeitraum der Entsendung diesem Rechtssystem unterfallen und dies für die anderen Mitgliedstaaten verbindlich ist, sind die einzelnen Entsendebescheinigungen wichtig. Es ist von Bedeutung für jeden einzelnen entsandten Arbeitnehmer, die Entsendebescheinigungen zu überprüfen und zu kontrollieren, ob die Daten eingehalten wurden, um einem möglichen Verstoß gegen § 266a StGB, aber auch §§ 10, 11 SchwarzArbG i. V. m. 284 SGB III wirksam entgegen treten zu können. Auch ist dabei auf die Ablöseproblematik im Rahmen der Entsendung zu achten.

Es bedarf zudem auch der genauen Studie des Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG), ob dieses für das Unternehmen bzw. die Werkvertragsarbeiten anzuwenden ist. Hierzu ist auf die Bußgeldvorschrift gem. § 23 AEntG wie auch die Bürgenhaftung nach § 14 AEntG hinzuweisen. Beide Vorschriften können weitreichende Folgen für Unternehmen haben.

Darüber hinaus sollten alle Unterlagen, die für die Abwicklung des jeweiligen Werkvertrags erforderlich sind, griffbereit in einem speziellen Ordner zusammengefasst werden. Schließlich empfiehlt sich, durch einen Berater, der mit der vorliegenden Materie vertraut ist, eine Betriebsbegehung durchführen zu lassen, bei der überprüft wird, ob die im Werkvertrag festgeschriebenen Kriterien bei dem Vertragsverhältnis in der Praxis auch tatsächlich so eingehalten werden. Für die Unternehmen bedeutet dies, dass eine gute Vorbereitung und stetige Überprüfung entscheidend ist, um für einen Besuch durch den Zoll gewappnet zu sein.

AUTOR



Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal,
RA, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft
Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ), Mann-
heim. Er ist Professor an der Internationalen
Berufsakademie in Darmstadt. Er betreibt mit
einigen Kollegen ein Anwaltsbüro mit Sitz in
Mannheim und berät Unternehmen generell
zu Fragen des Fremdpersonaleinsatzes (Werk-
vertrag/Arbeitnehmerüberlassung).

- 1 EuGH, 18.6.2015 – C-586/13, *Martin Meat*, ABIEU 2015, Nr C 279, 7 Ls, NZA 2015, 925.
- 2 GA *Sharpston*, Schlussanträge vom 15.1.2015 – C-586/13, *Martin Meat*, ABIEU 2015, Nr C 279, 7 Ls, NZA 2015, 925, Rn. 40.
- 3 BAG, 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338.
- 4 EuGH, 26.1.2006 – C-2/05 *Herbosch Kiere*, Slg. 2006, I-1079-1096, Rn. 21.