

# **Rechtssicherer Einsatz von Fremdarbeitskräften**

**maxkanzlei**

**Augsburg, 5. Oktober 2010**

# I. Einführung

## Das Problem ...

### Wie kann ich meine Personalkosten senken?

Einvernehmlich?

Kurzarbeit?

Befristung?

Änderungskündigung?

Beendigungskündigung?

Outsourcing?



Zustimmung des Arbeitnehmers!

Zeitlich befristet!

Zeitlich befristet - Sachgrund!

Kündigungsschutz!

Kündigungsschutz!

Betriebsübergang!

## ... die Lösung

... hat viele Namen!

Dienst-  
vertrag

Freie  
Mitarbeiter

Werk-  
vertrag

Zeitarbeit

Ausländer

Subunter-  
nehmer

Selbst-  
ständige

## Vom Fremd- zum Eigenpersonal?

### Nachteil Eigenpersonal

- **Sozialversicherung**
- **Lohnsteuer**
- **Kündigungsschutz**
- **Entgeltfortzahlung**
- **Urlaub**



### Vorteil Fremdpersonal

- **keine Sozialversicherung**
- **keine Lohnsteuer**
- **kein Kündigungsschutz**
- **keine Entgeltfortzahlung**
- **kein Urlaub**

## Vom Fremd- zum Eigenpersonal?

### Nachteil Eigenpersonal

- Sozialversicherung
- Lohnsteuer
- Kündigungsschutz
- Entgeltfortzahlung
- Urlaub



### Vorteil Fremdpersonal

- keine Sozialversicherung
- keine Lohnsteuer
- kein Kündigungsschutz
- keine Entgeltfortzahlung
- kein Urlaub



### Gewolltes Fremdpersonal

- Selbstständiger/Freier
- Dienst-/Werkvertrag
- Arbeitnehmerüberlassung (AÜ)

## Vom Fremd- zum Eigenpersonal?

### Nachteil Eigenpersonal

- Sozialversicherung
- Lohnsteuer
- Kündigungsschutz
- Entgeltfortzahlung
- Urlaub

### Vorteil Fremdpersonal

- keine Sozialversicherung
- keine Lohnsteuer
- kein Kündigungsschutz
- keine Entgeltfortzahlung
- kein Urlaub

=

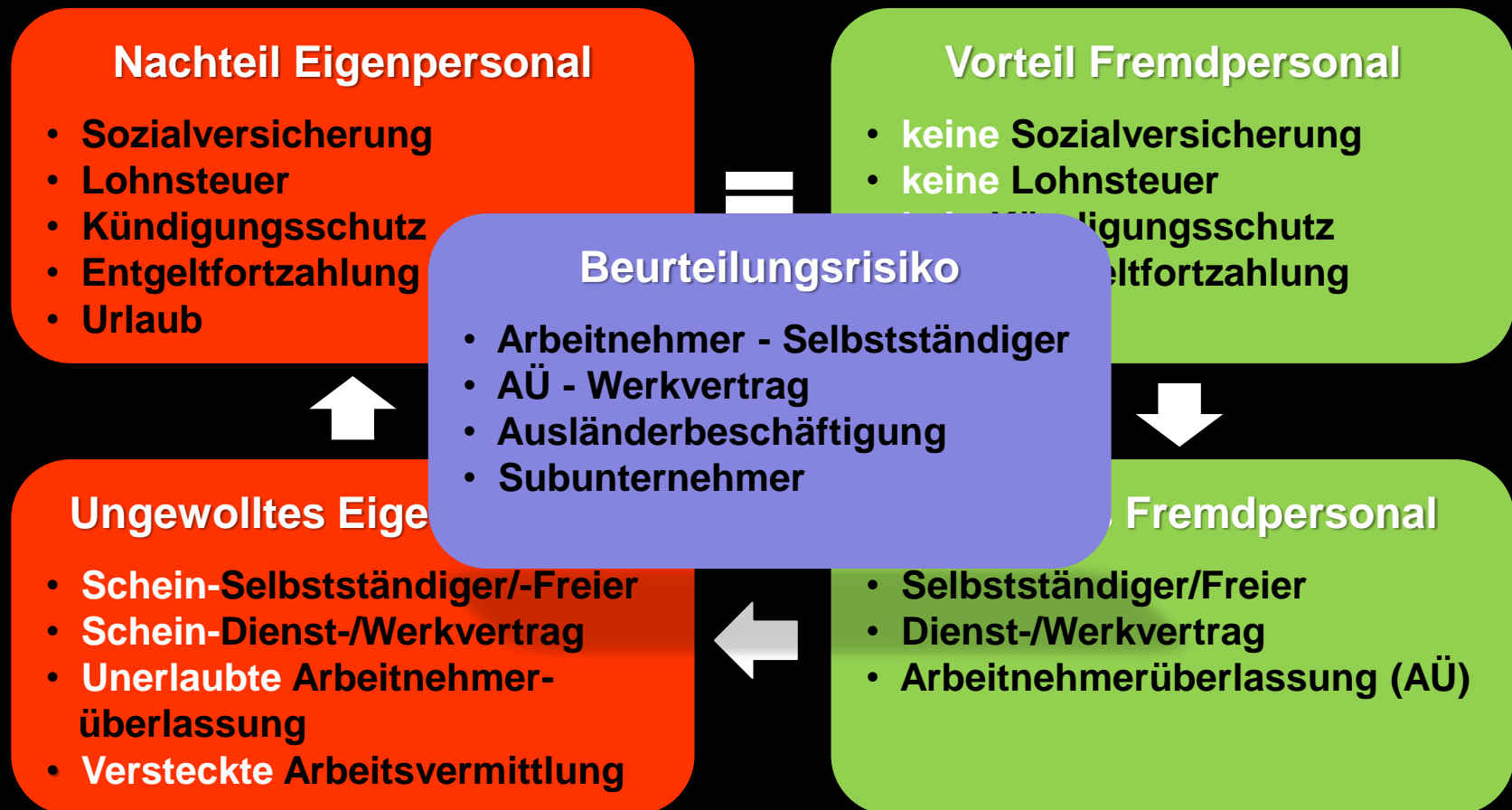
### Ungewolltes Eigenpersonal

- Schein-Selbstständiger/-Freier
- Schein-Dienst-/Werkvertrag
- Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung
- Versteckte Arbeitsvermittlung

### Gewolltes Fremdpersonal

- Selbstständiger/Freier
- Dienst-/Werkvertrag
- Arbeitnehmerüberlassung (AÜ)

## Vom Fremd- zum Eigenpersonal?

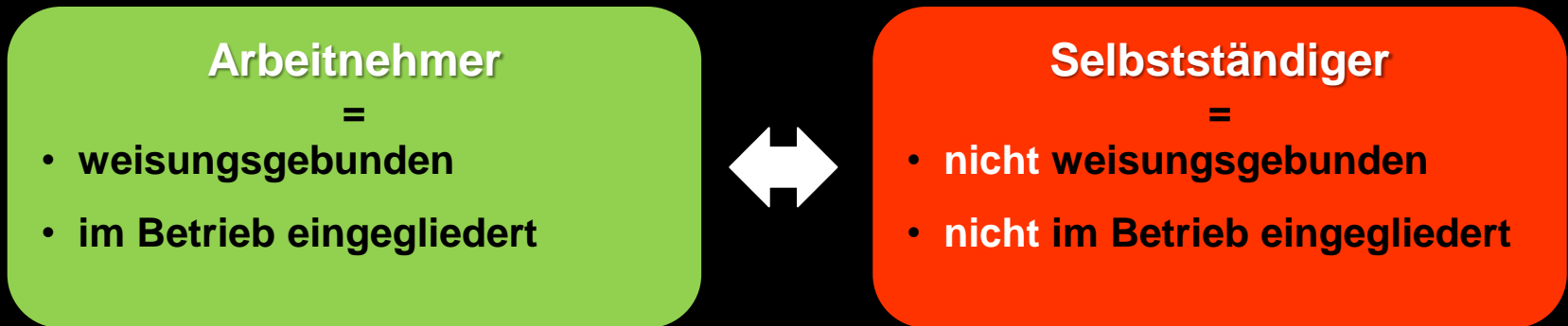




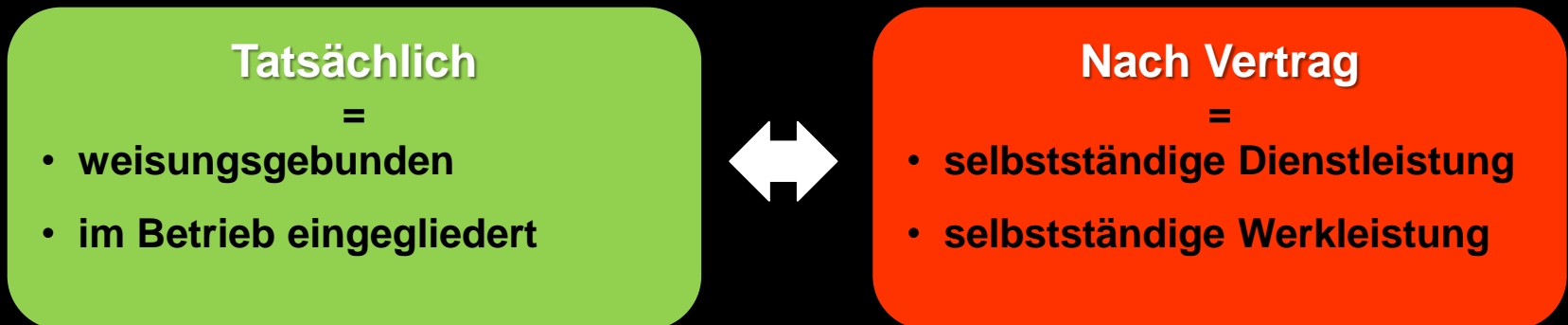
# II.

## Arbeitnehmer - Selbstständiger

## Abgrenzung Arbeitnehmer - Selbstständiger (1)



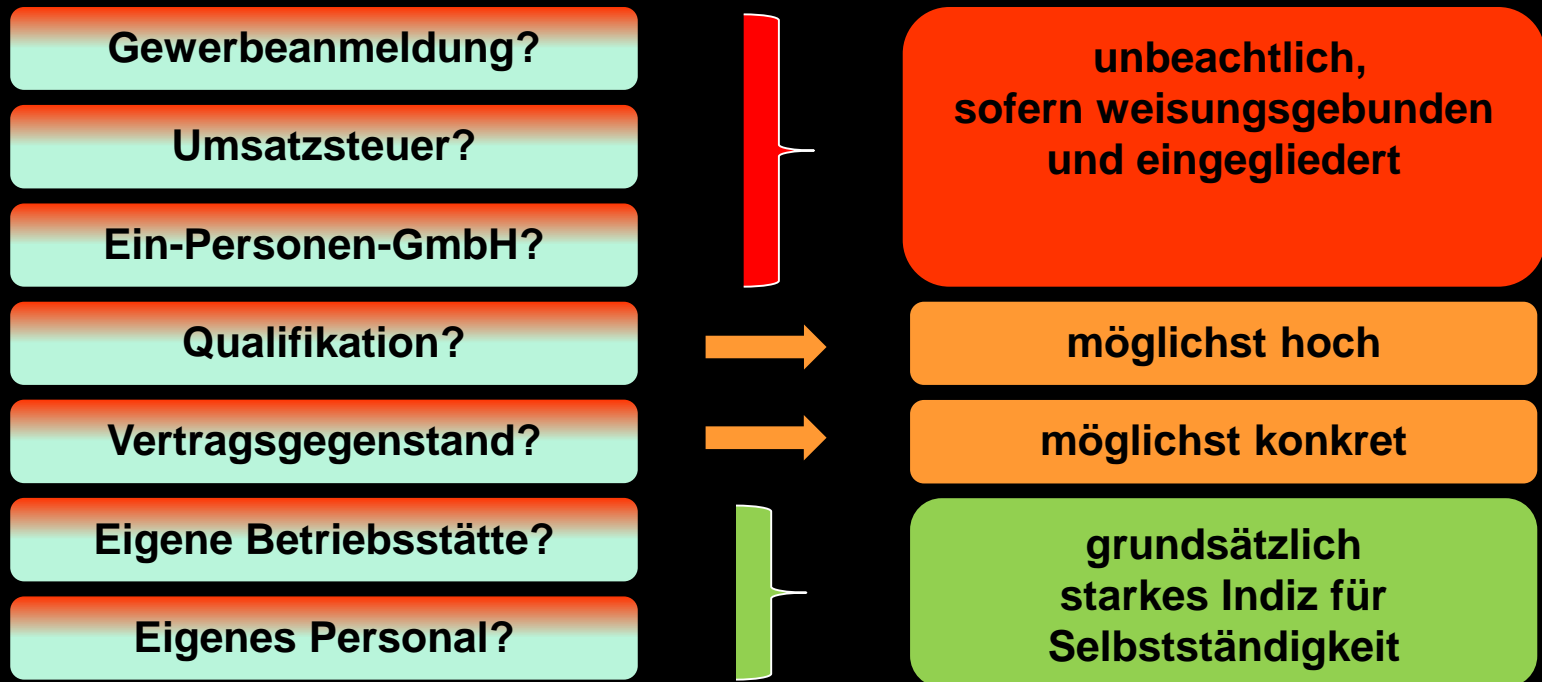
## Scheinselbstständig?



## Abgrenzung Arbeitnehmer - Selbstständiger (2)



## Beurteilungskriterien (3)



## Vorbeugen ...

### § 7a SGB IV – Antragsverfahren

AG kann unmittelbar nach Tätigkeitsbeginn des Fremdpersonals schriftlich eine Entscheidung beim Rentenversicherer beantragen, ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt

## Vorbeugen ... oder banges Hoffen!

### § 7a SGB IV – Antragsverfahren

AG kann unmittelbar nach Tätigkeitsbeginn des Fremdpersonals schriftlich eine Entscheidung beim Rentenversicherer beantragen, ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt



### § 28p Abs. 1 SGB IV – Prüfung bei Arbeitgebern

Mindestens alle 4 Jahre auf Ordnungsmäßigkeit und Richtigkeit der Pflichtenerfüllung im Zusammenhang mit den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen (GSB)



### § 25 Abs. 1 SGB IV – Verjährung

Nachforderungsansprüche auf nicht abgeführte Beiträge verjähren in 4 Jahren, bei Vorsatz in 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind.



### § 28g SGB IV – Beitragsabzug

Arbeitgeber hat gegen beschäftigten Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden GSB, der aber nur vom Arbeitsentgelt u. nur bei den nächsten 3 Gehaltszahlungen abgezogen werden darf.

## Bei bestehenden Vertragsverhältnissen

### Vertragsverhältnisse überprüfen

Bei aufkommenden Zweifeln sollte Auftraggeber umgehend an Hand der Abgrenzungskriterien Auftragsverhältnis prüfen und Ergebnis schriftlich dokumentieren!



**Ergebnis des AG:  
Arbeitnehmer (+)**



**Ergebnis des SVT:  
Scheinselbstständig!**



**max. 4 Jahre Nachforderung!**

## Bei bestehenden Vertragsverhältnissen

### Vertragsverhältnisse überprüfen

Bei aufkommenden Zweifeln sollte Auftraggeber umgehend an Hand der Abgrenzungskriterien Auftragsverhältnis prüfen und Ergebnis schriftlich dokumentieren!

**Ergebnis des AG:  
Arbeitnehmer (+)**

**Ergebnis des SVT:  
Scheinselbstständig!**

**max. 4 Jahre Nachforderung!**

**Ergebnis des AG:  
Arbeitnehmer (-)**

**Ergebnis des SVT:  
Scheinselbstständig!**

**max. 30 Jahre Nachforderung  
+  
Strafverfahren (266a StGB)**



**Nachtreten ...**

**STATUSKLAGE!**

**Zur Erinnerung ...**

**§ 28g SGB IV – Beitragsabzug**

**Arbeitgeber hat gegen Beschäftigten Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden GSB, der aber nur vom Arbeitsentgelt u. nur bei den nächsten 3 Gehaltszahlungen abgezogen werden darf.**

# III. AÜ – Werkvertrag

## Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung (1)

### § 1 Abs.1 S. 1 AÜG

„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmern (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig“ zur Arbeitsleitung überlassen wollen, ...“

**Geschuldet:**

## ÜBERLASSUNG

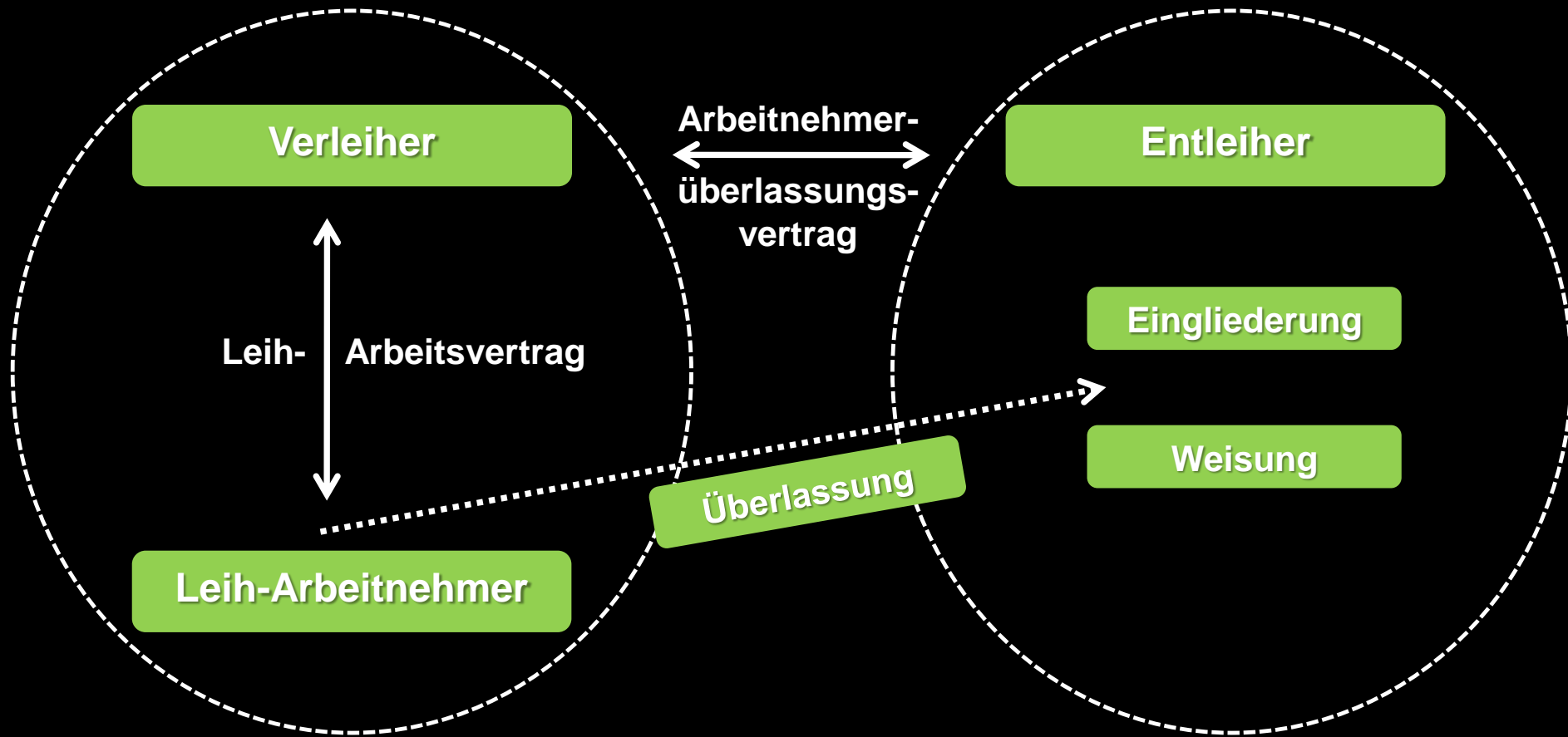
1.

Tätigwerden innerhalb  
einer fremden  
Betriebsorganisation

2.

Verlagerung des  
arbeitsbezogenen  
Weisungsrechts

## Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung (2)



## Merkmale einer Werkleistung

§ 631 Abs. 1 BGB

„Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

**Geschuldet:**

**LEISTUNGSERFOLG**

1.

**Gefahrtragung  
(bis zur  
Abnahme)**

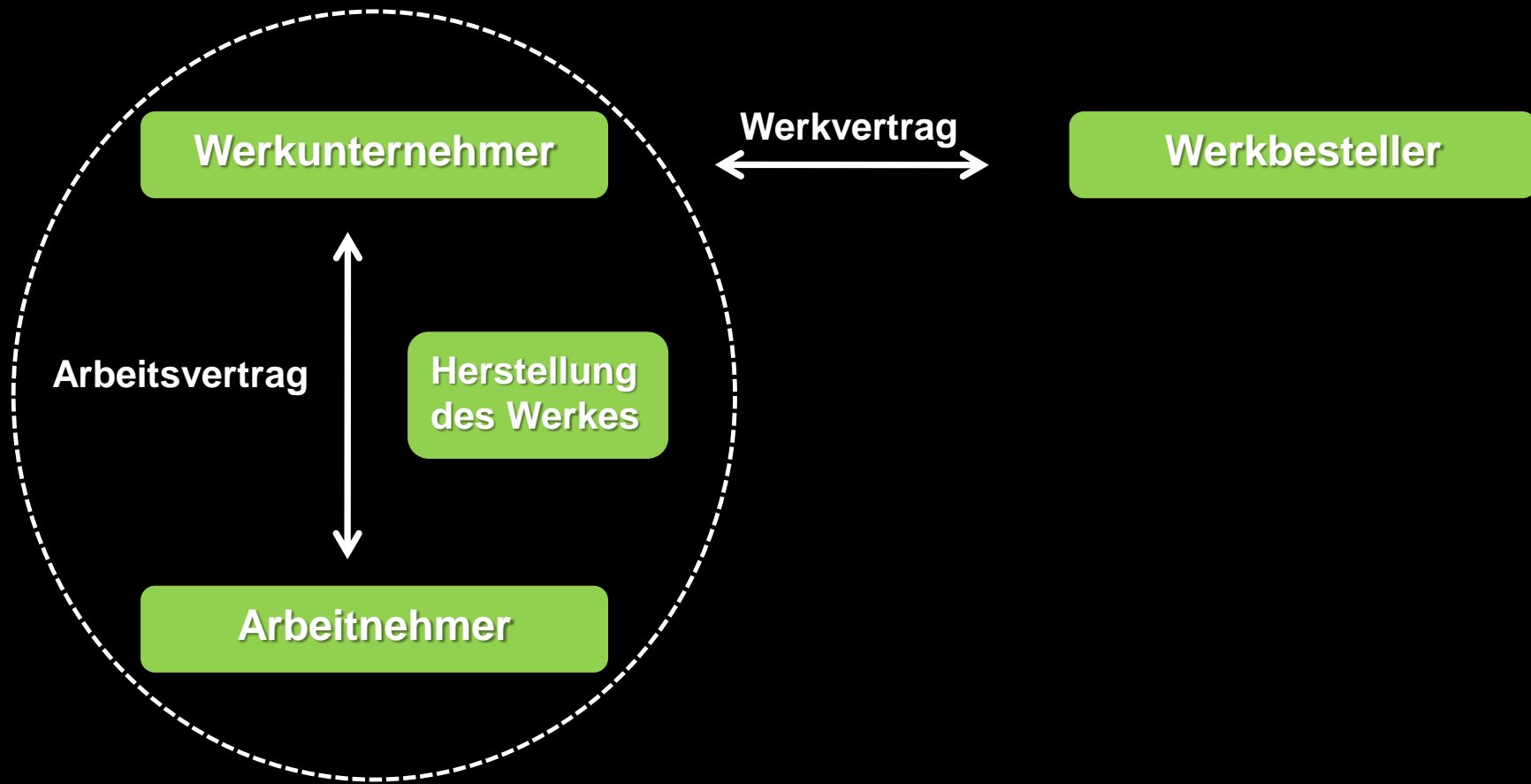
2.

**Abnahme  
(Voraussetzung  
für Vergütung)**

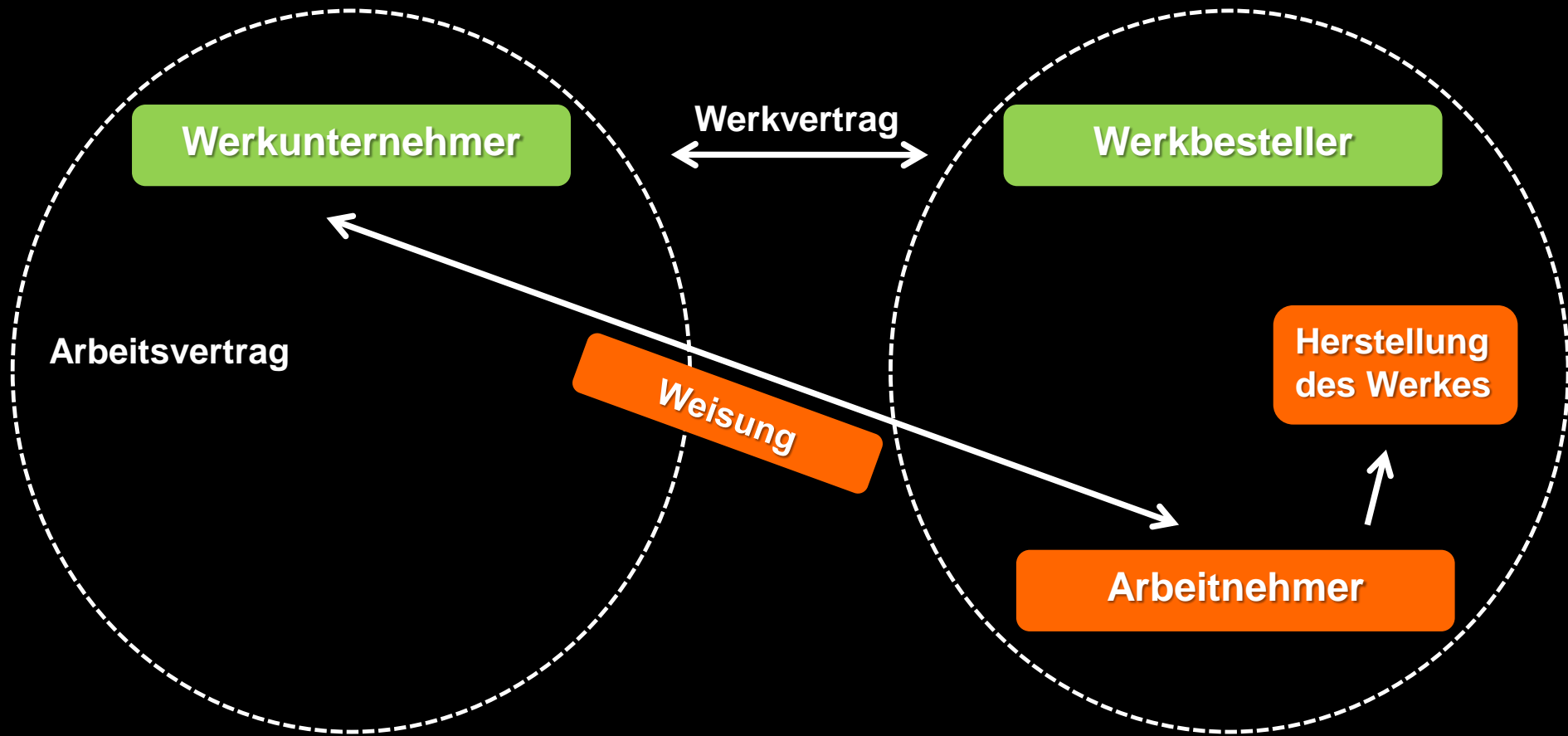
3.

**Gewährleistung  
(bei Mängeln)**

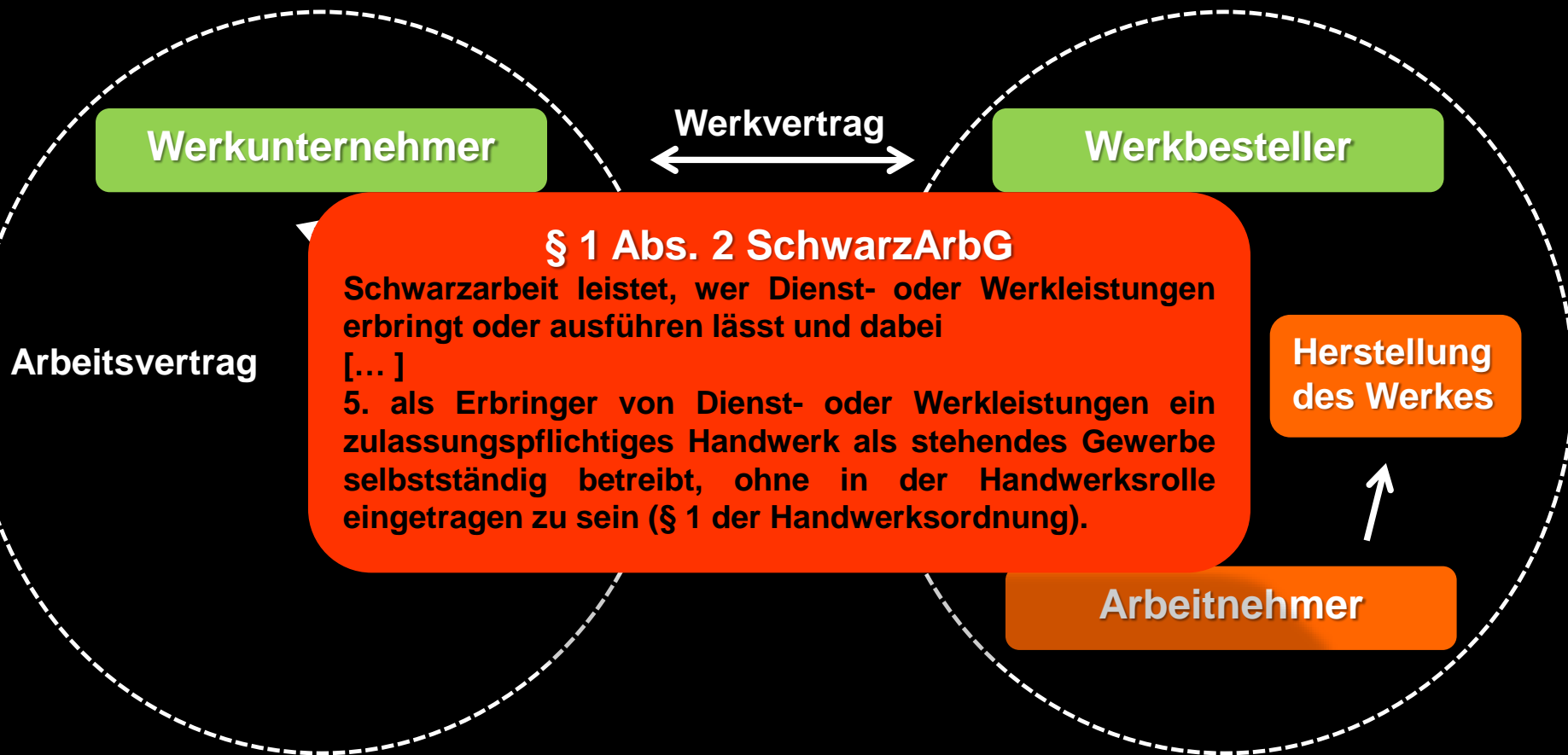
## Werkleistung im eigenen Betrieb



## Werkleistung im Kundenbetrieb (1)

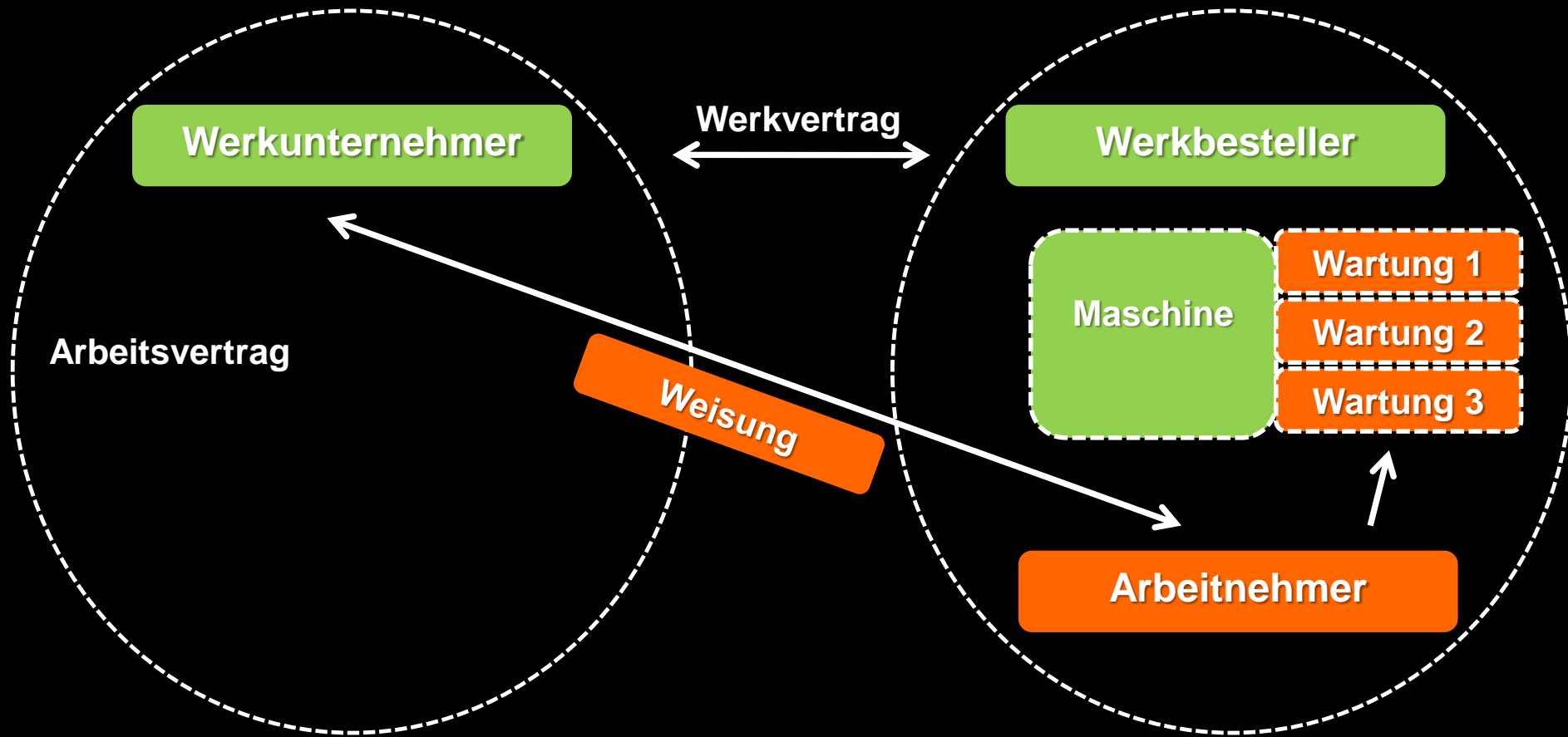


## Werkleistung im Kundenbetrieb (2)

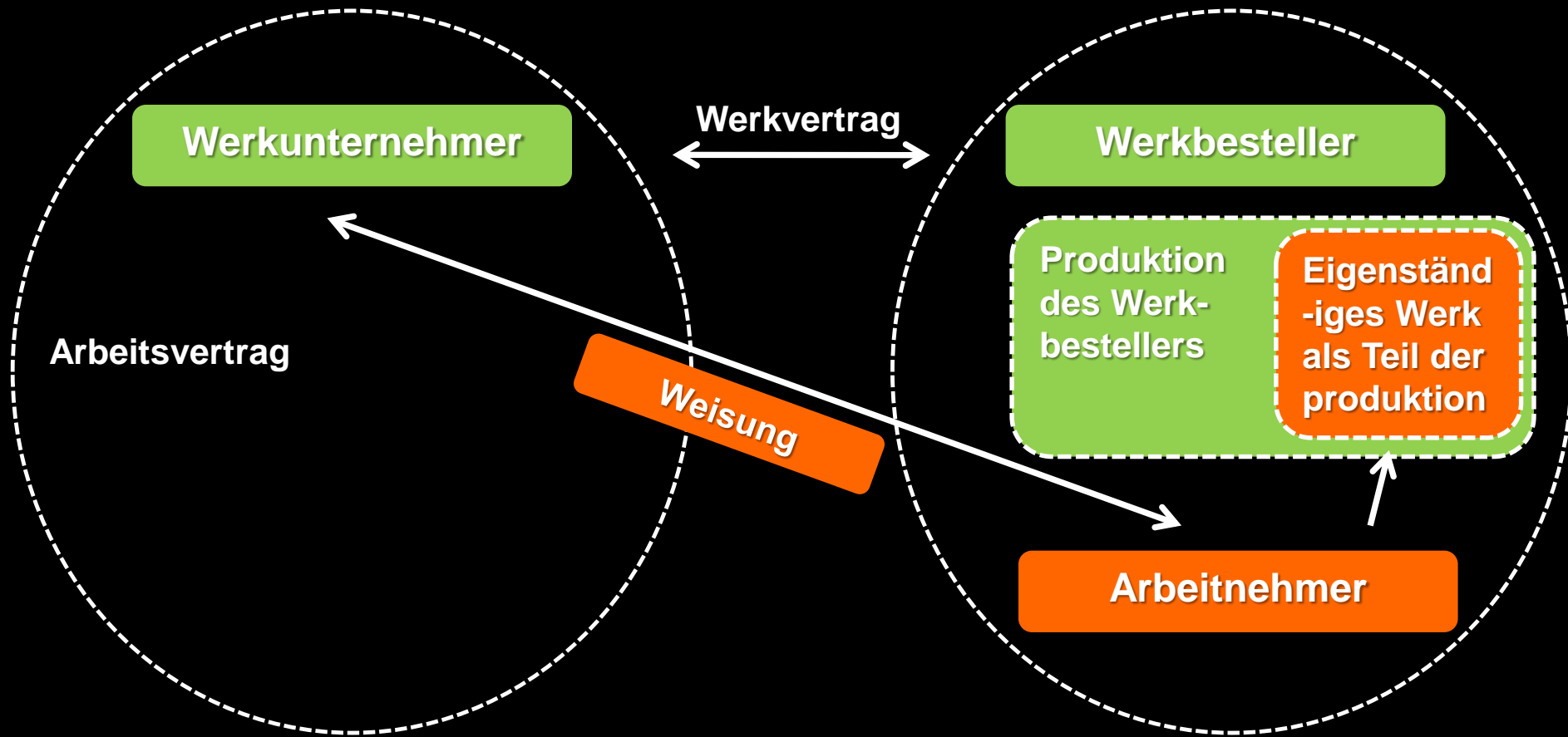




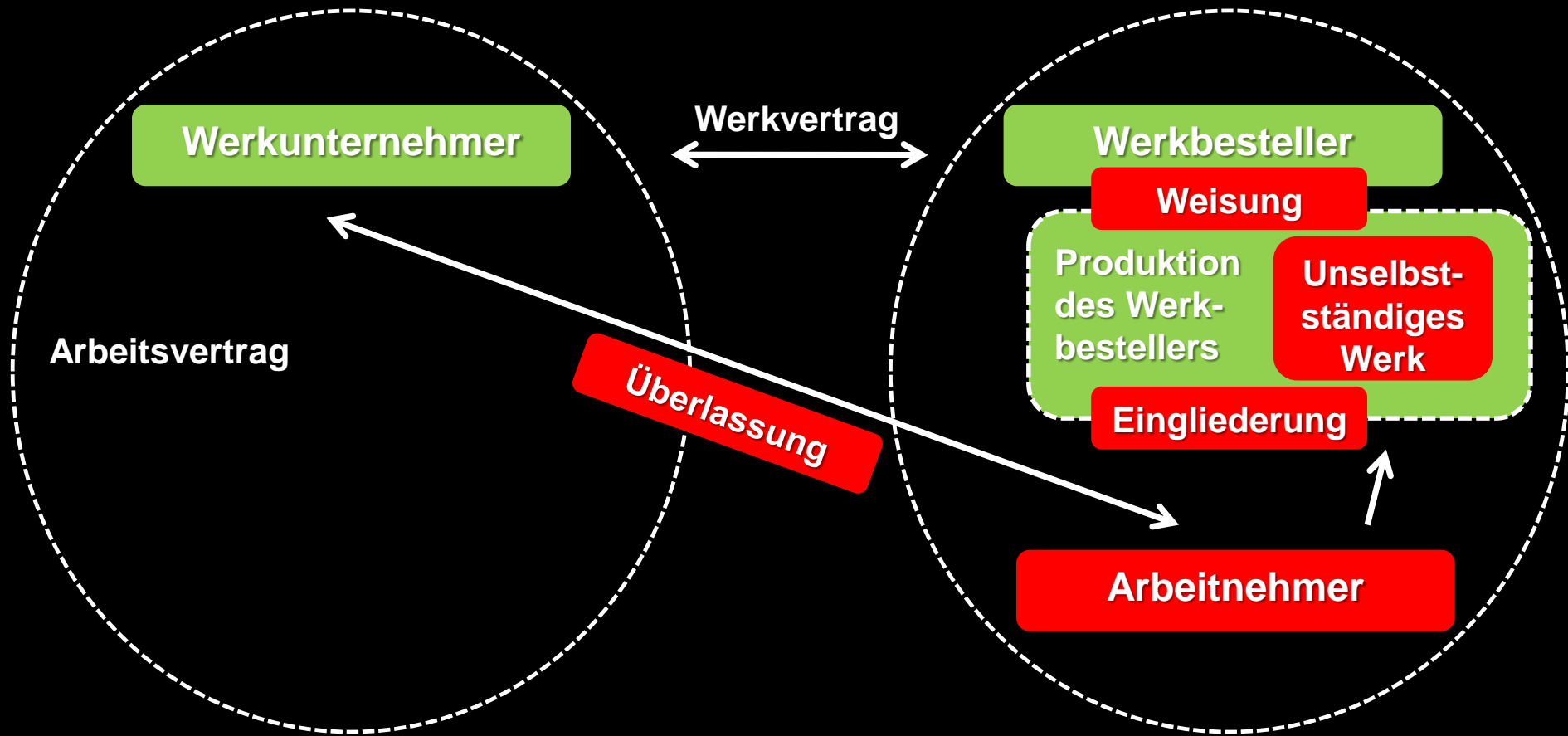
## Atypisch (1) – Rahmenvertrag mit Einzelbestellungen



## Atypisch (2) – Fremdvergabe innerbetrieblicher Daueraufgabe



## Schein-Werkvertragsverhältnis



# Werkleistung im Kundenbetrieb oder Überlassung? (1)

## I. Vertrag

### 1. Exakte Beschreibung der Aufgabe

- Vertrag muss „gelebt“ werden (Abnahme – Reklamationen – Regie)
- Daueraufgabe muss werkvertragsfähig sein = Produktionsschritt ist auch an einem anderen Ort möglich (Betrieb im Betrieb)

### 2. Fachkompetenter Vertragspartner

- Vertragspartner und ggf. auch Subunternehmer müssen Fachkompetenz haben, um Werkleistung erbringen zu können (keine bloßen Hilfsarbeiten)

### 3. Vertragsschluss vor Arbeitsbeginn

- hinreichende Dokumentation erforderlich (Kein Unternehmer fängt vor Auftragserteilung an)

# Werkleistung im Kundenbetrieb oder Überlassung? (2)

## II. Preisgestaltung/Abrechnung

### 1. Preiskalkulation

- Nach Marktpreisen und Auswahl von eingeholten Angeboten (tödlich: nach geschätztem Arbeitszeitbedarf und Stückzahl)

### 2. Abschlagszahlungen und Vorschüsse

- nur nach Teilabnahmen oder sachlich begründet (Material)

### 3. Nebenleistungen

- Nebenleistungen nur auf vertraglicher Grundlage und mit entsprechender Abrechnung (sonst werden Nebenleistungen zur AÜ!)

### 4. Abrechnung

- Kein „Verstecken“ in anderen Posten (Arbeitszeit in Material)

# Werkleistung im Kundenbetrieb oder Überlassung? (3)

## III. Vertragsdurchführung

### 1. Mängel

- Dokumentation von Mängelanzeigen und –beseitigung
- kostenlose Mängelbeseitigung – ggf. Zahlung von Schadensersatz

### 2. Qualitätsüberwachung

- Mängelrügen nur bei Werkunternehmer (tödlich: laufende Überwachung der Fertigungsqualität und Rügen gegen über Fremdarbeiter)

### 3. Einweisungen

- Nur kurzfristige Einweisung der Fremdarbeiter an gestellten Maschinen (tödlich: „Anlernen“ oder sogar „schulen“ – ggf. aufgrund ständiger Nachfragen der überforderten Fremdarbeiter)

# Werkleistung im Kundenbetrieb oder Überlassung? (4)

## III. Vertragsdurchführung

### 4. Zeiterfassung

- nur Zeiterfassung zum Zwecke der Zugangsberechtigung (tödlich: Abrechnung nach Stunden gemäß Zeiterfassung)

### 5. Beistellungen

- zu bearbeitende Rohware oder zu reparierende Maschine (tödlich: alles „beistellen“ (Werkzeuge, Arbeitskleidung, kostenlose Räume) bis auf Fremdpersonal)

# Werkleistung im Kundenbetrieb/AÜ oder Arbeitsvermittlung?

## Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2 AÜG)

„Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3), so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.“

### Strohmann

Verleiher ist nur für einen Entleiher tätig,  
kein Marktauftritt und Verletzung von  
Arbeitgeberpflichten!

### Synchronisation

Von Anfang an geplant, LN nicht länger als  
Überlassungszeit zu beschäftigen!

### Konsequenz für Entleiher

Unmittelbares Arbeitsverhältnis mit Leiharbeiternehmer

### Konsequenz für Schein-Verleiher

Widerruf der Erlaubnis  
wegen Missbrauch des AÜ-Rechts und/oder Nichtanzeige der Arbeitsvermittlung



# Voraussetzungen für legale Arbeitnehmerüberlassung (1)

## I. Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 AÜG)

## II. Leiharbeitsvertrag (§ 11 AÜG)

1. Schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (LN)
2. Aushändigung des Merkblatts an LN der BfA

## III. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (§ 12 AÜG)

1. Schriftlicher AÜG-Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher
2. Hinweis auf gültige Erlaubnis in AÜG-Vertrag
3. Angabe der wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiher-Betrieb oder Verweis auf anzuwendenden Tarifvertrag

## Voraussetzungen für legale Arbeitnehmerüberlassung (2)

### I. Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 AÜG)

#### Ausnahmsweise ohne Erlaubnis bei Überlassung

1. nur gelegentlich (betriebliche Ausnahmesituation)
2. ohne Gewinnerzielungsabsicht (rein karitativ)
3. vorübergehend zur Vermeidung von Kurzarbeit/Entlassungen (TV oder weniger als 50 AN)
4. vorübergehend konzernintern
5. ins Ausland an deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen

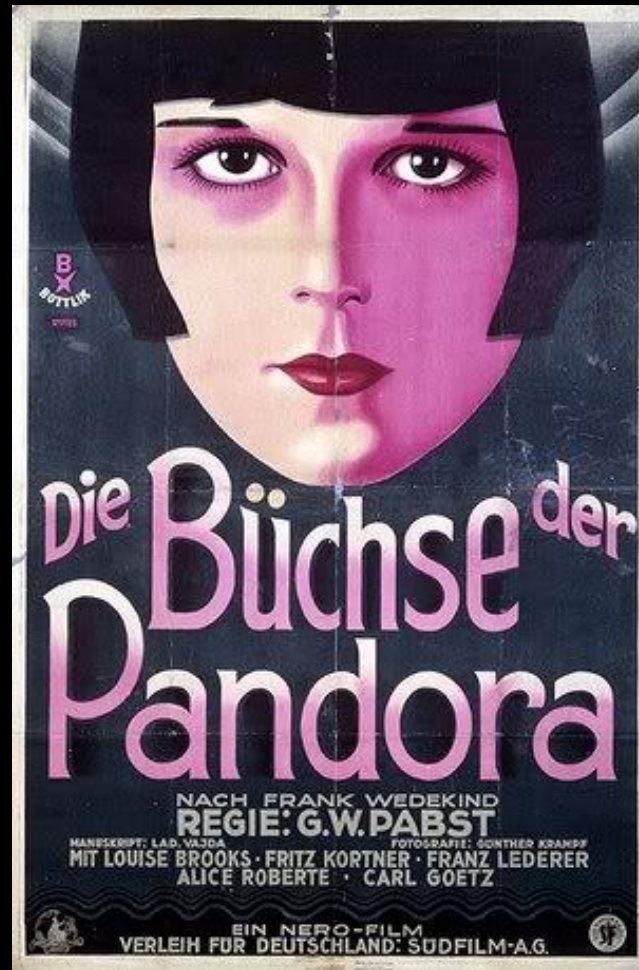
### II. Leiharbeitsvertrag (§ 11 AÜG)

1. Schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (LN)
2. Aushändigung des Merkblatts an LN der BfA

### III. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (§ 12 AÜG)

1. Schriftlicher AÜG-Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher
2. Hinweis auf gültige Erlaubnis in AÜG-Vertrag
3. Angabe der wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiher-Betrieb oder Verweis auf anzuwendenden Tarifvertrag

## Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung



## Zivilrechtliche Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung (1)

### Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge (§ 9 Nr. 1 AÜG)

„Unwirksam sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat.“



**Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis  
zwischen LN und Verleiher**

**Fingiertes Arbeitsverhältnis  
zwischen LN und Entleiher**



**Lossagung  
beidseitig jederzeit fristlos möglich**

**Beendigung  
nur mit Zeitablauf  
(§ 10 Abs. 1 S. 2 AÜG)  
oder Kündigung**

## Zivilrechtliche Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung (2)

### Weitere Konsequenzen für Schein-Werkbesteller

#### Ansprüche des Leiharbeitnehmers

- „equal pay“
- „equal treatment“
- Nachzahlung Lohn
- Nachforderung sonstige AN-Ansprüche
- Zahlung Überlassungsvergütung (Insolvenz des Verleihers)

#### Ansprüche der Sozialversicherungen

- Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf Differenz (auch AN-Anteil)
- Nachzahlung Lohnsteuer
- Subsidiärhaftung für SVB auf Überlassungsvergütung (Insolvenz des Verleihers)

#### Keine Ansprüche aus Schein-Werkvertrag

- Keine Leistung mehr
- Keine Rückzahlung
- Keine Gewährleistung

## Zivilrechtliche Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung (3)

### Weitere Konsequenzen für Schein-Werkunternehmer



#### Ansprüche des Leiharbeitnehmers

- Zahlung Überlassungsvergütung
- Schadensersatzanspruch gem. § 10 Abs. 2 AÜG
- im gemischten Betrieb:  
Arbeitsverhältnis im Übrigen wirksam (kein Pflicht zur Leiharbeit)



#### Ansprüche der Sozialversicherungen

- Subsidiärhaftung für SVB aus Überlassungsvergütung und aus Vergütung fingiertes AV (Insolvenz d. Entleihers)



#### Keine Ansprüche aus Schein-Werkvertrag

- Keine Vergütung mehr
- Keine Abnahmepflicht

**Soweit vorhanden: Widerruf der AÜ-Erlaubnis!**

# IV.

## Ausländerbeschäftigung

## Werkvertragsverfahren (1)

### Auftragnehmer

- Unternehmen mit Auslandsitz
- Entsendung seiner AN nach D für Werkvertragsarbeiten
- Unternehmen muss werkvertragsfähig sein...

### Werkvertrag



### Auftraggeber

- in D ansässiges Unternehmen
- Unternehmen nach D-Recht
- kein ö-r AG oder Privatperson



## Werkvertragsverfahren (2)

### Auftragnehmer

- Unternehmen mit Auslandsitz
- Entsendung seiner AN nach D für Werkvertragsarbeiten
- Unternehmen muss werkvertragsfähig sein...

### Werkvertrag



### Auftraggeber

- in D ansässiges Unternehmen
- Unternehmen nach D-Recht
- kein ö-r AG oder Privatperson

### ...WV-fähig

- selbstständig
  - planen
  - organisieren
  - durchführen
  - überwachen
- keine bloße Anwerbung

## Werkvertragsverfahren (3)

### Auftragnehmer

- Unternehmen mit Auslandsitz
- Entsendung seiner AN nach D für Werkvertragsarbeiten
- Unternehmen muss werkvertragsfähig sein...

### Werkvertrag



### Auftraggeber

- in D ansässiges Unternehmen
- Unternehmen nach D-Recht
- kein ö-r AG oder Privatperson

### ...WV-fähig

- selbstständig
  - planen
  - organisieren
  - durchführen
  - überwachen
- keine bloße Anwerbung

### Qualifikation

- 90% Fach-AN
- 10% Helfer

### Lohnbedingungen

- vergleichbar D-AN
- oder Tarif

### AN aus 3-Staat

- Arbeitserlaubnis
- Aufenthaltstitel

### Auftraggeber

- keine Kurzarbeit
- keine Kündigung

# Illegale Ausländerbeschäftigung

**Schein-Werkvertrag**

**Nicht werkvertragsfähig**

**Aufenthaltstitel des Ausländer-AN unwirksam!**

**Werkvertragsarbeitnehmerkarte unwirksam!**

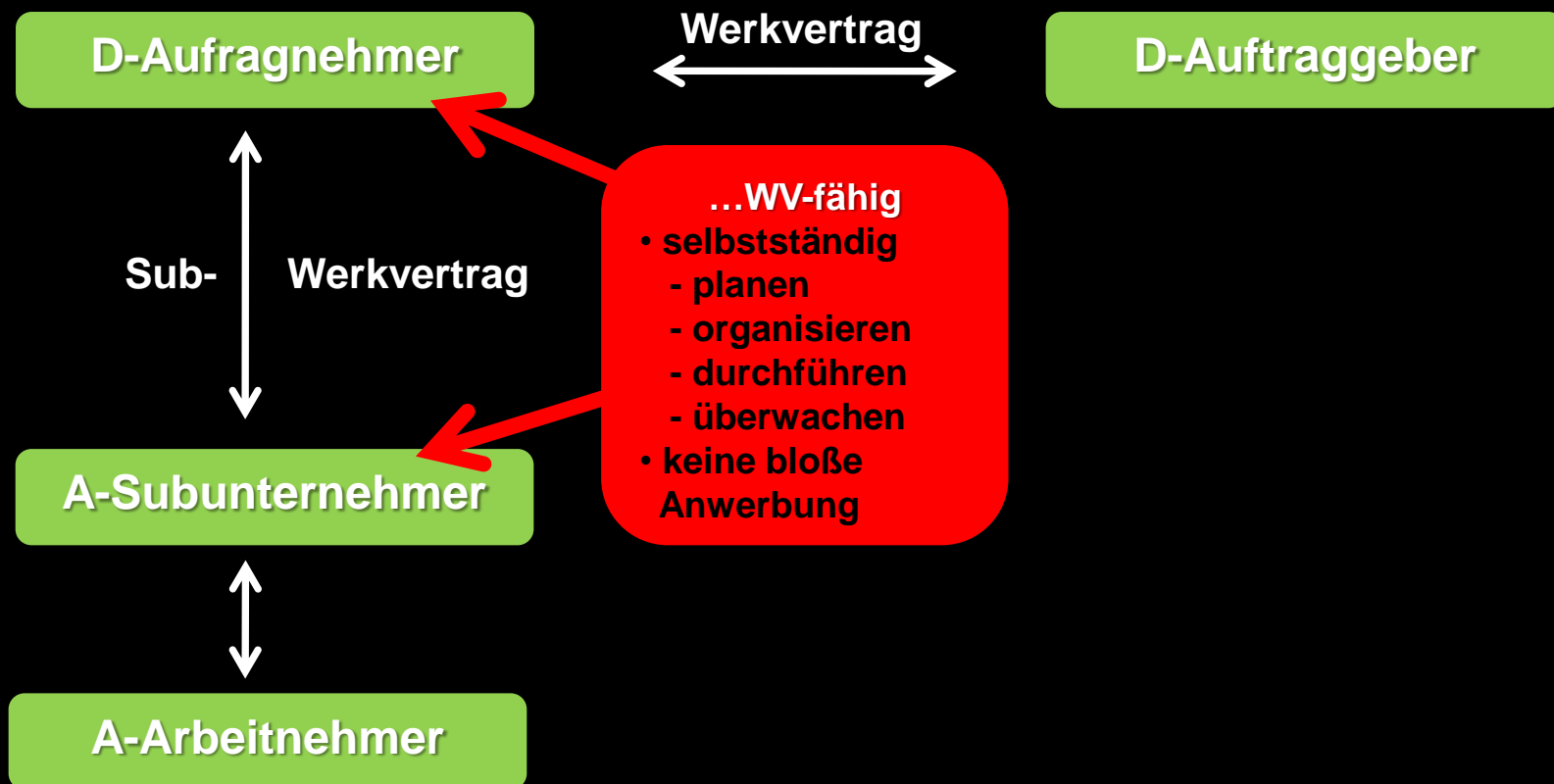
**§ 15 AÜG - Für Verleiher  
(ausländischer „Werkunternehmer“)**

**Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 3  
Jahren, soweit gewerbsmäßig 6 Monate  
bis 5 Jahre!**

**§ 16 AÜG - Für Entleiher  
(inländischer „Werkbesteller“)**

**Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 3  
Jahren, soweit gewerbsmäßig 6 Monate  
bis 5 Jahre!**

## Das „Beste“ zum Schluss ...



# Fragen?

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

## Magnus Dühning

- ▶ Rechtsanwalt & Unternehmensberater
- ▶ Wirtschaftsrecht, M&A, Compliance
- ▶ Sozius der maxkanzlei. Rechtsanwälte Dühning.Eberle.Junker  
Maximilianstr. 36  
D-86150 Augsburg
- ▶ Tel.: + 49 821 455 28 50
- ▶ eMail: [duehring@maxkanzlei.de](mailto:duehring@maxkanzlei.de)