

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

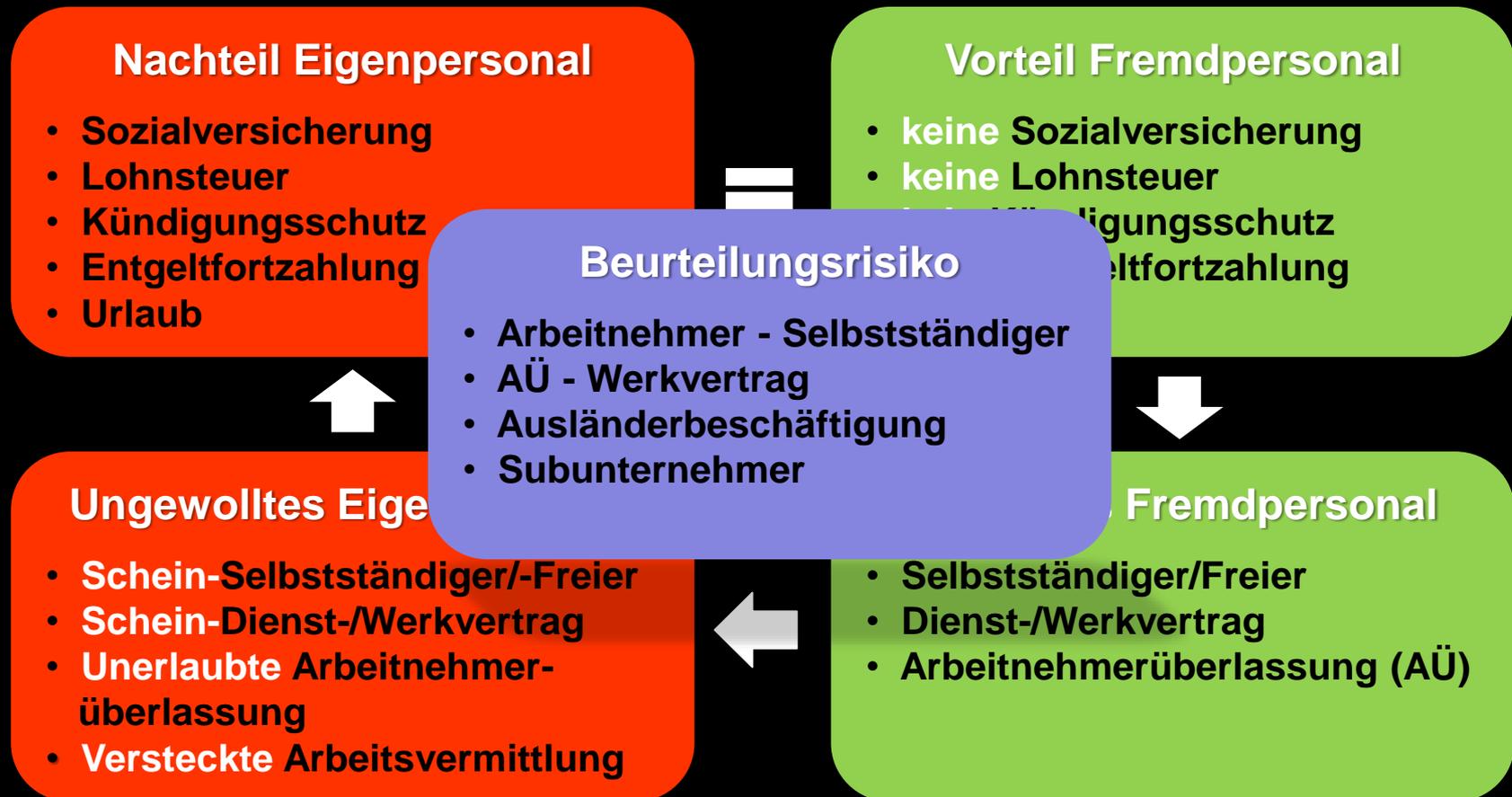
- Schein-Selbstständiger/-Freier
- Schein-Dienst-/Werkvertrag
- Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung
- Versteckte Arbeitsvermittlung

Gewolltes Fremdpersonal

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

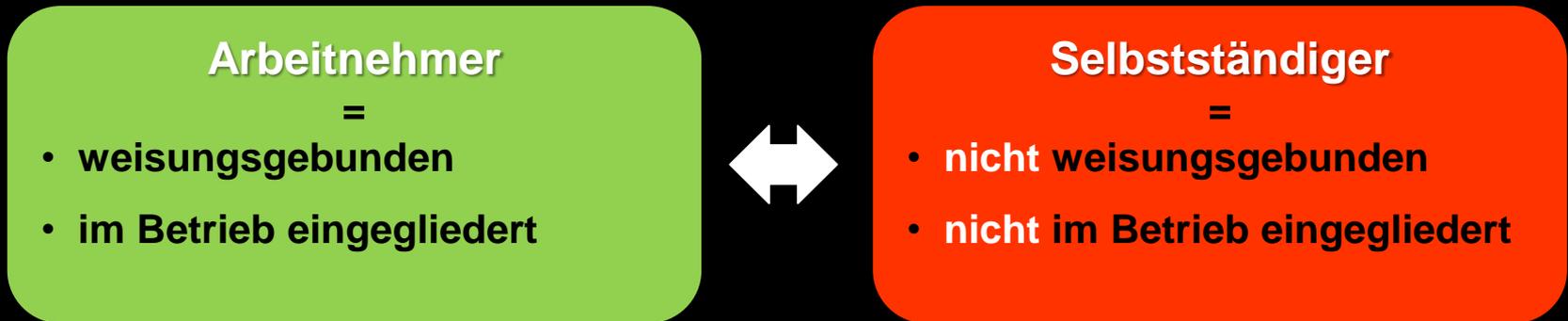


Vom Fremd- zum Eigenpersonal?

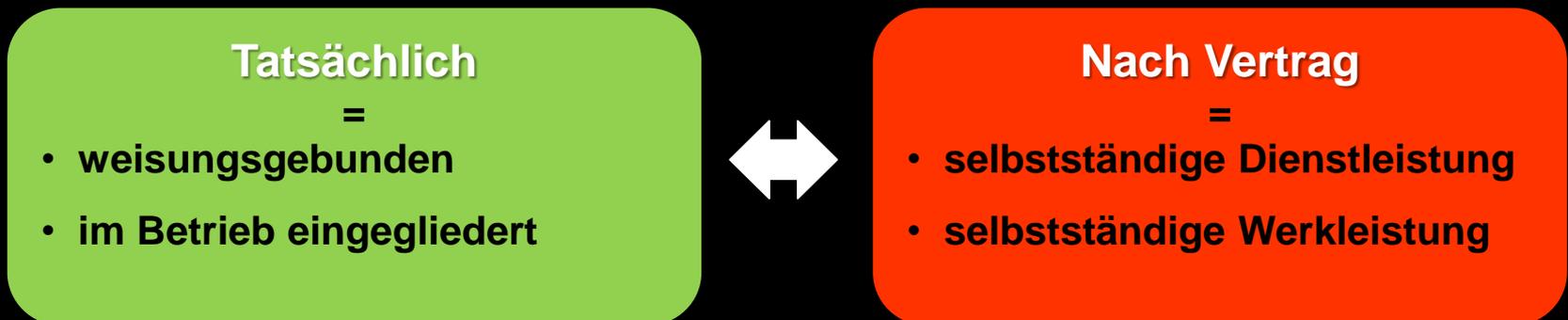


II. Arbeitnehmer - Selbstständiger

Abgrenzung Arbeitnehmer - Selbstständiger (1)



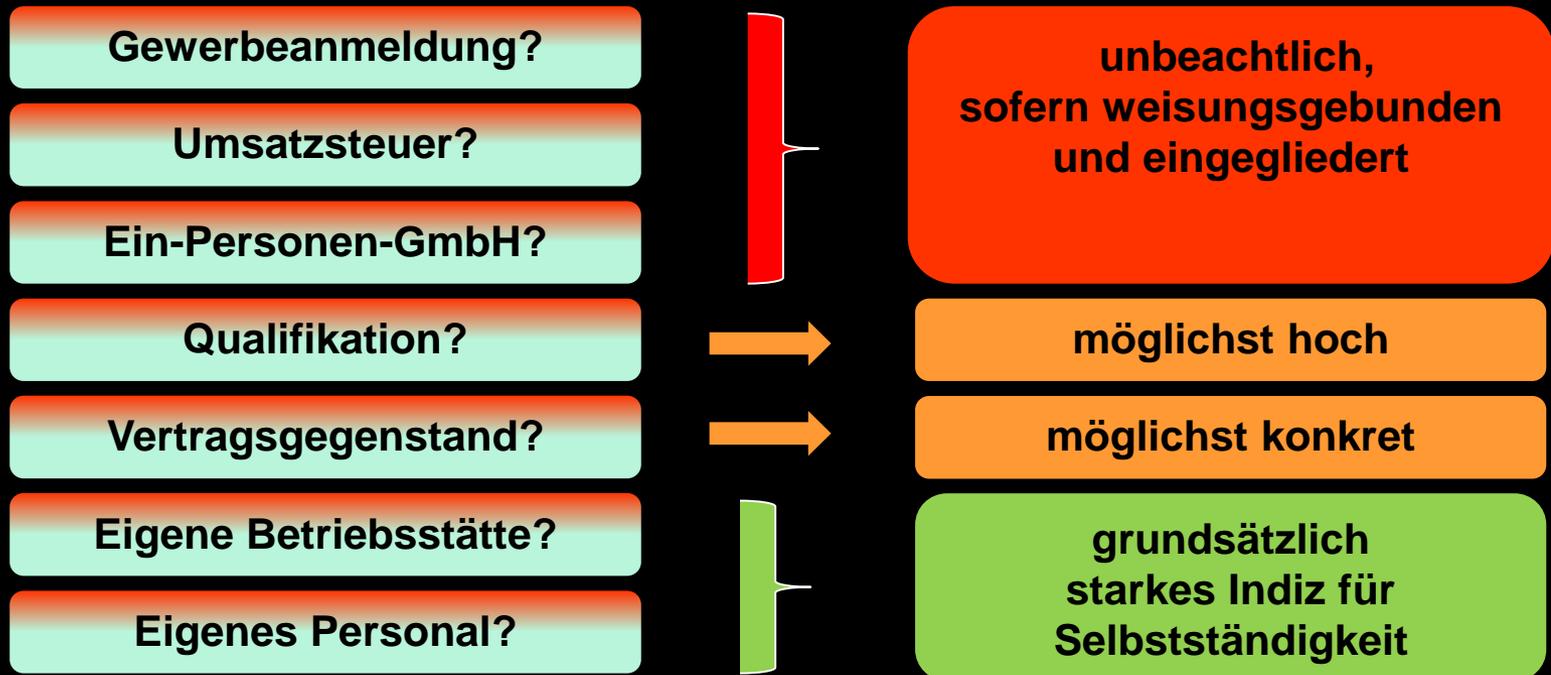
Scheinselbstständig?



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!

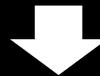
§ 7a SGB IV – Antragsverfahren

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



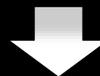
§ 28p Abs. 1 SGB IV – Prüfung bei Arbeitgebern

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

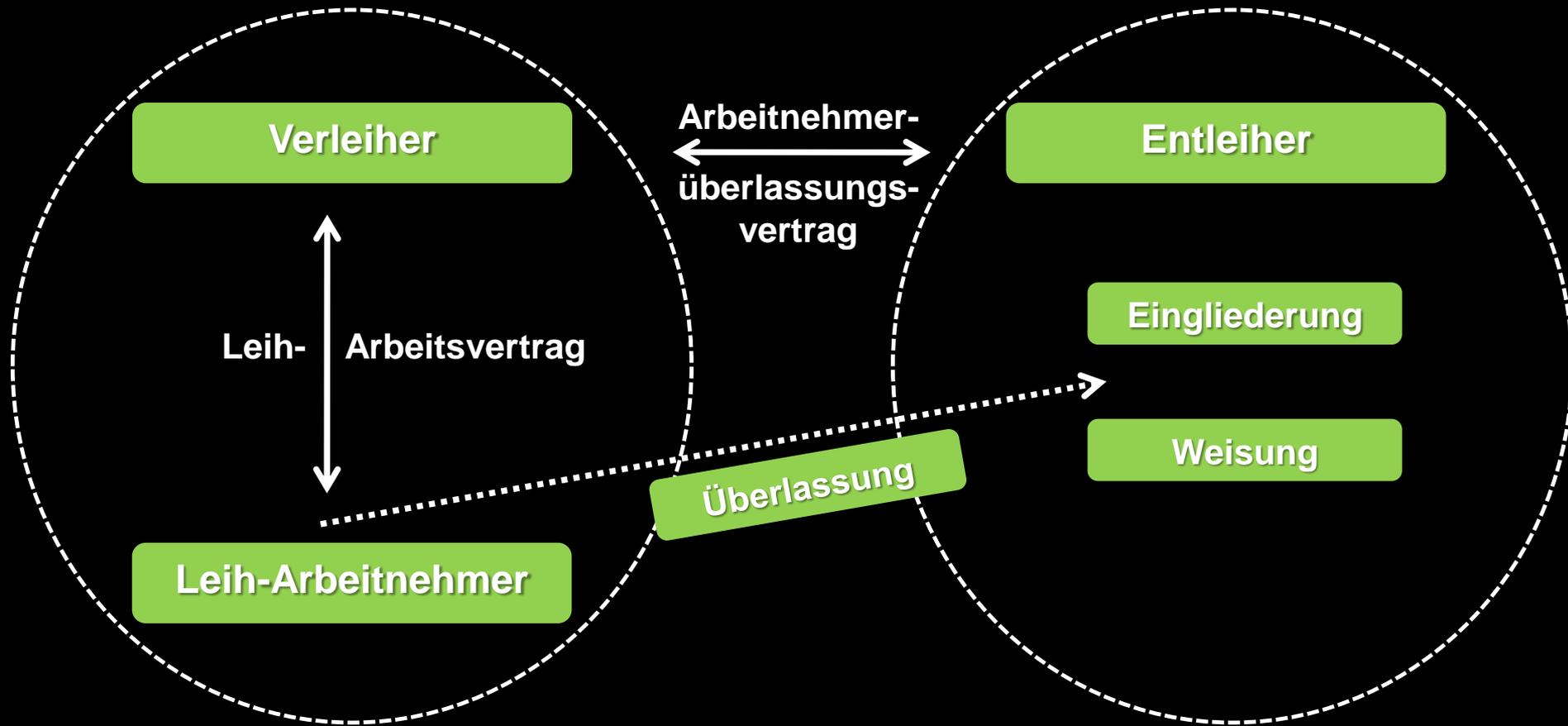
1.

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)**

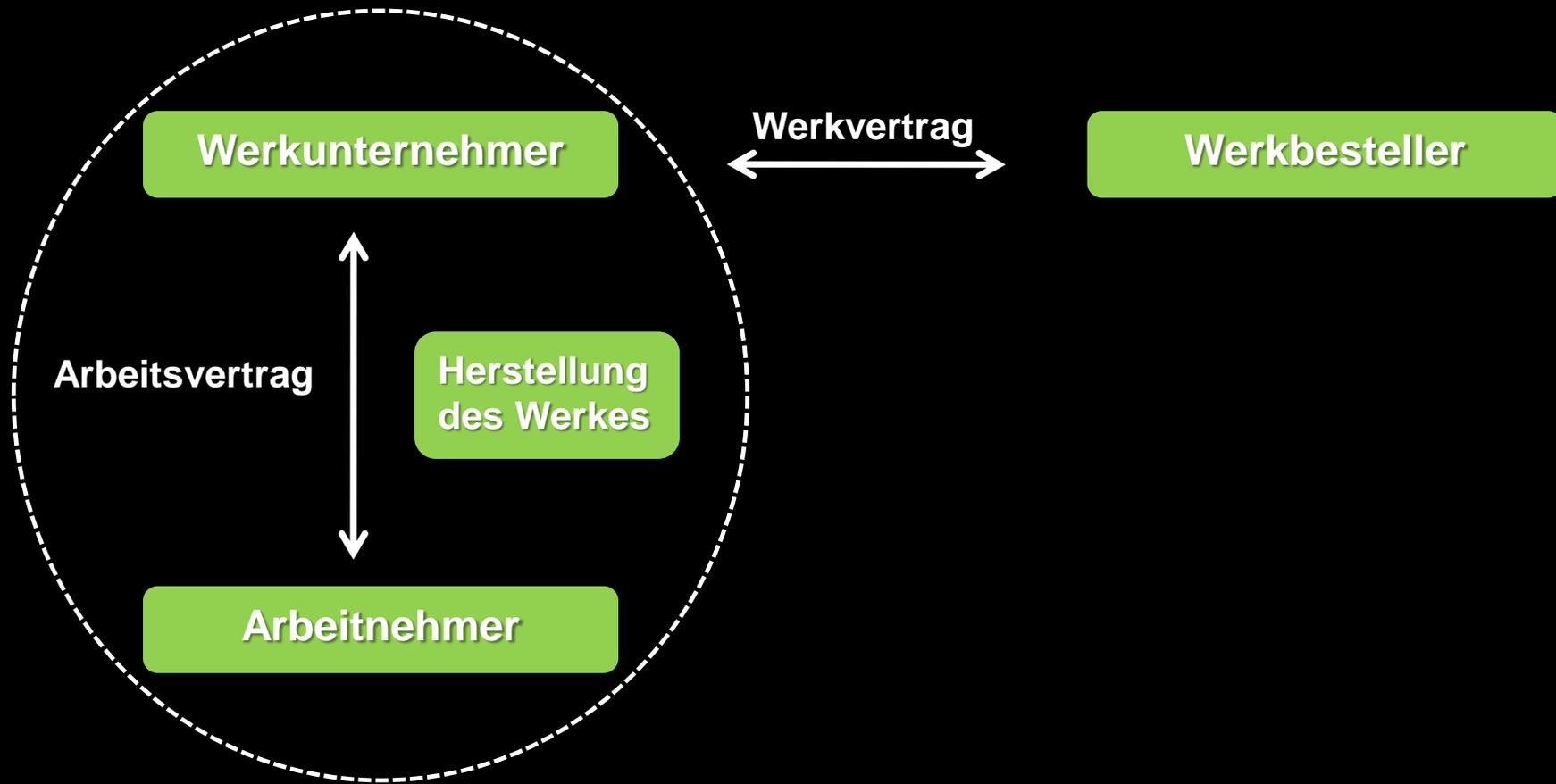
2.

**Abnahme
(Voraussetzung
für Vergütung)**

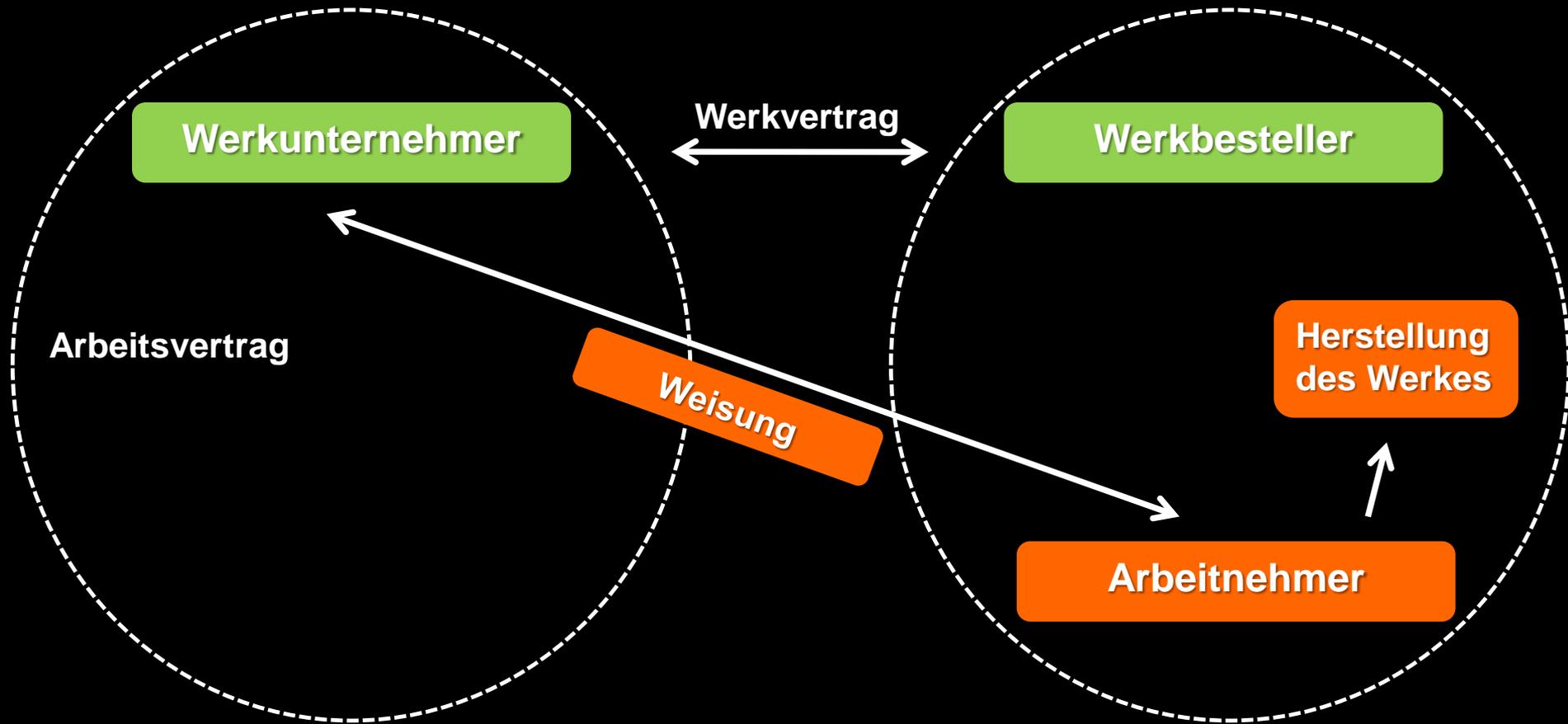
3.

**Gewährleistung
(bei Mängeln)**

Werkleistung im eigenen Betrieb



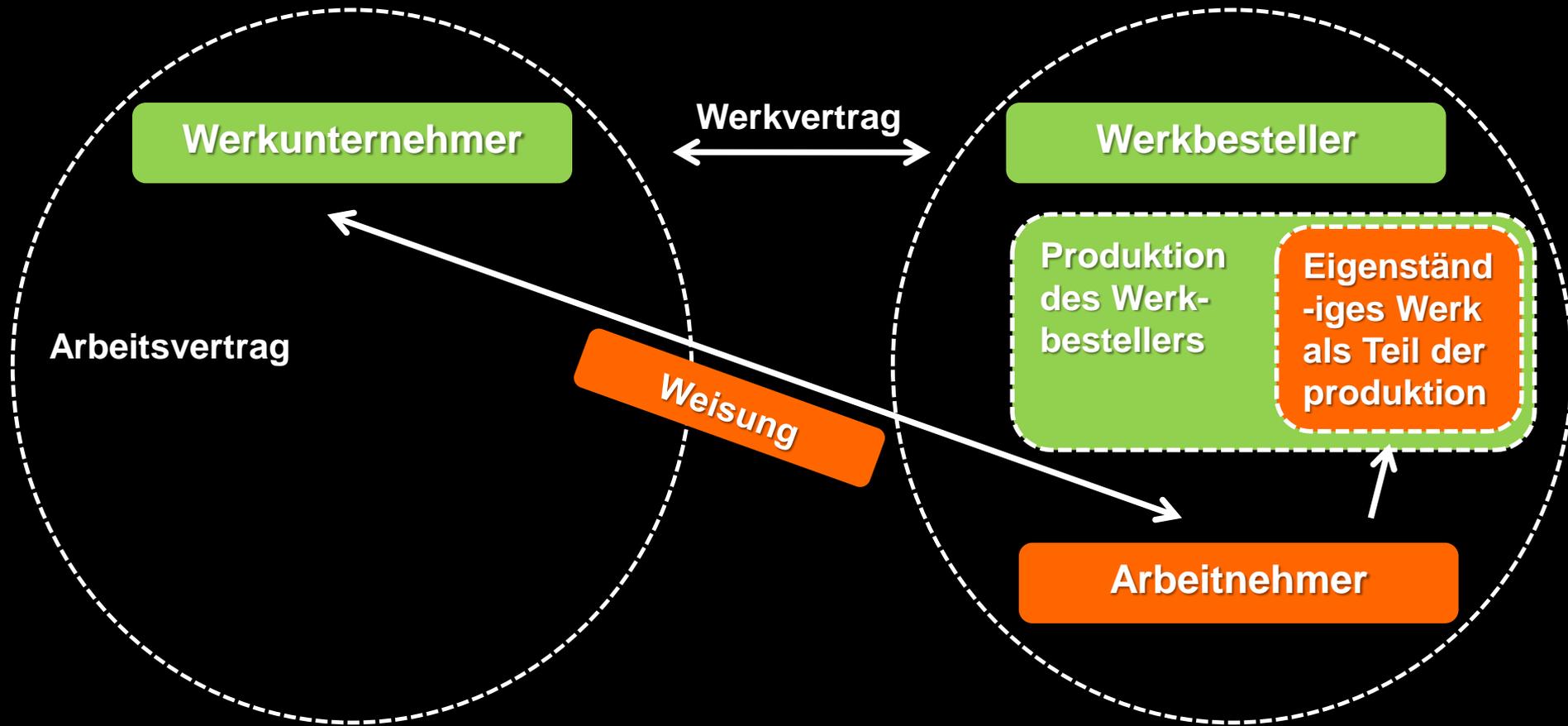
Werkleistung im Kundenbetrieb (1)



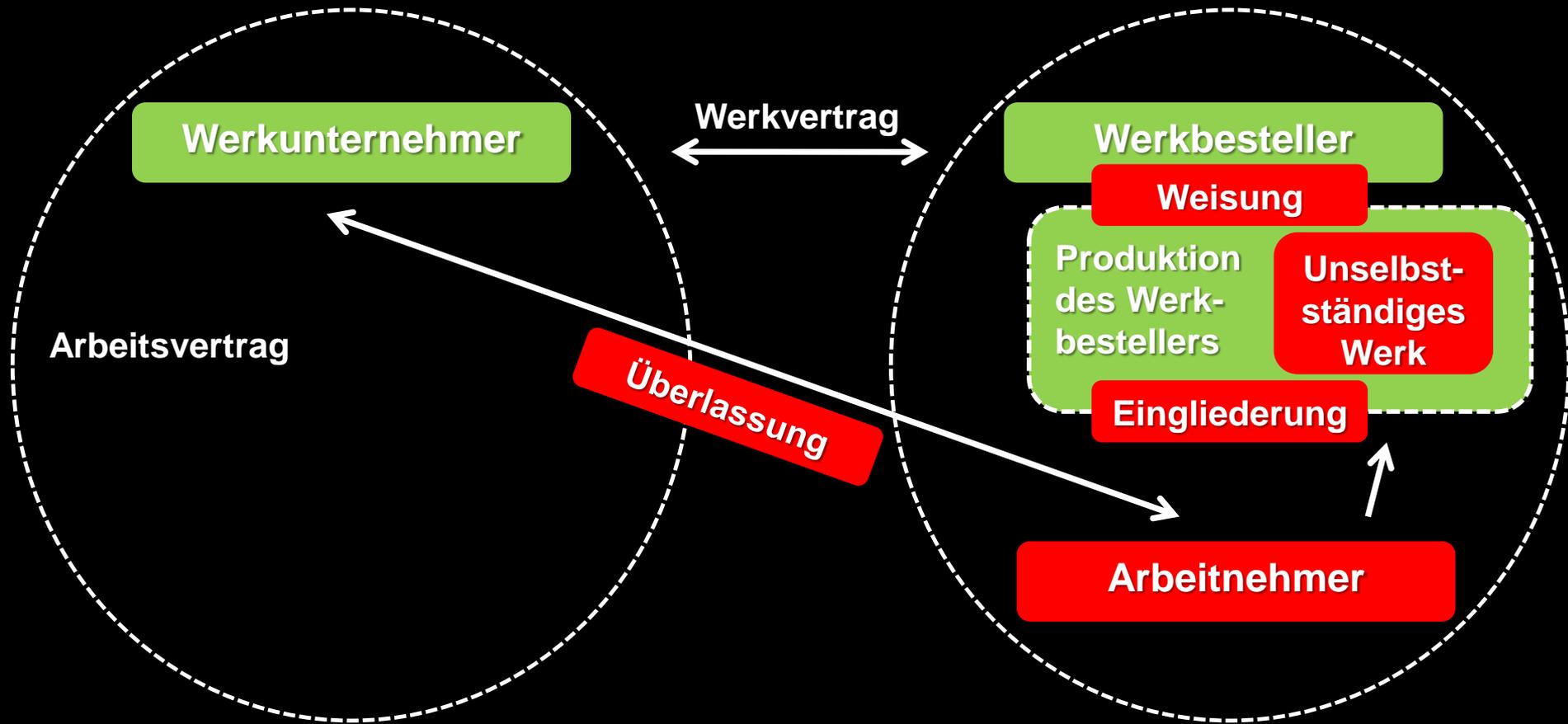
Werkleistung im Kundenbetrieb (2)



Atypisch (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

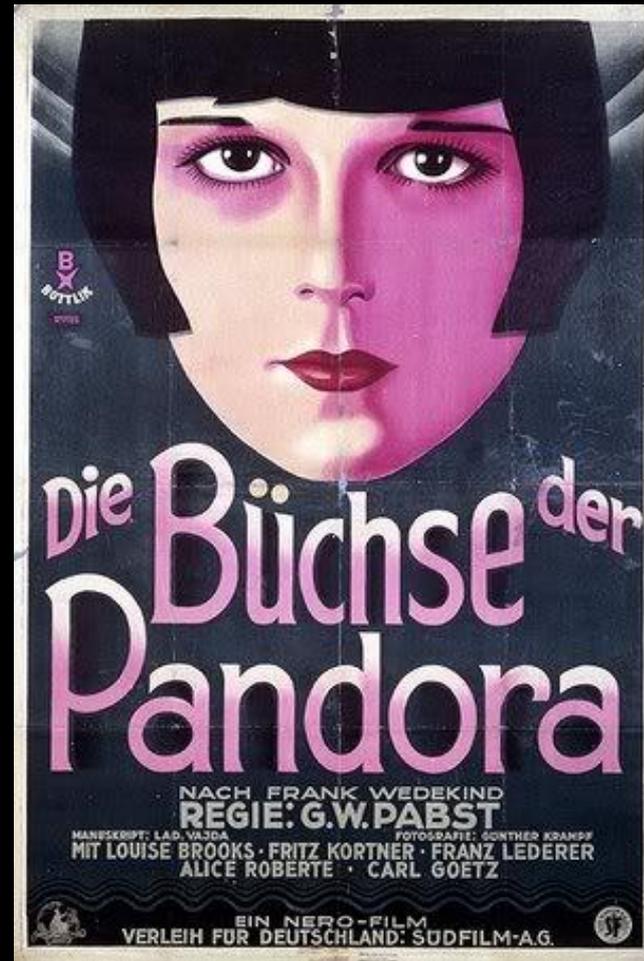
II. Leiharbeitsvertrag (§ 11 AÜG)

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!

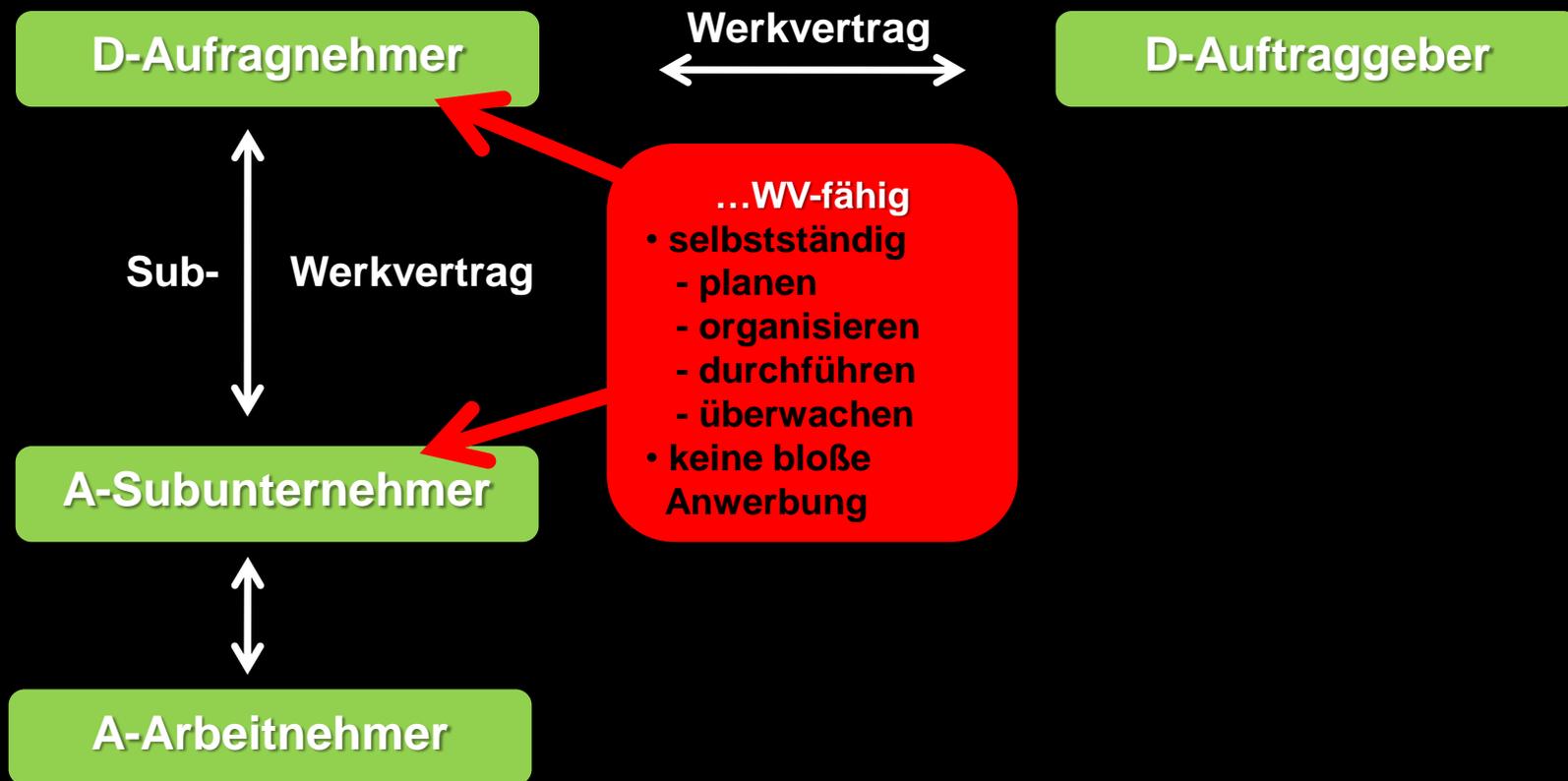
**§ 15 AÜG - Für Verleiher
(ausländischer „Werkunternehmer“)**

**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