

Der Werkvertrag, der keiner war...

... oder heute Zollkontrolle – morgen Anklage und Nachforderungsbescheid



Foto: Jan Schmidt / aboutpixel.de

Illegale Ausländerbeschäftigung, Scheinselbstständigkeit, Schwarzarbeit – alles Begriffe, mit denen man sein Unternehmen nicht in Zusammenhang gebracht wissen will. Ein erstaunlich selbstbewusstes „Kein Problem, wir haben alles mit Werkverträgen geregelt“ aus dem Mund des Verantwortlichen dient eher der eigenen Beruhigung als der Vermeidung eines hinreichenden Anfangsverdachts für die Kontrolleure. Daher sollte vorsorglich jedes Vertragsverhältnis mit Auftragnehmern einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

Es gibt viele Möglichkeiten, jemanden für sich arbeiten zu lassen. Der klassische Weg ist die Anstellung. Der Mitarbeiter wird dadurch arbeitsrechtlich zum Arbeitnehmer.

BAG, Urteil vom 12.12.2001 (Az.: 5 AZR 253/00)

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages oder eines gleichgestellten Verhältnisses im Dienste eines anderen zur

Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

1. Definition des Arbeitnehmers

Arbeitnehmer ist also, wer

- weisungsgebunden hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Arbeit ist und
- in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert ist.

Diese Kriterien für eine abhängige, also nicht selbstständige Beschäftigung werden auch für die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht zu Grunde gelegt.

§ 7 Abs. 1 SGB IV

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Die Finanzverwaltung sieht das auch nicht anders:

§ 1 LStDV

(1) Arbeitnehmer sind Personen, die in öffentlichem oder privatem Dienst angestellt oder beschäftigt sind oder waren und die aus diesem Dienstverhältnis oder einem früheren Dienstverhältnis Arbeitslohn beziehen. Arbeitnehmer sind auch die Rechtsnachfolger dieser Personen, soweit sie Arbeitslohn aus dem früheren Dienstverhältnis ihres Rechtsvorgängers beziehen.

(2) Ein Dienstverhältnis (Absatz 1) liegt vor, wenn der Angestellte (Beschäftigte) dem Arbeitgeber (öffentliche Körperschaft, Unternehmer, Haushaltsvorstand) seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

(3) Arbeitnehmer ist nicht, wer Lieferungen und sonstige Leistungen innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Inland gegen Entgelt ausführt, soweit es sich um die Entgelte für diese Lieferungen und sonstigen Leistungen handelt.

2. Legal, aber riskant

Die Unternehmen, die die rechtlichen und finanziellen Folgen dieser Einordnungen (Anwendbarkeit des Arbeitsrechts, Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer) als äußerst belastend empfinden, tendieren immer mehr dazu, ihren Arbeitskräftebedarf mit Selbstständigen oder durch den Einsatz von Leiharbeit-

nehmern zu decken. Zwar ist der Einsatz von Selbstständigen und Leiharbeitnehmern rechtlich zulässig, jedoch scheint sowohl den Unternehmen als auch ihren Vertragspartnern nicht so richtig bewusst zu sein, wie hoch die Anforderungen für einen rechtlich einwandfreien Einsatz dieses Fremdpersonals sind. Umso schockierter sind die Betroffenen, insbesondere die Unternehmensleiter, im „Entdeckungsfall“ über die für sie teilweise dramatischen zivil-, steuer- und strafrechtlichen Konsequenzen.

In Zeiten knapper Kassen ist dem Staat fast jedes Mittel Recht, „Einnahmen“ zu generieren. Dies führt auch dazu, dass die Anzahl der Kontrollen zur Überprüfung des Beschäftigtenstatus in den Unternehmen deutlich zugenommen hat.

3. Verschärfte Kontrollen

Die Kontrollaufgabe übernommen hat der Zoll, der stets unangemeldet und nicht selten auf anonymen Hinweis eines Mitbewerbers oder eines ehemaligen Mitarbeiters,

Aufgaben und Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (www.zoll.de)

Die Beschäftigten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) führen verdachtsunabhängige Prüfungen durch. Dabei wird kontrolliert, ob

- Sozialleistungen nach dem SGB II und dem SGB III zu Unrecht bezogen werden oder wurden,
- bei ausländischen Arbeitnehmern die erforderlichen Arbeitsgenehmigungen vorliegen,
- ausländische Arbeitnehmer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden,
- Arbeitgeber ihren Meldepflichten nachkommen und
- die Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmer Entsendegesetz eingehalten werden.

Diese Prüfungen erfolgen sowohl stichprobenweise, als auch aufgrund risikoorientierter Analysen. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer sind gesetzlich verpflichtet, bei diesen Prüfungen mitzuwirken. Sie müssen insbesondere

- die erforderlichen Auskünfte erteilen,
- Unterlagen vorlegen und
- das Betreten der Grundstücke und der Geschäftsräume des Arbeitgebers dulden.

„überraschend und in Divisionsstärke“ in den Betrieb kommt und die dort Angetroffenen verhört oder bei „unkooperativem Verhalten“ auch gern mal publikumswirksam vorläufig festnimmt, flankiert von Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Betrieb und zu Hause. Verläuft die Kontrolle positiv – aus Sicht des Zolls –, kann dies z.B. eine

Die Prüfungen erfassen immer auch vergangene Zeiträume.

Seit 1998 sind die Beschäftigten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft. Ebenso wurden ihnen Polizeibefugnisse gemäß der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten übertragen. Das bedeutet, dass sie alle Maßnahmen treffen müssen, um Straftaten und Ordnungswidrigkeiten aufzuklären. Dazu gehören insbesondere:

- Identitätsfeststellungen,
- erste Vernehmungen,
- Sicherstellungen oder Beschlagnahmen von Beweismitteln,
- Durchsuchungen,
- Anordnungen von Sicherheitsleistungen,
- Aufforderung zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten und
- vorläufige Festnahmen bei Straftaten.

Anklage wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gem. § 266a StGB vor dem Schöffengericht (erwartete Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren!) und Nachforderungsbescheide der Sozialversicherungsträger in nennenswerter Höhe nach sich ziehen.

Die nachfolgende Darstellung dient dazu, anhand typischer Fallkonstellationen die größten Fehler zu vermeiden. Dabei ist für jede Konstellation folgende Grundregel zu beherzigen, deren Missachtung die Parteien in trügerischer Sicherheit wiegt:

Für die rechtliche Beurteilung entscheidend ist nicht, wie die Parteien ihr Vertragsverhältnis bezeichnen oder welche Regelungen sie vereinbaren, sondern ausschließlich, wie sie tatsächlich zusammenarbeiten.

4. Selbstständig?

Fall 1

Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufzuheben und ihre Zusammenarbeit zukünftig auf freier Mitarbeiterbasis fortzusetzen. Die zu verrichtende Tätigkeit bleibt im Wesentlichen unverändert.

Nach § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Selbstständige ist also weder weisungsgebunden noch in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert. Allein eine Vertragsumgestaltung führt nicht dazu, dass aus dem Arbeitnehmer ein Selbstständiger wird.

5. Gewerbetreibender?

Fall 2

Der Unternehmer beauftragt Herrn Meier, der ein Gewerbe angemeldet hat, mit „der Unterstützung im Vertrieb.“ Für seine Tätigkeit erhält er eine Monatspauschale von 4.000 EUR zzgl. USt.

Gerade diese derart unbestimmte Beschreibung des Leistungsgegenstands führt dazu, dass der Unternehmer arbeitsrechtliche Weisungen erteilen muss, will er konkrete Leistungen von dem „Selbstständigen“ einfordern. Ein böser Irrtum ist auch die Annahme, dass eine Gewerbebeanmeldung ein Beleg für eine selbstständige Tätigkeit ist. Auch die Art der Vergütung und die Zahlung und Abführung der Umsatzsteuer ändert nichts daran, dass Herr Meier Arbeitnehmer ist.

6. Geschäftsführer?

Fall 3

Frau Müller hat eine Unternehmersgesellschaft mit beschränkter Haftung (UG) gegründet, deren Unternehmenszweck „Marketingberatung“ ist. Da sie sich keine eigenen Büroräume leisten kann, hat sie in einer befreundeten Werbeagentur einen Schreibtisch angemietet und zahlt eine Pauschale für die Nutzung der Bürousausstattung (Telefon, PC, Software, usw.). Sie verfügt zwar schon über ein Paar eigene Kunden, betreut aber hauptsächlich Kunden der befreundeten Werbeagentur, die sie unter Telefon-Nr. und E-Mail-Adresse der befreundeten Werbeagentur auch ständig erreichen können. Ihre gegenüber der Werbeagentur erbrachten Leistungen rechnet Sie als Geschäftsführerin über ihre UG ab.

Die Gründung einer GmbH verhindert nur dann den Arbeitnehmerstatus von Frau Müller, wenn sie über eine eigene Betriebsstätte und über weiteres Personal verfügt. Auch im Weiteren spricht viel dafür, dass Frau Müller aufgrund ihrer Eingliederung in die fremde Betriebsorganisation Arbeitnehmerin der Werbeagentur ist, zumal wenn sie jeden Tag anwesend ist. Die Zuweisung von Kunden, die Einhaltung von vorgegebenen Terminen, die namentliche Nennung in Dienstplänen oder die Urlaubsabstimmung mit anderen Mitarbeitern runden das Bild einer Arbeitnehmerin ab.

7. Dienstvertrag?

Fall 4

Die Firma A möchte ihre neu gebaute Werkshalle einrichten. Zu diesem Zweck beauftragt sie die Firma B, die Dienstleistungen aller Art anbietet, mit der „Unterstützung bei Umzug und Einrichtung der Werkshalle“. Die hierfür

von der Firma B zur Verfügung gestellten Hilfskräfte erhalten von einem Mitarbeiter der Firma A die zu erledigenden Arbeiten zugewiesen wie z.B. Kartons auspacken, Regale einräumen, Maschinen versetzen, Elektrokabel verlegen, Küche aufbauen und Waschbecken anschließen. Jeden Abend werden die geleisteten Stunden der Mitarbeiter der Firma B auf einem Rapportzettel vermerkt und vom Mitarbeiter der Firma A gegengezeichnet. Die Arbeiten der Firma B werden nach Stunden zzgl. USt. abgerechnet.

Hier ist so ziemlich alles falsch gemacht worden, was man falsch machen kann mit im Entdeckungsfall katastrophalen Folgen.

BAG, Urteil v. 25.10.2000 (Az.: 7 AZR 487/99)

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) aufgrund zumindest konkludent getroffener Vereinbarung vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer) zur Verfügung stellt, die dieser nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer zur Förderung seiner Betriebszwecke einsetzt.

Sprechen die tatsächlichen Umstände für Arbeitnehmerüberlassung, stellt sich gleich die nächste Frage:

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG

Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.

Hat die Firma B keine entsprechende Erlaubnis, nimmt das Unheil seinen Lauf...

§ 9 Nr. 1 AÜG

Unwirksam sind:

1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat [...].

Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen § 9 Nr. 1 AÜG haben es – vor allem für den Entleiher – in sich:

§ 10 Abs. 1 AÜG

Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. Das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Für das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Im Übrigen bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen; sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe. Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt.

Die Rechtsfolgen illegaler (unerlaubter gewerbsmäßiger) Arbeitnehmerüberlassung sind

- Nichtigkeit des – hier als Dienstleistungsvertrag getarnten – Überlassungsvertrages zwischen Verleiher und Entleiher;
- Fingiertes Arbeitsverhältnis aller – hier als Hilfsarbeiter getarnten – Leiharbeitnehmer zum Entleiher;
- Anspruch des Leiharbeitnehmers auf die gleiche Vergütung und die gleichen Arbeitsbedingungen, die der Entleiher seinen Mitarbeitern für die vergleichbare Tätigkeit gewährt;
- Nachzahlung der Sozialversicherung samt AN-Anteil sowie der Steuern für die „neuen“ Arbeitnehmer durch den Entleiher (nur ersatzweise Haftung des Verleihers falls Entleiher insolvent);
- Bußgeld von bis zu 25.000 EUR gem. § 16 AÜG für Verleiher und Entleiher;
- Strafverfahren wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelten gem. § 266a StGB gegen Geschäftsführer des Entleihers.

Schaut man sich in Fall 4 die von den Hilfskräften ausgeübten Tätigkeiten an, geht noch eine weitere Warnleuchte an:

§ 1 Abs. 2 SchwarzArbG

Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei [...]

als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung).

Elektrokabel verlegen und Waschbecken anschließen sind klassische Tätigkeiten eines Elektrikers bzw. Installateurs, die bei fehlender Eintragung des Betriebes in die Handwerksrolle eine Ordnungswidrigkeit darstellen, die mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 EUR gem. § 8 SchwarzArbG belegt werden kann.

8. Werkvertrag?

Fall 5

Die Firma A beauftragt die Firma B – ein großer Autozulieferer – mit der Fertigung von Bremszylindern. Einen Teil dieses Auftrages, die Lackierung der Bremszylinder, vergibt die Firma B an die Firma C, eine in Kroatien ansässige Gesellschaft, die von einem ehemaligen Lackierer der Firma B gegründet worden ist. Es ist vereinbart, dass die Firma C die Lackierarbeiten in den Räumen der Firma B zu erbringen hat. Die Firma C hat sich verpflichtet, für einen Zeitraum von 6 Monaten pro Tag 200 Bremszylinder nach den Vorgaben und mit den Materialien der Firma B zu lackieren. Hierfür hat die Firma C mindestens 2 von ihr eingewiesene kroatische Lackierer zu stellen, die die von der Firma B vorgegebene Schutzkleidung zu tragen haben.

Zweifelsohne birgt Fall 5 das größte Risiko für alle Beteiligten. Sollte der Subunternehmer-Werkvertrag als Arbeitnehmerüberlassung gewertet werden, läge nicht nur eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor, sondern zudem auch noch eine illegale Ausländerbeschäftigung.

a) Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ist schwierig.

§ 631 BGB

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen einzelfallbezogen. Die Bundesagentur für Arbeit (BfA) hat in einem Merkblatt (Nr. 16 Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer aus Staaten außerhalb der Europäischen Union im Rahmen von Werkverträgen in der Bundesrepublik Deutschland) die wichtigsten Kriterien für das Vorliegen eines Werkvertrages wie folgt zusammengefasst:

- Vereinbarung und Erstellung eines konkret bestimmten Werkergebnisses bzw. Veränderung einer Sache;
- Eigenverantwortliche Organisation aller sich aus der Übernahmeverpflichtung ergebenden Handlungen durch den Werkunternehmer (unternehmerische Dispositionsfreiheit, auch in zeitlicher Hinsicht);
- keine Einflussnahme des Auftraggebers auf Anzahl und Qualifikation der am Werkvertrag beteiligten Arbeitnehmer; in der Regel eigene Arbeitsmittel;
- Weisungsrecht des Auftragnehmers gegenüber seinen im Betrieb des Auftraggebers tätigen Arbeitnehmern; keine Eingliederung in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Auftraggeberbetriebes;
- Tragen des Unternehmerrisikos durch den Auftragnehmer, insbesondere Gewährleistung für Mängel des Werkes, Erlöschen der Zahlungspflicht des Bestellers bei zufälligem Untergang des Werkes;
- Ergebnisbezogene Vergütung, grundsätzlich keine Abrechnung nach Zeiteinheiten.

Fall 5 ist insbesondere deshalb kritisch, weil die „Werkleistung“ im Betrieb des Bestellers erfolgt. Bei der sog. Fremdvergabe einer innerbetrieblichen Daueraufgabe liegt kein Werkvertragsverhältnis mehr vor, wenn das Fremdpersonal in die Arbeitsabläufe des Bestellerbetriebes eingebunden ist. Erteilt der

Besteller nicht nur werksbezogene (Reihenfolge, Stückzahl, Qualität), sondern auch personenbezogene Weisungen (Inhalt, Zeit, Ort, Tempo) liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. Da hilft es auch nicht, wenn der Arbeitsplatz des Fremdpersonals durch Trennwände von den eigenen Mitarbeitern abgegrenzt wird.

b) Zweistufige Prüfung

Grundsätzlich gibt es zwei Einfallstore, die ein vermeintliches Werkvertragsverhältnis zu einer (illegalen) Arbeitnehmerüberlassung machen:

Die zwischen den Vertragsparteien getroffene Vereinbarung entspricht schon formal nicht den Kriterien eines Werkvertrages, z.B. weil

- der Vertragsgegenstand sehr unbestimmt und als (Rahmen-)Daueraufgabe formuliert ist (statt exakter Beschreibung eines konkret herzustellenden Werkes)
- die Vergütung über eine – am besten noch schriftlich fixierte – Schätzung des Arbeitszeitbedarfes nach Volumen berechnet wird;
- keine Regelungen über Gewährleistung, Haftung oder Abnahme getroffen worden sind;
- der Werkvertrag nicht vor Arbeitsbeginn geschlossen worden ist;
- das Ende des Vertragsverhältnisses sich nach Zeit berechnet und nicht bei Erfolg eintritt;
- der Besteller sich zur unentgeltlichen Bereitstellung von für die Auftragsdurchführung notwendigen Werkzeugen, Materialien oder Räumen verpflichtet;

Aber selbst wenn die vereinbarten Regelungen formal einem Werkvertragsverhältnis entsprechen, kann die tatsächliche Durchführung zu einer Arbeitnehmerüberlassung führen, z.B. weil

- die zu erbringende Leistung keinen fachlich qualifizierten Werkunternehmer erfordert, sondern eher Helfertätigkeit ist;
- der Werkunternehmer nicht vereinbarte Nebenleistungen erbringt (Reinigungsarbeiten, Be- und Entladen von Fahrzeugen) oder diese als Regiestunden abrechnet;
- Mängel unbeanstandet bleiben oder zu keinen Abzügen bei der Vergütung führen;
- der Werkbesteller die Arbeitszeiten des Fremdpersonals erfasst;

c) Illegale Ausländerbeschäftigung

Fall 5 lässt das Herz eines Zollbeamten aber noch höher schlagen, weil nicht nur der Verdacht auf illegale Arbeitnehmerüberlassung besteht, sondern zudem noch illegale Ausländerbeschäftigung im Raum steht.

Grundsätzlich ist es legal möglich, ausländische Arbeitnehmer aus Staaten außerhalb der EU im Rahmen von Werkverträgen in Deutschland zu beschäftigen. Vor Einsatz solcher Arbeitnehmer ist ein Zulassungsverfahren bei der BfA zu durchlaufen. Mit Erteilung des notwendigen Aufenthaltstitels und der sog. Werkvertragsarbeitnehmerkarte ist aber keine rechtlich verbindliche Prüfung der beabsichtigten Tätigkeit verbunden. Auch wenn der ausländische Unternehmer alle sonstigen gewerbe-, handwerks-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Hürden gemeistert hat, heißt das noch lange nicht, dass bei einer späteren Überprüfung die Finanzkontrolle Schwarzarbeit und im Weiteren die Justiz nicht trotzdem allen Betroffenen illegales Handeln attestieren wird.

Zu den bereits bei Fall 4 geschilderten Rechtsfolgen können sich bei illegaler Ausländerbeschäftigung noch folgende Konsequenzen hinzugesellen:

§ 10 SchwarzArbG

(1) Wer vorsätzlich eine in § 404 Abs. 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch bezeichnete Handlung begeht und den Ausländer zu Arbeitsbedingungen beschäftigt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt.

Neben dem Vorwurf der Beschäftigung zu ungünstigen Arbeitsbedingungen steht meist noch der Vorwurf, die illegale Beschäftigung in „großem Stil“ betrieben zu haben:

§ 11 SchwarzArbG

(1) Wer

1. gleichzeitig mehr als fünf Ausländer entgegen § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch beschäftigt oder entgegen § 4 Abs. 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes beschäftigt oder mit Dienst- oder Werkleistungen beauftragt oder

2. eine in

a) § 404 Abs. 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch,

b) § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch,

c) § 98 Abs. 2a des Aufenthaltsgesetzes oder

d) § 98 Abs. 3 Nr. 1 des Aufenthaltsgesetzes bezeichnete vorsätzliche Handlung beharrlich wiederholt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 oder 2 Buchstabe a oder Buchstabe c aus grobem Eigennutz, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Fazit

Wer heute seinen Arbeitskräftebedarf über die Vergabe von Werkverträgen an Subunternehmer deckt, sollte mit Argusaugen darauf achten, dass nicht nur ein den gesetzlichen Vorgaben entsprechender Werkvertrag geschlossen, sondern dieser auch tatsächlich so gelebt wird. Ob eine Tätigkeit sozialversicherungspflichtig ist, lässt sich noch recht einfach im Vorfeld durch ein Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV abklären. Schon schwieriger wird es bei der Abgrenzung Werkvertrag – Arbeitnehmerüberlassung. Kommen hierbei noch Ausländer zum Einsatz, ist die Einholung versierten juristischen Rats unumgänglich, will man sich im Ernstfall nicht einer zivil-, steuer- und strafrechtlichen Inanspruchnahme aussetzen.

Die Organisation und Einhaltung der für das Unternehmen arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlich einschlägigen Vorschriften zählt zu den originären Aufgaben der Unternehmensleitung (s. auch maxmagazin-Sonderheft I/2010 „Corporate Compliance“). Kommt es zu entsprechenden Verstößen, müssen die Organe damit rechnen, persönlich auf Ersatz für den der Gesellschaft entstandenen Schaden in Anspruch genommen zu werden. Vergessen Sie nicht: Das Leitmotiv des Konzepts der Gewerkschaft der Polizei für eine Bundesfinanzpolizei lautet: „Sichere Einnahmen. Sicherer Staat.“

Magnus Dühring
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
duehring@maxkanzlei.de