Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit
Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-0
info@werkvertrag-zeitarbeit.de / www.werkvertrag-zeitarbeit.de

AGWZ-A.01
He/19.12.2014

Rundschreiben Nr. 29 der AWZ:

Information zu Entsendefällen sowie neue Veröffentlichungen der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Sehr geehrte Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit und sehr geehrte Seminarteilnehmer unseres Seminars vom 13.11.2014,

mit der heutigen Information möchten wir nochmals auf die bei unserem Seminar zu kurz gekommenen europarechtlichen Probleme eingehen. Wir hatten die Hoffnung, dass im Rahmen des Referats von Herrn Zahorka näher auf derartige Probleme eingegangen werden kann. Da dies nicht der Fall war, möchten wir nun einiges nachtragen. Weil die angesprochenen Gesichtspunkte nicht unwichtig sind, können Sie gerne, soweit Sie Fragen dazu haben, sich bei uns rückversichern.

Weiterhin möchten wir Sie über drei wichtige Aufsätze aus der Tätigkeit der AWZ informieren, die nach unserem Seminar veröffentlicht wurden.

1. Zur Frage der möglichen Dauer von Werkverträgen und Entsendezeiträumen sowie des Ablöseverbots von entsandten Arbeitnehmern

1.1 Unbeschränkte Laufzeit von Werkverträgen mit deutschen Arbeitnehmern

Generell ist festzustellen, dass die Laufzeit von Werkverträgen, soweit es um Werkverträge mit deutschen Unternehmen und deren deutschen Arbeitnehmern geht, nicht beschränkt ist. Wir haben in Deutschland die Vertragsfreiheit, und es ist durchaus rechtlich gestattet, längerfristige Rahmenwerkverträge zu schließen.

1.2 Dauer von Werkverträgen mit Auswirkungen auf die sozialrechtliche Behandlung von Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union

Problematisch wird es allerdings, wenn es sich um Werkverträge mit ausländischen Unternehmen handelt, die ihrerseits ausländische Arbeitnehmer einsetzen. In diesem Fall hat die Vertragsdauer Auswirkungen auf die sozialrechtliche Behandlung der betroffenen ausländischen Arbeitnehmer.

1.3 Die grundlegende Regelung des Sozialversicherungsverhältnisses von Arbeitnehmern aus anderen EU-Staaten in Art. 11 VO (EG) Nr. 883/2004

Die Regelung dafür ist im Art. 11 der VO (EG) Nr. 883/2004 vorgeschrieben. Daraus ist zu entnehmen, dass ausländische Arbeitnehmer, die in Deutschland tätig werden, also hier eine Beschäftigung ausüben, den Rechtsvorschriften Deutschlands unterliegen, soweit nicht Sondervorschriften der Art. 12 bis 16 der VO (EG) Nr. 883/2004 eingreifen. Das bedeutet, dass ausländische Arbeitnehmer generell nach deutschem Sozialversicherungsrecht zu versichern sind, wenn die Sondervorschriften nichts anderes feststellen. Für den Fall der Entsendung von Arbeitnehmern ist Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004 von Bedeutung. Diese Sonderregelung stellt fest, dass entsandte Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat, etwa im Rahmen der Durchführung von Werkverträgen, doch in dem Mitgliedstaat sozialversichert bleiben, in dem sie bei ihrem Arbeitgeber tätig sind, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet.

1.4 Anerkennung der Entsendezeit von 2 Jahren in Art. 12 VO (EG) Nr. 884/2004

Da Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 in Bezug auf die Dauer der Beschäftigung generell einen Entsendeeinsatz von 24 Monaten anerkennt, erscheint es auch sachlich angemessen, wenn ein deutscher Auftraggeber Werkverträge mit einem ausländischen Subunternehmen abschließt, dass diese Verträge auf zwei Jahre abgeschlossen werden, da auch die A1-Bescheinigungen für zwei Jahre gelten.

1.5 Zum Verbot der unmittelbaren Ablösung in Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004

Des Weiteren sieht Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004 außer der Dauer der Beschäftigung eine zweite Voraussetzung vor, die es einem entsandten Arbeitnehmer erschwert, weiter in dem Mitgliedstaat sozialversichert zu sein, in dem er bei seinem Arbeitgeber tätig ist. Nach dem Wortlaut vom Art. 12 letzter Halbsatz wäre dies der Fall, wenn dieser einen anderen entsandten Arbeitnehmer nicht ablöst. Diese Voraussetzung betrifft also die unmittelbare Ablösung der Arbeitnehmer. Hierzu heißt es im Praktischen Leitfaden der EU, Stand Dezember 2013, dass ein entsandter Arbeitnehmer im Aufnahmestaat A nicht unmittelbar ersetzt werden darf, und zwar weder durch einen vom selben Unternehmen im Mitgliedstaat B entsandten Arbeitnehmer noch durch einen von einem anderen Unternehmen im Mitgliedstaat B entsandten Arbeitnehmer, noch durch einen Arbeitnehmer, der von einem im Mitgliedstaat C niedergelassenen Unternehmen entsandt wird. Daraus wird ersichtlich, dass ein entsandter Arbeitnehmer nicht sofort durch einen anderen entsandten Arbeitnehmer ersetzt werden darf. Dabei spielt es keine Rolle, von welchem Entsendeunternehmen oder von welchem Mitgliedstaat aus dieser neue Arbeitnehmer entsandt wird.

1.6 Einbeziehung der Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der EU in die deutsche Sozialversicherung bei Verstoß gegen das Ablöseverbot

Wird ein entsandter Arbeitnehmer in Deutschland umgehend durch einen anderen entsandten Arbeitnehmer ersetzt, so unterliegt der neu entsandte Arbeitnehmer dann vom Beginn seiner Tätigkeit dem deutschen Sozialversicherungsrecht, da die Ausnahme des Art. 12 der VO 883/2004 in diesem Fall nicht mehr anwendbar ist.

1.7 Möglichkeit der Ersetzung einer entsandten Person

Der Praktische Leitfaden sieht jedoch eine Möglichkeit vor, eine bereits entsandte Person zu ersetzen. Dies ist nur möglich, wenn die zulässige Dauer der Entsendung noch nicht erreicht ist, z.B. wenn ein Arbeitnehmer, der für 24 Monate entsandt wurde, nach 10 Monaten schwer erkrankt und ersetzt werden muss. In diesem Fall wäre es angemessen, die Entsendung einer anderen Person für die restlichen 14 Monate des vereinbarten Zeitraums zuzulassen.

1.8 Erforderliche Zwischenzeit von zwei Monaten laut Beschluss A2 der Verwaltungskommission

Aufgrund des Verbots der unmittelbaren Ablösung entsandter Arbeitnehmer stellt sich die Frage, wann eine neue Entsendung beantragt werden kann. Die Antwort befindet sich im Beschluss A2 der Verwaltungskommission vom 12.06. 2009. Absatz. 3 c) stellt fest, dass nach Ablauf des Entsendezeitraums eine weitere Entsendung erst nach Ablauf von mindestens zwei Monaten zugelassen werden kann. Für einen deutschen Auftrageber ließe sich vertreten, dass immer eine zweimonatlige Pause zwischen den Entsendungen abgewartet werden muss, damit die entsandten Arbeitnehmer nicht in Deutschland sozialversichert werden.

1.9 Vorsicht aufgrund des zu erwartendem Vorgehens der Deutschen Rentenversicherung und des Zolls in Fällen der Nichteinhaltung der Ablösevoraussetzungen

Soweit die Ablösevoraussetzungen nicht eingehalten werden, besteht trotz Vorliegens von A1-Bescheinigungen jedoch die Möglichkeit, dass der Zoll gemeinsam mit der Deutschen Rentenversicherung einen sofort vollstreckbaren Nachforderungsbescheid hinsichtlich der geforderten Beiträge zur deutschen Sozialversicherung erlässt. Gleichzeitig wird dabei von seiten des deutschen Sozialversicherungsträgers die Rücknahme der A1-Bescheinigungen vom ausländischem Sozialversicherungsträgers gefordert werden. Die Angelegenheit ist also sehr prekär.

2. Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten der EU gem. Art. 13 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004

2.1 Regelung der Ausführung der Beschäftigung in zwei Mitgliedsstaaten der EU in Art. 13 VO (EG) Nr.883/2004

Art. 13 der VO (EG) Nr. 883/2004 hat zwei Alternativen der Rechtsanwendung. Im Falle der Ausübung der Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedstaaten, wobei ein wesentlicher Teil im Wohnmitgliedstaat ausgeübt wird, werden automatisch die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates angewandt. Wenn der Arbeitnehmer keinen wesentlichen Teil der Beschäftigung dort ausübt, muss nach den vier Alternativen geschaut werden, welche Rechtsvorschriften im Einzelnen anwendbar sind. In den Regelfällen ist der Sitz des beschäftigenden Unternehmens entscheidend.

2.2 Erforderliche Beibehaltung der Wohnung des Arbeitnehmers aus einem anderem EU-Land in demselben

Wichtig dabei ist, dass der betreffende Arbeitnehmer weiterhin seinen Wohnort in dem Mitgliedstaat seines Unternehmens hat und nicht in Deutschland.

2.3 Zum Erfordernis der Beschäftigung in mehreren Mitgliedsstaaten

Die zu entsendende Person muss in mehreren Mitgliedstaaten beschäftigt sein. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 16.02.1995, C-425/93 entschieden, dass der Arbeitnehmer der in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, dies auch für Rechnung nur ein und desselben Unternehmens machen kann. Bei der Beurteilung, ob der Arbeitnehmer nicht nur in einem Mitgliedstaat die Beschäftigung ausübt, legt Art. 14 Abs. 5, 7 der VO (EG) Nr. 987/2009 fest, dass die Person entweder gleichzeitig Tätigkeiten in mehreren Mitgliedstaaten ausübt oder abwechselnd Tätigkeiten in mehreren Mitgliedstaaten ausübt. Abzustellen ist dabei laut des Praktischen Leitfadens der Kommission auf die voraussichtliche Tätigkeit der Person innerhalb der nächsten 12 Monate. Heranzuziehen ist dabei der Charakter der Arbeit in ihrer tatsächlichen Durchführung, ob in gewisser Regelmäßigkeit abwechselnd die Tätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten ausgeführt wird.

2.4 Erfordernis eines bestimmten Zeitaufwandes für das Tätigwerden im jeweiligen Mitgliedsstaat

Um Manipulationen zu verhindern, bestimmt der Praktische Leitfaden, dass unbedeutende Tätigkeiten bei der Feststellung der anwendbaren Rechtsvorschriften nach Art. 13 der VO (EG) Nr. 883/2004 nicht zu berücksichtigen sind. Hierzu gehören solche, die dauerhaft ausgeübt werden, hinsichtlich des Zeitaufwands und des wirtschaftlichen Ertrags jedoch unbedeutend sind. Als Indikator werden Tätigkeiten, welche unter 5% der Arbeitszeit ausmachen, vorgeschlagen bzw. unter 5% der Gesamtvergütung ausmachen.

2.5 Zu der erforderlichen Tätigkeit von 25% der Arbeitszeit eines EU-Arbeitnehmers in seinem Mitgliedsstaat

Entscheidend ist, ob eine wesentliche Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat vorliegt. Hierzu wird als Bezugsgröße 25% der Tätigkeit des Arbeitnehmers benannt. Es muss sich also um einen quantitativ erheblichen Teil handeln, jedoch nicht die überwiegende Tätigkeit ausmachen. Dabei ist in einer Gesamtwertung auf die Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt abzustellen.

2.6 Weitere Alternativen in Art. 13 Absatz 1 lit b der VO Nr. 883/2004

Sofern keine wesentliche Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat ausgeübt wird, müssen die einzelnen Alternativen des Art. 13 Abs. 1 lit b) überprüft werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass gerade bei einer möglichen illegalen Arbeitnehmerüberlassung, der Art. 13 Abs. 1 lit a) bei einer wesentlichen Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat eine sicherere Regelung darstellt.

2.7 Auswirkung der Beschäftigung in mehreren Mitgliedsstaaten auf die zu erteilenden Entsendebescheinigungen

Nach Art. 16 der VO (EG) Nr. 987/2009 muss die Person, die gewöhnlich in mehreren Mitgliedstaaten ihre Beschäftigung ausübt, dies dem von der zuständigen Behörde ihres Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger mitteilen, um eine Entsendebescheinigung zu erhalten. Sie wird meist für 12 Monate erteilt.

3. Veröffentlichungen aus der AWZ mit Auswirkung auf einen vorgeworfenen Verstoß gegen § 404 Absatz 2 Nr. 3 oder 4 SGB III bzw. die §§ 10/11 SchwarzArbG

In den Heften 11/2014 sowohl der strafrechtlichen Zeitschrift WISTRA als auch der NZWiSt sind zwei Aufsätze von unserer Seite veröffentlicht worden, mit denen man sich in einem Bußgeldverfahren nach §404 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 SGB II oder einem Strafverfahren nach §§10/11 Schwarzarbeitsgesetz zur Wehr setzen kann. Die Aufsätze wurden einerseits von dem Kollegen Rothenhöfer und mir und andererseits von Kollegin Geißer und mir verfasst und setzen sich mit § 2 Abs. 3 StGB auseinander mit der Folge, dass bei angenommenen Verstößen im Zusammenhang mit Rumänen und Bulgaren im Jahr 2013, heute im Jahr 2014 eine Bestrafung nicht mehr möglich ist.

4. Wichtige Ausführungen im Urteil des LSG Rheinland Pfalz vom 28.05.2014-L 4 R 148/13 und unserer dazu ergangenen Veröffentlichung Betriebsberater 47/2004

Für alle die mit Nachforderungen der deutschen Rentenversicherung belegt werden, hat das Urteil des LSG Rheinland Pfalz vom 28.05.2014- L 4 R 148/13 eine nicht unerhebliche Bedeutung. Das von uns besprochene Urteil hat nämlich verdeutlicht, dass es nicht ohne weiteres möglich ist, wie dies in der Vergangenheit immer der Fall war, dass trotz Zahlung von Beiträgen in einem anderen Staat die deutsche Rentenversicherung zusätzlich noch Beiträge in Deutschaland gelten macht.

Die Veröffentlichungen können Sie gerne bei uns Anfordern.

Mit sehr freundlichen Grüßen für das bevorstehende Weihnachtsfest Ihr

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
Vorsitzender der
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge
und Zeitarbeit
Rechtsanwalt

Michael Rothenhöfer
Geschäftsführer der
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge
und Zeitarbeit
Rechtsanwalt