

23.09.2015

Vorsicht – so kontrolliert der Zoll!

Die Irrtümer von ehemaligen Grenzschützern bei der Bewertung von Werkverträgen

von Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal

Die Unterscheidung zwischen Gut und Böse ist nicht so einfach wie es die Medienmitteilungen von zoll.de im Internet versprechen. Da werden Rauschgiftdealer, Zigarettenschmuggler, Bargeldkuriere und andere Kriminelle in einer Reihe mit Bauunternehmern gelistet, die illegal Osteuropäer ins Land schleusen und diese wie Sklaven schufteten lassen. Bei solcher Klientel ist es nur allzu verständlich wenn Zollbeamte martialisch bekleidet und mit ihren Waffen, einer Pistole HK P30 von Heckler & Koch und Pfefferspray, den Gesetzesbrechern entgegentreten. Ein solches Auftreten macht aber einen schlechten Eindruck bei seriösen Mittelständlern und lässt Zweifel an der fachlichen und sozialen Kompetenz der Zöllner wachsen.

„Grüne Overalls, Waffen, wenig Charme“, so beschrieb der WDR die Kontrolleure, die im Münsterland einen kleinen Friseursalon aufsuchten und Angestellte vor den Kundinnen nach ihrem Lohn befragten. Einen Bäcker im Westerwald überraschten die Zöllner an einem Sonntagmorgen als seine Kunden gerade die Frühstücksbrötchen holen wollten. Wie Cowboys im Western sollen fünf bewaffnete Zollbeamte in Filialen der Großbäckerei Kotter in Traunstein aufgetreten sein. Der Inhaber wandte sich mit einer detaillierten Schilderung der Kontrolle an die Medien und an seinen Abgeordneten. Immer öfter müssen Lokalpolitiker ihre Stammwähler beruhigen, so wie in Mittelbayern MdB Philipp Graf Lerchenfeld (CSU), der zu einer Innungsversammlung der Metzger leitende Beamte des Hauptzollamts Regensburg mitbrachte. Die Lokalzeitung konnte daraufhin berichten „Zoll nahm den Metzgern die Angst“.

Schon im Koalitionsvertrag hatten CDU und SPD verabredet, die Prüftätigkeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) effizienter zu gestalten. Seit dem 1. Januar 2015 gehört zu den operativen Aufgaben auch die Kontrolle des Mindestlohns. Dafür sind örtlich 6.900 Beamte in 43 Hauptzollämter und 271 Zollämter zuständig, doch derzeit

sollen etwa 600 Stellen unbesetzt sein. Die Bundesregierung hatte angekündigt, den Zoll um 1.600 Stellen aufzustocken, damit er effektiver kontrollieren kann. Das ist bisher nur teilweise geschehen. Inzwischen wird aber auch Kritik an einer Überregulierung durch die Finanzbehörden laut. Einerseits beklagen immer mehr Branchenverbände die mit dem Mindestlohngesetz verbundene Bürokratie, andererseits geraten Art und Weise der Kontrollen vor Ort in die Kritik. Der Zoll scheint überfordert zu sein.

Die Problematik bei Zollkontrollen wird vor allem im komplexen Bereich der Werkverträge zunehmen und die nicht selten fragwürdige Vorgehensweise wird verstärkt. Allzu oft werden bei Zollkontrollen zur Abgrenzung von Werkvertrag und Scheinwerkvertrag nämlich Kriterien herangezogen, die einer letztinstanzlichen gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten.

Formell ist eine Durchsuchung in Ordnung

Wenn der Zoll wegen eines angezweifelt korrekten Werkvertrages in einen Betrieb kommt, erscheinen nicht selten zwanzig Beamte mit einem Durchsuchungsbeschluss. Darin wird dem Betriebsinhaber vorgeworfen, er habe mit einem Subunternehmen an einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung mitgewirkt und nur zum Schein ein Werkverhältnis mit einem anderen Unternehmer begründet. Dieser habe ihm ohne eine Erlaubnis hierfür zu besitzen, illegal Arbeitnehmer überlassen.

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 bei der Durchsuchung der Privatwohnung ein Beamter der zuständigen Gemeinde mit herangezogen wird, spricht sich schnell in der Wohngemeinde des Unternehmers oder des 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, dem der Einsatz illegal überlassener Arbeitnehmer vorgeworfen wird.

Was war wirklich geschehen?

Betrachtet ein Jurist die Angelegenheit näher, so stellt er fest, dass das durchsuchte Unternehmen als Auftraggeber eines Drittunternehmens tätig geworden ist, das im fraglichen Betrieb gewisse outgesourcte Aktivitäten auf Werkvertragsbasis übernommen hat. Hierbei kann es sich handeln um die Übertragung der Herstellung von Fleischteilstücken im Rahmen der Zerlegung bei einem fleischwirtschaftlichen Betrieb, um den werkvertraglichen Einsatz eines Drittunternehmens zur Durchführung von Verzinkereileistungen in einer Verzinkerei oder um Aktivitäten eines Logistikunternehmens für ein Einzelhandelsunternehmen. In allen 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 gemäß §§ 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 Vorliegen 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 gemäß § 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.

Die Folgen für den Unternehmer sind stets sehr belastend

Die Folgen des Vorgehens gegen den auftraggebenden Unternehmer sind 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 gemäß § 266a StGB eingeleitet. Zusätzlich hält die Deutsche Rentenversicherung nachdrücklich die Hand auf, um an die ihr angeblich zu Recht zustehenden Sozialversicherungsbeiträge für die tätig gewordenen angeblichen Leiharbeiter zu kommen. Umsatzsteuerrechtlich kann nachträglich die vom Auftraggeber geltend gemachte Vorsteuer rückwirkend nicht mehr anerkannt werden.

Wie gestaltet sich der Ablauf?

Sofern sich der Betroffene gegenüber den 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 Geldanspruch der Deutschen Rentenversicherung ausgesetzt sehen.

Wieso wirken die Gerichte mit?

Angesichts der geschilderten Situation mag man sich die Frage stellen, wieso die Gerichte, denen es obliegt, Durchsuchungsbeschlüsse auszufertigen, im vorliegenden Zusammenhang zu Lasten der Betroffenen mitwirken. Die Frage ist relativ einfach zu

beantworten. 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 Grund derer der Zoll glaubt, die Richtigkeit seiner Auffassung des Vorliegens einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung nachweisen zu können.

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 des erheblichen Beweismaterials 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.

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 auf Kriterien stützt, die im Allgemeinen von der Rechtsprechung, die sich detailliert mit der Fragestellung beschäftigt, nicht mehr vertreten werden.

Irrtum 1: antiquierte Forderung eigenes Werkzeug und Material einzusetzen

Zunächst ist festzuhalten, 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. Er konnte nicht erwarten, dass der Auftraggeber ihm das von ihm benötigte Werkzeug zur Verfügung stellen würde oder aber die entsprechenden Rohre bereithalten würde. Somit hatte sich ursprünglich für die Beurteilung eines handwerklich werkvertraglichen Einsatzes die Vorstellung entwickelt, dass bei diesem

Werkvertragseinsatz 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. In gleicher Weise würde niemand fordern, dass etwa für die Herstellung von Fleischteilstücken im Rahmen der Zerlegung in einem fleischwirtschaftlichen Betrieb ein polnisches Unternehmen, das seinerseits die Herstellung dieser Teilstücke auf Werkvertragsbasis übernimmt, Zerlegetische, Rohrbahnen und Zerlegebänder sowie Großsägen mit aus Polen nach Deutschland zu bringen hat, um damit hier als werkvertraglich tätig werdendes Unternehmen anerkannt zu werden. Es ist somit von der Rechtsprechung für die angesprochenen Fälle 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.

Irrtum 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. So ist es für jeden nachvollziehbar, der beispielsweise sein Kraftfahrzeug in einer Werkstatt reparieren lässt, dass ihm neben den eingesetzten Ersatzteilen die Stundenvergütung der Arbeitnehmer des Reparaturbetriebs in der Rechnung ausgewiesen wird. 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 Werkunternehmers 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 outgesourcte Tätigkeit mit eigenen Arbeitnehmern durchführen lassen hat.

Irrtum 3: freiheitliche Gestaltung des Vertrages kein Kriterium

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. 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. Hieran ist der Werkunternehmer gebunden und hieraus lässt sich kein Argument gegen die Abwicklung werkvertraglicher Leistungen herleiten.

Weitere Fehleinschätzungen des Zolls

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.

Anwaltlicher Rat: für eine Kontrolle vorbereitet sein

Primär sollten die betroffenen Unternehmen die vereinbarten Werkverträge fachlich überprüfen lassen. Ebenso sollte auch der konkrete Ablauf der Erbringung der werkvertraglichen Leistungen im Betrieb im Rahmen einer Betriebsbegehung kontrolliert werden. Allein die schriftliche Ausgestaltung der Werkverträge lässt noch nicht auf ihre konkrete Abwicklung schließen, so dass die tatsächliche Durchführung überprüft werden muss.

Aufgrund der wesentlichen EuGH-Entscheidung „Herbosch Kiere“, 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 iVm 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 Arbeitnehmerentsendegesetz (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. Aufgrund der zunehmenden Ausweitung des AEntG auf neue Branchen ist die Beobachtung der Entwicklung der Einbeziehung der Branchen in das AEntG erforderlich.

Als ein Letztes sollte man sich stets bezüglich der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung auf den neusten Stand halten, um die für den jeweiligen Fall wichtigsten positiven Abgrenzungskriterien dem Zoll entgegen halten zu können. Darüber hinaus sollten alle Unterlagen, die für die Abwicklung des jeweiligen Werkvertrags erforderlich sind, griffbereit in einem speziellen Ordner zusammengefasst 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.

Über den Autor Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal

<http://www.tuengerthal-online.de/>

https://de.wikipedia.org/wiki/Hansj%C3%BCrgen_Tuengerthal

Über Peter Z. Ziegler Chefredaktor von Baltext

<http://kress.de/kresskoepfe/kopf/profil/16597-peter-z-ziegler.html>

Honorarkonto:

Bankverbindung	(EUR-Konto):
Empfänger:	Baltext GmbH, CH-4053 Basel
Bank:	Raiffeisenbank Basel
BIC/SWIFT:	RAIFCH22
IBAN:	CH21 8148 6000 0074 1038 2