

Freie Mitarbeiter – Subunternehmer – Leiharbeiternehmer

Scheinselbstständige & Co. Werner Lorenz*

Gerade kleine und mittlere Handwerksbetriebe sind bei Auftragspitzen mit ihren Arbeitskapazitäten schnell überfordert. Subunternehmer, freie Mitarbeiter und Leiharbeiter versprechen hier Abhilfe. Wer bei ihrer Beschäftigung nicht aufpaßt, verstrickt sich aber schnell in den Fängen des Steuer-, Sozial- und Strafrechts. Erhebliche Nachzahlungen bis hin zu Haftstrafen können die Folgen sein.

Bedienen sich Handwerksbetriebe zur Erfüllung ihrer Aufträge, die sie mit eigenem Personal nicht bewältigen können, dritter Unternehmen oder Personen, so spielen aus steuer- und sozialversicherungsrechtlicher, aber auch aus strafrechtlicher Sicht die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten und die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit eine entsprechende Bedeutung. Es kann zu ganz bösen Überraschungen führen, wenn als Folge einer Betriebsprüfung das Finanzamt oder der Sozialversicherungsträger für Arbeitskräfte, die als „Subunternehmer“ behandelt wurden, plötzlich erhebliche Nachzahlungen fordern. Um unsere Leser vor Schaden zu bewahren, aber auch um den besorgniserregenden „Wildwuchs“ der sogenannten „freien Mitarbeiter“ einzudämmen, sollen hier die verschiedenen Fallgestaltungen erläutert werden. Von ganz wesentlicher Bedeutung ist dabei die strikte Beachtung der Unterscheidungsmerkmale zwischen Subunternehmertätigkeit, Arbeitnehmerüberlassung (legal oder illegal) und Arbeitnehmereigenschaft.

* Dipl.-Volkswirt Werner Lorenz ist Geschäftsführer der Münchner SHK-Innung, Fax (0 89) 3 07 21 78

Pauschal-Indiz

Ein rechtlich selbständiger Subunternehmer liegt dann vor, wenn dieser eigenes Unternehmerrisiko trägt und er gegenüber dem Hauptunternehmer für etwaige Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Tätigkeit einzustehen hat (Gewährleistung). Der Subunternehmer organisiert und überwacht die Arbeit seines Personals, wie ein Unternehmer, selbst. Die Abgrenzung zwischen Werkver-



Die Beschäftigung von Scheinselbständigen kann dem Betrieb teuer zu stehen kommen

tragsleistung und Arbeitnehmerüberlassung erfolgt nicht nur nach dem Vertragsinhalt, denn Papier ist bekanntermaßen geduldig, sondern primär nach der tatsächlichen Praxis. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) ist die Ausübung des Arbeitgeber-Weisungsrechts im Rahmen der Abgrenzung von entscheidender Bedeutung. Werden Weisungen vom Handwerksunternehmer direkt an das Personal des Subunternehmers erteilt, so liegt grundsätzlich erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vor. Die Weisungen können sich auf die Arbeitszeit, die Pausen oder die Arbeitsmethoden beziehen, d. h. ganz allgemein auf die Eingliederung in den Dienstbetrieb. Erteilt hingegen der Sub- oder Nachunternehmer die Weisungen an sein Personal, so ist in der Regel vom Vorliegen eines Werkvertrages auszugehen. Eines der Beurteilungskriterien ist auch die Form der Abrechnung: Stellt der Subunternehmer nur Rechnungen über Stunden oder Material- und Werkzeugeinsatz, deutet dies auf Arbeitnehmerüberlassung hin, völlig

unabhängig von der Höhe der Stundenvergütung. Rechnet er gegenüber dem Hauptunternehmer mit Pauschal- oder Einheitspreisen ab, ist dies u. a. ein Kriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages, besonders, wenn der „Subunternehmer“ auch eigene Fahrzeuge und eigenes Werkzeug eingesetzt hat. Zu beachten ist, daß ein Subunternehmer sein Gewerbe anmelden und sich im Falle handwerklicher Tätigkeit in die Handwerksrolle eintragen lassen muß. Es sollte eine Selbstverständlichkeit sein, keinen Subunternehmer zu beauftragen, der nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist. Denn die Beauftragung eines Subunternehmers, der gegen das Verbot der Schwarzarbeit verstößt, ist ordnungswidrig und kann mit Geldbußen geahndet werden.

Teure Haftung

Wie oben erläutert, kann der Einsatz fremder Arbeitskräfte im Betrieb erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung darstellen. So rechtfertigt die Zusammenstellung von eigenen und fremden Arbeitskräften zu gemischten Kolonnen oder Arbeitsgruppen in der Regel die Annahme, daß Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Arbeitgeber, die Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiternehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen einer Erlaubnis des Landesarbeitsamtes. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis ist eine Ordnungswidrigkeit, die beim Verleiher, wie auch beim Entleiher mit einer hohen Geldbuße, in schweren Fällen sogar mit Freiheitsstrafe geahndet wird. In jedem Fall haftet der Entleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge für Beitragsschulden des Verleihers für alle Sozialversicherungsbeiträge. Sofern Unternehmer ihrer Verpflichtung zur Abgabe der vorgeschriebenen Kontrollmeldung an die für den Leiharbeiternehmer zuständigen Krankenkasse nachgekommen sind, haften sie nicht für die Lohnsteuer der Leiharbeiternehmer. Die Bedeutung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes, der Krankenkasse oder der Berufsgenossenschaft darf nicht überschätzt werden. Sie erhalten lediglich die Erklärung, daß derzeit keine Umstände bekannt sind, aus denen auf ein nicht korrek-

tes Steuer- oder Beitragsgebahren des Verleihers geschlossen werden kann.

Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung ist der Entleiher auch zur Nachzahlung von Lohnsteuerrückständen verpflichtet, weil das Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz (AÜG) ihn durch Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem entliehenen Arbeitnehmer als dessen Arbeitgeber behandelt, auch bei Vorliegen eines (Schein-)Werkvertrages. Auch bei Abschluß von Werkverträgen sollte man also unbedingt darauf achten, daß die Abwicklung des Vertrages dem vereinbarten Vertragsinhalt auf Herstellung eines Werkes entspricht, um nicht Gefahr zu laufen, aus einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Anspruch genommen zu werden. Das AÜG ist allerdings nicht anzuwenden auf die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. Keiner Erlaubnis

bedarf auch ein Arbeitgeber mit weniger als 20 Beschäftigten, der zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen Arbeitgeber desselben Wirtschaftszweiges im selben oder im unmittelbar angrenzenden Handwerkskammerbezirk einen Arbeitnehmer bis zur Dauer von drei Monaten überläßt, wenn er die Überlassung vorher schriftlich dem für seinen Geschäftssitz zuständigen Landesarbeitsamt angezeigt hat („Kollegenhilfe“).

Fallstricke

Nichtselbständige und damit lohnsteuer- und sozialabgabepflichtige Tätigkeit liegt vor, wenn ein vermeintlicher Subunternehmer (eine Person kann sich nicht selbst verleihen) oder „freie Mitarbeiter“ in dem Betrieb fest eingegliedert ist und bei der Ausführung seiner Arbeitsleistung den Weisungen des Betriebsinhabers untersteht. Der größte Teil der sogenannten „Freiberuflichen, Selbständigen“ dürfte unter diese Kategorie fallen, ganz abgesehen, daß auch die handwerksrechtlichen Voraussetzungen hierfür fehlen. Bei ihren Kontrollen hat die Bundesanstalt für Arbeit festgestellt, daß

„zunehmend Fälle der sogenannten Scheinselbständigkeit“ aufgedeckt worden sind, in denen Betriebe „Selbständige“ (mit Gewerbeanmeldung) beschäftigten, um typische Arbeitnehmertätigkeiten ausführen zu lassen. Allein schon die Tatsache, daß hier „Arbeitszeugnisse“ ausgestellt werden, sagt alles. Formulierungen, wie „... Herr H. war mir ein zuverlässiger, fachkundiger Mitarbeiter, der alle ihm gestellten Aufgaben zu meiner vollsten Zufriedenheit ausgeführt hat“, können für den Betrieb zu Fallstricken werden. Für derartige Beschäftigungsverhältnisse zahlen Unternehmer als „Arbeitgeber“ bei Betriebsprüfungen Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge (von dem bezahlten, erhöhten Entgelt) für bis zu vier Jahren nach, wobei ihnen bezüglich der Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung nicht einmal ein Rückgriffrecht auf ihren „Mitarbeiter“ zusteht. Außerdem könnte der vermeintliche freie Mitarbeiter auf seine Ansprüche als Arbeitnehmer pochen, wie Kündigungsschutz, Urlaub, Feiertagszahlung usw., wenn das Arbeitsgericht feststellt, es lag in Wirklichkeit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. □