Bundesministerium
der Finanzen

Leitfaden für Prüfungen im Bereich der

EU- Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Stand: März 2006

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeine Ausführungen und Hinweise 1

1.1. Einführung 1
1.2. Definitionen der Grundfreiheiten 2
1.2.1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer 2
1.2.2. Dienstleistungsfreiheit 3
1.2.3. Niederlassungsfreiheit 4

2. Grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen 6

2.1. Rechtliche Rahmenbedingungen 6
2.1.1. Sozialversicherungsrecht 6
2.1.2. Aufenthaltsrecht 10
2.1.3. Arbeitsgenehmigungsrecht 11
2.1.4. Legale Arbeitnehmerüberlassung 12
2.1.5. Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmer- Entsendegesetz 13
2.1.5.1. Einhaltung der tariflich vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen in der Baubranche 13
2.1.5.2. Mindestarbeitsbedingungen für alle Branchen 17
2.1.5.3. Internationale Zusammenarbeit der Verbindungsbüros und Überwachungsbehörden 18
2.1.6. Steuerrecht 19
2.1.6.1. Lohnsteuerpflicht in Deutschland 19
2.1.6.2. Entstehen der Lohnsteuer und Haftung für entstandene Lohnsteuer 20
2.1.6.3. Pflichten des Arbeitnehmers und seines Arbeitgebers 21
2.1.6.4. Umsatzsteuer 21
2.1.6.5. Steuerliche Erfassung 22
2.1.6.6. Zuständigkeit 22
2.1.7. Gewerberecht 22
2.1.8. Handwerksrecht 23
2.1.8.1. Grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen durch einen Handwerksbetrieb 23
2.1.8.2. Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung oder einer Bescheinigung 23
2.2. Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen 25
2.2.1. Sozialversicherungsrecht 25
2.2.2. Aufenthaltsrecht 26
2.2.3. Arbeitsgenehmigungsrecht 26
2.2.4. Illegale Arbeitnehmerüberlassung 27
2.2.5. Arbeitnehmer- Entsendegesetz 28
2.2.5.1. Ordnungswidrigkeiten gemäß § 5 AEntG 28
2.2.5.2. Lohnwucher 29
2.2.5.3. Verstöße gegen sonstige Vorschriften, die gemäß § 7 AEntG Anwendung finden 29
2.2.6. Steuerrecht 30
2.2.7. Gewerberecht 30
2.2.8. Handwerksrecht 31
2.2.9. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge 31

3. Niederlassungsfreiheit 33

3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen 33
3.1.1. Steuerrecht.....33
3.1.2. Gewerberecht.....33
3.1.3. Handwerksrecht 34
3.2. Scheinselbständigkeit 35
3.2.1. Kriterien für die Abgrenzung Selbständigkeit/ abhängige Beschäftigung 35
3.2.2. Einzelselbständige 38
3.2.3. Gesellschaften 38
3.3. Rechtsfolgen der Scheinselbständigkeit.....40
3.3.1. Arbeitnehmer.....40
3.3.1.1. Sozialversicherungsrecht.....40
3.3.1.2. Aufenthaltsrecht.....40
3.3.1.3. Arbeitsgenehmigungsrecht 40
3.3.1.4. Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG).....40
3.3.1.5. Steuerrecht.....41
3.3.2. Arbeitgeber.....41
3.3.2.1. Sozialversicherungsrecht.....41
3.3.2.2. Aufenthaltsrechtliche Folgen.....42
3.3.2.3. Arbeitsgenehmigungsrecht 42
3.3.2.4. Illegale Arbeitnehmerüberlassung.....42
3.3.2.5. Arbeitnehmer-Entsendegesetz 43
3.3.2.6. Steuerrecht.....43

4. Zusammenarbeit nach dem SchwarzArbG 44

5. Informationsaustausch 45

5.1. Zentrale Prüfungs- und Ermittlungsdatenbank 45
5.2. Sozialdatenschutz.....45
5.3. Steuergeheimnis.....47
5.4. Übermittlungen durch Ausländerbehörden.....48

Verzeichnis der Anhänge

Anhang A:	Musterdokumente	
	Anlage 1:	Meldung zur Sozialversicherung
	Anlage 2:	Bescheinigung E 101
	Anlage 3:	Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU
	Anlage 4:	Aufenthaltserlaubnis-EU
	Anlage 5:	Antrag auf Arbeitserlaubnis-EU
	Anlage 6:	Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung
	Anlage 7:	Gewerbeanmeldung
	Anlage 8:	Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status
Anhang B:	Anlage 1:	Checkliste Grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen
	Anlage 2:	Checkliste Scheinselbständigkeit
Anhang C:		Anlage A zur Handwerksordnung

Abkürzungsverzeichnis

AEntG	Arbeitnehmer- Entsendegesetz
AltTZG	Altersteilzeitgesetz
AO	Abgabenordnung
ASAV	Anwerbestoppausnahmeverordnung
ArGV	Arbeitsgenehmigungsverordnung
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
BAG	Bundesamt für Güterverkehr
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BRTV	Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe
DSRV	Datenstelle der Träger der Rentenversicherung
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	EG-Vertrag
EU	Europäische Union
EU/EWR-HwV	EU/EWR- Handwerk- Verordnung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FKS	Finanzkontrolle Schwarzarbeit
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HwO	Handwerksordnung
NachwG	Nachweisgesetz

SchwarzArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
SGB I	Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil –
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung –
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften über die Sozialversicherung –
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz –
StGB	Strafgesetzbuch
TV Mindestlohn Bau	Tarifvertrages zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe
TVG	Tarifvertragsgesetz
ULAK	Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft
UStG	Umsatzsteuergesetz
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
ZVK	Zusatzversorgungskasse

1. Allgemeine Ausführungen und Hinweise

1.1. Einführung

Am 1. Mai 2004 wurden zehn neue Länder (Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, die Slowakei, Slowenien, die Tschechische Republik, Ungarn und Zypern) Mitglieder der Europäischen Union.
Damit gilt für diese Staaten und im Verhältnis zu Ihnen grundsätzlich europäisches Recht.

Die Staatsangehörigen von Malta und Zypern genießen bereits seit dem Beitritt die Grundfreiheiten des EG-Vertrages (EGV) in vollem Umfang. Für die anderen acht neuen EU-Mitgliedsstaaten Estland, Lettland, Litauen, Polen, die Slowakei, Slowenien, die Tschechische Republik und Ungarn gelten dagegen Übergangsregelungen, die die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit einschränken[1].

Diese Einschränkungen werden jedoch umgangen.
So ist verschiedentlich zu beobachten, dass ausländische Firmen durch ihre Arbeitnehmer[2] in Deutschland Dienstleistungen erbringen lassen, ohne dass die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Entsendung vorliegen (Problem des Missbrauchs der Dienstleistungsfreiheit).
Auch sind zahlreiche osteuropäische Bürger als „Selbständige“ unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit bzw. die Dienstleistungsfreiheit in Deutschland tätig, obwohl sie eigentlich Arbeitnehmertätigkeiten ausüben (Problem der Scheinselbständigkeit).

Dieser Leitfaden ist gedacht für alle Behörden, die einen Beitrag zur Bekämpfung dieser Umgehungen leisten können. Sein Ziel ist es, dem Missbrauch der grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit mit tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen entgegenzuwirken. Durch Aufzeigen der Informationsschnittstellen soll die direkte Zusammenarbeit der Kontrollbehörden gefördert und effektiver gestaltet werden.

Dabei kann der Leitfaden lediglich einen Überblick über die Problematik geben. Auf vertiefte Ausführungen wird an den entsprechenden Stellen jedoch verwiesen.

Im Anhang B zum Leitfaden finden sich als praktische Arbeitshilfen Checklisten zu den Bereichen „Grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen“ sowie „Scheinselbständigkeit“ (Anlage 1 und 2). Diese Checklisten halten Erkenntnisse fest, die für die Verfolgung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung von Bedeutung sind. Dabei sollen die jeweiligen Kontrollbehörden sowohl Erkenntnisse erfassen, die sie im Rahmen ihrer Kontrollbefugnisse

[1] Ist im Folgenden von den neuen EU-Mitgliedsstaaten die Rede, so sind damit lediglich die acht neuen EU-Mitgliedsstaaten gemeint, für die in Deutschland Übergangsregelungen gelten.
[2] Soweit aus Gründen der Lesbarkeit auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen diese sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

erlangt haben, als auch solche, die im Rahmen der Maßnahme anderweitig auffallen. Die im Rahmen der Kontrollen ausgefüllten Checklisten sollten den jeweiligen Verfolgungsbehörden – insbesondere auch den Behörden der Zollverwaltung[3] – übersandt werden.

1.2. Definitionen der Grundfreiheiten

1.2.1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 39 ff. EGV beinhaltet zum einen ein Einreise-, Aufenthalts-, und Verbleiberecht im Beschäftigungsstaat, zum anderen das Gebot der Inländergleichbehandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

Entscheidender Unterschied zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, die sich auf selbständige Tätigkeiten beziehen, ist das Erfordernis der weisungsabhängigen, unselbständigen Beschäftigung.

Aus dem Gebot der Inländergleichbehandlung folgt, dass Arbeitnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten ein gleiches Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt haben wie Deutsche. Besonderheiten gelten allerdings für die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten. Hier wurden in den Beitrittsverträgen jeweils Übergangsregelungen aufgenommen, die es der Bundesrepublik Deutschland ermöglicht haben, für zunächst zwei Jahre (bis 30.April 2006) die Arbeitnehmerfreizügigkeit auszusetzen. Sie kann diese Einschränkungen um drei, danach noch einmal um zwei Jahre verlängern, so dass die Übergangszeit längstens sieben Jahre (bis 30. April 2011) dauern kann (sog. 2 + 3 + 2 Regelung).

Aufgrund der Aussetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gelten besondere Vorschriften für den Arbeitsmarktzugang; insbesondere besteht Arbeitserlaubnispflicht. Die materiellen Regelungen für den Arbeitsmarktzugang entsprechen im Grundsatz denjenigen für Drittstaatsangehörige. Teilweise werden die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedstaaten jedoch gegenüber den Drittstaatsangehörigen privilegiert. So besteht grundsätzlich ein Vorrang der Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten vor Drittstaatsangehörigen beim Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt. Des Weiteren erhalten sie, sofern sie für einen ununterbrochenen Zeitraum von mindestens zwölf Monaten im Bundesgebiet zum Arbeitsmarkt zugelassen waren, eine Arbeitsberechtigung (§ 12 a ArGV). Zudem sind die besonderen Regelungen durch bestehende bilaterale Abkommen zu beachten.

[3] Innerhalb der Zollverwaltung sind sachlich die Hauptzollämter und dort jeweils das Sachgebiet E – Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – mit seinen Standorten zuständig. Eine Übersicht über die örtlich zuständigen Hauptzollämter nebst Kontaktdaten der jeweiligen Ansprechpartner für die Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung ist zu finden unter www.zoll.de → Finanzkontrolle Schwarzarbeit → Ansprechpartner.

1.2.2. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit gewährt dem Dienstleistungserbringer das Recht, zum Zwecke der Erbringung seiner Leistung vorübergehend in einem anderen Mitgliedsstaat tätig zu werden, und zwar unter denselben Voraussetzungen, wie sie für Inländer gelten.

Die Dienstleistungsfreiheit gilt für die vorübergehende Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat. Unter Dienstleistungen im Sinne der Art. 49 ff. EGV sind also Leistungen zu verstehen, die grenzüberschreitend und in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Im Gegensatz zu der Niederlassungsfreiheit erfasst die Dienstleistungsfreiheit die vorübergehende und gelegentliche, also zeitlich begrenzte und auf die Durchführung eines Auftrags gerichtete Tätigkeit. Das Dienstleistungsunternehmen hat in seinem Herkunftsland seinen Unternehmenssitz oder unterhält dort eine Niederlassung (vgl. unten 2.1.1.a.).

Die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht neben der Erbringung dienstvertraglicher Leistungen auch die Erbringung werkvertraglicher Leistungen im Sinne des deutschen Zivilrechts:

- Bei Dienstverträgen wird die Dienstleistung als solche – ohne einen bestimmten Erfolg – geschuldet (Bsp.: Arztvertrag)
- Bei Werkverträgen wird zusätzlich ein bestimmter Erfolg einer Dienstleistung geschuldet (Bsp.: Zerlegen und Verpacken von X Tonnen Fleisch, Erstellen eines bestimmten Gebäudes).

Die Bundesrepublik Deutschland hat auf Grundlage der Beitrittsverträge zunächst für eine Übergangszeit von zwei Jahren (bis 30.April 2006), Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit für Staatsangehörige aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten vorgenommen. Sie kann diese Einschränkungen um drei, danach noch einmal um zwei Jahre verlängern, so dass die Übergangszeit längstens sieben Jahre (bis 30.April 2011) dauern kann (sog. 2 + 3 + 2 Regelung).

Zurzeit bestehen übergangsbedingte Einschränkungen in folgenden Wirtschaftssektoren:

- Baugewerbe einschließlich verwandter Wirtschaftszweige
- Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln
- Tätigkeit von Innendekorateuren

In diesen Sektoren kann eine Dienstleistungserbringung mit eigenem Personal aus den neuen EU-Mitgliedstaaten nur im Rahmen des deutschen Arbeitsgenehmigungsrechts und auf Grundlage bilateraler Regierungsvereinbarungen, in denen das so genannte Werkvertragsverfahren geregelt ist, erfolgen.

Nach diesen Vereinbarungen können im Rahmen von vorab für die beteiligten Staaten festgesetzten Kontingenten Arbeitnehmer nach Deutschland entsandt werden. Voraussetzung für eine Tätigkeit im Rahmen des Werkvertragsverfahrens ist das Vorliegen eines Werkvertrages gemäß §§ 631 ff. BGB, der zwischen einem im Heimatland des Arbeitnehmers in nennenswertem Umfang tätigen Unternehmen und einem deutschen Unternehmen geschlossen sein muss.

In allen anderen Wirtschaftssektoren können Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten grenzüberschreitende Dienstleistungen frei und ohne Arbeitsgenehmigung erbringen. Hinsichtlich der Nachweispflicht von beruflichen Qualifikationen des Dienstleistungserbringers vgl. unten 1.2.3.. Zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vgl. unten 2.1.4..

1.2.3. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit umfasst das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Gründung und Leitung von Unternehmen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates, Art. 43 ff. EGV.
Danach können sich in Deutschland insbesondere Handwerker, freiberuflich Tätige, Gewerbetreibende und Kaufleute niederlassen und tätig werden. Zu beachten sind allerdings die berufs- und gewerberechtlichen Regulierungen, wie sie auch für Inländer gelten.

Diese Regulierungen umfassen auch die Pflicht des Betroffenen, die berufliche Qualifikation nachzuweisen, wenn Rechts- und Verwaltungsvorschriften den Berufszugang und/oder die Berufsausübung von einem solchen Nachweis abhängig machen. Im Handwerk ist der Nachweis der Qualifikation auf die zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A der Handwerksordnung beschränkt. Die Anerkennung der in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Qualifikationen erfolgt nach den geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften (EG-Richtlinien über die Anerkennung beruflicher Qualifikationen) auf Antrag des Betroffenen bei der zuständigen Behörde in Deutschland.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) definiert die Niederlassung als die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedsstaat auf unbestimmte Zeit:

- Es muss sich um eine dauerhafte (wirtschaftliche) Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat handeln (Abgrenzung zum Kriterium der vorübergehenden Tätigkeit bei der Dienstleistung), d.h. sie muss auf unbestimmte Zeit ausgeübt werden und darf nicht nur vorübergehenden Charakter haben. Dabei ist nicht nur die Dauer der Tätigkeit zu berücksichtigen, sondern auch ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität.
- Umfang und Schwerpunkt der Tätigkeit müssen ganz oder vorwiegend auf das Gebiet des anderen Mitgliedstaates gerichtet sein (Abgrenzung zum Kriterium der Verbundenheit mit der Wirtschaft des Herkunftslandes bei der Dienstleistung).
- Die tatsächliche Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit muss mittels einer festen Einrichtung (z.B. Produktionsstätte, Lager- oder Büroräume) erfolgen. Damit ist klargestellt, dass eine reine Registrierung oder Anmeldung z.B. bei Handwerkskammern, Gewerbeämtern, Meldebehörden oder Finanzämtern, verbunden mit einer „Schlafstätte“, nicht ausreicht.

Die Niederlassungsfreiheit steht den Angehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten seit dem 1. Mai 2004 ohne Übergangsregelung zu.

2. Grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen

2.1. Rechtliche Rahmenbedingungen

2.1.1. Sozialversicherungsrecht

Das deutsche Sozialversicherungsrecht umfasst die gesetzliche Kranken-, Pflege-, Unfall-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung[4].
Beschäftigungsverhältnisse, die in Deutschland ausgeübt werden, unterliegen grundsätzlich der deutschen Versicherungspflicht gemäß den Sozialgesetzbüchern (Territorialitätsprinzip). Dies gilt gemäß § 3 SGB IV bzw. Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 grundsätzlich auch für Beschäftigte, die nicht in Deutschland wohnen oder deren Arbeitgeber in einem anderen Staat ansässig ist.
Der Arbeitgeber hat versicherungspflichtig Beschäftigte der Krankenkasse als Einzugsstelle zu melden und ihr den Gesamtsozialversicherungsbeitrag abzuführen, §§ 28a, 28e, 28h, 28i SGB IV. Ein Muster einer Meldung zur Sozialversicherung befindet sich im Anhang A (Anlage 1).

Eine Ausnahme von der grundsätzlich erforderlichen Meldung und von der Versicherungspflicht in Deutschland sieht § 5 SGB IV vor. Für Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates geht Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 als verbindliches und unmittelbar geltendes Europäisches Gemeinschaftsrecht der deutschen Regelung des § 5 SGB IV vor.

Wird der Arbeitnehmer von seinem ständigen, in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung nach Deutschland entsandt, unterliegt er weiterhin der Sozialversicherung des anderen Mitgliedstaates, wenn die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und kein anderer Arbeitnehmer abgelöst wird, dessen Entsendungszeit abgelaufen ist (sozialversicherungsrechtliche Entsendung).

[4] Zuständige Sozialversicherungsträger sind die Krankenkassen (§§ 21, 21a, 21b SGB I), die Unfallversicherungsträger (§ 22 SGB I), die Rentenversicherungsträger (§ 23 SGB I) und die Bundesagentur für Arbeit (§§ 19, 19a, 19b SGB I).

Die bei der Europäischen Kommission bestehende Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer hat Artikel 14 der Verordnung durch ihren Beschluss Nr. 181 vom 13.Dezember 2000 verbindlich ausgelegt und durch einen praktischen Leitfaden konkretisiert[5]. Danach sind folgende Punkte zu beachten:

a. *Merkmale für eine Entsendung*

- Gewöhnliche Beschäftigung beim entsendenden Arbeitgeber vor oder nach der Entsendung.

  Die Einstellung zum Zweck der Entsendung (ohne Vorbeschäftigung) ist unschädlich, wenn das entsendende Unternehmen gewöhnlich eine nennenswerte Geschäftstätigkeit im Gebiet des Staates entfaltet, von dem aus die Entsendung erfolgt (Entsendestaat).

  Kriterien für eine nennenswerte Geschäftstätigkeit des entsendenden Unternehmens sind z.B.:

  - Sitz und Verwaltung des entsendenden Unternehmens befinden sich im Entsendestaat.
    Die reine Verwaltungstätigkeit/ nur Verwaltungspersonal im Entsendestaat schließt eine Entsendung aus.
  - Einstellung des entsendeten Arbeitnehmers erfolgte im Entsendestaat.
  - Anteil der Kundenverträge, die durch das entsendende Unternehmen im Entsendestaat geschlossen werden.
  - Recht, dem die Verträge unterliegen.
    Unterliegen die Verträge deutschem Recht, so spricht dies gegen eine Entsendung.
  - Umsatz:
    Die Erzielung von 25% des Gesamtumsatzes im Entsendestaat reicht für die Annahme einer nennenswerten Geschäftstätigkeit grundsätzlich aus; bei Erzielung eines Anteils von unter 25% des Umsatzes im Entsendestaat erfolgt eine Einzelfallprüfung.
  - Tatsächliche Geschäftstätigkeit im Entsendestaat i.d.R. seit mindestens vier Monaten.

  Das Dienstleistungsunternehmen muss mit der Wirtschaft seines Herkunftslandes verbunden bleiben. Die ausschließliche Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat darf nicht Unternehmenszweck sein. „Briefkastenfirmen“, d.h. Firmen, die an ihrem (angeblichen) Sitzort im Entsendestaat keine unternehmerische Tätigkeit erbringen und bei denen es sich beispielsweise lediglich um Anwerbebüros handelt,

[5] Vgl. Nr. 10 des Beschlusses Nr. 181 vom 13.Dezember 2000 der Verwaltungskommission der europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer; Fundstelle Leitfaden: www.europa.eu.int → de → Institutionen → Europäische Kommission → Beschäftigung und Soziales → Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit → Schlüsseltexte → Leitfaden „Entsendung“ (de).

können keine grenzüberschreitenden Dienstleistungen erbringen und deshalb auch keine Arbeitnehmer entsenden.

- Befristung der Entsendung
  I.d.R. nicht länger als 12 Monate, ggf. Verlängerung um weitere 12 Monate.
- Keine Ablösung eines Arbeitnehmers, dessen Entsendezeit abgelaufen ist.
- Fortbestehen der arbeitsrechtlichen Bindungen mit dem Entsendearbeitgeber:
  - Arbeitsvertrag mit dem Entsendeunternehmen.
  - Die Art der vom entsandten Arbeitnehmer auszuführenden Tätigkeit wird weiterhin vom Entsendeunternehmen bestimmt.
  - Zahlung des Arbeitsentgelts, wobei die (technische) Vornahme der Auszahlung durch einen Dritten unschädlich ist.

b. ***In folgenden Fällen greifen die Entsendevorschriften nicht:***

- Kettenverleih:
  Das Unternehmen X „entsendet“ den Arbeitnehmer an das Unternehmen Y. Dieser überlässt den Arbeitnehmer dem Unternehmen Z, wobei unerheblich ist, in welchem Mitgliedsstaat Z ansässig ist.
- Anwerbung aus einem Drittland:
  Der Arbeitnehmer wird im Mitgliedsstaat A eingestellt, um von einem Unternehmen, das im Mitgliedsstaat B ansässig ist, zu einem Unternehmen im Mitgliedsstaat C „entsandt“ zu werden.
- Beschäftigung von Ortskräften:
  Der Arbeitnehmer wird im Mitgliedsstaat A von einem Unternehmen eingestellt, das im Mitgliedsstaat B ansässig ist, um eine Tätigkeit im Mitgliedsstaat A auszuführen.

c. ***Dokumentation der Entsendung***

Die Bescheinigung E 101, mit der der Mitgliedstaat erklärt, dass während der Dauer der Entsendung des Arbeitnehmers nach Deutschland weiterhin sein eigenes System der sozialen Sicherheit anwendbar bleibt und damit deutsches Sozialversicherungsrecht wegen des Grundsatzes der Vermeidung von Doppelversicherung ausgeschlossen ist, soll grundsätzlich vor Beginn der Entsendung ausgestellt werden. Es ist jedoch unschädlich, wenn sie erst während oder nach der Entsendung erstellt wird und ggf. rückwirkend gilt. Im Anhang A befindet sich das Muster einer österreichischen Bescheinigung E 101 (Anlage 2).
Die Sozialversicherungsträger des Entsendestaates sind verpflichtet, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Ausstellung der Bescheinigung E 101 gegeben sind.

Im Gegenzug ist der deutsche Sozialversicherungsträger an die Angaben der Bescheinigung solange gebunden, bis der ausstellende Träger die Bescheinigung zurücknimmt oder für ungültig erklärt.

Bei Vorliegen einer Bescheinigung E 101 ist der Arbeitnehmer in Deutschland nicht sozialversicherungspflichtig. Er ist aber auch nicht zur Inanspruchnahme von Leistungen der deutschen Sozialversicherung berechtigt.
Beschäftigte aus den Mitgliedsstaaten, die eine Bescheinigung E 101 nicht vorlegen, sind nach deutschem Sozialversicherungsrecht zu beurteilen.

Die deutschen und mitgliedstaatlichen Sozialversicherungsträger sollen bei den Kontrollen und bei Zweifeln an der Entsendung zusammenarbeiten[6]. Dies beinhaltet die Verpflichtung des Ausstellers der Bescheinigung E 101, die Richtigkeit der Angaben erneut zu überprüfen, wenn der deutsche Sozialversicherungsträger Zweifel an der Entsendung geltend macht und die Bescheinigung ggf. zurückzunehmen.
Können sich die Sozialversicherungsträger nicht einigen, kann der Verwaltungskommission über die jeweiligen Regierungsvertreter ein Vermerk hierüber vorgelegt werden. Die Verwaltungskommission klärt die strittigen Punkte im Rahmen einer Schlichtung.

Bei der Datenstelle der Träger der Rentenversicherung (DSRV)[7] wird eine zentrale Datenbank eingerichtet, in der alle Daten der Bescheinigungen E 101 erfasst werden sollen. Für bestimmte Kontrollbehörden soll ein automatisierter Zugriff auf diese Datenbank eingerichtet werden. Zudem ist angedacht, Auswertungsmöglichkeiten hinsichtlich entsendender Unternehmen und entsandter Arbeitnehmer zu schaffen.

[6] Nr. 5 Buchstabe d des Beschlusses Nr. 181 vom 13.Dezember 2000, vgl. Fußnote 6.
[7] Weitere Informationen zur DSRV sind zu finden unter www.deutsche-rentenversicherung.de → Angebote für spezielle Zielgruppen → Öffentliche Verwaltung → DSRV.

2.1.2. Aufenthaltsrecht

Unionsbürger benötigen für Einreise und Aufenthalt keinen Aufenthaltstitel, § 2 Abs. 4 FreizügG/EU. Dies gilt auch für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten uneingeschränkt.

Für Unionsbürger besteht die Meldepflicht bei den Meldebehörden, wie sie auch für Deutsche nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften besteht. Die Meldebehörde übermittelt die bei der Anmeldung getätigten Angaben über die Freizügigkeitsberechtigung an die Ausländerbehörde[8], die dann von Amts wegen die Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht ausstellt, § 5 Abs. 1 FreizügG/EU. Im Anhang A befindet sich das Muster einer Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten (Anlage 3), das jedoch nicht bundeseinheitlich vorgegeben ist. Auf einen bundeseinheitlichen, fälschungssicheren Vordruck wurde verzichtet, um dem Charakter der Bescheinigung – es handelt sich nicht um eine Aufenthaltserlaubnis, sondern um eine schlichte Bescheinigung, die in einem einfachen Verfahren erteilt wird – Rechnung zu tragen. Die Bescheinigung enthält einen Hinweis zur Arbeitsgenehmigungspflicht für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten. Für die Staatsangehörigen der „alten“ EU-Mitgliedstaaten wird die Bescheinigung ohne diesen Hinweis ausgestellt. Im Anhang A findet sich ferner ein Muster für eine Aufenthaltserlaubnis-EU, die seit dem 01. Januar 2005 nur noch Familienangehörigen von Unionsbürgern, die selbst nicht Unionsbürger sind, ausgestellt wird (Anlage 4). Die vor diesem Zeitpunkt für Unionsbürger ausgestellten Dokumente bleiben gültig (Aufenthaltserlaubnis-EG).
Grundsätzlich erfolgt die Ausstellung der Bescheinigung aufgrund der Angaben des Unionsbürgers ohne nähere Prüfung. Eine anlassbezogene Überprüfung der Angaben durch die Ausländerbehörden ist jedoch möglich. Ein solcher Anlass kann einerseits bei Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben des Unionsbürgers, andererseits bei Anhaltspunkten für den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt bestehen.
Die Ausländerbehörden unterrichten bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte gemäß § 90 Abs. 1 AufenthG die Behörden, die für die Verfolgung bestimmter Gesetzesverstöße zuständig sind, insbesondere die Dienststellen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit[9]. Diese Vorschrift gilt über den Verweis in § 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU auch für Unionsbürger.

Öffentliche Stellen haben der zuständigen Ausländerbehörde nach § 87 Abs. 2 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU die für die Entscheidung der Ausländerbehörde nach §§ 5, 6 FreizügG/EU erheblichen Erkenntnisse zu übermitteln. Gemäß § 87 Abs. 4 AufenthG

[8] Zuständig sind die örtlichen Ausländerbehörden, in der Regel auf der Ebene der Landkreise und kreisfreien Städte.
[9] Vgl. Fußnote 3.

i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ist die zuständige Ausländerbehörde unverzüglich über die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens sowie die Verfahrenserledigung bei der Staatsanwaltschaft, bei Gericht oder bei der für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeit zuständigen Verwaltungsbehörde unter Angabe der gesetzlichen Vorschriften zu unterrichten.

2.1.3. Arbeitsgenehmigungsrecht

Aufgrund der Arbeitnehmerfreizügigkeit besteht für Arbeitnehmer aus den EU- Mitgliedstaaten grundsätzlich keine Arbeitsgenehmigungspflicht. Besonderheiten gelten aber für die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten während der Übergangszeit. Sie dürfen grundsätzlich eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine solche besitzen, § 284 SGB III. Die Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) und die Anwerbestoppausnahmeverordnung (ASAV) finden insoweit weiterhin Anwendung, sofern nicht das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) und die entsprechenden Rechtsverordnungen (BeschäftigungsV, BeschäftigungsVerfV) günstigere Regelungen enthalten. Für Tätigkeiten, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, ist der Anwerbestopp für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten seit dem 01. Januar 2005 aufgehoben (§ 39 Abs. 6 AufenthG). Gleichwohl benötigen sie eine Arbeitserlaubnis-EU.

Auch in den Branchen, in denen die Dienstleistungsfreiheit für die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten eingeschränkt ist, ist eine Tätigkeit entsandter Arbeitnehmer genehmigungspflichtig (s.o. 1.2.2.). Sie darf nur auf der Grundlage der bilateralen Werkvertragsvereinbarungen Deutschlands ausgeübt werden[10]. Keine Arbeitsgenehmigungspflicht besteht dagegen für entsandte Arbeitnehmer, die in einem nicht beschränkten Wirtschaftssektor tätig sind.
Für den Verkehrsbereich gilt neben Malta und Zypern auch für Unternehmer aus Slowenien nach dem Beitrittsvertrag von Beginn an Kabotagefreiheit im Straßengüterverkehr. Damit benötigen slowenische Fahrer für slowenische Unternehmer auf einem slowenischen Lkw auch bei Fahrten innerhalb Deutschlands (Kabotage) keine Arbeitserlaubnis.

Die Genehmigung wird von den Arbeitsagenturen i.d.R. als „Arbeitserlaubnis-EU“ auf gelbem Papier erteilt[11]. Im Anhang A befindet sich das Muster eines Antragsformulars für die Arbeitserlaubnis-EU sowie die Arbeitserlaubnis selbst (Anlage 5).

---

[10] Für eine genauere Abgrenzung von genehmigungspflichtigen und nicht genehmigungspflichtigen Tätigkeiten wird auf das bei der Bundesagentur für Arbeit erhältliche Merkblatt „Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Rahmen von Werkverträgen – EU-Dienstleistungsfreiheit ab Mai 2004 –“ verwiesen: www.arbeitsagentur.de → Informationen für Arbeitgeber → Internationales → Ausländerbeschäftigung → Werkvertragsarbeitnehmer → Links und Dateiliste.

[11] Weitere Ausführungen zur Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer sind im Merkblatt 7 der Bundesagentur für Arbeit zu finden; www.arbeitsagentur.de → Service von A-Z → Vermittlung → Ausländerbeschäftigung →

Diese Vereinbarungen gelten auch nach dem Beitritt weiter, wobei sie etwa hinsichtlich der Kontingente an den Beitrittsvertrag angepasst worden sind. Das Genehmigungs- und Zulassungsverfahren für ausländische Werkvertragsarbeitnehmer wird von der Bundesagentur für Arbeit durchgeführt[12].

Zu beachten ist, dass die dem ausländischen Werkvertragsunternehmen erteilte Zusicherung lediglich das grundsätzliche Recht gewährt, Arbeitnehmer nach Deutschland zu entsenden und diese zur Erfüllung des mit dem Auftraggeber geschlossenen Werkvertrages einzusetzen. Zur tatsächlichen Arbeitsaufnahme benötigen die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten die bereits angesprochene Arbeitserlaubnis-EU.

2.1.4. Legale Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung liegt nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) seinen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) einem Dritten (Entleiher) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlässt.

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist erlaubnispflichtig nach § 1 AÜG. Auf die Erteilung einer Erlaubnis besteht ein Anspruch, wenn der Verleiher zuverlässig ist. Zuständig für die Erteilung von Verleiherlaubnissen sind die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit. Im Anhang A befindet sich das Muster einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Anlage 6).

Arbeitnehmerüberlassung stellt eine Dienstleistung im Sinne von Art. 49 EGV dar. Die Überlassung von Arbeitnehmern durch Verleiher mit Sitz in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union an Unternehmen in Deutschland ist daher grundsätzlich zulässig. Dies gilt auch für Anbieter aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten. Auch sie benötigen eine Erlaubnis nach dem AÜG, selbst wenn sie in ihrem Sitzstaat erlaubt tätig sind und nur im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit grenzüberschreitend Leistungen erbringen.

Legale Arbeitnehmerüberlassung setzt weiterhin voraus, dass die eingesetzten Leiharbeitnehmer im Einklang mit dem geltenden Arbeitserlaubnisrecht tätig werden. Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit eines „alten“ Mitgliedstaates besitzen, dürfen ohne weiteres als Leiharbeitnehmer beschäftigt werden, Art. 39 ff. EGV i.V.m. FreizügG/EU. Für die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten gilt während der Übergangsfristen die Einschränkung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 ArGV fort. Sie können keine Arbeitserlaubnis erhalten, um als Leiharbeitnehmer tätig zu werden. Nur vereinzelt kann Verleih zulässig sein, wenn die aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten stammenden Arbeitnehmer auch die Staatsangehörigkeit

---

Link und Dateiliste; dort sind auch Informationen zu weiteren wichtigen Gruppen ausländischer Arbeitnehmer erhältlich.

[12] Weitere Ausführungen zum Werkvertragsverfahren, insbesondere auch zu den zuständigen Dienststellen der Bundesagentur für Arbeit, sind im Merkblatt 16a der Bundesagentur für Arbeit zu finden: www.arbeitsagentur.de → Service von A-Z → Vermittlung → Werkverträge → Link und Dateiliste → Merkblatt 16a.

eines alten Mitgliedstaats (Doppelstaater) oder bereits auf anderem Wege ein Recht auf Arbeitsmarktzugang in Deutschland (etwa durch eine Arbeitserlaubnis-EU) erworben haben. Bei einer legalen Arbeitnehmerüberlassung ist darüber hinaus zu beachten, dass nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 AEntG die Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer nach dem AÜG gelten, d.h. dass z.B. der Gleichstellungsgrundsatz nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG Anwendung findet.

Während für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung die oben beschriebenen Voraussetzungen gelten, ist ein vorgeschalteter Verleih im Herkunftsstaat ohne weiteres zulässig. Ein Dienstleistungserbringer darf demnach nicht nur seine eigenen Erfüllungsgehilfen, sondern auch Personal, das er zuvor im Herkunftsstaat entliehen hat, grenzüberschreitend einsetzen. In diesen Fällen sind die Übergangsregelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht tangiert, da die entsandten Arbeitnehmer weder im Wege eines Arbeitsverhältnisses noch im Wege des Verleihs dem deutschen Geschäftspartner zugerechnet werden.

2.1.5. Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmer- Entsendegesetz

2.1.5.1. Einhaltung der tariflich vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen in der Baubranche

Erbringt der im Ausland ansässige Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern in Deutschland überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs. 1 SGB III, so muss er jenen nach dem AEntG bestimmte, in Tarifverträgen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes[13] festgelegte Arbeitsbedingungen gewähren. Dabei handelt es sich um die Zahlung des Mindestbruttolohns einschließlich der Überstundenzuschläge, die Einhaltung von Urlaubsregelungen sowie die Abführung von Urlaubskassenbeiträgen.

Ob der Arbeitgeber die Bauleistungen überwiegend erbringt, richtet sich nach dem mehrheitlichen Anteil der Gesamtarbeitszeit. Auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst bzw. auf handelsrechtliche und gewerberechtliche Kriterien kommt es hingegen nicht an.

Abzustellen ist bei Betrieben des Bauhauptgewerbes auf die Gesamtheit der zu einem Projekt entsandten Arbeitnehmer, da diese eine selbständige Betriebsabteilung darstellen, vgl. § 1 Abschnitt VI Satz 2, 3 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV). Die häufig vorkommende Behauptung des Arbeitgebers, er übe an seinem ausländischen Sitz arbeitszeitlich überwiegend andere Tätigkeiten als Bauleistungen aus, ist daher unerheblich.

Der Arbeitgeber muss nur die Arbeitsbedingungen solcher Tarifverträge einhalten, die entweder durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder durch Rechtsverordnung

[13] §§ 1, 2 Baubetriebe Verordnung.

nach § 1 Abs. 3a AEntG auch auf Nichttarifgebundene Anwendung finden. Ferner müssen die Tarifverträge das so genannte Arbeitsortprinzip beachten. Danach gelten – wenn der Tarifvertrag nicht ohnehin bundesweit einheitliche Arbeitsbedingungen vorschreibt – die Arbeitsbedingungen der Arbeitsstelle. Nicht entscheidend ist der Sitz des Arbeitgebers.

a. *Zahlung des Mindestlohns*

Bei der Berechnung des Mindestlohnes gilt Folgendes:
Vom Arbeitgeber gezahlte Zulagen oder Zuschläge werden als Bestandteile des Mindestlohnes berücksichtigt, wenn ihre Zahlung nicht an die Voraussetzung geknüpft ist, dass der Arbeitnehmer eine vom Tarifvertrag abweichende Arbeitsleistung erbringt. Umgekehrt sind solche Zulagen oder Zuschläge keine Bestandteile des Mindestlohnes, die in den Tarifverträgen als gesonderte, zusätzlich zum reinen Stundenlohn zu zahlende Vergütungen vorgesehen sind und besondere Erschwernisse und Belastungen einer Arbeit ausgleichen sollen.
Keine Bestandteile des Mindestlohnes sind demnach:

- Zulagen für die Arbeit zu besonderen Zeiten
  (z.B. Nachtzuschläge, Sonn- und Feiertagszuschläge)
- Zulagen für die Arbeit unter erschwerten oder gefährlichen Bedingungen
  (z.B. Schmutzzulagen, Gefahrenzulagen, Arbeit bei großer Hitze, in engen Schächten oder Tunneln, unter Tragen von Schutzkleidung)
- Akkordprämien (mehr Arbeit pro Zeiteinheit) und Qualitätsprämien (überdurchschnittliche qualitative Arbeitsergebnisse)
- grundsätzlich Einmalleistungen wie Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Jahressondervergütung, Jubiläumsprämien. Allerdings werden diese dann als Bestandteil des Mindestlohnes berücksichtigt, wenn diese nicht einmalig im Jahr an den Arbeitnehmer ausgezahlt werden, sondern der Arbeitnehmer mit Zahlung seines üblichen Lohnes den auf den jeweiligen Monat des Entsendezeitraums entfallenden Anteil dieser Einmalleistung tatsächlich und unwiderruflich ausbezahlt erhält.

Eine Besonderheit gilt insofern für Überstundenzuschläge: Diese sind als Zulage für die Arbeit zu besonderen Zeiten immer dann anzurechnen und damit Bestandteil des Mindestlohns, wenn der Arbeitgeber am Arbeitsort zur Zahlung von Überstunden verpflichtet ist.

Anzurechnen sind immer:

- der Bauzuschlag: dieser ist gemäß § 2 Abs. 1 des Tarifvertrages zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn Bau) in den jeweiligen Fassungen ausdrücklich Bestandteil des Mindestlohns. Dieser Bauzuschlag ist ein pauschalierter Bestandteil des Gesamttarifstundenlohnes. Er ist

jedem vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer zu zahlen, und zwar unabhängig davon, ob dieser Arbeitnehmer in seinem Arbeitsverhältnis tatsächlich die in § 2 Abs. 1 TV Mindestlohn Bau genannten Belastungen erfährt.

- die sog. Entsendungszulage, wenn sie eine Zulage darstellt, die dem Arbeitnehmer als Ausgleich zwischen dem Lohn, den er arbeitsvertraglich im Entsendestaat beanspruchen kann und demjenigen, den er nach § 1 Abs. 1 AEntG in Verbindung mit dem jeweiligen Mindestlohn- Tarifvertrag beanspruchen kann, gewährt wird.

Im Bereich der Auslösung des Arbeitnehmers (Verpflegung und Unterkunft) gilt folgendes: Bestandteil des Mindestlohnes ist nicht

- der Wert der Erstattung für die infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Kosten wie z.B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, vgl. Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie).
- der Wert geldwerter Sachleistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum Lohn gewährt (Bereitstellung von Unterkunft, Verpflegung).

Des Weiteren gilt:
Zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Gesamtbetrag, in dem Beträge enthalten sind, mit denen der Arbeitnehmer seine Aufwendungen für Unterkunft und/ oder Verpflegung selbst bestreiten soll, so ist von dem Gesamtbetrag die nach der Sachbezugsverordnung[14] jeweils niedrigste Stufe für Unterkunfts- und Verpflegungsleistungen abzuziehen.
Zahlt der Arbeitgeber den Lohn nur abzüglich von Kosten für arbeitgeberseitige Leistungen (z.B. Unterkunft, Verpflegung) aus, so ist lediglich dieser tatsächlich ausgezahlte Betrag als Mindestlohnzahlung zu berücksichtigen.

Nach dem AEntG anzuwendende Mindestlohn- Tarifverträge sind (Stand 08. Oktober 2005)[15]:

- Bau(haupt)gewerbe
- Dachdeckerhandwerk
- Maler- und Lackiererhandwerk

[14] Sachbezüge sind geldwerte Vorteile, die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber für seine Tätigkeit neben oder anstelle des Barlohns geleistet werden. Zu den Sachbezügen gehören insbesondere die kostenlose oder verbilligte Überlassung einer Wohnung oder eine solche Überlassung von Waren. Sachbezüge sind bei der Lohnsteuer als Einnahmen und in der Sozialversicherung zu erfassen. Die Sachbezugsverordnung regelt die Werte, mit denen Sachbezüge steuerlich zu berücksichtigen sind. Die jeweils aktuelle Sachbezugsverordnung findet sich unter www.bmgs.bund.de → Gesetze und Verordnungen → zur Sozialen Sicherheit → Verordnungen.

[15] Die jeweils aktuellen Mindestlohn-Tarifverträge sind zu finden unter www.zoll.de → Entsendung von Arbeitnehmern → Gesetzliche Regelungen und Tarifverträge.

b. *Zwingende Teilnahme am Urlaubskassenverfahren*

Der im Ausland ansässige Arbeitgeber der Baubranche ist gemäß § 1 Abs. 3 AEntG verpflichtet, wie der inländische Arbeitgeber Urlaubskassenbeiträge an die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) abzuführen[16]. Um eine Doppelbelastung des ausländischen Arbeitgebers zu vermeiden, gilt dies nicht, wenn er – auch während der Entsendung – seine Beiträge an eine Einrichtung in seinem Heimatstaat zahlt, die mit der ULAK vergleichbar ist. Diesbezüglich haben die ULAK sowie das Fachministerium des Bundes mit anderen entsprechenden ausländischen Einrichtungen bzw. einem ausländischen Fachministerium Rahmenvereinbarungen über die gegenseitige Freistellung von Arbeitgebern mit Betriebssitz in anderen Ländern geschlossen. Solche bestehen derzeit mit Belgien, Frankreich, den Niederlanden, Österreich, Dänemark und der Schweiz. Ob der ausländische Arbeitgeber beitragspflichtig ist, kann bei der Urlaubskasse abgefragt werden.

Die ULAK führt für jeden baugewerblichen Arbeitnehmer ein Konto, auf dem Freizeit- und Vergütungsansprüche angespart werden. Der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer den beantragten Urlaub gewährt, erhält die an den Arbeitnehmer ausgezahlte Urlaubsvergütung von der ULAK erstattet.

c. *Kontrolle der Mindestarbeitsbedingungen*

Für die Prüfung, ob der Arbeitgeber die tariflichen Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG einhält, sind gemäß § 2 Abs. 1 AEntG die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter) zuständig. Um eine effektive Kontrolle zu ermöglichen, ist der ausländische Arbeitgeber verpflichtet, jeden Arbeitnehmer, der auf einer Baustelle in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt werden soll, vor Beginn der Beschäftigung anzumelden, § 3 Abs. 1 AEntG. Die Anmeldung hat schriftlich in deutscher Sprache bei der Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit bei der Oberfinanzdirektion Köln zu erfolgen und muss die in § 3 Abs. 1 AEntG aufgeführten Angaben enthalten. Zudem muss der Arbeitgeber eine Versicherung beifügen, dass er die tariflichen Arbeitsbedingungen einhält, § 3 Abs. 3 AEntG.

---

[16] Das Urlaubskassenverfahren hat folgenden Hintergrund: Etwa 40% der im Baugewerbe beschäftigten Arbeitnehmer arbeiten nicht ganzjährig in demselben Baubetrieb. Ohne das Urlaubskassenverfahren könnten diese Arbeitnehmer keinen Anspruch auf zusammenhängenden Urlaub erwerben. Dieser entsteht nämlich erst nach einer Tätigkeit von sechs Monaten bei einem einzigen Arbeitgeber. Zu diesem Zweck führt die ULAK für jeden baugewerblichen Arbeitnehmer ein Arbeitnehmerkonto, auf dem Freizeit- und Vergütungsansprüche angespart werden. Der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer seinen Urlaub beantragt, gewährt den Urlaub und zahlt die Urlaubsvergütung aus. Die ULAK erstattet dann dem Arbeitgeber die von ihm ausbezahlte Urlaubsvergütung. Für inländische Arbeitgeber ist die Teilnahme am Urlaubskassenverfahren aufgrund der für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge des Baugewerbes Pflicht.
Weitere Ausführungen zum Urlaubskassenverfahren sind zu finden unter www.soka-bau.de. SOKA-BAU ist der gemeinsame Name für die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK), eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VvaG), und die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK), die wie ein einheitliches Unternehmen arbeiten.

Geht bei der Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit eine Meldung nach § 3 AEntG ein, so leitet jene jeweils eine Ausfertigung an das zuständige Hauptzollamt, die ULAK sowie das für die Abführung der Umsatzsteuer zuständige Finanzamt weiter.

Des Weiteren muss der Arbeitgeber die für die Kontrolle der Einhaltung der Rechtspflichten erforderlichen Unterlagen im Inland in deutscher Sprache bereithalten, § 2 Abs. 3 AEntG. Hierzu gehören grundsätzlich: der Arbeitsvertrag oder eine entsprechende Niederschrift nach § 2 NachwG bzw. vergleichbaren ausländischen Gesetzen, die Arbeitszeitnachweise, Lohnnachweise und Quittungen über die Lohnzahlung. Weitere Unterlagen, die ggf. zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen erforderlich sind, hat der Arbeitgeber ggf. auf Anforderung der Kontrollbehörde unverzüglich vorzulegen. Diese Pflicht zur Bereithaltung von Unterlagen im Inland besteht über die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers in Deutschland hinaus bis zur Beendigung der Bauleistung. Die Bereithaltungspflicht endet spätestens nach zwei Jahren.

Darüber hinaus besteht für den Arbeitgeber die Pflicht, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der jeweiligen entsandten Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen für die Dauer von mindestens zwei Jahren aufzubewahren, § 2 Abs. 2a AEntG.

2.1.5.2. Mindestarbeitsbedingungen für alle Branchen

Gemäß § 7 Abs. 1 AEntG sind im Ausland ansässige Arbeitgeber verpflichtet, bestimmte, in deutschen Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelte Arbeitsbedingungen einzuhalten. Diese Regelung ist – anders als § 1 AEntG – nicht auf den Baubereich beschränkt, sondern gilt in allen Branchen. Dabei kommt es – anders z.B. als bei der Sozialversicherung – nicht darauf an, ob diese Arbeitnehmer entsandt wurden; es reicht aus, dass der Arbeitgeber sie in Deutschland beschäftigt. § 7 Abs. 1 AEntG bezieht sich auf alle gesetzlichen Regelungen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, grundsätzlich jedoch nicht auf Tarifverträge – auch wenn sie allgemeinverbindlich sind – sowie Betriebsvereinbarungen[17].

Die Überwachung und Durchsetzung der in § 7 Abs. 1 AEntG genannten Mindestbedingungen obliegt den jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden. Deren Prüfrechte richten sich nach den jeweiligen Spezialgesetzen. Die Einhaltung gesetzlicher Regelungen über Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz – einschließlich der Arbeitszeitvorschriften – wird beispielsweise durch die zuständigen Behörden der Länder kontrolliert (Gewerbeaufsichtsämter, Ämter für Arbeitschutz).

[17] Eine Auflistung der nach § 7 Abs.1 AEntG in Entsendefällen Anwendung findenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften findet sich unter www. zoll.de → Entsendung von Arbeitnehmern → Gesetzliche Regelungen und Tarifverträge → Auflistung der nach § 7 Abs. 1 AEntG in Entsendefällen Anwendung findenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften.

2.1.5.3. Internationale Zusammenarbeit der Verbindungsbüros und Überwachungsbehörden

Das AEntG dient der Umsetzung der Richtlinie 96/ 71/ EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen Um die tatsächliche Umsetzung der Entsende- Richtlinie zu gewährleisten, sieht ihr Artikel 4 eine Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Informationsbereich vor. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten Verbindungsbüros sowie die national zuständigen Überwachungsbehörden benannt. Diese sind Ansprechpartner und Kontaktstellen für die Behörden der anderen Mitgliedstaaten, für Arbeitnehmer entsendende Unternehmen sowie für entsandte Arbeitnehmer[18].

Die praktische Bedeutung der Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Behörden ist derzeit noch gering. Seit April 2005 existieren Kooperationsstandards, nach denen die Verbindungsbüros Anfragen aus anderen Mitgliedstaaten innerhalb von vier Wochen beantworten sollen.

[18] Eine Liste aller Verbindungsbüros und Überwachungsbehörden findet sich unter www. zoll.de → Entsendung von Arbeitnehmern → Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen → 8. Verbindungsbüros.

2.1.6. Steuerrecht

2.1.6.1. Lohnsteuerpflicht in Deutschland

Der Lohnsteuer unterliegt grundsätzlich jeder von einem inländischen Arbeitgeber für Leistungen in einem Dienstverhältnis gezahlte Arbeitslohn (Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit).
Inländischer Arbeitgeber im steuerrechtlichen Sinne ist, wer im Inland einen Wohnsitz, seinen gewöhnlichen Aufenthalt, seine Geschäftsleitung, seinen Sitz, eine Betriebsstätte oder einen ständigen Vertreter hat.

In den Fällen der Arbeitnehmerentsendung ist auch das in Deutschland ansässige aufnehmende Unternehmen, das den Arbeitslohn für die ihm geleistete Arbeit wirtschaftlich trägt, inländischer Arbeitgeber. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die von dem anderen Unternehmen gezahlte Arbeitsvergütung dem deutschen Unternehmen weiterbelastet wird; z.B. eine ausländische Konzernmutter entsendet einen Arbeitnehmer an eine im Inland tätige Tochtergesellschaft gegen Erstattung des Arbeitslohnes. Die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten setzt nicht voraus, dass das inländische Unternehmen den Arbeitslohn im eigenen Namen und für eigene Rechnung auszahlt. Die Lohnsteuerpflicht entsteht bereits im Zeitpunkt der Arbeitslohnzahlung an den Arbeitnehmer, wenn das inländische Unternehmen auf Grund der Vereinbarung mit dem ausländischen Unternehmen mit einer Weiterbelastung rechnen kann; in diesem Zeitpunkt ist die Lohnsteuer vom inländischen Unternehmen zu erheben.

Inländischer Arbeitgeber im Sinne des Steuerrechts ist auch, wer einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung im Inland überlässt, ohne inländischer Arbeitgeber zu sein (ausländischer Verleiher). Die Arbeitgebereigenschaft setzt eine legale Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG nicht voraus.
Die Arbeitnehmerüberlassung ist gewerbsmäßig, wenn der Unternehmer (Verleiher) die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur gelegentlich, sondern auf Dauer betreibt und damit wirtschaftliche Vorteile erzielen will. Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn das Überlassen von Arbeitnehmern als Nebenleistung zu einer anderen Leistung anzusehen ist, z.B. wenn im Falle der Vermietung von Maschinen und Überlassung des Bedienungspersonals der wirtschaftliche Wert der Vermietung überwiegt. Unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AÜG findet das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ebenfalls keine Anwendung.

Zur rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts mit drittbezogener Tätigkeit als Arbeitnehmerüberlassung und ihre Abgrenzung insbesondere gegenüber einem Werkvertrag ist entschei-

dend auf das Gesamtbild der Tätigkeit abzustellen. Auf die Bezeichnung des Rechtsgeschäfts kommt es nicht entscheidend an.

Auf Arbeitnehmerüberlassung weisen u.a. folgende Merkmale hin:

- Der Inhaber der Drittfirma (Entleiherfirma) nimmt im Wesentlichen das Weisungsrecht des Arbeitgebers wahr;
- der mit dem Einsatz des Arbeitnehmers verfolgte Leistungszweck stimmt mit dem Betriebszweck der Drittfirma überein;
- das zu verwendende Werkzeug wird im Wesentlichen von der Drittfirma gestellt, es sei denn auf Grund von Sicherheitsvorschriften;
- die mit anderen Vertragstypen, insbesondere einem Werkvertrag, verbundenen Haftungsrisiken sind ausgeschlossen oder beschränkt worden;
- die Arbeit des eingesetzten Arbeitnehmers gegenüber dem entsendenden Arbeitgeber wird auf der Grundlage von Zeiteinheiten vergütet.

Bei der Prüfung der Frage, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist die Auffassung der Bundesagentur für Arbeit zu berücksichtigen.

2.1.6.2. Entstehen der Lohnsteuer und Haftung für entstandene Lohnsteuer

Die Lohnsteuer entsteht in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitslohn dem Arbeitnehmer zufließt. Dabei ist unerheblich, in welcher Form der Arbeitslohn gewährt wird und ob er als laufender oder einmaliger Bezug gezahlt wird. Dem Lohnsteuerabzug unterliegt auch der im Rahmen des Dienstverhältnisses von einem Dritten gewährte Arbeitslohn, wenn der Arbeitgeber weiß oder erkennen kann, dass derartige Vergütungen erbracht werden.
Schuldner der Lohnsteuer ist der Arbeitnehmer, auch für den Fall einer Nettolohnvereinbarung. Der Arbeitgeber hat die Lohnsteuer grundsätzlich bei jeder Lohnzahlung einzubehalten, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer zur Einkommensteuer veranlagt wird oder nicht. Die Staatsbürgerschaft des Arbeitnehmers ist unbeachtlich. Der Arbeitgeber haftet sowohl für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat, als auch für die Einkommensteuer (Lohnsteuer), die auf Grund fehlerhafter Angaben im Lohnkonto oder in der Lohnsteuerbescheinigung verkürzt wurde.

Bei der Arbeitnehmerüberlassung haftet der Entleiher neben dem Arbeitgeber mit Ausnahme der Fälle, in denen eine Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 des AÜG vorliegt. Der Entleiher haftet auch nicht, wenn er über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Verschulden irrte. Die Haftung beschränkt sich auf die Lohnsteuer für die Zeit, für die ihm der Arbeitnehmer überlassen worden ist.

2.1.6.3. Pflichten des Arbeitnehmers und seines Arbeitgebers

Für die Durchführung des Lohnsteuerabzugs hat der unbeschränkt einkommensteuerpflichtige Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber vor Beginn des Kalenderjahres oder beim Eintritt in das Dienstverhältnis eine Lohnsteuerkarte vorzulegen. Ist der Arbeitnehmer beschränkt einkommenssteuerpflichtig, hat er seinem Arbeitgeber an Stelle der Lohnsteuerkarte eine Bescheinigung des Betriebsstättenfinanzamtes des Arbeitgebers für den Lohnsteuerabzug vorzulegen. Der Arbeitgeber hat die Lohnsteuerkarte bzw. die Bescheinigung aufzubewahren.

Der Arbeitgeber hat am Ort der Betriebsstätte für jeden Arbeitnehmer und jedes Kalenderjahr ein Lohnkonto zu führen, in das die für den Lohnsteuerabzug erforderlichen Merkmale aus der Lohnsteuerkarte oder der Bescheinigung des Finanzamtes, in dessen Bezirk sich die Betriebsstätte befindet (Betriebsstättenfinanzamt), zu übernehmen sind. Bei jeder Lohnzahlung sind im Lohnkonto Art und Höhe des gezahlten Arbeitslohns einschließlich der steuerfreien Bezüge sowie die einbehaltene oder übernommene Lohnsteuer einzutragen.

Der Arbeitgeber hat spätestens am zehnten Tag nach Ablauf eines jeden Lohnsteuer-Anmeldungszeitraums dem Betriebsstättenfinanzamt eine Steuererklärung mit der Summe der im Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum einzubehaltenden und zu übernehmenden Lohnsteuer zu übermitteln (Lohnsteuer-Anmeldung) und die im Anmeldungszeitraum insgesamt einbehaltene und übernommene Lohnsteuer an das Betriebsstättenfinanzamt abzuführen. Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum ist grundsätzlich der Kalendermonat; ggf. das Kalendervierteljahr oder das Kalenderjahr.

2.1.6.4. Umsatzsteuer

Im Inland ansässige Unternehmer, die hier Umsätze erbringen, müssen sich– unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit– für Umsatzsteuerzwecke bei dem für sie zentral zuständigen Finanzamt nach erfassen lassen und dort Umsatzsteuer-Voranmeldungen und/oder eine Umsatzsteuererklärung für das Kalenderjahr abgeben.

Ein Unternehmer ist im Inland ansässig, wenn er im Inland (§ 1 Abs. 2 UStG), auf der Insel Helgoland oder in einem der in § 1 Abs. 3 UStG bezeichneten Gebiete einen Wohnsitz, seinen Sitz, seine Geschäftsleitung oder eine Zweigniederlassung hat.

Im Ausland ansässige Unternehmer, die im Inland Umsätze erbringen, für die sie Umsatzsteuer schulden, müssen sich bei dem für sie zuständigen Finanzamt erfassen lassen und dort Umsatzsteuer-Voranmeldungen und/oder eine Umsatzsteuererklärung für das Kalenderjahr abgeben.

2.1.6.5. Steuerliche Erfassung

Bei der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen im Inland durch Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat sind folgende Anzeigepflichten zu beachten:

- Steuerpflichtige, die nicht natürliche Personen sind, haben nach § 137 AO dem zuständigen Finanzamt und den für die Erhebung der Realsteuern zuständigen Gemeinden die Umstände anzuzeigen, die für die steuerliche Erfassung von Bedeutung sind, insbesondere die Gründung, den Erwerb der Rechtsfähigkeit, die Änderung der Rechtsform, die Verlegung der Geschäftsleitung oder des Sitzes und die Auflösung. Die Mitteilungen sind innerhalb eines Monats seit dem meldepflichtigen Ereignis zu erstatten. Zuständig ist das Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung befindet. Befindet sich die Geschäftsleitung nicht im Geltungsbereich des Gesetzes oder lässt sich der Ort der Geschäftsleitung nicht feststellen, so ist das Finanzamt örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Steuerpflichtige seinen Sitz hat.
- Wer einen gewerblichen Betrieb oder eine Betriebsstätte eröffnet, hat dies nach § 138 AO nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck der Gemeinde mitzuteilen, in der der Betrieb oder die Betriebsstätte eröffnet wird; die Gemeinde unterrichtet unverzüglich das zuständige Finanzamt von dem Inhalt der Mitteilung.

2.1.6.6. Zuständigkeit

Die Prüfung der Erfüllung steuerlicher Pflichten obliegt gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 SchwarzArbG den Landesfinanzbehörden. Die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter) sind gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG zur Mitwirkung an diesen Prüfungen berechtigt. Unabhängig davon prüfen die Behörden der Zollverwaltung zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 4 SchwarzArbG, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass steuerlichen Pflichten aus Dienst- und Werkvertragsleistungen nicht nachgekommen wurde.

2.1.7. Gewerberecht

Die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen ist gewerberechtlich unbeachtlich und damit nicht anzeigepflichtig, wenn es sich lediglich um einmalige Dienstleistungen von kurzer Dauer handelt. Eine Anzeigepflicht nach § 14 GewO kann jedoch im Einzelfall bestehen, wenn Dienstleistungen erbracht werden, die zwar nur von kurzer Dauer sind, jedoch wiederholt vorgenommen werden und sich auf einen Ort konzentrieren oder aber in verschiedenen Orten, jedoch wiederholt vorkommen.

Die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen bedarf dann einer Erlaubnis, wenn die Leistungen solche eines erlaubnispflichtigen Gewerbes sind. Anerkannt wird jedoch eine Erlaubnis des Gewerbetreibenden im Herkunftsland mit vergleichbarem Schutzniveau.

Örtlich zuständig sind die Behörden, in deren Bezirk der anzeige- bzw. erlaubnispflichtige Vorgang stattfindet. Die sachliche Zuständigkeit wird durch Landesrecht bestimmt. Es handelt sich hierbei je nach Bundesland um die Gemeinden, Kreise, Gewerbeämter, Ordnungsämter, Bezirksämter oder dergleichen.

2.1.8. Handwerksrecht

Zusätzlich zu den gewerberechtlichen Anforderungen sind spezielle handwerksrechtliche Voraussetzungen zu beachten, wenn die Dienstleistung über die Grenze als stehendes Gewerbe in einem zulassungspflichtigen Handwerk erfolgen soll. Die zulassungspflichtigen Handwerke sind in Anlage A zur Handwerksordnung (HwO) aufgeführt, die im Anhang C zu finden ist.

2.1.8.1. Grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen durch einen Handwerksbetrieb

Wer als EU- oder EWR- Staatsangehöriger grenzüberschreitend in einem Handwerk der Anlage A tätig werden möchte, wird nicht in die Handwerksrolle eingetragen. Er benötigt aber gemäß § 9 Abs. 2 HwO i.V.m. § 4 EU/EWR-HwV eine Bescheinigung, durch die die zuständige Behörde anerkannt hat, dass er die Voraussetzungen zur Ausübung des betreffenden Handwerks in Deutschland erfüllt.

Wer sich dagegen in einem solchen Handwerk in Deutschland niederlassen will, benötigt eine Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 9 Abs. 1 HwO i.V.m. der EU/EWR-HwV (vgl. 3.1.2.).

2.1.8.2. Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung oder einer Bescheinigung

Voraussetzung für die Erteilung der Ausnahmebewilligung bzw. der Bescheinigung ist – mit Ausnahme der in den Nummern 12 und 33 bis 37 der Anlage A genannten Berufe (Anhang C) – für die Staatsangehörigen aus der EU oder dem EWR eine Bescheinigung der zuständigen Stelle des Herkunftsstaates über die Art und Dauer der Ausübung der betreffenden Tätigkeit in dem Herkunftsstaat.
Wenn in der Bescheinigung des Herkunftsstaates nachgewiesen ist, dass der Antragsteller die betreffende Tätigkeit

- mindestens sechs Jahre ununterbrochen als Selbständiger oder als Betriebsleiter oder
- mindestens drei Jahre ununterbrochen als Selbständiger oder als Betriebsleiter, nachdem er in dem Beruf eine mindestens dreijährige Ausbildung erhalten hat, oder
- mindestens drei Jahre ununterbrochen als Selbständiger und mindestens fünf Jahre als Unselbständiger oder

- mindestens fünf Jahre ununterbrochen in leitender Stellung, davon mindestens drei Jahre in einer Tätigkeit mit technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens, nachdem er in dem betreffenden Beruf eine mindestens dreijährige Ausbildung erhalten hat,

ausgeübt hat und die ausgeübte Tätigkeit zumindest eine wesentliche Tätigkeit des Gewerbes umfasst, für das die Ausnahmebewilligung beantragt wird, besteht gemäß § 9 HwO in Verbindung mit der EU/EWR-HwV ein Anspruch auf die Erteilung der Ausnahmebewilligung bzw. Bescheinigung durch die deutsche Behörde.
Berufserfahrung ist entbehrlich, wenn der Antragsteller einen Befähigungsnachweis vorweisen kann, der nach den europäischen Richtlinien zur Anerkennung von Befähigungsnachweisen anzuerkennen ist (z.B. Diplom oder Prüfungszeugnis). Für die Ausübung eines Gesundheitshandwerks (Nummern 33 bis 37 der in der Anlage A genannten Berufe) ist in jedem Fall ein Befähigungsnachweis erforderlich. Berufserfahrung allein reicht nicht aus.

2.2. Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen

Liegen die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Entsendung nicht vor, kann es sich um ein inländisches Beschäftigungsverhältnis handeln. Bei Anhaltspunkten hierfür sind die jeweils für die Verfolgung zuständigen Behörden, insbesondere die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, zu unterrichten.

2.2.1. Sozialversicherungsrecht

Liegt keine Entsendung im Sinne der Verordnung (EWG) 1408/71 vor, so löst das Beschäftigungsverhältnis in Deutschland die sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten aus, deren Nichterfüllung § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG als Schwarzarbeit qualifiziert.
Die Beurteilung der rechtlichen Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses obliegt den Sozialversicherungsträgern.

Werden die Melde- und Beitragspflichten nicht erfüllt, kann der Straftatbestand des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB erfüllt sein.
Täter kann nur der Arbeitgeber sein. Für die Bestimmung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, kommt es auch hier auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Strafbar ist sowohl das Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen als auch das Nichtabführen von Arbeitgeberanteilen. Für die Zahlung der Arbeitnehmeranteile haftet gegenüber der Einzugsstelle allein der Arbeitgeber, § 28e SGB IV. Er ist gemäß § 28a Abs. 1 SGB IV auch verpflichtet, der Einzugsstelle das Bestehen des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mitzuteilen. Der vermeintliche Auftraggeber muss sich bewusst sein, dass er zum Arbeitgeber wird und er daher die sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeberpflichten zu tragen hat. Handelt es sich um eine bewusste Umgehung der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften, liegt Kenntnis über das faktische Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses vor.

Zuwiderhandlungen gegen die Melde-, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten sind in § 111 SGB IV außerdem mit einem Bußgeld bewehrt.

In diesem Zusammenhang ist die EuGH-Rechtsprechung zur Bindungswirkung der Bescheinigung E 101 zu beachten. Danach bindet die Bescheinigung E 101 den zuständigen Träger und die Gerichte des Mitgliedsstaates, in den die Arbeitnehmer entsandt worden sind, solange sie nicht von den Behörden des Ausstellungsstaates zurückgezogen oder für ungültig erklärt wird.[19]

[19] Vgl. EuGH-Urteil vom 26. Januar 2006, Rechtssache C-2/05 (Rijkdienst voor Sociale Zekerheid ./. Herbosch Kiere NV)

2.2.2. Aufenthaltsrecht

Der Verlust des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers kann nur in Ausnahmefällen – nach sorgfältiger Prüfung des Einzelfalles – als Folge einer nicht ordnungsgemäßen Entsendung festgestellt werden.

Bei Unionsbürgern sind die Hürden für den Verlust des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit außerordentlich hoch (vgl. § 6 FreizügG/EU). Das persönliche Verhalten des Unionsbürgers muss eine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Allein eine strafrechtliche Verurteilung reicht dazu nicht aus. Das der Straftat zu Grunde liegende persönliche Verhalten muss von der Behörde eigens im Lichte der vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Grundsätze gewürdigt werden. Eine aktuelle Gefährdung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung kann nur bejaht werden, wenn eine von der Ausländerbehörde zu erstellende Gefahrenprognose ergibt, dass eine erneute Verletzung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit für die Zukunft zu erwarten ist.

Das im Zusammenhang mit nicht ordnungsgemäßer Entsendung stehende sanktionierte Verhalten ist in der Regel als Ordnungswidrigkeit und in Ausnahmefällen als Straftat eingestuft (vgl. Ausführungen zu Straf- und Bußgeldtatbeständen unter 2.2.).

Sollte es zu Verurteilungen von Unionsbürgern kommen, wäre von der zuständigen Ausländerbehörde im Einzelfall anhand der vom EuGH aufgestellten Kriterien zu prüfen, ob eine Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts in Betracht kommt.

2.2.3. Arbeitsgenehmigungsrecht

Wer als Arbeitgeber ausländische Arbeitnehmer ohne entsprechenden Aufenthaltstitel mit Arbeitsmarktzugang oder ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III beschäftigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III. Wird diese Handlung vorsätzlich begangen und erfolgt eine Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern in größerem Umfang und/oder zu Arbeitsbedingungen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer stehen, kann dies als Straftat nach §§ 10, 11 SchwarzArbG geahndet werden.

Der ausländische Arbeitnehmer begeht bei einer Beschäftigung ohne die vorherige Einholung eines geeigneten Aufenthaltstitels oder ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III.

Wer eine in § 404 Abs. 2 Nr. 3 oder § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III bezeichnete vorsätzliche Handlung beharrlich wiederholt, erfüllt nach § 11 SchwarzArbG ebenfalls einen Straftatbestand.

Darüber hinaus sehen auch die bilateralen Werkvertragsarbeitnehmerabkommen Sanktionen vor. Soweit Werkvertragsunternehmen einzelne in den Werkvertragsabkommen genannte Bestimmungen (u.a. Zahlung des Tariflohns, Verbot der Arbeitnehmerüberlassung) verletzen, werden diese Unternehmen von der Durchführung künftiger Werkverträge ausgeschlossen.

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 14 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 SchwarzArbG und § 405 Abs. 1 Nr. 1 SGB III die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter).

2.2.4. Illegale Arbeitnehmerüberlassung

Bei Fällen nicht ordnungsgemäßer Entsendung kann es sich um illegale Arbeitnehmerüberlassung wegen Verleihs ohne Verleiherlaubnis handeln mit der Folge, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein inländisches Arbeitsverhältnis mit allen sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten für den Arbeitgeber als zustande gekommen gilt, § 10 Abs. 1 AÜG (Fiktion). Die Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern sind nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat.
Für anfallende Sozialversicherungsbeiträge haftet neben dem Entleiher auch der Verleiher als Gesamtschuldner, § 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV.

Die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung ist gemäß § 16 AÜG grundsätzlich mit Bußgeld, der unerlaubte Verleih ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung ist auf Verleiherseite in § 15 AÜG mit Strafe bedroht.

Den Straftatbestand des § 15a AÜG, der ausschließlich den legalen Entleih betrifft, kann nur begehen, wer als Entleiher ihm überlassene Ausländer ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen beschäftigt.

Bei unerlaubtem Entleih kommt auf Seiten des Entleihers bei Beschäftigung eines Ausländers ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung zunächst eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III in Betracht, da dieser aufgrund der Fiktion des § 10 AÜG als Arbeitnehmer des Entleihers anzusehen ist. Beschäftigt der vermeintliche Entleiher den Arbeitnehmer auch noch zu ungünstigen Arbeitsbedingungen, macht er sich gemäß § 10 SchwarzArbG strafbar. Bei einer gleichzeitigen Beschäftigung von mehr als fünf Ausländern ohne Genehmigung oder einer vorsätzlichen beharrlichen Wiederholung der Beschäftigung von Ausländern ohne die erforderliche Genehmigung ist der Straftatbestand des § 11 SchwarzArbG erfüllt.

Bei unerlaubtem Entleih von Arbeitnehmern ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung tritt § 16 Abs. 1 Nr. 1a AÜG hinter § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sowie ggf. §§ 10, 11 SchwarzArbG zurück.

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 14 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 SchwarzArbG, § 405 Abs. 1 Nr. 1 SGB III oder § 16 Abs. 3 AÜG die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter).

2.2.5. Arbeitnehmer- Entsendegesetz

2.2.5.1. Ordnungswidrigkeiten gemäß § 5 AEntG

Verstöße gegen die Pflichten aus §§ 1 bis 3 AEntG können als Ordnungswidrigkeit nach § 5 AEntG geahndet werden.
Arbeitgeber mit Sitz im Ausland handeln nach § 5 Abs. 1 AEntG ordnungswidrig, wenn sie

- Pflichten aus § 1 AEntG nicht erfüllen (Gewährung der tariflichen Arbeitsbedingungen, Nichtleistung der Beiträge an die ULAK),
- die sich aus § 2 Abs. 2 Satz 1 AEntG in Verbindung mit dem SchwarzArbG ergebenden Mitwirkungspflichten nicht erfüllen,
- gegen die Bereithaltungspflicht nach § 2 Abs. 3 AEntG verstoßen,
- gegen die Aufzeichnungs- und/ oder die Aufbewahrungspflicht nach § 2 Abs. 2a AEntG verstoßen,
- gegen die Meldepflichten nach § 3 Abs. 1, 2 AEntG oder die Pflicht zur Abgabe einer Versicherung nach § 3 Abs. 3 AEntG verstoßen.

Gleiches gilt für Arbeitgeber mit Sitz im Inland, wenn sie ihre Zahlungspflichten aus § 1 AEntG oder ihre Mitwirkungspflichten nach § 2 AEntG nicht erfüllen.

Ordnungswidrig handelt zudem, wer als Unternehmer einen anderen Unternehmer mit Bauleistungen beauftragt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser bei der Erfüllung dieses Auftrags gegen § 1 AEntG verstößt oder dieser einen Nachunternehmer einsetzt, der gegen diese Vorschrift verstößt, § 5 Abs. 2 AEntG.

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 5 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 1 AEntG die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter).

2.2.5.2. Lohnwucher

Unabhängig von einer Pflicht zur Zahlung eines tarifvertraglichen Mindestlohns – und damit auch außerhalb der Baubranche– kommt bei Zahlung sehr geringer Löhne eine Strafbarkeit des Arbeitgebers nach § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Lohnwuchers in Betracht.

Voraussetzung für die Verwirklichung dieses Tatbestandes ist zum einen, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der Gegenleistung des Arbeitgebers besteht. Zur Feststellung des Missverhältnisses ist ein Vergleich zwischen den Werten von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen. Maßstab für den Wert der Arbeitnehmerleistung ist die verkehrsübliche Vergütung. Dabei sind die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweiges sowie der ortsübliche Lohn in der entsprechenden Branche als Bestimmungskriterien heranzuziehen. Auffällig ist das Missverhältnis jedenfalls dann, wenn der gezahlte Lohn lediglich 2/3 des Tariflohns beträgt. Nicht erforderlich ist, dass dieser Tariflohn für allgemein verbindlich erklärt wurde. Unerheblich sind die Vorteile, die das Opfer aus dem Geschäft erlangt (z.B. die Kaufkraft, die mit dem ausbezahlten Lohn für den Arbeitnehmer an seinem Wohnort verbunden ist).

Des Weiteren muss der Täter eine Schwäche des Opfers ausgebeutet haben. Darunter fallen beispielsweise eine Zwangslage des Opfers sowie seine Unerfahrenheit. Unter einer Zwangslage ist eine wirtschaftliche Bedrängnis zu verstehen, die die Existenz des Betroffenen bedroht oder schwere wirtschaftliche Nachteile mit sich bringt oder befürchten lässt. Unerfahrenheit liegt dann vor, wenn es dem Opfer soweit an Geschäftskenntnis und Erfahrungen mangelt, dass er sich darin deutlich vom Durchschnittsmenschen unterscheidet. Von Bedeutung können dabei u.a. auch die mangelnden Sprachkenntnisse des Opfers sein, aufgrund derer es ihm erschwert ist, die Situation anderweitig zu beurteilen.

2.2.5.3. Verstöße gegen sonstige Vorschriften, die gemäß § 7 AEntG Anwendung finden

Das AEntG enthält keine Straf- oder Ordnungswidrigkeitsvorschriften für Verstöße des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung nach § 7 AEntG, seinen Arbeitnehmern bestimmte, in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltene Mindestarbeitsbedingungen zu gewähren. Sanktionen für solche Vorschriften richten sich ausschließlich nach dem jeweiligen Einzelgesetz. Daneben hat jeder betroffene Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Gewährung der nach § 7 Abs. 1 AEntG vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen vor dem Arbeitsgericht einzuklagen.

2.2.6. Steuerrecht

Handelt es sich aufgrund der fehlenden Voraussetzungen für eine (steuerrechtliche) Entsendung um ein inländisches Arbeitsverhältnis, so unterliegt das gezahlte Arbeitsentgelt der Lohnsteuer (vgl. oben 2.1.6.).

Soweit eine Steuerpflicht nach materiellem Rechts besteht, ist der Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO erfüllt, wenn den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen vorsätzlich falsche oder unvollständige Angaben gemacht oder die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis gelassen werden und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt werden. Geschieht dies leichtfertig, ist die Tat als leichtfertige Steuerverkürzung mit einer Geldbuße von bis zu fünfzigtausend Euro bedroht.

2.2.7. Gewerberecht

Wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 14 GewO eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet, begeht gemäß § 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO eine Ordnungswidrigkeit.

Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein erlaubnispflichtiges Gewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betreibt, begeht gemäß § 144 Abs. 1 Nr.1 oder § 145 Abs. 1 Nr. 1 GewO eine Ordnungswidrigkeit. Wer letztere Zuwiderhandlung beharrlich wiederholt oder dadurch Leben oder Gesundheit eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, begeht gemäß § 148 GewO eine Straftat.

Wer seiner Verpflichtung nach § 14 GewO, den Beginn des selbständigen Betriebs eines stehenden Gewerbes anzuzeigen, nicht nachgekommen ist, leistet zudem Schwarzarbeit, § 1 Abs. 2 Nr. 4 SchwarzArbG. Er begeht eine Ordnungswidrigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe d SchwarzArbG, wenn er Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbringt.

2.2.8. Handwerksrecht

Wer ein Handwerk der Anlage A zur Handwerksordnung in Deutschland als stehendes Gewerbe mit einer Niederlassung selbständig betreibt, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, handelt gemäß § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO ordnungswidrig. Gleiches gilt für die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, wenn der Dienstleister nicht im Besitz der nach § 9 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 EU/EWR-HwV erforderlichen Bescheinigung der zuständigen deutschen Behörde ist.

Wer ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe mit einer Niederlassung selbständig betreibt, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, leistet zudem Schwarzarbeit gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG. Er handelt ordnungswidrig, wenn er Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbringt, § 8 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe e SchwarzArbG.

2.2.9. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge

Von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge sollen Unternehmer bei Verstößen gegen die Vorschriften über illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit bis zu drei Jahren ausgeschlossen werden, § 21 Abs. 1 SchwarzArbG.

Voraussetzung ist jedoch, dass die Unternehmer oder deren Vertretungsberechtigte wegen eines in § 21 SchwarzArbG aufgeführten Verstoßes zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen verurteilt oder mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro belegt worden sind.

Zudem sollen nach § 6 AEntG Bewerber, gegen die nach § 5 AEntG eine Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro verhängt worden ist, für angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit von der Teilnahme an entsprechenden Wettbewerben ausgeschlossen werden.

Sowohl nach § 21 Abs. 1 SchwarzArbG als auch nach § 6 AEntG gilt das gleiche auch schon vor der Durchführung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung hinsichtlich der zuvor genannten Tatbestände besteht.
Die für die Verfolgung oder Ahndung der Tatbestände zuständigen Behörden sind dann sowohl nach § 21 Abs. 1 SchwarzArbG als auch nach § 6 AEntG berechtigt, den Vergabestellen direkt die erforderlichen Auskünfte zu geben.

Die in das Gewerbezentralregister einzutragenden Entscheidungen, Feststellungen und Tatsachen finden sich in § 149 Abs. 2 GewO[20]. Die Verpflichtung der Behörden und Gerichte zu deren Übermittlung ergibt sich aus § 153a GewO sowie aus den jeweiligen spezialgesetzlichen Regelungen (z.B. § 5 Abs. 6 AEntG, § 12 Abs. 4 SchwarzArbG, § 405 Abs. 5 SGB III).

Die Vergabestellen, das sind bundesweit alle in § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) genannten öffentlichen Auftraggeber, sind sowohl nach § 21 Abs. 1 SchwarzArbG als auch nach § 6 AEntG verpflichtet, im Rahmen ihrer Tätigkeit entsprechende aktuelle Auskünfte beim Gewerbezentralregister einzuholen oder sich diese von den Bewerbern vorlegen zu lassen. Weitere Regelungen bezüglich des Ausschlusses von der Auftragsvergabe durch öffentliche Stellen finden sich teilweise in vergaberechtlichen Vorschriften der Länder[21].

[20] Das Gewerbezentralregister wird durch den Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof in der Dienststelle Bundeszentralregister geführt. Weitere Informationen unter: www.bundeszentralregister.de → GZR.
[21] Vgl. beispielhaft Bayerisches Bauaufträge- Vergabegesetz (BayBauVG), Hamburgisches Vergabegesetz.

3. Niederlassungsfreiheit

3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen

3.1.1. Steuerrecht

Die Prüfung der Erfüllung steuerlicher Pflichten (vgl. zur Lohn- und Umsatzsteuer die Ausführungen unter 2.1.6.) obliegt gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 SchwarzArbG den Landesfinanzbehörden. Die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter) sind gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG zur Mitwirkung an diesen Prüfungen berechtigt. Unabhängig davon prüfen die Behörden der Zollverwaltung zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 4 SchwarzArbG, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass steuerlichen Pflichten aus Dienst- und Werkvertragsleistungen nicht nachgekommen wurde.

3.1.2. Gewerberecht

Bei Begründung einer gewerblichen Niederlassung im Inland gelten für selbständige Gewerbetreibende nach dem EGV dieselben Bedingungen wie für Inländer.

Der Beginn des selbständigen Betriebs eines stehenden Gewerbes, des Betriebs einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle ist der zuständigen Behörde anzuzeigen (Gewerbeanzeige nach § 14 GewO). Anzuzeigen ist auch eine Betriebsverlegung, ein Wechsel oder eine Ausdehnung des Gegenstands des Gewerbes sowie die Betriebsaufgabe. Im Anhang A befindet sich der gesetzlich vorgeschriebene Vordruck für die Gewerbeanzeige (Anlage 7). Aus diesem Formular gehen die notwendigen Angaben hervor, so vor allem Name und Vorname des Gewerbetreibenden, sein Wohnsitz, der Gegenstand seines Gewerbes und der Beginn der Gewerbeausübung.
Zusätzliche Erfordernisse bestehen für die Ausübung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes. Hierfür ist eine deutsche Erlaubnis erforderlich. Das jeweilige Erlaubnisverfahren dient regelmäßig der Prüfung der Zuverlässigkeit des Antragstellers. Für bestimmte Gewerbe wird der Nachweis einer entsprechenden Qualifikation verlangt.

Durch Änderungen in der GewO, die am 13. September 2005 in Kraft getreten sind, können die Gewerbeämter verstärkt zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit beitragen.
Die Gewerbeanzeige darf nunmehr grundsätzlich den zur Bekämpfung der Schwarzarbeit zuständigen Behörden der Zollverwaltung übermittelt werden, § 14 Abs. 5 Nr. 7 GewO.

Örtlich zuständig sind die Behörden, in deren Bezirk der anzeige- bzw. erlaubnispflichtige Vorgang stattfindet. Die sachliche Zuständigkeit wird durch Landesrecht bestimmt. Es handelt sich hierbei je nach Bundesland um die Gemeinden, Kreise, Gewerbeämter, Ordnungsämter, Bezirksämter oder dergleichen.

3.1.3. Handwerksrecht

Zusätzlich zu den gewerberechtlichen Anforderungen sind spezielle handwerksrechtliche Voraussetzungen zu beachten, wenn die Niederlassung als stehendes Gewerbe in einem zulassungspflichtigen Handwerk erfolgen soll. Die zulassungspflichtigen Handwerke sind in Anlage A zur HwO aufgeführt, die im Anhang C zu finden ist.

Wer sich als Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates der EU oder des EWR mit einem Handwerk der Anlage A zur Handwerksordnung in Deutschland für ein stehendes Gewerbe niederlassen will, benötigt eine Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 9 Abs. 1 HwO i.V.m. der EU/EWR-HwV. Zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Ausnahmebewilligung vgl. oben 2.1.8.2..

Durch Änderungen in der HwO, die am 13. September 2005 in Kraft getreten sind, haben die Handwerkskammern weitere Prüfbefugnisse zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit erhalten.
Den Handwerkskammern wurde ermöglicht, bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen auch Auskünfte und Nachweise über das Vorliegen einer Betriebsstätte zu verlangen. Kann ein Antragsteller keine wie auch immer geartete Betriebsstätte vorweisen, so kann dies grundsätzlich als Indiz dafür gewertet werden, dass keine selbständige Ausübung eines Handwerks vorliegt.

Zudem können die Handwerkskammern sich nunmehr auch durch automatisierten Datenabgleich darüber unterrichten, ob ein Antrag auf Eintragung in das Verzeichnis zulassungsfreier Handwerke bereits in einem anderen Kammerbezirk wegen Nichterfüllung der Eintragungsvoraussetzungen abgewiesen wurde.

3.2. Scheinselbständigkeit

3.2.1. Kriterien für die Abgrenzung Selbständigkeit/ abhängige Beschäftigung

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Frage der Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Auch das Tragen eines unternehmerischen Risikos sowie das Handeln in eigenem Namen und für eigene Rechnung und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit charakterisieren eine selbständige Tätigkeit. Die Maßstäbe für die Abgrenzung sind im Sozialrecht, Steuerrecht und Arbeitsrecht annähernd gleich. § 7 Abs. 1 SGB IV definiert Beschäftigung als die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Arbeitnehmer ist danach, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistungen im Rahmen einer von seinem Arbeitgeber bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist dabei der Grad der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber, d.h. der Umfang des Weisungsrechtes des Arbeitgebers bezüglich Inhalt, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit des Arbeitnehmers. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses geht allerdings weiter als der des Arbeitsverhältnisses. Er erfasst auch Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegt, insbesondere weil der Arbeitsvertrag unwirksam ist[22].

Für die Abgrenzung ist nicht die im Vertrag gewählte Bezeichnung maßgeblich. Vielmehr kommt es auf die konkrete Ausgestaltung und deren tatsächlichen Vollzug an.
Die zuständigen Sozialversicherungsträger entscheiden anhand der im Fragebogen (siehe Anhang A, Anlage 8) dargestellten Kriterien über den sozialversicherungsrechtlichen Status eines Beschäftigten. Bei Zweifeln an der Selbständigkeit der Tätigkeit eines Beschäftigten ist ggf. bereits unter Angabe entsprechender Anhaltspunkte eine Entscheidung durch den Sozialversicherungsträger herbeizuführen.
Folgende Kriterien können im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung darstellen:

- persönliche Abhängigkeit:
  Weisungsgebundenheit hinsichtlich
  - Ort: Verpflichtung zu regelmäßigem Erscheinen am Arbeitsort bzw. in den Betriebsräumen

[22] Weitere Ausführungen zur sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung sowie zu einzelnen Berufsgruppen sind zu finden im Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 05. Juli 2005 zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit, www.deutsche-rentenversicherung.de → Angebote für spezielle Zielgruppen → Arbeitgeber & Steuerberater → Publikationen → Spitzenverbände → Rundschreiben → Gemeinsame Rundschreiben 2005.

  - Zeit: Aufnahme in die Dienstpläne; freie Arbeitszeit dagegen wird bejaht, wenn keine festen Dienststunden bestehen, d.h. Anfang und Ende der Arbeitszeit frei regelbar sind
  - Inhalt der Tätigkeit
- Pflicht zur ständigen Dienstbereitschaft
- Feste Bezüge; Überstundenvergütung; Stundenlohn
- Urlaubsanspruch; Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall
- Anspruch auf sonstige Sozialleistungen
- Eingliederung in den Betrieb
  - Einbindung des Mitarbeiters in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation
  - Benutzung betrieblicher Einrichtungen (Arbeitsgeräte)
  - Einbeziehung des Mitarbeiters in die Organisation und Hierarchie beim Auftraggeber
- Enge ständige Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern des Auftraggebers
- Schulden der Arbeitskraft (Dienstvertrag), nicht eines Arbeitserfolges (Werkvertrag)
- Unselbständigkeit in Organisation und Durchführung der Tätigkeit
- Ausführung einfacher Tätigkeiten, bei denen Weisungsabhängigkeit die Regel ist.
- Verrichtung vergleichbarer Tätigkeiten für den Auftraggeber erfolgt regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer.
- Die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die der Mitarbeiter für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.
- Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber.
- Eine Tätigkeit in nur unbedeutendem Umfang für einen oder auch mehrere andere Auftraggeber schließt die Vermutung der Beschäftigung nicht aus.
- Eine wesentliche Tätigkeit nur für einen Auftraggeber liegt i.d.R. vor, wenn der Betroffene mindestens 5/6 seiner gesamten Einkünfte allein aus einer Tätigkeit erzielt.
- Keine typischen Merkmale unternehmerischen Handelns erkennbar:
  - Kein Unternehmerrisiko, keine Unternehmerinitiative und keine unternehmerische Entscheidungsfreiheit
  - Kein unternehmerisches Auftreten am Markt

- Keine eigene Betriebsstätte
- Keine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft
- Keine Pflicht zur Beschaffung von Arbeitsmitteln
- Kein Kapitaleinsatz
- Keine eigenständige Entscheidung über Warenbezug, Einstellung von Personal, Einsatz von Kapital und Maschinen

➢ Leistungserbringung nur in eigener Person (rechtlich und tatsächlich) möglich:

➢ Im Gegensatz zu einem Selbständigen kann ein abhängig Beschäftigter die von ihm zu erbringende Arbeitsleistung in der Regel nicht auf andere Personen übertragen, sondern ist verpflichtet, sie persönlich zu erbringen.

Die Entscheidung der Frage, ob eine Tätigkeit selbständig ausgeübt wird oder ob es sich um eine abhängige Beschäftigung handelt, hat für das Steuer- und das Sozialversicherungsrecht getrennt durch die jeweils sachlich zuständige Stelle zu erfolgen. Auch wenn die Kriterien im Steuer- und Sozialversicherungsrecht annähernd gleich sind, so kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der jeweiligen Gerichtsbarkeit den Merkmalen eine abweichende, unterschiedliche Gewichtung innerhalb der zu betrachtenden Gesamtumstände beigemessen werden.
Die sozialversicherungsrechtliche Entscheidung der Frage, ob eine Tätigkeit selbständig ausgeübt wird oder ob es sich um eine abhängige Beschäftigung handelt, treffen ausschließlich die zuständigen Träger der Sozialversicherung. Die Entscheidung erfolgt dabei entweder durch die zuständigen Krankenkassen als Einzugsstellen des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (§ 28h SGB IV), durch die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der regelmäßigen Arbeitgeberprüfungen (§ 28p SGB IV) oder im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens[23] durch die Clearingstelle bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (§ 7a SGB IV). Bei gerichtlicher Klärung entscheidet ein Gericht der Sozialgerichtsbarkeit.
Die steuerrechtliche Entscheidung obliegt der Landesfinanzverwaltung sowie der Finanzgerichtsbarkeit.

[23] Weiter Informationen: www.deutsche-rentenversicherung.de

3.2.2. Einzelselbständige

Tritt ein Auftragnehmer auf, der vorgibt Einzelselbständiger zu sein, so ist anhand der zuvor aufgeführten Kriterien zu prüfen, ob er tatsächlich selbständig tätig ist oder ob er sich lediglich in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zum vermeintlichen Auftraggeber befindet, der faktisch sein Arbeitgeber ist.

Allein die Gewerbeanmeldung bzw. die Eintragung in das Handelsregister stützen bei einem Einzelselbständigen nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit kann jedoch die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit, für die eine besondere amtliche Genehmigung oder Zulassung benötigt wird, herangezogen werden.

3.2.3. Gesellschaften

Im Zusammenhang mit dem Auftreten von Gesellschaften lassen sich in Bezug auf das Thema Scheinselbständigkeit folgende Konstellationen feststellen[24]:

- Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedsstaaten schließen sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bzw. einer vergleichbaren ausländischen Gesellschaft zusammen, um Aufträge gegenüber einem Auftraggeber zu erfüllen. Tatsächlich aber sind die vermeintlichen Gesellschafter als Arbeitnehmer des Auftraggebers zu qualifizieren. Für die Qualifizierung einer beteiligten Person als Gesellschafter oder abhängig Beschäftigter sind die unter 3.2.1. dargestellten Kriterien maßgeblich.
- Des Weiteren häufen sich Fallgestaltungen, in denen ein „Kopf“ zusammen mit einer Vielzahl von un- bzw. schlecht qualifizierten Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten als Gesellschafter einer GbR bzw. einer vergleichbaren ausländischen Gesellschaft auftritt, ohne dass die Voraussetzungen für diese Gesellschaftsform vorliegen. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob eine Gesellschafterstellung der Mitarbeiter tatsächlich vorliegt oder ob es sich faktisch um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu dem jeweiligen deutschen oder ausländischen „Kopf“ der Gesellschaft handelt.

  Voraussetzung für das Vorliegen einer GbR ist, dass die Gesellschafter einen gemeinsamen Zweck verfolgen und sich dessen auch bewusst sind. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist hingegen dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragsparteien jeweils eigene Zwecke verfolgen und wechselseitige Leistungen erbringen. Hier sind für die Prüfung ebenfalls die unter 3.2.1. dargestellten Kriterien heranzuziehen.

[24] Weitere Ausführungen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung bezogen auf verschiedene Gesellschaftsformen sind zu finden unter Punkt 3.4 (S 18f.) des Gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 05.Juli 2005 zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit, www.deutsche-rentenversicherung.de → Angebote für spezielle Zielgruppen → Arbeitgeber & Steuerberater → Publikationen → Spitzenverbände → Rundschreiben → Gemeinsame Rundschreiben 2005.

- Auch in Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine GbR vorliegen, kann bei einzelnen Gesellschaftern gleichzeitig ein sozialversicherungs- und ggf. arbeitsgenehmigungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mit der GbR bzw. dem Kopf der GbR vorliegen, sofern die Art und Weise der Beschäftigung einer typischen Arbeitnehmertätigkeit entspricht. Weitere Indizien können beispielsweise die nur verhältnismäßig geringe Einlage sowie die Bindung an feste Arbeitszeiten sein.

3.3. Rechtsfolgen der Scheinselbständigkeit

Liegen Anhaltspunkte für eine Scheinselbständigkeit vor, sind die jeweils für die Verfolgung zuständigen Behörden, insbesondere die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, zu unterrichten.

3.3.1. Arbeitnehmer

3.3.1.1. Sozialversicherungsrecht

Da Scheinselbständige eine Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV ausüben, sind sie dem Grunde nach in sämtlichen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig.

3.3.1.2. Aufenthaltsrecht

In Anbetracht der hohen europarechtlichen Hürden (siehe 2.2.2.) kommt für einen Scheinselbständigen der Verlust des Aufenthaltsrechts nicht in Betracht, da das Verhalten des Arbeitnehmers lediglich als Ordnungswidrigkeit eingestuft ist (siehe Ausführungen zu Straf- und Bußgeldtatbeständen hier unter 3.3.).

3.3.1.3. Arbeitsgenehmigungsrecht

Ist ein Staatsangehöriger der neuen EU-Mitgliedsstaaten anhand der oben angeführten Kriterien als Scheinselbständiger einzustufen, so ist diese Tätigkeit nicht von der Niederlassungsfreiheit gedeckt. Vielmehr handelt es sich um eine abhängige Beschäftigung, die aufgrund der eingeschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß § 284 Abs. 1 SGB III arbeitsgenehmigungspflichtig ist.
Der ausländische Arbeitnehmer begeht ohne die vorherige Einholung einer Arbeitsgenehmigung- EU eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III.

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 405 Abs. 1 Nr. 1 SGB III die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter). Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter 2.2.2 verwiesen.

3.3.1.4. Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

Im Anwendungsbereich des AEntG hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einhaltung bestimmter Mindestarbeitsbedingungen (s.o. 2.1.5.).

3.3.1.5. Steuerrecht

Steht der Scheinselbständige nach den o.a. Kriterien in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu einem inländischen Arbeitgeber, so wird es ich im der Regel auch um eine steuerrechtliches Dienstverhältnis handeln mit der Folge, dass der an ihn gezahlte Lohn grundsätzlich der Lohnsteuer (vgl. oben 2.1.6.) unterliegt. Dabei ist es unerheblich, in welcher Form und unter welcher Bezeichnung (z.B. Werklohn) der Lohn gezahlt wurde und ob es sich um einen laufenden oder einmaligen Bezug handelt.

Da die Frage der Selbständigkeit natürlicher Personen für die Umsatz-, Einkommens- und Gewerbesteuer nach denselben Grundsätzen zu beurteilen ist (Abschnitt 17 Abs. 2 UStR), kann der Scheinselbständige auch nicht Unternehmer i.S.d. § 2 UStG sein. Soweit der Scheinselbständige in Rechnungen die Umsatzsteuer gesondert ausgewiesen hat, schuldet er den ausgewiesenen Betrag nach § 14c Abs. 2 UStG. Die ausgewiesene Umsatzsteuer berechtigt den Rechnungsempfänger nicht zum Vorsteuerabzug (Abschnitt 190d Abs. 7 i.V.m. Abschnitt 192 Abs. 1 UStR).

3.3.2. Arbeitgeber

Als Arbeitgeber im Sinne der folgenden Darstellungen kommen – je nach Ausgestaltung des Einzelfalls – in Betracht:

- der inländische Auftraggeber,
- der „Kopf“ der GbR bzw. der vergleichbaren ausländischen Gesellschaft,

3.3.2.1. Sozialversicherungsrecht

Wird Scheinselbständigkeit festgestellt, so ist derjenige, der den Scheinselbständigen beschäftigt, Arbeitgeber mit allen damit verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Pflichten. Er hat zum einen die künftig monatlich an die Einzugsstelle zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu berechnen und abzuführen. Darüber hinaus trifft ihn die Verpflichtung, die Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die in der Vergangenheit liegende Beschäftigungsdauer ggf. nachzuentrichten. Das der Berechnung zugrunde zu legende Arbeitsentgelt umfasst gemäß § 14 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form diese Einnahmen geleistet werden. Darunter fallen auch Zahlungen, die im Rahmen eines vermeintlichen Auftragsverhältnisses fließen sowie Entnahmen des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvermögen. Dabei wird fingiert, dass zwischen den Parteien ein Nettoarbeitsentgelt vereinbart wurde, § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV.
Der Arbeitgeber ist allein haftender Schuldner für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag.

In Betracht kommt außerdem eine Strafbarkeit des angeblichen Auftraggebers bzw. des Arbeitgebers wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und 2 StGB (weitere Ausführungen s.o. 2.2.1.).

Zuwiderhandlungen gegen die sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeberpflichten sind in § 111 SGB IV mit Bußgeld bewehrt.

3.3.2.2. Aufenthaltsrechtliche Folgen

Der Verlust des Aufenthaltsrechts für den Arbeitgeber, der Angehöriger eines Mitgliedsstaates ist, kommt im Zusammenhang mit Scheinselbständigkeit nur ausnahmsweise in Betracht (zu den materiellen Voraussetzungen vgl. oben 2.2.2.).

Nach der strafrechtlichen Verurteilung eines Unionsbürgers nach den hier unter 3.3.2. aufgeführten Vorschriften ist anhand der vom EuGH aufgestellten Kriterien zu prüfen, ob eine Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts im Einzelfall in Betracht kommt.

3.3.2.3. Arbeitsgenehmigungsrecht

Wer als Arbeitgeber einen Ausländer ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel oder ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III beschäftigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III.

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 405 Abs. 1 Nr. 1 SGB III die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter). Im Übrigen wird auf die Ausführungen oben zu 2.2.3. verwiesen.

3.3.2.4. Illegale Arbeitnehmerüberlassung

Handelt es sich bei dem Auftragnehmer um eine GbR und sind die angeblichen Gesellschafter der GbR faktisch als abhängig Beschäftigte einzustufen (s.o. 3.1.), so kommt illegale Arbeitnehmerüberlassung durch den Kopf der GbR an den vermeintlichen Auftraggeber in Betracht.
Bei der Beurteilung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, sind als wesentliche Kriterien der zwischen der GbR und dem Unternehmen geschlossene Vertrag sowie die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation heranzuziehen.

Ist der Verleiher (= Kopf der GbR) nicht im Besitz der nach § 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis, so sind das Leiharbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher sowie die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Nach § 10 Abs. 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen.

Trotz dieser Fiktion sind sowohl der Verleiher als auch der Entleiher- Arbeitgeber gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet, §§ 10 Abs. 3 AÜG, 28e Abs. 2 SGB IV.

Die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung ist in § 16 AÜG mit Bußgeld bewehrt. Der unerlaubte Verleih ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung oder entsprechenden Aufenthaltstitel stellt den Straftatbestand des § 15 AÜG dar (vgl. dazu ausführlich 2.2.4.).

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 14 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 SchwarzArbG und § 405 Abs. 1 Nr. 1 SGB III die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter).

3.3.2.5. Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Stellt sich heraus, dass ein angeblich Selbständiger nach den Kriterien richtigerweise als Arbeitnehmer anzusehen ist, so unterliegt das betreffende Arbeitsverhältnis bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsmerkmale dem AEntG. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 AEntG unterliegt auch dieses Beschäftigungsverhältnis den tariflichen Mindestlohnregelungen.

Auch bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung haben der Verleiher und der Entleiher dem Arbeitnehmer den Mindesttariflohn zu bezahlen. Beide gelten insoweit als Arbeitgeber (vgl. § 10 Abs. 1, 3 Satz 2 AÜG). Ferner kann der Bußgeldtatbestand des § 5 Abs. 2 AEntG (Beauftragung eines Subunternehmers, der die Mindestlohnbedingungen nicht gewährt) erfüllt sein.

Zuständige Verfolgungsbehörden sind gemäß § 5 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 1 AEntG die Behörden der Zollverwaltung (Hauptzollämter).

3.3.2.6. Steuerrecht

Arbeitgeber im steuerrechtlichen Sinne ist grundsätzlich derjenige, dem der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft schuldet und der den Arbeitslohn zahlt.

Arbeitgeber ist auch, wer einem Dritten (Entleiher) einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) zur Arbeitsleistung überlässt (Verleiher). Die Arbeitgebereigenschaft setzt eine legale Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG nicht voraus. Zahlt im Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher anstelle des Verleihers den Arbeitslohn an den Arbeitnehmer, so ist der Entleiher regelmäßig Arbeitgeber im steuerlichen Sinne.
Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob derjenige, dem die Arbeitskraft geschuldet wird, oder ein Dritter den Arbeitslohn zahlt (vgl. oben 2.1.6.).

4. Zusammenarbeit nach dem SchwarzArbG

Folgende Stellen unterstützen gemäß § 2 Abs. 2 SchwarzArbG (auch i.V.m. § 107 Satz 4 SGB IV, § 13 AltTZG, § 2 Abs. 2 Satz 1 AEntG) die Behörden der Zollverwaltung bei der Ausführung der Prüfungsaufgaben nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG:

Finanzbehörden, Bundesagentur für Arbeit, Einzugsstellen gemäß § 28i SGB IV, Träger der Renten- und Unfallversicherung sowie Sozialhilfe, die nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zuständigen Behörden, die in § 71 AufenthG genannten Behörden, die für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden, Polizeivollzugsbehörden der Länder sowie die nach dem Landesrecht für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem SchwarzArbG zuständigen Stellen.

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG sind die Behörden der Zollverwaltung und die o.g. Unterstützungsbehörden verpflichtet, sich die für die jeweiligen Prüfungen erforderlichen Daten und Prüfungsergebnisse gegenseitig zu übermitteln.
Darüber hinaus unterrichten die Behörden der Zollverwaltung die jeweils zuständigen Verfolgungsbehörden gemäß § 6 Abs. 3 SchwarzArbG, wenn sich bei ihren Prüfungen Anhaltspunkte für Verstöße gegen die dort genannten Gesetze ergeben.

Auch das Bundesamt für Güterverkehr (BAG) leistet mit seinen Straßenkontrollen einen Beitrag zur Verhinderung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung im Güter- und Personenverkehr. Kontrolliert werden gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 3a GüKG die Einhaltung der aufenthalts-, arbeitsgenehmigungs- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften bei den Fahrzeugführern von Lastkraftwagen und Bussen. Dabei gibt das BAG gemäß § 12 Abs. 6 GüKG regelmäßig Hinweise an die Finanzkontrolle Schwarzarbeit weiter. Ebenso prüft das BAG im Rahmen seiner Betriebskontrollen gemäß § 12 Abs. 4 i.V.m. § 7b GüKG den Einsatz von ordnungsgemäß beschäftigtem Personal im Güterkraftverkehr. Hinweise auf illegale Beschäftigung werden an die zuständigen Stellen weitergeleitet.

Eine Übersicht über die örtlich zuständigen Dienststellen der Zollverwaltung und die dortigen Ansprechpartner für die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung finden sie unter:
www.zoll.de → Finanzkontrolle Schwarzarbeit → Ansprechpartner

5. Informationsaustausch

5.1. Zentrale Prüfungs- und Ermittlungsdatenbank

Zur Durchführung des SchwarzArbG wird im Arbeitsbereich Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung eine zentrale Prüfungs- und Ermittlungsdatenbank eingerichtet.
Nach Maßgabe des § 16 Abs. 2 SchwarzArbG werden dort u.a. die folgenden Daten gespeichert:

- Sozialdaten wie Namen, Geburtsdatum und -ort, Geschlecht und Staatsangehörigkeit der betroffenen Person,
- die Stelle der Zollverwaltung, die die Überprüfung durchgeführt hat und deren Aktenzeichen,
- die Darlegung der tatsächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung,
- die wesentlichen Verfahrensdaten.

Neben der zollinternen Nutzung wird aus dieser zentralen Datenbank den in § 17 Abs. 1 SchwarzArbG genannten Stellen bei Vorliegen der Voraussetzungen und unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen Auskunft erteilt. Diese Stellen sind die Staatsanwaltschaften, die Polizeibehörden der Länder sowie die Finanzbehörden der Länder.

Die Übermittlung der Daten soll im Wege eines automatisierten Abrufverfahrens oder eines automatischen Anfrage- und Auskunftsverfahrens erfolgen.

5.2. Sozialdatenschutz

Gemäß § 35 Abs. 1 SGB I hat jede natürliche Person einen Anspruch darauf, dass sie betreffende Sozialdaten von den Leistungsträgern nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (Sozialgeheimnis). Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse stehen Sozialdaten gleich. Insoweit unterliegen auch juristische Personen dem Schutz dieser Vorschrift. Adressaten des Geheimhaltungsanspruchs sind neben den Sozialleistungsträgern u. a. die Behörden der Zollverwaltung, soweit sie Aufgaben nach § 2 SchwarzArbG, § 107 Abs. 1 SGB IV und § 66 SGB X durchführen, und das Bundesamt für Güterkraftverkehr, soweit es Aufgaben nach § 107 Abs. 1 Satz 2 SGB IV erfüllt. Sozialdaten sind gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 SGB X Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.

Die Vorschriften der §§ 67 ff. SGB X gelten hinsichtlich der Sozialdaten auch für die Wahrnehmung der Aufgaben nach dem SchwarzArbG durch die Behörden der Zollverwaltung, § 15 SchwarzArbG. Die Aufgaben der Behörden der Zollverwaltung nach dem SchwarzArbG gelten nach § 15 SchwarzArbG in datenschutzrechtlicher Hinsicht als Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch.

Aufgrund des Sozialgeheimnisses darf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Sozialdaten nur erfolgen, wenn hierzu eine Befugnis im Sozialgesetzbuch geregelt ist.
Datenerhebung meint jedes Beschaffen von Daten, § 67 Abs. 5 SGB X. Sie ist nur zulässig, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung einer Aufgabe der erhebenden Stelle nach dem Sozialgesetzbuch erforderlich ist, § 67a Abs. 1 SGB X.
Die Speicherung, Veränderung oder Nutzung von Sozialdaten durch die in § 35 SGB I genannten Stellen ist zulässig, wenn es zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch erforderlich ist und es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind, § 67c Abs. 1 SGB X.

Die Übermittlung von Sozialdaten ist nur zulässig bei Einwilligung des Betroffenen, § 67b Abs. 1 SGB X, oder bei Vorliegen einer gesetzlichen Übermittlungsbefugnis nach den §§ 68 bis 77 SGB X oder einer anderen Rechtsvorschrift des SGB, § 67d Abs. 1 SGB X. Übermitteln umfasst die Bekanntgabe von Sozialdaten an Dritte durch Weitergabe, Einsichtnahme oder Abruf, § 67 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 SGB X.
Das Sozialgesetzbuch kennt insbesondere die folgenden Übermittlungsbefugnisse:

- Übermittlung abschließend genannter Daten, wie z. B. Name oder Anschrift, für Aufgaben der Polizei, der Staatsanwaltschaften und Gerichte, der Behörden der Gefahrenabwehr oder zur Durchsetzung öffentlich- rechtlicher Ansprüche, § 68 SGB X.
- Übermittlung für die Erfüllung sozialer Aufgaben, § 69 SGB X.
- Übermittlung für die Erfüllung besonderer gesetzlicher Pflichten und Mitteilungsbefugnisse, § 71 SGB X.
  Hiernach ist die Übermittlung von Sozialdaten u. a. zulässig, soweit sie erforderlich ist für die Erfüllung bestimmter gesetzlichen Mitteilungspflichten nach der Abgabenordnung und zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung nach dem SchwarzArbG.
- Übermittlung für die Durchführung eines Strafverfahrens, § 73 SGB X.

Bei allen Übermittlungsbefugnissen gilt gemäß § 76 SGB X grundsätzlich die Einschränkung bei besonders schutzwürdigen Sozialdaten (z.B. medizinische Daten).

5.3. Steuergeheimnis

Durch das Steuergeheimnis wird alles geschützt, was dem Amtsträger (§ 7 AO) in einem Verwaltungsverfahren, einem gerichtlichen Verfahren in Steuersachen, in einem Strafverfahren wegen einer Steuerstraftat oder einem Bußgeldverfahren oder aus anderem Anlass durch Mitteilung einer Finanzbehörde oder durch die gesetzlich vorgeschriebene Vorlage eines Steuerbescheids bekannt geworden sind. Das Steuergeheimnis erstreckt sich auf die gesamten persönlichen, wirtschaftlichen, rechtlichen und privaten Verhältnisse einer natürlichen oder juristischen Person. Die Offenbarung ist z.B. nur zulässig, wenn der Betroffene zustimmt, für die Offenbarung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht oder sie durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist.

Gemäß § 31a AO ist eine Offenbarung der geschützten Verhältnisse des Betroffenen zulässig, soweit sie für die Durchführung eines Strafverfahrens, eines Bußgeldverfahrens oder eines anderen gerichtlichen oder Verwaltungsverfahrens mit dem Ziel[25]:

- der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung oder Schwarzarbeit
- Zur Entscheidung
  - über die Erteilung, Rücknahme oder Widerruf einer Verleiherlaubnis nach dem AÜG
  - über die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Erstattung, Weitergewährung oder Belassen einer Leistung aus öffentlichen Mitteln
- der Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückgewähr einer Leistung aus öffentlichen Mitteln

erforderlich ist.

Illegale Beschäftigung liegt beispielsweise vor bei illegaler Ausländerbeschäftigung, unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung oder Verstößen gegen das AEntG, vgl. § 16 Abs. 2 SchwarzArbG. Der Begriff der Schwarzarbeit ist in § 1 Abs. 2 SchwarzArbG definiert.

Die im Erlaubnisverfahren nach dem AÜG vorzunehmende Zuverlässigkeitsprüfung erstreckt sich auch auf das steuerliche Verhalten – insbesondere die Einhaltung der Vorschriften über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer.

Unter den Begriff der Leistungen aus öffentlichen Mitteln fallen u.a. Sozialleistungen nach § 11 SGB I (Dienst-, Sach- und Geldleistungen).

Die Offenbarung erfolgt aufgrund einer Anfrage der für die in § 31a AO genannten Verfahren zuständigen Stellen. Die zuständigen Stellen haben in der Anfrage zu versichern, dass die

[25] Weitere Ausführungen sind zu finden im Anwendungserlass zu § 31a AO, BStBl. I 2005, S. 838

Offenbarung der Verhältnisse für ein Verfahren im Sinne des § 31a Abs. 1 AO erforderlich ist.
Sie erfolgt dagegen von Amts wegen, wenn die Finanzbehörden über konkrete Informationen verfügen, aufgrund derer die Möglichkeit besteht, dass sie für die Durchführung eines Verfahrens nach § 31a Abs. 1 AO erforderlich sind. Ein konkreter Tatverdacht im strafprozessualen Sinne ist nicht notwendig.
Die Mitteilungspflicht schließt nicht die Befugnis zur Gewährung von Akteneinsicht oder die Übersendung von Akten ein.

Eine Mitteilungspflicht besteht nicht, soweit deren Erfüllung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre, § 31a Abs. 2 Satz 3 AO. Ein unverhältnismäßiger Aufwand liegt bei den Mitteilungen an die Finanzkontrolle Schwarzarbeit im Regelfall nicht vor.

5.4. Übermittlungen durch Ausländerbehörden

Die Ausländerbehörden unterrichten gemäß § 90 Abs. 1 AufenthG die Behörden, die für die Verfolgung bestimmter Gesetzesverstöße zuständig sind (z.B. Deutsche Rentenversicherung, FKS). Diese Vorschrift gilt über den Verweis in § 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU auch für Unionsbürger. Voraussetzung ist, dass es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für bestimmte Verstöße gibt.

Im hiesigen Zusammenhang kann § 90 Abs. 1 Nr. 1 und 3 AufenthG relevant sein.
Eine Unterrichtungspflicht besteht danach bei Anhaltspunkten für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Aufenthaltstitel, der Erwerbstätigkeit erlaubt (Verstoß gegen § 4 Abs. 3 AufenthG) bzw. analog bei einer Beschäftigung eines Neu-Unionsbürgers ohne die nach § 284 Nr. 1 SGB III erforderliche Arbeitsgenehmigung- EU (Nr. 1).

Eine Unterrichtungspflicht besteht ferner bei Anhaltspunkten für Verstöße gegen das SchwarzArbG, das AÜG, die Bestimmungen des SGB IV und VII über die Beitragszahlungs- und Meldepflichten in der Sozialversicherung (§§ 20 ff. SGB IV i.V.m. den Vorschriften des jeweiligen Versicherungszweigs, § 28a SGB IV) sowie die Steuergesetze (Nr. 3).