

- der Mitarbeiter sich mehr als 183 Tage im Einsatzland aufgehalten oder seine Tätigkeit dort ausgeübt hat (maßgeblich ist die tatsächliche Anwesenheit) und
- die Vergütung vom Einsatzunternehmen bezahlt und getragen wird.

Gibt es kein DBA mit dem Einsatzland oder enthält das entsprechende DBA keine Regelung zur Besteuerung der Vergütung aus nichtselbstständiger Arbeit, sind die Steuerbefreiungen nach dem Auslandstätigkeitserlass (ATE) vom 31. 10. 1983 (BStBl I 1983, 470) bzw § 34c EStG zu beachten. Danach tritt Steuerfreiheit in Deutschland ein, wenn die Auslandstätigkeit mindestens 3 Monate lang ununterbrochen ausgeübt wird. Allerdings werden nur bestimmte Tätigkeiten und bestimmte Lohnbestandteile begünstigt.

Kommt der ATE zur Anwendung, darf der Arbeitgeber dennoch nur dann von einer Einbehaltung der Lohnsteuer absehen, wenn er eine Freistellungsbescheinigung des Betriebsstättenfinanzamts erhält. Bei Steuerfreiheit aufgrund von DBA ist eine Freistellungsbescheinigung ebenfalls notwendig.

Für den Entsendevertrag bedeutet dies, dass die Parteien prüfen und ggf regeln sollten, ob

- ein DBA eingreift, das zu einer Befreiung von der deutschen Lohnsteuer führt;
- der Arbeitnehmer selbst für die Abführung der Steuern im Ausland verantwortlich ist oder dies der Arbeitgeber übernimmt;
- wer das Risiko eines ggf im Ausland höheren Steueraufkommens trägt.

Eine Darstellung der Vergütungen aus unselbstständiger Arbeit anhand des OECD-Musterabkommens enthält das BMF-Schreiben vom 14. 09. 2006 (BStBl I 2006, 532). Dort werden ua abgehandelt Besonderheiten wie Organe von Kapitalgesellschaften, Berufskraftfahrer und Personal auf Schiffen und Flugzeugen.

Zur Steuerfreiheit von Umzugskostenvergütungen vgl Rdn C 87ff.

## ArbR

### 7.6 Muster für eine Zusatzvereinbarung über Auslandsentsendung

D 68

#### Entsendungsvereinbarung

zwischen

\_\_\_\_\_, – nachfolgend Arbeitgeber –

und

\_\_\_\_\_, – nachfolgend Mitarbeiter –

In Ergänzung des bestehenden Arbeitsvertrags vom \_\_\_\_\_ treffen die Parteien folgende Vereinbarungen über die Entsendung des Mitarbeiters nach \_\_\_\_\_.

#### 1. Tätigkeit und Aufgabengebiet

1.1 Der Mitarbeiter wird mit Wirkung ab \_\_\_\_\_ als \_\_\_\_\_ in die Tochtergesellschaft \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ entsandt. Er ist dort

*Kuhnel/Rid*

zuständig für [REDACTED]. Der Mitarbeiter berichtet weiterhin an die Geschäftsführung der deutschen Gesellschaft und unterliegt deren Weisungen. Der Arbeitgeber behält sich eine Änderung und Ergänzung des Aufgabengebiets unter Berücksichtigung der Interessen des Mitarbeiters vor. Der Mitarbeiter erklärt sich zu einem Ortswechsel innerhalb des Einsatzlandes bereit.

1.2 Der Mitarbeiter wird seine gesamte Arbeitskraft für die neue Aufgabe einsetzen und – soweit erforderlich – Überstunden und Mehrarbeit leisten. Während der Entsendung gelten die im Einsatzland anwendbaren Arbeitsbedingungen, insbesondere die dortigen Arbeitszeit- und Feiertagsregelungen.

1.3 Der Mitarbeiter stellt sicher, dass er über ggf erforderliche Einreisevisa, Aufenthalt- und Arbeitserlaubnisse verfügt, die für die Aufnahme der Tätigkeit erforderlich sind. Die hierfür entstehenden Kosten trägt der Arbeitgeber. Der Vertrag steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass sämtliche behördlichen Genehmigungen für die Arbeitsaufnahme vorliegen.

## 2. Vergütung

2.1 Während des Auslandseinsatzes erhält der Mitarbeiter die vertraglich vereinbarten Bezüge fortgezahlt. Darüber hinaus erhält der Mitarbeiter für die Dauer der Entsendung befristet eine Auslandszulage in Höhe von [REDACTED] € brutto monatlich. Mit dieser Vergütung ist der gesamte Einsatz des Mitarbeiters, auch wenn er über die Regelarbeitszeit hinausgeht, abgegolten.

2.2 Die Vergütung wird monatlich im Nachhinein auf das Gehaltskonto des Mitarbeiters überwiesen. Bei der Festlegung der Auslandszulage sind die Parteien von einem Umrechnungskurs [REDACTED] ausgegangen. Die Zulage wird monatlich auf die Stabilität der Währungskurse hin überprüft und ab dem Folgemonat entsprechend angepasst, wenn eine Änderung von mehr als [REDACTED] % eingetreten ist. [Alternativ: Es gilt der Wechselkurs zum [...] des jeweiligen Monats.]

2.3 Aufgrund des zwischen Deutschland und [REDACTED] bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens werden die Bezüge von der deutschen Besteuerung freigestellt. Der Mitarbeiter wird eine Freistellungsbescheinigung vorlegen. Der Mitarbeiter verpflichtet sich, für die Versteuerung der Bezüge im Einsatzland Sorge zu tragen und stellt den Arbeitgeber von eventuellen Steuerforderungen der Behörden frei.

## 3. Sonstige Leistungen des Arbeitgebers

3.1 Dem Mitarbeiter werden folgende im Zusammenhang mit seinem Umzug entstehenden einmaligen Kosten erstattet:

- Verpackung und Transport seines Hausstandes von [REDACTED] nach [REDACTED] inklusive Versicherung nach Vorlage mindestens zweier Angebote von Transportunternehmen und entsprechender Vorabgenehmigung des Arbeitgebers und gegen Vorlage entsprechender Rechnungen. Gleiches gilt für den Rücktransport nach vertragsgemäßer Beendigung des Auslandseinsatzes.
- Reisekosten für den Mitarbeiter und seine Familienangehörigen (Ehegatte bzw Lebensgefährte und im Haushalt des Mitarbeiters lebende unterhaltsberechtigten Kinder) gegen Abrechnung.

- einmalige Umzugskostenpauschale in Höhe von \_\_\_\_\_ € für mit dem Umzug in Verbindung stehende, nicht einzeln aufzulistende Unkosten. Eine evtl. Versteuerung dieses Betrages obliegt dem Mitarbeiter.

3.2 Für die Dauer der Entsendung leistet der Arbeitgeber folgende Zuschüsse:

- Mietkostenzuschuss in Höhe von \_\_\_\_\_ € pro Monat gegen Nachweis eines entsprechenden Mietvertrages.
- Gegen Nachweis: Schulgeld für den Besuch seiner Kinder in einer deutschen/internationalen Schule bis zur Höhe von \_\_\_\_\_ € monatlich pro Kind.
- Soweit die Familie des Mitarbeiters binnen \_\_\_\_\_ Monaten ab Aufnahme der Tätigkeit in \_\_\_\_\_ nicht nach \_\_\_\_\_ umzieht, zahlt der Arbeitgeber die Kosten für eine Heimreise des Mitarbeiters pro \_\_\_\_\_ [Monat/Halbjahr/Jahr].

3.3 Endet die Entsendung vor Ablauf des vereinbarten Zeitraums aus Gründen, die nicht vom Arbeitgeber zu vertreten sind, verpflichtet sich der Mitarbeiter zur Rückzahlung der Umzugskosten gemäß Ziff 3.1. Die Rückzahlungsverpflichtung reduziert sich um 1/24 pro Monat, den die Entsendung nach dem Umzugstermin besteht.

3.4 Der Arbeitgeber schließt zugunsten des Mitarbeiters für die Dauer der Entsendung eine Unfallversicherung mit folgenden Leistungen ab:

- \_\_\_\_\_ € im Todesfall
- \_\_\_\_\_ € im Invaliditätsfall.

Die Versicherung umfasst Arbeits- sowie private Unfälle und steht dem Mitarbeiter, seinem Ehepartner sowie im Fall des Todes seinen gesetzlichen Erben zu.

#### 4. Dauer der Entsendung/Rückkehrrecht

4.1 Der Mitarbeiter wird für die Dauer von \_\_\_\_\_ Jahren/Monaten nach \_\_\_\_\_ entsandt. Diese Zusatzvereinbarung ist daher bis zum \_\_\_\_\_ befristet. Sie kann einvernehmlich verlängert werden. Der Arbeitgeber behält sich jedoch vor, den Mitarbeiter vorzeitig unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist aus \_\_\_\_\_ zurückzurufen.

4.2 Nach Beendigung der Entsendung infolge Fristablaufs oder Rückrufs wird der Arbeitgeber dem Mitarbeiter eine seiner Position vor Beginn der Entsendung gleichwertige Tätigkeit anbieten. Eine eventuell höherwertigere Tätigkeit im Rahmen des Auslandseinsatzes begründet keine Ansprüche hinsichtlich der Tätigkeit des Mitarbeiters nach Beendigung der Entsendung.

#### 5. Schlussbestimmungen

5.1 Soweit in dieser Vereinbarung nicht ausdrücklich anderes geregelt ist, gelten die Bestimmungen des Arbeitsvertrags vom \_\_\_\_\_ fort. Die beiderseitigen arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsvertrag ruhen während der Dauer der Entsendung. Dies gilt nicht für die Nebenpflichten, wie zB die Schweigepflicht und die gegenseitigen Rücksichtnahme- und Treuepflichten.

5.2 Dieser Vertrag sowie der Arbeitsvertrag vom \_\_\_\_\_ unterliegen deutschem Recht. Es besteht Einvernehmen zwischen den Parteien, dass Ansprüche nach ausländischem Recht nicht geltend gemacht werden können.

5.3 Die Parteien vereinbaren die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts am Sitz des Arbeitgebers für alle Streitigkeiten aus dieser Entsendungsvereinbarung.

5.4 Der Mitarbeiter bestätigt mit seiner Unterschrift, eine Ausfertigung dieses Vertrages erhalten zu haben.

\_\_\_\_\_

Ort, Datum

\_\_\_\_\_

Arbeitgeber

\_\_\_\_\_

Ort, Datum

\_\_\_\_\_

Mitarbeiter

## 8 Arbeitnehmerüberlassungsverträge

	Seite
8.1 Szenario. ....	470
8.2 Was ist bei Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zu beachten? .....	470
8.3 Muster für einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. ....	473

### 8.1 Szenario

**D 69**

Im Unternehmen U fallen mehrere Mitarbeiter gleichzeitig infolge einer Grippewelle aus. Es wird kurzfristig zusätzliches Personal benötigt, um den Ausfall aufzufangen. U wendet sich an eine Zeitarbeitsfirma und schließt einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ab.

### 8.2 Was ist bei Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zu beachten?

**D 70**

Arbeitnehmerüberlassung spielt sich typischerweise im Dreieck ab (s hierzu Rdn A 245ff). Beteiligt sind das Verleihunternehmen, das Entleihunternehmen und der Leiharbeiter. Der **gewerbsmäßige Verleih** von Arbeitnehmern bedarf der **Erlaubnis**. Das AÜG wurde durch Gesetz vom 28. 04. 2011 grundlegend reformiert.

**Neu**

Vertragliche Beziehungen bestehen grundsätzlich nur zwischen

- **Verleihunternehmen und Leiharbeiter (sog Leiharbeitsvertrag) und**
- **Verleihunternehmen u Entleiher (sog Arbeitnehmerüberlassungsvertrag).**

Der Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher muss **schriftlich** geschlossen werden. Der Entleiher muss darin angeben, für welche Tätigkeit er den Leiharbeiter einsetzen will und welche Qualifikation dafür erforderlich ist.

#### 8.2.1 Prüfung der Verleiherlaubnis des Verleihunternehmens

**D 71**

Der Entleiher muss sich vor Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages darüber vergewissern, dass der Verleiher über eine **gültige Verleiherlaubnis** verfügt. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verpflichtet den Verleiher im Vertrag mit dem Entleiher schriftlich zu erklären, dass er über die entsprechende Erlaubnis verfügt (§ 12 Abs 1 AÜG). Ist dies nicht der Fall, kommt unabhängig vom Willen der Parteien kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entleihenden Unternehmen und dem Leiharbeiter direkt zustande (§§ 10, 9 Nr 1 AÜG).

#### 8.2.2 Höchstdauer der Entleihzeit

**D 72**

Ursprünglich war die Dauer einer ununterbrochenen Beschäftigung bei einem einzigen Entleihunternehmen zum Schutze der Leiharbeiter begrenzt. Es galt zunächst eine maximale Entleihdauer von 12 Monaten, die per 01. 01. 2002 auf 24 Monate verlängert wurde. Seit 01. 01. 2004 kann der Leiharbeiter auch über 24 Monate hinaus unbegrenzt an dieselbe Firma ausgeliehen werden (Hartz I – Liberalisierung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung).

*Rid*

Das reformierte Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, das am 28. 04. 2011 verkündet wurde, regelt in § 1 Abs 1 Satz 2, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend erfolgt. Diese Gesetzesänderung trat am 01. 12. 2011 in Kraft. Das Gesetz sieht keine Sanktionen bei Verstoß gegen diese Neuregelung vor. Es handelt sich um einen Programmsatz (vgl dazu Rdn A 247).

Neu

### 8.2.3 Grundsatz: „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“

Zum 01. 01. 2004 trat eine wesentliche Änderung im Leiharbeitsrecht in Kraft, nämlich der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“. Das bedeutet, Leiharbeitnehmer erhalten grundsätzlich die gleiche Vergütung wie vergleichbare Stammarbeitnehmer im Entleiherbetrieb. Nach der aktuellen Reform des AÜG vom 28. 04. 2011 kann vom sog Equal Pay-Grundsatz nur noch im **Geltungsbereich eines Tarifvertrags** der Zeitarbeitsbranche abgewichen werden. Verleiher und Leiharbeitnehmer können vereinbaren, dass sich die Arbeitsbedingungen nach diesem Tarifvertrag richten. Die Zeitarbeitsbranche arbeitet nahezu ausschließlich auf der Grundlage von Branchentarifverträgen. Allerdings gibt es keinen Vertrauensschutz in die Wirksamkeit solcher Tarifverträge. Das Bundesarbeitsgericht hat den von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) den abgeschlossenen Tarifverträgen die Wirksamkeit abgesprochen, weil die CGZP nach Auffassung des Gerichts nicht tariffähig ist (Beschluss vom 14. 12. 2010, Az 1 ABR 19/10; vgl hierzu Rdn A 252ff).

D 73

Ein Abweichen von der Entlohnung im Entleiherbetrieb ist nur dann möglich, wenn:

- der Tarifvertrag kraft beiderseitiger Tarifbindung normativ anzuwenden ist, dh das Verleihunternehmen Mitglied in einem entsprechenden Arbeitgeberverband ist oder selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen hat und der Leiharbeitnehmer in einer entsprechenden Gewerkschaft organisiert ist
- oder die Geltung des Tarifvertrages im Arbeitsvertrag vereinbart wurde.

Nachdem nur ca. 2 % der Zeitarbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert sind, spielt in der Praxis (fast) nur die Vereinbarung der Geltung eines entsprechenden Tarifvertrages eine Rolle.

Vorsicht ist geboten, wenn ein Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher bei diesem oder einem konzernangehörigen Unternehmen bereits beschäftigt war, dann darf vom Equal-Pay-Grundsatz nicht abgewichen werden (zur sog **Dehtürklause**l vgl Rdn A 251).

Damit der Verleiher die Gleichbehandlungspflicht erfüllen kann, hat der Entleiher nach § 12 Abs 1 Satz 3 AÜG im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unter anderem anzugeben, welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten.

### 8.2.4 Mindestlohn

§ 3 a AÜG nF sieht vor, dass tarifliche Mindeststundenentgelte auf Vorschlag der Tarifvertragsparteien durch **Rechtsverordnung** als Lohnuntergrenze für Verleihzeiten und verleihefreie Zeiten generell verbindlich festgesetzt werden können. Die vorgeschlagene und durch Rechtsverordnung für verbindlich erklärte Lohnuntergrenze hat Bindungswirkung für alle im In- und Ausland ansässigen Verleiher, die Leiharbeitnehmer innerhalb

D 74

Neu

Deutschlands beschäftigen (vgl. § 10 Abs 5 AÜG nF, § 2 Nr 4 AEntG). Per Stand Dezember 2011 wurden entsprechende Tarifverträge noch nicht abgeschlossen und eine entsprechende Rechtsverordnung ist noch nicht in Kraft getreten.

**Neu**

Am 14. 11 2011 wurde der „Vorschlag“ auf Festsetzung einer Lohnuntergrenze“ und der „Entwurf einer Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung“ offiziell im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Damit lief die Frist zur Stellungnahme durch Verleiher und Leiharbeiter sowie den Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern an. Nach Ablauf der 3-Wochen-Frist befasst sich der Tarifausschuss damit. Über den Erlass der Rechtsverordnung entscheidet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Voraussichtlich wird die Lohnuntergrenze Anfang 2012 in Kraft treten.

Das Mindeststundenentgelt soll vom Inkrafttreten der Verordnung bis um 31. 10. 2012

- in den neuen Ländern einschließlich Berlin 7,01 € und
- in den alten Ländern 7,89 € betragen.

Vom 01. 11. 2012 bis 31. 10. 2013 gelten dann

- in den neuen Ländern einschließlich Berlin 7,50 € und
- in den alten Ländern 8,19 €

**8.2.5 Unwirksamkeit von Abwerbeverboten****D 75**

Unwirksam sind Abwerbeverbote (§ 9 Nr 4 AÜG), die dem Entleiher die Festanstellung untersagen sollen.

**Wichtig!**

Zeitarbeitsunternehmen dürfen bei Abwerbung des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher keine **Vertragsstrafe** verlangen, obwohl entsprechende Regelungen in Arbeitnehmerüberlassungsverträgen durchaus häufig vorkommen.

Davon zu unterscheiden ist, ob ein Verleiher sich eine **Vermittlungsgebühr** ausbedingen kann, wenn der Entleiher den Leiharbeiter übernimmt.

§ 9 Nr 3 AÜG stellt klar, dass die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenen Verleih oder mittels vorangegangenen Verleih erfolgte Vermittlung nicht gegen das Gesetz verstößt. Dies bedeutet, dass der Entleiher, der im Anschluss an den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag den Leiharbeiter bei sich einstellt, eine Vermittlungsgebühr zu zahlen hat, wenn diese im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vereinbart wurde.

Eine Vermittlungsgebühr dürfen auch gewerbsmäßige Arbeitsvermittler verlangen. Die Tätigkeit des Arbeitsvermittlers ist – anders als die einer Zeitarbeitsfirma – auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen dem suchenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer ausgerichtet.

Seit Aufhebung der Arbeitsvermittlungsverordnung ist die Arbeitsvermittlung durch Private nicht mehr erlaubnispflichtig. Zugleich wurde der Grundsatz aufgehoben, wonach für die Leistungen der Vermittlung nur vom Arbeitgeber Vergütungen verlangt werden dürfen. Arbeitsvermittler dürfen auch mit Arbeitssuchenden Honorarvereinbarungen treffen, wobei sie allerdings bestimmte Höchstbeträge einhalten müssen (§ 296 Abs 3 SGB III). Auf den Vertrag zwischen Arbeitsvermittler und Arbeitgeber finden ausschließlich die Regeln des **Maklerrechts** (§§ 652ff BGB) Anwendung. Damit unter-

*Rid*

liegt die Vergütungshöhe der freien Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitsvermittler. Lediglich die Vereinbarung eines Alleinauftrages ist unzulässig (§ 297 Nr 4 SGB III).

### 8.2.6 Beteiligung des Betriebsrats im Entleiherbetrieb

Vor Einstellung eines Leiharbeitnehmers muss der Entleiher einen in seinem Betrieb bestehenden Betriebsrat wie bei einer Einstellung beteiligen, dh seine Zustimmung erbitten (§ 14 Abs 3 AÜG iVm § 99 BetrVG).

Im Hinblick auf die Neuregelung in § 1 Abs 1 Satz 2 AÜG, wonach die Arbeitnehmerüberlassung nur noch vorübergehend erfolgen darf, kann der Betriebsrat des Entleiherbetriebs der Einstellung von Leiharbeitnehmern die Zustimmung verweigern, wenn eine langfristige Überlassung vorgesehen ist.

Leiharbeitnehmer, die länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden, sind berechtigt, den Betriebsrat im Entleihbetrieb mitzuwählen (§ 7 BetrVG; vgl auch Abschnitt L).

### 8.2.7 Haftung für Vergütung und Sozialversicherungsbeiträge

Für die Ansprüche des Leiharbeitnehmers gilt, dass der Verleiher die Vergütung schuldet. Der **Entleiher haftet** jedoch für den Überlassungszeitraum für Sozialversicherungsbeiträge neben dem Verleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§ 28 e Abs 2 SGB IV, § 120 Abs 3 SGB VII). Darüber hinaus haftet der Entleiher auch dafür, dass der Leiharbeitnehmer nach Maßgabe des Equal Pay-Grundsatzes vergütet wird. Der Entleiher muss also ein Interesse daran haben, zu wissen, welche Tarifverträge der Verleiher anwendet und ob diese wirksam sind (vgl dazu Rdn A 252).

## 8.3 Muster für einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

Da Zeitarbeitsfirmen in der Regel vorgedruckte Vertragsformulare und **allgemeine Geschäftsbedingungen** verwenden, kann der nachfolgende Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur als Anhaltspunkt dafür dienen, welche Regelungen in einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag generell enthalten und üblich sind.

### Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

zwischen

\_\_\_\_\_, – im Folgenden **Verleiher** –

und

\_\_\_\_\_, – im Folgenden **Entleiher** –

#### 1. Gegenstand des Vertrages

1.1 Der Verleiher stellt dem Entleiher nachfolgenden Zeitarbeitnehmer zur Verfügung:

Name: \_\_\_\_\_

Vorname: \_\_\_\_\_

Anforderungsprofil: \_\_\_\_\_

D 76

D 77

D 78