

Erfolgreicher Einstieg in Auslandsmärkte – Teil 4

von

Sebastian Korts, RA, FA für Steuerrecht, MBA, M.I.Tax

Petra Korts, RA, FA für Steuerrecht, MBA

Silke Busch, RA, FA für Arbeitsrecht

Wahed T. Barekzai, RA, FA für Steuerrecht, LL.M.

-www.korts.de-

Der vierte Teil der Serie befasst sich mit der steuerlichen, arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von Mitarbeitern im Fall der Aufnahme von geschäftlichen Aktivitäten eines deutschen Unternehmens in Polen. Ausgehend von dem Beispielsfall der Carl Müller Transformatoren AG, die eine (rechtlich selbständige) Tochterkapitalgesellschaft (Sp. z. o. o.) in Polen errichtet, soll anhand von praxisorientierten Beispielen die korrekte Durchführung von Beschäftigungsverhältnissen in beide Richtungen untersucht werden.

1. Ausgangsfall

Die Carl Müller Transformatoren AG errichtet in Polen die "Müllerowski Sp. z. o. o." mit dem Betriebszweck Produktion und Vertrieb von Transformatoren.

Das Mitglied des Aufsichtsrates der Carl Müller Transformatoren AG, *Jupp Schmitz*, soll den Beginn und Aufbau der Geschäftstätigkeit für die ersten 3 Monate vor Ort in Polen betreuen und erhält für diesen Zeitraum von der polnischen Gesellschaft vollumfängliche Prokura erteilt. Herr Schmitz behält jedoch für diese Zeit seinen Wohnsitz in Deutschland bei, seine Aufsichtsratsvergütung wird von der Carl Müller Transformatoren AG für diesen Zeitraum weiter gezahlt, zusätzlich erhält er für seine Tätigkeit in Polen eine Sondervergütung, die ebenfalls ausschließlich von der Carl Müller Transformatoren AG getragen wird.

Die Müllerowski Sp. z. o. o. stellt *Karel Kwasniewski* als Geschäftsführer sowie 50 polnische Mitarbeiter ein. *Zehn* dieser *polnischen Mitarbeiter* werden zu Einarbeitungszwecken für ein dreiviertel Jahr zu der Carl Müller Transformatoren AG nach Deutschland geschickt, sie behalten jedoch ihren Wohnsitz in Polen. Die Vergütung für den Entsendungszeitraum wird durch die Müllerowski Sp. z. o. o. vorgenommen, die im Rahmen des Konzernvertrages mit der deutschen Carl Müller Transformatoren für diese Vergütungsleistungen während des Entsendezeitraumes einen adäquaten Ausgleich erhält.

Herr Kwasniewski ist im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Müllerowski Sp. z. o. o. verpflichtet, viermal jährlich den Vorstand und Aufsichtsrat der Carl Müller Transformatoren AG am Sitz der AG über die Geschäftsentwicklung und Gewinnerwartungen zu informieren.

Darüber hinaus engagiert die polnische Gesellschaft einen deutschen Ingenieur, *Fritz Lehmann*, der bisher für die Carl Müller Transformatoren AG gearbeitet hat, und schließt mit diesem einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab. Herr Lehmann zieht – sehr zur Freude seiner aus Polen stammenden Ehefrau - mit seiner Familie nach Polen. Er behält in Deutschland keinen Wohnsitz, wohl aber die deutsche Staatsangehörigkeit.

2. Rechtliche Einordnung der Beschäftigungsverhältnisse

Ausgangspunkte der Überlegungen zur rechtlichen Einordnung der verschiedenen Beschäftigungsverhältnisse mit grenzüberschreitendem Bezug in arbeitsrechtlicher, steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist die Frage nach dem Sitz bzw. der Ansässigkeit der jeweiligen Vertragsparteien, gefolgt von der Frage nach dem Erbringungsort der Arbeitsleistung. Anhand dieser Kriterien wird unter Beachtung der einschlägigen EU-Vorschriften die jeweilige Zuordnung zum deutschen oder zum polnischen Recht getroffen.

Stimmen Sitz bzw. Ansässigkeiten der Vertragspartner und Arbeitsort territorial überein, gilt ohne weitere Besonderheiten das Recht dieses Staates. Für die 40 polnischen Mitarbeiter der Tochtergesellschaft, die nicht nach Deutschland entsandt werden, gilt also sowohl arbeits- als auch steuer- und sozialversicherungsrechtlich das Recht der Republik Polen, da beide Vertragspartner (also jeweils Arbeitnehmer und Arbeitgeber) in Polen ansässig sind und auch der Ort der Arbeitsleistung sich ausschließlich in Polen befindet.

Fallen Sitz bzw. Ansässigkeit und Arbeitsort auseinander, ist das Beschäftigungsverhältnis in den drei Rechtsgebieten differenziert zu betrachten¹.

a) Steuerrechtliche Betrachtung²

Entscheidendes Kriterium bei der steuerrechtlichen Betrachtungsweise ist zunächst die jeweilige nationale Anknüpfung der Steuerpflicht und sodann die in einem DBA sich ergebende Verteilung des Steueraufkommen. Seit dem 01.01.2005 ist ein neues Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen (DBA-Polen) in Kraft. Danach gilt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für die Besteuerung von Einkünften aus unselbständiger Arbeit grundsätzlich das Arbeitsortprinzip.

⇒ **Wohnsitz: Deutschland, Tätigkeitsort: Polen**

Wer in Deutschland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, bleibt auch bei einer Tätigkeit im Ausland zunächst in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig (Welteinkommensprinzip).

Einkünfte aus unselbständiger Arbeit, die von einer in Deutschland ansässigen Person in Polen (Arbeitsort) erzielt werden, werden laut DBA-Polen in Deutschland von der Steuer ausgenommen, wenn diese Einkünfte in Polen besteuert werden können. Die Freistellung von der deutschen Steuerpflicht erfolgt unter Progressionsvorbehalt. Zu beachten ist, dass die Freistellung von der deutschen Steuer gem. § 50d Abs. 8 EStG aber nur dann erfolgt, wenn der Steuerpflichtige gegenüber dem Finanzamt nachweist, dass die Einkünfte im Ausland (also hier in Polen) tatsächlich versteuert und die Steuern abgeführt wurden oder dass der

¹ Die nachfolgenden Betrachtungen erfolgen unter Ausschluß von Leiharbeitsverhältnissen, Saisonarbeitnehmern, Studenten, Praktikanten, Künstlern, Sportlern, Lehrpersonal, Au-Pair- und Haushaltshilfen, IT-Fachkräfte, Grenzgängern, Personal von See- und Luftfrachtunternehmen sowie des Personen- und Güterverkehrs und Beschäftigungsverhältnissen, die unter das deutsch-polnische Abkommen zur Entsendung von Werkvertragsarbeitnehmern fallen.

² Nicht erörtert werden soll die Problematik des abkommensrechtlichen „Arbeitgeberbegriffs“ bei Arbeitnehmerentsendung im Konzern. Ausgegangen wird von der Konstellation, dass jeweils das Unternehmen abkommensrechtlich als „Arbeitgeber“ betrachtet wird, in welchem die Arbeitsleistung jeweils erbracht wird.

ausländische (polnische) Fiskus auf das Besteuerungsrecht verzichtet hat. Wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind verbleibt das Besteuerungsrecht in Deutschland: a) Die Person hält sich nicht länger als 183 Tage innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten (nicht Kalenderjahr!) in Polen auf, b) die Vergütung wird von dem deutschen Arbeitgeber gezahlt wird und c) nicht von der polnischen Betriebsstätte des Arbeitgebers getragen.

Die Besteuerung von Vergütungen für Aufsichtsratsmitglieder (selbständige Tätigkeit nach § 50 EStG), die in dem einem Staat ansässig, jedoch als Mitglied des Aufsichtsrates einer Gesellschaft mit Sitz in dem anderen Staat tätig sind, können in dem Staat besteuert werden, in dem die Gesellschaft ansässig ist. Die Vermeidung einer Doppelbesteuerung wird in diesem Fall durch Anrechnung der in Polen auf die Aufsichtsratsvergütung erhobene Steuer auf die in Deutschland auf diese Vergütung zu erhebende Steuer durchgeführt

⇒ **Wohnsitz: Polen, Tätigkeitsort: Deutschland**

Wer in Polen seinen Wohnsitz hat oder sich länger als 183 Tage im Kalenderjahr in Polen aufhält, ist dort mit seinem Welteinkommen unbeschränkt steuerpflichtig.

Für den Fall der in Deutschland durch eine in Polen ansässige Person erzielten Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit sieht das DBA-Polen vor, dass diese Einkünfte in Polen von der Besteuerung ausgenommen werden, wenn sie in Deutschland besteuert werden können. Auch diese Ausnahme von der Besteuerung erfolgt unter Progressionsvorbehalt.

Von der Frage der Erzielung der Einkünfte und damit der Frage nach dem Besteuerungsrecht des einen oder anderen Staates zu trennen ist die Frage der Abführung der anfallenden Lohnsteuern. Gem. § 38 Abs. 1 Ziffer 1 EStG hat der inländische (deutsche) Arbeitgeber die Lohnsteuer vom Lohn abzuziehen und an das Finanzamt abzuführen. Liegt eine Arbeitnehmerentsendung aus dem Ausland (Polen) vor, gilt gem. § 38 Abs. 1 Satz 2 EStG das deutsche aufnehmende Unternehmen als inländischer Arbeitgeber der entsandten ausländischen Arbeitnehmer, wenn es den Lohn zwar nicht unmittelbar selbst auszahlt, aber wirtschaftlich trägt.

Bezogen auf die Beteiligten unseres Ausgangsfalles bedeutet dies folgendes:

Die von *Herrn Schmitz* während seines Entsendezeitraumes von der deutschen Carl Müller Transformatoren AG gewährte Sondervergütung unterliegt in Deutschland der Besteuerung, obwohl die Tätigkeit in Polen ausgeübt wird. Herr Schmitz unterfällt mit seiner Tätigkeit in Polen der 183-Tage-Regelung des DBA-Polen, da er seinen Wohnsitz in Deutschland hat, sich weniger als 183 Tage in Polen aufhält und die Sonderzuwendung ausschließlich von der deutschen Carl Müller Transformatoren AG getragen wird.

Die Einkünfte des *Herrn Kwasniewski*, die dieser auf der Grundlage seines Vertrages mit der Müllerowski Sp. z. o. o. erhält, unterliegen der polnischen Steuer. Die vierteljährlichen Geschäftsreisen des Herrn Kwasniewski zu Berichtszwecken nach Deutschland unterliegen der 183-Tage-Regelung des DBA-Polen, da er sich weniger als 183 Tage in Deutschland aufhält und seine Vergütung ausschließlich von der Müllerowski Sp. z. o. o. getragen wird.

Die von *Herrn Lehmann* in Polen erzielten Einkünfte sind ausschließlich in Polen zu versteuern, da Herr Lehmann auch seinen Wohnsitz in Polen hat. Wohnsitz und Arbeitsort fallen zusammen.

Für die *zehn nach Deutschland entsandten polnischen Mitarbeiter* gilt, dass deren Einkünfte, die während des Entsendungszeitraumes in Deutschland erzielt werden, auch in Deutschland zu versteuern sind. Obwohl die deutsche Carl Müller Transformatoren AG diese Vergütungen selbst nicht unmittelbar auszahlt, hat sie die entsprechende Lohnsteuer an das zuständige deutsche Finanzamt abzuführen, da sie im Rahmen des Konzernverbundes diese Vergütungen wirtschaftlich trägt. In Polen ist die Vergütung während des Entsendungszeitraumes aufgrund des DBA-Polen von der Steuer ausgenommen. Nach der Rückkehr dieser zehn Mitarbeiter unterliegen deren Einkünfte, die nunmehr ausschließlich für die Beschäftigung in Polen von der polnischen Gesellschaft gezahlt werden, der Besteuerung durch den polnischen Fiskus nach den nationalen Vorschriften, da kein grenzüberschreitender Sachverhalt mehr vorliegt und Wohnsitz und Arbeitsort zusammen fallen.

Für die übrigen polnischen Mitarbeiter der polnischen Gesellschaft ergeben sich keine Besonderheiten, die Besteuerung der Einkünfte und die Abführung der Steuern erfolgen in Polen, ohne dass das DBA-Polen eine Rolle spielt.

b) Arbeitsrechtliche Betrachtung

Hier sind zunächst zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden, die eine Weichenstellung für die weitere Prüfung der rechtlichen Einordnung von grenzüberschreitender Tätigkeit einnehmen. Die erste Konstellation betrifft den Fall, dass ein Angehöriger eines Vertragsstaates direkt mit einem Arbeitgeber eines anderen Vertragsstaates einen Arbeitsvertrag über die Tätigkeit in dem anderen Vertragsstaat abschließt. Die zweite Konstellation umfasst die Fälle, in denen der Angehörige eines Vertragsstaates von seinem Arbeitgeber mit Sitz in demselben Vertragsstaat in den anderen Vertragsstaat entsandt wird, um dort tätig zu sein.

⇒ **Erste Konstellation**

Arbeitsvertrag eines Polen mit einem deutschen Unternehmen über Tätigkeit in Deutschland (keine Entsendung) und Arbeitsvertrag eines Deutschen mit einem polnischen Unternehmen über Tätigkeit in Polen (keine Entsendung)

Wird der Arbeitsvertrag eines inländischen Arbeitnehmers direkt mit dem ausländischen Arbeitgeber (jeweils in beiden Richtungen denkbar) geschlossen, so gilt entweder das im Vertrag vereinbarte Arbeitsrecht (sog. Rechtswahlklausel) oder mangels Rechtswahlklausel das Recht desjenigen Staates, in welchem die Arbeitsleistung erbracht.

⇒ **Zweite Konstellation**

Arbeitsvertrag eines Polen mit einem polnischen Unternehmen, auf dessen Grundlage der Arbeitnehmer zur Tätigkeit nach Deutschland entsandt wird und Arbeitsvertrag eines Deutschen mit einem deutschen Unternehmen, auf dessen Grundlage der Arbeitnehmer zur Tätigkeit nach Polen entsandt wird.

Nach der europäischen Richtlinie 96/71/EG gilt für in das Inland entsandte Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland - unabhängig von dem auf den Arbeitsvertrag anzuwendenden nationalen Recht - das inländische Arbeitsrecht, soweit es zwingend ist. Hierzu zählen insbesondere die gesetzlichen Regelungen über Arbeitszeiten, Mindestlöhne und Mindesturlaub sowie die einschlägigen allgemeinverbindlichen Tarifverträge.

Ausnahmen können vorliegen, wenn a) die Dauer der Entsendung einen Monat nicht übersteigt oder b) der Umfang der zu verrichtenden Arbeiten gering ist oder c) die zu verrichtenden Arbeiten Bestandteil eines Liefervertrages für die Erstmontage- und/oder

Einbauarbeiten für die Inbetriebnahme von gelieferten Gütern ist und die Entsendung acht Tage nicht übersteigt.

Von der Richtlinie nicht umfasst sind Bauarbeiten, die der Errichtung, Instandsetzung, Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriß von Bauwerken dienen.

Das bedeutet also, dass für den Zeitraum der Entsendung von polnischen Mitarbeitern durch ihren polnischen Arbeitgeber nach Deutschland neben dem individuellen polnischen Arbeitsvertrag und dem polnischen Arbeitsrecht auch die zwingenden deutschen arbeitsrechtlichen Regelungen anzuwenden sind.

Gleiches gilt in umgekehrter Weise für deutsche Arbeitnehmer, die von ihrem deutschen Arbeitgeber zu einer Tätigkeit nach Polen entsandt werden. Vorbehaltlich der genannten Ausnahmen würde also für diese deutschen Arbeitnehmer während ihrer Tätigkeit in Polen neben dem deutschen auch die zwingenden Vorschriften des polnischen Arbeitsrechts gelten.

Bezogen auf die Beteiligten unseres Ausgangsfalles bedeutet dies folgendes:

Herr Schmitz wird auf der Grundlage seiner vertraglichen Beziehungen zur deutschen Carl Müller Transformatoren AG in Polen tätig. Ob seine Tätigkeit in Polen unmittelbar mit seiner Aufsichtsratsstellung (keine Geltung von deutschem Arbeitsrecht) zusammenhängt oder hier eine gesonderte vertragliche Vereinbarung im Sinne von §§ 113, 114 AktG (ggfls. unter Geltung von deutschem Arbeitsrecht) vorliegt, soll in diesem Zusammenhang als gesellschaftsrechtliche Problematik nicht vertieft werden. Es wird unterstellt, dass es sich hierbei nicht um eine Aufsichtsrats-tätigkeit, sondern zusätzlich um eine andere (arbeitsrechtlich relevante) Beschäftigung neben der Aufsichtsrats-tätigkeit handelt.

Es liegt somit eine Entsendung des Herrn Schmitz unter Fortgeltung des deutschen Beschäftigungsvertrages und somit des deutschen (Arbeits-)rechts vor. Zusätzlich gelten auf der Basis der EU-Richtlinie 96/71/EG die zwingenden Vorschriften des polnischen Arbeitsrechts, soweit sie für die konkrete Tätigkeit des Herrn Schmitz in Polen einschlägig sind.

Herr Kwasniewski wird zu seiner Tätigkeit in Deutschland ebenfalls von seinem polnischen Arbeitgeber entsandt. Soweit nach polnischem Recht auf dieses Beschäftigungsverhältnis die polnischen arbeitsrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind (richtet sich nach Ausgestaltung des Anstellungsvertrages), bleibt es auch für den Zeitraum der Entsendungen dabei. Deutsches Arbeitsrecht würde nach der genannten EU-Richtlinie zwar für diesen Fall gelten, ist jedoch für gesetzliche Vertreter juristischer Personen bereits dem Grunde nach nicht einschlägig. Herr Kwasniewski könnte sich also auch nicht während seiner Tätigkeit in Deutschland auf deutsches Arbeitsrecht berufen.

Herr Lehmann hat unter Beendigung seiner arbeitsvertraglichen Beziehungen zur Carl Müller Transformatoren AG ein neues Arbeitsverhältnis mit der Müllerowski Sp. z. o. o. abgeschlossen. Seine Tätigkeit hat Herr Lehmann in Polen vorzunehmen. Es liegt keine Entsendung vor. Das Arbeitsverhältnis unterliegt daher ohne weiteres dem polnischen Arbeitsrecht, die genannte EU-Richtlinie ist nicht anwendbar.

Die 10 entsandten polnischen Mitarbeiter erbringen ihre Tätigkeit in Deutschland auf der Grundlage ihres mit der Müllerowski Sp. z. o. o. geschlossenen polnischen Arbeitsvertrages. Das polnische Arbeitsrecht gilt somit für diesen Vertrag, daneben ist für den Zeitraum der Entsendung nach Deutschland auch das zwingende deutsche Arbeitsrecht anwendbar. Besteht etwa für die deutschen Arbeitnehmer bei der Carl Müller Transformatoren AG aufgrund eines allgemein verbindlichen Tarifvertrages ein Mindestlohn, so haben auch die entsandten polnischen Arbeitnehmer für den Zeitraum der Entsendung bei gleicher Arbeit diesen Mindestlohnanspruch (soweit eine Differenz zum vertraglich vereinbarten polnischen Arbeitslohn besteht).

c) Sozialversicherungsrechtliche Betrachtung

Mit dem Beitritt Polens zur EU gilt auch dort unmittelbar die EWG-Verordnung Nr. 1408/71 (nebst der jeweiligen Folge- und Änderungsverordnungen) über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern. Die bis dahin geltenden bilateralen Abkommen im Rahmen der sozialen Sicherheit zwischen Deutschland und Polen verloren ihre Gültigkeit, ausgenommen das deutsch-polnische Abkommen über Renten- und Unfallversicherung vom 9. Oktober 1975.

Nach der EWG-VO Nr. 1408/71 gilt der Grundsatz, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Sozialversicherungspflicht stets nur in einem der beteiligten Mitgliedstaaten besteht. Daran anknüpfend regeln die einschlägigen Verordnungen, in welchem der an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt beteiligten Staaten diese Pflicht besteht und wie das verfahrensrechtliche Procedere abläuft.

Quintessenz der EWG-Verordnung ist die Regelung, dass Personen aus EU-Mitgliedstaaten, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat abhängig beschäftigt sind, den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften des Beschäftigungsstaates unterliegen, auch wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat hat.

Bei einer Beschäftigung in Deutschland gilt daher grundsätzlich das deutsche Sozialversicherungsrecht auch für polnische Arbeitnehmer eines polnischen Arbeitgebers. Für eine Beschäftigung in Polen gilt für deutsche Arbeitnehmer eines deutschen Arbeitgebers das polnische Sozialversicherungsrecht.

Von diesem Grundsatz bestehen Ausnahmen.

Eine Ausnahme liegt bei der vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern in einen anderen Mitgliedstaat vor. Deutsche Arbeitnehmer, die von ihrem deutschen Arbeitgeber zur Ausführung einer Arbeit nach Polen entsandt werden, bleiben in Deutschland sozialversicherungspflichtig, wenn die Entsendung für einen Zeitraum erfolgt auf, der voraussichtlich 12 Monate nicht übersteigt und die Zahlung der Vergütung durch den deutschen Arbeitgeber erfolgt. Weitere Voraussetzungen ist, dass der entsandte Arbeitnehmer nicht einen anderen Arbeitnehmer ablöst, dessen Entsendungszeit abgelaufen ist.

Das Bestehenbleiben der deutschen Sozialversicherungspflicht schließt also das Entstehen einer Sozialversicherungspflicht in Polen aus (und umgekehrt). Zu beachten ist bei den Entsendungsfällen, dass auch hier (ähnlich wie bei der Arbeitserlaubnis) vor Aufnahme der Tätigkeit eine Entsendebescheinigung („Formular E 101“) der zuständigen Träger der Sozialversicherung eingeholt wird. In Deutschland sind dies die Krankenkassen bei gesetzlich Versicherten und die BfA oder die zuständigen LVA bei privat Versicherten. Mit dieser Bescheinigung wird die Fortgeltung der deutschen Sozialversicherung während des Entsendezeitraumes dokumentiert und der Ausschluß der Sozialversicherungspflicht in dem Entsendestaat nachgewiesen. Verlängert sich der ursprüngliche Entsendezeitraum, muss vor seinem Ablauf die Verlängerung der Entsendebestätigung sowie die Zustimmung der zuständigen Behörde des Staates, in den der Arbeitnehmer entsandt wurde, eingeholt werden. Gleiches gilt in entsprechender Weise für den umgekehrten Fall der vorübergehenden Entsendung polnischer Arbeitnehmer durch ihren polnischen Arbeitgeber nach Deutschland.

Auch wenn keine Entsendung vorliegt, oder der Beschäftigungszeitraum von vornherein 12 Monate überschreitet, können die zuständigen Behörden auf Antrag

Ausnahmevereinbarungen treffen, die zur Fortgeltung der ursprünglichen Sozialversicherungspflicht während des Zeitraums der Betätigung im EU-Ausland führen.

Für in Polen sozialversicherungspflichtige Beschäftigte muss durch den Arbeitgeber binnen 7 Tagen nach Tätigkeitsbeginn eine entsprechende Anmeldung bei der zuständigen Filiale der polnischen Sozialversicherungsanstalt vorgenommen werden. Für in Deutschland sozialversicherungspflichtig Beschäftigte muss der Arbeitgeber diese bei Aufnahme der Tätigkeit bei der Einzugsstelle angemeldet und entsprechend versichert werden, also Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Unfallversicherung.

Bezogen auf die Beteiligten unseres Ausgangsfalles bedeutet dies folgendes:

Herr Schmitz bleibt als entsandter Mitarbeiter grundsätzlich in Deutschland versicherungspflichtig, da die Entsendung nur vorübergehend (weniger als 12 Monate) erfolgt und keine Ablösung stattfindet.

Herr Lehmann sowie die 40 nicht entsandten polnischen Mitarbeiter unterliegen ohne weiteres dem polnischen Sozialversicherungssystem, denn sie üben ihre Tätigkeiten ausschließlich in Polen bei einem polnischen Arbeitgeber aus.

Die 10 nach Deutschland entsandten polnischen Mitarbeiter unterliegen nicht der deutschen, sondern der polnischen Sozialversicherungspflicht, denn sie werden im Sinne der EWG-VO von ihrem polnischen Arbeitgeber für weniger als 12 Monate nach Deutschland entsandt und lösen dort keinen anderen entsandten Arbeitnehmer ab, während die Vergütung auch während des Entsendezeitraumes durch die polnische Gesellschaft erfolgt.

Würde die Entsendung bei gleichen Ausgangsvoraussetzungen in umgekehrter Richtung, also von Deutschland nach Polen erfolgen, würde entsprechendes gelten, nämlich die Geltung des deutschen Sozialversicherungsrechtes trotz der Tätigkeit in Polen.

3. Arbeitserlaubnis-Pflichten

⇒ **Aus Polen nach Deutschland**

Bekanntlich genießen EU-Bürger die sogenannte Arbeitnehmer-Freizügigkeit, dies bedeutet, dass jeder EU-Bürger in jedem EU-Staat grundsätzlich ohne behördliche Beschränkungen einer unselbständigen Beschäftigung nachgehen kann.

Dies gilt jedoch nicht für die Bürger der Beitrittsstaaten, die zum 01.05.2004 im Rahmen der EU-Osterweiterung Aufnahme in die Europäische Union gefunden haben. Die Übergangsregelung zum Beitrittsvertrag („2+3+2“) berechtigt die Alt-Mitgliedstaaten, während eines Übergangszeitraumes von maximal 7 Jahren für ihren nationalen Arbeitsmarkt phasenweise Zugangsbeschränkungen betreffend die Angehörigen der Beitrittsstaaten zu schaffen. Erst nach diesen 7 Jahren herrscht uneingeschränkte Arbeitnehmer-Freizügigkeit im gesamten EU-Raum auch für die Bürger der Beitrittsstaaten.

Die Bundesrepublik Deutschland hat hiervon Gebrauch gemacht und unter gleichzeitiger Reform des Zuwanderungsgesetzes die Zugangsbeschränkungen für die Bürger der Beitrittsstaaten in diversen neuen oder geänderten Gesetzen und Verordnungen geregelt. So finden sich einschlägige Vorschriften über den Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt in dem Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz), dem Gesetz über den Arbeitsmarktzugang im Rahmen der EU-Erweiterung“, dem neuen Zuwanderungsgesetz, der Beschäftigungsverordnung und der

Beschäftigungsverfahrensverordnung,
Arbeitsgenehmigungsverordnung, u.a.

Anwerbestoppausnahmereverordnung,

der

Vereinfacht dargestellt ist in diesen Vorschriften geregelt, dass für die Bürger der Beitrittsländer (nach wie vor) grundsätzlich eine Arbeitserlaubnis für eine unselbständige Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland erforderlich ist. Das bisherige doppelte Genehmigungsverfahren für Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis wurde mit dem neuen Zuwanderungsgesetz durch ein internes Zustimmungsverfahren ersetzt. Die Arbeitsgenehmigung wird nunmehr in einem Akt mit der Aufenthaltserlaubnis von der Ausländerbehörde erteilt, sofern die Arbeitsverwaltung intern zugestimmt hat.

Die Arbeitserlaubnis ist vor Beginn der Tätigkeit einzuholen. Sie muss von dem Arbeitnehmer schriftlich beantragt werden, zuständig ist die örtliche Bundesagentur für Arbeit am Sitzort des Arbeitgebers. Hierzu existieren jedoch vielfältige Sondervorschriften und Ausnahmetatbestände, die entweder den Erlaubniszwang entfallen lassen oder hinsichtlich der Erteilungsvoraussetzungen modifizieren.

So bedürfen bestimmte Personengruppen zwar Aufenthaltsgenehmigungen für die Bundesrepublik, jedoch keine zusätzliche Arbeitserlaubnis der Bundesagentur für Arbeit. Hierzu zählen beispielsweise leitende Angestellte mit Generalvollmacht oder Prokura, gesetzliche Vertreter einer juristischen Person, leitende Angestellte eines auch außerhalb Deutschlands tätigen Unternehmens für eine Beschäftigung auf Vorstands-, Direktions-, und Geschäftsleitungsebene, Personen, die für einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland Besprechungen oder Verhandlungen im Inland führen oder Verträge schließen und sich im Rahmen ihrer Beschäftigung unter Beibehaltung ihres gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland insgesamt nicht länger als drei Monate innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Monaten im Inland aufhalten.

⇒ **Aus Deutschland nach Polen**

Ähnlich ist die Situation für Deutsche, die in Polen einer unselbständigen Beschäftigung nachgehen wollen. Aufgrund einer Verordnung des polnischen Ministers für Wirtschaft und Arbeit benötigen diese Personen ebenfalls grundsätzlich einer Arbeitserlaubnis. Für die Erteilung einer solchen Arbeitserlaubnis in Polen ein dreistufiges Verfahren.

1. Stufe: Der potentielle polnische Arbeitgeber holt bei dem für seinen Sitzort zuständigen Arbeitsamt eine Zusage für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für den potentiellen deutschen Arbeitnehmer und die konkrete von diesem zu besetzende Stelle ein.

2. Stufe: Mit dieser Zusage muss bei der für den Wohnort des deutschen Arbeitnehmers zuständigen diplomatischen Vertretung der Republik Polen ein Visum mit Arbeitsbewilligung beantragt werden.

3. Stufe: Mit diesem Visum wird sodann bei für den Arbeitgeber zuständigen Wojewodschaft (eine Art Landesbehörde) die Arbeitserlaubnis eingeholt.

Die Arbeitserlaubnis muss sich auf einen bestimmten Arbeitsplatz beziehen und gilt nach Erteilung auch nur für diesen. Sie muss vor Aufnahme der Tätigkeit eingeholt werden.

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wird von den polnischen Stellen die Situation auf dem lokalen Arbeitsmarkt berücksichtigt, eine Arbeitserlaubnis soll nur erteilt werden, wenn für den konkreten Arbeitsplatz, für den die Erlaubnis begehrt wird, kein polnischer Arbeitnehmer zur Verfügung steht.

Eine Arbeitserlaubnis ohne Prüfung des regionalen Arbeitsmarktes wird erteilt für ausländische Schlüsselpersonen im Sinne des EU-Assoziierungsabkommens mit Polen (d. h. Führungskräfte und Personen mit hohen fachspezifischen Qualifikationen) sowie für

Ausländer, die (Mit-)Eigentümer oder Geschäftsführer von Gesellschaften sind, die in Polen mindestens 50 Personen beschäftigen und dabei technisch oder personell innovativ sind.

Darüber hinaus bestehen für folgende Personen Ausnahmen von der Erlaubnispflicht:

Deutsche Führungskräfte, die zum Vorstand einer polnischen Kapitalgesellschaft bestellt sind, ihren Wohnsitz weiterhin in Deutschland beibehalten und die Tätigkeit nicht länger als 30 Tage im Kalenderjahr ausüben, bedürfen keiner Arbeitserlaubnis. Zu beachten ist jedoch, dass die Vorstandseigenschaft nur auf dem (gesellschaftsrechtlichen) Bestellungsakt beruhen darf, d. h. es darf weder ein zivilrechtlicher Anstellungsvertrag oder ein Arbeitsvertrag bestehen.

Ausgenommen von der Pflicht zur Arbeitserlaubnis sind weiterhin Monteure, die ihren Wohnsitz in Deutschland behalten und bis zu 3 Monaten von ihrem ausländischen (deutschen) Arbeitgeber zur Durchführung nachfolgend genannter Tätigkeiten nach Polen delegiert (entsandt) werden:

- Montage, Instandhaltung und Reparaturen von Maschinen und Anlagen, Ausrüstungen u.ä., die vom ihrem Arbeitgeber hergestellt werden,
- Abnahme von Maschinen und Anlagen, die bei einem ausländischen Produzenten geordert wurden,
- Schulungen von ausländischen Mitarbeitern für die Bedienung von Maschinen und Anlagen, die von ihrem Arbeitgeber hergestellt und im Ausland in Betrieb genommen werden,
- Auf- und Abbau von Messeständen.

Bezogen auf unseren Ausgangsfall bedeutet dies:

Für *Herrn Schmitz* müsste eine polnische Arbeitserlaubnis eingeholt werden, die jedoch ohne Prüfung des regionalen Arbeitsmarktes erteilt würde, da Herr Schmitz als Schlüsselpersonal gelten dürfte. Die Ausnahmegesetzvorschrift für Führungskräfte käme nicht zur Anwendung, da Herr Schmitz nicht zum Vorstand der polnischen Gesellschaften bestellt wurde und länger als 30 Tage seine Tätigkeit in Polen ausübt.

Für *Herrn Lehmann* müsste ebenfalls eine polnische Arbeitserlaubnis eingeholt werden, wobei möglicherweise auch hier die Gegebenheiten des regionalen Arbeitsmarktes nicht berücksichtigt werden, wenn die fachliche Qualifikation des Herrn Lehmann ihn zu einem Schlüsselpersonal machen würde.

Für *Herrn Kwasniewski* ist hinsichtlich seiner vierteljährlichen Geschäftsreisen nach Deutschland keine Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis erforderlich.

Für die *zehn nach Deutschland entsandten polnischen Arbeitnehmer* müssen in Deutschland Arbeitserlaubnisse eingeholt werden, die in der Regel erteilt werden, da es sich um eine vorübergehende Beschäftigung zu Einarbeitungszwecken im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen handelt (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 Anwerbestoppausnahmegesetz - ASAV).

4. Arbeitnehmermitbestimmung

⇒ **Deutsche Mitbestimmung in polnischen Betrieben?**

Für im Ausland belegende Betriebe eines deutschen Unternehmens gilt das deutsche Betriebsverfassungsrecht grundsätzlich nicht.

Da es sich bei der Carl Müller Transformatoren AG und der Müllerowski Sp. z. o. o. um zwei rechtlich selbständige juristische Personen handelt, liegen im (deutschen) betriebsverfassungsrechtlichen Sinne zwei getrennte Arbeitgeber vor. Soweit die Carl Müller

Transformatoren AG betriebsratsfähig nach deutschen Vorschriften ist, bleibt sie es ohne Beeinflussung durch die polnische Tochtergesellschaft. Ein etwa bestehender Betriebsrat bei der Carl Müller Transformatoren hat keine Wirkungsberechtigung im Hinblick auf die Arbeitnehmer der Müllerowski Sp. z. o. o. Der deutsche Betriebsrat bleibt aufgrund des persönlichen Geltungsbereiches des Betriebsverfassungsrechts auch für vorübergehend ins Ausland entsandte deutsche Mitarbeiter des deutschen Unternehmens zuständig.

Auch wenn ein Gesamtbetriebsrat in Deutschland besteht, wird der ausländische Betrieb nicht von dessen Wirkungskreis erfasst, auch dann nicht, wenn es sich um überbetriebliche Belange handelt. Gleiches gilt für einen deutschen Konzernbetriebsrat.

⇒ **Polnische Mitbestimmung**

Für die polnische Gesellschaft gelten demnach ausschließlich die polnischen Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung. Danach können in jedem Unternehmen Gewerkschaften gegründet werden, wenn sich – unabhängig von der Beschäftigtenzahl – zehn Personen zur Gründung bereit finden. Eine Gewerkschaft kann als neue Organisation nur für das betreffende Unternehmen oder aber als ein Teil einer bereits bestehenden regionalen oder landesweiten Gewerkschaft gegründet werden. Die Gewerkschaften sind beim zuständigen Landesgerichtsregister anzumelden. Die Gewerkschaft vertritt sowohl die Gruppen- als auch die individuellen Interessen sämtlicher Beschäftigter des Unternehmens, d. h. auch derer, die nicht der Gewerkschaft angehören. Sie hat Informationsrechte (z. B. hinsichtlich der Arbeits- und Vergütungsbedingungen) und Beteiligungsrechte (z. B. bei Kündigungen oder Massenentlassungen) gegenüber dem Arbeitgeber. Dieser hat die Gewerkschaftsfunktionäre für ihre Gewerkschaftstätigkeiten freizustellen und sachliche Mittel zur Ausübung der Gewerkschaftstätigkeiten bereit zu stellen. Bei Verstoß des Unternehmens gegen gewerkschaftliche Rechte drohen in Polen strafrechtliche Konsequenzen bis hin zur Freiheitsstrafe.

⇒ **Der Europäische Betriebsrat**

Erweiterung des Ausgangssachverhaltes um folgende Aspekte:

Die Carl Müller Transformatoren beschäftigt in Deutschland 800 Arbeitnehmer. Das Engagement in Polen wird erweitert. Aus der ersten polnischen Tochterkapitalgesellschaft wird der Bereich Vertrieb ausgegliedert und auf eine neue zweite Tochtergesellschaft übertragen. Diese stellt 120 neue Mitarbeiter ein. Der Mitarbeiterstab der ersten polnischen Gesellschaft wird ebenfalls auf 120 aufgestockt.

Die Richtlinie über Europäischen Betriebsrat 94/45/EG wurde in Deutschland durch das umgesetzt in Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) vom 28.10.1996 (BGBl. 1996 I S. 1548) umgesetzt. Es gilt für gemeinschaftsweit tätige Unternehmen mit Hauptsitz in Deutschland, die mindestens 1.000 Beschäftigte in den Mitgliedstaaten und davon jeweils 150 Beschäftigte in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten haben.

Darüber hinaus gilt es für Unternehmensgruppen mit insgesamt mindestens 1.000 Beschäftigten, wobei mindestens zwei der der Gruppe angehörenden Unternehmen ihren Sitz in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten haben, die in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils mindestens 150 Beschäftigte haben.

Liegen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des EBRG vor, so ist ein europäischer Betriebsrat zu errichten. Die Errichtung soll zunächst auf der Grundlage freiwilliger Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite erfolgen. Das Verfahren hierzu ist höchst komplex und langwierig. Kommt es nicht zu einer freiwilligen Vereinbarung und Einrichtung eines Europäischen Betriebsrates, so ist ein solcher kraft Gesetzes zu bilden.

Bezogen auf unseren ergänzten Ausgangsfall bedeutet dies:

Es handelt sich um eine Unternehmensgruppe mit drei Kapitalgesellschaften in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten, wobei das beherrschende Mutterunternehmen, die Carl Müller Transformatoren AG ihren Sitz in Deutschland hat. Die erste Voraussetzung für die Anwendung des EBRG ist erfüllt.

Insgesamt beschäftigt die Unternehmensgruppe 1.040 Mitarbeiter, auch die zweite Voraussetzung ist also erfüllt.

Die dritte Voraussetzung, wonach zwei Unternehmen der Gruppe mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils mindestens 150 Arbeitnehmer beschäftigen, ist hingegen nicht erfüllt. Zwar beschäftigt die Carl Müller Transformatoren AG in Deutschland mehr als 150 Mitarbeiter, jedoch keines der beiden (selbständigen) polnischen Unternehmen mit nur je 120 Mitarbeitern.

Ein anderes Ergebnis würde man erhalten, wenn die polnischen Betriebsstätten nicht als selbständige juristische Personen, sondern als Niederlassungen der Carl Müller Transformatoren AG betrieben würde. Dann gäbe es nur ein Unternehmen (nämlich die Carl Müller Transformatoren AG mit zwei Niederlassungen in Polen) und dieses Unternehmen würde sowohl in Deutschland als auch in Polen jeweils mehr als 150 Mitarbeiter beschäftigen.