



Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-0

Gei. / 10.02.2015

- Werkvertrag mit ausländischen Unternehmen - was ist zu beachten nach der VO (EG) Nr. 883/2004

A. Allgemeines

In Zeiten der wachsenden Europäisierung wird es immer wichtiger auch grenzüberschreitende Tätigkeiten zu ermöglichen und durchzuführen. Hierzu bedarf es der Entsendung nach Deutschland oder auch von Deutschland in andere europäische Mitgliedstaaten. Durch die Einführung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die osteuropäischen Staaten, kommt es vermehrt zu Aufträgen in Deutschland.

Eine Entsendung liegt vor, wenn zwischen dem ausländischen Unternehmen und dem deutschen Unternehmen ein Werkvertrag geschlossen wird in dessen Rahmen eigene Arbeitnehmer nach Deutschland entsandt werden, um dort die Tätigkeit für den Arbeitgeber auszuführen. Begrifflich umfasst die Entsendung nur den zeitlich begrenzten Einsatz von ausländischen Arbeitnehmern. Um eine solche Entsendung durchzuführen und eigene Arbeitnehmer nach Deutschland zu entsenden und weiterhin im Sozialversicherungssystem des Heimatlandes zu bleiben einer sogenannten Entsendebescheinigung. Diese kann auf Basis der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erteilt werden. Konkretisiert wird diese Verordnung durch die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009.

B. Die Entsendung

1. Die Voraussetzung der Erteilung einer Entsendebescheinigung

Nach Art. 11 der VO (EG) Nr. 883/2004 gilt der Grundsatz, dass Personen für welche diese Verordnung gilt nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegen können. In Art. 11 der Verordnung wird bestimmt, dass grundsätzlich der Beschäftigungsort entscheidend für die Zuordnung des Sozialversicherungssystems ist- so dass dies im Falle der Entsendung nach Deutschland, auch Deutschland wäre.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen die Art. 12 bis 16 der VO (EG) Nr. 883/2004. Die wohl wichtigste Vorschrift bei einer Entsendung spielt Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004. Danach unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich im Heimatland tätig ist, eine Beschäftigung im Rahmen einer Entsendung ausübt, weiterhin den Rechtsvorschriften des Heimatlandes, sofern die Entsendung voraussichtlich nicht länger als 24 Monate überschreitet. Zudem darf diese Person nicht eine andere Person ablösen. Greift diese Ausnahmenvorschrift ein, so bleibt der Arbeitnehmer weiterhin im Sozialversicherungssystem und den Rechtsvorschriften des Heimatlandes.

Hilfe bei der Auslegung gibt die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009. Ebenfalls wurde hierzu ein Praktischer Leitfaden der EU entwickelt, welcher bei der Anwendung der Verordnun-

gen Hilfe leistet. Liegen die genannten Kriterien vor, so kann im Heimatland die Entsendebescheinigung A-1 beantragt werden, welche die Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften des Heimatlandes für die Dauer der Entsendung verbindliche bescheinigt.

Eine weitere Ausnahme ist in Art. 13 der VO (EG) Nr. 883/2004 normiert. Danach kann eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung unterliegt, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates unterliegen, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Wenn dies nicht der Fall ist, gibt Art. 13 weitere Alternativen auf, die zur Abweichung von Art. 11 darstellen.

2. Bindungswirkung der E-101 und A-1 Bescheinigung

Die E-101 Bescheinigung und nun die A-1 Bescheinigung werden durch die ausstellende Behörde erteilt und können auch nur von dieser wieder zurückgezogen werden. Die Bindungswirkung der Entsendebescheinigung umfasst hierbei die sozialrechtlichen und arbeitsrechtlichen Aspekte. Dies wurde ausdrücklich vom EuGH in seinem Urteil „Herbosch Kiere“, bestätigt. Auch der BGH hat sich dieser Entscheidung angeschlossen und die Bindung der Strafgerichte angeordnet. Jüngst hat nun das AG Kronach auch zum ersten Mal im Rahmen der §§ 9, 10 AÜG die arbeitsrechtliche Bindung ausdrücklich bestätigt und aufgrund der vorliegenden E-101 Bescheinigungen die Arbeitgeberfiktion in §§ 9, 10 AÜG abgelehnt.

3. Das Ablöseverbote

Wie Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004 ausdrücklich bestimmt, stellt die Vorschrift eine Ausnahme für ein Entsendeeinsatz von 24 Monaten dar. Die Erteilung der Entsendebescheinigung A-1 kann also nur für einen begrenzten Zeitraum beantragt werden. Eine weitere Einschränkung der Entsendevoraussetzungen sieht Art. 12 in seinem letzten Halbsatz vor, in dem er anordnet, dass ein Arbeitnehmer nicht einen anderen Arbeitnehmer ablösen darf. Eine nähere Konkretisierung dieses Ablöseverbotes ergibt sich aus dem Praktischen Leitfaden der EU. Dort wird bestimmt, dass ein entsandter Arbeitnehmer nicht unmittelbar ersetzt werden darf – weder durch einen Arbeitnehmer desselben Unternehmens, noch durch ein Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens.

Dieses Verbot der unmittelbaren Ablöse betrifft nicht den Fall, dass die 24 Monate des entsandten Arbeitnehmers noch nicht abgelaufen sind, und er aus anderweitigen Gründen zurück in seinen Heimatstaat muss, und so ein anderer Arbeitnehmer innerhalb der 2 Jahre ihn ersetzt.

Der A2- Beschluss der Verwaltungskommission vom 12.06.2009 gibt Aufschluss darüber, wie lang ein solches Ablöseverbot gilt. Dort wird geregelt, dass nach Ablauf des Entsendezeitraumes eine weitere Entsendung erst nach Ablauf von zwei Monaten zulässig ist.

4. Rückwirkung von Entsendebescheinigungen

Auch eine rückwirkende Erteilung einer Entsendebescheinigung im Einzelfall kann möglich sein. So wurde dies umlängst entschieden. Bei Erteilung gilt sie als von Anfang an wirksam. Problematisch ist und noch nicht entschieden, der nachträgliche Entzug der Entsendebescheinigung durch den ausstellenden Mitgliedstaat. Hier ergibt sich die Frage, ob die Erteilung sich von Anfang an als unwirksam herausstellt und somit die Sozialversicherungsbeiträge nachzuzahlen sind. Und ob dies angesichts der bereits erfolgten Zahlung der Beiträge im Heimatland obsolet wurde, wie dies bereits das LSG Rheinland-Pfalz entschied.