

NEWSLETTER

AUSGABE 3/2018

www.wendlertremml.de

www.entsenderecht.de

Inhaltsverzeichnis (Stand Oktober 2018)

1. Umfassende Bindungswirkung der A1-Bescheinigung
2. EuGH verschärft Ablöseverbot
3. Arbeitsvertragliche Ausschlussfrist und Mindestlohn
4. Kein Pauschal-Schadensersatz bei Verzug des Arbeitgebers mit der Entgeltzahlung
5. Vereinbarung der förmlichen Abnahme verhindert konkludente Abnahme
6. OLG Düsseldorf: Wann darf der Auftragnehmer bei Nachträgen Arbeiten einstellen?
7. Veranstaltungshinweis

1. Umfassende Bindungswirkung der A1-Bescheinigung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat klargestellt, dass eine vom zuständigen Träger eines Mitgliedstaats aufgrund von Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ausgestellte A1-Bescheinigung nicht nur für die Träger des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit

ausgeübt wird, sondern auch für die Gerichte dieses Mitgliedstaats verbindlich ist. Die Verbindlichkeit besteht, solange die Bescheinigung von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurde, weder widerrufen noch für ungültig erklärt worden ist.

Die Frage der Bindungswirkung von Bescheinigungen A1 hat sich gestellt, weil der österreichische Sozialversicherungsträger für eine Vielzahl von aus Ungarn nach Österreich zur Ausführung von Schlacht- und Fleischerlegungsarbeiten bei der Alpenrind entsandten Arbeitnehmern die Pflichtversicherung nach den österreichischen Vorschriften festgestellt hatte. Der zuständige ungarische Sozialversicherungsträger hat – teilweise rückwirkend und teilweise in Fällen, in denen der österreichische Sozialversicherungsträger bereits eine österreichische Pflichtversicherung festgestellt hat – Bescheinigungen A1 über die Anwendung der ungarischen Rechtsvorschriften ausgestellt. In all diesen Bescheinigungen ist Alpenrind als Arbeitgeber an dem Ort, an dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, genannt. Tatsächlich waren ungarische Firmen Arbeitgeber der in den A1-Bescheinigungen genannten Personen.

Wegen der bestehenden Unstimmigkeiten zwischen den Sozialversicherungsträgern wurde die Verwaltungskommission zur Beilegung des Streits angerufen. Das Verfahren vor der Verwaltungskommission hat weder zu einer Einigung geführt noch bewirkt, dass die A1-Bescheinigungen zurückgezogen wurden. Auch in diesem Fall behalten die Bescheinigungen A1 ihre Bindungswirkung, wie der EuGH im Urteil vom 6. September 2018 (Rechtssache C 527/16 „Alpenrind“) feststellt. Die Bindungswirkung besteht, selbst wenn die Verwal-

tungskommission angerufen wurde und diese zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Bescheinigung zu Unrecht ausgestellt wurde und widerrufen werden sollte. Das gilt, selbst wenn die Bescheinigung A1 – gegebenenfalls rückwirkend – erst ausgestellt wurde, nachdem der eine Mitgliedstaat festgestellt hat, dass der betreffende Arbeitnehmer nach seinen Rechtsvorschriften pflichtversichert ist.

Ausgenommen von dieser Bindungswirkung sind nur Fälle des Betrugs oder des Rechtsmissbrauchs. In diesen Fällen kann eine A1-Bescheinigung auch von einem Gericht des Aufnahmemitgliedstaats des betreffenden Arbeitnehmers für ungültig erklärt werden.

2. EuGH verschärft Ablöseverbot

In der Entscheidung vom 6. September 2018 („Alpenrind“ – C-527/16) hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) auch mit dem in Art. 12 Absatz 1 der Verordnung Nr. (EG) 883/2004 enthaltenen Ablöseverbot auseinandergesetzt. Art. 12 der Verordnung sah in Absatz 1 zunächst vor, dass die entsandte Person „nicht eine andere Person ablöst“. Im Jahr 2012 wurden die Worte „andere Person“ durch „andere entsandte Person“ ersetzt.

Der Rechtsstreit, in dem der EuGH zu einer Entscheidung angerufen wurde, betrifft die Konstellation, dass zunächst in den Jahren 2007 bis 2012 Arbeitnehmer von der ungarischen Martin-Meat nach Österreich entsandt wurden, um in den Räumlichkeiten von Alpenrind Fleischzerlegungsarbeiten auszuführen. Vom 1. Februar 2012 bis zum 31. Januar 2014 wurden Arbeitnehmer von der ungarischen Martimpex zur Ausführung derselben Arbeiten nach Österreich entsandt. Ab 1. Februar 2014 wurden diese Arbeiten erneut von Arbeitnehmern der Martin-Meat in denselben Räumlichkeiten ausgeführt.

Vor diesem Hintergrund hat der EuGH geprüft, ob das Ablöseverbot eingehalten wurde sowie ob und inwieweit es dabei eine Rolle spielt, wo sich der Sitz der betreffenden Arbeitgeber befindet und ob zwischen ihnen personelle oder organisatorische Verflechtungen bestehen.

Insbesondere aus dem Kontext von Art. 12 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und den Erwägungsgründen folgert der EuGH, dass die Vorschrift als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist. Der wiederholte Rückgriff auf entsandte Arbeitnehmer zur Besetzung desselben Arbeitsplatzes, auch wenn verschiedene Arbeitgeber die Entsendungen vornehmen, ist nach dem EuGH weder mit dem Wortlaut noch mit den Zielen von Art. 12 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vereinbar, so dass eine entsandte Person die dort vorgesehene Sonderregel nicht in Anspruch nehmen kann, wenn sie einen anderen Arbeitnehmer ablöst.

Das Ablöseverbot wird vom EuGH deshalb dahin ausgelegt, dass ein von einem Arbeitgeber zur Ausführung einer Arbeit in einen anderen Mitgliedstaat entsandter Arbeitnehmer, der dort einen anderen, von einem anderen Arbeitgeber entsandten Arbeitnehmer ablöst, im Sinne dieser Bestimmung „eine andere Person ablöst“, so dass er nicht die darin vorgesehene Sonderregel in Anspruch nehmen kann, um weiterhin den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats zu unterliegen, in dem sein Arbeitgeber gewöhnlich tätig ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Arbeitgeber der beiden betreffenden Arbeitnehmer ihren Sitz im selben Mitgliedstaat haben oder ob zwischen ihnen personelle oder organisatorische Verflechtungen bestehen.

Mit dieser Rechtsprechung liegt der EuGH auf der Linie des Praktischen Leitfadens zur Anwendung der Vorschriften über die Koordination des Sozialversicherungsrechts innerhalb der EU. Auch wenn es fraglich ist, ob es aufgrund der Entscheidung massiv zum Widerruf oder dem Ungültigerklären von A1-Bescheinigungen kommen wird, dürfte dieses Urteil Auswirkungen auf die zukünftige Erteilung von Entsendebescheinigungen haben.

3. Arbeitsvertragliche Ausschlussfrist und Mindestlohn

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich mit der Frage befasst, inwieweit eine in einem Arbeitsvertrag enthaltene vorformulierte Verfallklausel, die ohne jede Einschränkung alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst, wirksam ist.

In dem Rechtsstreit forderte der Kläger von seinem früheren Arbeitgeber die Abgeltung von Urlaubstagen. Zuvor hatten die beiden Parteien in einem separaten Rechtsstreit über die Kündigung des Klägers einen Vergleich abgeschlossen, dem zufolge das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 15. August 2016 endete und in dem unter anderem die Verpflichtung des Arbeitgebers enthalten war, das Arbeitsverhältnis bis zum 15. September 2016 ordnungsgemäß abzurechnen.

Die am 6. Oktober 2016 zugegangene Abrechnung für August 2016 erfolgte ohne Urlaubsabgeltung. Am 17. Januar 2017 wurde die Klage auf Urlaubsabgeltung eingereicht. Der frühere Arbeitgeber hat die Zahlung von Urlaubsabgeltung mit dem Argument zurückgewiesen, der Anspruch sei nicht rechtzeitig innerhalb der im Arbeitsvertrag geregelten Ausschlussfrist geltend gemacht. Der Arbeitsvertrag enthielt eine Verfallfrist, wonach alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Partei schriftlich geltend gemacht wurden.

Obwohl der Zeitpunkt der Klageerhebung außerhalb dieses 3-Monatszeitraums lag, hat das BAG dem Kläger einen Anspruch auf die Abgeltung von 19 Urlaubs-

tagen zugesprochen. Denn die Verfallklausel war unwirksam. Die Regelung war nicht klar und verständlich und hat den Kläger unangemessen benachteiligt, weil aus ihr nicht ersichtlich war, dass sie entgegen § 3 Satz 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) den ab dem 1. Januar 2015 zu zahlenden gesetzlichen Mindestlohn ausnimmt. § 3 Satz 1 MiLoG legt fest, dass Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, unwirksam sind. Die verwendete Verfallklausel kann deshalb auch nicht für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung aufrechterhalten werden.

Praxistipp:

Eine vom Arbeitgeber vorformulierte Verfallklausel in einem Arbeitsvertrag, der nach dem 31. Dezember 2014 geschlossen wurde, ist insgesamt unwirksam, wenn ohne jede Einschränkung alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst sind. Ansprüche auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns sollten daher in jedem Fall von einer Verfallklausel ausgenommen werden.

4. Kein Pauschal-Schadensersatz bei Verzug des Arbeitgebers mit der Entgeltzahlung

Nach § 288 Abs. 5 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners – sofern dieser kein Verbraucher ist – nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern außerdem einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von € 40,00. Dies gilt auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt.

Auf diese Vorschrift hat sich in dem vom Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 25. September 2018 (8 AZR 26/18) entschiedenen Fall der klagende Arbeitnehmer berufen, als er von seinem Arbeitgeber neben der Zahlung rückständiger Besitzstandszulagen für die Monate Mai bis September 2016 wegen Verzugs mit den Zahlungen für die Monate Juli bis September 2016 zusätzlich drei Pauschalen à € 40,00 verlangt hat. Der Arbeitgeber hat eingewendet, dass § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht nicht anwendbar sei, weil § 12a Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) dessen Anwendung ausschließe. Nach § 12a ArbGG besteht in Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs unter anderem kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis.

Das Bundesarbeitsgericht hat dem Arbeitgeber recht gegeben. Es hat entschieden, dass im Arbeitsrecht ein Anspruch nach § 288 Abs. 5 BGB nicht besteht. Ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitslohn verspätet oder unvollständig erhält, kann von seinem Arbeitgeber daher keinen Pauschal-Schadensersatz fordern. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, etwaige aus der verspäteten oder unvollständigen Zahlung des Arbeitsentgelts resultierende Schäden zu ersetzen, wird dadurch nicht berührt.

5. Vereinbarung der förmlichen Abnahme verhindert konkludente Abnahme

Das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz hat mit Beschluss vom 1. März 2018 entschieden, ob eine vereinbarte förmliche Abnahme des Werkes durch eine Inbetriebnahme desselben ersetzt werden kann (OLG Koblenz, Az: 1 U 1011/17).

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) mit der Erstellung einer Heizungsanlage. Der AN verlangte nach der Fertigstellung seiner Leistungen die Zahlung von Restwerklohn. Die Parteien haben im Werkvertrag eine förmliche Abnahme des Werks unter Bezugnahme auf § 12 VOB/B 2009 vereinbart. Eine förmliche Abnahme des Werks wurde nicht durchgeführt. Nach Auffassung des AN reicht die Inbetriebnahme der Heizungsanlage aus, um die förmliche Abnahme zu ersetzen.

Das sieht das OLG anders. Es hat entschieden, dass eine konkludente Abnahme des Werks durch Inbetriebnahme ausscheidet, wenn die Parteien eine förmliche Abnahme des Werks vereinbart haben. Das Gericht hat jedoch geprüft, ob durch den AG die förmliche Abnahme in einer Weise verzögert wurde, dass ein Berufen auf eine förmliche Abnahme treuwidrig wäre. Ein treuwidriges Verhalten des AG war für das Gericht nicht erkennbar. Denn nachdem der AN den AG aufgefordert hatte, einen Abnahmetermin zu vereinbaren – ohne allerdings selbst einen förmlichen Abnahmetermin anzubieten – wurden vom AG mehrere förmliche Abnahmetermine angeboten. Auf diese ist der AN nicht eingegangen. Der AN hätte nach Ansicht des Gerichts jedoch reagieren und einen förmlichen Abnahmetermin vereinbaren müssen. Er selbst hat daher treuwidrig die angebotenen Abnahmetermine nicht wahrgenommen. Der Anspruch auf Restwerklohnzahlung besteht daher nicht, da es an einer förmlichen Abnahme fehlt und der Werklohnanspruch damit derzeit nicht fällig ist.

6. OLG Düsseldorf: Wann darf der Auftragnehmer bei Nachträgen Arbeiten einstellen?

Das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) hatte in seinem Urteil vom 2. März 2018, Az.: 22 U 71/17, zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Auftragnehmer (AN) ausnahmsweise berechtigt ist, Nachtragsarbeiten einzustellen. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den AN mit Dachdeckerarbeiten. Während der Bauabwicklung zeigte sich, dass zusätzliche Arbeiten ausgeführt werden mussten. Der AG ordnete diese Zusatzleistungen mündlich an. Der AN stellte Nachtragsangebote und verlangte im Rahmen einer Abschlagsrechnung eine zusätzliche Vergütung in Höhe von rund € 30.000,00. Der AG kürzte die Rechnung und stellte sich auf den Standpunkt, die Nachträge würden sich noch in der

Prüfung befinden und seien noch nicht beauftragt. Auch in der Folgezeit beschäftigte sich der AG nicht mit den Nachträgen. Der AN stellte seine Leistungen daraufhin ein. Der AG kündigte den Bauvertrag und ließ die Arbeiten von einem anderen Nachunternehmer fertigstellen. Der AG macht Mehrkosten geltend. Für die Entscheidung des Rechtsstreits war entscheidend, ob der AN seine Leistungen einstellen durfte oder ob das Einstellen der Arbeiten unberechtigt und somit die Kündigung des AG gerechtfertigt war.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass in Fällen, in denen eine Nachtragsvereinbarung zu einer Zusatzleistung endgültig verweigert wird, ein Leistungsverweigerungsrecht besteht. Das OLG meint, dass einem AN aber auch im vorliegenden Fall grundsätzlich ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Das Gericht verweist auf die Kooperationspflichten des AG. Die Grundsätze von Treu und Glauben erlauben es nicht, dass der AG sich völlig passiv verhält. Insbesondere kann dem AN nicht zugemutet werden, Anordnungen des AG folgen zu müssen, ohne dass er Klarheit darüber hat, ob er die Vergütung erhalten werde. Wenn sich der AG über eine längere Zeit passiv verhält, besteht ausnahmsweise ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Höhe der streitigen Nachträge im Verhältnis zur Gesamtvergütung einen erheblichen prozentualen Anteil ausmacht.

7. Veranstaltungshinweis

Am 29. November 2018 findet in Ratingen das nächste Praktikerseminar statt. Schwerpunktthema ist die Zukunft der Entsendung vor dem Hintergrund geänderter europarechtlicher Vorgaben sowohl zum Arbeitsrecht infolge der Reform der Entsenderichtlinie als auch zum Sozialversicherungsrecht. Ein weiterer Schwerpunkt sind die ersten Erfahrungen nach Ablauf der Übergangsfrist bei der Arbeitnehmerüberlassung. Ergänzt

wird das Themenspektrum durch Vorträge zu aktuellen Fragestellungen, die bei den grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeiten in Deutschland relevant sind.

Unter www.entsenderecht.de sind in unserem Informationsportal weitere Informationen, darunter das detaillierte Programm, zu dem von der Ratfinder GmbH veranstalteten Seminar veröffentlicht.

Das Düsseldorfer Büro der Kanzlei **WENDLER TREMML** betreut und berät ausländische und deutsche Unternehmen bei grenzüberschreitenden Aktivitäten in allen zentralen wirtschaftsrechtlichen Fragen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:

Michael Wendler – mwendler@wendlertremml.de
Kai F. Sturmfels, LL.M. – ksturmfels@wendlertremml.de
Dr. Jutta Walther – jwalther@wendlertremml.de
Beata Donay – bdonay@wendlertremml.de

Impressum

Wendler Tremml Rechtsanwälte
verantwortliche Redakteurin
Dr. Jutta Walther
Mörsenbroicher Weg 200
40470 Düsseldorf
Tel. +49/2 11/66 96 67 0
Fax. +49/2 11/66 96 67 66
dus@wendlertremml.de
www.wendlertremml.de
www.entsenderecht.de

Düsseldorf, Oktober 2018

Trotz sorgfältiger Erstellung der Unterlagen wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen stellen keinen Rechtsrat dar und können eine einzelfallbezogene anwaltliche Beratung nicht ersetzen.

WENDLER TREMML

RECHTSANWÄLTE

DÜSSELDORF

Mörsenbroicher Weg 200
D - 40470 Düsseldorf
Tel. +49/2 11/66 96 67 0
Fax +49/2 11/66 96 67 66
dus@wendlertremml.de

MÜNCHEN

Sophienstraße 5
D - 80333 München
Tel. +49/89/55 05 69 10
Fax +49/89/55 05 67 99
munich@wendlertremml.de

BERLIN

Mauerstraße 83/84
D - 10117 Berlin
Tel. +49/30/28 04 63 60
Fax +49/30/28 04 63 61
berlin@wendlertremml.de

BRÜSSEL

Avenue de la Renaissance 1
B - 1000 Bruxelles
Tel. +32/2/739 63 54
Fax +32/2/739 62 79
bruxelles@wendlertremml.de