

„Allein auf weiter Flur“

Die Auswirkung der früheren E101 Bescheinigungen jetzt A1 Bescheinigungen ist inzwischen sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur anerkannt, dass bei Vorliegen dieser Bescheinigungen nicht nur das sozialversicherungsrechtliche Verhältnis, sondern auch das Arbeitsverhältnis der betroffenen ausländischen Arbeitnehmer darin manifestiert wird. Nur das OLG Bamberg mit seiner Entscheidung vom 22.10.2009 hält an seiner Auffassung fest, dass nur das sozialrechtliche Verhältnis bestätigt wird. Es steht mit dieser Auffassung inzwischen vollständig allein.



Rechtsanwalt Prof. Dr.
Hansjürgen Tuengerthal



Janine Geißer

I. Wieso allein auf weiter Flur?

Die Anerkennung der Entsendebescheinigung A1 auf der Basis des Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004¹ wird gerade im Bereich der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG oder auch der §§ 11 Schwarz-ArbG i.V.m. 284 SGB III in einer Zeit, in der die Öffentlichkeit Werkverträge derart anprangert, immer relevanter.²

Trotz der bestehenden Rechtsprechung des EuGH³ und des BGH⁴ bezüglich der Bindungswirkung solcher Entsendebescheinigungen, bestehen hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung noch kritische Stimmen, wie der hier angesprochene Beschluss des OLG Bamberg verdeutlicht.

Dass eine solche arbeitsrechtliche Bindung jedoch besteht, ergibt sich schon aus dem EuGH Urteil Herbosch Kiere, welches von einer umfassenden Bindungswirkung spricht.⁵ Der EuGH hat in seiner Entscheidung explizit die Bindungswirkung der E101-Bescheinigungen auf die Tatsachen ausgeweitet, auf deren Grundlage eine solche Bescheinigung ausgestellt wurde. Er spricht im zweiten Leitsatz des Urteils ausdrücklich vom **Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindung**

im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71.

Das OLG Bamberg bleibt bezüglich der fortbestehenden Arbeitgeberstellung des entsendenden Unternehmens trotz der vorliegenden Entscheidungen ablehnend. Im Folgenden wollen die Verfasser aufzeigen, dass das OLG Bamberg mit dieser Auffassung „allein auf weiter Flur“ steht und gerade in jüngster Zeit die Meinung der Verfasser bestätigt wurde.

II. Der Beschluss des OLG Bamberg vom 22.10.2009

Das OLG Bamberg hat in seinem Beschluss vom 22.10.2009⁶ zwar eine Bindungswirkung der E101 Bescheinigungen anerkannt aber nur beschränkt auf die Auswirkungen in Bezug auf die Geltendmachung von Sozialversicherungsbeiträgen. Dies bedeutet, dass die nationalen Behörden des Gastlandes und dessen Gerichte durch die bescheinigte Anwendbarkeit des Sozialversicherungsrechts des Herkunftslandes gehindert sind, selbst einen Anspruch auf Sozialversicherungsbeiträge geltend zu machen, weiter je-

doch, was der Beschluss zum Ausdruck bringt, nichts.⁷ Ausdrücklich hat das OLG Bamberg darauf hingewiesen, dass die Entsendebescheinigung hinsichtlich der Entscheidung über die in § 284 SGB III erforderliche Arbeitsgenehmigung keine Auswirkung hat.⁸ Die Arbeitnehmereigenschaft könne somit nicht durch die E101 bzw. A1 Bescheinigung festgelegt werden.

Damit wurde vom OLG Bamberg eine arbeitsrechtliche Bindung des entsandten Arbeitnehmers mit seinem entsendenden Arbeitgeber über den Zeitraum der Entsendung verneint. Die Entsendebescheinigung würde nach Ansicht des OLG Bamberg keine Wirkung bezüglich der Aussage der Arbeitnehmereigenschaft haben, solange dies keine Auswirkungen auf die Geltendmachung von Sozialversicherungsbeiträgen im Herkunftsland mit sich bringe.

III. „Allein auf weiter Flur“

1. Auffassung der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung steht nach der Entscheidung des BGH vom

24.10.2006 zur strafrechtlichen Bindung bei § 266a StGB, in der der BGH ebenfalls in Rn. 21 **das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindungswirkung** bestätigt und in Rn. 30 bezüglich **des durch die Entsendebescheinigung festgestellten Arbeitsverhältnisses** Ausführungen macht, das OLG Bamberg mit seiner Meinung im Beschluss vom 22.10.2009 alleine da. Das LG Landshut hat zwar in seinem vor der Entscheidung des OLG Bamberg ergangenen Beschluss vom 22.03.2006 noch die Rechtsauffassung vertreten, dass für die Strafgerichte bei Anwendung des § 266a StGB keine absolute Bindungswirkung der Entsendebescheinigung besteht.⁹ Diese Entscheidung wurde jedoch von der BGH Entscheidung vom 24.10.2006 aufgehoben und somit obsolet.

So mag es so scheinen, dass gerade die Gerichte in Bayern kritisch gegenüber der absoluten Bindungswirkung der Entsendebescheinigung stehen, wie das LG Landshut und das OLG Bamberg zeigen. Durch den BGH wurde diese Meinung jedoch zumindest bezüglich des LG Landshut relativiert, der in Rn. 21 vom **Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindung** wie der EuGH spricht und in Rn. 30 Ausführungen hinsichtlich **des durch die Entsendebescheinigung festgestellten Arbeitsverhältnisses** macht.

Nach der Entscheidung des BGH herrscht ansonsten Einigkeit über die absolute Bindungswirkung der A1 Bescheinigung bzw. der damaligen E101 Bescheinigung.¹⁰ So wurde unter anderem festgestellt, dass keine Ausnahmen von der Bindungswirkung durch den EuGH vorgesehen sind¹¹ und eine absolute Bindungswirkung besteht.¹² Sehr deutlich hat der EuGH im Fall Barry Banks entschieden, dass die damals noch geltende E101 Bescheinigung sowohl den zuständigen Träger des Mitgliedstaats als auch die Person bindet, die Leistungen des Selbständigen in Anspruch nimmt.¹³ Diese Entscheidung betraf, genau wie beim OLG Bamberg, den Fall einer Abgrenzung eines Arbeitnehmers von einem Selbständigen und die Bindung an die Bescheinigung, welche den Selbst-

ständigenstatus bestätigt. Das OLG Bamberg hat bei seiner Entscheidung den EuGH in diesem Falle außer Betracht gelassen, sonst hätte er anders entscheiden müssen.

Das OLG Bamberg übersieht zudem in seinem Beschluss, dass die Erteilung der Entsendebescheinigung auf der Basis des Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004 erfolgt und die hier angesprochenen Tatbestandsvoraussetzungen bescheinigt werden. Würde die Bindung nicht auch den gesamten Tatbestand betreffen, würde es zu einem Auseinanderfallen der Rechtsanwendung kommen. So könnten die arbeitsrechtlichen Folgen nach §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eine Arbeitgeberstellung zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem deutschen Unternehmen begründen, wobei dieses Arbeitsverhältnis jedoch wegen der sozialrechtlichen Bindungswirkung der Entsendebescheinigung nicht dem deutschen Sozialrecht unterfallen dürfte. Die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, die grundsätzlich auch in der Konsequenz eine Versicherungspflicht in Deutschland begründen, könnten nur teilweise Anwendung finden, was eine nicht hinnehmbare Rechtsaufspaltung verursachen würde.

Zudem würde man im Falle der Verneinung der arbeitsrechtlichen Wirkung der Entsendebescheinigung, konkludent die Voraussetzungen der Bescheinigung verneinen und somit in den Zuständigkeitsbereich des ausstellenden Staates eingreifen, was als Verstoß gegen die Verordnung Nr. 883/2004 anzusehen wäre.

Nur etwa drei Monate nach dem Urteil des BGH hat sich das Landesozialgericht Bayern mit seinem Urteil vom 23.01.2007 – L 5 KR 124/05 intensiv mit der hier angesprochenen Problematik auseinandergesetzt und in Rn. 28 zum Ausdruck gebracht, dass auf europäischer Ebene die Vertragsstaaten davon ausgegangen sind, **dass in Entsendefällen eine arbeitsrechtliche Verbindung zwischen dem Unternehmen des Entsendestaates und den Arbeitnehmern fortzubestehen hat.**

Nach allem, steht das OLG Bamberg mit seiner Rechtsprechung in der Judikatur alleine da.

2. Entwicklung in der Literatur

Mittlerweile herrscht auch in der Literatur Einigkeit über die arbeitsrechtliche Bindung der A1 Bescheinigungen.¹⁴ Sogar eindeutige Gegner des Werkvertrages erkennen die Bedeutung der Entsendebescheinigung im Arbeitsrecht an. So hat sich zwischenzeitlich die Erkenntnis auch beim Zoll durchgesetzt. Diplom-Finanzwirt Karl-Heinz Schrader hat hierzu in der Zeitschrift BDZ die Auswirkung der Entsendebescheinigung A1 auf das AÜG bejaht.¹⁵ Es wird dabei ausgeführt, dass die A1 Bescheinigung nur unter der Prämisse erteilt wird, dass die bescheinigte arbeitsrechtliche Bindung zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber besteht und auch fortbesteht. So können auf dieser Grundlage die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht eingreifen, wenn eine A1 Bescheinigung erteilt wurde, da diese für den Gaststaat unwiderlegbar bescheinigt, dass ein bestehendes Arbeitsverhältnis zum Entsendestaats besteht.¹⁶

So sieht selbst der Zoll bei einer Überprüfung, bei der alle Umstände darauf hinweisen, dass eine illegale Arbeitnehmerüberlassung besteht, keine Möglichkeit über §§ 9, 10 AÜG ein Arbeitsverhältnis zu fingieren, wenn eine Entsendebescheinigung vorliegt.

In jüngster Zeit wurde nun auch diese Tatsache durch ein Gutachten

 **businessbroker**

Business Broker AG | In Mediapark 8 | DE-50670 Köln
T +49 (0) 221 66 94 16 10 | info@businessbroker.de

**Regional führender Personal-
dienstleister zu verkaufen**

Regionaler Marktführer in attraktivem
Nischenmarkt • Langjährige Marktpräsenz • Viele treue Stammkunden • Hoher
Bekanntheitsgrad • Qualifizierte & zuverlässige Mitarbeiter • Stabile Umsätze

Preis: EUR 8.000.000.-

www.businessbroker.de

mit Gesetzesvorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen für die Modifizierung des AÜG nach einer Ausarbeitung von Brors und Schüren, dem nachdrücklich zu widersprechen ist¹⁷, konkludent bestätigt. Dabei wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei einer Entsendung auf der Basis einer Entsendebescheinigung, die rechtliche Zuordnung des Arbeitnehmers was das Arbeitsverhältnis und die Zuordnung zum Sozialversicherungssystem angeht, nicht durch das deutsche Recht beeinflussbar ist und demnach auch eine Fiktion über §§ 9, 10 AÜG nicht möglich ist.¹⁸ So könnte man im Falle der Änderung des deutschen Rechts, selbst durch eine Beweislastumkehr zulasten der Unternehmer aufgrund der Bindungswirkungen der A1 Bescheinigungen keinen Einfluss auf „Ausländer mit Entsendebescheinigungen“ annehmen.

Dies zeigt, dass sogar Kritiker des Werkvertrages, zu denen inzwischen der bisher sehr geschätzte Verfasser seines in 4. Auflage, München 2010, erschienenen Kommentars von Schüren und Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Prof. Schürer gehört, die Auswirkungen der Entsendebescheinigung für arbeitsrechtliche Normen wie §§ 9, 10 AÜG aber auch §§ 11 SchwarzArbG i.V.m. 284 SGB III anerkennen. Sie sehen keine Möglichkeit, diese Bindungswirkung zu umgehen, oder einen unionsrechtlichen Verstoß zu begründen. Bezüglich der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der Entsendebescheinigung besteht kein Zweifel mehr, so dass die Auffassung des OLG Bamberg ins Leere geht.

IV. Zusammenfassung

Dem OLG Bamberg mit seiner ablehnenden Auffassung hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Wirkung der A1 Bescheinigung wird in Literatur und Rechtsprechung nicht gefolgt. Seit der Entscheidungen des EuGH im Fall Hertbosch Kiere und des BGH zu § 266a StGB besteht Einig-

keit in Rechtsprechung und Literatur.

Gerade bei Abwicklung von Werkverträgen bestätigt eine vorliegende A1 Bescheinigung das bestehende Arbeitsverhältnis des entsandten Arbeitnehmers zu seinem ausländischen Arbeitgeber und bewirkt so die Ablehnung einer Anwendung der Fiktion über §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Dem OLG Bamberg kann daher diesbezüglich nicht mehr gefolgt werden. Es steht daher mit seinem Beschluss vom 22.10.2009 „allein auf weiter Flur“.

¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:de:PDF>.

² <http://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft/werkvertraege-gegen-missbrauch-von-werkvertraegen,10808230,24399070.html>; <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/missbrauch-von-werkvertraegen-dgb-chef-wettert-gegen-neue-niedriglohn-modelle-1.1386464>.

³ EuGH Urteil vom 26.01.2005, Rs. C-2/05- Hertbosch Kiere.

⁴ BGH Urteil vom 24.10.2006, Az. 1 StR 44/06.

⁵ Siehe hierzu: *Tuengerthal/Geißer*, AuA 2014, S. 84-85.

⁶ OLG Bamberg Beschluss vom 22.10.2009, Az. 2 Ss OWI 725/2009.

⁷ OLG Bamberg Beschluss vom 22.10.2009, Az. 2 Ss OWI 725/2009, S. 10.

⁸ OLG Bamberg Beschluss vom 22.10.2009, Az. 2 Ss OWI 725/2009, S. 10.

⁹ LG Landshut Beschluss vom 22.03.2006, Az. 3 Qs 117/06, Rn. 8.

¹⁰ Vgl. OLG München Beschluss

vom 02.05.2011, Az. 1 U 5484/10; LSG NRW Beschluss vom 29.12.2011, Az. L 1 KR 158/11 B; BFH Urteil vom 15.03.2012, Az. III R 58/11.

¹¹ OLG München Beschluss vom 02.05.2011, Az. 1 U 5484/10, Rn. 7.

¹² LSG NRW Beschluss vom 29.12.2011, Az. L 1 KR 158/11 B, Rn. 11.

¹³ EuGH Urteil vom 30.03.2000, Rs. C-178/97.

¹⁴ Vgl. *Dr. Reinhold Mauer*, Bonn, Arbeitsrechtliche Auswirkungen einer E101-Bescheinigung bei Arbeitnehmerentsendung, Fachanwalt für Arbeitsrecht, 2006, S. 133 ff., *Zimmermann* in: ZIS 10/2007, S. 407-418 (410); *Ignor/Rixen* in: *Wistra* 6/2001, S. 201-204; *Zimmermann* in: *AuA* 2010, S. 514-517; *Schüren* in: *Recht-Politik-Geschichte* 2011, S. 84-95.

¹⁵ *Schrader* in: *BDZ*, der deutschen Zoll- und Finanzgewerkschaft 6/2012, S. 37 (39, 40).

¹⁶ *Schrader* in: *BDZ*, der deutschen Zoll- und Finanzgewerkschaft 6/2012, S. 37 (39, 40).

¹⁷ vgl. dazu den demnächst im Betriebsberater erscheinenden Aufsatz der Verfasser „Man merkt die Absicht und man ist verstimmt“.

¹⁸ *Schüren/Brors* in: *Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie*, des Landes Nordrhein-Westfalens, Februar 2014, S. 12.

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal
und Janine Geißer

Anschrift der Verfasser

Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, M 7, 3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim,
Tel.: 0621 / 39180100,
E-Mail: info@werkvertrag-zeitarbeit.de

Blickpunkt Dienstleistung

seit über 20 Jahren die Fachzeitschrift der Personaldienstleistungsunternehmen