

BB-Kommentar

„Beitragsnachforderung bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung bei Verleih aus Luxemburg“

PROBLEM

Die arbeits- und sozialrechtliche Konstellation des Falls ist spannend, enthält sie doch die in der Wirtschaftspraxis nicht unbedeutenden Abläufe: Ein in Luxemburg ansässiges Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen verleiht einen Arbeitnehmer an eine in Deutschland ansässiges Unternehmen des Metall- und Maschinenbaus, und zwar im Zeitraum 1.12.2000 – 28.2.2007. Ab 15.4.2001 hatte der Verleiher keine gültige Erlaubnis in Luxemburg mehr. Der Verleiher zahlte die Vergütung an den Leiharbeitnehmer und führte Sozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle in Luxemburg ab. Nun kommt infolge des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG (Fingierung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher) die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Deutschland gegen den Verleiher auf die Tagesordnung. Der Streit über die ca. 42 000 Euro (die zunächst geforderten ca. 93 000 Euro waren wegen Verjährungseintritt nicht mehr relevant) ging über drei Instanzen mit unterschiedlichen Ergebnissen. Die durchaus überraschende, aber interessante Entscheidung des LSG war bereits an dieser Stelle Gegenstand der Erläuterungen (vgl. *Tuengerthal/Geißer*, BB 2014, 2874ff.). Das Votum der 2. Inst. hatte allerdings nur ca. zwei Jahre Bestand. Die Ausführungen des 12. BSG-Senats auch unter dem Gesichtspunkt europarechtlicher Einflüsse sind aufschlussreich. Es bleibt bei der Wirksamkeit der Nachforderung und somit beim Urteil der 1. Inst.

ZUSAMMENFASSUNG

Unter Hervorhebung des Territorialitätsprinzips wird die Anwendung der Vorschriften des AÜG auch für ausländische Verleiher, die Arbeitnehmer grenzüberschreitend nach Deutschland überlassen, unter dem Genehmigungsvorbehalt deutschem Recht unterstellt. Liegt eine derartige Erlaubnis nicht vor, tritt unabhängig vom Willen oder von der Kenntnis der Beteiligten die Fiktionswirkung des § 10 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 AÜG ein. Entgegen der 2. Inst. hat der Leiharbeitnehmer einen Vergütungsanspruch aus dem durch das AÜG fingierten Arbeitsverhältnis. Für das Entstehen eines solchen Anspruchs ist es ohne Bedeutung, dass der Leiharbeitnehmer Arbeitsentgelt bereits von dem Verleiher in Luxemburg ausgezahlt bekommen hat. Denn im Beitragsrecht gilt das Entstehungsprinzip, wonach Beitragspflicht besteht, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs – wie hier – vorliegen. Und zwar unabhängig davon, ob und in welcher Höhe das Arbeitsentgelt tatsächlich ausgezahlt wird. Es mangelt auch nicht an dem sozialversicherungsrechtlich relevanten Merkmal der Entgeltlichkeit, da für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Entgeltlichkeit der Beschäftigung allein ist, dass eine Forderung auf Zahlung von Arbeitsentgelt vor ihrer Erfüllung entstanden ist; es kommt nicht darauf an, ob die Forderung nach Erfüllung des Anspruchs noch besteht. Es findet allein deutsches Sozialversicherungsrecht Anwendung. Die illegale grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung vom Ausland nach Deutschland unterfällt nicht dem Begriff der Entsendung, denn nach Art. 13 Abs. 2 lit. a EWGV 1408/71 besteht nach dem sogenannten Beschäftigungsortsprinzip Sozialversicherungspflicht grundsätzlich dort, in dem eine unselbständige und damit sozialversicherungspflichtige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird; somit in Deutschland. Der klagende Entleiher ist auch zur Zahlung der Beiträge verpflichtet, weil im Fall einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher nicht nur im arbeitsrechtlichen, sondern auch im beitragsrechtlichen Sinne Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist. Ohne Belang ist

es, ob der Leiharbeitnehmer bereits anderweitig geschützt ist oder ob er Leistungen aus der deutschen Sozialversicherung im Ergebnis nicht erhalten hat. Auch spielt es zugunsten des Entleihers in Deutschland keine Rolle, dass durch die Zahlung von Beiträgen des luxemburgischen Verleihers an den luxemburgischen Träger die Sozialversicherung erloschen sein könnte. Es ist keine Erfüllung i. S. d. § 362 BGB eingetreten, da dies nur dann der Fall ist, wenn die Zahlung an den richtigen Gläubiger erfolgt. Da der Träger der luxemburgischen Sozialversicherung nicht die nach deutschem Recht zuständige Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist, war dies nicht der Fall.

PRAXISFOLGEN

Der Entleiher hatte durchaus bedenkenswerte Argumente, die sich im Wesentlichen darauf stützen, dass bereits Vergütung und Sozialversicherungsbeiträge an die luxemburger Einzugsstelle abgeführt wurden. Es kann nicht Sinn und Zweck der Sozialversicherung sein, hier eine doppelte Beitragslast bzw. Beitragspflicht zu kreieren. Das BSG verdeutlicht jedoch in einem klar begründeten Urteil, dass dies aus national- und europarechtlichen Rechtsgrundlagen heraus nicht einschlägig ist und der von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung betroffene Leiharbeitnehmer doppelt sozialversicherungsrechtlich „beglückt“ wird. Dies gilt es auch bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung tunlichst zu vermeiden, indem eine gültige Arbeitnehmerüberlassung vor jedem Einsatz und in kontinuierlicher Abfolge vom Verleiher vorgelegt werden muss. Ein nach lege artis formulierter Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sollte dies per se vorsehen: „Dem Verleiher wurde die unbefristete/befristete Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit gemäß § 1 AÜG erteilt. Der Verleiher verpflichtet sich, dem Entleiher Änderungen, insbesondere Wegfall, Nichtverlängerung, Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis unaufgefordert unverzüglich mitzuteilen.“ Auch diese Formel wird allerdings den Entleiher nicht vor der risikominimierenden Pflicht entbinden, von selbst aktiv zu werden. Im vorliegenden Fall war der Entleiher diesbezüglich nachlässig und hat somit dann versucht, sich sozialversicherungsrechtlich der Nachforderung zu entziehen, was letztlich in 3. Inst. nicht gelang. Die Argumentation der 2. Inst., dass in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht Personen nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats unterliegen und damit Arbeitnehmer jeweils nur den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eines Staates unterliegen und nicht zu zwei Pflichtversicherungssystemen verschiedener Staaten herangezogen werden können, ist zwar durchaus einsichtig, wurde aber letztlich nicht durch eine Subsumtion de lege lata vom BSG gestützt. Die Rechtsfolgen nach § 10 AÜG bleiben auch durch die ab 1.4.2017 geltende Novellierung unverändert. Ob der neue Wortlaut in § 9 Nr. 1 AÜG n.F. (Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers am Arbeitsvertrag mit dem Verleiher) an der vorliegenden Fallkonstellation etwas geändert hätte, ist zu bezweifeln. Letztlich begründet sich die Nachforderung der Sozialversicherung an einem mangelnden Vertragsmanagement des Entleihers und einem durchaus problematischen Sozialversicherungssystem.

Dr. Ulrich Brötzmann war zehn Jahre lang Syndikus, bevor er sich in Mainz als Anwalt für Arbeits- und Wirtschaftsrecht niederließ und überregional auf diesen Gebieten tätig ist. Zusätzlich war er Referent in der IHK-Weiterbildungsakademie. Dr. Brötzmann vertritt Unternehmen und die öffentliche Hand.

