

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 17. August 2011
- 5 AZR 490/10 -

I. Arbeitsgericht Oberhausen

Urteil vom 5. November 2009
- 4 Ca 2248/08 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 30. Juni 2010
- 4 Sa 1481/09 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Haftung nach § 1a AEntG aF - Berechnung des Nettoentgelts

Gesetze:

AEntG aF § 1 Abs. 3a Satz 1, § 1a; SGB IV § 28e Abs. 3a Satz 2; ZPO
§ 138 Abs. 4, § 253 Abs. 2 Nr. 2

Leitsatz:

Nettoentgelt iSv. § 1a Satz 2 AEntG aF ist der nach dem für den betreffenden Arbeitnehmer maßgeblichen Steuer- und Sozialversicherungsrecht zur Auszahlung verbleibende Betrag des Mindestentgelts. Unterliegt der Arbeitnehmer ausländischem Sozialversicherungsrecht, sind die danach vom Arbeitnehmer zu tragenden Anteile zur ausländischen Sozialversicherung, nicht aber - fiktive - Beiträge zur deutschen Sozialversicherung zu berücksichtigen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 490/10
4 Sa 1481/09
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. August 2011

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

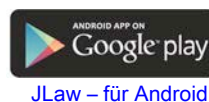
Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. August 2011 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie den ehrenamtlichen Richter Zoller und die ehrenamtliche Richterin Röth-Ehrmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. Juni 2010 - 4 Sa 1481/09 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 5. November 2009 - 4 Ca 2248/08 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.946,33 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. November 2008 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die weitergehende Berufung des Klägers und die weitergehende Revision der Beklagten werden zurückgewiesen.
4. Der Kläger hat die durch die Anrufung des örtlich unzuständigen Arbeitsgerichts Köln entstandenen Mehrkosten zu tragen. Von den übrigen Kosten der ersten Instanz und den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 49 % und die Beklagte 51 % zu tragen. Die Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger zu 27 % und die Beklagte zu 73 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte als Hauptunternehmerin nach § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz in der vom 1. Juli 2007 bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung (*im Folgenden: AEntG aF*) in Anspruch.



Die Beklagte führte das Bauvorhaben R in B durch. Sie betraute mit der Erstellung des Rohbaus eine Ro, die ihrerseits Arbeiten an die in Rumänien ansässige Firma Z vergab. Bei dieser war der 1971 geborene Kläger, der rumänischer Staatsangehöriger ist, angestellt. Er wurde in den Monaten Mai und Juni 2008 auf der Baustelle R eingesetzt. Hierfür erteilte ihm die Bundesagentur für Arbeit eine „Arbeitserlaubnis-EU“ als Einschaler. Ferner erhielt der Kläger eine „Bescheinigung E-101“ als Nachweis dafür, dass er während der Dauer seiner Entsendung im rumänischen System der sozialen Sicherheit verblieb. Für seine Arbeit in den Monaten Mai und Juni 2008 zahlten dem Kläger seine Arbeitgeberin einen Abschlag iHv. 800,00 Euro und die Beklagte über den nachmaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers 500,00 Euro.

Anlässlich der Auszahlung von 500,00 Euro an den Kläger und 36 weitere Arbeitnehmer der Z, die in einem Dienstgebäude des Hauptzollamts Köln in Anwesenheit einer Dolmetscherin erfolgte und vom Westdeutschen Rundfunk gefilmt wurde, unterschrieb der Kläger folgendes Schriftstück:

„Vollmacht

Hiermit bevollmächtige ich die Kanzlei Dr. M, mich außergerichtlich sowie auch prozessrechtlich für alle Verfahren gegenüber der Firma O bzw. deren Nachunternehmer zu vertreten. Die Vollmacht erstreckt sich ausdrücklich auch auf die Entgegennahme von Geldern und zu erstattenden Kosten.

B, €500,00 in bar erhalten
den 02.07.2008
...“

Mit der am 21. November 2008 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger unter Bezugnahme auf von ihm selbst geführte Stundenzettel vorgetragen, insgesamt 483 Stunden auf der Baustelle R gearbeitet, zumindest aber die in den Stundenaufzeichnungen der Arbeitgeberin ausgewiesenen 379 Stunden geleistet zu haben. Für die von ihm verrichteten Facharbeitertätigkeiten als Einschaler stehe ihm der Mindestlohn 2 nach dem durch die Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 29. August 2005 (*BAnz. Nr. 164 vom 31. August 2005 S. 13199*) auf nicht



tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckten Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 29. Juli 2005 (*TV Mindestlohn*) zu. Von dem Bruttomindestentgelt seien außer den erhaltenen Abschlägen lediglich Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag nach deutschem Recht, nicht aber Sozialversicherungsbeiträge abzusetzen. So sei auch die Arbeitgeberin bis April 2008 bei Kollegen des Klägers verfahren.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt,

5

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.830,80 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, die vom Prozessbevollmächtigten des Klägers erstinstanzlich vorgelegte Vollmacht habe ihn nicht zur Vertretung in einem gegen die Beklagte gerichteten Rechtsstreit legitimiert. Sie hat die vom Kläger behauptete Tätigkeit auf der Baustelle R nach Art und Umfang mit Nichtwissen bestritten und gemeint, zur Ermittlung des allenfalls von ihr geschuldeten Nettoentgelts seien die Arbeitnehmeranteile zur deutschen, zumindest aber diejenigen zur rumänischen Sozialversicherung abzusetzen.

6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage teilweise stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

7

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu weitgehend stattgegeben. Bei der Ermittlung des Nettoentgelts nach § 1a Satz 2 AEntG aF sind die vom Kläger zu tragenden Arbeitnehmeranteile zur rumänischen Sozialversicherung zu berücksichtigen.

8



- I. Die Klage ist zulässig. 9
1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts angenommen, die vom Prozessbevollmächtigten des Klägers auf die Rüge der Beklagten erstinstanzlich vorgelegte Vollmacht berechtige ihn zur Führung eines Zahlungsprozesses gegen die Beklagte. Dabei kann das Revisionsgericht die in der Vollmachtsurkunde enthaltene prozessuale Willenserklärung selbst auslegen (*BAG 1. März 2007 - 2 AZR 525/05 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 76*). Die Auslegung darf auch im Prozessrecht nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften, sondern hat den wirklichen Willen der Partei zu erforschen. Es kommt darauf an, welchen Sinn die Erklärung aus der Sicht des Gerichts und des Prozessgegners objektiv hat (*vgl. BGH 11. November 1993 - VII ZB 24/93 - zu II 1 a der Gründe, NJW - RR 1994, 568; BAG 28. August 2008 - 2 AZR 279/07 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 67 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 86*). 10
- Bei verständiger Betrachtung ist das mit „Vollmacht“ überschriebene Schriftstück nicht nur eine Quittung für die in bar erhaltenen 500,00 Euro, sondern auch eine Prozessvollmacht, die eine gerichtliche Inanspruchnahme der Beklagten als der „echten“ Hauptunternehmerin abdecken soll. Der Kläger wollte seine Ansprüche aus der Erbringung der Arbeitsleistung auf der Baustelle R gegen alle denkbaren Anspruchsgegner durchgesetzt wissen. Entsprechend weit ist die Vollmacht gefasst. Sie bezieht sich nicht auf ein einzelnes Unternehmen, sondern die gesamte für das Bauvorhaben tätig gewordene Unternehmenskette. Die Rechtsverfolgung liefe gänzlich ins Leere, wenn sich die Vollmacht auf ein Vorgehen gegen eine unstreitig unter der Firmierung „O“ nicht existente Gesellschaft beschränkte. Dass die Beklagte - als Kopf der beteiligten Unternehmenskette - primär in Anspruch genommen werden sollte, folgt zudem aus der ausdrücklichen Erstreckung der Vollmacht auf die Entgegennahme von Geldern. Die gleichzeitig quittierte Abschlagszahlung von 500,00 Euro kam unstreitig von der Beklagten. 11
2. Die auf eine Nettolohnzahlung gerichtete Klage ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. § 1a AEntG aF enthält eine gesetzliche 12



Sonderregelung, die eine Nettolohnklage in Höhe der sich im Jahr des Tätigwerdens ergebenden Vergütung zulässt (*BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - zu I 3 der Gründe, BAGE 113, 149*).

II. Die Klage ist teilweise begründet. 13

Die Beklagte haftet dem Kläger nach § 1a Satz 1 AEntG aF auf das Mindestentgelt, das der Kläger von seiner Arbeitgeberin für die Arbeitsleistung auf der Baustelle R beanspruchen kann. Dieses Mindestentgelt umfasst nach § 1a Satz 2 AEntG aF das Nettoentgelt. Das ist nach der gesetzlichen Definition der Betrag, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an den Kläger auszuzahlen ist. Zu den Abzugsposten gehören auch die vom Kläger zu tragenden Arbeitnehmeranteile zur rumänischen Sozialversicherung. 14

1. Die Voraussetzungen einer gesetzlichen Bürgenhaftung der Beklagten für Mindestentgeltansprüche des Klägers gegen seine Arbeitgeberin liegen vor. 15

a) Nach § 1a Satz 1 AEntG aF haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für die Verpflichtungen dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) verzichtet hat. 16

Die Beklagte stellt nicht in Abrede, Unternehmer iSd. Norm zu sein (*zu der gegenüber § 14 BGB gebotenen einschränkenden Auslegung des Begriffs, vgl. BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - zu III 2 b der Gründe, BAGE 113, 149*). Sie hat die Baustelle R betrieben und mit der Ro einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werkleistungen beauftragt, der dafür wiederum die Arbeitgeberin des Klägers einschaltete. Die Bürgenhaftung aus § 1a AEntG aF besteht für Ansprüche gegen die gesamte Nachunternehmerkette, also auch für solche gegen einen (Sub-)Sub-unternehmer (*ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 14 AEntG Rn. 3; Mohr in Thüsing AEntG § 14 Rn. 17*). 17



- b) § 1a Satz 1 AEntG aF ist mit Unionsrecht vereinbar und verstößt auch nicht gegen das Grundgesetz (*EuGH 12. Oktober 2004 - C - 60/03 - [Wolff & Müller] Slg. 2004, I-9553; BVerfG 20. März 2007 - 1 BvR 1047/05 - EzAÜG GG Nr. 9; BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - BAGE 113, 149*). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Haftung des Hauptunternehmers nach § 1a AEntG aF entsprechend dem Gesetzeswortlaut auch im Fall der Insolvenz des Nachunternehmers besteht oder dem Art. 12 Abs. 1 GG entgegensteht (*ausdrücklich offengelassen: BVerfG 20. März 2007 - 1 BvR 1047/05 - zu IV 2 b) bb) (4) (b) der Gründe, aaO; BAG 8. Dezember 2010 - 5 AZR 95/10 - Rn. 18, AP AEntG § 1a Nr. 4 = EzA AEntG § 1a Nr. 7*). Auf eine Insolvenz der Arbeitgeberin des Klägers und einen darauf gestützten Wegfall ihrer Haftung hat die Beklagte sich nicht berufen. 18
- c) Im Baugewerbe war in den streitbefangenen Monaten ein Mindestentgelt iSv. § 1a Satz 1 AEntG aF zu zahlen. Dieses ergab sich aus dem TV Mindestlohn, der durch die Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 29. August 2005 (*BAnz. Nr. 164 vom 31. August 2005 S. 13199, im Folgenden: 5. MindestlohnVO Bau*) auf alle nicht „an ihn“ - also den TV Mindestlohn - gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt wurde und dessen Rechtsnormen auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und deren auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer international zwingend gemäß Art. 34 EGBGB aF Anwendung fand. Die VO 593/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) ist nach ihrem Art. 28 erst auf Verträge anzuwenden, die nach dem 17. Dezember 2009 geschlossen worden sind. 19
- d) Die 5. MindestlohnVO Bau war - was auch die Beklagte nicht bezweifelt - von der Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG aF gedeckt (*vgl. BVerfG 18. Juli 2000 - 1 BvR 948/00 - zu II 3 der Gründe, AP AEntG § 1 Nr. 4 = EzA GG Art. 9 Nr. 69 und 26. November 2003 - 1 BvR 908/03 -; ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 1 AEntG Rn. 14; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler 3. Aufl. § 7 AEntG Rn. 15 ff., jeweils mwN; zur Verordnung über zwingende 20*



Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. Dezember 2007 aA: OVG Berlin-Brandenburg 18. Dezember 2008 - OVG 1 B 13/08 - Rn. 44 ff., SAE 2009, 167; in der Revisionsinstanz offengelassen: BVerwG 28. Januar 2010 - 8 C 19/09 - BVerwGE 136, 54). Aus dem Gesamtzusammenhang der Norm ergibt sich, dass mit dem Merkmal „nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ in § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG aF - wie der Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 Satz 1 AEntG nF klargestellt hat - die nicht an den zu erstreckenden Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 TVG gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeint sind.

e) Der Kläger hat gegen seine Arbeitgeberin Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns 2 nach § 2 TV Mindestlohn für die vom Landesarbeitsgericht festgestellten 379 Arbeitsstunden. Das ergibt einen Betrag von 4.737,50 Euro brutto. 21

aa) Der Mindestlohn 2 wird gemäß dem Anhang zum TV-Mindestlohn geschuldet für fachlich begrenzte Arbeiten (Teilleistungen eines Berufsbilds oder angelernte Spezialtätigkeiten) nach Anweisung. Der Kläger verfügt als gelernter Schreiner über die tarifliche Regelqualifikation. Ihm war eine Arbeits-erlaubnis - EU (§ 284 SGB III) als Einschaler erteilt worden. Nach den von der Revision nicht angegriffenen und daher für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 ZPO) führte er im Zuge der Errichtung des Rohbaus durch seine Arbeitgeberin nach Anweisung Arbeiten aus dem Bereich der Schreinerei und der Betongießerei aus. Die Arbeit als Schalungsbauer (*Einschaler*) entspricht dem tariflichen Tätigkeitsbeispiel Nr. 12 für die Lohngruppe 2. 22

bb) Das Landesarbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme angenommen, der Kläger habe auf der Baustelle R in den Monaten Mai und Juni 2008 entsprechend den Aufzeichnungen seiner Arbeitgeberin insgesamt 379 Stunden gearbeitet. Die dagegen erhobene Rüge der Revision greift nicht durch. Das Landesarbeitsgericht hat weder die Anforderungen an die Darlegungslast verkannt, noch sind ihm bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen. Zudem hätte es einer Beweisaufnahme nicht bedurft. Der Sachvortrag des 23



Klägers zu den von ihm geleisteten Arbeitsstunden ist unstreitig, § 138 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO. Die Beklagte durfte ihn nicht mit Nichtwissen bestreiten.

Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Dabei ist in Rechtsprechung und Schriftum anerkannt, dass nicht nur Handlungen und Wahrnehmungen der gesetzlichen Vertreter einer Partei, sondern auch Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich den eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen iSv. § 138 Abs. 4 ZPO gleichzustellen sind. Eine Partei kann sich nicht durch arbeitsteilige Organisation ihres Betätigungsbereichs ihren prozessualen Erklärungspflichten entziehen, sondern muss innerhalb desselben Erkundigungen anstellen (*BAG 2. August 2006 - 10 AZR 688/05 - Rn. 26 f., BAGE 119, 170; Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 138 Rn. 16, jeweils mwN*). Die Beklagte hatte sich für das von ihr auszuführende Bauvorhaben durch den Einsatz von (Sub-)Subunternehmen einer arbeitsteiligen Organisation bedient und unstreitig durchgehend eigene Arbeitskräfte (Bauleiter und Poliere) auf der Baustelle im Einsatz. Wie bei einem Einsatz eigener Arbeitnehmer traf sie deshalb eine Erkundigungspflicht über die Arbeitsstunden, die der Kläger bei einer unter der (Gesamt-)Leitung der Beklagten tätig gewordenen Firma geleistet hat (*vgl. auch BGH 7. Oktober 1998 - VIII ZR 100/97 - NJW 1999, 53*).

24

f) Auf einen Verfall des Mindestlohnanspruchs des Klägers gegen seine Arbeitgeberin nach § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn hat die Beklagte sich nicht berufen. Die Einhaltung einer tariflichen Ausschlussfrist ist weder von Amts wegen zu berücksichtigen noch eine der Schlüssigkeitsprüfung unterliegende anspruchsbegründende Tatsache. Vielmehr handelt es sich bei ihrer Nichteinhaltung um eine rechtsvernichtende Einwendung, deren Anwendbarkeit vom Schuldner darzulegen ist. Erst wenn dies geschehen ist oder die maßgeblichen Tatsachen unstreitig sind, hat der Gläubiger die Voraussetzungen der Anspruchserhaltung (wie zB schriftliche Geltendmachung) darzulegen.

25

2. Nach § 1a Satz 2 AEntG aF umfasst das Mindestentgelt iSd. Satzes 1 den Betrag, der nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversiche-

26



rung und zur Arbeitsförderung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung an den Arbeitnehmer auszuzahlen ist. Bei der Ermittlung dieses Nettoentgelts kommt es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht darauf an, welchen Betrag der Arbeitgeber tatsächlich ausgezahlt hat. Entscheidend ist allein der nach dem für den betreffenden Arbeitnehmer maßgeblichen Steuer- und Sozialversicherungsrecht zur Auszahlung verbleibende Betrag des Mindestentgelts.

- a) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht vom Bruttomindestentgelt die bereits vom Kläger selbst berücksichtigte Lohnsteuer nebst dem Solidaritätszuschlag - als einer Ergänzungsabgabe zur Einkommensteuer - nach deutschem Steuerrecht mit einem Betrag von insgesamt 756,86 Euro entsprechend den vom Kläger zur Akte gereichten und von der Beklagten nicht beanstandeten Einzelauskünften abgesetzt. Der Kläger unterlag während seines Einsatzes auf der Baustelle R ausschließlich dem inländischen Einkommensteuerrecht. Das folgt aus Art. 5 und Art. 15 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Rumänien zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und vom Vermögen vom 4. Juli 2001 (*BGBI. II 2003 S. 1594*) und steht zwischen den Parteien nicht im Streit. 27
- b) Von dem Bruttomindestentgelt sind weiter die vom Kläger zu tragenden Arbeitnehmeranteile zur rumänischen Sozialversicherung abzuziehen. 28
- aa) Für den in Rumänien wohnhaften Kläger galt während seiner Tätigkeit auf der Baustelle in B aufgrund der zeitlich befristeten Entsendung durch seine in Rumänien ansässige Arbeitgeberin das rumänische Sozialversicherungsrecht, Art. 14 Abs. 1 Buchst. a VO 1408/71/EWG, die für Rumänien seit dem 1. Januar 2007 verbindlich war (*vgl. Art. 52 des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens in die EU, ABl. EU L 157 vom 21. Juni 2005 S. 29 ff.*) und - unionsweit - erst zum 1. Mai 2010 von der VO 883/2004/EG abgelöst worden ist. Davon hat der Senat ohne nähere Prüfung wegen der dem Kläger erteilten Bescheinigung E-101 auszugehen (*zur Bindungswirkung dieser Bescheinigung auch für die Gerichte* 29



des Gaststaats s. EuGH 26. Januar 2006 - C - 2/05 - [Herbosch Kiere] Rn. 33, Slg. 2006, I-1079).

- bb) Unterliegt der Gläubiger der Haftung nach § 1a AEntG aF ausländischem Sozialversicherungsrecht, kommt entgegen der Auffassung der Beklagten die Berücksichtigung von - fiktiven - Beiträgen zur deutschen Sozialversicherung bei der Ermittlung des Nettoentgelts nach § 1a Satz 2 AEntG nicht in Betracht. Die Norm stellt auf die vom Gläubiger tatsächlich zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung ab und will nicht fiktive Beiträge anrechnen, denen keine gleichwertigen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche gegenüberstehen, weil das zugrunde liegende Sozialversicherungsrecht überhaupt keine Anwendung findet (*Temming jurisPR-ArbR 42/2010 Anm. 3*). Dementsprechend hat im Gesamthaftungssystem der Bauunternehmer nach § 28e Abs. 3a Satz 2 SGB IV nicht für die zur deutschen Sozialversicherung, sondern (nur) für die vom Nachunternehmer gegenüber ausländischen Sozialversicherungsträgern abzuführenden Beiträge zu haften. 30
- cc) Die Höhe des vom Kläger zu tragenden Anteils zur rumänischen Sozialversicherung betrug im streitbefangenen Zeitraum 15,5 % des Bruttolohns. Das haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig gestellt. Danach sind 734,31 Euro vom Bruttomindestentgelt abzuziehen. 31
- c) Unter Berücksichtigung von Abschlägen in einer Gesamthöhe von 1.300,00 Euro haftet die Beklagte damit nach § 1a AEntG aF auf ein Nettoentgelt iHv. 1.946,33 Euro. 32
3. Für seine Forderung kann der Kläger nach § 291 BGB Prozesszinsen ab dem 22. November 2008 beanspruchen. Frühere Verzugszinsen stehen ihm nicht zu, weil er die Beklagte nicht durch eine Mahnung in Verzug gesetzt hat, § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Mahnung war nicht entbehrlich iSv. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil § 1a AEntG aF eine Haftung für eigene Schuld des Hauptunternehmers begründet, die nicht zeitgleich und kalendermäßig bestimmt (§ 2 Abs. 4 TV Mindestlohn) mit dem Anspruch auf das Mindestentgelt des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber fällig wird. 33



III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, § 48 Abs. 1 ArbGG iVm. § 17b Abs. 2 Satz 2 GVG.

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Zoller

S. Röth-Ehrmann



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)