

## Verfahrensgang

ArbG Wiesbaden, Urt. vom 23.11.2023 - 5 Ca 675/22 SK

**LAG Hessen, Urt. vom 09.08.2024 - 10 SLa 87/24 SK**, [IPRspr 2024-202](#)

BAG, Verwerfung vom 18.12.2024 - 10 AZN 698/24

## Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Gerichtsstandsvereinbarung, rügelose Einlassung

Arbeitsrecht → Individualarbeitsrecht

Allgemeine Lehren → Rechtswahl

## Leitsatz

*Wird in einem Arbeitsvertrag auf Rechtsnormen einer fremden Rechtsordnung Bezug genommen, so spricht dies für eine konkludente Rechtswahl i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO zugunsten des ausländischen Rechts.*

*Für den Begriff der Entsendung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO kommt es darauf an, ob nach Beendigung der Tätigkeit in dem anderen Land mit einer Aufnahme oder Wiederaufnahme der Tätigkeit in dem Heimatstaat zu rechnen ist. Daran fehlt es, wenn aus Portugal entsandte Bauarbeitnehmer mit jeweils projektbefristeten Arbeitsverträgen ausschließlich in Deutschland auf Baustellen für wenige Wochen oder Monate gearbeitet haben und der Arbeitsvertrag mit Beendigung der Baustelle enden sollte.*

*Wurden für die entsandten Arbeitnehmer in Deutschland Sozialversicherungsbeiträge und die Lohnsteuer abgeführt, spricht dies maßgeblich dagegen, eine engere Verbindung gemäß Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO zum portugiesischen Recht anzunehmen. [LS von der Redaktion neu gefasst]*

## Rechtsnormen

AEntG § 8; AEntG § 15

ArbeitsGB 2009 (Portugal) **Art. 140**

BGB § 812

EUGVVO 44/2001 **Art. 26**

Rom I-VO 593/2008 **Art. 3**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 8**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 9**

TVG § 5

ZPO § 293

## Sachverhalt

Der Beklagte ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Baugewerbe. Auf der Grundlage des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) zieht er den Sozialkassenbeitrag von den Bauarbeitgebern ein. Die Klägerin hat 2019 neue Mitarbeiter im Schwerpunkt durch Online-Recruiting bzw. Personalbeschaffung im Internet rekrutiert. Auch auf Ihrer Facebook-Seite hat sie auf Bauprojekte in Deutschland hingewiesen. Es wurden die Vertragsformulare Contrato de Trabalho a Termo Incerto (Arbeitsvertrag) sowie eine Einsatzvereinbarung für Arbeiten im Ausland, Acordo de Deslocagão Temporária de Trabalhador - Contrato a Termo Incerto, ausgefüllt und dem Bewerber zur Prüfung und Unterschrift vorgelegt. Bis auf die beiden Mitarbeiter C und D wurden alle in Deutschland eingesetzten Mitarbeiter mit den Formulararbeitsverträgen und der Einsatzvereinbarung für Arbeiten im Ausland eingestellt. Bis auf fünf rumänische Staatsangehörige waren alle weiteren Arbeitnehmer portugiesischer Staatsbürger, wobei Herr C mosambikanischer Staatsbürger ist.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie ... Euro nebst Zinsen zu zahlen.

## Aus den Entscheidungsgründen:

*(Randnummern der IPRspr-Redaktion)*

[1] Die Berufung des Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der Klage insgesamt. Auf die Arbeitsverträge der nach Deutschland entsandten portugiesischen Arbeitnehmer fand deutsches

Arbeitsvertragsstatut Anwendung. Zwar ist eine konkludente Rechtswahl zugunsten des portugiesischen Rechts anzunehmen, doch setzt sich nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom-1 VO deutsches Arbeitsvertragsrecht durch, da dieses für die Arbeitnehmer günstigere Bestimmungen enthält. Ist deutsches Arbeitsrecht anwendbar, gilt auch über § 5 Abs. 4 TVG die Bindung an den für allgemeinverbindlichen VTV. Die Arbeitnehmer und die Klägerin müssen sich daher wie bei einem „Inlandsachverhalt“ behandeln lassen. Dementsprechend ist das durch die Klägerin eingelegte Rechtsmittel ohne Erfolg und ihre Berufung zurückzuweisen.

[2] A. Gegen die Zulässigkeit der von beiden Seiten eingelegten Rechtsmittel bestehen keine Bedenken ...

[3] B. Die Berufung des Beklagten ist begründet.

[4] I. Die Klage der Klägerin ist zunächst zulässig. Die internationale Zuständigkeit ist gegeben. Ein Auslandsbezug ergibt sich daraus, dass die Klägerin ihren Sitz im Portugal hat und die Parteien inhaltlich über eine Beitragspflicht im Entsendeverfahren streiten. § 15 AEntG gilt hier nicht, da das AEntG nur das Urlaubsverfahren betrifft. Die Parteien haben sich aber beide rügelos auf das Verfahren eingelassen, so dass jedenfalls von einer stillschweigenden Einlassung nach Art. 26 Abs. 1 Brüssel I-VO auszugehen ist.

[5] II. Die Klage nach § 812 Abs. 1 BGB ist unbegründet.

[6] Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der Beiträge für die Zusatzversorgung und zum Berufsbildungsverfahren gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB. Sie hat nicht ohne einen Rechtsgrund geleistet. Der Anspruch des Beklagten auf Zahlung der vollen Beiträge folgt zwar nicht aus § 8 Abs. 1 AEntG, da insoweit nur der Beitrag zum Urlaubsverfahren als Eingriffsrecht i.S. Art. 9 Rom I-VO ausgestaltet ist. Es bestand aber ein Rechtsgrund für die Zahlung der Beiträge gemäß der §§ 15 Abs. 2, 18 VTV vom 28. September 2018 i.V.m. § 5 Abs. 4 Satz 1 TVG wie bei einem reinen Inlandsachverhalt.

[7] 1. Auf die Arbeitsverträge mit den gewerblichen Arbeitnehmern, die von der Klägerin nach Deutschland entsandt worden sind, fand nach Art. 8 Rom 1-VO deutsches Arbeitsrecht Anwendung.

[8] a) Zunächst ist allerdings davon auszugehen, dass die Parteien eine konkludente Rechtswahl getroffen haben.

[9] aa) Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO gilt der Grundsatz der freien Rechtswahl. Die Wahl kann ausdrücklich oder konkludent getroffen werden. Eine konkludente Rechtswahl setzt voraus, dass sie sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen des Falls ergibt. Werden in dem Vertrag Rechtsvorschriften eines bestimmten Staats in Bezug genommen oder zitiert, spricht dies für eine konkludente Rechtswahl. In dem Prozessverhalten der Parteien kann eine konkludente Rechtswahl liegen, wenn sie sich ausschließlich auf Rechtsvorschriften eines bestimmten Staats beziehen (vgl. BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 33, NZA 2022. 1257). Weitere Indizien kann die im Vertrag vereinbarte Währung sein, nicht aber die Vertragssprache (vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 ([IPRspr 2016-103](#)) - Rn. 43, NZA 2017, 502).

[10] bb) Gegen eine Rechtswahl zugunsten des portugiesischen Rechts spricht es, dass die Verträge unmittelbar nur in Deutschland abgewickelt wurden, der tatsächliche Arbeitsort also (zunächst) nicht in Portugal lag. Auch wurden die Arbeitnehmer in Deutschland zur Sozialversicherung angemeldet und dort die Lohnsteuer abgeführt.

[11] Für eine Rechtswahl zugunsten des portugiesischen Rechts spricht im vorliegenden Fall aber, dass in den Arbeitsverträgen z.T. auf portugiesische Rechtsnormen Bezug genommen worden ist. In Ziff. 1 Abs. 3 der Formulararbeitsverträge wird auf Klausel 140 Abs. 1 und 2 Buchst. h und Abs. 3 des portugiesischen Arbeitsgesetzes verwiesen. In Ziff. 8 Abs. 2 gilt dies in Bezug auf die Höchstarbeitszeit für die Vereinbarung der kollektiven Arbeitsregelung (IRCT), auch in Ziff. 15 wird darauf Bezug genommen. Unterstützend kommt hinzu, dass die Klägerin ihren Hauptsitz in Portugal hat und die jeweiligen Arbeitnehmer ihre Wohnsitze in Portugal. Sie haben auch die portugiesische Staatsbürgerschaft. Die Verträge wurden jeweils noch in Portugal geschlossen, die Bewerbungsgespräche wurden in den beiden Büros der Klägerin in A oder B geführt.

[12] b) Der gewöhnliche Arbeitsort lag aber nicht in Portugal, sondern in Deutschland. Dies führt nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO dazu, dass auch der für allgemeinverbindlich erklärte VTV zur Anwendung kommt.

[13] aa) Der gewöhnliche Arbeitsort der entsandten Arbeitnehmer lag in Deutschland.

[14] (1) Der Begriff des „gewöhnlichen Arbeitsorts“ ist nach der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union weit zu verstehen. Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten aus, ist gewöhnlicher Arbeitsort der Ort, an dem oder von dem aus er seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und - in Ermangelung eines Mittelpunkts der Tätigkeit - der Ort, an dem er den größten Teil seiner Arbeit verrichtet (vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 25, NZA 2021 ; 225).

[15] Dabei wechselt der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Im Erwägungsgrund 36 Satz 1 der Rom I-VO hat der Unionsgesetzgeber ausgeführt, dass die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als vorübergehend gelten solle, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet werde, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wiederaufnehme. Eine zeitliche Höchstgrenze ist dafür nicht vorgesehen (vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 ([IPRspr 2022-245](#)) - Rn. 30, NZA 2023, 240).

[16] Ob hier eine Entsendung i.S.d. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom-1 VO vorlag, erscheint zweifelhaft. Teilweise wird dies verneint für den Fall, dass der Arbeitnehmer nie zuvor bei dem entsendenden Arbeitgeber gearbeitet hat, wird er als eine Arbeitskraft angeworben, um direkt im Ausland zu arbeiten, liegt nach dieser Meinung keine Entsendung vor. Insoweit wird auch von einem atypischen Entsendesachverhalt gesprochen (vgl. BeckOGK/Knöfel Art. 8 Rom-1 VO Stand: 01.03.2024 Art. 8 Rn. 72.2; KR/Horcher Int. ArbvertragsR 13. Aufl. Rn. 58; wohl auch Müko-BGB/Martiny [8.] Aufl. Art. 8 Rom-1 VO Rn. 67; ebenso zu der „Ausstrahlung“ des Betriebs im Rahmen der Betriebsverfassung BAG 21. November 1980 - 6 AZR 640/79 (IPRspr. 1980 Nr. 52) - zu 11 3 c der Gründe, NJW 1981, 1175).

[17] Nach anderer Meinung liegt eine Entsendung auch dann noch vor, wenn der entsandte Arbeitnehmer zwar nicht zuvor schon im Betrieb des Arbeitgebers gearbeitet hat, dies aber nach Beendigung der Entsendung (ernsthaft) geplant war (ErfK/Schlachter 24. Aufl. Art. 9 Rom-1 VO Rn. 13: NK-GA/Mauer 2. Aufl. Art. 3, 8 Rom I Rn. 31: „In-sich-Entsendung“; Staudinger in Ferrari Internationales Vertragsrecht 3. Aufl. Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 23; wohl auch BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 105, Juris). (ErfK/Schlachter 24. Aufl. Art. 9 Rom-1 VO Rn. 13: NK-GA/Mauer 2. Aufl. Art. 3, 8 Rom I Rn. 31: „In-sich-Entsendung“; Staudinger in Ferrari Internationales Vertragsrecht 3. Aufl. Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 23; wohl auch BAG 21.

[18] (2) Selbst wenn man letzterer Auffassung folgte, wäre hier der gewöhnliche Arbeitsort nicht im Ausland, sondern im Deutschland belegen. Es war nicht geplant, dass die Arbeitnehmer nach Beendigung der Tätigkeit in Deutschland für die Beklagte in Portugal weiterarbeiteten ...

[19] „bb) Es lag auch keine engere Verbindung zu Portugal nach Art. 8 Abs. 4 Rom 1-VO vor.

[20] (1) Gemäß Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO gilt die „an sich“ zutreffende Zuordnung an dem gewöhnlichen Arbeitsort dann ausnahmsweise nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist. In diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Um zu klären, ob „engere Verbindungen“ zu einem anderen Staat i.S.d. Ausnahmeregelung vorliegen, ist nach dem Gesetzeswortlaut auf die „Gesamtheit der Umstände“ abzustellen (BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 ([IPRspr 2017-104](#)) - Rn. 87, MDR 2017, 1371). Dabei ist nicht allein die Anzahl der für eine Verbindung zu dem einen oder dem anderen Staat sprechenden Kriterien maßgebend. Vielmehr müssen die Anknüpfungsmomente gewichtet werden (vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 30, NZA 2021, 225).“

[21] Zu berücksichtigen sind u.a. der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers. Vertragsimmanente Gesichtspunkte wie die Vertragssprache, die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, oder die Bezugnahme auf Rechtsvorschriften eines bestimmten Staates haben nachrangige Bedeutung. Andernfalls hätte es der

Arbeitgeber in der Hand, das vom Gesetzgeber vorgesehene Günstigkeitsprinzip durch die Vertragsgestaltung und entsprechende Abreden zu unterlaufen. Ein wesentliches Kriterium ist aber der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist. Sollen die Einzelumstände auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung deutlich übersteigen (vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 31, NZA 2021, 225). Es handelt sich um eine Ausnahmebestimmung zur Korrektur grob unverhältnismäßiger und unangemessener Ergebnisse (ErfK/Schlachter 34. Aufl. Art. 9 Rom-1 VO Rn. 17).

[22] (2) Nach diesen Maßstäben ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen, dass eine engere Verbindung der Vertragsverhältnisse zu Portugal bestand. Der Arbeits- und Erfüllungsort lag in Deutschland. Dort wurden auch die Steuern und Sozialabgaben abgeführt. Auf die Vertragssprache und die Bezugnahme auf Vorschriften des portugiesischen Rechts in den Arbeitsverträgen kommt es maßgeblich nicht an, da es ansonsten der Arbeitgeber in der Hand hätte, über die objektive Anwendung des Rechtes mitzubestimmen. Insbesondere besteht insoweit auch eine gewisse Gefahr einer Manipulation bzw. einer Gesetzesumgehung.

[23] Die Klägerin kann sich auch nicht auf die von ihr herangezogene Entscheidung des BAG (BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 ([IPRspr 2016-99](#)) - Rn. 105, Juris) stützen. Die Aussagen unter Rn. 105 betrafen unmissverständlich die Ermittlung der objektiven Anknüpfung nach Art. 8 Abs. 2 Rom 1-VO, nicht aber die Regelung in Art. 8 Abs. 4 Rom 1-VO.

[24] cc) Der nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO erforderliche Günstigkeitsvergleich geht zu Gunsten des deutschen Rechts aus.

[25] (1) Die Frage, welche der in Betracht kommenden Rechtsordnungen für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthält, ist eine Rechtsfrage, die objektiv und nach dem Maßstab des Gesetzes zu beantworten ist. Dazu ist ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen (BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 ([IPRspr 2017-104](#)) - Rn. 90, MDR 2017, 1371). Zu vergleichen sind die in einem inneren, sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der fraglichen Rechtsordnungen. Die Günstigkeit anhand eines Vergleichs einzelner Normen zu bestimmen, ist nicht sachgerecht. Dies könnte dazu führen, dass der Arbeitnehmer durch eine Kombination einzelner Vorschriften der jeweiligen Rechtsordnung einen Schutzstandard erlangt, der über demjenigen liegt, den die betroffenen Rechtsordnungen tatsächlich gewähren. Eine solche Besserstellung entspricht nicht dem Schutzzweck der Norm. Auch ein abstrakter „Gesamtvergleich“ der Rechtsordnungen ohne Rücksicht auf die zu beurteilende Sachfrage würde dem Sinn und Zweck der Norm nicht gerecht. Dieser besteht darin, dem Arbeitnehmer im Einzelfall den ihm nach dem Regelstatut zustehenden Schutz zu erhalten. Dem Arbeitnehmer wäre nicht gedient, wenn das gewählte Recht zwar „alles in allem“ das günstigere wäre, sich für den konkreten Streitgegenstand aber als unvorteilhafter erwiese (BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 ([IPRspr 2017-104](#)) - Rn. 90, MDR 2017, 1371).

[26] (2) Im vorliegenden Fall wäre es für die Arbeitnehmer günstiger, wenn die deutschen Regelungen zur Anwendung kämen.

[27] Die kraft der Allgemeinverbindlichkeit des VTV nach § 5 Abs. 4 TVG in Deutschland geltenden Tarifnormen sind zunächst einseitig zwingende Normen i.S.d. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO (KR1Horcher Int. ArbvertragsR 13. Aufl. Rn. 29; Müko-BGB/Martiny [8.] Aufl. Art. 8 Rom-1 VO Rn. 40) ...

[28] Dementsprechende vergleichbare Regelungen gibt es in dem portugiesischen Recht nicht. Auf einen Hinweis des Gerichts haben dies beide Seiten so bestätigt. Mit Schriftsatz vom [8.] August 2024 hat die Klägerin ausgeführt, dass der portugiesische Tarifvertrag für den Hoch- und Tiefbau Contrato Coletivo de Trabalho (CCT) para o Setor da Construção Civil e Obras Públicas kein dem inländischen deutschen Sozialkassenverfahren vergleichbares System im Baugewerbe, welches die überbetriebliche Berufsbildung fördert und eine betriebliche oder überbetriebliche tarifvertragliche Rente im Alter gewährt, enthalte. Zwar ist der Inhalt ausländischen Rechts an sich nach § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln. Tragen die Parteien zum Inhalt des Rechts aber übereinstimmend vor, kann dies in aller Regel der Entscheidung zugrunde gelegt werden (vgl. BAG 20. Oktober 2017 - 2 AZR 783/16 (F) ([IPRspr 2017-109](#)) - Rn. 68, AP BGB § 626 Nr. 267). Hier sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der übereinstimmende Vortrag der

Parteien unzutreffend sein könnte. Zum gleichen Ergebnis ist die Rspr. anerkanntermaßen bereits für den Vergleich zwischen den beiden Ländern für das Urlaubskassenverfahren gekommen (BAG 20. Juli 2004 - 9 AZR 340/03 - Rn. 23 ff., NZA 2005, 114).

[29] 2. ...

### **Fundstellen**

#### **Volltext**

Link, [Bürgerservice Hessenrecht](#)

#### **Permalink**

<https://iprspr.mpjpriv.de/2024-202>

#### **Lizenz**

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).