

Aktuelle Gesetzgebung

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Rechtsanwalt, Janine Geißer und Alexander Seeger, Mannheim*

„Missbrauch von Werkverträgen“: Rechnung ohne den Wirt!

Überlegungen zur befürchteten Einschränkung von werkvertraglicher Abwicklung

Der EuGH verlangt die Aufhebung von Beschränkungen, die grenzüberschreitende Dienstleistungen unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen. Alle politischen Vorhaben, mit denen der Missbrauch von Werkverträgen unterbunden werden soll – wie der SPD-Antrag vom 19. 2. 2013 (BT-Drucksache 17/12378) wie auch die Bundesratsinitiative vom 11. 9. 2013 (BR-Drucksache 687/13) dürfen deshalb nicht so weit gehen, dass sie grenzüberschreitende Arbeiten auf Werkvertragsbasis EU-rechtswidrig beschränken und in der Praxis illusorisch machen. Bedenken bestehen dabei vor allem gegen strikte Kriterien, bei deren Vorliegen automatisch eine Arbeitnehmerüberlassung vermutet wird.

I. Einleitung

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD „Deutschlands Zukunft gestalten“ finden sich im Abschnitt „2. Vollbeschäftigung, gute Arbeit und soziale Sicherheit“ (2.2 Gute Arbeit – Modernes Arbeitsrecht) unter dem Titel „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern“ Ausführungen, die nachdenklich machen. Hier heißt es:

„Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“

Dies hört sich für diejenigen, die mit der konstruktiven langjährigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vertraut sind, zunächst nicht problematisch an. Wer jedoch in der Vergangenheit die Ansätze der SPD, die werkvertragliche Abwicklung einzuschränken kritisch verfolgt hat, muss befürchten, dass über diesen Hebel im Koalitionsvertrag versucht wird, die bereits initiierten Initiativen nunmehr nachdrücklich umzusetzen.

In diesem Zusammenhang ist die Gesetzgebungsinitiative der Länder Niedersachsen, Baden-Württemberg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Hamburg und Schleswig-Holstein im Bundesrat vom 11. 9. 2013 zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen und zur Verhinderung der Umgehung von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen anzusprechen, durch die das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sowie das Betriebsverfassungsgesetz geändert werden sollen (BR-Drucksache 687/13¹). In der Begründung des Antrags wird dessen Zielrichtung eindeu-

tig herausgestellt, „schützenswerte Interessen der Stammbelagschaft“ durch den Betriebsrat zu verteidigen, dem in diesem Zusammenhang ein Prüfungsrecht eingeräumt werden soll, ob es sich im einzelnen Fall um „echte“ Werkvertragsbeschäftigungen handelt und ob gegebenenfalls Zustimmungsverweigerungsgründe vorliegen. Ein solches Vorgehen, das letztlich dem Betriebsrat die Möglichkeit einräumt, darüber zu entscheiden, ob im Einzelfall eine werkvertragliche Abwicklung beabsichtigt ist, lässt befürchten, dass unter Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit der EU insbesondere der Einsatz von Werkvertragsunternehmern aus den osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten eingeschränkt wird.

Zusätzlich ist nicht auszuschließen und besonders kritisch zu sehen, dass der von Abgeordneten der SPD am 19. 2. 2013 (BT-Drucksache 17/12378) eingebrachte Antrag mit dem Titel „Missbrauch von Werkverträgen bekämpfen“ wieder zum Leben erweckt und versucht wird, die darin angesprochene Modifizierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu Lasten der werkvertraglichen Abwicklung in das vorgesehene Gesetzgebungsverfahren einzubringen. Besonders dieser Entwicklung ist im Hinblick auf die sich daraus ergebenden EU-rechtlichen Auswirkungen entgegenzutreten.

II. Ziel des Gesetzentwurfs/Koalitionsvertrags

1. Verhinderung des missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatzes durch Werkvertragsgestaltungen

Erklärtes Ziel des Gesetzentwurfs im Bundesrat wie des SPD-Antrags an den Bundestag ist es, die Umgehung arbeits- und tarifrechtlicher Standards zu verhindern, indem über das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Werkverträge stärker reguliert und die Ausführung von Arbeiten durch Fremdpersonal auf dem Markt zurückgedrängt werden sollen.

Der Antrag vom 19. 2. 2013 schloss sich dem von Gewerkschaftsseite entfachten Disput über die Durchführung von Werkverträgen an und zielte darauf ab, durch neu einzuführende Vermutungsregelungen und andere gesetzliche Vorschriften die kritisch betrachteten Werkverträge zu verdrängen. Als Beispiel für den Missbrauch von Werkverträgen werden insbesondere Unternehmen der Fleischwirtschaft

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

¹ Der Gesetzentwurf wurde am 20. 9. 2013 vom Bundesrat beschlossen. Er wurde erst in der 18. Wahlperiode mit der BT-Drucksache 18/14 in den neugewählten Bundestag eingebracht.

unter Nennung der Firmenbezeichnung angeführt. Insoweit wird die Auffassung vertreten, Werkverträge in der Fleischwirtschaft seien ein erst kürzlich zur Milderung der durch die Unwirksamkeit der CGZP-Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung stark gestiegenen Personalkosten eingeführtes Instrument zur Lohnsenkung. Dabei wird außer Acht gelassen, dass in der Fleischwirtschaft bereits seit mehr als 40 Jahren ein Großteil der anfallenden Aktivitäten, nämlich die Herstellung von Schlachtkörpern im Rahmen der Schlachtung und die Herstellung von Fleischteilstücken im Rahmen der Zerlegung, outgesourct wird, da es den fleischwirtschaftlichen Unternehmen nicht möglich ist, das dringend benötigte Personal für die Durchführung von Schlachtung und Zerlegung zu akquirieren.²

2. Die Regelungen im Einzelnen

Ausdrücklich verfolgt der zweite Teil des Gesetzentwurfs das Ziel, die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates beim Fremdfirmeneinsatz zu stärken. „Die Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Werkvertragsbeschäftigten wird hinsichtlich einzelner, dem Schutz der bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer/innen dienenden Zustimmungsverweigerungsgründe ... den ‚personellen Maßnahmen‘ ... gleichgestellt.“ Eine Mitwirkung des Betriebsrates, wie sie bereits beim Personaleinsatz in der Arbeitnehmerüberlassung in gewissem Umfang besteht, kennt das Werkvertragsrecht bislang nicht. Eine Verwirklichung des Antrages liegt daher im Interesse der Gewerkschaften, denen die bisherige Rechtslage nur marginale Handhabe gegen den Einsatz von – häufig nicht gewerkschaftlich organisierten – Fremdfirmenarbeitern über Werkverträge bietet. Verständlich ist daher, dass von Gewerkschaftsseite eine Erosion ihrer Einflussmöglichkeiten befürchtet wird, die über die Ausweitung bisheriger Mitbestimmungsbefugnisse kompensiert werden soll.

Das Vetorecht des Betriebsrates birgt die Gefahr, dass Betriebsräte Werkverträge aus Bedenken gegen einen möglichen Einflussverlust ablehnen und so diesem Wirtschaftsinstrument den Garaus machen.

3. „Rechnung ohne den Wirt“ – Warum?

Weder der Gesetzentwurf des Bundesrates, noch der Antrag der SPD vom 19. 2. 2013 noch der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD beschäftigen sich mit der Europarechtskonformität der geforderten Maßnahmen. Eine genauere Überprüfung der hier erhobenen Forderungen wäre aber gerade im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit und die entsprechenden EG-Richtlinien notwendig gewesen. Dem im SPD-Antrag vom 19. 2. 2013 ausdrücklich genannten Ziel, billige (Fremd-)Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten vom Markt fernzuhalten, könnte unter anderem die Dienstleistungsfreiheit entgegenstehen. Nachfolgend soll daher untersucht werden, inwieweit das Unionsrecht einen Verzicht auf die geforderten Gesetzesänderungen verlangt, da von den beabsichtigten Einschränkungen Unternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten der EU betroffen sind.

III. Zur Auswirkung der EU-Dienstleistungsfreiheit auf die Gesetzesvorhaben

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob die innerhalb der EU geltende Dienstleistungsfreiheit, die in den Bestimmungen der Art. 56 und 57 des Vertrags über die Ar-

beitsweise der Europäischen Union (AEUV) zum Ausdruck gebracht wird, den im Antrag genannten Einschränkungen „einen Riegel vorschiebt“, die Verfasser des Antrags bzw. des Gesetzentwurfs ihre Rechnung also ohne den Wirt – in diesem Fall die EU – gemacht haben.

1. Werkverträge zwischen deutschen Unternehmen und ausländischen Unternehmen, die Dienstleistungen erbringen

In der Praxis werden Werkverträge häufig zwischen ausländischen und deutschen Unternehmen geschlossen, wobei die ausländischen Unternehmen den vereinbarten Erfolg in Deutschland erbringen. Gesetzentwurf und Antrag der SPD vom 19. 2. 2013 betreffen daher zu einem großen Teil auch ausländische Unternehmen, denen es insbesondere durch den SPD-Antrag erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht würde, in Deutschland Dienstleistungen anzubieten. Eine grenzüberschreitende Tätigkeit würde dadurch gehemmt.

Betrachtet man die Rechtsprechung des EuGH zur Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit, so ist festzustellen, dass der EuGH in diesem Zusammenhang äußerst strikt judiziert und nicht bereit ist, auch nur geringfügige Belastungen von Unternehmen aus anderen EU-Staaten und deren Arbeitnehmern – mit entsprechenden Konsequenzen für deutsche Unternehmen hinzunehmen.

Begonnen hat die einschlägige Rechtsprechung des EuGH mit dem Urteil vom 27. 3. 1990 in der Rs. C-113/89, Rush Portuguesa.³ Das Urteil betrifft den Zeitraum, in dem – ähnlich wie heute Bulgarien und Rumänien – Portugal hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit Beschränkungen unterlag. Hier hat der EuGH bezüglich der Kontrollen der französischen Arbeitsverwaltung über die Einstellung von Arbeitskräften und die Einholung der Arbeitserlaubnis in Rn. 17 des Urteils zum Ausdruck gebracht, dass die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen zu beachten sind, wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, der nicht illusorisch gemacht und dessen Ausübung nicht dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden darf. Im Ergebnis hat der EuGH damit herausgestellt, dass die Behörden der Mitgliedstaaten den Leistungserbringern im Rahmen der Dienstleistung keine Beschränkungen im Hinblick auf deren Arbeitskräfte auferlegen dürfen, die den freien Dienstleistungsverkehr illusorisch machen.⁴

Verbotene Beschränkungen im Sinne des Art. 56 AEUV sind solche, die aufgrund innerstaatlicher Vorschriften zwar unterschiedslos auf alle Dienstleistungen anzuwenden sind, sich jedoch zumindest auch für die aus einem anderen Mitgliedstaat kommenden Dienstleistungserbringer erschwerend auswirken.⁵

Die Dienstleistungsfreiheit verletzen nach dem EuGH solche innerstaatliche Vorschriften, welche geeignet sind, die Tätigkeit der grenzüberschreitenden Tätigkeit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁶

² Vgl. dazu *Tuengerthal/Rothenhöfer*, Eine Lanze für den Werkvertrag, BB 2013, 53 (54).

³ Slg. 1990, I-1417.

⁴ Dies zeigt sich auch im Urteil des EuGH vom 21. 9. 2006 – Rs. C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg. I-9041, Rn. 43.

⁵ Vgl. *Seyr/Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV, Rn. 16.

⁶ EuGH, 17. 7. 2008 – Rs. C-389/05, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2008, I-5337, Rn. 57.

Im Urteil vom 9. 8. 1994 – Rs. C-43/93, Vander Elst,⁷ hat der EuGH in Rn. 13 ausgesprochen, dass die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs sowohl dem Dienstleistenden als auch dem Dienstleistungsempfänger – wie den Werkverträge in Auftrag gebenden deutschen Unternehmen – zusteht.

2. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Durch die geplante Vermutungsregelung im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz wird es Dienstleistungserbringern erheblich erschwert, in Deutschland Werkverträge abzuwickeln. Aufgrund einer bloßen Vermutung soll es zu einer Arbeitnehmerüberlassung kommen, wenn drei von sieben Kriterien bei der Durchführung der Tätigkeit erfüllt sind. Dabei geht es besonders um Kriterien, die seit langer Zeit in der Rechtsprechung auch für Werkverträge anerkannt sind, wie etwa Stundenvereinbarungen, die Ausübung der Tätigkeit im deutschen Betrieb des Bestellers oder die Ausübung ähnlicher Tätigkeiten wie durch die im Betrieb des Bestellers angestellten Arbeitnehmer. Hier haben die Gerichte in der letzten Zeit unter Anerkennung der verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der früheren Rechtsprechung zutreffend zu Gunsten werkvertraglicher Tätigkeit entschieden.⁸

Durch die vorgesehene Regelung wird es in Bereichen wie der Fleischwirtschaft, in der die Tätigkeit in dem Betrieb und mit den Maschinen des Bestellers ausgeführt werden muss, dazu kommen, dass Werkverträge nur noch unter erschwerten Bedingungen durchgeführt werden können. Stattdessen würde flächendeckend Arbeitnehmerüberlassung vermutet. Europäische Dienstleistungserbringer werden in solchen Betrieben nur unter erheblichen Einbußen existieren können. Es kommt mithin zur Infragestellung von Werkverträgen in einzelnen Bereichen.

Dass eine solche Regelung grenzüberschreitende Dienstleistungen weniger attraktiv macht und damit die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, ist offensichtlich. Wie unter III. 4. genauer ausgeführt wird, ergibt sich dies aus der Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-168/04, Rn. 36). Die Rechnung der Antragsteller ist damit eindeutig ohne den Wirt – die EU – gemacht. Es sind aber nicht nur die angesprochenen Maßnahmen angreifbar, soweit sie sich für Werkunternehmen aus den anderen Mitgliedstaaten der EU auswirken. Da die vorgesehenen Maßnahmen unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten, dürfen das Vorhaben der SPD gemäß Antrag vom 19. 2. 2013 oder der Länderentwurf oder auch die im Koalitionsvertrag vorgesehenen Änderungen, soweit sie der Dienstleistungsfreiheit widersprechen, auch nicht in eine gesetzliche Regelung einfließen, die sich auf nationale Werkvertragsgeber und deren Partner auswirkt.

Generell hat der EuGH den Begriff „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“ im Sinne des Art. 56 AEUV sehr extensiv ausgelegt, insbesondere in den Verfahren der Kommission gegen Deutschland und Österreich. Danach reicht schon eine administrative Erschwerung für eine verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs aus.⁹

Stets hat der EuGH ausgesprochen, dass der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des EWG-Vertrags nur durch Regelungen, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, beschränkt werden darf, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getra-

gen ist, denen der Dienstleistende in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist.¹⁰

In diesem Zusammenhang hat der EuGH weiter einschränkend erklärt, dass gegebenenfalls erforderliche Maßnahmen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen sind und im Entscheidungstenor seines Urteils vom 25. 10. 2001 – verb. Rs. C-49/98 u. a., Finalarte u. a.¹¹ ausgeführt:

„Außerdem ist daran zu erinnern, dass die Bedeutung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs unter Berücksichtigung ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beurteilen ist.“

3. Folgen der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch Vermutungsregeln

Wendet man nun die Grundsätze des EuGH zu Art. 56 AEUV an und folgt den im Antrag vorgeschlagenen Vermutungsregeln, dann soll, wenn aus sieben vorgeschlagenen Vermutungsregeln drei einschlägig sind, von einer Arbeitnehmerüberlassung auszugehen sein. Wer Werkverträge abschließt, hat – da er ja gerade keine Arbeitnehmer überlassen möchte – für gewöhnlich keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Es würde daher eine illegale Arbeitnehmerüberlassung angenommen. Letztlich würde über die Anwendung der §§ 9, 10 AÜG erreicht, dass der deutsche auftraggebende Unternehmer zum Arbeitgeber der ausländischen Werkvertragsarbeiter würde. Für den Fall, dass keine A1-Bescheinigung vorliegt, aber gleichwohl von ausländischen EU-Unternehmen Sozialabgaben für ihre Arbeitnehmer im Heimatland gezahlt worden sind, sieht sich der deutsche Unternehmer bei diesem Vorgehen einem Strafverfahren nach § 266a StGB wegen angeblich veruntreuter Sozialabgaben ausgesetzt. Dies kann mit einer Haftstrafe von bis zu 5 Jahren geahndet werden. Dass eine derart gravierende Rechtsfolge an eine so unbestimmte und in ihrer Auslegung umstrittene Grundlage anknüpft, widerspricht dem Bestimmtheitsgrundsatz des Strafrechts.

Der ausländische Werkunternehmer seinerseits, der aus Bulgarien oder Rumänien auf Werkvertragsbasis nach Deutschland gelangt ist, wird wegen Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verfolgt, weil er – so der Vorwurf – Arbeitnehmer illegal überlassen habe und ihm die hierfür erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis fehle. Hinzu kommen können noch Verstöße gegen den equal-pay-Grundsatz, die er begangen haben soll, weil er im Rahmen des werkvertraglichen Verhältnisses möglicherweise geringere Löhne an seine Arbeitnehmer gezahlt hat, als dies nach dem genannten Grundsatz zu fordern ist.

Diese nunmehr beabsichtigte Heranziehung von Indizien für die Annahme einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung¹²

7 Slg. 1994, I-3803.

8 Vgl. Tuengerthal/Andorfer/Rothenhöfer, Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung – Teil 1, Allgemeines zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung, Blickpunkt Dienstleistung 2/2013, S. 4 ff. und die inzwischen erschienen weiteren Folgen in den Heften 3 bis 11 dieser Zeitschrift.

9 Vgl. EuGH, 19. 1. 2006 – Rs. C-244/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-885; EuGH, 21. 9. 2006 – Rs. C-168/04, Kommission/Österreich, Slg. 2006, I-9041; EuGH, 18. 7. 2007 – Rs. C-490/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2007, I-6095.

10 Vgl. u. a. EuGH Rs. C-43/93, Vander Elst (Fn. 6), Rn. 16, EuGH vom Rs. C-244/04, Kommission/Deutschland (Fn. 7), Rn. 31 und EuGH Rs. C-490/04, Kommission/Deutschland (Fn. 7), Rn. 64.

11 Slg. 2001, I-7831, Tenor 2 c),

12 Vgl. den Antrag der SPD vom 19. 2. 2013 einerseits und die Regelungsziele und -vorschläge im Gesetzentwurf des Bundesrates und im Koali-

steht im Widerspruch zu der gewachsenen Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit wie auch der Sozialgerichtsbarkeit. Die neuere Rechtsprechung hat sich mit den Indizien zur (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung in Abgrenzung zum Werkvertrag auseinandergesetzt¹³ und hierzu eine teilweise ständige Rechtsprechung entwickelt, die nun aus leider auch politischem Aktionismus in Frage gestellt wird.

Nach dem bereits angesprochenen Urteil des EuGH vom 18. 7. 2007 – Rs. C-490/04, Kommission/Bundesrepublik Deutschland¹⁴ sind aber die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH unter Berücksichtigung ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beurteilen. Dies führt dazu, dass die im Antrag geforderten neuen Prüfkriterien dadurch, dass sie der nationalen Rechtsprechung widersprechen, damit auch vonseiten des EuGH zurückzuweisen wären.

Würde der Antrag vom 19. 2. 2013 Gesetz, läge mithin ein eindeutiger Verstoß gegen Art. 56 AEUV, also gegen europäisches Primärrecht, vor.

4. Strikte Trennung der Bereiche werkvertraglicher Abwicklung und Arbeitnehmerüberlassung aufgrund der Richtlinie 96/71/EG durch den EuGH

Bemerkenswert ist, dass die EU durch die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen EU-weit eine ganz klare Festlegung von Werkleistung und Arbeitnehmerüberlassung vorgenommen hat, die durch die Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat nicht in der beabsichtigten Weise in Frage gestellt werden kann.

Hierzu differenziert Art. 1 der Richtlinie 96/71/EG sehr genau zwischen Unternehmen, welche ihre Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, und Unternehmen, welche als Leiharbeitsunternehmen oder als Arbeitnehmer zur Verfügung stehendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden.

Anerkannt wird in dieser EU-rechtlichen Vorschrift, dass eine klare Trennung besteht zwischen dem in Art. 1 Abs. 3a der Richtlinie genannten Vertragsverhältnis, welches im Allgemeinen ein Werkvertragsverhältnis ist, und dem in Art. 1 Abs. 3c genannten Vertragsverhältnis, das sich auf Leiharbeitsunternehmen oder in sonstiger Weise Arbeitnehmer zur Verfügung stellende Unternehmen bezieht.

Insofern nunmehr versucht wird, durch Entwicklung von Vermutungen und Annahme von Indizien die durch die Rechtsprechung in Deutschland erfolgte Abgrenzung zwischen Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung zu Lasten der werkvertraglichen Abwicklung zu erschweren, ist auf das Urteil des EuGH vom 21. 9. 2006 in der Rs. C-168/04, Kommission/Österreich,¹⁵ abzustellen, worin der EuGH ausdrücklich in Rn. 36 ausgeführt hat:

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Art. 49 EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gel-

ten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“

Mit diesen Ausführungen des EuGH ist der Antrag vom 19. 2. 2012 nicht zu vereinbaren. Demnach liegt somit auch ein Verstoß gegen sekundäres Unionsrecht vor, als ein Mitgliedstaat, also Deutschland, den klaren Wortlaut und Sinngehalt der Richtlinie missachtet.

5. Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

In diesem Zusammenhang ist nunmehr weiter zu fragen, ob der Antrag vom 19. 2. 2013 und der Regelungsvorschlag im Gesetzentwurf etwa durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnten, wie dies der EuGH jeweils bei der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs verlangt.¹⁶

Dazu ist zunächst auf den Antrag einzugehen, der bezweckt, die administrativen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen werkvertraglicher Abwicklung und Arbeitnehmerüberlassung zu Gunsten der Annahme einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung einzuschränken. Antrag sowie Gesetzentwurf möchten damit die Lage der ausländischen Arbeitnehmer verbessern und die „nach sozialstaatlichen Maßstäben untragbaren und z. T. sogar menschenunwürdigen Arbeits- und Lebensbedingungen“ beseitigen.

Aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aus dem Jahre 1972, das erheblich jünger ist als die Regelungen über den Werkvertrag in den §§ 631 ff. BGB von 1900, ergibt sich, dass dieses den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte sowie die Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen¹⁷ bezweckt.

Hinsichtlich des Schutzes der vom AÜG erfassten Arbeitnehmer hat der EuGH zwar herausgestellt, dass dieser Schutz zu den anerkannt zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört. Er hat aber gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass in diesem Zusammenhang zu prüfen ist, inwieweit dieser Schutz bereits durch Vorschriften im Heimatland gewährleistet ist und durch andere weniger gravierende Normen gesichert werden kann.¹⁸

Dazu ist zunächst festzustellen, dass der Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, den Schutz der „überlassenen“ Arbeitnehmer sicherzustellen, nicht zusätzlichen „Schutz“ für ausländische Werkvertragsarbeitnehmer erfor-

tionsvertrag andererseits: „Verhinderung“ bzw. „Sanktionierung“ der (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung.

13 Generell widerspricht es der neueren Rechtsprechung, bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung andere Kriterien als die „Eingliederung“ und „Weisungsgebundenheit“ heranzuziehen; vgl. LAG Hamburg, 29. 10. 2010 – 6 Sa 62/10, Rn. 145, bestätigt von BAG, 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10. Die SPD-Vermutung, dass ein detaillierter Vertrag für eine Arbeitnehmerüberlassung spricht, steht im Gegensatz zu LSG Berlin-Brandenburg, 15. 7. 2011 – L 1 K 206/09, Rn. 133 ff., wonach die (detaillierte) Einschränkung von Handlungsmöglichkeiten typisch für Werk- und Dienstverträge sei, wohingegen solche detaillierten Regelungen bei Arbeitsverhältnissen unnötig seien, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer hier im Rahmen seines Direktionsrechts anweisen kann. Die Vermutung aus dem SPD-Katalog hinsichtlich Material und Werkzeug sowie im Hinblick auf das äußere Erscheinungsbild widerspricht den Darlegungen des BAG in der Entscheidung vom 5. 3. 1991 – 1 ABR 39/90.

14 EuGH Rs. C-490/04, Kommission/Deutschland (Fn. 9), Rn. 49.

15 EuGH Rs. C-168/04, Kommission/Österreich (Fn. 9).

16 Vgl. z. B. EuGH Rs. C-43/93, Vander Elst (Fn. 7), Rn. 16.

17 Vgl. dazu *Thüsing*, AÜG, 3. Aufl. 2012, Einführung, Rn. 28 und Rn. 30.

18 Vgl. u. a. EuGH Rs. C-168/04, Kommission/Österreich (Fn. 9).

dert. Es wird vom EU-Recht nicht vorgegeben, entsandte Arbeitnehmer, die auf Werkvertragsbasis in Deutschland tätig werden, einen zusätzlichen Schutz zu gewähren. Hinzu kommt regelmäßig, dass sich die ausländischen Arbeitnehmer in einem ordnungsgemäßen und meist durch A1-Bescheinigung dokumentierten Arbeitsverhältnis zu den Werkvertragsunternehmen befinden und in ihrem Heimatland sozialversichert sind.

Der „Schutz“ der überlassenen Arbeitskräfte erfordert also nicht, dass derselbe noch dadurch erweitert wird, dass durch entsprechende Einengung einer werkvertraglichen Abwicklung die ausländischen Arbeitnehmer gegen ihren Willen über §§ 9, 10 AÜG Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmers werden. Dies hätte noch dazu bei Arbeitnehmern ohne Arbeitnehmerfreizügigkeit die Folge, dass sie hier ohne Arbeitsgenehmigung tätig sind und sofort die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen haben.

Hinsichtlich der weiteren Zielsetzung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, zur Vermeidung arbeitspolitisch nachteiliger Entwicklungen beizutragen, hat der EuGH bereits im Urteil vom 21. 9. 2006¹⁹ ausgeführt:

„Zweitens macht die österreichische Regierung geltend, mit dem Verfahren der EU-Entsendebestätigung solle verhindert werden, dass der Arbeitsmarkt durch den Zustrom drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer gestört werde.

Dazu ist festzustellen, dass die Arbeitnehmer, die bei einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt sind und zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates verlangen, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihren Herkunfts- oder Wohnsitzstaat zurückkehren.“

Eine Störung liegt also bei der Erfüllung von Werkverträgen gar nicht vor, da es sich hierbei nur um einen zeitweiligen Aufenthalt des Arbeitnehmers zur Herstellung des Werkes für den in einem anderen Mitgliedstaat bestehenden Arbeitgeber handelt, so dass es zu einer Rückkehr in den Herkunftsstaat nach Vertragserfüllung kommt.

Mit dem Gesichtspunkt der Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen lässt sich somit nicht wirksam begründen, dass die auftraggebenden deutschen Unternehmen als Partner ausländischer Werkvertragsunternehmen – mit deren Arbeitnehmern aus der EU als Erfüllungsgehilfen für ihre Tätigkeit in Deutschland – noch mehr eingeschränkt werden sollen. Der Eintritt der Strafandrohungen des AÜG und des § 266a StGB würde dann gleich „mit vermutet“ werden.

Die geltend gemachten administrativen Probleme – dass es äußerst schwierig sei, mit der gegenwärtigen Gesetzeslage und Rechtsprechung zu einer wirksamen Abgrenzung zwischen werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung zu kommen und man in diesem Sinne daher zu Lasten der werkvertraglichen Abwicklung nachhelfen müsse –, die in beiden Gesetzesinitiativen angesprochen werden, hat Generalanwalt Philipp Léger mit seinen Schlussanträgen vom 23. 2. 2006 unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH wie folgt zutreffend in Frage gestellt:²⁰

„Hält man sich an die herrschende Rechtsprechung, nach der, wie gesagt, eine diskriminierende nationale Regelung auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein kann, so ist demnach zu prüfen, ob diese Voraussetzung

bei der vorliegenden Beschränkung erfüllt ist, auch wenn diese Frage zwischen den Parteien des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens gar nicht erörtert worden ist. [...]

Der Gerichtshof hat nämlich wiederholt festgestellt, dass diese Rechtfertigungsgründe, da sie Ausnahmen von einer durch den EG Vertrag garantierten Grundfreiheit darstellen, eng auszulegen sind, so dass eine Berufung etwa auf die Ausnahme der öffentlichen Ordnung nur möglich ist, „wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.

Ein geltend gemachter „administrativer Aufwand“ bedeutet jedoch keine schwere Gefährdung von Grundinteressen der Gesellschaft. Es besteht in Deutschland eine gängige Rechtsprechung, die eindeutige Kriterien aufgestellt hat, anhand derer eine Abgrenzung vorgenommen werden kann. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit kann daher nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass für den Staat ein hoher administrativer Aufwand besteht, denn schließlich handelt es sich bei Art. 56 AEUV um ein wichtiges europäisch geschütztes Recht, welches nicht beliebig eingeschränkt werden darf.

Daher kann der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vorliegend nicht zu Gunsten zwingender Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.

IV. Negative Auswirkungen auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Ausländer nach Art. 45 AEUV

Es ist nachdrücklich zu befürchten, dass die im Antrag geplanten Vermutungsregeln auch einen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV darstellen. Bis zum 31. 12. 2013 war es Arbeitnehmern aus Rumänien und Bulgarien – zwei Ländern, aus denen eine große Zahl der über Werkverträgen Beschäftigten stammen – nicht ohne Weiteres möglich, eine Arbeit in Deutschland aufzunehmen. Allerdings bietet sich diesen Arbeitnehmern über Werkverträge die Möglichkeit, doch noch in Deutschland tätig zu werden. Auch nach Wegfall der Beschränkungen in der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist anzunehmen, dass rumänische Arbeitnehmer weiterhin überwiegend über Werkverträge in Deutschland Beschäftigung finden werden. Hierfür spricht, dass die Sprachbarriere osteuropäische Arbeitnehmer oft daran hindert, selbst als Arbeitnehmer in Deutschland tätig zu werden. Auch aus diesem Grund ist der Einsatz deutschsprachiger Vorarbeiter im Rahmen von Werkverträgen von Vorteil für die Arbeitnehmer. Eine Einschränkung von Werkvertragsgestaltungen würde diesen Arbeitnehmern die Möglichkeit nehmen, sowohl vor als auch nach Aufhebung der Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Deutschland tätig zu werden.

V. § 10 Abs. 1 AÜG im Widerspruch zu Art. 9 Rom I-Verordnung

Häufig außer Acht gelassen, dennoch aber äußerst brisant ist, dass § 10 Abs. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes möglicherweise im Widerspruch zu Art. 9 der Rom I-Verordnung steht. Ausländische Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsverhältnisse, auch wenn sie später in Deutschland tätig werden, regelmäßig nach ausländischem Recht geschlossen.

19 Rs. C-168/04, Kommission/Österreich (Fn. 9), Rn. 54 und 55.

20 GA Léger, Schlussanträge Rs. C-168/04, Kommission/Österreich, Rn. 51 und 53.

Eine Rechtswahlklausel ist den meisten Werkverträgen fremd. Kritisch zu hinterfragen ist daher, ob deutsches Recht – hier § 10 Abs. 1 AÜG – ausländische Arbeitsverträge außer Kraft setzen und stattdessen per Gesetz ein neues Arbeitsverhältnis nach deutschem Recht fingieren kann. Hierzu wird vertreten, dass gemäß Art. 4 Abs. 2 VO EG 593/08 das Recht des Staates Anwendung finde, in der die Partei, die die für den Werkvertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, für gewöhnlich ihren Wohnsitz hat. Diese Leistung soll bei der Leiharbeit die Überlassungsverpflichtung des Verleihers sein.²¹ Anwendbar wäre bei grenzüberschreitender Tätigkeit von Rumänen oder Bulgaren in Deutschland regelmäßig ausländisches Recht. Eine Anwendung deutschen Rechts auf solche nach ausländischem Recht geschlossenen Verträge ist mit Art. 9 Rom I-VO nicht vereinbar, da insbesondere die engen Ausnahmetatbestände des Art. 9 nicht ansatzweise greifen. Nach Art. 9 Rom I-VO ist eine Eingriffsnorm eine zwingende staatliche Lenkungs Vorschrift, der wegen des öffentlichen Anwendungsinteresses Vorrang vor international privatrechtlichen Anknüpfungen zukommt. Diese Wirkung kommt § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht zu. Dessen Schutzzweck erfordert es nicht, das wirksame Arbeitsverhältnis aufzulösen,²² geschweige denn die ausländischen Arbeitnehmer bei fehlender Freizügigkeit mit einer Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III zu belasten.

VI. Verstoß gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Neben einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV ist auch an einen Verstoß gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC) zu denken.

Art. 16 EGRC schützt die „unternehmerische Freiheit“, welche der Berufsfreiheit und auch der Eigentumsfreiheit als *lex specialis* vorgehen.²³ Unter den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit fällt auch die Freiheit, den Vertragspartner frei zu wählen und die Gestaltung der Verträge innerhalb der Führung des eigenen Unternehmens vorzunehmen.²⁴

Durch die geplanten Vermutungsregeln wird aber gerade diese Freiheit dem Unternehmer genommen, denn bei Erfüllung dreier der sieben angegebenen Kriterien kommt es zu einer Arbeitnehmerüberlassung – es greift die Vermutung ein. Der Unternehmer wird Vermutungen unterworfen, die

nicht einmal mit der deutschen Rechtsprechung im Einklang stehen.²⁵ Die Durchführung von Werkverträgen mit deutschen auftraggebenden Unternehmen wird den Werkvertragsunternehmen in anderen Mitgliedstaaten erschwert bzw. die Vertragsart vorgegeben. Es liegt daher nicht mehr vollständig in der Hand des europäischen Dienstleistungserbringers, sich seine Vertragspartner und auch Vertragsarten auszusuchen. Die Frage, ob möglicherweise eine Rechtfertigung des Eingriffs über Art. 52 EGRC vorliegt, kann hier offen bleiben, da auch insoweit eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich ist, die vorstehend unter III. 5. schon zu Lasten der Regelung ausgefallen ist.

Die Frage, ob ein Verstoß eines Mitgliedstaates gegen die Grundrechtecharta nach Art. 51 Abs. 1 EGRC bei der Anwendung von Unionsrecht im nationalen Recht unmittelbare Wirkung hat, wurde jüngst durch den EuGH bejaht.²⁶ Darauf ist hier nicht mehr näher einzugehen. Denn durch die geplanten Regelungen im Antrag der SPD vom 19. 2. 2013 wird zumindest auch die Materie der Dienstleistungsfreiheit geregelt bzw. eingeschränkt – der unionsrechtliche Bezug besteht.

Demnach würde die von der SPD verfolgten Anträge zu den schon zuvor genannten Verstößen nicht im Einklang mit Art. 16 GRCH stehen.

VII. Ergebnis

Nach allem ergibt sich keine rechtmäßige Möglichkeit, den Bundestagsantrag zur Erschwerung der Abwicklung von Werkverträgen weiterzuverfolgen, weil die Rechnung ohne den hierfür maßgeblichen Wirt, die EU, nicht aufgeht. EU-rechtliche Probleme können auch entstehen, wenn entsprechend dem Vorhaben im Koalitionsvertrag veraltete und einseitige oder sehr strikte Abgrenzungskriterien aus der umfangreichen deutschen Rechtsprechung hierzu in ein Gesetz aufgenommen würden.

21 Vgl. *Boemke/Lembke*, AÜG Kommentar, A Einleitung, Rn. 23 f.

22 *Schüren/Hamann*, AÜG Kommentar, Einleitung Rn. 679.

23 Vgl. *Seyr/Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 16 EGRC, Rn. 3.

24 *Seyr/Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 16 EGRC, Rn. 4.

25 Vgl. hierzu Fn. 13.

26 EuGH, 26. 2. 2013 – Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, EWS 2013, 99; siehe dazu auch *Lenz*, EWS 2013, Heft 3, Die erste Seite.