

**Schriftenreihe  
Nr. 168**

**zum Recht der Werkverträge u. Zeitarbeit**

**Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen  
§§ 9 Nr. 1 und 10 Absatz 1 Satz 1  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**

von

Hansjürgen Tuengerthal/Janine Geißer/Frank Hennecke

Mannheim 2015



**Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit**

Eine Initiative der Kanzlei  
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

**Impressum:**

2015 Mannheim  
ISBN 978-3-9816488-8-1

**Herausgeber:**

Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ)  
M7/3 (Alte Reichsbank)  
D-68161 Mannheim  
0621-39180100 (T.)  
0621-301801020 (F.)  
info@werkvertrag-zeitarbeit.de

**Verlag:**

Dr. Frank Hennecke, Herzogstraße 15, D-67061 Ludwigshafen am Rhein

**Druck:**

Baier Digitaldruck GmbH, Tullastraße 17, 69126 Heidelberg

*Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Herausgebers. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen System. Alle Rechte vorbehalten.*

**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal  
Janine Geißer  
Dr. Frank Hennecke**

**Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen  
§§ 9 Nr. 1 und 10 Absatz 1 Satz 1  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**

**Schriftenreihe  
Nr. 168**

**zum Recht der Werkverträge u. Zeitarbeit**

**Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen  
§§ 9 Nr. 1 und 10 Absatz 1 Satz 1  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**

von

*Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal/Janine Geißer/Dr. Frank Hennecke*

Mannheim 2015



Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Eine Initiative der Kanzlei  
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

## Vorwort

Die vorliegende Publikation behandelt eine Frage, die seit langem schon für die Unternehmen und deren Arbeitnehmer, die in der Personaldienstleistungsbranche tätig sind oder deren Geschäftsmodell in Werkvertragsbeziehungen besteht, unbeantwortet im Hintergrund stand, jetzt aber unversehens aktuell geworden ist und vielleicht auch ihre Antwort gefunden hat.

Werkvertrag und Zeitarbeit sind Instrumente der modernen Arbeitswelt und Industrieproduktion, die heute stärker denn je zur Flexibilisierung von Arbeitseinsätzen und zur Effektivierung arbeitsteiliger Produktionsschritte unverzichtbar sind. Die hierfür geltenden Rechtsvorschriften sind einerseits die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Werkvertrag und andererseits, soweit Personaldienstleistungen vertraglich vereinbart sind, über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Dieses sozialpolitisch motivierte Gesetz dient dem Schutz der Arbeitnehmer vor Gefahren, die mit gewerblicher Vermittlung von Arbeitnehmerleistungen verbunden sein können. Das Gesetz ist in seiner ursprünglichen Fassung im Jahre 1972 verabschiedet worden und hat seither zahlreiche Änderungen erfahren. Durchgängig aber ist im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz die Regelung in Geltung geblieben, die im Falle unwirksamer Werk- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge einen Übergang der Arbeitsverhältnisse vom "Verleiher" auf den "Entleiher" gesetzlich eintreten lässt.

Eine derartige Sanktion auf defizitäre Werk- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge, für die im Einzelfall ein Verschulden gar nicht vorliegen muss, trifft die beteiligten Unternehmen, aber auch die Arbeitnehmer empfindlich. Die Unternehmen können bei rechtlichen Unsicherheiten ihrer Vertragsbeziehungen, die womöglich noch von den zuständigen Zollbehörden sanktioniert werden, leicht in eine für sie gefährliche Situation geraten. Desgleichen laufen die Arbeitnehmer Gefahr, ihren Arbeitsplatz zu verlieren und sich plötzlich bei einem unvorhergesehenen Arbeitgeber wiederzufinden. Die Regelung hat daher rechtliche Brisanz und erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Die Eingriffe des Gesetzgebers in die unternehmerische Dispositionsfreiheit und in die bestehenden Arbeitsverhältnisse springen ins Auge.

Verstärkt werden könnten die Eingriffe durch Gesetzesvorschläge, die aus sozialpolitischen Gründen von verschiedener Seite vorgebracht werden und die darin

bestehen, durch "Vermutungen" in dem Sinne, dass bestimmte Sachverhalte von vornherein ohne nähere Prüfung als gegeben gelten sollen, die Zugriffsrechte der Zollbehörden und der Sozialversicherungsträger zu erleichtern und den Rechtsschutz der Unternehmen zu erschweren.

Die verfassungsrechtliche Frage aber, ob die Eingriffe des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in die unternehmerische Dispositionsfreiheit und in die Freiheit des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz frei zu wählen, mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, wo genau diese Freiheiten ausdrücklich gewährt werden, in Übereinstimmung stehen, scheint bislang in der rechtswissenschaftlichen Literatur kaum gestellt und ist bisher, soweit ersichtlich, durch die Gerichte auch nicht entschieden worden. Dabei betrifft die geltende Regelung die Unternehmer und die Arbeitnehmer in ihrer Existenz.

Die vorliegende Untersuchung geht daher der Frage nach, ob der gesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse aus der Sicht der Arbeitnehmer mit deren Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes vereinbar ist. Die Untersuchung setzt dabei die geltende Fassung des Gesetzes voraus, wonach es für den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Willen des Arbeitnehmers nicht ankommt. So wie die geltende gesetzliche Regelung im Hinblick auf die Unternehmen aus verfassungsrechtlicher Sicht höchst zweifelhaft ist, will die Untersuchung auch im Hinblick auf die Arbeitnehmer den Nachweis führen, daß der gesetzlich verfügte Übergang der Arbeitsverhältnisse ohne den Willen der Arbeitnehmer mit deren Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes in der Tat nicht zu vereinbaren ist. Zusätzlichen Regelungen zur "Vermutung", die auf der geltenden Gesetzeslage aufbauen, wäre damit der Boden entzogen.

Allerdings wird die vorliegende Untersuchung durch einen neuen Gesetzesvorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, der am 16. November 2015 als "Diskussionsentwurf" für ein "Gesetz zur Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze" der Öffentlichkeit vorgestellt worden ist und der sich offenbar als Erfüllung eines in der Koalitionsvereinbarung der laufenden Legislaturperiode verabredeten Gesetzgebungsprogramms versteht, ebenso überholt wie bestätigt.

Der zuvor gesetzlich verfügte Übergang der Arbeitsverhältnisse wird nach diesem Gesetzesentwurf jetzt an ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer gebunden. Die zuvor versagte Mitwirkung wird ausdrücklich eingeführt. Damit entfallen die verfassungsrechtlichen Zweifel an der bisherigen Regelung für die Arbeitnehmer für die Zukunft, aber nicht für die Vergangenheit. Das Gesetz dürfte damit die grundgesetzlich gewährte Freiheit der freien Arbeitsplatzwahl in der Tat gewährleisten. Es ist kaum anzunehmen, daß die jetzt vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im weiteren Gesetzgebungsverfahren wieder herausfallen könnten.



Es erfüllt die Verfasser der vorliegenden Schrift mit Genugtuung, daß der Gesetzgeber aller Voraussicht nach genau das Anliegen erfüllen dürfte, für das sie mit ihrer verfassungsrechtlichen Prüfung der noch geltenden Gesetzeslage eintreten und auch in früheren Veröffentlichungen bereits eingetreten sind. Sie dürfen sich bestätigt sehen und den Gesetzgeber mit Vorlage dieser Schrift in einer verfassungskonformen Gesetzgebung bestärken und ihrerseits bestätigen.

Mannheim, im November 2015

*Hansjürgen Tuengerthal*

*Janine Geißer*

*Frank Hennecke*



## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>		
	<b>Die eigenartige Fiktion der Zuweisung eines neuen Arbeitgebers durch § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG nach Entziehung des ursprünglichen Arbeitgebers über § 9 Nr. 1 AÜG und neuere Gesetzesvorschläge zu einer "Vermutung".....</b>	<b>15</b>
<b>1.</b>	<b>Der Ausgangspunkt.....</b>	<b>15</b>
<b>2.</b>	<b>Die Fallgestaltung.....</b>	<b>16</b>
<b>3.</b>	<b>Rechtsfolgen.....</b>	<b>18</b>
<b>4.</b>	<b>Die Sach- und Problemlage der Grundsituation und Gesetzesvorschläge hierzu.....</b>	<b>19</b>
4.1	Das Spannungsverhältnis von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag.....	19
4.2	Die Sanktion der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG.....	22
4.3	Die Wertung des Gesetzgebers.....	24
4.4	Die materiell-rechtliche Wirkung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG.....	25
4.5	Die Geltendmachung der materiell-rechtlichen Wirkung von § 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG durch Dritte.....	26
4.6	Die Gesetzesvorschläge zu einer "Vermutung" des Eintritts der Rechtsfolgen von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG.....	29
<b>5.</b>	<b>Auswirkungen der geltenden Rechtslage.....</b>	<b>33</b>
<b>6.</b>	<b>Wirkungen einer "Vermutung".....</b>	<b>34</b>

7.	<b>Die Beschwerde der Arbeitnehmer.</b> . . . . .	35
8.	<b>"Vermutung" auch bei Ordnungswidrigkeiten und Straftaten?..</b> . . . . .	35

**II.**

	<b>Die Überprüfung der Vereinbarkeit des Überganges der Arbeitsverhältnisse mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.</b> . . . . .	36
--	---	----

1.	<b>Der Gegenstand der Prüfung.</b> . . . . .	36
2.	<b>Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.</b> . . . . .	37
2.1	Der Wortlaut. . . . .	37
2.2	Der Schutzbereich. . . . .	38
2.3	Das Bundesverfassungsgericht. . . . .	38
2.4	Übereinstimmung dieses Schutzbereichs mit dem vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Schutzbereich aus EU-Recht. . . . .	40
2.5	Rechtsprechung. . . . .	41
3.	<b>Die persönliche Grundrechtsträgerschaft bei Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.</b> . . . . .	41
3.1	Allgemeines. . . . .	41
3.2	Berufsfreiheit als Unionsgrundrecht. . . . .	42
3.3	Gleicher Grundrechtsschutz für Unionsbürger. . . . .	43
3.4	Erweiterung des Wortlautes des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG auf "Unionsbürger". . . . .	44
3.5	Überlagerung der Beschränkung auf Deutsche durch das Europarecht. . . . .	45
3.6	Fazit. . . . .	45
4.	<b>Der Eingriff.</b> . . . . .	46
5.	<b>Der Freiheitsgehalt des Grundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG</b>	

	<b>und die Grundrechtsschranken. ....</b>	<b>47</b>
5.1	Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht und die "Drei-Stufen-Theorie". . .	47
5.2	Gesetzgebungserwägungen bei Erlass der Regelungen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG. ....	50
5.2.1	Allgemeines zu den Beweggründen des Gesetzgebers. ....	50
5.2.2	Das weitgehende Schweigen des Gesetzgebers zur Rechtfertigung der Eingriffe in das Recht der freien Arbeitswahl. ....	50
5.3	Zur Rechtsprechung bezüglich der freien Arbeitsplatzwahl vor Erlass des AÜG. ....	54
5.4	"Wichtige Gemeinschaftsgüter" aus der Sicht des BVerG. . .	57
5.5	Denkbare Gemeinschaftsgüter, die einen Eingriff rechtfertigen könnte. ....	58
5.5.1	Soziales Arbeitsrecht. ....	58
5.5.2	Individuelle Schutzwirkung. ....	59
5.5.3	Erschließung neuer Beschäftigungsverhältnisse. ....	59
5.6	Die aktuelle Gesetzeslage als "objektive" Beschränkung der freien Arbeitsplatzwahl. ....	60
5.7	Die aktuelle Gesetzeslage am Maßstab der Verhältnismäßig- keit. ....	62
5.7.1	Allgemeines. ....	63
5.7.2	Verstoß gegen das Prinzip der Zweckerreichung. ....	64
5.7.3	Mangel der Erforderlichkeit. ....	66
5.7.4	Schwere des Eingriffs. ....	68
5.8	Auswirkung des Sozialstaatsprinzips. ....	69
5.9	Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG?. ....	72
5.10	Auswirkung von "Schranken-Schranken". ....	74
5.10.1	Der Gedanke der "Schranken-Schranken". ....	74
5.10.2	Das Verhältnismäßigkeitsprinzip. ....	74
5.10.3	Andere Grundrechte. ....	74
5.10.4	Die Wesensgehaltsgarantie nach Art. 19 Abs. 2 GG. ....	75
<b>6.</b>	<b>Verfassungskonforme Auslegung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ?. ....</b>	<b>75</b>

<b>III.</b>		
<b>Grundrechtskonkurrenz.....</b>		<b>77</b>
1.	Denkbare Grundrechtskonkurrenzen. ....	77
2.	Keine Idealkonkurrenz zu Art. 14 GG. ....	77
3.	Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG als lex specialis zu Art. 2 Abs. 1 GG und die Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG. ....	78

<b>IV.</b>		
<b>Zusammenfassendes Ergebnis: die Verfassungswidrigkeit von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. ....</b>		<b>80</b>

<b>V</b>		
<b>Die Vorschläge zur "Vermutung". ....</b>		<b>81</b>

<b>Schriften zum Recht der Werkverträge und Zeitarbeit (Veröffentlichungen seit 2011).. ....</b>		<b>83</b>
--	--	-----------

## I.

### **Die eigenartige Fiktion der Zuweisung eines neuen Arbeitgebers durch § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG nach Entziehung des ursprünglichen Arbeitgebers über § 9 Nr. 1 AÜG und neuere Gesetzesvorschläge zu einer "Vermutung"**

#### **1. Der Ausgangspunkt**

Wie durch Presse und Literatur bekannt und auch bereits durch die Verfasser publiziert<sup>1</sup>, soll der "Missbrauch von Werkverträgen" durch eine Modifizierung des geltenden Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) abgeschafft werden.<sup>2</sup> Dies zum Anlass genommen, soll sich der vorliegende Beitrag mit der geltenden Fassung der §§ 9 Nr. 1. 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG und deren Verfassungsmäßigkeit beschäftigen. Darüber hinaus soll eine möglicherweise beabsichtigte Verschärfung dieser Normen am Maßstab der Grundrechte geprüft werden. Dabei soll insbesondere darauf eingegangen werden, ob die geplanten Gesetzesänderungen, wenn nicht sogar das geltende Gesetz selbst die freie Arbeitsplatzwahl des Arbeitnehmers beeinträchtigen, ob hiermit in das Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG eingegriffen wird und ob der Eingriff

---

<sup>1</sup> Frank Hennecke/Hansjürgen Tuengerthal: Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung, in: Betriebsberater, 2015, S. 1269 ff.; Hansjürgen Tuengerthal/Janine Geißer: Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht und ist verstimmt, in: Betriebsberater, 2014, S. 1845 ff.; Hansjürgen Tuengerthal/Janine Geißer/Alexander Seeger: "Missbrauch von Werkverträgen": Rechnung ohne den Wirt! in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 2014, S. 27 ff.; Hansjürgen Tuengerthal/Michael Rothenhöfer: Eine Lanze für den Werkvertrag, in: Betriebsberater, 2013, S. 53 ff.; Hansjürgen Tuengerthal/Christian Andorfer: Kommentar zur Rechtssache Martin Meat, Urteil des EuGH vom 18.06.2015 - Rs. C-586/13, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2015, S. 2009-2013.

<sup>2</sup> Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 69: "Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern".

gerechtfertigt werden kann. Die Untersuchung hat aus aktuellen Gründen und wegen hauptsächlichlicher Betroffenheit vornehmlich ausländische Arbeitnehmer aus Kroatien im Auge, lässt sich aber auf alle Arbeitnehmer verallgemeinern.

## 2. Die Fallgestaltung

Die Problematik, die sich aus den §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG speziell für ausländische Arbeitnehmer ergibt, soll an folgendem Fall dargelegt werden:

Ausländische Arbeitnehmer aus Kroatien<sup>3</sup> werden von ihrem kroatischen Arbeitgeber zur Durchführung einer werkvertraglichen Leistung mit mehreren Arbeitnehmern und einem Vorarbeiter nach Deutschland entsandt. In Deutschland werden sie zur Durchführung des Werkvertrages beim Auftraggeber eingesetzt. Aufgrund des Vorgehens der Zollbehörden wird das als "Werkvertrag" bezeichnete Rechtsverhältnis nicht als solches anerkannt. Es wird vielmehr von illegaler Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen. Hierdurch sehen sich die kroatischen Arbeitnehmer unvermittelt zum einen aus ihrem ausländischen Arbeitsverhältnis entlassen und zum anderen ihrem ursprünglich von ihnen als Werkauftraggeber erlebten Besteller des Werkvertrags ohne ihr eigenes Zutun als ihrem neuen Arbeitgeber zugewiesen. Dies kommt dadurch zustande, dass aufgrund der Annahme der Zollbehörden, soweit deren Auffassung gefolgt wird,

- die Arbeitsverträge mit dem kroatischen Arbeitgeber gemäß § 9 Nr. 1 AÜG als unwirksam behandelt werden,

---

<sup>3</sup> Dieselbe Situation ergibt sich auch für Arbeitnehmer u. a. aus Bulgarien und Rumänien, die vor dem 31.12.2013 in Deutschland tätig geworden sind, und für die Arbeitnehmer aus den sieben osteuropäischen Staaten, die mit Beitrittsvertrag vom 16.04.2003 der Europäischen Union beigetreten sind.



- mit der zusätzlichen Rechtsfolge, dass dadurch gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem nun als illegalen “Entleiher” angesehenen Auftraggeber des Werkvertrags und den jetzt als “Leiharbeitnehmern” des ausländischen Unternehmens behandelten Arbeitnehmern entsteht.

Dazu ist zu ergänzen, dass es für die soeben angesprochene Rechtsfolge vollkommen gleichgültig ist, ob die kroatischen Arbeitnehmer, wenn es tatsächlich zu einem Verstoß ihres Arbeitgebers im Hinblick auf die Durchführung illegaler Arbeitnehmerüberlassung statt werkvertraglicher Tätigkeit gekommen ist, hieran mitgewirkt haben oder nicht.<sup>4</sup> Ohne jede Vorwarnung können sie nach einem Kontrollgang der Zollbehörden im Auftragsbetrieb unerwartet ihren kroatischen Arbeitgeber verlieren. Sie befinden sich zusätzlich und für sie überraschend eine logische Sekunde später in einem von ihrem Willen unabhängigen Arbeitsverhältnis mit einem Unternehmen, das ihnen bisher nur als Auftraggeber begegnet ist und das ihnen in seiner Stellung als Arbeitgeber unbekannt ist. Die herrschende Auffassung erkennt ihnen in diesem Fall nicht einmal ein Widerspruchsrecht

---

<sup>4</sup> *Peter Schüren* (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2010, § 10 AÜG, S. 459 Rn. 40 f., spricht hierbei von der *Unabdingbarkeit der Fiktion* und lehnt ausdrücklich das vom Hessischen Landesarbeitsgericht im Urteil vom 06.03.2001 – 2/9 Sa 1246/00 gefundene Ergebnis ab, dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht gegenüber der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit dem Besteller analog § 613a BGB zu zugestehen. *Mengel* in: Thüsing: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2012, lehnt bei § 10 AÜG S. 406 Rn. 6 ebenso wie *Schüren* ein *Widerspruchsrecht gegen den Wechsel* ab. Er räumt aber dem Arbeitnehmer ein *außerordentliches Kündigungsrecht gegenüber dem Entleiher* ein. Auch *Jürgen Ulber* (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Basiskommentar zum AÜG, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2014, § 10 AÜG S. 693, Rn. 5, möchte dem Arbeitnehmer ein Gestaltungsmittel zusprechen.

bezüglich des Verlusts des bisherigen Arbeitsverhältnisses bzw. der Einbeziehung in das neue Arbeitsverhältnis zu.<sup>5</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Im Ergebnis kommt es in dieser Situation, weil aufgrund der 7-Jahres-Regelung bei Erweiterung der EU um Kroatien<sup>6</sup>, die von deutscher Seite beansprucht wurde, die kroatischen Arbeitnehmer in der angesprochenen Übergangszeit noch keine Arbeitnehmerfreizügigkeit haben, außerdem zu einem Arbeitserlaubnisproblem. Die angesprochenen kroatischen Arbeitnehmer werden nämlich wegen der soeben dargestellten Zuweisung an den deutschen Auftraggeber als ihrem neuen Arbeitgeber rückwirkend vom Beginn ihrer Tätigkeit in Deutschland an als Personen behandelt, die ohne Arbeitserlaubnis in Deutschland tätig geworden sind. Infolge der angenommenen Rechtsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG wurde bei ihnen rückwirkend derjenige Status beseitigt, nach dem sie wegen der zugrunde gelegten *werkvertragsbezogenen* Entsendung aus dem Heimatland keiner Arbeitserlaubnis bedurften.

---

<sup>5</sup> Das Landesarbeitsgericht Hessen hat sich in seinem Urteil vom 06.03.2001 – 2/9 Sa 1246/00 mit der hier angesprochenen Problematik beschäftigt und kam im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zum Ergebnis, dass den betroffenen Arbeitnehmern ein Widerspruchsrecht gegen die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zusteht; in Literatur und Rechtsprechung hat sich diese Auffassung nicht durchgesetzt (vgl. *Bissels* in: Tschöpe -Hrsg.-: *Arbeitsrecht Handbuch*, 9. Aufl., Köln 2015, D. Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Rn. 158). In den Arbeiten von *Bodo Pieroth*: *Arbeitnehmerüberlassung unter dem Grundgesetz*, Berlin 1982; *Manfred Krüger*: *Verbot der Leiharbeit. Gewerkschaftliche Forderung und Grundgesetz*, Köln 1986; *Jörn Achsel Kämmerer/Gregor Tüsing*, *Leiharbeit und Verfassungsrecht*, Berlin 2005 wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit der hier behandelten Maßnahmen nicht erwähnt.

<sup>6</sup> Beitrittsvertrag Kroatien zu Europäischen Union vom 9.12.2011, BGBl. II 2013 S. 586.

Durch die Neueinschätzung seitens der Überwachungsbehörden werden sie nun so behandelt, wie wenn sie von dem Zeitpunkt an, in dem sie mit ihrem bisherigen ausländischen Arbeitgeber ihre Tätigkeit in Deutschland wegen der zugrundegelegten Entsendung ohne Arbeitserlaubnis aufgenommen haben, bei ihrem bisherigen deutschen Auftraggeber ohne die nach § 284 Abs. 1 SGB III erforderliche Arbeitsgenehmigung tätig geworden sind. Sie hätten sich somit von Beginn ihrer Tätigkeit in Deutschland an nach § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III ordnungswidrig verhalten, was gemäß § 404 Abs. 3 SGB III mit einer Geldbuße bis zu 5.000,- € zu ahnden ist.

Für ihren bisherigen Arbeitgeber sehen die Rechtsfolgen noch viel drastischer aus. Diesem gegenüber ergibt sich aus § 284 Abs. 1 SGB III i.V. m. §§ 404 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 SGB III in derartigen Fällen eine Bußgeldandrohung bis zur Höhe von 500.000,- €.

#### **4. Die Sach- und Problemlage der Grundsituation und Gesetzesvorschläge hierzu**

##### **4.1 Das Spannungsverhältnis von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag**

In dem dargelegten Fall wird die Grundsituation deutlich, die in der Praxis häufig auftritt und die zu gesetzgeberischen Aktivitäten führen soll.

Es geht nicht allein um Arbeitnehmerüberlassung, die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geregelt ist, sondern vielmehr um den Einsatz von Werkverträgen in der industriellen Produktionskette. Um Nachfrageschwankungen auszugleichen und Flexibilität im Arbeitseinsatz herzustellen, schließen Unternehmen als Auftraggeber Werkverträge mit anderen Unternehmen, die als Werkunternehmer ihrerseits Arbeitnehmer beschäftigen und mit deren Einsatz das vom Auftraggeber bestellte "Werk"

erarbeiten. Wenn die Erarbeitung des "Werkes", das in der Regel Teil des Produktionsprozesses des Auftraggebers ist, im Betrieb des Auftraggebers, womöglich auch noch unter dessen Weisungshoheit, geleistet wird, nähert sich die Werkvertragsleistung dem äußeren Bild nach der Arbeitnehmerüberlassung an. Andererseits beruht die Werkvertragsleistung nach dem Willen der Vertragspartner auf einem Werkvertrag. Die Arbeitnehmer, die die Leistung erbringen, sind nach der Vertragsgestaltung der Unternehmen rechtlich gesehen die Arbeitnehmer des Werkunternehmers und nicht des Auftraggebers. Werkvertrag schließt somit Arbeitnehmerüberlassung aus. Damit bietet sich - aus der Sicht der Zollbehörden - der "Werkvertrag" aber auch dafür an, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu umgehen, was nach den Erfahrungen der Praxis aber in den wenigsten Fällen beabsichtigt ist. Die Versuchung, das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu umgehen, wird als umso näherliegend angesehen, als der Auftraggeber einerseits so wenig wie möglich festangestelltes Personal mit allen sozial- und arbeitsrechtlichen Folgen vorhalten will und sich andererseits Kosteneinsparungen davon versprechen kann, dass die Arbeitnehmer des Werkvertragsunternehmens, aus welchem Grund auch immer, zu kostengünstigeren Bedingungen arbeiten, sozusagen "billiger zu haben" sind. Eine -kaum vorkommende- tatsächlich gewollte und gezielte Umgehung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch "Schein-Werkverträge" wäre gewiß ein "Mißbrauch" des vom bürgerlichen Recht an sich zur Verfügung gestellten Rechtsinstituts "Werkvertrag".<sup>7</sup> Generell muss es aber den Unterneh-

---

<sup>7</sup> Zur Motivlage der Unternehmen sehr lebensnah der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 12.02.2003, 5 StR 165/02: "Ein Motiv, ein solches Vertragsverhältnis einzugehen, ist insbesondere aus der Sicht des Angeklagten ... unklar. Wenn ihm bewusst gewesen sein sollte, dass dies mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden sei, liegt es von seinem Standpunkt aus umso näher, gerade diese Gefahr zu vermeiden und einen Werkvertrag abzuschließen. Eine wesentlich andere Risikostruktur wäre damit für ihn nicht verbunden gewesen. Speziell bei technisch eher einfachen Werkleistungen, die allein vom Arbeitseinsatz geprägt sind, liegen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag im

men in einer marktwirtschaftlichen Ordnung unbenommen sein, zu Effektivierung der Produktionsleistung auch Werkverträge einzusetzen.<sup>8</sup>

Damit stehen aber "Arbeitnehmerüberlassung" und "Werkvertrag" in einem Spannungsverhältnis. Die Rechtsfolgen sind jeweils verschieden.

- Eine Arbeitnehmerüberlassung, die die Rechtmäßigkeitsbedingungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, vornehmlich die Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, einhält, ist ohne Problem.
- Auch ein unbezweifelbarer Werkvertrag hat rechtlichen Bestand. Ein Werkvertrag, der sowohl seiner Gestaltung nach die Kriterien des Werkvertrages nach §§ 631 ff. BGB erfüllt als auch bei der Abwicklung die werkvertraglich vereinbarten Regelungen einhält, kann rechtlich nicht angegriffen oder gar in eine illegale Arbeitnehmerüberlassung umgedeutet werden.
- Dazwischen liegen die problematischen Fälle: Die Unternehmen schließen ausdrücklich einen "Werkvertrag", der auch so gewollt ist, sich aber nach rechtlicher Ausgestaltung und praktischer Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung annähert. Wird diese Fallgestaltung von dritter Seite in Frage gestellt, entsteht der Anschein, als träten die Rechtsfolgen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung mit allen Weiterungen ein. Die Unternehmen laufen daher mit

---

wirtschaftlichen Ergebnis sehr nahe beieinander. Es ist letztlich eine Frage der Gestaltung der Rahmenbedingungen, ob der Erfolg oder der dem Erfolg zugrunde liegende Arbeitseinsatz den Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung bilden soll. Kennt der Betreffende die mit einer unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Risiken, wird er gerade bestrebt sein, diese Risiken nicht eintreten zu lassen, insbesondere wenn sie -wie hier durch geringfügige Modifikation des Vertragswerks - wirtschaftlich vermeidbar sind."

<sup>8</sup> Hierzu eingehend *Hennecke/Tuengerthal*, a.a.O. (Fußn. 1), S. 1269.

unsicheren Werkvertragsgestaltungen ein hohes Risiko. Erfahrungsgemäß ist zu allerdings zu bemerken, dass die Mehrzahl der Fälle, die aus der Sicht der Überwachungsbehörden als illegale Arbeitnehmerüberlassung beanstandet werden, dadurch zustandekommt, dass bei der *praktischen Abwicklung* des an sich gewollten und auch so vereinbarten Werkvertrages die maßgeblichen Kriterien für eine Arbeitnehmerüberlassung, nämlich

- die vollständige Integration der Arbeitnehmer des als solcher auftretenden Werkunternehmers in den Einsatzbetrieb des Bestellers
- und die ausschließliche Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer des Werkunternehmers durch den Einsatzbetrieb

meist ungewollt erfüllt werden.

#### 4.2 Die Sanktion der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Die Sanktionen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis bestehen nicht nur in Geldbußen und etwaigen Nachforderungen der Sozialversicherungsträger. Vielmehr heißt es in § 9 Nr. 1 AÜG: "Unwirksam sind ... Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat."

Damit erkennbar wird, was diese Rechtsfolge bedeutet, sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

Besteht das Geschäftsmodell des Anbieters von Leiharbeitnehmern in der Tat in der Arbeitnehmerüberlassung, fehlt aber die Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, hat das zwei Konsequenzen: Zum einen ist der Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher unwirksam und zum anderen ist ein Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und seinen Leiharbeitnehmern von vornherein nicht zustandegekommen; die Leiharbeitnehmer hängen damit aufgrund des gesetzlichen Verdiktes gleichsam in der Luft. Um

dieses Verdikt, das ja zunächst zu Lasten der Leiharbeitnehmer geht, auszugleichen, begründet der Gesetzgeber in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und den Leiharbeitnehmern; so werden die Arbeitnehmer durch die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses gleichsam wieder aufgefangen; sie treten überhaupt erstmals in ein Arbeitsverhältnis ein. Die Unwirksamkeitserklärung von Arbeitsverhältnissen auf der einen Seite kompensiert der Gesetzgeber durch die Fiktion wirksamer Arbeitsverhältnisse auf der anderen Seite. Auf den Willen der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, mit wem sie Arbeitsverhältnisse begründen wollen, kommt es dabei nicht an. Das ist eine durchaus bemerkenswerte Regelung, die einerseits den Schutz der Arbeitnehmer bezweckt, die andererseits aber, indem sie über den Willen der Betroffenen hinweggeht, einer kritischen verfassungsrechtlichen Bewertung zugänglich zu machen ist. Doch dieser Fallgestaltung soll an dieser Stelle, wo es um Werkvertragsgestaltungen geht, nicht näher nachgegangen werden.

Besteht demgegenüber das Geschäftsmodell eines Arbeitgebers im Anbieten von Werkvertragsleistungen, so bedarf er einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht. Die Arbeitnehmer, die er beschäftigt, stehen zu ihm in einem wirksamen Arbeitsverhältnis. Ist bei dieser Grundkonstellation in einem Einzelfalle aber eine konkrete Vereinbarung mit einem Besteller von werkvertraglichen Leistungen --ausnahmsweise - kein Werkvertrag, weil dessen materiell-rechtlichen Merkmale nicht vorliegen, wird die Arbeitnehmerleistung daher jetzt der Sache nach - unkritisch - als Arbeitnehmerüberlassung gewertet, für die aber keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG vorliegt und die daher unwirksam ist. Ohne behördliche Erlaubnis aber besteht eine "gesellschaftlich unerwünschte Arbeitnehmerüberlassung."<sup>9</sup> Auf die Unwirksamkeit des jetzigen Arbeitnehmerüberlassungsvertrages folgt nun eine einzigartige Sanktion: Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG "gilt ein Arbeitsverhältnis zwi-

---

<sup>9</sup>Landesarbeitsgericht Hessen, Urteil vom 06.03.2001, Az. 2/9 Sa 1246/00.

schen Entleiher und Leiharbeitnehmer ... als zustandekommen". Der Gesetzgeber verfügt eine Zession der Arbeitsverhältnisse als Sanktion auf illegale Arbeitnehmerüberlassung. Der Entleiher wird im Umfange des jeweiligen Auftrages plötzlich Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer, diese finden sich spiegelbildlich als Arbeitnehmer des ursprünglichen Entleihers wieder, nachdem sie wegen Unwirksamkeit des Werkvertrages, der jetzt als illegale Arbeitnehmerüberlassung gilt, ihren Arbeitsplatz beim Verleiher verloren haben. Genau diese Konstellation ist Gegenstand der vorliegenden Betrachtung. Und genau deswegen kommt es auf die entscheidende Frage an, ob Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Mit der Abgrenzung haben sich denn auch Rechtsprechung<sup>10</sup> und Literatur<sup>11</sup> eingehend befasst; vornehmlich die Rechtsprechung hat maßgebliche Kriterien entwickelt, die vom Europäischen Gerichtshof kürzlich konzentriert und bestätigt worden sind.<sup>12</sup>

### 4.3 Die Wertung des Gesetzgebers

---

<sup>10</sup> Zu den Kriterien aus der Rechtsprechung vgl. Bundesarbeitsgericht, 05.03.1991 - 1 ABR 39/90, in: Betriebsberater, 1991, 1338-1340, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1991, S. 686-689 (= die richtungsweisende "Brammenflämmer-Entscheidung"); Bundesarbeitsgericht, 13.05.1992 - 7 AZR 284/91, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1993, 357-360 (= "Bremszylinderentscheidung"); Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 19.03.2009 - 11 TaBV 303/08.

<sup>11</sup> Peter Schüren (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2010, § 1, Rdnr. 113 ff. und Anhang II S. 754 ff.; Gregor Thüsing (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2012, § 1, Rdnr. 69 ff.; Burkhardt Boemke/Mark Lembke (Hrsg.): Kommentar AÜG, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013, § 1 Rdnr. 84 ff. Einen Überblick geben Hansjürgen Tuengerthal/Christian Andorfer/Michael Rothenhöfer: Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung, in: Blickpunkt Dienstleistung, Aufsatzreihe in 10 Teilen, in: Blickpunkt Dienstleistung, 2-11/2013.

<sup>12</sup> In der Rechtssache Martin Meat, Urteil vom 18.06.2015 - RS. C-586/13, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 2015, S. 209-2013, mit Kommentar von Hansjürgen Tuengerthal/Christian Andorfer.



In der Sanktion des Überganges der Arbeitsverhältnisse auf den Entleiher und damit auch auf den Auftraggeber eines gescheiterten Werkvertrages kommt eine charakteristische Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, die er der Konstellation der Arbeitnehmerüberlassung und des Werkvertrages entgegenbringt. *Der Gesetzgeber unterstellt, dass der Verleiher oder Werkvertragsunternehmer tendenziell Leistungen von Arbeitnehmern anbietet, die unter anderen, meist für die Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen erbracht werden, als sie der Besteller oder Entleiher einhalten müßte, würde er die Arbeitnehmer selbst als Arbeitgeber beschäftigen.* Der Gesetzgeber lässt es nicht damit Genüge sein, dass der Anbieter von Leiharbeit oder Werkleistungen als Arbeitgeber seinerseits voll dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (neuerdings auch dem Mindestlohngesetz) unterliegt, und dass dies auch kontrolliert werden kann und sanktioniert wird. Er verlangt vielmehr darüber hinaus eine Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und stellt für die Arbeitnehmerüberlassung überhaupt das gesamte Regelwerk des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung auf, das die soziale Stellung der Arbeitnehmer zusätzlich sichern soll. So versteht sich denn auch die Sanktion des Arbeitnehmerüberganges: Ist der Werkvertrag oder die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam, wird der Besteller oder Entleiher genau damit "bestraft", was er gerade vermeiden wollte: der vollen Beschäftigung der Arbeitnehmer des bestellten Verleihers oder Werkunternehmers. Jedenfalls der Werkvertragsanbieter verliert seine Arbeitnehmer, womit ihm nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch recht geschieht, da er Arbeitnehmer aus prekären Lebensverhältnissen oder aus dem Ausland angeworben, ausgebeutet und zum Billiglohn angeboten hat, was man ihm jedenfalls unterstellt.

#### 4.4 Die materiell-rechtliche Wirkung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Der Übergang der Arbeitsverhältnisse vom Verleiher auf den Entleiher als Sanktion auf illegale Arbeitnehmerüberlassung ist materiell-rechtlicher Natur. Der Besteller oder Entleiher wird in

der Tat zum Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer oder der Arbeitnehmer des Werkunternehmers, diese stehen zu ihm jetzt in einem regulären Arbeitsverhältnis. Die gesetzliche Fiktion des "gilt" in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG schafft eine neue Rechtslage. Der Gesetzgeber musste für die von ihm gewollte Rechtslage deswegen die Fiktion einsetzen, weil die neue Rechtslage gerade nicht aufgrund rechtsgeschäftlicher Erklärungen oder nach dem Willen der Betroffenen eintreten soll.

#### 4.5 Die Geltendmachung der materiell-rechtlichen Wirkung von § 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG durch Dritte

Der Übergang der Arbeitsverhältnisse im Falle gescheiterter Werkverträge und damit die neue materielle Rechtslage kann, wie gesagt, von Dritten geltend gemacht werden. Das heißt aber auch, dass Dritte Werkverträge in Zweifel ziehen und die im Falle der Unwirksamkeit des Werkvertrages eintretenden Rechtsfolgen für sich in Anspruch nehmen können. Wer aber sind solche "Dritte"? Das können die betroffenen Arbeitnehmer selbst sein, denen der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zur Verfügung steht. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren wird dann implizit geprüft, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Übergang des Arbeitsverhältnisses gegeben sind; es gelten hierbei die allgemeinen prozessualen Beweislastregelungen. Gleiches gilt für den Betriebsrat des abgebenden oder aufnehmenden Betriebes. Wollen Sozialversicherungsträger Ansprüche geltend machen, müssen sie Leistungsbescheide erlassen, die dann von den betroffenen Unternehmen vor den Sozialgerichten angefochten werden können; hierfür gelten dann die allgemeinen Beweislastregeln des sozialgerichtlichen Verfahrens. Lassen sich in den genannten Fällen die Voraussetzungen für den Arbeitnehmerübergang nicht beweisen -etwa weil der Werkvertrag auch bei einer Beweiswürdigung "hält"-, verbleibt es bei der bisherigen Rechtslage.

"Dritter" kann aber, und das ist für die hier behandelte Fallgestaltung ganz wesentlich, die Zollbehörde sein. Die Zoll-

behörden sind für die Überwachung und Einhaltung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zuständig (§§ 17, 17a AÜG). Die Zollbehörden verfügen über hoheitsrechtliche Eingriffsbefugnisse. Sie können Hoheitsakte mit unmittelbarer Wirkung erlassen. Es ist anzunehmen und entspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass die Zollbehörden vor ihren Eingriffen für deren gesetzliche Voraussetzungen verantwortlich sind und diese im Sinne des Gesetzes prüfen. Die Rechtmäßigkeitsprüfung anhand der gesetzlichen Tatbestände muss den Zollbehörden ebenso unterstellt wie von ihnen gefordert werden. Nimmt die Zollbehörde nach Prüfung einen Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung an, etwa weil sie einen "Schein-Werkvertrag" zu erkennen glaubt, steht ihr dann das ganze Arsenal zollrechtlicher Sanktionen zur Verfügung. Die Zollbehörden vollziehen dann auf der Ebene des Verwaltungsvollzugs, was ihrer Auffassung nach auf gesetzlicher Ebene die Rechtslage ist. Was die Zollbehörden vollziehen, ist dabei nicht etwa die Rechtslage selbst, als ob sie diese konstitutiv durch Verwaltungshandeln erst herbeiführen würden, sondern lediglich die gesetzlichen Ordnungsmaßnahmen und Bußgeldsanktionen, die allerdings die materielle Rechtslage voraussetzen. Für ihre Eingriffe aber haben sie unmittelbare Vollzugsgewalt. Das kann die Unternehmen im Augenblick sehr hart treffen. Andererseits steht den Unternehmen gerichtlicher Rechtsschutz zur Seite, für den dann das allgemeine gerichtliche Verfahrensrecht gilt. In diesen Verfahren wird dann geprüft, ob Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt; das Risiko eines solchen Verfahrens müssen die Unternehmen allerdings tragen. Freilich hat der Rechtsschutz auch seine Tücken: Wird das Unternehmen von den Sozialversicherungsträgern durch Leistungsbescheid zur Zahlung von Versicherungsbeiträgen herangezogen, dann tritt, da es öffentliche Abgaben sind, im Falle eines Rechtsmittels nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG keine aufschiebende Wirkung ein;<sup>13</sup> die festgestellten Beiträge sind sofort mit Vollstreckungsfolgen fällig. Über eine etwaige Rückerstattung entscheidet dann erst der Ausgang des Rechtsstreits

---

<sup>13</sup> entsprechend § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO.

in der Sache. Es kann sich hierbei um Beträge in Millionenhöhe handeln, deren sofortige Fälligkeit das Unternehmen in den Ruin treiben kann.<sup>14</sup>

Es ist hiernach deutlich, dass *unterschieden* werden muss

- zwischen der *materiellen* Rechtslage, die aufgrund von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG entsteht und die zivilrechtlicher Natur ist,
- und den *administrativen* oder exekutivischen Maßnahmen der Zollbehörden, die die materielle Rechtslage in der Praxis gleichsam überlagern: Diese Maßnahmen sind hoheitlicher Natur und haben die materielle Rechtslage zur Tatbestandsvoraussetzung; sie sind rechtswidrig, wenn die Tatbestände der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht gegeben sind, die Zollbehörde etwa aufgrund eines Verdachtes gehandelt hat, der sich dann aber nicht bestätigt. Entscheidend und für die Praxis erheblich ist aber, dass die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen der Zollbehörden erst in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren festgestellt werden muss; bevor dies aber der Fall ist, ist das Unternehmen von den Maßnahmen betroffen. Die Zollbehörden als Hoheitsträger haben das hoheitliche Recht des ersten Zugriffs und als Voraussetzung hierfür die *Entscheidungsprärogative*, ob die Voraussetzungen für den Eingriff gegeben sind. Der Eingriff, oft spektakulär inszeniert, wirkt zunächst unabhängig davon, ob die Voraussetzungen gegeben sind. Das ist es, was die Unternehmen trifft.

---

<sup>14</sup> So etwa in einem Fall, den das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen entschieden hat, Beschluss vom 17.01.2015, Az. L 2 B 9/03 KR ER; das Gericht hatte die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht erlassen. Es ging um 5,2 Millionen €! Zur Problematik auch *Hansjürgen Tuengerthal/Janine Geißer: Anspruch der Sozialversicherungsträger in Deutschland bei Fiktion eines Arbeitsverhältnisses - Zugleich Besprechung des Urteils des LSG Rheinland-Pfalz vom 28.05.2014 - L 4 R 148/13*, in: Betriebsberater, 2014, S. 2874-2976.

Ähnliches gilt analog für die Sozialversicherungsträger. Auch dieser Rechtskreis ist von der materiellen Rechtslage zu unterscheiden.

#### 4.6 Die Gesetzesvorschläge zu einer "Vermutung" des Eintritts der Rechtsfolgen von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Für alle, die Rechtsfolgen aus einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung ableiten wollen -Arbeitnehmer, Betriebsräte, Sozialversicherungsträger, Zollbehörden-, gilt im Streitfalle, wie ausgeführt, das hierfür einschlägige gerichtliche Verfahrensrecht mit den jeweiligen Beweislastregelungen: Wer eine Rechtsfolge für sich beansprucht, muss die tatbestandlichen Voraussetzungen hierfür beweisen. Gelingt ihm dies nicht, wird ihm die Rechtsfolge nicht zugesprochen. Das kann, je nach Sicht der Dinge, für die Beteiligten misslich oder günstig sein. Auf jeden Fall aber besteht bei der Frage, ob ein Werkvertrag oder eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, *prozessuale Chancengleichheit*, die sich aus dem allgemeinen Verfahrensrecht ergibt und die den Beteiligten sozusagen Waffengleichheit garantiert. Ob dann im Einzelfall ein Werkvertrag gegeben ist oder nicht, entscheidet das Gericht nach den allgemeinen Verfahrensregelungen, die die freie Beweiswürdigung einschließen.<sup>15</sup>

Nun mag es im Falle des Verdachts von illegaler Arbeitnehmerüberlassung für die Beteiligten durchaus misslich sein, wenn die Voraussetzungen für die Rechtsfolgen im Einzelfall nicht nachgewiesen werden können. Dies mag insbesondere auch daran liegen, dass für die Beweisführung interne Vorgänge in den Unternehmen herangezogen werden müssten, zu denen die Gegenseite im Prozess keinen Zugang hat. Arbeitnehmer, Betriebsräte oder Zollbehörden können Beweisnot kommen und dann das Nachsehen haben. Der Generalunterstellung des

---

<sup>15</sup> zur Thematik vgl. *Johannes Peter Francken*: Die Darlegungs- und Beweislast bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 18/2013, S. 985 ff.

Gesetzgebers, dass die beteiligten Unternehmen alles daransetzen, das Arbeits- und Sozialrecht zu unterlaufen, läuft das hohe Prozessrisiko, ob denn auch wirklich Sozialmissbrauch vorliegt, zuwider. Allerdings scheinen Fälle des tatsächlichen Missbrauchs, von denen auch in den Medien immer breit berichtet wird, den Supcon des Gesetzgebers zu bestätigen. Sieht man aber genauer hin und beobachtet man die massiven Presse-attacken der Gewerkschaften, denen insbesondere die ausländischen Werkarbeitnehmer als Mitglieder fehlen und die den Einfluss der Betriebsräte auf das werkvertragliche Geschehen in den Betrieben nachdrücklich steigern möchten, erkennt man schnell, worauf diese Presseberichte wirklich beruhen. Das macht das Ressentiment bestimmter politischer Kräfte gegen den Werkvertrag deutlich. Demzufolge sind Gesetzesänderungen angekündigt.

So heißt es denn in der Koalitionsvereinbarung der derzeitigen Legislaturperiode:

“Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern

Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und im ausreichenden Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden. Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen

ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“<sup>16</sup>

Diese Formulierung ist noch verhältnismäßig offen. Es steht aber zu befürchten, dass das Programm mit Inhalten gefüllt wird, die zuvor bereits an mehreren Orten präsentiert worden sind. Diese Vorschläge laufen darauf hinaus, eine *gesetzliche Vermutung* einzuführen, wonach illegale Arbeitnehmerüberlassung bei Vorliegen bestimmter Merkmale ohne weiteres als gegeben angenommen werden kann. Eine solche Vermutung würde dann im gerichtlichen Verfahren zu einer *Umkehr der Beweislast* führen, was zur Folge hätte, dass die jeweilige Gegenseite nachweisen müsste, dass keine illegale Arbeitnehmerüberlassung und kein „Schein-Werkvertrag“ vorliegt. Durch eine solche Vermutungsregelung würde die *prozessuale* Stellung dessen, der die Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung für sich geltend macht, erheblich gestärkt. Das prozessuale Gleichgewicht würde entscheidend verschoben, der Werkvertrag um seine Chancengleichheit gebracht. Und die Zollbehörden, das wäre dann die am schwersten wiegende Folge, würden der Mühe sorgfältiger Tatbestandsprüfung und Abwägung vor dem Eingriff entgehen: Sie hätten bei Verdacht sofortigen Zugriff, und im gerichtlichen Verfahren hätten sie dann aufgrund der Vermutung zunächst erst einmal recht. Eine Vermutungsregelung würde allerdings, im Unterschied zu den Sanktionen von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz AÜG, keine Änderung des *materiellen* Rechtes herbeiführen, hätte aber spürbare *prozessuale* und im Blick auf die Ordnungsmaßnahmen der Zollbehörden *verwaltungsrechtliche* Folgen.

Eine solche Vermutungsregelung taucht zuerst in einem Gesetzesvorschlag aus der vorhergegangenen Legislaturperiode auf, der allerdings seinerzeit der Diskontinuität zum Opfer gefallen ist: „Im Hinblick auf einen bei einem anderen als dem Einsatzunternehmen angestellten Arbeitnehmer besteht eine Vermutung für Arbeitnehmerüberlassung, wenn drei der folgen-

---

<sup>16</sup> Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 69.

den Merkmale vorliegen ... Wenn im Streitfall eine Partei Indizien beweist, die das Vorliegen von drei Merkmalen vermuten lässt, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Es entscheidet die tatsächliche Durchführung des Vertrages über seinen Rechtscharakter“.<sup>17</sup>

Nach Gesetzesvorschlägen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz<sup>18</sup> sollen im Detail, abweichend von den Kriterien der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag, Kriterien wie “Benutzung von Material und Werkzeugen” oder “ähnliche Tätigkeit wie Arbeitnehmer im Betrieb” in das Gesetz aufgenommen werden. Wenn solche Kriterien erfüllt sind, soll es nach dem Vorschlag automatisch zur “Vermutung” einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung kommen, so dass nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz AÜG das ursprüngliche Arbeitsverhältnis viel schneller und einfacher für unwirksam erklärt werden und die Fiktion eines neuen eher angenommen werden kann.

Noch einschneidender wäre der auf den Ausführungen von *Brors* und *Schüren* beruhende Gesetzesvorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen, wo es wie folgt heißt: “Werden Arbeitnehmer in der Betriebsorganisation eines Dritten tätig, so wird vermutet, dass sie an den Dritten überlassen werden...”<sup>19</sup> Hiernach soll die Vermutung allein schon bei der “Tätigkeit des Arbeitnehmers im Betrieb des Auftraggebers” eingreifen.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> BT-Drs. 17/12378, § 1 Abs. 1a AÜG.

<sup>18</sup> so auch Antrag Die Linke, BT-Drs. 18/4839; die Idee derart auch im Koalitionsvertrag S. 49 f

<sup>19</sup> *Schüren* und *Brors* in: Auftragsgutachten des Landes Nordrhein-Westfalen, “Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern”, Stand Februar 2014, Vorschlag zur Ergänzung von § 1 AÜG. Hiergegen allerdings schon *Tuengerthal/Geißer*, a.a.O. (Fußn. 1), S. 1845 ff. und nachfolgend *Hennecke / Tuengerthal*, a.a.O. (Fußn. 1), S. 1271 ff.

<sup>20</sup> nach dem Gutachten von *Brors/Schüren* für das Land Nordrhein-Westfalen, a.a.O. (Fußn. 19).



Durch solche Regelungen aber werden konkrete Ausgestaltungen von Werkverträgen missachtet und pauschal Arbeitsverhältnisse aufgelöst.<sup>21</sup>

Die Vorschläge machen deutlich, in welche Richtung die Gesetzgebung gehen könnte.

## 5. Auswirkungen der geltenden Rechtslage

Der Verlust des Arbeitsplatzes der kroatischen -und auch sonstigen- Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG mit der zugleich eintretenden Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist bisher hinsichtlich seiner Auswirkung auf die in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte freie Wahl des Arbeitsplatzes nur teilweise in Frage gestellt worden.<sup>22</sup> Dabei ist es doch überaus deutlich, dass die Arbeitnehmer durch die Sanktion der Unwirksamkeit ihres bisherigen Arbeitsverhältnisses beim Verleiher und den Über-

---

<sup>21</sup> Vgl. *Hennecke/Tuengerthal*, a.a.O. (Fußn. 1) S. 1269 (1271f); *Tuengerthal/Geißer*, a.a.O. (Fußn. 1), S. 1847; *Tuengerthal/Geißer/Seeger*, a.a.O. (Fußn. 1), S. 29 f.

<sup>22</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar im Nichtannahmebeschluss vom 29. 12. 2004 - 1 BvR 2283/03 mit den Vorschriften des AÜG beschäftigt, nämlich § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 und § 10 Abs. 4 AÜG, aber nicht mit der hier angesprochenen Problematik der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Zur Verfassungswidrigkeit weist *Hamann* in: ders., *Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen*, Berlin 1995, S. 148, darauf hin, dass die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher in die verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Abschlussfreiheit des Entleiher eingreift. Entgegen seinem erklärten Willen, einen Arbeitgeber nur vorübergehend zur Arbeitsleistung entleihen zu wollen, zwingt das Gesetz den Entleiher in die Arbeitgeberrolle, wenn sein Vertragspartner nicht über eine gültige Überlassungserlaubnis verfügt. Ausführlich hierzu: *Lembke* in: *Boemke/Lembke* (Hrsg.): *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013, S. 616 f., der bei Rn. 38 ausführt, dass § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 Alt. 2 einen verfassungswidrigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG darstellt.

gang des Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher durch Gesetz von einem Arbeitgeber zu einem anderen verschoben werden, ohne dass es auf ihr Zutun im Entferntesten ankäme. Sie müssen die Folgen tragen, wenn sich ihr Arbeitgeber mit dem Werkvertrag verkalkuliert hat. Sie tragen das Risiko, wenn ein Werkvertrag scheitert. Sie finden sich ohne ihren Willen, ohne jede rechtsgeschäftliche Erklärung bei einem Arbeitgeber wieder, der ihnen zuvor fremd war, der wie im Falle der hier angenommenen Kroaten ihre Sprache nicht spricht, dessen Branche womöglich die nicht ihrige ist, der eine vielleicht andere Betriebsverfassung hat, bei dem der Kündigungsschutz unsicher ist, mit dem sie vielleicht überhaupt nichts zu tun haben wollen. Zugleich verlieren sie ihren bisherigen Arbeitgeber, der ihnen vielleicht sogar landsmännisch nahestand, der sie angeworben hat, dem sie vertraut haben, dem sie ihre persönliche Arbeitskraft erbringen wollten; vielleicht hat es ihnen gefallen, mit und bei ihm zu arbeiten. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes wird ihnen zunichte gemacht, man ist einfach über sie hinweggegangen und hat über sie verfügt. Will ein Arbeitnehmer aber bei dem neuen Arbeitgeber nicht arbeiten, muss er das neue Arbeitsverhältnis seinerseits kündigen und alle Folgen, auch die sozialrechtlichen, auf sich nehmen. Einen massiveren Eingriff in die freie Wahl des Arbeitsplatzes, der doch nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ausdrücklich gewährleistet sein soll, kann man sich kaum vorstellen.

## 6. Wirkungen einer "Vermutung"

Ist die materielle Rechtslage strittig oder wird sie von einem Dritten strittig gestellt, wirkt sich eine Vermutungsregelung, wie sie vorgeschlagen wird, zusätzlich noch erschwerend zu Lasten des Arbeitnehmers aus. Er befindet sich faktisch umso eher in einem Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber, als die Wirksamkeit des Werkvertrages nicht bewiesen werden kann. Der Zoll hat die Vorhand. Klagt der Arbeitnehmer gar gegen den bisherigen Arbeitgeber auf Feststellung, dass sein Arbeitsver-

hältnis nicht erloschen sei, weil der Werkvertrag fortbestehe, schlägt die Vermutung auf ihn zurück: Er trägt jetzt selbst die Beweislast, dass der Werkvertrag gültig sei, auf den er aber keinen Einfluss hatte und von dessen Konditionen und innerbetrieblichem Zustandekommen er nichts weiß.

So kommt insgesamt die *Präsumtion zur Fiktion* kumulativ als Belastung und Eingriff hinzu.

## 7. Die Beschwer der Arbeitnehmer

Man wende nicht ein, der Arbeitnehmer sei gar nicht persönlich beschwert, da ihm ja ein neuer Arbeitsplatz zugeordnet werde, in dem es ihm vielleicht sogar besser ergehe als zuvor. Und da es ja doch um einfache und stereotype Arbeiten gehe, die er verrichte, könne es ihm doch gleichgültig sein, wo und bei wem er arbeite. Eine solcher Einwand verkennt aber, dass es um die prinzipielle *Freiheit* des Arbeitgebers geht, eben diese Arbeit an einem bestimmten Ort und bei einem bestimmten Arbeitgeber auszuführen und nicht um die Qualität der Arbeit selbst. Und genau diese Freiheit wird ihm genommen. Man wende auch nicht ein, der Arbeitnehmer habe sich aus eigener Schuld einen unseriösen Arbeitgeber ausgesucht, der Werkverträge mißbrauche, und müsse daher froh sein, trotzdem einen neuen Arbeitsplatz zu finden: Welchen Einfluss hat er denn auf die Geschäftspraktik seines Arbeitgebers, was konnte er wissen? Und wenn: Verletzt eine Wohltat, die dem Arbeitnehmer die Folgen eigenen Verschuldens abnimmt, nicht genau seinen freien Willen? Paternalismus gegen Selbstbestimmung?

## 8. "Vermutung" auch bei Ordnungswidrigkeiten und Straftaten?

Schließlich scheint der Vorschlag für eine Vermutungsregelung nicht zu Ende gedacht. Dem Zoll kommt sie gewiss zupasse. Für

den Arbeitnehmer aber ergeben sich bereits Probleme, wie oben angedeutet. Wie aber steht es um Ordnungswidrigkeiten? Diese sind dem materiellen Strafrecht nachgebildet - soll hier auch gelten, dass das Vorliegen eines Tatbestandes vermutet wird, so dass der Betroffene seine Unschuld beweisen muss? Vollends im Blick auf Straftatbestände: die Vermutung einer Straftat wäre das Gegenteil eines rechtsstaatlichen Strafrechtes. Doch das ist eine andere Frage, der hier nicht näher nachzugehen ist.<sup>23</sup>

## **II. Die Überprüfung der Vereinbarkeit des Überganges der Arbeitsverhältnisse mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG**

### **1. Der Gegenstand der Prüfung**

So steht denn die Frage im Raum, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Nr. 1 AÜG und dessen Neubegründung bei einem anderen Arbeitgeber nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG mit dem Grundrecht des Arbeitnehmers, nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG seinen Arbeitsplatz frei zu wählen, zu vereinbaren ist. Es ist daher im Folgenden die geltende Fassung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Hinblick auf das Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu begutachten; daraus wird sich auch ergeben, wie eine mögliche Änderung des geltenden Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch eine "Vermutung" am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu bewerten ist. Was zur Prüfung ansteht, ist das Gesetz selbst. Das Gesetz verändert die materielle, privatrechtliche Rechtslage

---

<sup>23</sup> So einfach, wie *Schüren*, Betriebsberater, 2014, S. 2614, das Problem darstellt, ist es nicht. Der objektive Tatbestand von § 266a StGB würde als erfüllt "vermutet", wenn der deutsche Auftraggeber des Werkvertrages als Arbeitgeber der betroffenen kroatischen Arbeitnehmer für diese in Deutschland Sozialversicherungsbeiträge hätte zahlen müssen, aber nicht gezahlt hat, weil er über Schürens Vermutung leichter zum Arbeitgeber gemacht wird.

unmittelbar; administrative Vollzugsakte etwa der Zollbehörden haben demgegenüber keine konstitutive Wirkung und sind hier nicht Gegenstand der Prüfung.

Es darf an dieser Stelle angemerkt werden, dass die verfassungsrechtlichen Fragen, die an das geltende Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu stellen sind, soweit ersichtlich in Literatur und Rechtsprechung bisher kaum aufgeworfen werden. Einzig das Landesarbeitsgericht Hessen hat sich in der bereits zitierten Entscheidung<sup>24</sup> mit der Verfassungsmäßigkeit von § 10 Abs.1 Satz 1 AÜG auseinandergesetzt, während in der Literatur vorwiegend die Frage eines generellen Verbotes der Arbeitnehmerübererlassung als solcher<sup>25</sup> oder die Gleichstellung der Leiharbeit<sup>26</sup> erörtert werden, was allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist.

## 2. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG

### 2.1 Der Wortlaut

Das Freiheitsrecht, um das es im vorliegenden Fall geht, besteht nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG darin, dass alle Deutschen das Recht haben, ihren *Arbeitsplatz ... frei zu wählen*. In Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG sind ausdrücklich Beruf und Arbeitsplatz gleichrangig nebeneinandergestellt. Hinsichtlich des in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG angesprochenen Berufs ist in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, dass die *Berufsausübung ... durch Gesetz oder auf Grund eines Ge-*

---

<sup>24</sup> Siehe oben Fußnote 5.

<sup>25</sup> *Bodo Pieroth*: Arbeitnehmerüberlassung unter dem Grundgesetz, Berlin 1982; *Dietmar Gick*: Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verbot und Neugestaltung, Berlin 1984; *Manfred Krüger*: Verbot der Leiharbeit. Gewerkschaftliche Forderung und Grundgesetz, Köln 1986.

<sup>26</sup> *Ulf Klebeck*: Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß, Baden-Baden 2004; *Jens Karl Kämmerer/Gregor Thüsing*: Leiharbeit und Verfassungsrecht, Berlin 2005.

setzes geregelt werden kann. Art. 12 Abs. 1 GG ist jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein "Einheitsgrundrecht", so dass auch die Schranke des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auf die Arbeitsplatzfreiheit anzuwenden ist.<sup>27</sup>

## 2.2 Der Schutzbereich

Es ist anerkannt, dass die freie Wahl des Arbeitsplatzes sowohl die freie Wahl des Ortes als auch, im Falle unselbständiger Beschäftigung, die freie Wahl des Arbeitgebers umfasst. Die freie Wahl schließt sowohl die Begründung als auch die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ein. "Die Freiheit der ‚Arbeitsplatzwahl‘ schützt ... die Entscheidung des unselbständig Beschäftigten, in welchem konkreten Arbeitsverhältnis er einer beruflichen Betätigung nachgehen will."<sup>28</sup> Auch *Wieland* betont, unter Hinweis auf das Bundesverfassungsgericht<sup>29</sup>, dass der Arbeitsplatz die Stelle ist, an der ein Beruf ausgeübt wird, und dass darüber hinaus das "jeweilige Arbeitsverhältnis einschließlich der Auswahl des Arbeitgebers bei unselbständigen Berufen" geschützt ist.<sup>30</sup>

## 2.3 Das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat in den Entscheidungen zur Verfassungsbeschwerde gegen die "Warteschleifenregelung" bei der Abwicklung von DDR-Einrichtungen<sup>31</sup> sowie in einer ähn-

---

<sup>27</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 24. 04. 1991 - 1 BvR 1341/90 in Rn. 66 (= BVerfGE 84, 133).

<sup>28</sup> *Manssen* in: von *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 4. Aufl., München 1999, Art.12 Abs. 1 Rdnr. 54.

<sup>29</sup> BVerfGE 84, 133 (146).

<sup>30</sup> *Wieland* in: *Horst Dreier* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rdnr. 54.

<sup>31</sup> Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 84, 133.

lich gelagerten Entscheidung<sup>32</sup> zur Beendigung der Arbeitsverhältnisse der bei der Akademie der Wissenschaften der DDR Beschäftigten und der Aufteilung dieser Einrichtungen den Prüfungsschwerpunkt eindeutig auf das Recht der betroffenen Personen auf freie Wahl ihres Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gelegt.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in diesen Entscheidungen ausführlich mit dem Schutzbereich der freien Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG beschäftigt. Hierbei ging es in dem einen Fall darum, dass bei der Wiedervereinigung im Rahmen des Staatsvertrags mit der ehemaligen DDR bestimmte Arbeitnehmer bezüglich der Fortführung ihres früheren Arbeitsplatzes in der DDR eine Wartestellung einnehmen mussten.<sup>33</sup> In dem anderen Fall wurden im Rahmen des angesprochenen Staatsvertrags mit der damaligen DDR die Arbeitsverhältnisse anderer Arbeitnehmer unmittelbar beendet.<sup>34</sup>

Im Urteil vom 24.04.1991<sup>35</sup> hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: "Der Berufswahl nachgeordnet wird auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes umfasst. Dabei wird die Entscheidung, an welcher Stelle jeder dem gewählten Beruf nachgehen möchte, geschützt. Bei der Arbeitsplatzwahl, kann sich der Arbeitnehmer für eine konkrete Betätigungsmöglichkeit oder ein bestimmtes Arbeitsverhältnis entscheiden." Weiter heißt es in derselben Entscheidung: "Das in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes schützt den Einzelnen in seinem Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, zu behalten oder aufzugeben."<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 10. 03. 1992 - 1 BvR 454/91 (= BVerfGE 85, 361).

<sup>33</sup> BVerfGE 84, 133.

<sup>34</sup> BVerfGE 85, 361.

<sup>35</sup> BVerfGE 84, 133.

<sup>36</sup> BVerfGE 84, 133 Ls. 1.

In der Entscheidung zur Privatisierung der Hochschulen in Hessen von 2011, die den gesetzlich verfügten Übergang eines Arbeitsplatzes von einer Körperschaft des Öffentlichen Rechtes auf einen privaten Träger zum Gegenstand hatte, heißt es: "Die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie des Arbeitnehmers erlaubt Gesetzgeber und Gerichten nicht, kraft vermeintlich besserer Einsicht die Entscheidung, welcher von mehreren zur Auswahl stehenden Arbeitgebern mehr Vorteile bietet, anstelle des Arbeitnehmers zu treffen."<sup>37</sup>

Die Fachgerichtsbarkeit ist dem Bundesverfassungsgericht gefolgt. So hat zum Beispiel auch das Hessische Landesarbeitsgericht die "wichtigen Gemeinschaftsgüter" betont, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung gesetzlicher Eingriffe auf den jeweiligen "Stufen" gegeben sein müssen.<sup>38</sup>

Maßgeblich ist nach dem Bundesverfassungsgericht somit die Wahl des Vertragspartners, ebenso der Wille des Einzelnen, diesen beizubehalten oder aufzugeben. Grundrechtlich geschützt ist daher der Wille eines Arbeitnehmers, eine konkrete Beschäftigung in dem gewählten Beruf an einem bestimmten Ort und bei einem bestimmten Arbeitgeber aufzunehmen und beizubehalten: Freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ist Auswahl, Annahme und Beendigung eines Arbeitsplatzes kraft eines freien Willensaktes.

#### 2.4 Übereinstimmung dieses Schutzbereichs mit dem vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Schutzbereich aus EU-Recht

Der aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG hergeleitete Schutzbereich der freien Arbeitsplatzwahl wird in gleicher Weise vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Zusammenhang mit der Richtlinie

---

<sup>37</sup> BVerfG, Entscheidung vom 25.1.2011, 1 BvR 1741/09 (= E 128, 157, 185).

<sup>38</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 06.03.2001, Az. 2/9 Sa 1246/00.



2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zum Betriebsübergang begründet. Dazu heißt es im einschlägigen Urteil des EuGH<sup>39</sup> in Rn. 31 und 32, dass nach der Richtlinie der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, sein Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber fortzusetzen. Eine solche Verpflichtung verstoße gegen Grundrechte des Arbeitnehmers, der bei der Wahl seines Arbeitgebers frei sein müsse und nicht verpflichtet werden könne, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt habe.

## 2.5 Rechtsprechung

Aus dem Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und der Rechtsprechung des EuGH wurde immerhin vom Landesarbeitsgericht Hessen eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in dem Sinne gefolgert, dass den betroffenen Arbeitnehmern ein Widerspruchsrecht gegen die Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses mit dem ursprünglichen Auftraggeber des Werkvertrages einzuräumen ist.<sup>40</sup> Diese Auffassung ist allerdings vom Bundesarbeitsgericht bisher nicht bestätigt worden.

## 3. **Die persönliche Grundrechtsträgerschaft bei Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG**

### 3.1 Allgemeines

Eindeutig spricht Art. 12 Abs. 1 GG nur von der Freiheit der Deutschen, also der deutschen Staatsbürger. Die Vorschrift enthält also ein sogenanntes "Deutschen-Grundrecht", das dem Wortlaut nach nur auf Deutsche im Sinne von Art. 116 GG

---

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 16. 12. 1992 - C 132/91, C 1 138/91 u. C 139/91.

<sup>40</sup> Landesarbeitsgericht Hessen, Urteil vom 06.03.2001 - 2/9 Sa 1246/00 (vgl. oben Fußn. 5).

anwendbar ist; zunächst können nur diese sich auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

Historisch gesehen war bei der Verabschiedung von Art. 12 GG am 23.5.1949 dem Verfassungsgeber die Eröffnung des Binnenmarktes in der Europäischen Union und die wachsende Europäisierung allgemein nicht bekannt und nicht vorhersehbar. Heute aber wird nur noch in wenigen Bereichen zwischen "Deutschen" und "Unionsbürgern" differenziert. Daher erscheinen der Wortlaut und die Garantie der Berufsfreiheit von Art. 12 Abs. 1 GG nur auf "Deutsche" als nicht mehr sach- und zeitgemäß. Zu prüfen bleibt aber, ob und in welcher Weise eine Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG auf Unionsbürger zu rechtfertigen ist. Pauschal heißt es, der erst zu begründenden Rechtslage wohl etwas vorgreifend, vielleicht gar mutig, in einem Urteil des Landessozialgerichtes Bayern: "Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch diejenigen Werkvertragsunternehmer, die wie die Klägerin auf dem Gebiet der Bundesrepublik tätig werden, in der Freiheit der Berufsausübung."<sup>41</sup> Ist dieser apodiktische Satz des LSG Bayern aber ohne weiteres vertretbar?

### 3.2 Berufsfreiheit als Unionsgrundrecht

Der EuGH hat bereits festgestellt, dass die Berufsfreiheit ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechtes ist.<sup>42</sup> Dies ergibt sich aus Art. 15 der EU-Grundrechte-Charta, wonach die Berufsfreiheit gewährleistet wird.

Ebenso hat auch das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 12.12.2014<sup>43</sup> entschieden, dass jedenfalls ein EU-Ausländer einen Anspruch auf eine entsprechende Grundrechtsgewähr-

---

<sup>41</sup> Landessozialgericht Bayern, Urteil vom 25. 06. 2002 - L 10 AL 329/98 in Rn. 18.

<sup>42</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 15. 10. 1987 - C-222/86.

<sup>43</sup> Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. 12. 2014 - 3 C 17/13.

leistung hat wie ein Deutscher nach Art. 12 Abs. 1 GG. Offen lässt es dabei, wie dies zu gewährleisten ist, tendiert jedoch zu einer Anwendung über Art. 2 Abs. 1 GG, wonach das nicht auf Deutsche beschränkte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch die freie Arbeitsplatzwahl einschlieÙe. Zumindest stützt es sich auch auf Art. 15 EU-Grundrechte-Charta.

Im Ergebnis besteht Einigkeit, dass dem Unionsbürger die Berufsfreiheit als Unionsgrundrecht zusteht und ihm der gleiche Schutz gewährt werden muss wie einem Deutschen. Umstritten ist dabei, über welchen dogmatischen Weg zu dieser Lösung zu gelangen ist. Dabei werden zwei alternative Begründungswege vertreten:

- Unionsbürgern über Art. 2 Abs. 1 GG den gleichen Schutz auf Beruf, Arbeit und Ausbildung wie einem Deutschen zu gewährleisten (3.3)
- oder den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG auf "Unionsbürger" auszudehnen (3.4).

### 3.3 Gleicher Grundrechtsschutz für Unionsbürger

Ein Begründungsweg möchte den Weg über Art. 2 Abs. 1 GG gehen und schlägt vor, auch auf Unionsbürger wie auf Ausländer Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden und darüber die Unionsbürger entsprechend zu schützen.<sup>44</sup> Dabei muss dieser Schutz weiter gehen als bei sonstigen Ausländern und eine vergleichbare Rechtsstellung der Unionsbürger im Verhältnis zu den Deutschen gewährleistet werden. Daher wird vertreten, dass den Unionsbürgern über Art. 2 Abs. 1 GG bei Beruf, Arbeit und Ausbildung derselbe Schutz wie Deutschen zu gewährleisten ist.

---

<sup>44</sup> vgl. *Wieland* in: *Horst Dreier* (Hrsg.): *Grundgesetz, Kommentar*, Band I, 3. Auflage 2013, Art. 12 Rn. 58.

Begründet wird dies zudem mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV.<sup>45</sup>

Das Bundesverfassungsgericht lässt in seiner Entscheidung vom 28. August 2007 - 1 BvR 2157/07 die Frage der unmittelbaren Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG auf Unionsbürger offen, da dem betroffenen Antragssteller zumindest über Art. 2 Abs. 1 GG eine entsprechende Grundrechtsgewährleistung zustehe: "Es bedarf keiner Entscheidung darüber, ob sich der Beschwerdeführer als EG-Ausländer auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann; er hat aber über die Grundrechtsgewährleistung aus Art. 2 Abs. 1 GG Anspruch auf eine entsprechende Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes."

In der Tendenz neigt das Bundesverfassungsgericht somit eher dem Begründungsweg über Art. 2 Abs.1 GG zu; über eine unmittelbare Anwendung von Art. 12 Abs. 1 GG hat es indes noch nicht entschieden.

#### 3.4 Erweiterung des Wortlautes des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG auf "Unionsbürger"

Die andere Ansicht möchte Unionsbürger in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG aufnehmen, um von vornherein eine Diskriminierung nach Art. 18 AEUV zu vermeiden, und legt somit den Anwendungsbereich des Art. 12 GG europakonform aus.<sup>46</sup> Dies bedeutet, dass wegen Art. 18 AEUV in der Begrenzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG auf "Deutsche" ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gesehen wird

---

<sup>45</sup> vgl. Gaier in: Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.): Anwaltliches Berufsrecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2014, Art. 12 GG, Rn. 13.

<sup>46</sup> Jarass in: Jarass/Piero (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG, Kommentar, 13. Aufl., München 2014, Art. 12 Rn. 12: "Darüber hinaus können sich EU-Ausländer im Anwendungsbereich des EU-Rechts auf Art. 12 GG berufen". Vgl. auch Umbach/Clemens: Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2002, Art. 12, Rn. 65.

und daher der Wortlaut durch eine europarechtskonformen Auslegung des Wortes "Deutschen" zu modifizieren ist.

Gegen eine solche weite Ausdehnung des Schutzbereichs wird allerdings eingewandt, dass der Wortlaut "alle Deutsche" eine solche Auslegung gegen das Gesetz nicht zulasse. Eine solche Auslegung würde gegen die Verfassung selbst verstoßen, da sie den Wortlaut überdehne und somit nicht vertretbar wäre.<sup>47</sup> Dagegen ist allerdings vorzubringen, dass diese Lösung zu einer sachgerechten und diskriminierungsfreien Gleichstellung des Unionsbürgers mit den Deutschen kommt. Denn nur so stehen dem Unionsbürger barrierefrei dieselben Rechte zu.

### 3.5 Überlagerung der Beschränkung auf Deutsche durch das Europarecht

Es lässt sich die These vertreten, dass durch die Fülle des Europarechtes, insbesondere durch den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie durch die Richtlinien zur Freizügigkeit, zur Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit die Einengung der Berufsfreiheit auf Deutsche faktisch und normativ überlagert wird und ihre Wirkung verloren hat. "Bürger aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union genießen in Bezug auf ihre beruflichen Betätigungsmöglichkeiten ohnehin einen Sonderstatus, der heute praktisch der Berufsfreiheit für deutsche Staatsangehörige zukommt."<sup>48</sup>

### 3.6 Fazit

---

<sup>47</sup> C. W. Hergenröder in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.): *Arbeitsrecht Kommentar*, 6. Aufl., Köln 2014, Art. 12 GG, Rn. 16.

<sup>48</sup> *Hans-Peter Schneider*: § 113 Berufsfreiheit, in: *Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band V, Heidelberg 2013, S. 124/125, Rdnr. 47.

Im Endeffekt haben beide Ansichten dasselbe gemein, einem Unionsbürger ist in demselben Maße die Berufsfreiheit zu gestehen wie einem Deutschen. Eine Begründung der Berufsfreiheit über Art. 2 Abs. 1 GG hätte damit dasselbe Ergebnis wie eine unmittelbare Anwendung von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG im Wege einer europarechtskonformen Ausdehnung des Wortlautes. Damit kommen die auch hier angesprochenen Kroaten als Träger des Grundrechtes nach Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.

#### 4. Der Eingriff

In den hierdurch definierten Schutzbereich wird durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eingegriffen. In Anwendung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG geht es genau darum, dass das gewählte Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber für unwirksam erklärt wird und ein neues, nicht frei gewähltes Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Auftraggeber in Deutschland fingiert wird. Diese Fiktion verändert die materielle Rechtslage, beendet bisherige Arbeitsverhältnisse und stellt neue Arbeitsverhältnisse her. Die Arbeitnehmer befinden sich plötzlich in einem Arbeitsverhältnis mit einem neuen Arbeitgeber, den sie sich nicht ausgesucht haben und dem sie zwangsweise zugeordnet werden. Weder für die Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses noch für die Begründung des neuen kommt es auf den Willen der Arbeitnehmer an. Ein freier rechtsgeschäftlicher Willensakt findet nicht statt. "In die Freiheit der Arbeitsplatzwahl wird ... dann eingegriffen, wenn der Staat den Einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt bzw. die Aufgabe eines Arbeitsplatzes verlangt oder anordnet. Geschützt ist auch der Wille des einzelnen, seinen Arbeitsplatz beizubehalten."<sup>49</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellt in einem

---

<sup>49</sup> *Manssen* in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) *Das Bonner Grundgesetz*, Band 1, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Abs. 1, Rdnr. 54, unter Berufung auf BVerfGE 84, 133 (147).

Fall des gesetzlich verfügbaren Arbeitsplatzwechsels fest: "Einschneidender als die gesetzliche Bestimmung eines neuen Arbeitgebers ist jedoch der damit verbundene Verlust des alten Arbeitgebers."<sup>50</sup>

Der Eingriff betrifft die freie Wahl und den freien Behalt des Arbeitsplatzes unmittelbar und stellt der Wahlfreiheit ein objektives Hindernis entgegen.

## 5. **Der Freiheitsgehalt des Grundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG und die Grundrechtsschranken**

### 5.1 Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht und die "Drei-Stufen-Theorie"

Es ist zu prüfen, ob dieser Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Für verfassungsrechtliche Bewertung von gesetzlichen Einschränkungen der freien Wahl des Berufs und des Arbeitsplatzes ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundlegend und maßgeblich. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, auf der alle weiteren Entscheidungen aufbauen, ist das sogenannte "Apothekenurteil" von 1958.<sup>51</sup>

Das Bundesverfassungsgericht musste hierbei zunächst von der Feststellung ausgehen, dass sich, entsprechend dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Satz GG, der Gesetzesvorbehalt von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 nur auf die Berufsausübung erstrecken scheint, nicht aber auf das "Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen". Hierin kommt gewiss zum Ausdruck,

---

<sup>50</sup> BVerfG E 128, 157 (182).

<sup>51</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 11.06.1958, 1 BvR 596/56 (= BVerfG E 7, 377).

dass das Grundgesetz der freien Wahl des Berufs und des Arbeitsplatzes einen höheren Rang als der "Berufsausübung" beimisst. Nun hat allerdings das Bundesverfassungsgericht im "Apothekenurteil" nach Maßgabe der von ihm hierin entwickelten "Drei-Stufen-Theorie" zum Ausdruck gebracht, dass sich die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht nur auf die Berufsausübung, sondern auch auf die Berufswahl erstreckt, "aber nicht auf beide mit gleicher Intensität. Sie ist um der Berufsausübung willen gegeben und darf unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist die um so freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, umso enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt."<sup>52</sup> Der Gesetzesvorbehalt umfasst somit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und somit auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Die Eingriffsbefugnisse des Gesetzgebers sind hierbei "gestuft": Für einen Eingriff in die freie Berufswahl und dementsprechend auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes, der "ersten Stufe", gilt der strengste Maßstab: Werden für die freie Wahl *objektive Bedingungen* aufgestellt, auf die der Grundrechtsträger keinen Einfluss hat, kann "nur die Abwehr nachweisbarer und höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen."<sup>53</sup> Aber selbst wenn es ein derartiges "wichtiges Gemeingut" gibt, das die Grundrechtsbeschränkung auch auf der "ersten Stufe" im Grundsatz rechtfertigt, muss das Gesetz zusätzlich noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, und das heißt, es muss die geringste Eingriffstiefe wählen und geeignete und erforderliche Mittel einsetzen. Desgleichen gilt, trotz wachsender Eingriffsbefugnisse des Gesetzgebers, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch auf der "zweiten Stufe", der Normierung subjektiver Zulassungsvoraussetzungen zu einem Beruf, die der Grundrechtsträger im Prinzip durch eigenes Handeln schaffen

---

<sup>52</sup> Bundesverfassungsgericht, a.a.O. (Fußn. zuvor), Ls. 6; seither ständige Rechtsprechung.

<sup>53</sup> Bundesverfassungsgericht, a.a.O. (Fußn. zuvor), Ls. 6 c.



kann, und schließlich auch auf der "dritten Stufe", der Regelung der "reinen" Berufsausübung.

Damit sind grundsätzlich die Maßstäbe gesetzt, an denen gesetzliche Eingriffe in das Grundrecht der freien Berufs- und Arbeitsplatzwahl zu messen sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der späteren Rechtsprechung diese Maßstäbe bestätigt und weiter ausformuliert. In dem bereits erwähnten Urteil zur "Warteschleifenregelung" im Vertrag zur Deutschen Einheit, hat es ausgeführt: "Wenn eine Regelung in die freie Wahl des Arbeitsplatzes mit ähnlicher Wirkung eingreift wie eine objektive Zulassungsschranke in die Freiheit der Berufswahl, ist sie nur zur Sicherung eines entsprechend wichtigen Gemeinschaftsgutes unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig."<sup>54</sup> In anderer Formulierung spricht es in derselben Entscheidung von "Abwehr von Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut."<sup>55</sup>

Eine jüngere Entscheidung befasst sich mit dem gesetzlich verfügbaren Übergang eines Arbeitsplatzes bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft auf einen privaten Träger durch die Privatisierung hessischer Hochschulen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierin einen *objektiven*, vom Grundrechtsträger nicht beeinflussbaren Eingriff in das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes gesehen und diesen Eingriff für nicht gerechtfertigt gehalten.<sup>56</sup>

So bleibt denn zu prüfen, ob im vorliegenden Falle einer objektiven Beschränkung der freien Arbeitsplatzwahl entsprechend wichtige Gemeinschaftsgüter vorliegen, die die Einschränkung rechtfertigen, und ob die geltenden §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1

---

<sup>54</sup> BVerfG E 84, 133, Ls. 2.

<sup>55</sup> BVerfG E 84, 133 (151).

<sup>56</sup> BVerfG E 128, 157.

AÜG im Blick auf die Zession der Arbeitsverträge dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

5.2 Gesetzgebungserwägungen bei Erlass der Regelungen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG

5.2.1 Allgemeines zu den Beweggründen des Gesetzgebers

Ob es Gründe des Gemeinwohls gibt, aufgrund derer §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG erlassen worden sind,

- könnte sich zunächst daraus ergeben, von welchen Beweggründen sich der Gesetzgeber bei der Fassung dieser Bestimmungen hat leiten lassen.
- Es könnte sich dann herausstellen, ob diese Beweggründe sich im Rahmen der Grenzen halten, die das Bundesverfassungsgericht für Eingriffe des Gesetzgebers in das Recht der freien Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gesteckt hat.

5.2.2 Das weitgehende Schweigen des Gesetzgebers zur Rechtfertigung der Eingriffe in das Recht der freien Arbeitswahl

Sehr dürftig allerdings ist die Amtliche Begründung für die von Anfang an im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthaltene Regelung des § 9 Nr. 1 AÜG, wonach bereits in der ersten Fassung<sup>57</sup> die Verträge zwischen Verleiher und Entleiher sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat, für unwirksam erklärt werden.

Eine sachliche Begründung dafür, eine derart gravierende Regelung wie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeit-

---

<sup>57</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971.

nehmers in das Gesetz aufzunehmen, enthält die Gesetzesbegründung zu § 9 AÜG in der Fassung des ersten Entwurfs nicht. Hier heißt es vielmehr nur<sup>58</sup>: "Nr. 1 ergänzt die Vorschrift des § 1 ... Die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit ist ein wichtiges Mittel, die Verleiher zu einem gesetzmäßigen Verhalten zu veranlassen." Auf die besondere Situation des Arbeitnehmers, der hierdurch seinen Arbeitsvertrag mit allen seinen Rechten verliert, kommt es dem Gesetzgeber offensichtlich nicht an.

Auch die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG befindet sich bereits von Anfang an im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, zu einem Zeitpunkt, in dem die obersten Bundesgerichte bereits nachdrückliche Entscheidungen zur erforderlichen Berücksichtigung des Rechtes der freien Arbeitswahl von Arbeitnehmern getroffen haben.<sup>59</sup>

Schon im ersten Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 15.06.1971<sup>60</sup> war die hier besprochene Regelung mit geringfügiger Modifikation enthalten. Es wurde im Unterschied zur gegenwärtig geltenden Regelung statt von "Unwirksamkeit" von "Nichtigkeit" gesprochen. Zur Begründung des damaligen § 10 Abs. 1 AÜG wurde ausgeführt<sup>61</sup>, dass "Satz 1... im Falle der Nichtigkeit nach § 9 Nr. 1 das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Entleiher fingiert und die Regelung dem Leiharbeiter einen stärkeren Schutz als etwa eine subsidiäre Haftung des Entleihers für die Erfüllung der Pflichten des Verleihers gegenüber dem Leiharbeiter" bietet.

An späterer Stelle heißt es dann, dass auch die Belange des Entleihers beachtet würden, da er zwar "alleiniger Arbeitgeber"

---

<sup>58</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971, S. 13.

<sup>59</sup> Vgl. dazu unten Punkt II 5.3.

<sup>60</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971, Entwurf der Bundesregierung.

<sup>61</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971, S. 13.

wird, jedoch nur für die Zeit der "zwischen Verleiher und Entleiher vorgesehenen Beschäftigung des Leiharbeitnehmers", sodass die Vorschrift des § 10 Abs. 1 AÜG auf einem sachgerechten "Interessenausgleich" bestehe, da sowohl Entleiher als auch Arbeitnehmer durch die Arbeitnehmererlaubnis die nachteilige Rechtsfolge vermeiden können.<sup>62</sup>

Insbesondere aus den letzten Ausführungen wird deutlich, dass die Verfasser der Vorschrift den Fall, in dem es um Auswirkungen eines Werkvertrages geht, der später von den Überwachungsbehörden als illegale Arbeitnehmerüberlassung bewertet wird, bei Erlass des Gesetzes nicht im Auge hatten. In einem derartigen Fall hat der Arbeitnehmer gar nicht die Möglichkeit, die angesprochenen "Rechtsfolgen" zu "vermeiden", da in diesem Zusammenhang bei der Formulierung des Vertrags als "Werkvertrag" die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis von vornherein kein Thema der Vertragsparteien ist. Hier schließen Auftraggeber und Auftragnehmer des Werkvertrags gerade keinen schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, sondern einen schriftlich formulierten Werkvertrag. Aus diesem ergibt sich nichts, was den Arbeitnehmer des Werkvertrags auf eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verweist.

Analysiert man die Gesetzesbegründung zur Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG weiter, so findet sich darin die Darlegung, dass die Regelung "dem Leiharbeitnehmer einen stärkeren Schutz" bietet "als etwa eine subsidiäre Haftung des Entleihers für die Erfüllung der Pflichten des Verleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer."<sup>63</sup>

Warum der "Leiharbeitnehmer", der mit seinem ursprünglichen Arbeitgeber als angeblichem Verleiher einen von ihm selbst gewählten Arbeitgeber als Vertragspartner hat, überhaupt einen zusätzlichen Schutz benötigt, bleibt bei der Gesetzesbegründung

---

<sup>62</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971, S. 14.

<sup>63</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971, S. 13.

offen. Im Rahmen seines bisherigen Arbeitsverhältnisses hat er ohnehin durch die Regelung in § 10 Abs. 4 AÜG auch ohne Übernahme in das Arbeitsverhältnis mit dem sogenannten Entleiher einen ausreichenden Schutz.

Die Frage, ob der Leiharbeitnehmer ein Interesse daran haben kann, den angeblich stärkeren Schutz durch Zuweisung zu einem neuen Arbeitgeber zu erlangen, wird in der Gesetzesbegründung nicht angesprochen.

Was nützt es dem betroffenen Arbeitnehmer, dass er aufgrund von § 9 Abs. 1 AÜG sein ehemaliges, auf die Dauer angelegtes und kündigungsrechtlich geschütztes Arbeitsverhältnis verliert und, ohne gefragt zu werden oder widersprechen zu können, in ein Arbeitsverhältnis mit einem Dritten einbezogen wird, das im Zweifel nach relativ kurzer Zeit, also nach Beendigung des Arbeitnehmerüberlassungsverhältnisses und faktisch nur für die Dauer der werkvertraglichen Arbeit beendet sein wird? Er sitzt, ohne dass sich der Gesetzgeber dazu Gedanken gemacht hat, durch die beiden Regelungen sehr schnell zwischen allen Stühlen. Das sind Problemlagen, die der Gesetzgeber offenkundig nicht wahrgenommen hat.

Die Begründung zu §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zeigt deutlich, dass sich der Gesetzgeber mangels Problemwahrnehmung überhaupt nicht an der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes der betroffenen Arbeitnehmer orientiert hat und dass er sich die Frage, inwieweit gegebenenfalls ein wichtiges Gemeinschaftsgut den verfügbaren Eingriff in die freie Arbeitsplatzwahl der Arbeitnehmer rechtfertigt, überhaupt nicht gestellt hat, obwohl der Eingriff auf der Hand lag.

Bemerkenswert ist, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren im Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung<sup>64</sup> hinsichtlich § 9 AÜG nur der Begriff "Nichtigkeit" durch "Unwirksamkeit"

---

<sup>64</sup> BT-Drucks. VI/3505 vom 09.06.1972.

ausgewechselt wurde, im übrigen aber § 9 Abs. 1 AÜG unverändert übernommen wurde. In gleicher Weise wurde die Ersetzung des Begriffs "Nichtigkeit" durch "Unwirksamkeit" gegenüber § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG des ursprünglichen Entwurfs im Ausschuss akzeptiert.<sup>65</sup> Im übrigen wurde § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht verändert.

Ergänzt sei an dieser Stelle, dass die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs immerhin hinsichtlich des Unternehmers, der gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung betreibt, das Grundrecht auf dessen Berufsfreiheit im Auge hatte. "In der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs des AÜG heißt es ausdrücklich, dass Einschränkungen der Berufsfreiheit der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung geboten seien, um bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen eines sozialen Rechtsstaates entsprechen und eine Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer ausschließen."<sup>66</sup>

Im Ergebnis ist festzustellen, dass sich der Gesetzgeber beim Erlass von § 9 Nr. 1 AÜG und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG des Eingriffs beider Regelungen in die nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte freie Arbeitsplatzwahl und der dazu erforderlichen Rechtfertigung offensichtlich nicht bewusst war. Jedenfalls aus den Gesetzesmaterialien zu §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG lassen sich keine Rechtfertigungsgründe für die Grundrechtsbeschränkung entnehmen.

### 5.3 Zur Rechtsprechung bezüglich der freien Arbeitsplatzwahl vor Erlass des AÜG

Wenn sich der Gesetzgeber beim Erlass der grundrechtsbeschränkenden §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

---

<sup>65</sup> BT-Drucks. VI/3505 vom 09. 06. 1972, S. 8.

<sup>66</sup> Bodo Pieroth: Arbeitnehmerüberlassung unter dem Grundgesetz, Berlin 1982, S. 16, unter Bezugnahme auf BT Drs. VI 2303, S. 9 f.

dieser Beschränkung nicht bewußt war, können nachgeschobene oder später aufgetretene Gründe nach Erlass des Gesetzes Bedeutung gewinnen und die Rechtfertigung nachliefern. Derartige Gründe verlieren aber an Gewicht, wenn der Gesetzgebung bei Erlass des AÜG den Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsplatzsicherheit voraussehen konnte und bereits zu diesem Zeitpunkt das verfassungsrechtliche Risiko in Kauf genommen hat. Ist er gleichsam sehenden Auges der Gefahr der Verfassungswidrigkeit entgegengegangen, helfen auch nachträgliche Rechtfertigungen wenig.

Bei Erlass des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gab es zumindest bereits das grundlegende "Apothekenurteil" des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG, das die freie Berufswahl zum Gegenstand hatte.<sup>67</sup> Den Gesetzesmaterialien ist aber nichts darüber zu entnehmen, dass der mit §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG geplante Eingriff in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG überhaupt geprüft worden ist. Bis zum Zeitpunkt des Erlasses des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes hatte sich das Bundesverfassungsgericht allerdings noch nicht zur grundrechtlichen Ausgestaltung der freien Wahl des Arbeitsplatzes, geäußert, sondern lediglich zur Berufsfreiheit und Berufswahlfreiheit; gleichwohl war mit dem "Apothekenurteil" bereits ein Warnzeichen gesetzt.

Andere oberste Bundesgerichte allerdings hatten die Thematik bereits angesprochen oder zumindest die Freiheit der freien Wahl des Arbeitsplatzes als Grundrecht anerkannt.

Als erstes oberstes Gericht hat sich das Bundesarbeitsgericht zur freien Wahl des Arbeitsplatzes geäußert und auch den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG näher umschrieben. In seinem Urteil vom 29. Juni 1962 hat es aus Art. 12 Abs. 1 Satz GG die freie Wahl, den Arbeitsplatz auszusuchen, beizubehalten

---

<sup>67</sup> BVerfGE 7, 377.

oder aufzugeben, in den Schutzbereich einbezogen.<sup>68</sup> "Das Recht, den Arbeitsplatz frei zu wählen, umfasst auch das Recht, den gewählten Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben und zu wechseln ... Die Freiheit der Arbeitsplatzwahl wird ... vom Grundgesetz gewährleistet."

In einer darauffolgenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof am 16.07.1962 auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes zurückgegriffen und festgestellt, dass das Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht in der Sache entschieden habe, dass jedoch die freie Wahl des Arbeitsplatzes als Ausprägung der Berufswahlfreiheit anzuerkennen sei.<sup>69</sup> In den Entscheidungsgründen stellt der Bundesgerichtshof einen Eingriff in das Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG durch den damaligen § 232 Abs. 1 Nr. 28 BRAO fest.

Auch das Bundessozialgericht hat in einer Entscheidung am 14.02.1964 das Grundrecht der Arbeitsplatzfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG anerkannt und entschieden, dass niemand gehindert werden darf, eine Arbeitsstelle anzutreten oder aufzugeben.<sup>70</sup> Schließlich hat auch das Bundesverwaltungsgericht 1968 zumindest am Rande die Arbeitsplatzfreiheit geprüft und anerkannt.<sup>71</sup>

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Eingriffes in die Arbeitsplatzfreiheit durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GG hätte sehen können und prüfen müssen. Genau dies aber ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nicht.

---

<sup>68</sup> Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.06. 1962 - 1 AZR 343/61, Rn. 45.

<sup>69</sup> Bundesgerichtshof, Urteil vom 16. 07. 1962 - AnwZ (B) 9/62, Rn. 15.

<sup>70</sup> Bundessozialgericht, Entscheidung am 14.02. 1964 - 7 RAR 15/62, Rn.

32.

<sup>71</sup> Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. 06. 1968 - II C 64.67, Rn. 20 (= BVerwGE 30, 77).



#### 5.4 “Wichtige Gemeinschaftsgüter” aus der Sicht des BVerG

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die im sogenannten “Apothekenurteil” grundgelegt ist, kommt es, wie dargelegt, für die Reichweite des Gesetzesvorbehaltes darauf an, auf welcher “Stufe” des Freiheitsgehaltes von Art. 12 Abs. 1 GG der Eingriff erfolgt: Will der Gesetzgeber auf der ersten “Stufe” für die freie Berufs- und Arbeitsplatzwahl objektive Hindernisse aufstellen, greift mit der *“Abwehr ... schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut”* die strikteste Schranke des Eingriffs; auf den nachfolgenden “Stufen” persönlicher Zulassungsvoraussetzungen und der Berufsausübung ist die zulässige Eingriffstiefe nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gestuft. Orientierungsmaßstab sind auf allen Ebenen des Eingriffs Güter des Gemeinwohls oder *“wichtige Gemeinschaftsgüter.”* Fragt man, welche *“wichtigen Güter des Gemeinwohls”* durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG geschützt oder verwirklicht werden sollen, kommen mehrere Gemeinwohlaspekte in Betracht.

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat im *“Apothekenurteil”* die Funktionsfähigkeit der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung auf der “Stufe” objektiver Zulassungsbeschränkungen nicht als *“überragend wichtiges Gemeinschaftsgut”* gelten lassen.<sup>72</sup> In der *“Warteschleifenentscheidung”* hat es allerdings im Rahmen der Wiedervereinigung die Notwendigkeit zum Abbau von Personalüberhang im Öffentlichen Dienst und damit der Stabilisierung der Öffentlichen Haushalte als *“überragend wichtiges Gemeinschaftsgut”* gegenüber der Beibehaltung von Arbeitsplätzen anerkannt, weil *“ohne Personalabbau ... die finanzielle Leistungsfähigkeit von Bund und Ländern völlig überfordert”* wäre.<sup>73</sup> Das politische Anliegen der Hessischen Hochschulreform durch Privatisierung hat es demgegenüber als

---

<sup>72</sup> BVerfG E 7, 377.

<sup>73</sup> BVerfG E 84, 133 (151/152).

Rechtfertigungsgrund für den Grundrechtseingriff auf der Stufe objektiver Zugangshindernisse nicht hingenommen.<sup>74</sup>

5.5 Denkbare Gemeinschaftsgüter, die einen Eingriff rechtfertigen könnten

5.5.1 Soziales Arbeitsrecht

Die Gesetzesbegründung zu § 9 Nr. 1 AÜG spricht von einer Sanktion, welche den Verleiher zu gesetzmäßigem Verhalten veranlassen soll.<sup>75</sup> In der Tat ist die gesamte Ausgestaltung der Rechtskonstruktion der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GG eine einzige Sanktion zur Durchsetzung des Regelungswerkes des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz seinerseits hat mit seinem ordnungsrechtlichen Regelungswerk die Zielsetzung, die mit einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Gefahren für die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer zu vermeiden. Diese Gefahren sind umso größer, als durch gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung infolge des europäischen Binnenmarktes und des marktwirtschaftlichen Wettbewerbsdruckes sehr leicht Grauzonen des Arbeitsmarktes entstehen, in denen sozial schwächere Arbeitnehmer vor Ausbeutung nicht sicher sind und die Gefahr besteht, dass der Arbeitsschutz, die Sozialversicherung, die Betriebsverfassung und auch das Besteuerungswesen unterlaufen werden. Derartige Gefahren bestehen auch dann, wenn im Zuge arbeitsteiliger Produktionslinien Werkverträge abgeschlossen werden, die die einzelnen Produktionsschritte aus der Herstellung des Endproduktes und damit aus der Arbeitgeberverantwortung des Produzenten ausgliedern. Der "Missbrauch" von Werkverträgen ist denn auch Gegenstand der Sanktionen des geltenden Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und darüber

---

<sup>74</sup> BVerfG E 128, 157.

<sup>75</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15.06.1971, S. 13.

hinaus weitergehender Gesetzesvorschläge. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz dient somit insgesamt der Wahrung des sozialen Arbeitsrechtes und einer sozialen Marktordnung. Das soziale Arbeitsrecht und eine soziale Marktordnung sind allerdings objektive Gemeinschaftsgüter von hohem Rang. Diese Gemeinschaftsgüter sind andererseits aber keine dem Grundgesetz etwa vorgelagerte und von diesem zu berücksichtigenden gesellschaftlichen Werte, sondern selbst nur Inbegriff einer -freilich wertorientierten- Gesetzgebung und damit keine absolute Größe.

### 5.5.2 Individuelle Schutzwirkung

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz hat indes auch eine subjektive Seite. Es wird allgemein angenommen, dass die Regelung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG im Interesse und zum Schutz der betroffenen Leiharbeitnehmer vor unzuverlässigen Verleihern in das AÜG aufgenommen worden ist. Dem Verleiher soll es unmöglich gemacht werden, Arbeitnehmer ohne die Voraussetzungen des AÜG in sozial ungesicherten Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen; sie werden daher nach § 9 Nr. 1 AÜG von ihm. § 10 Abs. 1 AÜG ist dann der Ausgleich für den Leiharbeitnehmer der wegen § 9 Nr. 1 AÜG sein Arbeitsverhältnis verloren hat. Dieser Schutz greift auch und gerade im Falle eines unseriösen Werkvertrages. Der Arbeitnehmer soll daher vor Ausbeutung und sozialer Misslage bewahrt werden. Auch der subjektive Schutzzweck für den Arbeitnehmer ist ein gewichtiges Gemeinschaftsgut.

### 5.5.3 Erschließung neuer Beschäftigungsverhältnisse

Weiter möchten laut Gesetzesbegründung die §§ 9, 10 AÜG auch die schutzwürdigen Belange des Entleihers beachten.<sup>76</sup> Das

---

<sup>76</sup> BT-Drucks. VI/2303 vom 15. 06. 1971, S. 14.

Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 29.12.2004 entschieden, dass diese "der Verbesserung der Stellung der Leiharbeitnehmer und damit dem Schutz ihrer Berufsfreiheit" dienen, und dem verfassungsrechtlichen Gemeinschaftsgut der Erschließung neuer Beschäftigungsverhältnisse.<sup>77</sup> So wendet sich der subjektive Schutzzweck wieder in ein objektives Element sozialer Marktordnung.

#### 5.6 Die aktuelle Gesetzeslage als "objektive" Beschränkung der freien Arbeitsplatzwahl

Faßt man den Regelungsgehalt von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GG ins Auge, so ist ganz offensichtlich, dass der Gesetzgeber das Arbeitsverhältnis bei dem einen Arbeitgeber beendet und ein anderes bei einem neuen Arbeitgeber begründet, ohne dass es auf eine freie Entscheidung des Arbeitnehmers ankommt, ob er das alte Arbeitsverhältnis verlassen und ein anderes bei einem neuen Arbeitgeber aufnehmen will. Es wird schlicht über ihn verfügt. Massiver kann ein Eingriff in die freie Arbeitsplatzwahl nicht sein. *Damit bewegt sich der gesetzliche Eingriff auf der Ebene "objektiver" Bedingungen für den Zugang zu einem Beruf und für dessen Verlust.* Auf dieser Ebene aber hat der Arbeitnehmer den stärksten Grundrechtsschutz. Objektive Bedingungen für den Erwerb oder den Verlust eines Arbeitsplatzes sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur zur "Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut"<sup>78</sup> zu rechtfertigen.

Legt man diesen Maßstab an die Gemeinschaftsgüter an, die durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gefördert, geschützt oder verwirklicht werden sollen, wie eine soziale Markt- und Arbeits-

---

<sup>77</sup> Bundesverfassungsgericht, Nichtannahmebeschluss vom 29. 12. 2004 - 1 BvR 2283/03, Rn. 22.

<sup>78</sup> BVerfGE 7, 377.

ordnung oder die Sicherung von Beschäftigungsverhältnissen, muss man nach der Validität eben dieser Güter fragen. Dabei gerät man aber in die Verlegenheit, feststellen zu müssen, dass diese Güter erst durch das Gesetz selbst geschaffen und ausgestaltet worden sind, dem Gesetz also nicht vorausliegen, sondern vielmehr erst dessen Ergebnis sind. Aber eine Ordnung, die der Gesetzgeber selbst schafft und ausgestaltet, kann ihrerseits kein "überragend wichtiges Gemeinschaftsgut sein", das auf der Ebene der Verfassung eine Grundrechtsbeschränkung auf der höchsten Stufe der objektiven Schranken rechtfertigen könnte: Dann wäre es ja der Gesetzgeber selbst, der bestimmen könnte, wie weit das Grundrecht reicht. Das hohe Gewicht des Gemeinschaftsgutes, das der Gesetzgeber braucht, um die freien Arbeitsplatzwahl zu beschränken, würde von ihm gerade erst herbeigeführt. Das Grundrecht nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 würde zu einer Funktion des Gesetzes und diesem ausgeliefert. Das wäre das Ende des Grundrechtes. Man gerät daher wegen der Offenheit der Definition der Gemeinschaftsgüter durch den Gesetzgeber daher in eine *petitio principii*. Daraus ist der Schluß zu ziehen, dass die Schutzzwecke der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG jedenfalls nicht als "überragend wichtige Gemeinschaftsgüter" zu bewerten sind und kaum der Abwehr "*schwerer Gefahren*" für ein "*überragend wichtiges Gemeinschaftsgut*" dienen. Es sind auf der Ebene der Verfassung keine "überragend wichtige Gemeinschaftsgüter" erkennbar und keine "Gefahren" ermittelbar, die die Vernichtung und die Zwangsbegründung von Arbeitsverhältnissen erforderlich machen würden. Dies hat auch das Hessische Landesarbeitsgericht im gleichen Sinne wie folgt gesehen: "§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG will lediglich die gesellschaftlich unerwünschte Arbeitnehmerüberlassung, ohne dass dafür eine behördliche Erlaubnis vorliegt, sanktionieren, indem der Entleiher belastet wird. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Zweck der Sicherung eines entsprechend wichtigen Gemeinschaftsgutes unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dienen

würde, obwohl er wie eine objektive Zulassungsschranke in die Freiheit der Berufswahl eingreift.“<sup>79</sup>

Der Grundrechtseingriff auf der objektiven Ebene ist nicht gerechtfertigt. Und selbst wenn man das Wohl der Arbeitnehmer als Schutzzweck im Auge hat, läuft die paternalistische Zwangsfürsorge dem Freiheitsgehalt von Art. 12 Abs. 1 GG zutiefst zuwider. So führt denn auch das Hessische Landesarbeitsgericht, das die Vorschrift in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im übrigen für verfassungswidrig hält, in seiner bereits zitierten Entscheidung aus: “§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ist ein Schutzgesetz zugunsten der Arbeitnehmer. Es besteht keine Notwendigkeit den Arbeitnehmer gegen seinen Willen zu schützen.”<sup>80</sup>

Damit ergibt sich bereits auf der “ersten Stufe” der Prüfung der gesetzlichen Eingriffsbefugnisse, dass eine Rechtfertigung von Arbeitsplatzverlust und Zwangszuweisung eines neuen Arbeitsplatzes gegen den Willen des Arbeitnehmers nicht gegeben ist. Die Verfassungswidrigkeit von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG lässt sich daher bereits auf dieser Ebene feststellen.

Damit wäre die Prüfung an dieser Stelle bereits zu Ende. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit wird aber auch dann noch bestärkt und bestätigt, wenn man hypothetisch einen Rechtfertigungsgrund gelten ließe und dann doch noch gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine Verhältnismäßigkeitsprüfung probeweise durchführt. Es wird dann deutlich, dass zur Erfüllung der legitimen Schutzzwecke auch andere, weniger eingreifende Mittel zur Verfügung stehen und dass auch insofern der Eingriff nicht zu rechtfertigen ist.

## 5.7 Die aktuelle Gesetzeslage am Maßstab der Verhältnismäßigkeit

---

<sup>79</sup> Urteil vom 06.03.2001, Az. 2/9 Sa 1246/00, Rdnr. 48.

<sup>80</sup> Vgl. Fußn. zuvor.

### 5.7.1 Allgemeines

Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung entfaltet. Es unterscheidet bekanntlich verschiedene "Stufen" der Geltungsebene des Grundrechtes und eine entsprechend gestufte Zulässigkeit der Eingriffstiefe. Der stärkste Grundrechtsschutz greift, wenn der Gesetzgeber objektive Zulassungsbedingungen für Berufs- und Arbeitsplatzwahl aufstellt, auf die der Grundrechtsträger keinen Einfluss hat; die Eingriffsbefugnis wächst auf der Ebene der subjektiven Zulassungsbedingungen und dann entsprechend auf der Ebene der Berufsausübung, die in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich normiert ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil vom 24.04.1991<sup>81</sup> seine Rechtsprechung fortgeführt und vertieft. Es hat in Rn. 77 f. der Entscheidung nochmals im Einzelnen die Anforderungen aufgestellt, die aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgen:

- Es hat hierbei zunächst<sup>82</sup> die Frage der Zweckerreichung als solche überprüft (5.7.2),
- weiter die Erforderlichkeit der Maßnahme behandelt<sup>83</sup> (5.7.3)
- und schließlich<sup>84</sup> eine Abwägung nach der Schwere des Eingriffs durchgeführt (5.7.4)

Ob und inwieweit die genannten Gemeinschaftsgüter oder Schutzzwecke - die soziale Arbeits- und Marktordnung, der individuelle Arbeitnehmerschutz- die Einschränkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 GG Satz 1 AÜG nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit

---

<sup>81</sup> BVerfGE 84, 133.

<sup>82</sup> BVerfGE 84, 133, unter 3 d) aa.

<sup>83</sup> BVerfGE 84, 133, unter 3 d) bb.

<sup>84</sup> BVerfGE 84, 133, unter 3 d) cc.

keit rechtfertigen, mag sich jetzt anhand der Kriterien des Bundesverfassungsgerichts ergeben.

#### 5.7.2 Verstoß gegen das Prinzip der Zweckerreichung

Das objektive Gemeinschaftsgut der sozialen Arbeits- und Marktordnung erfordert nun tatsächlich ordnungsrechtliche Marktkorrekturen. Es ist wohl unzweifelhaft, dass das AÜG mit seinem *ordnungsrechtlichen* Instrumentarium geeignet ist, Fehlentwicklungen des Marktes Grenzen zu setzen und soziale Standards zu sichern. Es ist ja gerade das Grundprinzip der Sozialen Marktwirtschaft, einerseits dem freien Markt den Spielraum zu belassen, andererseits von Staats wegen mit Ordnungsmaßnahmen einen Rahmen zu setzen und durch Ausgleichsmaßnahmen soziale Gerechtigkeit herzustellen. So sind denn auch ordnungsrechtliche Sanktionen gegen Marktverstöße systemimmanent. Von daher sind Sanktionen gegenüber unternehmerischen Marktteilnehmern auf dem sozial sensiblen Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung ein durchaus geeignetes Mittel, lauterer Wettbewerb und Sozialstandards zu sichern (wie es denn auf einem vergleichbaren Gebiet, dem Umweltschutz, durch die Umweltgesetzgebung ebenso geschieht.) So mögen denn über die ordnungsrechtlichen Sanktionen des AÜG hinaus im Hinblick auf die beteiligten Unternehmen auch privatrechtliche Sanktionen wie §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG hinnehmbar sein; in der Amtlichen Gesetzesbegründung war denn insofern auch von einem "Interessenausgleich" die Rede.

Im Hinblick auf die Arbeitnehmer freilich sieht das ganz anders aus. Sie sind nicht unmittelbar Adressat der Sanktionen des AÜG, weder der ordnungsrechtlichen noch der privatrechtlichen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Trotzdem sind sie in ihrer rechtlichen Stellung nachdrücklich betroffen. Ob aber die Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse geeignet ist, Marktwirtschaft und Sozialordnung zu stabilisieren, unterliegt erheblichen Zweifeln. Nun mag es im Einzelfall zutreffen, dass die Befreiung von Arbeitnehmern von dem Joch eines unseriösen Unternehmens



diesen zugute kommt, zumal da ihnen ein neues Arbeitsverhältnis zum Ausgleich zugeordnet wird; das mag der Marktberichtigung und dem sozialen Ausgleich förderlich sein. Das muss aber nicht in jedem Falle so sein. Der neue Arbeitgeber kann mit den ihm neu zugeordneten Arbeitnehmern auch überfordert sein und deswegen in Insolvenz geraten. Kündigung und Arbeitslosigkeit sind die Folge. Auch dient ein unfreiwilliger Arbeitsübergang nicht ohne weiteres dem sozialen Frieden, wenn sich die Arbeitnehmer querstellen. Der objektiven Eignung der Sanktion nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für die Wahrung einer sozialen Markt- und Arbeitsordnung tun derartige Folgen Abbruch.

Die ausschließliche Fixierung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf die beteiligten Unternehmen als Marktteilnehmer hat die betroffenen Arbeitnehmer des Verleihers nicht im Auge. Aber auch sie sind Marktteilnehmer. Sie aber werden als unmündig aus dem Marktgeschehen ausgeschlossen. Ihre zunächst marktwirtschaftlich zustande gekommenen Arbeitsverhältnisse werden vom Gesetzgeber extern und marktfremd zunichte gemacht und paternalistisch neu begründet. Aber verträgt es sich mit dem Prinzip der Sozialen Marktwirtschaft, wenn bestimmte Subjekte des Marktes ausgeschaltet werden?

So bleiben am Ende erhebliche Zweifel, ob die Sanktionen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG überhaupt geeignet sind, den angeblich verfolgten objektiven Schutzzweck einer sozialen Marktordnung zu erreichen. Eher scheint das Gegenteil der Fall zu sein.

Geht man von dem subjektiven Schutzzweck der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aus, wonach diese Regelungen den Zweck haben, die betroffenen Arbeitnehmer zu schützen, so wird auch dieser Zweck höchstens teilweise erreicht. Es ist keineswegs gewährleistet, dass es den Leiharbeitnehmern bei dem neuen Arbeitgeber besser geht als bei dem früheren; die völlige Veränderung der Arbeitsverhältnisse hat sowohl für die Arbeitnehmer als auch für den neuen Arbeitgeber eine neue und bisher

nicht kalkulierte Situation mit großen Unsicherheiten zur Folge. Die Annahme einer generellen Besserstellung ist eine Illusion. Und was ist das für ein Gesetzgeber, der mir der Vernichtung von Arbeitsverhältnissen durch § 9 Nr. 1 AÜG erst eine Situation sozialer Bedürftigkeit schafft, für die er dann über § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG einen Ausgleich anbieten muss, der sich aber in der Realität als fatal herausstellen kann?

Von einer generellen Besserstellung oder einem wirksamen Arbeitnehmerschutz durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kann daher keine Rede sein.

In der Praxis ist überdies festzustellen, dass insbesondere ausländische Arbeitnehmer, wenn sie aufgrund einer Maßnahme der Zollbehörden mit der sich daran anschließenden Einleitung von Bußgeld- oder Strafverfahren gegen ihren früheren Arbeitgeber tangiert und damit als Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis in Deutschland behandelt werden, im Endeffekt in eine für sie höchst unsichere Situation geraten, solange jedenfalls über das Vorgehen der Zollbehörden nicht abschließend gerichtlich entschieden ist. Ein Vorgehen der deutschen Behörden gegenüber ihrem ursprünglichen Arbeitgeber konterkariert wegen der Rechtswirkungen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG den eigentlichen Schutzzweck dieser Normen: Die Leiharbeitnehmer befinden sich in einem Zustand höchster Rechtsunsicherheit, was ihr Arbeitsverhältnis und ihr Aufenthaltsrecht angeht. Die §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG dürfen nicht allein von ihrem vielleicht wohlgemeinten Zweck her gesehen werden, sondern sind in einen Zusammenhang mit ordnungsrechtlichen Eingriffsmaßnahmen zu stellen, in dem sie dann ihren Schutzzweck vollends verfehlen.

### 5.7.3 Mangel der Erforderlichkeit

Wollte man gleichwohl annehmen, die Sanktionen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG seien für die Zweckerreichung einer sozialen Markt- und Arbeitsordnung und eines subjektiven

Arbeitnehmerschutzes geeignet, muss im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung immer noch gefragt werden, ob die gesetzgeberische Maßnahme, die in das Grundrecht eingreift, erforderlich ist oder ob nicht ein milderes Mittel den Zweck in gleicher oder annäherungsweise gleicher Weise erfüllen kann.<sup>85</sup>

Hierzu ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall ausreichende mildere Mittel vorhanden sind, den Schutz der betroffenen in- und ausländischen Arbeitnehmer zu gewährleisten. Dabei ist zum einen darauf abzustellen, dass ein Arbeitnehmer eines Werkunternehmens, der nachträglich als Arbeitnehmer im Rahmen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung behandelt wird, die Vorteile, die er durch die ihm zwangsweise verordnete Übernahme in den Betrieb des Auftraggebers des Werkvertrags durch die angegriffenen Regelungen bekommen soll, bereits aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften erhält. Ihm werden ja im Verhältnis zu dem Verleiher als seinem bisherigen Arbeitnehmer durch § 10 Abs. 4 AÜG die gleichen Arbeitsbedingungen einschließlich der Lohnhöhe, die im betreffenden Betrieb gilt, eingeräumt.

Ein wichtiger Punkt ist auch das neu eingeführte Mindestlohngesetz (MiLoG), welches auch dem kroatischen Arbeitnehmer im Rahmen des Werkvertrages den gesetzlichen Mindestlohn gewährleistet.<sup>86</sup> Ebenso wird in § 13 MiLoG der Arbeitnehmer durch die Verweisung auf § 14 Arbeitnehmerentendegesetz (AentG), der Haftungsausdehnung auf den Auftraggeber, geschützt, indem die Haftung auf den Auftraggeber ausgedehnt wird.

Damit stehen bereits jetzt mildere Mittel bereit, die den Arbeitnehmern einen vollen sozial- und arbeitsrechtlichen Schutz gewähren, bei dem zugleich ihre volle Privatautonomie erhalten bleibt. Einer materiellen Veränderung ihrer Arbeitsverhältnisse ohne ihren Willen, zugleich mit höchst unsicheren faktischen

---

<sup>85</sup> BVerfGE 84, 133, Rnr. 79.

<sup>86</sup> Mindestlohngesetz vom 11. 08. 2014, BGBl. I S. 1248.

Folgen und damit eines Eingriffes in das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG bedarf es zur Schutzzweckerfüllung nicht.

#### 5.7.4 Schwere des Eingriffs

Aber auch wenn man die Erforderlichkeit der gesetzlichen Maßnahmen im Sinne einer Verhältnismäßigkeit annehmen wollte, bliebe nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weiterhin noch eine Abwägung als Entscheidungsverfahren übrig. Abzuwägen ist der Zweck des Eingriffes mit dessen Schwere. Im Unterschied zu dem Fall, der der angesprochenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur "Warteschleifenregelung"<sup>87</sup> zugrunde liegt, aber doch nach dessen Maßgabe, ist bei einer Abwägung des mit dem Eingriff bezweckten Schutzes der Arbeitnehmer und der Schwere des dadurch herbeigeführten Eingriffes in deren Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl die Regelung in §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GG nicht angemessen.

Der ohne eigenen Beitrag oder eigenes Verschulden eingetretene Verlust des ursprünglichen Arbeitsplatzes und die zwangsweise Einbeziehung der Arbeitnehmer in ein anderes, von ihnen nicht gewähltes Arbeitsverhältnis belasten die betroffenen Arbeitnehmer schwer. Wie dargelegt, entsteht hohe Unsicherheit, soziale Bindungen gehen verloren, die Zukunft bei dem neuen Arbeitgeber ist ungewiß, Unzufriedenheit stellt sich ein. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese schwere Belastung der Arbeitnehmer im Hinblick auf das gesetzliche verfolgte Ziel zu rechtfertigen ist. Gerade im Rahmen von Entsendungen möchten etwa die kroatischen Arbeitnehmer nur für einen gewissen Zeitraum in Deutschland arbeiten und danach wieder nach Kroatien zurückkehren. So ist sicherlich davon auszugehen, dass die §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG nur für den Überlassungszeitraum gelten; die Frage ist jedoch, was danach geschieht. Durch §§ 9

---

<sup>87</sup> BVerfGE 84, 133.

Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ändern sich auch die Versicherungsverhältnisse. So werden die kroatischen Arbeitnehmer in Deutschland versicherungspflichtig. Es bleibt die Frage, welche negativen Folgen bezüglich der Sozialversicherung nach der Einsatzzeit in Deutschland für die Arbeitnehmer entstehen.<sup>88</sup> Offen ist zudem, was nach Ende der deutschen Einsatzzeit in Deutschland seitens der kroatischen Arbeitnehmer mit ihrem ursprünglichen Arbeitsverhältnis geschieht.<sup>89</sup>

So ist denn am Ende das Gewicht des Gesetzeszweckes zu gering, um die Last der Arbeitnehmer zu überwiegen.

## 5.8 Auswirkung des Sozialstaatsprinzips

Eine Gewichtsverschiebung könnte allerdings das Sozialstaatsprinzip herbeiführen.

Das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG gibt dem Gesetzgeber den Auftrag zur Schaffung und zum Erhalt einer gerechten Sozialordnung.<sup>90</sup> Dieser Auftrag schließt die Legitimation des Gesetzgebers ein, bei der Ausgestaltung der sozialen Ordnung Freiheitsrechte einzuschränken. Der materiale Inhalt der Verfassungsnorm wirkt als verfassungsimmanente Schranke von Grundrechten, die keinem Gesetzesvorbehalt unterliegen, und geht als Auslegungskriterium in die Gesetzesvorbehalte ein, unter denen bestimmte Grundrechte stehen.<sup>91</sup> In Art. 14 Abs. 2

---

<sup>88</sup> Im Rahmen einer Entsendung bleiben die entsandten Arbeitnehmer nach Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zumeist im Heimatstaat versicherungspflichtig, aufgrund der Entsendebescheinigung.

<sup>89</sup> S. o. I 3.

<sup>90</sup> *Burghart* in: *Leibholz/Rinck* (Hrsg.): *Grundgesetz, Kommentar*, 68. Erg.-Lieferung, Köln 2015, Art. 20 GG, Rn. 291 ff.

<sup>91</sup> Das Sozialstaatsprinzip steht insoweit in Parallele zu der ebenfalls materialen Verfassungsnorm des Art. 20a GG. Der Schutz der "natürlichen Lebensgrundlagen" legitimiert den Gesetzgeber zu Eingriffen insbesondere in das Eigentum und in die Berufsfreiheit, wie es denn in der umfangreichen

GG ist die Geltung des Sozialstaatsprinzips als Grundrechtsbeschränkung ausdrücklich normiert, in Art. 12 Abs. 1 GG fließen sozialstaatliche Elemente in den Gesetzesvorbehalt und in die Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein. Das Sozialstaatsprinzip verstärkt die Eingriffsbefugnisse des Gesetzgebers.

Zur Verwirklichung des Sozialstaates hat der Gesetzgeber einen sehr weiten Spielraum für Definition und Ausgestaltung. Im Mittelpunkt dürfte die Aufgabe des Staates stehen, soziale Benachteiligungen auszugleichen. Demzufolge lassen sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschiedene Fälle herleiten, in denen dem Sozialstaatsprinzip eine maßgebliche Rolle zukommt und die bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit gesetzgeberischer Eingriffe in das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG eine Rolle spielen können, wie Existenzgefährdung und Vorsorge, Lastenausgleich und soziale Gerechtigkeit.

Während Existenzgefährdung und Vorsorge sowie Lastenausgleich im vorliegenden Zusammenhang keine maßgebliche Rolle spielen, könnte man hinsichtlich des weiteren Gesichtspunktes, nämlich der Herstellung sozialer Gerechtigkeit, einen Eingriff in die Freiheit der Arbeitsplatzwahl zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer erwägen.

So könnte nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Schaffung sozialer Gerechtigkeit der betroffenen Arbeitnehmer als ein so wichtiges Allgemeingut definiert werden, dass dieses unabhängig von den Wunschvorstellungen der einzelnen Arbeitnehmer, ihren ursprünglichen Arbeitsplatz zu erhalten, insoweit keiner Mitwirkung der betroffenen Arbeitnehmer bedarf. Es könnte eine sozialstaatliche Solidarität aller Arbeitnehmer im Hinblick auf soziale Sicherheit am Arbeitsplatz auch denjenigen Arbeitnehmern abverlangt werden, die von den Sanktionen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG betroffen sind, da diese Sanktionen

---

Umweltgesetzgebung auch geschehen ist.

als Abschreckung und Vorbeugung vor Missbräuchen und Gesetzesverletzungen der objektiven Sicherung einer sozialen Arbeits- und Marktordnung dienen sollen. Ihnen würde ein Opfer zugunsten einer objektiven Ordnung zugemutet. Der Gesetzgeber würde hierbei die Erreichung und den Erhalt einer objektiven Ordnung sozialer Gerechtigkeit höher bewerten als individuelle, subjektive Belastungen und persönliche Willensentscheidungen. Aber kehrt sich dann nicht das Sozialstaatsprinzip gegen sich selbst, indem das Soziale, das doch der Sicherung und Entfaltung der persönlichen Lebensverhältnisse der Menschen dienen soll, in eine paternalistische Entmündigung umschlägt? Entspräche darüber hinaus ein solches Verständnis des Sozialstaates den prinzipiellen Wertungen und dem Menschenbild des Grundgesetzes, das gerade den individuellen Freiheitsrechten hohen Rang einräumt und das Individuum gerade nicht zum Opfer wie auch immer definierter objektiver "Ordnungen" werden lassen will?

Im übrigen haben sozialstaatliche Gesichtspunkte in die Definition des wichtigen Gemeinschaftsgutes und in die Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Eingriffs in die Wahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG bereits Eingang gefunden. Es ist nicht erkennbar, welcher zusätzliche materiale Gehalt dem Sozialstaatsprinzip noch entnommen werden könnte, der geeignet wäre, das Abwägungsergebnis zu verschieben.

Es ist vielmehr umgekehrt in Betracht zu ziehen, dass die Schutzwirkung, die von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ausgehen soll, bereits anderweitig durch eine ebenso dezidierte Sozialgesetzgebung erreicht wird, die aber nicht mit Eingriffen in das Arbeitsverhältnis verbunden ist. Gemäß § 10 Abs. 4 AÜG stehen bereits jetzt allen und damit auch den kroatischen Arbeitnehmern die gleichen Rechte zu wie den übrigen Arbeitnehmern des Entleihers. In gleicher Weise regelt auch das neue Mindestlohngesetz<sup>92</sup>, wonach allen Arbeitnehmern, auch den kroatischen, der gesetzliche Mindestlohn zusteht. Das Sozialstaats-

---

<sup>92</sup> Mindestlohngesetz vom 11. 08. 2014, BGBl. I S. 1248.

prinzip erfordert oder rechtfertigt somit nicht die Entlassung der kroatischen Arbeitnehmer wie überhaupt keiner Arbeitnehmer aus ihrem ursprünglichen Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber und die Einbeziehung in ein neues Arbeitsverhältnis mit einem neuen. Der sozialstaatliche Impetus ist bereits in die genannten Regelungen eingeflossen und damit gleichsam verbraucht.

## 5.9 Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG?

Grundrechtstheoretisch wird den Freiheitsgrundrechten wie dem Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur eine freiheitsstiftende und freiheitsgewährleistende Dimension als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe zugesprochen, sondern zusätzlich ein Auftrag an den Gesetzgeber, Bedingungen zu schaffen und Maßnahmen zu ergreifen, damit das Freiheitsgrundrecht auch tatsächlich wahrgenommen werden kann: Nicht nur das Unterlassen von Eingriffen, sondern ein aktives Tun des Gesetzgebers ist hiernach Gebot des Grundrechtes im Sinne einer "objektiven Schutzpflicht.". Dies würde im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG bedeuten, dass der Gesetzgeber den Auftrag hat und daher befugt ist, eine objektive Ordnung der Berufs-, Arbeits- und Sozialordnung herbeizuführen, in der das Grundrecht in der Tat auch wirklich ausgeübt werden kann.<sup>93</sup> Naturgemäß hat der Gesetzgeber hierbei einen weiten Spielraum, aber ebenso ist es deutlich, dass die Ausgestaltung einer Berufsordnung ihrerseits Einschränkungen eben der Berufsfreiheit zur Folge haben muss: *Die Schutzpflicht wendet sich gegen das Freiheitsrecht.* In dieser freiheitsbeschränkenden Folgewirkung liegt die Fragwürdigkeit der grundrechtstheoretischen Annahme von "Schutzpflichten",

---

<sup>93</sup> So wohl allgemein, aber problematisch *Hans-Peter Schneider*: § 113 Berufsfreiheit, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und in Europa, Band V, Heidelberg 2013, S. 170, Rdnr. 126: "Daher stellen zwingende Regelungen des Arbeitsrechts in der Regel keine Eingriffe dar. Vielmehr schaffen sie erst den Rahmen, in dem die mehrheitlich abhängig Beschäftigten ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG unter angemessenen Bedingungen verwirklichen können."



während aber andererseits eine solche Grundrechtsdimension nicht von vorneherein von der Hand zu weisen ist und auch prinzipiell Anerkennung gefunden hat.<sup>94</sup> Man wird daher die Annahme von Schutzpflichten tendenziell eher eine als Verstärkung der Grundrechtsposition als eine Beschränkung verstehen und damit eingrenzen müssen.

So könnte denn auch eine aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht<sup>95</sup> zugunsten der Arbeitnehmer, die auch das Bundesverfassungsgericht angedeutet hat, zur Rechtfertigung der gesetzlichen Zession der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG herangezogen werden. "Eine Schutzpflicht des Gesetzgebers für die freie Wahl des Arbeitsplatzes kann auch auf der objektiven Ebene zum Tragen kommen."<sup>96</sup> Und: "Soweit für die geplante Regelung nachgewiesen werden kann, dass durch sie das Maß der tatsächlichen individuellen Entfaltungschancen der Leiharbeitnehmer bei der Bestimmung ihrer Arbeitsbedingungen erhöht wird, ist sie durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG (un seiner objektiv-rechtlichen Dimension) gedeckt...".<sup>97</sup> Freilich beziehen sich diese Aussagen auf die Frage eines Verbotes der Arbeitnehmerüberlassung überhaupt und mag man dort in der Tat auch einen vertretbaren Anwendungsbereich finden; wendet man aber eine derart verstandene "Schutzpflicht" auf das Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes, dann schlägt das Freiheitsrecht in eine paternalistische Fremdbestimmung und damit in sein Gegenteil um. Es kann nicht Sinn der Interpretation von Grundrechten sein, deren Gegenteil zu erweisen. Aus einer "Schutzpflicht" lässt sich eine Einschränkung des Rechtes der Arbeitnehmer, ihren Arbeitsplatz frei zu wählen, nicht ableiten.

---

<sup>94</sup> generell *Christian Callies*: § 44 Schutzpflichten, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, Heidelberg 2006, S. 963 ff.

<sup>95</sup> BVerfG E 128, 157 (176).

<sup>96</sup> *Bodo Pieroth*: *Arbeitnehmerüberlassung und Grundgesetz*, Berlin 1982, S. 88.

<sup>97</sup> *Pieroth*, a.a.O. (Fußn. zuvor).

## 5.10 Auswirkung von "Schranken-Schranken"

### 5.10.1 Der Gedanke der "Schranken-Schranken"

Im Gegenzug zum Sozialstaatsprinzip und überhaupt zu einer Grundrechtsbeschränkung aufgrund Gesetzesvorbehaltes wirkt sich der verfassungsrechtliche Grundsatz der "Schranken-Schranken" zugunsten der grundrechtlichen Freiheitsgewährung aus. Der Grundsatz bedeutet, dass dem Gesetzgeber, der aufgrund eines Gesetzesvorbehaltes Grundrechte einschränken will und darf, seinerseits verfassungsrechtliche Grenzen für die Eingriffe gesetzt sind.

### 5.10.2 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG dürfte das Verhältnismäßigkeitsprinzip bereits eine solche Begrenzung der Eingriffsbefugnisse beinhalten und so als "Schranken-Schranke" wirken.

### 5.10.3 Andere Grundrechte

Auch andere Grundrechte (oder sonstige Wertentscheidungen des Grundgesetzes) sind geeignet, die Einschränkung eines bestimmten Grundrechtes zu begrenzen. Hier kommt jetzt im Hinblick auf die Arbeitnehmer, die von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG betroffen sind, ein bislang in diesem Zusammenhang nicht wahrgenommenes Grundrecht ins Spiel: Art. 2 Abs. 1 GG. Auch dieses Grundrecht steht unter einem weit gefassten Gesetzesvorbehalt. Es ist seinerseits einer Einschränkung durch Gesetz in Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips zugänglich und hat insofern kein eigenständiges Gewicht, das der Ausübung der Gesetzesvorbehaltes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG entgegengesetzt werden könnte. In einem bestimmten Sinne aber hat Art. 2 Abs. 1 GG selbständigen Gehalt, der es gegenüber anderen Grundrechten spezifisch auszeichnet: die Privatautonomie. Zum spezifischen Kernbereich von Art. 2 Abs. 1 GG zählt die prinzipielle Freiheit der Bürger, im zivilen Leben Verträge

beliebigen Inhaltes autonom zu schließen und umgekehrt keinem heteronomen Zwang außer dem Gesetz unterworfen zu sein. Auf der Privatautonomie als Abschluss- und Gestaltungsfreiheit von Verträgen beruht die gesamte bürgerliche Gesellschaftsordnung und die soziale Marktwirtschaft. Diese Privatautonomie wirkt in die gesetzliche Ausgestaltung auch der Wahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG hinein. Sie setzt Grundrechtseingriffen eine Grenze. Eine gesetzliche Regelung wie §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, die bestimmten Personengruppen die freie Wahl des Arbeitsplatzes nimmt und insofern dieses Grundrecht beschränken will, wird von Art. 2 Abs. 1 GG seinerseits in die Schranken gewiesen.

#### 5.10.4 Die Wesensgehaltsgarantie nach Art. 19 Abs. 2 GG

Schließlich enthält Art. 19 Abs. 2 GG eine letzte, unübersteigbare Schranke für Grundrechtsbeschränkungen: die Wesensgehaltsgarantie. Durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird einer ganzen, für eine hochdifferenzierten Wettbewerbswirtschaft unentbehrlichen und weithin praktizierten Fallgruppe von Vertragsgestaltungen nicht nur die Rechtssicherheit genommen, sondern der betroffenen Gruppe von Arbeitnehmern die Vertragsfreiheit zunichte gemacht. Wer sich als Arbeitnehmer in die Arbeitnehmerüberlassung oder den Werkvertrag als Form effizienter Produktherstellung begibt, muss seine Vertragsfreiheit gleichsam draußen lassen. Ist hier nicht der Wesensgehalt des Grundrechtes nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG "angetastet"?

#### 6. **Verfassungskonforme Auslegung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ?**

Die Prüfung der geltenden Gesetzeslage nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG an den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstäben ergibt, dass diese Vorschriften verfassungsrechtlich nicht zu halten sind.

Nun mag immerhin in Erinnerung kommen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor einem Verdikt, das eine Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erklärt, eine *verfassungskonforme* Interpretation der Gesetzesvorschrift in Betracht zu ziehen ist. Dies ist denn auch in der Vergangenheit versucht worden; *Hamann*, dem es offensichtlich bei §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch nicht ganz wohl ist, versucht die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG dadurch einzuschränken oder abzumildern, dass er vorschlägt, den Begriff der "Überlassung" restriktiv auszulegen; er wählt dadurch einen in der Praxis durchaus vertretbaren und hilfreichen Ansatz und stärkt überdies den Werkvertrag als Handlungsinstrument der Unternehmen, kommt aber nicht umhin, die Vorschriften als solche gelten lassen zu müssen.<sup>98</sup> Eine "verfassungskonforme" Auslegung mag zwar im Einzelfall zu helfen, rettet aber nicht über die generell geltenden und allezeit drohenden Grundrechtseingriffe hinweg.

Ebenfalls hilft der vom Landesarbeitsgericht Hessen gewählte Ansatz<sup>99</sup> einer verfassungskonformen Auslegung, dem betroffenen Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht parallel zu dem von der Rechtsprechung entwickelten Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang einzuräumen, nicht weiter, weil die gesetzliche Funktion einer Arbeitgeberstellung des Auftraggebers einer Auslegung *contra legem* nicht zulässt.

Es ist nicht erkennbar, inwieweit eine "verfassungskonforme" Auslegung von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in Betracht kommen soll. Die massiven und gewollten Grundrechtseingriffe der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG sind einer "verfassungskonformen" Auslegung gerade nicht zugänglich. "Ein Normverständnis, das im Widerspruch zu dem erkennbar geäußerten

---

<sup>98</sup> *Wolfgang Hamann*: Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Berlin 1995, S. 147-152.

<sup>99</sup> Landesarbeitsgericht Hessen, Urteil vom 06.03.2001 - 2/9 Sa 1246/00; siehe oben Fußn. 5.

Willen des Gesetzgebers steht, kann auch im Wege verfassungskonformer Auslegung nicht begründet werden“.<sup>100</sup>

### III. Grundrechtskonkurrenz

#### 1. Denkbare Grundrechtskonkurrenzen

Es ist zusätzlich zu erwägen, inwieweit der Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG durch weitere Grundrechte im Wege einer Grundrechtskonkurrenz verstärkt wird. In Betracht kommen möglicherweise Art. 14 GG als Bestandsschutz des Arbeitsplatzes und Art. 2 Abs. 1 GG als selbständiges Grundrecht der Privatautonomie.<sup>101</sup>

#### 2. Keine Idealkonkurrenz zu Art. 14 GG

Geht man bei der Abgrenzung der in Art. 12 Abs. 1 GG geregelten Berufsfreiheit zur Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG von der Formel aus, dass Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb, Art. 14 Abs. 1 GG hingegen das Erworbene schützt,<sup>102</sup> könnte in der Tat eine Subsumtion des Arbeitsplatzverlustes nach § 9 Nr. 1 AÜG

---

<sup>100</sup> *Lembke* in: *Boemke/Lembke* (Hrsg.): *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013, S. 618, Rdnr. 39, unter Berufung auf BVerfGE 128, 157.

<sup>101</sup> In diesem Sinne vgl. die Ausführungen bei *Hamann* a.a.O. S. 148 (Fußn. 76), der sich im Zusammenhang mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf den Eingriff in die verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Abschlussfreiheit des Entleihers bezieht, die wiederum Bestandteil der gleichfalls durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten unternehmerischen Handlungsfreiheit ist, ohne auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, wie das hier getan wird, einzugehen.

<sup>102</sup> *Burghart* in: *Leibholz/Rinck*, a.a.O. (Fußn. 73), Art. 12 GG, Rn. 36.

unter Art. 14 GG nicht gänzlich von der Hand zu weisen sein. Man müßte dabei jedoch den gewiß "erworbenen" Arbeitsplatz eines Arbeitnehmers in einem Unternehmen, das eindeutig nicht der Eigentumssphäre des hier tätig werdenden Arbeitnehmers zuzuordnen ist, als "Eigentum" nach Art. 14 Abs. 1 GG behandeln: "Eigentum" im "Eigentum". Eine solche Bewertung des Arbeitsplatzes läge dann aber doch dem Eigentumsbegriff zu fern. Und selbst wenn man die Arbeitsplatzsicherheit über die Eigentumsgarantie schützen wollte, bliebe wegen der Eingriffsmacht des Gesetzgebers in Art. 14 GG, die über die Eingriffsmöglichkeiten nach Art. 12 Abs. 1 GG hinausgeht, dieser Schutz gegenüber der Wahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zurück. Es verbleibt beim Schutz nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG allein; ein hinzutretender Schutz würde den Eigentumsbegriff einerseits überdehnen, wäre andererseits, da hierdurch keine Verstärkung bewirkt wird, auch entbehrlich.

Im Urteil zur Abwicklung von DDR-Einrichtungen hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den etwa betroffenen Art. 14 GG sehr deutlich eine Idealkonkurrenz zu Art. 12 Abs. 1 GG abgelehnt.<sup>103</sup> "Art. 14 GG ist daneben nicht verletzt. Er wird hier von Art. 12 Abs. 1 GG als dem sachnäheren Grundrecht verdrängt. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworbene, die Ergebnisse geleisteter Arbeit, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst. Greift ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsfähigkeit ein, so ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt; begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, so kommt der Schutz des Art. 14 GG in Betracht."

### **3. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG als lex specialis zu Art. 2 Abs. 1 GG und die Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG**

---

<sup>103</sup> BVerfGE 84, 133, Rnr. 14.

Die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes früher teilweise vertretene Ansicht<sup>104</sup>, die hier angesprochenen Fragen über Art. 2 Abs. 1 GG zu lösen, wurde zwischenzeitlich zugunsten der Sichtweise aufgegeben, dass, wie bei allen speziellen Freiheitsgrundrechten, auch Art. 12 Abs. 1 GG, sofern sein Schutzbereich im konkreten Fall eröffnet ist, als *lex specialis* gegenüber den dogmatisch allgemein als "Auffanggrundrecht" verstandenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu sehen ist.<sup>105</sup> Art. 2 Abs. 1 GG ist gegenüber Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich subsidiär.<sup>106</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in den bereits zitierten Entscheidungen zur Abwicklung von DDR-Einrichtungen<sup>107</sup> bei der Konkurrenzprüfung Art. 2 Abs. 1 GG denn auch nicht erwähnt.

Dies scheint den allgemeinen Grundsatz zu bestätigen, dass Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG als der *lex specialis* zurücktritt. Dies mag allerdings nur hinsichtlich seines allgemeinen Freiheitsgehaltes gelten. Die spezifische Ausprägung als Privatautonomie lässt aber, über die "Schranken-Schranken" hinaus, Art. 2 Abs. 1 GG gleichsam wieder selbständig hervortreten. Dieser Freiheitsgehalt übersteigt den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, da die Wahlfreiheit des Arbeitsplatzes nicht notwendig mit Arbeitsverträgen verbunden ist. Wenn die Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG, wie oben dargelegt, als Schranke für die Einschränkung der freien Arbeitsplatzwahl gelten kann, hat sie auch selbständiges Gewicht. Die Privatautonomie steht dem Arbeitnehmer, der den Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG genießt, zusätzlich zur Seite. Die Verletzung der Privatautonomie aber durch §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bis in den Wesensgehalt hinein liegt offen zu Tage.

---

<sup>104</sup> vgl. *Umbach/Clemens*, a.a.O. (Fußn. 38), Art. 12 S. 757 Rn. 23.

<sup>105</sup> vgl. *Umbach/Clemens*, a.a.O. (Fußn. 38), Art. 12 S. 756 f. Rn. 22.

<sup>106</sup> Erneut bestätigt durch BVerfG E 128, 157 (176).

<sup>107</sup> BVerfGE 84, 133.

#### IV.

#### **Zusammenfassendes Ergebnis: die Verfassungswidrigkeit von §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG**

Als Ergebnis ist insgesamt festzustellen, dass bereits die derzeit bestehende Rechtslage nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG mit dem Verlust des Arbeitsplatzes der in- und ausländischen Arbeitnehmer und mit der Fiktion des Übergangs der Arbeitsverhältnisse am Maßstab des Grundrechtsschutzes der Arbeitnehmer nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich nicht haltbar ist. Wollte man, in Abweichung von der hier vertretenen Auffassung, dem Gesetzgeber gleichwohl auch insoweit noch einen verfassungsrechtlichen Spielraum zur Ausgestaltung der Sozialordnung zugestehen, würde er sich trotzdem am äußersten Rand bewegen. Die Grenze ist in unmittelbarer Nähe.

Dieses Ergebnis entspricht auch einer Bewertung der Eingriffe nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG am Maßstab der den Unternehmen zustehenden Grundrechte nach Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 GG. Andernorts ist die Vereinbarkeit des gesetzlich verfügbaren Überganges der Arbeitsverhältnisse mit den Grundrechten auch der Unternehmen in Zweifel gezogen und verneint worden.<sup>108</sup> Die Regelungen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bewegen sich insgesamt auf dünnem Eis. Es ist bereits eingebrochen. "So wäre es grundsätzlich mit der Garantie der freien Arbeitsplatzwahl nicht vereinbar, dass die Begründung oder Auflösung eines Arbeitsverhältnisses dem Gesetz unterworfen wird."<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> *Tuengerthal/Hennecke*, a.a.O. (Fußn. 1), S. 1269 ff.

<sup>109</sup> *Rüdiger Breuer*: § 170 Freiheit des Berufs, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010, Rdnr. 97. So auch *Lembke*, a.a.O. (Fußn. 21).



## V

### Die Vorschläge zur "Vermutung"

Damit haben sich die neueren Gesetzesvorschläge, zur Verschärfung der Rechtswirkungen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz AÜG auch noch "Vermutungen" mit Beweislastumkehr zu eben diesen Rechtswirkungen einzuführen, erledigt.

Eine Vermutungsregelung bewirkt, wie dargelegt, weitergehende Eingriffe als sie mit den geltenden §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bereits gegeben sind. Eine "Vermutung" illegaler Arbeitnehmerüberlassung aufgrund pauschal ohne Einzelfallprüfung vom Gesetzgeber vorgegebener Kriterien versetzt die Unternehmen gegenüber den Kontrollbehörden in eine Defensivlage, aus der sie sich nur mit einem von ihnen erst prozessual zu führenden Beweis der Gültigkeit des Werkvertrages befreien können. Diese Beweislastumkehr würde in der Praxis, und das wäre gewollt, die Vollzugsmacht der Zollbehörden stärken. Der Eintritt der Rechtslage nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz AÜG würde zunächst ohne jede weitere Prüfung als gegeben angenommen. Die betroffenen Arbeitnehmer des ursprünglichen Werkvertragsunternehmens, denen ohnehin der Verlust des Arbeitsplatzes und ein neuer Arbeitgeber droht, werden zusätzlich in einen Zustand höchster Ungewissheit versetzt, aus dem sie erst dann und nur dann herauskommen, wenn ihr Arbeitgeber oder der Besteller seinen Prozeß gewonnen oder verloren hat. Für Arbeitnehmer, die zum Teil unerfahren aus dem Ausland kommen, die das Verfahren nicht durchschauen, darauf keinen Einfluss haben und auf die Vorgeschichte nie einen Einfluss hatten, entsteht eine zuvor unvorstellbare und jetzt unerträgliche Situation. Hatte schon die bisher bestehende Rechtslage, lässt man sie denn gelten, den äußersten Rand verfassungsrechtlicher Toleranz erreicht, ginge eine derartige Vertiefung des Eingriffes endgültig darüber hinaus.

Die Grenze wird überschritten.



## **Schriften zum Recht der Werkverträge und Zeitarbeit**

Veröffentlichungen seit 2011

- 107 Die CGZP-Entscheidungen und die angeblichen Ansprüche der Sozialversicherung**  
v. RA Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. RA Christian Andorfer (107)  
veröffentlicht in: Betriebs-Berater // BB 47.2011 // 21.11.2011
- 109 Zum bedenklichen Vorgehen des Zoll gegen Lebensmittelunternehmen**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. RA Christian Andorfer (109)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung BD 2 // 23.02.2012
- 110 Verdacht gegen Netto und Kaufland - Vorgehen des Zolls gegen Lebensmittelunternehmen ist bedenklich**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (110)  
veröffentlicht in: Lebensmittelzeitung LZ 6 // 10.02.2012
- 111 Zur Beurteilung des bedenklichen Einsatzes von mehr als 450 Zollbeamten in fünf Bundesländern auf Veranlassung des Hauptzollamts Schweinfurt**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und RA Christian Andorfer (111)  
veröffentlicht in: Fleischmagazin // 3/2012 //06.02.2012
- 112 Die vielfach bewusst übersehene Bedeutung der EuGH-Entscheidung Herbosch Kiere**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Janine Geißer (112)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung BD 11/2012 // 23.11.2012
- 114 Eine Lanze für den Werkvertrag**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (114)  
veröffentlicht in: Betriebs-Berater // BB 1/2 2013 // 07.01.2013
- 116 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 1  
Allgemeines zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (116)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 2/2013 // 27.02.2013
- 117 Zwei Fliegen mit einer Klappe - Warum Zeitarbeit für den Mittelstand sinnvoll ist**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (117)

- 118 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 2  
Der Rechtsprechungswandel am Beispiel der Vergütung werkvertraglicher Leistungen**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (118)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 3/2013 // 28.03.2013
- 119 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 3  
Zur zurückzuweisenden Forderung des Einsatzes von Werkzeug und Arbeitsmitteln auf Seiten der Werkunternehmen**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (119)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 4/2013 // 28.04.2013
- 121 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 4  
Die Rechtsprechung zum Rahmenwerkvertrag**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (121)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 5/2013 // 28.05.2013
- 122 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 5  
Die Rechtsprechung zur Zusammenarbeit von Stamm- und Fremdpersonal**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (122)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 6/2013 // 28.06.2013
- 124 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 6  
Einbindung in Produktionsablauf nicht ausschlaggebend**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (124)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 7/2013 // 28.07.2013
- 125 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 7  
Regelungen in Werkverträgen die den Bereich Hygiene, Arbeitsschutz, Sozialschutz u.ä. betreffen**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (125)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 8/2013 // 28.08.2013
- 128 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 8  
Die Abgrenzung arbeitsbezogener Weisungen vom werkvertraglichen Anweisungsrecht**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (128)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 9/2013 // 28.09.2013
- 129 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 9**

- Urlaub und Krankheit bei Arbeiten auf Werkvertragsbasis**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (129)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 10/2013 // 28.10.2013
- 132 Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung - Teil 10**  
**Die alleinige Weisungsrecht des Entleihers als Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Michael Rothenhöfer (132)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung
- 134 Aufsatzreihe Mindestlohn: Teil 1**  
**Mindestlohn für die Fleischwirtschaft: Was kommt auf uns zu?**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Christian Andorfer (134)  
veröffentlicht in: Fleischmagazin 05/2014
- 135 „ Alle, die sich mit solchen Fällen befassen, sind sehr froh, dass es den EuGH gibt“**  
- Interview mit Prof. Dr. Tuengerthal (135)  
veröffentlicht in: Steuerberater Magazin 05/2014
- 140 Umfassende Bindungswirkung auch bei Werkverträgen - EuGH zu Entsendebescheinigungen**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Janine Geißer (140)  
veröffentlicht in: Arbeit und Arbeitsrecht// AuA 2/2014 // 04.02.2014
- 141 Zu den Vorstellungen der SPD zur Eingrenzung von Werkverträgen**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Mathias Hick (141)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 05/2014
- 142 Rückgang der Flexibilität zu befürchten – Auswirkungen des Koalitionsvertrags auf die Fleischwirtschaft**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Mathias Hick (142)  
veröffentlicht in: Fleischwirtschaft 06/2014
- 143 Aufsatzreihe Mindestlohn: Teil 2**  
**Vertragliche Auswirkungen für die Parteien**  
v. Christian Andorfer u. Michael Rothenhöfer (143)  
veröffentlicht in: Fleischmagazin 06/2014
- 144 Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht, und man ist verstimmt!**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer (144)  
veröffentlicht in: Betriebs-Berater // BB 31/2014
- 145 Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung durch den Zoll**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (145)  
veröffentlicht in: Der Steuerberater // Heft 7 - StB 07. 2014 // S.1

- 146 **Das OLG Bamberg im Beschluss vom 22.10.2009 „Allein auf weiter Flur“**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer (146)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung // BD 08/2014
- 147 **Aufsatzreihe Mindestlohn: Teil 3**  
**Sanktionsbewehrte Pflichten nach AEntG**  
v. Christian Andorfer (147)  
veröffentlicht in: Fleischmagazin 07-08/2014
- 148 **Neuregelung in Sicht**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (148)  
veröffentlicht in: econo 4/2014 am 17.10.2014
- 149 **Anspruch der Sozialversicherungsträger in Deutschland bei der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses**  
**- Zugleich Besprechung des Urteils des LSG Rheinland -Pfalz vom 28.5.2014 - L 4 R 148/13 -**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer (149)  
veröffentlicht in: Betriebsberater 47/2014 S. 2875-2876
- 150 **Die Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. RA Michael Rothenhöfer (150)  
veröffentlicht in: Wistra 11/2014 S. 417-421
- 152 **Arbeitnehmerüberlassung - 18 Monate „vorübergehend“ geklärt**  
**Generalanwalt verlangt flexible Regelungen für die Zeitarbeitsbranche**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (152)  
veröffentlicht in: Betriebs-Berater / BB 4.2015 / 19.01.2015 / S. 1
- 153 **Die Änderungen in § 8 Abs. 3 AEntG und die Auswirkung auf die Zeitarbeitsbranche**  
**Die Änderungen im Überblick**  
v. RA Michael Rothenhöfer u. RA Christian Andorfer (153)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 02.2015 / 01.02.2015 / S. 7-8
- 154 **Rechtlich bedenkliche Mindestlohnjagd auf den Transitverkehr durch Deutschland**  
v. RA Michael Rothenhöfer (154)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 02.2015 / 01.02.2015 / S. 21-23
- 155 **EuGH zu den Lohnbestandteilen des Mindestlohns nach der Entsenderichtlinie 96/71/EG**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Janine Geißer (155)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 03.2015 / 01.03.2015 / S. 6-8
- 156 **Mindestlöhne und Geltungsbereiche für das Elektrohandwerk sowie das Maler- und Lackiererhandwerk**  
**Die Mindestlöhne im Baunebengewerbe**  
v. RA Michael Rothenhöfer u. RA Christian Andorfer (156)

veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 02.2015 / 01.02.2015 / S. 7-8

- 157 Mindestlöhne und Geltungsbereiche für das Gebäudereinigerhandwerk  
Die Mindestlöhne im Gebäudereinigerhandwerk**  
v. RA Michael Rothenhöfer u. RA Christian Andorfer (157)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 04.2015 / 01.04.2015 / S. 14-15
- 158 Empörung bei der Generalanwältin Sharpston wegen der Nichtvorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV eines Verfahrens des letztinstanzlichen österreichischen Gerichts an den EuGH, Rechtssache C-586/13**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. Janine Geißer (158)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 04.2015 / 01.04.2015 / S. 21-22
- 159 Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung**  
v. Dr. Frank Hennecke u. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (159)  
veröffentlicht in: Betriebs-Berater / BB 21.2015 / 28.05.2015 / S. 1269-1275
- 160 - Mindestlöhne und Geltungsbereiche für die Fleischbranche -  
Die Mindestlöhne in der Fleischwirtschaft**  
v. RA Michael Rothenhöfer u. RA Christian Andorfer (160)  
veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / BD 05.2015 / 01.05.2015 / S. 15-16
- 161 - Mindestlohn - Fallstricke in der Praxis vermeiden  
Die wichtigsten Fragen zum Thema Branchenmindestlohn für Auftraggeber**  
v. RA Michael Rothenhöfer u. RA Christian Andorfer (161)  
veröffentlicht in: FleischWirtschaft 06.2015 / 01.06.2015 / S. 39-40
- 162 Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung -  
Gegenwind aus Brüssel für geplante Einschränkungen des Werkvertrags?**  
v. RA Michael Rothenhöfer u. RA Christian Andorfer (162)  
veröffentlicht in: Fleischmagazin 06. 2015 / 01.06.2015 / S. 64-65
- 163 Kommentar zum Urteil des EuGH v. 18.06.2015 - Rs. C-586/13 - "Martin Meat"**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. RA Christian Andorfer (163)  
veröffentlicht in: EWS 4/2015 / S. 209-214
- 165 Wenn der Zoll kommt!**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (165)  
veröffentlicht in: Compliance-Berater / 12/2015 / 01.12.2015 / S. 482-484
- 166 Erster Überblick zu den Reformvorschlägen zu Regulierung von  
Werkverträgen und Zeitarbeit  
BMAS schießt über das Ziel hinaus**  
v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal u. RA Christian Andorfer (166)

veröffentlicht in: Blickpunkt Dienstleistung / 11/2015 / 01.11.2015 / S. 10-11

**167**

**Mindestlohn bei der Logistik**

v. Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal (167)

veröffentlicht in: Betriebsberater 49/2015 S. 2997-2999