

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, und Christian Andorfer, RA

Ausschluss der Auswirkungen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf ausländische Arbeitsverträge bei Einsatz ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland aufgrund Art. 9 Rom I-VO

Durch die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO), die gemäß ihrem Art. 28 auf Verträge anzuwenden ist, die nach dem 17. 12. 2009 geschlossen werden, sind maßgebliche Vorschriften des EGBGB ersetzt worden. Auf diese Art und Weise ist die Möglichkeit, aus deutscher Sicht gewisse deutsche Vorschriften als zwingend – auch bezogen auf ausländische Vertragsverhältnisse, u. a. auf ein Arbeitsvertragsstatut – einwirken zu lassen, verringert worden. Angesichts der nunmehr in Art. 9 Rom I-VO ganz eng begrenzten Eingriffsnormen sind gewisse Eingriffe, die in der Vergangenheit in ein ausländisches Arbeitsvertragsstatut eingegriffen haben, heute nicht mehr möglich. Unter diesem Aspekt geht es daher nicht mehr an, durch §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG Arbeitsvertragsverhältnisse ausländischer Unternehmen aus dem EU-Raum, die mit ihren Arbeitnehmern Dienstleistungen in Deutschland erbringen, ohne weiteres und ohne Berücksichtigung von Art. 9 Rom I-VO in Frage zu stellen. Dies geschieht beispielsweise in den früheren Urteilen des BSG vom 25. 10. 1988 – 12 RK 21/87 sowie des LSG Hamburg, 20. 4. 2005 – L 1 KR 16/04 unter Berufung auf ältere Auffassungen. Verständlicherweise wurde in diesen Entscheidungen die damals noch nicht geltende Rom I-VO noch nicht berücksichtigt.

I. Sachverhalt

Wenn Unternehmen aus EU-Staaten mit ihren Arbeitnehmern zur Durchführung werkvertraglicher Aktivitäten in Deutschland tätig wurden, kam es nicht selten vor, dass der Zoll im Rahmen einer Überprüfung des werkvertraglichen Einsatzes zum Ergebnis kam, es liege eine Arbeitnehmerüberlassung und keine werkvertragliche Abwicklung vor. Diese Arbeitnehmerüberlassung wurde als illegal behandelt, weil die Werkunternehmen zur Ausführung des Werkvertrags keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 AÜG in Deutschland beantragt und erhalten hatten.

Im Rahmen dieser Beurteilung kamen Zoll und Staatsanwaltschaft in etlichen Fällen zum Ergebnis, dass der von den Parteien als Entsendung im Rahmen einer werkvertraglichen Abwicklung vorgesehene arbeitserlaubnisfreie Tatbestand nicht angenommen werden könne. In Fällen, in denen die Arbeitnehmerfreizügigkeit noch nicht anwendbar war, wie im Jahre 2013 Bulgarien betreffend, wurden die deutschen Auftraggeber im Nachhinein über die §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Arbeitgeber der ausländischen

Werkvertragsarbeitnehmer behandelt, und es wurde davon ausgegangen, dass sie ohne Arbeitserlaubnis tätig geworden sind. Das hatte zur Folge, dass es zu Ordnungswidrigkeitsverfahren nach § 284 Abs. 1 Satz 1 und § 404 SGB III sowie zu Strafverfahren gemäß § 15a Abs. 2 AÜG gegen die ursprünglichen Werkvertragsauftraggeber gekommen ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG seinerzeit noch auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse der bulgarischen Werkunternehmen bis 31. 12. 2013 anwendbar waren und heute noch sind oder ob diese deutschen Vorschriften auf die bulgarischen Unternehmen mit deren bulgarischen Arbeitnehmern aufgrund der ab 17. 12. 2009 abgeschlossenen Arbeitsverträge wegen Eingreifens von Art. 9 Rom I-VO nicht mehr angewendet werden können.¹

II. Rechtliche Behandlung

1. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der deutschen Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf Arbeitnehmer aus anderen EU-Staaten

Über § 9 Nr. 1 AÜG konnte zu Lasten der betroffenen bulgarischen Arbeitnehmer während der Zeit, in der Arbeitnehmerfreizügigkeit noch nicht bestand, ihr Arbeitsverhältnis mit ihrem ausländischen Arbeitgeber nur dann unwirksam geworden sein und im Sinne der sich dann ergebenden Rechtsfolge nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit einem angeblichen Entleiher auf deutscher Seite zustande gekommen sein, wenn die Vorschriften der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

- unmittelbar aufgrund der gegebenen Anwendung deutschen Rechts eingreifen konnten, weil sich die Arbeitsverhältnisse der ausländischen – hier bulgarischen – Arbeitgeber mit ihren bulgarischen Arbeitnehmern von vornherein nach deutschem Recht richteten (II. 2.)
- oder über das Territorialitätsprinzip in Deutschland anzuwenden waren (II. 4.)
- bzw. über Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. 6. 2008 (Rom I-VO) als Eingriffsnormen zur Anwendung kamen (II. 5.).

2. Keine unmittelbare Anwendbarkeit des deutschen Rechts, sondern Anwendung bulgarischen Rechts

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit bulgarischen Rechts

Im Zusammenhang mit Arbeitnehmerverleih aus dem Ausland wird davon ausgegangen, dass sich, wenn nicht ganz

¹ Vgl. hierzu Art. 28 VO (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO).

besondere Gesichtspunkte dagegen sprechen, das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und seinen Arbeitnehmern nach dem Heimatrecht des Verleihunternehmens und der Leiharbeitnehmer – vorliegend also Bulgariens – richtet.² Festzustellen ist, dass die im konkreten Fall zugrunde gelegten Arbeitsverträge in bulgarischer Sprache in Bulgarien abgeschlossen worden sind, wo die betroffenen bulgarischen Arbeitnehmer ihren Wohnsitz hatten, den sie bei ihrem Tätigwerden in Deutschland auch beibehalten haben.

Dazu ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO, der im vorliegenden Fall gilt, weil die Verträge nach dem 17. 12. 2009 geschlossen worden sind, dass die Verträge *dem von den Parteien gewählten Recht* unterliegen. Auch soweit in den Arbeitsverträgen nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht worden ist, dass für die Arbeitsverträge bulgarisches Recht zugrunde zu legen ist und die freie Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO nicht ausdrücklich erfolgt, ergibt sich doch in den angesprochenen Fällen die Rechtswahl zugunsten des bulgarischen Rechts gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO aus den Umständen des Falles.

Es ist einleuchtend, dass bulgarische Arbeitgeber, die ihrerseits bulgarische Arbeitnehmer in Bulgarien in ein Arbeitsverhältnis aufnehmen, hierbei von der Geltung bulgarischen Rechts ausgehen, soweit sie nicht eine anderweitige Erklärung in diese Arbeitsverträge aufgenommen haben. Etwas Derartiges war in einschlägigen Fällen nicht geschehen. Es ist somit davon auszugehen, dass die Vertragsparteien übereinstimmend ihre Arbeitsverträge nach dem ihnen vertrauten Arbeitsrecht Bulgariens abschließen wollten, unabhängig davon, dass Überlegungen bestanden, im Rahmen dieser Arbeitsverträge auf werkvertraglicher Basis im Ausland tätig zu werden. Aufgrund dieser Situation ergibt sich nach Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO, dass die Individualarbeitsverträge nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO dem bulgarischen Recht unterliegen.

In diesem Sinne weist *Riederer von Paar* zum früheren Recht vor Geltung der Rom I-VO ab 17. 12. 2009 darauf hin, dass aufgrund der Vertrautheit mit der eigenen Rechtsordnung die Rechtswahl regelmäßig auf das Heimatrecht von Verleiher und Leiharbeitnehmer gerichtet sein wird.³ Ein niederländischer Verleiher, der seinen Arbeitnehmer vorübergehend nach Deutschland ausleihen will, werde im Regelfall bestrebt sein, das Arbeitsverhältnis auch in dieser Zeit nach niederländischem Recht abzuwickeln. Zu dem daraus resultierenden Ergebnis heißt es bei *Riederer von Paar*, dass bei einer grenzüberschreitenden gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung die objektive Anknüpfung gemäß dem früher geltenden Art. 30 Abs. 2 EGBGB grundsätzlich zur Anwendung des Heimatrechts von Verleiher und Leiharbeitnehmer führt.

In gleicher Weise äußern sich auch *Boemke*⁴ sowie *Thüsing*.⁵ *Thüsing* führt aus, dass bei einer Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland hinein das Leiharbeitsverhältnis grundsätzlich den am Betriebssitz des Verleihers geltenden Normen des ausländischen Rechts – also Bulgariens – unterliegt.⁶

Gegenwärtig ist davon auszugehen, dass aufgrund der VO (EG) Nr. 593/2008 vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO) die im vorliegenden Zusammenhang in Bulgarien abgeschlossenen Arbeitsverträge als *Individualarbeitsverträge* nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO *dem von den Parteien nach Art. 3 gewählten Recht* Bulgariens unterliegen, auch

wenn die Verträge in der Bundesrepublik Deutschland durchgeführt werden. Hierbei ist gleichgültig, ob die Parteien auf Basis eines schriftlich abgeschlossenen Werkvertrags tätig wurden, der seitens der Überwachungsbehörden im Nachhinein als illegale Arbeitnehmerüberlassung bewertet wird. Im Einklang mit dieser Darstellung hat das BAG im Urteil vom 18. 4. 2012⁷ beim Einsatz einer portugiesischen Gesellschaft, die überwiegend Rohbauarbeiten in Deutschland ausführte, auf die von dieser entsandten gewerblichen Arbeitnehmer portugiesisches Vertragsrecht angewandt.

Dazu gilt laut *Krebber*⁸ als Grundregel für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, dass gemäß Art. 12 Abs. 1 Rom I-VO das Arbeitsverhältnisstatut maßgeblich ist. *Welche Haupt- und Nebenpflichten Arbeitgeber und Arbeitnehmer treffen, ist daher im Grundsatz dem Arbeitsverhältnisstatut zu entnehmen.*

b) Die Beendigung bulgarischer Arbeitsverträge bei Tätigwerden der bulgarischen Arbeitsvertragspartner in Deutschland ist nicht ohne Weiteres möglich

Da bei ihrem Tätigwerden in Deutschland die Arbeitsverträge der bulgarischen Arbeitnehmer auch in Deutschland grundsätzlich nach bulgarischem Recht abzuwickeln sind, würde nur dann eine Möglichkeit zur Anwendung des § 9 Nr. 1 AÜG i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bestehen, wenn es im bulgarischen Recht eine vergleichbare Bestimmung gäbe, auf die sich dann die deutschen Gerichte stützen könnten. Eine derartige Regelung ist allerdings nicht bekannt. Das führt im Ergebnis dazu, dass, soweit nicht höherrangiges Recht eingreift, eine Anwendung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf bulgarische Arbeitsverträge, die in Deutschland abgewickelt werden, nicht möglich ist.

3. Denkbare Einschränkung des bulgarischen Rechts über das Territorialitätsprinzip oder die Regelungen der Rom I-VO

Es ist denkbar, dass die hier angesprochene Anwendung bulgarischen Rechts aufgrund bestimmter zwingender Rechtsvorschriften, im vorliegenden Fall § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, eingeschränkt werden kann. Eine solche Möglichkeit besteht in zweifacher Weise:

2 Nach *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2016, Rom I-VO, Rn. 1 (S. 672), gilt bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen vorrangig die Rechtsordnung, in der ein Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Arbeitsort hat. *In dieser Rechtsordnung ist das Arbeitsverhältnis tatsächlich und rechtlich verwurzelt, bzw. – weil diese Rechtsordnung mehrere Arbeitsverhältnisse in einem Betrieb einheitlich betrachtet, weil die Arbeitsrechtsordnung des gewöhnlichen Arbeitsorts mit anderen Rechtsbereichen wie insbesondere dem Sozialversicherungsrecht abgestimmt ist, weil der entsprechende Staat mit seinem Arbeitsrecht nicht nur Arbeitnehmerschutz, sondern auch wirtschafts- und sozialpolitische Interessen verwirklichen möchte.*

3 *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2010, Einleitung, S. 143, Rn. 661.

4 *Boemke*, in: *Boemke/Lembke*, AÜG, 3. Aufl. 2013, Einleitung bei S. 11, Rn. 17, 18 und 20.

5 *Thüsing*, in: *Thüsing*, AÜG, 3. Aufl. 2012, Einleitung, S. 63 unter Rn. 53 und 55.

6 *Ebenda*, Rn. 57 (S. 65) weist *Thüsing* darauf hin, dass die Rechtswahl zumeist zum Heimatrecht des Verleihers und Leiharbeitnehmers führt, und zwar auch regelmäßig bei objektiver Anknüpfung. Hinsichtlich der umgekehrten Situation, dass von Deutschland aus Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland erfolgt, gilt nach *Wank*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, AÜG, Einleitung S. 627, Rn. 53, zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer deutsches Arbeitsrecht.

7 BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11, RIW 2012, 638.

8 *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 27 (S. 678).

Theoretisch wäre es denkbar, dass es sich bei der zitierten Vorschriftenfolge um öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt, für die nicht das Schuldvertragskollisionsrecht, sondern das internationale öffentliche Recht und damit das Territorialitätsprinzip anzuknüpfen ist (II. 4.).

Des Weiteren könnte man davon ausgehen, dass es bei der Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG um Arbeitnehmerschutzregelungen geht, auf die die Rom I-VO als zivilrechtliche Regelung Anwendung findet. In diesem Zusammenhang kommt es dann darauf an, dass die Vorschriftenfolge als zwingende Regelung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Rom I-VO anzusehen ist (II. 5.).

4. Keine Auswirkung des Territorialitätsprinzips auf die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

a) Erfassung nur öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch das Territorialitätsprinzip

Unter die Geltung des Territorialitätsprinzips,⁹ dessen räumlicher Anwendungsbereich auf Deutschland beschränkt ist, fallen nur Vorschriften, die Bestandteil des öffentlichen Rechts und damit Ausfluss der Hoheitsgewalt des Staates sind.¹⁰ Aufgrund dessen sind die gewerberechtlichen Vorschriften eines Staates immer dann anwendbar, wenn die Arbeitnehmerüberlassung einen Bezug zu seinem Staatsgebiet, also einen Inlandsbezug, aufweist. Das bedeutet im Ergebnis, dass die gewerberechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen beider beteiligten Staaten erfüllt sein müssen.¹¹ In diesem Sinne ist festzustellen, dass § 1 AÜG, der die gewerberechtliche Erlaubnis zur Durchführung von Arbeitnehmerüberlassung festlegt, als öffentlich-rechtliche Vorschrift gilt mit der Maßgabe, dass ausländische Unternehmen aus der EU, soweit sie in Deutschland Arbeitnehmerüberlassung betreiben wollen, ebenso wie deutsche Personaldienstleister grundsätzlich unter den Vorbehalt des § 1 AÜG fallen.

Nun sind jedoch nicht alle Vorschriften des AÜG in diesem Sinne als gewerberechtliche Regelungen des öffentlichen Rechts anzusehen. Im Hinblick auf die Auswirkung des Territorialitätsprinzips ist vielmehr hinsichtlich jeder einzelnen Vorschrift des AÜG zu überprüfen, ob sie in diesem Sinne als öffentlich-rechtliche, dem Territorialitätsprinzip unterliegende Regelung anzusehen ist.

Andererseits ergibt sich nach dem Territorialprinzip, dass der räumliche Anwendungsbereich des AÜG auf Deutschland beschränkt ist und es von daher nicht ohne Weiteres eingängig ist, über § 9 Nr. 1 AÜG auf im Ausland bestehende Arbeitsverhältnisse einzuwirken.¹²

b) Die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist keine öffentlich-rechtliche gewerberechtliche Regelung

Nach den maßgeblichen Urteilen des BAG wie des BGH sind die Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht dem öffentlichen Recht, sondern maßgeblich dem Arbeitnehmerschutz zuzuordnen. In diesem Sinne hat sich das BAG¹³ wie folgt geäußert:

Durch die gesetzlich fingierte Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter in Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG will das Gesetz dem Arbeitnehmer zu seinem Schutz einen Ersatz dafür verschaffen, daß sein Arbeitsvertrag mit dem Verleiher wegen fehlender behördlicher Erlaubnis zur

Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Der Schutzzweck des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG trifft für beide Fallgestaltungen gleichermaßen zu, denn in beiden Fällen liegt nach dem Geschäftsinhalt Arbeitnehmerüberlassung vor, die, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird, gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG der behördlichen Erlaubnis bedarf.

In gleicher Weise hat sich der BGH¹⁴ ausgesprochen:

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter in Art 1 § 10 Abs 1 AÜG ist allein im Interesse des Leiharbeitnehmers geschaffen worden. Dadurch sollte er einen stärkeren Schutz erhalten als etwa durch eine subsidiäre Haftung des Entleihers für die Erfüllung der Pflichten des Verleihers ihm gegenüber (vgl. die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. VI/2303 S 13).

Im Ergebnis scheidet nach dieser Darlegung der Rechtsprechung eine unmittelbare Anwendung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf der Basis des Territorialitätsprinzips aus.¹⁵

5. Geltung der §§ 9/10 AÜG als zwingende Vorschriften im Sinne von „Eingriffsnormen“ gem. Art. 9 der Rom I-VO?

a) Denkbare Heranziehung von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO

Es kommt nun darauf an, ob der Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG die Funktion zwingender Vorschriften nach Art 9 Abs. 1 Rom I-VO zukommt, die geeignet sind, die Anwendung bulgarischen Rechts auszuhebeln, mit der Folge, dass die bulgarischen Arbeitnehmer über §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ihre bulgarischen Arbeitgeber verlieren und im Ergebnis – ob sie das wollen oder nicht – einem deutschen Arbeitgeber zugeordnet werden.

b) Zur Definition der Eingriffsnorm in Art. 9 Rom I-VO

aa) Bei der Anerkennung von Normen als Eingriffsnormen im Sinne von § 9 Abs. 1 Rom I-VO ist Zurückhaltung geboten

Unabhängig von der grundsätzlichen Anwendung bulgarischen Rechts, wie es im vorliegenden Fall hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses zwischen bulgarischen Unternehmen und ihren Arbeitnehmern zugrunde gelegt wird, ist

9 Näheres hierzu siehe bei *Brors*, Arbeitnehmerüberlassung und Territorialitätsprinzip, Praktische Fragen bei grenzüberschreitender Entscheidung, DB 2013, 2087–2089.

10 *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 3), Einleitung S. 139, Rn. 643.

11 Vgl. *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 3), Einleitung S. 139, Rn. 644.

12 Vgl. *Beck*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, AR – Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 1 AÜG, Rn. 11 (S. 395).

13 BAG, 30. 1. 1991 – 7 AZR 497/89 (Fn. 13), Rn. 38.

14 BGH, 8. 11. 1979 – VII ZR 337/78, juris, Rn. 19.

15 In diesem Sinne vgl. *Hoch*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, BB 2015, 1717 (1718): *Das im Leiharbeitsverhältnis anwendbare Recht ist nicht dem öffentlichen Recht, sondern dem Privatrecht zuzuordnen. Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung bestimmt sich demnach das im Leiharbeitsverhältnis anwendbare Recht nach der ... Rom I-VO vom 17. 6. 2008 (VO EG 593/08). Die VO EG 593/08 (früher: Artt. 27ff. EGBGB) regelt, welches nationale Privatrecht auf das Leiharbeitsverhältnis Anwendung findet. Für Outbound-Situationen hat das BAG in diesem Zusammenhang im Urteil vom 28. 5. 2014 – 5 AZR 422/12, juris, in Rn. 15 ausgeführt: Das AÜG gilt zwar ausschließlich im Geltungsbereich des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, verpflichtet aber in diesem räumlichen Geltungsbereich ansässige Verleihunternehmer zur Gewährung gleichen Entgelts, wenn auf das Arbeitsverhältnis deutsches Recht Anwendung findet. Weiter heißt es in Rn. 26 desselben Urteils: Die in den Niederlanden ansässige Entleiherin unterfällt nicht dem Geltungsbereich des AÜG.*

es generell denkbar, dass über die Regelungen der Rom I-VO die §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in das insoweit anwendbare bulgarische Recht einwirken, da es durch die Entsendung der bulgarischen Arbeitnehmer nach Deutschland zu deren Tätigwerden im Gebiet des deutschen Rechts kommt. Das wäre der Fall, wenn § 9 Nr. 1 AÜG sowie § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO anzusehen wären, was im Folgenden zu prüfen ist.

Eine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO wird wie folgt definiert:

Art. 9 Rom I-VO Eingriffsnormen

(1) Eine Eingriffsnorm ist eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen ...

Schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass der in der Rom I-VO verwandte Begriff der „Eingriffsnorm“ weitgehend von der ursprünglichen, in Art. 34 EGBGB enthaltenen Formulierung „zwingender“ Vorschriften abweicht. Hier hieß es:

Art. 34 EGBGB

Zwingende Vorschriften

Dieser Unterabschnitt berührt nicht die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln.

Während der Begriff der „zwingenden“ Regelung in Art. 34 EGBGB als deutscher Vorschrift nicht einmal definiert war, sodass es der Rechtsanwendung überlassen blieb, diesen Begriff auszulegen, enthält die entsprechende Norm in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO eine äußerst detaillierte Regelung. Sie lässt von vornherein erkennen, dass eine Eingriffsnorm eines EU-Staates, auf die sich dieser beziehen möchte, erheblich engere Voraussetzungen erfüllen muss, als sich diese Deutschland bisher für die Anerkennung seines eigenen Rechts als „zwingendes“ Recht in Art. 34 EGBGB vorgegeben hat. Zutreffend wird der Begriff „Eingriffsnorm“ in der Literatur sehr eng gefasst.

Dazu führt *Ringe*¹⁶ aus:

Es ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des Eingriffsrechts zu reduzieren, da dieses u. U. eine getroffene Rechtswahl oder objektive Anknüpfung torpedieren kann. Die Ausnahmevorschrift sollte daher nach der Intention des Gesetzgebers und nach der Ratio des Binnenmarktes und der Rechtssicherheit selten angewendet werden.

Nach *Schönbohm*¹⁷ ist bei der Anwendung von Art. 9 Rom I-VO als Ausnahmevorschrift größtmögliche Zurückhaltung geboten.

Dies ergibt sich auch aus den Erwägungsgründen der Rom I-VO (Nr. 37), wonach „Gründe des öffentlichen Rechtes“ es „unter außergewöhnlichen Umständen“ rechtfertigen, Vorbehaltsklauseln und Eingriffsnormen anzuwenden. Insbesondere ist zunächst von der Gleichwertigkeit ausländischer Normen auszugehen, deren Geltungswille zu berücksichtigen ist. Zudem gilt, dass das Hineinregieren einer Norm einer anderen Rechtsordnung als systemfremdes Element zu Schwierigkeiten führen kann.

An derselben Stelle heißt es bei *Schönbohm* weiter:¹⁸

Der Kreis dieser sog. international zwingenden Bestimmungen ist enger zu ziehen als der der innerstaatlich oder national zwingenden Normen ... Letztgenannte müssen nur innerstaatlich ihre Anwendbarkeit beanspruchen, erstgenannte auch international ... Es ist vielmehr zu prüfen, ob an der Anwendung einer Norm, ohne Rücksicht auf die Besonderheit des Auslandsbezugs und ein abweichendes Vertragsstatut, ein besonderes staatliches Interesse besteht. Abzustellen ist dabei auf den überwiegenden Normzweck.¹⁹

bb) Voraussetzungen, die an eine Norm als Eingriffsnorm zu stellen sind

Nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO kann man nur dann von den Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Eingriffsnormen, also nach Maßgabe dieser Verordnung anzuwendendem Recht sprechen, wenn diese Normen folgende Voraussetzungen aufweisen:

- Sie müssen das öffentliche Interesse des Staates, insbesondere seine politische, soziale oder wirtschaftlichen Organisation betreffen.
- Die Wahrung derselben muss als sehr entscheidend anzusehen sein,
- und zwar so, dass die jeweils erforderliche Wahrung des Rechts des betreffenden EU-Staats so gestaltet ist, dass die Eingriffsnorm ungeachtet des nach der Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

c) Erste Erkenntnisse der Rechtsprechung des BAG zur Rom I-VO

Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang zwei Entscheidungen des BAG, die zur Anwendung von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ergangen sind, der zum Zeitpunkt des Erlasses der Urteile zwar noch nicht anwendbar war, an dem sich aber die Urteile bei Auslegung des damals noch existenten Art. 34 EGBGB orientiert haben.

Dazu heißt es im Urteil des BAG vom 18. 4. 2012,²⁰ das sich mit der Anwendung des deutschen Urlaubskassenverfahrens auf portugiesische Bauunternehmen beschäftigt und die Anwendung der Vorschrift des § 2 EFZG als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 34 EGBGB abgelehnt hat:

Inländische Gesetze sind daher nur dann Eingriffsnormen im Sinne des Art. 34 EGBGB, wenn sie entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den deutschen Kollisionsnormen anwendbare Recht gelten sollen. Nicht ausreichend ist, dass die betreffende Norm als Arbeitnehmerschutznorm einseitig zwingend ... und günstiger als die nach dem an sich anwendbaren ausländischen Recht einschlägige Vorschrift ist. Art. 34 EGBGB will zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts ohne Rücksicht auf ihren Schutznormcharakter und „ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anwendbare Recht“ durchsetzen ... Erforderlich ist, dass die Vorschrift nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist, sondern mit ihr zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden ... Bei der Bestimmung einer innerstaatlichen Norm als international

16 *Ringe*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, Art. 9 Rom I-VO Rn. 8.

17 *Schönbohm*, in: Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 38. Edition, Stand: 1. 12. 2015, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 1.

18 *Schönbohm*, in: Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Fn. 17), Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, Rn. 3.

19 *Schönbohm*, in: Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Fn. 17), Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, Rn. 5.

20 BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11 (Fn. 7), Rn. 14.

zwingende Eingriffsnorm ist Zurückhaltung geboten, wie sich auch aus Erwägungsgrund 37 zur Rom-I-VO ergibt, nach der der Begriff „Eingriffsnormen“ eng ausgelegt werden soll ...

Nach diesen Maßgaben sind § 2 und § 3 EFZG nicht als Eingriffsnormen auf den Streitfall anwendbar.

In diesem Zusammenhang ist auf den Hinweis im Urteil des BAG vom 18. 4. 2012²¹ abzustellen, wo die enge Auslegung von Eingriffsnormen der Rom I-VO unter Bezugnahme auf deren 37. Erwägungsgrund angesprochen ist, der wie folgt lautet:

Der Begriff „Eingriffsnormen“ sollte von dem Begriff „Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“, unterschieden und enger ausgelegt werden.

In ähnlicher Weise kommt das BAG auch im Urteil vom 1. 7. 2010²² im Hinblick auf die Anwendung deutschen Kündigungsrechts zu dem Ergebnis, dass die Vorschriften der §§ 1–14 KSchG keine Eingriffsnormen im Sinne des Art. 34 EGBGB darstellen. Zu den Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO gehören nach Ansicht des BAG²³ aus dem Arbeitsrecht

die Beschäftigungsverbote für werdende Mütter, die Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung u. Ä. Es muss sich um Regelungen handeln, die nicht nur zwingendes Recht darstellen, sondern darüber hinaus in besonderer Weise das allgemeine Wohl betreffen; häufig werden es Regeln sein, über deren Einhaltung staatliche Stellen wachen. Diese Voraussetzungen liegen bei den Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht vor. Sie dienen nach dem individualrechtlichen Konzept des deutschen Kündigungsschutzrechts in erster Linie dem Ausgleich eines Konflikts zwischen Privatleuten und nur mittelbar sozialpolitischen Zwecksetzungen.

Inzwischen hatte sich das BAG in einer weiteren Angelegenheit²⁴ mit dem Begriff „Eingriffsnorm“ gemäß Art. 9 Rom I-VO zu beschäftigen. Hierbei ging es um eine Vorlage an den EuGH zu der Frage, inwieweit die griechischen Gesetze, die als zu dringende Maßnahmen zur Bewältigung der Krise der griechischen Staatsfinanzen erlassen worden waren, zu einer Änderung des Gehaltes eines nach deutschem Arbeitsrecht geschlossenen Arbeitsvertrags eines griechischen Lehrers einer griechischen Schule in Deutschland führen können. Das BAG kam in Rn. 10 der Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die im Einzelnen wiedergegebenen Regelungen über die Kürzung der Bezüge der Staatsbediensteten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zwingend sind.

Sie beanspruchen Geltung gegenüber jedermann, lassen keine Ausnahme zu und erfüllen die Anforderungen an Eingriffsnormen i. S. d. IPR.

Im Ergebnis legte das BAG die Angelegenheit dem EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens mit drei Vorlagefragen vor.²⁵ In Rn. 10 führte das BAG aus:

Für das Bundesarbeitsgericht stellt sich die Frage, nach welchem Recht über die Anwendung der Gesetze Nr. 3833/2010 und Nr. 3845/2010 als drittstaatliche Eingriffsnormen zu entscheiden ist, insbesondere, ob Art. 9 Rom I-VO heranzuziehen ist.

d) Äußerst enge Voraussetzungen hinsichtlich der Annahme von Eingriffsnormen in der Rechtsprechung des BAG

Aus den angeführten Entscheidungen des BAG wird deutlich, dass das BAG den engen Vorgaben hinsichtlich möglicher Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO folgt:

- Es reicht nach dem Urteil des BAG vom 18. 4. 2012²⁶ nicht aus, wenn eine Vorschrift nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist. Sie muss zumindest auch *öffentliche Gemeinwohlinteressen* verfolgen.
- Im Urteil vom 1. 7. 2010²⁷ wird ebenfalls herausgestellt, dass es nicht damit getan ist, dass Regeln „zwingendes Recht“ darstellen. Sie müssen darüber hinaus *in besonderer Weise das allgemeine Wohl betreffen*, wobei es häufig *Regeln sein werden, über deren Einhaltung staatliche Stellen wachen*.
- Die letztgenannte Entscheidung vom 25. 2. 2015 verdeutlicht beispielhaft, welche gravierenden Voraussetzungen für die Annahme einer Eingriffsnorm vom BAG angenommen werden. Hierzu können die auf internationalen Verträgen beruhenden griechischen Einspargesetze zählen, welche die griechische Finanzhoheit grundlegend verändert haben. Diese sind in der Weise zwingend, dass sie Geltung beanspruchen *gegenüber jedermann, ... keine Ausnahmen* zulassen und damit aus der Sicht des BAG *die Anforderungen an Eingriffsnormen* im Sinne des IPR erfüllen. Dazu stellt das BAG an den EuGH die Frage, ob *Art. 9 Rom I-VO heranzuziehen ist und ob im Falle der Existenzgefährdung eines anderen Mitgliedstaats die Anwendung der zu deren Abwendung erlassenen Normen als drittstaatliche Eingriffsnormen unionsrechtlich gefordert ist*.²⁸

e) Zusätzlich zu berücksichtigende Regelungen des Primärrechts der EU

Bei allem ist auch zu berücksichtigen, dass die Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zum einen die Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV beeinträchtigen, weil sie maßgeblichen Einfluss auf das Tätigwerden von Unternehmen aus den Mitgliedstaaten der EU nehmen, indem sie deren Arbeitgeberstatus verändern. Sie wirken zum anderen auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne der Art. 45 ff. AEUV ein, weil sie die Arbeitnehmer im Falle ihrer Anwendung ohne deren Willen oder gar gegen ihren Willen, ohne dass diese hierzu irgendeinen ihnen anzulastenden negativen Beitrag geleistet hätten, überraschend in ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen – ausländischen Arbeitgeber – hineinzwingen. Die Vorschriftengruppe der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist somit als in die angeführten Freiheiten eingreifende Norm eng auszulegen.²⁹

21 BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11 (Fn. 7), Rn. 14.

22 BAG, 1. 7. 2010 – 2 AZR 270/09, RIW 2011, 167, juris.

23 BAG, 1. 7. 2010 – 2 AZR 270/09 (Fn. 22) (Fn. 22), Rn. 31.

24 BAG, 25. 2. 2015 – 5 AZR 962/13 (A), RIW 2015, 313, juris (EuGH Rs. C-135/15).

25 BAG, 25. 2. 2015 – 5 AZR 962/13 (A) (Fn. 24) (EuGH Rs. C-135/15). Die insoweit im Orientierungssatz der EuGH-Vorlage des BAG genannte einschlägige zweite vom Bundesarbeitsgericht vorgelegte Frage lautet: *Schließt Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO allein die direkte Anwendung von Eingriffsnormen eines Drittstaats aus, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen nicht erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, oder auch die mittelbare Berücksichtigung im Recht des Staates, dessen Recht der Vertrag unterliegt?*

26 BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11 (Fn. 7), Rn. 14.

27 BAG, 1. 7. 2010 – 2 AZR 270/09, RIW 2011, 167, juris, Rn. 31.

28 BAG, EuGH-Vorlage vom 25. 2. 2015 – 5 AZR 962/13 (A), RIW 2015, 313, juris, Rn. 10.

29 Nach *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), Art. 9 Rom I-VO (S. 676), Rn. 17 folgt aus der Grundfreiheitendogmatik, dass ein Mitgliedstaat im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auf entsandte Arbeitnehmer sein eigenes Recht nur in dem durch Art. 3 Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) gesteckten Rahmen anwenden darf. Nach *Krebber*, EuZA 2013, 435, könnte aus Art. 3 Entsenderichtlinie noch nicht einmal geschlossen werden, dass die dort genannten Berei-

Da es bei den genannten Vorschriften des AEUV um unmittelbar anzuwendendes Primärrecht geht,³⁰ ist auch unter diesem Aspekt die Anwendung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nur in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 und 3 Rom I-VO und in Übereinstimmung mit diesen Vorschriften denkbar.

f) *Auswirkung von § 2 Nr. 4 AEntG auf die Fragestellung unter Berücksichtigung der engen Voraussetzungen des Art. 9 Rom I-VO*

aa) Generell denkbare Auswirkungen des § 2 Nr. 4 AEntG

Im Folgenden ist nunmehr zu prüfen, welche Auswirkung die Regelung des § 2 Nr. 2 AEntG auf die Frage einer etwaigen Anwendung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf den vorliegenden Fall hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese als „zwingende“ Vorschrift ausgestaltete Regelung sich nur dann auf die bulgarischen Arbeitsverhältnisse über die §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auswirken kann,

- wenn einerseits die Vorschriftengruppe der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Nr. 4 AEntG erfasst wird
- und darüber hinaus § 2 Nr. 4 AEntG tatsächlich als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO angesehen werden kann, weil die an diesen Eingriff nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zu stellenden Anforderungen erfüllt sind.³¹

In diesem Sinne ist *Koberski*³² zu folgen, wenn dieser darauf hinweist, dass § 2 AEntG keine konstitutive Wirkung hat, die Klassifizierung als Eingriffsnorm vielmehr an unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu messen ist.³³ Hierzu gehört im konkreten Fall, wie bereits ausgeführt, als Maßstab Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO.

Zutreffend betont in diesem Zusammenhang *Doehner*,³⁴ dass es nicht genüge, dass eine Vorschrift lediglich unabdingbar ist;

vielmehr müssen die in der Definition des Art. 9 Rom I-VO genannten weiteren Voraussetzungen vorliegen, damit eine nationale Bestimmung das (gemeinschaftsrechtliche) Prädikat der Eingriffsnorm verdient.

Nach *Doehner*³⁵ setzt sich gemäß Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO eine Eingriffsnorm der *lex fori* gegenüber dem ausländischen Recht durch, wenn und soweit die Norm sämtliche Anforderungen des Abs. 1 erfüllt, ihre Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind und der Sachverhalt den erforderlichen Inlandsbezug aufweist.

Hierzu fordert *Schönbohm*³⁶ zutreffend, dass zu prüfen ist, ob die Norm ihre Anwendung auf den konkreten Sachverhalt beansprucht. Erst wenn das der Fall ist, ist weiter zu prüfen, ob die deutsche Norm zusätzlich auch die Voraussetzungen einer Eingriffsnorm erfüllt.

In gleichem Sinne führt *Ringe*³⁷ aus, dass es nicht genügt,

wenn der Vorschrift lediglich intern zwingender Charakter zukommt, sie also zwar bei Anwendung nationalen Rechts der Disposition der Parteien entzogen ist, sich hingegen auf kollisionsrechtlicher Ebene nicht als „rechtswahlfest“ erweist bzw. sie der kraft objektiver Anknüpfung berufenen Rechtsordnung unterzuordnen ist.

bb) Die Regelung des § 2 Nr. 4 AEntG

Zunächst ist zu prüfen, ob § 2 Nr. 4 AEntG durch seine Formulierung der anwendbaren allgemeinen Arbeitsbedingungen überhaupt die Möglichkeit gibt, die Regelungen der

§§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als *Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen* anzusehen.

Da es bei der sachgerechten Gewichtung von § 2 Nr. 4 AEntG auch auf die übrigen in der Vorschrift enthaltenen Regelungen ankommt, ist diese Vorschrift vollständig wiederzugeben:

§ 2 Arbeitnehmerentsendegesetz Allgemeine Arbeitsbedingungen

Die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über

1. die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundenätze,
2. den bezahlten Mindestjahresurlaub,
3. die Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
4. die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen,
5. die Sicherheit, den Gesundheitsschutz und die Hygiene am Arbeitsplatz,
6. die Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen und
7. die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen

che des Arbeitsrechts bei gewöhnlichem Arbeitsort in einem Staat international zwingend sind.

30 Vgl. *Weerth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2012. Vorbemerkungen zu Art. 45–48 AEUV (S. 787), Rn. 3.

31 Siehe hierzu: *Doehner*, NK-BGB/Art. 9 Rom I-VO, 2015, S. 194, Rn. 2: *Infolgedessen genügt es nicht, dass eine Vorschrift lediglich unabdingbar ist; vielmehr müssen die in der Definition genannten weiteren Voraussetzungen vorliegen, damit eine nationale Bestimmung das (gemeinschaftsrechtliche) Prädikat der Eingriffsnorm verdient.*

32 *Koberski*, Arbeitnehmerentsendegesetz, Mindestarbeitsbedingungen-gesetz, 3. Aufl. 2001, S. 71 Rn. 6.

33 Dies wird bei *Deinert*, Konzerninterne Entsendung ins Inland, ZESAR 2016, 107 (109) nicht näher untersucht. Dieser geht davon aus, dass die Regelungen in § 2 AEntG *qua definitione Eingriffsnormen* im Sinne von Art. 9 Rom I-VO sind. Wie weit er mit seiner Auffassung kommt, zeigt sich an späterer Stelle seiner Ausführungen, S. 114/115, wo er zum Ausdruck bringt, dass er die Unwirksamkeitsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG bei Überlassung ohne Erlaubnis als deutsche Eingriffsnorm nach § 2 Nr. 4 AEntG sieht und diese daher bei Überlassung ohne Erlaubnis Anwendung finde. Der Arbeitsvertrag wäre, gleichgültig welches Recht auf ihn anwendbar wäre, unwirksam. Dass ausländische Gerichte diese Beurteilung nicht teilen würden, sei durchaus wahrscheinlich, *weil sie im Allgemeinen keine deutschen Eingriffsnormen anwenden werden*. *Deinert* übersieht dabei, dass eine Norm, wenn sie nach Art. 9 Rom I-VO als Eingriffsnorm anzusehen ist, darüber hinaus EU-rechtlich auch seitens der anderen EU-Mitgliedstaaten anzuerkennen ist und deshalb auch von einem Gericht in einem anderen EU-Staat als EU-rechtliche Eingriffsnorm zu akzeptieren ist. Hieraus wird deutlich, dass man, anders als *Deinert*, nicht davon ausgehen kann, dass nationale Normen wie § 2 Nr. 4 AEntG *qua definitione* auch Eingriffsrecht im Sinne von Art. 9 Rom I-VO sind. Dabei ist, worauf *Koberski* und andere richtig hinweisen, noch zusätzlich zu hinterfragen, ob eine Rechtsnorm, die nach deutschem Recht als unabdingbar gilt, tatsächlich auch im europäischen Sinne nach Art. 9 Rom I-VO als *Eingriffsnorm* anzusehen ist.

34 *Doehner* (Fn. 31), Art. 9 Rom I-VO, 2015, S. 194, Rn. 2. Weiter weist *Doehner* an gleicher Stelle (S. 201, Rn. 26) unter Bezugnahme auf Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO darauf hin, *dass auch ein noch so starker Inlandsbezug das Vorliegen einer Eingriffsnorm nicht zu beeinflussen vermag. Eine inländisch zwingende Vorschrift ist also keineswegs umso eher als international zwingend zu qualifizieren, je intensiver die Inlandsberührung im konkreten Fall ausfällt. Das Vorliegen einer Eingriffsnorm richtet sich vielmehr ausschließlich nach den in Abs. 1 genannten Vorschriften. Alles andere würde zu einer Aufweichung der – durchweg eng zu interpretierenden – Merkmale des Abs. 1 führen.*

35 *Doehner*, in: NK-BGB, (Fn. 31), Art. 9 Rom I-VO, 2015, Rn. 27 (S. 202).

36 *Schönbohm* (Fn. 17), Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO, Rn. 13.

37 *Ringe* (Fn. 16), Art. Rom I-VO, Rn. 16. Hierzu s. auch *Martiny*, Münch-Komm-BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 8: *Allerdings besteht noch eine inhaltliche Einschränkung gegenüber den „international zwingenden Normen“ des früheren Art. 7 Abs. 1 EVÜ (Art. 34 EGBGB; s. Einl. IPR, Rn. 286). Einfache Unabdingbarkeit nach materiellem Recht reicht – anders als nach Art. 3 Abs. 3 – ohnehin nicht aus.*

finden auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung.

Neben der gebotenen engen Auslegung kommt für die Anwendung von § 2 Nr. 4 AEntG der EU-rechtlich gebotene Auslegungsgrundsatz des „effet utile“ hinzu, wonach jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts so auszulegen ist, dass sie ihrerseits Wirkung entfalten kann.

cc) Anwendungsbereich der Regelung des § 2 Nr. 4 AEntG

Als erstes ist entgegen *Koberski*³⁸ auszuführen, dass es in § 2 Nr. 4 AEntG nicht um „Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen“ geht, sodass man, wie er es handhabt, das gesamte AÜG als durch § 2 Nr. 4 AEntG erfasst ansehen könnte. Es sind vielmehr nur die *in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen* angesprochen.³⁹ Über die bereits nach dem Territorialitätsprinzip erfasste Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG hinaus, die auch für ausländische Unternehmer gilt, sind somit noch die zusätzlichen Forderungen, die an die Überlassung von Arbeitskräften auf Seiten der Leiharbeitsunternehmen zu stellen sind, über § 2 Nr. 4 AEntG zu berücksichtigen:

- Dabei muss es gehen um Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern (II. 5. f) dd)).
- Hierbei sollen zwingend angewandt werden die *in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen*, im Sinne von nach der Überschrift zu § 2 AEntG zu sehenden *Allgemeinen Arbeitsbedingungen* (II. 5. f) ee)).

dd) Einschlägige Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern

Ohne Frage geht es im vorliegenden Zusammenhang bei den bulgarischen Unternehmen um im Ausland – Bulgarien – ansässige Arbeitgeber und ihre im Inland – Deutschland – beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Dabei sind die insoweit bestehenden bulgarischen Arbeitsverhältnisse angesprochen.

ee) Auswirkung von § 2 Nr. 4 AEntG auf die Fragestellung unter Berücksichtigung der engen Voraussetzungen des Art. 9 Abs 1 Rom I-VO

Ferner müssen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltene Regelungen über *Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen* insoweit erfüllt sein, als diese als *Allgemeine Arbeitsbedingungen* anzusprechen sind, wie sich aus der Überschrift zu § 2 AEntG ergibt. Es stellt sich also die Frage, inwieweit die §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als „Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen“, und zwar in der Form „allgemeiner Arbeitsbedingungen“ anzusehen sind.

Was als Arbeitsbedingungen im Sinne des § 2 Nr. 4 AEntG – der nahezu deckungsgleich mit Art. 3 Abs. 1 d der Entsenderichtlinie 96/71/EG ist – anzusehen ist, ergibt sich aus dem 14. und dem 15. Erwägungsgrund der letztgenannten Vorschrift wie folgt:

(14) Die Gesetze der Mitgliedstaaten müssen koordiniert werden, um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist ...

(15) Ein „harter Kern“ klar definierter Schutzbestimmungen ist vom Dienstleistungserbringer unabhängig von der Dauer der Entsendung des Arbeitnehmers einzuhalten.

Ebenso spricht der 17. Erwägungsgrund der Entsenderichtlinie über ein Mindestmaß an Schutz.

Vergleicht man unter diesem Aspekt die einzelnen in § 2 Nr. 1–7 AEntG angesprochenen „allgemeinen Arbeitsbedingungen“, so wird deutlich, dass diese von den angesprochenen Erwägungsgründen der Entsenderichtlinie 96/71/EG abgedeckt sind. Es geht hierbei um

- Mindestentgeltsätze: Nr. 1
- bezahlten Mindestjahresurlaub: Nr. 2
- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten: Nr. 3
- Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz: Nr. 4
- Schutzmaßnahmen für Schwangere: Nr. 6 und
- Nicht-Diskriminierungsbestimmungen: Nr. 7

Bei den *Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen* muss es sich also auch um zwingende, klar definierte Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer handeln, die im Sinne der 13. Begründungserwägung der Entsenderichtlinie 96/71/EG im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten sind in Bezug auf Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland, die für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt wurden. Vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz kann mit der 14. Begründungserwägung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie somit nur ein „harter Kern“ klar definierter Schutzbestimmungen aus dem AÜG, der vom Dienstleistungserbringer einzuhalten ist, auf ausländische Leiharbeiter oder Werkarbeiter angewandt werden.

Es geht bei den in § 2 Nr. 4 AEntG und Art. 3 Abs. 1 d der Entsenderichtlinie festgelegten *Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen* also ausschließlich um *Schutzbestimmungen* für Arbeitnehmer, die sich im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz befinden und als dessen so genannter *harter Kern vom Dienstleistungserbringer*, also vom jeweiligen Arbeitgeber der Arbeitnehmer, zu berücksichtigen sind.

Überprüft man dazu im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, an welcher Stelle hier Arbeitsbedingungen als *harter Kern klar definierter Schutzbestimmungen* im Sinne des 14. Erwägungsgrunds der Entsenderichtlinie 96/71/EG behandelt werden, so kommt man auf § 9 Nr. 2 AÜG. Dieser stellt sicher, dass unwirksam sind *Vereinbarungen, die für den Leih-*

³⁸ *Koberski* (Fn. 32), § 2 AEntG, Rn. 12 (S. 73).

³⁹ In diesem Sinne siehe auch *Franzen*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1. 5. 2011, EuZA 2011, 452 (461), der sich dagegen ausspricht, zu den unter den damaligen § 7 Abs. 1 Nr. 4 AEntG a. F. fallenden Vorschriften das AÜG in seiner Gesamtheit zu zählen.

Arbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, ...

Hierzu heißt es bei *Ulber*⁴⁰ bezüglich *wesentlicher Arbeitsbedingungen*:

Von Nr. 2 werden nur wesentliche Arbeitsbedingungen erfasst. ... Zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen zählen danach mindestens Regelungen zu Dauer der Arbeitszeit, zu Mehrarbeit, Pausen, Ruhezeiten, Nacharbeit, bezahltem Urlaub ... und zu arbeitsfreien Tagen wie Feiertagen einschließlich des Mutterschaftsurlaubs, des Elternurlaubs bei Elternzeit und des Krankheitsurlaubs bei Arbeitsunfähigkeit.

Zutreffend nennt er in diesem Zusammenhang nicht die Regelungen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Das ist auch schlüssig, denn wie sich schon aus der Gesetzesformulierung von § 9 AÜG ergibt, erfasst § 9 Nr. 2 AÜG als eigener Regelungstatbestand für einen anderen Unwirksamkeitssachverhalt nicht den ganz anders zu bewertenden Fall des § 9 Nr. 1 AÜG.⁴¹

Auch *Krebber*⁴² betont, dass der Anwendungsbefehl, der nach Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie in gleicher Weise für § 2 Nr. 4 AEntG gilt, nur besteht, wenn es sich um Arbeitsbedingungen handelt, die unter anderem durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind. Schon unter diesem Aspekt scheidet die Annahme des Vorschriftenpaares der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als zwingende Regelung im Sinne des § 2 Nr. 4 Arbeitnehmerentsendegesetz aus. Diese Vorschriften behandeln keine Arbeitsbedingungen.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich somit, dass die Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, die sich nicht in klarer Weise ausschließlich an dem harten Kern von Vorschriften am Arbeitnehmerschutz orientieren, nicht unter die in § 2 Nr. 4 AEntG genannten *Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen bzw. allgemeine Arbeitsbedingungen*, die in dieser Vorschrift angesprochen werden, gehören. Somit scheidet schon aufgrund der unmittelbaren Anwendung von § 2 Nr. 4 AEntG eine Auswirkung dieser Vorschrift auf die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 AÜG aus.⁴³

g) Auswirkung von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO auf die Frage der Geltung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für die bulgarischen Arbeitsverhältnisse

aa) Allgemeines

Nachdem, wie dargestellt, § 2 Nr. 4 AEntG bei sachgerechter Anwendung dieser Vorschrift keine Möglichkeit bietet, gestützt auf diese Vorschrift eine Anwendung der Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf die bulgarischen Arbeitsverhältnisse zu begründen, ist nunmehr im Sinne des bei II. 5. f) ee) Ausgeführten zu untersuchen, ob ein entsprechender Eingriff in die bulgarischen Arbeitsverhältnisse unmittelbar auf Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO gestützt werden kann, obwohl das äußerst zweifelhaft ist: Wenn die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht einmal durch § 2 Nr. 4 AEntG abgedeckt ist, ist kaum anzunehmen, dass sie als Eingriffsnorm nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO anzusehen ist, die noch höhere Anforderungen stellt als § 2 Nr. 4 AEntG.

Dazu wäre nach der bei II. 5. e) dargestellten Rechtsprechung des BAG zumindest erforderlich, dass die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG über den Schutz von Individualinteressen der betroffenen bulgarischen Arbeitnehmer hinaus auch *öffentliche Gemeinwohlinteressen* verfolgt bzw. *in besonderer Weise das allgemeine Wohl* betrifft.⁴⁴

In diesem Zusammenhang muss man nun die beiden Vorschriften der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG jeweils für sich betrachten.

bb) Überprüfung der Geltung des § 9 Nr. 1 AÜG für die bulgarischen Arbeitsverhältnisse am Maßstab des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO

Zunächst ist im Hinblick auf § 9 Nr. 1 AÜG die Frage zu stellen, ob die Unwirksamkeitserklärung der von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung betroffenen Arbeitsverhältnisse der bulgarischen Arbeitnehmer durch *öffentliche Gemeinwohlinteressen* gefordert wird, wobei der angestrebte Verlust des Arbeitsverhältnisses der betroffenen bulgarischen Arbeitnehmer sogar *in besonderer Weise das allgemeine Wohl* betreffen muss, wie es der BGH für die Anerkennung einer Eingriffsnorm verlangt.

Das ist eindeutig zu verneinen. Es bringt dem Gemeinwohl bzw. dem allgemeinen Wohl keinerlei Vorteil, das Arbeitsverhältnis eines bulgarischen Arbeitnehmers, der seinerseits keinerlei schuldhaften Beitrag zu einem im vorliegenden Fall angeblich illegalen Verhalten seines bulgarischen Arbeitgebers erbracht hat, als unwirksam zu sanktionieren. Bei der Beurteilung ist als Aspekt berücksichtigt, dass generell dem Leiharbeitgeber wegen seines unterstellten unredlichen Verhaltens eine Sanktion auferlegt wird. Die Orientierung am Text von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ergibt, dass nur ein solcher Gesichtspunkt einen Eingriff in ein ausländisches Rechtsverhältnis rechtfertigt, der zur Einhaltung der vom deutschen Staat als maßgeblich entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen und sozialen oder wirtschaftlichen Organisation zu fordern ist. In diesem Sinne ist es abwegig, § 9 Nr. 1 AÜG mit seiner Rechtsfolge der Unwirksamkeit des davon betroffenen Arbeitsvertrages als deutsche Eingriffsnorm anzuerkennen, die das Recht verleiht, in ausländische Arbeitsverhältnisse in der Weise einzugreifen, dass sie diese beendet.⁴⁵

40 *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, § 9 AÜG, S. 590, Rn. 57.

41 Auf *Däubler*, Der Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern, EuZW 1993, 370 (373), der davon ausgeht, dass die Vorschrift des AÜG in ihrer Gänze von § 2 Nr. 4 AEntG erfasst wird, kann man sich heute nach Inkrafttreten der Rom I-VO nicht mehr stützen. Dieser rechnete – noch ohne Berücksichtigung von Art. 9 Rom I-VO – entgegen BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11, RIW 2012, 638, Rn. 22, die Arbeitszeitordnung zu den denkbaren Eingriffsnormen. Ebenso ist *Thüsing* nicht zu folgen, der ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO (*Thüsing*, in *Thüsing* (Fn. 5), S. 68 bei Rn. 62 ausführt, es seien jedenfalls sämtliche Regelungen, die das AÜG für die Gestaltung des Arbeitsverlaufs eines Leiharbeitnehmers vorsieht, international zwingend, also insbesondere die Regelung des § 9 AÜG, ohne § 9 Nr. 1 AÜG ausdrücklich auszunehmen.

42 *Krebber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 2), Art. 9 Rom-VO, Rn. 16 (S. 676).

43 Man kann hier in ähnlicher Weise argumentieren wie BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11 (Rn. 7), Rn. 22, dass es für den Gesetzgeber, wenn er die hier betroffenen Normen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in jedem Fall als Eingriffsnorm angesehen hätte, nahegelegen hätte, sie ausdrücklich in den Katalog des § 2 AEntG aufzunehmen.

44 Hierzu heißt es bei *Martiny* (Fn. 37), § 9 Rom I-VO, Rn. 10: *Der Begriff der Eingriffsnorm ist daher ein europäisches Konzept. Das Recht des Eingriffsstaates ist lediglich darauf hin zu untersuchen, ob es diesen Vorgaben entspricht.*

45 Dabei ist zusätzlich zu beachten, dass gegen die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Vgl. hierzu *Tuengerthal/Geißer/Hennecke*, Zur Verfassungs-

cc) Keine Auswirkung des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses bulgarischer Arbeitnehmer mit dem Auftraggeber bzw. Entleiher ihres Arbeitgebers nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Auch im Zusammenhang mit § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kann nicht davon gesprochen werden, dass die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum deutschen Auftraggeber bzw. angenommenen Entleiher durch öffentlich-rechtliche Gemeinwohlinteressen gefordert würde oder überhaupt in irgendeiner Weise das allgemeine Wohl betrifft. Es handelt sich hierbei um eine Rechtsfolge, die man der Tatsache zu schulden glaubt, dass man den durch § 9 Nr. 1 AÜG gebeutelten Arbeitnehmer nicht zusätzlich noch ohne jedes Arbeitsverhältnis belassen kann. Ohne im geringsten öffentliche Gemeinwohlinteressen zu verfolgen oder am allgemeinen Wohl interessiert zu sein, überträgt man ihm einen neuen Arbeitgeber. Dies hatte in der hier zugrunde gelegten Zeit vor dem 31. 12. 2013 für die davon betroffenen bulgarischen Arbeitnehmer die unerträgliche Rechtsfolge, dass sie sich dadurch im Nachhinein ohne Arbeitserlaubnis und damit ordnungswidrig in Deutschland aufhielten.

In diesem Zusammenhang haben BAG⁴⁶ und BGH⁴⁷ in den angesprochenen Urteilen klar herausgestellt, dass das Gesetz dem Arbeitnehmer zu seinem Schutz einen Ersatz dafür verschaffen will, dass sein Arbeitsvertrag mit dem Verleiher wegen fehlender behördlicher Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Der BGH hat zusätzlich im Urteil vom 8. 11. 1997⁴⁸ zum Ausdruck gebracht, dass § 10 Abs. 1 AÜG allein im Interesse des Leiharbeitnehmers geschaffen worden ist. Von hierbei angestellten Überlegungen bezogen auf das Gemeinwohl ist dabei verständlicherweise keine Rede.

dd) Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO fordert keine Geltung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für Arbeitsverhältnisse der bulgarischen Arbeitgeber mit ihren bulgarischen Arbeitnehmern, die folglich fortbestehen bleiben

Das hier dargestellte Ergebnis führt dazu, dass bei der unterstellten illegalen Arbeitnehmerüberlassung ausländischer Unternehmer in Deutschland der angeblich illegal nach Deutschland hin ausgeliehene ausländische Leiharbeiter seinen heimatlichen Arbeitsvertrag behält und ein Arbeitsvertrag mit dem deutschen Auftraggeber bzw. angeblichen Entleiher nicht zustande kommt.

6. Nicht folgerichtige und widersprüchliche Meinungen in der Literatur

a) Unterschiedliche Behandlung der Auswirkung von § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf ausländische Arbeitsverhältnisse

Es ist davon auszugehen, dass eine untrennbare Verbindung zwischen § 9 Nr. 1 AÜG und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG besteht. Nur wenn die Rechtsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG eingetreten ist – Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen dem ausländischen Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern –, kommt § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG mit der Fiktion zur Anwendung, dass dem Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis über § 9 Nr. 1 AÜG verloren hat, über § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein neuer Arbeitgeber zugewiesen wird. Es leuchtet ohne Weiteres ein, dass es ohne die Rechtsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG nicht zu einer Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kommen kann. Es ist bemerkenswert, dass diese klare, nicht auflösbare Verbindung beider Normen von der Litera-

tur mit der Perspektive, im Endeffekt doch zu einer Arbeitgeberstellung des illegalen Entleihers zu kommen, nicht respektiert wird. Ihre am Ergebnis der gewünschten Anerkennung eines fingierten Arbeitsverhältnisses mit dem deutschen Auftraggeber bzw. Entleiher orientierte Auffassung kann nicht überzeugen und ist zurückzuweisen.⁴⁹

b) Anerkennung der Nichtauswirkung des § 9 Nr. 1 AÜG auf ausländische Arbeitsverhältnisse bei angenommener illegaler Arbeitnehmerüberlassung

Generell richtet sich die Beendigung der Arbeitsverträge der bulgarischen Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO nach dem Arbeitsverhältnisstatut, im vorliegenden Fall also nach dem bulgarischen Recht.⁵⁰

Dass keine Möglichkeit besteht, die Unwirksamkeit ausländischer Arbeitsverhältnisse bei angenommener illegaler Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen, wird in der Literatur mit verschiedener Begründung akzeptiert. In diesem Sinne führt Riederer von Paar⁵¹ aus, dass der Schutzzweck der Norm des § 9 Nr. 1 AÜG es nicht gebietet, das im Heimatland abgewickelte und auch zukünftig abzuwickelnde Leiharbeitsverhältnis der Nichtigkeitfolge zu unterwerfen. In gleicher Weise geht auch Ulber⁵² davon aus, dass das dem Inlandeinsatz zugrundeliegende Rechtsverhältnis der ausländischen Arbeitnehmer unberührt bleibt und sein Bestand und Inhalt sich weiterhin nach ausländischem Recht richten. Er nimmt dabei Bezug auf die räumlich beschränkte Geltung der deutschen Rechtsfolge, dass im Falle einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung das zum entsendenden Unternehmen bestehende Arbeitsverhältnis nicht erlischt.

Boemke⁵³ erörtert, dass eine Auffassung, die § 9 Nr. 1 AÜG über Art. 9 Rom I-VO anwenden möchte, zumindest in den Fällen zu weit geht, in denen der Arbeitsansatz in Deutschland nur vorübergehend erfolgt. Es bestehe kein berechtigtes Interesse, ein nach dem Recht des Entsendestaats wirksam begründetes Leiharbeitsverhältnis nur deswegen nach § 9 Nr. 1 AÜG für unwirksam zu erklären, weil der Verleiher für die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland hinein keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG besitzt.

Thüsing⁵⁴ vertritt die Auffassung, dass die §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu den zwingenden Vorschriften gehören, die auf die Rechtsverhältnisse am Arbeitsort, d.h. in Deutschland, gehören, und zwar unabhängig davon, ob das ausländische Recht sie anerkennt. Die Nichtanwendung der

widrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Schriftenreihe der AWZ, Nr. 168, 2015.

46 BAG, 30. 3. 1991 – 7 AZR 497/89 (Fn. 13), Rn. 38.

47 BGH, 8. 11. 1997 – VII ZR 337/78 (Fn. 14), bei Rn. 19.

48 BGH, 8. 11. 1997 – VII ZR 337/78 (Fn. 14), Rn. 19.

49 Angesichts der bisher nicht abschließend behandelten Problematik einer Auswirkung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf ausländische Arbeitsverhältnisse nach Inkrafttreten der Rom I-VO meinen Urban-Crell/Bissels, in: Urban-Crell/Germanovski/Bissels/Hurst, AÜG, 2. Aufl. 2013, S. 29, Rn. 70, dass die Frage, welche Vorschriften des AÜG zu Eingriffsnormen zählen, im Einzelnen umstritten ist. Richtigerweise sei danach zu differenzieren, ob die jeweilige Entwicklung im AÜG im Gemeinwohl stehe. Dies sei im Wesentlichen eine Wertungsfrage.

50 Siehe hierzu Kriebber, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 45 ff. (S. 681).

51 Bei Riederer von Paar, in: Schüren/Hamann (Fn. 3), Einleitung Rn. 679 (S. 147).

52 Ulber (Fn. 40), Einleitung Rn. 5 (S. 216).

53 Boemke, in: Boemke/Lembke (Fn. 4), Rn. 14 (S. 14).

54 Thüsing, in: Thüsing (Fn. 5), Einführung Rn. 60 (S. 66).

genannten Vorschriften würde dazu führen, dass der mit dem Gesetz verfolgte Zweck, Missbräuchen des Arbeitnehmerverleihs zu begegnen, nur unvollkommen erreicht würde. Immerhin führt Thüsing später aus,⁵⁵ dass auf das Gemeinwohlziel der einzelnen Normen zu schauen ist und auf diese Art und Weise Zweifel an der herrschenden Meinung aufkommen. Es sei abzustellen auf den Zweck der einzelnen Norm des AÜG, nicht auf das Gesetz insgesamt. Allerdings geht er im Ergebnis davon aus, dass nach § 2 Abs. 4 AEentG sämtliche Regelungen, die das AÜG für die Gestaltung des Arbeitsvertrages eines Leiharbeitnehmers vorsieht, international zwingend sind – damit insbesondere wohl auch die Regelung des § 9 Nr. 1 AÜG –, ohne allerdings eine überzeugende Begründung hierfür vorzulegen.⁵⁶

Auf die Ausführungen bei *Deinert*⁵⁷ braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Dieser nimmt, ohne die weiteren Voraussetzungen, die an den Begriff „Eingriffsnorm“ im Sinne von Art. 9 Rom I-VO zu stellen sind, zu überprüfen, an, dass alle in § 2 AEentG angeführten Normen *qua definitione* Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO sind. Er vernachlässigt dabei, dass der Begriff „Eingriffsnorm“ es dem deutschen Richter nicht gestattet, diesem eine andere Bedeutung beizumessen als der ausländische Richter in einem anderen EU-Staat.⁵⁸ Nur eine solche Norm eines Mitgliedstaats kann als *Eingriffsnorm* im Sinne des Art. 9 Rom I-VO angesehen werden, die über die zwingende Regel hinaus, die sie nach nationalem Recht darstellt, auch die zusätzlichen Voraussetzungen, die an eine Eingriffsnorm zu stellen sind, nach Art. 9 Rom I-VO erfüllt. Eine derartige Norm gilt dann aber auch europaweit. In der laschen Form, wie *Deinert* es sieht, kann, worauf andere sehr deutlich hinweisen,⁵⁹ der Begriff „Eingriffsnorm“, im Sinne von Art. 9 Rom I-VO nicht gehandhabt werden, denn der Begriff der Eingriffsnorm ist ein europäisches Konzept.⁶⁰

c) Annahme der Geltung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für ausländische Arbeitsverhältnisse – selbst bei Verneinung der Unwirksamkeit der ausländischen Arbeitsverträge

*Riederer von Paar*⁶¹ stützt sich hinsichtlich des von ihr vertretenen Eingreifens der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf Art. 34 EGBGB, ohne vorausschauend die engen Voraussetzungen des vor der Veröffentlichung ihrer Kommentierung vom Jahre 2010 für Arbeitsverträge ab 17. 12. 2009⁶² einschlägigen Art. 9 Rom I-VO zu berücksichtigen. Ohne es näher zu begründen, führt sie bezogen auf Art. 34 EGBGB aus, es gehe um Gemeinwohlinteressen, denen der deutsche Gesetzgeber hohen Rang beimesse. Der illegal, d. h. ohne Erlaubnis in Deutschland tätige Verleiher müsse diesen Regeln unterworfen werden, wenn schwere Systembrüche vermieden werden sollten. Daraus folgert sie, dass bei illegalem Verleih die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 AÜG greifen müsse. Vor dem Hintergrund der gleichwohl von ihr anerkannten Auffassung, dass der Schutzzweck der Norm des § 9 Nr. 1 AÜG es nicht gebietet, das im Heimatland abgewickelte und auch künftighin abzuwickelnde Leiharbeitsverhältnis der Nichtigkeitsfolge zu unterwerfen, führt sie dann aus, das Leiharbeitsverhältnis sei nur insoweit unwirksam, als es im Widerspruch zum fingierten Arbeitsverhältnis stehe. Für die Überlassungszeit werde der ausländische Arbeitnehmer gem. § 10 Abs. 1 zum Arbeitnehmer des deutschen Entleihers, den insbesondere die Sozialversicherungspflichten treffen. Nur mit diesem

Ergebnis werde illegaler Verleih hinreichend zurückgedrängt und zugleich das berechnete Schutzinteresse des Leiharbeitnehmers gewahrt. Wie sie allerdings ohne Anerkennung der Anwendung des § 9 Nr. 1 AÜG auf den heimatischen Arbeitsvertrag, den der illegal nach Deutschland hin ausgeliehene ausländische Arbeitnehmer nach ihrer Darstellung beibehält, zur Anerkennung des auf § 9 Nr. 1 AÜG fußenden § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kommt, bleibt ihr Geheimnis.

*Thüsing*⁶³ lässt sich dahingehend ein, dass die Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach § 10 AÜG schon mit Blick auf ihren Gemeinwohlzweck international zwingendes Recht seien, da es sich hierbei um eine Sanktionsnorm handelt, die ihrerseits zwingend ist. Eine nähere Begründung für seine Auffassung bleibt er allerdings schuldig.⁶⁴

Auf *Deinert*⁶⁵ kann man sich insoweit nicht stützen. Da seine Ausführungen zur Anerkennung des § 9 Nr. 1 AÜG als Eingriffsrecht nicht überzeugen, kann ihm auch nicht gefolgt werden, wenn er den Schluss zieht, dass deshalb auch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zum *Eingriffsrecht* nach Art. 9 Rom I-VO führe.⁶⁶ Seiner Auffassung, dass es sich bei der Fiktion des Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 Satz 1 um eine Regelung der Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften nach § 2 Nr. 4 AEentG handelt, ist ebenfalls nicht zu folgen.⁶⁷

55 Thüsing, in: Thüsing (Fn. 5), Einführung, Rn. 61 (S. 67).

56 Thüsing, in: Thüsing (Fn. 5), Einführung Rn. 61 (S. 66).

57 *Deinert*, ZESAR 2016, 107 (114/115).

58 Dazu heißt es bei *Deinert*, ZESAR 2016, 114/115: *Mindestens als Eingriffsrecht nach § 2 Nr. 4 Arbeitnehmerentsendegesetz würde die Unwirksamkeitsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG bei Überlassung ohne Erlaubnis Anwendung finden. Der Arbeitsvertrag wäre also, gleichgültig welches Recht auf ihn anwendbar wäre, unwirksam. Nun kommt die Einschränkung, die bei Anerkennung des § 2 Nr. 4 Arbeitnehmerentsendegesetz als wirksame Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Rom I-VO nicht zutreffen könnte: Das ausländische Gericht wird diese Beurteilung nicht teilen, was Deinert als durchaus wahrscheinlich bezeichnet, weil sie im Allgemeinen keine deutschen Eingriffsnormen anwenden werden. Darüber könne und müsse sich ein deutsches Gericht aber hinwegsetzen, wenn die Bestimmung des § 9 Nr. 1 AÜG die Unwirksamkeit anordnet. Schließlich heißt es im gleichen Sinn, der der Anerkennung von § 9 Nr. 1 AÜG als Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Rom I-VO nicht gerecht wird: Der Arbeitnehmer, der an der Wirksamkeit des Leiharbeitsvertrages mit dem ausländischen Leiharbeiter festhalten möchte, mag dies vor den heimischen Gerichten geltend machen und hat gute Aussichten, dass das fremde Gericht die deutschen Eingriffsnormen nicht anwendet.*

59 Vgl. bei II. 5. b).

60 *Martiny* (Fn. 37), Rom I-VO, Rn. 10. *Der Begriff der Eingriffsnorm ist daher ein europäisches Konzept. Das Recht des Eingriffsstaats ist lediglich daraufhin zu untersuchen, ob es diesen Vorgaben entspricht. Es sind einfache zwingende Bestimmungen und Eingriffsnormen zu unterscheiden.*

61 *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 3), Einleitung S. 144, Rn. 665.

62 Nach Art. 28 Rom I-VO.

63 Thüsing, in: Thüsing (Fn. 5), Einführung S. 67, Rn. 61.

64 Ohne nähere Erörterung heißt es auch bei: *Crell/Bissels*, in: Urban-Crell/Germanovski/Bissels/Hurst (Fn. 49), der zwingende Charakter des § 10 AÜG werde überwiegend akzeptiert. Dies wird ausgeführt, ohne dass im Einzelnen auf die hierzu erforderliche Anerkennung des Art. 9 Nr. 1 AÜG als Eingriffsnorm bezogen auf § 10 AÜG abgestellt wird und ohne dass Näheres zur Auswirkung des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO auf § 9 Nr. 1 AÜG folgt.

65 *Deinert*, ZESAR 2016, 107 (115).

66 So heißt es bei *Deinert*, ZESAR 2016, 115 zu § 10 Abs. 1 AÜG. Diese Vorschrift teile das öffentliche Interesse der Erlaubnispflichtigkeit, denn sie sei die andere Seite der Medaille der Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Dadurch werde auch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher Eingriffsrecht.

67 Vgl. dazu *Deinert*, ZESAR 2016, 115, und im Übrigen die Ausführungen des Verfassers unter II. 5. f) bb) ff.

Ebenso wenig wie *Deinert* überzeugt *Hoch*.⁶⁸ Er setzt sich seinerseits nicht mit § 2 Nr. 4 AEntG auseinander. Er rechnet zu den denjenigen Normen, die Sanktionen wegen der Nichteinhaltung von Bestimmungen des AÜG enthalten, ausdrücklich § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG.⁶⁹ Nachdrücklich ist zu kritisieren, dass *Hoch* sich nicht im Einzelnen mit der Auswirkung von Art. 9 Rom I-VO auf die ganze Fragestellung beschäftigt, sich vielmehr, ohne Prüfung im Einzelnen, auf eine so genannte *herrschende Meinung* stützt.⁷⁰ Bei seiner Bezugnahme auf die „herrschende Meinung“ übersieht er, dass *Riederer von Paar* sich nicht auf Art 9 Rom I-VO stützt, sondern auf die frühere Rechtslage, und *Boemke/Lembke*⁷¹ in Bezug auf Art. 9 Rom I-VO zum Ausdruck bringen, dass kein berechtigtes Interesse besteht, ein nach dem Rechtssystem des Entsendestaats wirksam begründetes Leiharbeitsverhältnis nur deswegen nach § 9 Nr. 1 AÜG für unwirksam zu erklären, weil der Verleiher für die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland hinein keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG besitzt.

Die Bezugnahme auf *Boemke/Lembke* überzeugt auch deshalb nicht, weil *Boemke/Lembke* zu der nicht nachvollziehbaren Lösung kommen, dem *berechtigten Interesse, illegale Leiharbeit zu bekämpfen ...*, [sei] durch eine analoge Anwendung von § 10 AÜG Rechnung zu tragen,⁷² wobei bei Verleih nach Deutschland hinein ohne Vorliegen der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter stets ein Arbeitsverhältnis zustande kommen soll. Ein nach dem einschlägigen Arbeitsvertragsstatut zwischen Verleiher und Leiharbeiter wirksam begründetes Arbeitsverhältnis soll aber daneben weiter fortbestehen. Daher solle der Leiharbeiter, um seine doppelte Inanspruchnahme zu verhindern, dahingehend tätig werden, eines der Arbeitsverhältnisse ordentlich zu kündigen. Mit dieser Lösung gibt man dem betroffenen Arbeitnehmer Steine statt Brot. *Hoch*, der die Auffassung *Lembkes* teilt, nimmt hierzu nicht näher Stellung. Nach allem sind also die Ausführungen von *Hoch* sowie *Boemke/Lembke* nicht überzeugend.

Ebenfalls kann *Daniel Ulber*⁷³ nicht gefolgt werden. Ohne nähere Begründung führt er aus,⁷⁴ dass es sich bei § 10 Abs. 1 AÜG um eine international zwingende Norm handelt. Diese Norm sei jedenfalls insofern zwingend, als sie in Verbindung mit § 10 Abs. 1 AÜG dazu führt, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter fingiert wird. Die Reichweite des § 9 Nr. 1 AÜG reiche gleichwohl nicht soweit, Arbeitsverträge, die nach ausländischem Recht geschlossen wurden, mit Wirkung für das Ausland für unwirksam zu erklären. Allerdings seien diese nach deutschem Recht gleichwohl als unwirksam zu behandeln. Damit werde bei grenzüberschreitender illegaler Arbeitnehmerüberlassung nach § 10 Abs. 1 AÜG in Verbindung mit § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Gehe man davon aus, dass das Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht beendet wird, lägen nunmehr zwei Beschäftigungsverhältnisse vor. Arbeitsrechtlich führe das zu dem Problem, dass der Arbeitnehmer durch die Arbeitsleistung beim Entleiher nur eines dieser Arbeitsverhältnisse erfüllen könne. Sozialversicherungsrechtlich sei der Arbeitnehmer nunmehr für zwei Arbeitgeber tätig. Im Ergebnis kommt *Ulber* dazu,⁷⁵ dass sozialversicherungsrechtlich tatsächlich der Arbeitnehmer für zwei Arbeitgeber tätig ist und damit genau das eintritt, was den einschlägigen Rechtsvorschriften des Sozialversicherungsrechts der EU zuwiderläuft: dass eine doppelte Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, sowohl im Ausland als auch in Deutschland, anzunehmen ist. Diese Lösung kann in der Tat nicht befriedigen.

d) Überholte Rechtsprechung

Auf das Urteil des BSG vom 25. 10. 1988,⁷⁶ wonach die Vorschriften der §§ 9/10 AÜG im Rahmen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Seeschiff angewandt werden können, kann heute nach der unionsrechtlichen Regelung des IPR durch Art. 9 Rom I-VO und die Regelung der sozialversicherungsrechtlichen Seite durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht mehr abgestellt werden. Ergebnis kann heute nicht mehr sein, dass das Arbeitsverhältnis von Ausländern gemäß § 9 AÜG im Inland unwirksam ist, *unbeschadet einer Wirksamkeit im Ausland*, wovon das BSG ausgeht.⁷⁷ Bei seinem Urteil im Jahre 1988 konnte das BSG seine Entscheidung in Rn. 23 noch treffen, in der es ausführt – *von hier nicht bestehenden Grenzen durch über- oder zwischenstaatliches Recht sowie Völkerrecht abgesehen* –. Bei den heute bestehenden Grenzen durch das Kollisionsrecht der EU nach Art. 9 Rom I-VO sowie die einheitlichen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen in der VO (EG) Nr. 883/2004 ist das Ergebnis des Urteils des BSG, das noch auf der damaligen Rechtslage aufbaut, nicht mehr haltbar.

Nicht nachvollziehbar ist insoweit auch, mit wie leichter Hand sich das LSG Hamburg in einem ähnlichen Fall im Urteil vom 20. 4. 2005⁷⁸ über den bereits geltenden Art. 13 Abs. 2 c) der VO (EWG) Nr. 1408/71 ohne nähere Beschäftigung mit den deutschen IPR-Vorschriften als Vorgängern des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO hinwegsetzt.

III. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass aufgrund der nach dem 17. 12. 2009 geschlossenen Arbeitsverhältnisse der bulgarischen Arbeitgeber mit ihren bulgarischen Arbeitnehmern, die durch Art. 9 Rom I-VO tangiert werden, keine Möglichkeit bestand, über § 9 Nr. 1 AÜG im Falle angenommener illegaler Arbeitnehmerüberlassung aus Bulgarien nach

68 *Hoch*, BB 2015, 1717–1721.

69 *Hoch*, BB 2015, 1717 (1719) führt aus: *Zu den zwingenden Normen im Sinne von Art. 9 VO EG 593/08 zählen diejenigen Vorschriften des AÜG, die Sanktionen wegen der Nichteinhaltung von Bestimmungen des AÜG enthalten. Denn das aus diesen Normen bestehende Sanktionssystem sichert zum Wohl der Allgemeinheit die Einhaltung der Bestimmungen des AÜG, das wiederum sozial- und ordnungspolitische Zwecke verfolgt. In Inbound-Fällen ... wird § 10 Abs. 1 AÜG als Teil des vorbeschriebenen Sanktionssystems zu den zwingenden Normen im Sinne von Art. 9 VO EG 593/08 gerechnet.* Hierzu bezieht *Hoch* sich unter anderem auf *Riederer von Paar*, die bei ihren Ausführungen ihrerseits gar nicht auf Art. 9 Rom I-VO abstellt. Weiter sei im Grundsatz für Inbound-Fälle unstrittig, dass auch § 9 Nr. 1 AÜG zu den zwingenden Vorschriften im Sinne von Art. 9 VO EG 593/08 zu zählen sei, mit der Folge, dass auch bei ausländischen Arbeitsverhältnissen illegale Arbeitnehmerüberlassung zur Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter führt.

70 *Hoch*, BB 2015, 1271.

71 *Boemke/Lembke* (Fn. 4), S. 14, Rn. 22.

72 Eine analoge Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird vom LAG Baden-Württemberg, 18. 12. 2014 – 3 Sa 33/14 mangels planwidriger Lücke ausdrücklich abgelehnt.

73 *Ulber*, Die Bindungswirkung von A1-Bescheinigungen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung zum Verhältnis von international zwingendem Arbeitsrecht und internationalem Kollisionsrecht im Bereich der Sozialversicherung, ZESAR 2015, 3–9.

74 *Ulber*, ZESAR 2015, 3 (5).

75 *Ulber*, ZESAR 2015, 3 (5).

76 BSG, 25. 10. 1988 – 12 RK 21/87.

77 BSG, 25. 10. 1988 – 12 RK 21/87 (Fn. 75), Rn. 23.

78 LSG Hamburg, 20. 4. 2005 – L 1 KR 16/04.

Deutschland die bulgarischen Arbeitsverhältnisse in Frage zu stellen, worüber außer mit *Riederer von Paar*⁷⁹ auch mit *Boemke/Lembke*⁸⁰ Übereinstimmung besteht. Die Einschränkung von illegaler Arbeitnehmerüberlassung erfordert es nicht, den illegal verliehenen Arbeitnehmer dauerhaft aus seinem ausländischen Arbeitsverhältnis zu verdrängen. Art. 9 Rom I-VO steht einer solchen Auffassung entgegen.

Kommt es aber, wie im Einzelnen begründet, nicht zu einer Unwirksamkeit der bulgarischen Arbeitsverhältnisse zwischen den bulgarischen Arbeitgebern und ihren bulgarischen Arbeitnehmern über § 9 Nr. 1 AÜG wegen Art. 9 Rom I-VO, so kann es auch nicht über § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis zwischen dem deutschen Auftraggeber bzw. Entleiher mit den bulgarischen Arbeitnehmern kommen.

Dieses Ergebnis folgt auch unabhängig von der nicht bestehenden Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Nr. 1 AÜG aus den im Einzelnen dargelegten Gründen, wonach es wegen Art. 9 Nr. 1 Rom I-VO nicht zu einer Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf die bulgarischen Arbeitnehmer kommt.

IV. Bei Zweifeln Vorlage an den EuGH erforderlich

Da die Konkretisierung der Auswirkung des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO aufgrund einer gemeinschaftsrechtlich autonomen Auslegung des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zu erfolgen hat, deren Inhalt zukünftig dem EuGH vorgegeben ist, ist es im Rahmen der Beantwortung der vorliegenden Fragestellung unbedingt erforderlich, den EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen, worauf *Doehner* sehr deutlich hinweist:⁸¹

Die Konkretisierung der genannten Voraussetzungen hat aufgrund einer gemeinschaftsrechtlich autonomen Auslegung des Art. 9 Abs. 1 zu erfolgen, deren Inhalt zukünftig der EuGH vorgegeben wird. Aus diesem Grund verbietet es sich, die bisherigen und zu Art. 34 EGBGB a.F. angelegten Kriterien zur Bestimmung von Eingriffsnormen unbesehen auf die Auslegung des Art. 9 Abs. 1 zu übertragen. Es entscheidet vielmehr das Gemeinschaftsrecht in der ggf. durch den EuGH konkretisierten Form, welche Voraussetzungen eine (regelmäßig nationale) Vorschrift erfüllen muss, um als Eingriffsnorm im Sinne des Abs. 1 qualifiziert zu werden.

Zuzustimmen ist auch *Martiny*, wenn er zum Ausdruck bringt:⁸²

Erst die künftige Rechtsprechung des EuGH wird zeigen, wie weit die „Wahrung öffentlicher Interessen“, insbesondere der „politischen sozialen oder wirtschaftlichen Organisation“ restriktiv interpretiert werden wird und damit einer möglichen Überhöhung des Sonderprivatrechts nunmehr zu Eingriffsnormen entgegengestellt werden.

Somit ist dem EuGH im Rahmen eines die Angelegenheit berührenden Verfahrens die Frage vorzulegen, ob die Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO auf ausländische Arbeitsverhältnisse – im vorliegenden Fall bulgarische Arbeitsverhältnisse – anzuwenden ist. Es geht dabei darum, ob die nach bulgarischem Recht geschlossenen Arbeitsverhältnisse der bulgarischen Arbeitnehmer mit ihren bulgarischen Arbeitgebern, die in Deutschland abgewickelt werden, unter Berücksichtigung von Art. 9 Rom I-VO aufgelöst werden können und gleichzeitig Ar-

beitsverhältnisse nach deutschem Recht zwischen den angeblichen Entleihern und den bulgarischen Arbeitnehmern zustande kommen können.

Im Fall der Überprüfung des Eingriffscharakters der Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Rahmen eines Strafverfahrens nach § 11 Schwarzarbeitsgesetz spielt es für den betroffenen deutschen auftraggebenden Werkvertragspartner bei Infragestellung des Werkvertrags und Annahme einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung eine maßgebliche Rolle, ob er über die hier abgelehnte Anwendung von §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zum Arbeitgeber der bulgarischen Arbeitnehmer wird. In diesem Zusammenhang sollte ihm keinesfalls (nur) das Vorlageverfahren zum EuGH in der letzten Instanz nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorbehalten bleiben. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht⁸³ herausgestellt, dass ein Strafgericht in jedem Stadium des Strafverfahrens die Vorlage an den EuGH zu überprüfen,⁸⁴ also nicht erst in der letzten Instanz des Verfahrens aktiv zu werden hat.

Insoweit hat das BAG in seiner Vorlage an den EuGH⁸⁵ entsprechende Weichen gestellt, wobei für das BAG offen war, ob in dem Griechenland betreffenden Fall bei *der Existenzgefährdung eines anderen Mitgliedstaats die Anwendung der zu deren Abwendung erlassenen Normen als drittstaatliche Eingriffsnormen unionsstaatlich gefordert ist*.

Aus der Fragestellung des BAG an den EuGH wird deutlich, für wie hoch aufgehängt das BAG den Begriff „Eingriffsnorm“ nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erachtet. Welche denkbare Antwort hierauf der EuGH im Falle der Überprüfung des Eingriffscharakters der Vorschriftenfolge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG erteilen wird, lässt sich aus der Sicht der Verfasser unschwer abschätzen.

79 *Riederer von Paar*, in: Schüren/Hamann (Fn. 3), Einleitung S. 143 Rn. 661.

80 *Boemke/Lembke* (Fn. 4), Einleitung Rn. 22.

81 Hierzu heißt es bei *Doehner* (Fn. 31), Art. 9 Rom I-VO Rn. 16.

82 *Martiny* (Fn. 37), Rom I-VO Art. 9 Rom I-VO Eingriffsnorm, Grundlagen, Rn. 15.

83 BVerfG, 10. 7. 1989 – 2 BvR 751/89, NJW 1989, 2464.

84 Dazu hat das BVerfG im angeführten Beschluss vom 10. 7. 1989 – 2 BvR 751/89 (Fn. 83) ausgeführt: *Ein Strafgericht ist zwar gehalten, in jedem Stadium des Strafverfahrens mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob bei der Auslegung einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts Zweifel bestehen und ob die Vorlage an den EuGH gem. Art. 177 EUV veranlasst ist. Diese Prüfung ist jedoch nicht mit dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses abgeschlossen. Auch nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses kann der EuGH angerufen und die gemeinschaftsrechtliche Frage durch den hierfür zuständigen gesetzlichen Richter ausgelegt werden.*

85 BAG, 25. 2. 2015 – 5 AZR 962/13 (A) (Fn. 24), Rn. 10 (EuGH Rs. C-135/15)).