

02.17

ZESAR

Zeitschrift für europäisches
Sozial- und Arbeitsrecht

16. Jahrgang
Februar 2017
Seiten 49–96

www.ZESARdigital.de

Herausgeber:

Prof. Dr. Ulrich Becker
Max-Planck-Institut München

Prof. Dr. Dr. h. c. Eberhard Eichenhofer
Berlin

Prof. em. Dr. Maximilian Fuchs
Regensburg

Prof. Dr. Franz Marhold
Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Hartmut Oetker
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis
Universität zu Köln

Prof. Dr. Reinhard Resch
Johannes Kepler Universität Linz

Prof. Dr. Gregor Thüsing
Rheinische Friedrichs-Wilhelms-
Universität Bonn

Ilka Wölfle, LL.M.
Europavertretung der deutschen
Sozialversicherung, Brüssel

EU-Agenda

Nachrichten zum europäischen Sozial- und
Arbeitsrecht

Aufsätze

D. Oppermann

Leistungseinschränkungen und Sanktionen als Mittel
zur Bewältigung der Flüchtlingswelle

F. Hennecke

Deutsches Arbeitsrecht im Ausland:
Wirken die §§ 9, 10 AÜG grenzüberschreitend? (Teil I)

A. Knospe

Vom Wiener Kongress zur Genfer Arbeitskonferenz
in 200 Jahren

Vorlagen an den

EuGH

BAG, Urlaubsabgeltung / Tod des Arbeitnehmers /
Laufendes Arbeitsverhältnis
(*Anm. A. Schneider*)

Rechtsprechung

mit Anmerkungen

EuGH,
Arbeitslosengeld / Teilzeit /
Zusammenrechnung von Versicherungszeiten
(*Anm. H.-J. Reinhard*)

EuGH,
Vergütung mitgenommener Jahresurlaub /
Versetzung in den Ruhestand
(*Anm. G. Erler / K. Mayr*)



Dr. Frank Hennecke, Leitender
Ministerialrat a. D., Mannheim

Deutsches Arbeitsrecht im Ausland: Wirken die §§ 9, 10 AÜG grenzüberschreitend? (Teil I)

Dr. Frank Hennecke

Das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verlangt von einem Leiharbeitsunternehmen für die Arbeitnehmerüberlassung eine Erlaubnis. Hat das Unternehmen die Erlaubnis nicht, tritt eine empfindliche Sanktion ein: Der Entleiher der Arbeitnehmer wird unmittelbar deren Arbeitgeber, die Arbeitsverhältnisse mit dem Verleiher werden nichtig, soweit der Arbeitnehmer nicht widerspricht. Diese Rechtswirkungen treten unmittelbar durch Gesetz als materielle Rechtsänderung ein. Die Qualifizierung dieses Überganges der Arbeitsverhältnisse ist Gegenstand des ersten Teils der vorliegenden Abhandlung. Auch wird die Wirkung der sogenannten „Entsendebescheinigung“ untersucht. Die Untersuchung spitzt sich auf die Frage zu, ob die Zession der Arbeitsverhältnisse auch im grenzüberschreitenden Verkehr gelten kann, da die materielle Rechtsänderung als solche auch im Ausland unmittelbar eintreten und mit der dortigen Rechtslage in Konflikt geraten würde.

I. Einführung in die Problemstellung

Der freie Dienstleistungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt ist mit grenzüberschreitender Arbeitsleistung alltägliche Realität. Wird hierbei Leiharbeit gewerblich angeboten, bedarf das Leiharbeitsunternehmen in Deutschland der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG zum Schutze der Arbeitnehmer. Fehlt, aus welchem Grund auch immer, diese Erlaubnis, treffen den Verleiher wie den Entleiher rigide Konsequenzen: Nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG sind die Arbeitsverträge des Leiharbeitsunternehmens mit seinen Arbeitnehmern unwirksam und gehen diese Arbeitsverhältnisse im Wege einer gesetzlichen Fiktion auf den Entleiher über. Der gesetzlich verfügte Übergang der Arbeitsverhältnisse trifft sowohl die Unternehmen als auch die Arbeitnehmer schwer. Die grenzüberschreitenden Konsequenzen dieser Regelung scheinen hierbei aber weder vom Gesetzgeber noch bisher vom Schrifttum hinreichend bedacht. Der tiefgreifende Einschnitt in die Lebensverhältnisse insbesondere ausländischer Arbeitnehmer tritt so gut wie nicht ins Blickfeld. Reicht aber die Regelungshoheit des deutschen Gesetzgebers so weit, dass im Ausland begründete Arbeitsverhältnisse für nichtig erklärt und ausländische Arbeitnehmer in Arbeitsverhältnisse mit einem deutschen Unternehmen ohne ihren Willen und ohne ihr Zutun gezwungen werden können? Diese Frage ist, jedenfalls in der Europäischen Union, heute nicht mehr nach dem Internationalen Privatrecht des BGB, sondern nach der Rom I-Verordnung der Europäischen Union zu beantworten. Sollen demnach die §§ 9 Abs. 1

Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch im Ausland gelten, muss diesen Vorschriften die Qualität von „Eingriffsnormen“ nach Art. 9 Rom I-VO zukommen. Der vorliegende Beitrag versucht, insbesondere im Hinblick auf die betroffenen Arbeitnehmer, nachzuweisen, dass der Geltung der §§ 9 Absatz 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Ausland bereits die Entsendebescheinigung „A 1“ entgegensteht und dass im Übrigen den §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wegen zwiespältiger Arbeitnehmerschutzwirkung die hochrangige Qualität von Eingriffsnormen, die über den früheren Art. 34 EGBGB hinausgeht, fehlt. Folgerichtig können die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG die ausländischen Arbeitsverhältnisse nicht unwirksam machen. In weiterer Folge kommt es dann auch nicht zur Fiktion neuer Arbeitsverhältnisse in Deutschland.

Die Novelle zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vom 21. 10. 2016¹ führt zwar in § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ein Recht des Arbeitnehmers ein, an dem bisherigen Arbeitsverhältnis durch entsprechende Erklärung festzuhalten, und schränkt somit den Anwendungsbereich des automatischen Arbeitsplatzüberganges ein, ändert aber nichts an der grundsätzlichen Problematik.

¹ Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. 2. 1995, BGBl. I, S. 158, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 10. 2016 (Veröffentlichung vorgesehen).

II. Die Ausgangslage eines Falles

Der Fall fängt zunächst ganz einfach an. Er ist selbstverständlich fiktiv, sei aber wirklichkeitsnah dargestellt. Der Unternehmer W. betreibt in Warschau ein Unternehmen für Maler-, Verputzer- und Stukkateur-Arbeiten. Er beschäftigt mehrere sachkundige Arbeitnehmer, die in Vollzeit bei ihm arbeiten und die er nach polnischem Recht angestellt hat, für die er nach polnischem Recht den maßgeblichen Lohn zahlt und die nach polnischem Recht sozialversichert sind. W. tritt in Geschäftsbeziehungen zu dem Bauunternehmer B., der in Berlin am Wiederaufbau des Berliner Schlosses beteiligt ist. W. und B. vereinbaren einen Werkvertrag, aufgrund dessen W. in Berlin eine bestimmte Raumausstattung des Schlosses ausführen soll. Für die Ausführung der Arbeiten wird ein Zeitraum von sechs Monaten in Aussicht genommen. W. entsendet demgemäß einige seiner Arbeitnehmer nach Berlin. Sie nehmen dort ihre Arbeit auf. Während dieser Zeit zahlt W. seinen Arbeitnehmern den in Polen vereinbarten Lohn und bleiben die Arbeitnehmer in Polen sozialversichert.

Unter Vorwegnahme der einschlägigen Rechtsvorschriften sei an dieser Stelle bereits angemerkt, dass für die polnischen Arbeitnehmer für ihre Arbeit in Berlin die Entsendebescheinigung „A 1“ nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004² vorliegen muss. Hierin wird bestätigt, dass die Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber W. beschäftigt sind. Eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG hat W. nicht. Sodann ist auch eindeutig, dass die Arbeitnehmer des W. nur zu diesem, nicht aber zu B. in einem Arbeitsverhältnis stehen. Zwischen W. und B. besteht ein Werkvertrag; für diesen gelten §§ 631 ff. BGB; die Arbeitnehmer des W. sind gegenüber dem B. insoweit Erfüllungsgehilfen. Es besteht also zu Anfang ein zweipoliges Rechtsverhältnis – der Werkvertrag – zwischen W. und B., und zwar nur dieses. Die Arbeitsverträge zwischen W. und seinen Arbeitnehmern sind hiervon unberührt.

Jetzt passiert aber Folgendes: B. behandelt die Arbeitnehmer des W. wie eigene Arbeitnehmer, erteilt ihnen Weisungen, setzt sie für beliebige, auch anderweitige Arbeiten ein und regelt ihre Arbeitszeiten. W. seinerseits lässt dies geschehen und kümmert sich nicht darum.

Welche Rechtsfolgen treten ein? Generell, über den Fall hinaus, welche Rechtsfolgen im Falle grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse treten ein, wenn, aus welchen Gründen auch immer, eine wirksame Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG nicht vorliegt?

Die Rechtsfolgen sind brisant, da erhebliche Störungen im internationalen Dienstleistungsverkehr, sogar in den internationalen Beziehungen eintreten können.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich aus Gründen des Umfangs auf die Tatbestände von § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, lässt sich aber analog auch auf die Tatbestände in § 9 Abs. 1 Nr. 1a, 1b, 2 AÜG beziehen.

III. Der Eintritt der Rechtswirkungen nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nach deutschem Recht

1. Vom vereinbarten Werkvertrag zur faktischen Arbeitnehmerüberlassung

Auch wenn ein Werkvertrag vereinbart ist, kann trotzdem Arbeitnehmerüberlassung entstehen, wenn abweichend vom Inhalt des Werkvertrages die Abwicklung der Sache nach nichts weiter als die Vermittlung unselbstständiger Arbeit ist oder aber die tatsächliche Ausführung des Werkvertrages sich soweit von einer eigenständigen Erstellung des Werkes entfernt, dass faktisch unselbstständige Arbeit erbracht wird. Die vorgesehene werkvertragliche Abwicklung kann dann in Überlassung unselbstständiger Arbeitsleistung, in zunächst ungewollte, aber faktische *Arbeitnehmerüberlassung* umschlagen, sofern es nicht zu einer vertraglichen Arbeitnehmerüberlassung kommt. Ergibt sich aus der Durchführung tatsächlich die reine Arbeitsleistung, liegt Leiharbeit vor, allerdings ohne vertragliche Begründung. An die Stelle des zweipoligen Rechtsverhältnisses zwischen W. und B. ist jetzt ein dreipoliges getreten, an dem W., B. und die Arbeitnehmer des W. beteiligt sind.

Rechtsprechung³ und Schrifttum haben sich ausführlich mit der Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt, gerade weil die jeweiligen Rechtsfolgen sehr verschieden sind⁴. Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung ist die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers: Wer in einem Betrieb allein der Weisungshoheit des Betriebsinhabers unterliegt und in dessen Betrieb vollständig integriert ist, erbringt kein „Werk“, sondern ist Arbeitnehmer.

Im vorliegenden Falle hat B. sich die Arbeitnehmer des W. voll unterstellt. Sie erbringen als Erfüllungsgehilfen des W. kein „Werk“ mehr, sie sind für B. vielmehr faktisch Arbeitnehmer wie alle anderen, die er sonst beschäftigt.

2. Der Erlaubnisvorbehalt nach § 1 Abs. 1 AÜG

Die Arbeitnehmerüberlassung steht nach § 1 Abs. 1 AÜG unter Erlaubnisvorbehalt: „Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer

2 Ausgangspunkt: Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern; Amtsblatt der Europäischen Union L 149 vom 5. 7. 1971 (zuletzt geändert durch VO(-EG) Nr. 592/2008, ABl. EU L 177); die „A 1 Bescheinigung“ und deren Rechtsfolgen ergeben sich aus der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004, ABl. EU L 166/ 1 sowie der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 9. 2009, ABl. EU L 284/1 (geändert durch Verordnung Nr. 465/2012 vom 22. 5. 2012, ABl. EU L 149/4).

3 Wegweisend die „Brammenflämmer-Entscheidung“ des BAG v. 5. 3. 1991 – 1 ABR 39/90, BB 1991, 1338–1340 = NZA 1991, 686–68, sowie die „Bremszylinder-Entscheidung“ des BAG v. 13. 5. 1992 – 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357–360. Bestätigt durch EuGH v. 18. 6. 2015, Rs. C-586/13 (Martin Meat), EWS 2015, 209–213, mit Kommentar von Tuengerthal / Andorfer.

4 Nachweise aus dem Schrifttum Schüren (Hg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 113 ff. und Anhang II, S. 754 ff.; Thüsing (Hg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 69 ff.; Boehmke / Lembke (Hg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 84 ff.

wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.“ Im vorliegenden Falle liegt eine solche Erlaubnis nicht vor. W. hatte auch keinen Anlass gesehen, sich eine solche zu besorgen, da er ja einen Werkvertrag, aber keine Arbeitnehmerüberlassung vereinbaren wollte. Dass er auch als Unternehmer mit Sitz im Ausland diese Erlaubnis für die Entsendung von Arbeitnehmern nach Deutschland nach deutschem Recht gebraucht hätte, sollte außer Zweifel stehen⁵. Fehlt die Erlaubnis aber, treffen den Verleiher verschiedene Sanktionen nach dem AÜG. Einschneidend ist die Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG (n.F. 2016): Das Vertragsverhältnis mit dem Besteller der Leistung ist unwirksam.

3. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Der Gesetzgeber belässt es aber nicht bei der Sanktion der Unwirksamkeit des ursprünglichen Vertrages, sondern geht entscheidende Schritte weiter. Was eingreift, ist der Regelungsmechanismus der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG sind in diesem Falle „Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern“ unwirksam. Diese Unwirksamkeit ist eine doppelte: Unwirksam ist der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher, und unwirksam sind die Arbeitsverträge zwischen dem Verleiher und seinen verliehenen Arbeitnehmern. Im vorliegenden Falle würde das bedeuten: Der „Werkvertrag“ zwischen W. und B. wäre unwirksam, und die Arbeitsverträge, die zwischen W. und seinen polnischen Arbeitnehmern bestehen, würden ebenfalls unwirksam. Und damit nicht genug: In die Lücke, in die die Arbeitnehmer des Verleihers wegen der Unwirksamkeit ihrer Arbeitsverträge fallen, springt § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein: „Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ... als zustandegekommen.“ Für den Fall des Fehlens der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG fingiert das Gesetz daher über §§ 9 Abs. Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG neue Arbeitsverhältnisse zwischen dem Entleiher und den Arbeitnehmern des Verleihers⁶. Auf den Willen der Arbeitnehmer kommt es zunächst nicht an. *Das Gesetz fingiert eine Zession der Arbeitsverhältnisse.*

Die Neuregelung von § 9 AÜG im Gesetz vom 21. 10. 2016⁷ führt zwar ein Recht des Arbeitnehmers ein, durch entsprechende Erklärung am bisherigen Arbeitsverhältnis festzu-

halten⁸. Damit entschärft sich die Situation weitgehend. Der Anwendungsbereich des früheren § 9 Nr. 1 AÜG, in dem keine gegenläufige Erklärung des Arbeitnehmers vorgesehen war, ist damit erheblich geschrumpft. Der grundlegende Automatismus der Arbeitsplatzzession ist jedoch in den Fällen geblieben, in denen es, aus welchem Grund auch immer, zu der gegenläufigen Erklärung des Arbeitnehmers nicht kommt. Diese Fallkonstellation gilt unverändert für die vorliegende Untersuchung.

4. Die Rechtswirkungen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

a) Die Normen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Sondertypus

Die Eigenart des Regelungsmechanismus der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG besteht darin, dass das Gesetz selbst den Übergang der Arbeitsverhältnisse herbeiführt, dass also unmittelbar durch Gesetz eine neue materielle Rechtslage entsteht, sofern nur der Tatbestand des Fehlens der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG gegeben ist. Die neue Rechtslage wird somit nicht erst durch einen konstitutiven Akt der Rechtsprechung oder einer Verwaltungsbehörde herbeigeführt oder ausgesprochen, indem etwa durch Urteil oder Verwaltungsakt die Rechtsfolge der Zession erst angeordnet würde, sondern tritt kraft Gesetzes unmittelbar ein. Die §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG werden auch nicht in dem Sinne „angewandt“, dass eine zur Entscheidung befugte Behörde oder ein Gericht nach Subsumtion des Sachverhaltes unter den gesetzlichen Tatbestand die in der Norm vorgesehene Rechtsfolge erst zur Geltung bringen müsste (z.B. durch einen Verwaltungsakt oder ein Strafurteil); es kommt vielmehr auf eine „Anwendung“ überhaupt nicht an. Die neue Rechtslage tritt von allein ein. Die Rechtslage des Überganges der Arbeitsverhältnisse ist dabei ausschließlich privatrechtlicher Natur. Es kann in der Praxis daher nur um die Feststellung gehen, ob die neue Rechtslage eingetreten ist oder nicht. Genau das macht den Sondertypus der Regelung von §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aus, dass deren Rechtsfolge nicht erst durch „Anwendung“ auf einen Sachverhalt zur Geltung gebracht werden muss, wie dies sonst etwa bei Straf- und Bußgeldtatbeständen durch Bußgeld oder Strafurteil, bei sonstigen zivilrechtlichen Tatbeständen durch Verurteilung zur Leistung oder bei ordnungsrechtlichen Tatbeständen durch einen Verwaltungsakt geschieht.

Ergänzend sei zur Sachlage noch hinzugefügt, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse nur den Zeitraum umfassen kann, in dem die in Aussicht genommene Arbeit stattfin-

5 Brors, Arbeitnehmerüberlassung und Territorialprinzip. Praktische Fragen bei grenzüberschreitender Entsendung, DB 2013, 2087–2089, m. w. N.

6 Zur arbeitnehmerschützenden Wirkung und zu den verfassungsrechtlichen Grenzen dieser Fiktion im Hinblick auf eine aktuell bevorstehende Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes jüngst Böhm, Fiktiver (Leih)Arbeitnehmerschutz (§§ 9, 10 AÜG-E)?!, NZA 2016, 528–531.

7 (Veröffentlichung vorgesehen).

8 Das „Widerspruchsrecht“ des Arbeitnehmers war während des Gesetzgebungsverfahrens umstritten; vgl. u. a. Brors, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672 ff.; hiergegen Hennecke, AÜG-Reform: Wahlrecht der Arbeitnehmer und Verfassungsrecht, NZA 2016, 1309–1312. Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: Ausarbeitung „Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Ausgewählte Einzelfragen“, WD 6 – 3000 – 113/16, S. 16 f., m. w. Nachweisen.

den soll, dass die Zession also je nach Sachlage nur befristet zu gelten braucht⁹.

b) Die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als untrennbare Regelungseinheit

Die Regelungen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bilden eine *untrennbare Einheit*. Die Fiktion von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG setzt zwingend voraus, dass die ursprünglichen Arbeitsverträge mit dem Verleiher gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG nicht mehr bestehen, und umgekehrt erfordert die Unwirksamkeit der Arbeitsverträge nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG eine Kompensation durch Begründung neuer Arbeitsverträge mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Wenn man den Arbeitnehmern des Verleihers ihren Arbeitsplatz nimmt, muss man ihnen, damit sie nicht in Arbeitslosigkeit fallen, einen Ersatz bieten. Nur so kann mit den strengen Sanktionen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, die man zunächst auch zu Lasten der Arbeitnehmer verfügt, überhaupt ein Arbeitnehmerschutz erreicht werden, den man mit dem Gesetz will. Die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG können daher von ihrem Sinn- und Regelungszusammenhang nicht jeweils unabhängig voneinander bestehen.

5. Die Tatbestandswirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Wenn somit die Rechtsfolgen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG von Gesetzes wegen ohne weiteres Zutun einer Behörde oder eines Gerichtes eintreten, wenn nur der Tatbestand unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung erfüllt ist, kommt der hierdurch entstandenen materiellen Rechtslage des Überganges der Arbeitsverhältnisse *Tatbestandswirkung* für andere Vorschriften zu, die eben diese materielle Rechtslage voraussetzen. In Betracht kommen die Bußgeld- und Straftatbestände der §§ 15, 16 AÜG, § 266a StGB und die Vorschriften des Sozialversicherungsrechtes, die an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses sozialversicherungsrechtliche Ansprüche anknüpfen.

6. Folgen der Tatbestandswirkung §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse eingetreten, ist der Entleiher Arbeitgeber der Arbeitnehmer des Verleihers geworden. Für diesen Fall schuldet er den Arbeitslohn, neuerdings den Mindestlohn, ist er für alle Arbeitsschutzmaßnahmen zuständig und ist er verpflichtet, die Sozialabgaben abzuführen. Da ihn der Übergang der Arbeitsverhältnisse aber unvorhergesehen, auch mit Rückwirkung, treffen kann, tritt die Situation ein, dass er für die Vergangenheit keine Sozialabgaben gezahlt hat und daher nachzahlen muss.

Das kann strafrechtliche Folgen nach §§ 15, 15a AÜG und § 266a StGB zur Folge haben. Im Bußgeld- und Strafver-

fahren wird dann geprüft, ob der jeweilige Tatbestand erfüllt ist, und das ist der Fall, wenn die Tatbestandswirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG greift. So schlägt der Übergang der Arbeitsverhältnisse tatbestandlich auf die Bußgeld- und Straftatbestände durch. Bei der Anwendung der materiell-rechtlichen Buß- und Straftatbestände wird daher vom Gericht impliziert geprüft, ob der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Tatbestand der Bußgeld- oder Strafnorm eingetreten ist, ob also der bisherige Entleiher neuer Arbeitgeber geworden ist.

Soweit Sozialabgaben nicht gezahlt sind, wird der neue Arbeitgeber von den Sozialversicherungsträgern durch Leistungsbescheid zur Nachzahlung herangezogen. Tatbestandsvoraussetzung des sozialversicherungsrechtlichen Anspruchs, die von den Sozialbehörden bei Erlass des Leistungsbescheides zu prüfen ist, ist wiederum das Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Hat die Arbeitnehmerüberlassung einen längeren Zeitraum gedauert, kann es hier zu ganz erheblichen Summen kommen, die für den neuen Arbeitgeber schwerwiegende finanzielle Folgen haben. Ficht der Arbeitgeber den Leistungsbescheid vor den Sozialgerichten an, prüft das Sozialgericht den Tatbestand und damit den Eintritt der materiellen Rechtsfolgen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Voraussetzung der sozialversicherungsrechtlichen Inanspruchnahme¹⁰.

Die Legalität von Beschäftigungsverhältnissen wird nach §§ 17 Abs. 2, 17a AÜG von den Zollbehörden kontrolliert. Beschäftigt ein Arbeitgeber ausländische Arbeitnehmer, müssen die aufenthaltsrechtlichen Bedingungen gegeben sein. Ist aber der Arbeitgeber erst über §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ungewollt in die Arbeitgeberposition gelangt, fehlt es seinen neuen Arbeitnehmern an eben diesen Bedingungen. Die Beschäftigung ist dann illegal und Eingriffsmaßnahmen der Zollbehörden sind die Folge. Wiederum kommt es auf die Tatbestandswirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Eingriffe der Zollbehörden an.

IV. Die internationalrechtliche Dimension des Sachverhaltes

1. Unwirksamkeit der Arbeitsverträge im Ausland?

Beliebt man es schlicht bei der Tatbestandswirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in der deutschen Rechtsordnung, würde völlig außer Betracht bleiben, dass der Fall eine eindeutige Auslandsbeziehung hat. Mag man zunächst auch voraussetzen, dass für den Fall deutsches Recht gilt und dass die Vertragspartner, bewusst oder konkludent, die Geltung des deutschen Rechtes bestimmt oder vorausgesetzt haben, so muss doch gefragt werden, ob der Sitz von W. in Polen und die Beschäftigung polnischer Arbeitnehmer für die

⁹ Vgl. etwa Wank in ErfKomm, 16. Aufl. 2016, § 10 Rn. 16, 17, S. 667; Gotthardt/Roloff in Henssler/Willemsen/Kalb (Hg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, § 10 AÜG, Rn. 8–10, S. 513 f.

¹⁰ Vgl. hierzu Tuengerthal/Geißer, Anspruch der Sozialversicherungsträger in Deutschland bei Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, BB 2014, 2874–2876.

Rechtsfolgen auch des deutschen Rechtes ohne Belang sind. Denn mit der uneingeschränkten Annahme der Zession nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 AÜG und deren Tatbestandswirkung wären auch der polnische Unternehmer und seine polnischen Arbeitnehmer selbst betroffen.

Denkt man nämlich die Rechtsfolgen der § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG konsequent weiter¹¹, wären ja auch die Arbeitsverträge des W. mit seinen polnischen Arbeitnehmern jedenfalls in dem Umfang unwirksam, wie sie in Berlin arbeiten; die polnischen Arbeitnehmer verlören ihren polnischen Arbeitgeber und würden in der Tat zu Arbeitnehmern des deutschen Arbeitgebers. W. müsste keinen Lohn mehr zahlen, die polnischen Arbeitnehmer fielen aus der polnischen Sozialversicherung heraus. Aber selbst wenn man, aus welchem Grund auch immer, diese Konsequenz nicht ziehen und die Arbeitsverhältnisse in Polen bestehen lassen würde, befänden sich die Arbeitnehmer nach deutschem Recht in einem Arbeitsverhältnis in Deutschland und gleichzeitig nach polnischem Recht in einem Arbeitsverhältnis in Polen, also in zwei Arbeitsverhältnissen.

Man stelle sich auch den umgekehrten Fall vor, dass ein deutscher Verleiher, der keine Arbeitserlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG hat, seine Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung bei einem anderen Unternehmen ins Ausland entsendet¹²: Befinden sich jetzt die deutschen Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis mit einem ausländischen Unternehmen und nach ausländischem Recht?

Und was meist übersehen wird: Die A1-Bescheinigungen, denen nach EU-Recht konstitutive Bedeutung für die internationalen Rechtsbeziehungen im EU-Raum zukommt¹³, würden unrichtig.

Das wäre in der Tat ein rundum befremdliches Ergebnis.

2. Die Rechtswirkung der A1-Bescheinigung als Ausschluss von § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Eine Problemlösung muss zunächst bei Bewertung der Rechtswirkungen der A1-Bescheinigung ansetzen. Die A1-Bescheinigung wird von den für die Sozialversicherung von Arbeitnehmern zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ausgestellt. Die Bescheinigung bestätigt im Falle unselbstständiger Arbeit, dass der Arbeitnehmer bei einem bestimmten Arbeitgeber angestellt und sozialversichert ist. Die Bescheinigung hat Wirkung für internationale Arbeitsbeziehungen: Entsendet ein Arbeitgeber eines Staates seine Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einen anderen Staat der

Europäischen Union, so attestiert die A1-Bescheinigung die Sozialversicherung des Arbeitnehmers in seinem Heimatstaat, so dass er in dem Staat, in den er entsendet wird, der Sozialversicherung nicht unterliegt. Die A1-Bescheinigung garantiert somit die Sozialversicherung von Arbeitnehmern bei internationalen Arbeitsbeziehungen und schafft Klarheit, ob und wo Sozialversicherung besteht. Die A1-Bescheinigung ist daher für den Europäischen Binnenmarkt, der freie Dienstleistung einschließt, von zentraler Bedeutung. Die A1-Bescheinigung ist geradezu Bedingung für den freien Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union. Einerseits wird der soziale Schutz der Arbeitnehmer gewährleistet, andererseits für den Besteller der Arbeitsleistung absolute Rechtssicherheit geschaffen. Die A1-Bescheinigung wird daher in der Europäischen Union als schlechthin konstitutiv und damit für alle Rechtsgebiete als wirksam angesehen¹⁴. Das wirkt sich insbesondere auch dahingehend aus, dass die Geltung der A1-Bescheinigung auch durch Gerichte eines jeweiligen anderen Staates nicht geprüft und in Zweifel gezogen werden darf. Gibt es Zweifel, sind diese ausschließlich von der ausstellenden Behörde des jeweiligen Staates zu prüfen, und nur diese kann gegebenenfalls eine Korrektur vornehmen. In der Rechtssache *Herbosch Kiere* hat der EuGH zu der früheren, aber gleichbedeutenden „E101-Bescheinigung“ deutlich festgestellt: „... ergibt sich, dass ein Gericht des Gaststaates nicht befugt ist, die Gültigkeit einer Bescheinigung E101 im Hinblick auf die Bestätigung der Tatsachen, auf deren Grundlage eine solche Bescheinigung ausgestellt wurde, insbesondere das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindung zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer, zu überprüfen.“¹⁵

Die konstitutive Wirkung der A1-Bescheinigung erweist sich gerade auch darin, dass sich die hierin enthaltene Bestätigung des Arbeitsverhältnisses und der Sozialversicherung nicht nur der Überprüfung durch Behörden und Gerichte des jeweils anderen Staates entzieht, sondern darüber hinaus *materiell-rechtliche* Wirkung hat. Das Beschäftigungs- und Sozialversicherungsverhältnis gilt als bestehend: Der ausländische Arbeitnehmer hat einen wirksamen Arbeitsvertrag mit seinem ausländischen Arbeitgeber, und er steht in seinem Heimatstaat in einem Sozialversicherungsverhältnis. Das hat die weitere Folge, dass, solange der ausländische Staat die Bescheinigung nicht zurückgenommen hat, die materielle Rechtswirkung fortbesteht und als solche für die jeweilige Rechtsanwendung durch die Gerichte *Tatbestandswirkung* hat.

Würde nun aber in der deutschen Rechtsordnung über § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG das Arbeitsverhältnis im Ausland materiell-rechtlich unwirksam,

¹¹ Was der Verfasser etwa in BSG, Urt. v. 25. 10. 1988 – 12 RK 21/87, vermisst, das zwar bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen die Geltung von § 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 mit der hierin geregelten Zession der Arbeitsverhältnisse annimmt (Rn. 22, 23), aber offenlässt, was mit den ausländischen Arbeitsverhältnissen geschehen soll. Ebenso OLG Stuttgart, Urt. v. 5. 4. 1989 – 7 U 274/87.

¹² Zu diesen – hier nicht behandelten – „Outbound-Fällen“ vgl. etwa Hoch, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, BB 2015, 1717–1721.

¹³ Exemplarisch der vom EuGH entschiedene Fall EuGH, Urt. v. 18. 6. 2013, Rs. C-586/13 (Martin Meat), hierzu die Anmerkung von Tuengerthal/Andorfer, EWS 2015, 209, 213.

¹⁴ Ständige Rechtsprechung des EuGH, siehe etwa EuGH, Urt. v. 26. 1. 2006, Rs. C-2/05 (Herbosch Kiere); EuGH, Urt. v. 9. 9. 2015, Rs. C-72/14. Vgl. hierzu auch die luziden Ausführungen des Generalanwalts beim EuGH zur Rs. C-425/93 (Calle Grenzshop). So auch BFH, Urt. v. 15. 3. 2012 – III R 52/08. Vgl. hierzu auch Tuengerthal/Geißer, EuGH und Entsendebescheinigungen, AuR 2014, 84–85.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 26. 1. 2006, Rs. C-2/05 (Herbosch Kiere). Tuengerthal, Die vielfach bewusst übersehene Bedeutung der EuGH-Entscheidung „Herbosch Kiere“, Blickpunkt Dienstleistung, 2012, S. 20–23.

würde die A1-Bescheinigung der betreffenden Arbeitnehmer unrichtig: Sie wären ja jetzt Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers und unterlägen der deutschen Sozialversicherungspflicht. Die Rechtslage nach deutschem Recht träte zur A1-Bescheinigung in Widerspruch. Die A1-Bescheinigung verlöre an Wert, wenn das deutsche Recht Tatbestände schaffen könnte, die unabhängig von einer Entscheidung der zuständigen ausländischen Behörde die materiell-rechtliche Wirkung der Bescheinigung aufheben und durch deutsche Rechtsfolgen ersetzen könnte. Die europarechtliche Wirkung der A1-Bescheinigung stünde zur Disposition des deutschen Gesetzgebers, Europarecht und deutsches Recht gerieten in Widerspruch.

Damit liegt eine Kollision zwischen Europarecht und Rechtssätzen eines deutschen Gesetzes vor. Diese Normkollision ist nach europarechtlichen Grundsätzen nur in der Weise zu lösen, dass das nationale Gesetz gegenüber der höherrangigen europarechtlichen Norm zurücktritt. Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Regelung der Unwirksamkeit der Arbeitsverträge mit dem Verleiher nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG nicht gilt und somit das Arbeitsverhältnis im Ausland fortbesteht. Gilt aber § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG nicht, kann auch die weitere Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wegen des untrennbaren Sach- und Regelungszusammenhanges ebenfalls nicht eintreten. Die Arbeitnehmer bleiben Arbeitnehmer des ausländischen Verleihers.

Damit entfällt, wenn eine A1-Bescheinigung vorliegt, auch die Tatbestandswirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für das deutsche Bußgeld-, Straf- und Sozialversicherungsrecht. Was allerdings nicht entfällt, sind Normen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, die auf sonstige Weise, etwa ordnungsrechtlich und damit öffentlich-recht-

lich den Arbeitnehmerschutz verwirklichen wollen: Das gilt für § 1 Abs. 1 AÜG, und für § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 AÜG insofern, als das Vertragsverhältnis zwischen Entleiher und Verleiher für unwirksam erklärt wird. Das mag so wirken, lässt aber die Arbeitsverhältnisse im Ausland unberührt. So bleiben allenfalls inländische Rechtsverhältnisse abzuwickeln, die Arbeitnehmer können in ihr Heimatland zurückgerufen werden, oder aber die Vertragspartner können ihre Verhältnisse nachbessern. Es ergäbe sich ein für alle Beteiligten gut verträgliches Ergebnis¹⁶.

3. Internationales Privatrecht – Die Rom I-VO

Will man aber der Argumentation über die A1-Bescheinigung nicht folgen¹⁷, kommen weitere Überlegungen zum Zuge.

Der internationalrechtliche Bezug des Falles führt nämlich auch zur Anwendung des Internationalen Privatrechtes. Für die Europäische Union ist an die Stelle des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) die Rom I-Verordnung in die Funktion des Internationalen Privatrechtes getreten¹⁸. Die Rom I-Verordnung regelt, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates der EU für die jeweiligen Rechtsgebiete gelten soll. Die Rom I-VO ist als Verordnung der Europäischen Union von der Normqualität her höherrangiges Recht als das Recht der Mitgliedstaaten, regelt aber der Sachqualität nach die Kollision zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten untereinander. Es bleibt daher zu fragen, ob nicht auch die Rom I-Verordnung Antwort auf die Frage gibt, ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Ausland Rechtswirkung entfalten.

(Der Beitrag wird in ZESAR 3/2017 fortgesetzt)

16 Wie hier, im Ergebnis: Zimmermann, Internationaler Arbeitnehmereinsatz, AuR 2010, 514–517; vgl. auch Tuengerthal/Geißer, Umfassende Bindungswirkung auch bei Werkverträgen – EuGH zu Entsendebescheinigungen, AuR 2014, 84–85.

17 So 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. Ulber schränkt den Geltungsbereich der A1-Bescheinigung auf lediglich die Zuordnung zu einem System der sozialen Sicherheit ein, nimmt aber deren materiell-rechtliche Wirkung auf die in- und ausländischen Arbeitsverhältnisse nicht konsequent ins Blickfeld, die sich aber notwendigerweise aus dem Konsekutivzusammenhang der Fiktion neuer Arbeitsverhältnisse in Deutschland und der Nichtigkeitserklärung der ausländischen Arbeitsverhältnisse ergibt. Es ist aus der Sicht des Verfassers eben nicht damit getan, die Geltung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Interesse der deutschen Sozialversicherung zu postulieren, die Wirkung auf die ausländischen Arbeitsverhältnisse aber dahinstehen zu lassen. Letztlich beruht der Versuch einer Restriktion der Wirkung der A1-Bescheinigung auf einer Überinterpretation der arbeitnehmerschützenden Wirkung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, der in vorliegendem Beitrag allerdings entgegengetreten wird.

18 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU L 177/6.



Dr. Frank Hennecke, Leitender
Ministerialrat a. D., Mannheim

Deutsches Arbeitsrecht im Ausland: Wirken die §§ 9, 10 AÜG grenzüberschreitend? (Teil II)

Dr. Frank Hennecke

Im ersten Teil der vorliegenden Untersuchung (ZESAR 2017, 63 ff.) waren die Rechtswirkungen der §§ 9, 10 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes behandelt worden. Die Rechtswirkungen bestanden für den Fall einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis in der gesetzlichen Zession der Arbeitsverhältnisse vom Verleiher auf den Entleiher. Dabei ist die Frage aufgetreten, ob eine solche Zession auch in der Weise gelten kann, dass ausländische Arbeitnehmer im Heimatland ihre Arbeitsverhältnisse verlieren und zu Arbeitnehmern in Deutschland werden. Der hierdurch womöglich auftretende Konflikt mit der ausländischen Rechtsordnung ist über das Internationale Privatrecht zu lösen. Innerhalb der Europäischen Union gilt insoweit die „Rom I-Verordnung“. Die Rom I-VO schliesse die Rechtswirkung im Ausland zwar grundsätzlich aus, würde aber über Art. 9 eine Ausnahme zulassen: Wären in diesem Sinne §§ 9, 10 AÜG „Eingriffsnormen“, die unbedingte Geltung auch gegenüber dem europäischen Ausland beanspruchen dürften, träte die grenzüberschreitende Wirkung tatsächlich ein. Die vorliegende Abhandlung versucht demgegenüber nachzuweisen, dass die §§ 9, 10 AÜG den Qualitätsanforderungen an „Eingriffsnormen“ nicht genügen. Demzufolge endet die Wirkung von §§ 9, 10 AÜG an den Landesgrenzen. Ausländische Arbeitsverhältnisse bleiben unberührt.

V. Die Rom I-Verordnung der EU: Eingriffsnormen

1. Art. 3 Rom I-VO: Freiheit der Rechtswahl

Nach Art. 3 der Rom I-VO besteht für Vertragspartner grundsätzlich die Freiheit, die Wahl der Rechtsordnung, die für ihr Vertragsverhältnis gelten soll, autonom zu bestimmen. In den folgenden Vorschriften aber werden für bestimmte Vertragstypen jeweils gesonderte Regelungen getroffen.

In vorliegendem Falle ist von den Parteien keine besondere Vereinbarung hinsichtlich der Rechtsordnung getroffen worden, die für ihre werkvertragliche Vereinbarung gelten soll. Den Umständen ist zu entnehmen, dass für den geschlossenen Vertrag die deutsche Rechtsordnung stillschweigend vorausgesetzt wird.

2. Art. 8 Rom I-VO: Arbeitsverträge

In vorliegendem Fall ist eine faktische Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer bei einem deutschen Arbeitgeber eingetreten. Es stellt sich daher die Frage, welche Rechtsordnung für die eingetretene Situation gilt. Hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse haben die Vertragspartner aber keinerlei Vereinbarung getroffen; zwischen ihnen war lediglich ein Werkvertrag gewollt. Für diesen Werkvertrag gilt unzweifelhaft deutsches Recht. Zum Werkvertrag aber trifft Art. 8 Rom I-VO keine besonderen Regelungen; diese sind nach allgemeiner Auffassung in Art. 4 Abs. 1 Buchst. b ROM I-VO enthalten. Für Arbeitsver-

hältnisse aber gilt Art. 8 Rom I-VO. Art. 8 Rom I-VO trägt zwar die Überschrift „Individualarbeitsverträge“; es ist aber anerkannt, dass Art. 8 Rom I-VO auch für alle Arbeitsverhältnisse gilt, denen kein ausdrücklicher oder ein auch nur zweifelhafter Individualarbeitsvertrag zugrundeliegt¹⁹. „Art. 8 erfasst sämtliche Formen von Arbeitsbeziehungen...“²⁰. Die Schutzwirkungen des Art. 8 Rom I-VO sollen auch für den Fall greifen, dass ein Arbeitnehmer gerade wegen eines defizitären Arbeitsvertrages des besonderen Schutzes bedarf²¹.

Für den vorliegenden Fall findet Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO keine Anwendung. Zwischen B. und W. ist kein Individualarbeitsvertrag geschlossen. Der ursprünglich gewollte Werkvertrag sagt über die Arbeitsverhältnisse des Werknehmers nichts aus und brauchte dazu auch nichts zu regeln. Es kommt daher auch nicht auf die Schutzwirkung von Art. 8 Abs. 1 Satz 2

19 Rauscher, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2009, S. 269, Rn. 1172; Thorn in Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, Art. 8 Rom I-VO, Rn. 2, S. 2749; Martiny in MüKo-BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 8 Rom I-VO, Rn. 23, S. 485/486; van Hein in Rauscher (Hg.), Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht EuRRP/EuIPR, Band III, 4. Aufl. 2016, Art. 8 Rom I-VO, Rn. 19, S. 398; Tillmanns in Henssler/Willemsen/Kalb (Hg.): Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, Rom I-VO, Rn. 9, S. 2787.

20 Magnus in Staudinger, BGB (2011), Art. 8 Rom I-VO, Rn. 33, S. 565.

21 Zur Anwendung von Art. 8 Rom I-VO auf „Konzerninterne Entsendung ins Inland“ jüngst Deinert, Konzerninterne Entsendung ins Inland, ZESAR, 2016, 107-116. Die Rechtsfolgen von §§ 9 Nr. 1, 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG bleiben hier allerdings unerörtert.

Rom I-VO an, die verhindern will, dass sich Arbeitgeber durch eine freie Rechtswahl der Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer entziehen können.

Was aber Anwendung findet, sind die Absätze 2–4 von Art. 8 Rom I-VO. Diese Tatbestände betreffen Fälle grenzüberschreitender Arbeitsleistung, zu denen es, wie hier, keine vertragliche Vereinbarung gibt. Es liegen in vorliegendem Falle entweder wirksame Arbeitsverhältnisse in Polen oder vorübergehende, zumindest faktische Arbeitsverhältnisse in Deutschland vor. Demnach kommt es mangels einer ausdrücklichen Rechtswahl auf den Ort der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO) oder die Niederlassung des Arbeitgebers an (Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO) an, sofern sich nicht andere Umstände ergeben (Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO). *Aus allen Tatbeständen ergibt sich im vorliegenden Fall für die polnischen Arbeitnehmer die Geltung polnischen Rechtes.* Das ist der Sache nach einsichtig, entspricht den Vorstellungen aller Beteiligten und ist im Ergebnis zufriedenstellend²².

Für die Antwort auf die Frage nach der Wirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG auf das polnische Recht aber ergibt sich unmittelbar nichts.

3. Art. 9 Rom I-VO: Eingriffsnormen

Eine Antwort könnte sich aber aus Art. 9 Rom I-VO ergeben. „Die Vorschrift behandelt den umstrittensten Problembereich des internationalen Vertragsrechts: Wenn nämlich das von den ‚normalen‘ Anknüpfungsregeln berufene Recht gegenüber zwingenden Vorschriften eines anderen Rechts zurückzutreten hat, das mit diesen oft öffentlich-rechtlichen Bestimmungen eigene staatliche Interessen mit unbedingtem Geltungsanspruch international durchsetzen soll²³.“

Art. 9 Rom I-VO enthält eine Ausnahmeregelung gegenüber den Spezialvorschriften über die verschiedenen Vertragstypen, nach denen sich sonst die Geltung der jeweiligen Rechtsordnung ergibt. Nach Art. 9 Rom I-VO lässt sich die unbedingte Geltung einer Rechtsnorm für einen bestimmten Sachverhalt mit internationalem Bezug abweichend von der sonst geltenden Rechtsordnung ableiten, wenn es im nationalen Recht eine „zwingende Vorschrift“ gibt, „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.“ In diesem Falle spricht die Verordnung von „Eingriffsnormen“. In den

„Eingriffsnormen kehrt der frühere „ordre public“ wieder. Lässt sich eine Eingriffsnorm ausmachen, wendet das inländische Gericht etwa im Streitfalle nicht das sonst zugrundezulegende ausländische Recht, sondern die nationale Eingriffsnorm auf den Fall an.

Als Ausnahmenvorschriften sind die Eingriffsnormen anerkanntermaßen eng auszulegen, damit im Interesse des internationalen Ausgleichs möglichst die Grundregeln der Rom I-VO im Übrigen zur Anwendung kommen²⁴.

a) Anwendbarkeit von Art. 9 Rom I-VO im Verhältnis zu Art. 8 Rom I-VO?

Im Schrifttum wird die Frage behandelt, ob Art. 9 Rom I-VO im Verhältnis zu Art. 8 Rom I-VO überhaupt zur Anwendung kommt. Es könne sein, dass Art. 8 als *Spezialnorm für Sonderprivatrecht* die eher allgemeine Norm des Art. 9 Rom I-VO verdränge. Den Schutzwirkungen einer Eingriffsnorm im Arbeitsrecht werde bereits mit Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO Genüge getan²⁵. Diese Auffassung hat sich allerdings nicht durchgesetzt und hülfte in vorliegendem Falle auch nicht weiter, da es hier gerade nicht um Individualarbeitsverträge geht, in denen nationalstaatliche Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer nicht wegbedungen werden können und denen daher deutsches Recht mit seinen Schutznormen entgegenstehen könnte: Vereinbart ist in vorliegendem Falle ein Werkvertrag zwischen einem deutschen und einem ausländischen Unternehmen; die nach polnischem Recht begründeten Arbeitsverhältnisse des polnischen Unternehmens liegen jenseits des Vertragsverhältnisses und sind daher zunächst vollständig unberührt. Sie treten nur deswegen ins Blickfeld und in den Geltungsbereich von Art. 8 Rom I-VO, weil die polnischen Arbeitnehmer in Deutschland wie Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmens behandelt worden sind und daher deren wirkliche Arbeitsverhältnisse in Zweifel geraten sind.

b) Wirkung der Eingriffsnormen

Eingriffsnormen haben die Wirkung, dass sie trotz der ansonsten geltenden anderweitigen Rechtsordnung in dem Staat zur Geltung kommen, „anzuwenden“ sind, dessen Rechtsordnung sie zugehören. Eingriffsnormen können aber auch darüber hinausreichen und für einen anderen Staat gelten. Was dies im Einzelnen bedeuten kann, bleibt noch zu untersuchen. Die Geltung ergibt sich dann aber nicht daraus, dass etwa innerstaatliches Recht eo ipso auch für ausländische Sachverhalte im Ausland gelten würde, sondern daraus, dass die Eingriffsnormen *über die Rom I-VO als höherrangiges Recht* der Europäischen

22 Zur früheren Rechtslage nach Art. 30 Abs. 2 Nr. EGBGB vor Inkrafttreten der Rom I-Verordnung heißt es bei Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, S. 1144, Rn. 665: „Bei einer grenzüberschreitenden gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung führt die objektive Anknüpfung gem. Art. 30 Abs. 2 EGBGB grundsätzlich zur Anwendung des Heimatrechts von Verleiher und Leiharbeitnehmer. Das ergibt sich aus Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer in Erfüllung des Leiharbeitsvertrages gewöhnlich im Heimatstaat einsetzt und ihn nur vorübergehend im Rahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland entsendet.“

23 Magnus in Staudinger, BGB (2011), Art. 9 Rn. 1.

24 37. Erwägungsgrund der Rom I-Verordnung: „Der Begriff ‚Eingriffsnormen‘ sollte von dem Begriff ‚Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann‘, unterschieden und enger ausgelegt werden.“ Vgl. auch Tillmanns in Henssler/Willemsse/Kalb (Hg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, Rom I-VO, Rn. 35, S. 2794 mit weiteren Nachweisen.

25 Magnus in Staudinger, BGB (2011), Art. 9 Rn. 24, S. 651 und zu Art. 8 Rom I-VO, Rn. 204–209, S. 614/615, erörtert diese Frage in der Kommentierung mit Nachweisen aus dem Schrifttum. Er sieht sehr wohl: „Praktische Fälle sind etwa solche der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer nach Deutschland“, zieht hieraus aber keine weiteren Konsequenzen, vertritt aber abschließend die Auffassung, dass Art. 9 Rom I-VO doch Vorrang habe.

Union in die jeweils andere Rechtsordnung gleichsam von oben *hineinimplementiert* werden.

So könnte es im Grundsatz denkbar sein, dass die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als über Art. 9 Rom I-VO höherrangiges EU-Recht auch im polnischen Recht Wirkung entfalten, wenn grenzüberschreitende Arbeitsbeziehungen bestehen und diese Vorschriften als deutsche Eingriffsnormen qualifiziert werden können.

c) Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Eingriffsnormen
Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO, die Bestandteil des öffentlichen Interesses, insbesondere der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation eines EU-Mitgliedstaates sind, können öffentlich-rechtlicher, aber auch privatrechtlicher Art sein.

d) Unterscheidung der verschiedenen Rechtsqualität der Rechtssätze des AÜG

Sollen Eingriffsnormen zu Geltung kommen, ist es in der Regel nicht ein ganzes Gesetz, das als solches eine „Eingriffsnorm“ wäre. Es sind vielmehr einzelne Rechtssätze, die in Betracht kommen und zu Geltung gebracht werden sollen. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthält Rechtssätze unterschiedlicher Qualität. So enthält das Gesetz ordnungsrechtliche Vorschriften wie die zentrale Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 AÜG, Vorschriften über die Behördenzuständigkeit, Bußgeld- und Straftatbestände und eben die Regelungen in §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 beenden und begründen privatrechtliche Arbeitsverhältnisse und sind demgemäß privatrechtlicher Natur.

e) Verneinung der Eingriffsnormqualität der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob die Vorschriften der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch für polnische Arbeitsverhältnisse gelten, ob insbesondere polnische Arbeitsverträge in Polen unwirksam werden, ist somit die Eingriffsnormqualität dieser Vorschriften. Wohlgemerkt: Diese Vorschriften müssten für die Wahrung des „öffentlichen Interesses“, für die „politische, soziale oder wirtschaftliche Organisation“ in Deutschland von essenzieller und existenzieller Bedeutung sein. Dabei ist, gerade weil es sich um Ausnahmenormen handelt, die einen anderen Staat treffen können, ein strenger Maßstab anzulegen.

aa) Zur Kasuistik in Rechtsprechung und Literatur

Im Gegensatz zu dem Postulat eines strengen Maßstabes gibt es in der Literatur und in der Rechtsprechung eine reiche Kasuistik solcher Vorschriften, die als „Eingriffsnormen“ angesehen werden. Die Kasuistik umfasst, aus politischen Gründen, insbesondere Normen des sozialen Arbeitsrechtes. Hierzu mögen die

Vorschriften zum Mindestlohn und zum Mutterschutz zählen²⁶. Freilich hat das BAG, unter Bezugnahme auf frühere Rechtsprechung etwa die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) nicht als Eingriffsnormen gewertet und hierbei folgenden Maßstab angelegt: „Inländische Gesetze sind ... nur dann Eingriffsnormen ..., wenn sie entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach 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 ... 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.“²⁷ Andererseits werden, pauschal, die Vorschriften über die Leiharbeit zu den Eingriffsnormen gezählt²⁸, was man mit der Schutzwirkung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes begründet, in dem auch die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG als angeblich notwendiger Bestandteil eines Gesamtpaktes gelten sollen²⁹.

bb) Der zweifelhafte Arbeitnehmerschutz der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Hier aber ist genaueres Hinsehen erforderlich. Es geht nicht um die Vorschriften zur Leiharbeit allgemein, die als Regelungen zum Arbeitnehmerschutz einen hohen sozialpolitischen Rang einnehmen mögen, womit allein die Eingriffsnorm allerdings noch nicht begründet wäre, es geht um den gesetzlich angeordneten Übergang der Arbeitsverhältnisse, der im Falle des Fehlens der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG eintritt. Soll diese in Deutschland gesetzlich verfügte Zession über Art. 9 Rom I-VO die Kraft haben, ausländische Arbeitsverhältnisse zunichte zu machen? Die Vorschriften der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG stehen zwar im Gesamtzusammenhang des mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz insgesamt bezweckten Arbeitnehmerschutzes, sind aber konkret und in ihrer spezifischen

²⁶ Vgl. etwa Thorn in Rauscher (Hg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZRP/EuPR, 4. Aufl. 2016, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 50, 51, S. 455/466; Thorn in Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 9, S. 2753; Magnus in Staudinger, BGB (2011) Art. 8 Rom I-VO, Rn. 195-212, S. 612/613; Tillmanns in Henssler/Willemsen/Kalb (Hg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, ROM I-VO, Rn. 36, S. 2794; Schlachter in ErfK, 16. Aufl. 2016, Rom I-VO, Rn. 23, 24, S. 2447; Doehmer in Hübbege/Mansel (Hg.), Rom I-Verordnungen (2014), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 36, 36, Deinert, Konzerninterne Entsendung ins Inland, ZESAR, 2016, 107-116. In der Annahme von Arbeitsrechtlichen Bestimmungen als Eingriffsnormen auffallend zurückhaltend Martiny in MüKO-BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 99, S. 563.

²⁷ BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 10 AZR 200/11, BAGE 141, 129-136, Rn. 14; vgl. auch BAG, Urt. v. 1.7.2010 – 2 AZR 270/09: hierin werden die Bestimmungen in §§ 1-14 des Kündigungsschutzgesetzes nicht als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO bewertet. In dieser Entscheidung heißt es denn auch im Hinblick auf Eingriffsnormen: „Es muss sich um Regelungen handeln, die nicht nur zwingendes Recht darstellen, sondern darüber hinaus in besonderer Weise das allgemeine Wohl betreffen.“ (Rn. 31).

²⁸ Etwa Thorn in Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, Rom I-VO, Rn. 9, S. 2753; Tillmanns in Henssler/Willemsen/Kalb (Hg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, AEntG, Rn. 2, S. 12, mit Verweis über §§ 1, 2 AEntG. Ausdrücklich rechnet auch Hoch, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, BB 2015, 1717-1721, § 9 Nr. 1 AÜG zu den „Eingriffsnormen“.

²⁹ Riederer von Paar in Schüren (Hg.), AÜG, 4. Aufl. 2010, Einleitung, Rn. 675-679 (noch zu Art. 34 EGBGB).

Wirkung Sanktionen zur Durchsetzung des Gesetzes gegenüber den Arbeitgebern, auf die Druck ausgeübt werden soll, sich um erlaubte Arbeitnehmerüberlassung zu kümmern. Die Sanktionen treffen primär die Arbeitgeber, von denen der eine seine Arbeitnehmer verliert und der andere genau damit bestraft wird, was er vermeiden wollte, nämlich Arbeitnehmer als Stammebelegschaft einzustellen. Auf den Willen der Arbeitnehmer kommt es nicht an, sie werden nicht gefragt, über sie wird seitens des Gesetzgebers in der Weise verfügt, dass sie ihren bisherigen Arbeitgeber verlieren und sich unversehens bei einem andern Arbeitgeber wiederfinden. Weil man aber den Arbeitnehmern ihren Arbeitgeber nimmt, indem man deren Arbeitsverträge mit dem Verleiher nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG für unwirksam erklärt, schafft man zunächst in einem ersten Schritt Arbeitslosigkeit und muss man zur Kompensation neue Arbeitsverhältnisse beim Entleiher begründen. Das Gesamtpaket der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG intendiert zwar einen Schutz der Arbeitnehmer vor unzuverlässigen Verleihern, trifft aber mit der Zession der Arbeitsverhältnisse eine *Überregulierung zu Lasten der Arbeitnehmer*: Erst macht man sie schutzlos, dann verfügt man über sie hinweg.

Es ist im Übrigen gar nicht ausgemacht, ob es den Arbeitnehmern bei dem bisherigen Entleiher besser geht als bei ihrem ursprünglichen Entleiher; dieser könnte ja jetzt überfordert sein und in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten; den Arbeitnehmern wäre dann nicht gedient. Die Besserstellung beim Entleiher ist eine Vermutung des Gesetzgebers ins Blaue. Umgekehrt könnte es auch sein, dass es dem Arbeitnehmer bei seinem ursprünglichen Arbeitgeber gefallen hat, er ihm vielleicht sogar landsmannschaftlich oder sonst verbunden war, er bei ihm und mit ihm arbeiten wollte, hier den Sinn seiner Arbeit gefunden hat. Offen ist auch die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die ausländischen Arbeitnehmer, sollten sie etwa nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland wieder in ihr Heimatland zurückkehren, bei ihrem bisherigen Arbeitgeber wieder anfangen können.

Es darf somit bei der Bewertung des Schutzes der Arbeitnehmer und damit von dessen Wohl auch die subjektive Seite nicht außer Betracht bleiben. So muss man insbesondere auch in Betracht ziehen, dass der gesetzlich verfügte Übergang der Arbeitsverhältnisse insbesondere für ausländische Arbeitnehmer eine völlige Veränderung ihrer Lebensverhältnisse zur Folge hat: Sie werden aus ihrem heimatlichen Umfeld, das sie nur zeitweise verlassen haben, herausgerissen und in eine andere soziale, kulturelle und sprachliche Welt hineingezwungen³⁰. Ist das eine Schutzmaßnahme? Bewertet man eine solche Konsequenz am Maßstab der Europäischen Grundrechte-Charta, die in Art. 31 Abs. 1 jedem Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sicher und würdige Arbeitsbedingungen gewähr-

leistet³¹, und der Europäischen Leiharbeitsrichtlinie, deren Ziel die Schaffung und Wahrung sicherer und würdiger Arbeitsbedingungen zum Wohle der Arbeitnehmer ist, kann man nur den Kopf schütteln, was das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht mit jedenfalls den früheren §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG daraus gemacht hat³².

Man kann nun in der Tat in der Fremdverfügung über den Arbeitnehmer dann eine Maßnahme zu seinem Wohl erblicken, wenn man dem Gesetzgeber die paternalistische Rolle zugesteht, am besten zu wissen, was den Menschen guttut. Mit welchem Recht aber geht der Gesetzgeber über Willen der Arbeitnehmer hinweg? Mit einem freiheitlichen Verfassungsverständnis hat das nichts mehr zu tun.

Die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG sind damit insgesamt nur Sanktionsnormen gegenüber den Arbeitgebern und können schwerlich als solche Schutznormen zugunsten der Arbeitnehmer gewichtet werden. Aber nur als solche könnten sie überhaupt als Eingriffsnormen in Betracht kommen. Sie haben indes nicht das Gewicht, dass sie für die deutsche Sozial- und Wirtschaftsordnung als *essenziell* gelten könnten und dass man sie folglich als „ordre public“ auch einer ausländischen Rechtsordnung aufzwingen dürfte.

Es kommen noch zusätzliche Erwägungen hinzu.

cc) Der mangelnde Anwendungswille

Die Europäische Leiharbeitsrichtlinie, die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz umgesetzt ist, hat neben dem Schutz der Arbeitnehmer auch die Freiheit des europäischen Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt zum Ziel. Die nationalstaatliche Umsetzung darf diesem Ziel keine Hindernisse in den Weg legen; sie darf das weitergehende freiheitliche Konzept der Richtlinie für den freien Dienstleistungsverkehr nicht durch beschränkende Vorschriften unverhältnismäßig einengen. Soll diese Einengung dann noch als Eingriffsnorm gelten, tritt eine derartige Eingriffsnorm dem freieren europäischen Konzept entgegen. Hierdurch entsteht eine Spannung zwischen der Eingriffsnorm und dem europäischen Statut. Dass die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG den freien Dienstleistungsverkehr nicht nur behindern, sondern geradezu konterkarieren, ist im Blick auf die Folgen für die Arbeitnehmer, denen jede Freiheit genommen wird, bereits dargelegt worden. Die Spannung schließt die Wirkung als Eingriffsnorm nicht von vorneherein aus, aber um aus der Spannung herauszukommen, wird im Schrifttum zu Recht gefordert, dass die Norm den ausdrücklichen Anwendungswillen und damit eine zusätzliche Qualität erkennen lassen muss: „Es kommt darauf an, ob die Vorschrift überhaupt sachlich und räumlich Geltung beansprucht, also Anwendungswillen besitzt... Der Anwendungswille ist dann zu bejahen, wenn die Norm ... ihre Geltung für

³⁰ Zur Schwere des Eingriffs jedenfalls der früheren §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in die Lebensverhältnisse der Arbeitnehmer vgl. auch Tuengerthal/Geißler/Hennecke, AÜG (2015), Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 S. 34, 68.

³¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010/C83/02, ABl. C 83/389 vom 30. 10. 2010.

³² Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. L 327/9 („Leiharbeitsrichtlinie“), 1. Begründungserwägung.

grenzüberschreitende Fälle ohne Rücksicht auf das ansonsten anzuwendende Recht ausdrücklich anordnet.³³ Von einer solchen ausdrücklichen Anordnung kann im Hinblick auf die früheren §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG und die jetzigen §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG keine Rede sein; die Vorschriften erwecken vielmehr umgekehrt Zweifel, ob sie überhaupt grenzüberschreitend gelten können und wollen.

dd) Der Mangel des „öffentlichen Interesses“

Sodann erfüllen die Regelungen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch kein besonderes „öffentliches Interesse“, das nach dem Tatbestand des Art. 9 Rom I-VO gegeben sein muss: dem öffentliche Interesse an legaler Arbeitnehmerüberlassung wird vollständig damit gedient, dass eine Arbeitserlaubnis eingeholt werden muss, kraft derer der sozial- und arbeitsschutzrechtliche Standard durchgesetzt werden kann; die gesetzlich vorgesehene Überwachung und Kontrolle durch die Zollbehörden sowie die Bußgeld- und Strafvorschriften tun ihr Übriges. Der als Schutzvorkehrung zweifelhaften Zession der Arbeitsverhältnisse, womöglich mit Auslandswirkung, bedarf es nicht. Wie sollte es auch im öffentlichen Interesse des deutschen Staates liegen, ausländische Arbeitsverhältnisse zuzunehmen, was ja die Folge wäre, nähme man das öffentliche Interesse und insgesamt die Eingriffsnormqualität der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG an.

ee) Die nachteiligen Folgen für die Arbeitnehmer im Falle zollbehördlicher Maßnahmen

Es sollte auch ein Blick darauf geworfen werden, welche Folgen für die Arbeitnehmer in der Praxis eintreten, wenn sich die Zollbehörden zum Tätigwerden veranlasst sehen, indem sie illegale Arbeitnehmerüberlassung vermuten. Die Eingriffe der Zollbehörden sind einschneidend, andererseits aber auch meist strittig. Gerichtsverfahren laufen. Die ausländischen Arbeitnehmer arbeiten guten Glaubens in Deutschland, werden aber unversehens in eine für sie nicht überschaubare und von ihnen auch nicht beeinflussbare Situation der Rechtsunsicherheit versetzt, wissen nicht mehr, für wen sie arbeiten sollen und wo sie in einem Sozialversicherungsverhältnis stehen, ihr Aufenthaltstitel ist in der Schwebe, sie wissen nicht, wo sie denn verbleiben sollen. Ihnen wird geradezu die Lebensgrundlage entzogen³⁴. Sieht Arbeitnehmerschutz so aus? Die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG bewirken bei Kontrollmaßnahmen und in Streitfällen eher das Gegenteil.

ff) Verhältnis der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit

Offen ist auch die Frage, wie sich die erheblichen, freiheitseinschränkenden Eingriffe von §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in die Rechtsverhältnisse der Betroffenen mit den europarechtlichen Prinzipien der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit vertragen. Unter diesem Gesichtspunkt bestehen sogar Zweifel, ob diese Vorschriften überhaupt europarechtskonform sind. Wie aber sollen sich nach Art. 9 Rom I-VO Eingriffsnormen europarechtlich begründen lassen, die gerade europarechtlichen Zweifeln unterliegen?

gg) Die Verfassungswidrigkeit der früheren §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

Durch die Neufassung von § 9 AÜG im Gesetz vom 21. 10. 2016 sind die früheren Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bisherigen Regelung jetzt gegenstandslos geworden und können daher bei der Bewertung der jetzigen Regelung als „Eingriffsnormen“ als solche nicht mehr ins Gewicht fallen. Immerhin unterlagen die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG seinerzeit erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln. Die einseitige Verfügung des Gesetzgebers über die Arbeitsverhältnisse ohne Beteiligung der Arbeitnehmer hatte gegen deren Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen. So ist denn im Schrifttum die Verfassungswidrigkeit der seinerzeitigen § 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nachgewiesen worden³⁵. Was im Verdacht stand, nationalem Verfassungsrecht zu widersprechen, konnte schwerlich als nationaler „ordre public“ ausgegeben werden. Jetzt aber räumt das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers in § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 AÜG die verfassungsrechtlichen Bedenken aus³⁶.

hh) Mangelnde Eingriffsnormqualität von §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG

So bleibt am Ende nur die Feststellung, dass selbst Normen, die den Schutz von Arbeitnehmern bezwecken, nicht schon allein deswegen als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO qualifiziert werden können, und dass dies umso weniger der Fall ist, als es um Normen geht, deren Wirkungen als Schutznormen zugunsten der Arbeitnehmer höchst zweifelhaft, ja sogar kontraproduktiv sind. Sie haben schlechterdings nicht den Rang von Vorschriften eines besonderen öffentlichen Interesses, die den Kern der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen „Organisation“ Deutschlands ausmachen. Da gibt es ganz andere Normen, denen eine solche Qualität zukommt. *Wollte man dies aber für die in ihrer Schutzwirkung zwiespältigen und in der deutschen Sozialrechtsordnung entbehrlichen §§ 9 Abs. 1*

33 Martiny in MüKo-BGB, 5. Aufl. 2010, Rom I-Verordnung, S. 834, Rn. 107.

34 Vgl. Tuengerthal, Wenn der Zoll kommt!, Compliance-Berater 12/2015, 482–484; Tuengerthal/Geißer/Hennecke, AÜG (2015), Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, S. 8.

35 Tuengerthal/Geißer/Hennecke, AÜG (2015), Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG; so auch Hirdina, Die Arbeitnehmerüberlassung – Eine verfassungswidrige Überregelung?, NZA 2011, 325–330; Lembke in Boehmke/Lembke (Hg.), AÜG, 3. Aufl., 2013, § 10 Rn. 38, S. 616 f.

36 Tuengerthal/Geißer/Hennecke, AÜG (2015), Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, S. 8/9.

Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG annehmen, verlören die „Eingriffsnormen“ jeden Rang.

Auch gilt es, Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung zu vermeiden: Soll über das IPR die Scharia in Deutschland gelten dürfen, der man einen deutschen *ordre public* nicht entgegengesetzt, wie es gelegentlich von den Gerichten judiziert und von der Politik hingenommen, wenn nicht befürwortet wird, während peripheres deutsches Arbeitsrecht als „Eingriffsnorm“ dem Ausland aufgezwungen werden soll? Solche Widersprüche nähmen dem *ordre public* jeden Sinn.

Und schließlich: Wie kann dem Regelungsmechanismus von §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG und dessen Rechtsfolgen die Wucht eines *ordre public* zukommen, wenn eben diese Rechtsfolgen durch ein Widerspruchsrecht des betroffenen Arbeitnehmers verhindert werden können und damit zur freien Disposition stehen?

f) Insbesondere: § 2 Nr. 4 AEntG

Man mag einwenden, die ausdrückliche Regelung in § 2 Nr. 4 des Arbeitnehmerentsendegesetzes³⁷, wo insbesondere die Vorschriften über die Leiharbeit als „zwingend“ deklariert werden, stelle doch klar, welcher Rang in der deutschen Rechtsordnung eben diesen Vorschriften zukomme. Ja, § 2 AEntG mache doch gerade diese Normen ausdrücklich zu Eingriffsnormen. Heißt es doch „Die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über ... 4. Die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen, ... finden auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung.“ Das Schrifttum macht sich diese scheinbare Selbsterklärung denn auch weitgehend zu eigen und hält jedenfalls § 2 AEntG für eine Eingriffsnorm³⁸.

Doch diese Folgerungen sind aus § 2 Nr. 4 AEntG nicht zu ziehen.

Die Deklaration zu „zwingenden“ Normen bedeutet zunächst nicht mehr, als dass die Vorschriften über Leiharbeitnehmer für private Vertragsparteien nicht dispositiv sind und daher durch vertragliche Vereinbarungen nicht außer Kraft gesetzt werden können.

Die Bezeichnung „zwingend“ erinnert an die frühere Vorschrift des Art. 34 EGBGB und sollte seinerzeit geeignet sein, einen deutsche „*ordre public*“ zu begründen. Demgegenüber hat die Rom I-VO dieses Merkmal einer nationalen Eingriffsnorm zwar aufgenommen, aber an die Qualität der Eingriffsnorm über das nationalstaatliche Merkmal „zwingend“ hinaus höhere Anforderungen gestellt. „Der Begriff der Eingriffsnorm verlangt daher drei Voraussetzungen: die jeweilige Vorschrift muss zwingend sein, sie muss übergeordneten staat-

lichen Interessen dienen und sie muss ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht gelten wollen.“³⁹

Daher kann allein aus der Deklaration „zwingend“ nicht auf eine Eingriffsnorm geschlossen werden. Es heißt dazu im 37. Erwägungsgrund der Rom I-VO: „Der Begriff ‚Eingriffsnormen‘ sollte von dem Begriff ‚Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf‘ unterschieden und enger ausgelegt werden.“

Sodann betrifft der Wortlaut von § 2 Nr. 4 AEntG die „Bedingungen“ der Arbeitnehmerüberlassung. Das gesamte Arbeitnehmerüberlassungsgesetz kann damit nicht pauschal gemeint sein. Innerhalb der Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes muss daher differenziert werden. „Bedingungen“ können nur solche sein, die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz für die Zulässigkeit von Arbeitnehmerüberlassung maßgeblich sind und welche eingehalten werden müssen, damit die Arbeitnehmerüberlassung stattfinden darf. Als derartige Bedingungen definiert – allerdings in anderem, aber verwandtem Zusammenhang – etwa Ulber: „Zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen zählen ... mindestens Regelungen zu Dauer der Arbeitszeit, zu Mehrarbeit, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, bezahltem Urlaub ... und zu arbeitsfreien Tagen wie Feiertagen, einschließlich des Mutterschaftsurlaubs, des Elternurlaubs bei Elternzeit und des Krankheitsurlaubs bei Arbeitsunfähigkeit.“⁴⁰ Der Begriff der „Bedingungen“ in § 2 Nr. 4 AEntG, der die Vorgabe von Art. 3 Abs. 1 d der Entsenderichtlinie aufgreift und wiederholt, ist zudem von eben dieser Richtlinie her auch zu interpretieren. Unter „Bedingungen“ versteht die Richtlinie den „harten Kern“ klar definierter Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer⁴¹. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist zwar eine Sanktion auf das Fehlen der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG, die die Arbeitgeber treffen soll, aber keine solche „Bedingung“ für die Durchführung der Leiharbeit.

Im Übrigen aber kann eine schlichte Deklaration die materiellen Anforderungen an eine Eingriffsnorm weder schaffen noch ersetzen. Welche inhaltliche Qualität einer Eingriffsnorm zukommen muss, ist oben bereits dargelegt worden. § 2 AEntG reicht nicht hin.

g) Grenzen der Reichweite von Eingriffsnormen

Unabhängig von der erforderlichen Normqualität sind indes auch grundsätzliche Grenzen der Reichweite und Geltung von Eingriffsnormen zu beachten.

37 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20. 4. 2009, BGBl. I, S. 799, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. 2. 2016, BGBl. I, S. 203.

38 So Magnus in Staudinger, BGB (2011), Art. 8 Rom I-VO, Rn. 200; Tillmanns in Henssler/Willemsen/Kalb (Hg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, § 1 AEntG, Rn. 2.

39 Magnus in Staudinger, BGB (2011), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 46, S. 657.

40 Ulber (Hg.), AÜG, 4. Aufl. 2011, § 9 Rn. 57, S. 590.

41 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen („Entsenderichtlinie“), ABl. 1997 L 18/1, Erwägungsgründe 13 und 14.

aa) Das Territorialprinzip

Eine Grenze liegt im Territorialprinzip⁴². Kein Staat kann mit seiner Rechtsordnung bestimmen, was in einem anderen Staate rechtens sein soll. Die Reichweite des nationalen Gesetzes endet an der Grenze des Staates. Allerdings ist Art.9 Rom I-VO gerade dazu da, diese Grenze in der Europäischen Union zu überschreiten. Damit wird prinzipiell über die höherrangige Norm von Art.9 Rom I-VO die Möglichkeit eröffnet, dass sich nationales Recht des einen Staates auch in einem anderen Staat auswirkt. Ob die Auswirkung allerdings unbeschränkt gilt oder ob nicht, in Ansehung des Territorialprinzips oder nach den Grundsätzen der Europäischen Loyalität, zugunsten der territorialen Souveränität des anderen Staates eine gewisse Einschränkung anzunehmen ist, bleibt die Frage. *Kann die prinzipiell territorial begrenzte Gesetzgebungshoheit eines Staates bei Geltung von Art.9 Rom I-VO so weit reichen, dass Rechtsverhältnisse einer anderen Rechtsordnung in einem anderen Staat unmittelbar und materiell verändert werden?*

Eingriffsnormen nach Art.9 Rom I-VO enthalten für den betroffenen Staat, der sie für und gegen sich gelten lassen muss, eine gewisse Zumutung, und diese kann nicht unbeschränkt sein. Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn bestimmte Rechtssätze des einen Staates, ließe man sie über Art.9 Rom I-VO als Eingriffsnormen gelten, unmittelbar materielle Rechtswirkungen in einem anderen Staat auslösen würden, die nach der Rechtsordnung des anderen Staates nicht eintreten würden.

Der *Grundfall* der Eingriffsnormen besteht nun allerdings darin, dass, obwohl im Inland die ausländische Rechtsordnung anzuwenden wäre, gleichwohl der Rechtssatz, der Eingriffsnormqualität hat, „anzuwenden“, im Inland also zu Geltung zu bringen ist. Eingriffsnormen sind vom Grundsatz her solche nationalen Rechtssätze, die im Falle der Geltung einer ausländischen Rechtsordnung, die nach der Rom-I VO oder allgemein nach dem Internationalen Privatrecht der Entscheidung eines Sachverhaltes im Inland zugrunde zu legen ist, trotz dieser Rechtsordnung mit der nationalen Rechtsfolgeanordnung zur Geltung zu bringen sind, die die an sich anzuwendende fremde Rechtsordnung also durch einen „Eingriff“ im Inland durchbrechen.

Der Normtypus der §§9 Abs.1 Nr.1, 10 Abs.1 Satz 1 AÜG weicht von dem regulären Normtypus einer „anzuwendenden“ Norm jedoch ab; die Vorschriften bedürfen, um Rechtswirkungen auszulösen, keiner „Anwendung“, sie führen vielmehr ihre Rechtswirkungen eo ipso herbei. Darin besteht der *Sondertypus der §§9 Abs.Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs.1 Satz 1 AÜG*. Und in diesem Falle geht es genau um die Frage, ob solche Rechtswirkungen trotz des Territorialprinzips über Art.9 Rom I-VO auch unmittelbar die Rechtsverhältnisse in einem anderen Staat verändern können. Immerhin gälten die §§9 Abs.1 Nr.1 Halbsatz 1, 10 Abs.1 Satz 1 AÜG im Falle grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse auch in Polen und wür-

den nach polnischem Recht begründete und dort auch gelebte Arbeitsverhältnisse polnischer Arbeitnehmer vernichten. Kann das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz dem benachbarten Polen solche Eingriffe zumuten?

Das BAG hatte genau hieran Zweifel und hat daher in einem Vorlagebeschluss dem Europäischen Gerichtshof die analoge Frage vorgelegt, ob der Gesetzgeber in Griechenland eine Änderung deutschen Arbeitsrechtes herbeiführen kann, die über Art.9 Rom I-VO auch in Deutschland materielle Rechtswirkung haben würde⁴³. Als Bewertungsmaßstab kommt für das BAG der Grundsatz der „loyalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union“ in Betracht. Über diese Vorlage ist noch nicht entschieden.

bb) Der „ordre public“

Die zweite Grenze liegt im Begriff der Eingriffsnorm selbst. Die Grenze ist umso deutlicher zu ziehen, als über Art.9 Rom I-VO dem jeweiligen Staat zugemutet wird, den „ordre public“ eines anderen Staates gegen sich gelten zu lassen. Nun sind aber Eingriffsnormen gerade dadurch bestimmt, dass sie die essenzielle und existenzielle Eigenart eines bestimmten und damit spezifischen nationalen Selbstverständnisses wahren und zur Geltung bringen wollen. Was ein Staat als sein „öffentliches Interesse“, als seine politische, soziale oder wirtschaftliche „Organisation“ definiert, ist eben gerade sein Interesse, seine „Organisation“. Der „ordre public“ ist national und nur von daher überhaupt erst bestimmt. Das heißt aber, dass der „ordre public“ des einen Staates sich von demjenigen eines anderen Staates unterscheiden kann. Was dem einen viel gilt, muss dem anderen nichts bedeuten. Aber wichtiger noch: Was der eine hochhält, kann dem anderen zuwiderlaufen. Der „ordre public“ des einen Staates kann zum „ordre public“ des anderen Staates im Gegensatz stehen. Da die Differenz prinzipiell und zwangsläufig eintreten kann, kann es nicht Regelungsinhalt von Art.9 der Rom I-VO sein, den „ordre public“ des einen Staates gegen den „ordre public“ eines anderen Staates zur Geltung zu bringen. Das lässt der Begriff der Eingriffsnorm nicht zu. Für die Entscheidung, welcher „ordre public“ gelten soll und welcher zurückzutreten hat, gibt es keinen Maßstab und enthält Art.9 Rom I-VO auch keinen solchen. In der Praxis mag es zwar im Einzelfall hingehen, dass eine Eingriffsnorm sich deswegen durchsetzt, weil in dem anderen Staat keine andere Eingriffsnorm entgegensteht und dem anderen Staat daher die Geltung der fremden Eingriffsnorm gleichgültig sein oder zugemutet werden kann; aber prinzipiell können Eingriffsnormen als „ordre public“ nicht immer und überall gelten. Das muss dann auch für die §§9 Abs.1 Nr.1 Halbsatz 1, 10 Abs.1 Satz 1 AÜG gelten. Steht ein gegenteiliger „ordre public“ im Ausland entgegen, greifen diese Vorschriften im Ausland nicht und verlieren sie wegen des untrennbaren Sach- und Regelungszusammenhangs im Inland ihre Wirkung.

⁴² Zum Territorialprinzip in diesem Zusammenhang kurz Martiny in MüKo-BGB, 6. Aufl. 2015, Art.9 Rom I-VO, Rn. 38, S. 546.

⁴³ BAG, EuGH-Vorlage v. 25.2.2015 – 5 AZR 962/13 (A).

Die Konsequenz aus dieser Rechtslage geht noch weiter: In dem Maße, wie man die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG zu Eingriffsnormen der deutschen Rechtsordnung hochqualifizieren würde, ließe sich ein polnischer „ordre public“ als Gegengewicht aufbauen: Wenn der deutschen Rechtsordnung die unbegrenzte Geltung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 so viel wert wäre, dass sie auch für das Ausland gelten müsste, könnte das Ausland entgegenhalten, dass die Integrität der ausländischen Arbeits- und der damit verbundenen Lebensverhältnisse einen ungleich höheren Rang einnehme. Polnisches Arbeitsrecht stünde als Eingriffsnorm dem Anspruch der deutschen Eingriffsnorm entgegen. Gäbe es nach Art. 9 Rom I-VO einen Wertungsmaßstab, würde die Waage angesichts eines solchen Konfliktes gerechterweise zugunsten des polnischen Arbeitsrechtes ausschlagen. Da es einen solchen Maßstab aber nicht gibt, können sich §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 von vorneherein für polnische Arbeitsverhältnisse ebenfalls nicht auswirken.

Ein Gericht, das mit einem solchen Fall befasst wäre, wäre gehalten, die Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Das BAG hat dies denn auch mit dem zitierten Vorlagebeschluss in einer ähnlichen Fallkonstellation bereits getan⁴⁴. Dass es in diesem Falle um die ökonomische und politische Existenz Griechenlands im Euro-Raum geht, zeigt, um welche Dimensionen es in Wahrheit geht, soll ein nationaler Rechtsatz die Qualität einer Eingriffsnorm erreichen.

h) Literaturmeinungen

Die Auffassung, dass die – früheren – §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht über Art. 9 Rom I-VO in eine ausländische Rechtsordnung eingreifen können, wird im Schrifttum durchaus, wenn auch mit Vorbehalten und wohl nicht ganz konsequent vertreten. Nach *Boemke/Lembke* geht die Auffassung, die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG oder zumindest § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG wirkten sich auf ausländische Rechtsverhältnisse aus, „allerdings zumindest in den Fällen zu weit, in denen der Arbeitseinsatz in Deutschland nur vorübergehend erfolgt. Es besteht kein berechtigtes Interesse, ein nach dem Recht des Entsendestaates wirksam begründetes Leiharbeitsverhältnis nur deswegen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 für unwirksam zu erklären, weil der Verleiher für die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland hinein keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 besitzt.“⁴⁵ Im Kommentar von *Schüren* heißt es zustimmend: „Die Bedenken ... gegen die Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 – Nichtigkeit des Leiharbeitsverhältnisses – sind berechtigt. Die Sicherung der legalen Arbeitnehmerüberlassung erfordert es nicht, den illegal verliehenen Arbeitnehmer dauerhaft aus seinem ausländischen Arbeitsverhältnis zu verdrängen ... Der Schutzzweck der Norm gebietet es nicht, das im Heimatland abgewickelte und auch zukünftig abzuwickelnde Leiharbeitsverhältnis der Nichtigkeitsfolge zu unterwerfen.“⁴⁶

Wenn die genannten Autoren die zitierten Aussagen dann am Ende wieder relativieren und einschränken, sich sogar in Widersprüche verwickeln⁴⁷, dürfen diese Vorbehalte durch die hier dargelegte Argumentation allerdings als ausgeräumt gelten.

Dass das Territorialprinzip auch für die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt, wird im Schrifttum auch sonst eher nur angedeutet, aber nicht voll zur Geltung gebracht⁴⁸. Wenn *Thüsing*⁴⁹ und *Ulber*⁵⁰ § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht anwenden wollen, wenn Arbeitnehmer ins Ausland entsandt werden, so ist diese Auffassung zutreffend. Aber es hätte nahegelegen, konsequent zu sein und auch die umgekehrte Schlussfolgerung zu ziehen: Auch wenn ausländische Arbeitnehmer in das Inland entsandt werden, können deutsche Rechtsfolgen nicht im Ausland gelten.

i) Schlussfolgerung: Fortbestand der ausländischen und Nichtbegründung deutscher Arbeitsverhältnisse

Wenn man, wie hier begründet, die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO gelten lässt, hat dies zur Folge, dass die Rechtswirkungen auch im Ausland nicht eintreten. Die ausländischen Arbeitsverhältnisse bleiben bestehen. Dann kann es, das ist die unausweichliche Konsequenz, wegen des zwingenden Sach- und Regelungszusammenhanges dieser Vorschriften auch keinen Übergang der Arbeitsverhältnisse geben, die dann in Deutschland entstünden. Die Nichtwirkung der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Ausland schlägt auf die Rechtslage in Deutschland zurück: *Es werden bei grenzüberschreitenden Arbeitsbeziehungen über § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in Deutschland keine Arbeitsverhältnisse mit dem Entleiher begründet.* Das ist lapidar. Und das ist der Preis, den der deutsche Gesetzgeber dafür zahlen muss, dass er mit der furiosen Überregulierung des Überganges der Arbeitsverhältnisse eine materiell-rechtliche Zession herbeiführt, die von der Grenze her gleichsam als Retourkutsche zurückkommt.

VI. Das sach- und interessengerechte Ergebnis

Damit findet die Frage, ob es bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen zu einer Unwirksamkeit der ausländischen

47 Riederer von Paar in *Schüren* (Hg.): AÜG, 4. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 679, 680.

48 *Zöllner/Loritz/Hergenröder*: Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, S. 148: „Werden Arbeitnehmer ... versetzt oder entsandt, so tritt die Frage auf, inwieweit dem Arbeitnehmer sein heimischer arbeitsrechtlicher Status erhalten bleiben kann.“

49 *Thüsing* (Hg.), AÜG (2005), § 10 Rn. 7: „Die Fiktion des Arbeitsverhältnisüberganges scheidet aus, wenn die Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland stattgefunden hat; insoweit ist die Rechtsfolgenanordnung des § 10 Absatz 1 durch das Territorialprinzip begrenzt und es verbleiben dem Leiharbeiter nur die Ansprüche gegen den Verleiher.“

50 *Ulber* (Hg.), AÜG, 4. Aufl. 2011, § 10 AÜG, Rn. 4, S. 693: „Wird der Leiharbeiter zu einem Entleiher ins Ausland verliehen, kann Absatz 1 nicht angewandt werden“. *Ulber* bleibt aber inkonsequent, wenn er fortfährt: „Wird dem gegenüber ein Leiharbeiter ohne Erlaubnis vom Ausland ins Inland verliehen, findet § 10 Absatz 1 (als Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 593/2008/EG) uneingeschränkt Anwendung.“ Der Qualifizierung von § 10 Abs. 1 AÜG als „Eingriffsnorm“ wird vorliegend allerdings entgegengetreten.

44 BAG, EuGH-Vorlage v. 25. 2. 2015 – 5 AZR 962/13 (A).

45 *Boehmke/Lembke* (Hg.), AÜG, 3. Aufl. 2013, S. 14, Rn. 22.

46 *Riederer von Paar in Schüren* (Hg.), AÜG, 4. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 679.

Arbeitsverträge und zu einer Begründung inländischer Arbeitsverhältnisse über §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kommen kann, eine befriedigende Antwort. Die ausländischen Arbeitsverhältnisse bleiben bestehen, deutsche werden nicht begründet. Einer Erklärung der Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 AÜG bedarf es nicht. Zum Schutze der Arbeitnehmer aber gelten § 1 Abs. 1 AÜG und die sonstigen Überwachungs- und Kontrollvorschriften, es wird auch der Überlassungsvertrag bei Fehlen der Erlaubnis unwirksam, und es können, je nach Sach- und Interessenlage, die polnischen Arbeitnehmer zurückgerufen werden oder die Vertragspartner können sich zu einer einwandfreien Vertragsgestaltung und -abwicklung neu zusammenfinden. Das führt zu Rechtsklarheit und Frieden.