Aufsätze und Berichte

Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der nachfolgende Beitrag beschreibt zunächst den Inhalt der Entsende-Richtlinie 96/71/EG. Im Anschluß wird der Frage nachgegangen, ob und wie das deutsche Entsendegesetz inhaltlich an die Richtlinie angepaßt werden muß. Darüber hinaus wird der Status der Scheinselbständigen vor dem Hintergrund der Entsenderegeln untersucht.

I. Einleitung

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz¹ und die EG-Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen² sind Regelwerke, die sich gegen den Zeitgeist wenden. In einer Periode massiver Deregulierung, wie sie im sogenannten arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz³ und in Teilen des Arbeitsförderungsreformgesetzes⁴ ihren Niederschlag gefunden hat, schaffen die beiden hier interessierenden Rechtsakte ein – wenn auch bescheidenes – Stück Arbeitnehmerschutz. Entsprechend heftig sind die politischen Widerstände, aber auch die rechtswissenschaftlichen Einwände.⁵ Dieses „Umfeld“ macht die Implementation der vorhandenen Normen nicht einfacher. Zwar gehört es zum Wesenskern des Arbeitsrechts, daß es der ungehinderten Entfaltung der Marktkräfte Zügel anlegt, doch sind die Schwierigkeiten ersichtlich besonders groß in einer Zeit, wo der freie Wettbewerb bei vielen einen schwer zu erschütternden Vertrauensvorsprung genießt.

Die Fakten sind bekannt und bedürfen deshalb nur der kurzen Erwähnung. Die Zahl der im Bausektor tätigen „Billigarbeitnehmer“ aus anderen EG-Staaten und aus den Ländern Mittel- und Osteuropas wird für das Jahr 1996 (vorsichtig) auf mindestens 200 000 geschätzt; gleichzeitig waren etwa 190 000 deutsche Bauarbeiter arbeitslos⁶. Da die Arbeitskosten rund die Hälfte der Baukosten ausmachen⁷, ist ein ausländischer Anbieter in der Lage, die deutschen Preise um 25% zu unterbieten, wenn er für seine Beschäftigten nur halb so viel wie ein deutscher Bauunternehmer aufwenden muß⁸. Großunternehmen können sich in der Weise wehren, daß sie selbst im Ausland Subunternehmerfirmen gründen oder mit bestehenden zusammenarbeiten; Klein- und Mittelunternehmen ist diese Ausweichstrategie von vornherein praktisch verschlossen⁹. Ihnen droht die wirtschaftliche Katastrophe. Für die bisher in Deutschland tätigen Beschäftigten ist der Effekt in beiden Fällen derselbe; Personalabbau findet selbst dann statt, wenn es dem Arbeitgeberunternehmen gut geht, weil es sich das Lohngefälle geschickt zunutze machen kann. Es stellt sich das Grundsatzproblem, ob es in der geltenden Wirtschaftsverfassung nicht nur den Wettbewerb der besseren Leistungen, sondern auch den der schlechteren Arbeitsbedingungen gibt¹⁰. Auch muß man sich fragen, inwieweit man die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eines solchen Phänomens hinnehmen will, die sich in einer Erschütterung der Tarifautonomie, in höheren staatlichen Sozialleistungen und in verminderten Steuereinnahmen zeigen¹¹.

Die EG-Richtlinie, die viele längst als gescheitert ansahen¹², kann der nationalen Regelung eine solidere Basis geben. Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Gesetzgeber wird eventuell doch mehr bewirken, als

nur – wie es in der Literatur zum Teil in recht pessimistischer Weise gesehen wird¹³ – den weitergehenden Stellenabbau etwas abzufedern.

Im folgenden soll daher zunächst kurz der Inhalt der Richtlinie dargestellt werden (II). Auch sie sieht sich allerdings vergleichbaren Angriffen wie die nationale Regelung ausgesetzt, deren Kern die Behauptung darstellt, die im EG-Vertrag garantierte Dienstleistungsfreiheit werde durch sie in unzulässiger Weise beschränkt. Insofern bedarf es der näheren Auseinandersetzung (III). Das deutsche Recht wird in vielen, aber nicht in allen Punkten der Richtlinie gerecht; insoweit ist der Anpassungsbedarf zu untersuchen, dem der Gesetzgeber in den kommenden Jahren Rechnung tragen muß (IV). Schließlich soll noch einem Phänomen nachgegangen werden, das im Text der Richtlinie wie des Entsendegesetzes nicht ausdrücklich auftaucht. Wie sind Scheinselbständige zu behandeln, die aus ihrem Heimatstaat (in der Regel Großbritannien) eine E 101-Bescheinigung mitbringen, die sie als „self employed person“ ausweist? Darauf ist im einzelnen unter V einzugehen.

II. Der Inhalt der Richtlinie im Überblick

Die mit 25 Erwägungsgründen versehene Richtlinie 96/71/EG erfaßt nach ihrem Art. 1 I zunächst nur Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU, die im Rahmen „der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen“ Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines (anderen) Mitgliedstaats entsenden. Mittelbar sind jedoch auch Unternehmen aus Drittstaaten erfaßt, da Art. 1 IV Richtlinie 96/71/EG verbietet, diesen eine günstigere Behandlung zuteil werden zu lassen.

Der Begriff der „Entsendung“ wird in Art. 1 III Richtlinie 96/71/EG umschrieben. Erfaßt ist einmal die „eigentliche“ Entsendung: Der im Mitgliedstaat A ansässige Unternehmer schließt mit einem Dienstleistungsempfänger im Mitgliedstaat B einen Vertrag (z. B. über Bauleistungen), den er durch Einsatz seiner Arbeitskräfte im Mitgliedstaat B erfüllt. Ausdrücklich gleichgestellt ist die konzerninterne Entsendung sowie die Leiharbeit. Art. 3 Richtlinie 96/71/EG umschreibt den „harten Kern“ von Lohn- und Arbeitsbedingungen, der im Aufnahmeland auch den entsandten Arbeitnehmern gegenüber praktiziert werden muß. Erfaßt sind

- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
- der bezahlte Mindestjahresurlaub;

1) V. 26. 2. 1996, BGBl I, 227.

2) Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996, abgedr. u. a. bei *Koberski/Sahl/Hold*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 1997, S. 157 ff. und *EuZW* 1997, 623 (in diesem Heft).

3) V. 25. 9. 1996, BGBl I, 1476.

4) V. 24. 3. 1997, BGBl I, 594.

5) Fundamentalkritik etwa bei *Gerken/Lüwisch/Rieble*, BB 1995, 2370; s. weiter *Steck*, *EuZW* 1994, 140.

6) Angaben nach *Hickl*, NZA 1997, 513; weitere Daten bei *Deinert*, R dA 1996, 339 (Fußn. 2) und *Hold*, AuA 1996, 113.

7) *Kehrmann/Spirolke*, Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 1995, 621.

8) *Webers*, DB 1996, 574.

9) *Hickl*, NZA 1997, 513 (514).

10) So *Hanau*, in: Festschr. f. Everling, 1995, Bd. I, S. 415 f.

11) *Hohloch*, in: Festschr. f. Heiermann, 1995, S. 148.

12) S. *Beisiegel/Mosbacher/Lepante*, JZ 1996, 668, die noch von ihrem Scheitern ausgingen, als der sog. gemeinsame Standpunkt des Rates bereits verabschiedet war.

13) *Hickl*, NZA 1997, 513 (518).

- Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze, jedoch nicht die Systeme der betrieblichen Altersversorgung;
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;
- Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
- Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
- Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

Soweit diese Gegenstände in „Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ geregelt sind, gelten sie in allen Branchen. Soweit sie sich in allgemeinverbindlichen oder gleichgestellten Tarifverträgen finden, besteht eine Beschränkung auf den Bausektor, dessen Abgrenzung im Anhang zur Richtlinie vorgenommen wird. Art. 3 VIII Richtlinie 96/71/EG definiert die Allgemeinverbindlichkeit in dem uns vertrauten Sinne¹⁴, enthält jedoch auch eine Regelung für jene Mitgliedstaaten, in denen es – wie z. B. in Großbritannien – kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt. Die genannten Mindestbedingungen gelten vom ersten Tag der Arbeit an, doch sind Ausnahmen insbesondere für den Fall möglich, daß die Entsendung einen Monat nicht übersteigt.

Bemerkenswert ist – und hierauf wird kurz zurückzukommen sein – die Regelung des Qualifikationsproblems in Art. 2 II Richtlinie 96/71/EG: Ob jemand Arbeitnehmer ist oder unter eine andere Kategorie von Personen fällt, bestimmt sich nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die betreffende Person entsandt wurde.

Besonderen Wert legt die Richtlinie auf die praktische Umsetzung des Gewollten. Art. 4 Richtlinie 96/71/EG sieht die Errichtung von Verbindungsbüros in jedem Mitgliedstaat vor, ebenso eine Zusammenarbeit der Überwachungsbehörden. Diese erstreckt sich insbesondere auf die Beantwortung von Anfragen, die das länderübergreifende Zur-Verfügung-Stellen von Arbeitnehmern einschließlich offenkundiger Verstöße oder Fälle von Verdacht auf unzulässige länderübergreifende Tätigkeiten betrifft. Jeder Staat muß nach Art. 5 Richtlinie 96/71/EG dafür sorgen, daß „den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern“ für die Durchsetzung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen „geeignete Verfahren“ zur Verfügung stehen. Art. 6 spezifiziert dies in der Weise, daß eine Klage in dem Mitgliedstaat möglich sein muß, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wurde.

Die Richtlinie ist nach ihrem Art. 7 bis zum 16. 12. 1999 umzusetzen; spätestens zwei Jahre danach überprüft die Kommission die Anwendung, „um dem Rat erforderlichenfalls entsprechende Änderungen vorzuschlagen“.

III. Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag?

1. Die betroffene Grundfreiheit

Die erste, wenn auch weithin unproblematische Frage geht dahin, ob die erfaßten Entsendungsvorgänge in den Anwendungsbereich der Freizügigkeit nach Art. 48 ff. EGV oder der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EGV fallen. Vereinzelt wird vertreten, daß auch entsandte Arbeitnehmer von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen¹⁵, doch kann dies schwerlich richtig sein: Der Arbeitnehmer entscheidet nicht selbst darüber, ob er in einem anderen Land arbeiten will, sondern wird im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses dorthin „abgeordnet“. Freiheitsausübender Gemeinschaftsbürger ist in einem solchen Falle nur sein Arbeitgeber, der von der Möglichkeit Gebrauch macht, seine Dienstleistung

in einem anderen Mitgliedstaat anzubieten oder zu erbringen¹⁶. Die dabei eingesetzten Arbeitskräfte erstreben keinen Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates, sondern kehren nach Erfüllung ihrer Mission wieder in ihrem Heimatstaat zurück¹⁷.

2. Die Gemeinschaftskompetenz

Die Richtlinie stützt sich „insbesondere auf Art. 57 II und Art. 66 EGV“. Art. 66 verweist auf die Ausgestaltungs- und Einschränkungsmöglichkeiten, die im Bereich der Niederlassungsfreiheit bestehen, und ordnet ihre entsprechende Anwendung für den Bereich der Erbringung von Dienstleistungen an. Nach Art. 57 II kann der Rat zur „Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ Richtlinien erlassen, um dadurch die Ausübung der Grundfreiheit (Niederlassung bzw. Erbringung von Dienstleistungen) zu erleichtern. Vom Gegenstand her ist genau dies geschehen; die Richtlinie koordiniert die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen, die Dienstleistungserbringer zu beachten haben. Dem wird mit dem Argument widersprochen, in Wirklichkeit werde weder die Aufnahme noch die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit geregelt¹⁸; vielmehr gehe es nur um das „Innenverhältnis“ Arbeitgeber-Arbeitnehmer¹⁹. Dabei handele es sich um „Rahmenbedingungen“, die genauso wenig wie steuer- und umweltrechtliche Bestimmungen als Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden könnten²⁰. Dem ist entgegenzuhalten, daß es beim (grenzüberschreitenden) Einsatz von Arbeitnehmern geradezu um das zentrale Element der Dienstleistungsfreiheit geht. Wollte man dies anders sehen, wäre sie auf wirtschaftlich relativ uninteressante Fälle von „Einpersonenunternehmen“ beschränkt, die von einem Büro in einem Mitgliedstaat aus ihre Dienste in einem anderen Mitgliedstaat anbieten²¹. Zur „Ausgestaltung“ der Dienstleistungen gehört nicht nur eine gegebenenfalls erforderliche und in gleicher Weise von den eigenen Staatsangehörigen verlangte Genehmigung; vielmehr zählt auch das „Innenverhältnis“ zu den Beschäftigten dazu, was bereits die schlichte Erwägung deutlich macht, daß es wohl kaum angehen könnte, wollte der Dienstleistungserbringer Angehörige von Drittstaaten einsetzen, die auch in seinem Sitzstaat keine Arbeitserlaubnis erhalten haben²².

3. Unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit?

Der Hauptangriff der Kritiker betrifft allerdings nicht die Kompetenzfrage. Vielmehr wird inhaltlich argumentiert: Der Sache nach handele es sich um eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, was z. T. aus den Wirkungen der Regelung²³, z. T. aus dem gezielten Einsatz als „Marktabschottungsmittel“ hergeleitet wird²⁴. Dabei

14) Erfaßt sind allerdings auch Fälle, in denen ein Tarifvertrag kraft Gesetzes für eine ganze Branche gilt, wie dies etwa Art. 82 III des spanischen Arbeitnehmerstatuts ermöglicht. Dazu Däubler (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen in Spanien, 1982, S. 231 ff.

15) Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2373).

16) Ebenso Eichenhofer, Zeitschrift für internationales und ausländisches Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1996, 61; Koberski/Sahl/Hold (o. Fußn. 2), § 1 Rdnr. 105.

17) Darauf stützt sich EuGH, EuZW 1990, 257 li. Sp. – Rush Portuguesa; EuGH, EuZW 1994, 600 Tz. 21 – Vander Elst. Ebenso Seimayr, ZfA 1996, 635.

18) Steck, EuZW 1994, 140 (141).

19) Löwisch, in: Festschr. f. Zeuner, 1994, S. 92.

20) Eichenhofer, ZIAS 1996, 61 (74).

21) Keine Bedenken auch bei Koenigs, DB 1997, 227.

22) S. etwa den Fall EuGH, EuZW 1994, 600 – Vander Elst, wo die in Frankreich eingesetzten marrokanischen Arbeitnehmer eines belgischen Abbruchunternehmers bereits eine Arbeitserlaubnis in Belgien besaßen, so daß allein deshalb ihr Einsatz auch in Frankreich legal war.

23) So Steck, EuZW 1994, 140 (141).

24) Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2373); zust. Beisiegel/Mosbacher/Lepante, JZ 1996, 668 (671).

stützt man sich auf Aussagen des *EuGH*, wonach die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 EGV nicht nur alle Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen verlangt, die zwar gleichermaßen einheimische wie auch aus anderen Mitgliedstaaten kommende Dienstleister erfassen, die jedoch geeignet sind, „die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“²⁵. Auch diesen Überlegungen kann nicht zugestimmt werden.

Ausgangspunkt ist zunächst der letzte Satz von Art. 60 EGV, wonach die Dienstleistung unter den Voraussetzungen erbracht werden kann, welche der betreffende Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt. Mit Recht wird deshalb betont, das „Arbeitsortprinzip“ sei für die Dienstleistungsfreiheit konstituierend, gewissermaßen eine selbstverständliche Voraussetzung²⁶. Die Rechtsprechung des *EuGH* hat deshalb niemals den Versuch unternommen, die am Arbeitsort bestehenden Mindestarbeitsbedingungen als versteckte Benachteiligung ausländischer Anbieter zu qualifizieren²⁷. Vielmehr hat der *EuGH* ausdrücklich davon gesprochen, nach seiner „ständigen Rechtsprechung“ sei es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, „ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben; ebensowenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen“²⁸. Da es in allen Fällen um die Frage einer (weitergehenden) Benachteiligung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleiters ging, die in einer zusätzlichen Belastung durch Abgaben²⁹ sowie in dem Erfordernis einer erneuten Arbeitserlaubnis für Drittstaatsangehörige lag³⁰, wird auch niemand behaupten können, der *Gerichtshof* habe bei seiner Formulierung den Gesichtspunkt einer möglichen unzulässigen Behinderung des die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch Nehmenden nicht bedacht. Ein beträchtlicher Teil der Literatur ist sich deshalb auch darüber einig, daß die Vereinbarkeit einer Regelung wie der in der Entsende-Richtlinie enthaltenen mit Art. 59 ff. EGV durch den *EuGH* definitiv in positivem Sinne geklärt ist³¹.

Würde man dies anders sehen und die *EuGH*-Rechtsprechung für die Dauer einer Seminarstunde beiseite schieben, so würde sich die Frage stellen, ob die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen ausnahmsweise auch in die Dienstleistungsfreiheit eingegriffen werden kann: Erforderlich wären „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“, denen – auch unter Berücksichtigung der von einem anderen Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen – nicht auf anderem Wege Rechnung getragen werden kann³². Die „zwingenden Gründe“ lägen in der Vermeidung von Arbeitslosigkeit, in der Erhaltung der Tarifautonomie in den betroffenen Branchen sowie in deren Schutz gegen eine Wettbewerbsverfälschung.

Im Fall *Guiot* hat dies der *EuGH* gerade für den Bausektor bejaht³³. Dabei wäre weiter zu berücksichtigen, daß der Schutz von Klein- und Mittelunternehmen in der Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft einen hohen Rang besitzt und deshalb nach der Rechtsprechung des *EuGH* sogar mittelbare Diskriminierungen wegen des Geschlechts rechtfertigen könnte³⁴. Der Schutz der entsandten Arbeitskräfte durch ihr Heimatrecht reicht offensichtlich nicht aus, um das erstrebte Ziel zu erreichen. Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich. Dem Gedanken der Erforderlichkeit ist schon deshalb Rechnung getragen, weil keineswegs alle für inländische Unternehmen geltenden tariflichen Arbeitsbedingun-

gen auf die Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten erstreckt werden: Vielmehr geht es nur um Mindestlohn und Mindesturlaub, so daß etwa die höheren Löhne eines Facharbeiters, übliche Zuschläge, die betriebliche Altersversorgung usw. keine Rolle spielen³⁵. Auch das Sozialversicherungsrecht als der bei weitem wichtigste Teil der Lohnnebenkosten ist ausgeklammert, da die entsandten Arbeitskräfte grundsätzlich in ihrem Heimatstaat versichert bleiben. Dabei läßt sich nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht einmal sicher kontrollieren, ob die Beiträge dort nach dem in Deutschland tatsächlich bezogenen (Mindest-)Entgelt berechnet werden. Nicht Gleichheit wird daher erstrebt, sondern die Sicherung eines Minimums, das dem Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat einen beträchtlichen Vorsprung läßt. Wenn in der Literatur behauptet wird, dieser verliere durch das Entsendegesetz seinen Wettbewerbsvorteil³⁶, so läßt sich dies im Grunde nur mit unzureichender Gesetzeslektüre erklären. Die Entsende-Richtlinie beschränkt sich jedenfalls auf Maßnahmen, die eine (fast) beliebige Unterbietung nach unten ausschließen; die verbleibenden Lohnkostenunterschiede mögen sich immer noch auf 30 bis 40% belaufen.

4. Zur Beschränkbarkeit des Sozialkostenwettbewerbs

Die These, die Dienstleistungsfreiheit werde durch Wahrung eines Arbeitskostenminimums beschränkt, stützt sich auf die stillschweigende Voraussetzung, zum Wettbewerb i. S. des EG-Vertrages gehöre auch, daß sich ein Unternehmen durch drastische Unterbietung der ansonsten üblichen Arbeitsbedingungen einen Vorteil verschaffen können³⁷. Dies ist zumindest in dieser undifferenzierten Allgemeinheit unrichtig.

Soweit die Freizügigkeit in Anspruch genommen wird, gilt nach Art. 48 II EGV und nach Art. 7 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 zwingend der Grundsatz der Gleichbehandlung mit den einheimischen Arbeitskräften. An sich würde es naheliegen, diesen Grundsatz ohne Abstriche in den Bereich der Dienstleistungsfreiheit zu übertragen, zumal der *EuGH* die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 bereits auf solche Wanderarbeitnehmer angewandt hat, die von ihrem Arbeitgeber in einen Drittstaat entsandt worden waren³⁸. Einen solchen Schritt wollte der *EuGH* – wie seine oben³⁹ zitierten Urteile deutlich machen – nicht unterneh-

25) *EuGH*, *EuZW* 1991, 542 = *NJW* 1991, 2693 Tz. 12 – Säger; bestätigt in *EuGH*, *EuZW* 1996, 339 Tz. 10 – Guiot.

26) *Deinert*, *RdA* 1996, 339 (349) (Art. 60 EGV schreibt das Gegenteil eines Sozialkostenwettbewerbs fest); *Hanau*, *NJW* 1996, 1369 (1372); *Wébers*, *DB* 1996, 557.

27) Richtig *Hanau*, *NJW* 1996, 1369 (1372).

28) So *EuGH*, *EuZW* 1994, 600 Tz. 23 – *Vander Elst*; die früheren Entscheidungen *EuGH*, *NJW* 1982, 1935 – *Seco* und *EuGH*, *EuZW* 1990, 257 – *Rush Portuguesa* enthielten dieselbe Aussage, doch war erst 1994 von einer „ständigen Rechtsprechung“ die Rede. Ihr zustimmend *Langensfeld/Jansen*, in: *Grabitz/Hilf*, Komm. z. EU, Losebl. (Stand: Oktober 1996), Art. 117 Rdnr. 1; neueste Bestätigung durch *EuGH*, *EuZW* 1996, 399 Tz. 12 – *Guiot*.

29) So im Fall *EuGH*, *NJW* 1982, 1935 – *Seco* und im Fall *EuGH*, *EuZW* 1996, 399 – *Guiot*.

30) So in den Fällen *EuGH*, *EuZW* 1990, 257 – *Rush Portuguesa* und *EuGH*, *EuZW* 1994, 600 – *Vander Elst*.

31) *Hanau* (o. Fußn. 10), S. 420; *Hickl*, *NZA* 1997, 513 (514); *Hold*, *AuA* 1996, 113 (114); dahin tendieren auch *Junker/Wichmann*, *NZA* 1996, 507; abweichend *Selmayr*, *ZfA* 1996, 635 (648).

32) *EuGH*, *EuZW* 1991, 542 = *NJW* 1991, 2693 – Säger.

33) *EuGH*, *EuZW* 1996, 399 Tz. 16 – *Guiot*. Allg. dazu insb. *Franzen*, *DZWir* 1996, 94.

34) *EuGH*, *EuZW* 1994, 91 = *DB* 1994, 50 – *Kirsammer-Hack*.

35) Vgl. *Hanau*, *NJW* 1996, 1369 auch zum folgenden.

36) *Beisiegel/Mosbacher/Lepante*, *JZ* 1996, 668 (671).

37) So *Gerken/Löwisch/Rieble*, *BB* 1995, 2370; *Steck*, *EuZW* 1994, 140 (141); in dieselbe Richtung *Selmayr*, *ZfA* 1996, 635 (642).

38) *EuGH*, *Slg.* 1984, 3153 – *Prodest*.

39) Vgl. die Nachw. o. Fußn. 28.

men; vielmehr bleibt es Sache der Mitgliedstaaten, aus eigenem Antrieb einen entsprechenden Zustand herbeizuführen.

Der Sozialkostenwettbewerb ist dem Leistungswettbewerb jedoch schon deshalb nicht gleichgestellt, weil Art. 117 EGV eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte als Zielgröße formuliert, die durch massenhaftes Angebot von „Billigarbeitskräften“ gerade nicht erreicht würde. Die Ausnutzung unterschiedlicher Lohnkosten mag zwar nicht wettbewerbswidrig sein⁴⁰; es handelt sich jedoch um einen „Wettbewerb bis auf Widerruf“, der beispielsweise in den nationalen Rechtsordnungen schon dann eingeschränkt oder beseitigt ist, wenn eine Mindestlohngesetzgebung besteht⁴¹ oder wenn Tarifverträge eine bestimmte Branche mehr oder weniger vollständig abdecken⁴². Diese Sonderstellung des „Sozialkostenwettbewerbs“ könnte es auch erklären, weshalb es der *EuGH* unterlassen hat, die einfache Erstreckung der nationalen Arbeitsbedingungen auf entsandte und vergleichbare Arbeitnehmer im Hinblick auf eine mittelbare Benachteiligung der die Dienstleistungsfreiheit ausübenden Unternehmen zu überprüfen.

Schließlich ist nicht zu übersehen, daß Lohnunterschiede ihre Ursache nicht allein im wirtschaftlichen Entwicklungsstand eines Landes haben. Wichtig ist daneben etwa auch die Währungsparität, die dazu führt, daß man mit einem relativ geringen Dollar- oder DM-Betrag im Heimatstaat eine recht ordentliche Menge Güter kaufen kann. Sich als „Hartwährungsland“ insoweit die Hände zu binden und Korrekturmaßnahmen von vornherein als „wettbewerbswidrig“ abzulehnen, kann schlechterdings nicht angehen⁴³.

IV. Anpassungsbedarf des deutschen Rechts

1. Novellierung des Entsendegesetzes und richtlinienkonforme Auslegung

Soweit die Richtlinie 96/71/EG mehr verlangt als nach deutschem Recht bisher vorgesehen ist, muß bis 16. 12. 1999 der Gesetzgeber nachziehen. Da die Richtlinie ersichtlich als Dauerregelung gedacht ist und in ihrem Art. 8 nur mögliche „Änderungen“, nicht aber eine ersatzlose Abschaffung anspricht, darf das Entsendegesetz nicht, wie in seinem § 7 vorgesehen, am 1. September 1999 außer Kraft treten; vielmehr ist es in eine Dauerregelung zu überführen.

Bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist ist die Richtlinie bei der Handhabung des geltenden Rechts zu berücksichtigen; dieses ist „richtlinienkonform“ auszulegen. Wie der *EuGH* ausdrücklich betont hat, macht es insoweit keinen Unterschied, „ob die Umsetzungsfrist schon abgelaufen ist oder nicht“⁴⁴. Dies ist zwar in der Literatur heftig kritisiert worden⁴⁵, doch ist der Praxis gleichwohl die *EuGH*-Rechtsprechung zugrunde zu legen. Diese verpflichtet den nationalen Richter sogar, rechtlich unverbindliche Stellungnahmen und Empfehlungen der Gemeinschaftsorgane zu berücksichtigen⁴⁶, eine Auffassung, der sich auch das *BAG* angeschlossen hat⁴⁷ – nimmt man dies an, kann für rechtlich verbindliche Richtlinien schwerlich anderes gelten.

2. Divergenzen zwischen Richtlinie und deutscher Rechtslage

Der in Art. 3 Richtlinie 96/71/EG enthaltene Katalog von „zwingenden Arbeitsbedingungen“ geht nur in puncto Mindesturlaub und Mindestlohn über das hinaus, was schon nach allgemeinen Grundsätzen gilt: Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten, Bedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung, Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz sowie Schutzmaßnahmen zugunsten Schwangerer und Jugendlicher gehören zum öffentlichen Recht und sind deshalb aufgrund des dabei angenommenen

Territorialitätsprinzips sowieso anwendbar⁴⁸. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau gilt kraft Gemeinschaftsrechts; andere Diskriminierungsverbote ließen sich un schwerer als zwingende Normen i. S. des Art. 34 EGBGB qualifizieren.

Was Mindesturlaub und Mindestlohn betrifft, so geht die Richtlinie insoweit über das Entsendegesetz hinaus, als sie für alle Branchen den vierwöchigen Erholungsurlaub des § 3 BUrlG und den quasi-gesetzlichen Mindestlohn verbindlich macht, der sich aus der Wuchergrenze nach § 138 BGB ergibt. Bezüglich der weitergehenden Tarifverträge decken sich Richtlinie und Entsendegesetz. Beide haben zumindest klarstellende Funktion insoweit, als für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge wie zwingendes Recht nach Art. 34 EGBGB behandelt werden⁴⁹. Die nach wie vor umstrittene Frage, ob dies nicht auch ohne ausdrückliche Festlegung gilt⁵⁰, bedarf daher im Anwendungsbereich der Richtlinie keiner Erörterung mehr. Erst recht braucht es uns nicht zu interessieren, daß dann, wenn der „entsandte“ Arbeitnehmer ausschließlich für den Einsatz in Deutschland angeworben wurde, möglicherweise nach Art. 30 II EGBGB von vornherein nur deutsches Recht zur Anwendung kommt⁵¹.

Die Richtlinie 96/71/EG beseitigt auch eine Unklarheit, die der Wortlaut des Entsendegesetzes geschaffen hat. Um die Benachteiligung ausländischer Anbieter zu vermeiden, sieht sein § 1 I 1 Nr. 2 vor, daß auch inländische Arbeitgeber, die außerhalb des Geltungsbereichs des betreffenden Tarifvertrags ansässig sind, dem Arbeitsortprinzip unterliegen, also die dort geltenden Tariftlöhne bezahlen müssen. Dies entspricht der Regelung des § 5 Nr. 6 des Bundesrahmentarifvertrags Bau, doch ist denkbar, daß ein anderer Tarifvertrag (etwa im Baunebengewerbe) keine entsprechende Bedingung enthält. Dies ist z. B. für das saarländische Maler- und Lackierereigewerbe der Fall. Im Ergebnis könnte das auf eine Begünstigung der aus dem Saarland entsandten Arbeitnehmer hinauslaufen, würde nicht das Entsendegesetz seinem Sinn nach Entsprechendes von vornherein ausschließen. Dies ergibt sich aus dem allerdings wenig transparent formulierten § 1 I 4 EntsendeG, wo sich die an sich selbstverständliche Feststellung findet, daß (deutsche) Unterneh-

40) *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 61 (63).

41) Zu dieser grdl. *Peter*, Gesetzlicher Mindestlohn. Eine Maßnahme gegen Niedriglöhne von Frauen, 1995. Zur neueren Rspr., wonach die Grenze des strafbaren Wuchers bei zwei Dritteln des Tariflohns beginnt, s. *BGH*, NJW 1997, 2681.

42) Vgl. auch *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1372); *Steinmeyer*, DVBl 1995, 966.

43) Zu den Ursachen unterschiedlicher Lohnhöhen s. *Kempen/Zachert*, TVG, 3. Aufl. (1997), § 5 Rdnr. 10. Der unterschiedliche gewerkschaftliche Organisationsgrad und die Mobilisierungsfähigkeit gegenüber Mitgliedern und Nichtmitgliedern wären als weitere Faktoren hinzuzufügen.

44) *EuGH*, Slg. 1987, 3969 (3987) – *Kolpinghuis Nijmegen*; ebenso *Koenigs*, DB 1997, 175.

45) *Janass*, EuR 1991, 211 (221); *Götz*, NJW 1992, 1849 (1854); *Hilf*, EuR 1993, 1 (15) u. a.

46) *EuGH*, NZA 1991, 283.

47) *BAG*, DB 1993, 443 (444).

48) Näher zum insoweit gleichlautenden Entwurf *Däubler*, EuZW 1993, 370 (373). Zu den Unfallverhütungsvorschriften s. nunmehr § 16 II SGB III.

49) *Deinert*, RdA 1996, 339 (348).

50) Dafür *Deinert*, RdA 1996, 339 (345); *Hanau* (o. FuBn. 10), S. 427 f.; *Hohloch* (o. FuBn. 11), S. 154; *Webers*, DB 1996, 574; abl. *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 61 (70); *Selmayr*, ZfA 1996, 615 (626); differenzierend *Gamillscheg*, Kollektives ArbeitsR., Bd. I, 1997, S. 490. W. Nachw. bei *Däubler*, TarifvertragsR., 3. Aufl. (1993), Rdnr. 1699 (FuBn. 168).

51) Dafür etwa *ArbG Wesel*, AiB 1996, 126; *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1373); *Hickl*, NZA 1997, 513 (518); anders *Deinert*, RdA 1996 339 (347), wonach die engeren Beziehungen gleichwohl zum Entsendestaat bestehen. Dies scheint beifallswert; schickt die GTZ (Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit) einen Experten für drei Jahre nach Tansania, der anschließend wieder in seinen ursprünglichen Beruf in Deutschland zurückkehrt, würde niemand auf den Gedanken verfallen, ihn tansanischem Recht zu unterstellen.

men, die unter den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohntarifs fallen, diesen gleichfalls zu beachten haben. Da man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, sinnlose Normen zu erlassen, kann nur der Fall gemeint sein, daß ein für ausländische Entsender geltendes Arbeitsortprinzip automatisch auch auf deutsche Entsender erstreckt wird. Die Richtlinie ist insoweit eindeutiger: Die Mindestbestimmungen ihres Art. 3 I 2. Spiegelstrich gelten nach Abs. 8 desselben Artikels für alle im geographischen Anwendungsbereich des betreffenden Tarifvertrags tätigen Unternehmen ohne Rücksicht darauf, ob sie im Inland oder im Ausland ansässig sind. Zumindest im Wege der richtlinienkonformen Auslegung muß daher das Entsendegesetz schon heute in diesem Sinne gehandhabt werden.

Der praktisch wichtigste Neuheitswert der Richtlinie 96/71/EG liegt in den vorgeschriebenen Durchsetzungsmechanismen⁵². Der in Art. 4 vorgesehene Informationsaustausch und die daraus folgende Amtshilfe könnten ein wirksames Mittel sein, um bestimmte Umgehungspraktiken zu bekämpfen. So wird etwa berichtet, daß Unternehmen in einem Entsendeland zahlreiche Gesellschaften „auf Vorrat“ gründen; verbrennt sich die „eigentliche“ Firma die Finger, weil sie bei illegalen Verhaltensweisen erwischt, mit einem Bußgeld belegt und von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen wird, so tritt an ihre Stelle eben eine andere, bislang nicht aktive, deren weiße Weste aus deutscher Sicht mangels näherer Kenntnis der Umstände nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann. Auch könnte eine Zusammenarbeit der Behörden dazu führen, daß unerlaubte Rückzahlungen von Teilen des Mindestlohnes unterbleiben⁵³.

Zumindest eine Akzentverschiebung bringt Art. 5 II Richtlinie 96/71/EG, wonach den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern „geeignete Verfahren“ zur Verfügung stehen müssen, um die aus der Richtlinie folgenden Verpflichtungen in der Praxis umzusetzen. Das Kontrollsystem des Entsendegesetzes weist demgegenüber den Dienststellen der Bundesanstalt für Arbeit und den Hauptzollämtern die entscheidende Rolle zu; der einzelne wie auch die Betriebsräte sind darauf beschränkt, insoweit Hinweise und Anregungen zu geben, auf deren weiteres Schicksal sie rechtlich keinen Einfluß haben. Der Richtlinie ist damit allein nicht Rechnung getragen. Zwar könnte man darauf verweisen, daß ja der einzelne entsandte Arbeitnehmer vor Gericht klagen könne – die Tatsache, daß es zwar Bußgelder, jedoch, soweit ersichtlich, keine arbeitsgerichtlichen Klagen auf Gewährung des Mindestlohns gibt, macht allerdings deutlich, daß den entsandten Arbeitskräften im Regelfall selbst jenes Minimum an Unabhängigkeit fehlt, das man für die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gegen den (früheren) Arbeitgeber benötigt. Von daher wäre der Richtlinie nur durch Mechanismen Rechnung getragen, die die Schwäche des Individuums überwinden: Dies könnte eine class action nach US-amerikanischem Vorbild sein, die die einzelnen zusammenfaßt. Daneben kommt in Betracht, den Betriebsräten oder den Gewerkschaften ein Klagerecht einzuräumen; entsprechendes ist in Frankreich seit längerer Zeit gang und gäbe, ohne daß sich deshalb ernsthafte Unzuträglichkeiten ergeben hätten⁵⁴. Auch Art. 6 Richtlinie 96/71/EG geht von einer solchen Möglichkeit aus, da er lediglich ganz allgemein von einer „Klage“, nicht etwa von einer „Klage des Arbeitnehmers“ spricht.

Eine Innovation liegt schließlich in dem Gebot des Art. 6, einen Gerichtsstand in dem Staat zu schaffen, wo die Arbeit effektiv geleistet wurde. Zwar ließe sich auch auf der Grundlage des EuGVÜ eine derartige Lösung entwickeln⁵⁵, doch bleibt sie angesichts unterschiedlicher Auffassungen zur Interpretation des Art. 5 EuGVÜ immer mit einem Unsicherheitsfaktor behaftet⁵⁶. Würde ein solcher Gerichtsstand im

Land des Arbeitsorts fehlen, könnte zwar unter Umständen im Entsendestaat geklagt werden, doch bestünde keine Gewähr, daß das dortige Gericht auch die öffentlichrechtlichen Normen und die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge anwenden würde:⁵⁷ Neben Deutschland sind auch Großbritannien, Irland und Luxemburg keine Verpflichtung eingegangen, zwingende ausländische Normen auch dann anzuwenden, wenn der Vertrag einem anderen Recht unterliegt⁵⁸. Nach Umsetzung der Richtlinie ändert sich dies allerdings in bezug auf die in ihrem Art. 3 genannten Gegenstände. Die schon nach dem EuGVÜ gegebenen Klagemöglichkeiten bleiben als solche erhalten; Art. 6 Richtlinie 96/71/EG fügt lediglich einen Gerichtsstand hinzu, was Art. 57 III EuGVÜ zuläßt⁵⁹.

3. Das Verhältnis zu den Werkvertragsabkommen

Die Entsende-Richtlinie berührt die Werkvertragsabkommen mit den Ländern Mittel- und Osteuropas⁶⁰ nur insoweit, als ihr Art. 1 IV eine Besserstellung der Entsendeunternehmen aus Drittstaaten verbietet. Was den materiellrechtlichen Mindeststandard betrifft, so darf den von dort entsandten Arbeitnehmern nach § 6 I Nr. 3 ArbeiterlaubnisVO eine Arbeiterlaubnis nur dann erteilt werden, wenn ihre Arbeitsbedingungen nicht ungünstiger als die vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer sind. Ihnen gegenüber sind also nicht nur Mindestlohn und Mindesturlaub, sondern alle deutschen Sozialstandards zu praktizieren. Dies ist mit der Richtlinie 96/71/EG vereinbar, da ihrem Art. 1 IV Rechnung getragen ist und außerdem Art. 3 VII 1 ausdrücklich günstigere „Minimalregeln“ zuläßt.

Die eigentliche Problematik stellt sich allerdings nicht hier, sondern bei der Frage, inwieweit auch die Überwachungs- und Kontrollmechanismen eingreifen müssen. Würde man den Vorgaben der Richtlinie insoweit keine Bedeutung schenken, wären Entsendeunternehmen aus Drittstaaten in erheblichem Umfang bevorzugt: Nicht einmal dann, wenn sie den für EG-Ausländer geltenden Mindesturlaub und Mindestlohn unterschreiten würden, hätten sie ein Bußgeld und einen Ausschluß von öffentlichen Aufträgen zu erwarten. Sanktionen wären nach § 227 a AFG ihnen gegenüber nur dann möglich, wenn die Arbeiterlaubnis überhaupt fehlt (weil sie z. B. wirksam widerrufen wurde) und wenn die Arbeitsbedingungen in einem „auffälligen Mißverhältnis“ zu den für deutsche Arbeitnehmer geltenden stehen würden⁶¹. Wollte man es dabei belassen, wäre der faktischen Unterbietung der von der Richtlinie gewollten Mindeststandards Tür und Tor geöffnet⁶². Dies ist ersichtlich nicht gewollt, so daß die Durchsetzungsmaßnahmen i. S. des Art. 5 und die gerichtliche Zuständigkeit nach Art. 6 Richtlinie 96/71/EG auch in diesen Fällen eingreifen müssen. Bei richtiger Handhabung bedarf das Entsendegesetz in diesem Punkt keiner Veränderung. Weder seinem Wortlaut noch seinem Sinn nach enthält es in der Gegenwart Ausnahmen zugunsten von mittel- und osteuropäischen Entsendeunter-

52) *Deinert*, RdA 1996, 339 (351).

53) Auf derartige Praktiken verweist *Hold*, AuA 1996, 113 (117).

54) Näher *Däubler*, DB 1995, 726 (729) m. w. Nachw.

55) Vgl. *Franzen*, DZWir 1996, 94 (99); *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1371); dies übersieht *Selmayr*, ZfA 1996, 615 (639).

56) Ähnlich *Deinert*, RdA 1996, 339 (351) auch die Entscheidung *EuGH*, EuZW 1997, 143 – Rutton bringt im vorliegenden Zusammenhang keine Klarheit.

57) Darauf verweist zu Recht *Lawisch* (o. Fußn. 19), S. 93.

58) *Franzen*, DZWir 1996, 94 (99). Art. 7 EVÜ bezieht auch das ausländische öffentliche Recht ein; Art. 34 EGBGB hat dies nicht übernommen.

59) Näher *Birk*, Vortrag auf einer Tagung in Trier am 4. 7. 1997, unveröff.

60) Dazu *Klöpper*, AiB 1993, 682; *U. Mayer*, BB 1993, 1428.

61) Auf diese Ungleichheit verweisen auch *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1370) und *Hickel*, NZA 1997, 513 (517).

62) Zur Praxis der Beschäftigung von Arbeitnehmern aus Mittel- und Osteuropa s. bereits *U. Mayer*, BB 1993, 1428.

nehmen⁶³. § 6 I Nr. 3 AEVO stellt höhere materiellrechtliche Anforderungen, sagt aber nichts (und damit auch nichts Negatives) zu der Frage aus, ob bei Unterschreitung des vom Entsendegesetz gewollten Minimums die vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten greifen können. Anders ausgedrückt: Das zu beachtende Minimum wird höher angesetzt, doch ändert das nichts an der Anwendung der für alle geltenden Regeln und der Verhängung der für ihre Verletzung vorgesehenen Sanktionen. Auch das Argument, das Entsendegesetz sei nicht anwendbar, weil es dann nicht gelte, wenn „ohnehin“ deutsches Recht eingreife (§ 1 I 1), verfährt nicht. Gemeint sind damit nur Fälle, in denen das deutsche Recht deshalb Anwendung findet, weil ein engerer Bezug zum Inland besteht, beispielsweise ein hier ansässiger Arbeitnehmer von einem ausländischen Arbeitgeber als „Ortskraft“ angeheuert wurde. Im Falle des § 6 I Nr. 3 AEVO gilt gerade kein deutsches Recht; vielmehr müssen die (arbeits-)vertraglichen Beziehungen so gestaltet sein, daß der einzelne einen äquivalenten Schutz wie ein dem deutschen Recht unterfallender Arbeitnehmer besitzt. Dies ist ersichtlich ein völlig anderer Tatbestand.

V. Scheinselbständige

Insbesondere britische Staatsangehörige kommen des öfteren in die Bundesrepublik, um hier als „Quasi-Selbständige“ ihre Dienste anzubieten. Dabei bringen sie typischerweise eine von ihren Heimatbehörden ausgestellte sogenannte E 101-Bescheinigung mit, die sie als Selbständige ausweist⁶⁴. Bisweilen werden dabei auch Vermittlerfirmen eingeschaltet⁶⁵. Das „Kapital“ des Selbständigen besteht in seiner eigenen Person und einer gegebenenfalls kurzfristig erworbenen Maurerkelle⁶⁶.

Als erstes stellt sich die Frage, ob die E 101-Bescheinigung auch im Arbeitsrecht bindende Wirkung besitzt, also die deutschen Aufsichtsbehörden und Gerichte daran hindert, die betreffende Person als Arbeitnehmer zu behandeln, selbst wenn sie nach deutschem Recht unzweifelhaft als solcher anzusehen wäre. Die ganz herrschende Auffassung lehnt eine solche Bindung über das Sozialrecht hinaus ab⁶⁷; alles andere würde weit über den Zweck der Bescheinigung hinausgehen, der in der Vermeidung einer Doppelversicherung liegt⁶⁸. Auch sind die Verordnungen (EWG) 1408/71 und 574/73⁶⁹ auf die Koordinierung sozialrechtlicher Leistungen beschränkt, erstreben darüber hinaus aber keine Einwirkung auf die nationalen Rechtsordnungen⁷⁰. Von daher sind die deutschen Instanzen frei, Personen als Arbeitnehmer zu behandeln, die eine „Selbständigen-Bescheinigung“ mit sich führen.

Ob jemand als Arbeitnehmer oder als Selbständiger anzusehen ist, bestimmt sich nach dem Recht des Staates, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird⁷¹. Für die Entsendefälle (die hier denkbar, aber nicht die Regel sind) trifft Art. 2 II Richtlinie 96/71/EG dieselbe Entscheidung. Die praktische Bedeutung liegt darin, daß Arbeitnehmer auch durch Rechtswahl nicht den Schutznormen des Landes entzogen werden dürfen, in dem sich ihr gewöhnlicher Arbeitsort befindet, während bei Werkverträgen eine freie Rechtswahl möglich wäre⁷².

Findet deutsches Recht Anwendung, so gilt dies für alle seine Bestandteile einschließlich der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge; erweist sich ein „Selbständiger“ als Arbeitnehmer, müssen für ihn auch Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes entrichtet werden. Was die sozialrechtliche Seite angeht, so ist selbst hier die Bindungswirkung der E 101-Bescheinigung keineswegs über jeden Zweifel erhaben. In der Literatur wird sie zwar im Grundsatz bejaht⁷³, jedoch auf ein Jahr beschränkt, da nach dessen Ablauf gem. Art. 14 Nr. 1 lit. b Verordnung (EWG) Nr. 1408/

71 die Zustimmung der Behörden des aufnehmenden Staates erforderlich sei⁷⁴. Der Sache nach wird diese Vorschrift dabei allerdings entsprechend angewandt, da sie lediglich den Einsatz von „Arbeitnehmern“ zum Gegenstand hat, was hier ja gerade streitig ist. Weiter wird darauf verwiesen, daß die Bescheinigung dann ihre Kraft verliere, wenn sie mißbräuchlich eingesetzt wird⁷⁵, was u. a. dann anzunehmen ist, wenn die betreffende Person eine ganz andere Arbeit als die ausübt, die Basis für die Bescheinigung war⁷⁶. Daß das Gemeinschaftsrecht Mißbräuche und Betrügereien nicht schützen will, ist vom *EuGH* vor nicht allzu langer Zeit in der sogenannten Paletta II-Entscheidung betont worden⁷⁷. In der Tat liegt hier der zutreffende Ansatz, über dessen Anwendung es auch informelle Abmachungen mit den britischen Behörden gibt⁷⁸.

Von der Rechtsordnung her sind daher alle Voraussetzungen gegeben, um einen Scheinselbständigen wie einen Arbeitnehmer zu behandeln. Das Hauptproblem liegt – genau wie in anderen Umgehungsfällen – in der genauen Erfassung des Sachverhalts und der Verhängung von Sanktionen. Hier muß das Schwergewicht der künftigen Arbeit liegen.

63) Ebenso *Hanau*, NJW 1996, 1369 (1370); *Hickl*, NZA 1997, 513 (517).

64) *Franzen*, DZWir 1996, 94 (99).

65) S. die Schilderung bei *Deinert*, RdA 1996, 339 (340).

66) *Steinmeyer*, DVBl 1995, 962 (967).

67) *Koberski/Sahl/Hold* (o. Fußn. 2), § 1 Rdnr. 27; *Mankowski*, BB 1997, 471; *Steinmeyer*, DVBl 1995, 962 (968).

68) *Mankowski*, BB 1997, 471.

69) Abgedr. bei *Däubler/Kittner/Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. (1994), Nr. 416 u. 417; eingehend *Nomos-Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*.

70) Zur Frage der Einbeziehung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall *Abele*, NZA 1996, 631.

71) Vgl. *Franzen*, DZWir 1996, 94 (99).

72) Näher *Mankowski*, BB 1997, 465 (466).

73) S. etwa *Cornelissen*, RdA 1996, 329 (338); *Franzen*, DZWir 1996, 94 (99); *Steinmeyer*, DVBl 1995, 962 (968).

74) *Cornelissen*, RdA 1996, 329 (338).

75) *Franzen*, DZWir 1996, 94 (99).

76) *Steinmeyer*, DVBl 1995, 962 (968).

77) *EuGH*, EuZW 1996, 375 = NZA 1996, 635 – Paletta II; berechtigte Kritik an der sehr zurückhaltenden Handhabung des Mißbrauchsarguments bei *Abele*, NZA 1996, 631.

78) *Mankowski*, BB 1997, 462 (471).

Das „Model Law on Cross-Border Insolvency“ der Vereinten Nationen

Ein Regelungsmodell für internationale Insolvenzfälle

Von *Olaf Benning und Axel Wehling LL.M., Wien**

Im Mai hat die UNCITRAL ein Modellgesetz zur Regelung der Verfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzfällen beschlossen. Das Modellgesetz ist als Vorlage für die mögliche Anpassung des einschlägigen Rechts konzipiert. Es konzentriert sich auf die Anerkennung der Verfahren, läßt aber das materielle Insolvenzrecht unberührt. Der nachfolgende Beitrag analysiert das Modellgesetz und gibt eine erste Bewertung.

* Wissenschaftliche Assistenten, Unterabteilung Internationales Handelsrecht (ITLB), Justitiariat der Vereinten Nationen, Wien. Die in dem folgenden Beitrag enthaltenen Ansichten sind die der Autoren und müssen nicht der Meinung der Vereinten Nationen entsprechen.