

Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag*

Von Professor Dr. Volker Rieble und Wiss. Ang. Jan Lessner, Mannheim



	Seite		Seite
A. AEntG und Nettolohnhaftung	30	II. Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen	60
I. Protektionistische Staatshilfe für das Baugewerbe und seine Tarifverbände	30	III. Rechtfertigung nach der van »Wesemael/Webb«-Formel	63
1. Das erste AEntG		1. Kriterien	
2. Das zweite AEntG		2. Zweck des § 1a AEntG als zwingender Grund des Allgemeininteresses	
3. Verschärfung durch Steuer- und Sozialabgabenhaftung		a) Haftungsandrohung als AEntG-Vollzug	
4. Staatsintervention, Binnenmarkt und Entsenderichtlinie		b) Akzessorietät zu § 1 AEntG und dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht	
II. Rechtliche Wirkung und wirtschaftliche Folge der Nettolohnhaftung	39	aa) Keine verbotene Diskriminierung durch § 1 Abs. 1 und Abs. 3a AEntG	
1. Bürgenhaftung des Auftraggebers		bb) Diskriminierende Wirkung des § 1 Abs. 4 AEntG	
2. Folgewirkung auf die Auftragsvergabe		cc) Ziele des AEntG	
III. Wettbewerbsrecht des EG-Vertrages	42	c) Anerkennung als rechtfertigende Allgemeininteressen	
B. Maßgebliche Grundfreiheit und Verletzungsform	44	aa) Grundsatz; Abgrenzung zu bloß wirtschaftlichen Gründen	
I. Freizügigkeit der »mitgebrachten« Arbeitnehmer	44	bb) Tarifautonomie und gespaltene Arbeitsmärkte	
II. Niederlassungsfreiheit	47	cc) Schutz der Bauindustrie	
III. Dienstleistungsfreiheit	48	dd) Bekämpfung von »Sozialdumping« resp. Wettbewerbsverzerrungen	
1. Anwendungsbereich		ee) Arbeitnehmerschutz	
a) Entsendefreiheit		d) Überschießende Belastung durch die Nettolohnhaftung	
b) Konkretisierung durch die RL 96/71/EG		3. Zwischenergebnis	
2. Beeinträchtigung			
a) Offene Diskriminierung			
b) Verschleierte Diskriminierung			
c) Beschränkung durch eine unterschiedslos wirkende Maßnahme			
C. Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit	59		
I. Rechtfertigung nach Art. 55 i. V. m. 45 EGV	59		

* Der Beitrag fußt auf einem Rechtsgutachten über die Nettolohnhaftung des § 1a AEntG und wurde aufgrund der jüngsten EuGH-Entscheidungen stark überarbeitet. EuGH 15.3.2001 – C-165/98 – »Mazzoleni« ZIP 2001, 581; EuGH 25.10.2001 – C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 – »Finalarte« NJW 2001, 3769 = NZA 2001, 1377; EuGH 24.1.2002 – C-164/99 – »Portugaia« EzA Art. 49 EG-Vertrag 1999 Nr. 3 = NZA 2002, 207 = ZIP 2002, 273; EuGH 5.4.2001 – C-493/99 – »Kommission./. Deutschland: § 1b AÜG« NZA 2001, 1299. Hingegen mußte EuGH 8.3.2001 – C-68/99 – »Künstlersozialabgabe« NJW 2002, 589 unberücksichtigt bleiben.

4. Verbot der Doppelbelastung		c) Güterabwägung (Proportionalität)	
5. »Nichtdiskriminierung«		aa) Mindestlohn	
6. Verhältnismäßigkeit		bb) Nettolohnhaftung	
a) Geeignetheit			
b) Erforderlichkeit	D. Ergebnis		88

A. AEntG und Nettolohnhaftung

I. Protektionistische Staatshilfe für das Baugewerbe und seine Tarifverbände

Das AEntG ist der erste Schritt zur Staatshilfe für Tarifvertragsparteien: Die IG BAU und die Arbeitgeberverbände von Baugewerbe und Bauindustrie wissen sich anders gegen ihre ausländische Konkurrenz und deren günstigere Arbeitsentgelte und damit Arbeitskosten nicht zu helfen: Für ausländische Arbeitnehmer muß nicht nur der deutsche Tariflohn greifen – per besonderer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 1 Abs. 3a AEntG, die nicht nur nicht mehr der Zustimmung des »aufmüpfigen« Tarifausschusses bedarf, sondern auch kein 50 %-Quorum mehr verlangt, was angesichts des schwindenden Organisationsgrades im Baugewerbe sonst die Allgemeinverbindlicherklärung verhindert hätte.

Daneben tritt eine einzigartige Nettolohnhaftung des »nicht-privaten« Bauauftraggebers, oft und falsch als »Generalunternehmerhaftung« apostrophiert: Er muß für die bei jedweden Subunternehmer ausgefallenen Mindestlöhne wie ein Bürge geradestehen. Daß Entgeltansprüche der Bauarbeiter bereits seit fast 100 Jahren systemkonform durch das »Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen«¹ geschützt werden, interessiert den Gesetzgeber nicht. Der ordnungspolitische Sündenfall ist schon vor dem Regierungswechsel geschehen: Korporatismus als Verfälschung von Tarifparteien und Staat ist nichts Neues².

1. Das erste AEntG

Bis 1996 konnten ausländische Bauunternehmen mit ihren Arbeitnehmern das marktkonforme Recht der Preisunterbietung auf fremden Märkten ausüben: Vorwiegend portugiesische Subunternehmer übernahmen im Einklang mit der Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages auf deutschen Baustellen für den meist deutschen Generalunternehmer und dessen deutsche Bauherren Aufträge. Zur Unterbietung deutscher Baupreise waren jene ausländischen Unternehmen imstande, weil sie ihren Arbeitnehmern

1 Gesetz vom 1. 6. 1909, RGBl. S. 449, Schönfelder Nr. 32. Vgl. BGH NZBau 2000, 129; *Opolony*, Der Schutz des Arbeitnehmers durch das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, AuR 2001, 206; vgl. *J. Schmidt*, Ansprüche des Auftragnehmers aus dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, BauR 2001, 150.

2 Siehe zur Bündniswirtschaft *Rieble*, Bündnis für Arbeit – »Dritter Weg« oder Sackgasse, RdA 1999, 169; *Berthold/Hank*, Bündnis für Arbeit: Korporatismus statt Wettbewerb (1999).

keine deutschen Baulöhne zahlten. In Deutschland trugen sie damit zu niedrigeren Baupreisen bei – wovon insbesondere die Baustellen des Bundes in Berlin profitiert haben sollen.

Die Arbeitskosten machen im Bausektor ca. 50 % der Gesamtkosten aus³ und liegen im europäischen Vergleich im oberen Bereich⁴; gleiches trifft auf die Lohnnebenkosten zu⁵. Zudem beträgt die tarifliche Arbeitszeit im Vergleich zu Portugal pro Jahr rund 300 Stunden weniger⁶. Der europäische Dienstleistungsbinnenmarkt hatte sichtbar gemacht, daß niedrigqualifizierte deutsche Bauarbeiter bzw. deren Arbeitgeber im europäischen Vergleich nicht konkurrenzfähig sind – solange und soweit man den Wettbewerb zuläßt.

Indem die ausländischen Subunternehmen, zumeist kleine und mittelständische Betriebe, Bauaufträge für sich gewannen, konnten sie auch mittelbar ihren Mitarbeitern Arbeit verschaffen – freilich auf Kosten der deutschen »Hochlohnbauarbeiter« und deren Beschäftigung. An eine vergleichbare Wettbewerbssituation bestehen aus deutscher und europäischer Sicht positive Erinnerungen. Bei der Vorbereitung des EWG-Vertrags in den 50er Jahren hielt die französische Regierung dem Konzept eines freien Binnenmarktes zunächst folgendes entgegen: »Solange die Deutschen »Sozialdumping« betreiben, können wir in der EWG keinen freien Gemeinsamen Markt einführen.«⁷ Im Vergleich zu den französischen Sozialbeiträgen waren die deutschen damals nämlich bedeutend niedriger. Die französischen Mitglieder der Vorbereitungsgruppe »Sozialpolitische Vorschriften« ließen sich aber von dem Argument überzeugen, daß die Arbeitskosten in Relation zu Höhe und Struktur der Arbeitsproduktivität stehen müßten und daß dies nicht zu Lasten eines fairen Wettbewerbs ginge.

Anstatt auf eine solche Lösung nach den Bedingungen eines freien Gütermarktes und seiner Verschränkung mit dem Arbeitsmarkt zu setzen, wählte die deutsche Bundesregierung den umgekehrten Weg. Die Lohnunterbietung wurde zu »unfairer Konkurrenz« und »Sozialdumping« erklärt und schrittweise an ihrer Kriminalisierung gearbeitet.

Den ersten Schritt machte das am 1. 3. 1996 in Kraft getretene Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)⁸, das die normale Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 TVG um einen international-privatrechtlichen Aspekt ergänzte und die Entgelt- und Urlaubs-

3 Däubler, DB 1995, 726; Kehrmann/Spirolke, AiB 1995, 621.

4 Baulohn pro Stunde 1995: Deutschland 24 DM, Großbritannien und Irland 14–15 DM, Portugal 6–7 DM; Quelle: *Hauptverband der deutschen Bauindustrie*, Handelsblatt, 13. 4. 1995, S. 1.

5 Statistik bei Weindl/Woyke, EU 1999, S. 237.

6 Siehe die Statistik bei Weindl/Woyke, EU 1999, S. 237.

7 Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, S. 138; Otto Schlecht, FAZ, 28. 6. 1995, S. 15.

8 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz), BGBl. 1996 I, S. 227; Gesetzentwurf eingebracht am 1. 9. 1995, BR-Drs. 523/95.

mindestbedingungen des tatsächlichen Arbeitsortes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 AEntG) als zwingendes Recht auch auf Arbeitsverträge mit fremdem Vertragsstatut erstreckte. So sollten die Lohnkosten der ausländischen Arbeitgeber und damit ihre Gestehungskosten erhöht werden, um die Konkurrenzfähigkeit der Arbeit zu deutschen Bedingungen wiederherzustellen.

2. Das zweite AEntG

Jenes AEntG erwies sich mit dem Rekurs auf das Verfahren des § 5 TVG als umständlich und »blockadeanfällig«, weil der Tarifausschuß ordnungspolitische Bedenken einwenden konnte. Zudem ignorierten oder umgingen die ausländischen Subunternehmer häufig die Verpflichtungen nach dem AEntG⁹. Auch dauerte die Aufklärung der Sachverhalte meist so lange, daß die entsprechenden Arbeitskräfte bis dahin bereits wieder in ihren Heimatländern waren. Verschärfende Gesetzesentwürfe der SPD-Fraktion¹⁰ und einiger SPD-regierter Bundesländer¹¹ aus der 13. Legislaturperiode konnten erst nach dem Machtwechsel im Bundestag mit dem »Korrekturgesetz«¹² umgesetzt werden, insbesondere durch Einführung der Nettolohnhaftung des § 1a AEntG (Art. 10 SVKorrG). Damit soll die Baubranche zu einer entsprechenden »Selbstreinigung« angehalten werden: Nunmehr hat der Generalunternehmer ein Eigeninteresse, zur Vermeidung seiner Haftung nur »tariftreue« Subunternehmer zu beschäftigen¹³. Flankierend wurde mit § 1 Abs. 3a AEntG eine Verordnungsermächtigung eingeführt, die als erleichtertes Verfahren zur Geltungserstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter bislang zweimal praktiziert worden ist¹⁴.

9 *Däubler*, DB 1995, 726, 728; *Hold*, AuA 1996, 113, 117. Die von den britischen Behörden ausgestellten E-101-Bescheinigungen nach Art. 14a VO EWG 1408/71 haben ihre Bedeutung zwar nur für das Sozialrecht, jedoch muß im Einzelfall keine persönliche Abhängigkeit vorliegen (freie Verfügung über die Arbeitskraft, Recht zur Stellung eines Ersatzmannes), so daß bei trotzdem gegebener wirtschaftlicher Abhängigkeit eine arbeitnehmerähnliche Person vorläge – diese unterfallen aber trotz § 12a TVG nicht dem Geltungsbereich der Mindestlohn tarifverträge.

10 SPD-Fraktion vom 12. 6. 1996, BT-Drs. 13/4888.

11 Entwürfe Berlin und Hessen, BR-Drs. 468/96 und 480/96.

12 In Kraft getreten am 1. 1. 1999 (BGBl. 1998 I S. 3843).

13 BT-Drs. 14/45, S. 17; Rede des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie *Werner Müller* zum Thema »Deutschlands wirtschaftliche Zukunft auf ein solides Fundament stellen« anlässlich des Tages der Deutschen Bauindustrie 2001, gehalten in Berlin am 29. 5. 2001.

14 Die Tarifparteien des Baugewerbes (Zentralverband des deutschen Baugewerbes e.V. und Hauptverband der deutschen Bauindustrie e.V. einerseits sowie Industriegewerkschaft Bau-Agrar-Umwelt andererseits) haben dreimal einen Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) abgeschlossen. Der erste Tarifvertrag sah einen Mindestlohn im Westen Deutschlands von DM 16 (Osten: DM 15,14), der zweite ab 1. 9. 1999 von DM 18,50 (Osten: DM 16,28) je Stunde vor. Der aktuelle Tarifvertrag vom 2. 6. 2000 ordnet bundeseinheitlich einen Stundensatz von 18,87 DM ab 1. 9. 2000 und 19,17 DM ab 1. 9. 2001 an. Der Bundesarbeitsminister hat von der Verordnungsermächtigung nach § 1

Die Regulierungsfreude des Gesetzgebers ließ eine Großbaustelle »internationales Arbeitskollisionsrecht« entstehen, auf der er selbst den Überblick verlor: Der 1998 neugefaßte § 7 Abs. 1 Nr. 4 AEntG¹⁵ begnügt sich damit, Art. 3 Abs. 1 lit. d der RL 96/71/EG vom 16. 12. 1996 (Entsenderichtlinie) umzusetzen, indem die Bestimmungen des AÜG, die das Arbeitsverhältnis zwischen dem ausländischen Verleiher und dem ins Inland entliehenen Arbeitnehmer betreffen, zu zwingenden Normen i. S. d. Art. 34 EGBGB erklärt werden¹⁶. Gemeint sind damit hauptsächlich die Informationspflichten des § 11 AÜG, das Leistungsverweigerungsrecht unter Aufrechterhaltung der Lohnfortzahlungspflicht während eines Streiks im Entleiherbetrieb¹⁷, § 11 Abs. 5 AÜG, das Befristungsverbot gemäß § 9 Nr. 2 AÜG und der flankierende Sonderkündigungsschutz gemäß § 9 Nr. 3 AÜG. Das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Entliehenem wird aber nicht insgesamt zu einem deutschen Arbeitsverhältnis. Dies zeigt sich schon daran, daß es anderenfalls des § 7 Nr. 4 AEntG nicht bedürfte. Um die Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland ähnlich unattraktiv zu machen wie die Entsendung, hat der Gesetzgeber zudem für den Verleiher die Verpflichtung begründet, nach dem Mindestlohnvertrag zu vergüten, § 1 Abs. 2a AEntG. Geschieht dies nicht, greift auch hier die Nettolohnhaftung zugunsten jedes von einem Subunternehmer in der Kette entliehenen Arbeitnehmers. Was den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßt hat, erschließt sich zunächst nicht. Schließlich hat der Gesetzgeber kurz zuvor das Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe erneuert, § 1b Satz 1 AÜG¹⁸. Ein nennenswerter Anwendungsbereich eröffnet sich § 1

Abs. 3a Satz 1 AEntG bereits zweimal Gebrauch gemacht: Die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 25. 8. 1999, BGBl. I S. 1894 (BauArbbV I), erklärt den Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 26. 5. 1999 (= 2. TV Mindestlohn) für allgemeinverbindlich; die Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 17. 8. 2000, BGBl. 2000 I S. 1290 (BauArbbV II), erklärt den Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 2. 6. 2000 (= 3. Mindestlohnvertrag) für allgemeinverbindlich. Aufgrund des § 1 Abs. 3a AEntG hat das BMA zudem durch § 1 der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Dachdeckerhandwerk vom 29. 8. 2001 (BGBl. I S. 2260) bestimmt, daß § 2 (Lohn der Lohngruppe IV c/Mindestlohn 17,50 DM/Stunde – West, 16,50 DM/Stunde – Ost) des Tarifvertrages zur Regelung eines Mindestlohnes im Dachdeckerhandwerk – Dach-, Wand- und Abdichtungstechnik – im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Tarifvertrag Mindestlohn) vom 26. 3. 2001 auch auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer in seinem Geltungsbereich Anwendung findet.

15 Nach Wegfall der alten Fassung neu eingefügt durch Art. 10 SVKorrG 19. 12. 1998.

16 Insoweit hält sich der Gesetzgeber im Rahmen der Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 lit. d RL 96/71/EG vom 16. 12. 1996 (Entsenderichtlinie). Allerdings galten diese Normen auch bis dahin schon als Eingriffsnormen, s. *Däubler*, EuZW 1993, 373; *Deinert*, RdA 1996, 343; *ErfKomm/Wank*, § 1 AÜG Rn. 86; *Schüren*, AÜG, 1994, Einl. Rn. 573.

17 *MünchArbR/Marschall*, § 175 Rn. 29ff.

18 Art. 63 Nr. 5 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung (AFRG) vom 24. 3. 1997, gültig ab 1. 1. 1998, zuvor § 12a AFG.

Abs. 2a AEntG daher erst mit Wegfall des Überlassungsverbots gemäß § 1b AÜG, dessen Gemeinschaftswidrigkeit der EuGH am 25. 10. 2001 in einem Vertragsverletzungsverfahren feststellte¹⁹.

3. Verschärfung durch Steuer- und Sozialabgabenhaftung

Alles dies genügte dem Gesetzgeber nicht, weil es offenbar immer noch ausländische Bauunternehmen auf deutschen Baustellen gibt. Art. 4 des Gesetzes zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe²⁰ ändert §§ 48, 48a–c EStG²¹ und führt damit erneut ein Bauabzugsbesteuerungsverfahren²² ein: Neben die selbstschuldnerische Bürgenhaftung für die Lohnschuld tritt die Haftung für die Lohnsteuerschuld der Arbeitnehmer des Subunternehmers und die Einkommens- und Körperschaftssteuerschuld des Subunternehmers, § 48a Abs. 3 Satz 1 EStG. Der Auftraggeber einer Bauleistung ist verpflichtet, von der Werklohnforderung einen Steuerabzug i. H. v. 15 % vorzunehmen, § 48 EStG. Subunternehmer können ihre Auftraggeber allerdings gemäß § 48b EStG von der Teilnahme an diesem Verfahren freistellen. Ein Antrag gemäß § 48b EStG lohnt sich allerdings kaum für einen ausländischen Dienstleister, der nicht dauerhaft in Deutschland tätig werden will. Inländischen Bauauftragnehmern fällt es deutlich leichter, die Voraussetzungen des § 48b Abs. 1 Satz 2 EStG zu erfüllen²³.

Die §§ 48, 48a–c EStG stellen sich somit als kaum entschärfte Variante des offensichtlich gemeinschaftsrechtswidrigen § 50a Abs. 7 EStG dar, der als schlechter Aprilscherz mit dem StEntG 1999/2000/2002 zum 1. 4. 1999 in Kraft trat und wenig später auf Druck der EG-Kommission wieder gestrichen werden mußte²⁴. Die Bundesregie-

19 EuGH 25. 10. 2001 – C-493/99 – »Kommission./ . Deutschland: § 1b AÜG«; GA Colomer 5. 4. 2001 im selben Verfahren.

20 Gesetz vom 30. 8. 2001, BGBl. 2001 I S. 2267, vom Deutschen Bundestag verabschiedet am 16. 5. 2001; Gesetzgebungsverfahren: BT-Drs. 14/4658.

21 In der Fassung des Art. 4 des Gesetzes zur Eindämmung illegaler Beschäftigung in der Baubranche.

22 Umfassend: *Stickan/Hüllhorst*, Die neue Bauabzugsbesteuerung, DB 2001, 1441 ff.; s. auch: OFD Karlsruhe 4. 10. 2001 – S 2303 A – 29 – St 322, DB 2001, 2321; *Bergemann*, Neue Quellenbesteuerung bei Bauleistungen, in: Linklaters Oppenhof & Rädler, Steueränderungen zum 1. 1. 2002 im Unternehmensbereich, DB Beil. 1/2002.

23 Zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit wegen unterschiedslos anwendbarer Entsenderegelungen, deren administrative Belastungen ausländische Dienstleister stärker treffen als inländische, vgl. EuGH 15. 3. 2001 – C-165/98 – »Mazzoleni« Slg. 2001 I-2189 = NZA 2001, 554 ff.

24 Die Kommission hatte der Bundesrepublik bereits das erste Fristsetzungsschreiben zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens übermittelt. Pressemitteilung 28. 7. 1999, IP/99/581. Eingeführt wurde § 50a Abs. 7 durch Art. 1 Nr. 54 des SteuerentlastungsG 1999/2000/2002, BGBl. 1999. Zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nur: *de Weerth*, IStR 2000, 210; *Stapperfend*, FR 1999, 742, 744 ff. Das BMF forderte am 11. 8. 1999 (IV C1-S 2303-447/99, IStR 1999, 510 mit Anm. *Kippenberg*) im Vorgriff auf die gesetzliche Aufhebung der Norm die Finanzämter auf, diese nicht

rung meint zwar, die Vorgaben der EG-Kommission erfüllt zu haben²⁵, gibt aber zu, eine Verschlechterung des guten Wirtschaftsklimas unter den europäischen Partnern in Kauf zu nehmen²⁶. Im Bereich der Umsatzsteuer existiert bereits ein Steuerabzugsverfahren, §§ 51 ff. UStDV, das immer noch auf den ausländischen Sitz des Subunternehmers abstellt, § 51 Abs. 1 Nr. 1 UStDV, und den Auftraggeber mit der Haftung in doppelter Umsatzsteuerhöhe bedroht.

Vollendet werden soll die Vertreibung ausländischer Bauunternehmen durch die Haftung des Bauauftraggebers auch für Sozialversicherungsbeiträge, die der Subunternehmer nicht abgeführt hat²⁷ – aus der Nettolohnhaftung soll eine Bruttolohnhaftung werden. Das zeigt ein umfassendes Bild von den Belastungen des Bauauftraggebers. Dabei ist der Generalunternehmer nicht einmal die eigentliche Zielscheibe, sondern nur Handlanger und Vollstrecker. Von der Bauwirtschaft sollen, laut Wirtschaftsminister Müller, die »schwarzen Schafe« in den eigenen Reihen selbst zur »Strecke gebracht werden«²⁸. Die »schwarzen Schafe« sind Subunternehmer, die gegen deutsche arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften verstoßen. Diese Schafe mußten freilich zuerst geschwärzt werden – durch Beanstandung des an sich erlaubten Unterbietungswettbewerbs.

Flankiert wird diese Vertreibung schließlich noch durch das Tarifreuegesetz: Zwar hat der Bundesgerichtshof gerade erst ein Landesgesetz auch wegen materieller Verfassungswidrigkeit dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt²⁹. Das hält den Gesetzgeber aber nicht davon ab, für Baugewerbe und Personennahverkehr ein Tarifreuegesetz zu formulieren, das von demjenigen, der einen öffentlichen Auftrag begehrt, nicht

mehr anzuwenden. Rückwirkend aufgehoben wurde die Abzugssteuer durch Art. 1 Nr. 38 StBereinG 1999 vom 22. 12. 1999, BGBl. 1999, 2601, 2608.

25 Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates vom 16. 11. 2000 zum Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe, Begründung, Allgemeiner Teil S. 9, BT-Drs. 14/4658. Die Kommission hatte allerdings im Einklang mit Stimmen aus der deutschen Wirtschaft gefordert, daß die behördliche Kontrolle effektiver durchgeführt werden müßte.

26 Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates vom 16. 11. 2000 zum Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe, Begründung, Allgemeiner Teil S. 8, BT-Drs. 14/4658.

27 Schon die Ankündigung des Bundesministers für Arbeit und Soziales, eine solche Haftung in § 28 e des SGB IV zu verankern, führte zu heftigem Widerstand der Verbände der Bauwirtschaft, die das Steuerabzugsverfahren sogar mitgetragen hatten, vgl. Handelsblatt, Nr. 47, 7. 3. 2000, S. 8; FAZ, 27. 11. 2001, S. 17. Vgl. nun den »Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit« vom 19. 12. 2001, vgl. NZA 2002, Heft 2 IX.

28 Rede des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie Dr. Werner Müller zum Thema »Deutschlands wirtschaftliche Zukunft auf ein solides Fundament stellen« anlässlich des Tages der Deutschen Bauindustrie 2001, gehalten in Berlin am 29. 5. 2001. Zynisch ist im Kabinettsbeschluss zum obengenannten Gesetzentwurf von der »Stärkung der Selbstregulierungskräfte der Wirtschaft« die Rede.

29 BGH 18. 1. 2000 – KVR 23/98 (Tarifreueerklärung II) – ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327 = EzA Art. 9 GG Nr. 67 = AP Nr. 1 zu § 20 GWB.

nur die Einhaltung von allgemeinverbindlichen Mindestlöhnen verlangt, sondern die »freiwillige« Anwendung der Tarifverträge insgesamt³⁰.

4. Staatsintervention, Binnenmarkt und Entsenderichtlinie

Wie meist bringt der Staatsinterventionismus den Vorwurf der Rechtswidrigkeit mit sich. Dementsprechend ist die Diskussion um die Verfassungswidrigkeit und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des AEntG im allgemeinen und der »Generalunternehmerhaftung« nach § 1a AEntG im besonderen nicht verstummt³¹. Insbesondere hat die

30 Siehe den Entwurf eines Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen, BT-Drs. 14/7796, sowie den Gesetzesantrag des Landes Bayern für ein Gesetz für Tariftreueerklärungen, BR-Drs. 438/00. Dazu *Löwisch*, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, 1090.

31 *Monographisch*: *Andelewski*, Staatliche Mindestarbeitsbedingungen, 2000; *Borgmann*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, 2001; *Demarne*, Anwendung nationaler Tarifverträge bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen, 1999; *Dörfler*, Die Nettolohnhaftung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Diss. Mannheim 2002); *Doppler*, Die Vereinbarkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes mit dem Europäischen Recht, 2000; *Eichenhorst*, Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit – Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU, 2000; *Fritzsche*, Die Vereinbarkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes sowie der erfaßten Tarifverträge mit höherrangigem Recht, 2001; *Gronert*, Die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen, München 2001; *Kretz*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, München 1996; *Müller*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, 1997; *Meier*, »Ökonomische Analyse der Entsenderichtlinie«, in: E. Jayme (Hrsg.), Das Recht der lusophonen Länder, Baden-Baden 2000, S. 99 ff.; *Nettekoven*, Die Erstreckung tariflicher Mindestlöhne in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf entsandte Arbeitnehmer im Baugewerbe, 2000; *Rotte/Zimmermann*, Das Entsendegesetz – Sündenfall oder Lösung des Arbeitslosigkeitsproblems, 1998; *A. Stoll*, Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts (erscheint 2002); *Theelen*, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz: Entwicklung und Rechtskonformität, 1999; *Wiesenhügel/Sahl* (Hrsg.), Die Sozialkassen der Bauwirtschaft und die Entsendung innerhalb der Europäischen Union 1998.

Aufsätze: *Badura*, Verfassungsfragen der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer nach Deutschland, in: FS Söllner zum 70. Geburtstag – Europas universale rechtspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, 2000, 111 ff.; *Bieback*, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 207 ff.; *Däubler*, Tariftreue statt Sozialkostenwettbewerb?, ZIP 2000, 681 ff.; *Däubler*, Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, NJW 1999, 601 ff.; *Hanau*, Die Anwendung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf inländische Arbeitgeber, NZA 1998, 1249 ff.; *Harbrecht*, Die Auswirkungen der Einführung des § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), BauR 1999, 1376 ff.; *Löwisch*, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – ein ordnungspolitischer und rechtlicher Irrweg, GedS Walter Eucken, 2000, 221; *Lütke*, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, wistra 2000, 84 ff.; *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173 ff. Das LAG Berlin hingegen sieht keine Zweifel an der Vereinbarkeit der Nettolohnhaftung mit dem EGV: LAG Berlin 14. 2. 2001 – 15 Sa 2121/00 – s. u. Fn. 32; vgl. auch KG Berlin 20. 3. 2000 – 2 Ss 314/98 – 5 Ws (B) 648/98 – zur Vereinbarkeit der

obskure, ja an Rechtsverweigerung grenzende Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts keinen Rechtsfrieden geschaffen³².

Die Kritik am AEntG in alter und verschärfter Form³³ hat sich von Anfang an auf die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht erstreckt³⁴. Trotz des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit hielt es der deutsche Gesetzgeber nicht für nötig, den Erlass einer gemeinschaftsrechtlichen Entsenderegelung abzuwarten.

Bereits 1972 schlug die EG-Kommission einen Verordnungsentwurf über das anzuwendende Recht bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen vor³⁵, zog diesen jedoch 1981 angesichts der britischen harmonisierungsfeindlichen Ratspolitik zurück³⁶, ohne das Vorhaben als solches endgültig aufzugeben. In dem 1989 vorgelegten »Aktionsprogramm zur Anwendung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte für Arbeitnehmer«³⁷ kündigte die Kommission eine gemeinschaftsrechtliche Regelung der Arbeitnehmerentsendung an. Ohne nachweisbaren Zusammenhang mit den deutschen protektionistischen Bemühungen legte die EG-Kommission zur Umsetzung

§§ 2 Abs. 3 und 3 AEntG mit dem EGV und KG Berlin 28. 11. 2001 – 2 Ss 437/98 – 5 Ws (B) 132/99.

32 BVerfG 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00 – EzA Art. 9 GG Nr. 69 = NZA 2000, 948 ff. = NJW 2000, 3704 ff. = SAE 2000, 265 f. mit krit. Anm. *Scholz*; eingehend *Scholz*, Tarifautonomie zwischen Allgemeinverbindlicherklärung und Staatsdiktat, FS Vogel (2000), 375 ff.; LAG Frankfurt 10. 4. 2000 – 16 Sa 1858/99 – AR-Blattei ES 370.3 Nr. 3; ArbG Berlin 10. 8. 2000 – 52 Ca 4049/00 – NZA-RR 2000, 651; bestätigt durch LAG Berlin 14. 2. 2001 – 15 Sa 2121/00 – nicht veröffentlicht, nicht rechtskräftig, Revision eingelegt unter 5 AZR 279/01; *Kreiling*, Tariflohn kraft staatlicher Anordnung, NZA 2001, 1118. Der als Vorfrage zu § 1a AEntG bedeutsame § 1 Abs. 3a AEntG ist nach – falscher – h. M. verfassungsgemäß: *Ossenbühl*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung – Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs. 3a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, 2000; dagegen zutreffend *Badura*, a. a. O., Fn. 31, S. 111 ff.

33 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370; *Koenigs*, DB 1995, 1710; *ders.*, DB 1997, 225; *Löwisch*, FS Zeuner, S. 91; *Selmayr*, ZfA 1996, 615; *Strohmaier*, RdA 1998, 339; gefordert wurde eine solche Regelung hingegen von *Däubler*, DB 1995, 726, 727; *Kehrmann/Spirolke*, AiB 1995, 621, 623.

34 Unvereinbar: *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2372 ff.; ihnen folgend: *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 121 ff.; *Beisiegel/Mosbacher/Lepante*, JZ 1996, 668, 671; *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 62 f.; *Strohmaier*, RdA 1998, 339 ff.; zweifelnd: *Hailbronner*, EWS 1997, 401 ff.; *Koenigs*, DB 1997, 225, 231; vereinbar: *Blanke*, ArbuR 1999, 417, 422 ff.; *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 206; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614 ff.; *Deinert*, RdA 1996, 339; *Franzen*, DZWiR 1996, 89; *Hanan*, NJW 1996, 1369; *Hickl*, NZA 1997, 513, 515; *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505, 512; *Webers*, DB 1996, 574, 577.

35 Vorschlag einer Verordnung des Rates über das auf Arbeitsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft anzuwendende Konfliktrecht vom 23. 3. 1972, Abl. EWG 1972 Nr. C 49, S. 26; geänderter Vorschlag einer Verordnung des Rates über das auf Arbeitsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft anzuwendende Konfliktrecht vom 28. 4. 1976, KOM (73) 653; vgl. *Gamillscheg*, *RabelsZ* 37 (1973), 284, 297 ff.; *Junker*, *Internationales ArbR im Konzern*, 1992, S. 92; *Kronke*, *RabelsZ* 45 (1981), 301, 308.

36 Abl. EG 1981 Nr. C 307 S. 3; vgl. *Morse*, in: *North, Contract Conflicts*, S. 143, 169.

37 KOM (89) 568, S. 23 f., 2. Teil Nr. 4.

des Aktionsprogramms 1991 einen weiteren Entwurf einer Entsenderichtlinie vor³⁸. Offiziell begründet wurde die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, indem Mindestschutzvorschriften zur »Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer«³⁹ und für ein »Klima fairen Wettbewerbs«⁴⁰ erforderlich seien. Letztlich handelte es sich um einen sozialpolitisch motivierten Rechtsharmonisierungsvorschlag⁴¹, mit dem die Kommission auch auf die mitgliedstaatlichen Beschränkungen reagierte, die bereits zu den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen »Rush Portuguesa« und Seco/EVI geführt hatten⁴². Der Richtlinienvorschlag wies jedoch so viele Unklarheiten auf, daß die Kommission zur Bearbeitung der Änderungsanträge bis 1993 brauchte, um einen überarbeiteten Vorschlag vorzulegen. Zudem verzögerte der fehlende politische Wille und der Streit um eine Schwellenfrist, d. h. das Erfordernis einer mindestens dreimonatigen Entsendung, einen zügigen Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens⁴³. Während der deutschen Ratspräsidentschaft 1994 wurde wieder verstärkt nach einem Kompromiß gesucht, um im Ministerrat die erforderliche Zustimmung Großbritanniens zu erhalten⁴⁴. Letztlich scheiterten die Bemühungen am Widerstand Portugals, Griechenlands und Großbritanniens⁴⁵. Das Europäische Parlament, welches die Richtlinie als Instrument sozialrechtlichen Schutzes der Arbeitnehmer ansah, drängte jedoch auf Verabschiedung der Richtlinie. Zudem wuchs die Gefahr nationaler Alleingänge. Dieser Druck und die durch den Beitritt Österreichs, Schwedens und Finnlands geänderten Mehrheitsverhältnisse sowie die Wahl einer Rechtsgrundlage, die keine Einstimmigkeit erforderte, führten schließlich zur Verabschiedung der Richtlinie 96/71/EG am 16. 12. 1996 (Entsenderichtlinie)⁴⁶. Sie trat gemäß ihres Art. 7 am selben Tag in Kraft

38 KOM (91) 230; Ratsdokument Nr. 7322/91; ohne amtliche Begründung abgedruckt in: Abl. EG 1991 Nr. C 225, S. 6; vgl. *Blanpain*, *European Labour Law*, S. 119; *Däubler*, *EuZW* 1993, 370, 371; *Krimphove*, S. 205; *Löwisch*, *FS Zeuner* 1994, S. 91; *Piffel-Pavelec*, *DRdA* 1995, 292; *Roth*, *IPRax* 1994, 165, 168.

39 Abl. EG 1991 Nr. C 225, S. 7, 5. Begründungserwägung.

40 Abl. EG 1991 Nr. C 225, S. 7, 10. Begründungserwägung.

41 Wirtschafts- und Sozialausschuß, Stellungnahme zur Entsenderichtlinie, Abl. EG 1992 Nr. C 49 S. 41; a. A. *Borgmann*, S. 199.

42 EP, Bericht *Papayannakis*, S. 15; *Davies*, *ILJ* 1995, 49, 74.

43 *Däubler*, *DB* 1995, 726, 727, beklagte daraufhin, eine europäische Regelung sei »auf den St. Nimmerleinstag verschoben«.

44 Vgl. Protokolle der ersten Tagung des Sozialministerrates unter deutscher Präsidentschaft am 22. 9. 1994, Ratsdokument Nr. 9402/94 P 190 – G, S. 9; zur Sondersitzung am 21. 12. 1994 auf besonderen Wunsch des Ratspräsidenten vgl.: *Der Spiegel*, Nr. 40, 3. 10. 1994, S. 127 f.; *Handelsblatt*, 6. 12. 1994, S. 6; *FAZ*, 2. 1. 1995, S. 11; *Davies*, *ILJ* 1995, 49, 75.

45 *Davies*, *ILJ* 1995, 49, 75.

46 Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Abl. EG 1996, Nr. L 18 vom 21. 1. 1997, S. 1.

und wurde von den meisten Mitgliedstaaten zögerlich umgesetzt⁴⁷. Weil mit dem zeitlich früher und inhaltlich unabhängig von der Richtlinie ergangenen AEntG bereits eine Entsenderegelung bestand, mußte die Richtlinie auf nationaler Ebene zunächst nicht gesondert umgesetzt werden⁴⁸. Die Nettolohnhaftung des Bauauftraggebers nach § 1a AEntG, das Steuerabzugsverfahren und die Haftung für Sozialabgaben, die der Subunternehmer nicht abgeführt hat, sind ohne gemeinschaftsrechtliches Vorbild. Dementsprechend verdient die Nettolohnhaftung eine gesonderte Untersuchung.

II. Rechtliche Wirkung und wirtschaftliche Folge der Nettolohnhaftung

1. Bürgenhaftung des Auftraggebers

Nettolohnhaftung gemäß § 1a AEntG bedeutet für den »Unternehmer«, daß er verpflichtet ist, für den garantierten Nettolohn aller auch bei Subunternehmern beschäftigten Arbeitnehmer gleich einem selbstschuldnerischen Bürgen zu haften. Gesetzgeberisches Leitbild bei Einführung dieser Haftung war der Generalunternehmer, der sich nicht mehr der Verpflichtung zur Zahlung der hohen deutschen Löhne an seine Arbeitnehmer entziehen kann, indem er zumeist ausländische Subunternehmer einschaltet.

Dem Wortlaut nach greift diese Haftung nicht nur bei Generalunternehmern, sondern auch bei jedem Nichtbauunternehmer, der für sein Unternehmen Bauleistungen in Auftrag gibt. Lediglich nicht gewerbliche (vor allem private) oder öffentlich-rechtliche Auftraggeber bleiben von der Durchgriffshaftung verschont. Die insoweit überschießende tatbestandliche Weite des Kreises der Verpflichteten ist dem Gesetzgeber nicht aufgefallen – jedenfalls ergeben sich aus dem Gesetzgebungsverfahren keine entsprechenden Hinweise. Der Leitgedanke, daß der Generalunternehmer das Geschehen auf »seiner« Baustelle verantworten könne, gilt für den Bauauftraggeber nicht. Weshalb also ein mittelständisches Unternehmen, das eine Halle bauen läßt, von der Nettolohnhaftung getroffen werden soll, bleibt unerfindlich.

Da der Auftraggeber selbstschuldnerisch haftet, kann er sich nicht auf die Einrede der Vorausklage berufen, so daß der Arbeitnehmer nicht einmal versuchen muß, seinen Ar-

47 Dänemark: Gennemforelse af direktiv 96/71/EF af 16. 12. 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser; Spanien: Ley 45/1999 de 29. 11. 1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; Frankreich: Decret n(Grad 2000-861 du 4.9.2000; Decret n(Grad 2000-462 du 29. 5. 2000; Griechenland: Decret présidentiel 219/00 ref: FEK 190/A du 31/08/2000; SG (2001) A/2876 du 08/03/2001; Niederlande: Wet van 2 december 1999 tuit uitvoering van de Richtlijn 96/71/EG van het Europees parlement en van de Raad van de Europese Unie van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten; Schweden: Lagen (1999: 678) om utstationering av arbetstagare; Finnland: Lag om utstationerade arbetstagare nr 1146; Lag om ändring av 17 och 51 a § lagen om arbetsavtal nr 1147; Lag om ändring av 29 § utlänningslagen nr 1148.

48 Zum Verhältnis von AEntG n.F. und der Entsenderichtlinie s. u. B III 1 b.

beitgeber in Anspruch zu nehmen. Schon bei bloßer Zahlungsunwilligkeit des Arbeitgebers kann er sich direkt an einen auftraggebenden Unternehmer wenden. Zwar geht der Lohnanspruch der Arbeitnehmer gemäß § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den auftraggebenden Unternehmer über, wenn dieser den Nettolohn zahlt. Der Rückgriff auf den Arbeitgeber nützt dem Auftraggeber jedoch wenig, denn diese Hauptforderung ist im Falle der Insolvenz des arbeitgebenden Subunternehmers auf die Befriedigungsquote beschränkt. Zudem bereitet die Geltendmachung und Eintreibung der Forderung Probleme, wenn der Hauptschuldner im Ausland ansässig ist. Der Generalunternehmer nimmt damit für den Arbeitnehmer die Funktion eines kosten- und risikolosen Inkassounternehmens ein, welches der Arbeitnehmer in seinen Zwangsdienst nehmen kann⁴⁹. Es geht dabei aber weniger um die Sicherung des Anspruchs der Arbeitnehmer als um die Belastung des Generalunternehmers.

Die Nettolohnhaftung belastet den Auftraggeber mit einem zusätzlichen Insolvenzrisiko: Zahlt das Arbeitsamt aufgrund einer Insolvenz eines Subunternehmers dessen Arbeitnehmern Insolvenzgeld nach § 183 ff. SGB III, gehen die Nettolohnansprüche nach § 1a AEntG und die Verpflichtung des Auftraggebers gemäß § 187 SGB III i. V. m. §§ 401, 412 BGB auf das Arbeitsamt über, welches nun seinerseits vom Auftraggeber die Auslagen für das Insolvenzgeld zurückfordern kann. Dies gilt wegen der Endloshaftung auch dann, wenn ein Subunternehmer des Subunternehmers insolvent wird⁵⁰.

Da der Unternehmer gemäß § 1a AEntG »wie ein Bürge« haftet und somit im Falle einer Subunternehmerkette mehrere Unternehmer analog § 769 BGB für dieselbe Verbindlichkeit einzustehen haben, haften alle Unternehmer in der Kette dem Arbeitnehmer als Gesamtschuldner. Der in Anspruch Genommene tritt jedoch nicht in diese komfortable Stellung des Arbeitnehmers ein. Da § 774 Abs. 2 BGB als *lex specialis* zu den §§ 401, 412 BGB bestimmt, daß die Bürgschaftsforderungen gegen Mitbürgen nur entsprechend dem zwischen den Mitbürgen bestehenden Ausgleichsverhältnis auf

49 Demgegenüber ist das österreichische Pendant, § 7c AVRAG, als bloße Ausfallbürgschaft, § 1356 ABGB, ausgestaltet, so daß der Auftraggeber dem Arbeitnehmer nur für den Fehlbetrag haftet, den dieser bei der Rechtsverfolgung gegen den Schuldner nicht einbringen konnte. Zudem entfällt nach § 7c Abs. 5 AVRAG die Bürgenhaftung des Auftraggebers, wenn der Auftragnehmer insolvent ist oder sich sein Aufenthaltsort nicht ermitteln läßt; § 7c Abs. 3 Satz 2 AVRAG enthält eine Präklusionsnorm, die den Auftraggeber schützt. Nur bei eigenem vergabeordnungswidrigen Verhalten tritt eine Kettenhaftung gemäß § 7c Abs. 2 AVRAG und die schärfere Form der Bürgenhaftung nach § 1355 ABGB ein; Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz Öst. BGBl. Nr. 459/1993 BGBl. und 120. Bundesgesetz, Gesetz zur Änderung des Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetzes, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und des Bundesvergabegesetzes 1997, BGBl. I 1999/120, ausgegeben am 22. 7. 1999.

50 Im Rahmen einer »kleinen Anfrage« wiesen Mitglieder der FDP-Fraktion die Bundesregierung auf diesen Zusammenhang hin. Diese antwortete jedoch lediglich, daß ihr ein Mißbrauch der Nettolohnhaftung als Konkursicherungsnorm nicht bekannt sei: s. u. Fn. 244.

den leistenden Bürgen übergehen, kann dieser zwar den Subunternehmer als Hauptschuldner vollumfänglich in Regreß nehmen, nicht jedoch die Mitbürgen, d. h. die anderen Unternehmen der Auftragskette⁵¹. Auch darin liegt eine nicht sachgerechte Belastung des Generalunternehmers. Regelmäßig wird sich der Arbeitnehmer den Generalunternehmer als Schuldner aussuchen, da dieser am leichtesten zu ermitteln und am wenigsten insolvenzgefährdet ist sowie aus Sorge um seine Reputation eher zahlungswillig sein wird. Diesem dann den Gesamtschuldnerregreß abzuschneiden, ist durch nichts gerechtfertigt.

2. Folgewirkung auf die Auftragsvergabe

Will der Generalunternehmer nicht sämtlichen Arbeitnehmern jedes Subunternehmers in dieser Weise haften, müßte er sich vertraglich ein Zurückbehaltungsrecht ausbedingen, so daß er einen Teil des Werklohnes einbehalten kann, bis nachweislich alle Lohnzahlungen erfolgt sind. Diese Möglichkeit stößt jedoch bei einer weit verzweigten Subunternehmerkette schnell an ihre Grenzen. Zumeist sind dem Generalunternehmer nur die Subunternehmer bekannt, zu denen er selbst in Vertragsbeziehung steht. Zudem wird der Subunternehmer selten bereit sein, Einsicht in seine Geschäftsunterlagen zu gewähren.

Eine Alternative dazu bestünde darin, den Auftragnehmer zu veranlassen, eine bürgschaftwillige Bank zu benennen oder eine sonstige Sicherheitsleistung zu stellen, die das Haftungsrisiko absichern. Kleine und mittlere Unternehmen werden sich weder auf das eine noch das andere einlassen können, da deren Bürgschafts- und Kreditrahmen in der Regel schon weitgehend ausgereizt ist⁵².

Letztlich bleibt dem Auftraggeber nichts anderes übrig, als – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – schon bei der Auftragsvergabe solche Subunternehmer zu meiden, die auch nur möglicherweise den deutschen Mindesttariflohn nicht oder nicht pünktlich zahlen und somit zum Haftungsrisiko werden. Diese »Selbstreinigung der Branche« trifft insbesondere ausländische Auftragnehmer. Weil die inländischen Bauherren und Generalunternehmer kaum einschätzen können, ob die ausländischen Unternehmen zuverlässige Lohnzahler sind, werden sie solche eher meiden. Verstärkt wird dies noch dadurch, daß gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen aus dem EU-Ausland die Solvenz schwerer zu überprüfen ist als bei deutschen Subunternehmen. Um so mehr muß der vorsichtige Generalunternehmer bei den europäischen Mitbewerbern fürchten, etwaige Haftungsbeträge nicht zurückfordern zu können. Das bestätigt eine Umfrage, die *Dörfler* für seine Mannheimer Dissertation durchgeführt hat: Die

51 Vgl. MünchKommBGB/*Habersack*, § 774 Rn. 22. Diese Rechtsstellung läßt sich auch dadurch nicht verbessern, daß er sich die Rechte des Gläubigers gemäß §§ 398, 401 BGB abtreten läßt, BGH 4.7.1963 – VII ZR 41/62 – NJW 1963, 2067.

52 So schon im Gesetzgebungsverfahren die Vertreter der FDP, BT-Drs. 14/151, S. 31; *Meyer*, AuA 1999, 113, 114.

Mehrzahl der Bauauftraggeber wird von ausländischen und deshalb mit Blick auf die Nettolohnhaftung »riskanten« Unternehmen Abstand nehmen⁵³.

Wenn der Auftraggeber ausländische Subunternehmen nicht ohnehin vom Vertragschluß ausschließt, wird er der Nettolohnhaftung zumindest durch entsprechende Risikoaufschläge auf die Bewerbungspreise ausländischer Bauunternehmen Rechnung tragen. Die geplante Generalunternehmerhaftung für Sozialabgaben führt zu einer entsprechenden Erhöhung dieses Risikoaufschlages. Ergänzt wird dies durch das Steuerabzugsverfahren: Auch hier liegt es für den Generalunternehmer näher, auf den verwaltungsaufwendigen Einbehalt von 15 % der Bausumme zu verzichten und nur solche Subunternehmer zu beauftragen, die ihrerseits eine Freistellung nach § 48b EStG beibringen.

Schon die eigenständige protektionistische Wirkung der Nettolohnhaftung führt zu der Frage, ob die Nettoentgelthaftung des § 1a AEntG mit dem EG-Vertrag vereinbar ist. Verfassungsrechtliche Bedenken⁵⁴ sowie die Vereinbarkeit mit dem GATS⁵⁵, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁵⁶ oder dem Europa-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften sowie ihren Mitgliedstaaten und der Republik Polen⁵⁷ bleiben hier außer Betracht.

III. Wettbewerbsrecht des EG-Vertrages

Der Mindestlohn und die Nettolohnhaftung sollen in einer Zangenbewegung das Verhalten der Bauauftraggeber steuern: Der Mindestlohn soll die Preisdifferenz zu deutschen Lohnkosten senken. Die dadurch verringerte Gewinnspanne soll für ausländische Anbieter den Anreiz minimieren, auf dem deutschen Markt aktiv zu werden. Mit der Nettolohnhaftung beabsichtigt der Gesetzgeber, auf der Seite der deutschen Nachfrager einen entsprechenden Negativreiz zu setzen. Angeblich dient dies der Wiederherstellung »fairen Wettbewerbs«. Tatsächlich liegt es näher, darin einen Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht zu erblicken. Die Art. 81 ff. EGV sollen Wettbewerbsverfälschungen verhindern und dadurch zur Steigerung des Lebens-

53 Dörfner, Die Nettolohnhaftung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Diss. Mannheim 2002).

54 Oben Fn. 32.

55 General Agreement on Trade and Service vom 15.4.1994, in Kraft seit 1.1.1995, ABl. EG 1994, L 336, 190; BGBl. 1994 II, S. 1643.

56 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4.11.1950, in Kraft seit dem 3.9.1953 in der Fassung des Protokolls Nr. 11 vom 11.3.1994, UNTS Bd. 213, 221.

57 BGBl. 1993 II S. 1316; die Vereinbarkeit bejahend: LAG Frankfurt 10.4.2000 – 16 Sa 1858/99 – AR-Blattei ES 370.3 Nr. 3.

standards in dem europäischen Wirtschaftsraum sowie zur Integration beitragen, Art. 3g EGV⁵⁸.

Obwohl von der protektionistischen Abschottung des Bausektors durchaus diese Schutzgüter betroffen werden, verstößt dies nur dann gegen das Wettbewerbsrecht, wenn ein Verbotstatbestand der Art. 81 ff. EGV bejaht werden kann.

Das Wettbewerbsrecht ist grundsätzlich neben den Grundfreiheiten anwendbar⁵⁹. In Betracht kommt zunächst ein Verstoß gegen Art. 81 EGV⁶⁰. Nach mittlerweile herrschender Meinung können auch Tarifverträge wegen ihrer Kartellwirkung ausnahmsweise dem Kartellrecht des EG-Vertrags unterfallen⁶¹, wengleich dessen Reichweite noch nicht abschließend geklärt ist. Hier jedenfalls scheidet ein Verstoß gegen Art. 81 EGV aus: Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung geht nicht von dem Mindestlohntarifvertrag aus, den man den Bauunternehmen als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zurechnen könnte, sondern vom Staat, der mit seiner Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG die zwingende Wirkung auf die ausländischen Außenseiter erstreckt. Die übereinstimmende und faktisch wettbewerbsbeschränkende Reaktion der Bauauftraggeber, riskante ausländische Bauunternehmen zu meiden, beruht nicht auf einer Absprache. Wie im Verfahren Montecatini trifft hier der Vergleich, wonach das Verhalten der Unternehmen sowenig ein abgestimmtes Verhalten ist, wie wenn Schiffbrüchige auf das rettende Ufer zuschwimmen⁶².

Wettbewerbsrechtlich könnte deshalb nur das Beihilfeverbot des Art. 87 EGV helfen. Doch muß, wie der EuGH gerade erst bestätigt hat, die Beihilfe geldwerten Charakter haben und den Staatshaushalt belasten⁶³. Die Staatshilfe für die Bauwirtschaft ist mithin keine Beihilfe.

Deshalb läßt sich der Staatseingriff in den Wettbewerb der Bauunternehmen nur am Maßstab der Grundfreiheiten messen.

58 EuGH 21.2.1973 – C-6/72 – »Continental Can« Slg. 1973, 215, 244.

59 EuGH 13.3.2001 – C-379/98 – »PreussenElektra« Slg. 2001 I-2099.

60 *Dörfler* (o. Fn. 31), D 3.

61 EuGH 29.9.1999 – C-67/96 – »Albany« Slg. 1999 I-5751 ff., 5882 ff., dort auch die Schlußanträge GA *Jacobs* 28.1.1999 Rn. 190 ff.; EuGH 29.9.1999 – C-115-117/97 – »Brentjens« Slg. 1999 I-6025, 6029; EuGH 29.9.1999 – C-219/97 – »Drijvende Bokken« Slg. 1999 I-6121, 6125 ff. Dazu *Berg*, EuZW 2000, 170, 171.

62 Vgl. Vortrag des Unternehmens Montecatini SpA in: EuGH 8.7.1999 – C-235/92 P – Rn. 140 Slg. 1999 I-4539: »Im vorliegenden Fall habe es keine Alternative zu dem Verhalten der Unternehmen gegeben, da alle Hersteller schwere und substantielle finanzielle Verluste erlitten hätten, die sie notwendigerweise hätten verringern müssen. Das beanstandete Verhalten entspreche somit sowohl in wirtschaftlicher als auch in rechtlicher und moralischer Hinsicht einer zwingenden Pflicht der Unternehmen. Wenn Schiffbrüchige alle auf das in Sicht befindliche Land zuschwämmen, so sei dies nicht das Ergebnis einer Vereinbarung, sondern Ausdruck eines natürlichen Überlebensinstinkts.«

63 EuGH 13.3.2001 – C-379/98 – »PreussenElektra« Rn. 60 Slg. 2001 I-2099 m. w. N.

B. Maßgebliche Grundfreiheit und Verletzungsform

Die Vereinbarkeit des § 1a AEntG mit dem EG-Vertrag⁶⁴ hängt davon ab, ob eine solche nationale Regelung gegen eine der im EG-Vertrag enumerierten Grundfreiheiten verstößt. Diese stellen gegenüber den Mitgliedstaaten und gegenüber den Bürgern unmittelbar anwendbares Recht dar⁶⁵ und stehen im Rang über dem nationalen Recht⁶⁶.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit. Hingegen scheiden die Warenverkehrsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit aus. Die Nettoentgelthaftung kann dabei unter zwei Gesichtspunkten gegen die Grundfreiheiten verstoßen: Einmal kann schon die Mindestentgeltregelung als solche gegen EG-Recht verstoßen, dann fällt auch die akzessorische Nettoentgelthaftung. Zum anderen aber kann sich gerade die Nettoentgelthaftung als unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundfreiheiten erweisen. Mit Blick darauf, daß der erste Punkt in der Literatur bereits diskutiert ist⁶⁷, liegt der Schwerpunkt auf der zweiten Frage.

I. Freizügigkeit der »mitgebrachten« Arbeitnehmer

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 39 ff. EGV, schützt das Recht der Arbeitnehmer auf diskriminierungsfreien Zugang zu dem Arbeitsmarkt eines anderen Staates der Europäischen Union als dem ihrer Staatsangehörigkeit. Diese Freiheit könnte durch § 1a AEntG betroffen sein, indem diese Norm dazu führt, daß ausländische Bausubunternehmer und damit auch ihre Arbeitnehmer aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom deutschen Bauarbeitsmarkt ferngehalten werden.

Obwohl eine nationale Regelung grundsätzlich ausschließlich am Maßstab nur einer Grundfreiheit gemessen wird⁶⁸, könnte die Entsendung für die entsendenden Unternehmer unter die Dienstleistungsfreiheit und für ihre Arbeitnehmer unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen⁶⁹. Dafür spricht scheinbar, daß der EuGH die VO (EWG)

64 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.3.1957 in der konsolidierten Fassung vom 2.10.1997, CONF/4005/97 ADD 2, ABl. EG C 340 vom 10.11.1997, S. 173 ff.

65 Speziell für die Dienstleistungsfreiheit: EuGH 3.12.1974 – C-33/74 – »van Binsbergen« Rn. 18 ff. Slg. 1974, 1299, 1310 f.; EuGH 18.1.1979 – C-110, 111/78 – »van Wesemael« Rn. 26 Slg. 1979, 35, 52; EuGH 29.4.1999 – C-224/97 – »Ciola« Rn. 27 Slg. 1999 I-2517, 2523.

66 EuGH 15.7.1964 – C-6/64 – »Costa/ENEL« Slg. 1964, 1251, 1269 ff.

67 Vgl. nur *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2372 ff.; *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 79 ff.

68 Vgl. EuGH 30.4.1974 – C-155/73 – »Sacchi« Rn. 6 Slg. 1974, 409, 428; EuGH 9.7.1992 – C-2/90 – »Kommission./. Belgien« Rn. 12 Slg. 1992 I-4431, 4441; EuGH 24.3.1994 – C-275/92 – »Schindler« Rn. 37 Slg. 1994 I-1039, 1091; wohl auch *Krebbler*, JbJZ 1997, 129, 148.

69 Argumentation der Baufirmen »Finalarte« und »Portugalia« laut den Schlußanträgen des GA *Mischo* 13.7.2000 – C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 – »Finalarte« Rn. 25.

1408/71⁷⁰ und die VO (EWG) 1612/68⁷¹, welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit konkretisieren, auf entsandte Arbeitnehmer anwendet⁷². Der Rückschluß auf den Anwendungsbereich der Art. 39 ff. EGV ist jedoch bedenklich, da beispielsweise die VO (EWG) 1408/71 ihrem persönlichen Anwendungsbereich nach weiter gefaßt ist als Art. 39 EGV. Sie gilt auch für Selbständige und Nichterwerbstätige, falls deren Wohnsitzstaat sie in das System sozialer Sicherheit miteinbezieht, Art. 1a VO (EWG) 1408/71⁷³.

Andererseits kann einer Anwendung der Art. 39 ff. EGV nicht entgegengehalten werden, daß dies dem »Rush Portuguesa«-Urteil widerspräche⁷⁴. Der EuGH war in diesem Verfahren mit der Auslegung des Art. 216 der Beitrittsakte⁷⁵ befaßt. Da dieser Artikel eine Ausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, streitet dies eher für die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁷⁶.

In einem Verfahren zur Vereinbarkeit nationaler Normen, welche die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung erschweren, führte der EuGH aus, daß »eventuell die Artikel 48 bis 51 EWG-Vertrag (...) anwendbar sein können«. Ob dies der Fall ist, konnte der EuGH offen lassen, da er selbst bejahendenfalls davon ausging, daß eine Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit das überlassende Unternehmen nicht daran hindert, sich auf die Dienstleistungsfreiheit zu berufen⁷⁷. In der Rechtssache »Vander Elst« konstatierte Generalanwalt Tesauro apodiktisch, daß bei einer strafbewehrten Pflicht, auch für entsandte Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis zu beantragen, »nicht eigene Rechte der Arbeitnehmer in Frage stehen, sondern Rechte der Unternehmen, bei denen die Arbeitnehmer beschäftigt sind«⁷⁸. Der EuGH nahm dementsprechend keine Prüfung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor. Das »Vander Elst«-Urteil schöpft seine Bedeutung für diese Frage daraus, daß der EuGH im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit inzident prüfte, ob der Dienstleister eine Arbeitserlaubnis beantragen mußte. Dies sei nur der Fall, wenn Arbeitnehmer Zutritt zum

70 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Abl. Nr. L 149 vom 5.7.1971, S. 2.

71 Verordnung des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 Abl. Nr. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

72 EuGH 12.7.1984 – C-237/83 – »Prodest« Rn. 6 Slg. 1984, 3153, 3162.

73 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 60.

74 GA *Mischo* a.a.O., Rn. 29, und *Hailbronner/Nachbaur*, EuZW 1992, 105, 106 unter Berufung auf EuGH 27.3.1990 – C-113/89 – »Rush Portuguesa« Rn. 15 Slg. 1990 I-1417, 1444.

75 Akte über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik und die Anpassung der Verträge, ABl. L 302 vom 15.11.1985, S. 23.

76 Vgl. *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2373.

77 EuGH 17.12.1981 – C-279/80 – »Webb« – Rn. 10 Slg. 1981, 3305, 3323.

78 GA *Tesauro* 1.6.1994 – C-43/93 – »Vander Elst« Rn. 19 Slg. 1994 I-3803, 3812.

Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaates begehrten, was im Falle der Entsendung nicht der Fall sei⁷⁹.

Gegenläufig meinte der EuGH 1998 in der »Clean Car«-Entscheidung, daß sich »auch ein Arbeitgeber, der im Mitgliedstaat seiner Niederlassung Angehörige eines anderen Mitgliedstaates als Arbeitnehmer beschäftigen will, auf den in Art. 48 EGV verankerten Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer berufen kann«⁸⁰. Dabei wird nicht klar, ob der EuGH von einem eigenen Recht der Arbeitgeber⁸¹ oder lediglich der Befugnis des Arbeitgebers ausgeht, ein Recht der Arbeitnehmer geltend zu machen. Für eine bloße Prozeßstandschaft spricht, daß dem »effet utile«, den der EuGH in der Rn. 21 sichern will, bereits dadurch Genüge getan wäre, daß sich auch der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer auf die Freizügigkeit berufen kann. Die Argumentation des EuGH zugunsten eines eigenen Rechts des Arbeitgebers aus Art. 39 EGV ist wenig überzeugend: Nur weil der Arbeitgeber sich zur Rechtfertigung eigener Diskriminierungen auf die Rechtfertigungstatbestände des Art. 39 Abs. 3 EGV berufen kann, muß er nicht auch zwingend die tatbestandsmäßigen Rechte geltend machen können⁸². Dies überzeugt methodisch ebensowenig wie der Umkehrschluß, der Arbeitgeber könne sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, weil sich Art. 39 EGV kein gegenteiliger Hinweis entnehmen ließe. Gleichgültig ob der EuGH ein eigenes Recht des Arbeitgebers aus Art. 39 EGV herleiten oder dem Arbeitgeber die Prozeßstandschaft zubilligen wollte, hilft das »Clean Car«-Urteil bei den Entsendefällen unmittelbar wenig weiter: Bei der Entsendung geht es gerade nicht darum, ob der Arbeitgeber ein Recht der Arbeitnehmer als eigenes oder fremdes Recht geltend machen kann, sondern ob überhaupt die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschlägig ist.

Die entscheidende Frage klingt im »Clean Car«-Urteil nur an: Sieht man die Arbeitnehmerfreizügigkeit als ein gleichheitsrechtliches Diskriminierungsverbot an, so paßt sie nicht auf entsandte Arbeitnehmer. Ziel des Art. 39 EGV wäre dann nur, Normen zu beseitigen, die den Zutritt zum Arbeitsmarkt dadurch beschränken, daß sie den Zutritt suchenden Arbeitnehmern Nachteile auferlegen resp. sie schlechter stellen als inländische Arbeitnehmer⁸³. Dieser Vorwurf kann dem AEntG und insbesondere § 1a AEntG nicht gemacht werden. Das AEntG gebietet gerade die Gleichbehandlung auf dem Niveau der Inländer.

Erkennt man hingegen in Art. 39 EGV auch ein freiheitsrechtliches Beschränkungsverbot, so muß sich der Arbeitnehmer auch und gerade dann darauf berufen können, wenn ihm sein Lohnkostenvorteil und damit seine Marktzutrittschance genommen wird. Eine solche Auslegung erscheint schon wegen der Konvergenz der Grundfrei-

79 EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93 – »Vander Elst« Rn. 21 Slg. 1994 I-3803, 3825.

80 EuGH 7. 5. 1998 – C-350/96 – »Clean Car Autoservice« Rn. 25 Slg. 1998 I-2521, 2544.

81 So die Formulierung in der Rn. 19 der »Clean Car«-Entscheidung.

82 So aber EuGH a.a.O., Rn. 24.

83 Vgl. MünchArbR/Birk, § 19 Rn. 123; a. A. MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 123.

heiten geboten. Bei den anderen Grundfreiheiten ist der Schritt vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot längst vollzogen. Ein weiteres Argument hierfür ergibt sich daraus, daß der EG-Vertrag keine Harmonisierung der materiellen Arbeitsbedingungen vorsieht. Wenn die Angleichung durch das freie Spiel der Marktkräfte erfolgen soll, muß gerade auf dem Arbeitsmarkt ein Lohnwettbewerb stattfinden.

Schließlich gibt es Konstellationen, in denen auf die Freizügigkeit zurückgegriffen werden muß, obwohl die Dienstleistung erschwert wird: Behindert nämlich eine mitgliedstaatliche Norm einen Dienstleister mit Sitz außerhalb der EG, welcher aber Staatsangehörige eines Mitgliedstaates beschäftigt⁸⁴, kommt überhaupt nur deren Arbeitnehmerfreizügigkeit in Frage⁸⁵. Der entsendende Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat kann sich dann auf die Dienstleistungsfreiheit und auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit seiner Arbeitnehmer berufen, sofern sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind⁸⁶.

Im Finalarte-Urteil kam der EuGH jedoch zu einem anderen Ergebnis und befand, daß die durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG erstreckten Sozialkassentarifverträge nur an der Dienstleistungsfreiheit zu messen sind⁸⁷. Zwischen Sozialkassentarifverträgen und einem Mindestlohnar Tarifvertrag läßt sich insoweit auch nicht differenzieren. Die Reichweite des Urteils ist jedoch beschränkt, da der EuGH ohne gesonderte Begründung nur die Argumentation in den vorangegangenen Entscheidungen »Rush Portuguesa« und »Vander Elst« heranzieht, wonach die entsandten Arbeitnehmer keinen Zutritt zum inländischen Arbeitsmarkt verlangten. Diese Entscheidungen zum Arbeiterlaubnisverfahren sind auf Sachverhalte zu materiellen Mindestarbeitsbedingungen nicht übertragbar⁸⁸; insofern ist die Finalarte-Entscheidung angreifbar.

II. Niederlassungsfreiheit

Die Nettolohnhaftung bewirkt, daß die Auftragschancen von Unternehmen mit ausländischem Sitz sinken. Insofern kommt die Niederlassungsfreiheit als Anknüpfungspunkt in Betracht. Die Niederlassungsfreiheit ist nicht etwa schon deshalb einschlägig, weil eine nationale Norm eine Rechtsfolge an den inländischen oder ausländischen Sitz knüpft. Maßgeblich ist allein, ob nur ein vorübergehender Marktzugang angestrebt wird oder ob der Markt dauerhaft erschlossen werden soll. Auf das Erfordernis einer inländischen Zweigniederlassung oder eines Hauptsitzes kommt es erst nach der Zu-

84 Vgl. *Cremona*, Leg.Iss.Eur.Int 1995, 87, 101.

85 A. A. *Borgmann* (s. o. Fn. 31), S. 44 f.

86 Im Ergebnis ebenso: *Deinert*, RdA 1996, 339, 350; *Hanau*, NJW 1996, 1369, 1371; *Koenigs*, DB 1995, 1710; a. A. GA *Mischo* 3. 5. 2001 – C-164/99 – »Portugaia Construcoes« Rn. 22; *ders.* 13. 7. 2000 »Finalarte« – Rn. 29 f. (Fn. 69); *A. Stoll* (s. o. Fn. 31), § 6 III 1 baa und ee (1) b.

87 EuGH 25. 10. 2001 – C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 – »Finalarte« Rn. 22; NZA 2001, 1377 ff.

88 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2373.

ordnung zu einer Grundfreiheit an, nämlich wenn es um die Feststellung eines Eingriffs geht. In dem Vertragsverletzungsverfahren wegen § 1b AÜG war daher die Dienstleistungsfreiheit betroffen, weil die Vorschrift eine (verschleierte) Ausnahme von dem Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe inländischen Unternehmen vorbehält⁸⁹. Umgekehrt war im dritten Klageantrag die Niederlassungsfreiheit einschlägig, obwohl es letztlich um die Berechtigung zur Arbeitnehmerüberlassung ging: Mitgliedstaatlichen Zweigniederlassungen wurde es erschwert, die Qualifikation als baugewerblicher Betrieb zu erreichen⁹⁰, was für den Verbotsausnahmetatbestand des § 1b Satz 2 AÜG erforderlich ist. Bei funktionaler Betrachtung kommt es darauf an, ob eher die Niederlassungsfreiheit paßt, die dem Ausländer ein höheres Maß an Anpassung abverlangt, oder die Dienstleistungsfreiheit, bei welcher der Marktzutritt schon deshalb eher zu gewähren ist, weil keine Marktintegration erfolgt. Wem demnach die Niederlassung erschwert wird, indem ein zu hohes Maß an Anpassung gefordert wird, der kann sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen; demjenigen, dem Anpassung abverlangt wird, um vorübergehend auf dem inländischen Markt tätig zu werden, wird hingegen die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt. Das Erfordernis eines inländischen Sitzes ist dabei die stärkste Form der abverlangten Anpassung⁹¹. Führt also die Nettolohnhaftung bei der Auftragsvergabe zur Benachteiligung von Unternehmen mit ausländischem Sitz, kommt nur die Dienstleistungsfreiheit in Frage.

III. Dienstleistungsfreiheit

Ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit setzt voraus, daß Art. 49 EGV anwendbar ist und daß in § 1a AEntG eine ungerechtfertigte Beschränkung liegt.

1. Anwendungsbereich

Nur Unternehmer, die grenzüberschreitend nichthoheitliche Dienstleistungen erbringen, werden vor Beschränkungen durch mitgliedstaatliche Regelungen geschützt. Das AEntG stellt eine mitgliedstaatliche Regelung dar, welche die Erbringung von Bauleistungen und somit Dienstleistungen i. S. d. Art. 50 EGV betrifft⁹².

a) Entsendefreiheit

Ein grenzüberschreitender Bezug liegt vor, da § 1a AEntG sich auch auf Dienstleistungserbringer auswirkt, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und in Deutschland eine Dienstleistung erbringen wollen, ohne sich in Deutschland niederzulassen. Ob die Dienstleistungsfreiheit auch die Entsendefreiheit umfaßt, ist unerheb-

89 EuGH 25. 10. 2001 – C-493/99 – »Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG« Rn. 14 ff.

90 EuGH 25. 10. 2001 – C-493/99 – »Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG« Rn. 24 ff.

91 EuGH 4. 12. 1986 – C-205/84 – »Kommission ./ Deutschland« Slg. 1986, 3755, 3802.

92 Explizit: GA *Mischo* 13. 7. 2000, »Finalarte« Rn. 22 (Fn. 69).

lich, da § 1a AEntG nicht die Entsendung, sondern schon das Erlangen eines Auftrages erschwert.

b) Konkretisierung durch die RL 96/71/EG

In dem für das AEntG relevanten Bereich ist die Dienstleistungsfreiheit durch die RL 96/71/EG, sog. Entsenderichtlinie, konkretisiert, so daß diese Vorrang beanspruchen könnte. In dem sekundärrechtlich harmonisierten Bereich wären dann die Grundfreiheiten nicht mehr einschlägig⁹³. Diese Richtlinie ist jedoch ihrerseits gemeinschaftsrechtswidrig – jedenfalls soweit ihr eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit entnommen werden soll⁹⁴. Zudem kann die Richtlinie nicht auf die gewählte Kompetenzgrundlage gestützt werden.

Zweifelhaft ist, ob die anderen Kompetenztitel die Richtlinie tragen können⁹⁵. Für Art. 47 Abs. 2 i. V. m. Art. 55 EGV trifft dies jedenfalls nicht zu.

Die Wahl fiel wohl maßgeblich auf diese Ermächtigungsgrundlage, weil die Richtlinie gegen den Widerstand Portugals und Großbritanniens durchgesetzt werden mußte und somit die Ermächtigungsgrundlagen ausschieden, die Einstimmigkeit verlangen.

Der Art. 47 Abs. 2 i. V. m. Art. 55 EGV läßt eine qualifizierte Mehrheit genügen, weil die Ermächtigungsgrundlage eng gefaßt ist und gerade keine Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt. So dürfen nur koordinierende Richtlinien auf Art. 47 Abs. 2 i. V. m. Art. 55 EGV gestützt werden, d. h. sie müssen notwendig sein, um die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit zu erleichtern⁹⁶.

Eine Notwendigkeit zur Koordinierung besteht, wenn ansonsten wegen der Unterschiedlichkeit der nationalen Regelungen die Erbringung der Dienstleistung von den Mitgliedstaaten unterbunden werden kann. Sind beispielsweise die Ausbildung und Tätigkeit von Anwälten zu unterschiedlich, dürfen die Mitgliedstaaten die gegenseitige Anerkennung der Zeugnisse verweigern. Deshalb war in diesem Bereich eine koordinierende Richtlinie kompetenzgemäß. Die Erbringung von Bauleistungen mußten die Mitgliedstaaten jedoch ohnehin dulden, und zwar unabhängig von der Lohnhöhe, sofern diese nicht die Grenze des »ordre public«-Vorbehalts aus Art. 34 EGBGB verletzte. Schon aus diesem Grund durfte die Richtlinie nicht auf Art. 47 Abs. 2 i. V. m. Art. 55 EGV gestützt werden.

93 EuGH 20. 3. 1997 – C-352/95 – »Phytheron International« Rn. 17 Slg. 1997 I-1729, 1746; *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999, S. 151.

94 *Beisiegel/Mosbacher/Lepante*, JZ 1996, 668, 671; *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2373; a. A. *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614 f.; *Deinert*, RdA 1996, 339, 351; dazu, daß auch die Organe der EU an die Grundfreiheiten gebunden sind: *Di Fabio*, AfP 1998, 564, 567 für die Tabakwerberichtlinie.

95 *Steck*, EuZW 1994, 140.

96 *Schwarze/Schlag*, EU-Kommentar, Art. 47 Rn. 20.

Die Entsenderichtlinie regelt auch nicht etwa die Aufnahme und Ausübung der Dienstleistung, also die Erbringung der Bauleistung, sondern das Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber⁹⁷. Die Entsenderichtlinie erleichtert nicht den Marktzugang, sondern erschwert ihn. Ein Arbeitgeber muß sich für eine singuläre Entsendung über die Rechtsordnung im Aufnahmestaat informieren und diese mit der heimischen vergleichen. Dies beseitigt eher die Arbeitslosigkeit von Juristen als die der Bauarbeiter.

Auch die Erwägungsgründe der Richtlinie, die nicht bloße Motive, sondern Bestandteil der Regelung sind, offenbaren, daß nicht etwa koordiniert, sondern Arbeitnehmer geschützt und »fairer« Wettbewerb hergestellt werden soll. Diese hehren Ziele können aber nur entsprechend der dafür vorgesehenen Verfahren und Anforderungen durchgesetzt werden. Die Richtlinie verstößt daher gegen das Subsidiaritätsprinzip Art. 5 EGV und gegen das konstitutive Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁹⁸.

Die Auswirkungen eines Verstoßes gegen Primärrecht sind aber gering, wenn die Richtlinie als Rechtsakt zunächst wirksam ist. Dies ist jedenfalls ausnahmsweise anders, wenn ein so schwerwiegender und offensichtlicher Verstoß vorliegt, daß kein Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsaktes bestehen kann. Die Nichtigkeit der Richtlinie kann auch im Wege der Nichtigkeitsklage, Art. 230, 231 EGV, oder inzident im Vorlageverfahren geltend gemacht werden. Anders als bei gemeinschaftsrechtswidrigem nationalen Recht liegt keine Kollision zweier Rechtsordnungen vor, weshalb vorgeschlagen wird, die sekundärrechtliche Norm mit ex tunc-Wirkung für nichtig zu halten⁹⁹.

Ein Mittelweg zeichnete sich anlässlich der Rechtssachen Decker und Kohll ab. In seinen Schlußanträgen hat der Generalanwalt Tesauro vertreten, daß eine nationale Bestimmung und eine inhaltlich übereinstimmende sekundärrechtliche Norm des Gemeinschaftsrechts in einem Verfahren am Maßstab des Primärrechts überprüft werden können¹⁰⁰. Selbst wenn sich § 1a AEntG im Rahmen dessen hielte, was die Entsenderichtlinie vorgibt, wäre daher eine Überprüfung anhand der Dienstleistungsfreiheit nicht ausgeschlossen. Der EuGH faßte die Argumentation des Generalanwaltes in der »Kohll/Decker«-Entscheidung in folgender Formel zusammen: »Der Umstand, daß eine nationale Maßnahme möglicherweise einer Bestimmung des abgeleiteten Rechts – hier dem Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 – entspricht, hat nicht zur

97 Löwisch, FS Zeuner 1994, 91, 92; Steck, EuZW 1994, 140, 141.

98 Koenigs, DB 1997, 225, 228. Letzteres ist von besonderer Bedeutung, da das BVerfG im Maastricht-Beschluß das Zustimmungsgesetz nur für verfassungsgemäß erklärte, soweit eine Begrenzung des Gemeinschaftsrechtsgebers durch dieses Prinzip vorsieht: BVerfG 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92 – BVerfGE 89, 155 ff. = NJW 1993, 3047.

99 Kingreen, Struktur der Grundfreiheiten 1999, S. 176 f.

100 Tesauro, Schlußanträge 16. 9. 1997 – C-120, 158/96 »Kohll/Decker« – Rn. 11 f., 26 f., Slg. 1998, 1934 ff.

Folge, daß sie nicht an den Bestimmungen des EG-Vertrags zu messen wäre.«¹⁰¹ Ähnlich hatte der EuGH bereits in der Rechtssache »Stöber/Piosa Pereira« entschieden¹⁰². Beide Verfahren betrafen nationale Normen, die einen Anspruch gegen einen staatlichen Träger ausschlossen, obwohl dies mit einer Beschränkung einer unmittelbar anwendbaren Grundfreiheit verbunden war. Die sekundärrechtliche Norm war in beiden Fällen nicht gemeinschaftsrechtswidrig, sondern nur insofern unvollständig, als sie den entsprechenden Anspruch nicht enthielt. Der Sache nach hat der EuGH nur festgestellt, daß die Anspruchstatbestände in der VO 1408/71 nicht abschließend geregelt sind, weshalb es weitergehende mitgliedstaatliche Verpflichtungen geben könne¹⁰³. Zudem koordiniert die VO 1408/71 lediglich die nationalen Systeme, ohne Art. 42 EGV einzuschränken. Von daher erscheint es zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung auf Richtlinien übertragen werden kann, die eine bestimmte primärrechtswidrige Umsetzung verlangen.

Ob nun der Erlaß einer sekundärrechtlichen Norm den Anwendungsbereich der Grundfreiheit unberührt läßt oder ob ex tunc der Anwendungsbereich wiederhergestellt wird, indem die Ermächtigungswirkung der Richtlinie entfällt¹⁰⁴, kann dahingestellt bleiben, da die Ermächtigung aus der Richtlinie keine verschuldensunabhängige Generalunternehmerhaftung deckt und Art. 5 der Richtlinie nur die Gefahr von Implementierungsdefiziten behandelt. Art. 5 Abs. 2 ermächtigt zum Erlaß von Normen, die geeignete Verfahren zur Durchsetzung »der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen« zur Verfügung stellen. Die Richtlinie kennt somit nur Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber und gerade keine Durchgriffshaftung gegen Dritte. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie erlaubt zwar »geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie«. Die Nichteinhaltung der Richtlinie berechtigt aber nur die Kommission dazu, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV gegen den Mitgliedstaat einzuleiten.

Hingegen sieht die Richtlinie keine unmittelbaren Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Generalunternehmer vor, da die unmittelbare Wirkung von Richtlinien nur im vertikalen und nicht im horizontalen Verhältnis (Marktbürger untereinander) möglich ist¹⁰⁵.

101 EuGH 28. 4. 1998 – C-158/96 – »Kohll« Rn. 25 Slg. 1998 I-1935, 1944.

102 EuGH 30. 1. 1997 – C-4 und 5/95 – »Stöber und Piosa Pereira« Slg. 1997-I 511.

103 Ausführlich *Lange*, NZS 1999, 541.

104 EuGH 17. 2. 1987 – C-21/86 – »Samara« Rn. 7 Slg. 1987, 795, 806 f.; *Geiger*, Art. 174 Rn. 3; *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999, S. 177. Ausführlich dazu: GA *Cosmas* 30. 9. 1999 – C-318/98 – »Fornasar«.

105 EuGH 26. 2. 1986 – C-152/84 – »Marshall« Rn. 48 Slg. 1986, 723, 749; EuGH 14. 7. 1994 – C-91/92 – »Faccini Dori« Rn. 20 ff. Slg. 1994 I-3325, 3355; *Emmert*, Europarecht, § 15 Rn. 17 ff.; *Royla/Lackhoff*, DVBl. 1998, 1116, 1119; *Ukrow*, NJW 1994, 2469; a. A.: GA *Lenz* – C-91/92 – »Faccini Dori« Rn. 47 ff. Slg. 1994 I-3325, 3339 f.

Gemeint ist ein Fall der Nichteinhaltung einer die Richtlinie umsetzenden Norm. Daher sind die Bußgeldbestimmungen und auch die behördlichen Kontrollbestimmungen von der Richtlinie gedeckt. Die Inpflichtnahme Privater zur Durchsetzung¹⁰⁶ ist davon aber nicht mehr gedeckt, weil darin eine eigenständige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit liegt (s. sogleich unten).

§ 1a AEntG ist somit anhand der Dienstleistungsfreiheit zu überprüfen.

2. Beeinträchtigung

Die verschuldensunabhängige Nettolohnhaftung des Generalunternehmers müßte diese Freiheit zur grenzüberschreitenden Dienstleistung beeinträchtigen. Die Beeinträchtigung kann als offene Diskriminierung, als mittelbare Diskriminierung oder als Beschränkung durch eine unterschiedslos wirkende Maßnahme erfolgen.

a) Offene Diskriminierung

Gesetzgeberische Intention des § 1a AEntG – wie auch des gesamten AEntG – ist ausweislich der Gesetzesmaterialien eine Erhöhung des Marktanteils von Firmen, die deutsches Personal einsetzen. Nur so kann dem vom Gesetzgeber beklagten Zustand einer hohen Arbeitslosigkeit im Bausektor entgegengewirkt werden. Diese Finalität spricht dafür, in § 1a AEntG bereits eine offene Diskriminierung zu erblicken.

Das Finalitätserfordernis war aus Sicht des klassischen Grundrechtseingriffs im nationalen Verfassungsrecht lange Zeit herrschende Meinung¹⁰⁷. Demgegenüber ist das Recht der EG-Grundfreiheiten schon früh dazu übergegangen, objektive Anknüpfungskriterien zu suchen. Demnach kommt es nicht darauf an, welches Ziel die Regelung verfolgt, sondern darauf, ob dem Wortlaut nach zwischen Staatsangehörigen und Ausländern unterschieden wird¹⁰⁸.

Da die Nettolohnhaftung nicht nur im Falle ausländischer Subunternehmer, sondern auch bei deutschen Subunternehmern greift, scheint nach dieser mittlerweile herrschenden Ansicht keine offene Diskriminierung vorzuliegen. Zu Recht hat sich der EuGH von der Finalität als notwendiger Bedingung für eine Einstufung als offene Diskriminierung abgewandt. Das subjektive Moment der Finalität ist wegen der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten eine zu hohe Hürde und ließe die Grundfreiheiten leerlaufen, was sich nicht mit dem »effet utile«-Grundsatz vertrüge¹⁰⁹. Entscheidende

106 Ausführlich s. u. C III 6 c, bb.

107 Allgemein *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 1740 f.

108 *GA Mischo* 13.7.2000 – »Finalarte« – (Fn. 69) Rn. 36.

109 EuGH 15.7.1960 – C-20/59 – »Hohe Behörde EGKS/Italien« Rn. 18 Slg. 1960, 685, 708; EuGH 6.10.1970 – C-90/70 – »Grad« Rn. 5 Slg. 1970, 825, 838; EuGH 12.7.1973 – C-70/72 – »Kommission./..Deutschland« Rn. 13 Slg. 1973, 813, 829 (Prinzip der praktischen Wirksamkeit); EuGH 4.12.1974 – C-41/74 – »Van Duyn« Rn. 12 Slg. 1974, 1337, 1348.

Frage ist, ob die nachgewiesene Finalität nicht jedenfalls hinreichende Bedingung für die offene Diskriminierung ist. Hier greift der Einwand der Beweisschwierigkeiten nicht. Ungeachtet dessen wird vertreten, daß es lediglich auf die objektive Auslegung der nationalen Norm ankommt. Selbst die Gesetzesbegründung als Ausdruck eines gesetzgeberischen Willens soll unbeachtlich sein¹¹⁰.

Als Argument ließe sich zwar anführen, daß im Vorlageverfahren gerade nicht die Vereinbarkeit einer bestimmten nationalen Norm mit Gemeinschaftsrecht überprüft wird. Dieses Argument greift allerdings nur bei diesem Verfahren. Im Vertragsverletzungsverfahren hingegen überprüft der EuGH gerade die Vereinbarkeit einer bestimmten nationalen Norm mit Gemeinschaftsrecht. Die Abgrenzung der offenen (unmittelbaren = formellen = de iure) Diskriminierung zur verschleierte (mittelbaren = materiellen = faktischen)¹¹¹ ist auch nicht bloß dogmatisches Glasperlenspiel. Die Rechtfertigung einer solchen Diskriminierung ist nur im Rahmen der engen Rechtfertigungstatbestände (Art. 55 i. V. m. Art. 46 EGV) möglich¹¹². Greift ein solcher nicht ein, ist die Diskriminierung verboten, auch wenn objektiv die Verschiedenheit zwischen fremden und eigenen Staatsangehörigen die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte¹¹³. Dabei ist Art. 46 EGV grundsätzlich restriktiv auszulegen¹¹⁴.

Demgegenüber liegt bei unterschiedslos angewandten Beschränkungen schon dann kein Verstoß vor, wenn die Regelung zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses dient¹¹⁵ oder bloße Erbringungsmodalitäten regelt. Der EuGH und die herrschende Auffassung gehen dennoch davon aus, daß eine offene Diskriminierung nur vorliege, wenn die in Frage stehende Norm an die ausländische Staatsbürgerschaft als Tatbestandsmerkmal eine andere Rechtsfolge knüpft als für Inländer¹¹⁶.

Trotz eines naheliegend finalen Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit ist nicht davon auszugehen, daß der EuGH seine Rechtsprechung ändert. Mithin kommt es auf die übrigen Formen unzulässiger Beschränkung an.

110 GA *Mischo* 13.7.2000 – »Finalarte« – (Fn. 69) Rn. 36.

111 Der EuGH benutzt den Begriff »verschleierte Diskriminierung« nicht nur bei der Warenverkehrsfreiheit zur Subsumtion unter Art. 28 Satz 2 EGV, sondern bei allen Grundfreiheiten.

112 EuGH 26.4.1988 – C-352/85 – »Bond van Adverteerders« Rn. 32 Slg. 1988 I-2085, 2134; EuGH 25.7.1991 – C-288/89 – »Collectieve Antennevoorziening Gouda« Rn. 11 Slg. 1991 I-4007, 4040; EuGH 14.11.1995 – C-484/93 – »Svensson & Gustavsson« Rn. 15 Slg. 1995 I-3955, 3977.

113 *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 1740.

114 EuGH 18.6.1991 – C-260/89 – »ERT« Rn. 24 Slg. 1991 I-2925, 2960; EuGH 15.3.1988 – C-147/86 – »Kommission ./ Griechenland« Rn. 7 Slg. 1988 I-1637, 1654; EuGH 29.10.1998 – C-114/97 – »Kommission ./ Spanien« Rn. 34 Slg. 1998 I-6717, 6742.

115 EuGH 26.4.1988 – C-352/85 – »Bond van Adverteerders« Rn. 32 Slg. 1988 I-2085, 2134; EuGH 25.7.1991 – C-288/89 – »Collectieve Antennevoorziening Gouda« Rn. 11 Slg. 1991 I-4007, 4040.

116 *Classen*, EWS 1995, 97, 98 f.; *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 60.

b) Verschleierte Diskriminierung

Während früher teilweise bezweifelt wurde, ob auch verschleierte Diskriminierungen durch Art. 48 EGV verboten sind, entspricht es nun einhelliger Meinung, daß eine verschleierte Diskriminierung ebenso wie die offene einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellen kann¹¹⁷. Sie liegt vor, wenn eine nationale Regelung zwar nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber stattdessen mit Hilfe anderer Unterscheidungsmerkmale zu demselben tatsächlichen Ergebnis gelangt¹¹⁸. Dies ist der Fall, wenn das Unterscheidungsmerkmal bei Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten typischerweise erfüllt ist¹¹⁹. Es kommt also entscheidend auf die diskriminierende Wirkung der Norm an (daher auch die Bezeichnung »faktische Diskriminierung«)¹²⁰.

Von einer solchen Wirkung ist auszugehen, wenn an einen Wohnsitz im Inland oder an die Muttersprache angeknüpft wird. Dann nämlich bestünde die Gefahr, daß sich diese Anknüpfung hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen aus anderen Mitgliedstaaten auswirkt, da Gebietsfremde meist Ausländer seien¹²¹. Die jüngste EuGH-Rechtsprechung läßt gegenüber der »Clean Car«-Entscheidung schon die Gefahr ausreichen, daß hauptsächlich (EU-)Ausländer betroffen sind.

Normadressat des § 1a AEntG ist der im Inland eine Bauleistung vergebende Bauauftraggeber oder Generalunternehmer und somit in aller Regel ein Inländer. Daher wird vereinzelt eine verschleierte Diskriminierung abgelehnt¹²². Dies verkennt, daß die faktische Wirkung das maßgebliche Kriterium für die Einstufung einer Regelung als verschleierte Diskriminierung ist. Ob der Gesetzgeber eine solche Wirkung erzeugt, indem er auf der Anbieterseite die Erbringung der Dienstleistung erschwert oder verteuert oder ob er auf der anderen Seite den Nachfragereiz hemmt, macht keinen Unterschied. Ansonsten hinge die Einstufung vom Geschick des Gesetzgebers ab. Hinzu kommt, daß die verschuldensunabhängige Generalunternehmerhaftung dem Staat die behördliche Kontrolle gerade ersparen soll. Die Inpflichtnahme Privater zu staatlichen Zwecken ist zwar aus verwaltungsrechtspolitischer Sicht als Kennzeichen eines »lean management« durchaus angesehen, darf aber auf rechtlicher Seite nicht dazu führen, daß der Staat sich aus der Verantwortung stiehlt.

117 EuGH 17. 12. 1981 – C-279/80 – »Webb« Slg. 1981, 3305, 3324; EuGH 12. 6. 1997 – C-266/95 – »Merino Garcia« Rn. 31 ff. Slg. 1997 I-3279, 3297; EuGH 7. 5. 1998 – C-350/96 – »Clean Car Autoservice« Rn. 27 Slg. 1998 I-2521, 2546; *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 91.

118 EuGH 12. 6. 1997 – C-266/95 – »Merino Garcia« Rn. 33 Slg. 1997 I-3279, 3297; EuGH 7. 5. 1998 – C-350/96 – »Clean Car Autoservices« Rn. 27 Slg. 1998 I-2521, 2546; *GA Colomer* 5. 4. 2001 – C-493/99 – »Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG« Rn. 15.

119 *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 1223; *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 60.

120 EuGH 3. 2. 1982 – C-62 und 63/81 – »Seco/EVI« Rn. 8 Slg. 1982, 223, 235; EuGH 27. 3. 1990 – C-113/89 – »Rush Portuguesa« Slg. 1990 I-1417, 1443.

121 EuGH 14. 2. 1995 – C-279/93 – »Schumacker« Rn. 28 Slg. 1995 I-225, 259; EuGH 29. 4. 1999 – C-224/97 – »Ciola« Rn. 14 Slg. 1999 I-2517, 2536.

122 *Theelen* (s. o. Fn. 31), S. 127.

Die »Flucht ins Privatrecht« ist auch auf europarechtlicher Ebene kein taugliches Instrument, um Bindungen des Staates abzustreifen. Vergleichsmaßstab zu § 1a AEntG ist daher eine Norm, die zu einem entsprechenden behördlichen Kontrollverhalten ermächtigte. Die Kontrolle richtet sich darauf, Subunternehmer auszuschließen, bei denen das Gefahrenpotential hinsichtlich der Beschäftigung aus dem Ausland entsandter und nicht nach (Mindestlohn-)Tarifvertrag entlohnter Arbeitnehmer hoch ist. Dies betrifft hauptsächlich ausländische Baudienstleister, so daß die Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung vorliegen.

Hinzu kommt, daß § 1a AEntG – selbst wenn es sich objektiv um eine unterschiedslos anwendbare Regelung handelte – gerade darauf gerichtet ist, diejenigen Regelungen des AEntG zu flankieren, die gezielt den Marktanteil ausländischer Arbeitnehmer verringern sollen. Damit nimmt § 1a AEntG an der Diskriminierungsabsicht des AEntG teil.

Knüpfen Regelungen zwar nicht an ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal an, so stehen sie den diskriminierend wirkenden Regelungen dennoch gleich, wenn sie dazu bestimmt sind, eine Gruppe von Anbietern zu treffen, die besonders häufig das gewählte, an sich zulässige Merkmal und das unzulässige Differenzierungsmerkmal zugleich aufweisen¹²³.

Gegen eine verschleierte Diskriminierung mag sprechen, daß auch deutsche Subunternehmer von der Kontrolle durch die Generalunternehmer betroffen werden und daß ihr Marktanteil derzeit den der ausländischen überwiegt. Opfer der Kontrolle sind jedoch hauptsächlich die ausländischen Subunternehmer, obwohl wegen des Insolvenzrisikos auch kleinere und mittlere deutsche Subunternehmer bei der Vergabe Nachteile erleiden können. Die genauen Prozentsätze lassen sich kaum ermitteln, so daß sich die Abgrenzung der mittelbaren Diskriminierung zur bloßen Beschränkung nicht rechtssicher vornehmen läßt.

Jüngst ließ der EuGH es ausreichen, daß eine Regelung »sich ihrem Wesen nach« eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirkt. Damit reicht schon ein Überschreiten der 50 %-Marke¹²⁴. Einen anderen Anhaltspunkt bietet die Fremdsprachenlektoren-Entscheidung des EuGH. Danach liegt eine verschleierte Diskriminierung vor, wenn der Inländeranteil unter den Betroffenen 25 % nicht übersteigt¹²⁵.

Auch darin liegt jedoch keine auf andere Fälle strikt übertragbare Grenze. Fest steht nur, daß mehrheitlich EG-Ausländer betroffen sein müssen. Auch ein genauer Prozent-

123 *Krebber*, JbJZ 1997, 129, 141; *Matthies*, FS Everling (1995), S. 803, 810.

124 EuGH 30. 11. 2000 – C-195/98 – »Österreichischer Gewerkschaftsbund« Rn. 40; EuZW 2001, 413 = NJW 2001, 2704.

125 EuGH 30. 5. 1989 – C-33/88 – »Fremdsprachenlektoren Allué I« Rn. 12 Slg. 1989 I-1591, 1610.

satz hülfe ohnehin nur, wenn wissenschaftlichen Grundsätzen genügende Statistiken über die Auswirkungen des § 1a AEntG existierten. Die Beweislast für einen Verstoß trägt im Vertragsverletzungsverfahren die Kommission, während im Vorabentscheidungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Allerdings sind die Vorlagefragen grundsätzlich so zu fassen, daß der EuGH nur Rechtsfragen zu entscheiden hat. Ob in § 1a AEntG also eine mittelbare Beschränkung liegt, ist zum einen nicht rechtssicher vorhersagbar und zum anderen von der Tatsachenfrage abhängig, wieviel Prozent der Betroffenen Ausländer aus EG-Mitgliedstaaten sind.

c) Beschränkung durch eine unterschiedslos wirkende Maßnahme

Die Dienstleistungsfreiheit wurde früher als reines Diskriminierungsverbot angesehen. Diese enge Auslegung ist nicht aufrechtzuerhalten. Zum einen ergäbe sich eine Differenz im Schutzniveau zu der Warenverkehrsfreiheit¹²⁶ mit der Folge, daß der Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten ein unproportionales Gewicht zukäme und sie zur »Eingriffsermächtigung« mutierte. Das wiederum ist angesichts der Abgrenzungsschwierigkeiten und der pragmatischen Vorgehensweise des EuGH¹²⁷ unvertretbar. Ob die eine oder die andere Grundfreiheit einschlägig ist, kann für die Schutzintensität keine Rolle spielen.

Entscheidend ist, daß den Grundfreiheiten als Kernbestandteil des EG-Vertrages grundsätzlich ein breiter Anwendungsbereich zu erhalten und eine möglichst effektive Abwehr von Marktabschottungen zu gewährleisten ist (»effet utile«-Grundsatz s. o.). Daher kann auch in unterschiedslos wirkenden Maßnahmen ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit liegen¹²⁸.

Ob eine unterschiedslos wirkende Maßnahme als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit qualifiziert werden kann, hängt von der Eignung der Norm ab, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen¹²⁹.

Präzisierung formuliert der EuGH, daß ein Verstoß durch eine unterschiedslos wirkende Regelung vorliegen kann, wenn die Regelung bewirkt, daß die Erbringung der

126 Beeinträchtigung auch durch unterschiedslos wirkende Maßnahmen: EuGH 11. 6. 1974 – C-8/74 – »Dassonville« Rn. 5 Slg. 1974, 837, 852.

127 EuGH 30. 4. 1974 – C-155/73 – »Sacchi« Rn. 6 Slg. 1974, 409, 428.

128 EuGH 3. 12. 1974 – C-33/74 – »van Binsbergen« Rn. 27 Slg. 1974, 1299, 1299; EuGH 5. 10. 1994 – C-381/93 – »Kommission./. Frankreich« Rn. 17 Slg. 1994 I-5145, 5161; EuGH 12. 12. 1996 – C-3/95 – »Reisebüro Broede« Rn. 25 Slg. 1996 I-6511, 6537; EuGH 5. 6. 1997 – C-398/95 – »SETTG« Rn. 16 Slg. 1997 I-3091, 3119; EuGH 9. 7. 1997 – C-222/95 – »Parodi« Rn. 18 Slg. 1997 I-3914, 3921; EuGH 3. 10. 2000 – C-58/98 – »Corsten« Rn. 33 m. w. N. Slg. 2000, I-7919 = DB 2000, 2164 f. Siehe auch: *Behrens*, EuR 1992, 145 ff.

129 EuGH 8. 6. 2000 – C-264/99 – »Kommission./. Italienische Republik« Rn. 9 Slg. 2000 I-4420, 4424; EuGH 3. 10. 2000 – C-58/98 – »Corsten« Rn. 33 m. w. N. Slg. 2000, I-7919.

Dienstleistung zwischen Mitgliedstaaten schwieriger wird als die Erbringung von Dienstleistungen allein innerhalb eines Mitgliedstaates¹³⁰.

Daran ist die Nettolohnhaftung des Generalunternehmers zu messen. Durch § 1a AEntG wird für den in Deutschland bauenden Generalunternehmer ein Risiko begründet, über den Preis der Bauleistungen hinaus auch noch eventuelle Lohnrückstände bei den Subunternehmern zahlen zu müssen (oben A II). Demgegenüber sinkt dieses Risiko bei der Vergabe an Unternehmen, die hauptsächlich deutsche Bauarbeiter beschäftigen. Der Preis für die Bauleistungen ausländischer Bauunternehmer wird also um die Kosten der Sicherheitsleistung teurer, und zwar selbst dann, wenn ordnungsgemäß das maßgebliche deutsche Tarifentgelt bezahlt wird. Dem ausländischen Bauunternehmen bleibt nur, gezielt einen Preisabschlag einzusetzen, um das Haftungsrisiko für seinen Vertragspartner zu kompensieren. In jedem Fall sorgt die Nettolohnhaftung also dafür, daß die Angebote ausländischer Baufirmen für die deutschen Nachfrager weniger attraktiv werden. Damit unterscheidet sich die Wirkung des § 1a AEntG zwar von den Fällen, in denen die nationale Norm auf der Angebotsseite die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen weniger attraktiv macht. Dieser Unterschied ist jedoch unerheblich. Sowohl die Verteuerung für den Anbieter als auch die Verteuerung für den Nachfrager machen es gleichermaßen für ein ausländisches Unternehmen schwieriger, eine Baudienstleistung in Deutschland zu erbringen. Eine Differenzierung zwischen Eingriffen auf der Angebotsseite und solchen auf der Nachfrageseite stünde auch nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH¹³¹.

In dem Vertragsverletzungsverfahren wegen § 1b AÜG attestierte der EuGH § 1b Satz 2 AÜG diskriminierende Wirkung. Die ausländischen Bauunternehmen könnten die ihnen gewährte Dienstleistungsfreiheit nicht in Anspruch nehmen, da andere deutsche Bauunternehmen sie nicht mehr in Arbeitsgemeinschaften aufnahmen. Die deutschen Unternehmen verhielten sich so, weil sie anderenfalls aus dem Ausnahmetatbestand des § 1b Abs. 2 AÜG herausfielen¹³².

Die Nettolohnhaftung führt zu einem faktischen Zwang der ausländischen Anbieter, Sicherheiten zu leisten. Nach der Rechtsprechung des EuGH begründet der Zwang zur Sicherheitsleistung an eine Behörde eine Beschränkung¹³³. Dabei darf es keinen Unterschied machen, ob der Staat selbst eine Sicherheitsleistung verlangt oder ob er durch die Ausgestaltung der Rechtslage Privatrechtssubjekte zu einem solchen Verhalten veranlaßt. Wenn der Staat schon völkerrechtlich und europarechtlich haftbar ist, weil er nicht

130 EuGH 5. 10. 1994 – C-381/93 – »Kommission./Frankreich« Rn. 17 Slg. I-5145, 5169; GA *Mischio* 26. 1. 1999 – C-294/97 – »Eurowings« Rn. 28 Slg. 1999 I-7447, 7472; EuGH 28. 4. 1998 – C-158/96 – »Kohll« Rn. 33 Slg. 1998, I-1931, 1946.

131 EuGH 26. 10. 1999 – C 294/97 – »Eurowings« Rn. 40 Slg. 1999 I-7447, 7475.

132 EuGH 25. 10. 2001 – C-493/99 – »Kommission./Deutschland: § 1b AÜG« Rn. 9f.; GA *Colomer* 5. 4. 2001, ebenda Rn. 12.

133 EuGH 1. 7. 1993 – C-20/92 – »Hubbard« Rn. 15 Slg. 1993 I-3777, 3794.

gegen Übergriffe Privater vorgeht, so müssen ihm erst recht staatlich veranlaßte Eingriffe zugerechnet werden¹³⁴.

§ 1a AEntG ist somit zwar unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbar, bewirkt aber faktisch eine Drosselung der Nachfrage nach Bauleistungen ausländischer Dienstleister.

Als Nachweis läßt der EuGH auch genügen, daß eine Regelung Faktoren aufweist, die geeignet sind, Marktteilnehmer davon abzuhalten, eine Dienstleistung nachzufragen¹³⁵, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Nachfrage tatsächlich geringer wird. Es liegen somit zumindest sämtliche positiven Voraussetzungen einer Beschränkung in Form einer unterschiedslos wirkenden Regelung vor.

Aufgrund der tatbestandlichen Weite des Beschränkungsverbot es wird dieses bei der Warenverkehrsfreiheit unter die negative Bedingung gestellt, daß die an sich beschränkende Regelung nicht bloß eine Verkaufsmodalität ist¹³⁶. Eine Übertragung dieser Restriktion auf die Dienstleistungsfreiheit ist zwar bisher vom EuGH nicht vorgenommen, aber auch nicht abgelehnt worden¹³⁷. Wegen der Strukturgleichheit der Warenverkehrsfreiheit mit der Dienstleistungsfreiheit ist davon auszugehen, daß der EuGH künftig das Beschränkungsverbot nicht auf bloße Modalitäten der Dienstleistungserbringung anwenden wird¹³⁸. Daher scheidet eine Beschränkung durch § 1a AEntG aus, wenn es sich bei der Generalunternehmerhaftung um eine bloße Erbringungsmodalität handelt. § 1a AEntG betrifft aber nicht bloß die Vermarktung der Dienstleistung, sondern wirkt sich direkt auf einen Preisfaktor aus. Es erfolgt nicht bloß eine Marktregulierung, die nur diejenigen trifft, die bereits am Markt des Empfangsstaates teilnehmen, sondern eine Marktsegmentierung durch Beschränkung des Marktzugangs¹³⁹. Weiterhin darf das Beschränkungsverbot nur durch die Keck-Grundsätze eingeschränkt werden, wenn die Regelung auf den Absatz inländischer und ausländischer Dienstleistungen gleiche Wirkung hat¹⁴⁰, was für § 1a AEntG gerade nicht zutrifft. Die Generalunternehmerhaftung stellt sich somit zumindest als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, wenn nicht bereits eine verschleierte Diskriminierung vorliegt.

134 EuGH 24. 11. 1982 – C-249/81 – »Kommission./Irland« Rn. 28 Slg. 1982, I-4005, 4023; EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 – »Kommission./Frankreich« Rn. 32, 56 Slg. 1997, I-6959, 6999, 7003; *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 1501.

135 EuGH 28. 4. 1998 – C-118/96 – »Safir« Rn. 30 Slg. 1998 I-1919, 1928.

136 EuGH 24. 11. 1993 – C-267-268/91 – »Keck« Rn. 15 f. Slg. 1993 I-6097, 6131; zur Entwicklung und Kritik an dieser Formel: *Novak*, DB 1997, 2589 ff.

137 EuGH 10. 5. 1995 – C-384/93 – »Alpine Investments« Rn. 35 ff. Slg. 1995 I-1177, 1141.

138 Vgl. *Krebber*, JzJB 1997, 129, 144 m. w. N.

139 Zur Ableitung dieser Differenzierung aus dem Keck-Grundsatz vgl. *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999, S. 122.

140 Vgl. EuGH 24. 11. 1993 – C-267-268/91 – »Keck« Rn. 16 Slg. 1993 I-6097, 6131.

C. Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

I. Rechtfertigung nach Art. 55 i. V. m. 45 EGV

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit verstößt dennoch nicht gegen den EG-Vertrag, wenn sie durch einen Grund nach Art. 55 i. V. m. 45 EGV gerechtfertigt ist. Dies ist unabhängig davon der Fall, welche Form der Beschränkung vorliegt, da die Art. 55 i. V. m. 45 EGV a maiore ad minus auch bloße Beschränkungen rechtfertigen¹⁴¹.

Die Rechtfertigungsgründe werden jedoch eng ausgelegt, um den Grundfreiheiten einen möglichst großen Wirkungsbereich zu sichern («effet utile»-Grundsatz)¹⁴². Eine Begrenzung ergibt sich schon daraus, daß nicht jede Norm, die dem Schutz eines der genannten Güter dient, gerechtfertigt sein kann, sondern nur solche, die an das persönliche Verhalten der Ausländer anknüpfen¹⁴³. Darunter könnte allenfalls die Bezahlung oder Vereinbarung untertariflicher Löhne subsumiert werden – gesehen aus der Sicht der deutschen Mindestlöhne. Dazu müßte dies gegen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit verstoßen. Der Begriff ist jedoch bedeutend enger als derjenige im nationalen Polizeirecht (vgl. etwa §§ 1, 3 PolG Baden-Württemberg) und setzt eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt¹⁴⁴. Das mag auf eine Bezahlung von sittenwidrig niedrigen Löhnen zutreffen, wenn damit auch zugleich die Grenze des Lohnwuchers erreicht wird¹⁴⁵.

Darauf kommt es aber nicht an, da das AEntG nicht an ein persönliches Verhalten der ausländischen Dienstleister anknüpft, sondern sie generell betrifft. So wird ein portugiesisches Unternehmen unabhängig davon, welche Löhne es im einzelnen zahlt und gezahlt hat, von den Auswirkungen des § 1a AEntG nachteilig getroffen – und zwar selbst dann, wenn es die allgemeinverbindlichen Mindestentgelte punktgenau

141 EuGH 27. 7. 1991 – C-1, 176/90 – »Aragonesa de Publicidad« Rn. 13 Slg. 1991 I-4151; EuGH 9. 7. 1997 – C-34-36/95 – »de Agostini« Rn. 52 Slg. 1997 I-3843, 3893.

142 EuGH 19. 12. 1961 – C-7/61 – »Kommission././Italien« Slg. 1961, 695, 718 ff.; EuGH 25. 1. 1977 – C-46/76 – »Bauhuis« Rn. 12/15 Slg. 1977, 5, 15; EuGH 17. 6. 1981 – C-113/80 – »Kommission././Irland« Rn. 7 Slg. 1981, 1625, 1639; EuGH 10. 7. 1984 – C-72/83 – »Campus Oil« Rn. 19 Slg. 1984, 2727 ff.; EuGH 19. 1. 1999 – C-348/96 – »Calfa« Rn. 23 Slg. 1999 I-11, 30.

143 Vgl. Art. 3 RL 64/221/EWG, Richtlinie des Rates vom 25. 2. 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind; EuGH 19. 1. 1999 – C-348/96 – »Calfa« Rn. 24 Slg. 1999 I-11, 30.

144 EuGH 27. 10. 1977 – C-30/77 – »Bouchereau« Rn. 35 Slg. 1977, I-1999, 2013; EuGH 19. 1. 1999 – C-348/96 – »Calfa« Rn. 21 Slg. 1999 I-11, 30.

145 Vgl. BGH 22. 4. 1997 – 1 StR 701/96 – BGHSt 43, 53 = EzA § 302a StGB Nr. 1 = AP Nr. 52 zu § 138 BGB = NZA 1997, 1167; LAG Berlin 6. 2. 1998 – 6 Sa 145/97 – NZA-RR 1998, 392: Stundenlohn von weniger als 10,00 DM brutto für einen Heizungsmonteur im Jahre 1996.

bezahlt. Eine Rechtfertigung nach Art. 55 i. V. m. 45 EGV scheidet von vornherein aus¹⁴⁶.

II. Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen

Strittig ist, unter welchen Voraussetzungen eine verschleierte Diskriminierung keinen Verstoß gegen Art. 48 EGV darstellt. Nach Wortlaut und Systematik des Art. 48 EGV kann nicht zwischen einer mittelbaren und einer offenen Diskriminierung differenziert werden. Entsprechend dem Grundsatz, daß es nicht vom Geschick des nationalen Gesetzgebers abhängen darf, ob ein Verstoß gegen die Art. 48 ff. EGV vorliegt, wäre auch bei der mittelbaren Diskriminierung ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 45 i. V. m. 55 EGV erforderlich.

Die Rechtsprechung des EuGH ist jedoch uneinheitlich. Trotz Qualifizierung einer Beschränkung als verschleierte Diskriminierung prüft der EuGH eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses und überträgt somit die Schranken der bloßen Beschränkung auf die verschleierte oder mittelbare Diskriminierung¹⁴⁷. Andererseits hat der EuGH wiederholt festgestellt, daß eine Diskriminierung nur nach Art. 45 i. V. m. 55 EGV gerechtfertigt sein kann und auch in Fällen der mittelbaren Diskriminierung entsprechend entschieden¹⁴⁸.

Auch in der Literatur wird gelegentlich trotz der Annahme einer mittelbaren Diskriminierung eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls für

146 Im Ergebnis für das AEntG a. F. auch: *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 508; *Krebber*, JbJZ 1997, 129, 144 hält dies nicht einmal für begründungsbedürftig; *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 339.

147 EuGH 3. 2. 1982 – C-62 und 63/81 – »Seco« Rn. 8 Slg. 1982, 223, 235; EuGH 30. 5. 1989 – C-33/88 – »Allué I« Rn. 12 ff. Slg. 1989 I-1591, 1610 f.; EuGH 27. 3. 1990 – C-113/89 – »Rush Portuguesa« Slg. 1990, I-1417, 1443; EuGH 2. 8. 1993 – C-259, 331 und 332/91 – »Allué II« Rn. 11 ff. Slg. 1993 I-4309, 4333 ff.; EuGH 9. 7. 1997 – C-34-36/95 – »De Agostini« – Rn. 44 f. Slg. 1997, I-3843, 3891; EuGH 28. 4. 1998 – C-158/96 – »Kohll« Rn. 35 und 41 Slg. 1998, 1931, 1946, 1948; EuGH 16. 7. 1998 – C-264/96 – »ICI« Rn. 24, 29 Slg. 1998, I-4695, 4721; EuGH 30. 11. 2000 – C-195/98 – »Österreichischer Gewerkschaftsbund« Rn. 40 ff. Slg. 2000, I-10497 = NJW 2001, 2704; sogar für eine offene Diskriminierung: EuGH 14. 7. 1998 – C-389/96 – »Aher-Waggon« Rn. 17 Slg. 1998, I-4473, 4488.

148 EuGH 10. 1. 1985 – C-229/83 – »Leclerc« Rn. 25 Slg. 1985 I-1, 34 f.; EuGH 20. 3. 1990 – C-21/88 – »Du Pont de Nemours« Rn. 14 Slg. 1994 I-1039; EuGH 25. 7. 1991 – C-288/89 – »Collectieve Antennevoorziening Gouda« Rn. 10 ff. Slg. 1991 I-4007, 4040; EuGH 29. 4. 1999 – C-224/97 – »Ciola« Rn. 16 Slg. 1999 I-2517, 2536; EuGH 17. 6. 1981 – C-113/80 – »Kommission./I. Irland« Rn. 11 Slg. 1981, 1625.

zulässig gehalten¹⁴⁹ – gegen zum Teil heftigen Widerstand¹⁵⁰. Systemsprengend ist der Ansatz *Kingreens*, die geschriebenen Rechtfertigungsgründe weit auszulegen resp. Analogien zuzulassen, um sie somit als einheitlichen Rechtfertigungsmaßstab heranzuziehen¹⁵¹. Dies mag zwar rechtssicherer und dogmatisch sauberer sein und zugleich alle bisher aufgetretenen Fälle einer vertretbaren Lösung zuführen – was hier nicht überprüft werden kann. Jedenfalls aber gibt es keine Anzeichen dafür, daß der EuGH oder auch nur die überwiegenden Teile der Literatur zu einem derartigen Systemwechsel bereit sind.

Aus der Rechtsprechung läßt sich nur eines ableiten: Sofern ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls vorliegt, wird es mit Blick auf das Gesamtergebnis auch zur Rechtfertigung herangezogen. Ob sich dies mit der Dogmatik der Grundfreiheiten in Einklang bringen läßt, ist insofern zweitrangig. Der EuGH entscheidet nicht dogmatisch, sondern pragmatisch. Dies zeigt sich auch in der Wallonie-Entscheidung: Zwar bekannte sich der EuGH dazu, daß nur die im EG-Vertrag enthaltenen Rechtfertigungsgründe eine Diskriminierung rechtfertigen können. Die Konsequenz war jedoch, daß der EuGH unter Berufung auf die Folgen für die Rechtfertigung den Verstoß als bloße Beschränkung qualifizierte, obwohl an sich eine offene Diskriminierung vorlag¹⁵². Ihre innere Rechtfertigung findet diese Rechtsprechung darin, daß die inzwischen entwickelten zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses dem Schutz mindestens ebenso bedeutender Rechtsgüter dienen wie der veraltete Katalog der geschriebenen Rechtfertigungsgründe¹⁵³. Daher ist anzunehmen, daß der EuGH entweder die verschleierte Diskriminierung von bloßen Beschränkungen ergebnisorientiert abgrenzt oder trotz Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung die Schranken der unterschiedslos wirkenden Maßnahme genügen läßt.

Der erste Weg wird dadurch gefördert, daß die Abgrenzung der mittelbaren Diskriminierung von der bloßen Beschränkung – abgesehen von wenigen eindeutigen Fällen – ohnehin unklar ist. In der Rechtssache »Terhoeve« stellte der EuGH kurzerhand fest,

149 *Epiney*, Diskriminierungen, S. 61; *Hakenberg*, in: Lenz (Hrsg.), EGV 1999, Art. 49/50 EGV Rn. 26; *Krebber*, JbJZ 1997, 129, 142; *Leible*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rn. 20; *Marenco*, CDE 1984, 291, 312 f., 321 f.; vgl. *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 91; *Novak*, EuZW 1999, 84, 85; *Novak*, DB 1997, 2589 f. will gar offene Diskriminierungen an einem einheitlichen Rechtfertigungstatbestand messen; *Nowak/Schnitzler*, EuZW 2000, 627, 630; *Weiß*, EuZW 1999, 493, 495 ff.

150 *Emmert*, Europarecht, S. 330, 336; *Lux*, in: Lenz (Hrsg.), EGV Art. 28 Rn. 30; *Schweizer/Hummer*, Europarecht, Rn. 700a, 739; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 463.

151 *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999, insb. S. 162 ff.

152 EuGH 9.7.1992 – C-2/90 – »Kommission./. Belgien« Rn. 34–36 Slg. 1992 I-4431.

153 Der Umweltschutz steht in seiner Bedeutung dem geschriebenen Rechtfertigungsgrund des Schutzes gewerblichen und kommerziellen Eigentums oder nationalen Kulturgütern in nichts nach, s. *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999, S. 163.

es liege »ein grundsätzlich verbotenes Hemmnis« vor, weshalb sich Überlegungen erübrigten, ob eine verschleierte Diskriminierung vorliegt¹⁵⁴. Generalanwalt *Jacobs* forderte dementsprechend den EuGH auf, sich ausdrücklich zu der flexiblen Lösung zu bekennen¹⁵⁵. Der EuGH sah sich dennoch nicht gezwungen, auch für verschleierte Diskriminierungen den Rechtfertigungsmaßstab der bloßen Beschränkung anzuwenden. Da sich die inkriminierten Normen, §§ 2 ff. StrEG, sowohl durch einen geschriebenen Rechtfertigungsgrund als auch durch ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses rechtfertigen ließen, konnte der Rechtfertigungsmaßstab offengelassen werden. Daß der EuGH beide Rechtfertigungsmaßstäbe prüfte, um die Einordnung als verschleierte Diskriminierung oder »unterschiedslos anwendbare Maßnahme« dahinstehen zu lassen, läßt den Schluß zu, der EuGH halte weiterhin zumindest formal daran fest, daß verschleierte Diskriminierungen nur durch die enumerierten Gründe gerechtfertigt werden können. Eine Bestätigung hat dies jüngst in dem Vertragsverletzungsverfahren wegen § 1b AÜG gefunden. Generalanwalt *Colomer* hatte auf Tatbestandsseite eine verschleierte Diskriminierung festgestellt und gleichzeitig bekundet, daß er die vorgetragenen Allgemeininteressen für zwingend hielt¹⁵⁶. Eine Rechtfertigung schloß er dennoch aus, da Diskriminierungen nur durch geschriebene Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden könnten. Der EuGH widersprach dem nicht. Obwohl die deutsche Norm eine Voraussetzung enthielt, die nur deutsche Unternehmen erfüllen können, ließ der EuGH die Einordnung offen und sprach von einer »Behinderung der Dienstleistungsfreiheit«¹⁵⁷.

Somit ist die Rechtfertigung klar abgrenzbarer mittelbarer und offener Diskriminierungen als schärfster Form des Eingriffs den geschriebenen Rechtfertigungsgründen vorbehalten, so daß die disziplinierende Wirkung des Enumerationsprinzips erhalten bleibt. Völlig bedeutungslos ist die Abgrenzung der mittelbaren Diskriminierung von der bloßen Beschränkung auf Rechtfertigungsseite jedoch nicht. Auch wenn die Schranken der bloßen Beschränkung auf die verschleierte Diskriminierung übertragen werden, muß die Schwere des Eingriffs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden¹⁵⁸.

Sofern also nicht entgegen der herrschenden Meinung in § 1a AEntG eine offene Diskriminierung zu sehen ist, richtet sich die Rechtfertigung nach der ursprünglich

154 EuGH 26. 1. 1999 – C-18/95 – »Terhoeve« Rn. 41 Slg. 1999 I-345 = EuZW 1999, 380 ff.; dazu *Nowak/Schnitzler*, EuZW 2000, 627, 630.

155 Für eine »flexiblere Lösung« vgl. auch GA *Jacobs* 26. 10. 2000 – C-379/98 – »PreussenElektra« Rn. 220–233 Slg. 2001 I-2099 = ZIP 2001, 535–542; *Gundel*, Jura 2001, 79, 82 f.

156 GA *Colomer* 5. 4. 2001 – C-493/99 – »Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG« – Rn. 29 ff.

157 EuGH 25. 10. 2001 – C-493 – »Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG« Rn. 18.

158 So wohl auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 463, die sich für einen »differenziert angewandten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz« aussprechen.

nur zur Rechtfertigung von Beschränkungen durch unterschiedslos angewandte Maßnahmen entwickelten van »Wesemael/Webb«-Formel¹⁵⁹.

III. Rechtfertigung nach der van »Wesemael/Webb«-Formel

1. Kriterien

Während eine (offene) Diskriminierung einer Rechtfertigung durch einen Grund nach Art. 55 i. V. m. Art. 45 EGV bedarf, müssen bloße Beschränkungen auch unter minderen Voraussetzungen erlaubt sein, da sonst die tatbestandliche Erweiterung der Dienstleistungsfreiheit von einem bloßen Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot ohne Korrelat bliebe.

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind daher nach den Grundsätzen der Urteile »van Wesemael und Webb« zulässig, wenn sie »durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates tätigen Personen und Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist«¹⁶⁰. Daraus ergeben sich vier Rechtfertigungsvoraussetzungen: Die Norm muß einem Zweck dienen, der abstrakt geeignet ist, die Dienstleistungsfreiheit einzuschränken (1); das Doppelbelastungsverbot muß beachtet sein (2); die Norm darf ihrerseits nicht diskriminieren (3) und schließlich muß der Zweck in einem angemessenen Verhältnis zur Beeinträchtigung stehen (4).

Einer Überprüfung anhand dieser Formel ist das AEntG auch nicht etwa dadurch entzogen, daß die Kompetenz zur Regelung der Sozialpolitik weitgehend bei den Mitgliedstaaten geblieben ist. Wollte man behaupten, den Mitgliedstaaten sei jeder Eingriff in die Grundfreiheiten des Binnenmarktes erlaubt, solange die Regelung einen sozialpolitischen Gehalt habe, so verstieße das gegen das »effet utile«-Prinzip. Zudem wohnt jenem Argument ein grundlegendes Mißverständnis inne: Die Kompetenz zu sozialpolitischen Regelungen ist nur dann uneingeschränkt bei den Mitgliedstaaten, sofern die Ausgestaltung des »sozialen Systems« rein innerstaatliche Wirkung hat. Sowie dadurch der Binnenmarkt eingeschränkt wird, müssen auch »sozialpolitisch« motivierte

159 Die dogmatische Frage, ob darin eine Rechtfertigung oder eine tatbestandsimmanente Einschränkung liegt, ist für das Ergebnis ohne Bedeutung. Da der EuGH jedoch von einer Rechtfertigung spricht, wird dem terminologisch gefolgt.

160 EuGH 18. 1. 1979 – C-110/78 und 111/78 – »van Wesemael« Rn. 28 Slg. 1979, 35, 52; EuGH 17. 12. 1981 – C-279/80 – »Webb« Rn. 17 Slg. 1981, 3305, 3325; EuGH 4. 12. 1986 – C-205/84 – »Kommission./Deutschland« Rn. 27 Slg. 1986 I-3755, 3802; EuGH 26. 2. 1991 – C-198/89 – »Kommission./Griechenland« Rn. 18 f. Slg. 1991 I-727, 740; EuGH 25. 7. 1991 – C-76/90 – »Säger« Rn. 15 Slg. 1991 I-4221, 4244; EuGH 26. 2. 1991 – C-180/89 – »Kommission./Italien« Rn. 17 Slg. 1991 I-709, 722; EuGH 20. 5. 1992 – C-106/91 – »Ramrath« Rn. 29 Slg. 1992 I-3351, 3384; EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 – »Guiot« Rn. 11 Slg. 1996 I-1905, 1915 ff.; EuGH 23. 11. 1999 – C-369, 376/96 – »Arblade und Leloup« Rn. 34 Slg. I-1999, 8453.

Regelungen dem europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen¹⁶¹. Die »sozialpolitische« Kompetenz ist damit allenfalls ein Abwägungsfaktor.

Die Urteilsbildung des EuGH ist insoweit – wie die Urteile »Finalarte« und »Portugalia« zeigen – zu einem scheinbaren Abschluß gekommen: Bis zu dieser Verhältnismäßigkeitsformel verwendet der EuGH für »Arbeitnehmerentsendungsfälle« einen einheitlichen Textbaustein jeweils unter Berufung auf die Urteile »Arblade und Leloup« und Mazzoleni¹⁶².

2. Zweck des § 1a AEntG als zwingender Grund des Allgemeininteresses

a) Haftungsandrohung als AEntG-Vollzug

Die Rechtfertigung für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch § 1a AEntG hängt zunächst davon ab, ob diese Norm durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Es geht also in einem ersten Schritt darum, aus dem Normzweck das relevante Abwägungsmaterial zu gewinnen, ohne dadurch das Ergebnis der Abwägung vorwegzunehmen. Abwägungsrelevant sind nur solche Normzwecke und -ziele, die zwingende Gründe des Allgemeininteresses im gemeinschaftsrechtlichen Sinn darstellen.

Bereits vom EuGH anerkannte Allgemeinwohlerfordernisse sind u.a. der Verbraucherschutz, der Gläubigerschutz, die Lauterkeit des Handelsverkehrs, der Umweltschutz, das Funktionieren der Rechtspflege, die Kohärenz des Steuersystems, Schutz der sozialen Ordnung, Mittelstandsschutz und Berufsregeln hinsichtlich der Befähigung und Haftung bei den freien Berufen. Abschließend ist diese Aufzählung von Allgemeininteressen nicht. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt unproblematisch auch der Arbeitnehmerschutz¹⁶³. Wirtschaftliche Gründe oder fiskal-

161 MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 109; EuGH 28. 4. 1998 – C-120/96 – »Decker« Rn. 36 ff. Slg. 1998, I-1871, 1884; EuGH 28. 4. 1998 – C-158/96 – »Kohll« Rn. 37 ff. Slg. 1998 I-1935, 1947. Für das insofern vergleichbare Gebiet des Steuerrechts ebenso: EuGH 27. 6. 1996 – C-107/94 – »Asscher« Rn. 36 Slg. 1996, I-3089, 3124; EuGH 16. 7. 1998 – C-64/96 – »ICI« Rn. 19 Slg. 1998, I-4695, 4721; EuGH 19. 9. 2000 – C-156/98 – »Kommission ./ Deutschland: § 52 Abs. 8 EStG« Rn. 80, EuZW 2001, 242 = ZIP 2001, 535.

162 Vgl. EuGH 25. 10. 2001 – C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 »Finalarte« – Rn. 28–32 (Fn. 87); EuGH 15. 3. 2001 – C-165/98 – »Mazzoleni« – Slg. 2001, I-2189 = NZA 2001, 554 ff. Auch Koenigs, DB 2002, 431, hält die Grundsatzfrage, in welchem Umfang nationale Regelungen zum Schutz nationaler Arbeitsplätze die Grundfreiheiten europäischer Arbeitnehmer und Unternehmen einschränken dürfen, für offen.

163 EuGH 18. 1. 1979 – C-110 und 111/78 – »van Wesemael« Rn. 29 f. Slg. 1979, 35, 52 f.; EuGH 17. 12. 1981 – C-279/80 – »Webb« Rn. 19 Slg. 1981, 3305, 3325; EuGH 3. 2. 1982 – C-62/81 und 63/81 – »Seco« Rn. 10, 14, Slg. 1982, 223, 236; EuGH 27. 3. 1990 – C-113/89 – »Rush Portuguesa« Rn. 18 Slg. 1990 I-1417, 1445; EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 – »Guiot« Rn. 21 Slg. 1996 I-1905, 1922.

lische Interessen des Mitgliedstaates reichen hingegen nicht aus¹⁶⁴. Auf der anderen Seite darf das aus Sicht des Mitgliedstaates bejahte Allgemeininteresse durchaus einem Interesse der Gemeinschaft entgegenstehen¹⁶⁵.

Welches Interesse hinter einer Norm steht, beurteilt sich nach den Zielen und Zwecken der Norm. Der Normzweck ergibt sich objektiv aus dem Gesetz und kann grundsätzlich auch aus den vom Gesetzgeber benannten Normzwecken und -zielen ermittelt werden. Zweck des § 1a AEntG besteht darin, durch die drohende Haftung bei dem Generalunternehmer ein eigenes Vollzugsinteresse daran zu wecken, daß die Subunternehmer die nach dem AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten¹⁶⁶. Aus diesem Zweck ergibt sich das Ziel, entsprechend der Verpflichtung aus der Entsenderichtlinie, nicht nur materielle Normen über Mindestbedingungen zu schaffen, sondern eine effektive Anwendung dieser Normen sicherzustellen. Damit ist das Normziel des § 1a AEntG untrennbar mit dem Gesamtziel des AEntG und der Vereinbarkeit des § 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3a Satz 3 AEntG mit dem Gemeinschaftsrecht verbunden.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann der zwingende Grund des Allgemeininteresses, der die materiell-rechtlichen Bestimmungen rechtfertigt, auch die Kontrollmaßnahmen rechtfertigen, die erforderlich sind, um die Beachtung dieser Bestimmungen sicherzustellen¹⁶⁷, sofern der Dienstleistungsfreiheit dadurch nicht ihre praktische Wirksamkeit völlig genommen wird¹⁶⁸.

b) Akzessorität zu § 1 AEntG und dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht Aus diesem Verhältnis von § 1a AEntG zu dem gesamten AEntG ergibt sich zweierlei: Die Nettolohnhaftung ist eine Annexbelastung zu der Hauptbelastung durch die Ent-

164 EuGH 4.5.1993 – C-17/92 – »Distribuidores Cinematográficos« Rn. 21 Slg. 1993 I-2239, 2273; EuGH 14.11.1995 – C-484/93 – »Svensson & Gustavsson« Rn. 15 Slg. 1995 I-3955, 3976; EuGH 5.6.1997 – C-398/95 – »SETTG« Rn. 23 Slg. 1997, I-3091, 3121; EuGH 28.4.1998 – C-120/95 – »Decker« Rn. 39 Slg. 1998, 1831, 1884; EuGH 28.4.1998 – C-158/96 – »Kohl« Rn. 41 Slg. 1998 I-1931, 1948; EuGH 6.6.2000 – C-35/98 – »Verkooijen« Rn. 48 DB 2000, 1373–1377; *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 124.

165 *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 116 ff.

166 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 17.11.1998 zum Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, Begründung S. 17 f.

167 EuGH 3.2.1982 – C-62-63/81 – »Seco« Rn. 14 Slg. 1982, 223, 236 f.; EuGH 27.3.1990 – C-113/89 – »Rush Portuguesa« Rn. 18 Slg. 1990 I-1417, 1445; EuGH 9.8.1994 – C-43/93 – »Vander Elst« Rn. 23 Slg. 1994 I-3803, 3826; EuGH 28.3.1996 – C-272/94 – »Guiot« Rn. 12 Slg. 1996, I-1905, 1921; EuGH 23.11.1999 – C-369/96 und 376/96 – »Arblade und Leloup« Rn. 37 f. Slg. 1999, I-8453.

168 EuGH 26.2.1991 – C-154/89 – »Kommission ./ Frankreich« Rn. 12 Slg. 1991, I-659, 685; EuGH 25.7.1991 – C-76/90 – »Säger« Rn. 13 Slg. 1991 I-4221, 4243; *Hailbronner*, in: Wiesehügel/Sahl, Sozialkassen, 1998, S. 75, 80.

geltansprüche und Urlaubsgeldansprüche gemäß dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag i. V. m. § 1 Abs. 3 AEntG. Ebenso wie die Meldepflicht nach § 3 AEntG i. V. m. § 59 Abs. 3 Verfahrenstarifvertrag¹⁶⁹, an deren Verhältnismäßigkeit der EuGH hohe Anforderungen gestellt hat¹⁷⁰, bedürfen solche Annexbelastungen einer eigenständigen Rechtfertigung.

Unabhängig davon ist jedoch eine Rechtfertigung für eine Annexbestimmung nicht möglich, wenn die Vorschriften, deren Anwendung sie sichern oder fördern soll, gemeinschaftsrechtswidrig sind. Damit wird die Vereinbarkeit insbesondere des § 1 AEntG zur Vorfrage.

aa) Keine verbotene Diskriminierung durch § 1 Abs. 1 und Abs. 3a AEntG

Ob bereits § 1 AEntG diskriminiert, ist umstritten. Nach Ansicht der im Ausgangsverfahren beklagten Baufirma »Portugaia Construcoes« werden ausländische Baufirmen stärker belastet als deutsche, da nur letztere in den Genuß einer tariflichen Ausschlußfrist (§ 16 BRTV-Bau) kämen, so daß Lohnansprüche deutscher Arbeitnehmer innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit verfielen. Hingegen könnten die ausländischen Dienstleister sich wegen der zwingenden Wirkung des § 1 AEntG nicht einmal auf entsprechende Verfallsbestimmungen in ausländischen Tarifverträgen berufen.

Insofern ließe sich freilich gegenhalten: Zwar verbietet der Tarifschutz gemäß § 4 Abs. 4 Satz 3 TVG andere als tarifvertragliche Verfallklauseln. Erklärt die Rechtsverordnung nicht auch diese Verfallklausel für allgemeinverbindlich, hindert dies die nach kraft Allgemeinverbindlicherklärung Gebundenem nicht daran, durch arbeitsvertragliche Bezugnahme jedenfalls diejenigen Ausschlußfristen zu vereinbaren, die bei Tarifbindung griffen. Insofern kann der eher zufällige Umstand, daß die Verfallklausel im Manteltarifvertrag enthalten ist und im Mindestlohntarifvertrag nicht aufgenommen wurde, tarifrechtlich keine Schlechterstellung bedeuten und damit keine Gemeinschaftswidrigkeit begründen. Für den Ausländer bleibt – wie für deutsche nicht-tarifgebundene Bauunternehmen – nur die Last, jene Verfallklausel zu vereinbaren.

Ähnlich zu entscheiden ist die ebenfalls vorgelegte und bereits vielfach erörterte Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt, wenn ein inländischer Arbeitgeber im Gegensatz zu einem ausländischen Dienstleister einen günstigeren Haustarifvertrag schließen kann, der den kraft Allgemeinverbindlicherklärung geltenden Mindestlohntarifvertrag verdrängt¹⁷¹. Einen Anhaltspunkt bietet der dritte Klageantrag in dem Vertragsverletzungsverfahren wegen § 1b AÜG. Weil nach § 1b Satz 2 AÜG nur Baubetriebe von anderen Baubetrieben Arbeitnehmer entleihen können, auf die derselbe Rahmen-

169 Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 12. 11. 1986, zuletzt geändert durch Tarifvertrag vom 18. 12. 1996 (aktuelle Fassung: vom 20. 12. 1999).

170 GA *Mischo* 13. 7. 2000 »Finalarte« (Fn. 69), Rn. 172–177.

171 *Borgmann* (s. o. Fn. 31), S. 159 ff.; *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505, 509 ff.; *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 99 ff.; *Theelen* (s. o. Fn. 31), S. 122 ff.

und Sozialkassentarifvertrag kraft Mitgliedschaft oder Allgemeinverbindlichkeit, nicht aber kraft Bezugnahme Klausel anwendbar ist und da ausländische Unternehmen nicht in den räumlichen Geltungsbereich dieser Tarifverträge gelangen, lag ein klassischer Fall einer verschleierte Diskriminierung vor¹⁷². Im Falle der Unterbietungshaustarifverträge zur Verdrängung des Mindestlohn tarifvertrages besteht jedoch der oben skizzierte behauptete Gegensatz nicht mit dieser Deutlichkeit. Strittig ist lediglich, ob der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag bzw. die Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG sowohl inländische als auch ausländische Unterbietungstarifverträge verdrängen resp. eine zusätzliche Verpflichtung begründen¹⁷³ oder ob ein Haustarifvertrag eines inländischen Arbeitgebers und der eines ausländischen gleichermaßen Vorrang und ausschließliche Geltung beanspruchen können¹⁷⁴. Letztere Ansicht muß sich entgegenhalten lassen, daß der ausländische Arbeitgeber de iure zwar für die zu entsendenden Arbeitnehmer mit einer deutschen Gewerkschaft einen Unterbietungstarifvertrag schließen kann, faktisch aber dennoch benachteiligt ist. Die Vertragsschlusskosten träfen den ausländischen Arbeitgeber, der nur für einen kurzen Zeitraum entsendet, ungleich härter als den deutschen Arbeitgeber, bei dem sich die Kosten durch die Laufzeit des Tarifvertrages amortisieren.

Im übrigen ist es für einen ausländischen Arbeitgeber wesentlich schwerer, eine deutsche Gewerkschaft zum Dispens von den Mindestlöhnen zu bewegen: Hierzu läßt sich die Gewerkschaft überreden, wenn Arbeitsplätze im Inland gerettet werden – wie der Fall Holzmann anschaulich zeigt¹⁷⁵! Für einen ausländischen Arbeitgeber und zugunsten dessen ausländischer Arbeitnehmer wird sich solches Entgegenkommen nicht finden lassen.

Dieses Argument greift allerdings nicht mehr, wenn auch ein Tarifvertrag ausländischen Rechts – namentlich ein solcher des Arbeitgebers mit einer Heimatgewerkschaft – Vorrang hat¹⁷⁶: Dann nämlich könnte die Heimatgewerkschaft gemeinsam mit dem Arbeitgeber die hiesigen Mindestlohntarife beiseiteschieben.

Unabhängig davon sind die Mindestverpflichtungen diskriminierungsfrei, weil die Verpflichtung des ausländischen Arbeitgebers aus § 1 Abs. 1 Satz 1 oder § 1 Abs. 3a

172 GA Colomer 5.4.2001 – C-493/99 – »Kommission./Deutschland: § 1b AÜG« – Rn. 17 ff.

173 Borgmann (s. o. Fn. 31), S. 160; Nettekoven (s. o. Fn. 31), S. 100; A. Stoll (s. o. Fn. 31), Kap. 2 § 6 III 1 b ee (1) (a).

174 Büdenbender, RdA 2000, 193, 205; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2374; Theelen (s. o. Fn. 31), S. 123; nur für Inländer bejaht dies Ossenbühl (Fn. 32), S. 65 ff.; Mayer, BB 1999, 842, 845.

175 Dazu Rieble, Der Fall Holzmann und seine Lehren, NZA 2000, 225.

176 Siehe Birk, Internationales Tarifrecht, FS Beitzke, 1979, 864; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2374; anders wohl Büdenbender, RdA 2000, 193, 205; vgl. weiter Hergenröder, AR-Blattei, SD 1550.15, Rn. 123; Demarne, Anwendung nationaler Tarifverträge bei grenzüberschreitenden Arbeitsverträgen, 1999; MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 254 Rn. 19 ff.

Satz 1 AEntG unter der gesetzlichen Bedingung steht, daß kein inländischer Arbeitgeber den Mindestlohn durch einen Haustarifvertrag unterbieten kann¹⁷⁷.

Allerdings betrifft dies in erster Linie die Auslegung des AEntG und nicht die des Gemeinschaftsrechts. Der EuGH muß also die vorgelegte Frage so beantworten, wie sie gestellt ist, obwohl sie auf der irrigen Ansicht beruht, dem ausländischen Arbeitgeber sei es im Gegensatz zu inländischen nicht möglich, durch Abschluß eines Haustarifvertrags den Mindestlohntarifvertrag zu unterschreiten und ein inländischer Unterbietungstarifvertrag lasse nicht auch die Verpflichtung des Ausländers entfallen. Die so dargestellte nationale Rechtslage kann aus Sicht des Gemeinschaftsrechts nur als offene Diskriminierung aufgefaßt werden¹⁷⁸.

Ebenfalls auf einer irrigen Auslegung des AEntG beruht die Ansicht der Firma »Portugaia«, das AEntG unterwerfe ausländische Arbeitgeber bei Verstößen schärferen Sanktionen als inländische Arbeitgeber. Nach der bis 1998 gültigen Fassung fielen Verstöße deutscher Arbeitgeber gegen den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag in der Tat nur gegen das TVG, während die Ordnungswidrigkeit nach § 5 AEntG nur für ausländische Arbeitgeber relevant wurde. Inzwischen erfassen die Strafnormen auch deutsche Arbeitgeber, so daß keine Diskriminierung mehr vorliegt.

bb) Diskriminierende Wirkung des § 1 Abs. 4 AEntG

Eine verschleierte Diskriminierung geht von § 1 Abs. 4 AEntG aus: Die Geltung des Mindestlohntarifvertrages und der Sozialkassentarifverträge hängt von der Zuordnung des entsandten Arbeitnehmers zu einem Betrieb und anschließend von der fachlichen Zuordnung dieses Betriebes zum Bauhaupt- oder Baunebengewerbe ab. Da verfassungsrechtlich der einfachere Weg über einen gesetzlichen Mindestlohn versperrt ist und der gewerkschaftliche Organisationsgrad der entsandten Ausländer zu gering ist und auf eine Kollektivanknüpfung nicht verzichtet werden sollte, liegt in dieser Betriebsabhängigkeit die Achillesferse des Gesetzes. Der Gesetzgeber verfiel daher auf einen ebenso praktischen wie unverhältnismäßigen Ausweg, nämlich die Fiktion der Betriebszugehörigkeit nach § 1 Abs. 4 AEntG. Dies verschafft einerseits den gemeinsamen Sozialkasseneinrichtungen einen breiten Beitragszahlerkreis, führt aber auch zur Diskriminierung in ausländischen Mischbetrieben. Während deutsche Mischbetriebe gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG überwiegend Bauleistungen erbringen müssen, wird bei dem entsendenden Betrieb auf die Mehrheit der entsandten Arbeitnehmer abge-

177 § 1 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz AEntG löst zwar das Diskriminierungsproblem, führt aber dazu, daß Ausländer dann nicht einmal das Niveau des unterbietenden Tarifvertrages einhalten müssen. M. a. W.: Die Tarifvertragsparteien haben es in der Hand, den Unterbietungswettbewerb wieder zu eröffnen. Ob dies dem BMA (vgl. Pressemitteilung 24. 1. 2002 zum »Portugaia«-Urteil) bewußt ist, mag bezweifelt werden. Allgemein zur Unterbietung durch Haustarifverträge: *Ossenbühl*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 2000, S. 67; *Rieble*, NZA 2000, 228.

178 Stellungnahme der französischen und belgischen Regierung laut Schlußanträgen GA *Mischo* 3. 5. 2001 – C-164/99 – »Portugaia Construcões« Rn. 65, 74 ff.

stellt. Entsendet ein ausländisches Unternehmen mit Schwerpunkt in der Metallbranche 11 Arbeitnehmer nach Deutschland, damit diese eine Maschine in ein Haus einbauen, und sind nur sechs von diesen Arbeitern dem Baugewerbe zuzuordnen, so gilt für alle das AEntG. Ein deutscher Mischbetrieb hingegen kann nicht erfaßt werden. Zusätzlich zur Diskriminierung schreckt diese Regelung ausländische Dienstleister ab¹⁷⁹. Der EuGH hat das schon in dem Vertragsverletzungsverfahren zu § 1b AÜG mit Recht für diskriminierend gehalten, weil deutsche Betriebe anders als ausländische die Qualifikation als Baugewerbebetrieb beeinflussen können¹⁸⁰. In der Finalarte-Entscheidung stellte der EuGH ohne Umschweife in nur drei Randnummern fest, daß eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung vorliegt¹⁸¹.

cc) Ziele des AEntG

Ziele des AEntG sind laut der Gesetzesbegründung die Sicherung der Tarifautonomie, die Wiederherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und des Lohn- bzw. Sozialdumpings¹⁸². Darüber hinaus wird – halbernst – vertreten, daß das AEntG die entsandten ausländischen Arbeitnehmer schütze¹⁸³ (indem man ihnen die Beschäftigungsmöglichkeit nimmt) und dem Mittelstand diene. Bei objektiver Betrachtung ergibt sich zudem der Zweck, die Bundesanstalt für Arbeit bzw. die Arbeitsämter finanziell zu entlasten, denn § 1a AEntG ermöglicht ihnen, Bauauftraggeber auf Rückzahlung von Insolvenzgeld in Höhe des Mindestlohnes in Anspruch zu nehmen¹⁸⁴. Tatsächlich verfolgt der Gesetzgeber mit der finalen Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der entsendenden Dienstleister durch das AEntG aber nur einen Zweck, nämlich den Markt so zu beschränken, daß eine unter den Bedingungen des freien Wettbewerbs nicht haltbare Lohnhöhe stabilisiert wird¹⁸⁵.

c) Anerkennung als rechtfertigende Allgemeininteressen

aa) Grundsatz; Abgrenzung zu bloß wirtschaftlichen Gründen

Wie der Gerichtshof entschieden hat, können rein wirtschaftliche Ziele keine Beschränkung der elementaren Grundfreiheiten rechtfertigen¹⁸⁶. Gegen den Schutz der Tarif-

179 EG-Kommission, Schriftliche Aufforderung an die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines Vorverfahrens zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens, 31.7.2001, IP/01/1153.

180 EuGH 5.4.2001 – C-493/99 – »Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG« Rn. 25 ff.

181 EuGH Finalarte (Fn. 87), Rn. 81 bis 83.

182 Begründung Allgemeiner Teil zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/2414 vom 25.9.1995, S. 7.

183 *Bieback*, RdA 2000, 207, 211; s. u. C III 2 c ee.

184 *Crämer*, BauR 2000, 652, 653; *Gastell/Zander*, BW Bauwirtschaft 1999, Management/Baubetriebswirtschaft, sozialpolitischer Dienst, 28, 28.

185 MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 122; vgl. MünchArbR/*Winterfeld*, § 184 Rn. 30.

186 EuGH 28.4.1998 – C-120/95 – »Decker« Rn. 39 Slg. I-1998, 1831.

autonomie und des sozialen Friedens, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, Verhinderung gespaltener Arbeitsmärkte als Allgemeininteresse wird eingewandt, diese Ziele seien letztlich nur umformulierte wirtschaftliche Gründe und daher zur Rechtfertigung untauglich; die Beschränkung des Wettbewerbs sei nicht ein bloßes Mittel zum Zweck, diese Interessen zu schützen, sondern selbst das Ziel¹⁸⁷. Die Bestimmung, was letztlich Zweck oder Mittel ist, gerät leicht ins Zirkuläre. Dabei darf weder jeder Zweck als »wirtschaftlicher« diskreditiert noch kann die Beschränkung des Wettbewerbs als bloßes Mittel zum höheren Zwecke begriffen werden¹⁸⁸. Beides dürfte vor dem EuGH keinen Bestand haben. Entweder liefe die Dienstleistungsfreiheit leer oder dieses Schicksal träge die Rechtfertigungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten. Das eine wie das andere ist mit dem »effet utile«-Grundsatz nicht vereinbar. Auf dieser Stufe bereits eine Abwägung vorzunehmen und damit ähnlich dem nationalen Verfassungsrecht eine praktische Konkordanz zu suchen¹⁸⁹, erscheint zu undifferenziert.

Bloß wirtschaftliche Gründe liegen nur vor, wenn die Regelung das Ziel verfolgt, den Staatshaushalt zu entlasten oder der nationalen Wirtschaft einen Vorteil zu verschaffen. Daß jedoch die wirtschaftlichen Auswirkungen des freien Wettbewerbs zur Beeinträchtigung von nationalen Interessen führen können und daß die Mitgliedstaaten zu deren Schutz beschränkende Regelungen erlassen dürfen, entspricht der Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁰.

Ausgangspunkt muß die »Campus Oil«-Rechtsprechung¹⁹¹ sein: Der freie Wettbewerb hatte zur Konkurrenzunfähigkeit irischer Raffinerien geführt, so daß die irische Regierung zum Schutz von »Campus Oil« – der letzten verbliebenen Raffinerie – den Abnehmern raffinierten Öls die Pflicht auferlegte, einen gewissen Prozentsatz ihres Bedarfs von inländischen Raffinerien zu beziehen. Zwar läßt der EuGH grundsätzlich wirtschaftliche Interessen nicht genügen. Diese Schutzmaßnahme jedoch hielt er mit Blick auf das Interesse an einer unabhängigen nationalen Versorgung für zulässig, obwohl die Raffinerie gerade durch den Binnenmarkt in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht war¹⁹². In einer Reihe neuerer Entscheidungen präziserte und beschränkte der EuGH diesen Ansatz.

187 *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 123 ff.; in einem ähnlich gelagerten Fall: EuGH 5. 6. 1997 – C-398/95 – »SETTG« Rn. 23 Slg. 1997, I-3091, 3121 ausführlich: GA Lenz 4. 3. 1997 – C-398/95 – »SETTG« Rn. 60 ff. Slg. 1997 I-3091, 3109; vgl. *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 62; *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Troberg*, Art. 59 Rn. 22; *Krebber*, JbJZ, 129, 146.

188 So aber *Däubler*, EuZW 1997, 613, 615 f.; *Däubler*, DB 1995, 726, 727.

189 So wohl *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 136.

190 EuGH 10. 7. 1984 – C-72/83 – »Campus Oil« Rn. 35 Slg. 1984 I-2727, 2752 ff.

191 EuGH »Campus Oil«, a.a.O., Rn. 35.

192 EuGH »Campus Oil«, a.a.O., Rn. 35.

In den Urteilen »Inter-Huiles«¹⁹³, »Dusseldorf«¹⁹⁴ und »FFAD«¹⁹⁵ ging der EuGH zunächst davon aus, daß Beschränkungen des Art. 29 EGV durch das zwingende Erfordernis des Umweltschutzes gerechtfertigt sein können. Der Wettbewerb dürfe aber nur beschränkt werden, wenn dies unmittelbar zum Schutz der Umwelt erforderlich sei. Diene das Ausfuhrverbot hingegen dazu, einem örtlichen Abfallverwertungsunternehmen genügend Masse zu sichern, damit es rentabel arbeiten kann, läge ein wirtschaftlicher Grund und damit kein rechtfertigendes Allgemeininteresse vor. Der Einwand, das in Art. 174 Abs. 2 EGV (früher: Art. 130 r Abs. 2 EGV) verankerte Ursprungsprinzip gebiete eine Verwertung vor Ort, blieb jeweils erfolglos. Obwohl in diesen Fällen das Allgemeininteresse sogar im EG-Vertrag selbst anerkannt ist, konnte es die Beschränkung nicht rechtfertigen. Nur wenn etwa der Transport zu einer Gefährdung der Umwelt geführt hätte, wäre der Umweltschutz als zwingendes Allgemeininteresse vorgegangen.

Im Falle des Mindestlohnes liegt ein vergleichbar mittelbarer Bezug vor. Der Schutz der Tarifautonomie und des sozialen Friedens, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, die Verhinderung gespaltener Arbeitsmärkte und der Erhalt einer deutschen Bauindustrie hängen davon ab, ob der Einsatz deutscher Bauarbeiter rentabel ist. Wird diese Rentabilität erst durch die Beschränkung selbst hergestellt, liegt wie in den Fällen »Inter-Huiles«, »Dusseldorf« und »FFAD« ein wirtschaftlicher Grund und damit kein zwingendes Allgemeininteresse vor. Diese Rechtsprechung ist auch auf andere Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe übertragbar.

bb) Tarifautonomie und gespaltene Arbeitsmärkte

Die Nennung der Tarifautonomie und der Vermeidung gespaltener Arbeitsmärkte¹⁹⁶ unter den Zielen verwundert. Auf einem anderen Arbeitsmarktsektor hat der Gesetzgeber unter Billigung des Bundesverfassungsgerichts gerade diese Belange dem Erhalt einer deutschen Hochseeflotte mit angemessener Tonnage geopfert: Durch § 21 Abs. 4 FIRG nahm der Gesetzgeber einen gespaltenen Arbeitsmarkt, eine Gefährdung der Tarifautonomie in Kauf¹⁹⁷, indem er die deutschen Seeleute der Konkurrenz philippinischer und anderer Seeleute aus Niedriglohnländern zu Heimatheuern aussetzte. Der Gesetzgeber muß sich nun vorhalten lassen, was das Bundesverfassungsgericht den Gewerkschaften im Streit um § 21 Abs. 4 FIRG entgegnete: Die hohen deutschen tariflichen Lohnstandards dürften einem Wettbewerb mit ausländischen Niedrigheuern ausgesetzt werden, auch wenn das die Position der Koalitionen erheblich schwäche.

193 EuGH 10. 3. 1983 – C-172/82 – »Inter-Huiles« Rn. 14 Slg. 1983, 555, 566.

194 EuGH 25. 6. 1998 – C-203/96 – »Dusseldorf« – Rn. 49 Slg. 1998 I-4075, 4092.

195 EuGH 23. 5. 2000 – C-209/98 – »FFAD« Rn. 44 Slg. 2000 I-3743, 3755.

196 BT-Drs. 13/2414, Begründung, Teil B.

197 Vgl. BVerfG 10. 1. 1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 – BVerfGE 92, 26 ff. = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG mit Anm. *Wank*.

Sogar eine völlige Verdrängung deutscher Gewerkschaften auf Zweitregisterschiffen sei hinzunehmen, um der deutschen Handelshochseeflotte eine ausreichende Tonnage zu erhalten¹⁹⁸.

Zweifelhaft ist auch, daß ein im Verordnungswege für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag die Tarifautonomie schützen soll. Die Tarifautonomie führt im Gegenteil zur Verfassungswidrigkeit einer solchen Regelung¹⁹⁹. Zudem ist die Tarifautonomie kein Selbstzweck, sondern nur dort schützenswert, wo überhaupt ein Arbeitsmarkt besteht. Protektionismus zum Erhalt einer ausreichenden Anzahl deutscher Arbeitnehmer in einer Branche, um wiederum einer entsprechenden Gewerkschaft eine ausreichende Anzahl an potentiellen Mitgliedern zu erhalten, kann kein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses sein. Ansonsten könnten die Mitgliedstaaten die Grundfreiheiten unter Berufung auf die Tarifautonomie leer laufen lassen. Dem steht der »effet utile«-Grundsatz entgegen²⁰⁰.

Ein gespaltener Arbeitsmarkt entsteht aber ohnehin nicht²⁰¹. Die ausländischen Arbeitnehmer erhalten im Falle der vorübergehenden Entsendung gerade keinen Zutritt zum nationalen Arbeitsmarkt. Das hat der EuGH in den Urteilen »Rush Portuguesa« und »Vander Elst« festgestellt, ohne Raum für Interpretation zu lassen.

cc) Schutz der Bauindustrie

Auf den Schutz der Bauindustrie ist dies nicht übertragbar. Angesichts der bereits seit geraumer Zeit erkannten Notwendigkeit, Lohnstückkosten zu senken, ohne daß dies zu einem wesentlichen Schritt in diese Richtung geführt hätte, kann nicht behauptet werden, der Wettbewerbsdruck sei so hoch, daß der Bausektor unvorbereitet von dem Verlust der Marktanteile deutscher Arbeitnehmer getroffen worden sei. Die Bauindustrie ist auch kein überlebensnotwendiger Sektor der nationalen Ökonomie, zumal die Marktanteilsverluste eben gerade nicht in erster Linie qualifiziertes Personal treffen. Daher kann der Erhalt eines angemessenen Anteils deutscher Arbeitnehmer auf dem deutschen Bauarbeitsmarkt kein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses sein.

198 BVerfG 10. 1. 1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 – BVerfGE 92, 26, 42 f. Vgl. für das Parallelproblem auf deutschen Binnenschiffen: Rieble, Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer auf deutschen Binnenschiffen, in: Riedel/Wiese (Hrsg.), Probleme des Binnenschiffahrtsrechts IX – Vorträge der Neunten Mannheimer Tagung für Binnenschiffahrtsrecht (2000), S. 59.

199 MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 115 ff.; Scholz, SAE 2000, 266, 267 ff.; Selmayr, ZfA 1996, 615, 653 f.; a. A. BVerfG (Kammer!) 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00 – SAE 2000, 265 f. – ohne Bindungswirkung; ArbG Berlin 10. 8. 2000 – 52 Ca 4049/00 – nicht rechtskräftig, NZA-RR 2000, 651.

200 EuGH 6. 10. 1970 – C-90/70 – »Grad« Rn. 5 Slg. 1970, 825, 838; EuGH 12. 7. 1973 – C-70/72 – »Kommission ./ Deutschland« Rn. 13 Slg. 1973, 813, 829; EuGH 4. 12. 1974 – C-41/74 – »Van Duyn« Rn. 12 Slg. 1974, 1337, 1348.

201 Fritzsche (s. o. Fn. 31), S. 105 f.

dd) Bekämpfung von »Sozialdumping« resp. Wettbewerbsverzerrungen
Gleiches gilt für die Bekämpfung von »Sozialdumping«. Offensichtlich ist mit Sozialdumping kein Dumping i. S. d. EG-Wettbewerbsrechts gemeint²⁰². Die jüngst in einem Verfahren zu belgischen Mindestlöhnen nach einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag von Generalanwalt *Alber* geäußerte Ansicht, die Verhinderung von Lohn-differenzen und damit Wettbewerbsverzerrungen sei ein Rechtsgut, das nach der Rechtsprechung des EuGH als zwingender Grund des Allgemeininteresses grundsätzlich anerkannt sei, ist irrig²⁰³. Der EuGH erwähnt diesen Rechtfertigungsgrund in dem »Mazzoleni«-Urteil nicht einmal²⁰⁴. Daraus könnte logisch sowohl geschlossen werden, daß der EuGH diesen Grund nicht ausdrücklich ausschließen wollte als auch daß er ihn für nicht erwähnenswert hält. Nimmt man hinzu, daß der EuGH aus Haushaltsgründen gehalten ist, Urteile knapp zu fassen²⁰⁵, und vergleicht man weiterhin andere Schlußanträge mit den entsprechenden Urteilen, so spricht vieles dafür, daß der EuGH die Herstellung eines »fairen Wettbewerbs« zumindest im Zusammenhang mit Mindestlöhnen im Bausektor nicht ernsthaft als Rechtfertigungsgrund in Betracht zieht. Andererseits ist die Bekämpfung von echten Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsverfälschungen ein legitimes Ziel, das einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann. Insofern das AEntG diesem Ziel dienlich ist, muß dies bei der Abwägung gegen die Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden (unten 6 c).

ee) Arbeitnehmerschutz

Als rechtfertigendes Allgemeininteresse bliebe somit nur noch der Arbeitnehmerschutz, d. h. die Verbesserung der Arbeitsbedingungen. Dabei geht es für die deutschen Arbeitnehmer um den Erhalt ihrer Arbeitsbedingungen und für die ausländischen um eine Verbesserung. Zwar erfolgte schon früh die grundsätzliche Anerkennung solcher Ziele als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls durch den EuGH – ob das AEntG diesen Zielen dient, ist jedoch fraglich. Weder der Gesetzgeber noch die das AEntG verteidigende Literatur erwähnen den Schutz der entsandten Arbeitneh-

202 Dumping bezeichnet wie in Art. VI Abs. 1 GATT das Angebot unter Gestehungskosten: *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370.

203 Vgl. GA *Alber* 29.9.1999 – C-165/98 – »Mazzoleni« Rn. 32; das dort als Beleg zitierte Urteil EuGH 25.7.1991 – C-353/89 – »Kommission ./Niederlande« Rn. 17f. Slg. 1991 I-4069, 4093, trägt diese Aussage nicht. Zwar werden in der Rn. 18 beispielhaft bereits anerkannte zwingende Allgemeinerfordernisse aufgezählt, der Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen jedoch gerade nicht. Vielmehr heißt es in Rn. 35, »ob ein Mitgliedstaat bestimmte Dienstleistungen dem freien Wettbewerb entziehen kann, hängt davon ab, ob die Beschränkungen ... durch die oben genannten Gründe des Allgemeininteresses (Rn. 17f.) gerechtfertigt sein können«, was der EuGH sogleich verneint.

204 EuGH 15.3.2001 – C-165/98 – »Mazzoleni« Slg. 2001, I-2189 = NZA 2001, 554 ff.

205 GA *Alber*, RdA 2001, Sonderbeilage zu Heft 5/2001, 23–39.

mer²⁰⁶. Allerdings beruht die Entsenderichtlinie nach Vorstellung des Europäischen Parlaments hauptsächlich darauf, die entsandten Arbeitnehmer schützen zu wollen²⁰⁷. Wie abwegig dies ist, zeigt sich schon daran, daß die Vertreter der Mitgliedstaaten, aus denen die meisten entsandten Arbeitnehmer stammen, sich im Rat gegen die Richtlinie ausgesprochen haben (oben bei Fn. 45).

Eine Berufung darauf wäre auch zynisch, da das AEntG zwar für die wenigen Arbeitnehmer, die noch entsandt werden, eine Verbesserung bringt, für die übrigen jedoch den Sturz in die Arbeitslosigkeit bedeutet²⁰⁸. Das Amtsgericht Tauberbischofsheim hat die Vorlagefrage dementsprechend formuliert. Es nimmt für sich in Anspruch, den Zweck des AEntG zu bestimmen, und fragt, ob auch in dem Schutz der nationalen Bauwirtschaft und im Abbau der nationalen Arbeitslosigkeit ein zwingendes Allgemeininteresse liegen kann²⁰⁹. Damit gerät die Frage jedoch in die Nähe der Einholung eines abstrakten Rechtsgutachtens. Ein solches kann nur von den obersten Gemeinschaftsorganen angefordert werden. Generalanwalt *Mischo* ging darauf nicht näher ein und verwies in seinen Schlußanträgen zu diesem Verfahren auf seine Schlußanträge im Verfahren »Finalarte«. Seinem dort näher erläuterten Standpunkt nach ist es Sache der Mitgliedstaaten, das Niveau des sozialen Schutzes ihrer Arbeitnehmer festzulegen. Lasse sich dieses Niveau aufgrund des europäischen Wettbewerbs nicht halten, dürfe der Wettbewerb auch entsprechend beschränkt werden²¹⁰. Der EuGH folgte dem im Ergebnis, begründete es jedoch anders. Im Wege der Fiktion hat der EuGH der nationalen Mindestlohnbestimmung das Prädikat des Arbeitnehmerschutzes verliehen, und zwar gerade zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer.

206 Zweifelhaft mit Blick auf den Vorzug der objektiven Zielbestimmung ist die Argumentation, daraus könne gefolgert werden, der Schutz der entsandten Arbeitnehmer könne nicht Ziel des AEntG sein, so aber: *Nettekoven* (s. o. Fn. 31), S. 128; *Theelen* (s. o. Fn. 31), S. 131; anders neuerdings *Bieback*, RdA 2000, 207, 211, der zwar aus der Regelung selbst, den Materialien und dem konkreten Entstehungszusammenhang den Schutz des einheimischen Tarifniveaus sowie Schutz vor Lohnunterbietung als vorrangiges Regelungsziel erkennt, daneben jedoch die Existenzsicherung der ausländischen Arbeitnehmer als Funktion des AEntG zu erkennen glaubt. Noch weiter geht das ArbG Berlin, 10. 8. 2000 – 52 Ca 4049/00 – nicht rechtskräftig, NZA-RR 651, 652, welches sogar in § 1a AEntG maßgeblich den Zweck sieht, die Arbeitnehmer zu sichern, die auf ihr Entgelt als Lebensgrundlage angewiesen sind.

207 Verhandlung des EP, Sitzung am 17. 12. 1996.

208 *Krebber*, JbJZ 1997, 129, 150 ff.

209 AmtsG Tauberbischofsheim 13. 4. 1999 – Owi 24 Js 2812/98 Ak 48/98 – NStZ 1999, 343. *Koenigs*, DB 2002, 431, sieht diese Frage durch das »Portugaia«-Urteil des EuGH als nicht beantwortet an und empfiehlt eine erneute Vorlage.

210 GA *Mischo* 3. 5. 2001 – »Portugaia Construcoes« – Rn. 44; *ders.* »Finalarte« (Fn. 87), Rn. 82–107.

Nur das Ziel, deutsche Bauarbeiter vor einer Verdrängung durch ausländische zu schützen, könnte als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses das AEntG rechtfertigen²¹¹ und ist daher in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen.

In den bisherigen Entscheidungen zu nationalen Regelungen, welche die Entsendefreiheit einschränkten, stellte der EuGH in der »Seco-Formel« fest, daß es »das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften (über Mindestlöhne) oder über die hierüber von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist; ebenso wenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht, die Einhaltung dieser Regeln mit geeigneten Mitteln durchzusetzen«²¹².

Darin wird teilweise ohne weitere Abwägung eine Rechtfertigung für die Beschränkungen durch das AEntG gesehen²¹³. Dagegen wird eingewandt, es handle sich bei der Feststellung lediglich um ein obiter dictum. Dies ist zutreffend und mag auch als Indiz für eine geringe Bedeutung dieser Feststellung für die zukünftige Rechtsprechung herangezogen werden. Eine Bindungswirkung besteht aber ohnehin nicht, da der EuGH nicht nach *res indicata* entscheidet²¹⁴.

Der entscheidende Punkt ist, daß der EuGH diese Formulierung als Ausgangspunkt verwendet, um in eine Abwägung einzutreten. Die Passage gibt also keine feststehende Antwort auf die Frage der Rechtfertigung, sondern wirft die weitere Frage auf, unter welchen Voraussetzungen Regelungen der genannten Art konkret zulässig sind; immerhin hatte keine der nationalen Regelungen in den genannten Fällen vor dem EuGH Bestand. Das obengenannte Mißverständnis dürfte der EuGH jüngst ausgeräumt haben: Im Urteil »Arblade und Leloup« stellt der EuGH klar, daß der »soziale Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes (...) ein zwingender Grund sein kann«²¹⁵. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmerschutz mit dem Gemeinschaftsziel, einen freien Binnen-

211 MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 122.

212 EuGH 3. 2. 1982 – C-62 und 63/81 – »Seco« Rn. 14 Slg. 1982, 223, 236; EuGH 9. 8. 1984 – C-43/93 – »Vander Elst« Rn. 23 Slg. 1994 I-3803, 3826; EuGH 27. 3. 1990 – C-113/90 – »Rush Portuguesa« Rn. 18 Slg. 1990, I-1417, 1445.

213 Däubler, DB 1995, 726, 727; vgl. GA Alber 29. 9. 1999 – C-165/98 – »Guillaume«: lt. Rn. 19 vertritt die Kommission »unter Hinweis auf die Urteile des Gerichtshofes Rush Portuguesa und Vander Elst den (irrigen) Standpunkt, Mindestlohnvorschriften seien schon nicht als Beschränkungen zu betrachten«.

214 Kriebler, JbJZ 1997, 129, 149 f. Mittlerweile ist diese Formel aber als Erwägungsgrund Nr. 12 in der RL 96/71/EWG-Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. 12. 1996, ABl. EG 1996, Nr. L 18 vom 21. 1. 1997, S. 1, zum Bestandteil des Sekundärrechts geworden.

215 EuGH 23. 11. 1999 – C-369 und 376/96 – »Arblade und Leloup« Rn. 37 und 51 Slg. 1999, I-8453.

markt zu schaffen, im Wege der praktischen Konkordanz in einen schonenden Ausgleich gebracht werden kann.

d) Überschießende Belastung durch die Nettolohnhaftung

Selbst wenn aber der Arbeitnehmerschutz zwingender Grund des Allgemeininteresses wäre, so führte das zunächst nur zur Rechtfertigung des § 1 AEntG. Dies ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für eine Rechtfertigung des § 1a AEntG. Die weitergehende Beschränkung durch die Implementierungsnorm § 1a AEntG setzt voraus, daß gerade auch deren Vollzugs-Ziel von dem zwingenden Allgemeininteresse gedeckt ist. Maßnahmen zur Steigerung der Effektivität des AEntG stellen eine weitergehende Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, die einen erhöhten Rechtfertigungsbedarf auslöst²¹⁶. Darauf bezieht sich der zweite Halbsatz der »Seco«-Formel, wonach es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, die »Einhaltung dieser Regeln mit geeigneten Mitteln durchzusetzen«²¹⁷. § 1a AEntG zielt darauf ab, eine effektive Anwendung des § 1 AEntG sicherzustellen. Die Nettolohnhaftung muß sich damit wie andere Durchsetzungsmittel im Rahmen der »Seco«-Formel halten.

Berücksichtigt werden muß aber auch, warum der Gesetzgeber gerade das Instrument der verschuldensunabhängigen Haftung des Generalunternehmers gewählt hat. Alternative hierzu ist eine behördliche Kontrolle der Einhaltung des AEntG. Schon die Überwachung durch die Hauptzollämter vor der Novellierung scheiterte an mangelnder personeller und sächlicher Ausstattung²¹⁸. Die Generalunternehmerhaftung hingegen verursacht für den Staat keine Kosten und dient mithin der Entlastung des Staatshaushaltes. § 1a AEntG steht somit in einer Linie mit anderen Normen, die im Zuge der Deregulierung die Kontrolle der Einhaltung materiellen Rechts Privaten aufbürden²¹⁹. Deregulierungsbemühungen mögen zwar wünschenswert sein, dennoch

216 von Danwitz, RdA 1999, 322 (323).

217 EuGH 3. 2. 1982 – C-62 und 63/81 – »Seco« Rn. 14 Slg. 1982, 223, 236; EuGH 9. 8. 1984 – C-43/93 – »Vander Elst« Rn. 23 Slg. 1994 I-3803, 3826; EuGH 27. 3. 1990 – C-113/90 – »Rush Portuguesa« Rn. 18 Slg. 1990, I-1417, 1445.

218 Blanke, ArbuR 1999, 417, 419; Zentralverband der deutschen Bauwirtschaft, Geschäftsbericht 2000, S. 28.

219 § 50a Abs. 7 EStG bürdete dem Generalunternehmer eine verschuldensunabhängige Haftung für die Steuerschulden der ausländischen Subunternehmer auf, falls er nicht von der Vergütung 25 % einbehält und an die Finanzbehörden abführte. Wegen der ausdrücklichen Anknüpfung an den ausländischen Sitz/Wohnsitz des Steuerschuldners ist § 50a Abs. 7 EStG mittlerweile wegen der Unvereinbarkeit mit dem EG-Vertrag durch Art. 1 Nr. 38 des Gesetzes zur Bereinigung von steuerlichen Vorschriften (Steuerbereinigungsgesetz 1999 – StBereinG 1999) vom 22. 12. 1999 rückwirkend aufgehoben worden (BGBl. 1999 I S. 2601, 2606). Allgemein zur zivilrechtlichen Haftung von Privaten als Steuerungsinstrument: Engel, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln, JZ 1995, 213 ff. Vgl. weiter § 55 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 LBO Baden-Württemberg; § 82 AuslG.

geht es dabei im Kern um eine Entlastung des Staatshaushaltes und damit gerade nicht um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses.

Ein solcher bestünde nur, wenn die Nettolohnhaftung des Generalunternehmers ihrerseits den Schutz der Arbeitnehmer über das Niveau hinaus verbessert, welches durch den Mindestlohn erreicht wird²²⁰. Die Nettolohnhaftung verschafft dem Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit einen weiteren Lohnschuldner (oben A II). Im Insolvenzfall greift aber ohnehin bei inländischen Arbeitnehmern die Auftraggeberhaftung nach § 183 ff. SGB III. Die Gewährung von Insolvenzgeld ist auf die Dauer von drei Monaten beschränkt. Soweit es daher um Lohnschulden außerhalb des durch §§ 183 ff. SGB III gesicherten Rahmens geht, kann man von einer für den einzelnen Arbeitnehmer vorteilhaften Regelung sprechen²²¹. Der Einwand, der Gesetzgeber habe eine solche Verbesserung nicht beabsichtigt, ist in der Sache zutreffend. Doch kommt es für die Ermittlung der Normziele nicht auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers an, sondern auf eine objektive Betrachtungsweise²²².

3. Zwischenergebnis

Daraus ergibt sich, daß die Bekämpfung von »Wettbewerbsverfälschungen« und der Arbeitnehmerschutz – nach Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung – zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses sein können und damit in die Abwägung zur Rechtfertigung des § 1a AEntG eingestellt werden müssen. Zuvor sind aber die Negativvoraussetzungen der »Van Wesemael/Webb«-Formel zu prüfen.

Ungeachtet des nach wie vor ungeklärten Verhältnisses nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sozialpolitik zu einem freien europäischen Binnenmarkt für materielle Arbeitsbedingungen, welcher sich aus den Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit ergibt und seinerseits erst noch an Konturen gewinnt, hat der EuGH zu einer einheitlichen Linie gefunden. Dies gibt der EuGH zu verstehen, wenn er die Rn. 28 bis 33 des »Finalarte«-Urteils zu den insoweit maßgeblichen Grundsätzen erklärt. Diese Urteils Passage soll zusammen mit den Rn. 22–30 des »Mazzoleni«-Urteils²²³ eine ständige Rechtsprechung darstellen, die es dem EuGH ermöglicht, textbausteinartig eine Beschränkung des Art. 39 EGV festzustellen, die aber trotz der hohen Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich aus Gründen

220 Vgl. zu dem Urlaubskassenverfahren, welches der Sicherung der Urlaubsansprüche dient, die Ausführungen des GA *Mischo* 13. 7. 2000 »Finalarte« (Fn. 69), Rn. 105 f.

221 Obwohl die RL 80/987 (Richtlinie des Rates vom 20. 10. 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers [80/987/EWG], ABl. L 283 v. 28. 10. 1980, S. 23) auf Art. 100 EG beruht, darf ein Mitgliedstaat von dem Mindestniveau zugunsten der Arbeitnehmer abweichen. Dies ergibt sich schon aus Art. 3 und 4 der Richtlinie, jedenfalls aber aus Art. 9 der Richtlinie.

222 EuGH »Finalarte« (Fn. 87), Rn. 42.

223 EuGH »Mazzoleni« (Fn. 162).

des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein soll. Die nachfolgende Verhältnismäßigkeitsprüfung wägt zwar die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit gegen die Verbesserung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer ab, dient aber nur noch der einzel-fallbezogenen Ergebniskorrektur.

Dabei möchte der EuGH die Mindestlohnbestimmungen nicht als protektionistische Maßnahmen ansehen. Ungeachtet der vorgebrachten Kritik soll davon ausgegangen werden, daß Mindestbedingungen gerade auch die Stellung der entsandten Arbeitnehmer verbessern. Argumentativ gelingt dem EuGH dies, indem er ausreichen läßt, daß die Mindestbedingungen »potentielle Vorteile«²²⁴ verschaffen. Dahinter verbirgt sich die Weichenstellung, daß die Nachteile der ausländischen Arbeitnehmer durch Marktzutrittserschwerung ausgeblendet werden sollen. Der Vergleich der ernsthaften Abwägung von Arbeitsplatzchance (»Ob«) gegen Arbeitsbedingungen (»Wie«) mit der Unvergleichbarkeit von »Äpfeln und Birnen« ist damit auf europäischer Ebene angekommen. Auf nationaler Ebene hingegen zeigt die heftige Kritik an diesem Vergleich Wirkung²²⁵. Verfestigt sich diese Rechtsprechung, so wird die Ausblendung der Marktzutrittsverhinderung früher oder später zu Friktionen führen. Um dies trotzdem noch mit materieller Gerechtigkeit in Einklang bringen zu können, droht ein Ausweichen des EuGH auf die übrigen Prüfungspunkte der »Webb-van Wesemael«-Formel. Die Überfrachtung dieser Kriterien und die dogmatischen Unstimmigkeiten mag der Rechtsanwender hinnehmen können, die hiermit verbundene Rechtsunsicherheit hingegen nicht.

4. Verbot der Doppelbelastung

Einer Abwägung bedarf es nicht mehr, wenn die Nettolohnhaftung bereits gegen das Doppelbelastungsverbot verstößt. Dies ist der Fall, wenn dem zwingenden Allgemeininteresse bereits durch Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten Rechnung getragen worden ist, in dem der Dienstleistungserbringer ansässig ist²²⁶. Speziell für die Arbeitnehmerentsendung hat der EuGH in der »Arblade und Leloup«-Entscheidung dies dahingehend präzisiert, daß ein zwingender Grund des Allgemeininteresses eine Beschränkung nicht rechtfertigen kann, »wenn die Arbeitnehmer, die vorübergehend im Aufnahmemitgliedstaat Arbeiten ausführen, aufgrund der Verpflichtungen, denen der Arbeitgeber bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt, den gleichen

224 EuGH »Finalarte« (Fn. 87), Rn. 42.

225 Vgl. nur *Dieterich*, DB 2001, 2398 ff.

226 EuGH 17. 12. 1981 – C-279/80 – »Webb« Rn. 17 Slg. 1981, 3305, 3324; EuGH 26. 2. 1991 – C-180/89 – »Kommission ./ Italien« Rn. 17 Slg. 1991 I-709, 723; EuGH 26. 2. 1991 – C-198/89 – »Kommission ./ Griechenland« Rn. 18 Slg. 1991 I-727, 740; EuGH 25. 7. 1991 – C-76/90 – »Säger« Rn. 15 Slg. 1991 I-4221, 4244; EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93 – »Vander Elst« Rn. 16 Slg. 1994 I-3803, 3824; EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 – »Guiot« Rn. 11 und insb. 17, Slg. 1996 I-1905, 1920, 1922.

oder einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen«²²⁷. Die »Mazzoleni«-Entscheidung belegt die Bedeutung des Doppelbelastungsverbot und stellt einen ersten Anwendungsfall des vom EuGH eingeschlagenen Weges dar, mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung nurmehr ein Mindestmaß an Dienstleistungsfreiheit zu sichern. So hielt der EuGH die Anwendung der belgischen Entsenderegelung für unverhältnismäßig, sofern die damit verbundenen Belastungen auch dann fällig werden, wenn die Arbeitnehmer nur kurzfristig die Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten überqueren, wie es bei Wachdienstleistenden in Grenzgebieten der Fall ist²²⁸.

Der Zweck des Doppelbelastungsverbot besteht darin, auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit dem Vorrang des Herkunftslandprinzips vor dem Verbraucherlandprinzip Rechnung zu tragen. Wenn die Erbringung einer Dienstleistung in einem Staat den Vorschriften entspricht, so darf sie nicht im Verbraucherland Vorschriften unterworfen werden, die denselben Zwecken dienen wie die Vorschriften, die im Herkunftsland erfüllt sind²²⁹. Die hohe Bedeutung des Doppelbelastungsverbot resultiert daraus, daß es zur gegenseitigen Anerkennung von Genehmigungen führt und somit ein milderer Angleichungsmittel im Vergleich zu Harmonisierungsverordnungen und -richtlinien darstellt²³⁰.

Dem Schutz der deutschen Bauindustrie oder die Bekämpfung von »Wettbewerbsverzerrungen« auf dem deutschen Arbeitsmarkt kann durch Vorschriften im Ausland von vornherein keine Rechnung getragen werden. Sinnhaft ist diese Voraussetzung nur mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz, und zwar den Schutz der ausländischen Arbeitnehmer und nicht den der deutschen vor Arbeitslosigkeit. Eine der Nettolohnhaftung des Auftraggebers nach § 1a AEntG vergleichbare Regelung existiert in anderen Ländern nicht, zumindest nicht in den Ländern, deren Staatsangehörige hauptsächlich in Deutschland tätig sind²³¹, weswegen eine Doppelbelastung nicht vorzuliegen scheint. Die anderen Länder sind sogar an einer effektiven Regelung dieser Haftung rechtlich gehindert: Zwar ist auf das Verhältnis zwischen ausländischem Subunternehmer und seinem Arbeitnehmer weiterhin das Recht des Herkunftslandes anwendbar, soweit das AEntG nicht die Geltung deutscher Rechtsvorschriften postuliert. Die Nettolohnhaftung betrifft jedoch das Verhältnis von Subunternehmer und Auftraggeber. Da das zu erstellende Bauwerk in Deutschland liegt, ist hier regelmäßig qua Rechtswahl deutsches Recht maßgeblich, Art. 27 EGBGB. Eine der Nettolohnhaftung vergleichbare Regelung der Herkunftsländer eines Auftragnehmers fände also nur dann

227 EuGH 23. 11. 1999 – C-376/96 – »Arblade und Leloup« Rn. 51 Slg. 1999 I-8433, 8476; GA *Mischo* 3. 5. 2001 – C-164/99 – »Portugaia Construcoes« Rn. 60.

228 EuGH 15. 3. 2001 – C-165/98 – »Mazzoleni« (Fn. 162).

229 Zur fundamentalen Bedeutung dieses Prinzips: EuGH 17. 12. 1981 – C-279/80 – »Webb« Rn. 20 Slg. 1981, 3305, 3326; *Behrens*, EuR 1992, 145, 156 f.; *Steindorff*, ZHR 1986, 687, 698.

230 Vgl. *Borgmann* (s. o. Fn. 31).

231 Die Bürgenhaftung nach § 7c öst. AVRAG ist eine der wenigen Ausnahmen, o. Fn. 49.

Anwendung, wenn die Beteiligten ausdrücklich die Geltung dieser Rechtsordnung im Rahmen einer ordnungsgemäßen Rechtswahl festlegten. Demnach bliebe das Doppelbelastungsverbot als Schranken-Schranke nur ein minimaler Anwendungsbereich. Für das Doppelbelastungsverbot kommt es nicht darauf an, ob den Arbeitnehmern durch die anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen der deutsche Generalunternehmer oder Auftraggeber als zusätzlichen Lohnschuldner zur Verfügung gestellt wird. Gerade weil eine solche Regelung den Mitgliedstaaten nicht möglich ist, gebietet schon der »effet utile«-Grundsatz, die Schranken-Schranke anders auszulegen. Hilfreich ist dabei eine Rückbesinnung auf die Herkunft des Doppelbelastungsverbots aus der Warenverkehrsfreiheit. Auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit wurde das Doppelbelastungsverbot hauptsächlich auf nationale Vorschriften angewandt, die Gebühren erhoben oder Genehmigungserfordernisse aufstellten²³². Auch Arbeitgeberbeiträge fallen in der neueren Rechtsprechung des EuGH unter das Doppelbelastungsverbot²³³. Entsprechendes gilt für § 1 i. V. m. § 1a AEntG: Die Zwangslohnaufschläge gemäß § 1 AEntG sollen vergleichbar mit Gebühren prohibitiv wirken. Auch Sicherheitsleistungen zur Sicherung von Lohnforderungen führen zu einem Verstoß gegen das Doppelbelastungsverbot, wenn die Arbeitnehmer in ihrem Heimatstaat über vergleichbaren Schutz verfügen²³⁴. Dem entsendenden Arbeitgeber dürfen mithin keine Entgelt- oder Urlaubsverpflichtungen auferlegt werden, die zu seinen bestehenden Verpflichtungen aus dem Heimatland additiv und nicht aufsaugend hinzutreten²³⁵. Geboten ist also eine Anrechnung.

Erfasst der tarifliche Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 AEntG auch den nach § 2 Abs. 3 des Baugewerbetarifvertrages zu zahlenden 5,9 %-igen Bauzuschlag²³⁶, ist das ein Verstoß gegen das Doppelbelastungsverbot. Da der Lohnanspruch portugiesischer Bauarbeiter während der gesetzlichen Schlechtwetterzeit nicht entfällt, stellt der zum Ausgleich dienende Bauzuschlag (= 0,5 % des Mindestlohns) insoweit eine Doppelbelastung dar. Gleiches gilt auch für den Teil des Bauzuschlages, der dazu dient, die Belastungen durch ständigen Wechsel der Baustelle auszugleichen. Der Rest des Bauzuschlages (= 2,9 % des Mindestlohnes) dient zum Ausgleich widriger Witterung außerhalb der gesetzlichen Schlechtwetterzeit. Insofern ist etwa für portugiesische Arbeitnehmer davon auszugehen, daß schon wegen der unterschiedlichen klimatischen Verhältnisse ein solcher Zuschlag im portugiesischen Recht zwar keine Entsprechung findet, dort andererseits auch nicht erforderlich ist.

232 EuGH 17.12.1981 – C-279/80 – »Webb« Rn. 20 Slg. 1981, 3305, 3326.

233 EuGH 28.3.1996 – C-272/94 – »Guiot« Rn. 17 Slg. 1996 I-1905, 1922.

234 GA *Alber* 4.10.2001 – C-279/00 – »Kommission ./ Italien: Zeitarbeitsvermittlung« Rn. 39 ff.

235 EuGH 23.11.1999 – C-368, 376/96 – »Arblade und Leloup« Rn. 50 Slg. 1999 I-8453; GA *Mischo* 13.7.2000 »Finalarte« (Fn. 69), Rn. 67 ff.

236 Vortrag der Firma Portugaia Construcoes laut GA *Mischo* 3.5.2001 (Fn. 86).

Ein Verstoß gegen das Doppelbelastungsverbot liegt darin nur dann nicht, wenn die Bauzulage zwar historisch aus funktionsgebundenen Zulagen entstanden und mittlerweile fester Lohnbestandteil geworden ist, was zur Folge hätte, daß sie von § 1 AEntG erfaßt würde²³⁷. Verfahrensmäßig sind diese Fragen aber streng zu trennen. Letzteres hat das vorlegende Gericht festzustellen, da der EuGH im Vorlageverfahren nur die Auslegung von Gemeinschaftsrecht prüft. Die Prüfung des Doppelbelastungsverbotes fällt hingegen in die Kompetenz des EuGH.

Nicht nur hinsichtlich der gesicherten Lohnforderung, sondern auch hinsichtlich der Durchsetzbarkeit besteht ein vergleichbarer Schutz. Ausländische Bauarbeitnehmer können ihre Mindestlöhne effektiv durchsetzen²³⁸: Auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Bauarbeitern und ihren Arbeitgebern, also den Subunternehmern, ist entgegen Art. 30 EGBGB gemäß § 1 Abs. 3a Satz 3 AEntG der nach § 1 Abs. 3a Satz 1 und 2 AEntG durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag²³⁹ zwingend anwendbar²⁴⁰, ohne daß es auf Art. 34 EGBGB ankäme. Der Gerichtsstand bestimmt sich nach § 8 AEntG, welcher Art. 6 der EntsendeRL umsetzt und damit einen zusätzlichen Wahlgerichtsstand im Zielstaat der Entsendung begründet. Nach Art. 2 und 5 EuGVÜ besteht die Möglichkeit, den Arbeitgeber am Ort seines Wohnsitzes/Sitzes zu verklagen. Außerdem kann sich der Arbeitnehmer an die Gerichte des gewöhnlichen Arbeitsortes wenden. Fehlt ein solcher, tritt an dessen Stelle der Einstellungsort. Die am 1.3.2002 in Kraft getretene EuGV-VO²⁴¹ läßt Art. 6 EntsendeRL unberührt, Art. 67 EuGV-VO. Ansonsten übernimmt die EuGV-VO die Regelung des EuGVÜ und ergänzt diese insofern, als eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung eines Arbeitgebers, der keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat, als dessen Wohnsitz gilt, Art. 18 Abs. 2 EuGV-VO. Daher kann z. B. ein entsandter portugiesischer Arbeitnehmer nach seiner Rückkehr seinen

237 Deutsche Bundesregierung, Antwort auf die schriftliche Anfrage des Gerichtshofes im Verfahren lt. GA *Mischo* »Portugaia« (Fn. 86), Rn. 52 f.

238 Vgl. *Krebber*, JbJZ 1997, 129, 152.

239 Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 26.5.1999 (= 2. Mindestlohtarifvertrag) i. V. m. Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 25.8.1999, BGBl. I S. 1894 (BauArbbV I); Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 2.6.2000 (= 3. Mindestlohtarifvertrag) i. V. m. Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 17.8.2000, BGBl. 2000 I S. 1290 (BauArbbV II); näher dazu: MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 110 f.

240 MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268 Rn. 109.

241 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) vom 27.9.1968, sog. Brüsseler Abkommen, BGBl. 1972 II S. 773, wird ab dem 1.3.2002 durch die VO EG/44/2001, Abl. EG 16.1.2001 Nr. L 12, ersetzt. Dazu: *Micklitz/Rott*, EuZW, 2001, 325 ff.; ausführlich zur Zuständigkeit nach Art. 6 EntsendeRL und dem EuGVÜ: *Birk*, in: Wiesehügel/Sahl, Die Sozialkassen der Bauwirtschaft und die Entsendung innerhalb der EU, 1998, S. 111 ff.

Arbeitgeber, nämlich den portugiesischen Subunternehmer, in Portugal verklagen. Den Vorwurf, das portugiesische Rechtswesen sei nicht in der Lage, einem Kläger zu seinem Recht zu verhelfen, hat – soweit ersichtlich – noch niemand gewagt²⁴². Auch mit Blick auf die Insolvenz des portugiesischen Arbeitgebers ist der portugiesische Arbeitnehmer nicht schutzlos. Die Richtlinie 80/987/EWG ist in Portugal entweder bereits umgesetzt oder gilt unmittelbar. Dem AEntG fehlt es also nicht an der prozessualen Durchsetzbarkeit, und erst recht trifft das nicht auf das novellierte AEntG zu. Die entsandten Arbeitnehmer sind durch das bestehende Gerichts- und Vollstreckungswesen in ihren Heimatstaaten ausreichend geschützt und können ihre Mindestansprüche durchsetzen. Die Nettolohnhaftung des Generalunternehmers ist auch unter diesem Aspekt nicht zu rechtfertigen.

5. »Nichtdiskriminierung«

Die im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfende »Nichtdiskriminierung« ist von der Diskriminierung als Eingriffsform zu trennen, weil sie auch im Rahmen der Rechtfertigung einer Beschränkung durch unterschiedslos anwendbare Regelung zu prüfen ist. Begreift man die Prüfung der Eingriffsrechtfertigung nicht dreigestuft, sondern als gleitenden Maßstab, so ist der Grad der diskriminierenden Wirkung als Abwägungsfaktor in die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen (sogleich 6).

Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit sind Beschränkungen durch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen gemäß Art. 30 Satz 2 EGV analog auf eine verschleierte Diskriminierung zu untersuchen. Für die Dienstleistungsfreiheit gibt die »van Wesemael/Webb«-Formel den Prüfungsmaßstab vor: Die Regelung muß für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates tätigen Personen und Unternehmen gelten. Unterschiedslos wirkt eine Maßnahme auch, wenn willkürlich einige Inländer und Ausländer herausgegriffen werden und andere nicht. Eine solche unterschiedslose Willkür schließt die Rechtfertigung aus.

Der deutsche Gesetzgeber hat gezielt auf dieses Erfordernis reagiert: Durch den Bedingungszusammenhang nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG ist sichergestellt, daß ein ausländischer Dienstleister dann und nur dann vom Mindestlohnentarifvertrag erfaßt wird, wenn auch jeder inländische Arbeitgeber an ihn gebunden ist – also insbesondere keinen Tarifdispens durch Haustarifvertrag erhalten hat.

Bislang ungeklärt ist jedoch, ob dieses Willkürverbot zugleich ein Homogenitätsgebot ist. Dann wäre es dem Gesetzgeber verwehrt, eine besondere Branche heraus-

242 Zweifelhaft ist bereits die Behauptung, Gerichte im Entsendestaat unterließen die Anwendung materiellen Rechts des Empfangsstaates, da dies den Interessen des Entsendestaates zuwiderliefe (so aber: MünchArbR/Birk, § 23 Rn. 33 ff.; Däubler, in: Wiesehügel/Sahl, Sozialkassen, S. 106). Jedenfalls aber ist ausreichender Schutz bereits durch die Anwendung portugiesischen Rechts gewährleistet.

zugreifen, wenn das zugrunde liegende zwingende Erfordernis des Allgemeininteresses auch in anderen Branchen trägt. So ließe sich dem Gesetzgeber vorhalten, die Baubranche und die Seeschiffahrtsassistenten willkürlich ausgewählt zu haben²⁴³, während etwa die Landwirtschaft keine entsprechende Bestimmung kennt, obwohl gerade dort die Billiglohnkonkurrenz besonders stark ist. Gerichtliche Willkürkontrollen sind andererseits durch einen breiten gesetzgeberischen Spielraum gekennzeichnet, so daß die Anforderungen an den sachlichen Grund niedrig sind. Allerdings kann hier das subjektive Moment eine stärkere Rolle spielen. Ist der personelle Einfluß der IG BAU auf die Gesetzgebung deutlich größer als der anderer Industriegewerkschaften, so muß der davon ausgehende Schein durch den sachlichen Grund widerlegt werden.

6. Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist nur gewahrt, wenn das AEntG und seine Nettolohnhaftung geeignet, erforderlich und proportional sind.

a) Geeignetheit

Zweifelhaft ist von vornherein, ob die Nettolohnhaftung des Arbeitgebers geeignet ist, die Einhaltung der materiellen Bestimmungen des AEntG zu fördern. Zwar fördert § 1a AEntG ein eigenes Interesse des Generalunternehmers daran, daß die Subunternehmer ihren Arbeitnehmern die Mindestarbeitsbedingungen gewähren. Dem Generalunternehmer fehlt jedoch die effektive Möglichkeit, dies sicherzustellen²⁴⁴: Wie soll er die Lohnzahlungen des Subunternehmers an dessen Arbeitnehmer kontrollieren? Müßte der Generalunternehmer gar sämtliche Lohnabrechnungen einsehen und die Arbeit auf den Baustellen überwachen? Vollends abwegig ist diese Vorstellung für den bloßen gewerblichen Auftraggeber. Soll das Chemieunternehmen, das ein Fabrikgebäude schlüsselfertig bestellt, in die Baulohnabrechnung einsteigen? Mit dem Prinzip eigenverantwortlichen arbeitsteiligen Wirtschaftens – das dem Binnenmarkt zugrunde liegt – ist das nicht vereinbar.

Andererseits räumt der EuGH im Wege des »judicial self-restraint« dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Geeignetheit einen weiten Prognosespielraum ein. An der Eignung fehlt es nur, wenn die Norm offensichtlich nicht zur Förderung des Normziels beitragen kann. Es ist aber trotz berechtigter Zweifel nicht von vornherein ausgeschlossen, daß die strenge Haftung nach § 1a AEntG dazu führt, daß durch die Auswahl der Subunternehmer und durch die Aufteilung der Haftung im Innenverhältnis zwischen Generalunternehmer und Auftragnehmer die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen gefördert wird.

243 Vortrag der Firma *Portugaia Construcoes Ld lt*. Schlußanträgen des GA *Mischo*, 3.5.2001 »Portugaia« (Fn. 86), Rn. 29.

244 *Harbrecht*, BauR 1999, 1376, 1377; *Lütke*, wistra 2000, 85; *Meyer*, NZA 1999, 121, 128.

b) Erforderlichkeit

Die Haftungsregelung ist erforderlich, wenn es kein gleichermaßen wirksames, aber weniger einschränkendes Mittel gibt, um die Anwendung des AEntG sicherzustellen. Sofern der Zweck des § 1a AEntG ausschließlich in der Durchsetzung der materiellen Bestimmungen des AEntG zu sehen ist, käme ein Pauschalabzugsmodell, wie es dem früheren § 50a EStG zugrunde lag, als milderes Mittel in Betracht. Diesem Vorschlag im Rahmen einer »Kleinen Anfrage« von Abgeordneten der FDP-Fraktion und einer schriftlichen Frage des Abgeordneten *Strobl* hielt die Bundesregierung entgegen, das Pauschalabzugsmodell sei nicht übertragbar, da es einen einzelnen verwaltungsmäßig organisierten Gläubiger voraussetze, an den der Generalunternehmer den pauschal einbehaltenen Teil der Werklohnforderung abführen kann. Im Steuerrecht stünde ein solcher Gläubiger zur Verfügung, nämlich das Finanzamt, während Gläubiger der Lohnforderung eine Vielzahl von Arbeitnehmern sei²⁴⁵. Das ist mit Blick auf die Sozialkassen der Bauwirtschaft, die vielfach ähnliche Verfahren durchführen, sehr zweifelhaft. So ließe sich etwa – vergleichbar dem Pensions-Sicherungs-Verein – eine Umlage schaffen, die den (Mindest-)Lohnausfall der Bauarbeiter versichert. Die Sozialkassen und Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifparteien kompensieren in der Baubranche gerade den ständigen Wechsel der Arbeitgeber und könnten als einheitlicher Gläubiger fungieren.

Mit Recht spricht aber der EuGH dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit zu. Ob dieser Spielraum aus Sicht des EuGH überschritten ist, läßt sich nur unzulänglich prognostizieren.

c) Güterabwägung (Proportionalität)

aa) Mindestlohn

Die Rechtfertigung des Eingriffes in die Dienstleistungsfreiheit ist schließlich daran geknüpft, daß der zwingende Grund des Allgemeininteresses einer Abwägung gegen die Beeinträchtigung der entsprechenden Grundfreiheit standhalten muß²⁴⁶. Dabei ist wiederum den Mitgliedstaaten eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Bedeutung der nationalen Interessen einzuräumen, während das Gewicht der Gemeinschaftsinteressen allein der EuGH beurteilt²⁴⁷.

245 Deutscher Bundestag, Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Irmgard Schwaetzer, Rainer Funke, Rainer Brüderle, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drs. 14/1885 – Arbeitnehmerentendengesetz, Frage Nr. 4, Drs. 14/1885 nebst Antwort der Bundesregierung vom 15. 11. 1999, Drs. 14/2107; schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 4. 10. 1999 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, 8. 10. 1999, Fragen Nr. 35 und 36 (Strobl, Thomas [CDU/CSU]), Drs. 14/1777, S. 21 nebst Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Ulrike Mascher vom 29. 9. 1999, BT-Drs. 14/1777 S. 21 f. und Deutscher Bundestag, Kleine Anfrage vom 28. 10. 1999 zum AEntG, Frage Nr. 4, Drs. 14/1885.

246 EuGH 13. 12. 1979 – C-44/79 – »Hauer« Rn. 23 Slg. 1979, 3727, 3747; EuGH 22. 3. 1983 – C-42/82 – »Kommission././Frankreich« Rn. 54 Slg. 1983, 1013, 1047.

247 *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 129.

Mithin müssen Arbeitnehmerschutz und die Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen gegen die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit abgewogen werden. Das Gewicht der in Rede stehenden nationalen Interessen kann nicht sonderlich hoch bewertet werden, weil der Gesetzgeber in der zivilen Hochseeschifffahrt gerade jene Konkurrenzsituation hergestellt hat, die er im Bausektor bekämpft (oben S. 71). Umgekehrt ist die Dienstleistungsfreiheit ein zentrales Element der Wirtschaftsgemeinschaft²⁴⁸. So wie die Warenverkehrsfreiheit über die Lohnstückkosten auf dem Gütermarkt zu einem nach Einführung des Euros auch hinreichend transparenten Lohnwettbewerb der nationalen Arbeitsmärkte führt, so setzt die Dienstleistungsfreiheit mittelbar den Lohnwettbewerb voraus und damit auch den Unterbietungswettbewerb. Anders gewendet: Auch wenn der EG-Vertrag selbst keine Regelung des Arbeitsmarktes bereithält, sondern insofern die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten respektiert, was sich für das Arbeitsentgelt besonders an der Regelungssperre des Art. 137 Abs. 6 EGV zeigt, ist die Entscheidung für eine wettbewerbliche Ordnung des Güter- und Dienstleistungsmarktes eine Entscheidung auch für den Wettbewerb der Arbeitsbedingungen der Entsendestaaten. Daß Wirtschaftssubjekte wegen ungünstiger Arbeitsbedingungen, insbesondere zu hoher Arbeitskosten, aus dem Markt ausscheiden, ist diesem Leitbild immanent²⁴⁹.

Andererseits enthält der EG-Vertrag auch Anhaltspunkte für zulässige Marktbeschränkungen. Insbesondere die Wertung des Art. 96 EGV zeigt, daß zur Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen marktlenkende Eingriffe zulässig sind. Die Kompetenz dazu kommt allerdings den Gemeinschaftsorganen zu – und gerade nicht den Mitgliedstaaten²⁵⁰.

Es gibt aber keinen allgemeinen Grundsatz gleichen Lohns für gleiche Arbeit – weder innerstaatlich noch auf europarechtlicher Ebene²⁵¹. Somit läßt sich mit der Herstellung solcher Bedingungen auch unter dem Aspekt der Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen kaum der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen.

Daß dieser Wettbewerb im Sinne »sozialen Fortschritts« nur zum Anstieg der Löhne führen dürfe, daß also jede Form des Unterbietungswettbewerbs vom EG-Vertrag selbst verboten sei (»Einbahnstraßenargument«), wird zwar gelegentlich unter Berufung auf die Präambel des Vertrages (»stetige Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen«) und Art. 136 EGV (»Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingun-

248 EuGH 17. 12. 1981 – C-279/80 – »Webb« Rn. 17 Slg. 1981, 3305, 3325; EuGH 2. 2. 1989 – C-186/87 – »Cowan« Rn. 15 Slg. 1989 I-195, 220; EuGH 9. 7. 1997 – C-222/95 – »Parodi« Rn. 21 Slg. 1997 I-3899, 3922; EuGH 19. 1. 1999 – C-348/96 – »Calfa« Rn. 16 Slg. 1999 I-11, 16; *Schwarze/Holoubek*, Art. 49 Rn. 3.

249 *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 135. So nun auch ausdrücklich: BAG 21. 6. 2000 – 5 AZR 806/98 – ZIP 2000, 1680 mit Anm. *Glatzel*, AR-Blattei ES 800 Nr. 147, und *Thüsing*, EWiR § 242 BGB 4/2000, 953; vgl. BAG 29. 11. 2001 – 4 AZR 762/00 – (noch nicht veröffentlicht).

250 Auch dazu: *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 145.

251 MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 268 Rn. 122.

gen, um dadurch im Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen«) behauptet²⁵². Doch handelt es sich dabei nur um »weiche« Ziele und nicht um harte Eingriffsnormen. Wäre jenes ernst gemeint, müßte auch der Güterwettbewerb beschränkt werden können – etwa durch Einfuhrzölle oder Mindestpreise –, wenn nationale Unternehmen durch den mittelbaren Arbeitskostenwettbewerb gefährdet sind, eine abwegige Vorstellung. Art. 136 EGV überläßt die Angleichung des Lohnniveaus dem Markt und läßt damit auch die Korrektur »zu hoher« Löhne zu²⁵³. Der soziale Fortschritt soll durch die Marktwirtschaft und nicht gegen sie erreicht werden. Die Dienstleistungsfreiheit genießt nach dem EG-Vertrag hohen Rang und damit grundsätzlich Vorrang vor einer protektionistischen Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf ihre Kosten.

Dem steht nur das nationale Interesse am Erhalt möglichst vieler Arbeitsplätze in der Baubranche gegenüber. Wegen des Einschätzungsspielraumes der Mitgliedstaaten muß unbeachtet bleiben, daß das AEntG insofern irrational ist, als es eine Anpassung der deutschen Bauindustrie durch Marktabschottung verhindert und damit langfristig die Bauindustrie schwächt.

Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch protektionistische Marktabschottung steht gleichwohl auf einer schwachen Rechtfertigungsgrundlage. Das Ergebnis der Güterabwägung ist zur Eingriffsintensität ins Verhältnis zu setzen, welche auch von der Höhe des Mindestlohnes abhängt. Je höher der Mindestlohn ist, desto geringer werden die Kostenvorteile der ausländischen Dienstleistungserbringer, was zu einer um so stärkeren Beeinträchtigung der Entsendefreiheit führt. Zudem entfernt sich die Mindestlohnfestsetzung in dem Maße, in dem der Mindestlohn steigt, von dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und verkommt umso stärker zum reinen Protektionismus. Allerdings kann weder der EuGH noch ein anderes Organ der EG eine gemeinschaftsweit geltende Mindestlohnobergrenze festlegen. Wohl aber kann der EuGH aus der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit heraus feststellen, daß sich die Relation des Mindestlohnes in einem Mitgliedstaat zu dem marktüblichen Lohnniveau nicht mit dem Gemeinschaftsrecht verträgt. Insofern ist die aktuelle Mindestlohnhöhe in Deutschland schwer zu rechtfertigen.

Für die Verhältnismäßigkeit des § 1a AEntG folgt daraus, daß die Normen, deren effektiver Durchsetzung die Nettolohnhaftung dienen soll, selbst – wenn überhaupt – nur schwerlich mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. Immerhin stellt der EuGH in

252 So ArbG Bremen, Vorlagebeschluß 9.10.1990, wiedergegeben im Sitzungsbericht zur Entscheidung des EuGH 17.3.1993 – C-72, 73/91 – »Sloman Neptun« Slg. 1993, I-887, 891; Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Sozialstaat EG?, 1989, S. 35, 76 ff.; ders., EuZW 1997, 613, 616; Deinert, RdA 1996, 339, 349 – jeweils zu Art. 117 EGV, der Vorläuferbestimmung, die inhaltlich durch den Einbezug des Elfer-Abkommens zur Sozialpolitik modifiziert worden ist.

253 Wichmann, Dienstleistungsfreiheit, 1998, S. 135 f.; Franzen, DZWIR 1996, 89, 93 ebenfalls jeweils zu Art. 117 a. F.; klar Schwarze/Rebhahn, Art. 136 Rn. 9.

der Mazzoleni-Entscheidung²⁵⁴ klar, daß der administrative und wirtschaftliche Aufwand, den eine Entsenderegelung einem dienstleistenden Arbeitgeber auferlegt, nicht gerechtfertigt ist, wenn die Arbeitnehmer nur kurzfristig in den Aufnahmestaat gelangen und wenn die Arbeitsbedingungen dort nicht wesentlich schlechter sind. Dabei kann ein geringer Lohn auch durch steuerliche und sozialrechtliche Vorteile kompensiert werden. Bedenklich an dieser Entscheidung ist, daß der EuGH damit offenbar bei größeren Lohnunterschieden den Dienstleistenden die Kostenvorteile nehmen will und damit gerade ein Aufholen der ärmeren Mitgliedstaaten verhindert.

bb) Nettolohnhaftung

§ 1a AEntG ist schon für sich genommen eine unverhältnismäßige Regelung. Grundsätzlich stehen den Arbeitnehmern ausreichend effektive Möglichkeiten zur Verfügung, ihren Lohn beim Vertragsarbeitgeber geltend zu machen. Der zusätzliche Gerichtsstand in Deutschland nach § 8 AEntG macht das auch prozessual effektiv. Zudem läßt die ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion es zweifelhaft erscheinen, ob eine Nettolohnhaftung als zusätzliche Prävention überhaupt erforderlich ist.

Die Inpflichtnahme der Bauauftraggeber als Überwachungshelfer des Staates steht in keinem Verhältnis zur dadurch möglicherweise erreichten Steigerung der Durchsetzung des AEntG. Während die Nettolohnhaftung einerseits eigenständig diskriminiert und damit den Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch das AEntG nochmals verschärft, steht dem kein wesentlicher Gewinn hinsichtlich der Effektivierung des AEntG gegenüber.

Allenfalls bei »Schein- und Tarnfirmen« führt die Nettolohnhaftung zu einer Verbesserung für die Arbeitnehmer. Die Verbesserung findet aber nur de iure statt, da entsandte Arbeitnehmer nach ihrer Rückkehr in ihren Heimatstaat in einem fremden Staat in fremder Sprache und nach einer fremden Rechtsordnung klagen müßten. Zudem müßten sie die Klage gegen einen Generalunternehmer oder Auftraggeber richten, mit dem sie in keiner vertraglichen Beziehung stehen und den sie womöglich nicht genau benennen können. Faktisch wird also § 1a AEntG den ausländischen Arbeitnehmern hauptsächlich schaden. Die Generalunternehmer werden versuchen, den Einsatz ausländischer Subunternehmer zu vermeiden (Bumerang-Effekt).

Milderes Mittel ist jedenfalls eine Ausfallbürgenhaftung, die den Arbeitnehmer verpflichtet, den Mindestlohn primär von seinem Vertragsarbeitgeber einzufordern. Allenfalls ein solches Ausfallrisiko rechtfertigt ein Sicherungsinstrument, das die Dienstleistungsfreiheit beschränkt²⁵⁵.

In der »Finalarte«-Entscheidung hat der EuGH auch ausführlich zu eigenständigen Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit durch Implementierungsnormen Stellung ge-

254 EuGH »Mazzoleni« (Fn. 162).

255 Vgl. GA Alber 4. 10. 2001 – C-279/00 – »Kommission ./ Italien: Zeitarbeitsvermittlung« Rn. 56 ff.

nommen. Die unterschiedliche verfahrensmäßige Behandlung deutscher Arbeitgeber im Vergleich zu Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten bei dem Sozialkassenabzugsverfahren gemäß den allgemeinverbindlichen Bundesrahmen- und Verfahrenstarifverträgen stellt letztlich eine solche Sicherungsnorm dar, weil sie dem Umstand Rechnung trägt, daß das deutsche Verfahren den ausländischen Arbeitgebern Mißbrauchsmöglichkeiten offen ließe, die deutschen Arbeitgebern versperrt sind. Der EuGH sah dies als gerechtfertigt an²⁵⁶. Allerdings bestehen gravierende Unterschiede zwischen der unterschiedlichen verfahrensmäßigen Behandlung im Sozialkassenabzugsverfahren einerseits und der Nettolohnhaftung andererseits. Ersteres hat nur eine geringe eigenständige Eingriffstiefe. Von keinem Verfahrensbeteiligten wurde auch nur vorgetragen, daß dies den Zutritt zum Dienstleistungsmarkt wesentlich erschwere – weil es Ausländer und Inländer auch faktisch in gleicher Weise trifft. Zu diesem tatbestandlichen Unterschied kam hinzu, daß anders der ordnungsgemäße Ablauf des Sozialkassenverfahrens nicht sicherzustellen war. Für die Nettolohnhaftung trifft dies nicht zu.

Zweitens hatte sich der EuGH in der Finalarte-Entscheidung mit Durchsetzungsnormen zu befassen, die aufwendige Auskunftspflichten nur für ausländische Arbeitgeber statuierten²⁵⁷. Dies hielt der EuGH für nicht gerechtfertigt; die Frage unterschied sich der Sache nach nicht wesentlich von der entsprechenden Vorlagefrage in den Rechtssachen »Arblade und Leloup«²⁵⁸.

Das heißt: Auch wenn man die Mindestlöhne des § 1 AEntG für mit dem EG-Vertrag vereinbar hält, so sind die mit der Nettolohnhaftung verbundenen zusätzlichen und eigenständigen Beschränkungen Anlaß für eine eigenständige Beanstandung. Gerade weil § 1 AEntG schon für sich genommen eine erhebliche Belastung der ausländischen Bauunternehmen und ihrer Beschäftigten bedeutet, ist diese »Vorbelastung« im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Nettolohnhaftung einzubeziehen. Die kumulierte Beschränkungsintensität von § 1 AEntG und § 1a AEntG steht außer Verhältnis zu dem Allgemeininteresse am Arbeitnehmerschutz und an der Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen. Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch § 1a AEntG ist insgesamt nicht gerechtfertigt.

D. Ergebnis

1. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz steht nach wie vor auf dem Prüfstand. Auch nach der jüngeren EuGH-Rechtsprechung (Mazzoleni, Finalarte, Portugaia, Kommission ./ Deutschland: § 1b AÜG) ist mitnichten ausgemacht, daß Mitgliedstaaten durch Min-

256 EuGH »Finalarte« (Fn. 87), Rn. 60 bis 65.

257 EuGH »Finalarte« (Fn. 87), Rn. 66 bis 75.

258 EuGH 23. 11. 1999 – C-369, 376/96 – »Arblade und Leloup« Slg. I-1999, 8453.

destlöhne eigene Arbeitnehmer vor dem Unterbietungswettbewerb fremder Unternehmen mit ihren »billigeren« Arbeitnehmern schützen darf. Nach wie vor ungeklärt ist die übergreifende Frage, ob und wie der im Gegensatz zum Gütermarkt vom EG-Vertrag allenfalls mittelbar normierte Arbeitsmarkt sich in das gemeinschaftsrechtliche Konzept eines freien Binnenmarktes und seiner Einschränkungen einpaßt. Ob und inwiefern nationale Sozialpolitik mit Mindestlöhnen nicht nur sozialen Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessen niedrigen Entgelten, sondern darüber hinaus protektionistischen Schutz vor Wettbewerb durch Lohnunterbietung vorsehen kann, muß nach wie vor bezweifelt werden.

Die EuGH-Rechtsprechung konzentriert sich wirkungsbezogen auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die von Fall zu Fall und nach den Umständen des Einzelfalles entscheidet. Angesichts des umfassenden Abschreckungskonzeptes, mit dem die deutsche Rechtsordnung ausländische Bauunternehmen zu vertreiben sucht – Mindestlöhne, Nettolohnhaftung, Sozialabgabenhaftung, Steuerabzug mit erleichterter Freistellung für inländische Unternehmen und womöglich Tariftreuerklärungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber –, könnte aber auch dem EuGH alsbald »der Kragen platzen«.

2. Die Nettolohnhaftung des § 1a AEntG greift in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV ein. § 1a AEntG diskriminiert Subunternehmer aus den EG-Mitgliedstaaten mittelbar, wobei die Abgrenzung zur bloßen Beschränkung zunächst mangels umfassenden Datenmaterials offen bleiben muß. Es liegt aber nahe, daß deutsche Auftraggeber gezielt nur noch deutsche Subunternehmen beauftragen, bei denen sie kein oder ein geringes Haftungsrisiko eingehen. Im einen wie im anderen Fall bemißt sich die Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit nach der »van Wese-mael/Webb«-Formel.

Deren Anforderungen genügt § 1a AEntG nicht: Die Nettolohnhaftung verstößt insbesondere gegen das Doppelbelastungsverbot, weil der ausländische entsandte Arbeitnehmer hinreichend effektiven Rechtsschutz zur Durchsetzung seiner Lohnforderungen genießt. Die zusätzliche Haftung des Bauauftraggebers verbessert seine Rechtsstellung nicht effektiv, sondern belastet ihn primär mit nachteiligen Folgen.

Die Nettolohnhaftung erweist sich auch als unverhältnismäßig: Die Beschränkung steht außer Verhältnis zu Zweck und Ziel des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Erforderlich wäre allenfalls eine Ausfallbürgschaftshaftung, die dem Arbeitnehmer nicht die Last nimmt, seinen Vertragsarbeitgeber zuerst in Anspruch zu nehmen. Unter keinem Gesichtspunkt erforderlich ist auch die Inanspruchnahme des Bauauftraggebers, der selbst kein Generalbauunternehmer ist. Schließlich ist die Nettolohnhaftung disproportional: Die mit ihr verbundene zusätzliche Belastung gegenüber den Mindestlöhnen bedeutet eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.