

EXPERTISE

Expertise von Prof. Dr. Olaf Deinert (Georg-August Universität Göttingen) für die SVR-Studie „Prekäre Beschäftigung – prekäre Teilhabe: Ausländische Arbeitskräfte im deutschen Niedriglohnsektor“

Stand: Februar 2022

Bitte zitieren als:

Deinert, Olaf 2022: Rahmenbedingungen und Beschäftigungsformen prekärer Erwerbsarbeit ausländischer Arbeitskräfte in Deutschland. Expertise im Auftrag des wissenschaftlichen Stabs des Sachverständigenrates für Integration und Migration, Berlin/Göttingen.

Diese Expertise wurde von Prof. Dr. Olaf Deinert für das SVR-Studie „Prekäre Beschäftigung – prekäre Teilhabe: Ausländische Arbeitskräfte im deutschen Niedriglohnsektor“ erstellt, die von der Stiftung Mercator gefördert wurde.

Die Expertise gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und nicht notwendigerweise die des Sachverständigenrates für Integration und Migration. Für den Inhalt ist der Expertisenehmer verantwortlich.

Professor *Dr. Olaf Deinert*
Georg-August-Universität Göttingen

Gutachten

Rahmenbedingungen und Beschäftigungsformen prekärer Erwerbsarbeit ausländischer Arbeitskräfte in Deutschland

Expertise im Auftrag des Sachverständigenrates für Integration und Migration (SVR)

Prof. Dr. Olaf Deinert
Institut für Arbeitsrecht
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Göttingen, d. 11.2.2022

Inhaltsverzeichnis

A.	Fragestellung	4
B.	Der rechtliche Rahmen spezifischer als prekär bezeichneter Beschäftigungen	4
I.	Tätigkeit auf Werkvertragsbasis	5
1.	Rechtliche Konstruktion	5
2.	Anwendbares Arbeitsrecht und internationale Zuständigkeit der Gerichte	6
3.	Gleichbehandlung ausländischer Arbeitskräfte bei Inlandstätigkeit	8
4.	Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Fremdbelegschaft	11
5.	Vertragsbeendigung	14
6.	Sozialrechtliche Konsequenzen	15
II.	Soloselbstständigkeit	17
1.	Rechtliche Konstruktion	17
2.	Anwendbares Vertragsrecht und internationale Zuständigkeit der Gerichte	18
3.	Arbeitsrechtlicher Schutz	18
a)	Allgemeines	18
b)	Heimarbeiter	19
c)	Arbeitnehmerähnliche Personen	20
4.	Sozialrechtlicher Schutz	20
5.	Fazit	22
III.	Scheinselbstständigkeit	23
1.	Phänomen	23
2.	Rechtliche Bewertung	23
3.	Rechtsdurchsetzung	24
IV.	Entsendungen	25
1.	Rechtliche Konstruktion	25
2.	Anwendbares Arbeitsrecht	25
a)	Arbeitsvertragsstatut	25
b)	Betriebliche Interessenvertretung	26
c)	Eingriffsrecht des Aufnahmestaates	26
d)	Durchsetzung	28
e)	Dauerentsendekonstellationen	28
f)	Entsendung durch Subunternehmer	29
g)	Entsendung von Leiharbeitern	29
3.	Sozialversicherung	30

4. Fazit	31
C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	33
D. Literaturverzeichnis.....	35

A. Fragestellung

Die aufgeworfene Rechtsfrage steht im Kontext eines größeren Projektes zur prekären Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte und zu Perspektiven ihrer Teilhabe in Deutschland, in dem das wechselseitige Verhältnis bestimmter Formen von als prekär definierter Erwerbsarbeit zum einen und Teilhabe in verschiedenen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zum anderen aufgezeigt und daran anknüpfend ein differenziertes Verständnis von Teilhabe erlangt werden soll. Jenseits der Beschäftigung angeworbener Fachkräfte geht es hier einerseits vor allem um Drittstaatsangehörige, die in solchen Beschäftigungen tätig werden, insbesondere über die sogenannte Westbalkanregelung des § 26 Abs. 2 BeschV, saisonabhängige Beschäftigung nach § 15 a BeschV und Entsendung im Rahmen von Werkvertragsarbeitnehmerabkommen nach § 29 Abs. 1 BeschV. Aber auch für EU-Staatsangehörige ergeben sich möglicherweise Wege in solche prekären Beschäftigungen.

Solche prekären Beschäftigungen können sich ergeben im Rahmen der Tätigkeit auf Werkvertragsbasis (unten I), im Rahmen solselbstständiger (unten II) oder scheinselbstständiger Tätigkeit (unten III) sowie in Entsendekonstellationen (unten IV), auch über Subunternehmer (IV 2 f), sowie im Kontext von Leiharbeit (IV 2 g).¹ Das vorliegende Gutachten untersucht, welche rechtlichen Nachteile sich aus diesen besonderen Formen von Beschäftigungen für ausländische Arbeitskräfte im deutschen Recht ergeben können. Vielfach sind diese rechtlichen Nachteile nicht auf ausländische Arbeitskräfte beschränkt. Doch können sich für jene spezifische Nachteile ergeben, auf die dann jeweils gesondert hinzuweisen ist. In den Blick genommen wird dazu die arbeits- und sozialrechtliche Lage, während eventuelle aufenthaltsrechtliche prekariätsbegründende Gesichtspunkte unberücksichtigt bleiben müssen.

B. Der rechtliche Rahmen spezifischer als prekär bezeichneter Beschäftigungen

Das Arbeits- und Sozialrecht knüpft an die abhängige Beschäftigung. Im Arbeitsrecht ist insoweit der Arbeitnehmerbegriff des § 611 a Abs. 1 BGB maßgeblich, wonach die weisungsgebundene, fremdbestimmte Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit das Arbeitsverhältnis charakterisiert, dessen Vorliegen Voraussetzung für den Schutz durch arbeitsrechtliche Bestimmungen ist. Im Sozialrecht definiert § 7 SGB IV die abhängige Beschäftigung, die „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ stattfindet und regelmäßig Voraussetzung für den Zugang zur Sozial- und Arbeitslosenversicherung ist. Abgesehen von den Fällen der Selbstständigkeit sind die Tätigkeiten in den oben unter A beschriebenen Konstellationen regelmäßig solche in Abhängigkeit, sodass der Zugang zum Schutz durch das Arbeits- und Sozialrecht in diesen Konstellationen im Allgemeinen gegeben ist. Wer auf Basis der aufenthaltsrechtlichen Regelungen zur Aufnahme einer Beschäftigung berechtigt ist, ist grundsätzlich auch nicht auf eine Art reduziertes Arbeits- und Sozialrecht verwiesen. Das Arbeits- und Sozialrecht unterscheidet nicht im Ausmaß seines Schutzes nach der Herkunft. Im Gegenteil: Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft sind nach dem AGG (§§ 1, 7) und dem SGB I (§ 33 c) verboten.

Allerdings folgt das Arbeitsrecht dem gedanklichen Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses, das insbesondere unbefristet und in Vollzeit ausgeübt wird. Es gibt z.B. so gut wie keine

¹ Vgl. für Tätigwerden Angehöriger aus den jüngeren Beitrittsländern in Mittel- und Osteuropa *Dälken*, S. 4.

Regelungen für Mehrfachbeschäftigungen² bei mehreren Arbeitgebern. Auch häufige Wechsel zwischen Arbeitgebern sind kaum Gegenstand gesetzlicher Regelungen. Immerhin verbietet das TzBfG in seinem § 4 die Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter und befristet beschäftigter Arbeitnehmer. Ähnlich ist es im Sozialversicherungsrecht. Auch hier ist eine Standardbeschäftigung im Normalfall das Leitbild der Gesetzgebung.³ Schon Teilzeitbeschäftigungen kommen in diesem Normierungsmodell kaum vor, erst recht nicht Nebenbeschäftigungen oder Mehrfachbeschäftigungen.⁴

Welche Konsequenzen sich für atypische Beschäftigungen im Einzelnen in den genannten Beschäftigungsformen ergeben,⁵ ist im Folgenden zu untersuchen mit spezifischem Blick auf Schwierigkeiten insbesondere für migrierte Arbeitnehmer.

I. Tätigkeit auf Werkvertragsbasis

1. Rechtliche Konstruktion

Die erste Konstellation betrifft die Tätigkeit auf der Basis von Werk-(oder Dienst-)verträgen. Ausländische Arbeitskräfte werden im Inland im Wege regulärer Beschäftigung im Rahmen eines Werkvertrages oder auch eines Dienstvertrages, den ihr Arbeitgeber mit einem dritten Unternehmen schließt, für dieses dritte Unternehmen tätig. Dabei ist weniger an typische Werkvertragskonstellationen am Markt, etwa als Heizungsmonteur zur Reparatur der Heizungsanlage beim Kundenunternehmen oder als Kraftfahrer im Einsatz für einen Fuhrunternehmer, der Kundenwaren transportiert, gedacht, sondern vielmehr an Ausgliederungen im Rahmen der Wertschöpfung des Auftraggeberunternehmens. Prominent ist im vergangenen Jahr das Beispiel der Fleischwirtschaft geworden, bei dem in großen Schlachthöfen nahezu die gesamte Wertschöpfung durch Werkverträge auf Drittunternehmen ausgegliedert worden war.⁶ In ähnlicher Weise wird aber auch berichtet von migranten Arbeitskräften, die in ausgegliederten, rechtlich selbstständigen Tochterunternehmen innerhalb eines Klinikkomplexes (zu dann deutlich schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen) tätig werden.⁷

Solche Werkvertragstätigkeiten können in zweierlei Weise auftreten. Einerseits ist es denkbar, dass ein Vertragspartner mit Sitz im Ausland seine Arbeitnehmer, die ihren gewöhnlichen Arbeitsort im Ausland haben, ins Inland entsendet. Gerade um diese Konstellation geht es vorliegend aber nicht (dazu unten IV). Zum anderen, und darum geht es an dieser Stelle, können Arbeitnehmer zur dauerhaften Tätigkeit im Inland für solche Werkvertragskonstellationen eingestellt werden. Gerade dies ist offenbar auch oftmals in den

² Zusammenfassungen zur Empirie bei *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, S. 25, 58 ff.

³ Anschaulich insoweit BSG 25.11.2015 – B 3 KR 3/15 R, BSGE 120, 113.

⁴ Zu den Problemen vgl. *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, S. 25, 73 ff., 408 ff. Insgesamt zu diesbezüglichen sozialrechtlichen Grenzen und rechtspolitischen Perspektiven zusammenfassend *Welti*, SR 2013, 92 ff.

⁵ Rechtspolitische Überlegungen insbesondere bei *Waltermann*, Gutachten B zum 68. DJT.

⁶ Vgl. BT-Drs. 19/21978, S. 2 f., 20.; *Birke/Bluhm*, WSI-Mitt. 2020, 501 ff.; ferner *Birke*, Sozial.Geschichte Online (2021), S. 41 ff.

⁷ *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 17.

soeben erwähnten Fällen der Fleischindustrie geschehen.⁸ Es geht also beispielsweise um Tätigkeiten als Fleischerleger für ein Unternehmen, das im Auftrag des Schlachthofbetreibers in dessen Betrieb die Fleischerlegung gegen Rechnung übernimmt. Weitere Beispiele sind etwa Tätigkeiten als Kraftfahrer für ein Unternehmen, das im Rahmen eines Werkvertrages die Logistik für ein Industrieunternehmen übernommen hat oder der Einsatz als Koch für ein Drittunternehmen, das die Werkskantine betreibt. Solche Tätigkeiten werden durchaus nicht nur durch migrierte Beschäftigte wahrgenommen. Umgekehrt zeigt sich aber, dass migrierte Arbeitskräfte häufig in den Tätigkeitsfeldern arbeiten, die für solche Dienst- und Werkverträge in Betracht kommen. So werden etwa gerade die Niedriglohnbereiche und -sektoren der Lebensmittel-, Gast-, Reinigungs-, Transportgewerbe, der Fleischindustrie unter Einschluss von Reinigungsarbeiten und des Online-Versandhandels als typische Arbeitsgebiete beschrieben.⁹

2. Anwendbares Arbeitsrecht und internationale Zuständigkeit der Gerichte

Das auf einen Arbeitsvertrag anwendbare Recht richtet sich innerhalb der Europäischen Union nach der Rom I-Verordnung¹⁰. Deutsche Gerichte wenden deshalb die Verordnung an, um das anwendbare Recht zu bestimmen.¹¹ Deren Art. 3 regelt den Grundsatz der Rechtswahlfreiheit für Verträge, sodass auf einen Vertrag das Recht anwendbar ist, das die Parteien gewählt haben. Mit Rücksicht auf das strukturelle Ungleichgewicht im Arbeitsverhältnis schränkt Art. 8 Rom I-Verordnung die Rechtswahlfreiheit aber nicht unerheblich ein. Danach kann eine Rechtswahl nicht von den zwingenden Bestimmungen entbinden, die sich aus dem Recht ergeben, das in Ermangelung einer Rechtswahl auf den Vertrag anwendbar wäre. Als zwingende Bestimmungen (sogenannte Schutznormen) gelten alle Bestimmungen, die nach dem sogenannten objektiven Vertragsstatut, also dem Vertragsstatut, das in Ermangelung einer Rechtswahl zur Anwendung käme, nicht dispositiv sind.¹² Nach deutschem Recht wären das zum Beispiel die Vergütungspflicht¹³ (§ 611a Abs. 2 BGB) oder die Bestimmungen des Kündigungsschutzes¹⁴. Die Rechtswahlfreiheit der Parteien ist also durch das sogenannte Günstigkeitsprinzip begrenzt.¹⁵

Von entscheidender Bedeutung ist damit, wie das objektive Vertragsstatut ermittelt wird. Das regelt Art. 8 Abs. 2-4 Rom I-Verordnung. Nach Abs. 2 ist in erster Linie maßgeblich das Recht des Ortes, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeitsleistung verrichtet. Nur subsidiär („Kann das anzuwendende Recht nicht nach Absatz 2 bestimmt werden, [...]“) gilt nach Art. 8 Abs. 3 Rom I-Verordnung das Recht der sogenannten einstellenden Niederlassung. Im Falle einer engeren Verbindung zu einem anderen Staat kommt jedoch nach Abs. 4 der Bestimmung das Recht dieses anderen Staates zur Anwendung.

⁸ Vgl. BT-Drs. 19/21978, S. 20, 22 f.

⁹ Vgl. etwa für Geflüchtete m.w.N. *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 17; für Migranten aus Mittel- und Südosteuropa vgl. auch *Dälken*, Grenzenlos faire Mobilität?, S. 26.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 583/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177/6.

¹¹ *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 18 Rn. 13.

¹² *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 53.

¹³ MünchKomm/*Martiny*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 111; *Däubler*, RIW 1987, 249, 254; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 29

¹⁴ BAG 24.9.1989 – 2 AZR 3/89, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

¹⁵ Vgl. EuGH 15.7.2021 – C-152/20 u.a., NZA 2021, 1357, Rn. 24 – Gruber Logistics; *Erfk/Schlachter*, Art. 9 VO (EG) 593/2008 Rn. 19.

Für die typische Werkvertragskonstellation bedeutet dies zunächst, dass ausländische Arbeitskräfte, die im Rahmen von Werkverträgen im Inland arbeiten, mangels Rechtswahl den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des deutschen Rechts unterliegen. Denn hier liegt der gewöhnliche Arbeitsort. Im Falle einer Rechtswahl greift das Günstigkeitsprinzip und diese kann bestenfalls einen weitergehenden Schutz für den Arbeitnehmer herbeiführen. Anders ist es freilich, wenn über die sogenannte Ausweichklausel Art. 8 Abs. 4 Rom I-Verordnung das Recht eines anderen Staates im Hinblick auf engere Verbindungen zu diesem zur Anwendung kommt. Dann kann deutsches Recht auch nicht über das Günstigkeitsprinzip greifen. Engere Verbindungen kommen insbesondere bei einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betracht.¹⁶ Doch bedarf es einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalles.¹⁷ Wenn es darum geht, im Wege des Outsourcing Aufgaben eines Auftragnehmerunternehmens im Inland zu übernehmen und der einzige Bezug zum Ausland in der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien liegt und der Arbeitnehmer insbesondere von Anfang an für die Tätigkeit im Inland engagiert wurde, spricht allerdings mehr gegen die Anwendung der Ausweichklausel.

Die Frage ist freilich, ob ausländische Arbeitskräfte den Schutz des deutschen Arbeitsrechts erfolgreich geltend machen (können). Diese Frage scheint wichtig, weil bei prekärer Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte offensichtlich nicht selten auch eklatante Rechtsbrüche zu beobachten sind (vgl. u. 4).¹⁸ Unabhängig von einer eventuellen Anfälligkeit für Einschüchterungen kann insoweit oftmals auch Rechtsunkenntnis der Rechtsdurchsetzung entgegenstehen. Dazu gibt es aber beispielsweise die vom BMAS unterstützten Projekte Faire Mobilität¹⁹ und Faire Integration^{20, 21} Hinzu kommen u.U. fehlendes Vertrauen in Gerichte und Behörden, Angst vor Rechtsverfolgungskosten und Furcht für Aufdeckung eigenen rechtswidrigen Verhaltens.²² Auch mangelnde Verhandlungsstärke oder Aufenthaltssorgen im Hinblick auf Abhängigkeit vom Arbeitsplatz können die Ursache sein.²³

Schließlich ist keineswegs gewährleistet, dass Gerichte im Ausland, beispielsweise nach einer eventuellen Rückkehr, ebenfalls nach den Kollisionsnormen der Rom I-Verordnung im Falle der Tätigkeit in Deutschland deutsche Rechtsnormen zur Anwendung bringen, wenngleich immerhin innerhalb der EU die Gerichte anderer Mitgliedstaaten ebenfalls an die Rom I-Verordnung gebunden sind. Unabhängig davon wird die Beweisführung aus dem Ausland etwa infolge Zeitablaufs oder nicht präsenter Zeugen oftmals sicher schwerer fallen. Dem Vernehmen nach hat die Beratungspraxis aus dem Projekt Faire Mobilität in vielen Fällen gezeigt, dass entsprechend Werkvertragsarbeitnehmer, die in der Fleischindustrie eingesetzt waren, ihre Rechte aus dem Ausland nicht mehr verfolgten.

Von daher ist wichtig, dass auch eine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte besteht. Innerhalb der Europäischen Union wird die internationale Zuständigkeit der Gerichte

¹⁶ BAG 13.11.2007 – 9 AZR 134/07, AP Nr. 8 zu Art. 27 EGBGB; krit. ErfK/*Schlachter*, Art. 9 VO (EG) 593/2008 Rn. 17.

¹⁷ BAG 13.11.2007 – 9 AZR 134/07, AP Nr. 8 zu Art. 27 EGBGB; ErfK/*Schlachter*, Art. 9 VO (EG) 593/2008 Rn. 17.

¹⁸ Vgl. *Becker/Engel*, WSI-Mitt. 2015, 178 ff.; *Dälken*, Grenzenlos faire Mobilität?, S. 25 f., 31

¹⁹ <https://www.faire-mobilitaet.de/>.

²⁰ <https://www.faire-integration.de/ar/topic/81.information.html>.

²¹ Zu weiteren Beratungsangeboten vgl. *Dälken*, Grenzenlos faire Mobilität?, S. 33 ff.

²² *Dälken*, Grenzenlos faire Mobilität?, S. 31.

²³ Vgl. *Deinert*, ZFA 2018, 17, 29, 33: mangelnde Rechtskenntnis,

durch die Brüssel Ia-Verordnung²⁴ geregelt. Danach können Personen mit einem Wohnsitz in einem Mitgliedstaat vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats verklagt werden. Nach Art. 21 Abs. 1 kann ein Arbeitgeber aber auch vor dem Gericht des gewöhnlichen Arbeitsortes bzw. des letzten gewöhnlichen Arbeitsortes verklagt werden. Dies gilt nach Art. 21 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-Verordnung auch, wenn der Arbeitgeber seinen Wohnsitz nicht in einem Mitgliedstaat hat.

Auch wenn ein Arbeitnehmer daher sogar dann, wenn er nicht mehr in Deutschland gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, das in Deutschland erfüllt wurde, vor deutschen Gerichten durchsetzen kann, wird es doch erhebliche Mühe und im allgemeinen auch Kosten bereiten, die Rechtsverfolgung im Inland zu betreiben.

3. Gleichbehandlung ausländischer Arbeitskräfte bei Inlandstätigkeit

Wenn in solchen Werkvertragskonstellationen also in den meisten Fällen deutsches Recht zur Anwendung berufen ist, stellt sich allerdings die Frage, ob ausländische Arbeitskräfte gleichwohl unter Umständen strukturell schlechtere Arbeitsbedingungen genießen könnten als inländische.

Das wirft zunächst die Frage nach einer Differenzierung zwischen Ausländern und Inländern auf. Insoweit ist zu konstatieren, dass nach der Rechtsprechung der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt.²⁵ Zwar gibt es keine Rechtsnorm, die vorschreibt, dass Arbeitgeber alle Arbeitnehmer gleich behandeln müssten. Dies stünde im Grundsatz im Widerspruch zur Privatautonomie. Wenn der Arbeitgeber aber nach einem generalisierenden Prinzip verfährt, muss er die Arbeitnehmer gleichbehandeln. Anderenfalls haben benachteiligte Arbeitnehmer Anspruch auf Gleichbehandlung.²⁶ Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt auch für ausländische Arbeitnehmer.²⁷ Unterschiedliche Behandlungen bedürfen nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz einer sachlichen Rechtfertigung. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer aus dem Ausland stammt, kann eine solche Rechtfertigung nicht liefern, weil unzulässig nach der Herkunft differenziert wird.²⁸ In Betracht kommen aber zur Rechtfertigung beispielsweise unterschiedliche Qualifikationen oder Fähigkeiten.²⁹

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt die Gleichbehandlung von Gleichem. Von daher ist die Segmentierung des Arbeitsmarktes durch Abdriften von Migranten auf Arbeitsplätze, die von Deutschen gemieden werden,³⁰ ein arbeitsmarkt- und gesellschaftspolitisches, möglicherweise durch die Arbeitsmigrationssteuerung verursachtes Problem³¹, das aber jedenfalls nicht auf diesem Wege arbeitsrechtlich gelöst werden kann. Insofern ist auch festzustellen, dass Maßstab für die Gleichbehandlungsprüfung am Ende die geschuldete und ausgeübte Tätigkeit ist. Wenn aber eine Dequalifizierung im Vergleich zur Tätigkeit im

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 1215/12 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351/1.

²⁵ BAG 14.11.2017 -3 AZR 515/16, NZA 2018, 367, Rn. 21 ff.

²⁶ BAG 3.9.2014 – 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, Rn. 18.

²⁷ *Wollenschläger*, RdA 1994, 193, 200 f.; *Deinert*, ZFA 2018, 17, 32 f.

²⁸ ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 591.

²⁹ Vgl. *Deinert*, ZFA 2018, 17, 33.

³⁰ *Neuhauser/Birke*, AIS-Studien 14(2), 59, 62 f.

³¹ Vgl. *Neuhauser/Birke*, AIS-Studien 14(2), 59, 63.

Herkunftsstaat stattgefunden hat,³² ggf. mangels Anerkennung gleichwertiger Berufsabschluss oder auch wegen abweichender Anforderungsprofile im Hinblick auf technische Rahmenbedingungen oder Arbeitsprozesse³³, vermittelt dies keine Ansprüche auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu Arbeitnehmern, die mit gleicher Qualifikation auf besser vergüteten Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Anders mag es sein, wenn Arbeitgeber systematisch Arbeitnehmer mit Migrationshintergrund für unterwertige Beschäftigungen einsetzen. Doch ist Derartiges angesichts der ökonomischen Interessen des Arbeitgebers prima facie nicht zu vermuten.

Ähnliches kann sich ergeben, wenn festzustellen ist, dass Verdienste ausländischer Arbeitskräfte im Vergleich zu einheimischen geringer ausfallen, wenn dies mit vergleichsweise kürzeren Berufserfahrungen unter den hiesigen Umständen erklärt werden kann.³⁴

Auch wenn der Arbeitgeber ausländische Arbeitskräfte gleich behandeln muss wie deutsche, wird beklagt, dass dies nicht immer geschehe.³⁵ Die Ursachen dafür mögen vielschichtig sein (s.o. 2). Den Beweis anzutreten, dass eine systematische Benachteiligung ausländischer Arbeitnehmer vorliege, wird schwerfallen. Dies zeigen auch die vielfältigen Erfahrungen mit Diskriminierungen wegen des Geschlechts: Letztlich hat der Gesetzgeber konstatiert, dass es ein sogenanntes Gender Pay Gap gibt und zu dessen Überwindung das Entgelttransparenzgesetz³⁶ geschaffen.³⁷

Auch das Aufenthaltsrecht verlangt im Übrigen eine solche Gleichbehandlung. Denn § 39 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 1 AufenthG machen die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung regelmäßig davon abhängig, dass nicht zu ungünstigeren Bedingungen als vergleichbare inländische Arbeitnehmer beschäftigt wird. Allerdings ist dies allein eine öffentlich-rechtliche Bestimmung, die zwar reflexhaft zu Gunsten ausländischer Arbeitskräfte wirkt, diesen aber keine privatrechtlichen Ansprüche vermittelt.³⁸ Vielmehr ist die Missachtung des Gleichbehandlungsgebots ein Widerrufsgrund nach § 41 AufenthG.

Für Wanderarbeitnehmer gilt zudem das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 45 Abs. 2 AEUV. Dieses greift auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.³⁹

Ein gegenüber dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz strengeres Gleichbehandlungsgebot folgt aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Dieses verbietet Diskriminierungen wegen verschiedener sogenannter verpönter Merkmale, zu denen gemäß § 1 AGG auch die ethnische Herkunft gehört. Neben einem Anspruch auf Gleichbehandlung mit der Gruppe der nicht diskriminierten Arbeitnehmer⁴⁰ kennt das AGG weitere rechtliche Mechanismen wie etwa einen Anspruch auf Schadensersatz und

³² Vgl. für Geflüchtete *Brücker/Fendel* u.a., IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 33 ff.; ferner *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 29.

³³ Vgl. *Brücker/Fendel* u.a., IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 22 f.

³⁴ Vgl. ebenfalls für Geflüchtete *Brücker/Fendel* u.a., IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 31.

³⁵ So etwa die Darstellung von Schilderungen aus Beratungsstellen bei *Dälken*, Grenzenlos faire Mobilität?, S. 23 ff.; vgl. auch hinsichtlich der Situation Geflüchteter *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 29. Vergleich der Vergütungen ausländischer und deutscher Arbeitnehmer für 2015 etwa in BT-Drs. 18/10603.

³⁶ Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen v. 30.6.2017, BGBl. I 2152.

³⁷ Vgl. die Begründung: BT-Drs. 18/11133, S. 1.

³⁸ Ausführlich dazu *Deinert*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, S. 50 f.

³⁹ EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg. 2000, I-4139 – Angonese.

⁴⁰ Vgl. BAG 22.10.2015 – 8 AZR 168/14, NZA 2016, 1081, Rn. 62.

Entschädigung nach § 15 AGG. Zudem verschafft § 22 AGG eine Beweislastumkehr, wenn der Arbeitnehmer Tatsachen beweist, die eine Benachteiligung wegen der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen. Allerdings scheint eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft nicht schon immer dann gegeben, wenn ausländische Arbeitnehmer benachteiligt werden. Anders als Art. 45 Abs. 2 AEUV nennt das AGG die Staatsangehörigkeit nämlich nicht als potentiell Diskriminierungsmerkmal. Freilich verlangt die Rechtsprechung ein sehr umfassendes Verständnis des Begriffs der ethnischen Herkunft um den Schutz vor ethnischen Benachteiligungen möglichst lückenlos zu gestalten, sodass von einer Ethnie jedenfalls dann auszugehen ist, wenn die Staatsangehörigkeit ein fremdes Volk oder eine fremde Kultur repräsentiert.⁴¹

Denkbar sind überdies Benachteiligungen ausländischer Arbeitskräfte über Stellvertretermerkmale, beispielsweise wenn die Religion im Raum steht.⁴² Insoweit verbietet das AGG auch Diskriminierungen wegen Religion und Weltanschauung.⁴³ Auch kann die Benachteiligung wegen der Sprache eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft darstellen. Im Hinblick auf eine bestimmte Tätigkeit gebotene Sprachanforderungen sind aber regelmäßig gerechtfertigt und stellen daher keine mittelbare Diskriminierung wegen der Herkunft dar.⁴⁴

Bislang noch sehr wenig befasst hat sich die Rechtsprechung mit der Problematik, dass die formale Gleichbehandlung ausländischer Arbeitskräfte der Sache nach auf eine Ungleichbehandlung hinauslaufen kann. So hat das BAG im Falle eines Arbeitnehmers, der im Ausland angeworben worden war und mit dem die Vertragsverhandlungen in fremder Sprache geführt wurden, dem dann aber ein Arbeitsvertrag in deutscher Sprache vorgelegt wurde, der für ihn ersichtlich nicht verständlich war, entschieden, dass dieser, wenn er den Vertrag unterschrieben hat, ebenso zu behandeln sei wie ein deutscher Arbeitnehmer, der sich für den Inhalt des Vertrages nicht interessiert und diesen aufs Geratewohl unterschreibt, sodass er sich beispielsweise an einer Ausschlussfrist, die seine Rechte verkürzt, festhalten lassen muss.⁴⁵ Es gibt gute Gründe, dieser Rechtsprechung mit Blick auf die Schutzpflichten des Staates aus den Grundrechten, hier namentlich aus dem Grundrecht der Privatautonomie, entgegenzutreten.⁴⁶ Freilich ist diese Rechtsprechung kein Grund dafür, dass ausländische Arbeitskräfte prekär beschäftigt werden. Denn im Zweifel würde auch ein sprachkundiger Arbeitnehmer, dem die Klausel bewusst ist, diese nicht zum Gegenstand expliziter Verhandlungen machen. Und wenn dies doch geschähe, würde er im Zweifel keinen Erfolg damit haben.

⁴¹ BAG 21.6.2012 – 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1235, Rn. 31; Däubler/Beck/Däubler, § 1 AGG Rn. 33 ff., 36

⁴² Vgl. in vergleichender Perspektive *Vickers*, in: Costello/Freedland (Hrsg.), *Migrants at Work*, S. 324 ff.

⁴³ Vgl. spezifisch im Hinblick auf migrante Arbeitnehmer *Deinert*, ZFA 2018, 17, 33; *Stöhr/Schickinger*, ZFA 2018, 410, 431 ff.

⁴⁴ *Deinert*, ZFA 2018, 17, 38; *Stöhr/Schickinger*, ZFA 2018, 410, 426

⁴⁵ BAG 19.3.2014 – 5 AZR 252/12 (B), AP Nr. 26 zu § 130 BGB m. krit. Anm. *Mankowski*; ebenso *Rieble*, FS Löwisch, 2007, S. 229, 232 ff.; *Stöhr/Schickinger*, ZFA 2018, 410, 423 f.; vgl. ferner *Herbert/Oberrath*, DB 2009, 2434, 2438

⁴⁶ *Deinert*, ZFA 2018, 17, 34 ff.; wohl auch *Mankowski*, Anm. zu BAG 19.3.2014 – 5 AZR 252/12 (B), AP Nr. 26 zu § 130 BGB; weitergehende Ansätze bei *Däubler*, *Das Arbeitsrecht 2*, Rn. 1681 f., im Anschluss an *Jancke*, *Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht*, S. 125 ff., 170 ff.; ähnl. *Deinert/Heuschmid/Zwanziger/Hlava*, § 107 Rn. 44 f; ferner *Bepler*, FS Höland, 2015, S. 452, 471 ff.; *Schubert/Räder*, *Flüchtlinge in Arbeit und Ausbildung*, S. 67; *Schubert*, AuR 2015, 430, 435; *Temming*, GPR 2016, 38 ff.; *Wolterreck*, in: *Ansary/Gessner*, *Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht*, S. 102, 110.

4. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Fremdbelegschaft

Prinzipiell greifen für ausländische Arbeitnehmer dieselben arbeitsrechtlichen Regelungen wie für deutsche. Das Arbeitsrecht differenziert insoweit grundsätzlich nicht.⁴⁷

Das Tätigwerden im Rahmen eines Werkvertrages für andere Unternehmen kann für die Arbeitnehmer arbeitsrechtlich allerdings nachteilig wirken im Vergleich zum Fall der Direktanstellung beim Auftraggeber. Wer beispielsweise als Hausmeister oder Wachschrützer in einem Werk der Automobilindustrie tätig wird, wird, wenn er bei einem Hausmeisterservice oder einem Sicherheitsunternehmen beschäftigt ist, deutlich schlechter verdienen als als angestellter Wachschrützer oder Hausmeister von BMW oder Volkswagen. Auch wenn Tarifverträge zur Anwendung kommen, was nach §§ 3, 4 TVG beiderseitige Tarifgebundenheit, also sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers, vermittelt über die Verbandsmitgliedschaft, voraussetzt, wird sich die Situation schlechter darstellen, weil das Lohnniveau in der Automobilindustrie deutlich höher ist als im Facility- oder im Sicherheitsgewerbe.

Dies stellt sich zumeist gar nicht als problematisch dar, wenn der Hausmeister oder Wachschrützer im Rahmen verschiedener Kundenbeziehungen für wechselnde Auftraggeber tätig wird. Anders ist es bei Onsite-Werkverträgen, bei denen die Arbeitnehmer des Auftragnehmers dauerhaft auf dem Betriebsgelände des Auftraggebers tätig werden. Im Betrieb werden zwei (zumeist sogar mehr) Belegschaften tätig. Hier kann das bewusste Outsourcen von Arbeitsschritten bis hin zu Tätigkeiten aus dem Kern der Wertschröpfung als effektives Mittel zur Kostensenkung über die Arbeitsbedingungen eingesetzt werden.⁴⁸

Denn grundsätzlich genießt Fremdpersonal, soweit es nicht um die besondere Situation von Leiharbeitern geht, keine arbeitsrechtlichen Rechte gegenüber dem Einsatzunternehmen.⁴⁹ Auch das Eingreifen des unfallversicherungsrechtlichen Haftungsprivilegs gegenüber Versicherten eines anderen Betriebes kommt nur unter der Voraussetzung einer gemeinsamen Betriebsstätte in Betracht. Dafür verlangt die Rechtsprechung eine wechselseige Ausrichtung der Tätigkeiten, die eine Gefahrengemeinschaft begründet.⁵⁰ Das ist in den hier zu diskutierenden Werkvertragskonstellationen keineswegs immer gegeben.⁵¹

Diese Situation erschwert auch die kollektive Selbsthilfe. Der Betrieb wird durch unterschiedliche Betriebszwecke der dort tätigen Unternehmen zum tarifpolitischen Flickenteppich.⁵² Wenn im Betrieb verschiedene Unternehmen tätig werden, ergeben sich innerhalb des Betriebes mehrere arbeitskampfrechtlich relevante Struktureinheiten, weil unterschiedliche Arbeitgeber bestreikt werden müssen, womöglich aus unterschiedlichen Branchen. Wenn die Beschäftigten überhaupt organisiert sind, wird es daher schwerfallen, eine einheitliche Arbeitskampfstrategie zu verwirklichen. Demgegenüber hat sich im Nachgang zum Direktanstellungsgebot in der Fleischwirtschaft nach § 6a GSA Fleisch ein deutlich wahrnehmbarer Organisationsschub für die gewerkschaftliche Interessenvertretung

⁴⁷ Hanau, FS 25 Jahre BAG, 1979, 169, 170; Deinert, ZFA 2018, 17, 30 f.; vgl. auch Schubert, AuR 2015, 430, 437.

⁴⁸ Vgl. allg. bis hin zur Restrukturierung in Netzwerkstrukturen Deinert, RdA 2014, 65, 75 ff.; zur Fleischindustrie BT-Drs. 19/21978, S. 2 f., 18; Deinert, AuR 2020, 344. Empirisch zu Onsite-Werkverträgen Hertwig/Kirsch/Wirth, AuR 2016, 141 ff.; dies., WSI-Mitt. 2015, 457 ff.

⁴⁹ Vgl. Krebber, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, S. 165 ff., allerdings mit dem Vorschlag, Kooperationspflichten im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu begründen, S. 352 ff.

⁵⁰ BGH 14.9.2004 – VI ZR 32/04, NJW 2005, 288, 289.

⁵¹ Deinert, RdA 2014, 65, 76.

⁵² Helfen, Mitb. 7+8/2011, 20 ff.; ders., Mitb. 10/2013, 32 ff.; Deinert, RdA 2014, 65, 76 f.

bis hin zum effektiven Arbeitskampf unter Beteiligung ehemaliger Werkvertragsarbeitnehmer und zum Abschluss u.a. eines Mindestlohtarifvertrags ergeben.⁵³

Auch die betriebliche Interessenvertretung wird auf diese Weise gespalten. Der Betriebsrat des Einsatzbetriebes ist für Fremdbelegschaften als solche nicht zuständig.⁵⁴ Er hat nach § 80 Abs. 2 BetrVG lediglich zur Durchführung seiner Aufgaben ein Unterrichtsrecht auch in Bezug auf Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Diese Arbeitnehmer müssen also, Betriebsratsfähigkeit ihres Betriebes vorausgesetzt, einen eigenen Betriebsrat wählen. § 2 Abs. 5 der Wahlordnung schreibt dazu vor, dass der Wahlvorstand dafür sorgen soll, dass sprachunkundiger Arbeitnehmer über Wahlverfahren, Aufstellung der Wähler- und Vorschlagslisten, Wahlvorgang und Stimmabgabe in geeigneter Weise unterrichtet werden. Die Verletzung dieser Bestimmung begründet nach § 19 Abs. 1 BetrVG eine Wahlanfechtung, weil es sich um eine Gewährleistung des elementaren Grundsatzes der Gleichheit der Wahl handelt.⁵⁵

Wenn es im eigenen Betrieb der Werk- oder Dienstvertragsbeschäftigten einen Betriebsrat gibt, werden ihre Interessen durch diesen vertreten.⁵⁶ Die Interessenvertretung durch den Betriebsrat umfasst namentlich das sogenannte Überwachungsmandat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, das sich auch darauf erstreckt, ob ausländische Arbeitnehmer in unzulässiger Weise benachteiligt werden.⁵⁷ Zudem gehört zu den Aufgaben des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG die Förderung der Integration ausländischer Arbeitnehmer und des wechselseitigen Verständnisses sowie die Beantragung von Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb. Der Betriebsrat ist damit zur aktiven Förderung der Integration ausländischer Arbeitnehmer verpflichtet.⁵⁸

Ungeachtet der besonderen Situation von migranten Belegschaftsteilen greift die Interessenvertretung durch den Betriebsrat allerdings vor allem mit Blick auf den Vertragsarbeitgeber und nicht gegenüber dem Inhaber des Einsatzbetriebes, zudem unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es andere Belegschaftsteile geben mag, die anderenorts eingesetzt werden. Eine einheitliche Interessenvertretung sämtlicher Arbeitnehmer, die im Einsatzbetrieb tätig werden, gibt es daher nicht. Von daher ist zu erwarten, dass durch das Direktanstellungsgebot des § 6a GSA Fleisch künftig infolge eines Anwachsens der Belegschaften der Betriebe der Fleischwirtschaft deutlich größere Betriebsräte gebildet werden müssen. Bereits vor erneuten Betriebsratswahlen sind die derzeit gewählten Betriebsräte der Einsatzbetriebe dort bereits jetzt für die infolge des Direktanstellungsgebotes hinzutretenden neuen Belegschaftsteile zuständig. Die Klärung, ob durch einen solchen Abbau der Fragmentierung der Belegschaften eine bessere Interessenvertretung ermöglicht wird, darf mit Spannung erwartet werden.⁵⁹

Solcherart Fragmentierungen der Belegschaften führen auch sonst dazu, dass man es mit mehreren, kleineren Belegschaften zu tun hat. In diesen werden möglicherweise arbeitsrechtliche Schwellenwerte nicht erreicht.

⁵³ Uhl/Bernhard/Sepsi/Specht, in: Schmitz/Urban (Hrsg.), Arbeitspolitik nach Corona, S. 321, 328 ff.; Sepsi/Szot, Das Arbeitsschutzkontrollgesetz in der Praxis, S. 7.

⁵⁴ BAG 12.3.2019 – 1 ABR 48/17, AP Nr. 85 zu § 80 BetrVG 1972 Rn. 28 f.; krit. hinsichtlich des Arbeitsschutzes Schulze-Doll/Paschke, FS Kohte, 2016, S. 493, 503 f.

⁵⁵ BAG 13.10.2004 – 7 ABR 5/04, DB 2005, 675.

⁵⁶ Schulze-Doll/Paschke, FS Kohte, 2016, S. 493, 502.

⁵⁷ Deinert, ZFA 2018, 17, 41.

⁵⁸ GK/Weber, § 80 Rn. 53. Zu den Einzelheiten Deinert, ZFA 2018, 17, 42 f.

⁵⁹ Vgl. Birke/Blum, WSI-Mitt. 2020, 501, 506.

Während ausländische Arbeitskräfte, die im Rahmen von Werkverträgen unter deutschem Recht arbeiten, nicht schlechter behandelt werden dürfen als andere Arbeitnehmer des Unternehmens, stellt sich das Problem, dass die Tätigkeit im fremden Betrieb des Auftraggebers ihres Arbeitgebers grundsätzlich nicht dem Prinzip der Gleichbehandlung unterliegt. Sie sind aus Sicht des Einsatzbetriebes Teil einer Fremdbelegschaft, und zwar auch dann, wenn sie ihre Arbeit auf demselben Betriebsgelände („onsite“) verrichten. Da der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz unternehmensbezogenen eingreift,⁶⁰ die Tätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages aber für ein anderes Unternehmen erfolgt, scheidet seine Anwendung aus. Dasselbe gilt für das AGG. Zwar ist das AGG seinem Wortlaut nach nicht auf Benachteiligungen durch den Arbeitgeber beschränkt, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen knüpfen aber an den Arbeitgeber (§ 6 Abs. 2 AGG).⁶¹ Auch sind die Organisationspflichten explizit nach der Überschrift des Unterabschnitts 2 (§§ 11 ff. AGG) an den Arbeitgeber gerichtet.

Von daher wird der Einsatz von Werkverträgen oftmals bewusst auch dazu genutzt, unter Einsatz günstigerer Fremdbelegschaften die Wertschöpfung zu betreiben. Die Verhältnisse in Schlachthöfen sind dafür nur ein besonders plastisches Beispiel. Zugleich zeigt das durch den Gesetzgeber geschaffene Direktanstellungsgebot in der Fleischwirtschaft nach § 6a Abs. 2 GSA Fleisch aber, dass es sich beim Einsatz von Werkverträgen auch innerhalb der eigenen Wertschöpfung um ein legales Mittel handelt. Letztlich erzeugen solche Fragmentierungen auch Druck auf die Arbeitsbedingungen der Stammbeslegschaften, weil die Alternative des Ausweichens in Fremdbelegschaften im Raum steht.⁶²

Prinzipiell würde dies sogar für Konzernkonstellationen gelten, in denen Werkverträge mit konzernangehörigen anderen Unternehmen geschlossen werden. Auch in diesen wird ein Gleichbehandlungsanspruch mit Arbeitnehmern eines anderen konzernangehörigen Arbeitgebers abgelehnt.⁶³

Prinzipiell etwas anderes gilt nur für den Einsatz von Leiharbeitern, denn diese unterliegen vorbehaltlich eines abweichenden Tarifvertrages dem Grundsatz der Gleichstellung gemäß § 8 AÜG, sodass sie von ihrem Arbeitgeber verlangen können, die wesentlichen Arbeitsbedingungen unter Einschluss des Entgelts gewährt zu bekommen, die auch der Entleiher seinen eigenen Arbeitnehmern gewährt.

Vor diesem Hintergrund mag es sogar sein, dass ausländische Arbeitskräfte gerade deshalb zu schlechteren Bedingungen eingesetzt sind, weil sie unter Umständen infolge ihrer Ausbildung oder fehlender Berufsanerkennung in einfacheren Tätigkeiten beschäftigt werden, die für solche Formen von Ausgliederung besonders geeignet erscheinen wie etwa Reinigungsarbeiten, einfachere Reparaturarbeiten, in der Logistik oder im Verpflegungsbereich. Dadurch zeigt sich, dass die Fragmentierung der Belegschaften durch Aufspaltung zur Prekarisierung gerade migrantischer Arbeit beiträgt.

Abgesehen von solchen, grundsätzlich als legal erscheinenden „Zurücksetzungen“ kann der Einsatz von Werkverträgen auch die rechtswidrige Benachteiligung dieser Arbeitnehmer begünstigen. So haben die von den Arbeitsschutzbehörden festgestellten Missstände hinsichtlich des Arbeitsschutzes in Schlachthöfen ihre Ursache oftmals in einer schlechten

⁶⁰ BAG 17.11.1989 – 1 AZR 147/98, AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung

⁶¹ Vgl. Däubler/Beck/Schrader/Schubert, § 6 Rn. 65.

⁶² Bosch/Weinkopf, WSI-Mitt. 2011, 439, 444; Deinert, RdA 2014, 65, 74.

⁶³ BAG 20.8.1986 – 4 AZR 272/85, AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität; MünchArbR/Fischinger, § 14 Rn. 15; Deinert/Heuschmid/Zwanziger/Deinert, § 5 Rn. 74.

bzw. fehlenden Abstimmung von Betriebsinhaber und Werkvertrags-Auftragnehmer. Obwohl insoweit ein Abstimmungsgebot auch hinsichtlich des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb herrscht,⁶⁴ und die Einsatzunternehmen sich nach § 8 Abs. 2 ArbSchG vergewissern müssen, dass die Werkvertragsbeschäftigten angemessene Anweisungen erhalten⁶⁵, wurden nicht sichere Maschinen zur Verfügung gestellt oder Notausgänge versperrt⁶⁶ und Schutzeinrichtungen fehlten an Arbeitsmitteln⁶⁷. Teils wurde durch die Ausgestaltung des Betriebes auch begünstigt, dass Auftragnehmerunternehmen die nach dem ArbZG zulässigen Höchstarbeitszeiten missachteten.⁶⁸ Dabei wurden offensichtlich auch mit krimineller Energie Methoden angewendet, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn zu unterlaufen, indem über verbundene Unternehmen Wohnraum an ausländische Arbeitskräfte zu extremen Preisen vermietet wurde.⁶⁹ Dem Vernehmen nach lassen sich einem Netzwerk von Werkverträgen auch Arbeitsunfälle vertuschen bzw. anderen Unternehmen zum Zwecke günstiger Unfallstatistiken zuweisen. Wenn nämlich ein Inhaber mehrere Unternehmen unterhält und ein sprachunkundiger Arbeitnehmer kein Doppel eines Arbeitsvertrages hat,⁷⁰ lässt sich im Nachhinein noch ein Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber konstruieren.

Für geflüchtete Arbeitskräfte wird von Einsätzen ohne hinreichende Qualifikation berichtet, was durch Arbeitszeitüberschreitungen zu kompensieren versucht werde und von erhöhten Unfallrisiken begleitet sei.⁷¹ Überlange Arbeitszeiten werden aber wohl auch von ausländischen Arbeitskräften hingenommen, um die Entlohnung zu steigern.⁷² Zudem scheint die Forderung nach „Eintrittsgeldern“ für die Aufnahme einer Arbeit vorzukommen.⁷³ Aus dem Pflegebereich wird berichtet, dass Pflegemindestlöhne durch Deklaration des Arbeitsverhältnisses der Pflegekraft als Haushaltshilfe unterlaufen wird.⁷⁴ In ähnlicher Weise wird berichtet, dass geflüchtete Arbeitskräfte der Sache nach als Fachkräfte eingesetzt wurden, aber nicht die entsprechenden Arbeitsbedingungen genossen.⁷⁵

5. Vertragsbeendigung

Grundsätzlich differenziert das Arbeitsrecht auch hinsichtlich der Vertragsbeendigung nicht hinsichtlich der Herkunft des Arbeitnehmers. Es kommen dieselben kündigungs- und befristungsrechtlichen Regelungen zur Anwendung. Allerdings kann sich die Situation für migrantische Arbeitnehmer aus verschiedenen Gründen im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände schlechter darstellen.⁷⁶ So wird etwa aus der Fleischindustrie von häufigen

⁶⁴ HK-ArbSchR/*Julius*, § 8 ArbSchG Rn. 13; NK-GA/*Otto*, § 8 ArbSchG Rn. 2; *Deinert*, AuR 2020, 344, 346.

⁶⁵ *Pieper*, ArbSchR, § 8 ArbSchG Rn. 11; NK-GA/*Otto*, § 8 ArbSchG Rn. 4; ErfK/*Wank*, § 8 ArbSchG Rn. 4.

⁶⁶ BT-Drs. 19/21978, S. 20. Zu weiteren Arbeitsschutzmängeln vgl. auch *DGB*, Zur Situation in der deutschen Fleischindustrie.

⁶⁷ BT-Drs. 19/21978, S. 2, 20.

⁶⁸ *Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW*, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“; BT-Drs. 19/21978, S. 2. Vgl. *Deinert*, AuR 2020, 344, 347.

⁶⁹ Darstellung bei *Deinert*, AuR 2020, 344, 345.

⁷⁰ Vgl. die Darstellung in BT-Drs. 19/21978, S. 20 f.

⁷¹ *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 36, 41 f.

⁷² *Becker/Engel*, WSI-Mitt. 2015, 178.

⁷³ *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 36.

⁷⁴ *Becker/Engel*, WSI-Mitt. 2015, 178, 184.

⁷⁵ *Bluhm/Birke/Stieber*, Hinter den Kulissen des Erfolgs, S. 29.

⁷⁶ Zur Frage möglicher Kündigungen im Hinblick auf den Verlust des Aufenthaltstitels vgl. *Deinert*, ZFA 2018, 17, 38 f.

Arbeitsplatzwechseln des Fremdpersonals berichtet.⁷⁷ Dabei führt jeder Arbeitsplatzwechsel zu einem neuen Arbeitgeber zum erneuten Beginn der Beschäftigungsdauer, sodass etwa sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG im neuen Arbeitsverhältnis wieder möglich sind. Auch läuft eine neue Wartezeit für den Kündigungsschutz gemäß § 1 Abs. 1 KSchG an.

Zudem kann das Phänomen der Fragmentierung von Belegschaften, das weiter oben angesprochen wurde (s.o. 4) sich in der kündigungsrechtlichen Stellung auswirken, insoweit unter Umständen die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 ff. KSchG dazu führt, dass Arbeitnehmer in solchen Kleinbetrieben keinen sozialen Kündigungsschutz genießen.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass Arbeitgeber Arbeitsverträge im Hinblick auf befristete Aufenthaltstitel befristen können. Davon wird offensichtlich im Online-Versandhandel reger Gebrauch gemacht.⁷⁸ Dies schafft nicht nur Arbeitsplatz- und Aufenthaltsunsicherheit, sondern scheint auch die betrieblichen Aufstiegschancen zu behindern.⁷⁹ Freilich ist eine Befristung in einem solchen Fall aus einem in der Person des Abreitnehmers liegenden Grund nach § 14 Abs. 1 Nr. 6 TzBfG nur zulässig, wenn mit einer Verlängerung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis nicht zu rechnen ist.⁸⁰ Eine auflösende Bedingung in dem Sinne, dass das Arbeitsverhältnis mit Verlust des Aufenthaltstitels endet, ist nach h.M. ebenfalls unzulässig.⁸¹ Problematisch ist allerdings, dass die Unwirksamkeit einer Befristung bzw. Bedingung binnen drei Wochen im Klagewege nach §§ 17, 21 TzBfG mit § 7 KSchG geltend gemacht werden muss, weil das Arbeitsverhältnis sonst als durch die Befristung bzw. Bedingung beendet gilt.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass nach Forschungen des IAB erhöhte Entlassungsrisiken für geflüchtete Arbeitnehmer festzustellen sind im Hinblick auf kürzere Beschäftigungsdauern, Befristungen der Arbeitsverträge, Einsatz als Leiharbeiter sowie Kleinbetriebsstrukturen.⁸² Dazu passt die Beobachtung, dass der Beschäftigungseinbruch im Zuge der Corona-Krise und der Personen aus den Asylherkunftsländern im Frühjahr 2020 deutlich stärker war als bei der Gesamtgruppe der Beschäftigten.⁸³ Begünstigt werden dürften solche Entwicklungen auch durch den Umstand, dass Arbeitgeber bei nicht dauerhaften Aufenthaltsstatus weniger geneigt sind, in die Qualifizierung der Arbeitskräfte zu investieren,⁸⁴ was sich auch bei Entlassungsentscheidungen auswirkt, da die Entlassungskosten durch die geringeren Investitionen in das Humankapital geringer ausfallen⁸⁵.

6. Sozialrechtliche Konsequenzen

Der Einsatz im Rahmen von Werkverträgen wirft auch sozialversicherungsrechtlich die Frage nach dem anwendbaren Recht auf. Hinsichtlich des Sozialversicherungsstatuts knüpft § 3 Nr. 1 SGB IV an eine Beschäftigung im Inland. Allerdings gilt innerhalb der Europäischen Union

⁷⁷ *Bluhm/Birke/Stieber*, *Hinter den Kulissen des Erfolgs*, S. 33.

⁷⁸ *Bluhm/Birke/Stieber*, *Hinter den Kulissen des Erfolgs*, S. 45.

⁷⁹ *Bluhm/Birke/Stieber*, *Hinter den Kulissen des Erfolgs*, S. 48, 52.

⁸⁰ BAG 12.1.2000 – 7 AZR 863/98, NZA 2000, 722; *Stöhr/Schickinger*, ZFA 2018,410, 420.

⁸¹ LAG Köln 18.4.1997 – 11 (8) Sa 1268/96, NZA-RR 1997, 476; *APS/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 200; *Hanau*, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 169, 180. *Deinert*, ZFA 2018, 17, 39; a.A. *HaKo/Mestwerdt*, § 14 TzBfG Rn. 147 .

⁸² *Brücker/Fendel u.a.*, IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 43 f.

⁸³ *Brücker/Fendel u.a.*, IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 39 ff.

⁸⁴ *Brücker/Fendel u.a.*, IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 24.

⁸⁵ *Brücker/Fendel u.a.*, IAB-Forschungsbericht 11/2020, S. 44.

vorrangig die Koordinierungsverordnung (EG) 883/2004⁸⁶. Diese wurde durch die Verordnung (EU) 1231/2010⁸⁷ auf Drittstaatsangehörige mit rechtmäßigem Wohnsitz in einem Mitgliedstaat erstreckt. Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a der Koordinierungsverordnung unterliegen Beschäftigte dem Beschäftigungslandprinzip. Auf sie sind also die Vorschriften des Staates anzuwenden, in dem sie gewöhnlich tätig sind. Art. 12 der Koordinierungsverordnung regelt sodann, dass eine Entsendung bis zu 24 Monaten (unter Anrechnung der Entsendezeit einer Person, die abgelöst wurde) nicht zu einem Wechsel des Sozialversicherungsstatuts führt. Wer also im Rahmen eines Werkvertrages ein Arbeitsverhältnis erfüllt, unterliegt regelmäßig deutschem Recht (anders gegebenenfalls im Falle der Entsendung, s.u. IV 3).

Allerdings scheint es häufiger vorzukommen, dass Unternehmen ihre Arbeitnehmer für jeweils längere Zeiträume in verschiedenen Mitgliedstaaten einsetzen. Für den Fall der Beschäftigung in mehreren Mitgliedstaaten kann es nach Art. 13 der Koordinierungsverordnung zur Anknüpfung an den Wohnmitgliedstaat (wenn dort ein wesentlicher Teil der Tätigkeit ausgeübt wird) oder an den Sitz des Arbeitgebers kommen. Das würde ermöglichen, einem gegebenenfalls kostengünstigeren Sozialversicherungsstatut den Vorzug zu geben. Zur Vermeidung einer Umgehung der Beschäftigungsortanknüpfung hat der EuGH allerdings entschieden, dass die Beschäftigungszeiten in verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils zwölf Monate nicht überschreiten dürfen.⁸⁸

Art. 16 der Koordinierungsverordnung ermöglicht Ausnahmen von den Regelungen der Art. 11 ff. durch Vereinbarungen der Mitgliedstaaten. Das BSG hat dazu aber im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH⁸⁹ entschieden, dass die Mitgliedstaaten einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum haben und Arbeitgebern kein Anspruch auf eine Ausnahmereinbarung zusteht. Ein solcher ergebe sich insbesondere nicht aus dem Interesse des Arbeitgebers, mit günstigeren Sozialversicherungsbeiträgen des Herkunftsstaates zu kalkulieren.⁹⁰

Soweit deutsches Sozialversicherungsrecht anwendbar ist, greift dieses in gleicher Weise für ausländische Arbeitskräfte. Es kennt insoweit kein Sonderrecht für ausländische Arbeitskräfte. Soweit sich allerdings arbeitsrechtliche Nachteile, etwa durch Tätigkeiten für schlechter zahlende Werkvertragspartner des Einsatzunternehmens, ergeben, können diese gleichsam auf die sozialrechtliche Situation durchschlagen.⁹¹ Das gilt etwa für Entgeltersatzleistungen, die von der bisherigen Vergütung abhängen und bei einer schlechteren Vergütung ebenfalls vergleichsweise schlechter ausfallen, wie dies etwa beim Krankengeld nach § 47 SGB V der Fall ist, beim Arbeitslosengeld nach §§ 149 ff. SGB III oder den Entgeltpunkten in der Rentenversicherung nach §§ 66, 70 ff. SGB VI. Andererseits ist die Sozialversicherung durch das Element des sozialen Ausgleichs gekennzeichnet, wonach schwächere Mitglieder durch Umverteilung im Rahmen der Globaläquivalenz durch die leistungsfähigeren gestärkt

⁸⁶ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 74/1.

⁸⁷ Verordnung (EU) Nr. 1231/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Verordnungen fallen.

⁸⁸ EuGH 20.5.2021 – C-879/19, NZA 2021, 934 – Format II.

⁸⁹ EuGH 17.5.1984 – 101/83, Slg. 1984, 2223 – Brusse.

⁹⁰ BSG 16.8.2017 – B 12 KR 19/16 R, NZS 2018, 366.

⁹¹ *Eichenhofer*, VSSR 2016, 17, 27.

werden.⁹² So ist etwa der Krankenversicherungsschutz mit Blick auf die Krankenbehandlung nicht von der Höhe der Vergütung abhängig. Unter Umständen kommt bei geringer Vergütung, die die Grenze zum Minijob nach § 8 SGB IV unterschreitet, allerdings ein Ausschluss der Versicherungspflicht (außer in der Rentenversicherung, dort aber eine Opt-out-Möglichkeit nach § 6 Abs. 1b SGB VI) in Betracht.⁹³ Überdies können Saisonkräfte eine sog. zeitgeringfügige und damit versicherungsfreie Beschäftigung i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ausüben, wenn die Beschäftigung auf 3 Monate oder 70 Arbeitstage im Jahr begrenzt ist, sofern keine berufsmäßige Tätigkeit mit einer Vergütung von mehr als 450 € monatlich vorliegt. Solche Saisonbeschäftigungen liegen allerdings außerhalb des Fokus der vorliegenden Untersuchung.

Da ausländische Arbeitskräfte auch kündigungsrechtlich beispielsweise nicht schlechter gestellt sind als inländische, sind Unterbrechungen der Erwerbsbiografie aus arbeitsrechtlichen Gründen nicht naheliegender. Wenn aber die Situation beim Arbeitgeber strukturell schlechter ist, als beim Auftraggeber, weil es sich beim Arbeitgeber etwa um einen Kleinbetrieb im Sinne von § 23 Abs. 1 KSchG handelt, kann sich auch dies auf die sozialversicherungsrechtliche Position durchschlagen. Das gilt auch für andere arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, die kürzere Verweildauern beim jeweiligen Arbeitgeber begünstigen (vgl. o. 5). Bei kürzeren Beschäftigungsabschnitten ist es etwa denkbar, dass besondere Wartezeiten in der Rentenversicherung nach § 50 Abs. 2 ff. SGB VI oder die Anwartschaftszeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 142 f. SGB III nicht erfüllt werden.

II. Soloselbstständigkeit

1. Rechtliche Konstruktion

Der Einsatz soloselbstständiger Personen unterscheidet sich im Prinzip aus Sicht des Auftraggebers kaum vom Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen mit anderen Unternehmen, die zur Erfüllung dieser Verträge ihrer Arbeitnehmer einsetzen. Soloselbstständige schließen ebenfalls mit ihren Auftraggebern freie Werk- oder Dienstverträge nach §§ 611 ff. BGB, 631 ff. BGB. Ebenso wie beim Einsatz von Werkverträgen, wie er vorstehend unter I beschrieben wurde, kann dies für den Auftraggeber die Erledigung randständiger Tätigkeiten oder Unterstützungsaufgaben, aber auch Tätigkeiten im Kernbereich der Wertschöpfung betreffen. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass Soloselbstständige keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen.

⁹² BVerfG 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256, 300 ff.; vgl. auch BVerfG 6.12.1988 – 2 BvL 18/84, BVerfGE 79, 223, 236 f.; BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, NJW 2009, 2033, 2044; ferner *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, S. 248 ff.; *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, S. 225 ff.

⁹³ Zur gesetzlichen Neukonzeption durch das Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung v. 5.12.2012, BGBl. I 2474, vgl. *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113 ff.; *Hanau*, ZIP 2013, 1752 ff.; *Marburger*, WzS 2013, 46 ff.

2. Anwendbares Vertragsrecht und internationale Zuständigkeit der Gerichte

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-Verordnung richtet sich das auf einen Werk- oder Dienstvertrag (beides als Dienstleistungsverträge bezeichnet⁹⁴) anwendbare Recht nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Dienstleisters. Bei regelmäßiger Tätigkeit als Soloselbstständiger im Inland ist daher deutsches Recht anwendbar. Vorrangig ist nach Art. 3 Rom I-Verordnung jedoch eine Rechtswahl, wobei es anders als bei Arbeitsverträgen keinen Günstigkeitsvergleich mit dem objektiven Vertragsstatut gibt. Freilich wird die Wahl eines fremden Rechts bei Vertragspartnern im Inland kaum vorkommen, weil dies die Abwahl des vertrauten eigenen Rechts bedeuten würde. Zudem ist die Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I-Verordnung bei reinen Inlandsfällen bzw. Binnenmarktsachverhalten Einschränkungen unterworfen.

Auch die Begründung eines Gerichtsstands im Inland bereitet keine Schwierigkeiten. Wer als Soloselbstständiger für ein Unternehmen im Inland tätig wird, kann dieses nach Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-Verordnung vor den deutschen Gerichten verklagen.

3. Arbeitsrechtlicher Schutz

a) Allgemeines

Bei (Solo-)Selbstständigen wird für den Modellfall unterstellt, dass sie keines sozialen Schutzes durch das Arbeitsrecht bedürfen, weil sie nicht persönlich abhängig sind und frei über den Einsatz ihrer Arbeitskraft verfügen können. Arbeitsrechtliche Bestimmungen finden keine Anwendung, auch das Arbeitsschutzrecht im Prinzip nicht. Eine Ausnahme gilt allerdings für arbeitnehmerähnliche Personen (zu solchen vgl. allg. u. c) gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG. Zudem sieht § 618 BGB zumindest einen Schutz des Dienstverpflichteten vor Gefahren für Leben und Gesundheit insoweit, „als die Natur der Dienstleistung ist gestattet“ vor, wenn er in den Räumen sowie mit Vorrichtungen und Gerätschaften des Auftraggebers tätig wird. Das beschränkt sich nicht auf Arbeitsverträge, sondern gilt auch für andere Dienstverträge⁹⁵ und sogar für Werkverträge und im Übrigen für sämtliche Arbeitsstätten und ihre Zugänge.⁹⁶ So bewirkt § 618 BGB einen rudimentären Schutz Soloselbstständiger, soweit sie der Organisation anderer ausgesetzt sind. Auch die Zusammenarbeitspflicht nach § 8 ArbSchG greift insoweit ein.⁹⁷ Vom Schutz durch das Arbeitszeitrecht sind Soloselbstständige hingegen grundsätzlich ausgenommen.⁹⁸

Die fehlende Fremdbestimmung durch Weisungsgebundenheit und/oder Eingliederung ermöglicht, sich sozialen Schutz selber zu gewähren, indem beispielsweise der Urlaub selber geplant und genommen wird oder die Arbeit so gestaltet, dass keine Gesundheitsgefahren durch fehlende Ruhezeiten oder gefährliches Arbeitsumfeld entstehen. Auch verdienen Soloselbstständige im Idealfall ausreichend, um selbst für Fehlzeiten durch Urlaub durch Ansparen oder Krankheit durch Abschluss privater Krankenversicherungen oder gegen Haftungsfälle durch Abschluss von Haftpflichtversicherungen vorzusorgen. Zudem wird erwartet, dass Selbstständige sich selber schützen, doch tatsächlich bleibt der Arbeitsschutz

⁹⁴ MünchKomm/Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 59.

⁹⁵ MünchKomm/Hennsler, § 618 Rn. 26 m.w.N.; Rieble, ZfA 1998, 327, 342.

⁹⁶ BGH NJW 1958, 710, 711; Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 70.

⁹⁷ HK-ArbSchR/Julius, § 8 ArbSchG Rn. 14; Deinert, AuR 20220, 344, 346.

⁹⁸ Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 68.

aus existenziellen Gründen oftmals auf der Strecke.⁹⁹ Zur Frage, inwieweit Soloselbstständige als arbeitnehmerähnliche Personen in den Arbeitsschutz einzubeziehen sind, s. im Übrigen u. c.

Dass dieses Modell nicht immer trägt, ist offenkundig. Das Zivilrecht kennt zwar eigene Mechanismen, um ein Stück weit sozialen Schutz für Kleinunternehmer zu bewerkstelligen. Zu nennen sind etwa bestimmte Bereiche der bürgerlichrechtlichen Vertragsklauselkontrolle.¹⁰⁰ Und auch das Kartellrecht schützt grundsätzlich auch Soloselbstständige.¹⁰¹ Insgesamt aber ist zu konstatieren, dass der soziale Schutz für Soloselbstständige weit hinter dem von Arbeitnehmern zurückbleibt und nur rudimentär ausgeprägt ist.¹⁰²

Der Gesetzgeber hat allerdings erkannt, dass es Gruppen von kleinen Selbstständigen gibt, die im Prinzip der Gruppe der Arbeitnehmer näherstehen als echten Selbstständigen. Für diese wurde ein besonderes Schutzregime geschaffen, das teilweise arbeitsrechtliche Regelungen auf Selbstständige zur Anwendung bringt. Das betrifft einerseits die Heimarbeiter, andererseits die arbeitnehmerähnlichen Personen. Betont sei dabei, dass es sich bei beiden um Selbstständige, nicht um Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer zweiter Klasse handelt.

b) Heimarbeiter

Heimarbeiter sind nach § 2 Abs. 1 HAG Personen, die in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeiten, aber die Verwertung der Arbeitsergebnisse den Gewerbetreibenden überlassen. Das HAG sieht besondere Schutzmechanismen für Heimarbeiter vor, obwohl sie nicht persönlich abhängig sind, weil sie von den Gewerbetreibenden, die ihre Arbeitsergebnisse verwerten, wirtschaftlich abhängig¹⁰³ sind.¹⁰⁴ Das ist nicht auf klassische Arbeitertätigkeiten beschränkt, sondern kann sogar hochqualifizierte Angestelltentätigkeiten erfassen.¹⁰⁵ Zu diesen Schutzmechanismen gehören neben besonderen Regelungen zum Gefahrenschutz nach §§ 12 ff. HAG insbesondere der Entgeltschutz durch bindende Festsetzung des Entgelts durch Heimarbeitsausschüsse gemäß § 19 HAG,¹⁰⁶ ferner besondere Regelungen im Urlaubsrecht (§ 12 BUrlG) sowie im Entgeltfortzahlungsrecht (§§ 10, 11 EntgFG). Heimarbeiter können auch untereinander Gleichbehandlung verlangen, allerdings nicht im Verhältnis zu Arbeitnehmern.¹⁰⁷ Sie sind zudem über § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in die Betriebsverfassung einbezogen.

Wichtige Bereiche des sozialen Schutzes für Arbeitnehmer greifen jedoch nicht zu Gunsten von Heimarbeitern, etwa die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, die zu Haftungsminderungen und -beschränkungen führen können.¹⁰⁸ Auch der Kündigungsschutz nach dem KSchG greift nicht. Heimarbeiter können sich also nicht dagegen wehren, dass ihre Vertragspartner sich anderweitig orientieren. Ihr Schutz ist nur über eine relativ kurze Dauer

⁹⁹ *Guhlemann/Georg*, Gute Arbeit 3/2020, S. 8, 10.

¹⁰⁰ *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 53 ff.

¹⁰¹ Dies betont *Rieble*, ZfA 1998, 327, 349 ff.

¹⁰² Zusammenfassend *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Rn. 137 ff.

¹⁰³ Vgl. BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258/88, NZA 1991, 267, 269; BAG 3.4.1990 – 3 AZR 258(88, AP Nr. 11 zu § 2 HAG.

¹⁰⁴ Zusammenfassung der anwendbaren arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen bei *Deinert*, RdA 2018, 359, 359 f.

¹⁰⁵ BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453; vgl. dazu *Preis*, SR 2017, 173 ff.; *Deinert*, RdA 2018, 359 ff.

¹⁰⁶ Verfassungsgemäß, BVerfG 27.2.1973 – 2 BvL 27/69, AP Nr. 7 zu § 19 HAG.

¹⁰⁷ BAG 19.6.1957 – 2 AZR 84/55, AP Nr. 12 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

¹⁰⁸ BGH 1.2.1963 – VI ZR 271/61, AP Nr. 28 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

der Kündigungsfrist, während derer das Entgelt nach § 29 Abs. 7 HAG gesichert ist, gewährleistet. Außerdem unterliegt unter bestimmten Voraussetzungen eine Verringerung der Arbeitsmenge um mindestens ein Viertel der Entgeltsicherung nach § 29 Abs. 8 HAG.

c) Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie selbstständig sind, aber wirtschaftlich abhängig und daher Arbeitnehmern vergleichbar sozial schutzwürdig.¹⁰⁹ Die Rechtsprechung verlangt insoweit die wirtschaftliche Abhängigkeit im Wesentlichen von einem Auftraggeber.¹¹⁰ Sie genießen trotz ihrer Selbstständigkeit im Hinblick auf ihre Schutzbedürftigkeit Schutz durch Anwendung einzelner arbeitsrechtlicher Bestimmungen.¹¹¹ Dabei bleibt dieser Schutz hinter dem der Heimarbeiter zurück. So werden arbeitnehmerähnliche Personen beispielsweise nicht in die Betriebsverfassung einbezogen.¹¹² Auch gibt es keine bindenden Entgeltfestsetzung. § 12 a TVG gestattet aber unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen den Abschluss von Tarifverträgen für arbeitnehmerähnliche Personen.

Arbeitnehmerähnliche Personen gelten gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG als Beschäftigte im Sinne des Gesetzes, sodass der gesetzliche Arbeitsschutz auf sie Anwendung findet. Freilich ist die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen deutlich kleiner als die der Soloselbstständigen, sodass für einen Teil von jenen der Arbeitsschutz nicht zur Anwendung käme. *Kohte* hat allerdings dafür plädiert, den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen anders als üblich nicht an der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit festzumachen, sondern an der sozialen Schutzbedürftigkeit im Hinblick auf Gefährdungen durch die fremde Arbeitsorganisation.¹¹³ Eine höchstrichterliche Bestätigung hat dies jedoch noch nicht gefunden. Auch scheint die Praxis eher vom Gegenteil auszugehen.

4. Sozialrechtlicher Schutz

Der Schutz durch die Sozialversicherung beruht auf ähnlicher Erwägung. Auch hier herrscht die Erwartung, das Selbstständige Eigenvorsorge betreiben. Sie werden als nicht sicherungsbedürftig behandelt.¹¹⁴ Die Sozialversicherung ist im Allgemeinen für abhängig Beschäftigte eine Zwangsversicherung, der nicht durch privatautonome Entscheidung ausgewichen werden kann. Arbeitgeber sind zur Beitragsabführung und zur Tragung ihrer Beitragsanteile verpflichtet, Arbeitnehmer müssen ebenfalls ihre Beitragsanteile tragen. Dafür besteht kraft Gesetzes Versicherungsschutz. Dies bezieht sich im Allgemeinen aber nur auf abhängig Beschäftigte im Sinne des § 7 SGB IV.

¹⁰⁹ BAG 29.12.1997 – 5 AZN 38/97, AP Nr. 40 zu § 5 ArbGG 1979; BAG 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BGH 4.11.1998 – VIII ZB 12/98, NZA 1999, 53, 55; BGH 21.10.1998 – VIII ZB 54/97, NZA 1999, 110, 111; Deinert/Heuschmid/Zwanziger/*Ulber*, § 3 Rn. 207.

¹¹⁰ BAG 30.8.200 – 5 AZB 12/00, NZA 2000, 1359, 1360.

¹¹¹ Zusammenfassend Deinert/Heuschmid/Zwanziger/*Ulber*, § 3 Rn. 216 ff.; *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, S. 312, 340 f.

¹¹² DKW/*Trümner*, § 5 Rn. 122; *Fitting*, § 5 Rn. 92.

¹¹³ MünchArbR/*Kohte*, § 176 Rn. 7; zust. etwa *Däubler*, ZIAS 2000, 326, 330; *Schulze-Doll/Paschke*, FS Kohte, 2016, S. 493, 500 f.

¹¹⁴ *Schulze Buschoff*, Die soziale Sicherung von selbstständig Erwerbstätigen in Deutschland, S. 18; *Eichenhofer*, VSSR 2016, 17, 24.

Dazu gibt es jedoch Ausnahmen,¹¹⁵ etwa durch die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung in der Arbeitslosenversicherung für Selbstständige unter bestimmten Voraussetzungen, etwa im Fall der Existenzgründung nach § 28 a SGB III. Überdies sind verschiedene Gruppen Selbstständiger insbesondere in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 2 SGB VI versichert. Unabhängig von der Art der Tätigkeit sind nach § 2 Nr. 9 SGB VI Soloselbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert, wenn sie auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Die Regelung ist aber nicht davon abhängig, dass es ein spezifisches soziales Schutzbedürfnis gibt.¹¹⁶ Gerade was die oben unter 1 angesprochene Form von Ausgliederung betrieblicher Tätigkeiten auf Soloselbstständige angeht, kann dies unter Umständen eine versicherungspflichtige Tätigkeit sein. Im Unterschied zu abhängig Beschäftigten, die die Beiträge zur Rentenversicherung nach § 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI nur hälftig tragen, trifft diese arbeitnehmerähnlichen Personen als Selbstständige die Beitragslast aber gem. § 169 SGB VI allein¹¹⁷.

Andere Fälle der Soloselbstständigkeit werden von dieser Versicherungspflicht nach § 2 Nr. 9 SGB VI nicht erfasst, sind aber schon seit langem Gegenstand rechtspolitischer Diskussion im Hinblick auf ihre Einbeziehung.¹¹⁸ Die letzte „große Koalition“ aus Unionsparteien und SPD plante allgemein die Einbeziehung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung.¹¹⁹ Auch die aktuelle „Ampelkoalition“ aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP hat in ihrem Koalitionsvertrag den Einbezug neuer Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung geplant.¹²⁰

In der gesetzlichen Unfallversicherung werden ebenfalls konzeptionell zunächst abhängig Beschäftigte gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII versichert. Selbstständige können aber kraft Satzung des Unfallversicherungsträgers gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, im Übrigen freiwillig auf Antrag gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VII versichert sein. Zudem können arbeitnehmerähnliche Personen auch als sog. Wie-Beschäftigte gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII unter Versicherungsschutz stehen. Denn für eine Wie-Beschäftigung ist das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit keine Voraussetzung.¹²¹

Abgesehen von den vorstehend beschriebenen Ausnahmen gilt im Prinzip, dass die Sozialversicherung im Falle einer abhängigen Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 SGB IV) eingreift. Anders als im Arbeitsrecht gibt es keinen Sonderschutz für arbeitnehmerähnliche Personen. Vielmehr greifen nur die vorstehend angesprochenen Sonderregeln, namentlich die Regelung des § 2 Nr. 9 SGB VI, die freilich nur in der Rentenversicherung gilt.

¹¹⁵ Vgl. *Schulze Buschoff*, Die soziale Sicherung von selbstständig Erwerbstätigen in Deutschland, S. 76; *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: *Deinert/Maksimik/Stutterer-Kipping*, S. 312, 349 ff.

¹¹⁶ BSG 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, NZS 2006, 491; BSG 23.4.205 – B 5 RE 21/14 R, NZS 2015, 710.

¹¹⁷ *KassKomm/Wehrhahn*, § 169 SGB VI (Stand: März 2016) Rn. 3.

¹¹⁸ *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht (allerdings für eine Einbeziehung sämtlicher Selbstständiger); *Waltermann*, AuR 2018, 346, 351 f.; *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, S. 312, 377 ff.; Überblick bei *Schmitt*, VSSR 2018, 197, 201 ff.

¹¹⁹ Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 93,

https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag-data.pdf (letzter Aufruf: 14.1.2022).

¹²⁰ Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 75.

¹²¹ BSG 28.5.1957 – 2 RU 150/55, BSGE 5, 168, 173; *KassKomm/Lilienfeld*, § 2 SGB VII Rn. 134; *Schmitt*, SGB VII, § 2 Rn. 165.

Heimarbeiter allerdings werden über §§ 12 SGB IV, 13 SGB III in die Sozial- und Arbeitslosenversicherung einbezogen. Sie gelten nach § 12 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigte und sind daher in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig.¹²² Da Heimarbeiter nach § 13 SGB III auch als Arbeitnehmer im Sinne des SGB III gelten, sind sie auch in die Versicherungspflicht für Beschäftigte in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 SGB III einbezogen.¹²³

5. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass aus Sicht eines Betriebsinhabers der Einsatz Soloselbstständiger insofern von Vorteil erscheint, als arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Verpflichtungen nicht eingreifen. Das gilt mit Einschränkungen auch für den Fall des Einsatzes von Heimarbeitern oder anderen arbeitnehmerähnlichen Personen, obwohl für diese immerhin ein Teil der sozialrechtlichen und arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zur Anwendung kommen. Grundsätzlich ist der Einsatz von Selbstständigen auf der anderen Seite mit höheren Kosten verbunden, sodass es sich aus Sicht des Auftraggebers um eine betriebsorganisatorische und ökonomische Frage handelt, ob er lieber die teurere Leistung von Unternehmern, allerdings ohne Steuerungsmöglichkeiten über ein Weisungsrecht, dafür aber mit der Verantwortung des Vertragspartners für das Arbeitsergebnis, einkaufen möchte oder lieber in eigener Verantwortung den Arbeitsprozess steuern, mit nominell günstigeren Arbeitnehmern, dafür aber ökonomisch belastet mit Sozialabgaben und den Kosten des Arbeitsrechts.

Attraktiv wird der Einsatz Selbstständiger damit vor allem dann, wenn diese zu vergleichsweise günstigeren Preisen zu bekommen sind als Arbeitnehmer. Wenn dies der Fall ist, wird Selbstständigkeit prekär. Denn der geringe Ertrag stellt die Eigenvorsorge infrage.¹²⁴ Dabei bestimmt letztlich der Markt, ob der Einkauf von selbstständigen Dienstleistern auf diese Weise günstig zu bekommen ist. Es gibt kaum Preisvorschriften in diesem Bereich, sieht man einmal ab von den Regelungen für freie Berufe wie etwa Rechtsanwälte oder Ärzte, die in der Regel gerade die wenig prekären, gut bezahlten Tätigkeiten betreffen. Auch ist der gesetzliche Mindestlohn für Soloselbstständige nicht anwendbar, nicht einmal für arbeitnehmerähnliche Personen¹²⁵. Rechtspolitische Vorschläge in Richtung einer Mindestvergütung¹²⁶ konnten sich bislang nicht durchsetzen.

Diese Form des Ausweichens in Beauftragung Soloselbstständiger, die oftmals zu prekären Bedingungen beschäftigt sind, wurde bereits vor Jahrzehnten beobachtet und als Phänomen der „neuen Selbstständigkeit“ bezeichnet.¹²⁷ Früher waren beispielsweise Frachtführer und Hotelzimmerservices in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt. Heute sind es eher Pflegekräfte und Paketboten. Möglicherweise sind gerade ausländische Arbeitskräfte im Hinblick auf eine schlechte Marktposition besonders anfällig für eine solche mögliche prekäre Beschäftigungssituation. Insofern ist zu vermuten, dass bei wirtschaftlich schlechter Lage im

¹²² KassKomm/Zieglmeier, § 12 SGB IV Rn. 15; vgl. auch BSG 10.9.1987 – 12 RK 13/85, NZA 1988, 629.

¹²³ Gagel/Schneil, § 25 SGB III Rn. 28.

¹²⁴ Vgl. Eichenhofer, VSSR 2016, 17, 25.

¹²⁵ Vgl. Däubler, NJW 2014, 1924, 1926.

¹²⁶ Vgl. etwa Bayreuther, Sicherung einer fairen Vergütung; HSI, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige); Deinert/Sutterer-Kipping, in: Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping, S. 312, 368 ff.

¹²⁷ Etwa Bieback, SozF 1999, 166 ff.; Boemke, ZfA 1998, 285 ff.; Hopt, FS Medicus, 1999, S. 235 ff.; Pfarr, FS Kehrmann, 1997, S. 75 ff.; Rieble, ZfA 1998, 327 ff.; Wank, DB 1992, 90 ff.

Heimatstaat die im Vergleich dazu immer noch höhere Vergütung der Arbeit diese Form prekärer Selbstständigkeit begünstigt. Hinzukommen dürfte die existenzielle Abhängigkeit von einem Einkommen im Hinblick auf vorübergehende oder dauernde Ausschlüsse von der Grundsicherung für Arbeitsuchende gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II, sodass der Verzicht auf unauskömmliche Selbstständigkeit keine Option wäre.¹²⁸

III. Scheinselbstständigkeit

1. Phänomen

Scheinselbstständigkeit ist keine Beschäftigungsformen wie die anderen hier zu behandelnden. Scheinselbstständigkeit ist nämlich eben gerade keine Selbstständigkeit, sondern abhängige Tätigkeit.¹²⁹ Sie findet daher in den Formen abhängiger Beschäftigung bei einer Tätigkeit im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages (s.o. I) oder auch im Rahmen einer grenzüberschreitenden Entsendung (s.u. IV) statt, nicht aber in Selbstständigkeit (i.S.v. o. II). Im Hinblick darauf, dass der Einsatz Selbstständiger gerade dann, wenn Vertragspartner günstig zu bekommen sind, für den Auftraggeber auch ökonomisch sehr attraktiv sein kann, wird bisweilen versucht, unter diesem Label günstig Arbeitskräfte zu beschaffen, gleichwohl aber die Vorteile aus einem Weisungsrecht zur Steuerung des Arbeitseinsatzes, wie es einem Arbeitnehmer gegenüber besteht (§ 106 GewO, § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB) zu genießen. In diesem Sinne wird beispielsweise von Pflegekräften berichtet, die durch Agenturen aus dem Ausland als „Selbstständige“ in das Inland vermittelt werden, wo sie eine 24-Stundenpflege gewährleisten.¹³⁰ Der Rund-um-die-Uhr-Job macht die Tätigkeit allerdings nicht zur Scheinselbstständigkeit, sondern kann auch eine gegebenenfalls fehlende Selbstbestimmung bedeuten, die angesichts der dauerhaften Verfügbarkeit der Arbeitskraft nahe liegt.

Scheinselbstständigkeit läuft darauf hinaus, die Vorteile aus Selbstständigkeit und Arbeitsverhältnis zu kombinieren – wenn man es positiv formulieren möchte, anders ausgedrückt indes: die Vorteile aus dem Arbeitsverhältnis in Anspruch zu nehmen und gleichzeitig die Lasten des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts abzustreifen.

2. Rechtliche Bewertung

Tatsächlich ist eine solche Möglichkeit nicht gegeben. Grundsätzlich gilt zwar die Privatautonomie, sodass die Parteien autonom entscheiden können, ob sie ihre Rechtsbeziehung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit gestalten wollen. Die Autonomie bezieht sich aber nicht auf die Rechtsfolgen. Vielmehr sind sie im Anschluss an das typentsprechende Recht gebunden.¹³¹ Das gilt zumindest für ein Arbeitsverhältnis. Wenn die Parteien sich für ein Arbeitsverhältnis entschieden haben, können sie nicht vereinbaren, dass auf dieses das Arbeitsrecht keine Anwendung findet. Vielmehr regelt § 611 a Abs. 1 Satz 6 BGB ausdrücklich, dass bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses die Bezeichnung durch die Parteien nicht erheblich ist. Das geht zurück auf die frühere Rechtsprechung des BAG, wonach die Parteien bei Vorliegen eines

¹²⁸ Vgl. zu dieser Erwägung *Birke/Blum*, WSI-Mitt. 2020, 501, 503.

¹²⁹ Vgl. etwa *Hopt*, FS Medicus, 1999, S. 235, 239. Fehlverstanden bei *Rieble*, ZfA 1998, 327, 328 f.

¹³⁰ *Becker/Engel*, WSI-Mitt. 2015, 178, 184.

¹³¹ *Deinert/Heuschmid/Zwanziger/Ulber*, § 2 Rn. 5; vgl. ferner etwa *Deinert*, RdA 2014, 65, 73.

Arbeitsverhältnisses keine Möglichkeit haben, die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auszuschließen.¹³² Wenn die Parteien eine weisungsgebundene Tätigkeit praktizieren, haben sie ein Arbeitsverhältnis vereinbart. Nur umgekehrt hat das BAG anerkannt, dass die Parteien, wenn ihr Rechtsverhältnis sich als ein Vertrag unter Selbstständigen darstellt, dennoch die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts vereinbaren können.¹³³

In eben dieser Weise qualifiziert auch die sozialgerichtliche Rechtsprechung eine Tätigkeit als abhängig oder selbstständig im Anschluss an die Vertragspraxis.¹³⁴ Wer nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls abhängig beschäftigt im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV ist, unterliegt der Sozialversicherungspflicht nach Maßgabe der jeweiligen Bestimmungen der einzelnen Zweige der Sozialversicherung.

3. Rechtsdurchsetzung

Vor diesem Hintergrund erklärt sich der Begriff Scheinselbstständigkeit: es geht um abhängige Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, die angesichts der Bezeichnung der Parteien nur als Selbstständigkeit „scheint“. Wenn dies rechtlich doch als Selbstständigkeit praktiziert wird, hat man es mit einem Defizit der Rechtsdurchsetzung zu tun.

Gerade bei ausländischen Arbeitskräften begünstigt werden dürfte dies dadurch, dass die Bereitschaft zur Durchsetzung der eigenen Rechte vor den Arbeitsgerichten im Hinblick auf die Besorgnis vor einem Arbeitsplatzverlust gering sein wird. So bleibt es letztlich dabei, dass die nicht durchgesetzten Rechte auf der Strecke bleiben. Mittelbar kann allerdings die Rechtsdurchsetzung dadurch begünstigt werden, dass die Behörden der Zollverwaltung nach § 16 AEntG für die Prüfung der Einhaltung der Arbeitgeberpflichten nach dem Entsendegesetz hinsichtlich Vergütung und Urlaub zuständig sind und in dem Rahmen inzident auch prüfen müssen, ob vermeintlich Selbstständige tatsächlich solche oder lediglich scheinselbstständig sind. Ebenso sind die Zollbehörden für die Prüfung der Einhaltung der Mindestlohnpflicht nach § 14 MiLoG zuständig. Solche Prüfungen führen zwar noch nicht dazu, dass die arbeitsrechtlichen Rechte der Scheinselbstständigen durchgesetzt sind. Immerhin aber handelt es sich um die behördliche Prüfung bußgeldbewährter Verpflichtungen, die die stillschweigende Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten insgesamt erschweren.

Weiter noch geht es im Sozialversicherungsrecht. Zwar muss der Arbeitgeber grundsätzlich nur kraft Gesetzes Versicherte nach § 28 a SGB IV bei der Einzugsstelle melden, sodass er im Sinne einer Selbstveranlagung prüfen muss, ob die Voraussetzungen der Versicherung, mithin insbesondere eine abhängige Beschäftigung vorliegen. Allerdings sieht § 28 p SGB IV eine regelmäßige Prüfung durch die Träger der Rentenversicherung vor. Von daher ist mit Blick auf die Sozialversicherung das Praktizieren von Scheinselbstständigkeit nicht ganz so einfach. Das Risiko ist zudem beträchtlich. Beitragsansprüche der Versicherungsträger können nacherhoben werden und verjähren gemäß § 25 Abs. 1 SGB IV erst in vier Jahren, bei Vorsatz sogar erst in 30 Jahren. Dazu genügt es, wenn noch während des Laufs der Verjährungsfrist ein bedingter Vorsatz im Sinne eines Fürmöglichhaltens der Beitragspflicht gefasst wird.¹³⁵ Die Möglichkeit, die Beitragsanteile des Versicherten, in vorliegender Fallgestaltung also eines

¹³² BAG 14.3.2007 – 5 AZR 499/06, NZA-RR 2007, 424, Rn. 13.

¹³³ BAG 21.4.2005 – 2 AZR 125/04, AP Nr. 134 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 25.1.2007 – 5 AZB 49/06, NZA 2007, 580, 581; *Löwisch*, FS Hromadka, 2008, 229 ff.; *Deinert/Heuschmid/Zwanziger/Ulber*, § 2 Rn. 6.

¹³⁴ BSG 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257.

¹³⁵ BSG v. 21.6.1990 - 12 RK 13/89, DB 1992, 2090.

Scheinselbstständigen, von diesem erstattet zu bekommen ist durch das Lohnabzugsverfahren nach § 28 g SGB IV nur sehr eingeschränkt möglich. Denn nach der Rechtsprechung des BAG sperren diese Schranken auch andere Rückgriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers.¹³⁶

Zudem droht im Falle der Beschäftigung Scheinselbstständiger eine strafrechtliche Verfolgung nach § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt).¹³⁷ In bestimmten Tätigkeitsbereichen, insb. am Bau, in der Fleischwirtschaft und in der Paketzustellung, also gerade auch in Bereichen, in denen häufig ausländische Arbeitskräfte zum Einsatz kommen, ist schließlich eine Haftung des Auftraggebers für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge durch den Nachunternehmer nach § 28 e Abs. 3a ff. SGB IV und § 3 GSA Fleisch vorgesehen.

IV. Entsendungen

1. Rechtliche Konstruktion

Im Falle einer Entsendung besteht ein Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, der den Arbeitnehmer in das Inland entsendet. So definiert es die europäische Entsenderichtlinie in ihrem Art. 1 Abs. 3 für die verschiedenen in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Konstellationen. Der Unterschied zu einer Werkvertragskonstruktion (s.o. I.) liegt darin, dass der Arbeitnehmer nicht regelmäßig im Inland beschäftigt wird, sondern vorübergehend in das Inland entsandt wird.

Wie oben (I.) gezeigt, ist auf Arbeitsverträge in der Regel das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes anwendbar. Eine Entsendung in das Inland ist daher besonders interessant für Fälle, in denen der gewöhnlichen Arbeitsort zu einer Rechtsordnung führt, die günstigere Bedingungen vorsieht, sodass der Arbeitgeber - und in der Folge auch dessen Auftraggeber - vom Sozialkostengefälle profitieren kann. Das betrifft besonders Entlohnungsvorschriften, aber auch andere kostenintensive Regelungen, wie etwa Urlaubsrecht.

2. Anwendbares Arbeitsrecht

a) *Arbeitsvertragsstatut*

Hinsichtlich des Rechts des gewöhnlichen Arbeitsortes regelt Art. 8 Abs. 2 der Rom I-Verordnung in Satz 2, dass eine vorübergehende Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat (Entsendung) das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes nicht berührt. Es bleibt also das Heimatrecht weiterhin anwendbar. Dabei ist mit der h.M. davon auszugehen, dass eine vorübergehende Entsendung dann ausgeschlossen ist, wenn es an einer Rückkehrintention fehlt und die Entsendung mithin eine endgültige ist.¹³⁸ In diesem Falle kommt es zum Statutenwechsel, sodass nunmehr ein neues Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes zur Anwendung berufen ist. Eine vorgetäuschte Entsendung hat arbeitsrechtlich keine Relevanz. Wenn in Wirklichkeit eine Dauerentsendung vorliegt, ist es zum Statutenwechsel gekommen

¹³⁶ Vgl. BAG 3.4.1958 – 2 AZR 469/56, BAGE, 6, 7, 10 f.

¹³⁷ Instrukтив: BGH 13.12.2018 – 5 StR 275/18, GmbHR 2019, 278.

¹³⁸ *Magnus*, IPRax 2010, 27, 40; *Mankowski*, in: Ferrari/Leible, S. 171, 185 f.; Ferrari/*Staudinger*, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 22; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 103.

und es ist ohne Weiteres das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes anwendbar.¹³⁹ Dies können Behörden und Gerichte zugrunde legen und der Arbeitnehmer kann Klagen hierauf stützen. Mit Blick auf das anwendbare Sozialversicherungsrecht erzeugt eine A1-Bescheinigung über den Anschluss an das System des Herkunftsstaates zwar Bindungswirkung (s.u. 3). Diese beschränkt sich aber auf die Vorschriften der sozialen Sicherheit und erstreckt sich nicht auf andere Rechtsgebiete wie etwa das Arbeitsrecht.¹⁴⁰ Anders kann es nur sein, wenn die bescheinigte Sozialversicherungspflicht für andere Rechtsnormen präjudiziell ist.¹⁴¹ Darum geht es hier aber nicht.

b) Betriebliche Interessenvertretung

Hinsichtlich der Interessenvertretung ist nicht das Arbeitsvertragsstatut maßgeblich, sondern das Betriebsverfassungsstatut. Für die Betriebsverfassung gibt es keine Kollisionsnorm. Die Rechtsprechung folgt insoweit dem Territorialitätsprinzip.¹⁴² Demgegenüber ist m.E. vorzugswürdig eine Anknüpfung an den Lageort des Betriebes,¹⁴³ was für die hier interessierenden Konstellationen aber keinen Unterschied macht. Was die konkrete Vertretung des Arbeitnehmers durch den Betriebsrat angeht, geht es letztlich um die Frage einer Eingliederung in einen im Inland belegenen Betrieb im Sinne des BetrVG.¹⁴⁴ Daran wird es in der Regel bei entsandten Arbeitnehmern fehlen, weil diese bestenfalls in einen im Ausland belegenen Betrieb eingegliedert sind. Ausnahmen sind aber denkbar, wenn Arbeitnehmer in einen inländischen Betrieb eingegliedert werden, wie dies insbesondere bei transnationalen Konzernentsendungen denkbar ist.¹⁴⁵

c) Eingriffsrecht des Aufnahmestaates

Die Entsenderichtlinie sieht für diese Entsendefälle bestimmte rechtliche Regelungen vor, die die Anwendung arbeitsrechtlicher Mindeststandards für entsandte Arbeitnehmer nach dem Recht des Aufnahmestaates vorschreiben. Dies betrifft die Erstreckung von Entlohnungsbestimmungen, Urlaubsbestimmungen, Arbeitsschutzrecht und Schutzvorschriften für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche sowie Diskriminierungsverbote. Diese Regelungen kommen unabhängig vom kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen Arbeitsrecht zur Anwendung. Wer also beispielsweise unter romänischem oder polnischem Recht im Inland arbeitet, genießt gleichwohl die Rechte nach den erstreckten Bestimmungen des deutschen Rechts.

¹³⁹ *Deinert*, SDSRV 68 (2018), 75, 86.

¹⁴⁰ EuGH 14.5.2020 - C-17/19, NZA 2020, 1237 - Bouygues travaux publics; vgl. auch *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407 ff.; *Deinert*, SDSRV 68 (2018), 75, 99; so wohl auch *Kruse*, Entsendung von Arbeitnehmern und grenzüberschreitende Tätigkeit Selbstständiger nach der VO (EG) 883/2004 (2015) 158; a.A. eine früher verbreitete Sicht in Deutschland, etwa BayLSG 27.2.2007 - L 5 KR 32/04, EzAÜG SGB IV Nr. 37; *Brors/Schüren*, NZA 2014, 569, 572; *Wilde*, NZS 2016, 48, 51; wohl auch, zumindest für das Strafrecht, *Hennecke*, EWS 2017, 266, 267.

¹⁴¹ So für den Fall der Strafbarkeit in Abhängigkeit vom sozialrechtlichen Tatbestand EuGH 2.4.2020 - C-370/17 ua, EuZW 2020, 716 - Vueling Airlines.

¹⁴² BAG 1.10.1974 – 1 ABR 77/73, AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972; BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972.

¹⁴³ Vgl. *Deinert*, Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung, S. 31 f. m.w.N.

¹⁴⁴ *Deinert*, Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung, S. 31 f.

¹⁴⁵ *Deinert*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, S. 73 f.

Die Umsetzung in das deutsche Recht erfolgte durch das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG). Dabei regelt § 2 AEntG die von einem entsendenden Arbeitgeber einzuhaltenden Arbeitsbedingungen. §§ 3 ff. AEntG regeln die Erstreckung solcher Arbeitsbedingungen, soweit sie in Tarifverträgen bzw. einer Rechtsverordnung über die Entlohnung nach §§ 7, 7a AEntG geregelt sind. Solche Tarifverträge sind unabhängig vom Sitz des Arbeitgebers und unabhängig von einer Entsendekonstellation nach § 8 AEntG zwingend anzuwenden. Die nach dem AEntG erstreckten Rechtsnormen sind dabei sog. Eingriffsrecht i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung.

Damit hat das Entsendegesetz eine hybride Funktion. Es regelt einerseits Mindestarbeitsbedingungen für entsandte Arbeitskräfte, die unter einem fremden Arbeitsvertragsstatut im Inland tätig werden. Andererseits ist es ein Instrument der Mindestlohnfestsetzung auf tarifautonomer Basis oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns nach dem MiLoG.

Die Entsenderichtlinie wurde vor mehr als drei Jahren reformiert durch die Richtlinie (EU) 2018/957¹⁴⁶. Die Änderungsrichtlinie sieht vor

- eine Anwendung tarifvertraglicher Mindestvorschriften auf entsandte Arbeitnehmer in allen Branchen statt nur im Baugewerbe,
- die Anwendung zwingender Lohnvorschriften des Aufnahmestaates, nicht nur der Mindestlöhne,
- Regelungen zu Unterkunft, Zulagen, Reisekosten und Kostenerstattung,
- Anwendung von Leiharbeitsvorschriften des Aufnahmestaates bei grenzüberschreitender Überlassung und
- vollständige Anwendung des Arbeitsrechts des Aufnahmestaates bei Entsendungen über zwölf bzw. 18 Monate hinaus.

Die Richtlinie ist mit dem Unionsrecht vereinbar.¹⁴⁷ Sie wurde in der Bundesrepublik durch Gesetz vom 10. Juli 2020 umgesetzt.¹⁴⁸ Seither ist u.a.

- eine Erstreckung der Entlohnung unter Einschluss von Zuschlägen und Zulagen vorgesehen (§ 2a AEntG),
- die Anrechnung von Entsendezulagen nur möglich, wenn diese nicht der Erstattung von Entsendekosten dienen (§ 2b AEntG),
- eine Erstreckung der Anforderungen an Unterkünfte möglich gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 AEntG,
- eine Erstreckung sämtlicher Arbeitsbedingungen (mit Ausnahme von Kündigung, Befristung, Wettbewerbsverbot und betrieblicher Altersversorgung) ab einer zwölfmonatigen Entsendedauer, wobei der Zeitraum durch Mitteilung des Arbeitgebers auf 18 Monate verlängert werden kann (§ 13 b AEntG), vorgesehen und

¹⁴⁶ Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 173/16; dazu *Franzen*, EuZA 2019, 3 ff.; *Kellerbauer*, EuZW 2018, 846 ff.; *Klein/Schneider*, SR 2019, 21 ff.; *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433 ff.

¹⁴⁷ EuGH 8.12.2020 – C-620/18, NZA 2021, 113 – Ungarn / EP, Rat.

¹⁴⁸ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen v. 10.7.2020, BGBl. I 1657; dazu *Braun*, BB 2020, 1780 ff.; *Klapp*, SozSich 2020, 272 ff.; *Mävers*, DB 2020, 1686 ff.; *Walser*, RdA 2021, 90 ff.

- es findet eine Zusammenrechnung von Zeiten der Entsendung bei Kettenentsendungen statt (§ 13 c Abs. 7 AEntG).

d) Durchsetzung

Zur Durchsetzung der Pflichten aus dem Entsendegesetz sind die Behörden der Zollverwaltung gemäß § 16 AEntG zuständig (s.o.). Berichtet wird allerdings, dass die Kontrolle bei Rechtsverstößen oftmals nicht effektiv ist, etwa wenn die Zollbehörden auf die Zusammenarbeit mit der Verwaltung im Herkunftsstaat angewiesen sind.¹⁴⁹ Ob die Umsetzung sog. „Enforcementrichtlinie“ 2014/67/EU¹⁵⁰ insoweit Verbesserungen bringen wird, bleibt abzuwarten.

Im Falle des Einsatzes entsandter Arbeitnehmer im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen greift zudem eine Auftraggeberhaftung gemäß § 14 AEntG, die die Rechtsprechung des BAG allerdings einschränkend auslegt. Danach setzt die Haftung eine besondere Verantwortungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer voraus. Diese sei nur gegeben, wenn der Auftraggeber eine eigene Verpflichtung an seinen Auftragnehmer weitergebe. Dementsprechend sei ein Bauherr, der einen Generalunternehmer mit der Errichtung eines Gebäudes beauftragt, nicht von der Haftung nach § 14 AEntG erfasst.¹⁵¹

Im Falle der Entsendung ist mangels gewöhnlichen Arbeitsortes im Inland in der Regel kein inländischer Gerichtsstand nach der Brüssel Ia-Verordnung eröffnet (s.o. I. 2.). Zur Durchsetzung der durch das Entsenderecht erstreckten Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer ist aber für Klagen auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem AEntG für die Zeit einer Inlandsbeschäftigung ein inländischer Gerichtsstand nach § 15 Satz 1 AEntG eröffnet.

e) Dauerentsendekonstellationen

Insbesondere durch die Regelungen des § 13 b AEntG über die Geltung zusätzlicher Arbeitsbedingungen im Falle einer längeren Entsendung von mehr als zwölf bzw. 18 Monaten ist die Problematik von Dauerentsendungen, soweit sie nicht als endgültige ohnehin nach den Ausführungen o. 1. zu einem Statutenwechsel führen, insoweit entschärft, als die Nutzung eines Sozialkostengefälles durch einen entsendenden Arbeitgeber und dessen Auftraggeber weitestgehend entfällt. Sozialpolitisch fragwürdig bleibt die Möglichkeit, dass ein Arbeitgeber im Ausland seine Arbeitnehmer in wechselnde Mitgliedstaaten unter Einhaltung der Höchstfristen für vorübergehende Entsendungen entsendet. Zur Anwendung des § 13 b AEntG kommt es in diesem Falle nicht, weil keine der Zusammenrechnungsvorschriften des § 13 c AEntG für diese Konstellation einschlägig ist. Ohnehin ist zweifelhaft, ob dies eine von der Entsenderichtlinie erfasste Entsendung ist. Denn nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie ist ein entsandter Arbeitnehmer ein solcher, „der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.“ Wenn ein Arbeitnehmer wechselnd in

¹⁴⁹ *Wagner*, WSI-Mitt. 2015, 338, 342.

¹⁵⁰ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.05.2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. L 159/11; dazu *Cesnovar*, DRdA 2014, 461 ff.; *Janda*, SR 2016, 1,10 ff.; *Deinert*, SDSRV 68 (2018), 75, 85 f.;

¹⁵¹ BAG 16.10.2019 – 5 AZR 241/18, NZA 2020, 112.

verschiedenen Mitgliedstaaten tätig wird, ist der Herkunftsstaat nämlich nicht mehr der Staat, in dessen Hoheitsgebiet normalerweise gearbeitet wird.

Zweifelhaft ist in einer solchen Konstellation ohnehin, welches Recht auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist. Der gewöhnliche Arbeitsort liegt dann jedenfalls nicht mehr ohne weiteres im Heimatland des Arbeitgebers. Möglicherweise kann das objektive Vertragsstatut, das ja wie gezeigt auch die Wirkungen einer Rechtswahl im Sinne des Günstigkeitsprinzips beschränken kann, gleichwohl nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung bestimmt werden, wenn es nämlich einen Ort gibt, *von dem aus* der Arbeitnehmer tätig wird.¹⁵² Das kann das Heimatland des Arbeitgebers sein, aber auch ein Ort in einem der Aufnahmestaaten. Ansonsten kommt es jedenfalls zur Anwendung der Niederlassungsanknüpfung gemäß Art. 8 Abs. 3 Rom I-Verordnung. Diese legt der EuGH auch strikt im Sinne einer Anknüpfung an den Ort der Niederlassung aus, durch die die Einstellung vorgenommen wurde,¹⁵³ nicht etwa an eine Niederlassung, von der aus effektiv die Personalführung stattfindet.

Aus Sicht des deutschen Rechts kommen dann aber immer noch die Mindestarbeitsbedingungen nach §§ 2, 3 ff. AEntG zur Anwendung, weil diese unabhängig von einer Entsendekonstellation greifen, soweit ein Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz im Ausland im Inland tätig wird.

f) Entsendung durch Subunternehmer

Der Einsatz von Subunternehmern, die ihre Arbeitnehmer ins Inland entsenden, unterliegt keinen besonderen Vorschriften, vielmehr kommen dieselben Bestimmungen zur Anwendung wie bei „klassischen“ Entsendefällen. Insoweit spielt es auch keine Rolle, ob der Auftragnehmer, der einen Subunternehmer einsetzt, seinerseits im Inland oder Ausland seinen Sitz hat. Das anwendbare Recht bestimmt sich nach der Rom I-Verordnung mit nur eingeschränkten Rechtswahlmöglichkeiten in Hinblick auf das Günstigkeitsprinzip, wobei eine vorübergehende Entsendung mit Blick auf das objektive Vertragsstatut ohne Bedeutung bleibt. Unabhängig vom sonst auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht greifen die Bedingungen nach dem AEntG jedenfalls als Eingriffsrecht.

g) Entsendung von Leiharbeitern

Auch für entsandte Leiharbeitnehmer gilt grundsätzlich nichts anderes. Das Entsenderecht kommt nach § 2 Abs. 2 AEntG auch dann zur Anwendung, wenn ein Verleiher im Ausland einen Arbeitnehmer an einen Entleiher im Ausland überlässt, der den Arbeitnehmer im Inland beschäftigt, desgleichen wenn er den Arbeitnehmer ins Inland überlässt. Auch die Erstreckung weiterer Arbeitsbedingungen im Falle länger dauernder Entsendungen gemäß § 13 b AEntG gilt nach dessen Abs. 1 Satz 2 in einer solchen Konstellation. Außerdem muss der Verleiher tarifvertragliche Arbeitsbedingungen nach § 8 Abs. 3 AEntG für Tätigkeiten im Bereich des Tarifvertrages gewähren, auch wenn der Entleiherbetrieb nicht in den Anwendungsbereich des Tarifvertrages fällt.

Ferner werden die Zusammenrechnungsvorschriften des § 13 c Abs. 1 und 2 AEntG ebenso wie im Falle normaler Entsendungen angewendet, wenn ein Entleiher im Ausland den

¹⁵² Vgl. zum Recht vor Inkrafttreten der Rom I-Verordnung auch EuGH 1.3.2011 – C-29/10, EuZW 2011, 302 – Koelzsch.

¹⁵³ EuGH 15.12.2011 – C-384/10, EuZW 2012, 61 – Voogsgeerd.

Leiharbeitnehmer im Inland beschäftigt (§ 13 c Abs. 3 Satz 2 AEntG). Das gilt auch für die Zusammenrechnung mit Beschäftigungszeiten eines abgelösten Leiharbeitnehmers nach § 13 c Abs. 7 AEntG. Im Fall eines Verleihs in das Inland werden nach § 13 c Abs. 3 Satz 1 AEntG alle Beschäftigungszeiten im Rahmen des Überlassungsvertrages zusammengerechnet.

3. Sozialversicherung

Hinsichtlich der Sozialrechtskoordinierung bleibt es ebenfalls bei der Anwendbarkeit des heimischen Sozialversicherungsrechts im Falle einer Entsendung. Nach Art. 12 Abs. 1 der Koordinierungsverordnung bleiben die Rechtsvorschriften anwendbar, solange die Entsendung 24 Monate nicht überschreitet. Auch hier bringt die Entsendung für den Arbeitgeber sowie dessen Auftraggeber einen komparativen Kostenvorteil im Falle eines Sozialkostengefälles. Zur Vermeidung von Missbräuchen hat die Rechtsprechung aber bereits früher eine nennenswerte Tätigkeit des Arbeitgebers im Herkunftsstaat gefordert, die sich nicht in bloßen Verwaltungstätigkeiten erschöpft.¹⁵⁴ Dies wurde zwischenzeitlich durch Art. 14 Abs. 2 der Durchführungsverordnung (EU) 987/2009 kodifiziert. So wird eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Vorteile des Entsenderechts durch Einsatz sogenannter „Briefkastenfirmen“ verhindert.¹⁵⁵ Eine Beschäftigung kann im Übrigen auch damit beginnen, dass in das Ausland entsandt wird. Das setzt nach Art. 14 Abs. 1 der Durchführungsverordnung aber voraus, dass die zu entsendende Person unmittelbar zuvor dem Heimatrecht des entsendenden Unternehmens unterstellt war. Nach dem Beschluss A2 der Verwaltungskommission erfordert dies mindestens einen Monat der Unterstellung unter diese Rechtsvorschriften.¹⁵⁶

Demgegenüber führt eine Entsendung von mehr als 24 Monaten nach Art. 12 Abs. 1 der Koordinierungsverordnung zu einem Statutenwechsel. Nach dieser Bestimmung darf es sich nicht um die Ablösung einer anderen entsandten Person handeln. Es greift damit ein Verbot der Kettenentsendung.¹⁵⁷ Auch sozialversicherungsrechtlich sind Dauerentsendungen mithin nicht vorgesehen. Hingegen kann bei Mehrfachbeschäftigungen unter Umständen nach Art. 13 der Koordinierungsverordnung an den Wohnmitgliedstaat oder an den Sitz des Arbeitgebers geknüpft werden. Es wurde allerdings bereits darauf hingewiesen, dass diese Regelung zur Vermeidung einer Umgehung der Beschäftigungsortanknüpfung vom EuGH einschränkend dahin ausgelegt wird, dass die Einsätze in den verschiedenen Mitgliedstaaten zwölf Monate nicht überschreiten dürfen (s.o. I. 5.).

Anders als im Arbeitsrecht ist die Rechtsdurchsetzung in diesen Konstellationen aber schwieriger. Da das Koordinierungsrecht nach Art. 11 der Verordnung (EU) 883/2004 davon ausgeht, dass nur ein Mitgliedstaat zuständig sein kann, muss der Arbeitgeber nach Art. 15 Abs. 1 der Durchführungsverordnung eine Entsendung im Vorhinein beim zuständigen Sozialversicherungsträger anzeigen, der nach Art. 19 Abs. 2 der Durchführungsverordnung eine Bescheinigung über die Anwendung seiner Rechtsvorschriften ausstellt. Diese sogenannte A1-Bescheinigung ist für die Träger des Aufnahmestaates bindend gemäß Art. 5

¹⁵⁴ EuGH 10.2.2000 - C-202/97, NZS 2000, 291 - Fitzwilliam; ferner EuGH 9.11.2000 - C-404/98, Slg. 2000 I-939 – Plum.

¹⁵⁵ Janda, SR 2016, 1, 6.

¹⁵⁶ Beschluss Nr. A 2 v. 12.6.2009 zur Auslegung des Artikels 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der auf entsandte Arbeitnehmer sowie auf Selbstständige, die vorübergehend eine Tätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat ausüben, anzuwendenden Rechtsvorschriften, ABl. 2010 C 106/5.

¹⁵⁷ Eichenhofer, ZESAR 2013, 439, 440; Deinert, SDSRV 68 (2018), 75, 91.

Abs. 1 der Durchführungsverordnung. Das gilt prinzipiell bei fehlerhaften Bescheinigungen.¹⁵⁸ Zudem greift diese Bindungswirkung auch bei rückwirkenden A1-Bescheinigungen.¹⁵⁹ Bei Zweifeln kann beim ausstellenden Träger um Überprüfung und gegebenenfalls Zurückziehung der Bescheinigung ersucht werden. Auch gibt es ein nicht bindendes¹⁶⁰ Vermittlungsverfahren. Wenn dies aber nicht zum Erfolg führt, scheidet die Bindungswirkung nur dann aus, wenn jemand sich betrügerisch oder missbräuchlich in den Genuss von Vorteilen aus dem Unionsrecht setzen möchte.¹⁶¹ Das setzt in jedem Falle die Einleitung des Dialog- und Vermittlungsverfahrens nach Art. 5 Abs. 2 und 3 der Durchführungsverordnung¹⁶² und das Unterbleiben einer Überprüfung durch den ausstellenden Träger innerhalb angemessener Frist voraus. Ansonsten bleibt zur Beseitigung der Bindungswirkung allein die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens beim EuGH gegen den Mitgliedstaat des ausstellenden Trägers¹⁶³ - ein zur Klärung von Einzelfällen denkbar ungeeignetes Verfahren.¹⁶⁴ Eine Bindungswirkung der A1-Bescheinigung beschränkt sich ohnedies auf das Recht der sozialen Sicherheit (vgl. o. 2. a)).

Als problematisch erweist es sich allerdings, wenn ein heimischer Sozialversicherungsträger nach dem Koordinierungsrecht zuständig ist und die Beiträge nicht nach dem im Aufnahmestaat geschuldeten Entsendemindestlohn entrichtet werden, sondern nach der nach Heimatrecht geschuldeten Vergütung¹⁶⁵. Davon abgesehen, dass das nach dem anwendbaren Sozialversicherungsrecht gar nicht zwingend rechtswidrig sein muss, fehlen den Behörden des Aufnahmestaats in einem solchen Fall Möglichkeiten zur Durchsetzung.

4. Fazit

Nach allem ist zu konstatieren, dass im Falle einer Entsendung zunächst das heimische Arbeits- und Sozialrecht anwendbar bleibt. Der Arbeitgeber und sein Auftraggeber profitieren insoweit von einem eventuellen Sozialkostengefälle.¹⁶⁶ Entsandte ausländische Arbeitskräfte genießen daher in Entsendekonstellationen dieser Art möglicherweise ungünstigere Bedingungen als regelmäßig im Inland tätige Arbeitnehmer. Das erscheint auch in rechtspolitischer Hinsicht an sich unproblematisch und ist im primären Unionsrecht bereits dadurch angelegt, dass entsendende Arbeitgeber von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen.¹⁶⁷ Für entsandte Arbeitskräfte, die regelmäßig im Ausland leben und arbeiten, mithin am sozialen Leben im Aufnahmestaat in der Regel nicht teilhaben, kann dies für die Dauer einer Entsendung durchaus zumutbar sein. Das Entsenderecht versucht hier einen Ausgleich zwischen den

¹⁵⁸ Vgl. für den Fall des offensichtlich nicht eröffneten Anwendungsbereichs EuGH 24.4.2017 - C-620/15, ZESAR 2018, 174 - A-Rosa.

¹⁵⁹ EuGH 6.9.2018 - C-527/16, NZA 2018, 1253, Rn. 70 ff. – Alpenrind.

¹⁶⁰ EuGH 6.9.2018 - C-527/16, NZA 2018, 1253, Rn. 58 ff. – Alpenrind.

¹⁶¹ EuGH 6.2.2018 - C-359/16, ZESAR 2018, 433 - Altun u.a.

¹⁶² Dazu Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Beschluss Nr. A1 v. 12.6.2009 über die Einrichtung eines Dialog- und Vermittlungsverfahrens zu Fragen der Gültigkeit von Dokumenten, die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften und der Leistungserbringung gemäß der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2010 C 106/1.

¹⁶³ EuGH 10.2.2000 - C-202/97, NZS 2000, 291, Rn. 51 ff. - Fitzwilliam; EuGH 30.3.2000 - C-178/97, EuroAS 2000, 100, Rn 38 ff. - Banks; EuGH 24.4.2017 - C-620/15, ZESAR 2018, 174, Rn. 39 ff. - A-Rosa.

¹⁶⁴ Klein, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2015, 76, 87

¹⁶⁵ Vgl. Becker/Engel, WSI-Mitt. 2015, 178, 184.

¹⁶⁶ Vgl. Wagner, WSI-Mitt. 2015, 338, 340.

¹⁶⁷ EuGH 23.11.1999 - C-369/96 u.a., Slg. 1999 I-8453 – Arblade; EuGH 9.8.1994 – C-43/93, AP Nr. 1 zu Art. 59 EWG-Vertrag – Vander Elst; EuGH 27.3.1990 – C-113/89, NZA 1990, 653 – Rush Portuguesa.

Interessen des entsendenden Arbeitgebers, seiner Arbeitnehmer und des Aufnahmestaates zu erreichen, in dem zunächst nur ein sogenannter „harter Kern“¹⁶⁸ von Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt wird. Mit zunehmender Entsendedauer kommt es dann aber zur nahezu vollständigen Anwendung des Rechts des Aufnahmestaates, zunächst im Arbeitsrecht mit wenigen Ausnahmen¹⁶⁹ nach zwölf bzw. 18 Monaten, nach 24 Monaten auch im Sozialversicherungsrecht.

Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit. In Bezug auf die Verpflichtung von Nachunternehmern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hat der Gerichtshof in der Bundesdruckerei-Entscheidung ausgeführt, dass es unverhältnismäßig sei, Arbeitsbedingungen, die in dem Staat vorgeschrieben sind, von dem aus der Auftrag vergeben wird, auf Arbeitnehmer zu erstrecken, die ausschließlich im Ausland tätig werden.¹⁷⁰ Maßgeblich war insoweit, dass diese Arbeitnehmer keinen Bezug zu den Lebenshaltungskosten im Auftraggeberstaat haben.¹⁷¹ Demgegenüber kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Wege der Erstreckung eines Vergabemindestlohns auf im Inland tätig werdende Arbeitnehmer durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden wie der EuGH in der RegioPost-Entscheidung für Zustelldienste im Inland klargestellt hat.¹⁷²

¹⁶⁸ So die Bezeichnung in Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 96/71/EWG.

¹⁶⁹ Regelungen über Abschluss und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Wettbewerbsverbote und Betriebsrentenrecht.

¹⁷⁰ EuGH 18.9.2014 – C-549/13, NZA 2014, 1129 – Bundesdruckerei.

¹⁷¹ EuGH 18.9.2014 – C-549/13, NZA 2014, 1129, Rn. 33 f. – Bundesdruckerei.

¹⁷² EuGH 17.11.2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 – RegioPost.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Tätigkeit von Arbeitnehmern, die im Inland für einen Arbeitgeber tätig werden zur Ausführung von **Werk- oder Dienstverträgen** für ein drittes Unternehmen, unterliegt regelmäßig der Anwendbarkeit deutschen Arbeitsrechts, das auch rechtswahlfest ist, insoweit nur günstigere Vorschriften eines gewählten Rechts zur Anwendung kommen können. Auch ist ein inländischer Gerichtsstand gegeben. In diesen Fällen greift auch ein deutsches Sozialversicherungsstatut. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer in solchen Situationen das Recht, gleich behandelt zu werden. Dies verhindert aber keine schlechtere Behandlung, die darauf beruht, dass eine andere, schlechter bewertete Tätigkeit ausgeübt wird.

Allerdings wirkt sich eine zunehmende Fragmentierung der Belegschaften unter Umständen nachteilig aus, namentlich wenn ausländische Arbeitskräfte gerade in Niedriglohnbranchen in outgesourceten Bereichen für Drittunternehmen tätig werden. Hier versagt der Gleichbehandlungsgrundsatz ebenso wie die betriebliche Interessenvertretung. Denn beides kommt nicht über die rechtliche Trennung zwischen dem Arbeitgeber und einem Auftraggeberunternehmen hinweg. Unter Umständen sind auch andere Tarifverträge anzuwenden, soweit überhaupt Tarifgebundenheit gegeben ist. Hinzu kommt, dass die Fragmentierung bewirken kann, dass arbeitsrechtliche Schwellenwerte nicht erreicht werden.

Durch intensives Outsourcing bis hin zum Kern der unternehmerischen Wertschöpfung kann dadurch gezielt eine Kostensenkung über das Arbeits- und Sozialrecht angestrebt werden, die besonders migrante Beschäftigte trifft, wenn diese vor allem in den davon betroffenen Bereichen tätig sind.

Solche prekären Arbeitsbedingungen können dann auch auf die sozialversicherungsrechtliche Situation durchschlagen, etwa wenn es um Entgeltersatzleistungen geht.

Derartige Dienst- und Werkvertragskonstellationen können Abstimmungsprobleme begünstigen, die auf die Verletzung des Arbeitsrechts hinauslaufen, und sogar bewusst zum Verschleiern von Rechtsbrüchen genutzt werden.

Weitere Nachteile können sich aus instabilen Beschäftigungsbeziehungen ergeben, sodass Wartezeiten immer wieder von Neuem erfüllt werden müssen. Sozialversicherungsrechtlich kann dies dazu führen, dass Anwartschaftszeiten durch unstetige Beschäftigungen verfehlt werden.

Noch schwieriger stellt sich die Situation für **Soloselbstständige** dar. Sie werden regelmäßig nicht durch das Arbeitsrecht geschützt. Auch das Sozialversicherungsrecht ist in der Regel nicht anwendbar. Ausnahmen sind insbesondere partiell in der Rentenversicherung und in der Unfallversicherung gegeben. Ansonsten gibt es nur einen rudimentären technischen Arbeitsschutz, obwohl das ArbSchG im Übrigen allgemein keine Anwendung findet. Der fehlende arbeitsrechtliche Schutz wird auch nicht adäquat durch einen alternativen zivilrechtlichen Schutz ersetzt. Ein wenig besser stellt sich die Situation für Heimarbeiter und partiell auch für arbeitnehmerähnliche Personen dar. Heimarbeiter sind anders als arbeitnehmerähnliche Personen und Selbstständige im Übrigen den Beschäftigten in der Sozialversicherung gleichgestellt.

Das Modell der Selbstvorsorge, dem der schwach ausgeprägte Schutz durch Arbeits- und Sozialrecht für Selbstständige folgt, droht insbesondere dort zu versagen, wo auf kostenumkämpften Märkten diese Vorsorgekosten nicht mehr einkalkuliert werden können.

Auch hier geht es um Bereiche, in denen ausländische Arbeitskräfte oftmals tätig werden, wie etwa in der Pflege oder der Paketzustellung.

Scheinselbstständige unterliegen an sich dem Arbeits- und Sozialrecht. Während das Sozialrecht durch Versicherungsträger durchgesetzt werden kann, zudem unterstützt durch eine Nachunternehmerhaftung in den gerade für prekäre Tätigkeiten ausländischer Beschäftigter anfälligen Bereichen des Baus, der Fleischwirtschaft und der Paketbranche, sind die Arbeitnehmer arbeitsrechtlich auf die individuelle Rechtsdurchsetzung verwiesen.

Anders als konzeptionell in den vorstehend beschriebenen Fällen profitieren Auftraggeber und Auftragnehmer in Falle der **Entsendung** von Arbeitnehmern von einem möglichen Sozialkostengefälle. Grundsätzlich bleibt bei einer Entsendung das heimische Arbeitsrecht wie das heimische Sozialversicherungsrecht anwendbar. Im Arbeitsrecht kommt es aber zur Durchsetzung eines sogenannten harten Kerns von Schutzvorschriften des Aufnahmestaates. Bei einer Dauerentsendung ab zwölf bzw. 18 Monaten kommt indes im Wesentlichen das gesamte Arbeitsrecht zur Anwendung, sodass das Sozialkostengefälle nicht mehr genutzt werden kann. Ähnlich ist es im Sozialversicherungsrecht, allerdings mit der Besonderheit, dass Einsendungen bis zu 24 Monate unter fortbestehendem Anschluss an das Herkunftssystem möglich sind. Einer Umgehung über ein Mehrfachbeschäftigungsmodell sind insofern Grenzen gesetzt, als die Einsatzzeiten in einzelnen Mitgliedstaaten zwölf Monate nicht übersteigen dürfen. Als besonders problematisch erweist es sich allerdings, dass eine sogenannte A1-Bescheinigung die Versicherungsträger des Aufnahmestaates daran hindert, ihr eigenes Sozialversicherungsrecht zur Anwendung zu bringen, solange die Träger des Heimatstaates die Bescheinigung nicht zurückziehen. Eine Ausnahme davon greift nur unter den engen Voraussetzungen des Betrugs bzw. Missbrauchs.

D. Literaturverzeichnis

Ansay Tuğrul / Gessner, Volkmar (Hrsg.), *Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht*, München 1974.

Ascheid, Rainer / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Kündigungsrecht (APS)*, 6. Aufl., München 2021.

Bayreuther, Frank, *Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten*, BMAS-Forschungsbericht Nr. 508, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2018.

Becker, Karina / Engel, Thomas, *Reduziertes Schutzniveau jenseits der Normalarbeit*, WSI-Mitt. 2015, 178.

Beppler, Klaus, *Sprachrisiko bei Arbeitsvertrag und Nachweis*, in: Kohte, Wolfhard / Absenger, Nadine (Hrsg.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs*, Festschrift für Armin Höland, Baden-Baden 2015, S. 452.

Bieback, Karl-Jürgen, *Neue Selbstständigkeit und soziale Sicherheit - Notwendigkeit einer Neuorientierung*, SozF 1999, 166.

Birke, Peter, *Die Fleischindustrie in der Coronakrise: Eine Studie zu Migration, Arbeit und multipler Prekarität*, Sozial.Geschichte Online 29 (2021), S. 41.

Birke, Peter / Bluhm, Felix, *Der Skandal und die Folgen, Perspektiven der Abschaffung von Werkverträgen und Leiharbeit in der Fleischindustrie*, WSI-Mitt. 2020, 501.

Bluhm, Felix / Birke, Peter / Stieber, Thomas, *Hinter den Kulissen des Erfolgs, Eine qualitative Untersuchung zur Ausbildung und Erwerbsarbeit von Geflüchteten*, SOFI Working Paper 2020-21.

Boecken, Winfried / Düwell, Franz Josef / Diller, Martin / Hanau, Hans (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht (NK-GA)*, Baden-Baden 2016.

Boemke, Burkhard, *Neue Selbstständigkeit und Arbeitsverhältnis*, ZFA 1998, 285.

Bosch, Gerhard / Weinkopf, Claudia, *Arbeitsverhältnisse im Dienstleistungssektor*, WSI-Mitteilungen 2011, 439.

Brücker, Herbert / Fendel, Tanja / Guichard, Lucas / Gundacker, Lidwina / Jaschke, Philipp / Keita, Julia / Kosyakowa, Yuliya / Vallizadeh, Ehsan, *Fünf Jahre „Wir schaffen das“*, Eine Bilanz der Perspektive des Arbeitsmarktes, IAB-Forschungsbericht 11/2020.

Braun, Björn, *Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957*, BB 2020, 1780.

Brors, Christiane / Schüren, Peter, *Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz*, NZA 2014, 569.

Butzer, Hermann, *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, Tübingen 2001 (zugl. Bochum, Univ. Habil. 2000).

Cesnovar, Christof, *Bringt die neue Durchsetzungs-RL zur Entsende-RL die erhofften Lösungen zum Schutz der ArbeitnehmerInnen Europas?*, DRdA 2014, 461.

Costello, Cathryn / Freedland, Mark (Hrsg.), *Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford 2014.

Dälken, Michaela, *Grenzenlos faire Mobilität?*, Zur Situation von mobilen Beschäftigten aus den mittel- und osteuropäischen Staaten, Berlin 2012.

Däubler, Wolfgang, *Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeit- und Sozialrecht und im EG-Recht*, ZIAS 2000, 326.

Däubler, Wolfgang, *Das Arbeitsrecht*, Bd. 2, 12. Aufl., Reinbek 2009.

Däubler, Wolfgang, *Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte?*, NJW 2014, 1924.

Däubler, Wolfgang, *Das neue Internationale Arbeitsrecht*, RIW 1987, 249.

Däubler, Wolfgang / Beck, Thorsten (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz*, 5. Aufl., Baden-Baden 2021.

Däubler, Wolfgang / Klebe, Thomas / Wedde, Peter (Hrsg.), *BetrVG*, 18. Aufl., Frankfurt/M. 2022.

Deinert, Olaf, *Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, Zulässigkeit der Beschäftigung und anwendbares Recht*, Frankfurt/M. 2016.

Deinert, Olaf, *Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung*, Frankfurt/M. 2021.

Deinert, Olaf, *Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes*, RdA 2018, 359.

Deinert, Olaf, *Internationales Arbeitsrecht*, Tübingen 2013.

Deinert, Olaf, *Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften*, RdA 2014, 65, 76.

Deinert, Olaf, *Migration und Arbeitsrecht*, ZFA 2018, 17,

Deinert, Olaf, *Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen*, Baden-Baden 2015.

Deinert, Olaf, *Sozial- und arbeitsrechtliche Fragen der Entsendung*, SDSRV 68 (2018), 75.

Deinert, Olaf, *Zur Zulässigkeit eines Direktanstellungsgebots für Arbeitnehmer in der Fleischindustrie*, AuR 2020, 344.

Deinert, Olaf / Heuschmid, Johannes / Zwanziger, Bertram (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 10. Aufl., Frankfurt/M. 2019.

Deinert, Olaf / Maksimek, Elena / Stutterer-Kipping, Amélie, *Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts*, Frankfurt/M. 2020.

DGB, *Werkverträge - Subunternehmer – Arbeitsbedingungen, Zur Situation in der deutschen Fleischindustrie, Standpunkte und Fallbeispiele*, Berlin 2017.

Eichenhofer, Eberhard, *Prekäre Arbeit – neue Folgen für die soziale Sicherheit*, VSSR 2016, 17.

Eichenhofer, Eberhard, *Veränderungen in der EU-Koordinierung der sozialen Sicherheit* 2012, ZESAR 2013, 439.

Ferrari, Franco / Kieninger, Eva-Maria / Mankowski, Peter / Otte, Karsten / Saenger, Ingo / Schulze, Götz / Staudinger, Ansgar, Internationales Vertragsrecht (zit.: Ferrari/Bearbeiter), 3. Aufl., München 2018.

Ferrari, Franco / Leible, Stefan (Hrsg.), Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual obligations in Europe, München 2009.

Fitting, Karl (Begr.), BetrVG, 30. Aufl., München 2022.

Franzen, Martin, Die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, EuZA 2019, 3.

Gagel, Alexander (Begr.) / *Knickrehm, Sabine / Deinert, Olaf* (Hrsg.), SGB II / SGB III (Gagel), München, Loseblatt.

Gallner, Inken / Mestwerdt, Wilhelm / Nägele, Stefan (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht (HaKo), 7. Aufl., Baden-Baden 2021.

Griese, Thomas / Preis, Ulrich / Kruchen, David, Neuordnung der geringfügigen Beschäftigung, Das sozialversicherungspflichtige Nettoarbeitsverhältnis als arbeitsmarkt- und sozialpolitische Alternative, NZA 2013, 113.

Guhleemann, Kerstin / Georg, Arno, Prekäre Arbeit, prekärer Schutz, Gute Arbeit 3/2020, S. 8.

Hanau, Peter, Mini- und Midijobs – neue Regelungen und ein altes Rätsel, ZIP 2013, 1752.

Hanau, Peter, Das Verhältnis von Arbeitsvertrag, Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer, in: Gamillscheg, Franz / Hueck, Götz / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 169.

Hase, Friedhelm, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich Tübingen 2000 (zugl. Gießen, Univ., Habil. 1999/2000).

Helpen, Markus, Neue Dreiecksverhältnisse, Mitb. 10/2013, 32.

Helpen, Markus, Tarifpolitische Parallelwelten, Mitb. 7+8/2011, 20.

Hennecke, Frank, Zur Bindungswirkung der Entsendebescheinigung: Auch das Geschäftsmodell des ausländischen Arbeitgebers wird bescheinigt, EWS 2017, 266.

Herbert, Manfred / Oberrath, Jörg-Dieter, Beherrschung und Verwendung der deutschen Sprache bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, DB 2009, 2434.

Hertwig, Markus / Kirsch, Johannes / Wirth, Carsten, Onsite-Werkverträge: Mitbestimmung im Leerlauf oder Handlungsfeld für Betriebsräte?, AuR 2016, 141.

Hertwig, Markus / Kirsch, Johannes / Wirth, Carsten, Onsite-Werkverträge: Verbreitung und Praktiken im Verarbeitenden Gewerbe, WSI-Mitt. 2015, 457.

Hopt, Klaus J., Neue Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit, in: Beuthien, Volker / Fuchs, Maximilian / Roth, Herbert / Schiemann, Gottfried / Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999, S. 235.

Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeitsrecht, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige), 2. Aufl. 2018, HSI-Working Paper Nr. 12.

Jancke, Ulrich, Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht, München 1987 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 1987)

Janda, Constanze, Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer, SR 2016, 1.

Kellerbauer, Manuel, Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?, *EuZW* 2018, 846.

Kiel, Heinrich / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR)*, Bd. 1, Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., München 2021; Bd. 2, Individualarbeitsrecht II, 5. Aufl., München 2021.

Klapp, Micha, Das neue Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Umsetzung der revidierten Entsenderichtlinie, *SozSich* 2020, 272.

Klein, Stefanie, Verbindlichkeit von Entsendebescheinigungen – Anspruch und Wirklichkeit, *Sozialrecht aktuell*, Sonderheft 2015, 76.

Klein, Thomas / Schneider, Alexander, Die Änderung der Entsenderichtlinie, *SR* 2019, 21.

Körner, Anne / Leichter, Stephan / Mutschler, Bernd / Rolfs, Christian (Hrsg.), *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht (KasssKomm)*, München, Loseblatt.

Kohte, Wolfhard / Faber, Ulrich / Feldhoff, Kerstin (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht (Hk-ArbSchR)*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018.

Krebber, Sebastian, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, 2005 (zugl. Trier, Univ., Habil 2003).

Kruse, Kathrin, Entsendung von Arbeitnehmern und grenzüberschreitende Tätigkeit Selbstständiger nach der VO (EG) 883/2004, Hamburg 2015 (zugl. Jena, Univ., Diss. 2014).

Löwisch, Manfred, Arbeitnehmereigenschaft kraft vertraglicher Vereinbarung, in: *Maschmann, Frank* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag*, München 2008, S. 229.

Magnus, Ulrich, Die Rom I-Verordnung, *IPRax* 2010, 27.

Mankowski, Peter, Anm. zu BAG 19.3.2014 – 5 AZR 252/12 (B), AP Nr. 26 zu § 130 BGB.

Marburger, Horst, Neuregelungen des Rechts der geringfügig Beschäftigten, *WzS* 2013, 46.

Mävers, Gunther, Bundestag verabschiedet die Umsetzung der (revidierten) Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, *DB* 2020, 1686.

Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, Überwachungsaktion „Faire Arbeit in der Fleischindustrie“, Düsseldorf 2019.

Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)*, 22. Aufl., München 2022.

Neuhauser, Johanna / Birke, Peter, Migrantische Arbeit unter Covid-19: Lehrstellen der Arbeitssoziologie, *AIS-Studien* 14(2), 59.

Pfarr, Heide M., Die arbeitnehmerähnliche Person – Neue Selbstständigkeit und deren arbeitsrechtliche Beurteilung –, in: *Engel-Kefer, Ursula / Schoden, Michael / Zachert, Ulrich* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der Bewährung*, *Festschrift für Karl Kehrmann zum 65. Geburtstag*, Köln 1997, S. 75.

Pieper, Ralf, *Arbeitsschutzrecht (ArbSchR)*, 6. Aufl., Frankfurt/M. 2017.

Preis, Ulrich, Heimarbeit, Home-Office, Global-Office – das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt?; *SR* 2017, 173.

Preis, Ulrich / Temming, Felipe, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), Kurzexpertise für das Bundesministerium für Arbeits- und Sozialrecht, BMAS-Forschungsbericht Nr. 487, Köln 2017.

Räuchle, Robert / Schmidt, Benedikt, Arbeitsrechtliche Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen?, Eine Frage im Schnittpunkt von Europäischem Sozialversicherungs-, Entsende- und Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2015, 407.

Rieble, Volker, Die relative Verselbstständigung von Arbeitnehmern – Bewegung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, ZfA 1998, 327.

Rieble, Volker, Sprache und Sprachrisiko im Arbeitsrecht, in: Ders. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Löwisch zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 229.

Riesenhuber, Karl, Die Änderungen der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie, NZA 2018, 1433.

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (zit.: MünchKomm), Bd. 5, 8. Aufl., München 2020; Bd. 13, 8. Aufl., München 2021.

Schmitt, Jochem, SGB VII, 4. Aufl., München 2009.

Schmitt, Laura, Verfassungsrechtliche Determinanten einer Reform der Alterssicherung Selbstständiger, Sozialversicherung zwischen Freiheitsgrundrechten und allgemeinem Gleichheitssatz, VSSR 2018, 197.

Schubert, Jens M., Flüchtlinge und Arbeitsrecht, AuR 2015, 430.

Schubert, Jens / Räder, Evelyn, Flüchtlinge in Arbeit und Ausbildung, Frankfurt/M. 2017.

Schulze Buschoff, Karin, Die soziale Sicherung von selbstständig Erwerbstätigen in Deutschland, WZB Discussion Paper 2006-107, Berlin 2006.

Sepsi, Szabolcs / Szot, Anna, Das Arbeitsschutzkontrollgesetz in der Praxis, Eine erste Bilanz aus der Perspektive von Faire Mobilität, Berlin 2021.

Stöhr, Alexander / Schickinger, Kai, Die Beschäftigung von Migranten, Bedeutung und Wirkung des Arbeitsrechts bei der Integration in das Arbeitsleben, ZFA 2018, 410.

Temming, Felipe, Verstehen Sie deutsch? Sprachkenntnis beim Vertragsschluss und bei der AGB-Kontrolle, GPR 2016, 38.

Uhl, Susanne / Bernhard, Thomas / Sepsi, Szabolcs / Specht, Johannes, Willkommen im neuen Fleischindustriezeitalter!?, Wie Corona, Jahrelanges Engagement Vieler und am Ende beherrzte Minister die deutsche Fleischindustrie umbauten – eine erste Bilanz, in: Schmitz, Christoph / Urban, Hans-Jürgen (Hrsg.), Arbeitspolitik nach Corona, Probleme – Konflikte - Perspektiven, Gute Arbeit, Jahrbuch 2022, S. 321.

Wagner, Ines, Arbeitnehmerentsendung in der EU: Folgen für Arbeitsmarktintegration und soziale Sicherung, WSI-Mitt. 2015, 338.

Walser, Manfred, Internationale Erstreckung von Tarifnormen bei Entsendung: Das reformierte Entsendegesetz, RdA 2021, 90.

Waltermann, Raimund, Aktuelle Tendenzen im Niedriglohnsektor und in atypischer Beschäftigung – Konzeptionelle Fragen mit Blick auf den koalitionsvertrag, AuR 2018, 346.

Waltermann, Raimund, Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiografien? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010.

Wank, Rolf, Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, 90.

Welti, Felix, Sozialrecht und selbstbestimmte Erwerbsbiographien, SR 2013, 92.

Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas / Weber, Christoph / Franzen, Martin / Gutzeit, Martin / Jacobs, Matthias, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (GK), Bd. II, §§ 74-132, 11. Aufl., Köln 2018.

Wilde, Anna, Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung, NZS 2016, 48.

Wollenschläger, Michael, Die Gast- und Wanderarbeiter im deutschen Arbeitsrecht, RdA 1994, 193.