

O 9. '5 '*C ng' Tglej udcpm"
8: 383'O cppj glo

Vgrf"284315; 3: 2322

[Mqpvcm/\] w'wpu](#)

Schriftenreihe
Nr. 206
zum Recht der Werkverträge und der Zeitarbeit

Werkvertrag anerkannt!

**Ein Bericht zu zwei für Werkvertragsunternehmen äußerst
wichtige wissenschaftliche Studien
nebst kurzen Beiträgen zum Verfassungs-, Arbeits- und
Sozialrecht aus der anwaltlichen Praxis**

VON

Frank Hennecke

Mannheim 2019

AWZ

Impressum:

Mannheim 2019
ISBN 978-3-9820279-0-6

Herausgeber:
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit
M 7, 3 (Alte Reichsbank)
D-68161 Mannheim
Tel. 0049 (0)621-39180100
Fax 0049 (0)621-391801020

Verlag:
Dr. Frank Hennecke
Herzogstraße 15
D-67061 Ludwigshafen am Rhein

Druck:
Baier Digitaldruck GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Herausgebers und der Autoren. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Alle Rechte vorbehalten.

Werkvertrag anerkannt!

**Ein Bericht zu zwei für Werkvertragsunternehmen äußerst
wichtige wissenschaftliche Studien
nebst sonstigen Beiträgen zum Verfassungs-, Arbeits- und
Sozialrecht aus der anwaltlichen Praxis**

von

Frank Hennecke

Mannheim 2019

Logo
AWZ

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
1. Werkvertrag anerkannt! Verbreitung, Nutzung und mögliche Probleme von Werkverträgen – Praxisstudien zur Verbreitung von Werkverträgen	6
2. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: Zur Anwendbarkeit der §§ 9, 10 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Internationalen Privatrecht.....	33
3. Zum Begriff des Arbeitnehmers im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kurzdarstellung des Rechtsfalles DRK-Schwestern, EuGH 17. 11. 2016, Rechtssache C-216/15.....	43
4. Warum die seit 2013 geltende Rundfunkabgabe verfassungswidrig ist und bleibt.....	53
Anhang: Die Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit.....	68
Der Autor.....	75

Vorwort

Der Werkvertrag ist eine fundamentale Handlungsform der Unternehmen und in einer marktwirtschaftlichen Ordnung ein zentrales Instrument der industriellen Wertschöpfungskette. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt dafür die Rechtsformen bereit. Gleichwohl werden dem Werkvertrag aus dem politischen Raum gelegentlich Mißtrauen und Vorurteile entgegengebracht, was sich aus einzelnen Erfahrungen mit grenzüberschreitenden Arbeitseinsätzen und Umgehungen sozial- und arbeitsrechtlicher Standards erklären mag. Obwohl solche Erfahrungen nicht verallgemeinert werden dürfen, sehen sich Werkvertragsunternehmen gelegentlich Diskriminierungen und rechtlichen Gefahren ausgesetzt. Sie suchen daher anwaltliche Betreuung und Beratung. Dem anwaltlichen Einsatz für rechtstreue Unternehmen und überhaupt dem politischen Rückhalt für den Werkvertrag kommen nun zwei wissenschaftliche Studien entgegen, deren Vorstellung den Mittelpunkt der vorliegenden Publikation abgibt.

Der Verfasser hat dieser Vorstellung noch einige kurze Beiträge aus anderen aktuellen Rechtsgebieten hinzugefügt, die insgesamt die Breite anwaltlicher Tätigkeit im Unternehmensbereich belegen und die auf praktische Erfahrungen der Mannheimer Rechtsanwaltssozietät Professor Dr. Hansjürgen Tuengerthal / Christian Andorfer / Heiko E. Greulich / Nicolas Prochaska zurückgehen.

Der Mannheimer „Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit“ dankt der Verfasser für die Aufnahme seines vorliegenden Beitrages in die von dieser herausgegebenen Schriftenreihe.

Mannheim, im Februar 2019

Frank Hennecke

1.

Werkvertrag anerkannt!
Verbreitung, Nutzung und mögliche Probleme von
Werkverträgen – Praxisstudien zur Verbreitung von
Werkverträgen

Der Werkvertrag ist ein unentbehrliches Instrument der industriellen Wertschöpfungskette. Nahezu alle Unternehmen bedienen sich des Werkvertrags oder sind ganz oder teilweise selbst auch als Werkunternehmer tätig. Der Werkvertrag steigert die Effizienz der Produktion und ermöglicht eine ökonomisch sinnvolle Kostenkalkulation. Der rechtliche Rahmen im Bürgerlichen Gesetzbuch steht bereit. Der Werkvertrag ist damit Ausdruck einer freien marktwirtschaftlichen Ordnung.¹ Gleichwohl wird dem Werkvertrag gelegentlich Mißtrauen entgegengebracht; die Kritik spricht vom Mißbrauch und unterstellt den Unternehmen illegale Beschäftigungsverhältnisse, vornehmlich im Hinblick auf Arbeitnehmerüberlassung.² Gelegentlich spektakuläre Zugriffe der Zollbehörden tun ihr Übriges, um den Werkvertrag in den Augen

¹ Vgl. die große Darstellung des Werkvertrages von *Peter Gauch*: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011.

Siehe auch die monographische Kommentierung in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung 2013, Berlin 2013.

² vgl. etwa die Hinweise bei *Frank Hennecke*: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung. Standpunkte, Mannheim 2017, S. 12 f., 17 f., 23 f. (= Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit Nr. 168).

einer verständnislosen Öffentlichkeit zu diskreditieren.³ Zwar ist der Kritik bisher schon entgegengetreten worden,⁴ aber jetzt gilt es, neuere Studien vorzustellen,⁵ die dem von den Unternehmen hochgeschätzten Werkvertrag auf empirischer Basis volle Anerkennung zukommen lassen und Vorurteile widerlegen

I.

Empirische Studien als Grundlage von Gesetzgebung und anwaltlicher Praxis

Der Gesetzgeber, der für gesellschaftliche Interessen- und Problemlagen eine sachangemessene und gerechte Regelung finden will, tut gut daran, sich zunächst der Wirklichkeit zu vergewissern, die er gestalten will. Waren es etwa für die Regelungen über den Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch jahrhundertelange Erfahrungswerte über diese Form menschlicher Wirtschaft und Tätigkeit, so steht eine gegenwärtige Gesetzgebung, die auf gesellschaftliche Situationen reagieren will, vor hochkomplexen Zusammenhängen und Wirkungsketten, die sich auf die Zielsetzung und die Folgen der Gesetzgebungstätigkeit auswirken. Moderne Gesetzgebung kommt ohne empirische Sachanalyse und ohne

³ vgl. *Hansjürgen Tuengerthal*: Wenn der Zoll kommt!, in: *Compliance-Berater*, 12/2015, S. 482-484.

⁴ so *Hansjürgen Tuengerthal / Michael Rothenhöfer*: Eine Lanze für den Werkvertrag, in: *Betriebsberater* 2013, S. 53-57; *Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer / Alexander Seeger*: „Missbrauch von Werkverträgen“: Rechnung ohne den Wirt!, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1/2014, S. 27-33; *Hansjürgen Tuengerthal / Frank Hennecke*: Gegen die Einschränkung des Werkvertrags, in: *Blickpunkt Dienstleistung*, 9/2016, S. 8-9; *Hennecke*, a.a.O. (Fußn. 2), S. 23, 61.

⁵ der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Textfassung eines Referates des Verfassers auf dem Seminar der Arbeitsgemeinschaft „Werkverträge und Zeitarbeit“ am 2. März 2018 im Sheraton-Hotel Frankfurt am Main – Flughafen. Eine Kurzfassung ist erschienen als *Hansjürgen Tuengerthal / Frank Hennecke*: Werkvertrag anerkannt! Neue Gutachten widerlegen Vorurteile, in: *Blickpunkt Dienstleistung*, 2/2019.

methodische Gesetzesfolgenabschätzung nicht mehr aus. Der Gesetzgeber holt sich daher Rat von den empirischen Sozialwissenschaften.

Derartige sozialwissenschaftliche Studien sollen mit dem vorliegenden Bericht vorgestellt werden. Sie betreffen ein Thema, das den Unternehmen wie denn auch der Mannheimer Arbeitsgemeinschaft „Werkverträge und Zeitarbeit“, die die vorliegende Publikation herausgibt, sozusagen auf den Nägeln brennt: *Die Realität des Werkvertrages in der Wertschöpfungskette der modernen Wirtschaft*. Die Studien hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) in Auftrag gegeben. Hintergrund ist offenbar das Interesse der Bundesregierung an der Entwicklung auf dem sich innerhalb der Europäischen Union zunehmend internationalisierenden Arbeitsmarkt und an der sich infolge der Digitalisierung verändernden Produktionsprozesse: Hier bleibt für das BMAS immer zu prüfen, ob und in welcher Weise gesetzgeberisch zu steuern ist, falls sich, aus seiner Sicht, soziale Schieflagen erkennen lassen. So hat denn Gesetzgeber aufgrund einer Vorlage des BMAS⁶ im Jahre 2017 Jahr das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz umfangreich novelliert,⁷ und so kann man die jetzt zu betrachtenden Studien auch als Evaluation der Gesetzeswirkungen verstehen.⁸

⁶ das sich seinerseits auf die Vereinbarung des damaligen Koalitionsvertrages berufen konnte, vgl. *Deutschlands Zukunft gestalten*. Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, Berlin 2013, S. 69.

⁷ Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017, BGBl. I S. 258-262.

⁸ Die juristische Evaluation des Reformgesetzes vom 21. Februar 2017, d. h. die praxisgerechte Lösung der zahlreichen Rechtsprobleme, die das Reformgesetz aufwirft, durch die Rechtsprechung, steht noch aus; vgl. als partiellen Versuch *Frank Hennecke: Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, Mannheim 2018 (= Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit Nr. 199).

Die „Arbeitsgemeinschaft Werkverträge“ setzt mit der jetzigen Publikation die Vorstellung früherer empirischer Studien fort.⁹ Daß die Studien auch für die anwaltliche Beratung von Werkvertrags- und von Zeitarbeitsunternehmen, wie auch immer, eine Hilfe sein können, sollte man annehmen. Eine genaue Auswertung der detaillierten und zum Teil auch unübersichtlichen Forschungsergebnisse kann allerdings, gerade auch im Hinblick auf das umfangreiche und sehr differenzierte Zahlenmaterial mit teilweise schwer aufschlüsselbaren Tabellen, an dieser Stelle nicht geleistet werden.

II.

Die Studien des Zentralinstituts für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW)

1.

Forschungsbericht 496 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS)

Der erste hier vorzustellende Forschungsbericht trägt den Titel „Verbreitung, Nutzung und mögliche Probleme von Werkverträgen – Quantitative Unternehmens- und Betriebsrätebefragung sowie wissenschaftliche Begleitforschung - Endbericht“, stammt vom März 2017 und ist im November 2017 als Forschungsbericht 496 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales veröffentlicht worden. Er hat einen Umfang von 311 Seiten. Verfasser sind Melanie Arntz, Angelika Ganserer, Michael F. Maeier, Katharina Sandbrink, Ulrich Schasse, Holger Schütz, Jacob Steinwede und Stephan L. Thomsen.

Der Bericht liegt nicht in Druckfassung vor und ist nur digital zugänglich.¹⁰ Die Studie baut teilweise auf der nachgenannten Studie auf.

⁹ Vgl. *Frank Hennecke*: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung. Standpunkte, Mannheim 2017, S. 44-60 (= Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit Nr. 168).

¹⁰ dies sind die Links zur Studie von 311 Seiten:

Der Schwerpunkt der vorliegenden Berichterstattung liegt auf dieser Studie.

2

Forschungsbericht 495 des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung

Dem Forschungsbericht 496 war ein Forschungsbericht 495 des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung inhaltlich vorausgegangen; beide Berichte datieren jedoch mit März 2017 und sind im November 2017 veröffentlicht worden.

Der Forschungsbericht 495 hat den Titel „Verbreitung, Nutzung und mögliche Probleme von Werkverträgen – Qualitative Betriebsfallstudien Endbericht“. Verfasser sind Holger Schütz / Katharina Sandbrink / Jacob Steinwede / Meanie Arntz / Michael F. Maier / Angelika Ganserer.

Die Studie liegt ebenfalls nicht in Druckfassung vor und ist ebenfalls nur digital zugänglich¹¹

<http://www.zew.de/de/presse/pressearchiv/werkvertraege-in-deutschen-unternehmen-weit-verbreitet-und-vielfaeltig-ausgestaltet/>

http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb496-verbreitung-nutzung-moegliche-probleme-von-werkvertraegen.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Die Studie wird nachfolgend zitiert mit „Studie 1“.

¹¹ Dies sind die Links zur Studie von 259 Seiten:

<http://www.zew.de/de/publikationen/verbreitung-nutzung-und-moegliche-probleme-von-werkvertraegen-qualitative-betriebsfallstudien/?cHash=8a8636be5fb4e8bfed3df2e185bbce4a>

http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb495-verbreitung-nutzung-moegliche-probleme-von-werkvertraegen.pdf?__blob=publicationFile&v=1

3.

Das ZEW und infas

Den Forschungsbericht 496 hat das Zentrum für Europäischen Wirtschaftsforschung in Mannheim erstellt. Auftraggeber war das Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Das „Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW)“ ist eine Einrichtung der Wirtschaftsforschung in Trägerschaft der „Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz e. V.“, die ihrerseits ein Zusammenschluß außeruniversitärer Forschungsinstitute ist. Es finanziert sich über Zuschüsse des Landes Baden-Württemberg, des Bundes und der Europäischen Kommission sowie über Drittmittel. Das ZEW ist im Jahre 1990 gegründet worden und beschäftigt derzeit etwa 120 wissenschaftliche Mitarbeiter. Es ist eines der führenden Wirtschaftsforschungsinstitute in Europa. Der Sitz ist in Mannheim.

Der Forschungsbericht 495 ist eine gemeinschaftliche Arbeit des ZEW und von „infas Institut für angewandte Sozialwissenschaft GmbH“, Bonn. „infas“ ist ein privates und unabhängiges Sozial- und Marktforschungsinstitut, das Forschungs- und Beratungsleistungen für Unternehmen, Wissenschaft, Politik und Verwaltung erbringt.

4.

Zum Verhältnis der Studien zueinander

Für die Studie 1 hatte das ZEW, für die Studie 2 „infas“ die verantwortliche Federführung. Die *quantitativ* ausgerichtete Studie hat zur Zielsetzung, möglichst repräsentative Daten zur Nutzung von Werkverträgen in Deutschland zu erheben und mit deskriptiven und ökonomischen Methoden auszuwerten. Die *qualitativ* ausgerichtete Studie verfolgt das Ziel, die qualitative Vielfalt der

Werkvertragsnutzung in ihren Gemeinsamkeiten und Unterschieden aufzuzeigen.¹²

Ob sich freilich die Unterschiede in der konkreten Ausarbeitung haben durchhalten lassen, mag dahinstehen; Überschneidungen und Verdopplungen sind offenkundig. Entsprechend der spezifischen Zielsetzung ist die Studie 2 aber eher *diskursiv* angelegt.

III.

Die Methode der Erhebung

Die Studien bedienen sich empirischer sozialwissenschaftlicher Methoden. Dazu gehören

- computergestützte telephonische Umfragen bei Unternehmen, Betriebsräten und Mitarbeitern
 - Gesprächsleitfäden
- Erarbeitung, Versand und Auswertung von Fragebögen
- Verwertung der beim ZEW verfügbaren statistischen Daten.

Erhoben und ausgewertet werden in der Studie 1 Daten von mehr als 9.5000 Unternehmen.¹³ Die Interviews hatten eine Zahl von rund 6.500.¹⁴ Die Studie 2 hat 390 Interviews durchgeführt und 70 Fallstudien realisiert; dies entspricht der fallbezogenen, „qualitativen“ Zielsetzung.¹⁵

Großer Wert wurde auf die Repräsentativität der Datenbasis gelegt,¹⁶ wobei allerdings das Antwortverhalten der Befragten eine Rolle spielt.¹⁷

¹² Studie 2 S. 2.

¹³ Studie 1 S. 18.

¹⁴ Studie 1 S. 41.

¹⁵ Studie 2 S. 5.

¹⁶ Studie 1 S. 45 f.

Die Zielsetzung der Studie 1 besteht in der Erfassung, Analyse und gesamtwirtschaftlichen Bewertung des Einsatzes von Werkverträgen in gegenwärtigen Produktionsprozessen („Werkvertragslandschaft“).¹⁸

IV. Der Aufbau der Studien

1. Studie 1

Der Aufbau der Studie läßt bereits erkennen, wie sehr die Fragestellung der Interessenlage der Unternehmen und deren anwaltlicher Beratung entspricht:

In Kapitel 2 werden die quantitativen Unternehmens- und Betriebsrätebefragungen und insgesamt die *Forschungsmethoden* vorgestellt. Die Forschungsergebnisse sollen hiernach von vorneherein nicht die Sicht der Unternehmen allein, sondern auch die der in der Unternehmenspraxis beteiligten Betriebsräte und somit der Arbeitnehmer zum Ausdruck bringen¹⁹

Kapitel 3 analysiert die „*Werkvertragslandschaft*“²⁰ und nimmt somit sowohl die „Auftraggeberseite“ als auch die „Auftragnehmerseite“ ins Blickfeld und setzt deren jeweils wechselseitige Beziehung in den Gesamtzusammenhang von Nutzungsinteressen, Branchen und Unternehmenseigenschaften. *Typen von Auftraggebern und Auftragnehmern* sollen identifiziert werden.

Kapitel 4 untersucht die unternehmerischen *Motivlagen* für die Vergabe von Werkverträgen.²¹

¹⁷ Studie 1 S. 53 f.

¹⁸ Studie 1 S. 18.

¹⁹ Studie 1 S. 26, 31 - 54.

²⁰ Studie 1 S. 18, 28, 55-107.

²¹ Studie 1 S. 29, 108-138.

Kapitel 5 untersucht die *Arbeitsbedingungen* von Werkverträgen.²²

Kapitel 6 befaßt sich mit den *rechtlichen* Aspekten der Werkvertragsnutzung, insbesondere auch mit der Abgrenzung von Werkverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung.²³

Kapitel 7 ergänzt die Analysen zur Werkvertragslandschaft und Unternehmensperspektive um die *gesamtwirtschaftliche* Sicht,²⁴ insbesondere um Identifikation der Werkvertragsanteile in der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung.

Der Aufbau zeigt deutlich einen folgerichtigen Zusammenhang der einzelnen Forschungsschritte.

2.

Studie 2

Die Studie 2 beschreibt zunächst in Teil I den „Analyserahmen“ mit Darstellung der Rechtslage und der Methode der „Rekrutierung“ der befragten Unternehmen und der Erhebung, insbesondere der Interviews.²⁵ Dabei ergeben sich dann die in Betracht gezogenen Branchen:

- Nahrungsmittel
- Textil
- Holz
- Chemie
- Metall
- Baugewerbe
- Handel
- Verkehr

²² Studie 1 S. 29, 139-178.

²³ Studie 1 S. 29, 179-235.

²⁴ Studie 1 S. 29, 236-273.

²⁵ Studie 2 S. 1-53.

- Lagerhaltung
- Finanzen
- Information
- Kommunikation
- Gastgewerbe
- Reinigung
- Gesundheit und Soziales,

also insgesamt ein breites Spektrum,²⁶ in dem sich zugleich der breite Anwendungsbereich von Werkverträgen zeigt.

Allerdings muß sich die Studie mit zum Teil ablehnender oder restriktiver Haltung der Unternehmen zu Interview-Befragungen auseinandersetzen.²⁷ Letztendlich aber gibt sich die Studie mit dem „Feldergebnis“ zufrieden: Mit der Studie liegt „die bisher für die Bundesrepublik breiteste qualitative Datenbasis zur Werkvertragslandschaft vor.“²⁸

Den größten Umfang nimmt dann der „Empirische Hauptteil“ ein.²⁹ Hier werden die Erfahrungen und die Motive der befragten Unternehmen aufgearbeitet und die Fallstudien vorgestellt. Es handelt sich um folgende Fallstudien:

- Baubranche Tiefbau
- qualitätsorientierte Druckerei mit geringer Fertigungstiefe
- TV-Produktionsfirma
- Einrichtung zur Teilhabe / Werkstätten für Behinderte
- mittelständisches Chemieunternehmen im Industriepark
- Maschinenbauunternehmen
- Druckerei und Postdienstleister, Vergabe von Fuhren

²⁶ Studie 2 S. 10.

²⁷ Studie 2 S. 27 f., auch S. 238/239.

²⁸ Studie 2 S. 46.

²⁹ Studie 2 S. 54-244.

- Baurohstoffproduzent mit On-Site-Auslagerung kompletter Produktionslinien.

Auch für die Fallstudien gilt, nicht überraschend: Sie „verdeutlichen beispielhaft die Vielfältigkeit des Werkvertragsgeschehens in Deutschland.“³⁰

IV.

Quantitativer Aussagegehalt der Studie 1

Für eine quantitative Analyse der „Werkvertragslandschaft“ unterscheidet die Studie 1 zwischen Werkvertragsvergabe in Kern- und in Randprozessen der Produktion. „Eine solche Unterscheidung ist auch für eine differenzierte Erfassung der Werkvertragslandschaft relevant, da die Nutzung von Werkverträgen für die Auslagerung von Kern- und Randprozessen vermutlich einem anderen betriebswirtschaftlichen Kalkül unterliegt. So stehen im Bereich der Kernprozesse möglicherweise Motive im Vordergrund, mittels Werkverträgen auf spezialisiertes Fachpersonal zugreifen zu können.“³¹ Sowohl „Kernprozesse“ als auch „Randprozesse“ werden im Wege der Werkvertragsvergabe realisiert, doch das quantitative Verhältnis zueinander ist je branchenspezifisch. Als „Kernprozesse“ lassen sich ermitteln z. B. Produktionsbereiche, Buchhaltung, Marketing, Kundendienst, Vertrieb, als „Randprozesse“ die eher nicht branchenspezifischen Aufgaben wie Kantinenbetrieb, Reinigungsdienste, Sicherheitsdienste.³² Auf der Grundlage dieser Unterscheidung ergibt sich dann für die jeweiligen Branchen und Unternehmenstypen ein sehr differenziertes Bild. Das Verhältnis von ausgelagerten Kernprozessen und ausgelagerten Randprozessen läßt sich für die jeweiligen Branchen in sich graduell unterscheidenden Skalen abbilden. So gibt es Unternehmen, die so gut wie keine

³⁰ Studie 2 S. 213.

³¹ Studie 1 S. 55.

³² Studie 1 S. 56.

Werkverträge vergeben, als auch Unternehmen, die ausschließlich Kernprozesse auslagern; erstere liegen bei 7 %, letztere bei 33 %. Auch zeigt sich eine Asymmetrie: „Nur 2 Prozent aller Unternehmen sind ... ausschließlich Werkvertragsnehmer, während ... knapp 30 Prozent der Unternehmen zusätzlich Kern- und Randprozesse auslagern.“³³ 91 % der Unternehmen sind in irgendeiner Form als Werkvertragsgeber tätig, wobei sich die Vergabe nach Kern- und Randprozessen unterscheidet. Die Autoren berechnen auf dieser Grundlage eine Auslagerungsrate von Kernprozessen mit 25,3 %, von Randprozessen mit 26,5 %, die dann wiederum nach Branchen und Tätigkeiten unterschieden werden kann.³⁴

Nach dieser generalisierenden Sichtweise fällt sodann der Blick auf die individuelle Unternehmenspraxis. Hier fällt auf, daß in der Regel längerfristige Geschäftsbeziehungen zwischen Werkvertragsgebern und Werkvertragsnehmern bestehen. Beide Studien sprechen von Stabilität der Werkvertragsbeziehungen.³⁵

Es ist dann folgerichtig, wenn danach die Unternehmensgruppen, an die Werkverträge vergeben werden, nach Größenordnung und Branche in einer Auflistung erscheinen. So dominieren auf der einen Seite Dienstleistungsbetriebe, auf der anderen Seite Kleinunternehmen mit 1-19 Angestellten.³⁶

Die Zukunftsentwicklung der Vergabe von Werkverträgen wird von den Unternehmen als konstant und nur in geringem Umfang als wachsend eingeschätzt.³⁷

³³ Studie 1 S. 57.

³⁴ Studie 1 S. 60-71.

³⁵ Studie 1 S. 71 ff., Studie 2 S. 88 f.

³⁶ Studie S. 74 f. (75).

³⁷ Studie 1 S. 79 f.

Hinsichtlich des Werksvertragsgeschäftes stellt die Studie fest, daß dieses mit Kunden aus der Industrie, die Werkverträge vergeben, den höchsten Auftragswert hat.³⁸

Relativ breiten Umfang nimmt schließlich eine Typisierung der Unternehmen als Auftraggeber und Auftragnehmer ein. Sieben Typen werden mit graduell gegenläufiger Werkvertragsnutzung und Werkvertragsnahme aufgelistet, wobei die einzelnen „Typen“ je unterschiedlichen Branchen zugeordnet werden können.³⁹

Damit bestätigt die Studie insgesamt, welch hohen Stellenwert der Werkvertrag in der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfungskette ausmacht. Kritischen Stimmen gegen den Werkvertrag, die gelegentlich von politischer Seite zu hören sind, fehlt zumindest eine quantitative Tatsachenbasis. Nicht ohne Grund ist die „Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit“ solchen Stimmen bisher entgegengetreten.⁴⁰

V.

Qualitativer Aussagegehalt der Studien

1.

Motivlagen für Werkvertragsnutzung

³⁸ Studie 1 S. 93.

³⁹ Studie 1 S. 94-107.

⁴⁰ *Hansjürgen Tuengerthal / Michael Rothenhöfer*: Eine Lanze für den Werkvertrag, in: Betriebsberater, 1-2/2013, S. 53-57; *Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer / Alexander Seeger*: „Missbrauch von Werkverträgen“: Rechnung ohne den Wirt!, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 1/2014, S. 27-33; *Hansjürgen Tuengerthal / Frank Hennecke*: Gegen die Einschränkung des Werkvertrags, in: Blickpunkt Dienstleistung, 9/2016, S. 8-9; *Frank Hennecke*: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, Mannheim 2017, S. 14 f., 17 f., 61 f.

Die Studie 1 identifiziert und quantifiziert die Motivlagen der Unternehmen für die Werkvertragsnutzung im 4. Teil des Berichtes.⁴¹ Hiernach ist grundsätzlich von folgenden Motivlagen auszugehen:

- Vermeidung von Auftragsschwankungen: „Durch den Einkauf von Leistungen kann die Beschäftigtenzahl zeitnah an die Auftragslage angepaßt werden.“⁴²
- Senkung der Produktionskosten: „Die Reduktion der Lohnkosten durch Auslagerung ist vor allem dann möglich, wenn aufgrund unterschiedlicher tariflicher Bedingungen der Einkauf einer Leistung günstiger ausfällt im Vergleich zu den Lohnkosten, die bei eigener Herstellung anfallen würden.“⁴³
- Einführung neuer Technologien: „... kann die Einführung neuer Technologien im Unternehmen mit hohen Investitionskosten verbunden sein. Gerade wenn spezielle Dienste oder Fachkräfte nur temporär gebraucht werden, können durch die Auslagerung von Prozessen an andere Unternehmen, die sich auf besondere Dienste oder Technologien spezialisiert haben, kostenintensive Investitionen im eigenen Unternehmen unterlassen werden.“⁴⁴

Diese Grundaussagen werden dann des weiteren näher nach

- Branchen
 - Kern- und Randprozessen
- spezifiziert.

Demnach spielen mit abnehmendem Gewicht folgende spezifizierte Motivlagen bei der Auslagerung von *Kernprozessen* durch Werkvertragsnutzung eine Rolle:

⁴¹ Studie 1 S. 108-138.

⁴² Studie 1 S. 108.

⁴³ Studie 1 S. 108/109.

⁴⁴ Studie 1 S. 109; vgl. auch Studie 2 S. 62 f.

- spezialisiertes Personal
- Verbesserung der Bilanzierung
- weniger Personalführung / -koordination
- weniger Investition in Qualifizierung / Weiterbildung
- Reduktion des Unternehmensrisikos
- flexibler Personaleinsatz
- Lohnkosten sparen
- Alternative für Zeitarbeit
- Vermeidung von Auslastungsschwankungen
- ermöglicht Zugeständnisse der Stammebelegschaft.⁴⁵

Für die Auslagerung von *Randprozessen* gilt:

- Konzentration auf Kernkompetenzen
- Randgeschäft hat zu geringe Größenordnung
- Randgeschäft hat zu hohe Betriebskosten
- Randgeschäft fällt zu unregelmäßig an
- spezialisiertes Personal
- Integration des Randgeschäfts organisatorisch zu komplex
- Verzicht auf Randgeschäft wegen Flexibilität
- Verbesserung der Bilanzierung
- Lohnkosten sparen.⁴⁶

Die hochdifferenzierten Tabellen zur Motivlage der Werkvertragsnutzung bei Auslagerung von Kern und von Randprozessen nach Branchen und Unternehmenstypen⁴⁷ entziehen sich einer generalisierenden Darstellung und wohl auch verallgemeinerungsfähigen Schlußfolgerungen.

⁴⁵ Studie 1 S. 111, Tabelle 21.

⁴⁶ Studie 1 S. 114, Tabelle 22.

⁴⁷ Studie 1 S. 120-131, Tabellen 24-33.

Was der Bericht interessanterweise auch einbezieht, sind die Nachteile der Werkvertragsnutzung. In diesem Zusammenhang wird von den befragten Unternehmen mit absteigendem Gewicht genannt:⁴⁸

- die Abhängigkeit von den ausführenden Unternehmen (Werkvertragsnehmern)
- Verlust von Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten
- Koordinationsaufwand
- Verhandlungs- und Abschlußaufwand
- nicht fristgerechte Leistungserbringung
- nicht ausreichende Qualität der Leistungserbringung
- Kompetenz- und Wissensverlust
- Konkurrenz durch Werkvertragskräfte
- Beschädigung des Betriebsklimas durch Nebeneinander von Arbeitsleistungen.⁴⁹

Es fällt hierbei allerdings auf, daß die Nachteile zum Teil spiegelbildlich zu den Vorteilen komplementär sind: Was auf der einen Seite Vorteil sein, wirkt sich auf der anderen Seite als Nachteil aus.

Folgerichtig ergeben sich die Kriterien für die Vergabe von Werkverträgen aus der jeweiligen Beurteilung und Abwägung von Vorteilen und Nachteilen.⁵⁰

Das differenzierte Gesamtbild erlaubt auch nur differenzierte Schlußfolgerungen, die der Bericht zu den Motivlagen am Ende zieht: „Die Analysen zu den Motivlagen der Werkvertragsnutzung zeigen vor allem, dass eine ganze Reihe von Motiven bei der Vergabe von Werkverträgen eine Rolle spielt. Das „zentrale Motiv besteht vor allem in der Nutzung von spezialisiertem Personal und kow-how,

⁴⁸ Studie 1 S. 132-134; vgl. auch Studie 2 S. 72 ff.

⁴⁹ Studie 1 S. 133, Tabelle 34; vgl. auch Studie 2 S. 62.

⁵⁰ Studie 1 S. 135-137, Tabellen 36, 37; vgl. zu den Nachteilen auch die ausführlichen Darlegungen in Studie 2 S. 72 ff.: Hier kommen Unternehmen unmittelbar zu Wort.

welches im Unternehmen nicht dauerhaft vorgehalten werden kann. Die Einsparung von Lohnkosten spielt dagegen nur bei weniger als einem Drittel der Unternehmen eine wichtigere Rolle.⁵¹ Ferner heißt es: „Insgesamt findet sich somit eine große Vielfalt der Motive... ist ... das Motiv, Lohnkosten einzusparen, bei den Unternehmen, die Produktionslinien bzw. Produktionsbereiche auslagern, häufiger anzutreffen ... Entgegen den Erwartungen unterscheiden sich Branchen und auch unterschiedliche Unternehmenstypen der Nutzungsart und –intensität von Werkverträgen (nach) kaum in ihren Motivlagen.“⁵²

Die Studie 2 bringt die hauptsächliche Motivlage der Unternehmen wie folgt auf den Begriff: „Die Einschaltung von Spezialisten für spezifische Aufgaben außerhalb der eigenen Kern- und Spezialkompetenzen stellt in einer hochentwickelten, arbeitsteiligen Wirtschaft den Normalfall dar ... Es wird also eingekauft, was man selbst nicht oder nur unzureichend ausführen könnte...“⁵³ Es heißt dann weiter: „Zusammenfassend erscheint die Werkvertragsnutzung bei den qualitativ befragten Unternehmen in erster Linie geschäftsstrategisch motiviert. Bei vielen Unternehmen, die vornehmlich als Verkaufsträger aktiv sind, bilden Werkverträge die selbstverständliche Grundlage ihres Geschäftsmodells.“⁵⁴ Damit wird zugleich die Bedeutung des Werkvertrages insgesamt unterstrichen.

2. Muster der Werkvertragsnutzung

Die Studie 2 untersucht, insoweit etwas über die Studie 1 hinausgehend, in einem eigenen Kapitel das „Muster der

⁵¹ Studie 1 S. 137.

⁵² Studie 1 S. 138.

⁵³ Studie 2 S. 63.

⁵⁴ Studie 2 S. 84/85.

Werkvertragsnutzung“. Sie analysiert in diesem Zusammenhang die Motive der Werkvertragsvergabe⁵⁵, wovon bereits die Rede war, und stellt im einzelnen und sehr diskursiv die vielfältigen und vielschichtigen Vertragsbeziehungen der Unternehmen und ihrer jeweiligen Branchen untereinander dar. Themen sind Häufigkeit und Dauer von Werkverträgen, was ein vielfältiges Bild abwirft,⁵⁶ die Auslagerung von Kern- und Randprozessen⁵⁷, die Kooperation und Interaktion von Werkauftraggebern und Werkauftragnehmern,⁵⁸ und One-Site-Werkverträge.⁵⁹

Sodann geraten die Arbeitsbedingungen, die betriebliche Teilhabe und soziale Problemlagen der Werkvertragsarbeitnehmer⁶⁰ ins Blickfeld, wovon im Blick auf die Studie 1 sogleich noch die Rede sein soll. Auch hier ergibt sich kein einheitliches Bild; die Situation ist je nach Branche und Betriebsgröße verschieden.

3.

Die Ausgestaltung der Werkvertragsnutzung

Ausgehend von der in der Öffentlichkeit geübten Kritik, Werkverträge dienen der Substitution von Teilen der Stammbeslegschaft durch „billigere“ Werkvertragskräfte, untersucht die Studie 1 des näheren die Ausgestaltung der Werkverträge.⁶¹ Die Studie steht insofern vor dem Erwartungshorizont der politischen, vor

⁵⁵ Studie 2 S. 62-88.

⁵⁶ Studie 2 S. 88-94.

⁵⁷ Studie 2 S. 94-99.

⁵⁸ Studie 2 S. 99-112.

⁵⁹ Studie 2 S. 112-127.

⁶⁰ Studie 2 S. 127-138.

⁶¹ Studie 1 S. 139-178.

allem gewerkschaftlichen Forderung „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“. Die Studie hat insofern politische Brisanz.

Die Analyse der jeweiligen Arbeitsbedingungen beim Werkvertragsnehmer und Werkvertragsgeber erfordert wegen der jeweils unterschiedlichen Interessenlagen und Werthaltungen eine Erhebung sowohl aus der Sicht der Unternehmensleitungen und der Betriebsräte der beteiligten Unternehmen als auch aus der Sicht der Arbeitnehmer beider Seiten. Die Erhebung differenziert sodann nach den verschiedenen Komponenten der Arbeitsbedingungen. So kommen in Betracht:

- Überstunden
- Befristung
- freiwillige Leistungen des Arbeitgebers
- Weiterbildung
- Flexible Arbeitszeit
- Arbeitszeit
- Lohn
- Urlaubsanspruch Tarifvertrag
- Betriebsrat.

Allein aus der differenzierenden Sicht der Arbeitsbedingungen ergibt sich, insbesondere wenn man die verschiedenen Branchen mit einbezieht, daß sich keine generalisierende Aussage dahingehend treffen läßt, daß Werkvertragsarbeitnehmer schlechter gestellt sind als die Arbeitnehmer der Stammebelegschaft des auftraggebenden Unternehmens. Allerdings war zu erwarten, daß von den Betriebsräte und den Werkarbeitnehmern die Arbeitsbedingungen beim Werkvertrag tendenziell schlechter eingeschätzt werden, ohne aber daß sich hier eine absolute Feststellung treffen läßt.

Der Bericht zieht daher, gerade auch wegen der Subjektivität der Einschätzungen seitens der befragten Unternehmen und Arbeitnehmer, keine allgemeine Schlußfolgerung. Es heißt am Ende: „Insgesamt lässt sich somit resümieren, dass trotz aller verbleibender Unsicherheiten sich zumindest ein Befund durch alle Analysen zieht: Werkvertragskräfte sind keineswegs immer schlechter, sondern auch

zum Teil besser gestellt als die Stammebelegschaft mit vergleichbaren Tätigkeiten... Es besteht somit eine gewisse Evidenz dafür, dass Werkvertragskräfte ... nur in begrenztem Maße zum Einsatz kommen, um arbeitsrechtliche Standard zu unterlaufen... Dazu passt auch, dass beauftragte Unternehmen angeben, dass Konflikte mit der Stammebelegschaft des Kunden ... eher selten seien und die Akzeptanz der Werkvertragskräfte bei der Stammebelegschaft des Kunden fast durchweg hoch einzuschätzen sei.⁶²

Damit entzieht die Studie der politischen Auseinandersetzung jedenfalls insoweit und empirisch den Konfliktstoff.

4.

Rechtliche Aspekte der Werkvertragsnutzung in Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Auch bei der Analyse der *rechtlichen* Aspekte der Werkvertragsnutzung geht der Bericht 1 von einem Konfliktpotenzial zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung aus und dem in der öffentlichen Diskussion häufig unterstellten Verdacht; der Werkvertrag diene dazu, die strenge Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung⁶³ zu umgehen.⁶⁴

Der Bericht hebt zunächst die juristischen Unterschiede von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung hervor. Da die jeweiligen Vertragstypen einer je unterschiedlichen Regelung unterliegen, kommt es in der Praxis bekanntlich darauf an, wie die Vertragsbeziehungen zwischen den Unternehmen ausgestaltet sind und wie diese tatsächlich erfüllt werden. Die Unterscheidung wird insbesondere dann relevant und für die Unternehmen brisant, wenn

⁶² Studie 1 S. 177/178.

⁶³ die insbesondere durch das Gesetz zur Änderung der Arbeitnehmerüberlassung vom 21. Februar 2017, BGBl. I S. 258, noch verschärft worden ist.

⁶⁴ Studie 1 S. 179-235.

der Werkvertrag sich der Arbeitnehmerüberlassung annähert und sich die Unternehmen so der Gefahr aussetzen, von den rigiden Rechtsfolgen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes betroffen zu werden. Der Bericht befaßt sich nun aber nicht mit den juristischen Unterscheidungen, sondern damit, *wie* die Unternehmen ihre Vertragsbeziehungen ausgestalten, in der Praxis realisieren und somit auch mit dem *Risiko einer Vertragsverfehlung* umgehen.

So läßt sich immerhin das Motiv auftraggebender Unternehmen feststellen, durch Werkverträge der Regulierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu entgehen. Werkverträge gelten für mehr als ein Viertel der Unternehmen als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung.⁶⁵ Dem steht gegenüber, daß bei einer deutlichen Mehrheit der Unternehmen die Arbeitnehmerüberlassung als Alternative zum eines Werkvertrag von der Sache her nicht in Betracht kommt.⁶⁶ Kennzeichnend scheint jedoch allgemein zu sein, daß sich das Werkvertragsgeschäft zumeist auf den Zukauf von Spezialkomponenten, die Arbeitnehmerüberlassung hingegen vor allem auf die Abdeckung von Auftragsspitzen und Personalengpässen erstreckt. „Eine alternative Nutzung von Werkverträgen zur Vermeidung einer Arbeitnehmerüberlassung aus Kostengründen klingt ... nur sehr vereinzelt an.“⁶⁷

Die rechtliche Ausgestaltung der Werkverträge steht unter dem Leitbild „Risikostruktur“ und hat die *Qualitätssicherung*, die *Weisungsstruktur* und die *Arbeitsorganisation* zum Gegenstand. Es ist folgerichtig, daß an dieser Stelle die Vorzüge und die Nachteile bzw. Risiken der Werkvertragsvergabe in Gestalt der Werkvertragsgestaltung wieder hervortreten. Mit der vertraglichen Bestimmung von Weisung und Arbeitsorganisation betritt die Vertragsgestaltung dann gleichsam den schmalen Grat der Unterscheidung zur Arbeitnehmerüberlassung. Bei der Vertrags-

⁶⁵ Studie 1S. 183.

⁶⁶ Studie 1 S. 185.

⁶⁷ Studie 1 S. 187.

ausführung spielen dann die jeweiligen Arbeitsbedingungen, die Vergleichbarkeit der Tätigkeiten, der Einsatzort der Werkerstellung, insbesondere im Falle des Einsatzes im Werksgelände des Werkbestellers, und der Grad der Eingliederung in den Betrieb des Werkbestellers eine Rolle. Der Bericht hält in diesem Zusammenhang gleiche oder schlechtere Arbeitsbedingungen der Werkvertragsarbeitnehmer für ein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung.⁶⁸

Nicht ins Blickfeld der Studien tritt eine präventive *Auditierung* als Bestandteil des Risikomanagements. Von sonstigen präventiven „Werkzeugen zur Reduktion von Risiken im Werkvertrag“ hat sehr innovativ *Max Kunze* auf dem Seminar am 2. März 2018 gesprochen.⁶⁹

Im übrigen aber sieht sich der Bericht nicht imstande, aufgrund empirischer Befunde Schlußfolgerungen für die Beantwortung der Frage zu ziehen, wann Werkvertrag, wann Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen ist. „Auf der Basis der beschriebenen Evidenz kann in der Gesamtschau keine juristische Bewertung darüber vorgenommen werden, bei welchen der befragten Unternehmen tatsächlich ein Werkvertrag besteht und bei welchen es sich um eine als Werkvertrag deklarierte Arbeitnehmerüberlassung handelt. Insbesondere lässt sich die rechtliche Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung nicht an einzelnen Merkmalen festmachen, sondern ergibt sich erst aus dem Gesamtbild der tatsächlichen Ausgestaltung der Risiko- und Weisungsstruktur sowie weiterer Merkmale. Zur juristischen Prüfung wäre daher eine umfassende Sammlung von rechtlich verwertbaren Indizien für jeden Einzelfall eines Werkvertrages nötig, was im Rahmen einer quantitativen Unternehmensbefragung nicht durchführbar ist.“⁷⁰

⁶⁸ Studie 1 S. 204.

⁶⁹ vgl. die nicht veröffentlichte, aber zugängliche Tagungsmappe der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit für das Seminar am 2. März 2018.

⁷⁰ Studie 1 S. 206.

Damit zeigt die Studie auch die Begrenztheit sozialwissenschaftlich-empirischer Untersuchungen, die somit das normative Urteil nicht ersetzen können.

Gleichwohl zeigt die Studie Indikatoren auf, die für die eine oder die andere Vertragsgestaltung und Vertragswirklichkeit, auch aus der Sicht der jeweils Beteiligten, sprechen und veranschaulicht diese mit zahlreichen Tabellen und Abbildungen. Mit einer für die Praxis empfohlenen „Vignette“ sollen die Indikatoren jeweils im einzelnen ermittelt und festgestellt werden.⁷¹ Damit könne im „Graubereich“ zur Rechtsklarheit beigetragen werden.

Die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung erfordert in der Praxis entsprechende Rechtskenntnis der beteiligten Unternehmen. Es zeige sich aber, „dass die Befragten ein rechtliches Grundverständnis für die Unterscheidung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung haben.“⁷²

Der rechtliche Kenntnisstand ist auch dafür maßgeblich, ob im Einzelfall auch ein Mißbrauch angenommen werden kann. Die Fälle, die die Zollverwaltung und die Rechtsprechung überwiegend beschäftigen, sind nach der Studie eher auf Unkenntnis zurückzuführen.⁷³ „Ob in der Praxis Werkverträge abweichend von den rechtlichen Vorgaben vorsätzlich oder unwissentlich ausgestaltet werden, kann nicht abschließend beurteilt werden.“⁷⁴

Mit dieser Unsicherheit des Befundes bestärkt die Studie jedenfalls nicht den Verdacht, der in Teilen der politischen Öffentlichkeit dem Werkvertrag gelegentlich entgegengebracht wird.

⁷¹ Studie 1 S. 215-232.

⁷² Studie 1 S. 232.

⁷³ Studie 1 S. 232, 235.

⁷⁴ Studie 1 S. 232.

Die juristischen Aspekte werden auch von der Studie 2 eingehend erörtert. Naturgemäß sind die Einsatzmuster von Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen sowie die „Grauzonen und Probleme“ Gegenstand der Erörterung.⁷⁵ „Rechtlich fragwürdige Praktiken“ werden nicht ausgeblendet.⁷⁶ Die Studie nimmt hierbei auch Bezug zu Veröffentlichungen der AWZ.⁷⁷

5. Untersuchung der wirtschaftlichen Bedeutung von Werkverträgen⁷⁸

Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Werkvertrages in der Gesamtwirtschaft gibt es nach der Feststellung des Berichtes 1 keine amtlichen Statistikdaten. Die Studie bemüht sich daher um eine eigene Erhebung und Analyse, wobei insbesondere nach Branchen differenziert wird. Auf die Wiedergabe im einzelnen darf an dieser Stelle verzichtet werden. Es überrascht allerdings nicht, daß sich die Bedeutung des Werkvertrages als solchen empirisch feststellen läßt und eine immense Größenordnung in der Gesamtwirtschaft ausmacht. „Trotz der Unsicherheiten in der Schätzung machen die Ergebnisse deutlich, dass Werkverträge erheblich zur gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung und Beschäftigung beitragen.“⁷⁹

⁷⁵ Studie 2 S. 139-164; siehe auch S. 3-5.

⁷⁶ Studie 2 S. 155-164.

⁷⁷ etwa *Hansjürgen Tuengerthal / Michael Rothenhöfer*: Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung, Teil 1 – 9, in: *Blickpunkt Dienstleistung*, 2013, Heft 1-11.

⁷⁸ Studie 1 S. 236-273.

⁷⁹ Studie 1 S. 272.

VI

Verhältnis zu früheren Studien

Auf dem Seminar der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit am 19. Februar 2016 sind zum Thema „Werkverträge“ bereits zwei ähnliche Studien vorgestellt worden.⁸⁰ Es handelte sich um

- *Holger Bonin / Ulrich Zieran*: Machbarkeitsstudie zur Erfassung der Verbreitung und Problemlagen der Nutzung von Werkverträgen, Forschungsbericht Nr. 432 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, erstellt vom Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Mannheim 2012
- *Markus Hertwig / Johannes Kirsch / Carsten Wirth*: Werkverträge im Betrieb. Eine empirische Untersuchung. Study 2015 der Hans Böckler Stiftung.

Die jetzt neu vorgestellten Studien unterscheiden sich von den früheren kaum. Es ist damals schon festgestellt worden, daß Werkverträge in einem marktwirtschaftlichen Wettbewerb für die Herstellung von Produkten und Dienstleistungen notwendig und legitim sind. Tendenziell neigte die Studie der gewerkschaftsnahen Hans Böckler Stiftung zu der Feststellung, daß Werkvertragsarbeitnehmer schlechter gestellt sind als die Arbeitnehmer der Stammbeslegschaft. Insgesamt ergaben bereits die damaligen Studien aufgrund ihrer empirischen Erhebungen allerdings ein sehr differenziertes Bild. Die neuen Studien beruhen demgegenüber jetzt auf einer breiteren empirischen Datenbasis, nehmen ein breiteres Spektrum von Problemlagen ins Blickfeld und lassen vielleicht die eine oder andere Aussage mit einem höheren Gewißheitsgrad zu, während aber auch hier die Vielfalt der Sachverhalte nur ein sehr differenziertes Urteil ermöglicht. Die tendenzielle Aussage, daß Werkvertragsarbeitnehmer schlechter gestellt seien, läßt sich nach den neuen Studien jedenfalls nicht generell aufrechterhalten.

⁸⁰ *Frank Hennecke*: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung. Standpunkte, Mannheim 2017, S. 44-60.

Es verwundert freilich ein wenig, wieso in relativ kurzer Zeit wiederholt Forschungsaufträge von derartiger Größenordnung zu demselben Gegenstand vergeben worden sind. Die Forschungsergebnisse der neueren Studien haben keine entscheidend neuen Erkenntnisse erbracht. Man fragt sich, welche erkenntnisleitenden Interessen die Forschungsvergabe veranlaßt haben mögen.

Erinnert werden darf in diesem Zusammenhang auch an eine frühere Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung⁸¹ zu On-Site-Werkverträgen aus dem Jahre 2016.⁸² Auch diese Studie kommt zu dem Ergebnis, daß die Motive für die Werkvertragsnutzung vielfältig sind und daß dabei vor allem der Wille, Arbeitsbereiche, die nicht zum Kerngeschäft gehören, nach außen zu verlagern, und auch der Mangel an qualifiziertem Personal eine wichtige Rolle spielen.⁸³ „Mißbräuche“ hat die Studie nicht festgestellt.

VII. Abschließende Wertung

1.
Die Studien erfassen und analysieren erstmals in diesem Umfang mit umfassendem sozialwissenschaftlichem Instrumentarium und repräsentativ die Nutzung von Werkverträgen in der Gesamtwirtschaft.

2.
Die eminente Bedeutung des Werkvertrages, dessen Unverzichtbarkeit und dessen allseitige Akzeptanz seitens der Unternehmen und der Arbeitnehmer tritt deutlich hervor.

3.

⁸¹ eine Forschungseinrichtung der Bundesanstalt für Arbeit.

⁸² vgl. *Carina Sperber / Anja Warning / Enzo Weber*: Werkverträge aus der Sicht der Arbeitgeber. Warum Betriebe On-Site-Werkverträge nutzen, in: IAB-Kurzbericht. Aktuelle Analysen aus dem Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, 26/2016.

⁸³ a.a.O. S. 4/5.

Der Werkvertrag trägt zur Wertschöpfung und zur Beschäftigungssituation in der Gesamtwirtschaft maßgeblich bei.

4.

Das Werkvertragsgeschehen ist je nach Branche und Betriebsgröße außerordentlich vielgestaltig. Verallgemeinernde Aussagen lassen sich kaum treffen.

5.

Die Motive der Unternehmen für die Werkvertragsvergabe sind in überwältigendem Maße unternehmenspolitischer oder betriebswirtschaftlicher Natur und damit nicht zu beanstanden. Für die Annahme mißbräuchlicher Motive zur Umgehung von arbeits- und sozialrechtlichen Standards fehlen empirisch relevante Daten.

6.

Eine Schlechterstellung von Werkvertragsarbeitnehmern gegenüber der Stammebelegschaft eines Werkbestellers läßt sich empirisch generell nicht feststellen.

7..

Die empirische Basis für eine Politik der weitergehenden Regulierung des Arbeitsmarktes liefern die Studien nicht.

8.

Die Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung bleibt für die Vertragsbeziehungen der Unternehmen relevant. Es kommt auf jeden Einzelfall und dessen besondere Konstellation an. Zur Risikovermeidung bleibt anwaltliche Beratung empfohlen.

9.

Die Arbeitsgemeinschaft „Werkverträge und Zeitarbeit“ sieht sich in ihrem Eintreten für den Werkvertrag politisch, wirtschaftlich, rechtlich und moralisch bestätigt.

2.

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz:
Zur Anwendbarkeit der §§ 9, 10 des
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Internationalen
Privatrecht

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), auch und gerade in der Fassung des Änderungsgesetzes vom Februar 2017, enthält eine weitreichende Regulierung der Zeitarbeit. Auf gesetzwidrige Arbeitnehmerüberlassung steht insbesondere die einschneidende Sanktion der §§ 9, 10 des Gesetzes, wonach kraft gesetzlicher Fiktion der Verleiher seine Arbeitnehmer verliert und der Besteller der Arbeitsleistung selbst zu deren Arbeitgeber wird. Diese Regelung aber tritt in Konflikt mit der ausländischen Rechtsordnung, falls es sich um aus dem Ausland entliehene Arbeitnehmer handelt. Im Schrifttum ist daher der Nachweis geführt worden, daß es nicht zu einer grenzüberschreitenden Wirkung der §§ 9, 10 AÜG kommen kann.⁸⁴ Die Begründung für diese Restriktion der Geltung von §§ 9, 10 AÜG wird nachfolgend kurz zusammengefaßt.

Der Fall:**Erste Variation:**

Die Firma A hat ihren Sitz in Polen. Sie beschäftigt in Polen Arbeitnehmer. Sie vereinbart mit der Firma B, die ihren Sitz in Berlin hat, einen Werkvertrag und entsendet ihre Arbeitnehmer zur Erfüllung des Werkvertrages nach Berlin. Für den Vertrag ist die Geltung des

⁸⁴ *Hansjürgen Tuengerthal / Christian Andorfer*: Ausschluss der Auswirkungen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Absatz 1 Nr. 1 AÜG auf ausländische Arbeitsverträge bei Einsatz ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland aufgrund von Art. 9 Rom I-VO, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)*, 6/2016, S. 328-339; *Frank Hennecke*: Deutsches Arbeitsrecht im Ausland? Wirken die §§ 9,10 AÜG grenzüberschreitend?, in: *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR)*, 2/2017 S. 63-68; 3/2017 S. 117-125.

deutschen Rechts vereinbart. Die tatsächliche Durchführung des Werkvertrages ergibt allerdings, daß es sich nicht um Erfüllung eines Werkvertrages, sondern in Wahrheit um Arbeitnehmerüberlassung handelt.

Wie ist die Rechtslage?

1.1.

Rechtsbeziehung A / B:

Nach § 1 AÜG hätte B eine Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung gebraucht. Da diese nicht vorliegt, ist der Vertrag A / B nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam.

1.2.

Sanktionen:

B hat eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG begangen.

1.3.

Rechtslage der Arbeitnehmer

Wenn §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG auch für die ausländischen Arbeitnehmer des ausländischen Verleihers gilt, sind die Arbeitnehmer der Fa. B, soweit der Arbeitsauftrag reicht, Arbeitnehmer der Firma A geworden. Gelten aber §§ 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG mit der Folge, daß die in Polen zwischen A und seinen Arbeitnehmern nach polnischem Recht geschlossenen Arbeitsverträge unwirksam sind? Können im Ergebnis die Arbeitnehmer der Fa. A Arbeitnehmer der Fa. B geworden und gleichzeitig Arbeitnehmer der Fa. A geblieben sein?

1.4.

Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Wenn die Arbeitnehmer von A Arbeitnehmer von B geworden sind, ist B für die Sozialabgaben aus deren Arbeitsverhältnissen zuständig. Wie steht es um die Sozialabgaben nach polnischem Recht, wenn die Arbeitsverhältnisse mit A in Polen weitergelten?

Der Fall:**Zweite Variation:**

Wie 1. Variation, aber vereinbart ist die Geltung polnischen Rechts.

I.**Die rechtliche Ausgangslage**

1.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) enthält Schutzvorschriften zum sozialen Status von Arbeitnehmern im Falle von Zeitarbeit und Arbeitnehmerüberlassung.

2.

Das AÜG setzt die Richtlinien der Europäischen Union zur Leiharbeit und zur Arbeitnehmerentsendung in deutsches Recht um. Es enthält über die europäischen Richtlinien hinaus weitergehende Schutzvorschriften.

3.

Die europäischen Richtlinien sichern einen sozialen Mindeststandard für Leiharbeitnehmer in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

4.

Das AÜG enthält mit dem Erlaubnisvorbehalt (§ 1 AÜG) und den Überwachungsvorschriften ordnungsrechtliche Schutznormen *öffentlich-rechtlicher* Art.

5.

Das AÜG enthält in den §§ 9, 10 AÜG Sanktionsnormen *privatrechtlicher* Art. Es verändert hierin die Arbeitsverhältnisse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

6.

Die deutsche Rechtsordnung gilt für natürliche und juristische Personen, die in Deutschland ihren Wohnsitz oder ihren Sitz haben. Verträge werden nach deutschem Recht behandelt.

7.

Das AÜG findet auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge, die nach deutschem Recht geschlossen werden, seitens der deutschen Behörden und der deutschen Gerichte als „lex fori“ selbstverständlich Anwendung.

II.

AÜG, IPR und ROM-I

8.

Für Privatrechtsbeziehungen zwischen deutschen und ausländischen Vertragspartnern gilt grundsätzlich das Internationale Privatrecht nach dem EGBGB.

9.

Das EGBGB ist jedoch durch ROM I-Verordnung der Europäischen Union europarechtlich überformt. Die ROM I-Verordnung gilt für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

10.

Nach Art. 3 der ROM-I Verordnung haben die Vertragspartner grundsätzlich die *Freiheit der Rechtswahl*. Das bedeutet, die Vertragspartner können unabhängig von ihrem Sitz oder Wohnsitz die Geltung einer Rechtsordnung für den Vertrag frei bestimmen. Sie können diejenige Rechtsordnung zugrundelegen, die für sie aufgrund ihres Sitzes oder Wohnsitzes gilt, oder die Geltung einer anderen Rechtsordnung frei bestimmen.

11.

Im Hinblick auf Arbeitsverhältnisse besteht nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 ROM-I ebenfalls grundsätzlich die Freiheit der Rechtswahl. Die Freiheit der Rechtswahl ist jedoch nach Art. 8 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2-4 ROM-I *eingeschränkt*. Die Freiheit gilt nicht, wenn in der Rechtsordnung des jeweiligen Staates, in dem die Arbeitnehmer beschäftigt werden sollen, Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmer gelten, die durch die freie Rechtswahl umgangen

werden könnten. Bestehen solche (zwingenden) Schutznormen in dem Staat der Beschäftigung, gilt nicht die Rechtsordnung der freien Wahl, sondern die Rechtsordnung mit den höheren Schutzstandards.

12.

Die Freiheit der Rechtswahl ist nach Art. 9 Abs. I ROM-I ferner eingeschränkt, wenn in einem der Staaten *Eingriffsnormen* bestehen, die für die soziale Organisation des betreffenden Staates von elementarer Bedeutung sind. Diese Eingriffsnormen haben Vorrang vor der freien Rechtswahl und finden in jedem Falle Anwendung.

13.

Die Eingriffsnormen des einen Staates finden über Art. 9 ROM –I auch Anwendung in dem anderen Staat. Jeweilige nationale Eingriffsnormen sind daher von allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch bei der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsanwendung zu beachten.

III.

Anwendbarkeit des AÜG

14.

„Anwendbarkeit“ von §§ 9, 10 AÜG bedeutet Feststellung der durch §§ 9, 10 AÜG geschaffenen Rechtslage. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG werden nicht in dem Sinne „angewendet“, daß ein Gericht oder eine Behörde den Tatbestand prüft und dann die Rechtsfolgen gegenüber einer Partei ausspricht; wegen der materiell-rechtlichen Wirkung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG, die kraft Gesetzes eintreten, kann ein Gericht oder eine Behörde nur –meist inzident- feststellen, daß die Rechtslage eingetreten ist, und unter dieser Voraussetzung, die für andere Rechtsnormen Tatbestandswirkung hat, die Rechtsfolgen der anderen Rechtsnorm aussprechen (z. B. Bußgeld, § 266a StGB, Lohnansprüche der Arbeitnehmer, Sozialversicherungsbeiträge). §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG werden nicht „angewendet“; es kann nur darauf ankommen, festzustellen, ob diese Vorschriften überhaupt gelten und ob aufgrund von deren Geltung die hierin bestimmte Rechtslage eingetreten ist.

15.

Die Frage der Anwendbarkeit stellt sich in der Praxis für

- das von einer Partei oder der Staatsanwaltschaft angerufene Gericht
- gesetzlich zum Handeln ermächtigte Behörden.

Die Antwort ist vom Standpunkt des Gerichts bzw. der Behörde aus zu geben.

16.

Das angerufene nationale Gericht entscheidet ausschließlich nach Maßgabe des für das nationale Gericht geltenden Rechtsordnung. Soll die Entscheidung nach einer anderen Rechtsordnung getroffen werden, setzt die Anwendung der anderen Rechtsordnung den Verweis in der nationalen Rechtsordnung auf die andere Rechtsordnung voraus.

Da die ROM-I Verordnung in allen Staaten der EU nationales Recht ist, gelten auch deren Verweise.

17.

Insbesondere entscheidet das angerufene nationale Gericht über seine örtliche Zuständigkeit nach nationalem Recht. Gerichtsstandsvereinbarungen von Parteien, die von der nationalen örtlichen Zuständigkeitsordnung abweichen, sind nur dann beachtlich, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung nach nationalem Recht wirksam ist.

Die freie Rechtswahl nach ROM-I umfaßt auch freie Gerichtsstandsvereinbarungen. Diese sind nach Maßgabe von ROM-I wirksam.

18.

Voraussetzung der Freien Rechtswahl ist die Wirksamkeit der Freien Rechtswahl selbst. Hierüber entscheidet das angerufene Gericht ausschließlich nach Maßgabe der für es geltenden nationalen Rechtsordnung. Kommt es zu dem Ergebnis, daß die Freie Rechtswahl als Rechtsgeschäft unwirksam ist, entfallen die Voraussetzungen von ROM-I. Der Rechtsstreit ist dann nach Maßgabe des nationalen Rechtes zu entscheiden.

19.

Für Behörden ergibt sich die örtliche Zuständigkeit aus dem Hoheitsgebiet der Behörden. Die Behörden prüfen im Sinne des Gesetzmäßigkeitsprinzips, ob die Rechtslage nach §§ 9, 10 AÜG eingetreten ist und treffen dementsprechend ihre Entscheidung. Für Rechtsmittel gegen behördliche Entscheidungen (Verwaltungsakte, Bußgelder) ist die jeweils örtlich und sachliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte gegeben. Da die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 AÜG durch die behördlichen Entscheidungen nicht herbeigeführt werden, sondern deren tatbestandliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind, wird der Eintritt der durch §§ 9, 10 AÜG geschaffenen Rechtslage von diesen Gerichten inzident geprüft.

20.

Die Frage der Anwendbarkeit der §§ 9, 10 AÜG stellt sich für angerufene deutsche Gerichte und zuständige deutsche Behörden dann, wenn die freie Rechtswahl auf eine nichtdeutsche Rechtsordnung fällt. Damit ist grundsätzlich die Geltung deutschen Rechts ausgeschlossen, es sei denn, die §§ 9, 10 AÜG

- fallen unter die Tatbestände der Einschränkung der freien Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2, Absatz 2-4 ROM-I
- sind Eingriffsnormen nach Art 9 ROM-I.

§§ 9, 10 AÜG finden, umgekehrt ausgedrückt, in jedem Falle Anwendung, wenn

- sie zwingendes Recht zum Arbeitnehmerschutz enthalten
- oder „Eingriffsnormen“ sind.

21.

Die Grenzen der Tatbestände nach Art. 8 Absatz 1 Satz, Abs. 2-4 und der Eingriffsnormen nach Art. 9 ROM-I sind fließend.

22.

Der Ausschluß der freien Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2-4 ROM-I setzt einen Vergleich der Rechtsordnung der betreffenden Staaten voraus. Insoweit davon ausgegangen werden kann, daß aufgrund europäischer Richtlinien zum Arbeitnehmerschutz in allen Staaten der EU für alle Arbeitnehmer derselbe Sozialstandard gilt, greift jedenfalls für die EU die Einschränkung nicht und bleibt die Freiheit der Rechtswahl bestehen.

23.

Es ist offensichtlich, daß die Sanktionsnormen der §§ 9, 10 AÜG über die europarechtlich vorgegebenen Sozialstandards hinausgehen. Die Nichtigkeit von Arbeitnehmerüberlassungserträgen und der Übergang der Arbeitsverhältnisse sind Sanktionen für den Fall nicht genehmigter Arbeitnehmerüberlassung, die in dieser Schärfe von den europäischen Richtlinien nicht vorgegeben sind. Sind die §§ 9, 10 AÜG Schutznormen zugunsten der Arbeitnehmer, kann deren Geltung nicht abgedungen werden.

24.

Zur Beantwortung der Frage des Schutznormqualität der §§ 9, 10 AÜG im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2-4 ROM-I kann § 2 Nr. 4 des Arbeitnehmerentsendegesetzes herangezogen werden: Hiernach sind die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen, zwingendes Recht.

25.

Obwohl die §§ 9, 10 AÜG Bestandteil des Schutznormpaktes des AÜG sind und in § 2 Nr. 4 ArbEntG die „Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften“ für zwingendes Recht erklärt werden, bleibt die Frage, ob die §§ 9, 10 AÜG überhaupt derartige „Bedingungen“ enthalten und zum „Schutz“ der Arbeitnehmer von der Sache her geeignet sind.

26.

Diese Frage läßt sich von zwei Seiten her verneinen.

Die §§ 9, 10 AÜG sanktionieren die Erlaubnis. An sich könnte für die Sanktionierung der Genehmigungspflicht und der sonstigen Schutznormen das ordnungsrechtliche Instrumentarium des AÜG genügen, wie dies auch in anderen Bereichen des Ordnungsrechtes der Fall ist (Gewerberecht, Immissionsschutzrecht). Einer darüberhinausgehenden privatrechtlichen Sanktion bedarf es, auch aus europarechtlicher Sicht, nicht. Die privatrechtliche Sanktion besteht nun aber in einem ersten Schritt darin, daß bei Fehlen der Erlaubnis die Arbeitsverträge für nichtig erklärt werden. Mit dem Verlust seiner

Arbeitnehmer will man den Verleiher bestrafen. Diese Strafe trifft aber auch die Arbeitnehmer: Sie werden sozusagen freigesetzt und „arbeitslos“. Damit schafft das Gesetz selbst zunächst erst einen Sachverhalt der Schutzbedürftigkeit. Diese Schutzbedürftigkeit wird dann aber in einem zweiten Schritt dadurch wieder aufgefangen, daß man die Arbeitnehmer dem Entleiher zuweist. Auf den Willen der Arbeitnehmer kommt es nicht an. *Aber eine Norm, die die Schutzbedürftigkeit überhaupt erst schafft und dann mit paternalistischer Fürsorge überkompensiert, kann nur schwerlich als Schutznorm zugunsten der Arbeitnehmer interpretiert werden.* Die §§ 9, 10 AÜG können daher auch keine „Bedingungen“ im Sinne von § 2 Nr. 4 ArbEntG sein.

Zum anderen unterliegen die §§ 9, 10 AÜG erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln. Der zwangsweise verfügte Übergang der Arbeitsverhältnisse gegen den Willen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber verstößt gegen die Grundrechte der Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG, der Berufsfreiheit und der Freiheit der Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 Abs. 1 GG.⁸⁵ *Normen, die nach innerstaatlichem Recht verfassungswidrig sind, können innerstaatlich auch keine zwingende Schutznorm zugunsten der Arbeitnehmer sein.* Die Vereinbarkeit von §§ 9, 10 AÜG mit der Europäischen Grundrechte-Charta wäre noch zu überprüfen.

27.

Die §§ 9, 10 AÜG enthalten somit kein zwingendes nationales Recht, das als Schutznorm zugunsten der Arbeitnehmer die Freiheit der Rechtswahl ausschließt. Vereinbaren die Vertragspartner nach Art. 3 und Art. 8 Absatz 1 Satz 1 ROM-I die Anwendbarkeit nichtdeutschen Rechtes, ist die Anwendung der §§ 9, 10 AÜG ausgeschlossen.

28.

⁸⁵ *Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer / Frank Hennecke: Die Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1, 10 Absatz 1 Nr. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Mannheim 2015; Hansjürgen Tuengerthal / Frank Hennecke: Ist auch das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz trotz der „Festhalteerklärung“ verfassungswidrig?, in: Betriebsberater (BB), 29/2017, S. 1652-1661.*

Es stellt sich dann die weitere Frage, ob die §§ 9, 10 AÜG nicht als Eingriffsnormen nach Art. 9 ROM-I vorrangig Anwendung finden. In diesem Falle müßten die §§ 9, 10 AÜG die strengen und nach allgemeiner Auffassung auch restriktiv anzuwendenden Tatbestände von Art. 9 ROM-I, die einem „ordre public“ nahekommen, entsprechen. Die Sanktionen der §§ 9, 10 AÜG sind jedoch für die Rechts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht essentiell. Sie sind es um so weniger, als sie mit dem Grundgesetz nicht übereinstimmen.

29.

Folgt man der Auffassung nicht, daß die §§ 9, 10 AÜG über die ROM-I keine Anwendung finden, würden also die §§ 9, 10 AÜG trotz der Vereinbarung einer ausländischen Rechtsordnung im internationalen Bereich anzuwenden sein, hätte dies umgekehrt die Folge, daß die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 AÜG sowohl im Inland als auch im Ausland zu beachten wären. Es gälte dann im Ausland über das Internationale Privatrecht, über Art. 8 ROM-I und womöglich auch über Art. 9 ROM-I das deutsche Recht: Die Arbeitnehmer hätten im Heimatland keinen Arbeitgeber mehr und wären Arbeitnehmer in Deutschland. Das wäre eine weitreichende und für die Arbeitnehmer wohl auch kaum erträgliche Folge.

30.

Es verbleibt daher insgesamt bei der Feststellung, daß im Falle grenzüberschreitender Arbeitnehmertätigkeit die §§ 9, 10 AÜG keine Anwendung finden.

3.

**Zum Begriff des Arbeitnehmers im
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.
Kurzdarstellung des Rechtsfalles DRK-Schwestern
EuGH 17. 11. 2016, Rechtssache C-216/15**

1.

Fallanalyse

Die grundsätzliche Rechtsfrage besteht darin, *inwieweit* der Begriff des „Arbeitnehmers“, dessen Schutzstellung in der Richtlinie 2008/104/EG geregelt ist, vom *nationalen* Recht definiert werden kann mit der Folge, daß die Richtlinie insoweit keine Anwendung findet.

1.

Krankenschwestern des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) sind in der „DRK-Schwesternschaft e. V.“ *vereinsrechtlich* organisiert. Der *Mitgliedsbeitrag* der einzelnen Schwester wird in der Weise erbracht, daß sie dem Verein ihre volle Arbeitskraft zu Verfügung stellen oder bereit sind, von diesem an einen anderen Arbeitgeber im Wege eines Gestellungsvertrages zur Arbeitsleistung überlassen zu werden. Zwischen dem Verein und der einzelnen Schwester wird kein Arbeitsverhältnis begründet; es besteht lediglich eine vereinsrechtliche Beziehung.

2.

Der Begriff des Arbeitnehmers ist für die Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) maßgeblich. Das AÜG, das die Richtlinie 2008/104/EG umsetzt, setzt einerseits den Arbeitnehmerbegriff nach deutschem Recht voraus, ist aber andererseits an den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie rückgebunden.⁸⁶ Die Richtlinie verweist ihrerseits auf das nationale

⁸⁶ So hat denn der Richter am Europäischen Gerichtshof *Francois Biltgen* auf einer Veranstaltung an der Universität Heidelberg am 1. Februar 2019

Recht zurück, dem ein Definitionsspielraum für den Arbeitnehmerbegriff belassen wird, begrenzt diesen Spielraum andererseits durch den Schutzzweck der Richtlinie. In diesem Spannungsfeld bewegt sich der Vorlagebeschluß des BAG vom 17.3.2015⁸⁷ und das Urteil des EuGH vom 17.11.2016.⁸⁸

3.

Im Fall der DRK-Schwestern ist es zu einer unbegrenzten Überlassung einer Schwester seitens des Vereins an eine Klinik gekommen. Der Betriebsrat der Klinik hat der Beschäftigung der Schwester nach § 99 BetrVG widersprochen, da es sich in der Sache um eine Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) handele, die aber mangels Befristung unzulässig sei. Dies ist der Ausgangspunkt des Rechtsstreites.

4.

Arbeitnehmerüberlassung setzt nach dem AÜG und der hierzu einhellig ergangenen Rechtsprechung ein Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer voraus. Ein solches Arbeitsverhältnis liegt aber zwischen dem Verein als Verleiher und der verliehenen Krankenschwester eindeutig nicht vor. Damit wäre die Anwendung der Richtlinie und des AÜG ausgeschlossen. Es stellt sich aber die Frage, ob der *formale* Unterschied zwischen Vereinsmitgliedschaft und Arbeitsverhältnis nach deutschem Recht bei sonst der Arbeitnehmerüberlassung nahezu *identischem Sachverhalt* den Ausschluß der Geltung des AÜG und damit der Richtlinie rechtfertigt.

5.

Da der Arbeitnehmerbegriff des AÜG nach der Richtlinie zu interpretieren ist, war die Frage dem EuGH vorzulegen. Der EuGH hat entschieden, daß es *allein auf den formalen Unterschied* nicht

ausdrücklich erklärt, daß die Schlüsselbegriffe des Europäischen Rechtes –wie etwa der Begriff des „Arbeitnehmers“– auf europäischer Ebene einheitlich definiert werden müßten und daß es somit einen „Vorrang der autonomen Begriffe“ vor dem nationalen Recht gebe.

⁸⁷ Aktenzeichen 1 ABR 62/12 (A).

⁸⁸ Rechtssache C-216/15.

ankomme könne, wenn hierdurch der Schutzzweck der Richtlinie ausgeschlossen würde. Der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie sei so zu interpretieren, daß er diejenigen nationalen Rechtsnormen umfasse und für diese gelte, die einen Arbeitnehmerschutz bezwecken. Daher komme es für den vorliegenden Rechtsstreit nicht auf den formalen Unterschied von Vereinsmitgliedschaft und Arbeitsverhältnis an, sondern darauf, ob das Vereinsmitglied aufgrund der Arbeitsleistung in dem Betrieb, dem es überlassen ist, „geschützt ist“. Dies zu prüfen sei Sache des vorliegenden nationalen Gerichts.

6.

Die –etwas verklausulierte- Entscheidung bedeutet im Klartext: Das AÜG, das den deutschen Arbeitnehmerbegriff (Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher) tatbestandlich voraussetzt, findet als Umsetzung der Richtlinie entgegen dieser Voraussetzung auch dann Anwendung, wenn diese Voraussetzung dazu führen würde, daß der überlassene Arbeitnehmer den Schutz verlöre, den ihm die Richtlinie gewähren will. Umgekehrt findet das AÜG mit seiner tatbestandlichen Voraussetzung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses keine Anwendung, wenn der Schutz des Arbeitnehmers im Sinne der Richtlinie anderweitig gegeben ist. Ob dies der Fall ist, bleibt für das vorliegende deutsche Gericht im Einzelfall zu prüfen.

7.

Mit dieser Entscheidung wird einerseits die von der Richtlinie gewährte Autonomie des nationalen Gesetzgebers gewahrt, andererseits dem Regelungsgehalt der Richtlinie Geltung verschafft und zugleich die Möglichkeit einer sachgerechten Einzelfallentscheidung offengehalten.

8.

Der EuGH hat damit den Rechtsstreit nicht endgültig entschieden. Es hat dem vorliegenden Gericht und den Verfahrensbeteiligten allerdings mehr Steine als Brot gegeben. Das deutsche Gericht muß jetzt vielmehr noch prüfen, ob auch dann, wenn der deutsche Arbeitnehmerbegriff des AÜG gilt, ein Schutz des Arbeitnehmers gegeben ist. Ist der soziale Schutz in dem Beschäftigungsverhältnis, in das vorliegend die Krankenschwester überlassen wird, normativ und

faktisch gegeben, kommt es nicht zur Anwendung des AÜG, da hierfür das Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher tatbestandliche Voraussetzung wäre, die vom EuGH nicht grundsätzlich infragegestellt wird und tatsächlich nicht vorliegt.

9.

Die Verweigerung des Betriebsrates nach § 99 Absatz 1 BetrVG setzt die Anwendbarkeit des AÜG voraus. Entfällt diese nach den vom EuGH dargelegten Kriterien, kommt es auf die Weigerung des Betriebsrates, der unbefristeten Beschäftigung einer Schwester zuzustimmen, nicht an. Im konkreten Fall wäre der gegen den Betriebsrat gerichtete Klageantrag der Klinik, der die Krankenschwester unbefristet überlassen ist, erfolgreich.

10.

Der EuGH hat nebenbei entschieden, daß eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ i. S. von Art. 1 Absatz 2 der Richtlinie 2008/14/EG auch dann gegeben ist, wenn ein grundsätzlich nicht für Erwerbszwecke tätiges Unternehmen trotzdem im marktwirtschaftlichen Wettbewerb geldwerte Leistungen anbietet und dafür auch Entgelt erhält. Im Falle des Roten Kreuzes treffe das jedenfalls dann zu, wenn Krankenpflegeleistungen angeboten würden.

11.

Die Entscheidung des EuGH hat grundsätzlich für die Interpretation des AÜG maßgebliche Bedeutung. Wegen der allerdings sehr speziellen Fallkonstellation der DRK-Schwestern, in der die Entscheidung wohl allein zum Tragen kommt, dürfte die praktische Bedeutung, auch für die anwaltliche Beratung und Verfahrensvertretung, gering sein. Es sei denn, die Fälle häufen sich, in denen Arbeitnehmerüberlassung praktiziert wird, ohne daß zwischen dem Verleiher und den Arbeitnehmern ein Arbeitsverhältnis besteht. Allerdings könnten im Hinblick auf die auslegbare Rechtslage künstlich Fallkonstellationen geschaffen werden, in denen auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als tatbestandliche Voraussetzung der Arbeitnehmerüberlassung gezielt verzichtet wird, um das AÜG zu umgehen. Derartige Konstruktionen enthielten allerdings ein Risiko.

2.

Urteilsanmerkung zu EuGH 17. 11. 2016, Rechtssache C-216/15
(DRK-Schwestern)

Es war schon ein Fall besonderer Art, über den der Europäische Gerichtshof zu entscheiden hatte. Oder vielleicht auch nicht entschieden hat. Worum ging es? Es ging um die Frage, ob für die Gestellung von Rote-Kreuz-Schwestern, die untereinander vereinsrechtlich organisiert sind, an externe Pflegeeinrichtungen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Anwendung findet. Diese Frage sollte nach der Vorlage des Bundesarbeitsgerichts vom 17. 3. 2015⁸⁹ danach beantwortet werden, wie der Arbeitnehmerbegriff der Leiharbeitsrichtlinie⁹⁰ im Verhältnis zu einem nationalen Arbeitnehmerbegriff zu verstehen sei. Von der Beantwortung dieser Frage könnte der Bestand des „Geschäftsmodells“ der DRK-Schwestern insgesamt betroffen sein, wie *Ulrici* in seiner Urteilsbesprechung in juris vom 21.1.2017 am Ende auch deutlich hervorhebt.⁹¹ Es geht in der Tat um eine Rechtsfrage von erheblichem Gewicht und womöglich weitreichender Bedeutung.

Die grundsätzliche Rechtsfrage besteht somit darin, *inwieweit* der Begriff des „Arbeitnehmers“, dessen Schutzstellung in der Richtlinie 2008/104/EG geregelt ist, vom *nationalen* Recht definiert werden kann mit der Folge, daß die Richtlinie insoweit keine Anwendung findet. Dazu kurz im einzelnen.

1.

Krankenschwestern des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) sind in der „DRK-Schwesternschaft e. V.“ *vereinsrechtlich* organisiert. Der *Mitgliedsbeitrag* der einzelnen Schwester wird in der Weise erbracht,

⁸⁹ Aktenzeichen 1 ABR 62/12 (A).

⁹⁰ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit – Abl. L 327 vom 5. 12. 2008 S. 9.

⁹¹ *Bernhard Ulrici*: Urteilsbesprechung zu EuGH C-216/15 in: jurisPR-ArbR 1/2017 Anm. 1, DI 2.

daß sie dem Verein ihre volle Arbeitskraft zu Verfügung stellen oder bereit sind, von diesem an einen anderen Arbeitgeber im Wege eines Gestellungsvertrages zur Arbeitsleistung überlassen zu werden. Zwischen dem Verein und der einzelnen Schwester wird kein Arbeitsverhältnis begründet; es besteht lediglich eine vereinsrechtliche Beziehung.

2.

Der Begriff des Arbeitnehmers ist für die Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) maßgeblich. Das AÜG, das die Richtlinie 2008/104/EG umsetzt, setzt einerseits den Arbeitnehmerbegriff nach deutschem Recht voraus, ist aber andererseits an den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie rückgebunden. Die Richtlinie verweist ihrerseits auf das nationale Recht zurück, dem ein Definitionsspielraum für den Arbeitnehmerbegriff belassen wird, begrenzt diesen Spielraum andererseits durch den Schutzzweck der Richtlinie. In diesem Spannungsfeld bewegen sich der Vorlagebeschluß des BAG vom 17.3.2015 und das Urteil des EuGH vom 17.11.2016.

3.

Im Fall der DRK-Schwestern ist es zu einer unbegrenzten Überlassung einer Schwester seitens des Vereins an eine Klinik gekommen. Der Betriebsrat der Klinik hat der Beschäftigung der Schwester nach § 99 BetrVG widersprochen, da es sich in der Sache um eine Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) handele, die aber mangels Befristung unzulässig sei. Dies ist der Ausgangspunkt des Rechtsstreites.

4.

Arbeitnehmerüberlassung setzt nach dem AÜG und der hierzu einhellig ergangenen Rechtsprechung ein Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer voraus. Ein solches Arbeitsverhältnis liegt aber zwischen dem Verein als Verleiher und der verliehenen Krankenschwester eindeutig nicht vor. Damit wäre die Anwendung der Richtlinie und des AÜG ausgeschlossen. Es stellt sich aber die Frage, ob der *formale* Unterschied zwischen Vereinsmitgliedschaft und Arbeitsverhältnis nach deutschem Recht bei sonst der

Arbeitnehmerüberlassung nahezu *identischem Sachverhalt* den Ausschluß der Geltung des AÜG und damit der Richtlinie rechtfertigt.

5.

Da der Arbeitnehmerbegriff des AÜG nach der Richtlinie zu interpretieren ist, hat das Bundesarbeitsgericht die Frage dem EuGH gemäß Art. 267 des Vertrages über die Europäische Union (AEUV) vorgelegt. Der EuGH hat entschieden, daß es *allein auf den formalen Unterschied* nicht ankomme könne, wenn hierdurch der Schutzzweck der Richtlinie ausgeschlossen würde. Der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie sei so zu interpretieren, daß er diejenigen nationalen Rechtsnormen umfasse und für diese gelte, die einen Arbeitnehmerschutz bezwecken. Daher komme es für den vorliegenden Rechtsstreit nicht auf den formalen Unterschied von Vereinsmitgliedschaft und Arbeitsverhältnis an, sondern darauf, ob das Vereinsmitglied aufgrund der Arbeitsleistung in dem Betrieb, dem es überlassen ist, „geschützt ist“. Dies zu prüfen sei Sache des vorliegenden nationalen Gerichts.

6.

Die –etwas verklausulierte- Entscheidung bedeutet im Klartext: Das AÜG, das den deutschen Arbeitnehmerbegriff (Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher) tatbestandlich voraussetzt, findet als Umsetzung der Richtlinie entgegen dieser Voraussetzung auch dann Anwendung, wenn diese Voraussetzung dazu führen würde, daß der überlassene Arbeitnehmer den Schutz verlöre, den ihm die Richtlinie gewähren will. Umgekehrt findet das AÜG mit seiner tatbestandlichen Voraussetzung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses keine Anwendung, wenn der Schutz des Arbeitnehmers im Sinne der Richtlinie anderweitig gegeben ist. Ob dies der Fall ist, bleibt für das vorliegende Bundesarbeitsgericht zu prüfen.

7.

Mit dieser Entscheidung wird einerseits die von der Richtlinie gewährte Autonomie des nationalen Gesetzgebers gewahrt, andererseits dem Regelungsgehalt der Richtlinie Geltung verschafft und zugleich die Möglichkeit einer sachgerechten Einzelfallentscheidung offengehalten. Insofern stimmt auch *Ulrici*, der

Entscheidung zu, auch wenn er zutreffend als Kritikpunkt anführt, daß mit einem solchen Tenor die von der Richtlinie gewollte nationale Rechtssetzungsautonomie ausgehöhlt werden könne und daß das alleinigen Abstellen auf *formale und damit unerhebliche* Unterschiede dem *sachlichen* Gehalt der vereinsrechtlichen Beziehung der DRK-Schwestern nicht gerecht werde.⁹²

8.

Der EuGH hat damit den Rechtsstreit nicht endgültig entschieden. Es hat dem vorlegenden Gericht und den Verfahrensbeteiligten allerdings mehr Steine als Brot gegeben. Das deutsche Gericht muß jetzt vielmehr noch prüfen, ob auch dann, wenn der deutsche Arbeitnehmerbegriff des AÜG gilt, ein Schutz des Arbeitnehmers gegeben ist. Ist der soziale Schutz in dem Beschäftigungsverhältnis, in das vorliegend die Krankenschwester überlassen wird, normativ und faktisch gegeben, kommt es nicht zur Anwendung des AÜG, da hierfür das Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher tatbestandliche Voraussetzung wäre, die vom EuGH nicht grundsätzlich infragegestellt wird und tatsächlich nicht vorliegt.

9.

Die Verweigerung des Betriebsrates nach § 99 Absatz 1 BetrVG setzt die Anwendbarkeit des AÜG voraus. Entfällt diese nach den vom EuGH dargelegten Kriterien, kommt es auf die Weigerung des Betriebsrates, der unbefristeten Beschäftigung einer Schwester zuzustimmen, nicht an. Im konkreten Fall wäre der gegen den Betriebsrat gerichtete Klageantrag der Klinik, der die Krankenschwester unbefristet überlassen ist, erfolgreich.

10.

Der EuGH hat nebenbei entschieden, daß eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ i. S. von Art. 1 Absatz 2 der Richtlinie 2008/14/EG auch dann gegeben ist, wenn ein grundsätzlich nicht für Erwerbszwecke tätiges Unternehmen trotzdem im marktwirtschaftlichen Wettbewerb geldwerte Leistungen anbietet und dafür auch Entgelt erhält. Im Falle des Roten Kreuzes treffe das jedenfalls dann zu, wenn Krankenpflegeleistungen angeboten würden.

⁹² *Ulrici*, a.a.O. (Fußn. 91).

11.

Die Entscheidung des EuGH hat für die Interpretation des europäischen wie des nationalen Arbeitnehmerbegriffes durchaus Bedeutung. Man wird aber wegen der Verengungen, die einerseits die nationale Gestaltungshoheit beschränken und andererseits den sachlichen Gehalt besonderer Vertragsbeziehungen (wie eben die Vereinsstruktur) verkennen und somit als unerheblich gelten lassen, dem Urteil nur beschränkte und nicht generelle Wirkung beimessen dürfen. *Ulrici* hat auf diese Verengungen hingewiesen und als generalisierbare Aussage geradegerückt, daß in Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie zwar vermieden werden soll, „dass Arbeitnehmern durch eine Aufspaltung der Arbeitgeberstellung, welche charakteristisch für Leiharbeit ist, der ihnen zustehende Schutz entzogen wird“, daß aber, soweit eine Person nach nationalem Recht keinen arbeitsrechtlichen Schutz genießt, eine Aufspaltung von rechtlicher Verpflichtungsgrundlage und tatsächlicher Dienstleistung nicht die Gefahr begründet, daß Rechte vorenthalten werden (a.a.O., C III). So kann es denn doch von Bedeutung sein und darf nicht als Formalie abgetan werden, daß die Schwestern gerade kein Arbeitsverhältnis begründet haben, so daß sie daher auch nicht als Arbeitnehmerinnen im Sinne des AÜG überlassen werden.

12.

Die Entscheidung des EuGH könnte darüberhinaus ins Leere laufen, wenn des Bundesarbeitsgericht, dem an es gerichteten Prüfauftrag folgend, zum Ergebnis kommt, daß der soziale Schutz der DRK-Schwestern gewährleistet und demzufolge der Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie und somit auch des AÜG nicht eröffnet ist. So bleibt denn mit Spannung abzuwarten, zu welchem Ergebnis das Bundesarbeitsgericht kommt.

3

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts

So hat denn auf dieser Grundlage das Bundesarbeitsgericht mit einem auch in der Tagespresse⁹³ beachteten Beschluß vom 21. Februar

⁹³ etwa Frankfurter Allgemeine Zeitung, 22. Februar 2017, S. 20.

2017⁹⁴ wie folgt entschieden: „Eine Überlassung von Arbeitnehmern iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt auch dann vor, wenn ein Verein im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ein Mitglied durch Gestellungsvertrag an ein Unternehmen überlässt, damit es bei diesem eine weisungsabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichtet, und es aufgrund seiner Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist.“⁹⁵ Das Gericht hat damit in -aus seiner Sicht- europarechtskonformer Auslegung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes den Arbeitnehmerbegriff auf Beschäftigungsverhältnisse ausgedehnt, die jedenfalls kein Arbeitsverhältnis im bisherigen Sinne waren, um die sozialen Schutzwirkungen insbesondere des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zur Anwendung zu bringen. Die praktischen und rechtlichen Folgen sind noch offen. Immerhin ist kurzfristig das DRK-Gesetz in dem Sinne geändert worden, daß jedenfalls für DRK-Schwester die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgeschriebene Befristung der Überlassung seit dem 25. Juli 2017 nicht gilt.⁹⁶

Indem der Begriff des Arbeitnehmers auf Beschäftigungsverhältnisse, denen kein Arbeitsvertrag zugrundeliegt, ausgedehnt wird, wird das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit seinen harten Sanktionen für Unternehmen, die mit Werkverträgen arbeiten, allerdings zu einer noch größeren Gefahr.⁹⁷

⁹⁴ Aktenzeichen 1 ABR 62/17.

⁹⁵ Leitsatz 1 ABR 62/17.

⁹⁶ § 2 Absatz 4 des DRK-Gesetzes: „Für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz gilt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit der Maßgabe, dass § 1 Absatz 1 Satz 4 und Absatz 1b des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht anwendbar ist.“

⁹⁷ vgl. hierzu im übrigen *Hansjürgen Tuengerthal / Frank Hennecke: Arbeitsrecht und Bußgeld. Der Tatbestand von § 16 Absatz 1 Nr. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes: Voraussetzungen, Reichweite und Grenzen*, Mannheim 2018, S. 16, wo jedenfalls für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht eine restriktive Interpretation des Arbeitnehmerbegriffes gefordert wird.

4.

Warum die seit 2013 geltende Rundfunkabgabe verfassungswidrig ist und bleibt

I.

Die rechtliche Bewertung vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2018

Beim Bundesverfassungsgericht waren im Jahre 2018 rund 150 Verfassungsbeschwerden gegen die seit 2013 geltende Rundfunkabgabe anhängig. Hunderte Verfahren gegen die Rundfunkabgabe liegen außerdem bei den Verwaltungsgerichten vor. Die Gründe für die Verfassungswidrigkeit der Rundfunkabgabe sind unverändert und unwiderlegt. Die Rundfunkabgabe ist im wesentlichen aus folgenden Gründen verfassungswidrig:

1.

Die Rundfunkabgabe ist kein „Beitrag“ im finanzverfassungsrechtlichen Sinne

1.1.

Die Landesgesetze zum Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag bezeichnet die Rundfunkabgabe ausdrücklich als „Beitrag“. Damit kann nur der „Beitrag“ im finanzverfassungsrechtlichen Sinne gemeint sein. Daran ist festzuhalten. Der Gesetzgeber hat sich für diese Form der Rundfunkfinanzierung entschieden und ist daher beim Wort zu nehmen.

1.2.

Die Rundfunkabgabe erfüllt jedoch nicht die finanzverfassungsrechtlichen Bedingungen für einen „Beitrag“.

1.2.1

Öffentliche Leistungen, die die öffentliche Hand erbringt und die grundsätzlich jedermann zugänglich sind (z. B. Universitäten, Parkanlagen, öffentliche Verkehrsmittel, Straßen, Gerichte), begründen auch für jedermann einen *Vorteil*. Der Vorteil ist ein *allgemeiner* und besteht in der prinzipiellen Möglichkeit für jedermann, die öffentliche Leistung zu nutzen. Öffentliche Leistungen werden grundsätzlich über die öffentlichen Haushalte finanziert. Die Einnahmequelle für die öffentlichen Haushalte ist ganz überwiegend das Steueraufkommen. Zwischen den jeweiligen Tatbeständen des Steuerrechts und den öffentlichen Leistungen besteht kein sachlicher und in der Regel auch kein rechtlicher Zusammenhang. Gegenstand und Volumen der öffentlichen Leistungen werden in den Haushaltsgesetzen nach politischen Prioritätsentscheidungen bestimmt.

1.2.2.

Soll eine öffentliche Leistung jedoch über eine *außersteuerliche Abgabe* finanziert werden, muß der Gesetzgeber die finanzverfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Zulässigkeit der außersteuerlichen Abgabe beachten. *Die Bereitstellung und Vorhaltung der öffentlichen Leistung ist jedoch für sich allein noch kein Tatbestand für eine außersteuerliche Abgabe.* Wäre dies der Fall, könnte für jede beliebige öffentliche Leistung als solche bereits eine Abgabe erhoben werden (z. B. Universitätsabgabe, Parkanlagenabgabe, Eisenbahnabgabe, Straßenabgabe). Das wäre das Ende der Finanzverfassung. Es müssen im Falle außersteuerlicher Abgaben auf öffentliche Leistungen vielmehr *zusätzliche Bedingungen* hinzutreten. Diese zusätzlichen Bedingungen bestehen zum einen in der Bestimmung der öffentlichen Leistung, für die die Abgabe erhoben wird, im Wortlaut des Gesetzes und zum anderen in der Definition eines Personenkreises, dem der *allgemeine Vorteil*, den die öffentliche Leistung gewährt, als *besonderer*, spezifischer Vorteil nach in der Sache liegenden Kriterien zugerechnet werden kann. Dieser Personenkreis kann nicht mit der Allgemeinheit identisch sein, die den *allgemeinen* Vorteil genießt, sondern muß sich von der Allgemeinheit insofern unterscheiden, als die öffentliche Leistung diesem Personenkreis einen *besonderen* Vorteil verschafft, den die Allgemeinheit nicht hat.

Unter diesen Voraussetzungen kann eine *Gebühr* berechtigt sein, die auf einem willentlich zumindest beeinflussbaren Äquivalenzverhältnis besteht (z. B. Studiengebühr, Abfallgebühr) oder ein *Beitrag*, der einen abstrakten, aber individuell zurechenbaren Vorteil abgilt (z. B. Erschließungsbeitrag, Sozialversicherungsbeitrag).

1.2.3.

Im Falle der Rundfunkabgabe ist die öffentliche Leistung, deren Vorteil individuell abgegolten werden soll, im Wortlaut des Gesetzes nicht bestimmt und ist die Bestimmung des Kreises der Begünstigten mit dem Abgabentatbestand Wohnung schlechterdings nicht sachgerecht. Das Gesetz definiert den Kreis der Personen, die den Vorteil der Rundfunknutzung individuell abgelten sollen, über die Inhabung einer Wohnung. Dem Inhaber einer Wohnung aber kommt der allgemeine Nutzungsvorteil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht spezifisch und nicht im Unterschied zur Allgemeinheit in besonderem Maße zugute. Die Wohnung hat mit dem Rundfunkempfang, der an allen Orten mit einer Fülle von Geräte möglich ist, nichts zu tun. Gerade die *Allgemeinheit* des Rundfunkempfangs, die von den Rundfunkanstalten auch immer wieder betont wird, schließt einen *besonderen* Vorteil gerade des Wohnungsinhabers aus. *Das Gesetz verwandelt den gewollten „Beitrag“ für den Rundfunkempfang in eine sachwidrige Wohnungsabgabe.*

1.2.4.

Mit der „Wohnung“ als „Anknüpfungspunkt“ für die Abgabenschuldnerschaft wird überdies ein Tatbestand normiert, der eine ganz eigene Dynamik entwickelt und sich geradezu als Sprengsatz in der Rechtsordnung auswirkt. Der Tatbestand „Wohnung“ verwandelt den „Rundfunkbeitrag“ in eine Wohnungsabgabe. Gravierende Grundrechtseingriffe (Art. 2 Absatz 1 Art. 3 Absatz 1, Art. 11 Absatz 1 GG) sind die Folge: Systematische Wohnungsrecherche und Datenerhebung, geheimer elektronischer Meldedatenabgleich, zentrale Datensammlung über sämtliche Bürger beim „Beitragservice“ in Köln, lebenslange Belastung der Wohnung als der Grundform bürgerschaftlicher Existenz: das alles steht zum Zweck der Rundfunkfinanzierung außer jedem Verhältnis und beruht allein auf dem unmäßigen Tatbestand „Wohnung“, der ein Übermaß an Belastung hervorbringt.

1.2.5.

Ließe man die Wohnung als Definitionsmerkmal eines abgabepflichtigen Personenkreises zu, könnte jede beliebige öffentliche Leistung, die etwa von der Wohnung aus erreichbar wäre, mit einer außersteuerlichen Abgabe belegt werden (z. B. Gehwegabgabe, Spielplatzabgabe, Schulabgabe). *Der Tatbestand „Wohnung“ entgrenzt den Abgabentatbestand ins Unermeßliche.* Aber nur mit der Begrenzung des Abgabentatbestandes ist eine außersteuerliche Abgabe überhaupt verfassungsgemäß.

1.2.6.

Sämtliche in der Rechtsordnung geltende Beitragsregelungen enthalten typischerweise Mitwirkungsrechte der Betroffenen (z. B. Kommunalwahlrecht, Sozialwahlen, Kammerselbstverwaltung). Hierdurch werden die mit der Beitragsregelung verbundenen Grundrechtseingriffe (zumindest teilweise) kompensiert. Beim „Rundfunkbeitrag“ fehlt eine solche Mitwirkung der Betroffenen.

2.

Die Rundfunkabgabe verstößt gegen die verfassungsmäßige Ordnung

Die Rundfunkabgabe verstößt aus mehreren Gründen gegen die verfassungsmäßige Ordnung.

2.1.

Die Rundfunkanstalten verfügen über Selbstverwaltung für ihren inneren Bereich. Der Bürger als Abgabenschuldner hat nicht Teil an der Selbstverwaltung der Rundfunkanstalten und ist daher deren Selbstverwaltungshoheit nicht unterworfen. Der tatsächliche Empfang des Rundfunks ist auch keine Anstaltsnutzung, die durch eine Gebühr abgegolten werden dürfte, da die Rundfunkabgabe gerade die tatsächliche Nutzung nicht voraussetzt und erklärtermaßen auch nicht als „Gebühr“ im finanzverfassungsrechtlichen Sinne ausgestaltet ist. Die Erhebung der Rundfunkabgabe als einer außersteuerlichen landesrechtlichen Abgabe durch hoheitliche „Feststellungsbescheide“ der Rundfunkanstalten greift demgegenüber über den Bereich der Selbstverwaltung hinaus in das Allgemeine Gewaltverhältnis Staat-Bürger hinein. Soll diese Ausübung hoheitlicher Gewalt

verfassungsrechtlich zulässig sein, muß die Behörde, die im Außenverhältnis hoheitlich handelt, der Fachaufsicht durch die Landesregierung unterliegen, parlamentarischer Kontrolle zugänglich sein und damit insgesamt im demokratischen Legitimationszusammenhang stehen. Indem es der Landesgesetzgeber versäumt hat, die rechtlichen Voraussetzungen für die Fachaufsicht über die Rundfunkanstalten zu schaffen, insoweit sie Hoheitsakte im Allgemeinen Gewaltverhältnis erlassen, stellt er den Rundfunk außerhalb des demokratischen Legitimationszusammenhangs. *Der Bürger ist somit einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt, die nicht im demokratischen Legitimationszusammenhang steht.*

Die hoheitlichen Befugnisse der Rundfunkanstalten im Allgemeinen Gewaltverhältnis werfen eine Grundsatzfrage des Verfassungs- und Verwaltungsrechts auf, die durch das Bundesverfassungsgericht zu klären wäre.

2.2.

Die Rundfunkanstalten der Länder halten mit dem „Beitragservice“ in Köln eine behördliche Einrichtung vor, die zentral für das gesamte Bundesgebiet tätig wird. Damit wird von den Landesrundfunkanstalten eine *faktische Bundesbehörde* geschaffen, die keine landesspezifischen Aufgaben mehr wahrnimmt. Diese faktische Bundesbehörde steht zum föderativen Prinzip des Grundgesetzes im Widerspruch.

2.3.

Die gleichlautenden Landesgesetze über die Rundfunkabgabe, die sich zugleich an der Bundestatistik als sachlicher Grundlage ihrer Regelungen orientieren, lassen jede landesspezifische Eigenart und jede Berücksichtigung landesspezifischer Sachverhalte und Statistiken vermissen. Die landesspezifische Situation, von der sich die Landeshoheit erst legitimiert, wird zugunsten einer bundeseinheitlichen Homogenität außer Acht gelassen. Diese Homogenität steht zum föderativen Verfassungsprinzip im Widerspruch.

2.4.

Der Tatbestand „Wohnung“, der von den Rundfunkanstalten als „Raumeinheit“ definiert wird, begründet über die zentrale Erfassung

aller Wohnungen und Wohnungsinhaber beim „Beitragservice“ in Köln eine *umfassende Herrschaft der Rundfunkanstalten über die existentiellen Grundlagen der gesamten Bevölkerung*. Eine solche universale Herrschaft steht zu den Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die zu sonstigen öffentlichen Aufgaben nur peripher ist, außer jedem Verhältnis.

2.5.

Das Rundfunkabgabensystem leidet an dem unaufgelösten Binnenwiderspruch, der immer wieder aufbricht, daß einerseits die allgegenwärtige Möglichkeit des Rundfunkempfangs abgegolten werden soll, andererseits aber allein und dezidiert der Abgabentatbestand „Wohnung“ normiert wird. Ein Gesetzgeber kann aber nicht das eine meinen und das andere regeln. Das Verfassungsprinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung steht entgegen.

3.

Die Rundfunkabgabe verstößt gegen Grundrechte

Die Rundfunkabgabe verstößt gegen mehrere Grundrechte.

3.1.

Indem die Rundfunkabgabe kein verfassungsrechtlich zulässiger Beitrag ist und insgesamt zur verfassungsmäßigen Ordnung im Widerspruch steht, ist die Abgabe nicht geeignet, die *allgemeine Handlungsfreiheit* nach Art. 2 Absatz 1 GG durch eine Zahlungspflicht einzuschränken.

3.2.

Indem ein Verfahren praktiziert wird, das Wohnung und Person des Bürgers ohne sein Wissen und ohne seinen Willen ermittelt, das ohne sein Wissen und ohne seinen Willen ein Dossier anlegt („Beitragsnummer“), das ohne sein Wissen und ohne seinen Willen die persönlichen Daten elektronisch erfaßt, das ohne sein Wissen und ohne seinen Willen einen regelmäßigen elektronischen Meldedatenabgleich mit den örtlichen Meldebehörden durchführt und das eine zentrale Speicherung des Mobilitätsverhaltens der gesamten

Bevölkerung beim „Beitragsservice“ entstehen läßt, verstößt die Rundfunkabgabe gegen des *Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung nach Art. 2 Absatz 1 GG*.

3.3.

Die Ausgestaltung der Rundfunkabgabe ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Absatz 1 GG nicht vereinbar.

Über die große Zahl von Wohnungsinhabern, die keinen Rundfunk empfangen und auch nicht empfangen wollen, kann man nicht einfach als unvermeidlichen Kollateralschaden einer „Egalisierung“ oder „Typisierung“ hinweggehen. Die große Zahl der Rundfunkverweigerer, die sich auch in den zahlreichen verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren und auch in mehreren öffentlichen Initiativen und Protestaktionen zeigt, ist keine vernachlässigbare Größe, sondern ein erheblicher Teil der Bevölkerung. Diese Zahl kann aus Gründen einer „Verwaltungsvereinfachung“ nicht schlicht ignoriert werden.

Das Argument, man mache bei der Personalisierung der Rundfunkabgabe vor Wohnungsgemeinschaften Halt, weil man die Familien schonen wolle, übersieht, daß nicht alle Wohngemeinschaften in Familienbindung stehen und daß die interne Verteilung der Abgabenlast auch Zwist in die Familien hineinträgt.

Die Rundfunkabgabe belastet Haushalte mit mehreren Personen einfach, mehrfache Haushalte einer einzelnen Person aber mehrfach. Auch hierin liegt eine nicht begründbare Ungleichbehandlung.

Das Argument, an der Sicherstellung einer qualifizierten öffentlichen Meinungsbildung als Voraussetzung eines demokratischen Gemeinwesens müsse sich jedermann auch durch einen Finanzbeitrag beteiligen („Demokratieabgabe“), verfängt gegenüber ausländischen Mitbürgern nicht, die aber trotzdem zur Rundfunkabgabe herangezogen werden. Hier wäre Differenzierung geboten.

3.4.

Die Rundfunkabgabe bindet das private Haushaltsbudget zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und entzieht somit dem Privathaushalt Finanzmittel, die sonst für die freie Wahl eines anderen Informationsmittels zur Verfügung stünden. Zusätzlich entsteht durch

die Zahlungsverpflichtung auch die Motivation, die Informationsquelle, für die man zahlen muß, dann auch zu nutzen. Die Rundfunkabgabe erzeugt daher eine Lenkungswirkung zugunsten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Rundfunkabgabe verstößt damit das *Grundrecht auf Informationsfreiheit nach Art. 5 Absatz 1 GG*.

Wenn dem Rundfunk selbst das Grundrecht der Pressefreiheit und der Freiheit der Berichterstattung nach Art. 5 Absatz 2 GG zusteht, muß dem spiegelbildlich die Freiheit des Bürgers entsprechen, diese Information und deren Finanzierung seinerseits abzulehnen. Es geht nicht an, daß der eine die Freiheit hat, die der andere bezahlen soll.

3.5.

Die Rundfunkabgabe belastet die Wohnung mit einer unentrinnbaren Zahlungspflicht. Die Belastung der Wohnung als scheinbar nur verwaltungstechnisches Mittel für die Herbeiführung einer angeblichen Abgabengerechtigkeit hat eine Dimension, die weit über den vordergründigen Regelungszweck hinausgeht.

Das Grundrecht auf Freizügigkeit nach Art. 11 Absatz 1 GG beinhaltet als dessen sachimmanente und selbstverständliche Voraussetzung das Recht auf Wohnsitznahme. Wohnsitznahme und Wohnung sind Grundvoraussetzung jeder bürgerschaftlichen Existenz. Dieses Grundrecht kann nicht eingeschränkt werden und steht jeder öffentlichen Belastung, die mit der Wohnung nichts zu tun hat, entgegen. Die Abgabe auf die Wohnung, die einem nur am Rande liegenden öffentlichen Zweck dienen soll, steht zu dem Fundamentalgrundrecht der Wohnung außer jedem Verhältnis. Wo auch immer jemand eine Wohnung nimmt – der Rundfunk ist schon da. Die Rundfunkabgabe auf die Wohnung verfolgt den Bürger ein Leben lang. Der Abgabe kann nur entrinnen, wer stirbt, auswandert oder sich obdachlos macht. Die Abgabe auf die Grundform menschlicher Existenz ist eine singuläre Belastung und in der Rechtsordnung ohne Beispiel.

4.

Der Bußgeldtatbestand als maßlose Überregulierung

Der Bußgeldtatbestand in § 12 der Beitragsgesetze ist schlicht verfassungswidrig. Allein die Nichtzahlung bei Fälligkeit –somit auch ohne vorherigen „Feststellungsbescheid“- begründet eine Ordnungswidrigkeit. Allein hierin liegt bereits eine *maßlose Überregulierung*. Wo gibt es das, daß bereits ein Zahlungsverzug als solcher eine Ordnungswidrigkeit auslöst! Diese Norm steht zu dem Lebenssachverhalt außer jedem Verhältnis.

Darüberhinaus: Wer gegen die Rundfunkabgabe um Rechtsschutz nachsucht, daher naturgemäß nicht zahlt und erst einen „Feststellungsbescheid“ abwartet, gerät allein deswegen nach der Gesetzeslage in einen Zustand der Rechtswidrigkeit. Daß man sich aber erst rechtswidrig verhalten muß, um überhaupt Rechtsschutz erlangen zu können, ist ein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Absatz 4 Satz GG.

5.

Die Rede von der Rundfunkabgabe als „Demokratieabgabe“ ist paternalistische Ideologie

Die Rede von der Rundfunkabgabe als „Demokratieabgabe“ ist paternalistische Ideologie. Als müßte dem Bürger durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erst zur Demokratiefähigkeit verholfen werden und müßte er zusätzlich zahlen, damit im Lande Demokratie herrsche!

6.

Es gibt Alternativen zur gegenwärtigen Rundfunkfinanzierung

Prinzipiell ist die Finanzierung über den Allgemeinen Staatshaushalt denkbar. Die angeblich hohe Bedeutung des Rundfunks für das demokratische Gemeinwesen legt diese Finanzierungsform nahe. Der Einwand, dann würde der Rundfunk vom öffentlichen Haushalt und damit vom „Staate“ abhängig, verfängt nicht, da sämtliche Öffentlichen Aufgaben, gerade auch solche mit hohem Grundrechtsgehalt wie Universitäten, Schulen oder das Gesundheitswesen, ganz selbstverständlich vom Staatshaushalt und seinen politischen Prioritäten abhängen. Niemand ist bisher auf die

Idee gekommen, etwa die Hochschulen vom öffentlichen Haushalt exempt zu stellen. Warum ausgerechnet der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein Privileg genießen soll, ist unerfindlich.

Mit anteiliger Staatsfinanzierung einer Grundversorgung und einem technisch durch einen Zugangscodes organisierten Gebührensystem läßt sich auch eine Mischfinanzierung verwirklichen. Dann ließe sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk ohne Grundrechtseingriffe, die man dem früheren Gebührensystem angelastet hatte und die zur Reform geführt haben und die jetzt nach der Reform noch stärker geworden sind, verfassungskonform halten.

II.

Die rechtliche Bewertung nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2018

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 18. Juli 2018 die Rundfunkabgabe im wesentlichen für verfassungsgemäß erklärt. Lediglich die Erhebung der Abgabe auf eine Zweitwohnung ist unzulässig. Damit ist die Rundfunkabgabe mit verfassungsrechtlichen Gründen jetzt nicht mehr aus der Welt zu bringen. Von den massiven verfassungsrechtlichen Einwendungen gegen die Rundfunkabgabe hat das Bundesverfassungsgericht jedoch weithin keine Kenntnis genommen.

Was bleibt?

1.

Die entschiedenen Fälle

Entschieden sind nur diejenigen Fälle, die am 16. Mai 2018 mündlich verhandelt und zu denen am 18. Juli 2018 eine Entscheidung verkündet worden ist.⁹⁸ Alle anderen Fälle (rd. 140 Verfassungsbeschwerden) muß das BVerfG in irgendeiner Weise zum Abschluß bringen. Da sehr unterschiedliche Gründe für die Verfassungsbeschwerden vorgebracht worden sind, auch solche, über

⁹⁸ Az. 1 BvR 1675/16; 1 BvR 745/17; 1 BvR 836/17; 1 BvR 981/17.

die am 16.5.2018 nicht verhandelt worden und die nicht Gegenstand der Entscheidung vom 18.7.2018 sind, bleibt abzuwarten, wie das BVerfG auf diese Gründe reagiert. Insbesondere wenn Gewissensgründe vorgetragen worden sind, ist die Sache noch nicht erledigt. Wer also solche Gründe hat, sollte in laufenden Verwaltungsgerichtsverfahren noch nicht aufgeben und das BVerfG mit neuen Verfassungsbeschwerden konfrontieren.

2.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

Es könnte erwogen werden, den Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) anzurufen. Die Voraussetzungen hierfür wären zu prüfen. Eine Menschenrechtsverletzung könnte im „Zwangsrundfunk“ durchaus liegen – wegen Lenkung der freien Information und der lebenslangen Belastung der Wohnung. Der Ausgang ist freilich –auch hier- ungewiß. Allerdings ist der Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg von den innerdeutschen politischen Verfilzungen, Interessenlagen und Rücksichtnahmen frei.⁹⁹

3.

Die verwaltungsrechtlichen Defizite der Rundfunkabgabe

In laufenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren können nach wie diejenigen *verwaltungsrechtlichen* Gründe gegen die „Feststellungsbescheide“ angeführt werden, die im Schrifttum dargelegt sind¹⁰⁰ und darin bestehen, daß die Gesamtschuldnerschaft mehrere Bewohner einer Wohnung den Rundfunkanstalten eine rechtswidrige *Willkür* der Auswahl ermöglicht und daß die Satzungen der Rundfunkanstalten keine Außenwirkung gegenüber dem Bürger haben. Hierüber hat weder des Bundesverfassungsgericht noch ein

⁹⁹ Der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (EuGH) hat aufgrund einer Vorlage des Landgerichts Tübingen allerdings bereits eine Entscheidung getroffen: Die deutsche Rundfunkabgabe ist hiernach mit dem Europäischen Recht vereinbar (Urteil vom 13. Dezember 2018 in der Rechtssache C 492/17).

¹⁰⁰ *Frank Hennecke*: Der Zwangsrundfunk oder Warum die neue Rundfunkabgabe rechts- und verfassungswidrig ist, 6. Auflage, Ludwigshafen am Rhein 2018, S. 18-30.

anderes Gericht je entschieden. Hierüber aber kann jedes Verwaltungsgericht entscheiden.

4.

Eckpunkte einer fachwissenschaftlichen Kritik

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts sollte mit fachwissenschaftlicher Kritik angegriffen werden. Hierfür wären etwa folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

4.1.

Mit den Ausführungen zum „Beitrag“ hat das Bundesverfassungsgericht den –jedenfalls bisher geltenden- Begriff des Beitrages preisgegeben. Der Begriff wird vielmehr ins Uferlose ausgedehnt. Mit der Begründung, die das Bundesverfassungsgericht gibt, läßt sich in der Zukunft *jedwede* außersteuerliche Abgabe begründen. Das ist das Ende der grundgesetzlichen Finanzverfassung.

4.2.

Das Bundesverfassungsgericht wendet den Gleichheitssatz willkürlich an: Der Unterschied zwischen Personen, die Rundfunk empfangen, und solchen, die keinen Rundfunk empfangen und auch nicht empfangen wollen (das sind sehr viele, etwa auch als Ausländer), gilt im Hinblick auf Art. 3 Absatz 1 GG als unerheblich. Demgegenüber gilt der Unterschied von Inhabern einer Wohnung und Inhabern einer Zweitwohnung als erheblich. Der erste Unterschied ist viel gravierender! Wo ist hier die richtige Proportion?

4.3.

Das Bundesverfassungsgericht, daß doch gerade Hüter der verfassungsmäßigen Ordnung sein soll, nimmt überhaupt nicht wahr, daß die von den Rundfunkanstalten ausgeübten Hoheitsakte nicht im demokratischen Legitimationszusammenhang stehen: Der Bürger ist einer Hoheitsgewalt ausgesetzt, der die demokratische Legitimation fehlt: ein eminent verfassungswidriger Zustand!

4.4.

Die „Wohnung“ als Tatbestandsmerkmal zur Bestimmung der Zahlungspflichtigen bleibt sachwidrig: Der Tatbestand erfaßt auf der einen Seite Personen, die tatsächlich keinen Rundfunk empfangen, und läßt auf der anderen Seite zahlreiche Personen aus, die Rundfunk empfangen (Ausländer im Ausland, Inhaber mobiler Geräte). Hier kann von einer Gleichheit der Belastung keine Rede sein.

4.5.

Mit dem Tatbestand „Wohnung“ verwandelt sich der „Beitrag“ in eine Wohnungsabgabe! Diese Abgabe entfaltet ihre eigene, systemsprengende Dynamik. Die Belastung der Wohnung ist mit einem vollkommen unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheitsrechte der Bürger verbunden: Eine unentrinnbare Belastung der Wohnung ein Leben lang, Auskunftspflichten, behördliche Recherchen, digitale Erfassung aller Bürger über die Meldebehörden etc.

Das Bundesverfassungsgericht läßt hier jedes Gespür für die Grundrechte der Bürger vermissen.

4.6.

Überhaupt: Wo der Rundfunk anfängt, scheinen die von dem Gericht sonst doch hochgehaltenen Grundrechte der Bürger zu enden. Die Ausführungen zur Informationsfreiheit sind schlicht inakzeptabel. Es kommt selbstverständlich nicht darauf an, daß niemand zur Wahrnehmung konkreter Rundfunkprogramme gezwungen wird, sondern allein darum, daß er sämtliche Programme finanzieren muß und ihm daher insoweit die Mittel fehlen, sich aus anderweitigen Informationsquellen zu informieren; wer aber für den Rundfunk zahlen muß, wird ihn daher auch wohl empfangen: Genau darin liegt die verfassungswidrige Steuerung durch die der Zwangsabgabe. Daß im übrigen der Freiheit des Rundfunks, die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben wird, auch eine Freiheit des Bürgers, hiervon befreit zu werden, entsprechen muß, gerät überhaupt nichts Blickfeld. Wer aus Gewissensgründen den Rundfunk ablehnt, wird wohl ebenfalls eine Abfuhr erhalten (hierüber ist noch nicht entschieden). Daß die Recherchemethoden und die bundesweit zentrale Datenspeicherung beim sogenannten „Beitragsservice“ das Grundrecht auf

informationelle Selbstbestimmung zumindest berühren, wird vom Bundesverfassungsgericht überhaupt nicht bemerkt, obwohl es selbst das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kreiert und in jüngster Rechtsprechung gerade erst wieder bestätigt hat.¹⁰¹ Die sonst so sensiblen Datenschutzbeauftragten der Länder verschweigen sich.

Eine solche Rechtsprechung läßt Zweifel daran aufkommen, ob Grundrechte in Deutschland überhaupt noch gelten, wenn sie mächtigen politischen Interessen entgegenstehen. Die „Mobilisierung des Bürgers zur Durchsetzung des Rechtes“¹⁰² wird jedenfalls an der Stelle ausgebremst, wo bestimmte Machtinteressen beginnen.

4.7.

Das Bundesverfassungsgericht läßt jede Auseinandersetzung mit der wissenschaftlichen Kritik vermissen, die seither an der Rundfunkabgabe geübt worden ist.¹⁰³ Was soll dann noch eine wissenschaftliche Meinungsäußerung, der das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung höchsten Rang einräumt und die nach dieser Rechtsprechung doch konstitutive Bedeutung für die demokratische Meinungs- und Willensbildung hat, wenn jedenfalls das Bundesverfassungsgericht als oberstes Rechtsprechungsorgan sie nicht zur Kenntnis nimmt?

4.8.

Es gibt inzwischen fachwissenschaftliche Kritik an dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, etwa:

- Hubertus Gersdorf: Muss das sein?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 2. August 2018, S. 7

¹⁰¹ Beschluß des auch für die Rundfunkabgabe zuständigen Ersten Senates vom 18. Dezember 2018, 1 BvR 142/15.

¹⁰² *Johannes Masing*: Die Mobilisierung des Bürgers zur Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997. *Masing* ist Mitglied des erkennenden Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichts.

¹⁰³ Nachweise bei *Hennecke*, a.a.O.

So läßt das Bundesverfassungsgericht auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium der Finanzen, das auf der mündlichen Verhandlung am 16. Mai 2018 vorgetragen worden ist, außer Betracht. Das Gutachten hält die Rundfunkabgabe der Sache nach für eine Steuer.

- Kay E. Winkler: Zurück zum Funkhaus, in: Telemedicus. Recht der Informationsgesellschaft, 13.8.2018.

5.

Gewissensgründe gegen die Rundfunkabgabe?

In vielen Fällen werden prinzipielle staatspolitische Überzeugungen und ernsthafte Gewissensgründe vorgebracht. Hinter den Bürgern, die bereits Verfassungsbeschwerde erhoben haben, stehen bundesweit Tausende, Zehntausende von Personen, die den „Zwangsrundfunk“ ablehnen und auch Klage erhoben haben. Für diese Bürger führt das Urteil zu einem Bruch des Rechtsbewußtseins, ja in die Verzweiflung. Hat das Bundesverfassungsgericht überhaupt noch Gespür für das, was es anrichtet?

6.

Politischer Widerstand

Es bleibt auf jeden Fall eine *politische* Aktivität gegen das geltende System. In einigen Bundesländern sind Bürgerinitiativen in Vorbereitung oder bereits im Gange.

Anhang:

Verzeichnis der Schriften der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit



Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

1. Generelles zum Werkvertrag

- ***Werkvertrag anerkannt! Neue Gutachten widerlegen Vorurteile.***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal / Frank Hennecke, in: Blickpunkt Dienstleistung, 2/2019 (203)
- ***Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung, Standpunkte,***
Dr. Frank Hennecke, Mannheim 2017 (191)
- ***Ein ereignisreiches Jahr***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Blickpunkt Dienstleistung 12/2016, S.15 (189)
- ***AÜG-Reform: Angemessene Regelung der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal Betriebsberater 11/2016, Heft 47 S.2875 (187)
- ***Gegen die Einschränkung des Werkvertrags***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Dr. jur. Frank Hennecke, Blickpunkt Dienstleistung 09/2016 (184)
- ***Auch ohne Blick in die Ferne: Externe - ein Leitfaden für den Einsatz von Fremdpersonal im eigenen Unternehmen***
Rechtsanwältin Silke Becker und Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Betriebsberater 2016 S. 2229 ff. (183)
- ***Neue Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag?***

*Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Rechtsanwalt Christian Andorfer Betriebsberater 2016
1909 ff.. (181)*

- ***Fremdpersonaleinsatz: Man merkt die Absicht, und man ist verstimmt!***
*Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer, Betriebsberater, Heft 31/2014 (144)**
- ***Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung durch den Zoll***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Der Steuerberater, Heft 7/2014 (145)
- ***Werkverträge unter dem Zeichen der großen Koalition***
Mathias Hick, Fleischmagazin 05/2014 S. 18 (133)
- ***Zu den Vorstellungen der SPD zur Eingrenzung von Werkverträgen***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Matthias Hick, Blickpunkt Dienstleistung 05/2014 (141)
- ***Neuregelung in Sicht?***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Econo Rhein-Neckar, Heft 4/2014 (148)
- ***Eine Lanze für den Werkvertrag***
*Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Michael Rothenhöfer, Betriebsberater, Heft 1/2 2013
(114)*
- ***Die Wandlung der Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung Teil 1 bis 10***
*Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Christian Andorfer und Michael Rothenhöfer, Blickpunkt
Dienstleistung, Heft 01/2013 bis Heft 11/2013*

2. EU-Recht

- ***Nationalstaatliche Souveränität und Europäische Dienstleistungsfreiheit im Ausgleich***
*Dr. Frank Hennecke /Rechtsanwalt Christian Andorfer, in: Zeitschrift für
Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 4/2019. (204)*

- **Rechtssicherheit und Freiheit im Europäischen Recht. Eine Festgabe für Carl Otto Lenz.**
Herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, Mannheim 2018 (201).
- **Zur Bindungswirkung der Entsendebescheinigungen: Auch das Geschäftsmodell der ausländischen Arbeitgeber wird bescheinigt.**
Dr. Frank Hennecke, NZWiSt 10/2017 (197)
- **Was bescheinigt die E-101-Bescheinigung?**
Dr. Frank Hennecke, Blickpunkt Dienstleistung, 08/2017 (193)
- **Deutsches Arbeitsrecht im Ausland: Wirken die §§ 9, 10 AÜG grenzüberschreitend? (Teil I + II)**
Dr. Frank Hennecke, ZESAR 2/2017, S. 63-68 3/2017, S. 117-125 (190)
- **Ausschluss der Auswirkungen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auf ausländische Arbeitsverträge bei Einsatz ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland aufgrund Art. 9 Rom I-VO**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Christian Andorfer, EWS 06/2016, S. 328-339 (188)
- **Gegenwind aus Brüssel für geplante Einschränkungen des Werkvertrags?**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Christian Andorfer, Fleischmagazin 06/2015 (162)
- **EWS Kommentar EuGH Urteil vom 18.06. 2015 – Rs. C-58613 Martin Meat**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Christian Andorfer, EWS 04/2015 (163)
- **Empörung bei der Generalanwältin Sharpston w. der Nichtvorlage eines Verfahrens an den EuGH**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer, Blickpunkt Dienstleistung 03/2015 (158)
- **EuGH zu den Lohnbestandteilen des Mindestlohns nach der Entsenderichtlinie 96/71/EG**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer, Blickpunkt Dienstleistung 03/2015 (155)
- **Rechtlich bedenkliche Mindestlohnjagd auf den Transitverkehr durch Deutschland**
Rechtsanwalt Michael Rothenhöfer, Blickpunkt Dienstleistung 02/2015 (154)
- **"Missbrauch von Werkverträgen": Rechnung ohne den Wirt!**

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Janine Geißer und Alexander Seeger, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, Heft 1/2014 (136)

- ***Umfassende Bindungswirkung auch bei Werkverträgen - EuGH zu Entsendebescheinigungen***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Janine Geißer, Arbeit und Arbeitsrecht 02/2014 (140)
- ***Interview mit Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal***
Steuerberater Magazin, Heft 5/2014 (135)
- ***Die vielfach bewusst übersehene Bedeutung der EuGH-Entscheidung "Herbosch Kiere"***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Blickpunkt Dienstleistung, Heft 11/2012 (112)

3. Verfassungsrecht

- ***Ein Ende der Verjährung - Zur Verfassungsmäßigkeit des "Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung"***
Dr. Frank Hennecke, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt) 4/2018 (200)
- ***Weitreichende Sanktionslücken auch im Arbeitsrecht durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.09.2017 ?***
Dr. Frank Hennecke, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt), 10/2017 (196)
- ***Ist auch das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz trotz „Festhalteerklärung“ verfassungswidrig?***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Dr. Frank Hennecke, Betriebsberater, 29/2017 S. 1652-1661 (192)
- ***Berechtigte Zweifel an der Verfassungskonformität der Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. S. 1 AÜG. Kommentar zum Urteil des BAG vom 20.01.2016 7 AZR 535/13***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Rechtsanwalt Christian Andorfer, Betriebsberater 2016 S. 1850 ff. (180)

- **Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 u. 10 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Janine Geißer und Dr. Frank Hennecke, Mannheim 2015 (168)
- **Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung**
Dr. Frank Hennecke und Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Betriebsberater Heft 21/2015 (159)

4. Strafrecht

- **Sonderdruck aus Handbuch Arbeitsstrafrecht von Ignor/Mosbacher, Boorberg Verlag 2016, § 7 Illegale Arbeitnehmerentsendung**
Rechtsanwälte Christian Andorfer und Michael Rothenhöfer (171)
- **Straffreiheit für Altfälle unerlaubter Beschäftigung von Unionsbürgern! - Eine Entgegnung auf Mosbacher, NSTZ 2015, 255f. -**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Michael Rothenhöfer und Dr. Frank Hennecke, NZWiSt 12/2015 (169)
- **Wenn der Zoll kommt!**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Compliance Berater, Heft 12/2015 (165)
- **Die Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung von Rumänen und Bulgaren im Licht des Europarechts**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Michael Rothenhöfer, Wistra, Heft 11/2014 (150)
- **Zur seltsamen Vernachlässigung der Rechtsfolgen des § 2 Abs 3 StGB im Rahmen der Entwicklung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im EU-Recht**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, Heft 11/2014 (151)
- **Arbeitsrecht und Bußgeld. Der Tatbestand von § 16 Absatz 1 Nr. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes: Voraussetzungen, Reichweite und Grenzen**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal / Dr. Frank Hennecke, Mannheim 2018 (202)

5. Sozialversicherungsrecht

- ***Wissen in Abhängigkeit? Das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV auf dem Prüfstand – Die Schwächen des aktuellen Verfahrens sowie mögliche Lösungsansätze***
Rechtanwältin Silke Becker / Dr. Frank Hennecke, in; Betriebsberater (BB) 4/2019 (205)
- ***Anspruch der Sozialversicherungsträger in Deutschland bei der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer, Betriebsberater Heft 47/2014 (149)

6. Zeitarbeit

- ***Das “NORMAL-Arbeitsverhältnis” in der digitalen Welt - Aufgabe des tradierten Konzepts der Berufe?***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Erhard's Erben , Heft 1 10/2016 (185)
- ***Die Änderungen im Überblick - Die Änderungen in § 8 Abs. 3 AEntG und die Auswirkungen auf die Zeitarbeitsbranche***
Rechtsanwalt Michael Rothenhöfer und Rechtsanwalt, Christian Andorfer, Blickpunkt Dienstleistung 02/2015 (153)
- ***Arbeitnehmerüberlassung - 18 Monate “vorübergehend” geklärt?***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Betriebsberater, Heft 4/2015 (152)
- ***Zwei Fliegen mit einer Klappe - Warum Zeitarbeit für den Mittelstand sinnvoll ist***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Rechtsanwalt Michael Rothenhöfer, Der Mittelstand 03/2013 (117)
- ***Schwierige Zeiten für Zeitarbeitsunternehmen***
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Rechtsanwalt Christian Andorfer Blickpunkt Dienstleistung 05/2011 (106)
- ***Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Zur Rechtslage nach der Neufassung von §§ 1 Absatz 1, 9 Absatz 1 Nr. 1, 1a, 2 AÜG durch das Änderungsgesetz vom 21. Februar 2017. Problemlösungen für die Praxis***
Dr. Frank Hennecke, Mannheim 2018 (199)

7. Mindestlohn

- **Mindestlohn bei der Logistik**
Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, Betriebsberater, Heft 49/2015 (167)
- **Die Mindestlöhne in der Fleischwirtschaft**
Rechtsanwalt Christian Andorfer und Michael Rothenhöfer, Blickpunkt Dienstleistung 05/2015 (160)
- **Mindestlohn: Fallstricke in der Praxis vermeiden**
Rechtsanwalt Christian Andorfer und Michael Rothenhöfer, Fleischwirtschaft 06/2015 (161)
- **Die Mindestlöhne im Gebäudereinigerhandwerk**
RA Michael Rothenhöfer und RA Christian Andorfer, Blickpunkt Dienstleistung 04/2015 (157)
- **Die Mindestlöhne im Baunebengewerbe**
Rechtsanwalt Michael Rothenhöfer und Rechtsanwalt, Christian Andorfer Blickpunkt Dienstleistung 03/2015 (156)

Der Autor:

Dr, iur. Frank Hennecke

Leitender Ministerialrat a. D.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Rechtsanwaltssozietät Professor Dr.

Tuengerthal / Christian Andorfer / Heiko E. Greulich / Nicolas Prochaska

M 7, 3

D-68161 Mannheim

