

INHALTSVERZEICHNIS

A. EINFÜHRUNG	1
1. Darstellung der Problematik sowie der Entstehungsgeschichte des AEntG und insbesondere dessen § 1a.....	1
a) Nichterfassung der entsandten Arbeitnehmer durch deutsches Arbeitsrecht und Tarifverträge	6
(1) Ausnahme für international zwingende Normen.....	8
(a) Normale Tarifverträge.....	9
(b) Schaffung von international zwingenden Normen i.S.d. Art. 34 EGBGB / Art. 7 EVÜ durch Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen?	10
(c) Ergebnis.....	13
(2) Mindestlohnschutz entsandter Arbeitnehmer durch § 7 Abs. 1 AEntG auch ohne Mindestlohtarifvertrag?	14
b) Wirkungsprinzip des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	15
c) Unzureichende Effizienz des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	17
d) Beweggründe für die Gesetzesnovelle	20
2. Darstellung der gesetzlichen Regelung und ihrer Auswirkungen auf den Auftraggeber	21
a) Haftungsadressat nach § 1a AEntG.....	21
b) Inhalt der Norm	23
c) Kein Verschulden notwendig	24
d) Rückgriffsmöglichkeit gegen den Arbeitgeber	25
e) Verhältnis mehrerer Verpflichteten untereinander.....	25
f) Mögliche Strategien der Auftraggeber und deren Auswirkungen	26
g) Ermittlung der Praktischen Auswirkungen der Regelung.....	29
(1) Auswahl der Befragten	29
(2) Durchführung der Umfrage	30
(3) Rücklauf der Umfragebögen	30
(4) Auswertung der Fragebögen.....	30
h) Sonstige Folgen der Regelung.....	34
(1) Verlagerung des Insolvenzrisikos durch § 1a AEntG	34
(2) Rückgriff der Arbeitsämter für Insolvenzgeldzahlungen	35
(3) Tatsächliche Veränderung der Rechtslage durch § 1a AEntG?	36
3. Exkurs: Die Rechtslage in Österreich.....	37

B. MÖGLICHKEIT DER DOGMATISCHEN EINORDNUNG IN DAS ZIVILRECHTLICHE HAFTUNGSSYSTEM	40
1. Einordnung als vertragliche Veranlassungs-/Garantiehaftung	41
a) Vergleichbarkeit mit anderen Haftungstatbeständen	41
(1) Vergleichbarkeit mit § 278 BGB	41
(a) Normwirkung	41
(b) Haftungsgrund	42
(c) Ergebnis	43
(2) Quasivertragliche verschuldensunabhängige Haftungstatbestände ..	43
(3) Anwendung der Grundsätze des gespaltenen Arbeitsverhältnisses ..	45
(a) Das mittelbare Arbeitsverhältnis	46
(i) Rechtliche Ausgestaltung	46
(ii) Rechtsfolge eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses	47
(iii) Begründung der Verpflichtung eines Dritten	49
(b) Das Leiharbeitsverhältnis	50
(i) Unterfälle	50
(ii) Rechtliche Ausgestaltung nach dem AÜG	50
(iii) Begründung der Verpflichtung eines Dritten	52
(c) Der Sonderfall des HAG	52
(d) Zusammenfassung der maßgeblichen Gesichtspunkte	54
(e) Anwendung auf die Nettolohnhaftung	54
(i) Nichtbauunternehmer	55
(ii) Generalunternehmer oder sonstiger Bauunternehmer	55
(iii) Fazit	56
b) Ergebnis	56
2. Einordnung als Gefährdungshaftung	56
a) Ausgangslage: Haftung für Verschulden	56
b) Dogmatische Herleitung der Gefährdungshaftung	58
c) Ansatzpunkte zur Begründung der Gefährdungshaftung	59
(1) Entstehenmüssen für erlaubte Gefahren	59
(2) Zurechnung aufgrund Gefahrbeherrschung	59
(3) Gefahrschaffung und Vorteilsziehung	60
(4) Besondere Qualität der Gefahr	60
(5) Instrument der Verhaltenssteuerung	61
(6) Gedanke der distributiven Gerechtigkeit	62

III

d) Anwendung dieser Kriterien auf die Auftraggeberhaftung.....	62
e) Sonstige Merkmale der Gefährdungshaftung.....	64
(1) Kriterium der gegenständlichen Verkörperung	64
(2) Beschränkung des Schutzes auf bestimmte Rechtsgüter.....	65
(3) Andere Gefährdungshaftungstatbestände im Arbeitsrecht.....	66
f) Ergebnis	67

C. VEREINBARKEIT MIT DEN GRUNDFREIHEITEN DES EGV 68

1. Anwendungsbereich der unterschiedlichen Grundfreiheiten und ihr Schutzzumfang	71
a) Eingriffstatbestände.....	71
(1) Unmittelbare Diskriminierung.....	71
(2) Mittelbare Diskriminierungen	72
(3) Sonstige Beschränkungen ohne Diskriminierungscharakter	73
(a) Genauere Bestimmung des Begriffs der sonstigen Beschränkung – Freiheitsrecht oder Gleichheitsrecht?.....	74
(i) Schrankenloser Beschränkungsbegriff nach Lackhoff.....	74
(ii) Grenzbezug als Voraussetzung einer sonstigen Beschränkung ..	74
(iii) Spürbarkeitserfordernis	75
(iv) Entscheidung	76
(b) Sonstige Beschränkung als Freiheits- oder Gleichheitsrecht	77
(4) Abschaffung der Trennung von mittelbarer Diskriminierung und sonstiger Beschränkung.....	78
b) Eingriffsrechtfertigung	80
(1) Rechtfertigungsmöglichkeiten aus dem Vertrag selbst.....	80
(2) Rechtfertigendes Allgemeininteresse / zwingende Erfordernisse	80
(3) Dogmatische Einordnung der Eingriffsrechtfertigung	81
(a) Diskriminierungsverbote	82
(b) Sonstige Beschränkungen	83
(i) Tatbestandslösung	83
(ii) Zweiaktige Prüfung (Rechtfertigungslösung)	83
(iii) Entscheidung	84
(4) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Gemeinschaftsrechts.....	85
(a) Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	85
(b) Herleitung und Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	86

IV

c) Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Schutzbereich der Grundfreiheiten.....	88
(1) Die Dienstleistungsfreiheit	88
(2) Die Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	97
(3) Die Niederlassungsfreiheit.....	99
(4) Ergebnis: Konvergenz der Grundfreiheiten.....	102
d) Bisherige Rechtsprechung des EuGH zu den Entsendefällen	103
(1) Entscheidung <i>Seco und EVI</i>	103
(2) Entscheidung <i>Rush Portuguesa</i>	104
(3) Entscheidung <i>Vander Elst</i>	104
(4) Entscheidung <i>Guiot</i>	105
(5) Entscheidung <i>Arblade und Leloup</i>	105
(6) Entscheidung <i>Mazzoleni</i>	105
(7) Entscheidung <i>Finalarte</i>	106
(8) Entscheidung <i>Portugaia Construções</i>	106
(9) Derzeit anhängiges Verfahren zum AEntG.....	107
2. Bestimmung der für die Arbeitnehmerentsendung maßgeblichen Grundfreiheit.....	107
a) Bestimmung des Begriffs der Dienstleistung	108
b) Formen der Dienstleistungserbringung	109
(1) Aktive Dienstleistungserbringung	109
(2) Passive Dienstleistungserbringung	109
(3) Korrespondenzdienstleistung.....	110
c) Entsendung bzw. Mitbringen von Arbeitnehmern als Unterfall der Dienstleistungsfreiheit?	110
d) Dienstleistungsfreiheit und Sozialpolitik	111
e) Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit und Abgrenzung zu den Schutzbereichen der anderen Grundfreiheiten	112
(1) Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	113
(a) Berufung des Unternehmers auf die Freizügigkeit seiner Arbeitnehmer	114
(b) Vorgehen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ?.....	115
(2) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit	120
(a) Abgrenzungskriterien	120
(b) Schutzzumfang der Freiheiten.....	123
(3) Ergebnis	123

f) Begünstigter Personenkreis und sachlicher Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit	124
(1) Bestimmung des personalen Schutzbereichs	124
(2) Begrenzung des sachlichen Schutzbereichs	125
(a) Ausschluss rein nationaler Sachverhalte aus dem Schutzbereich	125
(b) Rechtsschutzmöglichkeiten des beteiligten Personenkreises	126
(3) Europarechtliche Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung	128
(4) Prüfung der Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung nach nationalen Verfassungsrecht	129
3. Überprüfung eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit durch § 1a AEntG	131
a) Europarechtswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die Sperrwirkung der Entsende-Richtlinie	131
b) Offene Diskriminierung	132
(1) Geltung nur für ausländische Bauunternehmer?	132
(2) Diskriminierung durch Umgehungsmöglichkeit für inländische, nicht aber für ausländische Unternehmen?	133
(a) Konkurrenzverhältnis zwischen Firmentarifverträgen und allgemeinverbindlichen Tarifverträgen	134
(i) Vorrang des Firmentarifvertrags	134
(ii) Günstigkeitsprinzip	135
(iii) Besonderheiten des AEntG	136
(b) Firmentarifvertrag für ausländische Arbeitgeber möglich?	138
(c) Rechtsfolge des Abschlusses eines vorgehenden Firmentarifvertrags?	141
c) Mittelbare Diskriminierung bzw. sonstige Beschränkung	142
(1) Zurechenbarkeit privaten Verhaltens	143
(2) Ergebnis	146
d) Ergebnis der Prüfung	147
4. Rechtfertigung eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit	147
a) Rechtfertigung der Mindestlohnregelung des AEntG	148
(1) Rechtfertigung des Eingriffs durch die Entsenderichtlinie	149
(a) Inhalt und Zweck der Entsende-Richtlinie	149
(b) Einschränkungsmöglichkeit der Grundfreiheiten durch sekundäres Gemeinschaftsrecht	151
(c) Ergebnis	153

(2)	Rechtfertigung des Eingriffs durch Art. 46 i. V. m. Art. 55 EGV – öffentliche Sicherheit und Ordnung.....	154
(a)	Anwendungsbereich des Art. 46 EGV	155
(b)	Begriff und Inhalt der „öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ ...	155
(c)	Wirtschaftliche Probleme als Störung der öffentlichen Ordnung	157
(d)	Mindestlohnregelungen als Ausdruck der öffentlichen Ordnung	158
(e)	Soziale Unruhen als Bedrohung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.....	160
(f)	Ergebnis	162
(3)	Rechtfertigungsmöglichkeit des Eingriffs durch Belange des Allgemeininteresses	162
(a)	Bestimmung des Allgemeininteresses – nationale oder gemein- schaftliche Sichtweise?.....	163
(i)	Notwendigkeit der Anerkennung des Allgemeininteresses durch das Europäische Recht.....	163
(ii)	Sonstige gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an das Allgemeininteresse	165
(b)	Allgemeininteresse: Sicherung sozialer Mindeststandards für die entsandten Arbeitnehmer.....	165
(i)	Zulässigkeit der Beschränkung des Schutzes auf Angehörige anderer Staaten	167
(a)	Vergleichbare Situation im Verbraucherschutz.....	167
(b)	Ergebnis	168
(ii)	Berücksichtigung der gesetzgeberischen Intention	169
(iii)	Verhältnismäßigkeit der Maßnahme	172
(c)	Allgemeininteresse: Schutz des Arbeitsmarktes	175
(i)	Vermeidung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit als All- gemeininteresse	175
(ii)	Besonderheiten bei der beschäftigungssichernden Wirkung des AEntG	176
(iii)	Umfang und Bedeutung des Ausschlusses wirtschaftlicher Gründe	178
(iv)	Zusammentreffen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Gründe	179
(v)	Ausnahme vom Verbot wirtschaftlicher Gründe aufgrund Art. 96 EGV (Art. 101 EGV a.F.)	180
(vi)	Ergebnis	183
(d)	Allgemeininteresse: Schutz vor Wettbewerbsverfälschung.....	184

VII

(ii)	Ist eine allgemeingültige Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs möglich?	185
(iii)	Beschränkung des Wettbewerbsbegriffs auf einen „Leistungswettbewerb“?	186
(iv)	Verbotene Kumulierung der Wettbewerbsvorteile	193
(v)	Lohnkostenwettbewerb als „unlauterer“ Wettbewerb?	194
(e)	Allgemeininteresse: Schutz der sozialen Ordnung	198
(f)	Allgemeininteresse am Erhalt von Klein- und Mittelbetrieben ..	199
(4)	Ergebnis zur Vereinbarkeit des AEEntG mit den Grundfreiheiten ..	200
b)	Rechtfertigung der Nettolohnhaftung des § 1a AEEntG	201
(1)	Allgemeininteresse am sozialen Schutz der Arbeitnehmer	202
(a)	Ausschluss einer Rechtfertigung der Nettolohnhaftung als Instrument der sozialen Sicherheit bei ausländischen Arbeitnehmern durch die VO 1408/71/EWG	202
(b)	Anwendungsbereich der VO 1408/71/EWG	204
(2)	Allgemeininteresse des Schutzes der Arbeitnehmer im Insolvenzfall	205
c)	Verhältnismäßigkeitsprüfung	207
(1)	Eignung zur Erreichung des verfolgten Zieles	208
(2)	Erforderlichkeit der Maßnahme	209
(a)	Einführung anderer Lohnzahlungsmodalitäten	212
(b)	Gesetzliche Verpflichtung zur bestimmten Lohnsicherungsmaßnahmen	212
(c)	Verweisung des Gesetzgebers auf Einführung effektiverer Kontrolle und Anwendung der bislang bestehenden Vorschriften durch staatliche Stellen	213
(d)	Ausschluss der Nettolohnhaftung im Insolvenzfall	215
(e)	Beschränkung der Nettolohnhaftung auf tatsächliches Fehlverhalten / Einführung eines Entlastungsbeweises	216
(3)	Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung	217
5.	Ergebnis zur Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	217

D. VEREINBARKEIT MIT EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHT..... 218

1.	Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Mindestlohnarbeitsverträge	218
2.	Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des unternehmerischen Handelns....	220
3.	Wettbewerbsrechtliche Prüfung der gesetzlichen Regelung und der Allgemeinverbindlicherklärung	222

VIII

a) Prüfung des staatlichen Handels anhand Art. 81f. EGV? – Ansatzpunkt Erlass des § 1a AEntG.....	223
(1) Unterfallen staatliche Maßnahmen Art. 81 EGV?.....	223
(2) Herbeiführen parallelen Unternehmensverhaltens als wettbewerbs- beschränkendes Verhalten des Staates.....	224
b) Unerlaubte Beihilfe durch Belastung der ausländischen Konkurrenz ..	225
(1) Verhältnis des Beihilfenrechts zu den Grundfreiheiten.....	225
(2) Einordnung der Nettolohnhaftung als „Beihilfe“ für inländische Bauunternehmen	226
(a) Der Begriff der „Beihilfe“.....	226
(b) Ausschluss vom Beihilfenverbot (Art. 87 Abs. 2 EGV)	228
(c) Wettbewerbsverfälschung	228
(d) Erfordernis einer Belastung des mitgliedstaatlichen Haushalts ..	230
(i) Keine Notwendigkeit der Belastung staatlicher Haushalte	231
(ii) Belastung staatlicher Haushalte als notwendiges Tatbestands- merkmal der Beihilfe	232
(iii) Entscheidung	234
(3) Ergebnis	235
c) Ergebnis	235
E. ERGEBNIS UND THESEN	236
F. ANHANG I.....	239
1. Auswahl der Befragten	239
2. Durchführung der Umfrage.....	239
3. Rücklauf der Umfragebögen.....	240
4. Antworten der Befragten.....	240
G. LITERATURVERZEICHNIS:.....	242