B 11 AL 27/02 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Nürnberg (FSB)
Aktenzeichen
S 15 AL 77/99
Datum
16.11.2000
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 10 AL 147/01
Datum
14.02.2002
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 27/02 R
Datum
06.03.2003
Kategorie
Urteil
Leitsätze
Für Verleiher mit Sitz im Ausland begründet § 3 Abs 2 AEntG keine Pflicht auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer bei der Bundesanstalt für Arbeit anzumelden sofern die Arbeitnehmer nicht von den Bestimmungen eines Mindestlohn oder andere Mindestarbeitsbedingungen vorsehenden Tarifvertrages erfasst werden.
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 14. Februar 2002 wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass der Entscheidungssatz des angefochtenen Urteils wie folgt gefasst wird: Das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 16. November 2000 wird aufgehoben. Es wird festgestellt, dass eine Pflicht der Klägerin, von ihr auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer bei der Beklagten anzumelden, nicht besteht, sofern solche Arbeitnehmer nicht von den Bestimmungen eines Mindestlohn bzw andere Mindestarbeitsbedingungen vorsehenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags erfasst sind. Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über den Umfang der die Klägerin treffenden Meldepflicht nach § 3 Abs 2 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)).

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft französischen Rechts mit Sitz in Frankreich, deren ausschließlicher Geschäftsgegenstand die Arbeitnehmerüberlassung ist. Sie betreibt die Arbeitnehmerüberlassung auch grenzüberschreitend in die Bundesrepublik Deutschland und verfügt über eine entsprechende Erlaubnis nach dem Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG). Sie ist der Ansicht, die Meldepflicht nach dem AEntG betreffe nur Arbeitnehmer, denen während ihrer Beschäftigung zwingenden Mindestarbeitsbedingungen iS von § 1 AEntG zu gewähren seien. Das waren und sind im Baunebengewerbe Arbeitnehmer im Bereich des Elektrohandwerks.

In einem Schreiben des Landesarbeitsamtes Rheinland-Pfalz-Saarland vom 8. April 1998 war der Klägerin hinsichtlich der Meldepflichten nach dem AEntG mitgeteilt worden, es werde ihre Auffassung zur Anmeldepflicht im Elektrohandwerk geteilt. Weiter gehende Verpflichtungen ergäben sich derzeit nicht. In einem weiteren Schreiben vom 24. August 1998 korrigierte das Landesarbeitsamt seine Auffassung und führte aus, dass die in § 3 Abs 2 AEntG normierte Verpflichtung zur Anmeldung ohne Ausnahme alle Verleiher betreffe, die grenzüberschreitend Arbeitnehmerüberlassung in die Bundesrepublik Deutschland betrieben. Dies sei unabhängig davon, in welchen Sparten der Verleih erfolge und ob dort ein Mindestlohntarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden sei, wie zB im Elektrohandwerk. Es bestehe daher eine Verpflichtung zur Meldung, sobald ein Arbeitnehmer für eine der in § 2 Baubetriebe-Verordnung (Baubetr-VO) genannten Tätigkeiten nach Deutschland verliehen werde.

Deswegen hat die Klägerin negative Feststellungsklage erhoben. Sie hat zur Begründung vorgetragen, eine Meldepflicht für den Verleiher bestehe nur, wenn den entsandten Arbeitnehmern während ihrer Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland zwingende Mindestarbeitsbedingungen im Sinne des § 1 AEntG zu gewähren seien. Das Sozialgericht (SG) hat die Klage mit Urteil vom 16. November 2000 abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Bayerische Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG aufgehoben und festgestellt, dass eine Pflicht der Klägerin nicht bestehe, von ihr auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zur Arbeitsleistung entsandte Arbeitnehmer bei der

Beklagten anzumelden, sofern solche Arbeitnehmer nicht von den Bestimmungen eines Mindestlohn bzw Arbeitsbedingungen vorsehenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags erfasst seien (Urteil vom 14. Februar 2002). Zur Begründung hat das LSG im Wesentlichen ausgeführt: Zwar sei weder dem Wortlaut des § 3 Abs 2 AEntG noch dem Sinn und Zweck der Regelung und den Intentionen des Gesetzgebers zu entnehmen, dass die Meldepflicht auf solche Verleiher mit Sitz im Ausland beschränkt sei, die von einem für allgemeinverbindlich erklärten, einen bestimmten Mindestlohn bzw Arbeitsbedingungen vorsehenden Tarifvertrag erfasst würden. Jedoch sei § 3 Abs 2 AEntG europarechtskonform eng auszulegen, weil die Meldepflichten für ausländische Verleiher gegen die in Art 49, 50 des EG-Vertrages in der Fassung des Amsterdamer Vertrages vom 2. Oktober 1997 (BGBl 1998 II S 387, BGBl 1999 II S 416 (EGV)) normierten Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union verstießen, sofern die von der Klägerin auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zur Arbeitsleistung entsandten Arbeitnehmer nicht von den Bestimmungen eines Mindestlohn bzw Arbeitsbedingungen vorsehenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages erfasst würden. Da die Arbeitnehmerüberlassung eine Dienstleistung im Sinne von Art 49 EGV sei, müsse - wie durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bereits hinreichend geklärt sei - unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geprüft werden, welche Arten von Auskünften die deutschen Behörden von den außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistenden zulässigerweise verlangen könnten. Die Meldepflicht nach § 3 Abs 2 AEntG verursache den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zusätzliche Kosten und wirtschaftliche Belastungen. Regelungen dieser Art könnten zwar gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhten, zu denen der Schutz der Arbeitnehmer gehöre. Soweit entsandte Arbeitnehmer betroffen seien, die nicht von den Bestimmungen eines Tarifvertrags erfasst würden, dienten die in § 3 Abs 2 AEntG normierten Meldepflichten jedoch nicht dem Schutz der Arbeitnehmer. Denn dieser sei bereits durch die in der Republik Frankreich geltenden Bestimmungen zum sozialen Schutz von Arbeitnehmern sowie die Regelungen über den Mindestlohn für Dienstleistende gewährleistet. Das Gemeinschaftsrecht verwehre es den Mitgliedstaaten zwar nicht, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge über Mindestlöhne auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausübten. Ebenso wenig verbiete es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Beachtung solcher Regelungen mit geeigneten Mitteln durchzusetzen. Die in § 3 Abs 2 AEntG normierte Meldepflicht sei jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die Beklagte die erforderlichen Kontrollen auf der Grundlage von Unterlagen vornehmen könne, die gemäß den Regelungen in anderen Bestimmungen des Mitgliedstaates - hier dem AÜG - geführt würden. Die Klägerin verfüge über dieselben Genehmigungen nach dem AÜG wie in Deutschland tätige Verleihunternehmen und sei wie diese verpflichtet, die in § 8 AÜG und § 28a Abs 4 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) normierten Kontrollmeldungen abzugeben. Es bestünden deshalb keine objektiven Unterschiede zwischen der Situation von in Deutschland ansässigen Unternehmen und derjenigen von außerhalb Deutschlands ansässigen Unternehmen, die von letzteren die nach § 3 Abs 2 AEntG verlangten zusätzlichen Auskünfte sowie die Bereithaltung von Unterlagen sachlich erforderlich machten.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 3 Abs 2 AEntG sowie die Unvereinbarkeit seiner vom LSG vorgenommenen Auslegung mit dem Gemeinschaftsrecht. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend: Das LSG habe zu Unrecht angenommen, dass die Klägerin Meldepflichten unterliege, die denen von Unternehmen mit Sitz in Deutschland nicht nachstünden, und die bereits ausreichten, um die Einhaltung der Vorschriften des AEntG zu kontrollieren. Bei den Meldungen nach § 8 AÜG handele es sich lediglich um statistische Meldungen, die nur halbjährlich und nachträglich zu erfolgen hätten und zudem der Geheimhaltung unterlägen. Unabhängig davon böten diese Meldungen wie auch die Meldepflicht des Entleihers nach § 28a Abs 4 SGB IV schon deshalb keine ausreichende Grundlage für eine Prüfungstätigkeit, weil sie eine Auskunft über den Ort, an dem der entliehene Arbeitnehmer eingesetzt werde, nicht vorsähen. Der Einsatzort des Arbeitnehmers sei aber für die deutschen Kontrollbehörden der einzige Anknüpfungspunkt für die Prüfung, ob die Arbeitsbedingungen nach dem AEntG eingehalten würden. Das LSG habe darüber hinaus nicht berücksichtigt, dass in Deutschland ansässige Verleihunternehmen nicht nur in dieser Eigenschaft Meldepflichten unterlägen. § 28a Abs 1 bis 3 SGB IV erlege Arbeitgebern im Hinblick auf ihre sozialversicherungspflichtig Beschäftigten umfangreiche Meldepflichten auf, denen die Klägerin nicht unterliege. Eine Gesamtschau der Meldepflichten ergebe, dass die Klägerin insoweit keinen stärkeren Belastungen ausgesetzt sei als vergleichbare Unternehmen mit Sitz im Inland. Im Fall eines Verleihers mit Sitz im Ausland seien die Kontrollbehörden auf Informationen über die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland, mithin auf einer konkreten Baustelle, angewiesen. Bei einem Verleiher mit Sitz im Inland hätten die Kontrollbehörden zusätzlich die Möglichkeit, Kontrollen am Sitz des Verleihers vorzunehmen. Die Bundesrepublik sei im Übrigen zu einer effektiven Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG verpflichtet. Die Meldepflichten nach § 3 AEntG seien nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ausgestaltet. Die enge Auslegung des § 3 Abs 2 AEntG durch das LSG würde im Übrigen zur Folge haben, dass entsendende Unternehmen nur eine Meldung abgeben würden, wenn nach ihrer eigenen Einschätzung die Tätigkeit von einem nach § 1 AEntG zu beachtenden Tarifvertrag erfasst werde.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II

Die zulässige Revision der Beklagten ist nicht begründet.

1.1 Die Vorinstanzen haben zu Recht angenommen, dass die von der Klägerin erhobene Feststellungsklage zulässig ist. Mit der Klage kann nach § 55 Abs 1 Nr 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Gegenstand der Feststellungsklage können auch einzelne Rechte oder Pflichten sein, die auf dem Rechtsverhältnis basieren (BSGE 43, 148, 150 = SozR 2200 § 1385 Nr 3; Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz, 7. Aufl 2002, § 55 RdNr 6; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 3. Aufl 2002, IV RdNr 80). Die Feststellungsklage setzt voraus, dass zwischen den Beteiligten die Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Norm auf einen konkreten

Sachverhalt streitig ist, und zwar bei der negativen Feststellungsklage in der Weise, dass sich eine Seite berühmt, zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen nicht verpflichtet zu sein (Eyermann/Happ, Verwaltungsgerichtsordnung, 31. Aufl 2000, § 43 RdNr 37). Nach diesen Grundsätzen ist die Feststellungsklage der Klägerin statthaft. Da sie als gewerbsmäßige Verleiherin von Arbeitskräften mit Sitz im Ausland, die regelmäßig Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung Entleihern in der Bundesrepublik Deutschland überlässt, durch § 3 Abs 2 AEntG (vom 26. Februar 1996, BGBl I S 227, zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. August 2001, BGBl I S 2267) einer Meldepflicht gegenüber den Landesarbeitsämtern und damit gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit ((BA) § 368 Abs 1 Nr 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)) unterworfen ist, bestehen zwischen den Beteiligten Rechtsbeziehungen auf Grund einer Norm des öffentlichen Rechts. Der Streit der Beteiligten betrifft die Frage, welchen konkreten Umfang die sich aus dieser Rechtsbeziehung ergebenden Verpflichtungen der Klägerin gegenüber der Beklagten haben.

Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der von ihr begehrten Feststellung (§ 55 Abs 1 letzter Halbsatz SGG). Denn diese zielt auf die Klärung des Pflichtenkreises und damit der Rechtsposition der Klägerin sowie auf die Beseitigung einer unsicheren Rechtslage, der die Klägerin angesichts der unterschiedlichen Auffassungen über ihre Pflichten wegen der Gefahr von Sanktionen bei einer Verletzung der Anmeldepflicht (§ 5 Abs 1 Nr 3 AEntG) ausgesetzt ist (vgl BSGE 74, 90 ff = SozR 3-4210 § 9 Nr 1; BSGE 88, 231 ff = SozR 3-4210 § 9 Nr 2). Diesem Klagebegehren steht auch nicht der sog Nachrang der Feststellungsklage (vgl zB BSGE 56, 255, 256 = SozR 3-1500 § 55 Nr 23; BSGE 58, 150, 152 = SozR 1500 § 55 Nr 27) entgegen, weil die Klägerin ihr Klageziel nicht auf anderem Wege verwirklichen kann (vgl zB BSGE 74, 90 ff = SozR 3-4210 § 9 Nr 1). Insbesondere stand ihr zur Klärung ihrer Pflichten nicht der Weg einer Anfechtungsklage (§ 54 Abs 1 SGG) offen. Denn die Erteilung allgemeiner Hinweise zur Rechtslage im Schreiben der Beklagten vom 24. August 1994, durch die der Umfang der Meldepflicht zwischen den Beteiligten streitig geworden ist, stellte - wie das LSG ohne Rechtsfehler entschieden hat - keinen Verwaltungsakt iS von § 31 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch dar und unterlag daher nicht der Anfechtung.

1.2 Für die begehrte Feststellung ist die BA die richtige Beklagte, denn die nach § 3 Abs 2 AEntG zu erfüllenden Meldepflichten sind gegenüber den Landesarbeitsämtern zu erfüllen. An der vorrangigen Zuständigkeit der Beklagen ändert sich nichts dadurch, dass die Anmeldungen abschriftlich an die Hauptzollämter oder die für diese tätig werdenden Stellen weitergeleitet werden müssen (§ 3 Abs 4 Satz 1 AEntG), dass neben der BA die Behörden der Zollverwaltung für die Prüfung der Einhaltung des § 1 AEntG zuständig sind (§ 2 Abs 1 AEntG idF des Art 12 Nr 1 Gesetz vom 23. Juli 2002, BGBl I S 2787) und dass diese Behörden schließlich ebenso wie die BA zu den Verwaltungsbehörden gehören, die für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem AEntG zuständig sind (§ 2 Abs 1, § 5 Abs 4 AEntG, § 36 Abs 1 Nr 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten). Die den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Meldepflicht besteht nur gegenüber der BA (§ 3 Abs 2 AEntG). Auch eine Beiladung nach § 75 Abs 2 SGG kommt insoweit nicht in Betracht, denn durch die den Zollbehörden nach dem AEntG zustehenden Prüfungs- und Verfolgungsbefugnisse werden diese nicht an dem zwischen der Klägerin und der BA bestehenden Rechtsverhältnis in einer Weise beteiligt, dass die von der Klägerin begehrte Entscheidung über den Umfang der Meldepflicht in ihre Rechtsposition unmittelbar und belastend eingreifen würde. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung durch die BA und die Zollbehörden dadurch geschaffen hat, dass letztere an Erklärungen der BA zu grundsätzlichen Rechtsfragen, die ihnen über das Bundesministerium der Finanzen zugeleitet werden, gebunden sind (§ 307 Satz 2 SGB III idF des Art 2 Nr 5 Gesetz vom 23. Juli 2002, BGBl I S 2787 iVm § 2 Abs 2 Satz 1 AEntG).

2. Das LSG hat zu Recht festgestellt, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, überlassene Arbeitnehmer bei der deutschen Arbeitsverwaltung anzumelden, sofern solche Arbeitnehmer nicht von den Bestimmungen eines Mindestlohn oder Mindestarbeitsbedingungen vorsehenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages erfasst sind, denn § 3 Abs 2 AEntG ist zumindest in dem Umfang einengend auszulegen, wie dies die Klägerin in ihrem Feststellungsantrag beantragt hat. Der Senat hat den Entscheidungssatz des angefochten Urteils neu gefasst, um klarzustellen, dass die Feststellung sich lediglich auf die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung nach § 3 Abs 2 AEntG erstreckt. In dieser Klarstellung und Präzisierung ist ein (Teil-)Unterliegen der Klägerin nicht zu sehen.

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten legt bereits eine am systematischen Gesetzeszusammenhang sowie eine an Sinn und Zweck der Regelung orientierte Auslegung nahe, dass die Meldepflicht nach § 3 Abs 2 AEntG ungeachtet des weiter gehenden Wortlauts der Vorschrift Beschränkungen im Sinne der Rechtsauffassung der Klägerin unterliegt (so auch: OLG Karlsruhe vom 25. Juli 2001, 3 Ss 159/00 = wistra 2001, 477 f = EzAÜG § 3 AÜG Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung Nr 4).

Anlass für die Einführung des AEntG (zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2000, 1 BvR 948/00 = NZA 2000, 948) war der Umstand, dass der zunehmende Einsatz ausländischer Arbeitnehmer zur Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen in der Bundesrepublik wegen des häufig deutlich geringeren Lohnniveaus in den Entsendestaaten zu Wettbewerbsvorteilen ausländischer Anbieter in lohnintensiven Bereichen und zum Verlust von Arbeitsplätzen vor allem im deutschen Baugewerbe führte. Durch die zwingende Geltung bestimmter wettbewerbsrelevanter Arbeitsbedingungen beim Einsatz von Arbeitskräften in der Bundesrepublik sollte dieser Entwicklung entgegengewirkt und zugleich dem deutschen Baugewerbe Gelegenheit gegeben werden, sich auf den steigenden Wettbewerbsdruck im europäischen Binnenmarkt einzustellen (vgl Schlachter in Erfurter Kommentar, 3. Aufl, § 1 AEntG RdNr 1; Ulber, AÜG, 2. Aufl, § 1 AEntG RdNr 2; Küttner/Bauer, Personalbuch 2002, Entsendung, RdNr 3; BT-Drucks 13/2414, S 6 bis 8).

1 AEntG (idF des Art 10 Nr 1 Buchst a des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998, BGBl I S 3843) bestimmt daher, dass die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages des Bauhauptgewerbes oder des Baunebengewerbes im Sinne der §§ 1 und 2 der Baubetr-VO vom 28. Oktober 1980 (BGBl I S 2033), zuletzt geändert durch Art 1 der Verordnung vom 13. Dezember 1996 (BGBl I S 1954), die entweder die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze oder die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld zum Gegenstand haben, auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinem im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung finden, wenn der Betrieb überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs 1 SGB III erbringt und auch inländische Arbeitgeber ihren im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern mindestens die am Arbeitsort geltenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen (Abs 1 Satz 1). Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages haben sowohl inländische wie auch ausländische Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern mindestens die in dem Tarifvertrag vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren (§ 1 Abs 1 Sätze 2 und 3 AEntG). Darüber hinaus ermächtigt § 1 Abs 3a Sätze 1 und 2 AEntG (zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG, Kammerbeschluss vom 18. Juli 2000, 1 BvR 948/00 = NZA 2000, 948) das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, unter näher geregelten Voraussetzungen durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, der noch nicht für allgemeinverbindlich erklärt, dessen Allgemeinverbindlicherklärung jedoch beantragt ist, auf alle

unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallenden und nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden.

Wird ein Leiharbeitnehmer von seinem Entleiher mit Tätigkeiten beschäftigt, die in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nach Abs 1 oder Abs 2 oder einer Rechtsverordnung nach Abs 3a fallen, so hat ihm der Verleiher zumindest das in diesem Tarifvertrag oder in dieser Rechtsverordnung vorgeschriebene Mindestentgelt zu zahlen (§ 1 Abs 2a AEntG). Die Vorschrift erweitert nicht etwa die Formen gesetzlich zulässiger Arbeitnehmerüberlassung; insoweit bleiben vielmehr die Bestimmungen des AÜG maßgebend. Unberührt bleibt insbesondere das Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden (§ 1b Satz 1 AÜG; vgl BT Drucks 13/8994 S 71, zu Nr 2). Unter Betrieben des Baugewerbes sind - entsprechend der Begriffsbestimmung in § 211 Abs 1 SGB III - Betriebe zu verstehen, die gewerblich überwiegend Bauleistungen (dh Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen) auf dem Baumarkt erbringen. Für den Bereich legaler Arbeitnehmerüberlassung hat § 1 Abs 2a AEntG somit nur Bedeutung für die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung sowie für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Bereich von Tätigkeiten des Baunebengewerbes oder des Handwerks, die nicht vom sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe erfasst werden. Nur den Bereich erlaubter Arbeitnehmerüberlassung und innerhalb dieses Bereichs wiederum nur eine bestimmte Art von Beschäftigungen (Elektrohandwerk) hatte der Gesetzgeber auch bei der Einführung des § 1 Abs 2a AEntG im Auge, wie aus den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 13/8994 S 70, zu Art 9) entnommen werden kann, wo es heißt:

"Die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung ist für den Bereich des Bauhauptgewerbes, nicht aber des Baunebengewerbes gesetzlich verboten. Da Verleihunternehmen in der Regel nicht vom Geltungsbereich des dem Baunebengewerbe zuzurechnenden allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifvertrages für das Elektrohandwerk erfasst werden, wird mit der vorliegenden Ergänzung verhindert, dass in- oder ausländische Arbeitgeber auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern ausweichen, um sich der Anwendung des AEntG im Bereich des Baunebengewerbes zu entziehen."

In diesem Zusammenhang ist auch die gleichzeitig erfolgte Einführung der Meldepflicht für ausländische Verleiher in § 3 Abs 2 AEntG zu sehen. Hierzu geht aus den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 13/8994 S 71, zu Nr 2) zum einen hervor, dass die Meldepflicht nur in den Bereichen des Baunebengewerbes gelten soll, in denen nach § 1b AÜG eine Arbeitnehmerüberlassung überhaupt zulässig ist. Zum anderen wurde die Einführung der Meldepflicht wie folgt begründet:

"Der im neuen Absatz 2 enthaltene Text erweitert den Kreis der Meldepflichtigen um Verleiher mit Sitz im Ausland und vollzieht damit die Einfügung des neuen § 1 Abs 2a melderechtlich nach."

Die Verknüpfung von Mindestarbeitsbedingungen und Meldepflicht legt es nahe, die Meldepflicht auf die Arbeitnehmer zu beschränken, für die die Mindestarbeitsbedingungen tatsächlich gelten. Gegen eine weite Auslegung des § 3 Abs 2 AEntG spricht ferner, dass gleichzeitig mit der Einfügung des § 3 Abs 2 AEntG dem ausländischen Verleiher von Arbeitskräften auch die Pflicht auferlegt worden ist, der Anmeldung eine Versicherung beizufügen, "dass er die in § 1 vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen einhält" (§ 3 Abs 3 AEntG). Diese dem Verleiher zugleich mit der Meldung nach § 3 Abs 2 AEntG abverlangte Versicherung ergibt nur dann einen Sinn, wenn überhaupt nach Maßgabe des § 1 Abs 2a AEntG die Voraussetzungen für die Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen objektiv vorliegen, wenn also die beim Entleiher ausgeübte Beschäftigung in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages oder einer entsprechenden Rechtsverordnung fällt. Anderenfalls fehlt es ersichtlich an einer Grundlage für die von § 3 Abs 3 AEntG verlangte Versicherung, denn die Einhaltung von ungeregelten Mindestarbeitsbedingungen kann dem Entleiher schwerlich abverlangt werden. Dies erlaubt auch Rückschlüsse auf den Umfang der Meldepflicht, weil durch § 3 Abs 3 AEntG zwischen der Anmeldung und der vom Verleiher abzugebenden Versicherung dadurch eine unmittelbare Verknüpfung hergestellt ist, dass die Versicherung "der Anmeldung ... beizufügen" ist.

Gesetzeszusammenhang und Entstehungsgeschichte des AEntG legen nahe, dass die in § 3 Abs 2 AEntG normierte Meldepflicht nur eine Grundlage für die Prüfung bzw Kontrolle der Einhaltung von zwingenden Arbeitsbedingungen nach § 1 durch die BA und die Zollbehörden (§ 2 Abs 1 AEntG) schaffen soll. Deshalb ist mindestens zweifelhaft, ob § 3 Abs 2 AEntG die BA über die Einhaltung des AEntG hinaus auch zur umfassenden Prüfung der Einhaltung der Bestimmungen über die Arbeitnehmerüberlassung berechtigen soll. Ist die Meldepflicht gemäß § 3 Abs 2 AEntG nur im systematischen Gesetzeszusammenhang des AEntG selbst zu betrachten, so dürfte sie nach Sinn und Zweck des Gesetzes nur insoweit bestehen, als sie für die nach § 2 Abs 1 AEntG vorzunehmende Prüfung der Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG geeignet und erforderlich ist. Letzteres wiederum ist nur anzunehmen, soweit die Voraussetzungen für die Geltung zwingender Arbeitsbedingungen im Falle der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs 2a AEntG) objektiv erfüllt ist.

4. Es kann jedoch im Ergebnis dahinstehen, ob bereits die Auslegung des § 3 Abs 2 AEntG ohne Beachtung höherrangiger Rechtsvorschriften ergibt, dass die Meldepflicht nur besteht, wenn auf Grund der Regelung in § 1 Abs 2a AEntG objektiv zwingende Mindestarbeitsbedingungen durch den Verleiher zu gewähren sind. Denn es erweisen sich jedenfalls die vom LSG angestellten gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen im Ergebnis als zutreffend. Deshalb ist § 3 Abs 2 AEntG zumindest in dem von der Klägerin beantragten Sinne einschränkend auszulegen.

Die Vorschrift, die die Meldepflicht ausdrücklich nur Verleihern mit Sitz im Ausland bei Arbeitnehmerüberlassung in das Inland auferlegt, enthält eine offene Diskriminierung wegen des Unternehmenssitzes. Allerdings hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass auch eine offene Ungleichbehandlung von ausländischen Dienstleistern zur Durchsetzung von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann.

Hinsichtlich der der Verpflichtung zur Anmeldung zu Grunde liegenden staatlichen Interessen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gegen nationale Regelungen zur Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen als solche keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Die Art 49, 50 EGV schließen es grundsätzlich nicht aus, dass ein Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, die im ersten Mitgliedstaat Dienstleistungen erbringen, durch nationale Regelungen verpflichtet, den von ihnen entsandten Arbeitnehmern bestimmte Mindestarbeitsbedingungen zu gewähren, und zwar jedenfalls, soweit dies den Arbeitnehmern einen tatsächlichen, deutlich zu ihrem Schutz beitragenden Vorteil verschafft und die Anwendung der Regelung nicht unverhältnismäßig ist (vgl EuGH Urteil vom 27. März 1990, Rs C-113/89 "Societe Rush Portuguesa", EuGHE I 1990, 1417 ff = NZA 1990, 653, RdNr 18; Urteil vom 9. August 1994, Rs C-43/93 "Vander Elst", EuGHE I 1994, 3803 ff = AP 1 zu Art 59 EWG-Vertrag RdNr 23; Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs C-49/98 "Finalarte Sociedade" ua, EuGHE I 2001, 7831 ff, RdNr 53 NZA 2001, 1377; Urteil vom 24. Januar 2002, Rs C-164/99 "Portugaia Construcoes", EuGHE I 2002, 787 ff =

NZA 2002, 207 ff, RdNr 21 mwN). Bei der Anwendung von Mindestlohnregelungen auf Dienstleistende aus einem anderen Mitgliedstaat kann grundsätzlich von einem Handeln im Allgemeininteresse, nämlich zum Schutz der Arbeitnehmer, ausgegangen werden (EuGH Urteil vom 24. Januar 2002, aaO, RdNr 22). Gleichwohl sind Zweifel an der Vereinbarkeit der im AEntG getroffenen Regelungen über Mindestarbeitsbedingungen mit dem Gemeinschaftsrecht aufgekommen, weil einerseits der Gesetzgeber erklärtermaßen (ua) einen Schutz der heimischen Bauwirtschaft bezweckte (BT-Drucks 13/2414, S 6 bis 8), andererseits aber Maßnahmen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, sich nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art wie den Schutz der inländischen Unternehmen rechtfertigen lassen (vgl EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, aaO, RdNr 38 f; Urteil vom 24. Januar 2002, aaO, 25 f). In diesem Zusammenhang ist der EuGH davon ausgegangen, dass nicht die vom Gesetzgeber geäußerten Gesetzesziele ausschlaggebend sind, sondern dass es vielmehr darauf ankommt, ob die getroffene Regelung bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer fördert, was von den nationalen Gerichten zu prüfen ist (Urteil vom 25. Oktober 2001, aaO, RdNr 40 ff; Urteil vom 24. Januar 2001, aaO, RdNr 27 bis 29). Darüber hinaus hat der EuGH entschieden, dass sich aus § 1 Abs 1 Satz 1 AEntG - jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen - eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ergeben kann (Urteil vom 24. Januar 2002, aaO, RdNr 34 f).

Der vorliegende Rechtsstreit erfordert indes keine Entscheidung darüber, inwieweit § 1 AEntG mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Denn die Klägerin stellt mit ihrem Klagebegehren nicht in Frage, dass sie unter den in § 1 AEntG genannten Voraussetzungen verpflichtet ist, ihren in die Bundesrepublik Deutschland entsandten Arbeitnehmern Mindestarbeitsbedingungen iS des § 1 Abs 2a AEntG zu gewähren, und dass sie dann auch der Meldepflicht nach § 3 Abs 2 AEntG unterliegt. Sie begehrt vielmehr lediglich die Feststellung, dass keine Meldepflicht besteht, wenn die normierten Voraussetzungen für die Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen objektiv nicht gegeben sind.

Unabhängig von der europarechtlichen Zulässigkeit von Mindestarbeitsbedingungen handelt es sich bei der den Verleiher treffenden Anmeldepflicht jedenfalls um eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs iS des Art 49 EGV, weil eine im nationalen Recht vorgesehene Verpflichtung, den Behörden eines Mitgliedstaats Auskünfte zu erteilen, den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zusätzliche Kosten und zusätzliche administrative und wirtschaftliche Belastungen verursacht (EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, RS C-49/88 "Finalarte Sociedade" ua, EuGHE I 2001, 7831 ff, RdNr 70f; vgl auch Urteil vom 23. November 1999, Rs C-369/96 "Arblade" ua, EuGHE I 1999, 8453 ff, RdNr 58 f; Urteil vom 24. Januar 2002, Rs C-164/99 "Portugaia Construcoes", EuGHE I 2002, 787 ff, RdNr 18). Im hier fraglichen Bereich der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitskräften kann eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nur gerechtfertigt sein, wenn sie erforderlich ist, um dem zwingenden Grund des Allgemeininteresses, den der soziale Schutz der Arbeitnehmer darstellt, effektiv und mit den geeigneten Mitteln Rechnung zu tragen, und wenn objektive Unterschiede zwischen den innerhalb und außerhalb des jeweiligen Mitgliedstaats ansässigen Unternehmen von letzteren verlangte zusätzliche Auskünfte sachlich erforderlich machen (EuGH Urteil vom 25. Oktober 2001, aaO, RdNr 72 bis 75; vgl auch Urteil vom 23. November 1999, aaO, RdNr 60; Urteil vom 24. Januar 2002, aaO, RdNr 19 mwN).

Diesen Anforderungen genügt § 3 Abs 2 AEntG jedenfalls in dem hier allein streitigen Umfang nicht, soweit er ausländischen Verleihern eine Anmeldung auch dann abverlangt, wenn die Voraussetzungen für zwingende Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG objektiv nicht erfüllt sind. Insoweit kann nicht festgestellt werden, dass die Meldepflicht in dem hier streitigen Umfang ein effektives und geeignetes Mittel zur Durchsetzung der Bestimmungen in § 1 AEntG ist. Die Verpflichtung zur Anmeldung stellt schon deshalb auch kein effektives und geeignetes Mittel zum Schutz überlassener Arbeitnehmer dar. Diese können nämlich nur schutzbedürftig sein, wenn und soweit ihre Beschäftigung im Inland zu einer Verpflichtung des Verleihers nach § 1 Abs 2a AEntG und zu damit korrespondierenden Ansprüchen führt.

Deswegen lässt sich die Meldepflicht im hier streitigen Umfang - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht mit der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. Dezember 1996 (ABl 1997 Nr L 18/1) rechtfertigen, deren Art 3 Abs 1 die Mitgliedstaaten ua verpflichtet, dafür zu sorgen, dass den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Mindestlohnsätze garantiert werden, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge festgelegt sind. Denn dass die Meldepflicht zu einer effektiven Umsetzung jener Richtlinie erforderlich sei, trifft jedenfalls insoweit nicht zu, als sie auch diejenigen Entsendungsfälle erfasst, die objektiv gar nicht zur Geltung zwingender Mindestarbeitsbedingungen führen. Kann danach bereits nicht angenommen werden, dass die Meldepflicht nach § 3 Abs 2 AEntG im hier streitigen Umfang erforderlich ist, um dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen, kommt es auf die weitere Frage, ob objektive Unterschiede zwischen den innerhalb und außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Unternehmen die letzteren von § 3 Abs 2 AEntG abverlangten Auskünfte sachlich erforderlich machen, nicht mehr an.

Soweit die Revision im Übrigen zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung anführt, bei einem im Inland ansässigen Arbeitgeber könnten die Kontrollbehörden die für die Prüfung der Arbeitsbedingungen erforderlichen Ermittlungen "umfassend" am Sitz des Arbeitgebers vornehmen, überzeugt auch dies nicht. Denn ob der Verleiher Mindestarbeitsbedingungen im Sinne des § 1 AEntG zu gewähren hat, hängt nach Abs 2a der Vorschrift davon ab, ob der Arbeitnehmer vom Entleiher mit Tätigkeiten beschäftigt wird, die in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nach Abs 1 oder 2 oder einer Rechtsverordnung nach Abs 3a fallen (vgl auch Ulber, AÜG, § 1 AEntG RdNr 47). Mit welchen Tätigkeiten der Entleiher den Arbeitnehmer vor Ort tatsächlich beschäftigt, wird sich aber in der Regel allein anhand der am Sitz des Verleihers verfügbaren Unterlagen nicht zuverlässig und "umfassend" feststellen lassen, selbst wenn sie, insbesondere wegen der von § 12 Abs 1 Satz 3 AÜG vorgeschriebenen Angaben in den Vereinbarungen mit dem Entleiher, gewisse Hinweise auf die ausgeübte Beschäftigung liefern mögen. Der letztgenannte Umstand vermag aber nicht hinreichend zu erklären, warum nur ausländische Verleiher zur vorherigen Meldung jeder Bauleistung unter Angabe ua der Baustelle verpflichtet sein sollen, während inländischen Verleihern, obwohl sie von der Regelung in § 1 Abs 2a AEntG ebenfalls erfasst werden (vgl Ulber, aaO, § 1 AEntG RdNr 47), keine entsprechende Meldepflicht auferlegt ist. Das gilt umso mehr, als auch Verleiher mit Sitz im Ausland, die "im Rahmen des AÜG" Arbeitnehmer verleihen, den Auskunfts- und Nachweispflichten nach § 7 Abs 2 AÜG unterliegen. Soweit sich aus den schriftlichen Geschäftsunterlagen des Verleihers Erkenntnisse über die von den Arbeitnehmern beim Entleiher ausgeübte Beschäftigung gewinnen lassen, trifft das also auf in- und ausländische Verleiher gleichermaßen zu. Reichen aber diese Erkenntnisse - wie aus den genannten Gründen nahe liegt - wegen der Maßgeblichkeit der beim Entleiher tatsächlich ausgeübten Beschäftigung (§ 1 Abs 2a AEntG) für eine effektive Kontrolle der Einhaltung des AEntG nicht aus, müssten sowohl in- als auch ausländische Verleiher weiter gehenden Auskunftspflichten unterworfen werden, was in § 3 Abs 2 AEntG jedoch nicht geschehen ist.

Schließlich findet die Auffassung des Senats in der weiteren Rechtsentwicklung ihre Bestätigung. Denn infolge der Änderungen des AÜG

durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (BGBl I S 4621) gilt im Grundsatz nach dem Wirksamwerden des neuen Rechts (vgl die Übergangsregelung in § 19 AÜG) auch außerhalb des Baugewerbes, dass jeder Leiharbeitnehmer für die Dauer der Überlassung dieselben wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers erhält. Trotz dieser materiellrechtlichen Änderungen hat der Gesetzgeber für die Verleiher keine zusätzlichen Meldepflichten angeordnet. Vielmehr ist sogar durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt bereits ab 1. Januar 2003 die zuvor geltende Meldepflicht des Entleihers nach § 28a Abs 4 SGB IV ersatzlos gestrichen worden. Diese Rechtsentwicklung führt zu der Annahme, dass der Gesetzgeber den Meldepflichten keine überragende Bedeutung für die Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen im Inland beimisst.

5. Über die Vereinbarkeit der Meldepflicht mit dem Gemeinschaftsrecht kann der Senat ohne Einholung einer Vorabentscheidung (Art 234 Abs 3 EGV) befinden. Denn auch die Vorlagepflicht der höchsten nationalen Gerichte iS des Art 234 Abs 3 EGV findet ihre Grenze dort, wo der innere Grund für diese Verpflichtung entfallen ist, weil bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH vorliegt, durch welche die sich stellende gemeinschaftsrechtliche Frage gelöst ist (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs 283/81, EuGHE 1982, 3415 ff, RdNr 13, 14).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.
Rechtskraft
Aus
Login
FSB
Saved
2003-08-22