

Arbeitsrechtsschutz für Live-In Pflege- kräfte aus der EU in Deutschland

Die aktuelle Lage der Umgehung von Arbeitsschutzgesetzen durch die polnischen Verträge *umowy zlecenia* und der AI-Bescheinigung

11. Zyklus

Working Paper #28
2020

Adriana Deckert-Regui
Toralf Liessneck

Das vorliegende Working Paper ist Ergebnis der Projektarbeit der Autor*innen im 11. Zyklus der Humboldt Law Clinic Grund und Menschenrechte (HLCMR) im Wintersemester 2019/20 und Sommersemester 2020.

In den Working Papers werden Schriftstücke veröffentlicht, die im Rahmen und in Absprache mit der HLCMR entstanden sind. Die Verantwortung für den Inhalt obliegt den jeweiligen Autor*innen und gibt nicht notwendigerweise die Position der HLCMR oder der Kooperationspartner*innen wieder.

Betreuung: Theresa Tschenker, Europa-Universität Viadrina, in Kooperation mit „Faire Mobilität“.

Die Autor*innen wurden von Seiten der Kooperationspartner*innen betreut durch Justyna Oblacewicz.

Gestaltung: Daniela Burger (<http://www.buerodb.de>)

Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Geschlechterstudien

Unter den Linden 9, 10099 Berlin

www.hlcmr.de

ISSN: 2698-816X

Inhaltsverzeichnis

Summary.....	1
A. Einleitung: Probleme der Live-In-Pflege.....	3
B. Bewertung der <i>umowa zlecenia</i>.....	5
I. Rechtsgrundlagen im polnischen Recht.....	5
II. Müllverträge in der Live-In Pflege – Empirische und rechtliche Analyse	7
1. <i>Umowa zlecenia</i> als eigene Rechtskonstruktion im polnischen Recht	8
2. Der Vertrag einer Live-In.....	10
3. Die rechtlichen Besonderheiten der Dreierkonstellation	10
III. Anwendung der polnischen Arbeitsschutzvorschriften	12
IV. Anwendung der deutschen Schutzvorschriften.....	13
1. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften nach der ROM I-VO	13
2. Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs	14
3. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auch für Live-Ins.....	18
4. Arbeitnehmerinnenschutz nach Art. 9 Abs. 1 ROM I-VO	21
5. Ergebnis: Arbeitsschutzvorschriften auch für Live-Ins.....	22
C. Arbeitsrechtliche Bindungswirkung der A1-Bescheinigung?.....	23
I. Funktion, Procedere und arbeitsrechtliches Problem der A1-Bescheinigung	24
1. Umgehung in Polen durch einen dem deutschen Recht fremden Vertragsneologismus	24
2. Orthodoxe Mechanismen zur Umgehung deutschen Arbeitsrechts	25
3. Die vermeintliche Wirkung der A1-Bescheinigung auf das Arbeitsrecht.....	25

4. Rechtliche Grundlagen der AI-Bescheinigung	27
5. Zwei im Wesen unterschiedliche Statusangaben.....	29
6. Juristische und gesellschaftliche Konsequenzen der Bindung arbeitsrechtlicher Entscheidungen an den AI-Status.....	32
7. Substrat der bisherigen Erkenntnisse und Prüfungsauftrag	33
II. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der AI-Bescheinigung	35
1. Das Urteil <i>Barry Banks</i>	35
a) Sozialrechtliche Folgeprobleme einer nachträglichen Inkongruenz des arbeitsrechtlichen Sachverhalts zum Sozialversicherungsverhältnis?	35
b) Grundsatz der rückwirkenden Anpassbarkeit	36
c) Wahrung der Autonomie des ursprungsstaatlichen Trägers trotz Urteil eines Arbeitsgerichts?	37
d) Zwischenergebnis	38
e) Anknüpfung an das Prinzip der Zuordnungserhaltung – Bestehen eines Rechtsscheins?	39
2. Das Urteil <i>Fitzwilliam</i> : sachverhaltsbezogenes Ubiquitätsinteresse des EuGH?	41
a) Der arbeitsrechtliche Vergleich als Mindestanforderung an den Subsumtionshorizont	41
b) Das arbeitsgerichtliche Urteil als sozialrechtliches Initiationsmoment	42
c) Begrenzung der Rolle des zuständigen Trägers	43
d) Zwischenergebnis	44
3. Das Urteil <i>Herbosch Kiere</i> : Doch eine Reichweite der AI- Bescheinigung über das Sozialrecht hinaus?	45
a) Vorgaben für die Überprüfungskompetenz	45
b) Die Fähigkeit zur Tatsachenerhebung als Kompetenzgrund...46	
c) Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit	48
d) Rechtsökonomische Erwägungen.....	49
e) Ergebnis der Urteilsanalysen	49
III. Vereinbarkeit der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der AI-Bescheinigung mit dem Unionsrecht.....	50

1. Binnenauslegung der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004 und der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009	50
a) Erster Erwägungsgrund der Grundverordnung: Verbesserung der Arbeitsbedingungen	50
b) Limitierung auf sozialrechtliche Koordinationsfunktion nach Erwägungsgrund 4 der Grundverordnung	50
c) Art. 5 der Durchführungsverordnung	51
aa) Analoge Anwendung auf Gerichte?	51
bb) Änderung der A1-Bescheinigung anhand neuer Belege	52
d) „Rechtsvorschriften“: von der Selbstbeschränkung zur Selbstermächtigung?	53
e) Gleichbehandlungssatz aus Art. 4 der Grundverordnung	54
f) Art. 1 der Grundverordnung: Fragen der Akzessorietät zwischen den Rechtsordnungen	55
aa) Begründung der Akzessorietät der prospektiven Statusangabe über das Sozialrecht hinaus durch die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH?	56
bb) Weitere Argumente gegen Akzessorietät des zielstaatlichen Vertragsverhältnisses zum prospektiven Teilstatus	58
2. Vorgaben des EU-Primärrechts	61
a) Art. 7 AEUV in Verbindung mit Art. 8 ROM-I-VO, Art. 31 EU-Grundrechte-Charta	61
b) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	62
aa) Zwischen Auslegung und Anwendung	62
bb) Normtheoretische Erwägungen – Recht ohne Tatsachenregelungsabsicht?	63
c) Das Fiktionsresiduum des prospektiven Teilstatus bei einer arbeitsrechtlichen Bindung – ein Eingriff in das Kompetenzgefüge	64
c) Gebote des <i>effet utile</i> für die Auslegung der Verordnungen	65
d) Justizgrundrechtliche Vorgaben auf europäischer Ebene	66
aa) Grundaussagen des Art. 6 Abs. 1 EMRK zur gutachterlichen Frage	66
bb) Das Urteil <i>Obermeier vs. Austria</i> als Blaupause	67
IV. Gesamtergebnis zur arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der A1-Bescheinigung	69

Literaturverzeichnis.....	70
Urteilsverzeichnis	73

Summary

Unter dem Deckmantel einer scheinbar legalen Rechtspraxis werden die Rechte von Live-Ins systematisch umgangen und ausgehöhlt. Diese Arbeit stellt dar, dass die Vertragsgestaltung von polnischen „Müllverträgen“, der *umowa zlecenia*, nicht mit dem geltenden Recht vereinbar ist, denn sie dienen ausschließlich der Umgehung von Arbeitsschutzvorschriften. Das Europarecht – die **ROM-I VO** – bietet jedoch ein Mittel dieser rechtswidrigen Praxis, einen Riegel vorzuschieben und die deutschen Arbeitsschutzvorschriften anzuwenden. Es wird außerdem deutlich, dass es sich in der Regel um keine rechtsgültige Entsendung handeln kann. Dies kann sich einerseits aus der Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen Live-In und Klient*in aufgrund der tatsächlichen Weisungsgebundenheit der Live-In ergeben. Daraus folgt, dass kein rechtswirksames Vertragsverhältnis zu der Agentur bestehen kann. Andererseits könnte es sich bei dem Einsatz einer Live-In durch die Vermittlung einer Agentur um eine Arbeitnehmerüberlassung handeln. Liegen die Voraussetzungen für Letzteres vor, gelten dementsprechend auch die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und gerade nicht der Entsendung. Welche der beiden Fälle vorliegen ist anhand der konkreten Umstände zu ermitteln. Die jetzige Praxis, also die Entsendung im Rahmen eines „Müllvertrages“, ist jedenfalls unvereinbar mit dem geltenden Recht, weswegen lediglich von einer **Scheinentsendung** gesprochen werden kann.

Die **A1-Bescheinigung** gewährleistet, dass Live-Ins aus Polen in Deutschland tätig werden können, ohne sich separat sozialversichern zu müssen. Wenn Vermittlungsagenturen diese Bescheinigung dazu verwenden wollen, um Live-Ins in Deutschland rechtsverbindlich als Selbständige zu stipulieren und damit verhindern wollen, dass auf sie **arbeitsrechtliche Schutzvorschriften** angewendet werden, so entbehrt sich dies einer rechtlichen Grundlage. Würde ein **deutsches Arbeitsgericht** einer arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der A1-Bescheinigung, die in einem anderen Staat ausgestellt wurde, folgen, verstieße es gegen die Rechtsgrundlagen der A1-Bescheinigung und höherrangiges Recht. Für Live-Ins mit einer A1-Bescheinigung für

Selbstständige aus dem EU-Ausland sind deshalb alle einschlägigen Arbeitsschutzgesetze anzuwenden.

A. Einleitung: Probleme der Live-In-Pflege

Die Live-In-Pflege ist ein Pflegemodell, das sich inzwischen fest in der Pflegebranche etabliert hat. Es gilt als Alternative zu der stationären und ambulanten Pflege.

Nach diesem Modell arbeitet und lebt die Pflegekraft, auch Live-In genannt, zusammen mit der pflegebedürftigen Person in einem Haushalt. Der Arbeitsplatz und der Wohnraum der Live-Ins fallen also auf die gleichen Räumlichkeiten.

Bei den Live-Ins handelt es sich meist um Frauen aus Mittel- und Osteuropa, die durch Vermittlungsagenturen in ihrem Heimatland angeworben werden und für einen bestimmten Zeitraum nach Deutschland kommen. Man weiß nicht genau wie hoch die tatsächliche Anzahl der Live-Ins in deutschen Privathaushalten derzeit ist, sie wird auf 300.000-600.000 geschätzt.¹ Die Aufgaben einer Live-In sind vielfältig. Sie reichen von der Pflege, Hygiene und der Hilfeleistung beim An- und Entkleiden, der Haushaltsführung – einkaufen, kochen, waschen, putzen – bis hin zu sozialen Tätigkeiten wie der Unterhaltung und Begleitung.

Auf den ersten Blick scheint das Live-In-Pflegemodell eine ideale Lösung für beide Seiten – der Live-In einerseits und der pflegebedürftigen Person andererseits – zu sein. Der Live-In wird nicht nur ein Arbeitsplatz geboten, sondern gleichzeitig auch eine Unterkunft meist auch mit Verpflegung. Sie muss sich also um nichts weiter sorgen. Die pflegebedürftige Person wiederum hat jederzeit eine Ansprechperson und Betreuung bei sich. Man könnte also von einer Win-win-Situation sprechen. Genauso wird es von speziell darauf ausgerichteten Agenturen vermarktet als „Rundum-Sorglos-Modell“ oder auch „24 Stunden Pflege“. Tatsächlich ist dieses Modell in vielerlei Hinsicht rechtlich bedenklich. Angefangen dabei, dass eine 24 Stunden Pflege tatsächlich

¹ Steiner, Priel, Leiblfinger, Benazha, ÖZS 2019, 1, 5, Völlig legal!? Rechtliche Rahmung und Legalitätsnarrative in der 24h-Betreuung in Deutschland, Österreich und der Schweiz.

unmöglich ist. So hat am 17.08.2020 auch das LArbG Berlin entschieden, dass sich die Live-In an drei Stunden täglich der Betreuung der pflegebedürftigen Person entziehen können muss, um eigenen Bedürfnissen nachzugehen.² Neben der faktischen Unmöglichkeit 24 Stunden am Tag zu arbeiten, widerspricht die Ausführung der Live-In-Pflege in der Regel einer Vielzahl von Arbeitsschutzregelungen wie dem Arbeitszeitgesetz, dem Mindestlohngesetz und dem Bundesurlaubsgesetz.

Die Arbeit beschäftigt sich im Folgenden mit den rechtlichen Ausgestaltungen der Arbeit von polnischen Live-Ins. Hier ist die vertragliche Konstellation besonders schwierig festzustellen, weil das Rechtsverhältnis mit einem Vertrag begründet wird, für das es im deutschen Recht keine Entsprechung gibt – der *umowa zlecenia* (wörtlich: Vertrag zum Auftrag). Diese Vertragskonstruktion ist für die Vermittlungsagenturen sehr attraktiv, weil es gerade in der Natur des Vertrages liegt die Arbeitsschutzvorschriften zu umgehen. Oft wird die *umowa zlecenia* in der deutschen Literatur ganz anschaulich auch als „Müllvertrag“³ bezeichnet. Empirische Untersuchungen und Statistiken zu der Quantität des Einsatzes der sogenannten Müllverträge existieren noch nicht. Die vorliegende Untersuchung findet auf Grundlage von Verträgen statt, die dem Projekt „Faire Mobilität“ vom DGB vorlagen. Die Arbeit stützt sich auf eine stichprobenartige Bewertung von *umowy zlecenia*.

Im ersten Teil der Arbeit (B.) wird der Frage nachgegangen, ob Betreuungskräfte, die in Polen einen solchen Müllvertrag geschlossen haben unter den Anwendungsbereich der deutschen Arbeitsschutzgesetze fallen. Zunächst soll dafür ein kurzer Einblick in die polnische Vertragsgestaltung gegeben werden (I.), um anschließend die Problematik dieser Vertragskonstellationen für Live-Ins in Deutschland deutlich zu machen (II.). Im nächsten Schritt wird ermittelt, in welcher Art und Weise die polnischen Arbeitsschutzvorschriften (III.) und die deutschen Arbeitsschutzvorschriften Anwendung finden könnten (IV.).

² LArbG Berlin Brandenburg, Urt. v. 17.08.2020, 21 Sa 1900/19, Rn. 97

³ *Trappmann* S. 141, in Polen auch als „umowa śmieciowa“ bezeichnet.

B. Bewertung der *umowa zlecenia*

Die Live-In schließt in Polen mit einer Vermittlungsagentur einen Vertrag. Bei diesem handelt es sich regelmäßig um eine *umowa zlecenia*. Für diesen Vertrag gibt es im deutschen Recht keine Entsprechung. Die Bezeichnung dieser Vertragskonstruktion als „Müllvertrag“ soll auch in diesem Paper verwendet werden, denn er illustriert die prekären Arbeitsbedingungen einer Live-In treffend. Zu den Vorzügen des „Müllvertrags“ zählt aus Sicht der Agentur die große Flexibilität, also die jederzeitige einseitige Beendigung des Rechtsverhältnisses und die im Vergleich zu Deutschland geringen (Versicherungs-)abgaben. Aufgrund dieser Merkmale ist es für die Person, die an der Erbringung der Dienstleistung Interesse hat, günstiger einen „Müllvertrag“ abzuschließen als einen Arbeitsvertrag (*umowa o pracę*). Der Vertragsschluss eines „Müllvertrags“ zwischen der Live-In und der Agentur erfolgt unter Ausnutzung der schwächeren Position der Live-In während der Vertragsverhandlungen.⁴

I. Rechtsgrundlagen im polnischen Recht

Polen hat im Jahr 1974 sein Arbeitsgesetzbuch (*kodeks pracy*) eingeführt.⁵ Es handelt sich dabei um ein eigenes Gesetz, das speziell die Arbeitsverhältnisse regeln soll. Diese Arbeitsverhältnisse zeichnen sich durch die zwingende Anwendung von Schutzgesetzen aus. Als Gegenstück dazu gilt das Zivilgesetzbuch (*kodeks cywilny*). In den vergangenen Jahren wurde das Zivilgesetzbuch mit zahlreichen Regelungen erweitert, die eine flexiblere Handhabung von Rechtsverhältnissen⁶ ermöglichen. Zu ihnen gehört auch die *umowa zlecenia*. Mit Hilfe dieser Maßnahmen sollte der teils dramatischen Entwicklung des polnischen

⁴ *Agata Ludera-Ruszel* Umowy prawa cywilnego jako podstawa zatrudnienia – wybrane zagadnienia.

⁵ Ausführlich zu der Entwicklung des Arbeitsrechts: *Sonja Cloppenburg*, S. 38 ff.

⁶ Nach *Agata Ludera-Ruszel* wollte man das Problem der Arbeitslosigkeit mit der Einführung von flexiblen Arbeitsverhältnissen in den Griff bekommen und so dem wachsenden internationalen Druck standhalten.

Arbeitsmarktes⁷ entgegengewirkt werden. Auch wenn sie der Erholung des Arbeitsmarkts dienen, hatten sie in rechtlicher Sicht die Bildung eines zweigleisigen Rechtssystems⁸ zur Folge. Diese führt vor allem in der Praxis zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten.

Das polnische Recht unterscheidet beim Abschluss eines Rechtsverhältnisses strikt nach den Rechtsgrundlagen, also ob es nach dem Arbeitsgesetz oder dem Zivilgesetz geschlossen wurde. Diese Unterscheidung ist bedeutsam, weil das Zivilgesetzbuch gerade keine Schutzregelungen vorsieht und damit das ideale Einfallstor für die Umgehung von Schutzgesetzen bietet. Dies wird besonders bei der *umowa zlecenia* deutlich. Der Müllvertrag begründet ein Rechtsverhältnis, in dem Dienstleistungen erbracht werden. Dieser sieht zwar die Abgaben der Renten- und Sozialversicherung vor, die in Polen jedoch gering ausfallen.⁹ Er enthält weder einen Kündigungsschutz noch das Erfordernis einer Unfall- oder Krankenversicherung, außerdem fehlt jedweder Urlaubsanspruch.¹⁰ Zusammenfassend ist die *umowa zlecenia* also von Unsicherheit, fehlender Stabilität und fehlenden Schutz charakterisiert.¹¹

Die Umgehung des Arbeitsvertrages durch Abschluss eines Müllvertrages soll durch Art. 22 § 1 *kodeks prawny* (Arbeitsgesetzbuch) verhindert werden. Es soll also gerade nicht zu einem Vertragsmissbrauch kommen. Grundsätzlich darf ein Auftragsverhältnis in Form der *umowa zlecenia* nicht geschlossen werden, wenn es sich nach den objektiven Merkmalen tatsächlich um ein Arbeitsverhältnis handelt.¹² Praktisch ist diese Trennung aber schwer zu ziehen, weil sich die Ausgangslage beider Vertragsarten stark ähnelt. Die Schwierigkeit liege darin,

⁷ Polen hatte im Jahr 2004 mit einem Rekordstand von 20 % Arbeitslosenrate zu kämpfen vgl: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/17324/umfrage/arbeitslosenquote-in-polen/>, zu den Gründen ausführlich Duszczyk; Analyse: Arbeitsmarktpolitik in Polen, vgl. auch: Trappmann S. 151 ff.

⁸ *Agata Ludera-Ruszel* Umowy prawa cywilnego jako podstawa zatrudnienia – wybrane zagadnienia.

⁹ *Trappmann*, S. 147 f.

¹⁰ *Trappmann*, S. 147 f.

¹¹ *Agata Ludera-Ruszel*, Umowy prawa cywilnego jako podstawa zatrudnienia – wybrane zagadnienia S. 28.

¹² *Agata Ludera-Ruszel*, S. 26 f.

dass die Grenze zwischen Auftragsgestaltung und Weisungsgebundenheit nicht klar zu ziehen sei.¹³ Ein weiterer Punkt ist, dass obwohl Strafen von bis zu 30.000 zł (ca. 7.500 €)¹⁴ bei Verstoß dieses Grundsatzes verhängt werden können, die „Auftragnehmer“ nichts zu befürchten haben, da keine ausreichenden Kontrollen stattfinden.

II. Müllverträge in der Live-In Pflege – Empirische und rechtliche Analyse

Seit 2011 hat sich Polen zu dem größten Entsendestaat Europas entwickelt. Begünstigt wurde dies durch die Öffnung des europäischen Arbeitsmarktes für polnische Arbeitnehmer*innen.¹⁵ So werden jährlich ca. 500.000 Arbeitnehmer*innen aus Polen entsandt.¹⁶ Zu den am stärksten betroffenen Branchen gehören neben dem Bau, Transport und der Logistik, die Pflege. Das Wachstum von Letzterer wird insbesondere durch den großen Mangel an Pflegekräften begünstigt. Es ist allgemein bekannt, dass Deutschland einen Pflegenotstand erleiden wird, sollte sich die Lage in nächster Zukunft nicht ändern. Vielleicht kann man bereits heute von einem Pflegenotstand sprechen, der zurzeit mit Hilfe des Live-In-Pflegemodells gemildert wird.

Für die Frage, ob dieses Modell in der heutigen Form rechtmäßig und damit zukunftstauglich ist, lohnt es sich einen genaueren Blick auf die vertragliche Ausgestaltung dieser Entsendungen zu legen. Die Ausführungen beschränken sich auf die Entsendung von Live-Ins aus Polen in deutsche Privathaushalte zur Betreuung von pflegebedürftigen Personen. Exemplarisch soll diese Praxis rechtlich bewertet werden. Zu beachten ist, dass die rechtliche Bewertung vom jeweiligen Einzelfall

¹³ *Andrzej Marian Świątkowski, Marcin Wujczyk*: King's Law Journal, 2016 165, 166 f., the classification of the employment in polish labour law.

¹⁴ Art. 281 kodeks pracy § 1 lit. a) (Wykroczenia przeciwko prawom pracownika w zakresie nawiązywania i rozwiązywania stosunku pracy).

¹⁵ Mit der Öffnung des Marktes waren viele Ängste und Hoffnungen verbunden. Die Hochlohnländer befürchteten die Senkung der Lohn- und Sozialstandards sowie Wettbewerbsnachteilen. Die Niedriglohnländer hingegen hofften dadurch die Arbeitslosenrate senken zu können. Dazu Thüsing *Europäisches Arbeitsrecht* § 9, Rn. 13, *Duszczuk*; Analyse: Arbeitsmarktpolitik in Polen S. 1.

¹⁶ *Sonia Cloppenburg* S. 28.

abhängt und damit keine allgemeingültige Bewertung für die gesamte Live-In-Branche gemacht werden kann. Die Arbeit versucht jedoch anhand typischer Merkmale solcher Vertragskonstellationen Schlüsse für die rechtliche Bewertung zu ziehen.

1. *Umowa zlecenia* als eigene Rechtskonstruktion im polnischen Recht

Um ein Dienstleistungsverhältnis zu begründen, ist es nach polnischem Recht möglich eine *umowa zlecenia* i.S.d. Zivilgesetzbuches, statt eines Arbeitsverhältnisses nach dem Arbeitsgesetzbuch, zu schließen. Diese *umowa zlecenia* wird in Art. 734 § 1 *kodeks cywilny* (Zivilgesetzbuch) geregelt. Der Artikel ist ziemlich kurz und sagt lediglich aus, dass sich der Auftragnehmer bei Abschluss des Vertrags dazu verpflichtet, den im Vertrag beschriebenen Auftrag zu erfüllen. Er ist jedoch wesentlich „schwächer“ ausgestaltet als der Arbeitsvertrag. So gehört die Vergütung bei der *umowa zlecenia* nicht zu den *essentialia negotii* - den wesentlichen Vertragsbestandteilen.¹⁷ Der Auftrag kann also entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, was sich nach den wirtschaftlichen Interessen der Parteien richtet.¹⁸

Eine deutsche Entsprechung für diesen Vertragstyp gibt es nicht. Das deutsche Recht unterscheidet zwischen dem Dienstleistungsvertrag nach § 611 BGB, dem Arbeitsvertrag nach § 611 a BGB und dem Werkvertrag nach § 631 BGB. Auch wenn sie sich in der konkreten Vertragsgestaltung unterscheiden, haben sie gemeinsam, dass die Leistung vergütet werden muss. Ist eine Vergütung nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart worden, so gilt nach § 612 Abs. 1 BGB die Vergütung als stillschweigend vereinbart. Wollte man hingegen die *umowa zlecenia* in deutscher Dogmatik erklären, muss man von einer Art Auftrag sprechen. Die Vertragsbeziehung zu der Live-In ist nicht zu verwechseln mit dem Auftrag i.S.d. § 662 BGB. Dieser erfolgt immer unentgeltlich, die Live-In hingegen wird für Ihre Arbeit bezahlt.

¹⁷ *Zakrzewski Piotr* in: Fras, Habdas, *Kodeks cywilny, Komentarz*, Tom IV. *Zobowiązania, Część szczególna* (art. 535–764(9)) Punkt 1.

¹⁸ *Zakrzewski Piotr* in: Fras, Habdas, *Kodeks cywilny, Komentarz*, Tom IV. *Zobowiązania, Część szczególna* (art. 535–764(9)) Punkt 4.

Auch wenn sich beide Rechtsordnungen in der Systematik voneinander unterscheiden¹⁹, gelten auch im polnischen Recht die Arbeitsschutzbestimmungen²⁰ im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zwingend. Diese sind im Wesentlichen mit denen im deutschen Recht vergleichbar. Das gilt jedoch nicht für die Verträge nach dem Zivilgesetzbuch (*kodeks cywilny*). Deswegen ist strikt zwischen den Rechtsverhältnissen nach dem Arbeitsgesetzbuch und nach dem Zivilgesetzbuch zu trennen.²¹ Die Unterscheidung beider Rechtsverhältnisse erfolgt anhand des Merkmals der Weisungsgebundenheit. Bei den zivilrechtlichen Verträgen fehlt es gerade an einer strikten Unterordnung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber.²² Danach führt der Auftragnehmer seine Arbeit nicht unter der Leitung des Auftraggebers, sondern in selbständiger Weise aus, wobei einzelne Hinweise oder Anregungen des Auftraggebers unschädlich sind.²³ In selbständiger Weise heißt aber nicht, dass sie ihre Arbeit in Selbständigkeit erbringt. Letzteres läge vor, wenn die Live-In frei von jeglichen Anweisungen wäre.²⁴ Aber auch die *umowa zlecenia* enthält Anweisungen im geringen Umfang. Die Selbständigkeit²⁵ wird im polnischen Recht als eigenes Rechtskonstitut, also getrennt von der *umowa zlecenia*, geregelt.²⁶ Wichtig ist diese Unterscheidung für die weiteren

¹⁹ Das deutsche Recht hat kein abgrenzbares in sich geschlossenes Arbeitsgesetz. Das Arbeitsrecht setzt sich vielmehr aus verschiedenen Gesetzen zusammen. Die Grundlage für den Arbeitsvertrag ist der § 611a BGB. Die Schutzgesetze z.B. das MiLoG für die Vergütung, das ArbZG für die Regelungen für Über- und Höchststunden, das BUrlG für den Urlaubsanspruch, das KSchG für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, etc. finden auf dieses Verhältnis Anwendung. Das polnische Recht regelt seine arbeitsrechtlichen Regelungen hingegen in einem in sich geschlossenen Gesetz.

²⁰ Schutz des Arbeitsentgeltanspruchs (Art. 78 bis 91 *kodeks pracy*), bezahlter Erholungsurlaub (Art. 152 bis 173 *kodeks pracy*) oder Versicherungsleistungen im Falle der Arbeitsunfähigkeit (Art. 92 § 4 *kodeks pracy*), sowie die Regelungen zu den Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 128-151 *kodeks pracy*).

²¹ Nacewicz S 36.

²² Nacewicz S. 38.

²³ Nacewicz S. 38.

²⁴ Diese Anweisungen sind nicht mit der Weisungsgebundenheit gleich zu stellen, sondern als Hinweise und Anregungen zu verstehen.

²⁵ Zdyb: Stosunek pracy i inne formy zatrudnienia w kosztach podatkowych pracodawcy, Punkt 3.

²⁶ Vgl. die Problematik der Unterscheidungen der einzelnen Rechtskonstitute im polnischen Recht *Świątkowski, Wujczyk: King's Law Journal*, 2016: THE CLASSIFICATION OF EMPLOYMENT IN POLISH LABOUR LAW.

Ausführungen insbesondere bei der Frage nach dem Beschäftigungsverhältnis der Akteure und für die AI-Bescheinigung.²⁷

2. Der Vertrag einer Live-In

Für die Vertragspartei macht es also einen gravierenden Unterschied, ob ein Arbeitsvertrag nach dem Arbeitsgesetzbuch (*kodeks pracy*) oder dem Zivilgesetzbuch (*kodeks cywilny*) geschlossen wird. Es wird auch deutlich, warum das Interesse der anderen Vertragspartei (dem Auftraggeber) am Abschluss einer *umowa zlecenia* sehr groß ist und im Hinblick auf die Live-In problematisch. Bei den Verträgen, die zwischen der Agentur und den Live-Ins geschlossen werden, handelt es sich oft um *umowy zlecenia*.²⁸ Diese legen regelmäßig ausdrücklich fest, dass ausschließlich die Vorschriften des Zivilgesetzbuches Anwendung finden und gerade nicht die arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Auch zur eventuellen Vertragsauslegung bzw. -konkretisierung der *umowa zlecenia* soll das Arbeitsgesetzbuch nicht herangezogen werden dürfen. Paradox wird es in Verträgen, die sich ausdrücklich auf den Ausschluss von arbeitsrechtlichen Bestimmungen berufen, gleichzeitig unter dem Punkt „Art und Weise der zu erbringenden Leistung“ (*Sposób wykonywania zadania*) auf den arbeitsrechtlichen Ethos und die zwingenden Bestimmungen im Arbeitsrecht hinweisen. Hier wird deutlich, dass das Interesse an der Leistungserbringung von Seiten der Live-In im Sinne eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses gefordert wird, gleichzeitig aber keine entsprechende Gegenleistung erbracht werden soll.

3. Die rechtlichen Besonderheiten der Dreierkonstellation

In den meisten Fällen schuldet die Live-In nach der *umowa zlecenia* die Pflege und Unterstützung in der Hauswirtschaft der*die Klient*in (die pflegebedürftige Person). Das Rechtsverhältnis zwischen Agentur und Live-In wird durch die *umowa zlecenia* begründet. Im Rahmen dieses Vertrages wird die Live-In entsandt. Ihre Vertragsleistung erbringt sie

²⁷ Siehe dazu der Gutachtenteil von Toralf Ließneck, Abschnitt C I 3 „Die vermeintliche Wirkung der AI-Bescheinigung auf das Arbeitsrecht.“

²⁸ Empirische Untersuchungen und Statistiken zu der Quantität des Einsatzes der sogenannten Müllverträge existieren noch nicht. Die vorliegende Untersuchung findet auf Grundlage von Verträgen statt, die dem Projekt „Faire Mobilität“ vom DGB vorlagen.

in einem privaten Haushalt, bei der*m Klient*in. Die rechtliche Besonderheit der häuslichen Betreuung und Pflege durch Live-Ins liegt darin, dass es sich um eine Dreierkonstellation handelt: Agentur – Live-In – Klient*in.²⁹

Das Verhältnis zwischen der Agentur und der*m Klient*in wird durch einen Vertrag begründet. Dieser ist regelmäßig als Dienstleistungsvertrag nach § 611 BGB zu qualifizieren. Die Art der Gestaltung kann im Einzelnen sehr unterschiedlich sein. So kann der Vertrag als Leistung der Agentur lediglich die Vermittlung der Live-In vorsehen oder die Eigenverpflichtung der Pflegeleistung durch die Agentur bestimmen.³⁰ Die rechtliche Stellung der Live-In wird wiederum durch die Gestaltung dieser Dienstleistungsverträge beeinflusst. Bezieht sich die Verpflichtung der Agentur auf die Vermittlung der Live-In, stellt sich die Frage nach einer (Schein-)Selbständigkeit der Live-In.³¹ Schuldet hingegen die Agentur selbst die Pflegeleistung, agiert die Live-In viel eher als Erfüllungsgehilf*in der Agentur nach § 278 BGB.³² Laut der *umowa zlecenia* soll regelmäßig gerade kein rechtliches Vertragsverhältnis zwischen der Live-In und der*m Klient*in entstehen. Dieses soll trotz der örtlichen Entfernung und der fehlenden Arbeitsanweisung durch die Agentur weiterhin ausschließlich im Rahmen der *umowa zlecenia* bestehen.

Problematisch ist, dass der Auftrag nach der *umowa zlecenia* sehr unbestimmt ist und in den Verträgen nicht weiter konkretisiert wird. Es finden sich beispielsweise weder Bestimmungen zu der konkreten Aufgabe noch zu den Arbeits- oder Ruhezeiten. Im Gegenteil: Teilweise wird diese Konkretisierung an die*n Klient*in delegiert³³ oder aber als Eigenorganisation der Live-In bestimmt. Jedoch gehört es gerade zur

²⁹ Ausführlich zu den rechtlichen Konstellationen im Rahmen des Entsendemodells und deren Folgen: *Bucher* S. 216.

³⁰ *Bucher* S. 43 ff, S. 216 ff.

³¹ *Bucher* S. 96 ff und S. 216 f., vgl. auch AG München, Urt. V. 10.11.2008, 1115 OWi 298 Js 43552/07

³² *Bucher* S. 218.

³³ Vgl. dazu LSG Sachsen-Anhalt, Urt. V. 18.06.2008, L 1 RA 257/05 - juris Rn. 59 ff. geht bei der Frage nach einem Arbeitsverhältnis davon aus, dass dieses nicht zu der betreuenden Person sondern zu der Agentur besteht. In dem Zusammenhang läge die Weisungsgebundenheit vor. Dazu auch *Bucher* S. 101.

Eigenheit der *umowa zlecenia*, dass keine weiteren Vorgaben durch den Auftraggeber gemacht werden, weil nur eine Dienstleistung – die Pflege und häusliche Unterstützung der Klient*in – geschuldet wird.

Es wird deutlich, wie unterschiedlich die vertraglichen Beziehungen zueinander sein können. Die rechtliche Bewertung soll deswegen vom jeweiligen Einzelfall abhängen. Demgegenüber stehen die Gemeinsamkeiten eines jeden Beschäftigungsverhältnisses: Die Live-In-Pflege spielt sich immer zwischen den drei Akteur*innen ab – Live-In, Klient*in und Agentur. Zudem ist diese Pflegeform von der permanenten Abrufbarkeit der Live-In und den umfassenden Betreuungstätigkeiten der Live-In geprägt.³⁴ Unabhängig von der Vertragsgestaltung ist die prekäre Beschäftigung der Live-In für diese Branche typisch. Aufgrund dieser Erkenntnisse soll geprüft werden, inwieweit polnische und deutsche Schutzvorschriften trotz des Abschlusses von *umowy zlecenia* Anwendung finden.

III. Anwendung der polnischen Arbeitsschutzvorschriften

Es stellt sich zunächst die Frage, ob das Vertragsverhältnis zwischen der Live-In und der Agentur bereits nach polnischen Recht tatsächlich als Vertrag i.S.d. des Zivilgesetzbuchs (*prawo cywilny*) zu qualifizieren ist. Nach Art. 22 § 1 KP gilt grundsätzlich, dass nicht die vertragliche Bezeichnung des Vertrages ausschlaggebend für das geltende Recht ist, sondern die tatsächlichen Umstände.³⁵ Schaut man sich diese genauer an, müsste man regelmäßig eine Weisungsgebundenheit zwischen der Agentur und der Live-In annehmen. Der Ort und die Dauer des Einsatzes, wird einseitig von der Agentur bestimmt. Die Live-In hat selbst keinen Entscheidungsspielraum. Auch hinsichtlich der Leistungserbringung im Haushalt muss von einer Weisungsgebundenheit gesprochen werden. Zwar lässt der Vertrag selbst die Leistungserbringung

³⁴ Ausführlich dazu LArbG B-B, Urt. v. 17.08.2020, 21 Sa 1900/19, Rn. 80 ff., das von einer praktischen Nötigung zum Bereitschaftsdienst spricht, weil die tatsächlichen Umstände nichts anderes zulassen.

³⁵ Nacewicz S. 36 f. OSNAPiUS 2000/5/175; OSNAPiUS 2000/11/417; OSNAPiUS 2001/7/214.

relativ offen und beschränkt sich auf die Pflege der zu betreuenden Person und der Haushaltsführung. Oft verweist die *umowa zlecenia* jedoch ausdrücklich auf weitere Anweisungen der*s Klient*in.³⁶ Dabei konkretisiert sich häufig der Auftrag im jeweiligen Haushalt durch die zu betreuende Person. In diesen Fällen ist die Live-In in ihrer Leistungserbringung also keinesfalls frei. Sie kann gerade nicht selbständig über ihre Aufgaben entscheiden, oder zu welchem Zeitpunkt sie diese erbringen möchte. Der ganze Tagesablauf hängt von den Wünschen der*s Klient*in ab. Ob tatsächlich ein arbeitsrechtliches Verhältnis vorliegt, ist durch die polnischen Gerichte nach Art. 189 KPC festzustellen. Es kann zunächst offenbleiben, ob nach polnischem Recht tatsächlich ein Arbeitsverhältnis vorliegt und also bereits die polnischen Arbeitsschutzvorschriften gelten. Selbst wenn das Gericht das Vorliegen einer *umowa zlecenia* annehmen sollte – also gerade keine polnischen Schutzregelungen Anwendung finden – könnten die deutschen Arbeitsschutzregelungen gelten.

IV. Anwendung der deutschen Schutzvorschriften

Die Geltung der deutschen Schutzvorschriften könnte sich vor allem aus dem Europarecht, insbesondere der ROM I-VO ergeben.

I. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften nach der ROM I-VO

Die Geltung von deutschen Schutzvorschriften im Arbeitsverhältnis könnte sich direkt aus dem Europarecht, der VO (EG) Nr. 593/2008 (ROM I-VO), ergeben. Nach Art. 1 Abs. 1 ROM I-VO regelt die Verordnung vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Die unmittelbare Geltung der europäischen Verordnung ergibt sich ihrerseits aus Art. 288 Abs. 2 AEUV und bedarf keines weiteren Umsetzungsaktes.

Bei grenzübergreifenden Sachverhalten ist zunächst zu bestimmen, nach welchem Recht sich die Arbeitsbedingungen der entsandten

³⁶ Anders Fuchs NZA 2010, 980, 984 f., der davon ausgeht, dass der*s die Klient*in regelmäßig nicht mehr in der Lage ist, Anweisungen zu erteilen.

Arbeitnehmer*innen richten. Zum einen können sie sich nach den Verhältnissen des Staates, aus dem die*er Arbeitnehmer*in entsandt wurde, ergeben (Herkunftslandprinzip). Zum anderen können die Regelungen des Staates gelten, in das entsandt wird (Arbeitsortprinzip).³⁷

Zur Bestimmung der Rechtsordnung gilt grundsätzlich nach Art. 3 Abs. 1 ROM I-VO bei grenzübergreifenden Sachverhalten die freie Rechtswahl. Die Vertragsparteien können also vertraglich festlegen, welche Rechtsordnung Anwendung finden soll. Ist eine solche explizite Vereinbarung nicht getroffen worden oder umgeht die vertragliche Wahl des anzuwendenden Rechts die zwingend geltenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften, finden die Art. 8 ROM I-VO und Art. 9 ROM I-VO Anwendung. Insbesondere Art. 8 Abs. 1 S. 2 ROM I-VO macht deutlich, dass die Rechtswahl nicht den Entzug des Arbeitnehmerschutzes zur Folge haben darf. Durch die Verordnung soll also verhindert werden, dass der jeweilige Vertrag Rechte ausschließt, die aufgrund der tatsächlichen Umstände zwingend Anwendung finden müssen. Die schwächere Partei soll dabei geschützt werden³⁸. Zwingende Voraussetzung für die Geltung der Norm ist jedoch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, also die Arbeitnehmereigenschaft.

2. Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs

Da es sich hier um einen grenzübergreifenden Sachverhalt handelt, muss zunächst ermittelt werden, nach welcher Rechtsordnung die Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. Rom I-VO zu bestimmen ist. Dafür kommt zum einen die autonom europäische Festlegung des Arbeitnehmerbegriffs in Frage oder die der einzelnen Mitgliedstaaten. Nach herrschender Meinung richtet sich die Arbeitnehmereigenschaft bei Verordnungen nach europäischem Verständnis.³⁹ Dies folgt allein schon aus der Notwendigkeit einer einheitlichen Geltung der Verordnung. Sie findet unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten und ein

³⁷ Thüsing Kommentar MiLoG/ AEntG, § 9, Rn. 9.

³⁸ *Brors/ Böning*: NZA 2015, 856; vgl. zum Schutz der Arbeitnehmer in der neueren Rechtsentwicklung der EU *Picker* ZEuP 2020, 306, 307.

³⁹ *Wurmnest* EuZA 2009, 481, 484; *Junker* EuZA 2016, 184, 186; vgl. *Leffler* – EuGH 05.11.05 C-443/03 Rn. 46.

differenziertes Verständnis der Arbeitnehmereigenschaft könnte die einheitliche Anwendung der Verordnung gefährden.

Der EuGH hat erstmals in der *Lawrie Blum* Entscheidung⁴⁰ den Arbeitnehmerbegriff⁴¹ bestimmt und sie seither in ständiger Rechtsprechung verfestigt⁴². Danach ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁴³

Fraglich ist, ob die Live-In nach dieser Definition ein*e Arbeitnehmer*in ist. Hauptmerkmal ist die Weisungsgebundenheit⁴⁴ der*s Arbeitnehmer*in zur*m Arbeitgeber*in. Zu betrachten ist zunächst das Verhältnis zwischen der Agentur und der Live-In. Nach der *umowa zlecenia* schuldet die Live-In grundsätzlich nur die Auftragsleistung. Sie ist bei der Wahl der Mittel, also wie sie die Leistung erbringt, grundsätzlich frei.⁴⁵ Die Agentur hingegen gibt bestimmte Vorgaben vor, wie dieser Auftrag gestaltet sein soll. So bestimmt sie ihren Einsatzort, die Dauer des Aufenthaltes und in manchen Fällen auch die wöchentliche Stundenanzahl. Letztgenanntes könnte gerade für die verbindliche

⁴⁰ *Lawrie Blum* - EuGH 66/85 vom 03.07.1986.

⁴¹ Nach *Junker* (EuZA 2016, 184, 190) handelt es sich nicht um eine allgemein geltende Definition des Arbeitnehmers im Europarecht. Es muss differenziert werden zwischen den verschiedenen Anwendungsbereichen im Unionsrecht. Insbesondere im Sekundärrecht, den Richtlinien, ist eine Differenzierung geboten. Henssler, Pant (RdA 2019, 321) führt aus, wie der EuGH in jüngster Rechtsprechung diese Differenzierung aufweicht und autonom definiert.

⁴² vgl. ausführlich Krebber, *Qualifikationsrechtlicher Rechtsformzwang – Der Arbeitsvertrag- und Arbeitnehmerbegriff im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht*, S. 218, 222.

⁴³ *Lawrie Blum* EuGH 66/85 vom 03.07.1986 Rn. 17.

⁴⁴ Die Weisungsgebundenheit ist auch nach polnischem Recht das entscheidende Kriterium. Deswegen überschneidet sich die Argumentation mit dem zuvor geschriebenen.

⁴⁵ *Cieslak Monika*, *Umowy cywilnoprawne, komentarz praktyczny*, ABC.

Festlegung von Arbeitszeiten sprechen.⁴⁶ Andererseits könnte man annehmen, dass die Live-In innerhalb dieser Grenzen ihre Arbeitszeit selbst bestimmen könne.⁴⁷ Dagegen spricht jedoch, dass die Arbeitszeit oft von der*m Klient*in bestimmt wird, worauf die Live-In keinen Einfluss hat. Außerdem ist es realitätsfern anzunehmen, dass die Live-In die Arbeitsstunden, abhängig von ihren Aufgaben, über den gesamten Tag verteilen könne.⁴⁸ So wird bei der Berechnung der Arbeitszeit angenommen, die Live-In brauche beispielsweise für die Zubereitung des Frühstücks 30 Minuten, für das Abwaschen 5 Minuten, die Pflege der*s Klient*in 30 Minuten, etc. Aus diesen Zeiten setze sich die entsprechende Arbeitszeit zusammen. Tatsächlich steht sie aber jederzeit der Klient*in zur Verfügung. Hier wird deutlich, wie entscheidend die Rolle der*s Klient*in tatsächlich ist.⁴⁹ Die rechtliche Schwierigkeit besteht insbesondere darin, zu entscheiden, welchen Charakter die Anweisungen der Klient*in haben.⁵⁰ Bei der Entsendung ist die Live-In grundsätzlich nur der Agentur, als ihrer*seinem Auftraggeber*in, verpflichtet. Eine Weisungsgebundenheit zwischen der*m Klient*in und der Live-In kann es nach den Grundsätzen der Entsendung nicht geben. Die tatsächlichen Umstände sehen aber anders aus. Das Verhältnis der Live-In zur*m Klient*in ist immer durch einzelne Anweisungen –

⁴⁶ Dazu ablehnend Niedersächsische Finanzgericht, Urt. V. 20.11.2014 – 5 K 32/13 – juris, Rn. 161. Daraus könne noch keine feste Arbeitszeit angenommen werden, weil die Live-In innerhalb dieser Grenzen ihre Arbeitszeit selbst bestimmen kann. Ein polnisches Gericht und auch ein anderes deutsches Fachgericht könnten das aber anders entscheiden.

⁴⁷ So die Argumentation des Finanzgerichts Niedersachsen Urt. V. 20.11.2014 – 5 K 32/13 – juris, Rn. 161.

⁴⁸ So die ist regelmäßig die Argumentation der Beklagtenseite. Sie berechnen die Arbeitszeit jeweils nach den Tätigkeiten, die die Live-In vornehmen soll.

⁴⁹ Vgl. dazu auch LArbG B-B, Urt. v. 17.08.2020, 21 Sa 1900/19, Rn. 82 ff., grds. sind der*m Arbeitgeber*in die Arbeitsstunden nur veranlasst oder zuzurechnen, wenn sie von der*m Arbeitgeber*in angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig waren. Weiter heißt es, „die Arbeit ist so zu gestalten, dass der oder die Arbeitgeber*in die Übereinstimmung betrieblicher Abläufe [mit dieser Vorgabe] selbst überprüfen und erforderlichenfalls korrigierend eingreifen kann.“

⁵⁰ Rechtlich relevant sind sie insbesondere für die Frage, ob es sich um eine Entsendung (AEntG) oder eine Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) handelt. Vgl. *Brors/Böning*; NZA 2015, 846, 849, die von einer tatsächlich vorliegenden Arbeitnehmerüberlassung ausgeht, weil eine Eingliederung in den Arbeitsalltag erfolgt und Weisungsgebundenheit ggü. der*em Klient*in vorliegt.

wann was wie getan werden soll – geprägt. Aufgrund der Weisungsgebundenheit gegenüber den Klient*innen gehen Stimmen in der Literatur von einer Arbeitnehmerüberlassung aus.⁵¹ Diese liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Nimmt man nach den erfolgten Ausführungen bereits ein Arbeitsverhältnis zwischen der Agentur und der Live-In an, ist eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 AÜG naheliegend. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses wird die polnische Live-In von der Agentur nach Deutschland als Leiharbeiterin geschickt. Hier ist sie wiederum in der Organisation der*s Klient*in eingegliedert und hat ihren*seinen Weisungen zu folgen. Nimmt man eine tatsächlich vorliegende Leiharbeit an, handelt es sich bei der vermeintlichen Entsendung um eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, die zudem unerlaubt ist, weil die erforderliche Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 AÜG nicht vorliegt. Fehlt diese Erlaubnis wird nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG sowohl der Vertrag zwischen Verleiher (hier Agentur) und Entleiher (hier Klient*in) sowie zwischen Verleiher und Leiharbeiter*in (hier Live-In) unwirksam. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG wird der Vertrag zwischen Agentur und Live-In auch dann unwirksam, wenn entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet ist. Erklärt die Live-In nicht innerhalb eines Monats schriftlich, dass sie an dem Arbeitsverhältnis mit der Agentur festhalten will, wird der Vertrag unwirksam und es entsteht ein Arbeitsverhältnis zu der*m Klient*in nach § 10 Abs. 1 AÜG. Dieser Wechsel der Arbeitgeberstellung von der Agentur zu den Klient*innen erfolgt aufgrund der fehlenden arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der A1-Bescheinigung unabhängig von den sozialrechtlichen Verpflichtungen der Agentur.⁵²

Die Arbeitnehmereigenschaft der Live-In könnte auch im Verhältnis Klient*in und Live-In entstanden sein, im Rahmen eines faktischen Arbeitsverhältnisses. Es kommt primär auf die tatsächlichen

⁵¹ *Brors/Böning*; NZA 2015, 846, 850; Körner NZS 2011, 370, 372.

⁵² Vgl. *Bucher*, S. 291ff.; zum Verhältnis von arbeitsrechtlichem Status und dem sozialrechtlichen Status in der A1-Bescheinigung siehe Gutachtenteil von Toralf Ließneck in Abschnitt C „Arbeitsrechtliche Bindungswirkung der A1-Bescheinigung?“.

Umstände an und nicht auf die Vertragsbezeichnung. Auch wenn kein Arbeitsvertrag zwischen beiden Vertragsparteien formell geschlossen wurde und dieses durch die *umowa zlecenia* mit der Agentur ausdrücklich ausgeschlossen werden sollte, ist das irrelevant für die Frage, ob tatsächlich eine Weisungsgebundenheit und also ein Arbeitsverhältnis zwischen Live-In und Klient*in vorliegt. Wie bereits ausgeführt, ist regelmäßig von einer Weisungsgebundenheit in diesem Verhältnis auszugehen.

Nach diesen Ausführungen kann eine rechtsgültige Entsendung nicht angenommen werden. Folgende Gründe sprechen dagegen: Erstens begründet eine *umowa zlecenia* gerade kein Arbeitsverhältnis und erfüllt damit nicht die Voraussetzung einer Arbeitnehmereigenschaft. Ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis reicht gerade nicht aus. Zweitens liegt regelmäßig nach den tatsächlichen Umständen eine Weisungsgebundenheit zwischen der Klient*in und Live-In vor. Man könnte also zunächst von einem tatsächlich bestehenden Arbeitsverhältnis zwischen beiden Parteien ausgehen. Als Alternative könnte auch von einer Arbeitnehmerüberlassung durch die Agentur ausgegangen werden. Durch die Vermittlung der Live-In an die Klient*in, könnte statt eines Müllvertrages ein tatsächlich vorliegendes Arbeitsverhältnis zwischen der Live-In und der Agentur angenommen werden, die im Rahmen des Arbeitsvertrages nach den Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetz an die Klient*in überlassen wird. In beiden Fällen ist eine rechtswirksame Entsendung nicht möglich.

Weder eine *umowa zlecenia* noch eine Entsendung kann nach den tatsächlichen Umständen rechtswirksam vorliegen. Es kann also nur von einer Scheinentsendung gesprochen werden. Nach diesen Ausführungen ist die Live-In, entweder gegenüber der Agentur oder den Klient*innen, Arbeitnehmerin im Sinne der Rom I-VO. Der Anwendungsbereich der Art. 8 und 9 Rom I-VO ist eröffnet.

3. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auch für Live-Ins

Nachdem festgestellt wurde, dass der Anwendungsbereich der ROM I-VO eröffnet ist, ist im nächsten Schritt zu ermitteln, nach welcher kollidierenden Rechtsordnung – der deutschen oder der polnischen – die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften für Live-Ins gelten.

Eine Festlegung der Rechtsordnung i.S.d. Art. 3 ROM I-VO zwischen den Vertragsparteien findet sich regelmäßig nicht. Sollte ausnahmsweise eine Festlegung des polnischen Rechts in einem „Müllvertrag“ erfolgt sein, besteht dadurch eine Umgehungsgefahr der deutschen Schutzvorschriften – vorausgesetzt die *umowa zlecenia* wäre überhaupt rechtswirksam. Deswegen wäre die Bestimmung nach Art. 3 ROM I-VO abzulehnen.

Die Kollision ist also nach Art. 8 ROM I-VO zu lösen. Die Live-In ist nach den erfolgten Ausführungen Arbeitnehmer*in im Sinne des europäischen Arbeitnehmerbegriffs.

Nach Art. 8 Rom I-VO ist die geltende Rechtsordnung anhand objektiver Kriterien zu ermitteln. Als erster Anknüpfungspunkt gilt der gewöhnliche Arbeitsort. Der Arbeitsvertrag unterliegt dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus die Arbeitnehmer*in in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich ihre Arbeit verrichtet. Bei der Ermittlung des gewöhnlichen Arbeitsortes kommt es nicht nur auf den relativen Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses an, sondern auf den absoluten Mittelpunkt der Arbeit.⁵³ Dieser wird in dem Staat angenommen, in dem der Arbeitnehmer mehr als die Hälfte seiner Arbeitszeit tätig ist.⁵⁴

Im Fall der Live-In ist also zunächst zu klären, wo sie für gewöhnlich ihre Arbeit verrichtet. Zunächst wäre an das Heimatland Polen zu denken. Die Live-In hat den Vertrag mit einer polnischen Agentur geschlossen und schuldet ihr die Vertragsleistung – Pflege der zu betreuenden Person und die Haushaltsführung. Es ist jedoch ein genauerer Blick auf den tatsächlichen Vertragsablauf zu legen. Die Live-In wird nach Vertragsschluss in der Regel für ca. drei Monate in einen deutschen Privathaushalt geschickt, wo sie ihre Vertragsleistung erbringt. Während dieser Zeit lebt und arbeitet sie bei ständiger Arbeitsbereitschaft. Nach diesen drei Monaten kehrt sie für kurze Zeit in ihre Heimat zurück, um anschließend wieder in Deutschland zu arbeiten. Entweder arbeitet sie abermals drei Monate in demselben Haushalt wie

⁵³ *Schlachter* ErfKom Rom I-VO, Rn. 9.

⁵⁴ *Schlachter* ErfKom Rom I-VO, Rn. 9.

zuvor oder sie wird einem anderen zugeteilt. Unabhängig davon erfolgt die Vertragsleistung in Deutschland. Der Wechsel der Haushalte innerhalb Deutschlands ist unerheblich.⁵⁵

Das Modell der Agenturen ist darauf ausgelegt, polnische Arbeitskräfte in deutsche Haushalte einzusetzen. Der Vertrag wird zwar mit der Agentur in Polen geschlossen, die weiteren Vertragsausführungen werden allerdings in Deutschland durch die Klient*in konkretisiert. Der ganze Tagesablauf, die anfallenden Aufgaben und ggf. die nächtliche Bereitschaft werden erst in Deutschland bestimmt und wurden in der *umowa zlecenia* regelmäßig bewusst offengelassen. Der absolute Mittelpunkt der Arbeit liegt also in Deutschland.

Der Auftrag nach der *umowa zlecenia* besteht in den meisten Fällen jedoch aus zwei Teilen. Neben der Pflege und Unterstützung im privaten Haushalt der Klient*in in Deutschland, wird auch die Anwerbung neuer Arbeitskräfte durch Informationsvermittlung in Polen⁵⁶ geschuldet. Bei genauerer Betrachtung fällt eine klare Gewichtung der beiden Auftragsteile auf. Anhaltspunkte für den Schwerpunkt in Deutschland, ergeben sich aus der Vergütung und der zeitlichen Aufteilung. Vertraglich festgelegt ist regelmäßig, dass die Anwerbung neuer Live-Ins lediglich ca. 10 % vom Entgelt ausmachen sollen, entsprechend gestaltet sich der zeitliche Aufwand. Im Umkehrschluss heißt das, dass ca. 90% der Leistungserbringung in Deutschland erfolgt. Der Schwerpunkt des Auftrages liegt eindeutig auf der Leistungserbringung in Deutschland. Es liegt außerdem der Schluss nahe, dass die Vereinbarung dieser Tätigkeit nur dem Erwerb einer A1-Bescheinigung dient. Es wird darauf noch ausführlich eingegangen.

Nach diesen Ausführungen folgt also aus Art. 8 Abs. 2 ROM I-VO die Geltung des deutschen Arbeitsrechts für das Vertragsverhältnis der Live-In. Demnach finden auch die deutschen Arbeitnehmerschutzgesetze nach § 2 Abs. 1 AEntG Anwendung.

⁵⁵ Vgl. *Schlachter* ErfKom Rom I-VO, Rn. 9, danach ist es unerheblich, ob innerhalb des Staates ein oder mehrere Einsatzorte vorhanden sind.

⁵⁶ Es folgen dazu weitere Ausführungen weiter unten der Arbeit.

4. Arbeitnehmerinnenschutz nach Art. 9 Abs. 1 ROM I-VO

Neben dem Art. 8 Abs. 2 ROM I-VO bietet auch der Art. 9 ROM I-VO der Arbeitnehmer*in Schutz. Dieser gilt unabhängig davon, ob nach Art. 8 ROM I-VO die „gegenteilige“ Rechtsordnung als die geltende Rechtsordnung angenommen wird. Selbst wenn man also im Fall der Live-In die Geltung der polnischen Rechtsordnung annehmen sollte⁵⁷, käme ihr der Schutz aus Art. 9 ROM I-VO zu. Der Schutz nach Art. 9 ROM I-VO ist jedoch geringer, weil die Eingriffsnorm anders als nach Art. 8 ROM I-VO nicht die Individualinteressen schützt, sondern auch im Interesse des Gemeinwohls getroffen sein muss.⁵⁸ Art. 9 ROM I-VO legt die Geltung von Eingriffsnormen fest. Es handelt sich dabei um eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Sie dient also der Durchsetzung inländischer ordnungspolitischer Vorstellungen, die nicht zur Disposition der Parteiautonomie stehen.⁵⁹ Es soll verhindert werden, dass sich in grenzüberschreitenden Sachverhalten die eigene nationale Rechtsordnung widerspricht oder unterlaufen wird und dadurch das öffentliche Interesse nicht mehr gewahrt wird. Eine solche Eingriffsnorm findet sich im deutschen Recht in § 2 AEntG.⁶⁰ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm, wonach die Regelungen i.S.d. § 2 AEntG „zwingend“ Anwendung finden.⁶¹ § 2 AEntG gewährt unter anderem ausdrücklich das Recht auf

⁵⁷ Dies wäre der Fall, wenn man entgegen der Ausführungen annimmt der Hautleistungsort wäre Polen. Begründen ließe sich das insbesondere im Fall einer Arbeitnehmerüberlassung mit der Arbeitsleistung für die polnische Agentur als Dienstleistungsverpflichtete gegenüber der*n Klient*in.

⁵⁸ *Schlachter* ErfKom Rom I-VO, Rn. 21; vgl. BAG 12.01.2005 NZA 2005, 627, NZA 2012, 1152, Rn. 14.

⁵⁹ *Schlachter* ErfKom Rom I-VO, Rn. 21; vgl. BAG 01.07.2010 NJOZ 2012, 784; 18.04.2012 NZA 2012, 1152.

⁶⁰ Thüsing Kommentar MiLoG/ AEntG, § 2 AEntG, Rn. 2; vgl. BAG 18.04.2012 - 10 AZR 200/11, NZA 2012, 1152, 1153 Rn. 14.

⁶¹ Thüsing Kommentar MiLoG/ AEntG, § 2 AEntG, Rn. 2.

Mindestentgelt⁶² und bezahlten Mindesturlaub. Außerdem umfasst es Regelungen zu Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, sowie Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz.

5. Ergebnis: Arbeitsschutzvorschriften auch für Live-Ins

Die Geltung von Arbeitsschutzgesetzen kann sich zunächst direkt aus dem polnischen Recht ergeben. Darüber hinaus finden deutsche Arbeitsschutzgesetze mit Hilfe der ROM I-VO Anwendung - sowohl nach Art. 8 Abs. 2 ROM I-VO als auch nach Art. 9 ROM I-VO. Die dafür vorausgesetzte Arbeitnehmerstellung ergibt sich zum einen direkt nach dem europäischen Begriff als auch nach deutschem Verständnis. Als Folge einer Arbeitnehmerstellung ist eine Entsendung im Rahmen einer *umowa zlecenia* rechtlich nicht wirksam möglich. Es handelt sich in den Konstellationen um eine Scheinentsendung. Im Ergebnis ist es für eine in Deutschland tätige Live-In unbeachtlich, dass ihr die *umowa zlecenia* selbst keinen arbeitsrechtlichen Schutz gewährt.

⁶² Hier findet das MiLoG Anwendung. Ein Pflegemindestlohn gilt nicht im häuslichen Bereich.

C. Arbeitsrechtliche Bindungswirkung der A1-Bescheinigung?

Die A1-Bescheinigung ist ein Instrument des grenzüberschreitenden Sozialrechts. Sie bestimmt, welche Sozialrechtsordnung anzuwenden ist, wenn EU-Bürger*innen vorübergehend in einem anderen EU-Staat erwerbstätig werden wollen. Aufgrund ihrer rechtssystematischen Abhängigkeit zum Erwerbsverhältnis wird teilweise angenommen, dass die A1-Bescheinigung für Gerichte des Zielstaats in der Frage bindend ist, ob dort – entgegen der ursprünglichen Angaben auf der A1-Bescheinigung – ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Rechtmäßigkeit dieser Annahme widmet sich dieser zweite Teil des Gutachtens.

In der Live-In-Pflege ist der Einsatz der A1-Bescheinigung besonders prävalent. Sie wird regelmäßig in der Annahme verwendet, dadurch arbeitsrechtliche Schutzstandards der Pflegenden und Betreuenden umgehen zu können. So hat die Frage der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung dort besondere Relevanz, weshalb trotz universeller Aussagekraft die aufgeworfenen Rechtsfragen regelmäßig in Hinblick auf die Personenkategorie „Live-In“ spezifiziert werden.

Die Abschnitte I 1 und 2 dieses zweiten Teils des Gesamtgutachtens dienen einerseits dazu, die gutachterlichen Ergebnisse von Adriana Deckert aus dem ersten Teil des Gutachtens zu rekapitulieren und sie inhaltlich in Bezug auf die arbeitsrechtliche Problematik der A1-Bescheinigung zu rekontextualisieren. Andererseits sollen sie den Leser*innen ermöglichen, die arbeitsrechtlichen und gesellschaftlichen Grundbedingungen zum Zeitpunkt der Beantwortung dieser Rechtsfrage schnell erkennen zu können, selbst wenn zunächst nur ein Interesse an der abstrakten Rechtsfrage der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der A1-Bescheinigung besteht. Sie ist in diesem Rahmen auch dazu bestimmt, durch Querverweise auf den gutachterlichen Teil von Adriana Deckert zu dessen lohnenswerter Lektüre anzuregen.

Ab Abschnitt I 3 bis zum Ende dieses Teils des Gutachtens sind gezielt Erwägungen zur A1-Bescheinigung zu finden.

Der gesamte folgende Teil berücksichtigt die Literatur bis Januar 2021.

I. Funktion, Procedere und arbeitsrechtliches Problem der AI-Bescheinigung

Werden Pflegedienstleistungen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht, sind Entgrenzungen der Arbeitszeit vom deutschen Arbeitszeitgesetz grundsätzlich ausgeschlossen.⁶³ Es steht daher im Interesse der Begünstigten eines Live-In- Pflegemodells, dass das deutsche Arbeitsrecht nicht angewendet werden kann.

I. Umgehung in Polen durch einen dem deutschen Recht fremden Vertragsneologismus

In Polen sind die arbeitsrechtlichen Protektionen durch den *umowa zlecenia* faktisch weniger zwingend. Dieser selbstständig kodifizierte Vertrag steht als rechtliche Alternative zum klassischen Arbeitsvertrag und kann an dessen statt von den Vertragsparteien erwählt werden. Er eröffnet so auf polnisch-nationaler Ebene die Möglichkeit, die verpflichtenden Protektionen eines Arbeitsverhältnisses zulasten der Live-Ins zu umgehen. Nominell ist der *umowa zlecenia* deshalb zwangsläufig ein Vertrag über *selbstständige* Dienste. Die Modalitäten der Leistungserbringung haben hingegen viele Gemeinsamkeiten mit denen eines klassischen Arbeitsvertrags.⁶⁴ Aus dieser Konstellation entsteht für die sich zur Entgeltzahlung verpflichtenden Vertragspartei der Vorteil, dass sie die Schutzvorschriften aus einem Arbeitsverhältnis nicht einhalten muss und dennoch den einzelnen Vertragspartner*innen fast gleichermaßen Arbeitsleistungen im Rechtssinne abverlangen kann. Für polnische Pflegevermittlungsagenturen, die ihren pflegebedürftigen Kunden bzw. deren Angehörigen eine permanente Betreuung versprechen, ist dieser idiosynkratische Vertragstypus deshalb regelmäßig rechtlich wesentlich vorteilhafter.

Überdies verbleibt der *umowa zlecenia* in den hier zugrunde gelegten Sachverhalten nicht als rechtsgestalterisches Instrument in Polen. Stattdessen beabsichtigen vorliegend die Agenturen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Polen, die vertraglich dort gebundenen Live-

⁶³ Ausnahmen davon macht § 18 ArbZG.

⁶⁴ Ausführlich dazu der Gutachtenteil von Adriana Deckert, Abschnitt II 1 ff.

Ins möglichst zeitnah in Deutschland tätig werden zu lassen und sie dort schon *a priori* als Selbständige zu stipulieren.⁶⁵ Welchen rechtlichen Hebels sich die Agenturen dafür möglicherweise bedienen könnten, ist Gegenstand des folgenden Abschnitts.

2. Orthodoxe Mechanismen zur Umgehung deutschen Arbeitsrechts

Da in Deutschland bei Erbringung von Arbeit im Rechtssinne auch deutsches Arbeitsrecht anzuwenden ist, muss die Unanwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Regelungsregime besonders gerechtfertigt werden. Qua expliziter Norm kommt dies nur in Betracht, wenn Vertragsparteien die Möglichkeit haben, das Arbeitsrecht eines anderen Staats für ihr Vertragsverhältnis zu wählen. Im Rahmen des EU-Rechts determiniert die Grundbedingungen dafür das europäische Arbeitskollisionsrecht in Gestalt der arbeitsrechtlichen Regelungen der ROM-I-Verordnung. So eröffnet Art. 8 Absatz 1 Satz 1 der Rom-I-VO bei arbeitsrechtlichen Angelegenheiten zwischen EU-Staaten die Möglichkeit, durch Rechtswahl für das Arbeitsrecht eines bestimmten EU-Staats zu optieren. Nach Satz 2 dieses Absatzes dürfen dadurch dennoch nicht diejenigen Arbeitnehmerrechte unterlaufen werden, welche in dem Staat bestehen, dessen Arbeitsrecht ohne die Regelungen der Rom-I-VO anzuwenden wäre (vorliegend: Deutschland). Mithin eröffnen auch die arbeitsrechtlichen Reglements auf europäischer Ebene nicht die Möglichkeit, sich in Deutschland den arbeitsrechtlichen Schutznormen zu entziehen.⁶⁶ Der Transfer niedrigerer oder gar nicht vorhandener arbeitsrechtlicher Standards ist über das grenzüberschreitende Arbeitskollisionsrecht nicht möglich.

3. Die vermeintliche Wirkung der AI-Bescheinigung auf das Arbeitsrecht

Die polnische Vertragskategorisierung hat für die zeitlich nachgelagerte Tätigkeit in Deutschland zunächst keine Auswirkungen darauf, ob deutsches Arbeitsrecht angewendet wird. Sobald die Tätigkeit in

⁶⁵ Vgl. *Leiber et al.* 2020, S. 13.

⁶⁶ Ausführlich dazu der Gutachtenteil von Adriana Deckert, Abschnitt IV „Anwendung der deutschen Schutzvorschriften“.

der Bundesrepublik ausgeführt wird, ist es zu applizieren. Die arbeitsrechtlichen Regime der Nationalstaaten stehen grundsätzlich dichotomisch auf das Staatsgebiet begrenzt nebeneinander und ein Unterlaufen ist nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 ROM-I-Verordnung wie erläutert nicht möglich.

Diese rechtlichen Prämissen werden dann für die Pflegevermittlungsagentur und deren Kunden potentiell interessenwidrig, wenn die tatsächlichen Umstände der Leistungserbringung der Live-In im Zielstaat Deutschland ergeben, dass dort ein Arbeitsverhältnis mit den Pflegehaushalten oder der Agentur selbst vorliegt. Denn dann bedingen die genannten arbeitsrechtlichen Regelungen, dass den Live-Ins keine Privilegien aus dem deutschen Arbeitsrecht vorenthalten werden dürfen. Dies kann auch Versprechen der Agenturen gegenüber den begünstigten Pflegehaushalten konterkarieren, die betreffenden Live-Ins seien nur mit der Agentur und gerade nicht den Pflegehaushalten in Deutschland unmittelbar vertraglich gebunden. Sind die Vertragsverhältnisse im Ursprungsstaat so gestaltet, dass die betroffenen Live-Ins vertraglich als Selbstständige mit der Agentur assoziiert sind, haben diese Agenturen zudem grundsätzlich ein Erhaltungsinteresse an dieser vertraglichen Einordnung als Selbstständige.

Deutschen Arbeitsgerichten bleibt es für den Sachverhalt in Deutschland gemäß der geschilderten Rechtslage trotz vertraglicher Vorkehrungen der Agenturen in Polen gänzlich unbenommen, gemäß den Tatsachen der Leistungserbringung in Deutschland zu urteilen, dass die Live-In im konkreten Fall in einem Arbeitsverhältnis tätig wurde bzw. ist. Um dennoch zu verhindern, dass Live-Ins in Deutschland potentiell unter die hiesigen Arbeitsschutzregelungen fallen, eröffnet sich augenscheinlich die Möglichkeit, über den Weg einer AI-Bescheinigung rechtsverbindlich zu determinieren, dass es sich bei der im EU-Ausland explizit vertraglich gebundenen Live-In um eine *selbstständig* Tätige handelt. Als eine solche nominell Selbstständige kann die Live-In auf Verlangen der Vermittlungsagenturen diese AI-Bescheinigung im Ursprungsstaat Polen beantragen. Auf dieser dem Sozialrecht zugehörigen Bescheinigung wird zwangsläufig vermerkt, ob sich die Antragstellenden als Selbstständige oder Arbeitnehmer*innen respektive

abhängig Beschäftigte ausweisen, bevor sie in einem anderen europäischen Staat tätig werden.

In der deutschen juristischen Fachliteratur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass diese Angabe für deutsche Gerichte bindend ist, wenn sie im Einzelfall beurteilen sollen, ob auch ein Vertragsverhältnis in Deutschland der Tätigkeit der Live-In zugrunde liegt und wenn ja, ob es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis gemäß § 611a BGB handelt.⁶⁷ Folglich würden sich Live-Ins, die durch die vertragliche Bindung im Ursprungsstaat als Selbstständige auf der AI-Bescheinigung ausgewiesen sind, arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften in Deutschland automatisch entledigen. Diese rechtlich zur Disposition stehende arbeitsrechtliche Bindungswirkung würde Pflegevermittlungsagenturen bzw. Pflegehaushalte wesentlich begünstigen und konträr dazu diejenigen Live-Ins deprivilegieren, welche in ihrem Dienst stehen. Die rechtlichen Hintergründe dieses Interessenkonflikts sind Gegenstand des nächsten Abschnitts.

4. Rechtliche Grundlagen der AI-Bescheinigung

Bei der AI-Bescheinigung handelt es sich um ein Instrument des grenzüberschreitenden Sozialrechts, das vor allem folgende Problematik aufgreift: Arbeitnehmer*innen oder Selbstständige sind in Deutschland verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge von ihrem Lohn abzuführen. Im Falle eines Arbeitsverhältnisses werden die Sozialversicherungsbeiträge durch die Arbeitgeber*in abgeführt, im Falle der Selbstständigkeit allein durch die selbstständig erwerbstätige Person. Eine solche Abführungspflicht tritt grundsätzlich ein, wenn die Leistung in Deutschland erbracht wurde, unabhängig von der Herkunft oder der früheren Beschäftigung der Person.

Diese Regelung erweist sich als weniger praktikabel, wenn Unionsbürger*innen gewöhnlich in ihrem Heimatstaat tätig sind und anstreben, nur zeitweise in einem anderen EU-Mitgliedstaat wie Deutschland einer abhängigen Beschäftigung nachzugehen oder selbstständige Dienstleistungen zu verrichten. Die betreffende Person müsste sich

⁶⁷ Siehe etwa *Brors/Böning*, NZA 2015, Rn. 846, 849; *Diepenbrock/Schüren/Hamann*, Kommentar zum AÜG 2018, Rn. 836.

dann dem deutschen Sozialversicherungssystem unterordnen und dementsprechend Abgaben vom Einkommen abführen, nur um sich bei der zeitnahen Rückkehr wieder beim Sozialversicherungsträger (folgend auch „Träger“) ihres Ursprungsstaat eingliedern zu lassen. Eine zeitgleiche Assoziierung mit zweierlei Sozialversicherungsträgern – sowohl im Ursprungs- als auch im Zielstaat⁶⁸ – wäre entweder mit einer finanziellen Mehrfachbelastung oder einem noch größerem Verwaltungsaufwand für die Träger der betroffenen Staaten verbunden. Sie ist sowohl für die Sozialversicherungsträger als auch die Versicherungspflichtigen grundsätzlich weder erstrebenswert noch rechtmäßig.

Um dem Problem des mehrfachen Wechsels zwischen den Sozialrechtssystemen bei zeitnaher Rückkehr in den Staat der gewöhnlichen Tätigkeit entgegenzuwirken, führte die europäische Gesetzgebung die A1-Bescheinigung (ursprünglich „Bescheinigung E 101“) ein.⁶⁹ Sie adressiert genau jene EU-Bürger*innen, die gewöhnlich in dem Staat ihrer Staatsangehörigkeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen, im Rahmen dieser primären⁷⁰ Tätigkeit jedoch eine zwischenzeitliche Beschäftigung in einem anderen EU-Staat (hier auch „Zielstaat“ genannt) aufnehmen. Die darauffolgende, sekundäre Erwerbstätigkeit darf einen Zeitraum von 24 Monaten nicht überschreiten (siehe Art. 12 Abs. 1 und 2 der Grundverordnung (EG) Nr. 883/2004).

Wird die A1-Bescheinigung erfolgreich beantragt, so bewirkt diese, dass Dienstleistende⁷¹ keinerlei sozialrechtlicher Bindung im Zielstaat und stattdessen weiterhin derjenigen im EU-Staat der gewöhnlichen Tätigkeit (hier auch „Ursprungsstaat“) unterliegen.⁷² So können sie durch den Sozialversicherungsträger des Ursprungsstaats bewirken,

⁶⁸ In der juristischen Literatur ist ebenso der Terminus „Gaststaat“ gebräuchlich. Der Autor erachtet den Begriff „Zielstaat“ als wertneutral und greifen daher auf diesen zurück.

⁶⁹ *Mankowski* in EuZA 2016, 107, 112, *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 408.

⁷⁰ Die Termini „primär“ und „sekundär“ werden hier lediglich zur besseren Unterscheidbarkeit verwendet.

⁷¹ Wenn im Folgenden allein von „Diensten“ oder „Dienstleistungen“ ohne das zusätzliche Spezifikum „selbstständig“ gesprochen wird, erfasst dies entsprechend der Bestimmungen des BGB sowohl Dienstverträge mit Selbstständigen als auch Arbeitsverträge.

⁷² Siehe Art. 14 der VO (EWG) Nr. 1408/71 Nr. 1 lit. a.

dass der Zielstaat keine Sozialabgaben einfordert, wenn sie auf dessen Staatsgebiet tätig werden. Dies vereinfacht das Verfahren sowohl für die zuständigen Behörden beider EU-Staaten als auch für die Erwerbstätigen selbst.

Die A1-Bescheinigung wird nach einem formalisierten Antragsverfahren vom Sozialversicherungsträger des Ursprungsstaats ausgestellt. Rechtsgrundlage für die Ausstellung einer solchen Bescheinigung ist Art. 19 Abs. 2 der Durchführungsverordnung VO (EG) 987/2009. Hiernach bescheinigt

„auf Antrag der betreffenden Person oder ihres Arbeitgebers (...) der zuständige Träger des Mitgliedstaats (Anm.: Ursprungsstaats) (...), dass und gegebenenfalls, wie lange und unter welchen Umständen, diese Rechtsvorschriften anzuwenden sind.“

Dies bedeutet, dass es durch die A1-Bescheinigung in der vollumfänglichen Entscheidungsgewalt des *ursprungsstaatlichen* Sozialversicherungsträgers steht, mit der Ausstellung zu bestimmen, wie lange die Sozialversicherungsvorschriften des Ursprungsstaats anwendbar bleiben und die Betroffene damit von der Sozialrechtsordnung des Zielstaats exkludiert ist.⁷³

5. Zwei im Wesen unterschiedliche Statusangaben

Eine A1-Bescheinigung ist nur erforderlich, wenn Antragsteller*innen im Zielstaat Deutschland Dienste erbringen wollen und bereits vorher im Ursprungsstaat ein Sozialversicherungsverhältnis bestand – in Bezug zu einem ebenso bereits vorhandenen Arbeits- oder selbstständigen Dienstleistungsverhältnis. Zukünftige oder bereits tätige Live-Ins, die eine A1-Bescheinigung beantragen, müssen deshalb zunächst angeben, von welcher Art das momentane Erwerbsverhältnis im Ursprungsstaat ist – selbstständig oder als Arbeitnehmer*in.⁷⁴

⁷³ EuGH vom 26. 1. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05 –Rn. 26.

⁷⁴ Für einen Blick in das Antragsformular siehe https://www.krankenkassen.de/static/common/files/view/5188/A1_Bescheinigung%20ber%20die%20Rechtsvorschriften%20der%20sozialen%20Sicherheit%20die%20auf%20dendie%20Inhaber%20in%20anzuwenden%20sind.pdf, letzter Zugriff am 27.01.2021 um 09:45 Uhr MEZ.

In der Live-In-Praxis wird durch die Agenturen die Erwerbstätigkeit im Ursprungsstaat auch so konstruiert, dass potentielle Live-Ins in Polen zunächst keinerlei Betreuungstätigkeit, sondern vollkommen andere Dienstleistungen ausführen, um die von der AI-Bescheinigung eingeforderte „gewöhnliche Tätigkeit“⁷⁵ im Ursprungsstaat – vermeintlich – zu erfüllen.⁷⁶ Auf dieser Grundlage soll der Sozialversicherungsträger des Ursprungsstaats („zuständiger Träger“⁷⁷) rechtmäßig eine AI-Bescheinigung ausstellen können. Denn nur wenn die Tätigkeit primär im Ursprungsstaat ausgeübt wird und im Zielstaat nur untergeordneter sowie temporärer Natur ist, kann eine AI-Bescheinigung ausgestellt werden und rechtmäßig bleiben.

Liegen diese Voraussetzungen vor, wird die AI-Bescheinigung vom zuständigen Träger im Ursprungsstaat ausgestellt, wodurch der Ursprungsstaat zum „zuständigen Mitgliedsstaat“⁷⁸ wird. Sie perpetuiert dann die Art der Erwerbstätigkeit zu einem sozialrechtlichen Status, der als Legitimationstatbestand für die Rechtsfolgen der AI-Bescheinigung dient. Bezüglich der im Heimatstaat erbrachten Tätigkeiten handelt es sich um eine rückblickend-beschreibende Statusangabe zur Art der bisherigen Erwerbstätigkeit. Deshalb wird im Folgenden der Anteil am Status, welcher sich auf die ursprungsstaatliche Erwerbstätigkeit bezieht, als *retrospektiv-deskriptiver* Teilstatus bezeichnet.⁷⁹

Auffällig ist, dass in der Literatur regelmäßig von einem einzigen, singulären Status gesprochen wird, der auch die zielstaatliche, zukunftsgerichtete Erwerbskategorie erfasst. Es erweist sich als praktikabler, dann aus dem pauschalen Gesamtstatus insgesamt zwei Teilstatus herauszudestillieren, wenn deren unterschiedlicher zeitlicher Bezug rechtserheblich wird.⁸⁰ Denn für eine AI-Bescheinigung ist es ebenso erforderlich, dass auch im Zielstaat Dienstleistungen erbracht werden. Auch dafür sind Antragstellende verpflichtet, eine Aussage über das

⁷⁵ Siehe Art. 12 der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004.

⁷⁶ Siehe den Hinweis auf kreative Geschäftspraktiken von *Rossow/Leiber* 2020 bpb, S. 184.

⁷⁷ Siehe Art. 1 lit. q der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004.

⁷⁸ Siehe Art. 1 lit. s der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004

⁷⁹ Er dient jedoch nur als Kategorie, welche die Rechtserkenntnis erleichtern soll und ist kein gesetzlich verwendeter Terminus.

⁸⁰ Faktisch unterscheidend und isoliert betrachtend, jedoch ohne die Teilstatusterminologie betreibend: EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97 Rn. 5.

(noch zu erfüllende) Erwerbsverhältnis zu treffen, welche dann in eine entsprechende Statusangabe auf der A1-Bescheinigung konvertiert. Bezüglich des Teilstatus, der das Erwerbsverhältnis für den Zielstaat typisiert, hat die A1-Bescheinigung daher zukunfts vorhersagenden, genauer *prospektiv-prädiktiven* Charakter und ist mangels empirischer Rückbindung zum Zeitpunkt der Ausstellung der Bescheinigung rechtsepidemisch schwächer als der retrospektiv-deskriptive Teilstatus, welcher bereits geschehene Tatsachen inkorporieren kann.

Die prädiktive Eigenschaft des prospektiven Teilstatus ergibt sich daraus, dass zwar schon vor Vertragserfüllung im Zielstaat die Vertragsmodalitäten bestimmt sein können – für die Feststellung, ob es sich um ein Arbeits- oder selbstständiges Dienstverhältnis handelt, sind jedoch diejenigen tatsächlichen Umstände der Vertragserfüllung zu verwenden, welche dem Zeitpunkt nachfolgen, zu dem die A1-Bescheinigung ausgestellt wurde. Die Prädiktivität soll dabei die wohl unstrittige funktionelle Beschreibung dafür sein, dass dieser Teilstatus eine Zukunftsaussage trifft.⁸¹ Semantisch und in der rechtlichen Wirkmächtigkeit deutlich über die Prädiktivität hinausgehend ist eine mögliche *präskriptive* Eigenschaft des prospektiven Teilstatus. Diese Eigenschaft soll im Folgenden so verstanden werden, dass mit ihm eine *rechtsverbindliche* Folgewirkung im Zielstaat einhergeht, wohingegen der prädiktive Status für die zielstaatliche Rechtsanwendung nur *unverbindliche* Vorhersagen über die zukünftige Erwerbstätigkeit im Zielstaat Deutschland trifft. Genau auf diese Frage der präskriptiven, d.h. der rechtlich bindenden Reichweite der A1-Bescheinigung erstreckt sich die Debatte über ihre Wirkung im Zielstaat, auch wenn die verwendeten Terminologien über zweierlei, materiell unterschiedliche Teilstatus so noch nicht gebräuchlich sind.

Dabei will eine Strömung von der A1-Bescheinigung direkt vom prospektiven Teilstatus auf die Art des zivilrechtlichen Vertrags in Deutschland schließen und dieses rechtlich verbindlich als Arbeits- oder selbstständiges Dienstverhältnis bestimmen lassen.⁸² Dieser

⁸¹ Diese Funktion unbestritten aufgegriffen: EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97 Rn 5.

⁸² Siehe etwa *Brors/Boning* in NZA 2015, 846, 848 f.

Meinung widerspricht die Ansicht, welche aus dem prospektiv-prädiktiven Element der AI-Bescheinigung gerade keine rechtsverbindliche bzw. präskriptive Aussage für das Arbeitsrecht generieren will.⁸³

6. Juristische und gesellschaftliche Konsequenzen der Bindung arbeitsrechtlicher Entscheidungen an den AI-Status

Die praktische Relevanz des Meinungsstreits über die Reichweite der AI-Bescheinigung ist für Pflegekräfte aus dem EU-Ausland nicht zu unterschätzen: Sollte sich die deutsche Gerichtsbarkeit tatsächlich an die zunächst nur prädiktive Kategorisierung der AI-Bescheinigung von Pflegekräften als *selbstständige* Erbringer*innen von Dienstleistungen gebunden sehen, besteht keine Handhabe mehr, *ex post* aus einem faktischen und eigentlich gerichtlich feststellbaren Arbeitsverhältnis im Zielstaat Deutschland die arbeitsrechtlich verbindlichen Rechtsfolgen zu ziehen. Dies ist dann umso problematischer, wenn Live-Ins zu dem Zeitpunkt, in dem sie ein selbstständiges Dienstleistungsverhältnis im Ursprungsstaat eingegangen sind, aufgrund der Verhandlungsmacht der Agenturen kaum Möglichkeiten hatten, ein für sie günstigeres und rechtskategorial differentes Vertragsverhältnis zu erwirken. Mithin würde den Live-Ins als potentiell faktischen Arbeitnehmer*innen aus dem europäischen Ausland der arbeitsrechtliche Schutz in Deutschland entzogen. Es würde so ihre rechtliche und sozioökonomische Stellung in Deutschland wesentlich verschlechtert und eine Entwicklung hin zu einer strukturellen Benachteiligung begünstigt.

Darüber hinaus ergibt sich für das deutsche Recht auch ein grundlegender dogmatischer Widerspruch. Für die Frage, welche Normen bei einem konkreten Vertrag anzuwenden sind, ist nicht primär die gewählte Bezeichnung ausschlaggebend, sondern die Art der tatsächlich vereinbarten Leistungen sowie die Erfüllungsmodalitäten. Dieses Prinzip zieht sich durch das gesamte Vertragsrecht des BGB und ist für das Arbeitsverhältnis in § 611a S. 6 BGB explizit festgelegt. Dieses

⁸³ Siehe v.a.: *Rauchle/Schmidt* in RdA 2015, Rn. 407; *Mankowski* in EuZA 2016, Rn.107,109, Bucher, S. 65 ff., OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris; LSG Hessen Urteil vom 28.11.2017 - L 3 U 51/16, Rn. 23.

Prinzip würde von einer arbeitsrechtlichen Wertung *a priori* unterlaufen, da hier die vorherige Bezeichnung des Vertrags als alleiniges Typisierungsmerkmal gelten soll. Die verbindliche Vorbestimmung des Vertrags erscheint vor diesem Hintergrund wie ein Sollen-Seins-Fehlschluss und bedarf daher folgend besonderer Beachtung.

7. Substrat der bisherigen Erkenntnisse und Prüfungsauftrag

Agenturen und Pflegehaushalte dürften ein großes Interesse daran haben, von Beginn an vom Damoklesschwert der arbeitsgerichtlichen Überprüfung in Deutschland befreit zu sein. Dem gegenüber stehen Live-Ins, die in der Bundesrepublik potentiell abhängige Lohnarbeit im Zivilrechtssinne ausführen, aber von arbeitsrechtlichen Protektionen ausgeschlossen werden sollen. Ein vermeintlicher arbeitsrechtlicher Automatismus der AI-Bescheinigung für den Zielstaat wurde in Deutschland höchstrichterlich jedoch noch nicht bestätigt.⁸⁴ Auch dem für die einheitliche Auslegung des EU-Rechts zuständigen EuGH sind über die arbeitsrechtliche Bindung im Zielstaat keine eindeutig-expliziten Aussagen abzugewinnen.⁸⁵

Aus dieser nicht eindeutigen Rechtslage scheint der „Gefahr des geduldeten Missbrauchs“⁸⁶ der AI-Bescheinigung kein effektiver und universeller Einhalt geboten werden zu können. Gerade einer rechtlichen Beratung der Live-Ins mit einer rechtlich begründeten Erwartungshaltung über potentielle Ansprüche auch vor Arbeitsgerichten steht diese ungewisse Rechtslage entgegen. Denn schließlich kulminiert der vorliegende Meinungsstreit gerade in der Frage, ob die Erwerbstätigkeit in Deutschland, die vom prospektiven Teilstatus der AI-Bescheinigung präinkorporiert ist, durch ein deutsches Arbeitsgericht überprüft werden darf. Es könnte sich aus der AI-Bescheinigung stattdessen eine *arbeitsrechtliche* Achtungspflicht der zielstaatlichen Fachgerichtsbarkeit

⁸⁴ *Räuchle/Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 412, eindeutig gegen eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung nur OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris.

⁸⁵ Siehe dazu Abschnitt II. „Einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der AI-Bescheinigung“.

⁸⁶ *Brors/Böhning* in NZA 2015, 846, 849.

gegenüber der *sozialrechtlichen* Statusfeststellung des Trägers im Ursprungsstaat ergeben.

Mit dieser Frage beschäftigen sich die nachfolgenden Erörterungen. Zunächst wird der Aussagegehalt einschlägiger Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) analysiert. Da der EuGH auf die Rechtsgrundlagen der AI-Bescheinigung rekurriert, folgt der Urteilsauswertung auch eine eigene Exegese dieser Normen, namentlich der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004 (hier auch nur „Grundverordnung“ genannt) und der Durchführungsverordnung VO (EG) 987/2009 (hier auch nur „Durchführungsverordnung“, zusammen „die Verordnungen“ genannt).

Ebenso werden einschlägige Urteile deutscher Gerichte rekurriert, welche aufgrund ihrer Stellung im Instanzenzug keine bundesweite Leitwirkung haben, aber dennoch grundlegende Anstöße zur Argumentation bereitstellen bzw. diese stützen.⁸⁷

Als gewichtigere Antipode zum EuGH hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) besonders eindeutig zu rechtsstaatlichen Friktionen genuin sozialrechtlicher Imperative auf das Arbeitsrecht geäußert. Diese Rechtsprechung hat jedoch im Kontext der AI-Bescheinigung bisher noch keine erkennbare Beachtung gefunden und soll deshalb hier – wohl erstmalig – nutzbar gemacht werden.

Parallel wird untersucht, ob sich die neu erlangten Erkenntnisse auch rechtspraktisch und -logisch bewähren können. Schließlich verbleibt die Frage, ob für die anwendbaren primärrechtlichen Normen und allgemeinen europarechtlichen Prinzipien eine für deutsche Arbeitsgerichte verbindliche Nichtanwendung des nationalen Arbeitsrechts verbieten, erlauben oder gar gebieten.

⁸⁷ Insbesondere OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris; LSG Hessen Urteil vom 28.11.2017 - L 3 U 51/16, mittelbar auch BGH 24.10.2006 – 1 StR 44/06, juris.

II. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der A1-Bescheinigung

Der EuGH urteilte bisher drei Male mit Bezug zur Bindungswirkung der A1-Bescheinigung. Dabei ist zu unterscheiden, ob das Gericht Fragen zur sozialrechtlichen oder zur arbeitsrechtlichen Bindungswirkung trifft. In den Fällen *Barry Banks*⁸⁸ und *Fitzwilliam*⁸⁹ beschäftigte sich der EuGH mit der sozialrechtlichen Bindungswirkung der A1-Bescheinigung für den Zielstaat. Im Urteil *Herbosch Kiere*⁹⁰ trifft das Gericht überdies auch arbeitsrechtliche Aussagen.

1. Das Urteil *Barry Banks*

Im sozialrechtlich konnotierten Urteil *Barry Banks* äußerte sich der EuGH zur möglichen sozialrechtlichen Dynamik und Variabilität der A1-Bescheinigung.⁹¹

a) Sozialrechtliche Folgeprobleme einer nachträglichen Inkongruenz des arbeitsrechtlichen Sachverhalts zum Sozialversicherungsverhältnis?

Das Urteil *Barry Banks* ist für das in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutierte Problem relevant, dass die Diskrepanz zwischen neuerlicher arbeitsrechtlicher Entscheidung und dem vom prospektiven Status suggerierten Erwerbsverhältnis zu dem sozialrechtlichen Ungleichgewicht führe, dass Inhaber*innen einer A1-Bescheinigung in ihrem Heimatstaat einem Versicherungsverhältnis unterliegen, dass nur auf die Versicherungsleistungen gemäß den Statusangaben zugeschnitten ist. Diesem Gedanken folgend erfordere ein im Zielstaat festgestelltes Arbeitsverhältnis andere Versicherungsleistungen, die vom Sozialversicherungsverhältnis mit dem Träger des zuständigen Mitgliedstaats nicht abgedeckt werden könnten.⁹²

⁸⁸ EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97.

⁸⁹ EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 50.

⁹⁰ EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05.

⁹¹ Zu beachten ist, dass zu diesem Zeitpunkt mit der VO (EWG) Nr. 1408/71 noch eine andere Rechtsgrundlage der A1- bzw. E 101-Bescheinigung bestand.

⁹² *Diepenbrock/Schüren/Hamann*, Kommentar zum AÜG 2018, Rn. 836.

Dieses Problem besteht freilich nur, wenn das Versicherungsverhältnis für die Vergangenheit und Zukunft wegen der Vorgaben der Rechtsgrundlagen der A1-Bescheinigung nicht neu angepasst werden könnte. Denn so könnte der zuständige Träger das Versicherungsverhältnis respektive dessen Leistungen im Nachhinein genauso modifizieren, wie es ihm in einem gänzlichen nationalen Sachverhalt möglich wäre.

b) Grundsatz der rückwirkenden Anpassbarkeit

Im Urteil *Barry Banks* stellt der EuGH zunächst fest, dass eine A1-Bescheinigung auch rückwirkend ausgestellt werden kann.⁹³ Dies bedeutet, dass sich die A1-Bescheinigung auch auf einen Sachverhalt stützen kann, der ohne ihr akzessorisches Bestehen begonnen bzw. stattgefunden hat. In jedem Fall ermöglicht es der aus dem Urteil abzuleitende *Grundsatz der rückwirkenden Anpassbarkeit*, dass, wenn entgegen der Status ein Arbeitsverhältnis im Zielstaat judiziert wurde, der Sozialversicherungsträger des Ursprungsstaats die aktuelle A1-Bescheinigung nachträglich entweder anpassen oder zurücknehmen und für den zurückliegenden Zeitraum des Arbeitsverhältnisses eine neue A1-Bescheinigung ausstellen kann. Der Träger kann also die A1-Bescheinigung sowohl für die Zukunft als auch rückwirkend auf den Status als „abhängig beschäftigt“ modifizieren. Es bleibt dem Träger auch unbenommen, die A1-Bescheinigung gänzlich zu widerrufen. Dies hätte für die nun ehemalige Inhaber*innen einer A1-Bescheinigung nicht zur Folge, dass sie sozialversicherungslos würden. Vielmehr fielen sie dann unter den Sozialversicherungsschutz des Zielstaats Deutschland. Die arbeitsrechtliche Bindung kann deshalb nicht damit gerechtfertigt werden, dass sich ohne sie das Problem einer Disbalance von Versicherungsleitungen zu den ihnen zugrundeliegenden Abgaben ergibt.⁹⁴ Der zuständige Sozialversicherungsträger steht wegen der rückwirkenden Anpassbarkeit der A1-Bescheinigung nicht unter dem Zwang, ihren ursprünglichen sozialrechtlichen Einordnungen auch zukünftig entsprechen zu müssen. Stattdessen steht er dem sozialrechtlichen Problem der Veränderung des Erwerbsverhältnisses genauso gegenüber, wie wenn kein grenzüberschreitender Sachverhalt bestünde.

⁹³ EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97, Rn. 54.

⁹⁴ So auch *Räuchle/Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 413.

Nach seiner Wahl über den rechtlichen Umgang mit dem Versicherungsverhältnis zum Inhaber der A1-Bescheinigung steht der zuständige Träger vor der Möglichkeit, die Statusbestimmungen der A1-Bescheinigung *ex post* anzupassen oder die Bescheinigung gänzlich zurückzuziehen und auch rückwirkend neu auszustellen. Ein Haften an den veralteten, präforensischen Annahmen über das (Nicht-)Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Zielstaat kann also nicht mit der rechtspraktischen Immanenz begründet werden, dass sonst das Versicherungsverhältnis in eine synallagmatische Schieflage geraten würde.

c) Wahrung der Autonomie des ursprungsstaatlichen Trägers trotz Urteil eines Arbeitsgerichts?

Die auch nachträglich mögliche Anpassung des Versicherungsverhältnisses an das Erwerbsverhältnis steht unter Beachtung des Urteils *Barry Banks* lediglich unter der Prämisse, dass nicht die einmal vom Sozialversicherungsträger des Ursprungsstaats bestimmte Zuordnung des Sozialrechtssystems durch eine Behörde des Zielstaats *eigenmächtig* aufgelöst werden kann.⁹⁵ Der EuGH bestimmt so ein *Prinzip der Bestandsimmunität* der A1-Bescheinigung gegenüber sozialverwaltungsrechtlichen Institutionen des Zielstaats. Die sozialrechtliche Zuordnung als Regelungsziel der A1-Bescheinigung zum zuständigen Mitgliedsstaat ist so vor gegenläufigen sozialversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Zielstaats geschützt und die Aufhebung der A1-Bescheinigung steht somit grundsätzlich unter der alleinigen Ägide des ursprungsstaatlichen Trägers. Zu beachten bleibt aber, dass in den Verordnungen vorgesehene Überprüfungs- und Schlichtungsverfahren bei Meinungsverschiedenheiten insbesondere von zielstaatlichen Institutionen in Anspruch genommen werden kann. Auch dieses ermöglicht aber nicht, dass der Zielstaat die Zuordnung zu seinem eigenen Sozialrechtssystem autonom bestimmen kann.

Dem *Prinzip der Bestandsimmunität* der A1-Bescheinigung läuft es nicht zuwider, dass ein Arbeitsgericht zugunsten der Live-In ein

⁹⁵ EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97, Rn. 40. Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit lediglich von der „A1-Bescheinigung“ gesprochen, auch wenn in frühen Urteilen noch die Rede von der „E-101-Bescheinigung“ ist.

Arbeitsverhältnis in Deutschland feststellen kann. Die Neukategorisierung des privatrechtlichen Vertragsverhältnisses tastet die Sozialrechtszuordnung schon deshalb nicht an, weil das deutsche Arbeitsgericht nur über ein arbeitsvertragliches und nicht sozialrechtliches Verhältnis entscheidet. Unmittelbare, zwischenaktslose Sozialrechtsfolgen zeitigt das arbeitsgerichtliche Urteil nicht.⁹⁶ Vielmehr ist dann der Sozialversicherungsträger des Ursprungsstaats in Ansehung des arbeitsgerichtlichen Urteils einseitig befähigt, Teile der Bescheinigung nach versicherungsrechtlichen Erforderlichkeiten zu revidieren. Die sozialrechtliche Deutungshoheit des ursprungsstaatlichen Trägers ist weiterhin gewährleistet, weil die neuerliche Vertragskategorisierung im Zielstaat *eo ipso* keine Rechtsfolgen für das Bestehen einer A1-Bescheinigung zeitigt. Die Autorität des Sozialversicherungsträgers des Ursprungsstaats wird daher durch ein arbeitsgerichtliches Urteil nicht angetastet. Es obliegt weiter in dessen Entscheidungsgewalt, die A1-Bescheinigung an die arbeitsrechtlichen Tatsachen nach den eigenen Möglichkeiten anzupassen oder gänzlich zurückzunehmen.

Genau genommen ist die lediglich privatrechtlich wirkende Rekategorisierung der Erwerbstätigkeit für die konsequente Anwendung der Grundverordnung sogar wünschenswert. Denn sie kann die Frage aufwerfen, ob die gewöhnliche Tätigkeit weiterhin im Ursprungsstaat liegt. Dies ist die Grundlage für die Rechtmäßigkeit der A1-Bescheinigung.⁹⁷ So ist die synchrone Supervision des Erwerbsverhältnisses im Zielstaat durch die dafür zuständigen Institutionen notwendige Bedingung dafür, dass der ursprungsstaatliche Träger eine tatsächengerechte Entscheidung über die Frage treffen kann, ob der Ort der gewöhnlichen Tätigkeit weiterhin im Ursprungsstaat liegt und damit die Bedingungen einer A1-Bescheinigung weiter bestehen.⁹⁸

d) Zwischenergebnis

Es ist rechtlich nicht erforderlich, dass die nachträgliche arbeitsrechtliche Vertragskategorisierung im Zielstaat den zuvor festgesetzten

⁹⁶ Vgl. *Räuchle/Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 413.

⁹⁷ Vgl. Art. 12 der Grundverordnung (EG) Nr. 883/2004.

⁹⁸ Weitere Ausführungen dazu in Abschnitt B II 1.

Statusbestimmungen der A1-Bescheinigung entspricht.⁹⁹ Auch ohne einen statischen Konnex zu zivilrechtlichen Vertragskategorien bleibt die Zuordnung zum Sozialrecht des Ursprungsstaats erhalten und es dem dortigen Sozialversicherungsträger unbenommen, das Versicherungsverhältnis und die A1-Bescheinigung nachträglich an den neuen Erwerbstatbestand anzupassen. Eine finale arbeitsrechtliche Bindung der Bescheinigung kann in Ansehung der von *Barry Banks* tangierten Rechtsfragen nicht hergeleitet werden.

e) Anknüpfung an das Prinzip der Zuordnungserhaltung – Bestehen eines Rechtsscheins?

Statt einer materiell-finiten Aussage könnte dem Statusbegriff auf der A1-Bescheinigung aber zumindest eine Rechtsscheinwirkung mit Vertrauensschutz für die potentielle arbeitsvertragliche Gegenpartei der Live-In anhaften.

In der Literatur wird in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH ein Rechtsschein der A1-Bescheinigung angenommen, zunächst aber lediglich auf die sozialrechtlichen Tatbestände.¹⁰⁰ Es verbleibt aber schon dort die Frage, worauf sich ein etwaiger Rechtsschein genau beziehen soll. Ein Rechtsschein besteht bei einer Diskrepanz zwischen vom Rechtsakt supponierten und der tatsächlichen Tatsachenlage und hat dann eine subjektive Funktion, wenn eine Partei gutgläubig darauf vertraut hat und vertrauen durfte, dass die fiktive statt der tatsächlichen Sachlage besteht. Dass die sozialrechtliche Zuordnung zum Ursprungsstaat an sich besteht, erscheint als Anknüpfungspunkt für einen Schein ungeeignet, da diese ganz ohne diesen Schein die eindeutige Rechtsfolge der A1-Bescheinigung ist und auch dann vom Ursprungsstaatlichen Träger aufrechterhalten werden kann, wenn der zugrundeliegende Status kontrafaktisch wird.¹⁰¹ Der Rechtsschein im Zielstaat kann sich deshalb lediglich darauf beziehen, dass die ohnehin rechtsverbindliche sozialrechtliche Zuordnung *ordnungsgemäß* ist.¹⁰² Ordnungsgemäß ist die sozialrechtliche Zuordnung dann, wenn der

⁹⁹ Dagegen: *Diepenbrock/Schüren/Hamann*, Kommentar zum AÜG 2018, Rn. 836.

¹⁰⁰ *Räuchle/Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 408.

¹⁰¹ Dies wird aus *Räuchle/Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 408 nicht erkenntlich.

¹⁰² EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97, Rn. 40.

AI-Bescheinigung rechtfertigende Tatbestand weiter besteht. Damit ergäbe sich ein Rechtsschein darüber, dass für die AI-Bescheinigung sozialrechtliche Sachverhalt und damit letztlich der Status wahr ist. Da sich der sozialrechtliche Sachverhalt aus dem Erwerbsverhältnis ableitet, ließe sich auch vertreten, dass ebenso ein arbeitsrechtlicher Rechtsschein besteht, also der arbeitsrechtliche Sachverhalt wahr ist.

Darüber hinaus muss sich auch ein schützenswertes Vertrauen auf den Sachverhalt ergeben. Dieses Vertrauen würde sich zunächst nur auf den sozialrechtlichen Kategoriendeterminismus beziehen, da dieser *expressis verbis* Tatbestand der AI-Bescheinigung ist. Wenn aber eine Rücknahme oder rückwirkende Ausstellung der AI-Bescheinigung gemäß EuGH jederzeit möglich ist, erscheint es schon fragwürdig, warum dann *a priori* ein Vertrauenstatbestand auf den sozialrechtlichen Status bestehen soll.

Selbst wenn man einen Rechtsschein auf die sozialrechtlichen Kategorien der AI-Bescheinigung annähme, ist ein *Rechtsscheinstransfer* vom sozialrechtlichen Status auf das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis rechtlich nicht präzise, weil als Rechtfertigungstatbestand der AI-Bescheinigung sozialrechtliche Termini stehen. Selbst wenn man aber wegen überwiegender Schnittmenge zum Arbeitnehmerbegriff eine objektive Rechtsscheinwirkung zuspräche, müsste zur subjektiven Nutzbarmachung auch ein schutzwürdiges Vertrauen auf diesen Rechtsschein bestehen.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich der Vertrauensschutz selbstverständlich nicht darauf beziehen kann, dass die AI-Bescheinigung eine finit-materielle arbeitsrechtliche Bindungswirkung hat. Ein der Bescheinigung zugrundeliegender Rechtsschein hat nur die Funktion, die Tatsachenlage im konkreten Fall zu fingieren, nicht aber eine Entscheidung über eine Frage des materiellen Rechts zu ersetzen.

Das Vertrauen ist nur gegenüber der vom Rechtsschein suggerierten Tatsachenlage schützenswert. Wenn aber Vertragsparteien nachträglich ein statusdivergentes Vertragsverhältnis praktizieren, dürfen sie schlicht kein schützenswertes Vertrauen darauf haben, dass dennoch ein statuskohärentes Erwerbsverhältnis besteht. Wenn sich eine Vertragspartei einseitig auf den Rechtsschein beruft, kann zudem ein

Verstoß gegen den Grundsatz *venire contra factum proprium* aus § 242 BGB vorliegen, da die Vertragspartei die Bedingungen für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts selbst mitgeschaffen hat und sich anschließend treuwidrig auf einen Vertrauensschutz zugunsten der Tatsache berufen würde, dass kein Arbeitsverhältnis besteht. Faktische arbeitsrechtliche Vertragsparteien der Live-In können sich daher nicht auf einen arbeitsrechtlichen Vertrauensschutz berufen. Tatsächliche Vertragspartner*innen der Pflegekraft müssen daher stets damit rechnen, dass eine vollwertige arbeitsrechtliche Tatsachensubsumtion etwas anderes ergibt als es der prospektive Teilstatus anfangs prädiizierte.

2. Das Urteil *Fitzwilliam*: sachverhaltsbezogenes Ubiquitätsinteresse des EuGH?

Das Urteil *Fitzwilliam* beschäftigt sich mit der Frage der sozialrechtlichen Bindungswirkung der AI-Bescheinigung für Arbeitnehmer*innen. Es enthält neben den Vorgaben, wie sie vorliegend schon aus *Barry Banks* gewonnen wurden¹⁰³ noch weitere Erkenntnisse, welche das Ergebnis aus *Barry Banks* stützen.

a) Der arbeitsrechtliche Vergleich als Mindestanforderung an den Subsumtionshorizont

Als unabdingbare Grundlage für die Wirksamkeit einer AI-Bescheinigung sieht der EuGH eine weiter bestehende arbeitsrechtliche Bindung mit dem Unternehmen im Ursprungsstaat.¹⁰⁴ Für die Beantwortung der Frage, ob eine solche Bindung vorliegt, kommt es dem Gericht nach darauf an,

*„ob sich aus den gesamten Umständen des Beschäftigungsverhältnisses ergibt, dass der Arbeitnehmer diesem Unternehmen (Anm.: dem Unternehmen aus dem Ursprungsstaat) untersteht.“*¹⁰⁵

Dies ist denklogisch nur dann zu bestimmen, wenn ein rechtlicher Abgleich mit der Tätigkeit im Zielstaat erfolgt und dieser ergibt, dass dort kein eigenständiges Arbeitsverhältnis besteht. Es muss daher davon

¹⁰³ Siehe insbesondere EuGH vom 10.02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 50.

¹⁰⁴ EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 24.

¹⁰⁵ EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97 Rn. 24.

ausgegangen werden, dass der EuGH eine *Globalsubsumtion* zur Feststellung von Tatsachen, die potentiell in Konkurrenz mit den Status auf der A1-Bescheinigung stehen, intendiert.¹⁰⁶ Das Gericht möchte mithin gerade nicht von vornherein gewisse Tatsachen rechtlich unbeachtet lassen. Vielmehr verlangt die Feststellbarkeit des gewöhnlichen Tätigkeitsortes, dass rechtliche Neuwertungen, welche die tatbestandliche Grundlage der A1-Bescheinigung betreffen, nach deren Ausstellung durch zielstaatliche Fachgerichte entschieden werden und gerade nicht durch den prospektiven Status präskribiert sind. Es sind daher alle Umstände, bevor und nachdem die A1-Bescheinigung ausgestellt wurde, in Betracht zu ziehen. Eine *ex-post-Revision* der Sachverhalte, die Teil des Tatbestands der A1-Bescheinigung geworden sind, ist damit in konsequenter Auslegung des EuGH-Dictums grundsätzlich möglich und gegebenenfalls zwingend dafür erforderlich, dass der ursprungsstaatliche Träger die Aktualität des gewöhnlichen Tätigkeitsortes und Rechtmäßigkeit der A1-Bescheinigung überprüfen kann. Ausdrücklich weiterhin nicht damit gemeint ist die Folgerung, dass diese Tatsachen den Zielstaat einseitig dazu bemächtigen könnten, die A1-Bescheinigung selbst anzupassen.

b) Das arbeitsgerichtliche Urteil als sozialrechtliches Initiationsmoment

Ein weitere wesentliche Aussage der Entscheidung *Fitzwilliam* ist, dass nachdem der zielstaatliche Sachverhalt ermittelt und Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der konkreten A1-Bescheinigung geltend gemacht wurde, der zuständige Träger im Ursprungsstaat verpflichtet ist, die Rechtmäßigkeit der Bescheinigung zu überprüfen und sie gegebenenfalls zurückziehen.¹⁰⁷ Prozedural bedeutet dies, dass *zielstaatliche* Gerichte eine eigene Tatsachenüberprüfungskompetenz für Sachverhalte auf ihrem Territorium haben müssen. Nur so kann der Zielstaat die Zweifel an der Rechtmäßigkeit substantiieren.

Die Entscheidung eines deutschen Arbeitsgerichts, ist für die in *Fitzwilliam* konturierten Kompetenzzusübungen somit unabdingbar. Es ist

¹⁰⁶ EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 42.

¹⁰⁷ EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 56.

die Instanz, welche dem Träger in Deutschland Rechtssicherheit über die Tatsachen verschafft, die er in einem zweiten Schritt im sozialrechtlichen internationalen Schlichtungsverfahren anführen kann, um die Korrektur der A1-Bescheinigung zu bewirken.¹⁰⁸ Zwar ist der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht mit dem sozialrechtlichen Beschäftigtenbegriff gleichzusetzen und damit ist die arbeitsrechtliche Vertragsbestimmung nicht deckungsgleich mit dem sozialrechtlichen Status.¹⁰⁹ Eine arbeitsrechtliche Entscheidung im Widerspruch zum Status auf der A1-Bescheinigung muss aber zumindest als Kontraindikation eines gegenläufigen sozialrechtlichen Status betrachtet werden, da der sozialrechtliche Statusbegriff insbesondere an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses anknüpft.¹¹⁰ Sie kann in einem zweiten Schritt von den Sozialbehörden in Deutschland dazu genutzt werden, dass Schlichtungsverfahren anzurufen und so eine tatsächengerechte Zuordnung zum Sozialrechtssystem des ein oder anderen Staats zu erwirken, indem der Träger des Ursprungsstaats die A1-Bescheinigung anpasst oder zurücknimmt.

Eine arbeitsgerichtliche Entscheidung im Zielstaat Deutschland ist so eine *Initiationsheuristik* für die sozialrechtliche Überprüfung der Statusangaben. Sie bedingt, dass das in den Verordnungen ersonnene Überprüfungsverfahren wirksam praktiziert wird.

c) Begrenzung der Rolle des zuständigen Trägers

Des Weiteren konstatiert der EuGH, dass sich die Beweiskraft der A1-Bescheinigung auf die Feststellung des anwendbaren Rechts durch den zuständigen Träger beschränkt.¹¹¹

Da es sich bei der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004 um reine Kollisionsvorschriften handelt, kann dies nur die anwendbaren nationalen Vorschriften betreffen. Bei einer angenommenen

¹⁰⁸ Auf dieser Chronologie beharrend: Cass. soc. 10.6. 2015 – n° 13-27.799 à n° 13-27.853 – EasyJet Airline Company Limited c/M.B. et al., D. 2015, 1324 = JCP S, siehe *Mankowski* in EuZA 2016, Rn. 107,109.

¹⁰⁹ Siehe dazu insbesondere Abschnitt III 1 f „Art. 1 der Grundverordnung: Fragen der Akzessorietät zwischen den Rechtsordnungen“.

¹¹⁰ Siehe dazu insbesondere Abschnitt III 1 f „Art. 1 der Grundverordnung: Fragen der Akzessorietät zwischen den Rechtsordnungen“.

¹¹¹ EuGH vom 10. 02. 2000— Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 50.

arbeitsrechtlichen Bindung umfasst der Imperativ der A1-Bescheinigung aber eine Bestimmung über ein Rechtsgebiet, dass der zuständige Träger im Ursprungsstaat gar nicht anwenden durfte. Den sozialverwaltungsrechtlichen Institutionen steht es kompetenziell nicht zu, zielstaatliche Tatbestände unter ebenso zielstaatliche arbeitsrechtliche Normen zu subsumieren. Somit kann sich die Beweiskraft nicht auf das anwendbare Arbeitsrecht im Zielstaat erstrecken.

Eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung des prospektiv-präskriptiven Status könnte überdies lediglich bestimmen, *ob* das deutsche Arbeitsrecht anwendbar ist, nicht *welches* Arbeitsrecht anzuwenden ist. Bei einer negativen Entscheidung über die Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts könnte sie aber keine Ersatzrechtsordnung anbieten. Denn auch das Arbeitsrecht des Ursprungsstaats fände keine Anwendung, wenn deutsche Gerichte eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung aus den Statusangaben ziehen. Es handelte sich arbeitsrechtlich deshalb gerade nicht um eine *Elektions-* sondern eine *Deletionsentscheidung* ohne Ersatz einer anderweitig anwendbaren Arbeitsrechtsordnung. Vor dem Hintergrund des vom EuGH unterstrichenen kollisionsrechtlichen Charakters der A1-Bescheinigung, der kompetenziellen Stellung des ursprungsstaatlichen Trägers und dem o.g. Wortlaut¹¹² der Grundverordnung ist der Begriff „anwendbar“ als kontravalente Auswahl und nicht so zu verstehen, dass sie eine ersatzlose Negation ermöglicht.¹¹³

d) Zwischenergebnis

Die Entscheidung *Fitzwilliam* lässt erkennen, dass im Zielstaat den dafür zuständigen Institutionen eine Rechtstatsachenprüfung unbenommen bleiben muss. Eine arbeitsgerichtliche Entscheidung nationaler Gerichte ist also gerade im Sinne der Überprüfungsmechanismen in der Grundverordnung. Zudem muss der Wortlaut „anwendbares Recht“ gemäß der Regelungsweise und des Trägers als Adressaten der A1-Bescheinigung als eine positive Auswahl einer Sozialrechtsordnung interpretiert werden. Eine negative Entscheidung über die generelle

¹¹² Vgl. EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 50.

¹¹³ Für den Bezug zu Art. 5 der VO (EG) Nr. 987/2009 siehe Abschnitt C.I.6.

Anwendbarkeit eines ganzen Fachgebiets übersteigt die in *Fitzwilliam* insinuierte Beweiswirkung der AI-Bescheinigung.

3. Das Urteil *Herbosch Kiere*: Doch eine Reichweite der AI-Bescheinigung über das Sozialrecht hinaus?

Dass der prospektive-prädiktive Teilstatus auf der AI-Bescheinigung dennoch in allen Fällen auch präskriptiv sei, begründet ein Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur mit dem Urteil *Herbosch Kiere*.¹¹⁴ Der Europäische Gerichtshof vertrat in dieser Entscheidung eine differenzierte Haltung. Die abstrakte Entscheidungsfrage war

*„ob und wie weit“ eine AI-Bescheinigung „die innerstaatliche Rechtsordnung des Gaststaats im Hinblick auf das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindung zwischen entsendendem Unternehmen und entsandtem Arbeitnehmer während der Dauer der Entsendung bindet“.*¹¹⁵

Im Tenor stellt der EuGH fest, dass ein Gericht des Gaststaats nicht befugt ist, die Gültigkeit einer AI-Bescheinigung

*„im Hinblick auf die Bestätigung der Tatsachen, auf deren Grundlage eine solche Bescheinigung ausgestellt wurde, insbesondere das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindung (...) zwischen dem Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat und den von ihm in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandten Arbeitnehmern während der Dauer der Entsendung dieser Arbeitnehmer zu überprüfen.“*¹¹⁶

Hieraus will ein Teil der Literatur erkennen, dass jegliche arbeitsrechtliche Überprüfung durch deutsche Gerichte von vornherein ausgeschlossen sei.¹¹⁷

a) Vorgaben für die Überprüfungscompetenz

Auffallend ist, dass der EuGH dem Zielstaat nur die Befugnis zur Überprüfung der Tatsachen entzieht, *auf deren Grundlage* eine AI-Bescheinigung *ausgestellt* wurde. Dies erscheint vor dem Hintergrund

¹¹⁴ Siehe etwa *Brors/Böning*, NZA 2015, Rn. 846, 848.

¹¹⁵ EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05, Rn. 18.

¹¹⁶ EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. C-2/05 – *Herbosch Kiere* Seite I – 1096, inhaltlich entsprechend in Rn. 32 f.

¹¹⁷ *Brors/Böning*, NZA 2015, Rn. 846, 848.

gerechtfertigt, dass den Sozialversicherungsträger im Ursprungsstaat eine Pflicht trifft, die Tatsachen, welche zur Statusfeststellung vonnöten sind, in einem formellen Verfahren festzustellen.¹¹⁸ Darüber hinaus müsse er gemäß des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus Artikel 10 EG (heute Art. 4 Abs. 3 EUV) den Sachverhalt, „der für die Bestimmung der im Bereich der sozialen Sicherheit anwendbaren Rechtsvorschriften maßgebend ist“, ordnungsgemäß beurteilen und damit die Richtigkeit der in der A1-Bescheinigung aufgeführten Angaben gewährleisten.“¹¹⁹ Er muss erwähnensmaßen ebenso im Nachhinein überprüfen, wenn er Zweifel an deren Richtigkeit hat.¹²⁰ Dieser zunächst extrajudizielle Überprüfungsmechanismus kulminiert in der Möglichkeit des Gaststaates, ein europarechtliches Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, in dessen Rahmen die Aktualität des Status im Gaststaat überprüft werden kann.¹²¹

Hingegen judiziert der EuGH in seiner Entscheidung nicht, dass sich auch die Überprüfung der Tatsachen verbietet, die nur die Infragestellung des ursprünglichen Status *zur Folge* haben können. Dies verkennt ein Teil der Literatur, wenn dort konstatiert wird, dass auch die Prüfung des arbeitsrechtlichen Sachverhalts in Deutschland durch die Arbeitsgerichtsbarkeit aufgrund des A1-Status nicht möglich sei.¹²²

b) Die Fähigkeit zur Tatsachenerhebung als Kompetenzgrund

Zudem bezieht sich die Bindung der zielstaatlichen Gerichte auf die *Tatsachen*, welche für das Ausstellen der A1-Bescheinigung ursächlich waren. Tatsachen lassen sich als alle konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände oder Zustände der Außenwelt verstehen, die empirisch überprüfbar und deshalb dem Beweis zugänglich sind.¹²³ In Bezug auf das Erwerbsverhältnis im Zielstaat handelt es sich jedoch um Umstände, die erst nach Begründung des prospektiv-prädiktiven Teilstatus empirisch ermittelbar waren. Sie

¹¹⁸ *Brors/Böning*, NZA 2015, 846, 848.

¹¹⁹ EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05. Rn. 22.

¹²⁰ EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05 Rn. 27.

¹²¹ EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05. Rn. 27.

¹²² So etwa ohne Verweis auf einen konkreten Passus des Urteils: *Brors/Böning* in NZA 2015, 846, 848.

¹²³ Vgl. *Perron* in *Schönke/Schröder*, Kommentar zum StGB 2019, Rn. 8.

waren zum Zeitpunkt der Ausstellung der AI-Bescheinigung somit noch nicht dem Beweis zugänglich und damit schlicht keine Tatsachen. Somit kann die zielstaatliche Gerichtsbarkeit auch nicht an den prädierten Sachverhalt des prospektiven Teilstatus gebunden sein.

Zum Zeitpunkt der Ausstellung der AI-Bescheinigung war lediglich der Sachverhalt im Ursprungsstaat dem Beweis zugänglich. Folglich hat nur der im Zielstaat ermittelbare Sachverhaltsteil Tatsachenqualität und ist für die Gerichte des Zielstaats verbindlich.¹²⁴ Der EuGH will nur in Bezug auf diesen Teil explizit ein Überprüfungshemmnis für zielstaatliche Gerichte („Tatsachen, auf deren Grundlage eine solche Bescheinigung ausgestellt wurde“).¹²⁵ Tatsachen im Zielstaat, die geeignet sind, unmittelbar den prospektiven Teilstatus zu kontradizieren, können hingegen erst von den dort vorgesehenen Institutionen ermittelt werden. Sie unterliegen folglich nicht der Bindungswirkung der AI-Bescheinigung.

Dies erscheint auch deshalb sinnvoll, weil für den Sachverhalt im Zielstaat kein eigener Überprüfungsmechanismus in der VO (EG) Nr. 883/2004 besteht. Säre der EuGH hier ebenso die Überprüfung durch ein zielstaatliches Gericht verwehrt, bestünde für diese Tatsachen kein Weg der Erkenntnis der Tatsachenlage.¹²⁶ Der EuGH nimmt aber – vermutlich vorrangig im Sinne der Prozessökonomie – dem Gericht des Zielstaats nur dort die Überprüfungsmöglichkeit, wo bereits ein Rechtserkenntnisprozess – wenn auch komprimiert durch eine Behörde – stattgefunden hat. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass den nationalen Gerichten die Tatsachenüberprüfung der Vorgänge auf ihrem Territorium unbenommen bleibt. Die Feststellung, ob es sich in Ansehung der Erfüllungsumstände in Deutschland um ein Arbeitsverhältnis zwischen Pflegekraft und Pflegebegünstigten handelt, steht mithin weiterhin in der Verantwortung der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit.

¹²⁴ So auch LSG Hessen Urteil vom 28.11.2017 - L 3 U 51/16, Rn. 23.

¹²⁵ Vgl. EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05 Rn. 32.

¹²⁶ Zur materiellen Komponente dieses Problems siehe Abschnitt III 1 f bb „Weitere Argumente gegen eine Akzessorietät des zielstaatlichen Vertragsverhältnisses zum prospektiven Teilstatus“.

Ein deutsches Gericht agiert folglich nur dann unionsrechtswidrig, wenn es entweder neuerlich die Tatsachen zu erheben sucht, die bereits vom zuständigen Mitgliedsstaat beweisfähig erhoben worden sind oder von einem jüngst festgestellten tatsächlichen Arbeitsverhältnis in Deutschland auf die Unwirksamkeit der AI-Bescheinigung schließt, diese folglich für ungültig erklärt und deshalb deren ursprüngliche Inhaber*innen in das Sozialrechtssystem Deutschlands integriert.¹²⁷ Hier würde der im Ursprungsstaat bereits abgeschlossene Tatsachenprozess oder die immunisierte sozialkollisionsrechtliche Rechtsfolge angetastet. Die arbeitsrechtliche Folge im Zielstaat ist mangels Tatsachegebundenheit daher stets von der Sozialrechtsfolge zu trennen.¹²⁸ Das arbeitsrechtliche Urteil im Zielstaat ist deshalb nicht an prädiizierte Umstände und daraus folgende rechtliche Wertungen gebunden.

c) Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit

Diese Interpretation ist auch gänzlichem mit dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV vereinbar, welchen der EuGH nicht erst seit *Herbosch Kiere* zur Normauslegung heranzieht. Denn nur wenn es ursprungsstaatlichen Tatsachen antastete, würde ein deutsches Gericht den vom EuGH herangezogenen Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Sozialversicherungsträgern der EU-Staaten verletzen.¹²⁹ Ein Vertrauen der zielstaatlichen Institutionen in den zuständigen Träger des Ursprungsstaats kann schließlich nur darüber entstehen, wo dieser eine Tatsachenüberprüfungskompetenz hatte. Dies betrifft ausschließlich den Sachverhalt auf dem Gebiet des Ursprungsstaats. Auch eine allgemeine unionsrechtliche Anerkennungspflicht der AI-Bescheinigung ist daher nur für die rechtlichen Wertungen gegeben, die ihre Tatsachengrundlagen in einem behördlichen oder gerichtlichen Erkenntnisverfahren des Ursprungsstaats haben.¹³⁰

¹²⁷ So auch schon EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97, Rn. 40.

¹²⁸ Siehe dazu schon Abschnitt II 2 c „Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit“; zum gleichen Ergebnis gelangend *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 413.

¹²⁹ Vgl. EuGH vom 26. 01. 2006 – Rs. C-2/05 – *Herbosch Kiere* Rn. 30.

¹³⁰ Vgl. *Mankowski* in EuZA 2016, Rn. 107, 113.

d) Rechtsökonomische Erwägungen

Zudem ist die hier vertretene Auslegung der Kompetenzen nach *Herbosch Kiere* rechtsökonomisch pareto-effizient¹³¹, weil eine unmittelbare Kassation der AI-Bescheinigung verhindert wird, auch wenn ein Arbeitsverhältnis im Zielstaat Deutschland de facto besteht. Der zuständige Sozialträger wird nicht durch eine zielstaatliche Institution in dem Recht beschränkt, über das Bestehen der AI-Bescheinigung zu verfügen. Die Arbeitsgerichtsbarkeit im Zielstaat Deutschland ist auf der anderen Seite nicht verpflichtet, eine arbeitsrechtliche Prüfung vom spezifischen sozialrechtlichen Überprüfungsverfahren der Verordnungen abhängig zu machen, sondern kann direkt judizieren ohne sozialrechtliche Rechtsfolgen unmittelbar zu bedingen. Es besteht daher ein prozessökonomisches Optimum hinsichtlich der Erhaltung zugewiesener kompetenzgemäßer Entscheidungsprärogativen, welche die spezifisch intendierten Rechtsfolgen des Sozial- und Arbeitsrechts gewährleisten.

e) Ergebnis der Urteilsanalysen

In Ansehung aller genannten Gründe ist die arbeitsrechtliche Beurteilung im Zielstaat auch unter Berücksichtigung des Urteils *Herbosch Kiere* nicht von der Bindungskraft der AI-Bescheinigung erfasst. Die in der Literatur vertretene Ansicht, bei der Annahme einer arbeitsrechtlichen Bindung für den Zielstaat handele es sich um eine „Überinterpretierung“¹³² des Urteils *Herbosch Kiere*, ist zutreffend.

Den EuGH-Urteilen *Barry Banks*, *Fitzwilliam* und *Herbosch Kiere* liegt lediglich die Absicht zugrunde, den Sozialversicherungsstatus bis zu einer abweichenden Entscheidung des Ursprungsstaatlichen Trägers oder des EuGH selbst zu erhalten. Eine darüber hinaus gehende arbeitsrechtliche Bindung lässt sich daraus nicht herleiten.

Das letzte EuGH-Urteil zur Reichweite der Bindungswirkung der AI-Bescheinigung aus dem Jahr 2018¹³³ greift die Aussagen der vorangegangenen Urteile auf und bestätigt im Wesentlichen deren rechtliche

¹³¹ Zum Begriff „Pareto-Effizienz“: *Scheufen*, S. 287.

¹³² *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 408, 410, 412.

¹³³ EuGH vom 06.09.2018 – Rs. C-527/16.

Bewertungen trotz veränderter Rechtsgrundlagen. Eine separate inhaltliche Auswertung dieses Urteils ist deshalb nicht erforderlich.

III. Vereinbarkeit der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der AI-Bescheinigung mit dem Unionsrecht

1. Binnenauslegung der Grundverordnung VO (EG) Nr. 883/2004 und der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009

Wurde bisher die Rechtsprechung des EuGH als Rahmensetzung zur Interpretation der Verordnungen herangezogen, stellt sich überdies die Frage, ob eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung abstrakt überhaupt mit dem einschlägigen europäischen Recht vereinbar wäre. Dazu sollen zunächst die Normen der Verordnung selbst zu Rate gezogen werden. Dem folgt die Frage, ob eine arbeitsrechtliche Bindung der deutschen Gerichtsbarkeit mit dem EU-Primärrecht vereinbar ist.

a) Erster Erwägungsgrund der Grundverordnung: Verbesserung der Arbeitsbedingungen

Ein inhaltlicher Widerspruch mit der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung lässt sich bereits aus dem ersten Erwägungsgrund der Grundverordnung erkennen. Hier heißt es unter anderem, dass die Bestimmungen der Verordnung zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen beitragen sollen. Eine Auslegung der Verordnung zugunsten einer arbeitsrechtlichen Bindungswirkung hätte aber zur Folge, dass Menschen in faktischen Arbeitsverhältnissen keinen arbeitsrechtlichen Schutz bekämen. Der Widerspruch wirkt umso schwerer, als dass es sich hierbei um eine Erwägung handelt, die an vorderster Stelle in der Verordnung niedergeschrieben ist und damit als höchstes Axiom der Verordnungszwecke einzuordnen ist.

b) Limitierung auf sozialrechtliche Koordinationsfunktion nach Erwägungsgrund 4 der Grundverordnung

Aus Erwägungsgrund 4 der Grundverordnung wird der Selbstbegrenzungswille der EU-Gesetzgebung deutlich. So will die

Grundverordnung lediglich eine Koordinationsfunktion einnehmen und sich nicht auf das individuelle materielle Sozialrecht der Nationalstaaten erstrecken. Die Koordinationsfunktion wird auch explizit auf das Sozialrecht begrenzt. Eine arbeitsrechtliche Anwendbarkeitsregelung ist nicht zu erkennen. Damit lässt sich eine zweistufige Limitierung feststellen, die (1.) lediglich Anwendbarkeitsregelungen für das materielle Recht schafft und (2.) dies nur für das Gebiet des Sozialrechts.¹³⁴ Im Sinne der vorher auferlegten Selbstbeschränkung ist das gesetzgeberische Schweigen zum materiellen Arbeitsrecht so zu verstehen, dass hier keine Regelungsintention der EU-Gesetzgebung besteht.

c) Art. 5 der Durchführungsverordnung

aa) Analoge Anwendung auf Gerichte?

Artikel 5 der Durchführungsverordnung konkretisiert den Bindungshorizont der Grundverordnung. Die Norm ist übertitelt mit der „Rechtswirkung der in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Dokumente und Belege.“ Im Wortlaut werden als Adressaten der Rechtswirkung nur die Sozialversicherungsträger des Zielstaats benannt. Der EU-Gesetzgebung wäre es in dieser Norm möglich gewesen, auch die zielstaatliche Gerichtsbarkeit mit einzubeziehen. Jegliche Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Gerichte ist daher nur über eine analoge Anwendung des Art. 5 möglich. Der EuGH macht Ausführungen zu der Frage, ob die dogmatischen Bedingungen dafür gegeben sind, obsolet. In seiner Rechtsprechung wendet er die Bindungswirkung auch auf zielstaatliche Gerichte an.¹³⁵

Dennoch dürfen die Aussagen des Urteils nicht gänzlich verabsolutiert werden. In den Urteilen handelt es sich stets um die zugrundeliegende Frage, wie ein Gericht vorzugehen hat, welches über das Bestehen einer A1-Bescheinigung entscheiden will. Dahinter steht die Erwägung, dass zielstaatliche Gerichte dann äquivalent zu zielstaatlichen Träger zu binden sind, wenn diese Gerichte konkret befähigt sind,

¹³⁴ So auch EuGH vom 10. 02. 2000 – Rs. *Fitzwilliam* C-202/97, Rn. 50, siehe schon Abschnitt B.II.3.

¹³⁵ Zuletzt EuGH vom 06.09.2018 – Rs. C-527/16.

sozialrechtliche Rechtsfolgen zu zeitigen. Denn so könnte der Zielstaat dennoch die sozialrechtliche Bindung zum zuständigen Mitgliedsstaat auflösen.

Eine Adressierung der arbeitsrechtlichen Fachgerichte nach Art. 5 der Durchführungsverordnung lässt sich in der Judikatur des EuGH jedoch nicht erkennen. Auch dogmatisch erscheint eine Analogie auf die Arbeitsgerichte fraglich. Zu einer analogen Anwendung auf Arbeitsgerichte wäre eine planwidrige Regelungslücke erforderlich. Hier sind schon Zweifel angebracht. Es entspricht eher dem zurückhaltenden Bindungsregime der Verordnungen, dass die EU-Gesetzgebung bereits ganz bewusst darauf verzichtet hat, der Rechtsprechung des Zielstaats ihre Rechtstatsachenüberprüfungskompetenz außerhalb der Kompetenz, unmittelbare Sozialrechtsfolgen zu zeitigen, abzusprechen. Wo eine Extension auf Sozialgerichte die Regelungslücke schließt, dass die explizite Rechtsfolge der A1-Bescheinigung durch ein Sozialgericht statt des zielstaatlichen Trägers ebenso annihiliert werden könnte und damit ihr Regelungserfolg in Bezug auf das anwendbare Sozialrecht gefährdet würde, kann ein arbeitsrechtliches Urteil nicht unmittelbar bewirken, dass die A1-Bescheinigung nicht mehr besteht, womit schlicht keine Regelungslücke vorliegt. Auch an einer ebenso erforderlichen vergleichbaren Interessenlage mangelt es insofern, dass die sozialrechtliche Bindung der Notwendigkeit folgt, Rechtssicherheit für den zuständigen Träger über seine sozialrechtliche Zuständigkeit zu schaffen. Eine Sicherheit darüber, welche arbeitsrechtliche Rechtslage besteht braucht der zuständige Träger für die Frage seiner grundsätzlichen Zuständigkeit für die betreffende Inhaber*innen einer A1-Bescheinigung jedoch gar nicht.

bb) Änderung der A1-Bescheinigung anhand neuer Belege

Nach Art. 5 Abs. 1 der Durchführungsverordnung sind die vom Träger eines Mitgliedstaats ausgestellten Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich, wie sie nicht von dem Mitgliedsstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für

ungültig erklärt werden. Es bleibt der Verwaltung des Zielstaats nach Art. 5 Abs. 2 jedoch unbenommen, die Belege gegenüber dem Ursprungsstaatlichen Träger anzuzweifeln und neuerliche Belege, die beide Teilstatus potentiell kontradizieren können, anzuführen. Somit statuiert die A1-Bescheinigung den ihr zugrundeliegenden Sachverhalt nicht final und unumstößlich. Die Einbeziehung neuer Tatsachen erfordert es, ein förmliches Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 und 4 einzuhalten. Damit ist der zugrunde gelegte Sachverhalt auch nach Ausstellung der A1-Bescheinigung streng akzessorisch zu seinen Belegen. Eine abweichende arbeitsgerichtliche Beurteilung im Zielstaat ist ein Indiz dafür, dass mindestens der prospektive Teilstatus obsolet ist. Wenn also Art. 5 Abs. 2 der Durchführungsverordnung erlaubt, dass zusätzlich zu den Belegen, welche die Sozialverwaltung des Ursprungsstaats zugrunde gelegt hatte, alternative Belege hinzutreten können, so muss sie auch gewähren, dass solche Belege überhaupt zustande kommen können. Würde kraft der A1-Bescheinigung der prospektive Status den zielstaatlichen Sachverhalt arbeitsrechtlich präzisieren, wäre es von Beginn an gar nicht möglich, eine belastbare arbeitsrechtliche Aussage als neu hinzutretenden Beleg zu generieren. Damit würde diese Auslegung der A1-Rechtsgrundlagen ihren eigenen prozeduralen Maximen widersprechen. Eine solche extensive Auslegung kann daher nicht dem Telos des Art. 5 der Durchführungsverordnung entsprechen. Eine arbeitsrechtliche Bindung für den Zielstaat würde in Bezug auf diese Norm nur durch eine Anwendung *contra legem* möglich sein.

d) „Rechtsvorschriften“: von der Selbstbeschränkung zur Selbstermächtigung?

Die Grundverordnung definiert den Terminus „Rechtsvorschriften“ in Art. 1 lit. 1 so, dass nur Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit von der Verordnung erfasst sind. Der Europäische Gesetzgeber bezieht sich dabei auf die Regelungsmaterien nach Art. 3 der Verordnung, in dem die unterschiedlichen Aspekte der Sozialversicherung aufgelistet sind. Aus dieser Begriffsdefinition mit klarer Begrenzung des Anwendungsbereichs, muss geschlussfolgert werden, dass sich die

Regelungsprärogative auf das Sozialrecht beschränkt.¹³⁶ Es ist damit im Sinne der Grundverordnung, dass diese Selbstbeschränkung nicht zur schrankenlosen Selbstermächtigung wird, indem die ausdifferenzierten, interessenausgleichenden Reglements der beiden Verordnungen aufgrund der Reduktion des Terminus „Rechtsvorschriften“ nicht auf das Arbeitsrecht anzuwenden sind. Sonst entstünde ein Raum, in dem die AI-Bescheinigung im materiellen Recht der Mitgliedsstaaten ohne entsprechende rechtliche Vorgaben aus den Verordnungen „wildern“ könnte. Damit würde die AI-Bescheinigung deutlich mehr auf das Rechtssystem des Zielstaats einwirken als Art. 11 Abs. 1 S. 1 der Grundverordnung vorgibt. Es ist daher davon auszugehen, dass die AI-Bescheinigung mangels spezifizierender Vorschriften in den Verordnungen nicht in das Arbeitsrecht einzugreifen vermag.

e) Gleichbehandlungssatz aus Art. 4 der Grundverordnung

Art. 4 der Grundverordnung regelt, dass – soweit in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist – die gleichen Rechte und Pflichten für Versicherte aus dem EU-Ausland wie für Menschen aus dem Inland gelten. Jedoch bleibt zu beachten, dass sich die Gleichbehandlung auf das Sozialrecht nach der Einschränkung des Begriffs „Rechtsvorschriften“ in Art. 1 lit. 1 bezieht. Die Primäraussage ist daher zunächst, dass die nationalen sozialrechtlichen Vorschriften, von denen die Verordnungen nicht ausdrücklich abweichen, gleichermaßen auch für Versicherte aus dem Ausland gelten. Dennoch ergeben sich daraus Erkenntnisse, welche einen bestimmten Umgang mit potentiellen arbeitsrechtlichen Wirkungen indizieren: Zunächst zeigt die Norm, wie wenig invasiv die EU-Gesetzgebung gegenüber dem nationalen Recht bei Fragen der AI-Bescheinigung agieren möchte. Wenn schon sozialrechtlich jegliche Ungleichbehandlung explizit zu vermeiden ist, erscheint es wenig einleuchtend, dass bei arbeitsrechtlichen Fragen ein anderes Dogma gelten soll, wenn dort im Gegensatz zum Sozialrecht schon kein normativ positiver Interessenausgleich in den Verordnungen stattgefunden hat.

¹³⁶ So auch *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 410, vgl. auch OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris, Rn. 12.

Des Weiteren zeigt die in Artikel 4 ebenso verwendete Formulierung „sofern nichts anderes bestimmt ist“, dass jegliche ungleichbehandelnde Devianz von Vorschriften des nationalen Sozialrechts explizit vorgeschrieben sein muss. Der Grundverordnung ist daher ein *Rechtsfolgendeterminismus* mindestens in Bezug auf ungleichbehandelnde Vorschriften inhärent. Wenn aber bereits sozialrechtlich alle Rechtsfolgen mit Ungleichbehandlung positiviert sein müssen, erscheint es nicht im Sinne der Grundverordnung, ungleichbehandelnde, nicht-positivierte Rechtsfolgen implizit anzunehmen.¹³⁷ Eine folgenschwere Rechtsfolge wie die Nichtanwendung des gesamten Arbeitsrechts ohne eine explizite normative Grundlage widerspricht der Maxime der Vermeidung von Ungleichbehandlungen.

f) Art. 1 der Grundverordnung: Fragen der Akzessorietät zwischen den Rechtsordnungen

Eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung erscheint auch insofern fraglich, als sie dazu führen würde, dass die Erwerbstätigkeit im Zielstaat schließlich akzessorisch zur sozialrechtlichen Kategorisierung würde. Dies widerspricht jedoch klar der Aussage in Art. 1 lit. a und b der Grundverordnung, wonach die Kategorisierung der Erwerbstätigkeit für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Zielstaats erfolgt. Damit bestimmt das zielstaatliche Sozialrecht die Kriterien der Statusangaben auf der A1-Bescheinigung¹³⁸ und macht die Statusangabe akzessorisch zum zielstaatlichen Beschäftigtenbegriff. Die zielstaatliche Bestimmung des Beschäftigtenbegriffs ergibt sich aus § 7 Abs. 1 SGB IV, wonach Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist.

Durch die Akzessorietät zum Status und dessen Akzessorietät zum Beschäftigtenbegriff würde die arbeitsrechtliche Beurteilung ihrerseits akzessorisch zum Beschäftigtenbegriff i.S.d. § 7 SGB IV. Ein solcher Imperativ widerspricht jedoch der gleichrangigen und unabhängigen Stellung des Arbeitsvertrags i.S.d. § 611a BGB zur Beschäftigtenstellung i.S.d. § 7 SGB IV. Das deutsche Sozialrecht sieht überhaupt und nicht

¹³⁷ Siehe auch Abschnitt III 2 b „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“.

¹³⁸ *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 411.

vor, dass sich die Kategorisierung des Vertrags an die sozialrechtliche Einordnung halten muss, weil es dafür nicht die tatbestandlichen Prämissen vorzugeben vermag.

Deshalb wäre es letztlich auch ein Verstoß gegen Art. 1 lit. a und b der Grundverordnung, wenn man die Akzessorietätsverhältnisse konfundieren ließe, indem man annähme, das Bestehen eines Arbeitsvertrags ließe sich durch die Statusangaben auf der A1-Bescheinigung bestimmen. Genau dies würde jedoch dadurch geschehen, dass die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis besteht, einem Imperativ der eigentlich *sozialrechtlichen* Statusangabe folgen würde.

aa) Begründung der Akzessorietät der prospektiven Statusangabe über das Sozialrecht hinaus durch die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH?

Zur Frage der Bindungswirkung der A1-Bescheinigung hatte der BGH in einem Fall des Baugewerbes zu entscheiden, ob diese soweit reicht, dass sie den Straftatbestand „Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt“ (§ 266a StGB) ohne weitere straf- und sozialrechtliche Prüfung des Beschäftigungsverhältnisses im konkreten Fall verneinen kann. Das Gericht entschied, dass die an einem innerstaatlichen Strafverfahren beteiligten Behörden und Gerichte an eine von einem ausländischen Sozialversicherungsträger ausgestellte E 101-Bescheinigung, heute A1-Bescheinigung, gebunden sind, soweit sich das Strafverfahren auf eine Verletzung der Beitragspflicht des Arbeitgebers bezieht.¹³⁹ Fraglich ist, ob aus der Aussage des BGH über die Bindungswirkung der A1-Bescheinigung Rückschlüsse darauf zu ziehen sind, dass ebenso eine arbeitsrechtliche Bindung angezeigt ist.

Der BGH leitete die strafrechtliche Bindungswirkung der A1-Bescheinigung aus der sozialrechtsakzessorischen Rechtsnatur von § 266 a StGB ab.¹⁴⁰ Genau genommen handelt es sich deshalb nicht um die Aussage, ob die A1-Bescheinigung direkt auf das deutsche Strafrecht und damit unmittelbar auf ein Rechtsgebiet außerhalb des Sozialrechts

¹³⁹ BGH 24.10.2006 – 1 StR 44/06, juris, Rn. 22.

¹⁴⁰ BGH 24.10.2006 – 1 StR 44/06, juris, Rn. 25; so auch *Bucher*, S. 66; *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 413; *Diepenbrock/Schüren/Hamann*, Kommentar zum AÜG 2018, Rn. 836.

zu wirken vermag. Vielmehr bestätigt der BGH nur die Aussage, dass die A1-Bescheinigung verbindlich für das zielstaatliche Sozialrecht ist. Diese sozialrechtliche Aussage macht sich der § 266a dann lediglich nach seiner Systematik zu eigen. Der strafrechtliche Wirkhorizont folgt somit allein daraus, dass der § 266a sozialrechtsakzessorisch ist. Das heißt, wenn das gesamte einschlägige Sozialrecht die Aussage trifft, es bestünde keine Sozialabgabepflicht in Deutschland, der § 266a diese Aussage unmittelbar als wahr annimmt. Welches Normgefüge die Sozialrechtsfolge bedingt, ist für den strafrechtlichen Tatbestand nicht relevant.

Aufgrund dieser vom BGH klar umgrenzten Reichweite der A1-Bescheinigung auf das Sozialrecht ist es nicht zu rechtfertigen, aus dem Urteil Rückschlüsse auf eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung zu ziehen.¹⁴¹ Dies folgt dem Umstand, dass das Arbeitsrecht seiner Dogmatik nach gerade nicht von der sozialrechtlichen Aussage abhängig ist, sondern vielmehr umgekehrt ein bestehendes Arbeitsverhältnis die Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV nahelegt. Der Begriff der Beschäftigung und der des Arbeitsverhältnisses stehen aufgrund ihrer unterschiedlichen Genese gerade nicht in einem Hierarchie- oder Akzessorietätsverhältnis. Das Bestehen eines Arbeitsvertrags nach § 611a BGB trifft daher keine *endgültige* Aussage darüber, ob eine Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV vorliegt und ebenso wenig umgekehrt. Ihr tatbestandlicher Wirkungskreis ist nicht deckungsgleich.

Die strafrechtliche Rekursion auf die sozialrechtliche Aussage ist aufgrund des Unterschieds im Bestand eines Akzessorietätsverhältnisses nicht dazu geeignet, eine Extension der Bindungswirkung auf die arbeitsrechtliche Fachgerichtsbarkeit zu rechtfertigen. Zwar löst sich eine Bindung der Straferichtsbarkeit *prima facie* vom Dogma, es könnten nur Sozialgerichte gebunden sein. Dies ist aber deshalb unschädlich, da die strafrechtliche Beurteilung dependent-akzessorisch zur Sozialrechtslage insgesamt ist, die arbeitsrechtliche hingegen als indizierender Tatbestand für das Vorliegen einer Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV Teil im Akzessorietätsverhältnis zu der tatsächlichen Ausübung der Beschäftigung fungiert. Daher muss die

¹⁴¹ So auch *Bucher*, S. 66.

arbeitsrechtliche Entscheidung zwangsläufig unabhängig sein. Eine Erweiterung der Bindungswirkung der AI-Bescheinigung auf andere als sozialrechtliche Fachgerichte ist nur anzunehmen, wenn dem Sozialrecht gegenüber den zu judizierenden Normen *Tatbestandswirkung* zukommt. Dies trifft im Gegensatz zum § 266a StGB für das Arbeitsrecht nicht zu.

bb) Weitere Argumente gegen eine Akzessorietät des zielstaatlichen Vertragsverhältnisses zum prospektiven Teilstatus

Dass die arbeitsrechtliche Wertung im Zielstaat zum prospektiven Element der Statusangabe akzessorisch sein soll, lässt sich folgend noch anderweitig widerlegen.

(1) Inkommensurabilität aus dem unterschiedlichen zeitlichen Bezug

Um eine tatsächengemäße Kategorisierung eines zivilrechtlichen Vertragstypus zu betreiben, ist es erforderlich, zum Zeitpunkt der rechtlichen Wertung *alle* rechtserheblichen Tatsachen mit einzubeziehen. Dieses Erfordernis trifft ebenso auf den Arbeitsvertrag zu. Dabei muss eine Subsumtion vergangener Tatsachen grundsätzlich ein höheres Gewicht zukommen, da sie bereits wahrheitskontingent ermittelt werden können. Zukünftige Tatsachen können nur insoweit rechtliche Beachtung finden, wie sie zum Zeitpunkt der arbeitsrechtlichen Wertung schon Konsens der Vertragsparteien waren. Da sie jedoch noch nicht eingetreten sind, kann ihnen auch dann nur eine *indizielle* Wirkung zugeschrieben werden. Der prospektiv-prädiktive Status der AI-Bescheinigung bedient sich jedoch ausschließlich der zukünftig zu erwartenden und damit nur derer Tatsachen, die durch die tatsächlichen Umstände der Vertragserfüllung revidiert werden können. Um dem vollwertigen Rechtsbegriff eines Arbeitsverhältnisses zu entsprechen, müsste der Status subsumtiv offen gegenüber Tatsachen sein, die erst durch die tatsächliche Erfüllung geschaffen werden. Der prospektiv-prädiktive Teilstatus ist jedoch gänzlich statisch. Es handelt sich mithin nicht um ein Äquivalent zum arbeitsvertraglichen Rechtsbegriff im zivilrechtlichen Sinne. Zu diesem kann er nur sublimieren, wenn zukünftige rechtliche Wertungen bzw. Aussagen eine neue rechtliche Wertung zeitigen können.

(2) Das Induktionsproblem der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung

Der prospektive Teilstatus enthält aufgrund seiner Isolation von Zukunftstatsachen ein *rechtsepistemisches Minus* zum zivilrechtlichen Vertragsbegriff und ist ihm deshalb nicht qualitativ ebenbürtig. Rechts-epistemologisch lässt sich dies auch so begründen: Da der präskriptive Status aus der Induktion eines noch nicht endgültig bestimmbareren zukunftsdependenten Vertragstypus entstand, kann nicht später auf die Art des tatsächlichen Vertrags von diesem Typus deduziert werden. Mithin kann aus ihm auch kein arbeitsrechtlicher Vertrauenstatbestand folgen. Die mögliche arbeitsrechtliche Aussage des prädiktiven AI-Status steht unter einem *Fallibilierbarkeitszwang*. Dieser Ansicht entspricht auch das Oberlandesgericht Bamberg¹⁴², wenn es äußert, dass stets die Feststellungen zum Vertragssachverhalt im Zielstaat Deutschland erforderlich sind¹⁴³ und es damit die AI-Bescheinigung einer vollständigen materiellen Prüfung gerade nicht vorzieht.

(3) Die Grenzen der Begriffsinterferenzen aus Sicht ihrer materiellen Prämissen und prozessualen Einbettung

Überdies würde der arbeitsrechtliche Tatbestand bei einer unmittelbaren Rechtsfolgenziehung aus dem Sozialrecht für diese Fallkonstellationen gänzlich annulliert und – ohne jegliche Angleichung tatbestandlicher Erfordernisse – vom sozialrechtlichen Tatbestand konsumiert. Damit würde der *sozialrechtliche* Tatbestand ausschlaggebend für die *arbeitsrechtliche* Rechtsfolge. Diese Dissoziation ist nicht nur wegen der fehlenden Gleichheit der Tatbestandsmerkmale problematisch.¹⁴⁴ Auch die prozessualen Erfordernisse sind unterschiedlich. Wo der Statusbestimmung ein reines Verwaltungsverfahren zugrunde liegt, ist die arbeitsrechtliche Frage schon primär durch ein Fachgericht zu klären. Das arbeitsgerichtliche Erkenntnisverfahren ist nicht mit dem Verfahren des Zustandekommens einer AI-Bescheinigung

¹⁴² OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris.

¹⁴³ OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris, Rn. 6.

¹⁴⁴ Zur Relativität Vgl. *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 412.

vergleichbar. Eine ersatzweise Überprüfung ist schon deshalb defizitär, weil sie nicht einem arbeitsrechtlichen Fachprozess eingebettet ist.¹⁴⁵

cc) Zwischenergebnis der dogmatischen Erwägungen zur Akzessorität

Einem Rückschluss von der Statusbestimmung auf das Arbeitsverhältnis haftet der Mangel an, dass beide Begriffe zwar alltagssemantisch gleich, rechtsdogmatisch aber unterschiedlich bestimmt werden und damit inkommensurabel sind. Aufgrund seiner Defizite zum Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts ist der prospektive Teilstatus streng relativ zum Regelwerk der A1-Bescheinigung zu behandeln.¹⁴⁶ Ein Schluss der Statusbestimmung auf das Arbeitsverhältnis ist deshalb nicht zu rechtfertigen.¹⁴⁷

g) Ergebnis der Auslegung der Verordnungen

Die Auslegung der sekundärrechtlichen Grundlage der A1-Bescheinigung stützt die Erkenntnisse aus der Interpretation der Urteile *Barry Banks*, *Fitzwilliam* und *Herbosch Kiere*. Ein inhärentes Gebot zur arbeitsrechtlichen Bindung ist den Verordnungen nicht zu entnehmen, vielmehr sprechen gewichtige Auslegungstopoi dagegen. Sie reduzieren auch die eigens beschränkte Wirkmächtigkeit der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und (EG) Nr. 987/2009, auf das, was dogmatisch *zwingend* erforderlich ist, um die sozialrechtliche Zuordnung zu erhalten. Dies betrifft nur sozialrechtliche Regelungsgegenstände, da die arbeitsrechtlichen Fragen vom Bestand der A1-Bescheinigung unabhängig sind. Vielmehr nimmt die arbeitsgerichtliche Prüfung die Funktion ein, das Aktualitätsinteresse der A1-Bescheinigung zu befriedigen, indem sie als Initiationsheuristik für eine Überprüfung der sozialrechtlichen Tatsachen durch den Zielstaat Deutschland dient.

¹⁴⁵ Dazu EGMR vom 28.06.1990 – OBERMEIER v. AUSTRIA - 11761/85, ausführlich dazu Abschnitt III 2 b dd „Das Urteil Obermeier vs. Austria als Blaupause“.

¹⁴⁶ Vgl. *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 412.

¹⁴⁷ So auch *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 412.

2. Vorgaben des EU-Primärrechts

Nicht nur im Lichte der beiden Verordnungen drängen sich erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der AI-Bescheinigung auf. Auch das EU-Primärrecht, an dem sich ein jeder Sekundärrechtsakt messen lassen muss, zeigt einem solchen Automatismus Grenzen auf.

a) Art. 7 AEUV in Verbindung mit Art. 8 ROM-I-VO, Art. 31 EU-Grundrechte-Charta

So enthält Art. 7 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) das Kohärenzprinzip, welches Folgendes besagt:

„Die Union achtet auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen und trägt dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung.“

Das heißt, dass einzelne Rechtsakte der EU inhaltlich nicht im Widerspruch stehen dürfen, sondern vielmehr so zu praktizieren sind, dass sie eine harmonische Handlungseinheit schaffen.¹⁴⁸ Vorliegend stünde eine Verordnung, die den Arbeitnehmerschutz gänzlich verunmöglicht, dem Impetus der ROM-I-Verordnung entgegen.¹⁴⁹ Diese möchte die arbeitsrechtlichen Protektionen unter keinen Umständen unterwandert sehen, wie der Art. 8 Abs. 1 Satz 2 unmissverständlich formuliert. Wenn aber schon die rechtlich näherliegende Wahl des anzuwendenden Arbeitsrechts die Arbeitsschutzstandards nicht unterlaufen darf, erscheint es umso fernliegender, dass die Sozialrechtswahl ein solches Abweichen begründen dürfen soll. Somit indiziert Art. 8 ROM-I-Verordnung nicht nur im Rahmen einer im Auslegungskanon gleichrangigen systematischen Auslegung, dass die sozialrechtliche Regelung nicht die arbeitsrechtliche Wertung im Zielstaat konterkarieren darf, sondern bewirkt dies aufgrund der Aussage des Art. 7 AEUV zwingend. Diese Rigidität des systematischen Arguments bei Arbeitsschutzstandards wird auch durch den Grundgedanken des Art. 31 der EU-Grundrechte-Charta (GRCh) gestützt, welcher gerechte und

¹⁴⁸ Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 7 AEUV Rn. 2–6.

¹⁴⁹ So auch noch Brors/Böning, NZA 2015, Rn. 846.

angemessene Arbeitsbedingungen in Auslegung des Sekundärrechts axiomatisiert und nach Art. 51 GRCh hier durch den Anwendungsbezug zu den Verordnungen mit einbezogen werden muss.

b) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

aa) Zwischen Auslegung und Anwendung

Nach Art. 5 Absatz 2 EUV beinhaltet das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, dass die EU nur innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit tätig wird.

Vorliegend besteht mit den Verordnungen ein sozialrechtlicher Regelungskatalog, dessen grundsätzliche Kompetenzgemäßheit nicht bestritten wird. Fraglich ist aber, ob eine europarechtskonforme Auslegung des Arbeitsrechts überhaupt unter dieses Prinzip fallen kann. Dies ist insofern problematisch, dass die Verordnungen keine generellen Modifikationen für das mitgliedstaatliche Arbeitsrecht vornehmen, sondern lediglich für den Fall, dass eine AI-Bescheinigung besteht. Es ist also stets eine individuell-relative Modifikation des arbeitsrechtlichen Komplementärgesetzes, welche sich zunächst nicht im Kompetenzkatalog der EU wiederfinden muss, weil sie lediglich die Hermeneutik am nationalen Arbeitsrecht mit systematischen Argumenten in Bezug auf das EU-Recht betreibt. Modifikationen kompetenzfremder Rechtsgebiete sind im Rahmen der europarechtsfreundlichen Auslegung grundsätzlich zulässig bzw. gerade rechtsdogmatisch geboten. Eine unstrittig legitime europarechtskonforme *Auslegung* erfordert freilich stets eine grundsätzliche Anwendungspräsupposition des auszulegenden Gesetzes. Wird aber genau diese Anwendungspräsupposition angegriffen, handelt es sich nicht mehr um eine europarechtskonforme Auslegung des deutschen Arbeitsrechtstatbestands, sondern um einen Anwendungsausschluss *a priori* und damit genau das Gegenteil der Auslegung im Sinne von Normadaptierung statt – wie hier – Normpassivierung. Da das Arbeitsrecht als abstrakt-genereller Normkatalog eine universelle Anwendung beansprucht, wo der Sachverhalt dies indiziert, wird der Kern dieses Rechtsgebiets angetastet. Verletzt wird daher der basale Ubiquitätsanspruch des Gesetzes und damit sein grundsätzliches Wesen. Dies würde auch nicht dadurch

abgemildert, dass ein Arbeitsgericht sich nicht *a priori* für unzuständig erklärt, sondern die Rechtsfolgen im vermeintlichen Sinne der Verordnungen so auslegt, dass sie nicht eintreten. Ein Gesetz löst da seinen Sinn ein, wo es Rechtsfolgen zeitigt. Wenn diese schon von vornherein ausgeschlossen sind, handelt es sich nicht mehr um eine Auslegung der Norm, sondern um einen Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz.

bb) Normtheoretische Erwägungen – Recht ohne Tatsachenregelungsabsicht?

Dieser Gedanke lässt sich normtheoretisch weiterentwickeln. Wie bereits erörtert, betrifft der prospektive Teilstatus einen zukunftsgerichteten Tatbestand. Aufgrund der reinen Zukunftsbezogenheit lässt sich nicht wahrheitskontingent bestimmen, dass ein gewisses Tätigkeitsverhältnis bestehen wird, sondern dass es bestehen *soll*. Damit enthält der prospektive Status ein eigenes normatives Element. Dies ist insofern als atypisch zu beurteilen, da bei klassisch programmierten Normen das Sollen erst Gegenstand der Rechtsfolge ist. Der gesetzliche Tatbestand als Sachverhaltsstereotyp muss mit der Realität abgeglichen werden. Er ist der Nexus zu den Tatsachen. Dem prospektiven Teilstatus fehlt dieser Nexus zum Zeitpunkt, in dem er festgestellt wird. Er ist damit nur eine Fiktion, die über den Sollenshorizont nicht in die Tatsachen hineinzureichen vermag.¹⁵⁰

Forderte man also *nicht*, dass die privatrechtliche Kategorisierung im Nachhinein geändert werden kann, so kann der Rechtsschein des prospektiven Teilstatus niemals aufgelöst werden. Der prospektive Status hätte damit von vornherein nie ein zur Rechtswahrheit kontingentes Wirklichkeitskorrelat. Wenn er aber dann als solches als Rechtfertigung für die arbeitsgerichtliche Entscheidung im Zielstaat diene, würde der Status den arbeitsrechtlichen Tatbestand auf statische Weise ersetzen, indem er die Tatsachen fingiert, die eine Kategorisierung als Arbeitsvertrag präskribieren. Diese waren jedoch niemals auch nur ansatzweise erhoben worden, sie verblieben in der Sollenssphäre.

¹⁵⁰ So auch *Räuchle, Schmidt* in RdA 15, Rn. 407, 415.

Ein arbeitsrechtlicher Imperativ des prospektiven Teilstatus der AI-Bescheinigung würde seine Existenzberechtigung nicht daraus speisen, reale Sachverhalte zu regeln, sondern die Sachverhalte, die er regelt, selbst schon als gegeben voraussetzen zu können. Eine autopoietische Kreation des zu subsumierenden Sachverhalts gäbe der AI-Bescheinigung die Möglichkeit, im Rahmen des prospektiven Teilstatus die Bedingungen ihrer Anwendbarkeit selbst zu schaffen. Eine unangreifbare *Sachverhaltsautopoiesis* der Norm würde eine Nebenrealität kreieren, welche vom Erfordernis losgelöst wäre, nur dann einzutreten, wenn Tatsachen nicht erlangt werden können oder aus Gründen des Parteienschutzes *nicht mehr* beachtet werden sollen. Da aber wie erläutert das Vertrauen in den Rechtsschein der Statusangaben nicht schützenswert ist, besteht keine Rechtfertigung dafür, die Fiktion aufrechtzuerhalten.

cc) Das Fiktionsresiduum des prospektiven Teilstatus bei einer arbeitsrechtlichen Bindung – ein Eingriff in das Kompetenzgefüge

Aus dieser zunächst normtheoretischen Überlegung ergibt sich auch eine unmittelbar dogmatische Problematik. Wenn bereits der Tatbestand aus einem vorgelagerten reinen „Sollen“ besteht, ohne dass dies die arbeitsrechtliche Zielnorm selbst oder deren Gesetzessystematik insinuiert, wird der Zielnorm der eigene Geltungsanspruch auf Sachverhalte mit Bezug zu einer AI-Bescheinigung entzogen. Sie würde für die Sachverhalte, die von einer AI-Bescheinigung prädiert werden, durch diese Bescheinigung als faktisch unanwendbar erklärt. Da das deutsche arbeitsrechtliche Regime einen Ubiquitätsanspruch auf alle Sachverhalte hat, würde ihr Anwendungsbereich reduziert und in diesen Fällen nicht anwendbar.

Eine nationalrechtliche Norm kann jedoch grundsätzlich nur unanwendbar sein, wenn sie gegen EU-Recht verstößt. Es ist jedoch mit der arbeitsrechtlichen Entscheidung kein Verstoß gegen den Wortlaut der AI-Rechtsgrundlagen oder EU-Primärrecht zu erkennen. Denn das Regelungswerk der AI-Bescheinigung spricht in keinem Wort davon, dass das Arbeitsrecht nicht gegen die Statusbestimmungen verstoßen kann. Auch ist es wie bereits erörtert keine notwendige Implikation dieser Bestimmungen. Mithin würde die arbeitsrechtliche Norm

willkürlicherweise ihres Wirkungsanspruchs beraubt und stattdessen eine Nebenrechtssetzungsbefugnis im Arbeitsrecht zugunsten des europäischen Sozialkollisionsrecht bestimmt. Dadurch würde in die spezifische Gesetzgebungskompetenz der nationalen arbeitsrechtlichen Gesetzgebung eingegriffen und damit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verletzt.

Es erscheint auch ganz allgemein dogmatisch schwer rechtfertigbar, in der Auslegung der Verordnung einen fingierten rechtlichen Impetus gleichen Ranges wie ein geschriebenes Gesetz zu erschaffen, der dann einen Anwendungsvorrang zu einem tatsächlich geschriebenen nationalen Normkomplex haben soll. Es würde sich dabei um eine Norm handeln, die explizit die Anwendung des materiellen Arbeitsrechts und arbeitsrechtliche Kollisionslage verbietet. Damit steht sie in Auslagewiderspruch zum materiellen Arbeitsrecht in Form des § 611a BGB. Für deren Regelungsgehalt fehlt der Europäischen Union jedoch die Kompetenz zur Verordnungsgebung. Wenn also schon eine positivierte Vorschrift kompetenzwidrig ist, dann auch schon eine fingierte. Eine solche Unanwendbarkeitsnorm ist mangels Kompetenz für das Arbeitsrecht nicht mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vereinbar.

c) Gebote des *effet utile* für die Auslegung der Verordnungen

Eine arbeitsrechtliche Bindung lässt sich letztlich auch nicht mit dem Gedanken des *effet utile* rechtfertigen. Dieser besagt im Spannungsverhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht im Wesentlichen, dass die nationale Rechtsordnung so auszulegen ist, wie sie die optimale Umsetzung des Regelungszwecks des jeweiligen europäischen Gesetzeswerks ermöglicht.¹⁵¹ Die deutschsprachige Fassung der Rechtsprechung des EuGH hat dafür den Begriff der *vollen Wirksamkeit* bzw. *Wirkung* hervorgebracht, welche den EU-Rechtsnormen bei deren Anwendung zukommen müsse.¹⁵² „Wirksamkeit“ muss in diesem

¹⁵¹ *Potacs* in EuR 2009, 465, 469.

¹⁵² *Potacs*, in EuR 2009, 465, 467 f. mit Verweis auf EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, EUGH-SLG Jahr 1978 Seite 629, Rn. 14/16; EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (Morgan), Slg. 2007, I-EUGH-SLG Jahr 2007 I Seite 9161, Rn. 26; Rs. C-499/06 (Nerkowska), Rn. 31.

Zusammenhang so verstanden werden, dass die Rechtsfolgen der jeweiligen EU-Norm nicht durch Auslegung nationalen Rechts annihiliert werden dürfen. Der Begriff *volle* Wirksamkeit zeigt, dass die Wirksamkeit nicht nur partiell gesichert werden darf.¹⁵³ In anderer Judikatur hat der EuGH auch weniger strenge Maßstäbe an die erforderliche Wirksamkeit gesetzt.¹⁵⁴ Dies ist vorliegend aber nicht von weiterem Belang, wenn die Auslegung der Verordnungen schon die strengeren Maßstäbe erfüllt.

Die Verordnungen stellen als Rechtsgrundlage die Bedingungen einer AI-Bescheinigung auf. Die AI-Bescheinigung ist dabei funktionalisiert auf die Anwendungspersistenz des Ursprungsstaatlichen Sozialrechts. Der *effet utile* kann also im Kontext der AI-Bescheinigung nur die sozialrechtliche Rechtsfolge sichern. Da die sozialrechtliche Zuordnung aus der AI-Bescheinigung aber nicht durch die arbeitsrechtliche Rechtsfolge angetastet wird und die Autonomie über die AI-Bescheinigung beim zuständigen Träger verbleibt, entfalten Regelungsziele der Verordnungen weiter ihre volle Wirkung. Ein Verstoß auch gegen die strengsten Maßstäbe des *effet utile* liegt nicht vor.

d) Justizgrundrechtliche Vorgaben auf europäischer Ebene

aa) Grundaussagen des Art. 6 Abs. 1 EMRK zur gutachterlichen Frage

EU-Rechtsakte und darauf gründende Akte, so auch richterliche Entscheidungen, müssen sich nach Art. 6 Abs. 3 EUV an der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) messen lassen. Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK statuiert:

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen (...) von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“

Deutlich wird aus dieser Norm, dass zivilrechtlichen Streitigkeiten stets der Zugang zu einem entsprechenden Gericht eröffnet werden

¹⁵³ Vgl. *Potacs* in EuR 2009, 465, 467 f.

¹⁵⁴ *Potacs* in EuR 2009, 465, 468 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-450/06 (*Varec*), Rn. 39.

muss, der Zugang zu einem Gericht also auch stets die als zwangsläufige Bedingung einer gerichtlichen Entscheidung in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthalten ist.¹⁵⁵

Zu untersuchen ist, ob sich ein deutsches Gericht *a priori*, mit Verweis auf die bindende Feststellung der A1-Bescheinigung, einer arbeitsrechtlichen Entscheidung entledigen darf, ohne damit gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verstoßen.

Es könnte sich um eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK handeln, indem eine Rechtsentscheidung durch eine andere Instanz als dem einschlägigen Fachgericht unter dessen Billigung vorweggenommen wird. Bezüglich dieser Frage hat der EGMR eine Rechtsprechung entwickelt, nach der ein Zivilgericht die volle Kompetenz ausüben *muss*, alle Tatsachen- und Rechtsfragen nach den prozessualen Prämissen des innerstaatlichen Rechts durchzuführen, die für die Beantwortung der in Rede stehenden Rechtsfrage erforderlich sind.¹⁵⁶ Diesem Grundsatz stünde ein deutsches Arbeitsgericht aber gerade entgegen, wenn es sich darauf stützte, die Bestimmung des prospektiven Teilstatus enthalte eine endgültige arbeitsrechtliche Aussage.

bb) Das Urteil *Obermeier vs. Austria* als Blaupause

Der Fall *Obermeier vs. Austria*¹⁵⁷ zeigt dabei besondere Parallelität zur Bindungsfrage der A1-Bescheinigung. Hier wurde die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Kündigung eines österreichischen Arbeitsgerichts durch eine Behörde präkludiert. Bei der arbeitsrechtlichen Bindungsfrage der A1-Bescheinigung handelt es sich gleichsam um eine arbeitsrechtliche Kardinalfrage, die von einer Behörde – dem zuständigen Sozialversicherungsträger– bindend entschieden worden sein soll. Im vorliegenden Fall entschied der EGMR, dass ein Arbeitsgericht seine Deziision nicht ohne weiteres an die arbeitsrechtliche Aussage eines Verwaltungsträgers binden darf, selbst wenn ein Teil der arbeitsrechtlichen Entscheidungsprärogative bei ebendiesem

¹⁵⁵ Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2017, Rn. 34.

¹⁵⁶ Vgl. EGMR vom 13.05.2003 – CHEVROL v. FRANCE – 49636/99 Rn. 77.

¹⁵⁷ EGMR vom 28.06.1990 – OBERMEIER v. AUSTRIA – 11761/85.

Verwaltungsträger liegt. Gemäß diesem Urteil ist eine präklusive Entscheidung eines deutschen Gerichts, aufgrund einer vorherigen vermeintlichen Determination durch einen Verwaltungsträger kein Arbeitsverhältnis mehr annehmen zu können, ein Verstoß gegen die Gewähr auf Zugang zu einem Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Dies ist lediglich dann nicht der Fall, wenn die materielle Rechtslage Gegenstand einer „wirksamen Überprüfung“ ist.¹⁵⁸ Eine „wirksame“ Überprüfung muss im Kontext des Urteils so verstanden werden, dass sie tatsächlich eigenständig Rechtsfolgen anhand des materiellen (Arbeits-)Rechts entfalten kann.¹⁵⁹ Das Gericht verbietet deshalb genau eine *rechtsepistemisch defizitäre Entscheidungssubstitution*, wie sie bei der arbeitsrechtlich verbindlichen prospektiven Statusentscheidung des zuständigen Trägers für die Arbeitsgerichtsbarkeit bestünde. Dies wird auch nicht dadurch geändert, dass die behördliche Entscheidung noch durch ein Verwaltungsverfahren angreifbar wäre und deshalb Rechtsschutz durch diese Überprüfungsinstanz erlangt werden könnte. Denn dies wäre im Sinne des EGMR nur dann möglich, wenn das Verwaltungsgericht für die Deziision über die entscheidungserhebliche arbeitsrechtliche Frage ermächtigt wäre.¹⁶⁰ Da sich in Deutschland durch die Aufteilung in Fachgerichtsbarkeiten die Prüfungsbefugnis der Sozialgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht auf die Prüfung des Bestehens eines Arbeitsvertrags nach § 611a BGB erstreckt und vorliegend auch nicht ausnahmsweise übertragen werden kann, ist sie nicht in der Lage, eine solche nach den Bedingungen des EGMR zu ersetzen.

Eine sozialrechtliche Entscheidung darf nach dem Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK also die tatbestandlich vollwertige arbeitsgerichtliche Überprüfung eines Arbeitsverhältnisses nicht ausschließen. Ein deutsches Arbeitsgericht, dass sich einer arbeitsrechtlichen Prüfung verweigert und dies mit einer vorgeblichen arbeitsrechtlichen

¹⁵⁸ Vgl. EGMR vom 28.06.1990 – OBERMEIER v. AUSTRIA - 11761/85, nichtamtl. deutsche Übersetzung der Kanzlei des Gerichtshofes, Rn. 70.

¹⁵⁹ Vgl. EGMR vom 28.06.1990 – OBERMEIER v. AUSTRIA - 11761/85, nichtamtl. deutsche Übersetzung der Kanzlei des Gerichtshofes, Rn. 70.

¹⁶⁰ EGMR vom 28.06.1990 – OBERMEIER v. AUSTRIA - 11761/85, nichtamtl. Deutsche Übersetzung der Kanzlei des Gerichtshofes, Rn. 70.

Bindungswirkung der AI-Bescheinigung begründet, verstieße gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Da die Verbürgungen des Art. 6 Abs.1 EMRK auch den Kerngehalt des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht nach Art. 47 der EU-Grundrechtecharta bilden¹⁶¹, ist dessen Verletzung ebenso indiziert.¹⁶²

IV. Gesamtergebnis zur arbeitsrechtlichen Bindungswirkung der AI-Bescheinigung

Eine arbeitsrechtliche Bindungswirkung des Zielstaats durch die Statusangaben der AI-Bescheinigung kann weder vom EuGH noch normgenetisch aus Erwägungen der Verordnungen intendiert sein. Der Verstoß gegen höherrangiges Recht macht die Ablehnung der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung schließlich zwingend.

¹⁶¹ *Blanke* in *Callies/Ruffert*, EUV/AEU, Art 47 EU-GRCharta, Rn. 3.

¹⁶² Hinweis zur Vollständigkeit für die (Rechts-)Beratungspraxis: Werden trotz materiell-vollwertiger Prüfung nach den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK die Arbeitsrechtsfolgen für Inhaber*innen einer AI-Bescheinigung mit Selbstständigen-Status durch ein deutsches Arbeitsgericht zu deren Nachteil schlicht nicht angewandt, ist stattdessen in Abhängigkeit von der Sachlage eine Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV) und des Art. 31 der EU-Grundrechtecharta in Betracht zu ziehen.

Literaturverzeichnis

Brors, Christiane; Böning, Marta: NZA 2015, 846 Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland.

Bucher, Barbara: Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten - Eine kritische Analyse, Nomos, 1. Auflage, 2018.

Calliess/Ruffert: Kommentar zum EUV/AEUV, 5. Auflage 2016.

Cieślak, Monika: Umowy cywilnoprawne, komentarz praktyczny, ABC.

Cloppenburg, Sonja: Deutsches und polnisches Arbeitsrecht unter europarechtlichen Einfluss – eine rechtsvergleichende Betrachtung des ersten polnischen Gesetzes vom 10.06.2016 über die Entsendung von Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, 1. Auflage, Verlag Peter Lang, 2020.

Diepenbrock/Schüren/Hamann, Kommentar zum AÜG, 5. Auflage 2018.

Duszczyk, Maciej: Analyse: Arbeitsmarkt und Arbeitspolitik in Polen: Zugriff am 05.06.20 <https://www.bpb.de/internationales/europa/polen/155438/analyse-arbeitsmarkt-und-arbeitsmarktpolitik-in-polen?p=all> (letzter Zugriff: 16.02.2020).

Fuchs, Maximilian: NZA 2010, 980 Der rechtliche Status von Pflegekräften aus den neuen EU-Staaten.

Fras, Mariusz; Habdas, Magdalena: Kodeks cywilny, Komentarz, Tom IV, Zobowiązania, Część szczególna, Art. 535-764(9).

Hensler, Martin; Pant, Benjamin: RdA 2019, 321 Europäisierter Arbeitnehmerbegriff – Regulierung der typischen und atypischen Beschäftigung in Deutschland und der Union.

Junker, Abbo: EuZA 2016, 184, 190 Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Körner, Anne: NZS 2011, 370 Pflegekräfte aus Osteuropa – Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? – Zur sozialrechtlichen Bewertung der

Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer Freizügigkeit zum 1. 5. 2011.

Krebber, Sebastian: in Festschrift für Bernd von Hoffmann, Qualifikationsrechtlicher Rechtsformzwang – Der Arbeitsvertrag- und Arbeitnehmerbegriff im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht-, Hrgb. Kronke, Thorn, 2011, Fulda.

Leiber, S., Rossow, V., Osterle, A. and Frerk, T.: Yet another black box: brokering agencies in the evolving market for live-in migrant care work in Austria and Germany, 00(00): 1–22, International Journal of Care and Caring, 2020.

Ludera-Ruszel, Agata: ACTA UNIVERSITATIS LODZIENSIS FOLIA IURIDICA 88, 2019, Umowy prawa cywilnego jako podstawa zatrudnienia – wybrane zagadnienia.

Mankowski, Peter: Formelle Selbständige, Bescheinigung A 1 (früher E 101) und Arbeitnehmerbegriff im europäischen IZPR, EuZA 2016, 107.

Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer: Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2017.

Nacewicz, Magdalena: Die Begründung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im deutschen und im polnischen Arbeitsrecht, Verlag Peter Lang, 2004.

Picker, Christian: ZEuP 2020, 306, Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie: Mehr als (nur) Transparenz wagen.

Potacs, Michael: Effet utile als Auslegungsgrundsatz, in EuR 2009, 465.

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

Steiner, Jennifer; Prieler, Veronika; Leiblfinger, Michael; Benazha, Aranka: Völlig legal!? Rechtliche Rahmung und Legalitätsnarrative in der 24h-Betreuung in Deutschland, Österreich und der Schweiz.

Świątkowski, Andrzej Marian, Wujczyk, Marcin: King's Law Journal, 2016 The classification of the employment in polish labour law.

Scheufen, Marc: Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik – Mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, Berlin 2018.

Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 30. Auflage 2019.

Schlachter, Monika: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrg. Müller-Glöge, Preis, Schmidt, 17. Auflage, C. H. Beck 2017.

Thüsing, Gregor: Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017.

Thüsing, Gregor: Kommentar Mindestlohngesetz (MiLoG) und Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), 2. Auflage, C. H. Beck, 2016.

Thüsing, Gregor: Kommentar Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 4. Auflage, C. H. Beck, 2018.

Trappmann, Vera: Flexibilisierung und Prekarisierung: Arbeitsmarkt(-politik) in Polen unter dem Einfluss von Transformation und Europäischer Integration in: Neue Prekarität Die Folgen aktivierender Arbeitsmarktpolitik - europäische Länder im Vergleich.

Wurmnest, Wolfgang: EuZA 2009, 481 Das neue Internationale Arbeitsvertragsrecht der Rom I-Verordnung.

Zdyb, Michał: Stosunek pracy i inne formy zatrudnienia w kosztach podatkowych pracodawcy.

Urteilsverzeichnis

Zum Gutachtenteil von Adriana Deckert:

LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 17.08.2020, 21 Sa 1900/19.

AG München, Urt. V. 10.11.2008, 1115 OWi 298 Js 43552/07.

LSG Sachsen-Anhalt, Urt. V. 18.06.2008, L I RA 257/05 - juris Rn 59 ff.

OSNAPiUS 2000/5/175; OSNAPiUS 2000/11/417; OSNAPiUS 2001/7/214.

Leffler – EuGH 05.11.05 C-443/03 Rn. 46.

Lawrie Blum EuGH 66/85 vom 03.07.1986 Rn. 17.

Niedersächsische Finanzgericht, Urt. V. 20.11.2014 – 5 K 32/13 – juris, Rn. 161.

BAG 12.01.2005 NZA 2005, 627.

BAG 18.04.2012 NZA 2012, 1152.

BAG 01.07.2010, NJOZ 2012, 784.

BAG 18.04.2012 - 10 AZR 200/11, NZA 2012, 1152, 1153.

Zum Gutachtenteil „Arbeitsrechtliche Bindungswirkung der AI-Bescheinigung“ (Toralf Ließneck):

BGH 24.10.2006 – 1 StR 44/06, juris.

Cass. soc. 10.6. 2015 – n° 13-27.799 à n° 13-27.853 – EasyJet Airline Company Limited c/M.B. et al., D. 2015, 1324 = JCP S.

EGMR vom 28.06.1990 – OBERMEIER v. AUSTRIA - 11761/85.

EGMR vom 13.05.2003 – CHEVROL v. FRANCE – 49636/99.

EuGH vom 10. 2. 2000 – Rs. Fitzwilliam C-202/97.

EuGH vom 30.03.2000 – Rs. *Barry Banks* C 178/97.

EuGH vom 26. 1. 2006 – Rs. *Herbosch Kiere* C-2/05.

EuGH vom 6.9.2018 – Rs. C-527/16.

LSG Hessen Urteil vom 28.11.2017 - L 3 U 51/16.

OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –,
juris.