

## Die Mär von der europäischen Dienstleistungsfreiheit - Beschäftigung von Arbeitnehmern aus den neuen EU-Mitgliedstaaten -

### I. Ausgangslage

Zum 1. Mai 2004 sind mit Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Slowenien, Tschechien, der Slowakei, Zypern und Malta zehn weitere Staaten der EU beigetreten. Die Bürger dieser neuen Mitgliedstaaten dürfen sich nun ohne Reisepass und Visum im gesamten EU-Gebiet frei bewegen. Dementsprechend könnte man annehmen, dass die Bürger dieser neuen Mitgliedsstaaten nunmehr auch in den Genuss der in der EU geltenden Dienstleistungsfreiheit bzw. Arbeitnehmerfreizügigkeit kommen und deutsche Unternehmen somit auf Arbeitnehmer aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten unbeschränkt zurückgreifen können. So dürfte mancher deutscher Arbeitgeber beispielsweise daran interessiert sein, polnische Staatsangehörige als Leiharbeiter oder im Rahmen eines Werkvertrages zu beschäftigen. Hierbei ist jedoch größte Vorsicht geboten. Die Dienstleistungsfreiheit sowie Arbeitnehmerfreizügigkeit von Staatsangehörigen der neuen Mitgliedstaaten - mit Ausnahme von Malta und Zypern - unterliegt noch erheblichen Beschränkungen. Die Beschäftigung als Leiharbeiter ist vollständig verboten, die Beschäftigung im Rahmen von Werk-/Dienstverträgen ist ebenso wie die Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsvertrages an Voraussetzungen geknüpft. Eine Nichtbeachtung dieser Verbote bzw. Beschränkungen kann neben erheblichen finanziellen auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Deutschland macht von der Möglichkeit dieser Beschränkungen bis mindestens Mai 2009 Gebrauch. Maximal kann der Zugang zu den Arbeitsmärkten der alten EU-Mitgliedstaaten für Arbeitnehmer aus den EU-Beitrittsländern bis Mai 2011 beschränkt werden.

Für die voraussichtlich zum 1. Januar 2007 ebenfalls der EU beitretenden Staaten Bulgarien und Rumänien wird Deutschland entsprechende Beschränkungen für eine Übergangszeit von maximal bis zu 7 Jahren vorsehen.

### II. Dienstleistungsfreiheit

Unter Dienstleistungsfreiheit versteht man das Recht, ungehindert von einem Mitgliedstaat aus einzelne Dienstleistungstätigkeiten vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, ohne dort eine ständige Niederlassung zu unterhalten. Als Dienstleistung werden dabei vor allem gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten, soweit sie im Rahmen eines Werkvertrages, Dienstvertrages, Dienstbeschaffungs- oder Geschäftsbesorgungsvertrages erbracht werden, verstanden.

#### 1. Abgrenzung zwischen Werk-/Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung

Von besonderer Relevanz ist in diesem Zusammenhang, dass die Beschäftigung der Staatsangehörigen der EU-Beitrittsländer tatsächlich auf Werk-/Dienstvertragsbasis und nicht als Leiharbeiter erfolgt. Denn die Beschäftigung von Ausländern als Leiharbeiter ist - wie bereits angesprochen - ausdrücklich verboten (§ 284 Absatz 1 SGB III in Verbindung mit § 6 Absatz 1 Nr. 2 der Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer).

Überlässt ein Verleiher einen Ausländer ohne die erforderliche Genehmigung einem Dritten, wird dies mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Auch ein Entleiher, der einen ihm überlassenen Ausländer, der die erforderliche Arbeitsgenehmigung nicht besitzt, zu Arbeitsbedingungen tätig werden lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeiter stehen, macht sich nach § 15 a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) strafbar. Wegen Beschäftigung eines ausländischen Leiharbeiters ohne die erforderliche Erlaubnis ist zudem mit einer Geldbuße von bis zu € 500.000,00 zu rechnen (§ 16 Absatz 1 Nr. 2, Absatz 2 AÜG).

Weiterhin wird im Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert. Dieser muss dann bis zu vier Jahre rückwirkend rückständige Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil) sowie Lohnsteuer aufbringen, was im Regelfall zu existenzbedrohenden finanziellen Belastungen führt. Wird beispielsweise ein Arbeitnehmer ein Jahr lang illegal beschäftigt, so würden sich bei einer angenommenen monatlichen Vergütung in Höhe von € 2.000,00 brutto aus den nachzuzahlenden Beiträgen zur Sozialversicherung, den Beiträgen zur Berufsgenossenschaft, den Lohnsteuerverpflichtungen sowie den diesbezüglich zu erstattenden Säumniszinsen in Höhe von 1 % p. a. finanzielle Belastungen in einer Größenordnung von rund € 13.000,00 ergeben.

Um einen Werk-/Dienstvertrag zwischen dem Unternehmen eines EU-Beitrittsstaates und einem deutschen Unternehmen handelt es sich nur dann, wenn insbesondere folgende Merkmale erfüllt werden:

- Die Organisation der Arbeitsleistung muss durch einen Mitarbeiter des Unternehmens des EU-Beitrittslandes erfolgen und ausschließlich dieser darf die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer des EU-Beitrittslandes steuern.
- Die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer aus dem EU-Beitrittsland muss organisatorisch von derjenigen der deutschen Arbeitnehmer getrennt sein. Die Arbeitnehmer des Dienstverpflichteten (ausländisches Unternehmen) dürfen somit nicht in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Betriebes des Dienstberechtigten (deutsches Unternehmen) eingegliedert werden.

- Der Dienstberechtigte darf auf die Anzahl und Qualifikation der am Dienstvertrag beteiligten Arbeitnehmer keinen Einfluss nehmen.

- Der Dienstverpflichtete verwendet in der Regel eigene Arbeitsmittel.

- Die Vergütung des Dienstverpflichteten erfolgt unabhängig von der Zahl sowie der Art der eingesetzten Arbeitnehmer.

Weiterhin ist bei Abschluss eines Werkvertrages erforderlich, dass der Auftragnehmer (vorliegend das ausländische Unternehmen) das Unternehmerisiko trägt, dass er also insbesondere die Gewährleistung für Mängel des Werkes übernimmt.

Bei der Abgrenzung der Vertragsformen ist nicht auf die schriftliche Vereinbarung, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen und ihre praktische Handhabung abzustellen. Sollte sich herausstellen, dass tatsächlich kein Werk-/Dienstvertrag, sondern eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, so führt dies zu den bereits beschriebenen strafrechtlichen und finanziellen Konsequenzen.

## 2. Arbeitserlaubnis-EU

### a. Erfordernis einer Arbeitserlaubnis-EU

Grundsätzlich können Arbeitnehmer aus den EU-Beitrittsländern von ihrem dortigen Arbeitgeber auf Werk-/Dienstvertragsbasis bei einem Unternehmen in Deutschland eingesetzt werden. Insofern spricht man von einer „Entsendung“. In einem solchen Fall bedürfen die Arbeitnehmer grundsätzlich keiner Arbeitserlaubnis-EU.

Dies gilt jedoch nicht für alle Branchen. Nach wie vor einer Arbeitserlaubnis-EU bedürfen entsandte Arbeitnehmer, die im Baugewerbe und verwandten Wirtschaftszweigen, im Bereich der Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln sowie im Bereich der Innendekoration tätig sind. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne die erforderliche Arbeitserlaubnis-EU kann als illegale Beschäftigung nach § 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft werden.

## b. Voraussetzungen für eine Arbeitserlaubnis-EU

In den von der Übergangsregelung erfassten Bereichen können Unternehmen aus den EU-Beitrittsländern Arbeitnehmer nur im Rahmen zwischenstaatlicher Werkvertragsvereinbarungen entsenden. Da mit Estland und Litauen keine zwischenstaatlichen Werkvertragsvereinbarungen geschlossen wurden, kann Staatsangehörigen dieser Staaten keine Arbeitserlaubnis-EU erteilt werden. Eine Entsendung dieser Arbeitnehmer scheidet somit derzeit aus.

Den übrigen Staatsangehörigen der EU-Beitrittsländer wird eine Arbeitserlaubnis-EU für die von der Übergangsregelung betroffenen Branchen bei Vorliegen folgender Voraussetzungen erteilt:

- Einhaltung der behördlich festgelegten Höchstzahl von Arbeitnehmern aus dem jeweiligen Beitrittsstaat (Kontingente);
- Einhaltung der im Baubereich vorgesehenen Obergrenzen hinsichtlich des Anteils von ausländischen Werkvertragsarbeitnehmern an der deutschen Belegschaft (Quotierung);
- Zahlung des tariflichen Mindestlohns sowie Abführung der Urlaubskassenbeiträge im Baubereich;
- Entlohnung gemäß der einschlägigen deutschen Tarifverträge für vergleichbare Tätigkeiten;
- keine Kurzarbeit sowie keine betriebsbedingten Entlassungen in erheblichem Umfang in den letzten zwölf Monaten;
- Sitz des deutschen Unternehmens außerhalb von Arbeitsagenturbezirken mit einer überdurchschnittlichen Arbeitslosenquote.

## c. Umfang der Arbeitserlaubnis-EU

Sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU gegeben, so ist diese Erlaubnis grundsätzlich auf die voraussichtliche Dauer der Arbeiten zur Erfüllung des Werkvertrages sowie auf den voraussichtlichen Einsatzort beschränkt. Grundsätzlich beträgt die Höchstdauer der Arbeitserlaubnis-EU zwei Jahre. Hiervon kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gegebenenfalls abgewichen werden. Ebenfalls kann

eine Arbeitserlaubnis-EU in begründeten Ausnahmefällen - wie beispielsweise im Fall eines Bauunternehmens und dem geplanten Einsatz des Arbeitnehmers auf mehreren Baustellen - für mehrere Einsatzorte erteilt werden.

## 3. Branchenunabhängige Beschränkungen

In nicht von den Übergangsregelungen betroffenen Branchen ist die Einholung einer Arbeitserlaubnis-EU nicht erforderlich. In Zweifelsfällen sollte eine entsprechende Bestätigung von der zuständigen Arbeitsagentur eingeholt werden.

Auch wenn keine Arbeitserlaubnis-EU erforderlich ist, müssen die gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen nach § 7 Absatz 1 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) eingehalten werden. Hierzu zählen unter anderem die Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, der bezahlte Mindestjahresurlaub, die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze sowie Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

## III. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Angesichts der mit einer Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern aus den neuen Mitgliedsstaaten verbundenen Hindernissen könnte ein deutscher Arbeitgeber geneigt sein, einen Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedsstaaten direkt bei sich einzustellen. Auch dies ist jedoch nicht ohne Weiteres möglich. Erforderlich ist vielmehr auch in diesem Fall, dass der Arbeitnehmer aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten für seine Tätigkeit über eine Arbeitserlaubnis-EU verfügt. Diese wird erst dann erteilt, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Antragstellung bereits drei Monaten mit Wohnsitz in Deutschland gemeldet ist. Nicht möglich ist es daher, einen ausländischen Arbeitnehmer unmittelbar von einer Beschäftigung in seinem Heimatland in Deutschland einzustellen.

Weiterhin nimmt die Arbeitsagentur eine Arbeitsmarktprüfung vor. Zu diesem Zweck muss der deutsche Arbeitgeber der Arbeitsagentur eine Beschreibung der zu besetzenden Stelle übermitteln. Anhand dieser Stellenbeschreibung schreibt die Arbeitsagentur sodann die zu besetzende Stelle öffentlich aus und prüft, ob bei ihr gemeldete, zu bevorzugende Arbeitslose für diese Stelle geeignet sind. Geeignete Arbeitslose erhalten dann von der

Arbeitsagentur die Aufforderung, sich um die ausgeschriebene Stelle zu bewerben. Dadurch soll vermieden werden, dass ein Arbeitgeber die Stelle ausschließlich von einem bestimmten Arbeitnehmer aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten besetzt. Dabei obliegt allerdings letztlich dem Arbeitgeber die Entscheidung, welcher Bewerber für die Stelle am Besten geeignet ist.

Im Übrigen wird eine Arbeitserlaubnis-EU nur dann erteilt, wenn der Arbeitnehmer unter den gleichen Arbeitsbedingungen wie vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Wichtig ist auch, dass die Tätigkeit erst dann aufgenommen werden darf, wenn die Arbeitserlaubnis-EU vorliegt. Andernfalls handelt es sich um eine illegale Beschäftigung, die mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft werden kann.

#### IV. Sozialversicherung der ausländischen Arbeitnehmer

Generell unterliegt eine Person der Sozialversicherung des Staates, in dem sie die Arbeit verrichtet. Daher unterliegen grundsätzlich Staatsangehörige der EU-Beitrittsländer, die eine Tätigkeit in Deutschland ausüben, dem deutschen Sozialversicherungsrecht. Von diesem generellen Prinzip werden nach der EU-Verordnung Nr. 1408/71 Ausnahmen gemacht. Als Beleg für die von der allgemeinen Regelung abweichende Anwendung der Vorschriften des EU-Beitrittslandes dient die so genannte E 101-Bescheinigung. Mithilfe dieser Bescheinigung wird dokumentiert, dass der Arbeitnehmer während der Entsendung weiterhin den Rechtsvorschriften seines Heimatlandes unterliegt und daher nicht nach den deutschen Vorschriften zur Sozialversicherung heranzuziehen ist. Bei Vorlage dieser E 101-Bescheinigung kann somit der deutsche Arbeitgeber davon ausgehen, dass für den Arbeitnehmer keine Beiträge nach deutschem Sozialversicherungsrecht zu entrichten sind.

Die Erteilung dieser Bescheinigung kommt dann in Betracht, wenn die Entsendung des Arbeitnehmers im Voraus auf maximal 12 Monate begrenzt ist und der Arbeitnehmer keinen anderen Arbeitnehmer

ablöst, dessen Entsendezeit abgelaufen ist. Auch eine Person, die eine selbstständige Tätigkeit gewöhnlich auf dem Gebiet des EU-Beitrittsstaates ausübt und die eine Arbeit in Deutschland ausführt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit in Deutschland 12 Monate nicht überschreitet.

Die Rechtsvorschriften des EU-Beitrittsstaates gelten jedoch stets nur dann, wenn der Arbeitgeber eine nennenswerte Geschäftstätigkeit im Heimatland des entsandten Arbeitnehmers ausübt. Nicht ausreichend ist es daher, wenn der Arbeitgeber Verwaltungstätigkeiten im EU-Beitrittsstaat verrichtet und ansonsten seine Arbeitnehmer ausschließlich in Deutschland einsetzt.

#### V. Fazit

Trotz Beitritts zur Europäischen Union ist die Dienstleistungsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Mitgliedsstaaten noch in vielen Punkten begrenzt. Gleiches auch für die zukünftig beitretenden Länder Bulgarien und Rumänien gelten. Die noch mindestens bis Mai 2009 zur Anwendung kommenden Übergangsregelungen bergen aufgrund ihrer Komplexität für die deutschen Unternehmen bei der Beschäftigung von Staatsangehörigen aus den EU-Beitrittsländern nicht unerhebliche Risiken. Insbesondere ist darauf zu achten, dass die Staatsangehörigen der EU-Beitrittsländer im Fall einer Beschäftigung in Deutschland auf Werkvertragsbasis im Baugewerbe und weiteren von der Übergangsregelung erfassten Branchen einer Arbeitserlaubnis-EU bedürfen und dass sie in tatsächlicher Hinsicht nicht in den Betrieb des deutschen Unternehmens eingegliedert werden.

In jedem Einzelfall empfiehlt sich daher abzuklären, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Beschäftigung von Staatsangehörigen aus den EU-Beitrittsstaaten rechtlich zulässig ist. Hierbei stehen wir Ihnen ebenso wie für weitere Informationen selbstverständlich jederzeit und gerne zur Verfügung.

## Ihre Ansprechpartner

Prof. Heiko Hellwege  
Niedersachsenstraße 14  
(PwC-Gebäude)  
D-49074 Osnabrück  
Tel.: +49 (541) 32 45 - 1 18  
Fax +49 (541) 32 45 - 1 00  
heiko.hellwege@schindhelm.net



Birte Gabriel  
Niedersachsenstraße 14  
(PwC-Gebäude)  
D-49074 Osnabrück  
Tel.: +49 (541) 32 45 - 1 11  
Fax +49 (541) 32 45 - 1 00  
birte.gabriel@schindhelm.net



Ludwig Josef Weber, LL.M.  
Domshof 18 – 20  
(PwC-Gebäude)  
D-28195 Bremen  
Tel.: +49 (4 21) 4 33 01 - 12  
Fax: +49 (4 21) 4 33 01 - 10  
ludwig.weber@schindhelm.net



Dr. Oliver Ebert  
Fuhrberger Straße 5  
(PwC-Gebäude)  
D-30625 Hannover  
Tel.: +49 (5 11) 53 46 0 - 204  
Fax: +49 (5 21) 53 46 0 - 220  
oliver.ebert@schindhelm.net



Franz Flemming  
Ostra-Allee 11  
(PwC-Gebäude)  
D-01067 Dresden  
Tel.: +49 (3 51) 2 67 00 - 11  
Fax: +49 (3 51) 2 67 00 - 10  
franz.flemming@schindhelm.net



Dr. Heinrich Nerlich  
Niederwall 28  
(PwC-Gebäude)  
D-33602 Bielefeld  
Telefon: +49 (521) 78 46 00 - 0  
Telefax: +49 (521) 78 46 00 - 9  
heinrich.nerlich@schindhelm.net



[www.schindhelm.net](http://www.schindhelm.net)

Osnabrück • Hannover • Bremen • Dresden • Oldenburg • Bielefeld  
Shanghai • Bukarest • Paris • Beijing

**Die letzten Themen:**

Ausgabe 25: 02/2006	Werbung mit der Fussball-WM 2006 - Vermeiden Sie die Abseitsfalle!
Ausgabe 26: 04/2006	Einmal Tarif, immer Tarif? -Tarifbindung des Arbeitgebers durch Bezugnahme Klauseln in Arbeitsverträgen
Ausgabe 27: 06/2006	Bankgeheimnis und Steuerpflicht - Neue Rechte und Ermittlungsmethoden der Finanzverwaltung
Ausgabe 28: 08/2006	Schindhelm in Shanghai
Ausgabe 29: 06/2006	Auf dem Weg zum Gutmenschen – Initiative ist gefragt! - Die Neuregelungen zur Antidiskriminierung und ihre Folgen für Arbeitgeber -

Alle Ausgaben unseres MandantenBriefes stehen für Sie unter [www.schindhelm.net](http://www.schindhelm.net) im Bereich "Publikationen" im PDF-Format zum Download bereit.

---

**Per Telefax: 0541 32 45 – 1 00**

Frau  
Evelyn Sarpong-Schulz  
Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Niedersachsenstraße 14 (PwC-Gebäude)  
49074 Osnabrück

Ja, ich möchte zukünftig neu erscheinende Ausgaben des SCHINDHELM® MandantenBriefes automatisch und kostenlos erhalten.

- per Post  
 per E-Mail

Name: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

Vorname: \_\_\_\_\_

Telefax: \_\_\_\_\_

Position: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Straße: \_\_\_\_\_

PLZ / Ort: \_\_\_\_\_

---

Datum

Unterschrift